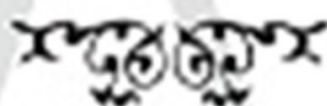




مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

سال چهاردهم، شماره سی و دو، پاییز ۱۴۰۲



- مطالعه تطبیقی حق انتساب اثر در نظام‌های حقوقی ایران، انگلستان و ایالات متحده آمریکا
فائزه تیموری مقدم؛ سید محمدمهدی قبولی درافشان؛ سعید محسنی
- موانع و حیل‌های دادرسی در اجرای ارادی محکومیت‌های مالی (با تأکید بر نظریه سوءاستفاده از حق و رویه قضایی)
علی‌اصغر حاتمی؛ حسن پاشازاده؛ زهرا اکرمی
- مطالعه تطبیقی نظام مصادره مبسوط مدنی در حقوق انگلستان، ایرلند و ایران
بهزاد رضوی‌فرد؛ حسین سبحانی
- گستره جواز اصلاح ادعا در اظهارنامه ثبت اختراع؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا، بریتانیا و اسناد بین‌المللی
محمدجواد عبداللهی؛ مریم شریفی رنانی؛ رضا عرب‌زاده
- مطالعه تطبیقی کفالت اداری مقام ریاست دولت-کشور در قانون اساسی کشورهای ایران، آمریکا و فرانسه
یونش فتحی؛ ابراهیم صباغی ولاشانی
- مطالعه تطبیقی اثر و قلمرو شرط ممنوعیت واگذاری حقوق قراردادی در حقوق ایران و انگلستان
علی فرحانی پناه؛ محمد صالحی مازندرانی
- بررسی شروط تحمیلی ناظر به استفاده از سامانه‌های الکترونیکی؛ مطالعه‌ای تطبیقی در کامن‌لا و حقوق ایران
عباس کریمی؛ طه عرب‌اسدی؛ امیر غفاری
- مقایسه نظریه تعدد قوانین حاکم (دپسژ) در تعهدات قراردادی در حقوق آمریکا و اتحادیه اروپا
همایون مافی؛ سید حسین مجتهدزاده
- مطالعه تطبیقی کفالت اداری مقام ریاست دولت-کشور در قانون اساسی کشورهای ایران، آمریکا و فرانسه
سام محمدی؛ حمید ابهری؛ عیسی نعمتی کچائی
- جهات و شاخص‌های ابطال مقررات دولتی در زمینه تخلفات اداری کارمندان دولت در دیوان عدالت اداری
محمد نکوئی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(نشریه علمی)

سال چهاردهم - شماره سی و دو

پاییز ۱۴۰۲

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

نشریه علمی

صاحب امتیاز: دانشگاه تبریز

مدیر مسئول: دکتر رضا سکوتی نسیمی سردبیر: دکتر ابراهیم شعاریان ستاری

هیأت تحریریه

دکتر حمید ابهری:	استاد دانشگاه مازندران	دکتر اسمعیل رحیمی نژاد:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر محمدعلی اردبیلی:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر رضا سکوتی نسیمی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر حیدر باقری اصل:	استاد دانشگاه تبریز	دکتر ابراهیم شعاریان ستاری:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر محمدرضا پاسبان:	دانشیار دانشگاه علامه طباطبائی	دکتر مرتضی شهبازی نیا:	دانشیار دانشگاه تربیت مدرس
دکتر منصور جباری:	استاد دانشگاه علامه طباطبائی	دکتر بیژن عباسی:	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر سعید حبیبیا:	استاد دانشگاه تهران	دکتر سید محمدتقی علوی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر محمدجعفر حبیبزاده:	استاد دانشگاه تربیت مدرس	دکتر حسین فخر:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر ابوالفتح خالقی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر حسن محسنی:	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر مهرباب دارابپور:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محمدرضا مجتهدی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر احمد دیلمی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر پژمان محمدی:	استاد دانشگاه شهید چمران اهواز
دکتر محمد راسخ:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر سام محمدی:	استاد دانشگاه مازندران

همکاران علمی این شماره:

مسلم آقایی طوق، وحید آگاه، حمید ابهری، مصطفی السان، حسن بادینی، حیدر باقری اصل، علیرضا پوراسماعیلی، حسن جعفری تبار، سیدناصر سلطانی، زهرا شاکری، ابراهیم شعاریان ستاری، مجید غمامی، حسن محسنی، علی مشهدی، سیدحسین ملکوتی هنجین، یوسف مولایی، محمد مولودی، اسماعیل نعمت اللهی

این نشریه براساس مصوبه شماره ۸۹/۳/۱۱/۲۱۹۷۵ مورخ ۱۳۸۹/۷/۶ کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری حائز درجه علمی شده و براساس مجوز شماره ۹۱/۱۳۹۰۸ تاریخ ۱۳۹۱/۵/۳ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر می شود.

- | | |
|-------------------------------------|-------------------------------|
| ۰ ویراستار فارسی: ماندانا نعمت نژاد | ۰ صفحه آرای: شیرین زمانی |
| ۰ ویراستار انگلیسی: دکتر داود کوهی | ۰ قیمت این شماره: ۱۰۰۰۰۰ ریال |
| ۰ مدیر اجرایی: عباس یگانه | ۰ تاریخ چاپ: پاییز ۱۴۰۲ |
| ۰ نوبت انتشار: فصلنامه | |

انتشارات دانشگاه تبریز

این نشریه در «ایران ژورنال» نظام نمایه سازی مرکز منطقه ای اطلاع رسانی علوم و فناوری به نشانی www.ricest.ac.ir و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) به نشانی www.isc.gov.ir نمایه می شود.

Email: tabrizulaw@gmail.com

نشانی: تبریز، بلوار ۲۹ بهمن، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی

کدپستی: ۵۱۶۶۶۱۶۴۷۱، تلفن: ۰۴۱-۳۳۳۹۲۲۶۲، نمابر: ۰۴۱-۳۳۳۵۶۰۱۳

❖ مسئولیت صحت مطالب مقاله ها با نویسندگان است.

راهنمای تدوین مقاله

ضوابط جدید انتشار مقاله در نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر که به تصویب هیات تحریریه رسیده است و از تاریخ اول شهریور ماه ۱۳۹۹ مبنای عمل خواهد بود، بر اساس آیین نامه جدید نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و شیوه نامه ارزیابی و رتبه‌بندی نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و همچنین سیاست‌های کلی نشریه تدوین گردیده است.

ضوابط شکلی

۱. حجم مقاله (متن اصلی) حداکثر در ۱۰۰۰۰ کلمه خواهد بود. چکیده فارسی و انگلیسی مقاله ۱۵۰ الی ۳۰۰ کلمه و تعداد واژگان کلیدی بین ۵ تا ۷ کلمه خواهد بود.
۲. مقاله بایستی دارای مقدمه شامل طرح مسئله، سوالات، پیشینه، هدف و بیان ساختار اصلی مقاله باشد.
۳. فاصله سطرها به صورت single حاشیه از راست و چپ ۴/۸، از بالا ۶/۵ و پایین ۶ سانتی‌متر باشد.
۴. عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی باشد. در عناوین مقاله از روش شماره‌گذاری عددی استفاده شده و در عناوین فرعی اعداد از راست به چپ نوشته شود.
۵. فرمت ارسالی فایل مقاله (Docx Word 2013) یا جدیدتر خواهد بود.
۶. صفحه اول مقاله مشتمل بر عنوان، چکیده و واژگان کلیدی فارسی باشد.
۷. نحوه ارجاع دهی منابع به صورت پاورقی، به صورت شماره‌های پیاپی و به شرح زیر خواهد بود:
* کتاب: نام، نام خانوادگی، عنوان کتاب (بصورت ایتالیک)، ج، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.
نمونه: محمدعلی اردبیلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۵۴، ۱۳۹۷)، ص ۸۱.
* مقاله: نام، نام خانوادگی، «عنوان مقاله» (داخل گیومه)، نام مجله، شماره مجله (سال)، ص.
نمونه: کمال الدین هریسی نژاد، «تأملی در عوامل تأثیرپذیری حقوق نوین ایران از نظام حقوقی رمی- ژرمنی»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲ (۱۳۸۸)، ص ۳۷۵.
* مقاله چاپ شده در کتاب: نام، نام خانوادگی، «عنوان کامل مقاله» (داخل گیومه)، نام و نام خانوادگی گردآورنده یا گردآوردگان کتاب، عنوان مجموعه مقالات (به صورت ایتالیک)، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.
نمونه: سید حسین صفایی، «معامله وکیل به نام خود در حقوق ایران با بررسی تطبیقی» در: حسن جعفری تبار، بر منهج عدل: مقالات اهدا شده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان، (تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۲۴۶.
* تکرار با واسطه: نام، نام خانوادگی، پیشین، ص.
* تکرار بی‌واسطه: همان، ص.
* اگر در تکرار با واسطه علاوه بر منبع مورد نظر، از همان نویسنده، دیگر منابع هم در ارجاعات پیشین ذکر شده باشد: نام، نام خانوادگی، عنوان مقاله یا کتاب.
* در مورد منابع لاتین، استفاده از عبارت *op. cit* و *Ibid* (به صورت ایتالیک) در ارجاعات بعدی به تناسب با درج شماره صفحه.

* پایان نامه و رساله: نام، نام خانوادگی، عنوان رساله/پایان نامه (به صورت ایتالیک)، نام دانشگاه، سال چاپ.

* منبع الکترونیک: نام نویسنده، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، آدرس سایت قابل دسترسی (داخل در علامت < >)

* از ذکر هرگونه القاب و عناوین برای اشخاص در ارجاعات خودداری شود.

۸. فهرست منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب / مقاله / قوانین / منبع الکترونیک / پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره گذاری گردند. نحوه تنظیم فهرست منابع به همان ترتیبی است که برای پاورقی‌ها ذکر شده است به استثنای اینکه در ذکر منابع نام خانوادگی قبل از نام نویسنده و بدون ذکر شماره صفحه درج خواهد شد.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold 14	B Mitra
اسامی نویسندگان به فارسی	Bold 11	B Mitra
متن چکیده فارسی	<i>Italic</i> 13	B Mitra
کلیدواژه فارسی	<i>Italic</i> 13	B Mitra
عنوان‌های داخل متن	Bold 13	B Mitra
عنوان‌های فرعی داخل متن	Bold 12	B Mitra
متن مقاله	۱۳	B Mitra
پانویس فارسی	۹	B Mitra
پانویس انگلیسی	۱۰	Times New Roman
عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Mitra
منابع فارسی	۱۳	B Mitra
منابع انگلیسی	۱۱	Times New Roman

راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

چکیده انگلیسی		
عنوان مقاله انگلیسی	Bold 13	Times New Roman
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold 11	Times New Roman
عنوان Abstract	Bold 13	Times New Roman
متن چکیده انگلیسی	<i>Italic</i> 11	Times New Roman
کلید واژه انگلیسی	13	Times New Roman

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
۱- مطالعه تطبیقی حق انتساب اثر در نظام‌های حقوقی ایران، انگلستان و ایالات متحده آمریکا	
فائزه تیموری مقدم؛ سید محمدمهدی قبولی درافشان؛ سعید محسنی..... ۱-۳۱	
۲- موانع و حیل‌های دادرسی در اجرای ارادی محکومیت‌های مالی (با تأکید بر نظریه سوءاستفاده از حق و رویه قضایی)	
علی اصغر حاتمی؛ حسن پاشازاده؛ زهرا اکرمی..... ۳۳-۶۳	
۳- مطالعه تطبیقی نظام مصادره مبسوط مدنی در حقوق انگلستان، ایرلند و ایران	
بهزاد رضوی فرد؛ حسین سبحانی..... ۶۵-۹۶	
۴- گستره جواز اصلاح ادعا در اظهارنامه ثبت اختراع؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا، بریتانیا و اسناد بین‌المللی	
محمدجواد عبداللهی؛ مریم شریفی رنانی؛ رضا عربزاده..... ۹۷-۱۲۹	
۵- مطالعه تطبیقی کفالت اداری مقام ریاست دولت- کشور در قانون اساسی کشورهای ایران، آمریکا و فرانسه	
یونش فتحی؛ ابراهیم صباغی ولاشانی..... ۱۳۱-۱۵۵	
۶- مطالعه تطبیقی اثر و قلمرو شرط ممنوعیت واگذاری حقوق قراردادی در حقوق ایران و انگلستان	
علی فرحانی پناه؛ محمد صالحی مازندرانی..... ۱۵۷-۱۸۹	
۷- بررسی شروط تحمیلی ناظر به استفاده از سامانه‌های الکترونیکی؛ مطالعه‌ای تطبیقی در کامن‌لا و حقوق ایران	
عباس کریمی؛ طه عرب اسدی؛ امیر غفاری..... ۱۹۱-۲۲۴	

۸- مقایسه نظریه تعدد قوانین حاکم (دپسژ) در تعهدات قراردادی در حقوق
امریکا و اتحادیه اروپا

همایون مافی؛ سید حسین مجتهدزاده..... ۲۵۶-۲۲۵

۹- مطالعه تطبیقی کفالت اداری مقام ریاست دولت- کشور در قانون اساسی
کشورهای ایران، امریکا و فرانسه

سام محمدی؛ حمید ابهری؛ عیسی نعمتی کچائی..... ۲۷۹-۲۵۷

۱۰- جهات و شاخص های ابطال مقررات دولتی در زمینه تخلفات اداری کارمندان
دولت در دیوان عدالت اداری

محمد نکوئی..... ۳۱۰-۲۸۱



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 32

Autumn 2023

Article Type: Research Article

Pages: 1-31

A Comparative Study of the Right of Attribution in the Legal Systems of Iran, the United Kingdom, and the United States of America

Faezeh Teymouri Moghaddam¹ | Sayyed Mohammad Mahdi Qabuli Dorafshan^{2✉} |
Saeid Mohseni³

1. Master's student in Private Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran

fa.teimourimoghadam@mail.um.ac.ir

2. Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad, Iran

ghaboli@um.ac.ir

3. Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad, Iran

s-mohseni@um.ac.ir

Abstract

The attribution right of the authors of literary and artistic works, as one of the types of moral rights, consists of positive and negative aspects. Because of these aspects, the author should be introduced as the creator of the work and the false attribution of the work to a third person should be prevented. Given the protection of this right in the law of Iran, the United Kingdom and the United States of America, the present study attempts to examine the concept, aspects and scope of the right of attribution in these legal systems in a descriptive-analytical and comparative method. The results of this study indicate that although there are differences arising from the different legal structures and ideas of these legal systems, the creators of literary, artistic, dramatic and musical works can protect their name and identity. Of course, the duration of this right is not the same and contrary to Iranian law, in the United Kingdom and the United States of America, the protection of the author's name is temporary.

Keywords: Anonymous Works, False Attribution, Moral Rights, Paternity Right.

Received: 2022/06/12 Received in revised form: 2022/12/31 Accepted: 2023/01/22 Published: 2023/09/30

DOI: 10.22034/LAW.2023.52066.3141

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مطالعه تطبیقی حق انتساب اثر در نظام‌های حقوقی ایران،

انگلستان و ایالات متحده آمریکا

فائزه تیموری مقدم^۱ | سید محمد مهدی قبولی درافشان^۲ | سعید محسنی^۳

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران fa.teimourimoghadam@mail.um.ac.ir

۲. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران ghaboli@um.ac.ir

۳. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران s-mohseni@um.ac.ir

چکیده

حق انتساب پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری به‌عنوان یکی از اقسام حقوق معنوی، حقی است با ابعاد ایجابی و سلبی که به سبب آن بایسته است پدیدآورنده به‌عنوان خالق اثر معرفی شده، از انتساب اثر به دیگران جلوگیری نماید. با توجه به حمایت از این حق در حقوق ایران، انگلستان و ایالات متحده آمریکا، نگارندگان پژوهش حاضر در تلاش‌اند تا با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی به مطالعه تطبیقی مفهوم، ابعاد و قلمرو حق انتساب در این سه نظام حقوقی بپردازند. نتایج این مطالعه حاکی از آن است که پدیدآورندگان آثار ادبی، هنری، نمایشی و موسیقایی با تفاوت‌های اندکی که برآمده از ساختارها و اندیشه‌های حقوقی متفاوت این سه نظام حقوقی است، قابلیت محافظت از نام و هویت خویش را دارند. البته مدت حمایت از این حق یکسان نبوده، برخلاف حقوق داخلی ایران، در انگلستان و آمریکا حمایت از نام پدیدآورنده، موقت و محدود به زمان است.

واژگان کلیدی: آثار بی‌نام، انتساب نادرست، حق سرپرستی، حق شناسایی به‌عنوان پدیدآورنده،

حقوق معنوی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۲۲ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

DOI: 10.22034/LAW.2023.52066.3141

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

حق انتساب^۱، حق پدیدآورنده آثار ادبی و هنری در محافظت از نام و عنوان خویش در اثر است که با عناوین دیگری همچون «حق بر نام»^۲ یا «حق سرپرستی»^۳ نیز شناخته می‌شود. این حق که عضوی از خانواده حقوق معنوی^۴ پدیدآورنده است، در حقوق داخلی ایران، انگلستان و ایالات متحده آمریکا مورد حمایت قرار گرفته است. قانون‌گذار ایرانی با درک اهمیت حمایت از نام و عنوان آفرینندگان آفرینش‌های فکری، در قوانین مختلفی از جمله «قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸»، «قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲» و «قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹» به این حق اشاره کرده است. همچنین انگلستان با تصویب «قانون کپی‌رایت، طرح‌ها و اختراعات ۱۹۸۸»^۵ و آمریکا نیز به وسیله «قانون حقوق هنرمندان آثار بصری ۱۹۹۰»^۶، به حمایت از حق انتساب پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری پرداخته‌اند. البته شایان ذکر است که در منابع حقوقی مرتبط با حق انتساب در انگلستان و آمریکا، رویه قضایی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است؛ منبعی که در حقوق داخلی ایران و در حمایت از حقوق معنوی پدیدآورندگان نقش قابل‌توجهی ندارد.

پیروی نظام تقنینی ایران از اصول موجود در نظام حق مؤلف و عضویت انگلستان و

1. Attribution right

2. Right of name

3. Paternity right

۴. برای مطالعه در مورد مفهوم و پیشینه اصطلاح حق معنوی، ر.ک. علی مظهر قراملکی و همکاران، «معناشناسی حق معنوی در گفتمان حقوقی اسلام و ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۹ (۱۳۹۳)، صص ۱۶۲-۱۶۴.

5. Copyright, Design and Patent Act of 1988

6. Visual Artist Right Act of 1990 (codified at 17 U.S.C. § 106 A)

در مورد جایگاه حمایت از حق انتساب پدیدآورنده در ایالات متحده آمریکا، جدای از پذیرش این حق در حقوق ایالات و وجود راه‌های حمایتی دیگر، در سطح فدرال نیز کنگره به‌عنوان واضع قوانین فدرالی، در قانون حقوق هنرمندان بصری ۱۹۹۰ برای اولین بار به حقوق معنوی اشاره و حق انتساب و تمامیت پدیدآورندگان آثار بصری را در ماده ۱۰۶ (الف) بخش ۱۷ کد ایالات متحده (قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶) وارد نموده است. نظر به تعدد قوانین ایالتی و تفاوت آنها با یکدیگر و از سویی، اولویت قوانین فدرالی بر قوانین موجود در ایالات، قانون حقوق هنرمندان بصری ۱۹۹۰ به‌عنوان جدیدترین منبع قانونی حق انتساب، در این پژوهش مبنای مطالعه قرار خواهد گرفت. بنابراین، مطالعه قوانین ایالات، صلاحیت و نکات قانونی راجع به سایر منابعی که در مورد حمایت از حق یادشده در ایالات متحده آمریکا مطرح شده‌اند، مطالعه تفصیلی دیگری را می‌طلبد.

ایالات متحده آمریکا در نظام حقوقی کامن لا و پذیرش سیستم کپی‌رایت سبب شده است تا حقوق داخلی این کشورها موضع متفاوتی در حمایت از حقوق معنوی پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری اتخاذ نمایند؛ چراکه در کشورهای پیرو سیستم حمایت از حقوق مؤلف، حقوق معنوی پدیدآورندگان به عنوان حق طبیعی آنان و جزئی از شخصیت‌شان در نظر گرفته می‌شود و از این رو، حمایت از شخصیت مؤلف اهمیت بسیاری دارد.^۷ اما در کشورهای کامن لا که پیرو سیستم کپی‌رایت هستند، همچون انگلستان و آمریکا، تمرکز اصلی بر حمایت از خود اثر است و نه تنها شخصیت و حقوق معنوی مؤلف چندان مهم نیست که اثر و منافع اقتصادی حاصل از آن از اهمیت بیشتری برخوردار است.^۸ از این رو، در خصوص ارائه عنوانی مستقل، تعریفی مشخص و پذیرش ابعاد مختلف حق انتساب، میان قوانین این سه کشور تفاوت‌هایی مشاهده می‌شود. علاوه بر این، در مورد قلمرو این حق و در خصوص اشخاص و آثار برخوردار از حق انتساب و همچنین مدت حمایت از حق یادشده نیز رویکردهای متفاوتی اتخاذ گردیده است که خود نشان از سطوح متفاوت حمایت در این کشورها دارد.

با توجه به مطالب پیشین، نگارندگان جستار حاضر در تلاش‌اند تا مفهوم، ابعاد و قلمرو حق انتساب را در حقوق داخلی ایران، انگلستان و ایالات متحده آمریکا مطالعه کرده، ضمن شناسایی خلأها، وجوه اشتراک و افتراق این سه نظام حقوقی را تبیین نمایند. به خصوص در ادبیات پژوهشی کشورمان، واکاوی جایگاه حق انتساب پدیدآورندگان در حقوق انگلستان و آمریکا به عنوان نمایندگانی از نظام حقوقی کامن لا فاقد سابقه به نظر می‌رسد و در برخی مطالعات صورت گرفته^۹ نیز به بیان کلیاتی در خصوص نظام‌های یادشده، اکتفا گردیده است. لذا در ادامه، ابتدا به تبیین مفهوم و ابعاد گوناگون حق انتساب خواهیم پرداخت و سپس قلمرو این حق در قالب قلمرو شخصی، موضوعی و زمانی را بررسی خواهیم کرد.

۷. باقر انصاری، «شرایط اثر قابل حمایت در نظام مالکیت‌های ادبی و هنری (کپی‌رایت)»، تحقیقات حقوقی، ش ۴۵ (۱۳۸۶)، ص ۱۰۲.

۸. ستار زرکلام، حقوق مالکیت ادبی و هنری، (تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چ ۵، ۱۳۹۸)، ص ۷؛ برای آشنایی بیشتر با جایگاه حقوق معنوی در این کشورها، رک. محمدصادی میرشمسی و میلاد حامدی، «تحلیل رویه‌ی عملی نظام کپی‌رایت راجع به حقوق معنوی»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۳۲ (۱۳۹۹)، ص ۱۵۵-۱۸۸.

۹. سید حسن شبیری زنجانی، «مطالعه تطبیقی مفهوم و ماهیت حق انتساب اثر ادبی و هنری در نظام‌های حقوقی»، تحقیقات حقوقی، ش ۷۹ (۱۳۹۶)، ص ۲۳۹-۲۷۳.

۱. مفهوم و ابعاد ایجابی و سلبی حق انتساب

در بیشتر قوانین و مقررات ملی و بین‌المللی که به پذیرش و حمایت از حق بر نام پدیدآورندگان پرداخته شده، نه تنها تعریفی از حق انتساب ارائه نشده است که ابعاد گوناگون این حق و موضع قوانین از حیث پذیرش روش‌های مختلف اعمال آن به روشنی مشخص نیست. بنابراین، شایسته است که وضعیت مفهوم این حق و ابعاد گوناگون آن در حقوق ایران، انگلستان و امریکا بررسی گردد. لذا در این مبحث، ابتدا به بررسی مفهوم حق انتساب و سپس شناسایی ابعاد ایجابی و سلبی آن پرداخته خواهد شد.

۱.۱. مفهوم حق انتساب

حق انتساب که برخی^{۱۰} آن را «نماد حقوق معنوی» نیز می‌دانند به این معناست که پدیدآورنده یک محصول فکری حق خواهد داشت تا به‌عنوان آفریننده آن اثر شناخته شود. پدیدآورنده همانند مهر پدر به فرزند، به آفریده خویش دلبستگی دارد؛ لذا همان‌طور که پدر نام خانوادگی خود را بر فرزندش می‌گذارد، پدیدآورنده نیز حق دارد که نام خود را همراه با اثرش ارائه دهد^{۱۱}. البته توجه به این نکته نیز ضروری است که وی در معرفی خویش به‌عنوان آفریننده اثر ملزم نیست که از نام و عنوان واقعی خویش بهره بگیرد، بلکه وی قادر است در مورد نحوه افشای نام خود تصمیم‌گیری نموده، اثر را با نام واقعی، مستعار^{۱۲} یا بدون درج نام^{۱۳} ارائه کند^{۱۴}. به‌علاوه پدیدآورنده نه تنها حق شناسایی به‌عنوان خالق اثر را دارد که در همین راستا قادر است مانع از انتساب اثر به سایر اشخاص شود و از عرضه اثر با نام سایرین و بهره‌مندی از منافع مادی و معنوی حاصل از آن از سوی دیگران جلوگیری نماید. بنابراین، در یک نگاه کلی و هم‌عقیده با نظر برخی^{۱۵}، مفهوم حق انتساب را می‌توان حق

۱۰. ماری کرنو و همکاران، فرهنگ تطبیقی حقوق مؤلف و کپی‌رایت، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی و پژمان محمدی، (تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱، ۱۳۹۰)، ص ۴۴.

۱۱. اسدالله امامی، حقوق مالکیت معنوی، ج ۱، (تهران: نشر میزان، چ ۴، ۱۳۹۹)، ص ۲۳۳.

12. Pseudonymous

13. Anonymous

۱۴. گرباود، الفبای حقوق پدیدآورنده (کپی‌رایت)، ترجمه غلامرضا لایقی، (تهران: خانه کتاب، چ ۱، ۱۳۸۰)، ص ۴۴.

15. Sheila J. McCartney, "Moral Rights Under the United Kingdom's Copyright, Designs and Patents Act of 1988", *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 15 (1990), p. 211.

پدیدآورنده در شناسایی به‌عنوان خالق اثر و جلوگیری از عدم انتساب یا انتساب نادرست دانست.

۱.۲. ابعاد ایجابی و سلبی حق انتساب

با توجه به تعریفی که از حق انتساب ارائه گردید، می‌توان نتیجه گرفت که مفهوم حق انتساب از دو بُعد تشکیل شده است؛ بُعد ایجابی (مثبت) و بُعد سلبی (منفی). بُعد ایجابی حق انتساب، بیانگر مجموعه اقداماتی است که پدیدآورنده در راستای معرفی خویش به‌عنوان خالق اثر می‌تواند به‌انجام رساند. مراد از بُعد سلبی حق انتساب، توانایی پدیدآورنده در ممانعت از انتساب اثر به دیگران و گاه به خود است.^{۱۶} بنابراین در این قسمت، ابتدا به تعریف و شناسایی ابعاد ایجابی (مثبت) پرداخته خواهد شد، سپس ابعاد سلبی (منفی) حق یادشده بررسی می‌گردد.

۱.۲.۱. ابعاد ایجابی حق انتساب

حق انتساب متشکل از دو بُعد ایجابی است و پدیدآورنده به دو شیوه می‌تواند آفرینندگی و نسبت خود با اثر را اعلام نماید که در ادامه به شرح و تبیین این موارد خواهیم پرداخت.

۱.۲.۱.۱. حق شناسایی به‌عنوان پدیدآورنده با استفاده از نام واقعی یا مستعار

پدیدآورنده در راستای تحقق بُعد مثبت حق انتساب و معرفی خویش به‌عنوان خالق اثر، می‌تواند از نام واقعی خود بهره برده، آن را همراه اثر ارائه و خود را به همگان معرفی نماید. حق پدیدآورنده در استفاده از نام واقعی خویش و ارائه آن همراه اثر بدیهی‌ترین اقدامی است که وی در راستای اعمال حق انتساب خود قادر است به‌انجام رساند. در واقع، وقتی سخن از نام پدیدآورنده به‌میان می‌آید، واقعی بودن نام او از نخستین اوصافی است که به ذهن می‌رسد و از این رو به مجرد پذیرش حق انتساب در قوانین، ولو اینکه به حق پدیدآورنده در استفاده از نام واقعی خود به صورت اختصاصی اشاره‌ای نشود، همچنان این حق برای آفریننده محفوظ خواهد بود. بنابراین، گرچه در قوانین و مقررات ایران، انگلستان و ایالات

16. Henry Hansmann & Marina Santilli, "Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis", *the Journal of Legal Studies*, vol. 26 (1997), p. 130.



متحدۀ امریکا به‌طور اختصاصی به حق پدیدآورنده در درج نام واقعی خود اشاره‌ای نشده است، اما با توجه به استدلالی که ارائه شد و همچنین حمایت کلی از نام پدیدآورندگان در حقوق داخلی این کشورها، می‌توان نتیجه گرفت که این جنبه از حق انتساب مورد قبول هر سه نظام حقوقی بوده، پدیدآورنده با درج نام واقعی خویش قادر به اعمال حق یادشده است.

گفتنی است پدیدآورنده نه‌تنها ملزم به استفاده از نام واقعی خود نیست، حتی می‌تواند با توجه به شرایط و مصلحت امور خویش از عناوین فرضی و مستعار هم استفاده کند و حق خود را اعمال نماید. در حقوق ایران و در بررسی قوانین مرتبط با این حق، ماده‌ای که به صراحت مجوز استفاده از نام مستعار برای پدیدآورنده قلمداد شود شناسایی نشده است، اما برخی^{۱۷} با اشاره به عبارت پایانی ماده ۱۸ قانون حمایت ۱۳۴۸ که مقرر می‌دارد: «مگر اینکه پدیدآورنده به ترتیب دیگری موافقت کرده باشد»، معتقدند که پدیدآورنده ملزم به استفاده از نام واقعی خود نیست و می‌تواند از عناوین مستعار نیز استفاده کند. در حقوق انگلستان، قانون‌گذار به صراحت و در بند ۸ ماده ۷۷ قانون کپی‌رایت مصوب ۱۹۸۸، حق استفاده از نام مستعار، حروف اختصاری یا علائم دیگر برای پدیدآورنده به‌نحوی که هویت خود را بر همگان آشکار سازد، به رسمیت شناخته است.^{۱۸} بنابراین پدیدآورنده می‌تواند در اعلام خویش به‌عنوان خالق اثر، از نام مستعار نیز بهره‌برد و در این زمینه ممنوعیتی وجود ندارد. در مورد ایالات متحدۀ امریکا، قانون‌گذار در ماده ۱۰۱ قانون کپی‌رایت مصوب ۱۹۷۶، به تعریف اثر با نام مستعار می‌پردازد که طبق آن تعریف، «اثر با نام مستعار اثری است که ... پدیدآورنده آن، تحت یک نام فرضی شناخته می‌شود». به‌علاوه قانون‌گذار در مواد مختلفی از همین قانون به وضع مقرراتی راجع به آثار با نام مستعار پرداخته و همچون سایر آثار مشمول حمایت، یک محدوده زمانی مشخص برای حمایت از این آثار در نظر گرفته است. بنابراین با توجه به تعریف ارائه‌شده و از سویی وجود مقرراتی راجع به این دسته از آثار، روشن است که انتشار اثر با استفاده از نام مستعار، مجاز بوده، پدیدآورنده همواره ملزم به استفاده از نام واقعی خویش و معرفی آن به همگان نیست.

۱۷. ستار زرکلام، پیشین، ص ۱۱۶.

۱۸. همان، ص ۱۲۷.

۲.۱.۲. حق افشای پدیدآورندگی اثر

یکی دیگر از راه‌های اعمال حق انتساب، افشای پدیدآورندگی اثر است. حق افشای پدیدآورندگی مربوط به زمانی است که پدیدآورنده پیش از این به هر دلیلی هویتش پنهان مانده بود و اکنون درصدد افشای آن است.^{۱۹} برای مثال، پدیدآورنده‌ای که پیش از این اثرش را بدون نام یا با استفاده از نام مستعار منتشر کرده بود و اکنون قصد افشای هویت واقعی خویش را دارد.^{۲۰} در حقوق ایران، انگلستان و آمریکا گرچه به این مورد به‌طور مجزا اشاره نشده، اما به‌نظر با توجه به اینکه حق انتساب پدیدآورنده در این سه نظام حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته و گاه لازمه اعمال حق، افشای نام پدیدآورنده است، پدیدآورنده قادر به افشای نام خود بوده، از این جهت با منع قانونی مواجه نخواهد بود. با وجود این، سؤالی ممکن است مطرح شود و آن اینکه پدیدآورنده‌ای که اثرش را بدون نام یا با استفاده از نام مستعار منتشر نموده، آیا قادر است بدون محدودیت و هر زمان که تمایل داشته باشد نام واقعی خویش را افشا نماید؟ در راستای پاسخ به پرسش مطرح‌شده، برخی^{۲۱} موقعیتی را ترسیم می‌کنند که افشای نام پدیدآورنده به ضرر دیگران تمام می‌شود. موقعیتی که در آن مؤلفی دو کتاب، یکی با نام مستعار و دیگری با نام واقعی خود منتشر نموده، و کتابی که با نام مستعار منتشر شده، برخلاف کتابی که با نام واقعی او عرضه شده است، با اقبال بیشتری مواجه گردیده و پدیدآورنده اکنون درصدد افشای نام واقعی خود است. سؤال این است که آیا در این وضعیت با افشای نام واقعی خالق اثری که پیش‌تر با نام مستعار منتشر شده است، به منافع ناشر ضرری وارد نخواهد شد؟ هم‌عقیده با نویسندگان یادشده^{۲۲}، به‌نظر روا نیست که بدون قید و شرط، به‌ویژه در جایی که منافع ناشر یا توزیع‌کننده اثر در میان باشد، چنین

19. J. Carlos Fernandez-Molina & Eduardo Peis, "The Moral Rights of Authors in the Age of Digital Information", *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, vol. 52 (2001), p. 110.

۲۰. جدیدترین نمونه موجود در این باب، آشکار شدن هویت واقعی نویسنده مجموعه محبوب رمان‌های جنایی، با نام مستعار «کارمن مولا» در سال ۲۰۲۱ است. وی به‌عنوان یک نویسنده زن حدوداً ۴۰ ساله شناخته می‌شد و به‌واسطه فروش رمان‌های جنایی‌اش به شهرتی بی‌نظیر دست یافته بود. اما چندی پیش و در جریان اهدای جایزه «پلانتا» در اسپانیا، مشخص شد که سه مرد از این نام مستعار برای انتشار کتاب خویش استفاده می‌کردند و جایزه یک میلیون یورویی سبب شد که هویت واقعی خویش را آشکار نمایند. مشاهده متن کامل خبر در: <https://www.hamshahronline.ir/news/632677>

21. Henry Hansmann & Marina Santilli, *op. cit.*, p. 133.

22. *Ibid.*, p. 134.



حقی برای پدیدآورنده به رسمیت شناخته شود و مجوز افشای نام واقعی پدیدآورنده صادر گردد. با این حال، برای حفظ حقوق آفریننده، ضروری است میان شرایط مختلف قائل به تفکیک شد؛ چراکه نباید به گونه‌ای حکم نمود که اعمال حق انتساب پدیدآورنده نیز بدون دلیل موجه با محدودیت روبه‌رو شود. از این رو، شایسته است که اعمال محدودیت بر حق افشای نام پدیدآورنده را صرفاً محدود به موقعیتی بدانیم که پدیدآورنده بر مبنای شروط قراردادی به انتشار اثر به صورت بی‌نام و یا با استفاده از نام مستعار متعهد شده و از افشای نام واقعی خویش منع گشته باشد. توضیح اینکه چنانچه پدیدآورنده تعهدی به انتشار اثر به صورت بی‌نام و یا با استفاده از نام مستعار نداشته باشد، قادر به اعمال حق خود خواهد بود و از این جهت منعی وجود نخواهد داشت. زیرا اعمال حق انتساب و صیانت از نام و عنوان پدیدآورنده حق قانونی وی می‌باشد که در متون قانونی بر آن تأکید شده است و بی دلیل نمی‌توان از اعمال آن جلوگیری کرد. اما در مقابل، چنانچه پدیدآورنده پیش از این ضمن قراردادی از جمله قرارداد نشر و یا سایر تعهدات مربوطه، به انتشار اثر به صورت بی‌نام و یا با استفاده از نام مستعار خود متعهد شده باشد و با افشای نام خود برخلاف شروط قراردادی عمل نماید و با این اقدام، منافع متعهدله در معرض آسیب قرار بگیرد، وی مجاز به افشای نام خود نبوده و در صورت افشا نیز مکلف به جبران خسارت زیان‌دیده است.

۱.۲.۲.۱. ابعاد سلبی (منفی) حق انتساب

در خصوص محافظت پدیدآورنده از نام و عنوان خویش، علاوه بر ابعاد ایجابی، پدیدآورنده قادر است اقدامات دیگری تحت عنوان ابعاد سلبی یا منفی حق انتساب به انجام رساند که در ادامه به بررسی این ابعاد می‌پردازیم.

۱.۲.۲.۱. ممانعت از انتساب اثر به سایر اشخاص

همان‌طور که پدیدآورنده حق دارد به عنوان خالق اثر شناخته شود، قادر است از انتساب اثر به دیگران و حذف نامش جلوگیری نماید.^{۲۳} برخلاف انگلستان و ایالات متحده آمریکا

23. Cyrill P. Rigamonti, "Deconstructing Moral Rights", *Harvard International Law Journal*, vol. 47 (2006), pp. 363-364.

که در قوانین خود اشاره‌ای به آن بعد از حق انتساب ندارند، در حقوق ایران، این جنبه از حق به‌صراحت در مواد ۲۳ و ۲۴ قانون حمایت ۱۳۴۸ تصریح شده و بر این اساس، پدیدآورنده قادر است که مانع انتساب اثر به دیگران شود.

۱.۲.۲.۲.۱. عدم ذکر نام پدیدآورنده

پدیدآورنده در راستای اعمال حق انتساب خویش، قادر است آفریده خود را به صورت بی‌نام^{۲۴} عرضه نماید که بنابر نظر برخی^{۲۵} پذیرش چنین اختیاری برای پدیدآورنده «نتیجه آزادی بیان و آزادی آفرینش است» که برای او چنین امری را ممکن می‌سازد. در حقوق ایران، قانون‌گذار در باب صحت و پذیرش انتشار آثار بی‌نام تعیین تکلیف نکرده است، اما به‌نظر می‌توان با استناد به ماده ۱۸ قانون حمایت ۱۳۴۸ که در باب انتشار آثار با نام مستعار نیز اشاره شد، پذیرش آثار بی‌نام از سوی قانون‌گذار را استنباط نمود.

در حقوق انگلستان نیز انتشار آثار بی‌نام با منعی از جانب مقنن مواجه نیست و قانون‌گذار چنین آثاری را تحت حمایت خویش قرار داده است (ر.ک. بند ۳ ماده ۱۲ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ در باب مدت حمایت کپی‌رایت). بنابراین، پدیدآورنده خواهد توانست بدون اینکه شناسایی شود و نام خود را افشا نماید، آفریده خویش را عرضه کرده، از حمایت قانون بهره‌مند گردد.

در قوانین داخلی ایالات متحده آمریکا با توجه به اینکه از سویی، قانون‌گذار همچون آثار با نام مستعار، به تعریف آثار بی‌نام پرداخته و از سوی دیگر در مواد مختلفی به وضع مقررات راجع به این حقوق می‌پردازد (ر.ک. ماده ۳۰۲ از قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶ ایالات متحده آمریکا)، مشخص می‌شود که انتشار آثار، بدون ذکر نام پدیدآورنده آن، از حمایت قانونی برخوردار است و برای پدیدآورنده از این حیث مانعی وجود ندارد.

۲۴. در ماده ۹ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ انگلستان از آثار بی‌نام، با عنوان Unknown Authorship یاد می‌شود و در ایالات متحده آمریکا نیز مراد از اثر بی‌نام که در ماده ۱۰۱ قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶ تحت عنوان Anonymous Work مورد اشاره قرار گرفته، اثری است که «هیچ شخص حقیقی به‌عنوان خالق آن شناخته نشود».

۲۵. ستار زرکلام، پیشین، ص ۸۹.

۱.۲.۳. حق ادعای عدم پدیدآوردگی اثر

یکی از ابعاد سلبی حق انتساب، امتناع آفریننده از پذیرش پدیدآوردگی اثر است؛ خواه اثری که خود خلق کرده و خواه اثری که به غلط به او نسبت داده شده است. بر این اساس، دو حق برای آفریننده قابل شناسایی است که یکی از آنها با عنوان «حق انکار»^{۲۶} و دیگری با عنوان «حق مقابله با انتساب نادرست»^{۲۷} شناخته می‌شود که این قسمت به بررسی این موارد اختصاص یافته است.

الف) حق انکار یا رد پدیدآوردگی

حق انکار یا رد پدیدآوردگی در شرایطی است که آفریننده اثری را خلق نموده، همگان آگاه از نسبت وی با اثر هستند، اما بعدها تغییراتی در اثر ایجاد می‌شود که ارائه نام پدیدآورنده همراه اثر به آبرو و حیثیت وی لطمه خواهد زد؛ بنابراین، پدیدآورنده این حق را خواهد داشت که به‌طور کلی انتساب اثر به خود را انکار نماید.^{۲۸} لازم است توجه شود که در این مورد آفریننده زمانی حق انکار پدیدآوردگی را خواهد داشت که اثر به نحوی تغییر یابد که این تغییر به آبرو و شهرت وی لطمه بزند. بنابراین به‌نظر می‌رسد در صورت نبود این شرایط، پدیدآورنده نتواند از چنین حقی استفاده نماید. حق انکار یا رد پدیدآوردگی با تعریفی که ارائه شد، گرچه در حقوق ایران و انگلستان مورد اشاره قرار نگرفته، اما در قانون حقوق هنرمندان آثار بصری ۱۹۹۰ ایالات متحده آمریکا تصریح شده است. بر طبق ماده ۱۰۶(الف)، آفریننده یک اثر بصری قادر است مانع استفاده از نام خود به‌عنوان خالق اثری شود که به دلیل تحریف، ناقص و معیوب نمودن یا سایر تغییرات به‌وجودآمده در آن، شرافت و شهرت وی را در معرض خطر قرار دهد.

26. Right of Disavowal

عنوان فارسی و انگلیسی این جنبه از حق، از پژوهش یکی از نویسندگان داخلی (سید حسن شبیری زنجان، «مطالعه تطبیقی مفهوم و ماهیت حق انتساب اثر ادبی و هنری در نظام‌های حقوقی»، تحقیقات حقوقی، ش ۷۹ (۱۳۹۶)) برگزیده شده است.

27. Right Against False Attribution

۲۸. سید حسن شبیری زنجان، پیشین، ص ۲۵۹.

ب) حق مقابله با انتساب نادرست^{۳۹}

هنگامی که اثری به شخصی نسبت داده می‌شود که وی هیچ نقشی در خلق آن اثر نداشته است، حق مقابله با انتساب نادرست برای آن شخص ایجاد می‌شود. به عبارتی، منظور آن است که هر شخصی حق دارد با انتساب نادرست یک اثر ادبی و هنری به خود مقابله نماید.^{۳۰} البته باید توجه نمود که این حق صرفاً مختص پدیدآورنده نیست و این واقعه برای سایر اشخاصی غیر از پدیدآورندگان نیز ممکن است رخ دهد.^{۳۱} برخلاف نظام حقوقی ایران که در قوانین مرتبط با حقوق معنوی پدیدآورنده اشاره‌ای به حق مقابله با انتساب نادرست نشده است و به نظر سکوت قانون به معنای ممنوعیت اعمال آن از سوی آفرینندگان آثار فکری نیست، وضعیت در انگلستان و ایالات متحده آمریکا متفاوت است. قانون‌گذار انگلیسی در ماده ۸۴ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ با استفاده از عبارت «انتساب نادرست اثر»^{۳۲} به حق یادشده اشاره کرده، تصریح می‌نماید که هیچ‌کس حق ندارد به‌طور صریح یا ضمنی دیگری را به‌عنوان پدیدآورنده یا کارگردان اثری معرفی کند که نقشی در خلق آن نداشته است. در ایالات متحده آمریکا نیز قانون‌گذار در قانون حقوق هنرمندان آثار بصری ۱۹۹۰، استفاده از نام پدیدآورنده را در آثاری که نقشی در خلق آن نداشته، ممنوع نموده است.

۲. قلمرو حق انتساب

شناسایی قلمرو حق انتساب در قالب قلمرو شخصی، موضوعی و زمانی ازجمله مباحث مهمی است که بررسی آن ضروری به‌نظر می‌رسد. زیرا تا زمانی که اشخاص، آثار بهره‌مند و مدت حمایت از این حق شناسایی نشده‌اند، امکان اجرای مطلوب این حق نیز وجود نخواهد داشت. بنابراین در این مبحث، ابتدا قلمرو شخصی حق انتساب بررسی خواهد شد و سپس قلمرو موضوعی و در نهایت قلمرو زمانی را از نظر خواهیم گذراند.

29. The Right Against False Attribution

۳۰. میلاد حامدی، حق مقابله با انتساب خلاف واقع در حقوق مالکیت ادبی و هنری، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۶، ص ۵۳.
۳۱. در قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ انگلستان، از واژه «شخص» در مورد دارنده این حق استفاده شده است و لذا ظاهراً نمی‌توان آن را صرفاً مختص به پدیدآورندگان دانست، اما در قانون حقوق هنرمندان آثار بصری ۱۹۹۰، از واژه «پدیدآورنده» استفاده شده است و به نظر حق یادشده متعلق به آفرینندگان آثار می‌باشد، نه سایر اشخاص.

32. False Attribution of Work

۲. ۱. قلمرو شخصی حق انتساب

مراد از مطالعه قلمرو شخصی حق انتساب، شناسایی اشخاص واجد شرایطی است که امکان استفاده از این حق را خواهند داشت. در حقوق ایران، انگلستان و آمریکا، پدیدآورنده اثر و قائم‌مقامان عام وی اشخاص صالحی هستند که امکان بهره‌مندی از حق انتساب و اجرای آن را خواهند داشت. با این حال، شناسایی معنای دقیق پدیدآورنده و مصادیق آن در آثار مختلف و همچنین نظریات ارائه‌شده در خصوص صلاحیت وراثت پدیدآورنده در باب بهره‌برداری از حق یادشده، بررسی عمیق‌تر و جزئی‌تر این گفتار را ضروری می‌سازد. لذا در ادامه به بررسی قلمرو شخصی حق انتساب خواهیم پرداخت.

۲. ۱. ۱. پدیدآورنده

پدیدآورنده^{۳۳} یا خالق اثر، نخستین دارنده حقوق ناشی از محصول فکری خود ازجمله حق انتساب خواهد بود و قادر است در خصوص حقوق مالی و معنوی متعلق به اثر خود تصمیمات لازم را اتخاذ نماید. او شخصی است که با استعانت از فکر و اندیشه خویش، اثری را می‌آفریند. در حقوق ایران تعریفی از پدیدآورنده مشاهده نمی‌شود و مقنن تنها در ماده ۱ قانون حمایت ۱۳۴۸، بدون ارائه تعریفی، مؤلف، مصنف و هنرمند را پدیدآورنده دانسته است.^{۳۴} در انگلستان در بند نخست از ماده ۹ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸، با ارائه یک تعریف ساده، پدیدآورنده شخصی دانسته شده که اثر را خلق نموده است و در ادامه قانون‌گذار تلاش کرده تا در آثار مختلف، پدیدآورندگان را معرفی نماید. در ایالات متحده آمریکا گرچه در قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶ تعریفی از پدیدآورنده مشاهده نمی‌شود، اما در رویه قضایی و رأی در سال ۱۸۴۶^{۳۵}، پدیدآورنده شخصی معرفی شده است که با بهره‌مندی از فکر و اندیشه خود ترکیب جدیدی را تولید و ارائه نماید.^{۳۶}

در مورد نقش وحدت و تعدد پدیدآورندگان در برخورداری آنها از حقوق معنوی، باید

33. Author

۳۴. برای بررسی نظریات ارائه‌شده در باب این سه عنوان و وجوه تمایز و شباهت آنها، ر.ک. اسدالله امامی، پیشین، صص ۱۲۶-۱۳۱.

35. Atwill v. Ferrett, Fed. Cas.No.640 (N.Y.Ct.Cl. 1846).

36. Christof Siefarth, *Motion Pictures in American and International Copyright Law*, University of Georgia School of Law, 1986, p. 36.

گفت که تعداد پدیدآورندگان تأثیری در این زمینه ندارد و پدیدآورنده که چه به صورت واحد و چه با همکاری با دیگر آفرینندگان مبادرت به خلق اثر می‌نماید، از حق انتساب بهره‌مند خواهد بود. بنابراین در آثاری که به واسطه همکاری چندین شخص پدید آمده است، همه این افراد عنوان پدیدآورنده را دارند و چنانچه تلاش آنها قابل تمییز و تشخیص از هم نباشد برای کل اثر و در صورت امکان تشخیص، علاوه بر حق انتساب کل اثر، از حق انتساب قسمتی که از سوی آنان خلق شده است نیز برخوردار خواهند بود. برای نمونه، حق انتساب آثار مشترک به صراحت در سه نظام حقوقی ایران، انگلستان و امریکا پذیرفته شده است. بر اساس ماده ۶ قانون حمایت ۱۳۴۸ ایران، ماده ۱۰ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ انگلستان و ماده ۱۰۱ قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶ ایالات متحده امریکا، به آثاری که از همکاری چندین نفر به وجود آمده باشد و کار هریک از این اشخاص قابل انفکاک و تمایز از یکدیگر نباشد، اثر مشترک (Joint Works) گفته می‌شود. در حقوق ایران مطابق ماده ۶ قانون حمایت ۱۳۴۸، حقوق ناشی از یک اثر مشترک متعلق به همه آفرینندگان آن اثر دانسته شده است. از آنجا که واژه «حقوق» به کاررفته در ماده ۶ به نحو اطلاق استفاده شده، می‌توان نتیجه گرفت که تمامی حقوق مادی و معنوی حاصل از اثر به تمام آفرینندگان آن متعلق است و از این حیث محدودیتی وجود ندارد. در انگلستان و بر اساس بند نخست ماده ۸۸ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸، تمامی پدیدآورندگان یک اثر مشترک از حق انتساب برخوردار هستند و بند دوم ماده ۱۰۶ (الف) قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶ امریکا نیز حق انتساب خالقان این قسم از آثار را پذیرفته است؛ به‌ویژه که در همین ماده به صراحت امکان اعراض از حقوق معنوی موجود در ماده ۱۰۶ (الف) از سوی هریک از آفرینندگان آثار مشترک پذیرفته شده است.

۲.۱.۲. قائم‌مقامان عام پدیدآورنده

حقوق معنوی به علت پیوند تنگاتنگ با شخصیت پدیدآورنده، قابل انتقال به غیر نیست^{۳۷} و لذا یکی از ویژگی‌های شناخته‌شده حق انتساب در جایگاه یک حق معنوی، «عدم

۳۷. صمد حضرتی، حق معنوی مؤلف در حقوق ایران و اسلام و کنوانسیون‌های بین‌المللی، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۷۸، ص ۱۶۰.

قابلیت انتقال» آن است که در قوانین داخلی ایران، انگلستان و آمریکا مشاهده می‌شود.^{۳۸} سؤالی که ممکن است مطرح شود آن است که آیا عدم قابلیت انتقالی که در قوانین و مقررات این سه کشور مطرح شده، صرفاً ناظر بر عدم امکان انتقال ارادی این حق در زمان حیات پدیدآورنده است یا انتقال از طریق ارث و وصیت را نیز دربر می‌گیرد؟

در حقوق ایران در باب انتقال قهری حقوق معنوی پدیدآورنده، برخلاف انتقال ارادی یا قراردادی آن، اتفاق نظر وجود ندارد و دیدگاه‌های مختلفی در این زمینه مطرح است.^{۳۹} ممکن است استدلال شود که از سویی، اطلاق موجود در ماده ۴ قانون حمایت ۱۳۴۸ به صراحت بر عدم امکان انتقال حقوق معنوی از جمله حق انتساب تأکید دارد^{۴۰} و از سوی دیگر، وابستگی این حقوق به شخصیت پدیدآورنده، خود دلایلی روشن بر غیرممکن بودن انتقال حقوق معنوی پس از فوت خالق اثر است. حال آنکه برخی دیگر^{۴۱} با ارائه استدلال‌هایی، گرچه اصل حق را قابل انتقال نمی‌دانند و از این نظر تا اندازه‌ای با مخالفان انتقال قهری حقوق معنوی هم‌عقیده‌اند، اما اعمال و اجرای آن را قابل واگذاری به ورثه یا وصی پدیدآورنده دانسته، دلایلی نیز ارائه می‌نمایند. در همین راستا دلایل ارائه‌شده از سوی یکی از نویسندگان حقوقی^{۴۲} تا حد بسیاری نظر مطرح‌شده را تقویت می‌کند؛ به این شکل که اولاً از آنجا که ارتباط وثیقی میان شخصیت پدیدآورنده و اثرش وجود دارد، حمایت از شخصیت پدیدآورنده ایجاب می‌نماید که حقوق معنوی وی پس از مرگش نیز همچنان از جانب ورثه

۳۸. در ماده ۴ قانون حمایت ۱۳۴۸ و ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ ایران، ماده ۹۴ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ انگلستان و ماده ۱۰۶ (الف) قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶ ایالات متحده آمریکا به عدم قابلیت انتقال حق انتساب اشاره شده است.

۳۹. برای مشاهده نظر فقها در باب انتقال قهری و قراردادی حقوق مؤلف، ر.ک. علی امینی‌نژاد و سید حسین صفایی، «تحلیل فقهی و حقوقی موانع امکان نقل و انتقال حقوق معنوی مؤلف»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۴۷ (۱۳۹۶)، صص ۳۲-۳۴.

۴۰. سعید محسنی و سید محمد مهدی قبولی درافشان، حقوق ادبی و هنری (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه و مصر)، (مشهد: دانشگاه فردوسی مشهد، پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی، ۱۳۹۴)، ص ۱۷۰.

۴۱. امیر صادقی نشاط، حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای کامپیوتری، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۹)، ص ۱۱۰؛ سید حسن میرحسینی، مقدمه‌ای بر حقوق مالکیت معنوی، (تهران: نشر میزان، چ ۹، ۱۳۹۹)، ص ۲۶۲؛ ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۹۳، ۱۳۹۳)، ص ۳۰۱؛ علیرضا نوروزی، حقوق مالکیت فکری:

حق مؤلف و مالکیت صنعتی، (تهران: چاپار، چ ۱، ۱۳۸۱)، صص ۵۷-۵۸؛ صمد حسرتی، پیشین، ص ۶۸.

۴۲. سید حسین صفایی، «مالکیت ادبی و هنری»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۷ (۱۳۵۰)، ص ۱۲۶.

یا وصی منصوب از جانب او اعمال شده، از خطرها مصون بماند. ثانیاً ماده ۴ قانون حمایت ۱۳۴۸ که بر دائمی بودن حقوق معنوی پدیدآورنده تأکید دارد، دلیلی بر این ادعاست که حقوق معنوی پدیدآورنده پس از مرگش باقی است و لذا چه کسی بهتر از ورثه یا وصی منصوب از جانب او که عهده‌دار حمایت و پاسداری از حقوق اثر باشد؟! ثالثاً از ماده ۲۶ همین قانون می‌توان استنباط نمود که حقوق معنوی پدیدآورنده پس از فوت وی تداوم یافته، ورثه یا وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی به‌عنوان حافظ و نگهبان این حق عمل می‌نمایند. همچنین در تقویت این دیدگاه می‌توان استدلال نمود که اگر اصل حقوق معنوی همچون حق انتساب قابل انتقال به ورثه باشد، آنها قادر بر عرضه اثر به نام خود خواهند بود؛ درحالی که به‌نظر نمی‌رسد این امر صحیح باشد و تعرض به حقوق پدیدآورنده محسوب می‌شود. بنابراین، می‌بایست همراه با کسانی که ورثه را ملزم به حفظ مصلحت مورث و ترجیح آن بر مصلحت خود می‌دانند، قائل بر عدم امکان انتقال قهری اصل این حقوق شد، اما همچنان می‌توان بر اجرای این حقوق از سوی جانشینان پدیدآورنده تأکید نمود؛ چراکه اجرا و پاسداری از حق پدیدآورنده با شخصیت وی منافاتی نخواهد داشت.^{۴۳}

در حقوق انگلستان، برخلاف حقوق مالی، حقوق معنوی پدیدآورنده در زمان حیات وی قابل واگذاری به صورت ارادی نیست.^{۴۴} با این حال، احکامی در ماده ۹۵ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ در مورد وصیت و انتقال این حقوق به هنگام مرگ قابل مشاهده است. بر اساس ماده پیش‌گفته، حق انتساب ازجمله حقوقی است که می‌توان به‌طور خاص وصیت نمود. اگر چنین وصیتی وجود نداشته باشد، اما حق کپی‌رایت اثر موردنظر بخشی از دارایی پدیدآورنده محسوب گردد، حق یادشده به شخصی تعلق خواهد گرفت که کپی‌رایت یا حقوق انحصاری اثر به وی تعلق می‌گیرد و اگر هیچ‌یک از این شرایط موجود نباشد، در نهایت حق انتساب از سوی نمایندگان شخصی پدیدآورنده قابل اعمال خواهد بود. گفتنی است که بر طبق بند ۵ ماده ۹۵ حق مقابله با انتساب نادرست به صورت ویژه بعد از مرگ پدیدآورنده از جانب

۴۳. سعید محسنی و سید محمد مهدی قبولی درافشان، پیشین، صص ۱۷۱-۱۷۳.

44. Simon Stokes, *Art and Copyright*, (North America: Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2001), p. 69.

نمایندگان شخصی وی قابلیت اعمال خواهد داشت.^{۴۵}

در ایالات متحده آمریکا نیز همچون ایران و انگلستان، با اینکه طبق ماده ۱۰۶(الف) قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶، انتقال ارادی حق انتساب در زمان حیات پدیدآورنده ممنوع شده است، اما در باب وراثت احتمالی وراث پدیدآورنده و وضعیت حقوق معنوی پس از مرگ وی مطلبی مشاهده نمی‌شود و در همین راستا برخی نویسندگان امریکایی^{۴۶} بر این باورند که با توجه به سکوت قانون، پدیدآورندگان چاره‌ای جز توسل به قوانین ایالات ندارند؛ چراکه در برخی ایالت‌ها حفاظت از حقوق معنوی پدیدآورندگان پس از فوت پدیدآورنده از سوی وراث به رسمیت شناخته شده است. با این حال، به نظر می‌رسد با ارائه استدلال‌هایی می‌توان پذیرش انتقال قهری و کوتاه‌مدت حقوق معنوی به وراث پدیدآورنده را از ماده ۱۰۶(الف) استنباط نمود. البته با توجه به اینکه قوانین آمریکا تصریحی در این باب ندارند، ضروری است با یک تفسیر مضیق صرفاً وظیفه اعمال حق انتساب و حفاظت از آن بر طبق خواسته‌ها و مصلحت پدیدآورنده را به وراث و نمایندگان شخصی وی قابل واگذاری دانست. در واقع، از آنجا که در برخی موارد و بسته به شرایط آفرینش فکری، حمایت از حقوق معنوی اثر در آمریکا تا ۷۰ سال پس از مرگ خالق استمرار می‌یابد، می‌توان نتیجه گرفت که حق انتساب پس از مرگ خالق اثر نیز ولو برای مدت محدودی تحت حمایت قانون کپی‌رایت این کشور قابلیت اعمال خواهد داشت. البته قانون‌گذار در مورد اشخاص صالح در جهت اعمال این حق سکوت کرده است و مشخص نیست که چه کسانی صالح به اعمال حق یادشده هستند که به نظر بتوان همان افرادی را که صلاحیت تصمیم‌گیری در باب حقوق مالی اثر پس از مرگ پدیدآورنده را دارند، به عنوان دارنده حق یادشده تلقی نمود که از آن جمله می‌توان به وراث پدیدآورنده اشاره کرد.^{۴۷}

45. Sheila J. McCartney, *op. cit.*, pp. 225-226.

46. Joashim Pierer, "Authors' Moral Rights After Death: The Monistic Model of German Law, Austrian Law and the Revised Berne Convention", *University of Vienna Law Review*, vol. 3 (2019), pp. 30-31.

۴۷. برای مشاهده نظر موافق، رک. الناز نهاوندی، قواعد ویژه آثار مشترک ادبی و هنری در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۹۴، ص ۷۱.

۲.۲. قلمرو موضوعی حق انتساب

در این قسمت، به شناسایی آثاری خواهیم پرداخت که به صورت مشترک در حقوق ایران، انگلستان و ایالات متحده آمریکا دارای حق انتساب بوده و سه نظام حقوقی یادشده از این جهت مشابه‌اند.

۲.۲.۱. آثار ادبی^{۴۸}

در برخی سیستم‌های حقوقی از جمله انگلستان و ایالات متحده آمریکا، دسته خاصی از آثار با عنوان «آثار ادبی» قابل مشاهده است که با تفاوت‌هایی در مفهوم ارائه‌شده از آن، مورد حمایت قرار گرفته‌اند. در یک نگاه کلی، آثار ادبی به آن دسته از آثاری اطلاق می‌شود که «صرف‌نظر از کیفیت آن، به صورت چاپی و یا نوشتاری عرضه می‌گردد»^{۴۹} و گرچه این آثار با عنوان آثار ادبی شناخته می‌شوند، اما هیچ نوع شایستگی ادبی برای این دسته از آثار الزامی نیست. به بیان دیگر، ضرورتی به ارتباط این آثار با حوزه ادبیات وجود ندارد.^{۵۰} در حقوق انگلستان آثار یادشده مورد حمایت قانون کپی‌رایت واقع شده‌اند. در بند نخست از ماده ۳ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ انگلستان می‌توان مفهوم آثار ادبی از دید قانون‌گذار را مشاهده نمود. طبق این ماده، آثار ادبی به آثار غیرنمایشی و غیرموسیقایی اطلاق می‌گردد که به صورت نوشتاری و یا شفاهی ارائه شده، شامل جدول‌ها، مجموعه‌ها، برنامه‌های رایانه‌ای، برنامه‌های طراحی مقدماتی نرم‌افزار^{۵۱} و پایگاه داده^{۵۲} می‌باشند. بنابراین، آثار نوشتاری که بسته به موقعیت‌های مختلف ممکن است به صورت شفاهی نیز ارائه گردد، پایه اصلی این آثار را تشکیل می‌دهد. در همین راستا برخی^{۵۳} معتقدند که آفرینش‌های ادبی در حقوق انگلستان دربرگیرنده آثاری همچون جدول‌های ریاضی، برگه‌های امتحانی و یا حتی

48. Literary Works

49. Claire Howell & Benjamin Farrand, *Intellectual Property Law*, (United Kingdom: Person Education Limited, 2017), p. 8.

50. R. Mark Halligan & Others, *Intellectual Property Law*, (United State: Illinois Institute for Continuing Legal Education, 2017), p. 397.

51. Preparatory Design Material for a Computer Program

52. Database

53. Catherine Colston & Jonathan Calloway, *Modern intellectual property law*, (Taylor & Francis, 2010), p. 298; *Intellectual Property Law*, (London: Cavendish Publishing Limited, 2002), p. 63.

نامه‌های خصوصی و یادداشت‌های حین سخنرانی نیز خواهد بود. در ماده ۱۰۱ از قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶ ایالات متحده آمریکا نیز آثار ادبی به آثاری گفته می‌شود که متمایز از آثار سمعی و بصری بوده، صرف‌نظر از شکل ارائه، به واسطه کلمات، اعداد و یا سایر نمادها یا نشانه‌های کلامی و عددی ارائه می‌شوند؛ لذا این تعریف نه تنها شامل آثار ادبی جدی می‌شود که یک وبلاگ اینترنتی، برنامه رایانه‌ای و یا پایگاه داده را هم دربر می‌گیرد.^{۵۴}

در قانون حمایت ۱۳۴۸ ایران، در تقسیم‌بندی آثار مورد حمایت، عنوان «آثار ادبی» به‌طور مستقل و با آن شکلی که در سایر نظام‌های حقوقی استفاده شده است وجود ندارد. با این حال، قانون‌گذار در بند نخست از ماده ۲ به «نوشتۀ ادبی» اشاره کرده است که گرچه مراد مقنن از واژه «ادبی» مشخص نیست، اما به‌نظر می‌رسد مقصود از کاربرد این واژه، نوشته‌های مرتبط با حوزه ادبیات است و قانون‌گذار در صدد بیان این نکته بوده که آثار مکتوب و نوشتاری در موضوعات مختلف از جمله حوزه ادبیات، تحت حمایت قانون ۱۳۴۸ است. بنابراین در حقوق ایران، آثاری با عنوان آثار ادبی با آن تعریف و قالب خاصی که از آن در دو سیستم حقوقی دیگر ارائه شده است، وجود ندارد. با این همه، قانون‌گذار ایرانی در قوانین مختلف و به صورت پراکنده حمایت از مصادیق آثار ادبی از جمله آثار نوشتاری را که در انگلستان و ایالات متحده آمریکا معرفی شده، پذیرفته است (بندهای ۱ و ۲ ماده ۲ قانون حمایت ۱۳۴۸) و برای برنامه‌های رایانه‌ای و پایگاه داده هم با ارائه استدلال‌هایی می‌توان حمایت از آنها را استنباط نمود. توضیح بیشتر آنکه گرچه در قوانین داخلی، عناوین برنامه‌های رایانه‌ای و پایگاه داده و یا تعریفی از آنها مشاهده نمی‌شود، با این حال نمی‌توان این آثار را از حمایت قوانین، به‌ویژه قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹، بی‌بهره دانست. لذا در باب برنامه‌های رایانه‌ای، گرچه در قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ صرفاً از نرم‌افزارهای رایانه‌ای حمایت شده، اما در ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی این قانون، نرم‌افزار رایانه‌ای مجموعه‌ای از برنامه‌های رایانه‌ای و ... دانسته شده است که بر روی یکی از حامل‌های رایانه‌ای ضبط شده باشد. بنابراین، گرچه میان نرم‌افزار و برنامه رایانه‌ای تفاوت‌هایی وجود دارد، اما از آنجا که اولاً امروزه این برنامه‌ها

54. R. Mark Halligan & Others, *op. cit.*, p. 397.

در بیشتر کشورها تحت حمایت است و اصولاً هم میان این دو مورد تفاوتی قائل نیستند و ثانیاً در قانون ۱۳۷۹ برنامه رایانه‌ای جزئی از نرم‌افزار دانسته شده و ثالثاً در ماده ۶۲ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲ نیز به اثر یادشده اشاره گردیده است و با شرایطی مورد حمایت قوانین مرتبط با حقوق مؤلف از جمله قانون حمایت ۱۳۴۸ قرار گرفته‌اند، به نظر می‌رسد برنامه‌های رایانه‌ای در کنار نرم‌افزارها از حمایت قوانین داخلی برخوردار خواهند بود.^{۵۵} در مورد پایگاه داده نیز گرچه همچون برنامه رایانه‌ای در قانون حمایت ۱۳۴۸ و قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ مطلبی مشاهده نمی‌شود، اما در ماده ۶۲ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲ نیز همچون برنامه‌های رایانه‌ای به اثر یادشده اشاره شده و با شرایطی مورد حمایت قوانین مرتبط با حقوق مؤلف از جمله قانون حمایت ۱۳۴۸ قرار گرفته است. در همین راستا، برخی نویسندگان داخلی^{۵۶} به جهت اثبات امکان حمایت از پایگاه داده در حقوق داخلی، معتقدند از آنجا که پایگاه داده مجموعه‌ای از مواد از قبل تهیه‌شده می‌باشد و ترکیب این موارد همواره با خلاقیت و نوآوری همراه است، پایگاه داده را می‌توان در ذیل بند ۱۲ ماده ۲ قانون حمایت ۱۳۴۸ به عنوان یک اثر ترکیبی قابل حمایت دانست.

در حقوق انگلستان نیز بر اساس ماده ۷۷ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ آثار ادبی با همان مفهومی که از آن ارائه گردید، دارای حق انتساب‌اند که البته در این خصوص می‌بایست برنامه‌های رایانه‌ای و آثار تولیدشده از طریق رایانه و برخی آثار نوشتاری همچون روزنامه و مجله را بنابه صراحت ماده ۷۹ این قانون از بهره‌مندی از حق انتساب استثنا نمود. در مورد ایالات متحده آمریکا گرچه آثار ادبی بر اساس ماده ۱۰۲ قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶ تحت حمایت کپی‌رایت هستند، با این حال در ماده ۱۰۶ (الف) این قانون که به حقوق معنوی پدیدآورندگان آثار بصری اختصاص دارد، به حق انتساب آثار ادبی و اقسام آن اشاره نشده است. اما باید اذعان نمود که عدم ذکر آثار ادبی در این ماده، به معنای محرومیت

۵۵. رک. ستار زرکلام و محمدحسن محوری، حمایت‌های حقوقی از پدیدآورندگان نرم‌افزار، (تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ج ۱، ۱۳۹۴)، صص ۱۲-۱۳.

۵۶. محمود صادقی و علی طهماسبی، «درآمدی بر حمایت از حقوق پدیدآورنده‌ی پایگاه داده»، *فقه و حقوق*، ش ۱۳ (۱۳۸۶)، ص ۱۳۳.

آفرینندگان این آثار از حق بر نام خویش نیست و از آنجا که این آثار در مجموع تحت حمایت کپی‌رایت قرار دارند، خالقان این آفرینش‌های فکری قادرند با مراجعه به سایر راه‌های حمایتی از جمله قوانین ایالات و شبه‌جرم‌های کامن‌لای، از حق انتساب خویش محافظت نمایند.

۲.۲.۲. آثار هنری

عنوان «آثار هنری»^{۵۷} که در ماده ۴ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ استفاده شده است، در قوانین قوانین ایران و آمریکا مشاهده نمی‌شود. با وجود این، مصادیق آن در این دو سیستم حقوقی پذیرفته شده است که خود بررسی تطبیقی وضعیت حق انتساب این آثار را ممکن می‌سازد.

در قانون کپی‌رایت انگلستان، گرچه اثر هنری و اقسام آن تحت حمایت قرار گرفته است، اما همچون آثار ادبی و موسیقایی تعریفی از این آثار و بیان شاخص‌هایی در جهت شناخت آنها مشاهده نمی‌شود. با این حال، برخی^{۵۸} معتقدند اثر هنری به اثری اطلاق می‌گردد که با هر وسیله‌ای قابلیت به تصویر کشیده شدن و نمایش داده شدن داشته باشد؛ از همین رو در پرونده *ایترلگو علیه تایکو/یندستریر*^{۵۹}، قاضی جوهره یک اثر هنری را در اهمیت بصری آن دانسته است. بنابراین در ماده ۴ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ انگلستان، آثاری از قبیل آثار گرافیکی، عکاسی و مجسمه، صرف‌نظر از کیفیت آنها و همچنین اثر معماری به شکل یک ساختمان و یا مدلی از آن، آثار هنری دانسته شده‌اند. لازم به ذکر است که در ذیل آثار گرافیکی نیز آثاری از قبیل طراحی، نقاشی، نقشه‌کشی، حکاکی و... جای می‌گیرند. در انگلستان مطابق ماده ۷۷ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸، تمامی اقسام آثار هنری دارای حق انتساب بوده، از این جهت محدودیتی وجود ندارد. بنابراین تمامی آثاری که در ماده ۴ این قانون به‌عنوان آثار هنری معرفی شده‌اند از حق انتساب بهره‌مند خواهند بود.

در ایالات متحده آمریکا نیز بر اساس بندهای ۵ و ۸ ماده ۱۰۲ قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶ این کشور، آثار مصور، گرافیکی، مجسمه و معماری مورد حمایت قرار گرفته‌اند. در آمریکا

57. Artistic Works

58. Catherine Colston & Jonathan Calloway, *op. cit.*, p. 305.

59. *Interlego v Tyco Industries*

تنها قانون فدرالی که برای نخستین بار و به‌طور صریح و کامل از حقوق معنوی پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری از جمله حق انتساب حمایت می‌نماید، قانون حقوق هنرمندان آثار بصری ۱۹۹۰ می‌باشد که در ماده ۱۰۶ (الف) قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶ جای گرفته است. مطابق ماده یادشده، صرفاً پدیدآورندگان آثار بصری یا همان آثار تجسمی قادرند در صورت نقض حق نام خویش و نیز وجود شرایط مدنظر، از این قانون به‌عنوان یک ابزار قوی برای احقاق حق خود استفاده نمایند. بنابراین دعاوی آفرینندگان سایر آثار همچون آثار ادبی و یا موسیقایی در استناد به این قانون برای دفاع از حق خویش قابل استماع نخواهد بود. گفتنی است، طبق ماده ۱۰۱ قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶، آثار بصری عبارت‌اند از طراحی، نقاشی، چاپ (همچون لیتوگرافی)، مجسمه و تصاویر عکاسی تهیه‌شده برای مقاصد نمایشگاهی.^{۶۰}

در ایران نیز طبق بندهای ۵ تا ۹ قانون حمایت ۱۳۴۸، همچون ایالات متحده بدون اشاره به عنوان آثار هنری، آثاری از قبیل نقاشی، طراحی، آثار تجسمی، معماری، عکاسی و هنرهای دستی به صورت مجزا مورد حمایت قرار گرفته است و از این رو، در بهره‌مندی آفرینندگان این آثار از حق انتساب تردیدی وجود ندارد.

۳.۲.۲. آثار موسیقایی^{۶۱}

آثار موسیقایی با کلام و یا بدون کلام از جمله آثاری هستند که مورد حمایت بسیاری از سیستم‌های حقوقی واقع شده‌اند. در تعریف موسیقی، آن را مجموع اصواتی دانسته‌اند که برابر نت‌ها تنظیم‌شده، به‌واسطه ابزار و آلات موسیقی ظهور می‌یابد و سه عنصر اساسی آن عبارت‌اند از: ملودی، هارمونی و ریتم.^{۶۲} برخلاف قوانین ایران و ایالات متحده آمریکا که تعریفی از این دسته از آثار ارائه نکرده‌اند، در حقوق انگلستان و برابر با ماده ۳ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸، اثر موسیقایی اثری است که جدای از هر کلمه یا عملی که قرار است همراه با موسیقی خوانده، گفته و یا اجرا شود، از نت‌های موسیقی تشکیل شده است. در انگلستان

60. Richard J. Hawkins, "Substantially Modifying the Visual Artists Rights Act: A Copyright Proposal for Interpreting the Act's Prejudicial Modification Clause", *UCLA Law Review*, vol. 55 (2008), pp. 1446-1447.

61. Musical works

۶۲. اسدالله امامی، پیشین، ص ۱۱۸.

و بر طبق همان ماده ۳، علاوه بر اینکه اثر موسیقایی از حقوق مادی برخوردار است، مقنن به‌طور مجزا در ماده ۷۷ همین قانون، حق انتساب را به‌عنوان یک حق معنوی برای خالقان این آثار به‌رسمیت شناخته است. در ایالات متحده آمریکا، بر طبق بند ۲ ماده ۱۰۲ قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶، آثار موسیقایی مورد حمایت مادی قانون کپی‌رایت واقع شده، اما در باب حقوق معنوی در ماده ۱۰۶ (الف) این قانون اشاره‌ای به آثار موسیقایی نشده و از این رو آفرینندگان این آثار از حمایت این قانون در باب حق انتساب خود بی‌بهره‌اند و لازم است برای حفاظت از حق خویش به سایر منابع حمایتی مراجعه نمایند.^{۶۳} در حقوق ایران نیز آثار موسیقایی با استناد به بند ۴ قانون حمایت ۱۳۴۸ مورد حمایت مادی و معنوی قانون پیش‌گفته واقع شده است و آفرینندگان این آثار قادرند از حق بر نام و عنوان خویش دفاع نمایند.

۲.۴. آثار نمایشی^{۶۴}

آثار نمایشی به آثاری اطلاق می‌گردد که صرف‌نظر از هر آوا و یا نوایی که در آن استفاده شود، مقتضای ذات آن، اجرا (Performance) است. از این رو، مطابق با نظر پیش‌گفته، در رأی^{۶۵} که در سال ۲۰۰۰ و در دادگاه‌های انگلستان صادر شد، آثار نمایشی به آثاری گفته می‌شود که قابلیت اجرا در مقابل عموم مردم را داشته باشد.^{۶۶} در انگلستان گرچه تعریفی قانونی از این دسته از آثار وجود ندارد، اما در بند نخست از ماده ۳ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ این آثار مورد حمایت واقع شده و از اقسام آن به رقص و پانتومیم اشاره شده است. البته موارد یادشده حصری نبوده و علاوه بر رقص و پانتومیم، فیلم هم جدای از فیلم‌نامه‌ای که در آن استفاده شده است، یک نوع اثر نمایشی محسوب می‌شود.^{۶۷} در ایالات متحده آمریکا با استناد به بند ۳ ماده ۱۰۲ قانون کپی‌رایت ۱۹۷۶، آثار نمایشی تحت حمایت سیستم کپی‌رایت قرار گرفته است. گرچه هیچ تعریف قانونی از اثر یادشده موجود نیست، اما در رویه

63. Tanja Makovec Petrik, "Moral Rights of Composers: The Protection of Attribution and Integrity Available to Musicians in the European Union and the United States", *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, vol. 22 (2012), p. 369.

64. Dramatic Works

65. *Norowzian v Arks Ltd* [2000] FSR 363, CA

66. *Intellectual Property Law*, p. 64.

67. Claire Howell & Benjamin Farrand, *op. cit.*, p. 9.

قضایی این کشور تعاریفی از این دسته آثار می‌توان یافت. در همین راستا آثاری چون آثار سینمایی، اپرا، فیلم‌ها، برنامه‌ها و نمایش‌های تلویزیونی به‌عنوان قسمی از آثار نمایشی شناخته می‌شوند.^{۶۸} در قوانین ایران، گرچه عنوان آثار نمایشی قابل مشاهده نیست، اما واژه یادشده چندان غریب نیست، تا آنجا که یکی از مهم‌ترین زیرمجموعه‌های وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، اداره کل هنرهای نمایشی کشور است.^{۶۹} در خصوص پذیرش مصادیق آثار نمایشی در ایران، بند ۳ ماده ۲ قانون ۱۳۴۸، آثار سمعی و بصری را به جهت اجرا در صحنه‌های نمایش، سینما و تلویزیون مورد حمایت قرار داده است که همین بند را می‌توان نشانه‌ای از پذیرش حمایت از آثار نمایشی از جمله آثار تلویزیونی و سینمایی در ایران دانست. البته برخلاف انگلستان و آمریکا، پانتومیم و رقص مورد حمایت صریح قانون واقع نشده‌اند. در خصوص وضعیت حمایت از این آثار، به نظر مشکلی در حمایت از پانتومیم به‌عنوان یک اثر نمایشی وجود ندارد و آفرینندگان این آثار همچون سایر هنرمندان قادرند از اجرای خویش محافظت نمایند. اما در مورد رقص، نتیجه‌گیری به این سادگی نیست و به‌نظر با توجه به پیشینه مذهبی کشور ایران و عدم حمایت از امور نامشروع و غیرقانونی به جهت مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، رقص را نمی‌توان به‌عنوان یک اثر فکری، مورد حمایت حقوق داخلی ایران و برخوردار از حق انتساب دانست.^{۷۰}

در انگلستان و ایالات متحده آمریکا آثار پیش‌گفته از حق انتساب بهره‌مند هستند. البته این آثار تحت حمایت مستقیم قانون کپی‌رایت ایالات متحده و ماده ۱۰۶ (الف) نیستند، اما مراجعه به سایر راه‌های حمایتی همچنان ممکن است و از این جهت مانعی وجود ندارد. در حقوق ایران نیز با توجه به مطالبی که پیش‌تر بیان شد، به جز رقص، سایر آثار نمایشی از جمله آثار تلویزیونی و سینمایی، پانتومیم، تئاتر و... مورد حمایت قانون ۱۳۴۸ بوده، از حق انتساب برخوردار است.

68. R. Mark Halligan & Others, *op. cit.*, p. 397.

69. <https://theater.farhang.gov.ir/>

۷۰. برای مطالعه جایگاه نظم عمومی و اخلاق حسنه در حمایت از آثار فکری، ر.ک. سعید محسنی و سید محمد مهدی قبولی درافشان، پیشین، صص ۶۳-۷۱.

۳.۲. قلمرو زمانی حق انتساب

در قلمرو زمانی حق انتساب، هدف بررسی مدت حمایت از این حق در حقوق داخلی ایران، انگلستان و امریکا است. مطالعات صورت گرفته نشان از آن دارد که در حقوق ایران مقنن با تصریح در ماده ۴ قانون حمایت ۱۳۴۸، ماده ۱ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ و نیز ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون اخیر، حمایت از حق انتساب پدیدآورنده را محدود به زمان نمی‌داند و چه در حیات وی و چه پس از آن، قانون مکلف به حمایت است. برخلاف ایران، در حقوق انگلستان و امریکا، قانون‌گذار از این حق به‌طور موقت حمایت نموده است. در بندهای ۱ و ۲ ماده ۸۶ قانون کپی‌رایت ۱۹۸۸ انگلستان، مدت حمایت از حق انتساب، برابر است با مدت زمان حمایت از حقوق مالی اثر، و مدت حمایت از حق مقابله با انتساب نادرست که در ماده ۸۴ همین قانون معرفی شده است، ۲۰ سال پس از فوت خالق اثر خواهد بود. مدت حمایت از حقوق معنوی در ایالات متحده امریکا نیز بسته به مورد متفاوت بوده، بر اساس ماده ۱۰۶ (الف)، حقوق معنوی آثار بصری یا تجسمی که قبل از سال ۱۹۹۰ خلق شده‌اند، تا پایان مدت حمایت از حقوق مالی اثر، یعنی ۷۰ سال پس از مرگ خالق، قابل حمایت خواهند بود و آثاری که بعد از لازم‌الاجرا شدن قانون حقوق هنرمندان آثار بصری در سال ۱۹۹۰ ایجاد شده‌اند، فقط در طول مدت عمر خالق حمایت خواهند شد. یادآوری این نکته ضروری است که این احکام مختص آثار بصری بوده، در مورد سایر آثار، قانون کپی‌رایت این کشور تصریحی ندارد و می‌بایست بسته به مورد، به سایر منابع حقوقی مراجعه و حکم مسئله را پیدا نمود.

نتیجه

حق انتساب، حق محافظت از نام و عنوان پدیدآورندگان آفرینش‌های فکری، از دو بُعد تشکیل شده است؛ ایجابی و سلبی. مراد از بُعد ایجابی، اقداماتی است که موجب شناسایی پدیدآورنده می‌شود. درج نام واقعی یا مستعار پدیدآورنده در اثر و افشای نام پدیدآورنده در آثاری که پیش از این بدون نام و یا با نام مستعار عرضه شده‌اند، بُعد ایجابی حق یادشده را تشکیل می‌دهد. در بُعد سلبی نیز پدیدآورنده علاوه بر امکان انتشار اثر به صورت بی‌نام، قادر است از انتساب نادرست اثر خویش به دیگران نیز جلوگیری نماید. در همین راستا وی

می‌تواند از درج نام خود در آثاری که از سوی وی خلق شده، اما به سبب تغییرات ایجادشده در اثر، انتشار آن همراه نام وی به شهرت او آسیب می‌زند نیز جلوگیری نماید. علاوه بر این موارد، پدیدآورنده قادر است از درج نام خود در اثری که شخص دیگری آن را آفریده و به غلط به او منتسب شده است هم ممانعت به عمل آورد. در قوانین داخلی ایران با اینکه مفهوم کلی این حق پذیرفته شده است، اما به غیر از آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ که صراحتاً به عنوان «حق انتساب» اشاره نموده، در هیچ قانون دیگری از عنوان مستقلی برای معرفی این حق استفاده نشده و قانون‌گذار در خلال مواد مختلف بر حمایت از نام پدیدآورندگان تأکید کرده است. در مورد پذیرش ابعاد مختلف این حق نیز تنها به حق درج نام پدیدآورنده در اثر و توانایی او در جلوگیری از انتساب نادرست اثر خویش به دیگران اشاره شده است. از این رو، شایسته است قانون‌گذار با اصلاح قوانین، علاوه بر شناسایی صریح حق انتساب پدیدآورندگان، ابعاد مختلف آن را نیز تبیین نماید. برخلاف ایران، در انگلستان و امریکا نه تنها برای معرفی این حق از عناوین مستقلی استفاده شده، که قانون‌گذار تلاش کرده است تا ابعاد مختلف آن را نیز شناسایی نماید. از این رو، بر اساس قوانین این دو نظام حقوقی، پدیدآورنده در کنار نام واقعی، مجاز به انتشار اثر با نام مستعار و یا به صورت بی‌نام و استفاده از سایر ابعاد ایجابی و سلبی خواهد بود.

قلمرو حق انتساب در قالب قلمرو شخصی و موضوعی و زمانی بررسی گردید و نتایج حاکی از آن است که در قلمرو شخصی حق انتساب و شناخت اشخاص برخوردار از این حق، پدیدآورنده اثر، نخستین فردی است که مجاز به اعمال این حق است. سپس قائم‌مقامان عام وی از اشخاص صالح در برخورداری از حق یادشده هستند، ولی صلاحیت آنان مطلق و بی‌قید و شرط نبوده، لازم است که منافع پدیدآورنده را در نظر بگیرند و برخلاف آن اقدامی نکنند. در این مورد، میان ایران، انگلستان و امریکا تفاوت و اختلاف نظری مشاهده نمی‌شود؛ با این حال، ضروری است قانون‌گذار ایرانی با بازنگری در قانون، اشخاص صالح جهت برخورداری از این حق را مشخص کرده، به اختلاف نظرها به‌ویژه در مورد صلاحیت وراثت پدیدآورندگان پایان دهد. در مورد قلمرو موضوعی حق انتساب و شناسایی آثار مشترک بهره‌مند از این حق، آثار مورد حمایت در حقوق ایران، انگلستان و امریکا به چهار دسته آثار

ادبی، هنری، نمایشی و موسیقایی تقسیم می‌شوند که با تفاوت‌های اندکی تحت حمایت قوانین داخلی هر سه نظام حقوقی قرار دارند. در باب مدت حمایت از حق انتساب نیز حمایت از حق یادشده در ایران دائمی و بدون محدودیت زمانی است، حال آنکه حمایت از این حق در انگلستان و ایالات متحده آمریکا موقت و محدود به زمان می‌باشد.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. امامی، اسدالله (۱۳۹۹). *حقوق مالکیت معنوی*، تهران: نشر میزان.
۲. زرکلام، ستار (۱۳۹۸). *حقوق مالکیت ادبی و هنری*، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۳. زرکلام، ستار و محوری، محمدحسن (۱۳۹۴). *حمایت‌های حقوقی از پدیدآورندگان نرم‌افزار*، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۴. صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۹). *حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای کامپیوتری*، تهران: نشر میزان.
۵. کرنو، ماری، دولامبرتوری، ایزابل، سیرنلی، پیر و والر، کاترین (۱۳۹۰). *فرهنگ تطبیقی حقوق مؤلف و کپی‌رایت*، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی و پژمان محمدی، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۶. گرباود (۱۳۸۰). *الفبای حقوق پدیدآورنده (کپی‌رایت)*، ترجمه غلامرضا لایقی، تهران: خانه کتاب.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۸. محسنی، سعید و قبولی درافشان، سید محمد مهدی (۱۳۹۴). *حقوق ادبی و هنری (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه و مصر)*، مشهد: دانشگاه فردوسی مشهد، پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی.
۹. میرحسینی، سید حسن (۱۳۹۹). *مقدمه‌ای بر حقوق مالکیت معنوی*، تهران: نشر میزان.
۱۰. نوروزی، علیرضا (۱۳۸۱). *حقوق مالکیت فکری: حق مؤلف و مالکیت صنعتی*، تهران: چاپار.

- مقاله‌ها

۱۱. امینی‌نژاد، علی و صفایی، سید حسین (۱۳۹۶). تحلیل فقهی و حقوقی موانع امکان نقل و انتقال حق معنوی مؤلف. *پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی*. ۱۳ (۴۷)، ۲۷-۴۸.
Doi:10.22034/ijrj.2017.530232
۱۲. انصاری، باقر (۱۳۸۶). شرایط اثر قابل حمایت در نظام مالکیت‌های ادبی و هنری (کپی‌رایت). *تحقیقات حقوقی*. ۱۰ (۴۵)، ۹۷-۱۵۲.
۱۳. شبیری زنجانی، سید حسن (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی مفهوم و ماهیت حق انتساب اثر ادبی و هنری در نظام‌های حقوقی. *تحقیقات حقوقی*. ۲۰ (۷۹)، ۲۷۲-۲۳۹.
Doi:10.22034/jlr.2017.54395
۱۴. صادقی، محمود و طهماسبی، علی (۱۳۸۶). درآمدی بر حمایت از حقوق پدیدآورنده پایگاه داده. *فقه و حقوق*. ۴ (۱۳)، ۱۵۲-۱۳۱.
۱۵. صفایی، سید حسین (۱۳۵۰). مالکیت ادبی و هنری. *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*. ۷ (۰)، ۱۰۹-۱۳۲.
۱۶. مظهر قراملکی، علی، قدرتی، فاطمه و نظری توکلی، سعید (۱۳۹۳). معناشناسی حق معنوی در گفتمان حقوقی اسلام و ایران. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*. ۵ (۹)، ۱۶۱-۱۹۰.
۱۷. میرشمسی، محمدهادی و حامدی، میلاد (۱۳۹۹). تحلیل رویه عملی نظام کپی‌رایت راجع به حقوق معنوی. *پژوهش حقوق خصوصی*. ۹ (۳۲)، ۱۵۵-۱۸۸.
Doi:10.22054/jplr.2020.41847.2208

- پایان‌نامه‌ها

۱۸. حامدی، میلاد (۱۳۹۶). *حق مقابله با انتساب خلاف واقع در حقوق مالکیت ادبی و هنری*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبائی.

۱۹. حضرتی، صمد (۱۳۷۸). حق معنوی مؤلف در حقوق ایران و اسلام و کنوانسیون‌های بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۷۸.
۲۰. نهاوندی، الناز (۱۳۹۴). قواعد ویژه آثار مشترک ادبی و هنری در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه فردوسی مشهد.

ب) منابع انگلیسی

-Books

21. Colston, C. & Calloway, J. (2010). *Modern Intellectual Property Law*, Taylor & Francis.
22. Halligan, R. M. & Others (2017). *Intellectual Property Law*, United State: Illinois Institute for Continuing Legal Education.
23. Howell, C. & Farrand, B. (2017). *Intellectual Property Law*, United Kingdom: Person Education Limited.
24. *Intellectual Property Law* (2002). London: Cavendish Publishing Limited.
25. Stokes, S. (2001). *Art and Copyright*, North America: Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon.

- Articles

26. Fernandez-Molina, J. C. & Peis, E. (2001). The Moral Rights of Authors in the Age of Digital Information. *Journal of the American Society for Information Science and Technology*. 52(2), 109-117 . <https://doi.org/10.1002/1097-4571>.
27. Hansmann, H. & Santilli, M. (1997). Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis. *The Journal of Legal Studies*. 26 (1), 95-143. <https://doi.org/10.1086/467990>
28. Hawkins, R. J. (2008). Substantially Modifying the Visual Artists Rights Act: A Copyright Proposal for Interpreting the Act's Prejudicial Modification Clause. *UCLA Law Review*. 55(5), 1437-1478.

29. McCartney, S. J. (1990). Moral Rights under the United Kingdom's Copyright, Designs and Patents Act of 1988. *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*. 15(2), 205-246.
30. Makovec Petrik, T. (2012). Moral Rights of Composers: The Protection of Attribution and Integrity Available to Musicians in the European Union and the United States. *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 22(2), 359-382.
31. Pierer, J. (2019). Authors' Moral Rights after Death: The Monistic Model of German Law, Austrian Law and the Revised Berne Convention. *University of Vienna Law Review*. 3(0), 1-41. <https://doi.org/10.25365/vlr-2019-3-1-1>.
32. Rigamonti, C. P. (2006). Deconstructing Moral Rights. *Harvard International Law Journal*. 47(2), 353-412.
- Thesis
33. Siefarth, Christof (1986). *Motion Pictures in American and International Copyright Law*, University of Georgia School of Law.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 32

Autumn 2023

Article Type: Research Article

Pages: 33-63

Obstacles and Tricks of the Trial in the Voluntary Execution of Financial Sentences: An Emphasis on the Theory of Abuse of Rights and Judicial Procedure

Zahra Akrami¹ | Ali Asghar Hatami^{2✉} | Hassan Pashazadeh³

1. Ph.D. Candidate in Private Law, Islamic Azad University, Tabriz branch, Iran

z_akrami@ymail.com

2. Associate Professor, Shiraz University, Iran

ahatami@shirazu.ac.ir

3. Assistant Professor, Islamic Azad University, Tabriz branch, Iran

pashazadeh@ut.ac.ir

Abstract

The necessity of supporting the financial convicts in compensation for the negative effects of the imprisonment has created a suitable environment for profiteers and problems for the judicial system. Easy escape from the obligation by the debtor with proof of indigence and debt installment, available proofs of claim for the financial convicts in order to guilefully proof of indigence, excellence default proceeding over contradictory proceeding and frivolous actions (jactitation) like tierce opposition to executive operations or distress only with trigger to delay in the executive operations are problems of the judiciary in execution of judgments. According to the author, confrontation with abuse of rights in process and judicial management is the most important way to solve the prorogation in the execution of judgment. The execution of judgments of mighty judge should reduce judicial mistakes in process and present judicial services in the reasonable period of time at the lowest cost. Legislator should also make useful rules to prevent abuse of process and smooth the way for quick and low- costs execution of judgment route.

Keywords: Voluntary Execution of Sentence, Abuse of Rights, Fictitious Litigation, Trickery, Falling, Judicial Precedent.

Received: 2022/04/05 Received in revised form: 2022/12/28 Accepted: 2023/01/22 Published: 2023/09/30

DOI: 10.22034/LAW.2023.50976.3117

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



موانع و حیل‌های دادرسی در اجرای ارادی محکومیت‌های مالی (با تأکید بر نظریه سوءاستفاده از حق و رویه قضایی)

زهرا اکرمی^۱ | علی اصغر حاتمی^۲ | حسن پاشازاده^۳

z_akrami@ymail.com

ahatami@shirazu.ac.ir

pashazadeh@ut.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تبریز، ایران

۲. دانشیار دانشگاه شیراز، ایران

۳. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تبریز، ایران

چکیده

لزوم حمایت از محکومان مالی در جبران آثار منفی ضمانت اجرای بدنی (بازداشت)، بستر مساعدی برای مدعیان واهی و سودجو و معضلاتی برای دستگاه قضایی به وجود آورده است. سهولت گریز از اجرای تعهد از ناحیه محکوم‌علیه با اثبات اعسار و تقسیط بدهی، ادله اثبات در دسترس برای محکومان مالی در اثبات مزورانه تنگدستی، امتیاز دادرسی غیابی در مقابل دادرسی حضوری و همچنین ادعاهای واهی همچون اعتراض ثالث اجرایی و یا معرفی اموال بدون مشتری صرفاً با انگیزه تأخیر در عملیات اجرایی از جمله مواردی است که گریبان‌گیر دستگاه قضا در مرحله اجرای احکام قطعی است. از منظر نگارندگان این مقاله، مبارزه با سوءاستفاده از حق دادرسی و مدیریت قضایی پرونده‌ها مهم‌ترین راه برای حل مشکل اطاله در اجرای احکام مالی است و این به دست توانای قاضی رسیدگی‌کننده یا اجراکننده حکم می‌تواند مدیریت شود تا با کاهش خطاهای قضایی در فرایند دادرسی، خدمات قضایی را با سرعت معقول و هزینه کم ارائه نماید. قانون‌گذار نیز باید با وضع قوانین مفید، منقذهای سوءاستفاده را بسته، مسیر اجرای سریع و کم‌هزینه احکام را هموار سازد.

واژگان کلیدی: اجرای ارادی حکم، اعسار، حیل، دعوای واهی، رویه قضایی، سوءاستفاده از حق.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۱۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

DOI: 10.22034/LAW.2023.50976.3117

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

وضع قوانين خاص با هدف فراهم نمودن سازوکارهاى به‌منظور اجراى هرچه سريع‌تر و کم‌هزينه‌تر اجراى احکام و در کنار آن، تأمين، آموزش و به‌کارگيرى نيروى متخصص و آموزش‌ديده و خبره در امر اجرا، همچنين امکان دسترسى به اطلاعات مالى محکوم‌عليه براى مقامات قضايى و قانونى و پيش‌بيني مقرراتى با هدف تشويق محکوم‌عليه به اجراى ارادى حکم، از راه‌هاى مؤثر ساختن فرايند اجراى حکم محقق‌شدنى است. لکن جدای از سياست‌هاى قانون‌گذارى، برخى از موانع اثرگذار در فرايند اجرا وجود دارند که به‌طور مستقيم اجراى آن را متوقف يا با تأخير مواجه مى‌کند. اين موانع مى‌تواند ناشى از نارسايى مواد قانونى يا خلأ متون قانونى و يا ناشى از ارادهء سوء و همراه با حيله و تقلب اصحاب پرونده باشد. امروزه به‌طور قطع مى‌توان يکى از علل نارضائيتى مردم از روند عمليات اجراى احکام مالى را فراهم آمدن امکان سوءاستفاده از حق دادخواهى دانست. معمولاً اشخاص زيرک و حرفه‌اى با دور زدن قوانين، اين ناامنى قضايى را به‌وجود آورده، تشديد مى‌کنند و به دليل فقدان قانون يا خلأ و يا ابهام در آن، از روش‌هاى به‌ظاهر قانونى با استفاده از ابزار «حيله» سعى در جذب منافع خود دارند.

برخى از موانع اجراى حکم همچون نياز دولت به تأمين اعتبار در بودجهء عمومى ساليانه کشور براى تأمين اعتبار محکوم‌به و منع توقيف اموال شهردارى‌ها موقتى است، لکن بيشتر موانع، ناشى از سهولت گريز از اجراى ارادى حکم است. پيش‌بيني امکان گستردهء اثبات تنگدستى براى تمامى محکومان و استناد به شهادت شهود در اين مقوله با تمسک به قواعد اثبات اعسار و تقسيط محکوم‌به، و اخواهى از آراى غيايى در هر مرحله‌اى از عمليات اجرايى، سوءاستفاده محکومان مالى از روش‌هاى اعتراضى همچون اعتراض ثالث اصلى و اجرايى، از اين دسته است.

محکومان حرفه‌اى با محکوميت‌هاى سنگين مالى در فرار از اداى دين و سوءاستفاده از قانون بسيار موفق عمل کرده، ضمانت اجراى قانونى و جلب و حبس، سهم محکومان جزء است و اين نشان از ناکارآمدى قانون در حمايت از محکوم‌له‌ها دارد. سوءاستفاده از حق موجب درخواست جمعى براى تحديد حق شده، لذا بايد بر اين رفتارهاى مضر به حق جمعى

نظارت صورت گیرد. در نگارش‌های حقوقی قبلی در زمینه اجرای احکام مدنی مخصوصاً محکومیت‌های مالی، عمده تحقیقات در خصوص مبانی اجرای احکام مدنی و موانع قانونی اجرای حکم، اعم از تأخیر در اجرای حکم یا تعطیلی اجرای حکم بوده است. لکن در این تحقیق نگارندگان بر آن‌اند معضلات واحد اجرای احکام دادگستری در زمینه اجرای محکومیت‌های مالی و موانعی که بر سر اجرای سریع و آسان و کم‌هزینه احکام وجود دارد و عمدتاً منتسب به محکوم‌علیه و رفتارهایی آمیخته با دروغ و تقلب و حيله و تبانی وی است، شناسایی کرده، راهکار و پیشنهادهایی در حد بضاعت و با تکیه بر رویه قضایی برای تضمین سلامت دادرسی در امر اجرا نسبت به این‌گونه رفتارها ارائه نمایند. با عنایت به اینکه در این خصوص منبع مستقل و جامعی وجود ندارد، لذا نگارندگان مقاله پیش رو، این موضوع را با تأکید بر رویه قضایی و نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه که یکی از روش‌های ایجاد رویه قضایی در محاکم است، مورد بحث قرار می‌دهند.

در این مقاله ضمن اشاره به انواع حيله در دادرسی، به بیان مصادیقی از ادعاهای واهی در مرحله اجرای حکم و خلأهای قانونی به‌عنوان موانع ارادی اجرای محکومیت‌های مالی پرداخته و به فراخور توان علمی و قضایی، راهکارهایی در رفع آن ارائه خواهد شد.

۱. سوءاستفاده از حق دادخواهی در اجرای احکام

قلمرو استفاده از حق همواره محل مناقشه بوده است، به‌نحوی که در موردی تقصیری سنگین و در موردی دیگر، بسیار عادی جلوه می‌کند. سوءاستفاده از حق به‌عنوان روی دیگر قاعده حسن نیت در حوزه‌های مختلف حقوقی، ازجمله سوءاستفاده از حق دادرسی مطرح می‌شود و اگرچه در نظری سوءاستفاده از حق درواقع همان حق نامشروع است^۱، لکن درواقع نفس حق مشروع، اما هدف، جهت و چگونگی استفاده از آن نامشروع است^۲. از مهم‌ترین معیارهای تشخیص سوءاستفاده از حق، اضرار به غیر و غرض‌ورزی بدون رعایت اهدافی

۱. عبدالرزاق السنهوری، الوسيط فی شرح القانون المدني، ج ۱، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی‌تا)، ص ۸۳۸.

۲. سیامک ره‌پیک، «منع سوءاستفاده از حق در نظریه‌های حقوقی و مفاهیم قرآنی»، الهیات و معارف اسلامی مطالعات اسلامی، ش ۶۲ (۱۳۸۲)، ص ۶۶.



است که برای اجرای حق مد نظر قانون‌گذار بوده است.^۳ در بررسی قرآنی و در مقایسه قاعده سوءاستفاده از حق با قواعد حقوق اسلام به قاعده لاضرر توجه شده است.^۴ صرف‌نظر از نظریه‌های مختلف، تأمل در آیه‌های قرآن این را نشان می‌دهد که اضرار و فقدان حسن نیت در اجرای حق ممنوع بوده^۵، سوءاستفاده از حق زمانی محقق می‌شود که دارنده حق اجرای آن را وسیله اضرار به غیر قرار دهد یا شیوه استفاده از حق به گونه‌ای باشد که با معیارهای عرفی مطابقت نداشته، یا صاحب حق از حق خود به گونه‌ای استفاده نماید که ضرری برای دیگران نداشته باشد.^۶

حق دادخواهی به عنوان یکی از حقوق مهم شهروندی تا زمانی محترم است که از آن سوءاستفاده نشود. اعتبار دستگاه قضایی و اعتماد عمومی به آن در گرو وجود یک دادرسی منصفانه، عادلانه و عاری از حیل است. اگرچه در ابتدا وجود وصف منصفانه در کنار دادرسی، زائد به نظر می‌رسد، لکن در عمل مشاهده می‌شود که دادرسی فی‌نفسه متضمن انصاف نیست^۷ و نتیجه منصفانه دادرسی در بسیاری موارد مورد خدشه قرار می‌گیرد؛ گاهی با وابستگی مرجع رسیدگی یا قاضی به نهادهای عمومی؛ گاه با ایجاد اطاله در دادرسی، گاهی به واسطه عدم امکان دفع ضرر مشخص از یکی از طرفین دعوا و گاه با طرح دعاوی واهی. اجرای مؤثر حکم نیز از دیگر جلوه‌های دادرسی منصفانه است و حتی مهم و سرنوشت‌سازتر از دادرسی است. اجرای مؤثر رأی به معنای اجرای رأی با شیوه‌های آسان در کوتاه‌ترین زمان و با کمترین هزینه برای محکوم‌له به نحوی که هم محکوم‌له به حقوق از دست‌رفته خود برسد و هم کرامت محکوم‌علیه محفوظ بماند و عملیات اجرایی به صورت پیوسته و بدون تأخیر و مانع تا حصول مقصود ادامه یابد. بنابراین، دادرسی منصفانه عبارت است از: «دادرسی که در آن حق دادخواهی شهروندان تأمین و رسیدگی در دادگاهی مستقل و بی‌طرف با رعایت همه تضمینات حقوق دفاعی انجام شده و رأی دادگاه به‌منظور رساندن

۳. پروین اکبرینه، «منع از سوءاستفاده از حقوق عینی در قانون مدنی»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ش ۱۲ و ۱۳ (۱۳۹۱)، ص ۲۸.

۴. در برخی آیه‌های قرآن این تعبیر به معنای حسن نیت به کار رفته است؛ از جمله آیات ۱۸۰ و ۱۸۷ سوره بقره.

۵. سیامک ره‌پیک، پیشین، ص ۶۹.

۶. پروین اکبرینه، پیشین، ص ۲۷.

۷. اسدالله یآوری، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه»، *حقوق اساسی*، ش ۲ (۱۳۸۳)، ص ۲۵۹.

داد به دادخواه به‌طور مؤثر و کارآمد اجرا شده است»^۸. لذا اجرای تصمیم قضایی در مهلتی عرفی را می‌توان از تضمینات دادرسی منصفانه برشمرد^۹. بنابراین، عدم رعایت مهلت منطقی در اجرای حکم، نتیجه دادرسی را فاقد اثر لازم خواهد نمود و اشخاص حرفه‌ای با ابزار حيله سعی در نمایش قانون‌مداری دارند و در اصطلاح «ذبح قانون» می‌نمایند^{۱۰}.

۱.۱. تعریف حيله در لغت و اصطلاح حقوقی

حيله را در لغت، چاره‌جویی^{۱۱} و نیز «تظاهر به عملی که هدف واقعی آن اغفال دیگری است»^{۱۲} معنا کرده‌اند. در معنای عرفی نیز حيله را شیوه‌های پنهانی برای رسیدن به هدف تعریف می‌کنند، به‌نوعی که با تیزهوشی و زیرکی می‌توان آن را دریافت و کشف نمود^{۱۳}. فاعل حيله، کاری را انجام می‌دهد که ظاهر آن عمل، مقصود و مورد توجه وی نیست^{۱۴}.

حيله در اصطلاح حقوقی به معنی «تظاهر به عملی برای اغفال و فریب دیگری» آمده است^{۱۵}. همچنین در تعریفی دیگر، حيله قانونی و حقوقی را عملی حقوقی می‌دانند که صوری است و فاعل آن قصد تقلب دارد و مقصودش رسیدن به نتیجه‌ای غیرقانونی است^{۱۶}. در حقوق جدید، گاه از حيله با عنوان تقلب نسبت به قانون یاد می‌شود^{۱۷}. تعیین مجازات برای مدعی دروغگو در خصوص اعسار در مواد ۲۹ تا ۳۲ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳، کشف حيله در مجهول‌المكان معرفی کردن خواننده و محروم نمودن وی از حضور در جلسه

۸. حسن محسنی، اجرای مؤثر رأی و آیین اجرای محکومیت مالی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۹۴)، صص ۲۲ و ۲۳.

۹. اسدالله یاور، پیشین، ص ۲۷۲.

۱۰. حسین دهقانی فیروزآبادی، حيله در دادرسی مدنی، (تهران: فکرسازان، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۱۵.

۱۱. حسن عمید، فرهنگ فارسی، ج ۳۰، (تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۴)، ص ۵۷۷.

۱۲. محمدجواد بهشتی و نادر مردانی، «بررسی تحلیلی اعاده دادرسی بر اساس قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹»، مجله کانون وکلای، ش ۱۷۶ (۱۳۸۱)، ص ۱۳۲.

۱۳. عبدالوهاب بحیری، حيله‌های شرعی ناسازگار با فقه، ترجمه حسین صابری، (مشهد: بنیاد پژوهش‌های آستان قدس رضوی، چ ۱، ۱۳۷۶)، ص ۳۵.

۱۴. مسعود اخوان فرد؛ فرزانه کیخا؛ محمدامین بدیع صنایع، «مقایسه تقلب نسبت به قانون و حیل شرعیه در حقوق خصوصی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ش ۲، (۱۳۹۲)، ص ۱۸۹.

۱۵. محمدجعفر حبیب‌زاده، «حيله کیفری و فرق آن با حيله مدنی»، ماهنامه دادرسی، ش ۱۱ (۱۳۷۷)، ص ۳۱.

۱۶. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸)، ص ۱۴۰۱.

۱۷. محمود کاشانی، نظریه تقلب نسبت به قانون (حیل)، ج ۲، (تهران: انتشارات دانشگاه ملی ایران، چ ۲، ۱۳۵۴)، ص ۴۲.

دادرسی در ماده ۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، تحویل دادخواست ناقص برای ایجاد اطاله در دادرسی در ماده ۶۵ نظامنامه قانون وکالت، عزل و استعفاءی صوری وکیل برای تجدید وقت رسیدگی و اطاله دادرسی در تبصره ۲ ماده ۲۸ قانون وکالت، نمونه‌هایی از مقابله با حیل در دادرسی مدنی است.

در متون فقهی نیز بیشتر فقهای متقدم امامیه اصل حیل را جایز شمرده‌اند، به‌طوری که شیخ صدوق باب مستغنی را به حیل‌های شرعی اختصاص داده است، اما شیخ طوسی در مبسوط حیل را در صورتی که مقدمه مباح باشد جایز و اگر مقدمه حرام باشد غیرجایز می‌داند.^{۱۸} حیل چاره‌جویی پنهانی است^{۱۹} و از منظر برخی از فقها، حیلی که با احکام شرعی متعارض نباشد مشروع و در صورتی که با کتاب و سنت مخالف و متضاد باشد، حرام است.^{۲۰} صاحب کتاب حدائق حیل را به دو قسمت حیل‌های منصوص و غیرمنصوص تقسیم می‌کند و قسم اول را جایز و مابقی را حرام می‌داند.^{۲۱}

امام علی (ع) در نامه ۵۳ نهج‌البلاغه خطاب به مالک اشتر و در بیان ویژگی قضات شایسته می‌فرماید: قاضی نباید فریب اصحاب دعوا را بخورد. وظیفه قاضی خنثی کردن نیرنگ‌هاست.^{۲۲} در حقوق اسلامی قاضی این اختیار را دارد تا افراد حیل‌ساز را تعزیر کند و با به‌کار بردن نقشه‌هایی ابتکاری و دقیق، حیل‌های شیطانی اصحاب دعوا را کشف کند؛ همان‌طور که حضرت علی (ع) با تفرقه بین گواهان، بی‌گناهی دختر را ثابت نمود و همچنین حضرت دانیال در ماجرای دختر یتیم بی‌سرپرست.^{۲۳}

۲.۱. اقسام حیل

حیل می‌تواند از حیث تعداد اشخاص دخیل در حیل، ساده باشد یا مرکب. حیل مرکب

۱۸. ابوجعفر محمدبن حسن شیخ طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۵، (قم: مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ج ۳، ۱۳۸۷)، ص ۹۵.

۱۹. ابی القاسم الحسین بن محمد راغب اصفهانی، *مفردات الفاظ القرآن*، (تهران: کتابفروشی مرتضوی، ۱۳۶۲)، ص ۱۳۸.

۲۰. ابوجعفر محمدبن بایویه قمی شیخ صدوق، *من لا یحضره الفقیه*، ج ۴، (قم: صدوق، ۱۳۶۸)، صص ۱۸-۲۰.

۲۱. یوسف بن احمد بحرانی، *حدائق الناظره فی احکام العترة الطاهرة*، ج ۲۵، (قم: حوزه علمیه، ۱۴۰۵ ق)، ص ۳۷۵.

۲۲. محمدحسین ساکت، *دادکاوی روزنه‌ای به اندیشه‌نگاری حقوقی*، (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۵)، ص ۵۱۷.

۲۳. محمدتقی شوشتری، *قضاوت‌های امیر المومنین علی (ع)*، ترجمه صادق بوغبیش، (قم: نشر اسماء الزهراء، ج ۲، ۱۳۹۴)، ص ۱۱.

یا تبانی، قصد نامشروع فاعل برای ارتکاب رفتار مخالف قانون به صورت سازماندهی شده است.^{۲۴} تبانی «با هم ساختن، با هم سازش کردن و همدست شدن برای اقدام به امری»^{۲۵} و توافق پنهانی، ذهنی و درونی دو یا چند نفر برای ارتکاب امری است. در حقوق جزا تنها جایی که نیت مجرمانه قابل مجازات است در حالت تبانی است که در این حالت مذاکرات، تشویق‌ها و تحریک‌ها و دعوت‌ها به حالت توافق می‌رسد (مواد ۶۱۰ و ۶۱۱ قانون مجازات اسلامی).

در دادرسی مدنی نیز قصد نامشروع در برخی از رفتارها می‌تواند به صورت تبانی و در پوشش دعوی صوری قرار گیرد. برای مثال، دو نفر با ادعای تصادف [صوری] سعی در اخذ دیه یا خسارت از شرکت بیمه‌گر دارند و یا تبانی زوجه با زوج در به‌اجرا گذاشتن مهریه به قصد محرومیت طلبکاران واقعی از اموال زوج. همچنین شخصی که دیون سنگین و متعدد دارد برای جلوگیری از مزایده اموال خود اقدام به صدور یک فقره چک به مبلغی برابر با تمامی دیون به صورت صوری می‌نماید و دارنده قبل از طرح دعوی از سوی دیگر طلبکاران، دعوی تأمین خواسته‌ای به استناد این چک مطرح و متعاقب آن کلیه اموال صادرکننده را بازداشت می‌نماید، بدون آنکه دعوی و خواسته اصلی خود را مطرح نماید. به حکم ماده ۱۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی «در صورتی که درخواست‌کننده تأمین تا ده روز از تاریخ صدور قرار تأمین نسبت به اصل دعوا دادخواست ندهد، دادگاه به درخواست خوانده، قرار تأمین را لغو می‌نماید». ظاهراً ضمانت اجرای این تکلیف در اختیار خوانده دعوی است.

سؤال پیش رو این است آیا شهادت کذب و سوگند دروغ می‌تواند از مصادیق حيله باشد؟ بند ۵ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی حيله و تقلب را از جهات اعاده دادرسی دانسته است بی‌آنکه به مصادیق آن اشاره کند. با توجه به اینکه قانون آیین دادرسی مدنی اقتباسی از قانون فرانسه^{۲۶} است، ولی چون در حقوق ایران و در جهات اعاده دادرسی، برخلاف قانون

۲۴. حسین دهقانی فیروزآبادی، پیشین، ص ۲۸.

۲۵. حسن عمید، پیشین، ص ۴۰۹.

۲۶. بند ۱ ماده ۵۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، حيله و تقلب را از جهات اعاده دادرسی بیان نموده و در بند ۴ همان ماده، شهادت کذب و سوگند دروغ را نیز از دیگر جهات اعاده دادرسی آورده است و این نشان می‌دهد در حقوق فرانسه، شهادت و سوگند کذب از مصادیق حيله نیست، لکن از جهات اعاده دادرسی به‌شمار می‌رود (به نقل از حیاتی، ۱۳۹۷: ۲۹۹ و ۳۰۰).

فرانسه، بین این دو تفکیکی صورت نگرفته است، بعید نیست که بتوان شهادت کذب و سوگند دروغ را از مصادیق حيله و تقلب در اعاده دادرسی دانست. اما دکتترین حقوقی شهادت کذب را در صورتی که با تبانی یکی از اصحاب دعوا باشد، از مصادیق حيله دانسته است.^{۲۷} از آنجا که سوگند از سوی یکی از اصحاب دعواست و لکن شهادت از جانب شخص ثالث، به همین دلیل برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که سوگند دروغ مثل سایر اظهارات دروغ اصحاب دعواست و عنوان حيله و تقلب بر آن صدق نمی‌کند.^{۲۸} در مقابل، برخی بین سوگند و سایر اظهارات کذب اصحاب دعوا قائل به تفاوت هستند؛ با این تفصیل که دادگاه مکلف است بر اساس سوگند حکم صادر نماید، اما در سایر اظهارات اصحاب دعوا چنانچه ادعا محسوب شود زمانی قابل اتکا و استناد خواهد بود که به همراه دلیل باشد؛ بنابراین اگر دروغ بودن سوگند به اثبات برسد، از مصادیق حيله و تقلب است.^{۲۹}

گاهی این حيله با تبانی یکی از طرفین دادرسی با شخص ثالث است که به دادرسی دیگری منتهی می‌شود. برای مثال، محکوم‌علیه یا خوانده در خصوص قرار تأمین خواسته با شخص ثالث تبانی نموده تا به‌عنوان خریدار مال توقیف‌شده وارد دادرسی شود و مشارالیه با طرح دعوی اعتراض ثالث اجرایی و با ادعای مالکیت، سعی در رفع توقیف از مال بازداشتی می‌نماید.

سؤال پیش رو این است که آیا اثبات حيله همواره مستلزم طرح دعوی کیفری است یا در دادرسی حقوقی نیز می‌توان به آن پرداخت؟

در پاسخ به این پرسش، رفتار و افعال متقلبانه همراه با حيله را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

- رفتارهای متقلبانه‌ای که از سوی قانون‌گذار جرم‌انگاری شده و دارای ضمانت اجرای کیفری است؛
- رفتارهای متقلبانه‌ای که جرم‌انگاری نشده است و دادرس در روند رسیدگی به

۲۷ عبدالله شمس، *آئین دادرسی مدنی*، ج ۲، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۸۰)، ص ۴۷۲.

۲۸ احمد متین دفتری، *آئین دادرسی مدنی و بازرگانی*، ج ۱، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۷)، ص ۵۲۴.

۲۹ عبدالله شمس، *پیشین*، ص ۴۷۳.

فراخور موضوع آن را احراز می‌نماید.

در حالت اول، همچون مصادیق مندرج در مواد ۱۶ و ۱۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، علی‌رغم اختلاف در دیدگاه، به نظر می‌رسد رسیدگی به موضوع تابع قواعد عام صلاحیت محاکم کیفری است. حتی اداره حقوقی در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۲۰۴۴ به تاریخ ۲۵ مهر ۱۳۹۴، رفع اثر از حکم اعسار را از تقدیم دادخواست و از تکالیف مرجع کیفری بی‌نیاز دانسته است.

اما در حالت دوم، از آنجایی که تنوع حیل، امر قانون‌گذاری را مشکل می‌کند و امکان تعیین ضمانت اجرا برای همه رفتارهای متقلبانه وجود ندارد، لذا رسیدگی به آن بی‌نیاز از طرح دعوی کیفری یا حقوقی مستقل بوده، دادرسی می‌تواند با شناسایی این قبیل حیل، با دستور یا تصمیم شایسته اثر آن را خنثی نماید.

برای مثال، طبق تبصره ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی «چنانچه بر دادگاه محرز شود که منظور از اقامه دعوا تأخیر در انجام تعهد یا ایزای طرف یا غرض‌ورزی بوده، دادگاه مکلف است در ضمن صدور حکم یا قرار، خواهان را به تأدیه سه برابر هزینه دادرسی به نفع دولت محکوم نماید». افزون بر این، در مواجهه با مصادیق مختلفی از رفتارهای محیلانه در دادرسی مدنی که فاقد ضمانت اجرای قانونی هستند، مرجع رسیدگی‌کننده بدون طرح دعوی کیفری یا تقدیم دادخواست حقوقی، رفتار محیلانه و متقلبانه را شناسایی و با خلاقیت منصفانه مانع فوری بر سر تحقق اهداف متقلبانه ایجاد می‌کند. برای نمونه، محکوم‌له پس از درخواست اجرای حکم نسبت به پیگیری و تکمیل پرونده اجرایی اقدام نمی‌نماید و از معرفی مال خودداری یا در برداشت محکوم‌به از حساب بانکی محکوم‌علیه کاهلی می‌کند. محرومیت وی از مطالبه خسارت تأخیر تأدیه به دلیل عدم اقدام به موقع می‌تواند راهگشا باشد. همچنین است درحالتی که خواهان با تبانی خوانده به دلیل محرومیت سایر طلبکاران از اموال مدیون، درخواست صدور قرار تأمین خواسته نموده، پس از صدور قرار تأمین خواسته و توقیف اموال خوانده، در مهلت ده‌روزه مقرر دادخواست اصلی خود را تقدیم نمی‌کند، در این شرایط، دادگاه می‌تواند برای خنثی نمودن این حيله، به درخواست شخص ثالث از قرار تأمین خواسته رفع اثر کند و موجبات رفع توقیف از اموال را به نفع سایر طلبکاران فراهم



آورد.

همچنین حیل می‌تواند ناقض قانون ماهوی یا شکلی باشد. برای مثال، شخص با تفکیک خواسته واحد خود سعی در تغییر صلاحیت دادگاه دارد، به‌طوری که مستند دعوی خواهان، یک فقره چک صد میلیون تومانی است که به‌عنوان ثمن قرارداد دریافت کرده و با تجزیه خواسته به پنج خواسته بیست میلیونی در صدد است تا دعوی خود را به جای دادگاه در شورای حل اختلاف مطرح نماید تا هم از اطاله دادرسی در دادگاه رهایی یابد و هم از مزیت دادرسی نیم‌بها در شورا بهره‌مند شود. در این صورت، صدور قرار عدم استماع دعوی، خواهان را مغلوب حیل خود می‌سازد.

۲. سوءاستفاده از حق و مصادیق حیل در اجرای محکومیت‌های مالی

در مرحله اجرای حکم محکوم‌له همواره در صدد اجرای سریع‌تر و کم‌هزینه‌تر حکم است و محکوم‌علیه در صدد ایجاد مانع بر سر اجرای حکم، و این تعارض منافع تا جایی پیش می‌رود که گاهی در مرحله اجرای حکم، دادرسی دیگری بین آنها به‌وجود می‌آید. در میان این تعارض منافع، محکوم‌علیه برای ایجاد اطاله و تأخیر در وصول محکوم‌به سعی در ایجاد موانع غیرقانونی و غیراخلاقی بر سر راه اجرای حکم دارد و به این وسیله به حیل‌هایی متوسل می‌شود که در ادامه به برخی از مصادیق آن خواهیم پرداخت.

۲.۱. دعوای واهی

اگرچه دادخواهی حق مسلم هر فرد و دادگاه مرجع رسیدگی به تظلمات عمومی است، ولی نباید از این نظم و ساختار خدمت‌رسانی قضایی سوءاستفاده شود. یکی از رفتارهای ناقض حسن نیت، طرح دعوی واهی است که در مرحله اجرای حکم مصادیق مختلفی می‌یابد:

۲.۱.۱. اعسار از محکوم‌به

سهولت‌گریز از اجرای تعهد از ناحیه محکوم‌علیه با اثبات اعسار و تقسیط بدهی از موانع تحقق اجرای مؤثر حکم است. پیش‌بینی امکان گسترده اثبات تنگدستی موجب سوءاستفاده

و در نتیجه ایجاد مانع در اجرای حکم می‌شود. محکومان مالی پس از ناامید شدن از مراحل مختلف دادرسی در انتظار قطعیت رأی و به امید تقسیط بدهی اقدام به طرح دعوی اعسار می‌کنند. یکی از دلایل این امر ناشی از ادله اثبات دعوی اعسار است. اهمیت گواهی گواهان در ایام و ادوار گذشته به درجه درستی و صداقت ایشان متکی بود، ولی امروزه با ضعف اعتقادات مذهبی و کاهش پابندی افراد به اصول اخلاقی و مذهبی، شهادت شهود و سوگند نیز ارزش قضایی و اثباتی خود را ازدست داده است. بدیهی است در این شرایط مدعی اعسار از این دلیل اثباتی به جهت سهولت تحصیل و دردسترس بودن و دقیق نبودن آن استقبال می‌کند. غالباً حقیقت وضعیت مالی اشخاص در پس پرده دعوی اعسار پنهان می‌ماند و دعوی اعسار همواره وسیله‌ای است در اختیار محکوم‌علیه تا با استفاده از روشی تقریباً آسان از تضییقات اجرا در امان بماند. قانون‌گذار در صورت ثبت دادخواست اعسار، دادگاه را مکلف می‌کند رأساً و بدون درخواست محکوم‌له نسبت به شناسایی اموال مدعی اعسار اقدام نموده، حقیقت ادعای مدعی اعسار را بهتر بسنجد^{۳۰}. با این نگاه، شناسایی اموال را می‌توان یکی از ملحقات ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی دانست، لکن در نظام دادرسی فعلی دسترسی به اطلاعات دقیق مالی اشخاص غیرممکن است. چه‌بسا افرادی که از وضعیت مالی بسیار عالی و ایدئالی برخوردارند، اما با استعمال معمول از مراجع مربوطه هیچ مالی به نام وی به ثبت نرسیده، و برعکس در مواردی اموالی به نام محکوم‌علیه به ثبت رسیده که متعلق به او نبوده است و با توقیف اولیه و سپس رفع توقیف با ادعای بعدی شخص ثالث، عملیات اجرا دچار وقفه و تأخیر خواهد شد.

حقیقت تلخ آن است که بانک‌ها اعم از خصوصی یا دولتی به دنبال جذب سرمایه افراد هستند و منافع خود را فدای مصالح دادگاه و منافع محکوم‌له نمی‌کنند، لذا در پاسخ به استعلامات واصله همکاری لازم را با دادگاه نداشته، موجودی و گردش مالی محکومان را ارائه نمی‌دهند. آمارگرایی و حجم بالای پرونده‌ها از دیگر آسیب‌های دستگاه قضا در رسیدگی به پرونده‌های اعسار است. عملاً فرصتی نیست تا قاضی بتواند با فراغت خاطر و بدون نگرانی از آمار پایان ماه، تحقیقات مفصلی در خصوص وضع دارایی و اموال

۳۰. حسن محسنی، پیشین، ص ۵۹.



محکوم علیه و نحوه و وسیله امرار معاش وی انجام دهد؛ به همین دلیل به ادله ابرازی طرفین بسنده می‌کند که ادله خواهان جز شهادت شهود، و ادله خوانده جز استعلام از بانک‌ها و مراجع مربوطه نیست. لذا اثبات اعسار صرفاً بر شهادت شهود متکی شده و فرایند اثبات اعسار را از حیث وزن دلیل بسیار ساده نموده است. اثبات اعسار به صرف اقامه چند شاهد از سوی مدعی کافی نیست و مدعی اعسار افزون بر بیّنه اثباتی باید سوگند یاد کند. وضعیت اخلاقی و فرهنگی جامعه و بی‌مبالاتی و عدم آشنایی آنان با شرایط شهادت ایجاد می‌کند تا از سوگند که تا اندازه‌ای بازدارنده مدعیان دروغگو است استفاده شود.^{۳۱} رأی وحدت رویه شماره ۷۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز برای محکوم علیه تسهیلاتی را ایجاد نموده است که به نظم اقتصادی جامعه صدمه می‌زند و بخشنامه شماره ۹۰۰۰/۱۵۴۵۸/۱۰۰ به تاریخ ۳۱ تیر ۱۳۹۱ رئیس قوه قضائیه^{۳۲} که موجب تقویت اصل اعسار شده، همگی دست به دست هم داده است تا اثبات اعسار محکوم علیه‌ها به سهولت انجام شود و این، یکی از موانع جدی بر سر اجرای محکومیت‌های مالی است.

۲.۱.۲. اعتراض شخص ثالث اجرایی

پس از واخواهی، می‌توان به عنوان یکی از شایع‌ترین موارد توقیف عملیات اجرایی، از دعوی اعتراض ثالث اجرایی نام برد. طبق مواد ۱۴۶، ۱۴۷ و تبصره ذیل آن از قانون اجرای احکام مدنی، دعوی اعتراض ثالث اجرایی، اعتراض شخص ثالث به عملیات توقیف مال در مرحله اجرای حکم است. شخص ثالث به استناد سند رسمی، حکم قطعی دادگاه یا سند عادی، به عملیات اجرایی و توقیف مال معترض شده، ادعای مالکیت نسبت به مال توقیف شده را دارد. اعتراض ثالث اجرایی را می‌توان به ۴ دسته تقسیم کرد که از موارد

۳۱. حسین سیمائی صراف و مهدی طباطبایی، «رویکردهای تازه در نظام حقوقی اعسار (نقد نظام حقوقی حاکم با تأکید بر نقد ماده ۱۸ آئین‌نامه اجرایی)»، مجله حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱۰ (۱۳۹۴)، ص ۴۲.

۳۲. بخشنامه شماره ۹۰۰۰/۱۵۴۵۸/۱۰۰ - ۱۳۹۱/۰۴/۳۱ رئیس قوه قضائیه: «در اجرای ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ و با توجه به تعبیر «ممتنع» و نیز «در صورتی که معسر نباشد» در ماده ۲ قانون مذکور و نظر به فتوای حضوری امام خمینی قدس سره و رهنمودهای اخیر مقام معظم رهبری مد ظله العالی در همایش قوه قضائیه، بند ج ماده ۱۸ آئین‌نامه نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به شرح ذیل اصلاح می‌گردد:...

ج- در سایر موارد چنانچه ملات محکوم علیه نزد قاضی دادگاه ثابت نباشد از حبس وی خودداری و چنانچه در حبس باشد آزاد می‌شود».

چهارگانه یادشده، مورد اول ذیل ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام قرار می‌گیرد و سه مورد بعد ذیل ماده ۱۴۷ این قانون قابل بررسی است:

- اعتراض شخص ثالث مستند به سند رسمی یا حکم قطعی دادگاه است که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف باشد.
- اعتراض شخص ثالث مستند به سند رسمی یا حکم قطعی دادگاه است که تاریخ آن مؤخر بر تاریخ توقیف باشد.
- اعتراض شخص ثالث مستند به سند رسمی یا حکم قطعی دادگاه است که تاریخ آن با تاریخ توقیف برابر و هم‌زمان باشد.
- اعتراض شخص ثالث به توقیف مال مستند به سند عادی است، اعم از آنکه تاریخ آن مقدم یا مؤخر بر تاریخ توقیف مال باشد.^{۳۳}

به دلالت نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۷۳۰ به تاریخ ۳۱ خرداد ۱۳۹۳ اداره حقوقی قوه قضاییه، اعتراض شخص ثالث به توقیف مال در دادرسی نیز ممکن است و چنانچه اعتراض شخص ثالث به مال توقیف شده مستند به سند رسمی یا حکم قطعی باشد که تاریخ آن مقدم بر تاریخ توقیف است، مرجع صادرکننده قرار تأمین خواسته بر اساس ماده ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی به اعتراض رسیدگی می‌کند. اما اگر مستند شخص ثالث در اعتراض سند عادی بوده و موضوع مشمول ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی باشد، مطابق ماده ۱۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، مرجع رسیدگی به اعتراض دادگاه حقوقی است که مطابق با مقررات اجرای احکام مدنی به موضوع رسیدگی خواهد نمود.

در توقیف مال و توجه به حقوق شخص ثالث، ارتباط بین مواد ۴۴، ۶۱ و ۶۹ و نیز ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی قابل بررسی است. به اختصار باید گفت ماده ۴۴ قانون اجرای احکام مدنی در خصوص توجه به حق شخص ثالث در توقیف مالی است که عین محکوم‌به است و به محکومیت‌های مالی که موضوع آن پرداخت دین و وجه نقد است ارتباطی ندارد و از موضوع این مقاله خارج است. لکن در خصوص ارتباط بین حکم مقرر در مواد ۶۱ و ۶۹ با

۳۳. علی عباس حیاتی، اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران: میزان، چ ۴، ۱۳۹۴)، ص ۲۸۹.

مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی باید گفت این مواد همگی مربوط به توقیف مال در اجرای محکومیت‌های پولی و مالی است. مواد ۶۱ و ۶۹ ناظر به حالتی است که مال توقیفی فاقد هرگونه سند به نام محکوم‌علیه است و شخص ثالث هنگام توقیف مال حضور دارد که در این حالت، دادورز ضمن درج اظهارات شخص ثالث در صورت‌مجلس، به استناد اماره تصرف وی از توقیف مال خودداری می‌نماید. ولی در حالتی که مال دارای سابقه ثبت به نام محکوم‌علیه است و توقیف می‌گردد و شخص ثالث نسبت به مال بازداشت‌شده ادعای حقی دارد، می‌تواند در قالب مواد ۱۴۶ یا ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، مراتب اعتراض خود را اعلام نماید.^{۳۴} مشابه حکم مقرر در مواد ۶۱ و ۶۹ قانون اجرای احکام مدنی، در مواد ۶۳ و ۶۶ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا نیز پیش‌بینی شده است.

در مواردی که شخص ثالث با تبانی محکوم‌علیه به اعتراض ثالث اجرایی اقدام می‌نماید، قانون اجرای احکام مدنی و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی برای مقابله با این تبانی راه‌حلی ندارند. اگرچه ممکن است موضوع مشمول ماده ۲ قانون راجع به مجازات اشخاصی که برای بردن مال غیر تبانی می‌کنند مصوب ۳ مرداد ۱۳۰۷ باشد، لکن باید در این خصوص چاره‌ای اندیشید تا اعتراض‌های ایذایی ثالث به‌عنوان یکی از رفتارهای ناقض حسن نیت خنثی گردد و ضمانت اجرای آن به پیگیری کیفری محکوم‌له حواله نشود.

۲.۲. نقص مدیریت زمان یا اطاله‌زایی

مدیریت زمان یکی از وظایف مهم قاضی است و یکی از آثار مهم آن، کاهش تأخیرها در دادرسی [و اجرای حکم] است. تأخیر در ورود به جلسه دادرسی، تجدید وقت رسیدگی به بهانه سازش خارج از محکمه، پرداختن به مقدمات اختلاف و دعوا، تمارض جسمی و حرکتی و ارائه گواهی پزشکی به‌منظور تجدید وقت رسیدگی، اخلال در نظم جلسه دادرسی و غیره، مصادیقی از اتلاف وقت و تنها نمونه‌هایی از رفتارهای خارج از حسن نیت و مغرضانه اصحاب دعوا است.^{۳۵} گاهی خواننده دعوا که از ابتدا خود را دادباخته می‌داند تمام تلاش خود را می‌کند تا ختم دادرسی و صدور حکم و اجرای آن را به تأخیر اندازد. ابتدا با

۳۴. علی مهاجری، *دانشنامه اجرای احکام مدنی*، ج ۲، (تهران: فکرسازان، چ ۱، ۱۳۹۶)، صص ۱۷۸ و ۱۷۹.

۳۵. حسین دهقانی فیروزآبادی، *پیشین*، ص ۱۷.

عدم تحویل اوراق قضایی و تلاش برای دادرسی غیابی، سپس با واخواهی در واپسین روزهای مهلت واخواهی هم‌زمان با تقدیم دادخواست اعسار از هزینه دادرسی و درنهایت طرح دعاوی واهی اعسار از محکوم‌به، ارائه دلایل واهی و درخواست‌های ایدایی همچون نیابت در استماع شهادت شهود و غیره از دیگر نمونه‌های به تأخیر انداختن دادرسی است. اما در این میان از مهم‌ترین موانع اجرای احکام، کثرت آرای غیابی است. با توجه به اثر تعلیقی واخواهی، خوانده دعا ارزش دادرسی غیابی را دانسته، طبیعی است علاقه‌ای به حضور در دادگاه و دفاع از خود مقابل دعوی قانونی خواهان نداشته باشد.

از ایرادات مهم وارد به قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ این است که علی‌رغم فعالیت شوراهای حل اختلاف با محوریت قاضی، احکام صادره از شورای حل اختلاف بدون حضور خوانده در شورا [اگرچه با ابلاغ واقعی اختاریه به خوانده دعوی] همچنان غیابی است و این امر عملاً موجب اطالة دادرسی می‌شود. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۲۳۹ به تاریخ ۱۶ اردیبهشت ۱۳۹۷ اعلام می‌نماید که حضور خوانده تنها به‌منظور دفاع، موجب حضوری شدن رأی می‌شود و چنانچه خوانده در جلسه حاضر شود و بدون دفاع در ماهیت، تنها تقاضای تجدید وقت رسیدگی را بنماید یا درخواست تجدید وقت را به‌موجب لایحه کتبی به شورا اعلام نماید، رأی از حالت غیابی خارج نمی‌شود. سهولت واخواهی از احکام غیابی حتی پس از تعقیب عملیات اجرایی نیز در این مجموعه قرار می‌گیرد. به این ترتیب، بنابر قاعده «الغایب علی الحجت»، غایب می‌تواند به محض اطلاع از مفاد رأی اقدام به واخواهی نماید^{۳۶}؛ حتی اگر زمان زیادی از عملیات اجرایی سپری شده باشد. جمع بین حکم ماده ۳۰۶ و تبصره ۱ ذیل آن عملاً این نتیجه را در پی دارد که چنانچه دادنامه به صورت واقعی ابلاغ نشود مهلت واخواهی تا زمانی که به هر نحوی برای محکمه محرز شود که محکوم‌علیه از مفاد دادنامه و رسیدگی غیابی مطلع شده است ادامه دارد و این مدت می‌تواند تا ابلاغ اجرائیه یا حتی جلب و بازداشت شخص محکوم‌علیه نیز ادامه یابد؛ چراکه مهلت واخواهی طبق صدر ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی از تاریخ ابلاغ واقعی است (نظریه مشورتی شماره ۷/۳۳۶۵ به تاریخ ۲۵ مهر ۱۳۸۰

۳۶ عباس کریمی، آئین دادرسی مدنی، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ج ۲، ۱۳۸۹)، ص ۱۶۰.



اداره حقوقى قوه قضاييه). اين واقعيت تا زمانى كه دادخواه قصد تظلم‌خواهى دارد نگران‌كننده نيست؛ مسئله آنجاى است كه دادخواه قصد مظلوم‌نمايى و سوءاستفاده از اين حق و ايداء محكوم‌له دارد و هدفش ايجاد اطاله در دادرسى است. متين دفتري در بحثى مشابه درباره سوءاستفاده از حق در مورد هزينه دادرسى نوشته است: «وقتى مراجعه به دادگاه هيچ خرج نداشته باشد مردم اوقات دادگاه را به تظلم‌هاى ناروا تضييع مى‌كنند و براى احقاق حق درباره اشخاصى كه واقعاً مظلوم هستند كمتر وقت باقى مى‌ماند...»^{۳۷}.

براى مثال، هنگامى كه خوانده همراه با دادخواست و خواهى، دادخواست اعسار از هزينه دادرسى را تقديم مى‌كند، دادگاه در وقت مستقل به اين ادعا رسيدگى مى‌كند. چنانچه اعسار وى مردود شود، اين فرصت فراهم است تا خوانده هم‌زمان به اعتراض به اين دادنامه، مجدداً دادخواست اعسار از هزينه دادرسى را مطرح نمايد. همين روند در خصوص تجديدنظرخواهى از دادنامه و اخواسته نيز قابل تكرر است. در رويه قضايى حاكم در دادگاه‌ها، برخى نظر به رايجان بودن دعوای تجديدنظرخواهى از اعسار دارند تا از اطاله دادرسى بيشتر جلوگيرى شود و برخى ديگر دعوای اعسار از پرداخت هزينه تجديدنظرخواهى نسبت به دادنامه اعسار را غيرقابل استماع دانسته، در صورت عدم ابطال تمير، قرار رد تجديدنظرخواهى صادر يا با دستور ادارى آن را مردود مى‌دانند^{۳۸}. يا آنكه در مرحله اجراى حكم پس از برگزارى مزايده، چنانچه امين اموال از تحويل مال توقيفى خوددارى نمايد، ضمانت اجراى فوري برخورد با اين خيانت وجود ندارد. همچنين گاهى با ارزيابى غيرواقعى مال توقيفى از سوي كارشناس (عمدى يا سهوى)، موجبات فروش مال در مزايده فراهم نمى‌شود.

حيله‌هاى دادرسى وابسته به ذكاوت و هوش [سياه] اصحاب دعوا است و به آشكال و مصاديق مختلف ظهور پيدا مى‌كند. اگرچه تكليف اصلى قاضى رسيدگى به دعوای و اختلافات مطروحه نزد وى است، اما يكي ديگر از وظائف قاضى كنترل رفتارهاى سوء و فاقد حسن نيت است. از مقررات عقلى نظام فقهى نيز چنين استنباط مى‌شود كه وظيفه

۳۷. احمد متين دفتري، پيشين، ص ۳۱۳.

۳۸. حسين دهقانى فيروزآبادى، پيشين، ص ۷۰.

قاضی در مقابل تدلیس و تقلب، کنترل و نظارت است؛ لذا ابطال دادخواهی متقلبانه یک تکلیف است.^{۳۹} احترام به حقوق دفاعی خوانده غایب و رعایت جوانب احتیاط فی نفسه خوب و پسندیده است، لکن اتخاذ برخی روش‌ها و تصمیم‌ها در افزایش آرای غیابی مؤثر است.^{۴۰} شایسته است قانون‌گذار ضمن تعیین چارچوب و اصول، اختیار برخورد فوری، قاطع و خردمندانه با این رفتارهای محیلانه را به قضات اجرای احکام اعطا نماید تا عملیات اجرایی با وقفه مواجه نشود.

۳.۲. سوءاستفاده از نقص و خلأ در متون قانونی

محکومان مالی حرفه‌ای که به متون قانونی تسلط زیادی دارند با دور زدن قانون، موانعی بر سر اجرای حکم می‌آفرینند. در اجرای احکام نیز همواره ابهامات و سؤالاتی پیش رو قرار می‌گیرد که پاسخی برای آن در متون قانونی نیست. بنابراین، تدابیری لازم است تا بتوان با پرکردن خلأهای قانونی راه را برای اجرای سریع حکم هموار کرد. در ادامه به نمونه‌هایی از این موارد اشاره و به فراخور پاسخ خواهیم داد.

- در خصوص اینکه آیا آزادی محکوم‌علیه مالی بازداشت‌شده منوط به قطعیت حکم اعسار است یا به محض صدور حکم بر پذیرش اعسار یا تقسیط بدهی از حبس آزاد خواهد شد، در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی اظهار نظری نشده است، لکن در رویه قضایی موجود آزادی محکوم‌علیه محبوس و اجرای حکم به نحو اقساطی منوط به قطعیت حکم نیست. این رویه موافق با سیاست حبس‌زدایی قوه قضاییه است تا موجبات رهایی فوری محکوم‌علیه از حبس فراهم شود.
- بسیار متلاطم است که در مرحله اجرای حکم و متعاقب تقدیم دادخواست اعسار، محکوم‌علیه به معرفی کفیل یا وثیقه اقدام می‌نماید و پس از رسیدگی، حکم بر تقسیط محکوم‌به صادر می‌گردد. سؤال پیش رو این است آیا امکان پرداخت اقساط از محل وجه‌الکفاله یا وثیقه وجود دارد یا خیر؟ از آنجایی که طبق تبصره یک ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، تعهد وثیقه‌گذار و کفیل

۳۹. همان، ص ۲۲۲.

۴۰. حسن محسنی، پیشین، ص ۴۲.

معرفی محکوم‌علیه به واحد اجرا ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ واقعی و تنها در صورت ردّ دعوی اعسار است، بنابراین در صورت پذیرش دعوی اعسار مشارالیه، ولو به صورت نسبی و به نحو اقساطی، تعهد وثیقه‌گذار و کفیل منتفی است. در واقع، صدور حکم به تقسیط محکوم‌به به معنای ردّ دعوی اعسار نیست تا نوبت به تعهدات وثیقه‌گذار و کفیل برسد. اما در رویه قضایی موجود در نظری منصفانه، در حالتی که دادگاه دعوی اعسار محکوم‌علیه را با تقسیط محکوم‌به و تعیین مبلغی به صورت نقد می‌پذیرد، در مورد مبلغ پیش‌قسط امکان برداشت از محل وجه‌الکفاله یا وثیقه با اعمال شرایط یادشده ذیل تبصره ۱ ماده ۳ وجود دارد. بنابراین، چنانچه در قرار کفالت یا وثیقه استیفای اقساط از محل وثیقه یا وجه‌الکفاله پیش‌بینی نشود، استیفای اقساط از محل تأمین‌های یادشده در تبصره ۱ این ماده امکان‌پذیر نیست. نظریه مشورتی شماره ۱۳۹۵/۱۰/۱۲ - ۷/۹۵/۵/۲ - ۱۳۹۵/۵/۲ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز مؤید این نظر است. یا آنکه مقام قضایی در قرار قبولی کفالت یا وثیقه، تعهد کفیل یا وثیقه‌گذار به پرداخت اقساط را شرط و تفهیم نماید. برای واقعی نمودن هرچه بیشتر دعوی اعسار، شایسته است قانون‌گذار در صورت عدم پرداخت به‌موقع اقساط از سوی محکوم‌علیه، مسئولیت کفیل و وثیقه‌گذار به پرداخت اقساط را بدون تشریفات و تکلفات موجود پیش‌بینی کند.

- محکوم‌علیه‌های حیل‌گر و حرفه‌ای در بسیاری موارد از حکم مقرر در تبصره ۱ الحاقی به ماده ۳ قانون یادشده سوءاستفاده کرده، به‌طور مکرر اقدام به تقدیم دادخواست اعسار می‌نمایند و با معرفی کفیل یا وثیقه خود را از قید حبس رها می‌سازند، و در صورت ردّ دعوی اعسار، خود را به اجرای احکام معرفی کرده، مانع ضبط وجه‌الکفاله یا وثیقه می‌شوند و مجدداً دعوی اعسار اقامه، و به تودیع وثیقه و یا معرفی کفیل جدید اقدام می‌نمایند. سؤال مطرح‌شده این است که آیا محکوم‌علیه می‌تواند به ازای هر بار اقامه دعوی اعسار، وثیقه یا کفیل معرفی نماید؟ در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۵/۱۱۲۸ به تاریخ ۱۳ مرداد ۱۳۹۵ اداره حقوقی قوه قضاییه به‌درستی آمده است چنانچه دعوی اعسار اولیه محکوم‌علیه با رد یا بطلان دعوا مواجه شود، وضعیت وی از حیث تمکن و عدم تمکن مشخص

شده، این وضعیت تا زمان اثبات خلاف آن استصحاب می‌شود. بنابراین، اقامه مکرر دعوای اعسار پس از صدور حکم بر بطلان یا رد دعوا، مانع حبس محکوم‌علیه نیست؛ مگر آنکه حکم به پذیرش ادعای اعسار صادر شود.

- در مواردی همچون محکومیت به پرداخت دیه یا محکومیت به رد مال، ضمن احکام کیفری که اجرای حکم نیازمند صدور اجرائیه نیست، مهلت سی‌روزه مندرج در ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی از چه تاریخی قابل محاسبه است؟ این نقیصه در مورد گزارش اصلاحی صادره از سوی شورای حل اختلاف نیز وجود دارد، چراکه به حکم تبصره ماده ۲۹ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴، گزارش‌های اصلاحی تنظیم‌شده از سوی شورای حل اختلاف بدون نیاز به صدور اجرائیه و تنها به دستور قاضی شورا و از طریق اجرای احکام شورای حل اختلاف اجرا می‌شود. در رویه قضایی موجود مبدأ محاسبه مهلت سی‌روزه یادشده، تاریخ ابلاغ دستور مقام قضایی به محکوم‌علیه است. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۱۹۹۵ به تاریخ ۱۹ مهر ۱۳۹۴ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز مفید همین معنا است. همچنین در مواردی که پس از ابلاغ اجرائیه، محکوم‌علیه اقدام به واخواهی می‌نماید، چون اجرای رأی متوقف شده و پس از انجام رسیدگی و صدور حکم قطعی موجبی جهت صدور اجرائیه مجدد و ابلاغ آن وجود ندارد، بنابراین با وحدت ملاک از ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی، مبدأ محاسبه موعد یک‌ماهه یادشده از تاریخ ابلاغ رأی قطعی به محکوم‌علیه خواهد بود.
- یکی دیگر از موضوعات مبتلا به در مرحله اجرا، صدور حکم بر تعدیل اقساط است. آیا تعدیل شامل اقساط معوق نیز می‌شود یا تنها ناظر به اقساط آینده است؟ تعدیل به منظور سبک نمودن اقساط در حالت بالا رفتن نرخ تورم و سنگین نمودن اقساط در فرض پایین آمدن نرخ تورم بوده، ناظر به زمان آینده است؛ بنابراین، تعدیل اقساط سررسیدشده خلاف قاعده و نیازمند تصریح در دادنامه است.
- چنانچه مال معرفی شده یا شناسایی شده از محکوم‌علیه در مزایده خریداری نداشته باشد و محکوم‌له نیز حاضر یا قادر به خرید آن نباشد، آیا امکان جلب و حبس محکوم‌علیه وجود دارد؟ در پاسخ به این سؤال، دو نظریه با طرفداران قابل توجه



وجود دارد. در نظریه اول، حبس محکوم علیه فرع بر نداشتن مال است و در صورتی که مالی از محکوم علیه شناسایی شود امکان اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی وجود ندارد. نظریه‌های مشورتی شماره ۷/۹۶/۱۹۱۵ به تاریخ ۱۳۹۶/۸/۲۱ و شماره ۲۴۸۱/۹۳/۷ به تاریخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۰ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز مبنی این دیدگاه است. لکن در نظریه دوم، قانون‌گذار در این ماده از استیفای محکوم به از محل مال تعرفه شده سخن گفته و این به آن معناست که هر زمان این مهم محقق نشود امکان حبس محکوم علیه وجود دارد. چنانچه مال توقیف شده تکافوی تمام محکوم به را ننماید، حبس محکوم علیه نسبت به مازاد بدیهی و جایز است. شایسته است قانون‌گذار در اصلاحات بعدی قوانین به صراحت در این خصوص اظهار نظر نماید.

- همچنین در خصوص بازداشت محکومان مالی موضوع مواد ۴۶ و ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، بین حقوق دانان و قضات دادگاه‌ها اختلاف است و این اختلاف عقیده در نظریات اداره حقوقی نیز دیده می‌شود. برخی^{۴۱} ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی را ناظر به حالتی می‌دانند که محکوم علیه به موجب حکم قطعی محکوم به پرداخت مالی باشد، لکن در فرض مطروحه حکم دادگاه ناظر به انجام عمل معین است، نه پرداخت وجه (نظریات مشورتی شماره ۷/۹۳/۸۴۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۴ و ۷/۹۴/۲۴۱۱ مورخ ۱۳۹۴/۰۹/۰۳ و ۷/۹۶/۱۷۵۹ مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۰۱ اداره حقوقی قوه قضاییه)، لکن برخی^{۴۲} بازداشت این محکومان مالی را بعید ندانسته و معتقدند با توجه به مقرر ذیل ماده ۴۷ و اعتبار شمول قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در محکوم به نقدی بر هزینه‌های یادشده در ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، لذا بازداشت محکوم علیه نیز ممکن است (نظریه مشورتی شماره ۷/۱۵۵۸ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۱ اداره حقوقی قوه قضاییه).

۴۱. علی مهاجری، دانشنامه اجرای احکام مدنی، ج ۱، (تهران: فکرسازان، چ ۱، ۱۳۹۶)، ص ۲۰۰.

۴۲. علی عباس، حیاتی، اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران: میزان، چ ۴، ۱۳۹۴)، ص ۱۳۷.

در مواردی که قاضی با خلأ یا نقص قانونی مواجه است، ناگزیر از استدلال و کشف موضوع با استناد به منابع معتبر فقهی و اسلامی و فتاوی معتبر و اصول حقوقی است (ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی)، لکن در عمل مشاهده می‌شود که در مبحث اجرای احکام مدنی و مالی، قضات با احتیاط بیشتری عمل می‌نمایند تا مبدا استدلال آنها به بازداشت محکوم علیه و سلب آزادی وی ختم شود. بنابراین، تفسیر همواره به نفع محکوم علیه خواهد بود و این مخالف با حق مسلم محکوم له است.

۴.۲. توقف اجرای حکم ناشی از ابهام در حکم دادگاه و اشکال در اجرای حکم

اصل بر لزوم اجرای احکام دادگاه و تأخیرناپذیری آن است و جز در موارد استثنایی و به تجویز قانون، تأخیر یا توقیف یا تعطیلی اجرای حکم غیرقانونی است. ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی یکی از مواد مهم در عملیات اجرایی احکام است که مقرر می‌دارد: «دادورز (مأمور اجرا) بعد از شروع به اجراء نمی‌تواند اجرای حکم را تعطیل یا توقیف یا قطع نماید یا به تأخیر اندازد؛ مگر به موجب قرار دادگاهی که دستور اجرای حکم را داده یا دادگاهی که صلاحیت صدور دستور تأخیر اجرای حکم را دارد یا با ابراز رسید محکوم له دائر به وصول محکوم به یا رضایت کتبی او در تعطیل یا توقیف یا قطع یا تأخیر اجراء». این اصل در ماده ۸ قانون آیین دادرسی مدنی نیز تکرار شده است با این مضمون: «هیچ مقام رسمی یا سازمان یا اداره دولتی نمی‌تواند حکم دادگاه را تغییر دهد و یا از اجرای آن جلوگیری کند مگر دادگاهی که حکم صادر نموده و یا مرجع بالاتر آن هم در مواردی که قانون معین نموده است». تخلف از این مقرر مستحق مجازات مندرج در ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی است.

در تفاوت بین تأخیر، توقیف و تعطیلی اجرای حکم آورده‌اند: توقیف و تأخیر موقتی است و تعطیلی اجرای حکم دائمی^{۴۳}. به جز استثناهایی که در ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی آمده است، موارد دیگری نیز وجود دارد که عملیات اجرایی را متوقف می‌کند؛ مواردی همچون صدور قرار قبولی دادخواست و اخواهی (تبصره ۱ ماده ۳۰۶ قانون آ.د.م)، صدور قرار

۴۳. فریدون نهرینی، *ایستایی اجرای احکام مدنی*، (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲)، ص ۲۱۰.

قبولی دادخواست تجدیدنظرخواهی (ماده ۳۴۷ قانون آ.د.م) و با شرایطی در مورد فرجام‌خواهی (ماده ۳۸۶ قانون آ.د.م)، اعتراض شخص ثالث (ماده ۴۲۴ قانون آ.د.م) و صدور قرار قبولی اعاده دادرسی (ماده ۴۳۷ قانون آ.د.م)، توقیف با ادعای تلف مال از سوی شخص ثالث (ماده ۹۳ قانون اجرای احکام مدنی) و نیز توقیف اجرای حکم به دلیل حجر یا فوت محکوم‌علیه تا معرفی ورثه (ماده ۳۱ قانون اجرای احکام مدنی). به موارد پیش‌گفته می‌توان تأخیر اجرای حکم برای رفع اختلاف ناشی از حکم، رفع سهو قلم مندرج در حکم و رفع اشکال در اجرای حکم را نیز اضافه کرد که این موارد برخلاف موارد قبل قابل اجتناب و پیشگیری هستند.

اشکال اجرایی به هر امری اطلاق می‌شود که اجرای حکم را با خلل مواجه کند. به حکم ماده ۲۶ قانون اجرای احکام مدنی حل اشکالات حادث در جریان اجرای حکم و عملیات اجرا و چگونه عمل کردن مأموران اجرا با دادگاهی است که حکم تحت نظر آن اجرا می‌شود^{۴۴}، لکن حل اختلافات راجع به مفاد حکم با دادگاهی است که حکم را صادر نموده است (ماده ۲۷ قانون اجرای احکام مدنی). بنابراین با مقایسه مواد ۲۵، ۲۶ و ۲۷ قانون اجرای احکام مدنی، می‌توان اشکالاتی را که حین اجرای حکم حادث می‌شود به دو دسته تقسیم نمود: دسته اول اشکالاتی است که از ابهام و اجمال حکم صادره ناشی می‌شود، و دسته دوم اشکالاتی است که از نحوه عمل مأموران اجرا [یا اصحاب پرونده] به‌وجود می‌آید^{۴۵}. ماده ۱۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز در حکمی مشابه مقرر نموده است: «رفع ابهام و اجمال از قرار تأمین خواسته به عهده بازپرس است و رفع اشکالات ناشی از اجرای آن توسط دادستان یا قاضی اجرای احکام به عمل می‌آید».

اگرچه در این مبحث از ابهام در حکم دادگاه به‌عنوان یکی از موانع اجرای احکام مالی یاد کرده‌ایم که در کتاب‌های حقوقی به تفصیل به آن پرداخته شده است، لکن نباید از اهمیت این موضوع غافل شد که گاهی گره اجرای احکام با رفع ابهام از حکم باز می‌شود.

در مواردی ممکن است اشتباه نه از سوی دادگاه و نه از سوی خواهان، بلکه ناشی از

۴۴. سید جلال‌الدین مدنی، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۳، (تهران: انتشارات پایدار، چ ۱، ۱۳۷۶)، ص ۲۱۷.

۴۵. علی مهاجری، *دانشنامه اجرای احکام مدنی*، ج ۲، (تهران: فکرسازان، چ ۱، ۱۳۹۶)، ص ۱۹۱.

حیله خوانده (مدیون) باشد؛ به این صورت که شخص مدیون هنگام انعقاد قرارداد مالی، اعم از بیع، قرض و ...، خود را غیر از هویت واقعی خودش معرفی می‌کند و طلبکار هنگام اقامه دعوا، دعوی خود را به طرفیت شخصی که مدیون خود را به آن نام معرفی نموده است اقامه می‌کند و خوانده یا در جلسه دادرسی شرکت نکرده، دادرسی به نحو غیابی خاتمه می‌یابد یا در جلسات رسیدگی حاضر شده، دفاعیات خود را نیز در ماهیت مطرح می‌نماید، لکن هنگام اجرای حکم، هویت واقعی خود را افشا نموده، مانع اجرای حکم می‌شود. اگر دایره اجرای احکام عملیات اجرایی را نسبت به شخص مدیون واقعی متوقف نماید، محکوم‌له مستاصل می‌ماند؛ چراکه از سویی از این دادرسی رانده شده است و از سوی دیگر با اقامه دعوی مجدد به طرفیت شخص مدیون با ذکر هویت واقعی نیز راه به جایی نخواهد برد، زیرا مستند دعوی وی سندی است که اگرچه واقعاً منتسب به مدیون است، ولی با نام و هویت واقعی وی نیست. این عمل فاقد وصف مجرمانه است، بنابراین تقدیم شکوائیه با موضوع غصب عنوان یا جعل هویت نیز کارساز نیست (ماده ۵۵۵ به بعد قانون مجازات اسلامی - تعزیرات ۱۳۷۵).

اگرچه اقدام واحد اجرای احکام مبنی بر مختومه و بایگانی نمودن پرونده اجرایی به دلیل عدم انطباق محکوم‌علیه یادشده در حکم با شخص مدیون واقعی با ظاهر قانون منطبق است، لکن به دور از رسالت دستگاه قضا است که همانا احقاق حقوق تضییع شده می‌باشد. بنابراین، بهترین راه برای احقاق حق تضییع شده از طلبکار این است که واحد اجرای احکام پرونده را به شعبه صادرکننده حکم ارسال و کسب تکلیف نماید و شعبه یادشده در قالب رفع ابهام از حکم در اجرای ماده ۲۷ قانون اجرای احکام مدنی، واحد اجرای احکام را یاری دهد. اوضاع و احوال موجود در پرونده از جمله حضور مدیون واقعی در جلسه رسیدگی و عدم ایراد توجه دعوا به خود، دفاع در ماهیت دعوا و انکار سند ابرازی خواهان و انتساب آن به خود، استکتاب کارشناس از وی، تجدیدنظرخواهی با هویت واقعی، اقامه دعوی اعسار از محکوم‌به، راهگشای دادگاه در رفع این اختلاف خواهد بود. محاکم باید در نگارش احکام نهایت دقت را اعمال کنند تا اجرای هیچ حکمی به دلیل ابهام و اجمال در رأی با مانع مواجه نشود.



نتیجه

امروزه دو عامل مهم در ارزیابی فرایند اجرای احکام، سرعت و هزینه است و مبنای قضاوت در این خصوص رضایت محکوم‌له است. سوءاستفاده از حق و اعمال حق دادخواهی، همواره یکی از دلایل نارضایتی مردم از رسیدگی قضایی است. افراد سودجو و حرفه‌ای به دلیل تسلط کامل بر قوانین، از ابهامات و خلأهای قانونی سوءاستفاده نموده، با ابزار حيله سعی در جذب منافع خود دارند و مانع اجرای سریع حکم خواهند شد. معیارهای زیادی در تشخیص سوءاستفاده از حق وجود دارد و همین که قانون‌گذار در ماده ۱۳۲ قانون مدنی سخن از رفع حاجت و دفع ضرر می‌کند، دادرس از کاوش درباره تمییز قصد واقعی صاحب حق معاف است.^{۴۶} لکن این یگانه راه تشخیص سوءاستفاده از حق نیست و دادرس می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال موجود تشخیص دهد که آیا فعل محکوم‌علیه متعارف بوده یا به‌منظور تأخیر در اجرای حکم است. شخصی شدن تشخیص حيله در دادرسی و کنترل رفتارهای سوء اگرچه با خطر غرض‌ورزی شخصی همراه است، لکن فواید آن از جمله فوریت اعمال ضمانت اجرا غیرقابل انکار خواهد بود. قاضی در مرحله اجرای حکم با توجه به سابقه، تعدد بدهی محکوم‌علیه، معرفی مال واحد در پرونده‌های متعدد، معرفی اموال غیرقابل فروش، معرفی مجدد مال پس از اتمام مزایده دوم و عدم وجود خریدار، معرفی حافظ اموال با سابقه دخل و تصرف در اموال توقیفی و ... می‌تواند انگیزه محکوم‌علیه در فرار از ادای دین و اطاله‌زایی در امر اجرا را احراز و با آن مقابله نماید.

یکی از بهترین و سریع‌ترین ضمانت اجرای سوء رفتار محکوم‌علیه، محروم شدن از حق است. ابطال دادخواهی متقلبانه و عدم استماع آن، عدم پذیرش مال مستهلک معرفی‌شده با انگیزه تأخیر در اجرای حکم، ردّ دعوی اعسار واهی و اعمال ضمانت اجرای طرح دعاوی واهی و ...، یک تکلیف است. اغماض‌های نابجا در تجری افراد مؤثر است و باید تا حد امکان آن را محدود نمود.

از منظر نگارندگان، مبارزه با سوءاستفاده از حق دادرسی و مدیریت قضایی پرونده‌ها

۴۶. ناصر کاتوزیان، الزامات خارج از قرارداد، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۶)، ص ۹۵.

مهم‌ترین راه برای حل مشکل اطاله در اجرای احکام مالی است و این مدیریت به دست توانای قاضی رسیدگی‌کننده یا اجراکننده حکم انجام‌شدنی است. بیم مقام قضایی رسیدگی‌کننده از محکومیت‌های انتظامی، مهم‌ترین عامل رسیدگی محتاطانه و صدور دستورات قضایی و آرای است که اگرچه از یک سو از بازداشت محکوم‌علیه مالی توانمند جلوگیری می‌کند، لکن از دیگر آثار آن، تأخیر در اجرای حکم و یا ایجاد اشتغال کاذب برای دادگاه‌ها است.

شایسته است متولیان امر با درنظر گرفتن مصالح دو طرف دعوا به وضع قوانینی مبادرت نمایند که تا حد امکان منقذهای سوءاستفاده از حق را با تمهیدات لازم بسته، در کنار آن رویه قضایی نیز با تفسیرهای عادلانه و منصفانه این سوءاستفاده را به حداقل برساند.

با این تفصیل باید راهی اندیشید تا بتوان در سایه علم قاضی و اصلاح سیستم قضایی سرعت اجرای حکم افزایش یابد و هزینه آن به حداقل برسد و به این منظور موارد زیر پیشنهاد می‌شود:

– ارتباط مستقیم قوه قضاییه با بانک مرکزی و شورای هماهنگی بانک‌ها و امکان دسترسی قضات دادگاه‌ها به عنوان امین به اطلاعات مالی اشخاص، مخصوصاً حساب‌های بانکی به صورت برخط (آنلاین). بهترین راه برای وصول محکوم‌به مالی، اجرای حکم از طریق توقیف حساب بانکی محکومان مالی است، لکن در حال حاضر این پروسه بسیار زمان‌بر است. پس از استعلام موجودی کلیه حساب‌های مالی محکومان (که بسته به تعداد حساب‌های بانکی ممکن است بسیار زمان‌بر باشد) و توقیف آن، طی مکاتبه بعدی امکان برداشت از حساب فراهم می‌شود. همچنین در حالتی ممکن است موجودی حساب محکوم‌علیه در زمان انسداد، غیرکافی باشد، لکن متعاقباً افزایش یابد که به دلیل عدم اطلاع محکوم‌له و واحد اجرای احکام، امکان اجرای حکم فراهم نمی‌شود. شایسته است با نظارت مقامات ذی‌ربط، دسترسی به اطلاعات مالی محکومان مالی به صورت برخط برای قضات اجرای احکام فراهم گردد و به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی از این دسترسی، ضمن نظارت مقامات ذی‌ربط، از قضات معتمد، باسابقه و دارای

- تجربه در این پست حساس بهره گرفته شود.
- اتخاذ تدابیر و سیاست‌های کلی به‌منظور کاهش ورود پرونده به دستگاه قضایی و در نتیجه حصول فراغت در رسیدگی به پرونده‌های واقعی موجود. تشریفات رسیدگی به برخی از دعاوی باید کاهش یابد؛ برای مثال، در مواردی که دادخواست اعسار از محکوم‌به فاقد منضمات لازم از جمله لیست اموال است، دادگاه بی‌نیاز از تعیین وقت رسیدگی، قرار ردّ دادخواست را صادر نماید یا پیش‌بینی معافیت زندانیان محکوم مالی از هزینه دادرسی دعاوی اعسار، اعم از اعسار از هزینه دادرسی و اعسار از محکوم‌به، با هدف کاهش اطالّه دادرسی ناشی از رسیدگی به این‌گونه دعاوی.
 - اصلاح نظام نقل و انتقالات و تنظیم سند و الزامی نمودن ثبت رسمی انتقال اموال اعم از منقول و غیرمنقول. قانون‌گذار در صورت ثبت دادخواست اعسار، دادگاه را مکلف می‌نماید راساً و بدون درخواست محکوم‌له، نسبت به شناسایی اموال مدعی اعسار اقدام کند و با این نگاه، شناسایی اموال را می‌توان یکی از ملحقات ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی دانست، لکن در نظام دادرسی فعلی دسترسی به اطلاعات دقیق مالی اشخاص غیرممکن است. چه بسیار افرادی که از وضعیت مالی بسیار عالی و ایدئالی برخوردارند، اما طی استعلام معمول از مراجع ذی‌ربط، هیچ مالی به نام آنان به ثبت نرسیده، و یا برعکس در مواردی اموالی به نام محکوم‌علیه به ثبت رسیده که متعلق به وی نبوده است و با توقیف اولیه و سپس رفع توقیف با ادعای ثالث، عملیات اجرا دچار وقفه و تأخیر می‌شود.
 - ایجاد محدودیت در طرح دعوی اعسار از محکوم‌به و تعدیل اقساط در برهه زمانی مشخص به‌منظور کاهش ورودی دعاوی واهی اعسار و تعدیل آن.
 - رفع محدودیت‌های تحصیل دلیل در دادرسی مدنی و عدم واگذاری صد درصدی ابتکار عمل در اجرای حکم به محکوم‌له.
 - افزایش هزینه دادرسی در اعتراض ثالث اجرایی می‌تواند عامل بازدارنده‌ای برای طرح دعاوی واهی و جلوگیری از تبانی باشد. در حال حاضر هزینه رسیدگی به اعتراض ثالث اجرایی بیست هزار تومان است.



- قانون‌گذاری صریح و قاطع در مهار رفتارهای محیلانۀ اصحاب پرونده، خاصه خوانده یا محکوم‌علیه در طرح دعاوی واهی اعسار از هزینۀ دادرسی و امثال آن.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. بحیری، محمد عبدالوهاب (۱۳۷۶). *حیل‌های شرعی ناسازگار با فقه*، مترجم: صابری، حسین، مشهد: بنیاد پژوهش‌های آستان قدس رضوی
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). *دایره المعارف علوم اسلامی (قضایی)*، تهران: گنج دانش
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۹). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش
۵. حیاتی، علی عباس (۱۳۹۴). *اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: میزان
۶. دهقانی فیروزآبادی، حسین (۱۳۹۷). *حیله در دادرسی مدنی*، تهران: فکرسازان
۷. ساکت، محمد حسین (۱۳۸۵). *دادکاوی روزنه ای به اندیشه نگاری حقوقی*، تهران: سهامی انتشار
۸. شمس، عبدالله (۱۳۸۰). *آئین دادرسی مدنی*، تهران: میزان
۹. شوشتری، محمد تقی (۱۳۹۴). *قضاوت‌های امیرالمومنین علی(ع)*، قم: اسماء الزهرا
۱۰. عمید، حسن (۱۳۸۴). *فرهنگ فارسی*، تهران: امیرکبیر
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *الزامات خارج از قرارداد*، تهران: دانشگاه تهران
۱۲. کاشانی، محمود (۱۳۵۴). *نظریه تقلب نسبت به قانون (حیل)*، تهران: انتشارات دانشگاه ملی ایران
۱۳. کریمی، عباس (۱۳۸۹). *آئین دادرسی مدنی*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد
۱۴. گرامی، حسین و فروغی، محمد (۱۳۹۵). *شرح ماده به ماده قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴*، تهران: انتشارات جنگل (جاودانه)

۱۵. متین دفتری، احمد (۱۳۸۷). *آئین دادرسی مدنی و بازرگانی*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد
۱۶. محسنی، حسن (۱۳۹۴). *اجرای موثر رای و آیین اجرای محکومیت مالی*، تهران: شرکت سهامی انتشار
۱۷. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۷۶). *آئین دادرسی مدنی*، تهران: پایدار
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳). *حیله‌های شرعی و چاره‌جویی‌های صحیح در فقه اسلامی*، قم: مدرسه‌الامام علی ابن ابی‌طالب (ع)
۱۹. مهرا، نسرین (۱۳۹۴). *نظام حقوقی انگلستان*، تهران: میزان
۲۰. موسوی، سید محمد صادق (۱۳۸۲). *مبانی نظری جهل و اثتباه و آثار آن بر اعمال حقوقی*، تهران: امیرکبیر
۲۱. مهاجری، علی (۱۳۹۶). *دانشنامه اجرای احکام مدنی*، تهران: فکر سازان
۲۲. نهرینی، فریدون (۱۳۹۲). *ایستایی اجرای احکام مدنی*، تهران: گنج دانش

– مقاله‌ها

۲۳. اخوان فرد، مسعود، کیخا فرزانه، محمد امین و بدیع صنایع، امین (۱۳۹۲). مقایسه تقلب نسبت به قانون و حیل شرعیه در حقوق خصوصی. *پژوهشنامه حقوق اسلامی*. ۱۴ (۳۸)، ۲۱۲-۱۸۱. Doi: 10.30497/LAW.2014.1569
۲۴. اکبرینه، پروین (۱۳۹۱). منع از سوءاستفاده از حقوق عینی در قانون مدنی. *فقه و مبانی حقوق اسلامی*. ۴ (۱۳ و ۱۲)، ۳۷-۲۴
۲۵. بهشتی، محمد جواد و مردانی، نادر (۱۳۸۱). بررسی تحلیلی اعاده دادرسی بر اساس قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹. *کانون وکلا*. (۱۷۶)، ۱۴۲-۱۲۳
۲۶. حاجی نوری، غلامرضا (۱۳۹۴). بازگشت اعتدال به نظریه سوءاستفاده از حق. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*. ۶ (۱۱)، ۱۶۶-۱۴۳
۲۷. حبیب زاده، محمدجعفر (۱۳۷۷). حیله کیفری و فرق آن با حیله مدنی. *دادرسی*. (۱۱)، ۳۷-۳۰

۲۸. ره‌پیک، سیامک، (۱۳۸۲). منع سوءاستفاده از حق در نظریه‌های حقوقی و مفاهیم قرآنی. *الهیات و معارف اسلامی (مطالعات اسلامی)*. (۶۲)، ۶۳-۷۶.

Doi: 10.22067/JFIQH.2020.61016.0

۲۹. سیمائی صراف، حسین و طباطبایی، مهدی، (۱۳۹۴). رویکرد‌های تازه در نظام حقوقی اعسار (نقد نظام حقوقی حاکم با تأکید بر نقد ماده ۱۸ آئین نامه اجرائی). *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*. ۶ (۱۰)، ۲۹-۵۰.

۳۰. محسنی، حسن، (۱۳۹۵). نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی. *پژوهش حقوق خصوصی*. ۴ (۱۵)، ۸۵-۱۰۷.
Doi: 10.22054/jplr.2016.4458

۳۱. یآوری، اسدالله، (۱۳۸۳). حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی (با نگاه به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضائی دیوان اروپایی حقوق بشر). *حقوق اساسی*. ۲ (۲)، ۲۵۷-۲۷۳.

ب) منابع عربی

۳۲. *القرآن الکریم*

۳۳. *نهج البلاغه*

۳۴. آشتیانی، محمد حسن (۱۴۲۵). *کتاب القضا*، قم: زهیر

۳۵. السنهوری، عبدالرزاق. *الوسیط فی شرح القانون المدني*، بیروت: دار احیاء التراث العربی

۳۶. بحرانی، یوسف ابن احمد (۱۴۰۵). *حدائق الناظره فی احکام العترة الطاهرة*، قم: حوزه قم العلمیه

۳۷. شیخ صدوق، ابوجعفر محمد بن بایویه قمی (۱۳۶۸). *من لایحضره الفقیه*، قم: صدوق

۳۸. اغب اصفهانی، ابی القاسم الحسین بن محمد (۱۳۶۲). *مفردات الفاظ القرآن*، تهران: مکتبه المرتضویه

۳۹. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیه*، قم: مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 32

Autumn 2023

Article Type: Research Article

Pages: 65-96

A Comparative Study of Extended Civil Sources in the Legal System of England, Ireland and Iran

Hossein Sobhani^{1✉} | Behzad Razavifard²

1. Ph.D. Candidate in Criminal Law and Criminology, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
hemmmmat.ebrahim@gmail.com
2. Associate Professor of Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
bzoudlaw.110@gmail.com

Abstract

Globalization led to the removal of borders, and as a result, new forms of crime came to the fore; furthermore, new tools to deal with it were also established in legal systems. Among these institutions, which are often used to deal with transnational organized crimes, is extended civil confiscation. The extended civil confiscation system of England and Ireland are among the leading legal systems in this field. In Iran's legal system, the "law on dealing with the property of ministers and employees approved in 1337", the "law on amending the anti-money laundering law approved in 1397" and the "law on adding articles to the law on the implementation of the forty-ninth principle (49) approved in 1399" are the closest system in Iran's legal system. Confiscation by the extended civil confiscation system is considerable. In this study, for the purpose of optimization of the legal system governing the confiscation of property related to crime in the Republic of Iran, with a comparative view, the components of the extended civil confiscation system in the legal systems of England and Ireland are described, and based on the resulting approach, effective suggestions for the purpose of reforming the laws governing the property related to crime are offered. In the comparative approach, "criminal behavior", "reduction of the value of evidence" and "revolutionary revolution" are considered three components of extended civil confiscation. Ambiguity in the "Equality of Arms Standard" in the issue of the method of proof, ambiguity in "Reduction of Probative Evidence" and lack of "Necessary Provisional Agreements" to optimize the implementation of extended civil confiscation can be counted among the damages of the legal system governing extended civil confiscation in Iran's legal system. It should be noted that this research was conducted with a descriptive-analytical method and uses the library method in collecting sources.

Keywords: Components of extended civil confiscation, England, Ireland, Iran.

Received: 2022/08/03 Received in revised form: 2023/02/19 Accepted: 2023/03/19 Published: 2023/03/19

DOI: 10.22034/LAW.2023.52887.3158

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱

دوره: ۱۴، شماره: ۳۲

پاییز ۱۴۰۲

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

صفحات: ۶۵-۹۶

نوع مقاله: پژوهشی

مطالعه تطبیقی نظام مصادره مبسوط مدنی

در حقوق انگلستان، ایرلند و ایران

حسین سبحانی^۱ | بهزاد رضوی فرد^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران hemmmmat.ebrahim@gmail.com

۲. دانشیار دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ایران bzoudlaw.110@gmail.com

چکیده

جهانی‌شدن منجر به حذف مرزها شد و در پی آن اشکال نوین جرایم به‌منصه ظهور رسید. در مقابل، ابزارهای نوین مبارزه با آن نیز در نظام‌های حقوقی تأسیس شد؛ از جمله آنها، نهادهایی همچون مصادره مبسوط مدنی است که اغلب برای مقابله با جرایم سازمان‌یافته از قبیل پولشویی به کار گرفته شد. مصادره مبسوط مدنی در نظام حقوقی انگلستان و ایرلند، نمونه نظام‌های حقوقی پیشرو در این عرصه محسوب می‌شود. در نظام حقوقی ایران نیز در «قانون مربوط به رسیدگی به دارایی وزراء و کارمندان مصوب ۱۳۳۷»، «قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷» و «قانون الحاق موادی به قانون نحوه اجرای اصل چهل و نهم (۴۹) مصوب ۱۳۹۹» نزدیک‌ترین نظام مصادره به نظام مصادره مبسوط مدنی قابل ملاحظه است. در این پژوهش به هدف آسیب‌شناسی و بهینه‌سازی نظام حقوقی حاکم بر مصادره اموال مرتبط با جرم در جمهوری اسلامی ایران با نگاهی تطبیقی، مؤلفه‌های نظام مصادره مبسوط مدنی در نظام‌های حقوقی انگلستان و ایرلند تشریح می‌شود و مبتنی بر رهیافت حاصله، نظام حقوقی ایران مورد سنجش و آسیب‌شناسی قرار می‌گیرد تا از این رهگذر، با هدف اصلاح قوانین حاکم بر عرصه اموال مرتبط با جرم، پیشنهادهایی کارآمد ارائه گردد. در رهیافت تطبیقی، «الگوی رفتاری مجرمانه»، «کاهش ارزش ادله اثباتی (ادله اثباتی مخففه)» و «انقلاب دعوی» سه مؤلفه مصادره مبسوط مدنی محسوب می‌شوند. ابهام در «استاندارد برابری سلاح‌ها» در موضوع طریق اثبات، ابهام در «کاهش ادله اثباتی» و فقدان «قرارهای تمهیدی لازم» جهت بهینه‌سازی اجرای مصادره مبسوط مدنی را می‌توان از آسیب‌های نظام حقوقی حاکم بر مصادره مبسوط مدنی در نظام حقوقی ایران برشمرد. شایان ذکر است که این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی انجام شده و در جمع‌آوری منابع از روش کتابخانه‌ای بهره برده شده است.

واژگان کلیدی: انگلستان، ایران، ایرلند، مؤلفه‌های مصادره مبسوط مدنی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۱۲ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۱/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۸ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

DOI: 10.22034/LAW.2023.52887.3158

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

امنیت نظام اقتصادی، هدف غایی نظام جرایم اقتصادی^۱ و مصادره، مقابله با هدف غایی مجرمان اقتصادی است؛ در این میان مصادره به عنوان یک ابزار بازدارنده و مانع از پولشویی است.^۲ پولشویی ابزار مشروع جلوه دادن عواید حاصل از جرم است؛^۳ از این رو، بازدارندگی مصادره در قیاس با سایر مجازات‌ها بیشتر است،^۴ زیرا کاهش منافع حاصل از جرم، ریسک آن را بیشتر از منافع آن می‌کند؛ لذا احتمال عدم منفعت از جرم می‌تواند مجرمان را از ارتکاب جرم بازدارد.^۵

«مصادره مبسوط»^۶ یکی از اشکال مدرن و توسعه یافته مصادره است که در مقابله با جرایم سازمان یافته فراملی، تمسک به آن در سیاست‌زدایی کشورها گسترش یافته است.^۷

اثبات رابطه مال و جرم و محکومیت مجرم، شرط اساسی در مصادره سنتی در دادرسی کیفری است؛ اما در عمل، تحصیل ادله کافی در این مورد امری بسیار دشوار است. در نتیجه «مصادره مبسوط» ظهور یافت به این صورت که اگر مظنونی به جهت منافع مالی مرتکب جرایم خاصی گردد، فرض بر این است که اموال بیشتری وجود دارد که منشأ آن مجرمانه است؛ لذا مصادره مبسوط به اموالی غیر از اموالی که مستقیماً مرتبط با جرم است، تسری می‌یابد. این نوع مصادره ابتدا از جرایم مواد مخدر و جرایم سازمان یافته آغاز شد و سپس به حوزه جرایم تروریستی و جرایم کلان اقتصادی تسری یافت که به مصادره مبسوط کیفری تعبیر می‌شود. در کنار این نوع مصادره^۸ که می‌تواند در نبود محکومیت کیفری به اجرا

۱. مجتبی نورزاد، *جرایم اقتصادی در حقوق کیفری ایران*، (تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، چ ۲، ۱۳۸۹)، ص ۶۶.

2. Stefan D. Cassella; Asset Recovery: The American Experience that Appeared in Eurim, (The European Criminal Law Associations' Forum 3/2013), pp. 98-103.

۳. محمدرضا ساکی، *حقوق کیفری اقتصادی*، (تهران: انتشارات جنگل، چ ۲، ۱۳۹۰)، ص ۱۳۰.

۴. مؤسسه موج، *سیاست‌های ضد فساد در آسیا و اقیانوسیه* (ترجمه)، (تهران: نشر مرکز پژوهش‌های مجلس، چ ۱، ۱۳۸۹)، ص ۸۲.

5. Fatf; Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38 and a Framework for Ongoing Work on Asset Recovery (Published by Press FATF; 2012).p. 1.

6. Extended Confiscation.

7. Guy, Stessens, Money Laundering: A New International Law Enforcement Model (Cambridge: Cambridge University Press, 2000); p. 2 Vittorio, Manes, 'L'ultimo Imperativo Della Politica Criminale: Nullum Crimen Sine Confiscatione' (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 2015), p. 2.

8. "Non-Convictionbased Extended Confiscation"

درآید^۹، نظام مصادره مبتنی بر عدم محکومیت قبلی فرد در دادگاه کیفری نیز ظهور یافت. این اقدام «علیه اموال بما هو اموال»^{۱۰} اعمال می‌شود.

این نوع مصادره نخستین بار در نظام حقوقی امریکا در اواخر دهه ۱۷۰۰ در خصوص رفع مشکلات پرونده‌های کشتی دزدان دریایی و تجارت برده در منطقه کارائیب استفاده شده است^{۱۱}؛ سپس در سال ۱۹۹۶ در ایرلند یک نظام تقنینی جامع در خصوص مصادره بدون محکومیت کیفری تدوین شد و ۷ سال بعد شبیه همین نهاد در قانون عواید حاصل از جرم ۲۰۰۲ انگلستان به صورت مفصل طراحی گردید^{۱۲} که در سایر کشورها نیز به نحو متفاوت مجری است^{۱۳} و در برخی تنها به دادرسی مدنی محدود شده است. لازم به ذکر است، از آنجا که اقتصاد دادرسی می‌تواند یکی از مؤلفه‌های دادرسی مطلوب باشد^{۱۴}، این نوع مصادره می‌تواند به تحقق دادرسی مطلوب کمک کند و در مقابله با مجرمان نقش محوری داشته باشد؛ چراکه در روزگار ما جهانی شدن بزهکاری، ضرورت درپیش گرفتن رهیافت‌های متناسب با گستردگی و شدت اثرگذاری آن را به‌عنوان یک ضرورت به‌همراه دارد^{۱۵}. در نظام

9. Sofia Milone, on the Borders of Criminal Law. A tentative Assessment of Italian “Non-Conviction Based Extended Confiscation, New Journal of European Criminal Law Vol^a The Author(s) (Reprints and Permissions: Sagepub.co.uk/journals Permissions 2017), p. 150.

۱۰. دادخواست اگر فقط علیه اموال طرح شود در اصطلاح به آن (In Rem) و اگر علیه شخص طرح شود در اصطلاح به آن (In Personam) گفته می‌شود. برای مطالعه بیشتر در خصوص این نوع از رسیدگی مدنی یا مصادره بدون محکومیت کیفری که

بدان مصادره مدنی نیز می‌گویند می‌تواند به منابع زیر مراجعه کنید:

Stefan, Cassella, “The Case for Civil Forfeiture, Why in Rem Proceedings are an Essential Tool for Recovering the Proceeds of Crime” Journal of Money Laundering Control (2008), pp. 8-14 Alagna, “Non-Conviction Based Confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity”, European Journal on Criminal Policy and Research, (2015), pp. 47-64.

11. Chapter 2 of Asset Forfeiture Law, Supra Note 12 in us.

12. Jon Petter Rui/Ulrich Sieber; Non-Conviction-Based Confiscation in Europe (Max Planck Society for the Advancement of Science c/o Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2015, Berlin.), p. 5.

۱۳. برای مطالعه بیشتر می‌توانید به منابع زیر مراجعه کنید:

Brussels, Center for the Study of Democracy, Disposal of Conf Scated Assets in the EU Member States, (Laws and Practices, 2014) p. 18; Anthony, Kennedy, “Justifying the Civil Recovery of Criminal Proceeds Journal of Financial Crime”, (2004), pp. 8 – 23.

۱۴. مجید غمامی، «جستاری تطبیقی در اوصاف نظام دادرسی مطلوب»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۷ (۱۴۰۱)، ص ۱۵۳.

۱۵. فاطمه اهدی و پریش کرمانیان، «امکانسنجی عملیاتی کردن نهاد معامله اتهام در ایران با تأکید بر مدیریتی‌گرایی حقوق کیفری»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۲، (۱۴۰۰)، ص ۲.



حقوقی ایران نیز تحولات یادشده در خصوص بار اثبات و همچنین امارات و قراین قانونی در مورد منشأ جرم در قوانین کیفری قابل مشاهده است، اما سؤال اصلی در مورد مؤلفه‌ها و کارآمدی آن در مبارزه با جرایم سازمان‌یافته است. در ادامه در مطالعه تطبیقی دو نظام حقوقی سرآمد این موضوع، یعنی انگلستان و ایرلند، مؤلفه‌های مصادره مبسوط مدنی در این دو کشور تشریح و سپس انعکاس آن مؤلفه‌ها در نظام حقوقی ایران تبیین می‌شود و الزامات اصلاحی در بخش نتیجه‌گیری و پیشنهادها ارائه می‌گردد.^{۱۶}

۱. نظام مصادره مبسوط مدنی در نظام حقوقی انگلستان و ایرلند

در قوانین جزایی، موضوع استرداد و مصادره اموال به نفع صاحب مال یا ذی‌نفع واقعی، گاهی با حکم کلی و به‌عنوان یک اصل مسلم و گاه به مناسبت امر جزایی به‌عنوان تکلیف مجرم و الزام دادگاه، مد نظر مقنن قرار گرفته است.^{۱۷} چگونگی الزام^{۱۸} یادشده ذیل دو بحث مجزا تشریح و تفصیل می‌گردد.

۱.۱. نظام مصادره مبسوط مدنی در حقوق انگلستان

قانون عواید حاصل از جرم ۲۰۰۲ انگلستان، به‌طور مفصل در دوازده بخش تدوین شده است. در این قانون چهار نوع از بازایی عواید حاصل از جرم به شرح زیر آمده است:

- در بخش دوم^{۱۹} و بخش چهارم^{۲۰}، موضوع حکم به مصادره در پی محکومیت (مصادره مبسوط کیفری)؛

۱۶. عبارت‌های متفاوتی برای مصادره بدون محکومیت کیفری در نظام‌های حقوقی و مقالات و نگاشته‌های علمی به کار رفته است که از جمله این اصطلاحات می‌توان به عباراتی چون دارایی مدنی (Civil Asset Forfeiture)، مصادره مدنی (Civil Forfeiture)، مصادره غیر کیفری (Non-Criminal Confiscation)، مصادره بدون محکومیت کیفری (Non-Conviction-Based Confiscation) و بازایی دارایی مدنی (Civil Asset Recovery) اشاره کرد. شایان ذکر است با توجه به اختلاف نظری که محققان در خصوص وجه اشتراک و افتراق مصادره مبسوط کیفری و مصادره مبسوط مدنی دارند، عبارت بازایی مدنی در معنی اعم که هم مصادره مبسوط کیفری و هم مصادره مبسوط مدنی را شامل می‌شود در معنی اخص آن که مصادره بدون محکومیت کیفری را دربر می‌گیرد، استعمال شده است.

۱۷ حمید محمدی، ضبط، مصادره، و استرداد اموال، (تهران: گنج دانش، چ ۱، ۱۳۷۵)، ص ۲۶۵.

18. Part 6 Revenue Functions

19. Part 2 Confiscation: England and Wales

20. Part 4 Confiscation: Northern Ireland

- در بخش پنجم^{۲۱}، موضوع بازیابی مدنی عواید حاصل از رفتار غیرقانونی؛
- در بخش ششم^{۲۲}، موضوع مصادره مالیاتی؛
- در فصل سوم بخش پنجم^{۲۳}، موضوع بازیابی مدنی وجوه نقد.

نوع اول آن، مصادره مبسوط کیفری است که لازم است یک محکومیت کیفری پیش از شروع فرایند مصادره وجود داشته باشد (برای مثال، احراز یک جرم خاص)^{۲۴}؛ در صورتی که چنین الزامی برای ۳ نوع دیگر وجود ندارد. رفتارهای منجر به مصادره در مواد ۲۴۰ تا ۲۴۲ فصل اول بخش پنجم قانون عواید حاصل از جرم ۲۰۰۲ تعریف شده است؛ فرایند رسیدگی آن به «دادرسی ناظر به اموال»^{۲۵} شناخته می‌شود که مستقیماً در خصوص مالی مشخص است و در مقابل «دادرسی ناظر به شخص»^{۲۶} قرار دارد^{۲۷}.

بر اساس بند ۲ ماده ۲۴۰ فصل اول و ماده ۲۵۴ فصل دوم بخش پنجم قانون یادشده، در پرونده‌هایی که ادله کافی جهت تعقیب کیفری وجود ندارد، حتی در صورت حکم برائت، حکم به مصادره مدنی قابلیت اجرا دارد^{۲۸}. نهادی که ذیل بخش ۵ قانون عواید مجرمانه وظیفه به اجرا درآوردن بازیابی مدنی را دارد، در ابتدا سازمان بازیابی مدنی بود^{۲۹} و در حال حاضر آژانس ملی جرم است که به عنوان مدعی، اختیار رسیدگی به موضوعات بازیابی مدنی

21. Part 5 Civil Recovery of the Proceeds etc. of Unlawful Conduct

22. Part 6 Revenue Functions

23. Chapter 3 Recovery of Cash in Summary Proceedings of Part 5 Civil Recovery of the Proceeds etc. of Unlawful Conduct

۲۴. مصادره مبسوط کیفری نوعی دیگر از انواع مصادره مبسوط است که از مؤلفه‌های متفاوتی در قیاس با مصادره مبسوط مدنی برخوردار است. مهم‌ترین وجه تفاوت آن با مصادره مبسوط مدنی، وجود جرایم موجب است. جرایم موجب جرایمی هستند که موجب می‌شوند فرد در مظان مجازات مصادره اموال به صورت مبسوط قرار گیرد. درواقع با ارتکاب این دسته از جرایم از سوی مجرمان، ظن معقول به تحصیل شدن اموال آنها از طریق جرم برای نهاد مجری و نهاد قضایی حاصل می‌گردد؛ از جمله این دسته از جرایم می‌توان به جرایم مواد مخدر، جرایم قاچاق، تقلب و جعل یورو، پولشویی، قاچاق انسان، تسهیل ورود غیرمجاز، ترانزیت و اقامت، سوءاستفاده جنسی از کودکان و پورنوگرافی کودک، قاچاق مواد مخدر و جرایم تروریستی انسان اشاره کرد.

25. In Rem Proceedings

26. In Personam Proceedings

27. Rui JP de Figueiredo Jr, The Civil Asset Forfeiture Approach to Organized Crime (Euclid, 2011), pp. 153-161.

28. Director of Assets Recovery Agency and Others v. Green and Others, [2005] EWHC 3168.

29. Grant Shapps, the Report Underperformance of the Assets Recovery (Press, /hi/uk_Politics 12 June 2006.) http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk_politics/5077846.stm.

(مصادره بدون محکومیت کیفری) را برعهده دارد.^{۳۰} در ضمن همان اختیارات به رئیس دادستانی عمومی^{۳۱} و رئیس اداره کلاهبرداری‌های کلان^{۳۲} هم اعطا شده است.

ناظر به مصادره مبسوط مدنی، بخش پنجم قانون عواید حاصل از جرم انگلستان دو رژیم بازبایی اموال مدنی و وجه نقد را ذیل مصادره مبسوط بدون محکومیت کیفری تدوین نموده است. رژیم مصادره مبسوط کیفری مبتنی بر ارزش اموال است؛ یعنی فرد را در صورتی که عین مال شناسایی نشود، به معادل اموال حاصل از جرم محکوم می‌کند؛ اما رژیم بازبایی اموال مدنی مبتنی بر عین اموال است، به این صورت که اموالی را دربر می‌گیرد که نخست باید اثبات شود از جرم و رفتار غیرقانونی تحصیل شده است و ثانیاً عین مال موضوع بازبایی مدنی نیز شناسایی شود.^{۳۳} فرایند رسیدگی به آن در دادگاه عالی^{۳۴} انجام می‌شود و حداقل ارزش ۱۰۰۰۰ پوندی برای مال موردنظر جهت شروع فرایند رسیدگی تعیین شده است.^{۳۵}

رژیم بازبایی وجوه نقد، مصادره را در جایی تجویز می‌کند که وجه نقد باشد و یا از مواردی که قصد استفاده از آن در فعالیت مجرمانه وجود داشته است. رسیدگی به این نوع از بازبایی در دادگاه صلح^{۳۶} انجام می‌شود. بار اثبات در ابتدا برعهده مدعی (مثلاً آژانس ملی جرم) بوده، معیار اثبات نیز توازن احتمالات است^{۳۷}؛ این به آن معناست که مدعی باید ادله کافی را ارائه دهد تا برای قاضی اثبات نماید احتمال اینکه دارایی موردنظر ناشی از فعالیت‌های غیرقانونی باشد بیشتر است، سپس بار اثبات به دوش متهم افتاده، باید مشروع بودن اموال خود را مبتنی بر توازن احتمالات اثبات نماید تا قاضی بر اساس ادله ارائه‌شده به ادعایی که احتمال بیشتر به درست بودن آن هست، حکم بدهد.

این دو رژیم بازبایی در ادامه تشریح و تبیین می‌شوند:

30. Crime and Courts Act 2013; Revised Framework Document for the National Crime Agency, Home Office, May 2015.

31. Director of Public Prosecutions

32. Director of the Serious Fraud Office

33. Chapter 2 of Part 5 of the 2002 Act

34. The High Court

35. Section 287 Proceeds of Crime Act 2002

36. Magistrates Court

37. Section 241(3) Proceeds of Crime Act 2002

۱.۱.۱. بازایی اموال مدنی

بازایی اموال مدنی در خصوص هر مالی یا هر شخصی هرجا که باشد می‌تواند به اجرا دربیاید.^{۳۸} فرایند رسیدگی به بازایی اموال مستقل از رسیدگی به جرم و محکومیت کیفری است،^{۳۹} زیرا معیار اثبات در دادرسی کیفری «ادله فرای ظن معقولانه» است؛ حال آنکه در دادرسی ناظر بر مصادره مبسوط مدنی معیار اثبات «توازن احتمالات» است. همان‌طور که دادگاه تجدیدنظر در پرونده‌ای اعلام کرد: «تبرئه در مراحل کیفری به‌طور قطعی ثابت نمی‌کند که متهم مرتکب جنایت مورد ادعا نشده است. تبرئه فقط نشان می‌دهد که شواهد علیه وی برای اثبات جرم کیفری وی کافی نیست»^{۴۰}.

رسیدگی در خصوص بازایی اموال می‌تواند علیه هر شخصی که مرجع ذی‌صلاح به وی مظنون گردد، اعمال شود.^{۴۱} اموال قابل بازایی، اموال تحصیل‌شده از طریق رفتار غیرقانونی است^{۴۲} که در ماده ۲۴۱ قانون موردبحث چنین تعریف شده است: «رفتاری که مطابق با حقوق انگلستان جرم است و چنانچه در خارج از انگلستان نیز واقع گردد می‌بایست در حیطه سرزمینی آن کشور دیگر نیز جرم محسوب شود». تحصیل مال از طریق غیرقانونی در صورتی واقع می‌شود که آن راه مجرمانه باشد^{۴۳}؛ برای مثال اموالی که از طریق سرقت تحصیل گردد یا در ازای رفتار غیرقانونی مثل حق‌السکوت در قبال رفتار مجرمانه دیگری به‌دست آید.^{۴۴}

مدعی برای اثبات ادعا درباره تحصیل اموال به صورت غیرقانونی، دو طریق در اختیار دارد: ۱- اثبات نماید که اموال مستقیماً از یک رفتار غیرقانونی خاص مانند کلاهبرداری تحصیل شده است ۲- با ارائه شواهد، مدارک و قراین، شرایطی را اثبات نماید که نشان دهد اموال موردنظر تنها از طریق جرم می‌تواند تحصیل شده باشد و امکان رد آن بسیار دشوار

38. Section 285(A) Proceeds of Crime Act 2002

39. Section 240(2) Proceeds of Crime Act 2002

40. Judgmental Procedure In Serious Organised Crime Agency v Hymans [2011] EWHC 3332 (QB)

41. Section 243(2) Proceeds of Crime Act 2002

42. Section 304 Proceeds of Crime Act 2002

43. Section 241 Proceeds of Crime Act 2002

44. Judgmental Procedure Per Williams J in SOCA v Gale and Others [2009] EWHC 1015 (QB)

[17]. This Approach was Confirmed in SOCA v Coughlan [2012] EWHC 429 (QB) [14].



است. در حالت دوم، تشخیص دقیق عنوان مجرمانه لازم نیست، بلکه قانع کردن دادگاه بر تحصیل از رفتار مجرمانه کافیست. به عبارت دیگر، قابلیت انتساب به صورت کلی مبتنی بر توازن احتمالات است؛ یعنی احتمال کسب مال از رفتار مجرمانه باید بیشتر از تحصیل آن از منبع مشروع باشد. برای مثال، شخصی که با وجود شغل خاص کارمندی، دارای لوکس‌ترین ماشین در فاصله زمانی ۲ سال از اولین حقوق خود و بدون هیچ سند مالیاتی در سامانه‌های مالی است و همچنین ارتباطات گسترده از جمله مراودات مالی از طریق حساب‌های بانکی با گروه قاچاقچیان مواد مخدر، در مورد وی اثبات‌گردد، فرضیه نامشروع بودن اموال حاصل از جرم در خصوص وی حتی بدون ادله کافی قابل طرح است. همچنین اگر یک شخص منفعتی را از خرید و فروش مواد مخدر غیرمجاز با پول مشروع تحصیل نماید، در این صورت همه عواید فروش به‌عنوان حاصل از رفتار غیرقانونی^{۴۵} و «اموال قابل بازبایی»^{۴۶} شناخته می‌شود.

اموال موضوع بازبایی شامل اموال مرتبط^{۴۷} نیز می‌شود. اموال مرتبط (متعلقه) اموالی است که با اموال قابل بازبایی که به‌وسیله شخص خوانده نگهداری می‌شود، ارتباط و وابستگی دارد؛ بنابراین، اگر اموال قابل بازبایی یک اجاره مشترک است، اجاره مستأجر دیگر نیز مصادره می‌شود و اگر بخشی از یک دارایی بزرگ‌تر بوده، اما قسمت جداگانه‌ای نباشد، بقیه آن دارایی را نیز شامل می‌شود^{۴۸}. منفعت حاصل از اموال بازبایی نیز جزء اموال بازبایی محسوب می‌گردد^{۴۹}. در صورت ممزوج شدن اموال قابل استرداد با مشروع، همه اموال به‌عنوان اموال حاصل از جرم شناخته می‌شوند^{۵۰}؛ مانند سودی که بر وجه مشروع و قابل استرداد در یک حساب بانکی حاصل می‌شود و قابل تفکیک نیست^{۵۱}. همچنین اموالی که به تبع اموال قابل بازبایی تحصیل می‌گردد، مانند منافع اموال نامشروع نیز داخل در عنوان اموال موضوع مصادره مبسوط مدنی قرار می‌گیرد^{۵۲}.

45. Section 241 *Proceeds of Crime Bill*,

46. Recoverable Property

47. Associated Property

48. Section 245 *Proceeds of Crime Act 2002*

49. Section 266(6) *Proceeds of Crime Act 2002*

50. Section 306(3) *Proceeds of Crime Act 2002*

51. Section 306(3) *Proceeds of Crime Act 2002*

52. Section 307 *Proceeds of Crime Act 2002*

حکم به بازپایی اموال (مصادره مبسوط غیر کیفری) مقید به این موارد است: ۱- تناسب. در ماده ۱ قانون حقوق بشر اروپایی مصوب ۱۹۹۸، به موضوع تناسب و اصل حق بر مالکیت پرداخته شده است و دادگاه می‌بایست اصل تناسب را لحاظ کند.^{۵۳} ۲- رعایت انصاف. دادگاه باید با رعایت شرط انصاف حکم بازپایی اموال را صادر کند و میزان خسارتی که بر مدعی تحمیل و میزان منافی که از اجرای حکم یادشده برای جامعه کسب می‌شود، لحاظ نماید.^{۵۴}

در صورت حکم به بازپایی اموال، واگذار شدن آن از سوی امینی که از طریق دادگاه تعیین می‌گردد، انجام می‌شود. امین سه وظیفه دارد: الف) توقیف، نگهداری یا حفظ هرگونه دارایی که به موجب حکم بازپایی به او واگذار شده است. ب) تعیین ارزش اموال موردنظر غیر از پول. ج) انجام هر وظیفه دیگری که طبق فصل دوم از قانون عواید حاصل از جرم به عهده وی گذاشته شده است.^{۵۵}

۱.۲. بازپایی اموال وجه نقد

بازپایی وجه نقد حکایت از نگاه پیشگیرانه نسبت به ارتکاب جرم دارد؛ وجه نقد در این سیاق شامل اسکناس، سکه، ارز، سفارشات پستی، هرنوع چک ازجمله چک مسافرتی، پیش‌نویس بانکداران و سهام و اوراق حامل می‌شود. بر اساس فصل سوم بخش پنجم از قانون عواید حاصل از جرم ۲۰۰۲ انگلستان (مواد ۲۸۹ تا ۳۰۳)، رژیم ناظر به بازپایی وجه نقد در دادرسی اختصاری^{۵۶} انجام می‌شود. مقررات این بخش به مأموران گمرک یا پلیس این امکان را می‌دهد که هر وجه نقد بیش از ۱۰۰۰ یورو را چنانچه ادله معقولی (منطقی) مبنی بر ظن به تحصیل از طریق رفتار غیرقانونی یا ظن به قصد استفاده شدن در انجام رفتار غیرقانونی وجود داشت، توقیف نماید. در این راستا برای این ظن می‌بایست ادله عینی وجود داشته باشد؛ ظرف ۴۸ ساعت دادگاه صلح^{۵۷} باید دستور توقیف صادر کند و حداکثر مدت توقیف تا ۲ سال خواهد بود.^{۵۸} در طول این مدت لازم است پلیس در خصوص منشأ

53. Judgmental Procedure *Imran Ahmed v HMCRC* [2013] EWHC 2241 (Admin) [49].

54. Section 305 Proceeds of Crime Act 2002

55. Section 266(4) Proceeds of Crime Act 2002

56. Summary Proceedings

57. Magistrates' Court

58. Section 5, Chapter 3, Section 249 of the Criminal Proceeds 2002

ووجه نقد تحقیق نماید^{۵۹}. حکم به مصادره دائمی در خصوص وجوه از سوی دادگاه بدوی^{۶۰} انجام می‌شود. محکومیت کیفری لازمه رسیدگی در این دادگاه نیست، بلکه استانداردهای مدنی مثل توازن احتمالات برای اثبات به کار گرفته می‌شود^{۶۱}. بنابراین، چنانچه این احتمال که وجوه از رفتار غیرقانونی تحصیل شده است بیشتر از احتمال عدم تحصیل یا عدم قصد تخصیص به استفاده نامشروع باشد، دادگاه می‌تواند به مصادره وجوه یادشده حکم دهد^{۶۲}. این موضوع به این معنی نیست که خواننده و یا هر شخص دیگری در این راستا مرتکب جرم خاصی شده، بلکه صرفاً اثبات می‌کند احتمالاً منشأ مال مجرمانه است^{۶۳}، زیرا ادله اثبات در دادرسی کیفری و مدنی متفاوت است.

برای مثال، همراه داشتن میزان قابل توجهی وجه نقد و ارز در فرودگاه وقتی به حدی باشد که در جامعه رایج نیست، برای مظنون شدن به اموال قابل بازبایی^{۶۴} کافی است^{۶۵}، زیرا معیار اثبات در مراحل بازبایی وجه نقد، توازن احتمالات است^{۶۶}. در این شرایط، متهم نیز بر اساس توازن احتمالات می‌تواند از خود رفع اتهام نماید. اصل تناسب و اصل انصاف در اینجا نیز باید از جانب دادگاه لحاظ گردد.

در پی ارزیابی سند ریسک ملی انگلستان در سال ۲۰۱۵ مبنی بر اینکه «سالانه صدها میلیارد دلار از طریق بانک‌های انگلستان و شرکت‌های تابعه آنها پولشویی می‌شود»^{۶۷}، قانون ۲۰۰۲ اصلاح و قانون دارایی غیرقانونی ۲۰۱۷ به عنوان بخش «ب» ماده ۳۲۶ قانون عواید حاصل از جرم تعریف شد و در جهت گسترش اختیارات تحقیقی، در انگلستان یک وسیله تحقیقی به نهادهای مجری قانون ذیل عنوان دستور ثروت توجیه‌ناپذیر (ناشناخته)^{۶۸}

59. Section 5, Chapter 3, Section 295 of the Criminal Proceeds, 2002

60. Crown Court

61. Klentiana Mahmutaj, Cash Forfeiture Following Acquittal: 'An Affront to Public Perception' or a Breach of a Fundamental Human Right? (Criminal Law Review 2009), pp. 783-93.

62. Section 241(3) Proceeds of Crime Act 2002

۶۳. حمید دلیر، اموال مرتبط با جرم در حقوق ایران، انگلستان و اسناد بین‌المللی، (رساله دکتری رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، به راهنمایی رجب گلدوست جویباری، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۶)، ص ۲۲۶.

64. Section 294 Proceeds of Crime Act 2002

65. Judgmental Procedure, the Director of ARA and Others v. Green and Others [2005] EWHC 3168 (Admin) [33].

66. Section 241(3) Proceeds of Crime Act 2002

67. Section 241(3) Proceeds of Crime Act 2002

68. Unexplained Wealth Orders

اعطا گردید^{۶۹} مبنی بر قابل بازیابی بودن اموالی که شخص مظنون نمی‌تواند پاسخ مناسبی در خصوص منشأ آن بدهد. همچنین این دستور به هرگونه اقدام در خصوص بازیابی مدنی بعدی کمک می‌کند تا مجریان قانون بتوانند ادله متقنی را مبنی بر نامشروع بودن اموال موردنظر به مقام قضایی ارائه نمایند.

در صورت صدور دستور ثروت توجیه‌ناپذیر، شخص خوانده باید اطلاعات لازم را که در حکم دستور قید شده است، ارائه نماید. این اطلاعات شامل سوابق تحصیل مال، منشأ و منبع درآمد اموال در معرض اتهام است. ارائه هرگونه اطلاعات غلط یا گمراه‌کننده، خوانده را مشمول مجازات و عنوان مجرمانه خاص می‌کند.^{۷۰} همچنین طبق ماده ۲۲-۱۳۲ قانون جزای فرانسه، مقام تحقیق هر شخصی را می‌تواند به ارائه اطلاعات مربوطه ملزم نماید و حتی رازداری حرفه‌ای نیز مانع از ارائه اطلاعات نخواهد بود.^{۷۱}

دستور ثروت توجیه‌ناپذیر (ناشناخته)، خوانده (مدعی‌علیه) را ملزم می‌کند چگونگی تحصیل اموال را (معادل ۵۰۰۰ پوند یا بیشتر) در شرایطی که نهاد مجری قادر نیست چگونگی تحصیل را توجیه نماید، بیان کند.^{۷۲} در واقع، بار اثبات در مرحله تحقیقات جابه‌جا می‌شود و شخص باید چگونگی معاملات اموال مربوط به خود را توضیح دهد تا مشخص شود که اموال یادشده را به‌صورت مشروع تحصیل کرده است یا خیر.^{۷۳} در غیر این صورت اموال او ناشی از رفتار مجرمانه فرض می‌شود.^{۷۴} طبق بند ۴ بخش «ب» ماده ۳۲۶ قانون عواید حاصل از جرم ۲۰۰۲، شخصی که مظنون به مداخله و شرکت در جرایم شدید (مهم)

69. 362A-362R Proceeds of Crime Act 2002 (POCA 2002) (Which were Inserted into Part 8 of POCA 2002 by ss. 1 and 2 of the CFA 2017). Peter Sproat; Unexplained Wealth Orders: An Explanation, Assessment and Set of Predictions; The Journal of Criminal Law, Vol. 82(3) 232-244^a The Author(s) 2018.

70. According to ss 362 B(2) and 362 B(5) of The Proceeds of Crime Act 2002 as Amended by The Criminal Finances Act 2017.

۷۱. بهنام یوسفیان شوره‌دلی، «رویکرد نوین نسبت به اموال مجرمین در بزهکاری سازمان‌یافته یا اقتصادی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)»، تحقیقات حقوقی، (۱۳۸۹)، ص ۳۸.

72. According to ss 362 B(2) and 362B(5) of The Proceeds of Crime Act 2002 as Amended by The Criminal Finances Act 2017.

73. Home Office, Criminal Finances Bill—Unexplained Wealth Orders Impact Assessment (10 January 2017) (IA No: HO 0260) 5.

74. Attorney General's Office, Draft Revised Code of Practice Issued under Section 377A of the Proceeds of Crime Act 2002: Investigative Powers of Prosecutors (Attorney General's Office: London, October 2017), 44-45.

از جمله کلاهبرداری، قاچاق مواد مخدر و انسان، تروریسم، فحشا، سرقت مسلحانه، پولشویی، قلب سکه، رشوه‌خواری است یا شخصی که با این افراد در ارتباط باشد، موضوع دستور ثروت توجیه‌ناپذیر (ناشناخته) قرار می‌گیرد.^{۷۵}

۲.۱. نظام مصادره مبسوط مدنی در حقوق ایرلند^{۷۶}

مصادره مبسوط مدنی مبارزه مستقیم با هر مالی است که مستقیم یا غیرمستقیم از ارتکاب جرم به‌دست آید.^{۷۷} مؤلفه‌های آن به معنای اخص، در نظام حقوقی ایرلند در ضمن دو قانون تبیین شده است: قانون عواید حاصل از جرم ۱۹۹۶ که در سال ۲۰۰۵ و ۲۰۱۶ اصلاح شده است^{۷۸} و قانون اداره دارایی‌های کیفری مصوب ۱۹۹۶.^{۷۹} قانون اداره دارایی‌های کیفری، نهاد و سازمان مجری همان اداره دارایی‌های مجرمانه است که مقررات حاکم بر فرایند اجرای مصادره مبسوط مدنی را شرح می‌دهد؛ در ماده ۴ قانون مورد بحث شرح وظایف و هدف تأسیس نهاد یادشده از قرار زیر برشمرده شده است:

- شناسایی دارایی‌ها و اشخاصی که به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم از رفتار مجرمانه تحصیل منفعت می‌کنند یا در مظان اتهام هستند.
- اتخاذ اقدامات قانونی جهت ممانعت و محروم کردن این افراد از دارایی‌های و منافع مجرمانه.

۷۵. According to paragraph 4 of Section "b" of Article 326 of the Law on Proceeds of Crime 2002, در صفحه ۵۳ سند راهنمای قضات و دادستان‌ها، گروه ویژه اقدام مالی از کشور ایرلند به‌عنوان کشور سرآمد در بحث مصادره بدون محکومیت کیفری نام برده و در این خصوص تصریح کرده است که در برخی از مقررات موجود در کشورها و حوزه‌های قضایی، از جمله ایرلند، مصادره بدون محکومیت، سازوکار مهمی جهت مصادره عواید و وسایل مجرمانه است و اساساً مربوط به اقدامات در خصوص مبارزه با جرایم سازمان‌یافته مهم می‌شود.

FATF, FATF President's Paper: Anti-Money Laundering and Counter Terrorist Financing for Judges and Prosecutors, (Published by FATF, Paris, 2018), p. 53.

۷۷. افشین پاکجو و منصور آقامحمدی، آشنایی با اصول استرداد دارایی‌های ناشی از فساد، (تهران: انتشارات رسانه تخصصی، چ ۱، ۱۳۹۰)، ص ۲۷.

۷۸. The Proceeds of Crime Act 1996 (PoCA 1996), as Amended by the Proceeds of Crime (Amendment) Act 2005 (PoCA 2005) and the Proceeds of Crime (Amendment) Act 2016 (PoCA 2016).

۷۹. the Criminal Assets Bureau (CAB) Act 1996

- انجام هرگونه فرایند تحقیق در خصوص شناسایی اموال و اشخاص یادشده^{۸۰}.

از مهم‌ترین اقدامات این نهاد می‌توان به مصادره، توقیف، محافظت از دارایی‌های تحصیل‌شده یا دارایی‌هایی که ظن به تحصیل مجرمانه (مستقیم یا غیرمستقیم) آنها وجود دارد، اشاره کرد؛ همچنین امکان دسترسی به اطلاعات گسترده در خصوص اشخاص، دارایی‌ها و دیگر داده‌های ضروری در محدوده قانون یادشده برای آن فراهم شده است^{۸۱}.

همه مراحل رسیدگی به مصادره مدنی می‌بایست از سوی دادگاه تأیید شود^{۸۲} که شامل سه مرحله دستور موقت^{۸۳}، دستور توقیف^{۸۴} و حکم نهایی است. مدعی در اینجا اداره دارایی‌های مجرمانه است و خوانده، شخصی است که اموالش موضوع دستور موقت یا دستور توقیف قرار گرفته است^{۸۵}. اموال و دارایی شامل همه انواع اموال، اعم از عین و منفعت، مصرف‌شدنی و غیرمصرف‌شدنی، مفروض و مشاع، منقول و غیرمنقول، مثلی و قیمی می‌شود.

پیچیدگی جرایم سازمان‌یافته موجب شده است تا قانون‌گذار نظام افتراقی را برای (۱) اختیار مجریان، (۲) ادله اثبات، و (۳) نظام مصادره نوین برگزیند^{۸۶}؛ در همین راستا در نظام حقوقی ایرلند، حکم به مصادره بدون محکومیت کیفری با سه قرار و در سه مرحله انجام می‌شود^{۸۷}:

مرحله نخست، با قرار دستور موقت^{۸۸} شروع می‌شود که هر شخصی اعم از مالک یا متصرف، از تصرف یا هر اقدام حقوقی از جمله معامله یا هر اقدامی که موجب کاهش ارزش

80. Section 4 of the Criminal Assets Bureau Act.

81. Section 8 of the Criminal Assets Bureau Act, Section 8(7) of the Criminal Assets Bureau Act,

82. Judgmental Procedure, *Gilligan v CAB* [1998] 3 IR 185, Paras 78 – 101, Confirmed by the Supreme Court on Appeal in *Murphy v M(G)* [2001] 4 IR 113, paras 71 – 127.

83. Interim Order

84. Interlocutory Order.

85. Section 1 Proceeds of Crime Act 1996; Section 3 Proceeds of Crime Act 2005

۸۶. مهدی پالیزبان، تحولات تحصیل دلیل در جرم اقتصادی پولشویی با رویکرد تطبیقی اسناد بین‌المللی و مقررات ایران و انگلستان، (دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شاهرود، دانشکده علوم انسانی، گروه حقوق، ۱۳۹۷)، ص ۶۶.

87. Section 1 Proceeds of Crime Act 1996; Section 3 Proceeds of Crime Act 2005.

88. Interim Freezing Order.



مال می‌گردد به مدت ۲۱ روز ممنوع می‌شود.^{۸۹} در این مرحله برای موفقیت مدعی (اداره دارایی‌های مجرمانه) در دریافت قرار دستور موقت از دادگاه، می‌بایست سه مؤلفه را از طریق توازن احتمالات اثبات نماید: نخست، کنترل یا مالکیت شخص خوانده بر مال موردنظر؛ دوم اینکه آن اموال به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم حاصل از جرم است یا اینکه به‌طور کامل یا جزئی، همراه یا مرتبط با املاکی که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم حاصل از جرم است به‌دست آمده باشد و سوم اینکه ارزش اموال مدنظر مجموعاً کمتر از ۵۰۰۰ یورو نباشد.^{۹۰}

مرحله دوم، صدور قرار توقیف^{۹۱} است که احتمال دارد به مدت هفت سال به قوت خود باقی بماند. لازم است که مدعی همان شرایط یادشده را در دادگاه طبق توازن احتمالات اثبات نماید و چنانچه شخص خوانده نتواند در شرایط سه‌گانه پیش‌گفته بر اساس توازن احتمالات خللی وارد کند، تنها پس از اقناع دادگاه از شواهد و مدارک بار اثبات منقلب می‌شود.^{۹۲} چنانچه در مرحله تجدیدنظر نیز شخص مدعی نتواند مشروع بودن اموال را مبتنی بر توازن احتمالات اثبات نماید، قرار یادشده به قوت خود باقی خواهد ماند تا اینکه قرار خلع ید^{۹۳} از سوی دادگاه صادر شود.^{۹۴}

در مرحله سوم، قرار خلع ید صادر می‌شود و سپس دادگاه حکم مصادره همه یا بخشی از اموال مربوطه را صادر می‌کند و آنها به دولت منتقل می‌شوند.^{۹۵} در این مرحله نیز دادگاه بر اساس توازن احتمالات و ادله متداول تصمیم می‌گیرد.

در صورت وجود ریسک جدی ناعادلانه در مرحله دوم و سوم، دادگاه می‌بایست به جهت انصاف و عدالت از صدور قرار توقیف و قرار خلع ید خودداری نماید؛ در این خصوص لازم به ذکر است که امکان مصادره اموال اشخاص ثالث با حسن نیت^{۹۶} وجود ندارد.^{۹۷}

89. Judgmental Procedure According to the Supreme Court in *F McK. v AF and JPMF* [2005] 2 IR 163.

90. Section 2(1) Proceeds of Crime Act 1996; Proceeds of Crime Act 2005; Proceeds of Crime Act 2016.

91. Interlocutory Freezing Order.

92. Judgmental Procedure *McK v D* [2004] 2 ILRM 419.

93. Disposal Order.

94. Section 3(1) Proceeds of Crime Act 2005.

95. Section 4(6) Proceeds of Crime Act 1996.

96. Sections 3(1) and 4(8) Proceeds of Crime Act 1996.

شایان ذکر است که مستند به بخش ۶ از قانون عواید حاصل از جرم مصوب ۱۹۹۶ و ۲۰۰۵، امکان رفع مسدودی از بخشی از اموال که متهم بتواند معاش معقول و سایر هزینه‌های لازم زندگی را مرتفع کند و یا پیگیری تجارت، حرفه یا مشاغل دیگری که هریک از اموال مربوطه لازمه آن است، وجود دارد.

۳.۱. برآمد تحلیلی

نظام مصادره مبسوط در دو نظام حقوقی انگلستان و ایرلند شامل چند مؤلفه است: ۱- (الگوی رفتاری مجرمانه) مؤلفه وجود رفتار و شرایط ظن‌آور، که آنچه مهم است رفتار مجرمانه است (اوضاع و احوال دال بر تحصیل مجرمانه اموال) نه عنوان مجرمانه که این می‌تواند مقدمه طرح دو مؤلفه دیگر مصادره مبسوط مدنی باشد. این شیوه اثبات نیز از استقلال پولشویی و جایگزین کردن رفتار مجرمانه در جرم منشأ نشئت می‌گیرد. ۲- مؤلفه کاهش ارزش ادله اثباتی، به این صورت که جهت محکومیت عنوان مجرمانه لازم است که دلیل «فرای ظن معقول» در مقابل اصل براءت قائم گردد؛ به نحوی که صرفاً با توازن احتمالات، توان احراز قطعی برای دادگاه جهت مجرم شناختن متهم فراهم شود. ۳- مؤلفه انقلاب دعوا، پس از اینکه امارات و اوضاع احوال شرایط حاکم بر رفتار متهم دلالت بر منشأ غیرقانونی اموال فرد نماید، بار اثبات منقلب می‌شود. در واقع در فرایند عادی، اصل بر مشروع بودن اموال است، اما در مصادره مبسوط مدنی، متهم باید مشروع بودن منشأ اموال خود را مبتنی بر توازن احتمالات اثبات نماید.

از حیث اجرایی نیز نهادهای خاص برای پیگیری مصادره مبسوط مدنی وجود دارد؛ در انگلستان آژانس ملی جرم در کنار نهاد دادر، و در ایرلند اداره دارایی‌های مدنی تأسیس شده است. همچنین این امکان برای مجریان قانون وجود دارد که حتی در فاصله ۲ تا ۷ سال ادله کافی را مبتنی بر توازن احتمالات به دادگاه از طریق تدوین قرارهای تأمین ویژه، مثل قرار دستور موقت و دستور ثروت‌های توجیه‌ناپذیر (ناشناخته) ارائه دهند.

97. Judgmental Procedure *Murphy v M(G)* [2001] 4 IR 113, at para 108. ; *CAB v Kelly & Anor* [2012] IRSC 64, Para 32.

۲. انعکاس مؤلفه‌های مصادره مبسوط مدنی در نظام حقوقی ایران

نقش و هدف اصلی سیاست جنایی در یک جامعه، کنترل مؤثر بزهکاری و مهار پدیده‌های مجرمانه آن جامعه است.^{۹۸} در اینجا مصادره مبسوط مدنی به عنوان سیاست جنایی کیفری اقتصادی نوین در ایران، ابتدا با قوانین ماهوی و سپس قوانین اجرایی ناظر به موضوع حاضر مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۲.۱. انعکاس مؤلفه‌های مصادره مبسوط مدنی در قوانین ماهوی

انعکاس مؤلفه‌های سه‌گانه مصادره مبسوط مدنی در قوانین رسیدگی به دارایی‌های وزرا و کارمندان دولت مصوب ۱۳۳۷، اصلاح قانون پولشویی مصوب ۱۳۹۷، قانون الحاق مواد به قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ مصوب ۱۳۹۹ در نظام حقوقی ایران به شرح زیر بیان می‌شود:

۲.۱.۱. قانون مربوط به رسیدگی به دارایی وزرا و کارمندان دولت اعم از کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها مصوب ۱۳۳۷

قبل از تصویب اصل یکصد و چهل و دوم قانون اساسی، لزوم مبارزه با فساد مالی مسئولان سبب تصویب قانونی با عنوان «قانون مربوط به رسیدگی به دارایی وزرا و کارمندان دولت اعم از کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها» از سوی مجلس گردید.

این قانون را می‌توان از نخستین قوانینی برشمرد که برخی از مهم‌ترین مؤلفه‌های مصادره مبسوط از جمله تشریح طریق تحصیل مال از جانب مالک را که از لوازم انقلاب دعوی محسوب می‌شود، داراست. این قانون افراد مشمول را مکلف به ارائه مستندات مشروعیت اموال و صورت اموال خود نموده^{۹۹} و در ضمن آنها را موظف به پاسخگویی

۹۸. مسعود ملازمیان، سیاست جنایی تقنینی ایران در جرایم اقتصادی، (تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۸۷)، ص ۱۸۰.

۹۹. مواد ۱ و ۲ و ۳ قانون مربوط به رسیدگی به دارایی وزرا و کارمندان دولت اعم از کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها مصوب ۱۳۳۷.

صادقانه به همه سؤالات کرده است.^{۱۰۰} در صورت تنظیم کذب، نه تنها موجب انفصال از خدمت است، بلکه آن اموال به نفع دولت مصادره می‌شود^{۱۰۱}؛ همچنین موجبی برای تعقیب کیفری محسوب می‌گردد.^{۱۰۲} در این قانون، دیگر اصل براءت برای فرد قابل تمسک نیست، لکن این قانون شیوه‌های اثباتی را تشریح نکرده و نیز نهاد خاصی را برای پیگیری موضوع، فارغ از نهاد دادسرا و دادستان، اختصاص نداده است. قرارهای رسیدگی و قرارهای احتیاطی جهت حفظ اموال در معرض ریسک نامشروع، آن چنان که در دو نظام انگلستان و ایرلند مقرر شده بود، وجود ندارد؛ از این رو، خطر از بین رفتن اموال در معرض ریسک نامشروع وجود دارد. در این قانون، طریق اثبات همان ادله کیفری است و محدوده آن صرفاً اموالی است که برخلاف واقع ابراز شده و یا کتمان شده و مشروعیت آنها از جانب متهم اثبات نشده است؛ برخلاف انگلستان و ایرلند که الگوی رفتاری مجرمانه متهم از جمله ارتباط با مجرمان جرایم سازمان یافته، مثل قاچاق مواد مخدر، موجبی برای در معرض اتهام قرار گرفتن همه اموال متهم می‌شود. البته تاحدودی در مقرر «قانون الحاق موادی به قانون نحوه اجرای اصل چهل و نهم (۴۹) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۹»، اشکالات پیش گفته اصلاح شده است که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۲.۱.۲. قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷

نظام حقوق ایران متأثر از آموزه‌های فقهی است^{۱۰۳}؛ از این رو، طبق مشروح مذاکرات در خصوص این قانون، اگرچه مجمع مشورتی حقوقی تبصره ۱ ماده ۲- که «ظن نزدیک به علم» را موجبی برای انقلاب دعوا و مصادره اموال برمی‌شمارد- را با قاعده براءت در تعارض و محل نقد دانسته است، اما شورای فقهی چنین اشکالی را در پیشنهاد خود به شورای نگهبان وارد ندانسته، چراکه در فقه نیز علم متأخم به ظن را معتبر می‌دانند و از این رو،

۱۰۰. ماده ۵، همان.

۱۰۱. ماده ۴، همان.

۱۰۲. ماده ۶، همان.

۱۰۳. سعید صانعی؛ سید حسین حسینی و سید مهدی سیدزاده ثانی، «ارجاع ماده ۴۵ الحاقی قانون مبارزه با مواد مخدر به فقه کیفری؛ تحدید یا توسعه سیاست کیفری سخت‌گیرانه»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۷ (۱۴۰۱)، ص ۱۲۴.

انقلاب دعوا از طریق علم متأخم به علم، مجاز شمرده می‌شود^{۱۰۴}. از بررسی مطالب مورد بحث این گونه برداشت می‌شود که قانون‌گذار در مقام تصویب به بحث بسط دامنه مصادره مبسوط اموال از طریق ظن متأخم به علم، التفات داشته است.

در گزارش ارائه شده از سوی مجمع مشورتی حقوقی شورای نگهبان، هدف از اصلاحات قانون پولشویی مصوب ۱۳۹۷ را درخواست‌های گروه ویژه اقدام مالی دانسته که در برنامه اقدام به ایران تقدیم شده است. در گزارش شورای نگهبان به صراحت آمده است که لایحه حاضر را می‌توان در ارتباط وثیقی با برنامه اقدام گروه ویژه اقدام مالی دانست؛ همچنین به روشنی بیان شده که به طور خاص به موضوع درخواست آنها از ایران مبنی بر آموزش استقلال جرم منشأ به بازپرسان، و مراجع تحقیق و ضابطان و همچنین مقابله با پولشویی به صورت مستقل از جرم منشأ، پرداخته شده است

نظام مصادره تدوین شده در سه تبصره ماده ۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷، شباهت بسیاری به کشورهای پیشرو در این عرصه از جمله انگلستان و ایرلند دارد که نوعی مصادره مبسوط بر اساس رویه دادگاه کیفری به آن رسیدگی می‌شود^{۱۰۵}؛ با وجود این، پیش شرط محکومیت به جرم خاص را ندارد و مصادره مبسوط مدنی محسوب می‌شود؛ چراکه چنانچه ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال وجود داشته باشد (مؤلفه کاهش ارزش ادله اثبات جرم)، همه اموال موضوع ظن می‌تواند موضوع مصادره واقع گردد؛ مانند آنکه نوعاً با توجه به شرایط امکان تحصیل آن، میزان دارایی در زمان مشخص وجود نداشته باشد (مؤلفه رفتار مجرمانه) که در این صورت، بار دعوی به سمت متهم منقلب می‌شود (مؤلفه انقلاب دعوی) و عدم توانایی متهم در اقامه دلیل، برای وی مصادره اموال، حبس و در مواردی جزای نقدی در پی خواهد داشت. در این قانون، اگرچه تصریح شده است که «ظن نزدیک به علم به عدم صحت معاملات و تحصیل اموال یا تحصیل مال از طریق نامشروع» موجبی برای مصادره اموال موضوع ظن می‌شود، اما مشخص نکرده که آیا منظور همان رفتار مجرمانه است یا الگوی رفتاری مجرمانه؟ در نظام

۱۰۴. گزارش جلسه ۱۸۳۸۸۴ مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان مورخ ۱۳۹۷/۳/۶ و ۱۳۹۷/۳/۷. ص ۱ و ۲.
 ۱۰۵. برخلاف نظام قانون الحاق به قانون اجرایی اصل ۴۹ صادره که رسیدگی طبق مقررات حقوقی و مدنی بدان انجام می‌شود.

حقوقی ایرلند و انگلستان «محکومیت فرد به جرایم خاص اقتصادی» «ارتباط با متهمان جرایم کلان اقتصادی» را مبنایی برای نامشروع دانستن اموال مبتنی بر توازن احتمالات برمی‌شمارد. اما لازم است قانون‌گذار اموال قابل بازپایی را تعریف کرده، از باب مصداق یا ارائه ملاک عینی، در آیین‌نامه ۱۳۹۸ مؤلفه «تحصیل مال از طریق نامشروع» را شرح دهد.

ملاک کاهش ارزش ادله اثبات دعوا در مصادره مبسوط بیان شده در این قانون، مبهم است و موجب تفسیر سلیقه‌ای قانون می‌شود؛ ملاک کاهش ارزش ادله اثبات دعوا تعریف شده در این قانون، یعنی «ظن نزدیک به علم» به عنوان یک نهاد تأسیسی جدید، تعریف عینی و مشخصی ندارد؛ از این رو، لازم است ملاک‌های عینی در قالب مصداق و در آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴ مصوب ۱۳۹۸ یا در قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی تبیین گردد.

در نظام حقوقی ما، تفکیک و تعریف به اموال مرتبط وجود ندارد و دامنه اموال تحصیل شده از طریق نامشروع و مصادره مبسوط مشخص نیست.

۳.۱.۲. قانون الحاق موادی به قانون نحوه اجرای اصل چهل و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۹

قانون الحاق موادی به قانون نحوه اجرای اصل چهل و نهم و نیز دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۹، به عبارتی قانون «از کجا آورده‌ای» پس از انقلاب است؛ در این قانون شیوه رسیدگی و استناد به ادله و بار اثبات، مبتنی بر نظام حاکم بر تبصره ۱ ماده ۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷^{۱۰۶} است؛ در این راستا، به تصریح این قانون، محکومیت به جرم خاص کیفری لازمه و مقدمه مصادره مبسوط مدنی نیست^{۱۰۷} (مؤلفه رفتار مجرمانه)؛ ضمن اینکه بار اثبات منقلب شده (مؤلفه انقلاب دعوی) و ارزش ادله اثباتی از تحصیل علم به ظن نزدیک به علم و نیز ظن قوی^{۱۰۸} کاهش یافته است (مؤلفه کاهش

۱۰۶. تبصره ۱- مفاد تبصره ۱ ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۲/۱۱/۱۳۸۶، با اصلاحات و الحاقات بعدی آن در رسیدگی به پرونده‌های موضوع این قانون رعایت می‌شود.

۱۰۷. ماده ۲۴ و ۲۵ قانون مورد بحث.

۱۰۸. مستند به تبصره‌های ۱ و ۳ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷.

ارزش ادله اثباتی؛ لذا نظام مصادره مبسوط تدوین شده در قانون مورد بحث، مصداق مصادره مبسوط مدنی است.

۲.۲. انعکاس مؤلفه‌های مصادره مبسوط مدنی در قوانین شکلی

سازوکار طراحی شده برای فرایند توقیف و مصادره مبسوط مدنی، در آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴ الحاقی قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۸ توصیف شده است. در این آیین‌نامه دو دسته فهرست، تحریمی و توقیفی، وجود دارد که هر دو ناظر به اشخاص هستند و طبیعتاً شامل اموال نیز می‌شوند؛ با این تفاوت که در فهرست نخست همه اموال فرد موضوع حکم است^{۱۰۹} و این در حالی است که در نوع دوم مال خاصی موضوع حکم توقیفی قرار می‌گیرد. فهرست تحریمی^{۱۱۰}، فهرستی است از مشخصات اشخاص حقیقی یا حقوقی مشمول تحریم‌های شورای امنیت سازمان ملل متحد موضوع قطعنامه ۱۲۶۷ و قطعنامه‌های متعاقب آن و اشخاص مندرج در فهرست تحریم‌های جمهوری اسلامی ایران که از سوی شورای عالی امنیت ملی بر اساس شرایط تعیین شده در قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم مصوب ۱۳۹۴ و اصلاحات بعدی آن و با توجه به قطعنامه شماره ۱۳۷۳ شورای امنیت سازمان ملل متحد تعیین می‌شود. فهرست توقیفی^{۱۱۱}، فهرست اشخاصی است که دستور توقیف اموال زیر در خصوص آنها صادر شده باشد:

- اموالی که ظن حصول آنها از طریق ارتکاب جرم (اعم از پولشویی و جرایم منشأ) وجود داشته باشد.
- اموالی که ظن به اختصاص آنها جهت تأمین مالی تروریسم وجود داشته باشد.
- اموالی که ظن به نامشروع بودن آنها وجود داشته باشد.
- اموالی که در فرایند جرایم یادشده، وسیله ارتکاب جرم بوده یا در اثر جرم تحمیل شده یا حین ارتکاب، استعمال یا برای استعمال اختصاص یافته باشد.

مرکز اطلاعات مالی برای توقیف و مصادره، نظام ریسک‌محور و حساس به ریسک و

۱۰۹. تبصره ۴ ماده ۱۲۴ آیین‌نامه.

۱۱۰. بند ۲ ماده ۱ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۸.

۱۱۱. بند ۲۱ ماده ۱ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۸.

ظن^{۱۱۲} را مبنای عملیات یادشده تعریف کرده است. ملاک ریسک از آمار قضایی فرایندها و معیارهای تشخیص ظن پولشویی استخراج می‌شود^{۱۱۳}. این مرکز مکلف به تعیین معیارها و ملاک‌ها و رویه‌ها جهت تعیین اشخاص مظنون است^{۱۱۴}؛ برای مثال با همکاری سازمان حسابرسی و جامعه حسابداران رسمی ایران، معیارهای معاملات و عملیات مشکوک را تعیین می‌نماید^{۱۱۵}. در مقابل، اشخاص مشمول^{۱۱۶} نیز در صورت داشتن اطلاعات و قرائن و شواهد منطقی ظن‌آور در انطباق هویت یک فرد یا نهاد با فهرست توقیفی، به شناسایی مضاعف و توقیف و ضبط اموال مکلف شده‌اند. مؤسسات مالی و اعتباری و بانک مرکزی هم موظف شده‌اند از انجام آن دسته از نقل و انتقالات که یکی از طرفین اشخاص موجود در فهرست تحریمی است، به صورت سامانه‌ای (سیستمی) جلوگیری و گزارش آن را برای مرکز ارسال کنند^{۱۱۷}. در صورت وجود ظن به پولشویی و تأمین مالی تروریسم، مشاغل غیرمالی^{۱۱۸} از جمله اشخاص مشمول مثل ارائه‌دهندگان خدمات ارزی مکلف‌اند مراتب را بدون تأخیر به مرکز گزارش نمایند^{۱۱۹}.

قوة قضاییه باید امکان ارائه درخواست مرکز به مرجع قضایی مربوط را جهت اخذ دستور قضایی و اطلاع‌رسانی به ضابطان قضایی و همچنین ابلاغ آرای صادره به صورت سامانه‌ای (سیستمی) برای مرکز و اشخاص مشمول مربوط فراهم سازد. مقامات قضایی نتیجه بررسی خود در پرونده‌های مطرح‌شده را به مرکز ابلاغ می‌کنند^{۱۲۰} و در مقابل، مرکز نیز می‌بایست ملزومات مربوط به فهرست توقیفی را فراهم سازد. مقام قضایی مکلف است به محض

۱۱۲. وجود ظن قوی به ارتکاب پولشویی و تأمین مالی تروریسم توسط ارباب رجوع را موجب اعلام موضوع به مرکز و ممانعت از انجام هر گونه خدمت به وی تا ۲۴ ساعت دانسته است. ماده ۶۸ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۸.

۱۱۳. تبصره ۲ ماده ۳۲ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۸.

۱۱۴. ماده ۸۳ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۸.

۱۱۵. ماده ۴۶ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۸.

۱۱۶. اشخاص مذکور در مواد ۵ و ۶ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷.

۱۱۷. تبصره ۲ ماده ۹۹ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۸ و نیز ماده ۱۲۷.

۱۱۸. مشاغل غیرمالی: مشاغلی که شاغلین آن معاملات زیادی را به صورت نقدی انجام‌داده، از نظر پولشویی در معرض خطر قرار دارند؛ از قبیل پیش فروش کنندگان مسکن یا خودرو، طلافروشان، صرافان، فروشندگان خودرو، فرشهای قیمتی، فروشندگان عتیقه‌جات و هر نوع محصول گران‌قیمت.

۱۱۹. تبصره ۳ ماده ۱۱۵. آیین‌نامه ۱۳۹۸؛ تبصره ۵ ماده ۱۱۰ آیین‌نامه ۱۳۹۸.

۱۲۰. مواد ۳۲ و ۳۳ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۸.

دریافت درخواست مرکز مبنی بر صدور حکم، به توقیف موقت اموال موضوع جرایم پولشویی و تأمین مالی تروریسم رسیدگی کند، به نحوی که دستور وی حداکثر در پایان بازه زمانی ۲۴ ساعته^{۱۲۱} به مرکز ابلاغ شود^{۱۲۲}.

اشخاص مشمول مکلف‌اند به محض دریافت دستور مرکز مبنی بر انسداد اموال، نسبت به شناسایی و انسداد آنها به مدت ۴۲ ساعت اقدام و فهرست اموال مسدود شده را به تفکیک اقلام و بدون تأخیر برای مرکز ارسال نمایند. مرکز مکلف است ظرف ۴۲ ساعت موضوع را به مرجع قضایی گزارش دهد. چنانچه ظرف این مدت دستور توقیف صادر شود، شخص مشمول اقدامات لازم را به منظور اجرای دستور توقیف صورت می‌دهد؛ در غیر این صورت از مال مورد بحث رفع انسداد به عمل می‌آید^{۱۲۳}.

در صورتی که به هر دلیل امکان توقیف آن اموال وجود نداشته باشد، اموال دارای ارزش معادل با هماهنگی مرجع قضایی توقیف خواهد شد^{۱۲۴}. در فرایند رسیدگی در دادگاه، چنانچه فرد نتواند دلیل کافی مبنی بر مشروع بودن خود اقامه کند، اموال موضوع ظن متأخم به علم، مصادره می‌گردد^{۱۲۵} و اجرای آن بر عهده معاونت اجرای احکام کیفری دادسرا است^{۱۲۶}.

در نظام حقوقی ما، حداقل ارزش مالی لازم جهت شروع فرایند رسیدگی تعیین شده است. قرارهای احتیاطی تنها منحصر به توقیف و مسدود کردن است؛ حال آنکه به «دستور موقت» نیاز است که صرف ظن جهت توقیف کفایت نماید و نیازی به ظن متأخم به علم نباشد تا مانع آسیب رسیدن به مال شناسایی شده شود. در نظام حقوقی ایران، جهت مصادره مبسوط مدنی مدعی خاص تعریف نشده است و آموزشی به ضابطان و مجریان آن داده نمی‌شود.

۱۲۱. مذکور در تبصره ۱ ماده ۷ مکرر قانون اصلاح مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۴.

۱۲۲. ماده ۱۲۳ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۸.

۱۲۳. ماده ۱۲۰ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۸.

۱۲۴. ماده ۱۲۱ آیین‌نامه مصوب ۱۳۹۸.

۱۲۵. ماده ۲ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷ که شرح بیشتر آن در قسم قبل گذشت.

۱۲۶. ماده ۵۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.

نتیجه

همان‌طور که چالش‌های این پژوهش در مقدمه بر دو موضوع مؤلفه‌های مصادرهٔ ميسوط مدنی در نظام‌های حقوقی انگلستان و ایرلند و نیز آسیب‌شناسی نظام حقوقی ایران از طریق رهیافت مطالعهٔ تطبیقی دو کشور یادشده متمرکز بود، می‌توان اذعان داشت که مصادرهٔ ميسوط مدنی دارای سه مؤلفهٔ «الگوی رفتاری مجرمانه»، «کاهش ارزش ادلهٔ اثبات» و «انقلاب دعوی» است. در خصوص اجرای بهینهٔ این نظام، رعایت اصل برابری سلاح‌ها در بحث طریق اثبات، وجود قرارهای تمهیدی لازم جهت بهینه‌سازی مصادرهٔ ميسوط مدنی، وجود نهاد و سازمان مجری مجزا، از مهم‌ترین بایسته‌های اجرایی آن محسوب می‌شود. در نظام حقوقی ایران مؤلفه‌های ماهوی یادشده در قوانینی چون قانون مربوط به رسیدگی به داریایی وزرا و کارمندان دولت اعم از کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها مصوب ۱۳۳۷، قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷، و قانون الحاق موادی به قانون نحوهٔ اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۹ منعکس شده است. همچنین مؤلفه‌های اجرایی آن نیز در مادهٔ ۱۴ آیین‌نامهٔ اجرایی مصوب ۱۳۹۸ آمده است. در انعکاس رهیافت تطبیقی نظام مصادرهٔ ميسوط مدنی دو کشور اروپایی موردبحث در نظام حقوقی ایران، بایسته‌ها و الزاماتی جهت کارآمدی بیشتر نظام مصادرهٔ ميسوط مدنی قابل ارائه است:

– با امعان نظر به نظام مصادرهٔ ميسوط مدنی در نظام حقوقی انگلستان، لزوم تدوین قرار ثروت توجیه‌ناپذیر (ناشناخته) در قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷ و آیین‌نامهٔ اجرایی آن، پیشنهاد می‌شود تا امکان اجرایی شدن مصادرهٔ ميسوط مدنی برای مجریان قانون به‌عنوان بازوان اجرایی دستگاه عدالت کیفری فراهم گردد. قرار یادشده برای نهادهای مجری قانون، بازگرداندن و بازیابی عواید حاصل از کلاهبرداری، قاچاق مواد مخدر، رشوهٔ سازمان‌یافته و دیگر جرایم کلان اقتصادی را که در کشور نگهداری می‌شود تسهیل می‌کند؛ چراکه اگر توضیح خواننده قانع‌کننده نباشد، اطلاعات جمع‌آوری شده می‌تواند از سوی مقامات برای درخواست مصادرهٔ ميسوط مدنی از دادگاه مورد استفاده قرار گیرد؛ در نتیجهٔ این

قرار، مجریان قانون می‌توانند از دستور ثروت توجیه‌ناپذیر (ناشناخته) استفاده‌کنند تا از مالکان بخواهند تا مثلاً نحوه خرید یک خانه لوکس را فاش کنند و اگر با توضیح وی موافق نیستند، می‌توانند از دادگاه بخواهند که اموال را توقیف‌کند تا بتواند در نهایت موضوع مصادره مبسوط قرار گیرد؛ بنابراین، نهادهای مجری می‌توانند از طریق دستور یادشده، شخص یا شرکتی را ملزم نمایند تا اسناد و اطلاعات مربوطه را در خصوص اثبات اینکه اموال موردنظر از طریق مشروع تحصیل شده است، ارائه دهند و این دستور درواقع یک راه جایگزین جهت تحصیل اطلاعات و همین‌طور ردیابی اموال است. این درحالی است که بدون قرار یادشده برای نهادهای مجری، چنین اختیاری وجود ندارد و می‌بایست این اطلاعات را از نهادهای مربوط دیگر مثل ثبت اسناد و دارایی دریافت‌کنند. با توجه به فقدان شفافیت مالی نظام‌مند و سازمان‌یافته در سیستم حقوقی و اقتصادی ایران، چنین قراری در بسیاری از موارد می‌تواند نقصان نظام شفافیت اموال را کاهش دهد و به کارآمدی نظام مصادره مبسوط بینجامد.

— ملاک در کاهش ارزش ادله اثبات دعوا در مصادره مبسوط بیان‌شده در قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷، موجب سلیقه‌ای شدن و خودتفسیری قانون می‌شود؛ چراکه مفاهیم استفاده‌شده مبهم است و قابلیت تفسیرهای متعددی دارد. در نظام حقوقی انگلستان و ایرلند، «توازن احتمالات» به‌عنوان یک قاعده اثباتی در دعاوی مدنی شناخته می‌شود که مصادیق آن در رویه‌های قضایی مشخص است؛ حال آنکه دو ملاک کاهش ارزش ادله اثبات دعوا تعریف‌شده در مقررات حقوقی ایران، «ظن نزدیک به علم» و «ظن قوی» به‌عنوان یک نهاد تأسیسی جدید، در دو قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷ و قانون الحاق موادی به قانون اجرای اصل ۴۹ و دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۹، تعریف عینی و مشخصی ندارد. با توجه به اینکه این دو ملاک تنزل‌یافته اثباتی ادله، در دو قانون جزایی و حقوقی (مدنی) به‌کار رفته است، سؤالی که به ذهن خطور می‌کند این است که آیا قانون‌گذار از دو عبارت یک مفهوم را اراده کرده یا دو مفهوم متفاوت؟ مضافاً اینکه اصل تأسیسی بودن الفاظ نیز بر این

ابهام افزوده است. در این حالت آیا ملاک عینی ارائه نشده مبنی بر اینکه منظور از ظن نزدیک به علم همان علم عرفی است که از علم فلسفی و دقت فلسفی خارج است و با رجوع به عرف مشخص می‌شود، یا منظور ظنی است که از شک گذشته و به مرحله علم نرسیده است؟ با توجه به قید «نزدیک به علم» یعنی ظن بیش از ۸۰ تا ۹۰ درصد، ابهام در مفاهیم و انعطاف در معنی موجب سردرگمی محاکم و سوءاستفاده مجرمان از ابهام قانونی می‌گردد؛ ضمن اینکه دادرسی را از حالت قانون محوری به سمت شخص محوری پیش می‌برد، به نحوی که هر شعبه نسبت به یک موضوع واحد می‌تواند آرای خاص خود را داشته باشد؛ بنابراین با هدف عینی‌تر شدن و ارائه ملاک ظن متأخم به علم و تعریف مصداقی در کنار تعریف مفهومی از دو عبارت «ظن متأخم به علم» و «ظن قوی‌تر»، اصلاح دو قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷ و قانون الحاق موادی به قانون اجرای اصل ۴۹ و دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۹ پیشنهاد می‌شود.

— برابری سلاح‌ها، به این معنی است که شرایط تعریف شده برای هریک از طرفین باید به گونه‌ای باشد که هیچ‌یک از طرفین به صورت اساسی نسبت به دیگری در وضعیت نامناسب‌تری جهت اثبات و ردّ دعوا قرار نگیرد. در پرتو این اصل است که در آیین دادرسی کیفری هر دو طرف از حق دفاع برخوردارند؛ هر دو طرف حق داشتن و اتخاذ وکیل دارند؛ هر دو طرف از حق دسترسی به پرونده برخوردارند که از جمله این حقوق، ارزش ادله اثباتی مورد استناد است. هر دو طرف باید بتوانند برای اثبات مدعای خود از یک نوع ادله با ارزش اثباتی برابر بهره ببرند؛ از این رو در نظام‌های حقوقی انگلستان و ایرلند، همان‌طور که دادستان و قاضی مبتنی بر ادله اثباتی با ارزش کاهش یافته «توازن احتمالات» می‌توانستند اموال متهم را موضوع مصادره مبسوط مدنی قرار دهند، متهم نیز می‌توانست مبتنی بر توازن احتمالات، مشروع بودن اموال خود را اثبات کند. این درحالی است که در نظام حقوقی ایران با اینکه دادگاه و دادستان می‌توانند بر اساس دلیل اثباتی با ارزش کاهش یافته «ظن متأخم به علم» یا «ظن قوی» اموال متهم را موضوع مصادره مبسوط مدنی قرار دهند، اما مشخص نیست که آیا متهم نیز از چنین حقی برخوردار است یا اینکه برای رفع اتهام از خود باید ادله علم‌آور و فرای ظن

معقولانه ارائه کند. در این راستا، اصلاح دو قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷ و قانون الحاق موادی به قانون اجرای اصل ۴۹ و دستورالعمل اجرایی آن مصوب ۱۳۹۹ پیشنهاد می‌شود.

– در نظام حقوقی ایران، توقیف اموال موضوع مصادره مبسوط مدنی در مرحله تحقیقات، تنها به ۲۴ ساعت یا ۴۸ ساعت محدود شده است؛ حال آنکه با توجه به هدف مصادره مبسوط مدنی در مبارزه با اموال حاصل از جرایم سازمان‌یافته، لازم است که زمان کافی به مجریان قانون اعطا گردد؛ از این رو در نظام حقوقی ایرلند و انگلستان ۲ سال تا ۷ سال مال موضوع مصادره می‌تواند در مرحله تحقیقات توقیف گردد تا از این طریق ریسک موفقیت مجرمان سازمان‌یافته و کلان اقتصادی در مخفی داشتن منشأ اموال مجرمانه به حداقل ممکن برسد و جرایم و سازمان‌های مجرمانه کشف و منهدم گردند همچنین فقدان موفقیت آنها در کسب منفعت مالی که هدف غایی سازمان‌های مجرمانه است، خود مانع بزرگی در استمرار فعالیت سازمان خواهد بود. در این راستا، اصلاح آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴ پولشویی مصوب ۱۳۹۸ پیشنهاد می‌شود.

– اختیارات و مؤلفه‌های اجرایی مصادره مبسوط مدنی تبیین‌شده در آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴ پولشویی مصوب ۱۳۹۸، نباید تنها منحصر به مرکز ملی اطلاعات مالی باشد. این مرکز باید مثل همه کشورهای وظیفه گردش اطلاعات و شفافیت اطلاعات را به عهده داشته باشد و این اختیارات تنها به عنوان وظایف محوله مکمل برای وی محسوب گردد، زیرا مرکز فاقد بازوی اجرایی است؛ بنابراین، بسیاری از اختیارات و مؤلفه‌های اجرایی مصادره مبسوط مدنی می‌بایست – آن چنان که در نظام انگلستان و ایرلند به عنوان دو نظام پیشرو در این عرصه وجود دارد – در اختیار نهاد مجری مثلاً اداره بازیابی اموال قرار گیرد. بنابراین با توجه به تأسیس نهاد مصادره مبسوط در قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷، تشکیل «نهاد بازیابی اموال» ضمن قانون یادشده پیشنهاد می‌شود.

– اصطلاح کلی عبارت «ابعاد حقوقی آن به عنوان جرم مستقل» در ضمن ماده ۱۴۶ آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴، نمی‌تواند بیان‌کننده آثار استقلال جرم پولشویی در

مجموعه قوانین کیفری باشد. استقلال جرم پولشویی عبارت دیگری از مصادره مبسوط مدنی است. در این راستا با توجه به شرح فصل نخست، می‌توان ادعان داشت لازمه استقلال جرم پولشویی و آثار و ابعاد حقوقی آن، طریق اثبات است که رفتار مجرمانه، و الگوی رفتاری مجرمانه تعریف می‌شود. ارزش ادله اثباتی در استقلال جرم پولشویی نسبت به شرایطی که متکی بر اثبات جرم منشأ و به صورت قاعده «فرای ظن معقولانه» است متفاوت است؛ چراکه در شرایط عدم استقلال جرم پولشویی، اصل براءت و اماره ید بر آن پیشی داشت و اثبات جرم برعهده دادستان قرار داشت؛ حال آنکه در رویکرد استقلالی جرم پولشویی، ارزش ادله اثباتی، تقلیل یافته و در نظام حقوقی ما به صورت «ظن متأخم به علم» یا همان «علم عرفی» یا همان «اطمینان» و حتی می‌توان گفت «ظن قوی» که نوعاً قابلیت اتکای عقلا را دارد، ظاهر شده است؛ بنابراین در تعارض با قاعده درء، اصل براءت، اماره ید، اصل صحت معاملات، اماره مجرمیت مقدم شده و بار اثبات منقلب می‌شود. در این شرایط است که متهم باید جهت اثبات مشروعیت اموال خود و رفع اماره مجرمیت و شیوه اثباتی الگوی رفتار مجرمانه، اقامه دلیل و مدرک نماید؛ از این رو، اموال موضوع مصادره منحصر به اموال موضوع جرم منشأ نیست که در دامنه جرم پولشویی قرار گرفته و به اموال دیگر تبدیل شده است، بلکه به همه اموال متهم ناشی از الگوی رفتار مجرمانه وی تسری می‌یابد. در این راستا پیشنهاد می‌شود آیین‌نامه ماده ۱۴۶، آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴ مصوب ۱۳۹۸ با شناخت سیستماتیک از استقلال جرم پولشویی و بایسته‌های آن، شرح مذاکرات در تبادل نظر فرایندهای قانونی که شرح آنها در مقاله گذشت، تغییر رویکرد قانون‌گذار از تغییر مواد ۱، ذکر مستقل جرم پولشویی در کنار جرم منشأ در مواد ۳ و ۹ قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی و درنهایت تأسیس نظام مصادره مبسوط در نظام حقوقی ایران، تدوین گردد.

— در خصوص همه اموال، یک نظام مصادره مبسوط مدنی مشابه تقنین شده است؛ حال آنکه با توجه به نقش کلیدی که وجه نقد در ثبات اقتصادی کشور دارد و همچنین نبود شفافیت منشأ آن به دلیل فقدان شکل‌گیری نظام شفاف پولی و اعتباری در کشور ما، باید همانند کشور انگلستان در مورد مناطق پرریسک از جمله

گمرک‌ها و مناطق مرزی (موارد پرخطر) و مبادی ورود و خروج، در خصوص وجه نقد (به‌طور ویژه ارز خارجی) از نظام مصادره مبسوط مدنی اموال خاص و مقررات ویژه در قانون اصلاح قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۷ بهره گیریم.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. پاک‌جو، افشین و آقامحمدی، منصور (۱۳۹۰). *آشنایی با اصول استرداد دارایی‌های ناشی از فساد*، تهران: رسانه تخصصی.
۲. پالیزیان، مهدی (۱۳۹۷). *تحولات تحصیل دلیل در جرم اقتصادی پولشویی با رویکرد تطبیقی اسناد بین‌المللی و مقررات ایران و انگلستان*، شاهرود: دانشگاه آزاد اسلامی.
۳. دلیر، حمید (۱۳۸۶). *اموال مرتبط با جرم در حقوق ایران، انگلستان و اسناد بین‌المللی*، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
۴. ساکی، محمدرضا (۱۳۹۰). *حقوق کیفری اقتصادی*، تهران: انتشارات جنگل.
۵. محمدی، حمید (۱۳۷۵). *ضبط، مصادره، و استرداد اموال*، تهران: گنج دانش.
۶. ملازمیان، مسعود (۱۳۸۷). *سیاست جنایی تقنینی ایران در جرایم اقتصادی*، تهران: انتشارات جاودانه.
۷. مؤسسه موج (۱۳۸۹). *سیاست‌های ضدفساد در آسیا و اقیانوسیه*، تهران: نشر مرکز پژوهش‌های مجلس.
۸. نورزاد، مجتبی (۱۳۸۹). *جرایم اقتصادی در حقوق کیفری ایران*، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.

مقالات:

۹. احدی، فاطمه، کرمانیان، پروش (۱۴۰۰). امکان‌سنجی عملیاتی کردن نهاد معامله اتهام در ایران با تأکید بر مدیریت‌گرایی حقوق کیفری، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*. ۱۲(۲۲)، ۱-۲۲.
- Doi: 10.22034/LAW.2021.12948
۱۰. صانعی، سعید، حسینی، سید حسین؛ سیدزاده ثانی، سید مهدی (۱۴۰۱). ارجاع ماده ۴۵ الحاقی قانون مبارزه با مواد مخدر به فقه کیفری؛ تحدید یا توسعه سیاست کیفری سخت‌گیرانه، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۳(۲۷)، ۱۴۸-۱۲۳.

Doi: 10.22034/LAW.2021.45826.2891

۱۱. غمامی، مجید (۱۴۰۱) جستاری تطبیقی در اوصاف نظام دادرسی مطلوب، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۳(۲۷): ۱۴۹-۱۷۰.

Doi: 10.22034/LAW.2021.46656.2929

۱۲. یوسفیان شوره‌دلی، بهنام (۱۳۸۹). رویکرد نوین نسبت به اموال مجرمین در بزهکاری سازمان‌یافته یا اقتصادی مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه، *تحقیقات حقوقی*، ۳(۱۳).

- گزارش‌ها

۱۳. گزارش جلسه ۱۸۳۸۸۴ مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان مورخ ۱۳۹۷/۳/۶ و ۱۳۹۷/۳/۷. ص ۱ و ۲.

۱۴. گزارش اظهار نظر مجمع مشورتی حقوقی شورای نگهبان در خصوص لایحه قانون مبارزه با پولشویی، کد گزارش ۹۷۰۳۰۲۸؛ تاریخ انتشار ۱۳۹۷/۳/۸.

(ب) منابع انگلیسی

- Books

- 15.Brussels (2014). *Center for the Study of Democracy, Disposal of Confiscated Assets in the EU Member States*, Press: Laws and Practices.
- 16.FATF (2018-2012). *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, Paris: published by FATF.
- 17.FATF (2018). *President's Paper: Anti-money Laundering and Counter Terrorist Financing for Judges and Prosecutors*, Paris: Published by FATF.
18. FATF (2018). *Methodology for Assessing Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems* Paris: published by FATF.
- 19.FATF (2012). *BEST Practices on Confiscation (Recommendations*

4 and 38 and A Framework for Ongoing Work on Asset Recovery
Paris: Published by FATF.

20. Grant Shapps(2006). *The Report Underperformance of the Assets Recovery*, press:hi/uk_politics.
21. Guy Stessens, (2000). *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model*, Cambridge: Cambridge University Press,
22. Home Secretary, (2016). *Amber Rudd's Speech on Economic Crime at the Financial Conduct Authority Annual Crime Conference* PRESS: gov.uk/government.
23. Jon Petter Rui / Ulrich (2015). *Sieber;Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlin: Max Planck.
24. Klentiana Mahmutaj, (2009). *Cash Forfeiture Following Acquittal: 'An Affront to Public Perception' or a Breach of a Fundamental Human Right?* Press: Criminal Law Review.
25. Rui JP de Figueiredo Jr.(2011). *The Civil Asset Forfeiture Approach to Organized Crime*: Euclid.
26. Stefan D. Cassella: (2013). *Asset Recovery: The American Experience that Appeared in Euclid*, The European: Criminal Law Associations.
27. **Articles**
28. Anthony, Kennedy, (2004). Justifying the Civil Recovery of Criminal Proceeds, *Journal of Financial Crime*.
29. F. Alagna, (2015). "Non-Conviction Based Confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity, *European Journal on Criminal Policy and Research*.
30. Sofia Milone, (2017). On the borders of criminal law. A Tentative Assessment of Italian "Non-Conviction based Extended Confiscation, *New Journal of European Criminal Law*, Vol^a The Author(s). Reprints and permissionssagepub.co.uk/journals Permissions.
31. Stefan, Cassella, (2008). The Case for Civil Forfeiture, Why in Rem

Proceedings are an Essential Tool for Recovering the Proceeds of Crime. ***Journal of Money Laundering Control***.

- Cases

32. Judgmental Procedure According to the Supreme Court in *F McK. v AF and JPMF* (2005). 2 IR 163
33. Judgmental Procedure *Imran Ahmed v HMCRC* (2013). EWHC 2241 (Admin) (49).
34. Judgmental Procedure (In *Serious Organised Crime Agency v Hymans* (2011) EWHC 3332 (QB).
35. Judgmental Procedure (*Murphy v M(G)* (2001). 4 IR 113, at Para 108.; *CAB v Kelly & Anor* (2012) IRSC 64 , para 32;
36. Judgmental Procedure, *Gilligan v CAB* (1998) 3 IR 185 , paras 78 – 101, confirmed by the Supreme Court on Appeal in *Murphy v M(G)* (2001). 4 IR 113 , paras 71–127.
37. Judgmental Procedure *McK v D* [2004] 2 ILRM 419 .
38. Judgmental procedure Per Williams J in *SOCA v Gale and Others* (2009) EWHC 1015 (QB) (17). This Approach was Confirmed in *SOCA v Coughlan* (2012). EWHC 429 (QB) (14).
39. Judgmental Procedure Per Williams J in *SOCA v Gale and Others* (2009) EWHC 1015 (QB) (17). This Approach was Confirmed in *SOCA v Coughlan* (2012). EWHC 429 (QB) (14).
40. Judgmental Procedure *the Director of ARA and Others v Green and Others* (2005) EWHC 3168 (Admin) (33).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 32

Autumn 2023

Article Type: Research Article

Pages: 97-129

Scope of Permission to Amend the Claim in the Patent Application: A Comparative Study in the United States, Britain and International Documents

Mohammad Javad Abdullahi¹ | Maryam Sharifi Renani^{2✉} | Reza Arabzadeh³

1. Assistant Professor of Islamic Azad University Khomeinishahr Branch, Isfahan, Iran

e_m_abdollahi@yahoo.com

2. Ph.D. Candidate in Private Law, University of Isfahan, Iran

maryamsharifi@yahoo.com

3. PhD Candidate in Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

arabzadeh@gmail.com

Abstract

Amendment of claim in application before issuance of the patent is considered accepted in most legal systems of the world. What is being challenged is allowance of the amendment of the claims in the application after the issuance of the patent. The Iranian legislature has limited the possibility of amendment before the issuance of the patent, and his silence regarding the possibility of amendment after the issuance of the patents indicates on impermissibility of them. American and British judicial proceedings insist on the permission of amendments even after the issuance of the patent. The European Patent Convention (EPC) is an important regional document that allows these amendments in terms of legal conditions despite the enumeration of the competitive risks of allowing amendments on the one hand and requirements of balance between rights of inventors and the standards of competition right and antitrust norms on the other hand. Our research is primarily library-based. The authors are trying to draw the legislator's attention to the benefits of the permission of the amendments even after issuance of the patent. And they are also trying to mention the rules governing the limitations of the amendments in the light of discussed jurisdictions.

Keywords: *Invention, Patent, Application, Amendment, Claim.*

Received: 2022/10/21 Received in revised form: 2023/02/20 Accepted: 2023/03/19 Published: 2023/09/30

DOI: 10.22034/LAW.2023.53613.3192

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



گستره جواز اصلاح ادعا در اظهارنامه ثبت اختراع؛ مطالعه تطبیقی در

حقوق ایالات متحده آمریکا، بریتانیا و اسناد بین‌المللی

محمدجواد عبداللهی^۱ | مریم شریفی رنانی^۲ | رضا عرب‌زاده^۳

e_m_abdollahi@yahoo.com

maryamsharifi@yahoo.com

arabzadeh@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد خمینی شهر، اصفهان، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان، ایران

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی تهران، ایران

چکیده

اصلاح ادعای مندرج در اظهارنامه ثبت اختراع قبل از صدور گواهی اختراع در اغلب نظام‌های حقوقی دنیا امری پذیرفته‌شده تلقی می‌شود. آنچه با چالش روبه‌رو است، تجویز اصلاح ادعای مندرج در اظهارنامه پس از صدور گواهی است. قانون‌گذار ایران امکان اصلاح را به زمان قبل از صدور گواهی محدود نموده است و سکوت وی در مورد امکان اصلاحات پس از صدور گواهی، ظاهراً دلالت بر عدم جواز آن دارد. رویه قضایی آمریکا و بریتانیا بر جواز اصلاحات حتی پس از صدور گواهی پافشاری دارد. کنوانسیون اروپایی اختراعات، سند منطقه‌ای مهمی است که اصلاحات پس از صدور را با لحاظ شرایط قانونی مجاز دانسته است. نگارندگان با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی در تلاش هستند علی‌رغم برشماری ریسک‌های رقابتی جواز اصلاحات از سویی، و لزوم ایجاد توازن بین حقوق مخترع و موازن حقوق رقابت و ضدتراستی از سوی دیگر، توجه قانون‌گذار را به مزایای جواز اصلاح ادعا پس از صدور گواهی جلب نموده، ضوابط حاکم بر محدودیت‌های اعمال اصلاحات را در پرتو قلمروهای قضایی مورد مطالعه، برشمارند.

واژگان کلیدی: اختراع، ادعا، اصلاح، اظهارنامه، گواهی حق اختراع.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۳۹ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۲/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۸ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

DOI: 10.22034/LAW.2023.53613.3192

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

مشکل اصلی اصلاحات که دامنه گواهی را به پیشرفت‌های پیش‌بینی نشده لاحق گسترش می‌دهد، در فرضی که ادعاها گسترش می‌یابند یا منجر به پوشش‌دهی محصولات جدید رقبا می‌شوند، به سهولت قابل درک است. این پدیده بیشترین انتقاد را در ادبیات گذشته به‌خصوص در ایالات متحده به خود جلب کرده است. حامیان تحدید جواز اصلاحات ادعا و حتی حامیان ممانعت از اصلاح، بدون انجام ارزیابی کلی از مطلوبیت اجتماعی اصلاحات، جهت بهبود کیفیت گواهی اختراع، تمرکز خود بر مزایای کیفیت ثبت اختراع را نشان داده‌اند.

در پاسخ به این سؤال اصولی که برای ایجاد انگیزه میان مخترعان، تا چه حد حمایت از گواهی اختراع مورد نیاز است، و اینکه آیا نظام ثبت اختراع سخت‌گیرانه که حمایت از مخترع را به حداقل می‌رساند نظام بهینه‌تری است یا نظام ثبتی سهل‌گیرانه که اجازه رقابت بیشتر و نوآوری‌های بعدی را فراهم می‌آورد؟ ادعا شده است که قطعاً سیستم ثبت اختراع مبتنی بر ملاحظات سودمندی اقتصادی است نه حقوق اخلاقی یا تمایل به پاداش دادن به مخترعان، و از آنجا که ثبت اختراع به‌منظور ارتقای نوآوری صورت می‌پذیرد، ثبت باید فقط در حدودی که برای تشویق چنین نوآوری‌هایی لازم است، اعطا گردد.

یکی از انگیزه‌های مهم برای دارندگان حق اختراع جهت اصلاح ادعا، ترکیب یا گنجانیدن اطلاعاتی است که بعدها کشف می‌شوند. دقیقاً به این دلیل که ادعاهای اصلی منعکس‌کننده ارزیابی صادقانه اختراع از آنچه اختراع شده هستند. این ادعاهای اصلی اغلب برای دارندگان مضر محسوب می‌شوند؛ چراکه ممکن است شرایط و اوضاع احوال جدید مفروضات قبلی را به چالش بکشد؛ چیزی که دارنده ارزشمند تلقی می‌کرده، بی‌ارزش و آنچه بی‌ارزش می‌پنداشته است، بسیار ارزشمند باشد. پرونده *کراون کرک علیه فردیناند گاتمن*^۱، مثال خوبی برای تشریح این موضوع است که در بخش‌های بعدی به تفصیل به آن خواهیم پرداخت.

1. Crown Cork & Seal Co. v. Ferdinand Gutmann Co. 304 U.S. 159 (1938).

متقاضیان ثبت اختراع اغلب در هنگام تقدیم اظهارنامه نمی‌دانند چیز باارزشی اختراع کرده‌اند یا خیر، قرارگیری آن‌ها در «موقعیت انتظار»^۲، در پالایش ادعاها برای مطابقت با تحولات بازار به مخترعان کمک می‌کند تا منابع را بر ارزشمندترین ادعاها متمرکز سازند. دادگاهی که در مواجهه با دارندگان گواهی اختراع، رویکردی دلسوزانه و مشفقانه دارد، غفلت یا فروگذاری مخترع از ذکر ویژگی‌ای به عنوان ادعای اصلی را رویه‌ای معمول در روند تنظیم اظهارنامه می‌داند و به رقبایی که با اتکا به غفلت مخترع سعی در بهره‌مندی از مزایای ناشی از نبوغ مخترع دارند، نگاهی به‌مثابه دزدان دریایی گستاخی دارد که مستحق دلسوزی نیستند.

۱. اصلاحات قبل از صدور گواهی حق اختراع

به‌موجب بند «الف» ماده ۸ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶، متقاضی می‌تواند تا زمانی که اظهارنامه وی مورد موافقت قرار نگرفته است اظهارنامه خود را اصلاح کند، مشروط بر آنکه از حدود اظهارنامه نخست تجاوز نکند. همان‌طور که ملاحظه شد، تصریح قانون‌گذار به جواز اصلاح اظهارنامه، منحصر به قبل از صدور گواهی بوده است و به‌نظر می‌رسد سکوت وی در مورد اصلاح اظهارنامه پس از صدور گواهی، دلالت بر عدم تجویز آن دارد.

در ایالات متحده آمریکا نیز رویکرد پذیرش اصلاحات ادعا، حداقل برای اصلاحاتی که قبل از صدور گواهی^۳ اختراع یا کاهنده حقوق انحصاری مخترع است، از دیرباز به‌عنوان بخش مطلوبی از سیستم ثبت اختراع ایالات متحده فرض شده است.^۴

به‌موجب مقررات کنوانسیون اروپایی اختراعات^۵ نیز متقاضیان می‌توانند اظهارنامه اولیه

2. Wait-and-See Position

3. Preissuance Amendment

4. Aqua Prods., Inc. v. Matal, 872 F.3d 1290 (Fed. Cir. 2017) حداقل برای اصلاحاتی که قبل از صدور

۵. کنوانسیون اروپایی اختراعات در سال ۱۹۷۳ در مونیخ امضا شد و از ۱ ژوئن ۱۹۷۸ به‌اجرا درآمد. در ۱۷ دسامبر ۲۰۰۷، کنوانسیون اروپایی اختراعات ۲۰۰۰ (ک.ا. ۲۰۰۰) جایگزین نسخه اولیه (ک.ا. ۱۹۷۳) شد. به‌غیر از مواردی که مقررات انتقالی به ک.ا. ۱۹۷۳ ارجاع نموده است، مفاد ک.ا. ۲۰۰۰ اعمال می‌شود. ک.ا. ۱۹۷۳ بر اساس قانون اختراعات کشورهای مختلف عضو موجود در آن زمان، شکل گرفت. ک.ا. یک معاهده بین دولتی است که از اتحادیه اروپا متمایز است. به این ترتیب، عضویت در این معاهده فراتر از اعضای اتحادیه اروپا است. تا سال ۲۰۱۷ این کنوانسیون ۳۸ عضو داشت. این کنوانسیون در وهله اول به‌دنبال

خود را در طول فرایند اعطای گواهی اختراع تغییر دهند یا اصلاح نمایند. قبل از اعطای گواهی، متقاضیان می‌توانند در صورتی که بررسی نشان دهد شرایط شکلی و ماهوی رعایت نشده است، اظهارنامه خود را اصلاح کنند. به موجب بند ۱ ماده ۱۲۳ این کنوانسیون، متقاضی اختیار دارد تا پیش از دریافت گواهی اختراع، نسبت به اصلاح ادعا اقدام نماید. بند ۱ ماده ۱۹ معاهده همکاری اختراعات نیز حق اصلاح اظهارنامه از سوی متقاضی را در این مرحله پیش‌بینی نموده است.

همچنین بند ۳ ماده ۱۸ قانون اختراعات بریتانیا نیز مقررۀ مشابهی دارد. در این بند پیش‌بینی شده است چنانچه اظهارنامه از منظر ارزیاب دارای نواقصی باشد، متقاضی در دورۀ مشخصی می‌تواند نسبت به اصلاح آن اقدام نماید. علاوه بر این، وفق تجویز ماده ۱۹ همین قانون، متقاضیان اختیار کلی برای اصلاح اظهارنامه خود را در هر زمان قبل از اعطای گواهی اختراع دارند. اختیار اصلاح در طول رسیدگی به اظهارنامه مبتنی بر این باور است که غیرمنطقی است توقع داشته باشیم متقاضیان در زمان تشکیل پرونده به‌طور کامل از وضعیت قبلی فن مربوطه آگاهی داشته باشند. این امر به‌ویژه با توجه به این است که نظام اختراعات، جستجو و بررسی را در مرحلۀ بعدی انجام می‌دهد.

۲. اصلاحات بعد از صدور گواهی حق اختراع

براساس ماده ۱۰۵ الف کنوانسیون اروپایی اختراعات ۲۰۰۰، پس از اعطای گواهی اختراع نیز دارندۀ می‌تواند گواهی اختراع خود را اصلاح کند. مواد ۷۲ و ۷۵ قانون اختراعات ۱۹۷۷ بریتانیا نیز تحت شرایطی اصلاح پس از صدور گواهی اختراع را به رسمیت شناخته است. علاوه بر این، کنترل‌کننده قادر است رسیدگی را که ممکن است منجر به چنین اصلاحاتی شود، آغاز کند.^۶ بر اساس کنوانسیون اروپایی اختراعات ۱۹۷۳، اصلاحات پس از اعطای

اعطای گواهی اختراع اروپایی بود. این امر با تأسیس AIA در مونیخ که به‌عنوان یک سیستم متمرکز برای اعطای گواهی اختراع اروپایی عمل می‌کند، تسهیل شد. آن‌گونه که هیئت معظم تجدیدنظر اظهار داشت: «AIA یک سازمان بین‌المللی و بین‌الدولی است که از یک نظم دولتی جدید الگو گرفته و بر اساس اصل تفکیک قوا بنا شده است که کشورهای متعاقد برخی از اختیارات ملی خود را در زمینه اختراعات به این سازمان واگذار کرده‌اند».

6. PA 1977, s. 73.

گواهی اختراع تنها در جریان رسیدگی به اعتراض رخ می‌داد^۷ و در غیر این صورت، اصلاحات بعد از صدور، منوط به تجویز آن در حقوق ملی بود. لازم به ذکر است اصلاحات در جریان دعوای اعتراض، تنها در صورتی مورد قبول قرار خواهد گرفت که مناسب و ضروری باشد؛ به این معنی که اعتراض صورت گرفته، اعمال اصلاحات را ضروری جلوه دهد.^۸ ماده ۱۳۸(۳) کنوانسیون اروپایی اختراعات (ک.ا.)^۹ ۲۰۰۰، حق اصلاح گواهی اختراع را در جریان رسیدگی‌های ملی به اعتبار اختراع، برای دارندگان گواهی اختراع اروپایی در نظر گرفته است. این امر عواقبی را در مورد نحوه اعمال اختیارات قضایی برای تجویز اصلاحات به همراه دارد. طبق رویه‌های بریتانیا و اداره ثبت اختراعات اروپایی (ا.ا.)^{۱۰}، تقاضای اعمال اصلاحات آگهی می‌شود تا هر شخصی بتواند ظرف دو ماه اعتراض خود را اعلام کند. در صورت اعطای گواهی اختراع، فرض می‌شود که اصلاحات از تاریخ اعطای گواهی واجد اثر خواهد بود. به دنبال تغییرات سال ۲۰۰۴، دارنده اختراع می‌تواند گواهی اختراع خود را در هر دادرسی که ممکن است اعتبار گواهی اختراع موضوع دعوا باشد، اصلاح کند.^{۱۱} این امر بر خلأ تقنینی (قدیمی) فائق آمد؛ توضیح آنکه قانون قبلی فاقد هرگونه مقرره‌ای در خصوص شرایط رسیدگی به دعوایی بود که تنها شامل ادعای نقض و درخواست اصلاحات بود، بدون آنکه اعتبار گواهی اختراع متنازع‌فیه باشد.

نکته شایان ذکر آنکه، ادعای وابسته مستقیماً تابع ادعای اصلاح‌شده مستقل خواهد بود.^{۱۲} بنابراین با اعمال اصلاحات بر روی ادعای مستقل، ادعای وابسته نیز دستخوش تغییر خواهد شد.^{۱۳}

۷ برای نمونه، نک:

Advanced Semiconductor Products/Limited Feature, G 1/93 (1994) OJ EPO 169. Minnesota Mining and Manufacturing Company, G 1/99 (2001) OJ EPO 381 (EBA). Lubrizol Corporation, T 525/99 (2003) OJ EPO 452, 457-8

۸ برای نمونه، نک: Mobil/Admissibility, T 550/88 (1992) OJ EPO 117, (1990) EPOR 391, 397

9. Convention for the European Patents

10. European Patent Office

11. PA 1977, s. 75(1) (Amended by Patents Act 2004, Sch. 2, Para. 19).

12. Louis M. Troilo "Dependent Claim Immediately Follow the Independent Claim...", (2017), p. 4.

13. Louis M. Troilo, Dependent Claims, National Patent Drafting Course, Chiang Mai, Thailand October 2 to 6, 2017. WIPO World Intellectual Property Organization. p. 4.

۳. حقوق امریکا

اگرچه در سال ۲۰۱۱ قانون اختراع امریکا^{۱۴} رویه‌های سخت‌گیرانه جدیدی جهت بررسی مجدد و لغو گواهی‌های صادرشده برای آن دسته از اختراعاتی که فاقد معیارهای قانونی لازم بودند ایجاد کرد و متعاقب آن اداره ثبت اختراع امریکا، اصلاح پس از صدور^{۱۵} گواهی در این دادرسی‌ها را با دشواری‌هایی مواجه نمود، اما به هر حال، همراه با نگرانی قانون‌گذاران، قضات و نیز ادارات ثبت اختراع از کیفیت گواهی‌های حاوی ادعاهای بیش‌ازحد گسترده یا مبهم، و جستجوی اهرمی برای تشویق دارندگان گواهی جهت ارائه مسئولانه‌تری از ادعاهای خود، رویکرد تجویز اصلاحات پس از صدور گواهی نیز در ایالات متحده بیش از پیش تقویت شد.^{۱۶} تغییر ادعاها پس از صدور گواهی، تا حدودی از نظر رویه‌ای پیچیده‌تر می‌شود. زبان رسمی ادعاهای قبول‌شده تنها با صدور مجدد گواهی یا بررسی مجدد قابل تغییر است که هر دو دارای شرایط پیچیده‌ای هستند، اما گفته شده است همه مزایای عملی اصلاح پیش از صدور را می‌توان بدون هیچ‌یک از جنبه‌های منفی، مانند مخدوش کردن حقوق اشخاص ثالث تضمین کرد. صدور مجدد گواهی به دارنده اجازه می‌دهد تا در صورت وجود اشتباه یا نقص در ادعا به اداره ثبت اختراع رجوع کرده، ادعاها را اصلاح نماید.^{۱۷} دارنده‌ای که حق اختراع خود را با ادعای میزی چهارپایه به‌دست آورده، ممکن است به عقب برگشته، به‌دنبال ثبت اختراع میزی با حداقل ۳ پایه باشد. در ایالات متحده امریکا نیاز به اثبات تایی بودن اشتباه یا اینکه واژه چهارپایه ناخودآگاه در ادعای نامده آمده است، وجود ندارد^{۱۸}؛ حتی دارنده ملزم نیست توضیح دهد که نقص یا اشتباهی در کار بوده است.^{۱۹}

موارد قابل اصلاح، سخاوتمندانه تفسیر می‌شوند و تنها چیزی که قابل اصلاح نیست،

14. America Invents Act of 2011 ("AIA")

15. Postissuance Amendment.

16. Greg R. Amending Patent Claims, Harvard Journal of Law & Technology. No. 1, (2018), pp 1-69.

17. 35 U.S.C. § 251 (2006).

18. *In re Hounsfield*, 699 F.2d 1320 (Fed. Cir. 1983)

19. *Shockley v. Arcan, Inc.*, 248 F.3d 1349, 1358 (Fed. Cir. 2001)

انکار عمدی ادعای قبلی است؛ یعنی اداره ثبت اختراع به طور خاص بپرسد آیا شما یک میز با سه پایه اختراع کرده‌اید؟ و دارنده خواه به طور صریح یا به طور ضمنی اما واضح^{۲۰}، پاسخ منفی بدهد و سپس طی اصلاح، سعی در ادعای ساخت میزی با سه پایه داشته باشد^{۲۱}.

اگرچه اداره ثبت اختراع امریکا حجم نسبتاً نامحدودی از اصلاحات ادعاها را تجویز نموده است، لکن این بدان معنا نیست که دارنده گواهی اختراع، حق دارد هرگونه تغییری در اظهارنامه ایجاد کند. گستره اصلاح ادعا تاجایی است که افشای قبلی صورت پذیرفته از سوی مخترع، این اجازه را به وی بدهد^{۲۲}. افزون بر این، رعایت تمامی الزامات مربوط به قابلیت ثبت ادعاها در مرحله اصلاحات نیز ضروری است. درنهایت با توجه به ابهامات قانونی راجع به جواز اصلاحات پس از ثبت و نیز عدم قطعیت در مورد مطلوبیت اجتماعی و سودمندی اقتصادی آن، در امریکا اتخاذ هر رویکردی از سوی اداره ثبت اختراع، مستدل و معقول، و البته مستحق تمکین فرض شده است. به طور کلی اداره ثبت اختراع «می‌تواند» اصلاحات پس از طرح دعوی بی‌اعتباری اختراع را محدودتر از اصلاحات قبل از ثبت تجویز کند، اما در عین حال، تکلیفی به اعمال این محدودیت ندارد^{۲۳}.

۴. شرایط پذیرش اصلاح ادعا

به منظور اطمینان از انطباق هرگونه اصلاحات با اهداف اصلی نظام ثبت اختراعات^{۲۴}، محدودیت‌هایی در خصوص اختیار دارنده اختراع برای اصلاح تقاضانامه/گواهی اختراع پیش‌بینی شده است. گواهی اختراع اصلاح شده باید با الزاماتی که در خصوص همه اختراعات لازم‌الرعايه است انطباق داشته باشد. این موارد شامل الزامات موضوع، جدید بودن، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی است. ادعاهای اصلاح شده نیز باید واضح و مختصر باشد، با

20. Either Expressly or by Clear Implication

21. Mentor Corp. v. Coloplast, Inc., 998 F.2d 992, 995 (Fed. Cir. 1993)

22. Gentry Gallery, Inc. v. Berkline Corp., 134 F.3d 1473 (1998)

23. "The Patent Office *Could* Restrict Claim Amendments in Post-Issuance Invalidity Proceedings. But that Does not Necessarily Mean that the Patent Office *Should*."

24. Krasser R. Possibilities of Amendment of Patent Claims during the Examination Procedure (1992) 23 IIC 467, 471; Gunzel, Staking Your Claim: Claiming Options and Disclosure Requirements in European Patent Practice (1990), 29; A. Bubb, 'Implied Added Subject Matter: A Practitioner's View of History' (1991) CIPAJ 444.

توصیف پشتیبانی شود^{۲۵} و مربوط به یک اختراع یا گروهی از اختراعات باشد که به هم پیوند خورده و یک مفهوم اختراعی واحد را تشکیل می‌دهند. شرایط و مقررات دیگری نیز وجود دارد که اختیار دارنده در اصلاح اظهارنامه یا گواهی اختراع را محدود می‌کند که در ادامه به بررسی آنها می‌پردازیم.

۴.۱. لزوم حسن نیت متقاضی

در امریکا به موجب قانون، ادعای اصلی باید منعکس‌کننده آن چیزی باشد که مخترع، آن را اختراع خود تلقی می‌کند^{۲۶}. با این حال، این امکان وجود دارد که مخترع نظر خود را نسبت به اختراعی تغییر دهد. مخترعی که در ابتدا ادعای خود را به اختراع میزهایی با چهار پایه محصور نموده است، ممکن است تصمیم بگیرد همه میزها را صرف نظر از تعداد پایه‌ها، به عنوان اختراع خود تعیین کند. در ایالات متحده امریکا، در دوره بین تشکیل پرونده و صدور گواهی که حدوداً ۳۲ ماه به طول می‌انجامد^{۲۷}، آزادی وسیعی جهت اصلاح ادعا بدون نیاز به توضیح برای مخترع وجود دارد.

هیچ محدودیت قانونی برای تعداد ادعاهای اصلی و اصلاحات قابل طرح وجود ندارد^{۲۸}. چنانچه شواهد حاکی از آن باشد که مخترع آشکارا در ادعاهای خود صادق نیست و ادعای جدید خود را جزء اختراع خود در ذهن تلقی نمی‌کند، ادعاهای جدید وی باطل است. با این حال، قاضی در پرونده *الن علیه بارتن / ایندستریال*^{۲۹} اظهار داشت: دکتین ادعای غیرصادقانه^{۳۰} به دلیل سنگینی بار اثبات آن، عملاً به ندرت مورد استفاده قرار می‌گیرد.

انگیزه برای ثبت ادعاها، بیشتر از این واقعیت ناشی می‌شود که هر ادعایی اجازه می‌دهد

۲۵. در ایران در قانون ۱۳۱۰، توصیف از ادعا به نحو روشن و شفاف تفکیک نشده بود، اما در قانون ۱۳۸۶ این دو مقوله کاملاً از

یکدیگر تفکیک شده‌اند (سید حسن میرحسینی، *حقوق اختراعات*، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۱۶۲).

26. 35 U.S.C. § 112 (2006). The Specification Shall Conclude with one or More Claims Particularly Pointing out and Distinctly Claiming the Subject Matter Which the Inventor or a Joint Inventor "Regards as the Invention".

27. U.S. Patent & Trademark Office, Performance and Accountability Report Fiscal Year 2008, at 16 (2008).

28. Martin J. Adelman et al., Cases and Materials on Patent Law 533 (2d ed. 2009).

29. Allen Engineering Corp. v. Bartell Industries (2002).

30. Doctrine of "Dishonest Claiming"

تا اختراع با روشی تاحدی متفاوت توصیف شود. بنابراین، داشتن ادعاهای متعدد امکان بناکردن حصارهای همپوشان برای اختراع و توسل به آنها را برای مخترع فراهم می‌کند.^{۳۱}

همان‌طور که دیوان عالی ایالات متحده در پروندهٔ *مریل علیه یومانس*^{۳۲} اظهار داشت: «هیچ چیز نمی‌تواند هم برای مخترع و هم برای عموم، عادلانه‌تر و منصفانه‌تر از این باشد که مخترع تنها آنچه را که اختراع کرده است درک و به‌درستی توصیف نماید».

از طرفی گفته شده است که اصلاحیه در این فرض لزوماً به معنای گسترش دامنهٔ ادعا نیست، بلکه ممکن است روشن‌کننده یا تغییردهنده ادعا باشد و اختراع را با وضوح بیشتری مشخص کند تا از دانش سابق و وضعیت فن موجود متمایز گردد یا ردیابی بهتری برای افشای مشخصات ارائه دهد.^{۳۳} همان‌طور که قاضی در پروندهٔ *کوردیس علیه مدترونیک*^{۳۴} اظهار داشت: «دریافت اینکه ادعای اضافه‌شده که برای پوشش‌دهی محصول رقیب «افزوده» شده است، لزوماً به معنای گسترش دامنهٔ تحت حمایت گواهی نیست».^{۳۵}

در اروپا، دادگاه‌های کشورهای عضو کنوانسیون اروپایی اختراعات معمولاً تمایل دارند در مواردی که دارنده کوتاهی کرده است، صلاحدید خود را برای ردّ اصلاحات به‌کار برند. همان‌طور که قاضی جاکوب در بریتانیا خاطرنشان کرد: «هیچ ادارهٔ ثبت اختراعاتی با این قصد که مردم بتوانند عمداً انحصارات دروغین به عموم تحمیل کنند، شکل نگرفته است».^{۳۶} در دو حالت، صلاحدید علیه دارنده اختراع اعمال می‌شود: نخستین حالت در شرایطی است که یک صاحب اختراع با آگاهی و تعدد ادعاهایی را مطرح نموده باشد که از آنچه خلق شده است وسیع‌تر باشد.^{۳۷} حالت دوم هنگامی است که دارندهٔ اختراع علی‌رغم آگاهی از مشکوک

31. Tun-Jen C. Fixing Patent Boundaries, 108 MICHIGAN. LAW. REV. 523 (2010), 575.

32. *Merrill v. Yeomans*, 94 U.S. 568 (1877).

33. *Slimfold Mfg. Co. v. Kinkead Indus.*, 810 F.2d 1113, 1116–17 (Fed. Cir. 1987)

34. *Cordis Corp. v. Medtronic AVE, Inc.*, 511 F.3d 1157, 1185 (Fed. Cir. 2008)

35. “Finding that Claim Added to Cover Competitor’s Product Does not Broaden the Scope of Coverage.”

36. *Richardson-Vicks Patent Inc. v. Upjohn Company* (1995). See also *Hallen v. Brabantia* (1990) FSR 134, 149; *Kimberly-Clark Worldwide v. Procter & Gamble Ltd & Anor* (2000) RPC 422 (CA), 435.

37. *Imperial Chemical Industries (ICI) (Whyte’s) Patent* (1978) RPC 11.

In *Richardson-Vicks Patent Inc. v. Upjohn Company* (1995) RPC 561, 568, Jacob J Observed That There was Little EPO Jurisprudence as Regards Post-Grant Amendment in Opposition Proceedings. Nonetheless, He Assumed That if it Were to be Shown That an Applicant had

بودن اعتبار گواهی اختراع، در راستای اعمال اصلاحات تعلل نموده باشد^{۳۸}. در دعوای ریچاردسون ویکس پتنت علیه شرکت آپجان^{۳۹}، قاضی رسیدگی کننده در باب اصلاحات پس از اعطای گواهی اختراع و در جریان رسیدگی به دعوای اعتراض بیان داشت، اگر ثابت شود متقاضی عمداً به دنبال ثبت یک اختراع گسترده و بدون توجیه است، ا.ا.ا مکلف است از ثبت اختراع وی خودداری نموده، حتی صلاحیت ا.ا.ا را برای اصلاح چنین اختراعاتی به رسمیت شمرد^{۴۰}.

در دعوای رالیقی سابلکل علیه میلر^{۴۱}، مجلس اعیان تأکید کرد که چنانچه دارنده گواهی اختراع تردید دارد که گستره گواهی اختراع، بیش از حد واقعی ترسیم شده است، باید به سرعت به اصلاح آن اهتمام ورزد. اگر این کار را نکند، تقاضای اصلاح رد خواهد شد. لرد نورماند بیان نمود «پافشاری بر اعتبار ادعای اختراعی نامعتبر، باعث ورود خدشه به مصالح عمومی می‌شود». در این شرایط، دارندگان اختراع بایستی یا طرح دعوای نموده یا به اصلاحات متوسل شوند.

با این حال، اگر آنها تصمیم به طرح دعوای بگیرند، بعدها مجاز به اعمال اصلاحات نیستند. البته در مواردی دادگاه‌های بریتانیا تأخیر دارنده را چنانچه فعالیت او خارج از مرزهای بریتانیا باشد، توجیه‌پذیر دانسته‌اند. این نظر در دعوای شرکت بریستول مایر علیه مانون فررز^{۴۲} مورد استناد قرار گرفت.

Deliberately Sought to Patent an Unjustifiably Wide Claim, the EPO Would Refuse Leave to Amend. Beyond this, However, Jacob J Predicted That the EPO Might Allow a Patent to be Amended. Consequently, Jacob J held That, for Purposes of Consistency, Nothing Short of Really Blameworthy Conduct by a Patentee Should act as bar to Amendment in the United Kingdom. See also *Kimberly-Clark Worldwide v. Procter & Gamble* (No. 2) (2001) FSR 339, 342-3.

38. *Smith Kline French (SKF) v. Evans Medical* (1989) FSR 561, 577.

39. *Richardson-Vicks Patent Inc. v. Upjohn Company* (1995) RPC 561, 568.

۴۰. در این خصوص، نک:

Kimberly-Clark Worldwide v. Procter & Gamble (No. 2) (2001) FSR 339, 342-3.

41. *Raleigh Cycle Company Ltd and Another v. H. Miller and Company Ltd* (1948)

42. *Bristol Myers Company v. Manon Freres* (1973) RPC 836, 857;

۲.۴. عدم گسترش موضوع اختراع

ادعای مندرج در اظهارنامه نباید به گونه‌ای اصلاح شود که موجب گسترش دامنه موضوع تقاضانامه‌ای گردد که در ابتدا ثبت شده است.^{۴۳} عدم رعایت این الزامات، اختراع را در معرض ابطال قرار می‌دهد.^{۴۴} متقاضیان مقید به محدوده توصیفات اختراعی هستند که در اظهارنامه درج شده است.^{۴۵} این محدودیت تضمین می‌کند صاحب اختراع مجاز به گسترش موضوع اختراع نیست و نمی‌تواند مدعی نوآوری‌ای باشد که پس از تاریخ تقدیم ایجاد شده است.^{۴۶}

هیئت فنی تجدیدنظر کنوانسیون اروپایی اختراعات اظهار داشت: این محدودیت تضمین می‌کند متقاضیان نتوانند موقعیت خود را با افزودن موضوعاتی که در اظهارنامه ثبت ولی افشا نشده است بهبود بخشند؛ چراکه این امر «مزیتی ناموجه و احتمالاً مضر برای امنیت قانونی اشخاص ثالث با تکیه بر محتویات اظهارنامه ثبت‌شده ایجاد می‌کند».

همچنین هیئت فنی تجدیدنظر بیان داشت، اختراع صرفاً در محدوده آنچه شخص ماهر با استفاده از دانش عمومی معمول به‌طور مستقیم و بدون ابهام برداشت می‌نماید و به صورت عینی و با توجه به کل اسناد موجود در تاریخ مشاهده می‌شود، قابل اصلاح است.^{۴۷}

درحالی که دارنده اختراع مجاز است اختراع مشابه را به شیوه‌ای متفاوت ادعا کند، اما نمی‌تواند اظهارنامه خود را طوری اصلاح نماید که از یک مفهوم ابتکاری که در اظهارنامه اصلی افشا نشده است حمایت کند.^{۴۸} هدف از محدودیت‌های مربوط به اعمال اصلاحات،

43. PA 1977, s. 76(2); EPC 2000, Art. 123(2) (ex EPC 1973, 123(2)); EPO Guidelines, H-IV; CPC, Art. 57(1).

44. B & R Relay's Application (1985) RPC 1. PA 1977, s. 72(1)(d)

۴۵. ادعاها مبنای تفسیر حمایت از اختراع ثبت‌شده هستند. ادعا نباید وسیع‌تر یا متفاوت از آنچه در توصیف آمده است باشد. ادعاها مرکز و قلب هر ورقه اختراعی محسوب می‌شوند، زیرا حمایت موردنظر از اعطای ورقه اختراع را بیان می‌دارد (مریم شیخی، *راهنمای قانونگذاری در حقوق مالکیت صنعتی*، (تهران: انتشارات خرسندی، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۵۹).

46. AC Edwards v. Acme Signs & Displays Ltd. (1992) RPC 131, 147 (CA).

47. G 2/10 Disclaimer (2012) OJ EPO 476 Citing G 3/89 Disclaimer (1993) OJ EPO 117 and G 11/91 Glu-Gln (1993) OJ EPO 125. See Also Abbott Laboratories Limited v. Medinol Limited (2010) EWHC 2865 (Pat), [251]–[253]; Brigade (BBS-TEK) v. Amber Valley (2013) EWPCC 16, [74]–[89].

48. Southco Inc. and Another v. Dzus Fastener Europe Ltd. (1990).

منع دارندگان اختراع از درج اطلاعات پس از ثبت به گونه‌ای است که آنها را قادر می‌سازد از ادعاهای خود پشتیبانی کنند.^{۴۹} آن گونه که قاضی آلدوس بیان داشت، این به آن معناست که اگر یک ویژگی از ادعایی که توصیفات آن واضح است حذف شود، یا اگر یک ویژگی افزوده شود که در اظهارنامه ثبت شده افشا نشده باشد، اصلاحیه واجد افزودن موضوع است.^{۵۰} افزودن اطلاعاتی مجاز است که ادعاها را توضیح دهد، نه اینکه دامنه آن را گسترده سازد. در چنین شرایطی است که اصلاحات «به هیچ کس آسیب نرسانده، به عموم مردم کمک می‌کند»^{۵۱}.

مسئله اساسی اینست که آیا اختراع اصلاح شده حاوی موارد اضافی (فنی) است که در اظهارنامه اصلی افشا نشده است یا خیر؟^{۵۲} اساساً این امر مستلزم آن است که دادگاه اظهارنامه ثبت شده اولیه (شامل توصیفات، هرگونه ادعا، یا نقشه)^{۵۳}، و نه چکیده^{۵۴} یا اسناد مربوط به حق تقدم را با اظهارنامه اصلاح شده مقایسه نموده تا مشخص شود که آیا اظهارنامه اصلاحی حاوی موارد اضافی است یا خیر.^{۵۵} سؤال اساسی در اینجا این است که «آیا شخص با مشاهده توصیفات اصلاح شده، چیزی در مورد اختراع می‌آموزد که نمی‌تواند از اظهارنامه ثبت شده اولیه یاد بگیرد یا خیر»^{۵۶}؟ در یکی از پرونده‌های مطروحه چنین بیان شده که «موضوع» هم شامل ویژگی‌های ساختاری و هم شامل مفاهیم ابتکاری است.^{۵۷}

49. Vector Corporation v. Glatt Air Techniques Ltd. (2007) EWCA Civ 805 (2007) All ER (D) 297, (3).

50. Texas Iron Works Patent (2000) RPC 207, 246–7 (CA).

51. Vector Corporation v. Glatt Air Techniques Ltd. (2007) EWCA Civ 805, (3).

۵۲. بدیهی است وظیفه اصلی این مقررره جلوگیری از اضافه شدن موضوع جدید به تقاضانامه است، در مقابل، فرمول‌بندی مجدد همان موضوع مجاز است. برای اطلاعات بیشتر، نک:

Xerox/Amendments, T 133/85 (1988) OJ EPO 441, 449. See also Milliken Denmark AS v. Walk Off Mats (1996) FSR 292.

53. Amp/Connector, T 66/85 (1989) OJ EPO 167; cf. Sulzer/Hot Gas Cooler, T 170/87 (1989) OJ EPO 441.

54. Bull/Identification System, T 246/86 (1989) OJ EPO 199; Abbott Laboratories Ltd. v. Medinol Ltd. (2010) EWHC 2865 (Pat). : Siegfried Demel v. Jefferson (1999) FSR 204, 214.

55. Bonzel (T.) and Anr v. Intervention Limited and Anr (No. 3) (1991) RPC 553, 574; Mölnlycke AB and Anothers v. Procter & Gamble Limited and Anothers (No. 5) (1994) RPC 49 (CA).

56. Sudarshan Chemical Industries Ltd. v. Clariant Produkte (Deutschland) (2013) EWCA Civ 919, (62).

57. Southco Inc. and Another v. Dzus Fastener Europe Ltd. (1990) RPC 587, 616. AC Edwards v. Acme Signs & Displays Ltd. (1992) RPC 131, 144. For a More Sympathetic Reading, See Sara

همان‌طور که در ۱.۱.۱ ذکر شد، مسائلی که در اینجا مطرح می‌شود از نظر مفهومی مشابه مواردی است که در خصوص ضرورت تازگی به‌وجود می‌آید. در هر دو مورد، مسئله این است که آیا چیزی «جدید» اضافه شده است یا خیر. اختراع باید نو و بدیع باشد و در صورت اصلاح، اظهارنامه اصلاح‌شده نباید حاوی نکته جدیدی باشد.^{۵۸} این امر با الزامی که ادعا را با توصیف بیشتر حمایت می‌کند متفاوت است، زیرا پشتیبانی ممکن است گسترش را در جایی که تازگی ندارد توجیه کند.^{۵۹} طبق این رویکرد، معیار این است که آیا یک شخص ماهر^{۶۰} می‌تواند هرگونه اطلاعاتی را در اختراع اصلاح‌شده که قبلاً در اظهارنامه ثبت نشده بود، وارد کند.^{۶۱}

برخلاف موقعیت پس از اعطا، هیچ دلیلی برای اعتراض به گسترش ادعاها قبل از اعطا وجود ندارد.^{۶۲} دلیل آن اینست که گسترش یا محدود نمودن انحصار ادعایی به‌موجب اصلاحات، اهمیتی ندارد. تنها محدودیت کلی که دارندگان اختراع را از تغییر ادعایشان باز می‌دارد، این است که به‌گونه‌ای باشد که ادعای اختراع مربوطه از آنچه در اظهارنامه افشا شده است متفاوت باشد.^{۶۳} اگر اظهارنامه ثبت‌شده، درج ژن‌های سرطانی در موش‌ها را توصیف نموده و مبین کاربرد بالقوه اختراع در سایر پستانداران باشد، دلیلی وجود ندارد که

Lee Household & Body Care Ltd. v. Johnson Wax Ltd. (2001) FSR 261, Following Metal-Fren/Friction Pad Assembly, T 582/91 (1995) EPOR 574.
58. EPO Guidelines, H-IV, (2.1), (4.2), (4.4.3); Shell/Lead alloys, T 201/83 (1984) OJ EPO 401; General Motors/Electrodes, T 194/84 (1990) OJ EPO 59, 65.

۵۹. در این باره، نک:

Xerox/Amendments, T 133/85 (1988) OJ EPO 441, 450.

در بریتانیا دادگاه‌ها به آزمایش جدید استفاده‌شده در ۱.۱.۱ به‌عنوان یک راهکار مفید یاد کردند که البته بایستی با احتیاط مورد استفاده قرار گیرد. در این خصوص، نک:

AC Edwards v. Acme Signs & Displays Ltd. (1992) RPC 131, 644.

۶۰. منظور از شخص ماهر شخص موجود از پیش تعیین‌شده‌ای نیست، بلکه تکنیسینی فرضی در موضوع و معیاری انتزاعی که به‌وسیله او خلاقیت افشا شده در اسناد اختراع سنجیده می‌شود و دارای اطلاعات مخصوص در مورد رشته‌ای است که اختراع مربوط به آن است و چنین شخصی بر حسب رشته و اطلاعات مربوط تفاوت خواهد کرد و داشتن مدارج دانشگاهی شرط و معیار برای انتخاب چنین شخصی نمی‌باشد (جمال صالحی ذهابی، حق/اختراع، نگرشی تطبیقی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۸۸)، ص ۱۴۶).

61. British Biotech/Heterocyclic Compounds, T 684/96 (2000) EPOR 190, 197; Advanced Semi-Conductor Products, G 1/93 (1994) OJ EPO 541.

62. Spring Foam v. Playhut (2000) RPC 327, 337-8.

63. Southco Inc. and Another v. Dzus Fastener Europe Ltd. (1990) RPC 587, 615.

این ادعا نباید گریه‌ها، سگ‌ها یا به‌طور کلی پستانداران را تحت پوشش قرار دهد.^{۶۴} تا زمانی که موضوع جدیدی ارائه نشده باشد، گسترش ادعاها مشروع است. با این حال، اگر توصیفات ارائه‌شده فقط به موش‌ها اشاره کند، این‌گونه گسترش ادعاها موجب افزایش موضوع و بنابراین نامعتبر است.^{۶۵}

یک توضیح ساده از نحوه تعیین اینکه موارد اضافی ارائه‌شده از سوی دادگاه در موضوع اظهارنامه وارد^{۶۶} مطرح شد که مربوط به تقاضای اختراع برای دستگاه بسته‌بندی گلدان گل است. مشخصات ثبت‌شده به بسته‌بندی تعدادی از کالاها که درون یکدیگر جاگذاری شده است، اشاره می‌کند؛ همچنین به گلدان‌های تودرتو یا ظروف این‌چنینی اشاره دارد. ارزیاب به اصلاحات بعدی اعتراض داشت که با افزایش محتوای اظهارنامه، به مخازن گلدان گیاهی نیز ارجاع می‌داد. آقای بریجز^{۶۷} در اداره اختراعات موافقت کرد و گفت که سؤال این است که آیا:

... اصلاح ... انجام‌شده در توصیفات موضوعاتی را افشا می‌نماید که فراتر از توصیفات افشا شده در اظهارنامه ثبت‌شده اولیه است... موضوع نباید به گونه‌ای افشا شود که موجب گسترش موضوع گردد؛ به این معنا که افشای اصلی توسعه یابد، مثلاً ویژگی یا جزئیات آن افشا را افزایش دهد.

بر اساس تفاوت قابل توجه پایه‌های گلدان گیاهی با گلدان‌های گیاهی، این توصیفات، بخش ۷۶ (۳) الف را نقض کرد.^{۶۸} درحالی که این مسئله که آیا یک اظهارنامه اصلاح‌شده حاوی موضوعات اضافی است، همیشه به حقایق پرونده بستگی دارد؛ شاید بتوان برخی از سناریوهای رایج‌تری را که ممکن است به وجود آید، ترسیم کرد. به‌طور معمول اصلاح

۶۴. توسعه دادن در مواردی مجاز است که دلیلی برای ادعای فاقد ویژگی موجود در تقاضانامه، آن‌گونه که ثبت شده است، وجود داشته باشد. در این خصوص، نک:

Amp/Connector, T 66/85 (1989) EPOR 283.

65. AC Edwards v. Acme Signs & Displays Ltd. (1992) RPC 131.

66. Ward's Application

67. Bridges

۶۸. برای مشاهده یک رویکرد ساختارمند، نک:

European Central Bank v. Document Security Systems Incorporated (2007) EWHC 600 (Pat).

اظهارنامه اختراع در مواردی که توصیفات کافی نبوده است، ممکن نیست.^{۶۹} همان طور که لرد هافمن در دعوای بیوژن علیه مدوا^{۷۰} بیان داشت، افزودن موضوعی جدید برای کفایت یک اظهارنامه ناکافی ممکن نیست.^{۷۱} در ا.ا.ا، متقاضیان از حذف مطالب ادعا که در اظهارنامه اصلی ضروری به نظر می‌رسد، منع می‌شوند؛^{۷۲} این قاعده به این دلیل است که اگر ویژگی حذف شده در اظهارنامه اصلی ضروری باشد، ویژگی اصلاح شده به معرفی موضوع جدیدی می‌انجامد.^{۷۳} ممنوعیت حذف ویژگی‌های اساسی مانع از اصلاحاتی نمی‌شود که ویژگی اساسی را که قبلاً غیرضروری توصیف شده بود، ارائه کند.^{۷۴}

اغلب، دارنده اختراع ممکن است بخواهد دامنه اختراع را محدود کند. این امر معمولاً در جایی رخ می‌دهد که با جستجو مشخص می‌شود که برخی از نمونه‌های فن مربوطه قبلی در قلمرو ادعاهای که پیش‌تر ارائه شده است قرار می‌گیرند، یا در مواردی که آزمایش‌های بعدی نشان می‌دهد که برخی از نمونه‌های ذکر شده در ادعاها که ثبت شده است، کار نمی‌کند. در اینجا، متقاضی می‌تواند با رد نمونه‌ها، ادعا را اصلاح کند.^{۷۵} درحالی که افزایش ویژگی یک ادعا، برای مثال با محدود کردن آن از پستانداران به موش‌ها، عموماً ماده جدیدی را معرفی نمی‌کند، نباید به طور خودکار تصور کرد که این گونه است. دلیل آن، اینست که اگر محدود کردن ادعاها یک ویژگی فنی (یا چیزی ابتکاری) را اضافه کند، مجاز نخواهد بود. این امر به صراحت در بند ۲ ماده ۱۲۳ ک.ا.ا مصوب ۲۰۰۰ پیش‌بینی شده و در برخی از پرونده‌های مطروحه نیز مورد استناد قرار گرفته است.^{۷۶} با این حال، اگر این محدودیت صرفاً حمایت بخشی از موضوع اظهارنامه ثبت شده را استثنا کند، این امر هیچ

69. AC Edwards v. Acme Signs & Displays Ltd. (1992). RPC 131, 147.

70. Biogen v. Medeva (1997)

71. Biogen v. Medeva (1997) RPC 1, (81) (HL).

72. Alza/Infuser, T 514/88 (1990) EPOR 157, 161-2; Adopted in Southco Inc. and Another v. Dzus Fastener Europe Ltd. (1990) RPC 299, 324 (Nicholls LJ), 327 (Staughton LJ).

73. See Alza/Infuser, T 514/88 (1990) EPOR 157, 161-2.

74. Hymo/Water-Soluble Polymer Dispersion, T 583/93 (1997) EPOR 129. —Protoned BV's Application (1983) FSR 110. See D. Stanley, 'Euphemism v. Pragmatism of the Implication of Added Subject Matter' (1988) 17 CIPAJ 108; G. Dworkin, 'Implied Added Subject Matter: An Academic Overview' (1990-91) 20 CIPAJ 340.

75. Sulzer/Hot gas cooler, T 170/87 (1989) OJ EPO 441; Mölnlycke AB and Others v. Procter & Gamble Limited and Others (No. 5) (1994) RPC 49, 135.

76. Advanced Semiconductor/Limited Features

مزیت ناموجهی به متقاضی نمی‌دهد و به همین دلیل در بدو امر مجاز است.

۳.۴. عدم گسترش دامنه حمایت اعطاشده در گواهی اختراع

اصولاً هدف از نگارش ادعاهای اختراع، مشخص کردن مرزی نسبتاً دقیق و ممکن بین عرصه فنی حمایت‌شده از طریق حق اختراع، قلمرو عمومی قابل دسترس از سوی عموم و نیز عرصه فنی حمایت از حق اختراع مربوط به دیگر مخترعان است.^{۷۷}

با توجه به این واقعیت که اشخاص ثالث ممکن است رفتار خود را با توجه به اختراع منتشرشده تغییر دهند، محدودیت‌هایی در مورد میزان تغییر دامنه حمایت اعطاشده اختراع، پس از اعطا اعمال می‌شود.^{۷۸} به این منظور، بخش ۷۶(۳) و ماده ۱۲۳(۳) کنوانسیون اروپایی اختراعات مقرر می‌دارد که اصلاحات پس از اعطا نباید حمایت اعطاشده به موجب اختراع را گسترش دهد؛ به این معنا که پس از اعطای گواهی اختراع، دارنده اختراع نمی‌تواند محدوده ادعاها را به گونه‌ای تغییر دهد که انحصار را فراتر از موارد تحت پوشش ادعاهای اعطاشده گسترش دهد. بند ۳ ماده ۷۶ قانون اختراعات ۱۹۷۷ بریتانیا نیز اصلاح توصیفات اختراع را چنانچه موجب گسترش دامنه حمایت اعطا شود، ممنوع می‌نماید. عدم رعایت این مقررات، اختراع اصلاح‌شده را با احتمال ابطال مواجه می‌سازد. بند فرعی «ه» از بند ۱ ماده ۷۲ به صراحت چنین اصلاحاتی را موجب ابطال می‌داند؛^{۷۹} درحالی که می‌توان اصلاحات گسترده‌ای را که تنها رو به آینده است، مجاز دانست، لیکن این امر موجب بروز این شائبه می‌شود که شخص به جای اتکا به گواهی اختراع صادرشده، بایستی مرتباً در پی اصلاح اختراع خود باشد.

محدودیت یادشده به این دلیل که قوانین بسیار خشک و نامنعطف بر آن حاکم‌اند، با انتقاداتی مواجه می‌باشد.^{۸۰} گفته شده است که این امر از مخترعان مشروع حمایت نمی‌کند

۷۷. محمدرضا پروین، «نقش ادعاهای اختراع در تعیین عرصه فنی حمایت شده توسط حق اختراع، کنکاشی در زیست فناوری»، حقوق پزشکی، ش ۴ (۱۳۸۹).

78. Leland/Light Source

79. The Protection Conferred by the Patent has Been Extended by an Amendment Which Should not have been Allowed.

80. Protoned BV's Application (1983) FSR 110.

و تشکیل پرونده ثبت اختراع به صورت گسترده را تشویق می‌کند.^{۸۱} یکی دیگر از مشکلات قانون در این زمینه این است که در مورد اصولی که محدودیت اصلاح بر اساس آن استوار است، بحث بسیار اندکی صورت گرفته است.

قاضی استاوتون^{۸۲} در پرونده *ادوارد علیه/ کمی‌ساین اظهار داشت*: «مشکل این نیست که فناوری در این پرونده مبهم یا پیچیده است، بلکه این است که قانون پیرامون موارد اضافه شده... معیاری روشن و دقیق ارائه نداده است. به نظر من کسانی که در حرفه مهم اختراع مشغول هستند و همچنین تولیدکنندگان، استحقاق راهنمایی دقیق‌تری را در مورد نحوه انجام امور خود دارند...»^{۸۳}. تعیین حدود در اظهارنامه از سوی مخترع در ادعاها انجام می‌شود و سپس کارشناسان ثبت با مطالعه آن و احراز شرایط ثبت اختراع، ادعاها را یکی‌یکی بررسی نموده با احراز شرایط، آن‌ها را تأیید یا رد می‌کنند. تأیید ادعا به معنای اعطای حمایت در محدوده ادعاهای مورد تأیید است.^{۸۴}

محدودیت‌های اعمال‌شده در مورد اصلاحاتی که دامنه اختراع را گسترش می‌دهند، مشابه ممنوعیت اصلاحاتی است که موضوعات اضافی را ارائه می‌کند (که قبلاً مورد بحث قرار گرفت). مقررات یادشده در مواردی که ادعاها محدود است، اجرا نمی‌شود.^{۸۵} شاید مهم‌ترین وضعیتی که در آن اصلاحات تحت این عنوان مجاز است، جایی باشد که شامل تغییرات در انواع ادعای مورد استفاده است.^{۸۶} بنابراین، می‌توان ادعایی را از «ترکیب» به

81. R. Krasser, 'Possibilities of Amendment of Patent Claims During the Examination Procedure' (1992) 23 IIC 467, 471.

82. Staughton LJ

83. AC Edwards v. Acme Signs & Displays Ltd. (1992) RPC 131, 147.

۸۴. درواقع قانون‌گذار مسئولیت بررسی ماهیت اختراع و احراز شرایط قانونی جهت ثبت را برعهده دادگاه‌ها می‌گذارد؛ به این معنا که به اشخاص ذی‌نفع این امکان را می‌دهد که چنانچه اعتراضی نسبت به گواهی صادره داشته باشند به محاکم قضایی مراجعه کنند و ابطال آن را از دادگاه خواستار شوند. اداره مالکیت صنعتی به علت عدم انجام بررسی، به هیچ‌وجه صحت ادعای مطروح در گواهی ثبت اختراع صادرشده را تضمین نمی‌کند. حتی در مواردی که اداره درخواست ارسال یک نمونه ساخته‌شده را می‌دهد از آن برای بررسی توصیفات و امکان پیاده‌سازی استفاده می‌کند، نه بررسی ادعاها که تعیین‌کننده محدوده حمایتی هستند (زهر شاکری و زهر جهرمی بهادری، «سختی در انواع نظام‌های ثبت اختراع با نگاهی به برخی اصول ثبتی»، مجموعه مقالات همایش ملی تجلیل از مقام علمی استاد محمدجعفر لنگرودی، حقوق مالکیت فکری، ش ۱ (۱۳۹۷)، ص ۱۲۱۳).

85. Strix Ltd. v. Otter Controls Ltd. (1995) RPC 607; Mobil/Friction reducing additive, G 2/88 (1990) OJ EPO 93, 100-1.

۸۶. برای نمونه، در اختراع فیلپس الکترونیک، دارنده اختراع مجاز بود یک ادعای همه‌جانبه را به یک اختراع اروپایی اضافه نماید، با

ادعای «استفاده» تغییر داد، زیرا ادعای استفاده محدودتر از ادعای ترکیب است. اصلاحات از این نوع معمولاً در جایی ایجاد می‌شود که اظهارنامه اختراع بر اساس اینکه ترکیب به‌خودی خود جدید است، تهیه شده است؛ درحالی که به‌نظر می‌رسد این ترکیب قبلاً در سطح فن مربوطه بوده، اما استفاده نمی‌شده است.^{۸۷} برای مثال، در یک مورد، تغییر روش کارکرد یک دستگاه به خود دستگاه مجاز شناخته نشد، چراکه موجب گسترش دامنه اختراع می‌شد.

۵. ریسک‌های رقابتی تجویز اصلاحات پس از صدور گواهی

بروز خطا و اشتباه در کدام حالت محتمل‌تر است؛ در خصوص مخترعان مستحق که فرصت اصلاح از آن‌ها دریغ می‌شود یا رقبای قانونی که اصلاحات غیرقابل توجیه متقاضی، آنان را از پای درمی‌آورد؟ پاسخ با این پرسش به قضاوت راجع به تعادل مناسب در هسته نظام ثبت اختراع بین انگیزه‌دهی برای نوآوری و حمایت از رقبای قانونی، بستگی دارد.

اصلاحات پس از صدور گواهی، نگرانی‌های بیشتری را در مورد منافع مورد اتکای رقبا خواهد داشت چراکه ممکن است اصلاحات استراتژیک به‌طور خاص برای جذب محصولات رقبا یا تفوق در دادرسی‌های مطروحه میان مخترع و رقبا باشد. از سوی دیگر، جواز اصلاح ادعاها می‌تواند اتکای رقبا به ادعاهای مندرج در گواهی را دچار تزلزل نماید. عدم وضوح یا متغیر بودن گستره ادعاهای مندرج در گواهی، می‌تواند سرمایه‌گذاری‌های صورت‌گرفته از سوی رقبا در حوزه‌های مشابه را با خطرهای جدی روبه‌رو کند. از یک سو، رد اصلاحات موجه، موجب تضعیف انگیزه مخترع می‌شود و در نقطه مقابل، تجویز تغییر ادعاها با حقوق رقابت در تعارض است؛ لذا لزوم ایجاد توازن دقیق میان ترویج نوآوری و درک این نکته که فرصت دادن به رقبایی که با تقلید از اختراع قبلی به پالایش و اصلاح آن پرداخته‌اند، برای حیات یک اقتصاد رقابتی ضروری است.^{۸۸}

عامل مهمی که نحوه اصلاح گواهی اختراع را تنظیم می‌کند، ناشی از این واقعیت است

این توجیه که دامنه اختراع اعطایی گسترش نمی‌یافت. در این خصوص، نک:

Philips Electronic's Patent (1987) RPC 244.

87. Teletronics/Cardiac Pacer, T 82/93 (1996) OJ EPO 274

88. Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141, 146 (1989).

که دادگاه‌ها می‌توانند خساراتی را که در صورت نقض گواهی اختراع اصلاح‌شده اعطا می‌شود محدود کنند. در چنین شرایطی دو حالت وجود دارد: اگر تقاضای اصلاح‌شده ادعاها را نسبت به آنچه به نحو معقولی انتظار می‌رفت از ابتدا در اظهارنامه منتشر شود گسترش دهد، دادگاه‌ها می‌توانند خسارات وارده به دارنده اختراع را محدود کنند. در مورد این مسئله که آیا چنین مداخله‌ای منطقی است، به‌طور عینی تصمیم‌گیری می‌شود. به همین ترتیب، مهم نیست خواننده دعوی (از لحاظ ذهنی) چه تفکری داشته است.^{۸۹} عامل دیگری که نحوه اصلاح گواهی اختراع را تنظیم می‌کند از این واقعیت ناشی می‌شود که وقتی دادگاه خسارت قبل از تاریخ اصلاحات را ارزیابی می‌کند، ممکن است این نکته را در نظر بگیرد که آیا مشخصات با حسن‌نیت، با مهارت معقول و دانش تنظیم شده است یا خیر. این امر به‌صراحت در بند ۳ ماده ۶۲ قانون اختراعات ۱۹۷۷ بریتانیا پیش‌بینی شده است. در عمل، به‌ندرت اتفاق می‌افتد که دادگاه‌ها دریابند گواهی اختراع با این شرایط تنظیم نشده باشد.

۶. استدلال مخالفان اصلاحات پس از صدور گواهی

ادعاهای پذیرفته‌شده در گواهی ثبت اختراع، مرزی الزام‌آور و البته معنادار برای فعالیت‌های رقا ایجاد می‌کند.^{۹۰} از طرف دیگر، تجویز اصلاحات پس از صدور گواهی، سبب کاهش انگیزه مخترع برای لحاظ مراقبتی معقول در هنگام تنظیم مندرجات اظهارنامه خواهد شد.

ادعا شده است که اصلاح ادعا پس از صدور برای روشن شدن ابهامات، درمانی بدتر از خود بیماری محسوب می‌شود.^{۹۱} پابندی به ادعایی مبهم که پیش‌نویس شده، بهتر از توجه

89. Unilever PLC v. Chefaro Proprietaries Ltd. (1994) RPC 567, 592.

۹۰. اهمیت این موضوع تا به آنجاست که در باب لزوم صراحت و شفافیت ادعا گفته شده است روشن و شفاف بودن ادعا موجب می‌شود که رقا و دیگر مخترعان نتوانند به‌راحتی در چارچوب آن راه یابند و یا ادعاهای معارض مطرح کنند (سید حسن میرحسینی، حقوق اختراعات، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۱۶۳).

۹۱. برای تفسیر ادعا می‌توان از توصیف و ترسیم‌ها و نقشه‌های مربوط به اختراع و مستندات موجود و نیز تجربه کارشناسان از مورد یا موارد مشابه و عرف به‌عنوان معیاری به‌منظور تفسیر ادعاهای اختراع بهره جست. ولی همان‌طور که می‌دانیم طبق ماده ۶۹ کنوانسیون اروپایی اختراعات و پروتکل تفسیری آن، توصیف و ترسیم‌ها نیز قادر به تغییر مفاهیم در ادعای اختراع و یا افزودن عنصری جدید بدان نیستند. بلکه از آن‌ها صرفاً در راستای رفع ابهامات احتمالی مطروحه پیرامون محتوای ادعای اختراع استفاده می‌شود (سعید حبیبی، و گلریز مهرداد قائم‌مقامی، «جایگاه ادعاهای مندرج در اظهارنامه‌های ثبت اختراع در محدوده حمایتی از

به ادعای بازنویسی شده‌ای است که بعدها ظاهر می‌شود؛ چراکه چنین مکانیسمی تنها و تنها رفتار دوستانه‌ای با مخترع تلقی می‌گردد که با مصالح عموم در تنافی است و کارکرد اعلان عمومی ادعاها را عقیم و بی‌اثر می‌سازد. اعلام و اعلان ادعاها قرار است محدودیت‌های انحصار اعطاشده در طول حیات گواهی اختراع را به اطلاع عموم برساند.^{۹۲} دریافت اینکه دقیقاً و مشخصاً چه چیزی تحت پوشش گواهی اختراع قرار می‌گیرد، یک سال پس از صدور گواهی برای عموم مفید نیست. مشکل زمانی بغرنج می‌شود که دارنده اختراع نه تنها اجازه دارد ادعاهای خود را روشن نماید، بلکه آن‌ها را تغییر دهد؛ مثلاً ادعایی که به صراحت فقط میزهایی با ۴ پایه را پوشش داده است، می‌تواند بعداً تغییر کند و پوشش‌دهنده میزهایی با سه پایه بشود. نمی‌توان منکر شد که اثر عطف به ماسبق نشدن اصلاحات، «جزئی» است. درحالی که ادعای اصلاح‌شده نمی‌تواند میزهای سه‌پایه را که قبلاً به فروش رسیده است پوشش دهد، می‌تواند در مقابل سرمایه‌گذاری‌های بلندمدت رقبا دارای اثر عطف به ماسبق تلقی گردد. رقیبی که کارخانه‌ای برای ساخت میزهای سه‌پایه ساخته است، با اجبار مخترع مبنی بر «توقف» فعالیت‌های نقض‌آمیز خود روبه‌رو خواهد شد. اهرم امکان «توقف کردن» فعالیت‌های درازمدت رقبا، به اصلاح‌کننده اجازه ورود گزند قابل توجهی به رقبا می‌دهد.^{۹۳}

قاضی در پرونده کینتنر^{۹۴} اظهار داشت حتی اگر محققان بعدی دریابند مخترع هنگام تلاش برای بیان دستاوردهای خویش در قالب کلمات، روش‌ها یا ابزارها یا فرایندهایی را افشا نموده است که دربردارنده قابلیت‌هایی فراتر از تصور او از اختراع خویش می‌باشد، به‌طور قطعی چنین فرض می‌شود که دارنده اختراع در زمان تقدیم اظهارنامه، بهتر از

اختراعات»، تحقیقات حقوقی، ش ۹۶ (۱۴۰۰)، ص ۵۴. همچنین نک: سید حسن میرحسینی، حقوق اختراعات، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۱۶۱ که بیان می‌دارد: «توصیف فقط به‌منظور ارائه اطلاعات فنی است و نمی‌توان برای تفسیر محدوده حمایت به آن استناد کرد».

92. Tun-Jen C. Fixing Patent Boundaries, 108 MICHIGAN. LAW. REV. 523 (2010), 575.

۹۳. رقیبی که قرار است میلیون‌ها دلار سرمایه‌گذاری کند و کارخانه‌ای برای میزهای سه‌پایه به مدت بیست سال بسازد، اهمیت چندانی به این موضوع نمی‌دهد که آیا امروز و یا تا قبل از صدور گواهی اصلاح‌شده، میزها را بفروشد یا خیر؟ او بیشتر به این موضوع فکر می‌کند که آیا می‌تواند میزها را برای مدت بیست سال آینده بفروش برساند یا خیر، و پاسخ به این سؤال به این امر بستگی ندارد که آیا ادعای ثبت اختراع امروزی، میزهای سه‌پایه را هم پوشش می‌دهد یا خیر، بلکه به این بستگی دارد که آیا می‌توان ادعا را به‌گونه‌ای تغییر داد که بعداً آنها را پوشش دهد.

94. Kintner v. Atlantic Communication Co. 240 F. 716, 717 (2d Cir. 1917)

هرکس دیگری می‌دانسته که چه چیزی اختراع کرده است.

وارت، از طرف کراون کرک، اظهارنامه ثبت اختراع فرایندی را برای ساخت درب بطری تقدیم کرد. وی بر مزیت استفاده از گرما و فشار هم‌زمان برای آب‌بندی درپوش، تأکید و ادعا کرد. متقاضی همچنین اشاره‌ای گذرا و حاشیه‌ای با این مضمون داشته که ممکن است ازپیش گرم کردن قسمت بالایی (تاج) بدنه مونتاژشده مطلوب باشد^{۹۵}؛ با این حال، جانسون، رقیب وی، حق اختراعی را در مورد کلاهک‌های ازپیش گرم‌شده به‌دست آورد. دادگاه بدوی اظهار داشت: «چنانچه تدقیق و ملاحظه جانسون نبود، وارت ممکن بود هرگز تصور نکند موضوع ازپیش گرم کردن، ارزش ادعایی به‌عنوان یک اختراع را داشته باشد»^{۹۶}. این واقعیت که رقیب، درب بطری‌های پیش‌گرم‌کننده را از نظر تجاری ارزشمند ساخت، وارت را تهییج نمود تا ادعای خود در مورد پیش‌گرم کردن را از طریق اصلاح، احیا نماید. اصلاح ادعای وارت، دقیقاً کپی ادعای جانسون بود. بنابراین، میان اولویت بین وارت که ابتدا به این ویژگی فکر کرده بود، اما برای آن ارزشی به‌عنوان ادعای اختراع قائل نشد و جانسون که ارزش و اهمیت پیش‌گرم کردن را درک نمود، اختلاف شکل گرفت. درنهایت دیوان عالی کشور با نقض رأی دادگاه بدوی، حق اختراع را به وارت اعطا نمود. جانسون علاوه بر عدم بهره‌مندی از مزایای نظام حق اختراع، ناقض حق اختراع وارت هم شناخته شد^{۹۷}.

اصلاح ادعا پس از صدور گواهی، برای تحصیل حق اختراعاتی که ارزش تجاری آن‌ها بعدها و در نتیجه تلاش دیگران آشکار می‌شود، ممکن است ناعادلانه تلقی شود. نویسنده‌ای این عمل را «غصب از طریق اصلاح»^{۹۸} نامیده است^{۹۹}.

نقص اساسی تجویز اصلاحات این است که اگرچه دارنده اختراع باید اختراع ادعاشده

۹۵. در قوانین برخی کشورها از جمله امریکا، متقاضی مکلف است در توصیف اختراع، بهترین روش اجرایی آن را نیز توصیف نماید که در قانون ۱۳۱۰ و نیز در قانون ۱۳۸۶، این تکلیف که می‌تواند بعضاً از توان مخترع خارج باشد از عهده او ساقط گردید (سید حسن میرحسینی، *حقوق اختراعات*، (تهران: نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۱۶۲).

96. "Had it not Been for this Competitor, Warth Might Never have Considered the Subject (of Preheating) Worth Claiming as an Invention".

97. Tun-Jen C. Fixing Patent Boundaries, 108 MICHIGAN. LAW. REV. 523 (2010), 575.

98. "Misappropriation By amendment."

99. Robert P. Merges, Software and Patent Scope: A Report from the Middle Innings, 85 Tex. L. Rev. 1627, 1653 (2007).

بعدی را برای حفظ و تقویت اصلاحیه افشا نماید، لکن الزامات راجع به توصیف کتبی اختراع، این اجازه را به متقاضی می‌دهد که افشای اولیه تا حدودی مبهم و گذرا باشد.^{۱۰۰} مشارکت جانسون در ایده استفاده از پیش‌گرمایش و تقدیم آن به جامعه حقیقتاً قابل انکار نیست. نویسنده‌ای در تأیید حکم دادگاه بدوی و رد نظر دیوان عالی استدلال می‌کند که بسیار بعید بود سایرین یا حتی خود وارت، ارزش و مطلوبیت ایده گرمایش را که مانند خط سرگردانی در میان آواری از مشخصات اختراع مدفون شده بود، درک کنند.^{۱۰۱}

تجویز اصلاحات به صاحبان حق اختراع اجازه می‌دهد تا از طریق ادعای پس از صدور گواهی، بینش‌ها و دریافت‌های جدیدی را که شاید بتوان آن را حاصل دسترنج رقبا دانست، به ناروا تحصیل نمایند. فرایندی که سود مخترع را افزایش داده، توأمان هزینه گزاف ناشی از انحصار آن را بر جامعه تحمیل و پاداش رقبا را کاهش می‌دهد. دریافت جانسون از ایده از پیش گرم کردن، اگرچه ایده را ارزشمند ساخت، لکن سرنوشت او مطمئناً سایر محققان را از دنبال کردن راه وی منصرف کرد.^{۱۰۲}

اصلاح ادعا به مخترع اجازه می‌دهد چیزی را که در هنگام تقدیم اظهارنامه ثبت پیش‌بینی نکرده بود تصاحب کند. اگرچه این اصلاح، منافع و مزایای غیرمنتظره‌ای برای وی دارد، لکن به انگیزه‌های اختراع قبل از ثبت کمکی نمی‌کند.^{۱۰۳}

ادعاها به‌عنوان یک سازوکار «اجباری اطلاعات» عمل می‌کنند و صاحبان اختراع را تشویق می‌نمایند تا درک خود از اختراع را در اوایل زمان تشکیل پرونده افشا کنند. ادعاهای اصلی در توصیف آنچه که دارنده واقعاً آن را اختراع کرده «صادقانه‌تر» از ادعاهای بعدی است؛ درست به همان ترتیبی که شهادت اولیه معمولاً صادقانه‌تر از شهادت‌های متناقض بعدی همان گواه درنظر گرفته می‌شود.^{۱۰۴} بنابراین تجویز اصلاحات بعدی، اطلاعات

100. See, e.g., *Vas-Cath, Inc. v. Mahurkar*, 935 F.2d 1555 (Fed. Cir. 1991) (Holding that Drawings with no Description were Sufficient to Meet Disclosure Requirements); *Snitzer v. Etzel*, 465 F.2d 899, 902 (C.C.P.A. 1972) (Holding that one ion Selected ex Post from Eighty-Seven Billion Disclosed Variants was Properly Claimed).

101. Tun-Jen C. Fixing Patent Boundaries, 108 MICHIGAN. LAW. REV. 523 (2010), 575.

102. Tun-Jen C. Fixing Patent Boundaries, 108 MICHIGAN. LAW. REV. 523 (2010), 575.

103. Tun-Jen C (ibid)

104. *Mack v. United States*, 814 F.2d 120, 124 (2d Cir. 1987) (“(A) Party’s Affidavit which Contradicts his own Prior Deposition Testimony Should be Disregarded.”)

ارزشمند به دست آمده از ادعاهای اصلی پیشین را دور می‌اندازد.^{۱۰۵}

۷. استدلال موافقان اصلاحات پس از صدور گواهی

تجویز اصلاح ادعاها قبل از ثبت، سازوکار سودمندی در ایجاد تعادل سیستم ثبت اختراعات است.^{۱۰۶} مزایای اصلاحیه بعد از صدور گواهی حق اختراع، به عنوان یک ابزار احتیاطی در نظام حق اختراع فرض می‌گردد که فرصت تازه‌ای به مخترع می‌دهد تا از استیفای حاصل دسترنجش از سوی رقبا ممانعت به عمل آورد. نویسنده‌ای در رد حکم دادگاه بدوی در پرونده وارث^{۱۰۷} و تقویت نظر دیوان عالی استدلال می‌کند که درواقع می‌توان گفت این وارث بود که برای اولین بار مطلوبیت ازپیش گرم کردن را روی کاغذ مکتوب کرد، به طوری که وی را می‌توان به نوعی اولین مخترع «ویژگی بعداً ادعا شده» از سوی جانسون تلقی نمود.^{۱۰۸}

برخی پا را فراتر نهاده و معتقدند، حتی از نظر تاریخی نیز اصلاحات ادعا باید امری ضروری یا ذاتی فرایند بررسی اختراع فرض شود؛ چراکه تصمیم کارشناسان اداره ثبت تنها محدود به پذیرش یا رد اظهارنامه متقاضی نیست، بلکه لازم است آن‌ها در فرایند بررسی اظهارنامه، ادعاهای مندرج را تا آنجا محدود کنند که گواهی صادره فقط آنچه را که مخترع واقعا اختراع کرده است پوشش دهد.^{۱۰۹} در پاسخ به منتقدانی که تقاضای دارنده برای اصلاحات را به مثابه کاشتن تله برای گرفتار کردن رقبا تلقی نموده‌اند، ادعا شده که اگر گذاشتن تله برای رقبا بی‌احتیاط این قدر سودآور است، چرا دارندگان گواهی اختراع، همیشه این کار را انجام نمی‌دهند؟^{۱۱۰}

علاوه بر این، آیا هزینه‌های اصلاح و تقاضای ثبت و صدور مجدد گواهی و طی کردن فرایند دادرسی و... به اندازه کافی توجیه‌کننده مقرون به صرفه بودن کاشت چنین تله‌ای

105. Tun-Jen C (ibid)

106. Greg R. (2018). Amending Patent Claims, Harvard Journal of Law & Technology. 32(1), 1-69.

107. Warth

108. Tun-Jen C. Fixing Patent Boundaries, 108 MICHIGAN. LAW. REV (2010), 523-575.

109. Timothy B. Lee, Why the Roots of Patent Trolling May Be in the Patent of-fice, ARSTECHNICA (Mar. 5, 2018), <https://arstechnica.com/tech-policy/2018/03/why-the-roots-of-patent-trolling-may-be-in-the-patent-office/#p3> (<https://perma.cc/W4QB-DXH3>).

110. Tun-Jen C. Fixing Patent Boundaries, 108 MICHIGAN. LAW. REV. (2010), 523-575.

است^{۱۱۱}؟ اگرچه ارائه گزارش از سوءاستفاده دارندگان از اصلاح ادعا، امر شایعی است^{۱۱۲}، لکن آمار و ارقام به دست آمده، یارای مقابله با مزایای نظام اصلاح ادعا پس از صدور گواهی را ندارند^{۱۱۳}. اصلاحات بعدی اظهارنامه از این جهت نیز ضروری به نظر می‌رسد که بسیاری از مخترعان در مورد اینکه کدام یک از ادعاهای متعدد آنها در اظهارنامه موفق خواهد بود، ذهنیتی ندارند^{۱۱۴}. اصلاح ادعا پس از صدور گواهی، برای شامل کردن فناوری در حال تکامل و پوشش گسترده‌تر از ایده‌هایی که از نظر تجاری حائز اهمیت‌اند، مفید است^{۱۱۵}. قاضی در پرونده *لیبل فلرشیم علیه مدراد*^{۱۱۶}، اظهار داشت: تجویز اصلاحات ادعا، به‌ویژه زمانی که افشای صورت‌گرفته قبلی از ادعای اصلاح‌شده بعدی پشتیبانی کند، حتی در فرضی که اصلاحات، پوشش‌دهنده محصولات جدید رقبا باشند نیز امری نامطلوب تلقی نمی‌شود^{۱۱۷}. توجیهات مختلفی از سوی حقوق‌دانان جهت جواز اصلاح ادعا مطرح شده که به نظر می‌رسد هدف مشترک همه آنها ممانعت از گسترش نامشروع ادعاها است^{۱۱۸}.

۸. نفی عطف به ماسبق شدن اصلاحات ادعا پس از صدور گواهی

نویسندگان معتقدند اصلاحاتی که پس از صدور گواهی انجام شده است، نباید موجب حق تقدمی برای اصلاح‌کننده علیه اقدامات اشخاص ثالث باشد.

پذیرش عطف به ماسبق شدن اصلاحات ادعا پس از صدور گواهی، مرزهای حق مالکیت مخترع را دائماً دستخوش تغییر خواهد کرد. حقوق مالکیت به‌طور اعم، دارای

111. Greg R. (2018). Amending Patent Claims, *Harvard Journal of Law & Technology*. 32(1), 1-69
112. See, e.g., *Rambus Inc. v. FTC*, 522 F.3d 456, 460-61 (D.C. Cir. 2008) (Using Amendment to Capture Later-Developed Industry Standard); *Symbol Technologies v. Lemelson Medical, Educ. & Research Foundations*, 422 F.3d 1378, 1380 (Fed. Cir. 2005) (Describing a Chain of Seventeen Continuations).
113. Tun-Jen C. Fixing Patent Boundaries, 108 *MICHIGAN. LAW. REV.* 523 (2010), 575.
114. Stephen T. Schreiner & Patrick A. Doody, *Patent Continuation Applications: How the PTO's Proposed New Rules Undermine an Important Part of the U.S. Patent System with Hundreds of Years of History*, 88 *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 556, 557 (2006)
115. Donald S. Chisum, Patent Law Developments in the United States Court of Appeals for the Federal Circuit During 1991, 41 *Am. U. L. Rev.* 869, 885 (1992)
116. *Liebel-Flarsheim Co. v. Medrad, Inc.*, 358 F.3d 898, 909 n.2 (Fed. Cir. 2004)
117. *Liebel-Flarsheim Co. v. Medrad, Inc.*, 358 F.3d 898, 909 n.2 (Fed. Cir. 2004)
118. Stephen Yelder-man, Improving Patent Quality with Applicant Incentives, 28 *HARV. J.L. & TECH.* 77, 120 (2014)

درجه‌ای از ثبات برای تسهیل سرمایه‌گذاری از سوی صاحبان خود و دیگران است. ملکی که حدود و ثغور مرزهای آن دائماً در حال تغییر است، وسیله‌بدی هم برای سرمایه‌گذاری مالک و هم برای دیگران تلقی می‌شود. تصور کنید حصارهای روی زمین دائماً در جهت‌های مختلف حرکت کند، این امر علاوه بر مخاطراتی که برای مالک به همراه دارد، سرمایه‌گذاری مالک روی ملک را نیز نامعقول خواهد ساخت؛ چراکه هر لحظه ممکن است حصار به داخل حرکت کرده، مالکیت مالک را از بین ببرد. از سوی دیگر، اشخاص ثالث نیز نمی‌توانند روی ملک خود اقداماتی انجام دهند، چراکه هر لحظه ممکن است حصار به بیرون حرکت کرده و حقوق مکتسبه آنان را سلب نماید. اقبال عموم به خرید یا سرمایه‌گذاری روی این ملک به حداقل ممکن خواهد رسید و تقویم ارزش آتی آن به‌سهولت میسر نخواهد بود.^{۱۱۹}

دادگاه‌های امریکا در حمایت از رقبایی که بر مبنای گواهی قبل از اصلاحات، سرمایه‌گذاری‌های بلندمدت مانند احداث کارخانه انجام داده‌اند، قائل به ردّ اثر عطف به ماسبق شدن اصلاحات شده، به رقبا اجازه ادامه فعالیت بدون نیاز به پرداخت حق امتیاز^{۱۲۰} را می‌دهند.^{۱۲۱}

بنابر عدم پذیرش عطف به ماسبق شدن اصلاحات، می‌توان گفت قراردادهای منعقد در تاریخ قبل از اصلاحات، به همان صورت اجرا می‌شود و علی‌الاصول اصلاحات لاحق تأثیری بر آن قراردادهای نخواهد داشت، مگر آنکه طرفین ضمن قرارداد یا به‌موجب قرارداد دیگری خلاف آن را شرط نموده باشند.

نتیجه

اگرچه دستیابی به سیاستی که دارندگان گواهی اختراع و رقبای آنان را در مناقشات راجع به امکان اصلاح ادعای ثبت‌شده راضی نگه دارد بسیار بعید است، لکن ارزیابی مطلوبیت اصلاحات ادعا پس از صدور گواهی، چندان هم امری غامض و توان‌فرسا نیست.

119. Tun-Jen Chiang, Fixing Patent Boundaries, 108 Michigan. LAW. REV. n 575 (2010), p. 530

120. Royalty

121. Sontag Chain Stores Co. v. Nat'l Nut Co., 310 U.S. 281, 294-95 (1940).

کافی است بدانیم اصلاحات در قبال هزینه‌های تحمیلی، ارائه‌دهنده چه مزایایی است و اینکه آیا اصلاحات از نظر اقتصادی و سیاست‌های حمایتی از مخترع و نیز سیاست‌های رقابتی ضدانحصاری بهینه تلقی می‌شود یا خیر؟

تجربه تجویز اصلاحات پس از صدور گواهی در اروپا و ایالات متحده آمریکا پس از مباحث دامن‌دار، حاکی از آن است که مزایای چنین جوازی برای شامل کردن فناوری در حال تکامل و پوشش گسترده‌تری از ایده‌هایی که اگرچه به‌عنوان ادعای اصلی در اظهارنامه مطرح نشده‌اند، اما از طریق افشای صورت‌پذیرفته پوشش داده شده‌اند، به‌ویژه در مورد ایده‌های تجاری بااهمیت، قابل انکار نیست. به‌نظر می‌رسد مزایای تجاری‌سازی ادعاهای اصلاح‌شده، یارای توجیه هزینه‌های هنگفت بررسی مجدد و اعاده تشریفات ثبتی را دارد.

مشاهده توجیهات حقوقی و مزایا و عواید اقتصادی تجویز اصلاح ادعا پس از صدور گواهی در ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا، می‌تواند گواه متقنی بر لزوم توجه قانون‌گذار ایران به مسئله اصلاحات پس از صدور گواهی باشد، تا سکوت خود را پایان داده، همگام با نظام‌های حقوقی مدرن دنیا قوانین داخلی را در جهت توزین حق مخترعان در اصلاح ادعا و رعایت حقوق مکتسبه اشخاص ثالث، به‌ویژه رقبا، مطابقت دهد.

اگر قانون‌گذار اتکای رقبا به گواهی قبل از اصلاح و لزوم احترام به مرزبندی معنادار گواهی برای تعیین دامنه حمایت از دارنده را دلیل عدم تجویز اصلاحات می‌داند، می‌تواند در قبال رقبایی که فعالیت خود را پس از صدور گواهی دارنده و پیش از اصلاح آغاز کرده‌اند، آثار عطف به ماسبق شدن اصلاحات را طوری محدود نماید که تجویز اصلاحات در تنافی با حقوق مکتسبه اشخاص ثالث قرار نگیرد. همچنین قانون‌گذار می‌تواند با تفویض اختیار به دادگاه جهت تحدید آثار عطف به ماسبق شدن اصلاحات به‌طور موردی، ضمن بهره‌مندی از مزایای جواز اصلاحات، اصول و ضوابط حاکم بر حقوق رقابت را نیز با توجه به اوضاع احوال خاص هر پرونده، ملحوظ دارد.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. شیخی، مریم (۱۳۹۲). *راهنمای قانونگذاری در حقوق مالکیت صنعتی*، تهران: انتشارات خرسندی.
۲. صالحی ذهابی، جمال (۱۳۸۸). *حق اختراع، نگرشی تطبیقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳. میرحسینی، سید حسن (۱۳۸۷). *حقوق اختراعات*، تهران: نشر میزان.

- مقالات

۴. پروین، محمدرضا (۱۳۸۹). نقش ادعاهای اختراع در تعیین عرصه فنی حمایت‌شده توسط حق اختراع، کنکاشی در زیست فناوری. *حقوق پزشکی*. ۱۲(۴). ۷۱-۱۰۴.
۵. حبیب، سعید و مهرداد قائم‌مقامی، گلریز (۱۴۰۰). جایگاه ادعاهای مندرج در اظهارنامه‌های ثبت اختراع در محدوده حمایتی از اختراعات. *تحقیقات حقوقی*. ۲۴(۹۶). ۳۸-۶۲.
Doi: 10.29252/jlr.2022.225451.2082
۶. شاکری، زهرا و چهارمی بهادری، زهرا (۱۳۹۷). سخنی در انواع نظام‌های ثبت اختراع با نگاهی به برخی اصول ثبتی. *مجموعه مقالات همایش ملی تجلیل از مقام علمی/استاد محمدجعفر لنگرودی*. ۱(۱).

ب) منابع انگلیسی

- Books

7. Lionel Bently, Brad Sherman, Dev Gangjee, and Phillip Johnson (2018). *Intellectual Property Law*, 5th ed, Oxford: Oxford University Press.
8. Martin J. Adelman et al., Randel R. Rader, John R. Thomas (2014). Cases and Materials on Patent Law, *American Casebook Series*, West Academic Publishing.

- Articles

9. Krasser R. (1992). Possibilities of Amendment of Patent Claims during the Examination Procedure. *IIC*. 23 (4). 467-471.
10. Stephen T. Schreiner & Patrick A. Doody (2006). Patent Continuation Applications: How the PTO's Proposed New Rules Undermine an Important Part of the U.S. Patent System with Hundreds of Years of History. *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y*. 88. (01). 556-569.
11. Robert P. Merges (2007). Software and Patent Scope: A Report from the Middle Innings. *Tex. L. Rev.* 85. (01). 1627-1670.
12. Dan L. Burk & Mark A. Lemley (2003) Policy Levers in Patent Law. Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series. 1-228. <https://escholarship.org/uc/item/4qr081sg>
13. Donald S. Chisum (1992). Patent Law Developments in the United States Court of Appeals for the Federal Circuit During 1991. *Am. U. L. Rev.* 41. (14) .869-903.
14. Tun-Jen Chiang (2010). Fixing Patent Boundaries, 108 Michigan. *LAW. REV.* 108.(4).523-575.
https://repository.law.umich.edu/mlr?utm_source=repository.law.umich.edu%2Fmlr%2Fvol108%2Fiss4%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages
15. Stephen Y.(2014). Improving Patent Quality with Applicant Incentives. *HARV. J.L. & TECH.* 28. (18). 77-136.
16. Greg R. (2018). Amending Patent Claims. *Harvard Journal of Law & Technology*. 32.(1).1-56.
https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3362043_code1871473.pdf?abstractid=3249589&mirid=1
17. Timothy B. Lee (2018). Why the Roots of Patent Trolling May Be in the Patent Of-Fice, Trolls Love Patents from Examiners who are Lenient” About Patent Vetting. US Patent and Trademark Office in Alexandria, Virginia, Mar 5, 2018 12:15 pm.

18. "National Patent Drafting Course", (2017). Chiang Mai, Thailand October 2 to 6, 2017. Organized by the World Intellectual Property Organization (WIPO) in Cooperation with Chiang Mai University Department of Intellectual Property, Ministry of Commerce of Thailand and the National Science and Technology Development Agency (NSTDA) in Thailand and with the Assistance of the Japan Patent Office (JPO). Chiang Mai, October 2 to 6, 2017. <https://arstechnica.com/techpolicy/2018/03/why-the-roots-of-patent-trolling-may-be-in-the-patent-office/#p3>[<https://perma.cc/W4QB-DXH3>]

- Act & International Documents:

19. American invention act, (AIA), 2011.
20. Patent Cooperation Treaty (PCT), Done at Washington on June 19, 1970, Amended on September 28, 1979, Modified on February 3, 1984, and October 3, 2001, (as in Force from April 1, 2002).
21. Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention) (EPC), Signed in Munich on November 29, 2000. On June 28, 2001, the Administrative Council of the European Patent Organisation Adopted the Final New Text of the EPC 2000. The EPC 2000 Entered into Force on December 13, 2007

- Cases

22. Abbott Laboratories Limited v. Medinol Limited (2010)
23. AC Edwards v. Acme Signs & Displays Ltd. (1992)
24. Allen Engineering Corp. v. Bartell Industries (2002)
25. AP Racing v. Alcon Components Ltd (2014)
26. Aqua Prods., Inc. v. Matal, 872 F.3d 1290 (Fed. Cir. 2017)
27. Biogen v. Medeva (1997)
28. Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141, 146 (1989)
29. Bonzel (T.) and Anr v. Intervention Limited and Anr (No. 3) (1991)

30. Brigade (BBS-TEK) v. Amber Valley (2013)
31. Bristol Myers Company v. Manon Freres (1973)
32. Codex Corporation v. Racal Milgo (1983)
33. Cordis Corp. v. Medtronic AVE, Inc., 511 F.3d 1157, 1185 (Fed. Cir. 2008)
34. Crown Cork & Seal Co. v. Ferdinand Gutmann Co. 304 U.S. 159 (1938)
35. European Central Bank v. Document Security Systems Incorporated (2007)
36. G 2/10 Disclaimer (2012)
37. G 2/88 (1990)
38. G 3/89 Disclaimer (1993)
39. G 11/91 Glu-Gln (1993)
40. G 1/93 (1994)
41. Gentry Gallery, Inc. v. Berkline Corp., 134 F.3d 1473 (1998)
42. Grant v. Raymond, 31 U.S. (6 Pet.) 218, 243 (1832)
43. Hallen v. Brabantia (1990)
44. Imperial Chemical Industries (ICI) (Whyte's) Patent (1978)
45. In re Hounsfield, 699 F.2d 1320 (Fed. Cir. 1983)
46. In re Wilder, 736 F.2d 1516, 1519 (Fed. Cir. 1984)
47. Kimberly-Clark Worldwide v. Procter & Gamble Ltd & Anor (2000)
48. Kintner v. Atlantic Communication Co., 240 F. 716, 717 (2d Cir. 1917)
49. Lars eric norling and anr. V. EEZ-AWAY (UK) LTD. & ORS (1997)
50. Liebel-Flarsheim Co. v. Medrad, Inc., 358 F.3d 898, 909 n.2 (Fed.

Cir. 2004)

51. Mack v. United States, 814 F.2d 120, 124 (2d Cir. 1987)
52. Mentor Corp. v. Coloplast, Inc., 998 F.2d 992, 995 (Fed. Cir. 1993)
53. Merrill v. Yeomans, 94 U.S. 568 (1877)
54. Milliken Denmark AS v. Walk Off Mats (1996)
55. Mölnlycke AB and Another v. Procter & Gamble Limited and Another (No. 5) (1994)
56. Nokia Corporation v. ICom GmbH & Co KG (No.3) (2013)
57. Permutit Co. v. Graver Corporation, 284 U.S. 52, 60 (1931)
58. Rambus Inc. v. FTC, 522 F.3d 456, 460–61 (D.C. Cir. 2008)
59. Raleigh Cycle Company Ltd and Another v. H. Miller and Company Ltd (1948)
60. Richardson-Vicks Patent Inc. v. Upjohn Company (1995)
61. Sara Lee Household & Body Care Ltd. v. Johnson Wax Ltd. (2001)
62. Siegfried Demel v. Jefferson (1999)
63. Shockley v. Arcan, Inc., 248 F.3d 1349, 1358 (Fed. Cir. 2001)
64. Slimfold Mfg. Co. v. Kinkead Indus, 810 F.2d 1113, 1116–17 (Fed. Cir. 1987)
65. Smith Kline French (SKF) v. Evans Medical (1989)
66. Snitzer v. Etzel, 465 F.2d 899, 902 (C.C.P.A. 1972)
67. Southco Inc. and Another v. Dzus Fastener Europe Ltd. (1990)
68. Spring Foam v. Playhut (2000)
69. Strix Ltd. v. Otter Controls Ltd. (1995)
70. Sudarshan Chemical Industries Ltd. v. Clariant Produkte (Deutschland) (2013)
71. Symbol Technologies v. Lemelson Medical, Educ. & Research Foundations, 422 F.3d 1378, 1380 (Fed. Cir. 2005)

- 72.T 66/85 (1989)
- 73.T 82/93 (1996)
- 74.T 133/85 (1988)
- 75.T 170/87 (1989)
- 76.T 187/91 (1995)
- 77.T 194/84 (1990)
- 78.T 201/83 (1984)
- 79.T 246/86 (1989)
- 80.T 378/86 (1988)
- 81.T 514/88 (1990)
- 82.T 582/91 (1995)
- 83.T 583/93 (1997)
- 84.T 684/96 (2000)
- 85.Unilever PLC v. Chefaro Proprietaries Ltd. (1994)
- 86.Vas-Cath, Inc. v. Mahurkar, 935 F.2d 1555 (Fed. Cir. 1991)
- 87.Vector Corporation v. Glatt Air Techniques Ltd. (2007)



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 32

Autumn 2023

Article Type: Research Article

Pages: 131-155

A Comparative Study of Administrative Substitution for the Head of State - Country in the Legal System of Iran, the United States and France

Yuones Fathi^{1✉} | Ebrahim Sabbaghi Vlashani²

1. Assistant Professor at Bu-Ali Sina University, Hamadan, Iran

u.fathi@basu.ac.ir

2. Master of Public Law, Bu-Ali Sina University, Hamadan, Iran

ebs45436@gmail.com

Abstract

The head of state - the country, the highest political and administrative authority in all countries, including the three countries under study (Islamic Republic of Iran, the United States of America and the French Republic) is considered in this article. Since for any official (such as the head of state - country) there may be causes such as death, dismissal or resignation, etc. so that the responsible person cannot perform his duties, in the science of public law a tool called "administrative sponsorship", it is envisaged that in case of administrative sponsorship in order not to leave the position of the responsible person, this tool can be used to fill his position. Thus, the laws of different countries provide for such temporary successors to various political officials, including the head of state. In this article, in a descriptive-analytical manner, we examine the commonalities and differences between the causes, the officials elected for tenure, and the limitations of the term of office of the head of state-government in the three countries of Iran, the United States and France, and examine them. The finding of the present article is that there are many problems and shortcomings such as lack of reference for recognizing the temporary incapacity of the Supreme Leader, council leadership sponsorship, lack of specific time limits during the leadership sponsorship and political restrictions for the leadership sponsorship in the administrative sponsorship system. There is a head of state-government in Iran who should be amended or removed by reviewing the Iranian constitution.

Keywords: Administrative substitution, Head of state – country, Causes, Authorities, Restrictions.

Received: 2022/07/05 Received in revised form: 2023/01/05 Accepted: 2023/01/22 Published: 2023/09/30

DOI: 10.22034/LAW.2023.52259.3150

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مطالعه تطبیقی کفالت اداری مقام ریاست دولت - کشور

در قانون اساسی کشورهای ایران، آمریکا و فرانسه

یونس فتحی^۱ | ابراهیم صباغی ولاشانی^۲

u.fathi@basu.ac.ir

ebs45436@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه بوعلی سینا همدان، ایران

۲. کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

چکیده

رئیس دولت - کشور، بالاترین مقام سیاسی و اداری در همه کشورهای از جمله سه کشور مورد مطالعه (جمهوری اسلامی ایران، ایالات متحده آمریکا و جمهوری فرانسه) در این مقاله است. از آنجایی که برای هر مسئولی (مانند مقام ریاست دولت - کشور) ممکن است موجباتی از قبیل فوت، عزل یا کناره گیری و غیره رخ دهد تا فرد مسئول نتواند اختیارات و وظایف خود را به انجام برساند، بنابراین در علم حقوق عمومی ابزاری با عنوان «کفالت اداری» پیش بینی شده است تا در مواقع بروز موجبات کفالت اداری، برای خالی نمودن سمت فرد مسئول بتوان از این ابزار برای پر کردن سمت وی استفاده کرد. از این رو، قوانین کشورهای مختلف مبادرت به پیش بینی چنین جانشینان موقتی برای مقامات سیاسی مختلف از جمله رئیس دولت - کشور می نمایند. نگارندگان این مقاله با شیوه توصیفی - تحلیلی به بررسی وجوه اشتراک و افتراق موجبات، مقامات برگزیده شده برای تصدی و محدودیت های دوران کفالت اداری مقام ریاست دولت - کشور در سه کشور ایران، آمریکا و فرانسه می پردازند و آنها را بررسی می کنند. یافته مقاله حاضر آن است که اشکالات و نواقص فراوانی از جمله مشخص نبودن مرجع تشخیص ناتوانی موقت مقام رهبری، شورایی بودن کفالت مقام رهبری، نبود محدودیت زمانی مشخص در دوران کفالت رهبری و وجود محدودیت های سیاسی برای دوران کفالت مقام رهبری در سیستم کفالت اداری مقام ریاست دولت - کشور در ایران وجود دارد که بایستی با بازنگری در قانون اساسی ایران این موارد اصلاح یا حذف شوند.

واژگان کلیدی: رئیس دولت - کشور، کفالت اداری، محدودیت ها، مقامات، موجبات.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۱۴ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۲/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

DOI: 10.22034/LAW.2023.52259.3150

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

کفالت اداری وسیله‌ای است که به موجب آن وظایف و اختیارات یک مقام سیاسی یا اداری به سبب عوامل ارادی یا غیرارادی به شخص ثالثی منتقل می‌شود.^{۳۶۴} در این خصوص در قانون اساسی سه کشور ایران، امریکا و فرانسه مقرراتی پیش‌بینی شده است که در مواقع به وجود آمدن موجبات کفالت اداری مقام ریاست دولت - کشور از آنها استفاده می‌شود. در این مقاله با شیوه توصیفی - تحلیلی برآنیم تا به این سؤال پاسخ دهیم که چه جهات اشتراک و افتراقی میان موجبات، مقامات و محدودیت‌های دوران کفالت اداری مقام ریاست دولت - کشور در میان سه کشور یادشده وجود دارد؟ در پاسخ اولیه به این پرسش باید گفت که این مقررات در برخی از جهات به یکدیگر شباهت داشته، در برخی جنبه‌ها متفاوت با یکدیگرند که در این مقاله بررسی و در پایان نتیجه‌گیری می‌شود. در خصوص موضوع این مقاله تاکنون چهار مورد تحقیق صورت گرفته است:

۱- جواد تقی‌زاده در مقاله‌ای با عنوان «کفالت رهبری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» به بررسی موجبات، مقامات و محدودیت‌های دوران کفالت رهبری در قانون اساسی ایران پرداخته و پیشنهادهایی را در این خصوص ارائه داده است، ولی این پژوهش فاقد نگاه تطبیقی بوده، صرفاً به بررسی نظام حقوقی ایران می‌پردازد.

۲- جواد تقی‌زاده در مقاله دیگری تحت عنوان «تحقق کفالت ریاست جمهوری در حقوق ایران با نگاهی به حقوق فرانسه»، صرفاً به آسیب‌شناسی موجبات تحقق کفالت ریاست جمهوری در ایران و فرانسه پرداخته است، ولی به مقامات و محدودیت‌های دوران کفالت مقام ریاست جمهوری در ایران و فرانسه اشاره‌ای ندارد.

۳- مهدی موحدی محب نیز در مقاله‌ای با عنوان «تأملی در ترکیب شورای موقت رهبری (موضوع اصل یکصد و یازدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) از منظر اصول فقه شیعه» بدون نگاه تطبیقی صرفاً به بررسی ترکیب اعضای شورای موقت رهبری می‌پردازد.

۱. ولی‌الله انصاری، کلیات حقوق اداری، (تهران: میزان، چ ۱۱، ۱۳۹۷)، ص ۱۳۹.

۴- محمدحسین محمدی نیز در پایان‌نامه کارشناسی ارشد خود با عنوان «معاونت رئیس‌جمهور در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا» صرفاً به بررسی تطبیقی مقامات برگزیده‌شده برای تصدی سمت کفالت رئیس‌جمهور در ایران و آمریکا پرداخته است.

از آنجایی که هیچ‌کدام از تحقیقات انجام‌شده به‌طور اخص به موضوع بررسی موجبات، مقامات برگزیده‌شده برای تصدی و محدودیت‌های دوران کفالت اداری مقام ریاست دولت-کشور در سه نظام حقوقی ایران، آمریکا و فرانسه نمی‌پردازد، این مقاله در موضوع خود منحصر به فرد بوده و با آنها متفاوت است. هدف از نگارش این مقاله تبیین مشکلات حوزه کفالت اداری مقام ریاست دولت-کشور در ایران و پیشنهاد بازنگری در قوانین آن برای حل این مشکلات است تا کشور در مواقع بروز موجبات کفالت مقام ریاست دولت-کشور دچار بحران نشود. این مقاله به سه قسمت موجبات، مقامات برگزیده‌شده برای تصدی، و محدودیت‌های دوران کفالت اداری مقام ریاست دولت-کشور تقسیم شده است که هر یک به صورت جداگانه بررسی می‌شوند.

۱. موجبات تصدی سمت کفالت اداری مقام ریاست دولت-کشور

در این قسمت شرایط به‌وجود آمدن سمت کفالت اداری مقام ریاست دولت-کشور به صورت جداگانه (موجبات تام و موقت) بیان می‌شود.

۱.۱. موجبات تام

مقصود از موجبات تام، عواملی است که در صورت پیش آمدن، مقام مسئول قبلی به‌طور کلی سمتش را ازدست داده، فرد دیگری جایگزین وی می‌شود. این عوامل عبارت‌اند از: ۱- فوت؛ ۲- عزل؛ ۳- کناره‌گیری؛ ۴- ناتوانی دائم از انجام وظایف. در اینجا به بررسی وجود این عوامل در هر سه کشور ایران، آمریکا و فرانسه می‌پردازیم.

۱.۱.۱. فوت

فوت از عوامل قهری به‌وجود آمدن کفالت اداری به‌شمار می‌آید. در علم پزشکی فوت به

معنای توقف برگشت‌ناپذیر علائم حیاتی است. عامل فوت در اصل ۱۱۱ قانون اساسی ایران^{۳۶۵} و همچنین در بند ششم بخش ۱ از ماده دوم^{۳۶۶} و بخش سوم متمم بیستم قانون اساسی^{۳۶۷} و نیز در بخش یکم متمم بیست و پنجم قانون اساسی امریکا^{۳۶۸} به صراحت به عنوان عامل محقق شدن شرایط کفالت رئیس دولت - کشور بیان شده است. اما در قانون اساسی فرانسه چنین صراحتی وجود ندارد، بلکه در بند چهارم ماده ۷ قانون اساسی این کشور بیان شده است که «در غیاب ریاست جمهوری به هر دلیل یا اعلام مانعیت به وسیله شورای قانون اساسی با تصمیم‌گیری اکثریت مطلق اعضایش به تقاضای دولت، وظایف رئیس‌جمهور به استثنای وظایف پیش‌بینی شده در مواد یازده و دوازده به طور موقت به وسیله رئیس سنا انجام می‌شود و اگر رئیس سنا نیز در مانعیت انجام این وظایف قرار گیرد از طریق دولت انجام می‌شود». با توجه به اطلاق عبارت «در غیاب ریاست جمهوری به هر دلیل» می‌توان گفت که فوت رئیس‌جمهور نیز یکی از مصادیق محقق شدن سمت کفالت ریاست جمهوری در فرانسه است^{۳۶۹}. در ایران تا به امروز صرفاً یک بار در تاریخ ۱۳ خرداد

۲. قسمتی از اصل ۱۱۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «در صورت فوت یا کناره‌گیری یا عزل رهبر، خبرگان موظفند در اسرع وقت نسبت به تعیین و معرفی رهبر جدید اقدام نمایند...».

۳. بند ششم بخش ۱ ماده دوم قانون اساسی ایالات متحده امریکا: «در صورت برکناری رئیس‌جمهوری، یا فوت او، یا استعفای او یا عدم توانایی در تقبل وظایف و اختیارات این مقام، معاون رئیس‌جمهوری جایگزین او می‌شود، و کنگره طبق قانون در صورت برکناری، فوت، استعفا یا عدم توانایی هریک از این دو مقام، اعلام می‌کند [که] کدام شخصیت باید به عنوان رئیس‌جمهوری و بر همان قرار انجام وظیفه کند، تا زمانی که ناتوانی برطرف شده و رئیس‌جمهوری دیگری انتخاب گردد».

۴. بخش سوم متمم بیستم قانون اساسی ایالات متحده امریکا مصوب ۲۳ ژانویه سال ۱۹۳۳ مقرر می‌دارد: «در صورتی که در تاریخ تعیین‌شده برای آغاز دوره تصدی ریاست‌جمهوری، رئیس‌جمهور منتخب فوت کند، معاون رئیس‌جمهور منتخب به جای او منصوب می‌شود. چنانچه رئیس‌جمهوری قبل از موعد مقرر برای آغاز دوره مأموریت انتخاب نشده باشد و یا اگر رئیس‌جمهور منتخب حائز شرایط لازم نباشد، معاون رئیس‌جمهور منتخب تا زمانی که رئیس‌جمهوری واجد شرایط لازم شود به عنوان رئیس‌جمهور انجام وظیفه خواهد کرد. هرگاه رئیس‌جمهور واجد شرایط انتخاب شود، به عنوان رئیس‌جمهور شروع به انجام وظیفه می‌کند. هرگاه رئیس‌جمهور منتخب و نیز معاون رئیس‌جمهوری منتخب حائز شرایط لازم نباشند، کنگره می‌تواند به موجب قانون، شخص رئیس‌جمهوری و نیز نحوه انتخاب وی را اعلام کند. شخص یادشده تا زمانی که رئیس‌جمهوری یا معاون رئیس‌جمهور واجد شرایط شوند، بر اساس قانون یادشده انجام وظیفه می‌کند».

۵. بخش اول بیست و پنجمین متمم قانون اساسی ایالات متحده امریکا مصوب ۱۰ فوریه سال ۱۹۶۷ بیان می‌دارد: «در صورت عزل، فوت یا استعفای رئیس‌جمهوری از سمت خود، معاون وی به جای او خواهد نشست».

۶. جواد تقی‌زاده، «تحقق کفالت ریاست‌جمهوری در حقوق ایران با نگاهی به حقوق فرانسه»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۳ (۱۳۸۹)، ص ۹۸.

۱۳۶۸ پس از فوت سید روح‌الله موسوی خمینی این عامل برای تحقق تصدی کفالت رهبری به وجود آمد^{۳۷۰}، و در امریکا نیز تاکنون هشت تن از رؤسای جمهور این کشور در اثنای دوره ریاست جمهوری وفات یافته‌اند که اسامی آنان عبارت‌اند از: ویلیام هنری هاریسون (تاریخ وفات: ۱۸۴۱)، زاخاری تیلور (تاریخ وفات: ۱۸۵۰)، آبراهام لینکلن (تاریخ وفات: ۱۸۶۵)، جیمز گارفیلد (تاریخ وفات: ۱۸۸۱)، ویلیام مک کینلی (تاریخ وفات: ۱۹۰۱)، وارن هاردینگ (تاریخ وفات: ۱۹۲۳)، فرانکلین روزولت (تاریخ وفات: ۱۹۴۵) و جان اف. کندی (تاریخ وفات: ۱۹۶۳). در کشور فرانسه نیز تاکنون یک بار پس از فوت ژرژ پمپیدو در سال ۱۹۷۴ موجبات تصدی کفالت رئیس‌جمهور فراهم گردید.

۱.۱.۲. عزل

در اصل، رئیس دولت - کشور از مسئولیت قضایی و سیاسی مبرا است که این امر از قدرت و اهمیت این مقام ناشی می‌شود^{۳۷۱}، ولی وضعیت سه کشور ایران، امریکا و فرانسه در این خصوص یکسان نیست. در ایران مقام رهبری از هیچ‌گونه مصونیتی اعم از قضایی، سیاسی، مالی و حقوقی برخوردار نیست. در مورد مسئولیت حقوقی و قضایی مقام رهبری در ایران، باید گفت که مطابق با اصول متعدد قانون اساسی ایران (بند چهاردهم اصل ۳۷۳، اصول ۱۹^{۳۷۲} و ۲۰^{۳۷۳}) و به‌ویژه ذیل اصل ۱۰۷ قانون اساسی ایران^{۳۷۵}، مقام رهبری در مقابل قانون با سایر افراد کشور برابر است و این شأن و مقام به هیچ عنوان رافع

۷. در اصل ۱۱۱ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ (پیش از بازنگری) فوت مقام رهبری در زمره عوامل تحقق کفالت رهبری نبود، این اصل بیان می‌داشت: «هرگاه رهبر یا یکی از اعضای شورای رهبری از انجام وظایف قانونی رهبری ناتوان شود یا فاقد یکی از شرایط مذکور در اصل یکصد و نهم گردد از مقام خود برکنار خواهد شد. تشخیص این امر به عهده خبرگان مذکور در اصل یکصد و هشتم است. مقررات تشکیل خبرگان برای رسیدگی و عمل به این اصل در اولین اجلاس خبرگان تعیین می‌شود».

۸. سید ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، (تهران: میزان، چ ۱۵، ۱۳۹۸)، ص ۴۹۰.

۹. بند چهاردهم اصل ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان می‌دارد: «تأمین حقوق همه‌جانبه افراد از زن و مرد و ایجاد امنیت قضائی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون».

۱۰. اصل ۱۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان می‌دارد: «مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها سبب امتیاز نخواهد بود».

۱۱. اصل ۲۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان می‌دارد: «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند».

۱۲. ذیل اصل ۱۰۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان می‌دارد: «رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است».

مسئولیت‌های فردی او نیست^{۳۷۶}. علت عدم مصونیت مقام رهبری همان‌طور که در مقدمه قانون اساسی ایران به آن اشاره شده، ناشی از دیدگاه اسلامی حکومت و نفی هرگونه سلطه‌گری فردی است^{۳۷۷}. البته لازم به ذکر است که در مورد مصونیت قضایی مقام رهبری در قوانین عادی هیچ‌گونه اشاره‌ای نشده است و مشخص نیست که مقام رهبری در کدام مرجع قضایی قابل مجازات است. در مورد مسئولیت سیاسی مقام رهبری باید گفت که مطابق صدر اصل ۱۱۱ قانون اساسی ایران^{۳۷۸} مقام رهبری در مقابل مجلس خبرگان رهبری دارای مسئولیت سیاسی است. مجلس خبرگان در دو صورت زیر حق برکناری رهبر را خواهد داشت:

۱. فقدان شرایط یادشده در اصول ۵^{۳۷۹} و ۱۰۹^{۳۸۰}.

۲. آشکار شدن اینکه از آغاز فاقد برخی از شرایط رهبری بوده است.

البته تشخیص این شرایط همان‌طور که در اصل ۱۱۱ قانون اساسی بیان شده، برعهده مجلس خبرگان است که مطابق اصل ۱۰۸ قانون اساسی ایران^{۳۸۱} تشکیل می‌شود. از این رو

۱۳. سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲، (تهران: میزان، ج ۲۵، ۱۳۹۳)، ص ۵۳.

۱۴. قسمتی از دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: حکومت از دیدگاه اسلام، برخاسته از موضع طبقاتی و سلطه‌گری فردی یا گروهی نیست...».

۱۵. صدر اصل ۱۱۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به این شرح است: «هرگاه رهبر از انجام وظایف قانونی خود ناتوان شود، یا فاقد یکی از شرایط مذکور در اصول پنجم و یکصد و نهم گردد، یا معلوم شود از آغاز فاقد بعضی از شرایط بوده است، از مقام خود برکنار خواهد شد. تشخیص این امر به عهده خبرگان مذکور در اصل یکصد و هشتم می‌باشد».

۱۶. اصل ۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به این شرح است: «در زمان غیبت حضرت ولی عصر (عجل الله تعالی فرجه)، در جمهوری اسلامی ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و باتقوی، آگاه به زمان، شجاع، مدبر و مدبر است که طبق اصل یکصد و هفتم عهده‌دار آن می‌گردد».

۱۷. اصل ۱۰۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به این شرح است: «شرایط و صفات رهبر: ۱. صلاحیت علمی لازم برای افتاء در ابواب مختلف فقه. ۲. عدالت و تقوای لازم برای رهبری امت اسلام. ۳. بینش صحیح سیاسی و اجتماعی، تدبیر، شجاعت، مدیریت و قدرت کافی برای رهبری. در صورت تعدد واجدین شرایط فوق، شخصی که دارای بینش فقهی و سیاسی قوی‌تر باشد مقدم است».

۱۸. اصل ۱۰۸ قانون اساسی ایران به این شرح است: «قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان، کیفیت انتخاب آنها و آیین‌نامه داخلی جلسات آنان برای نخستین دوره باید به وسیله فقهای اولین شورای نگهبان تهیه و با اکثریت آراء آنان تصویب شود و به تصویب نهائی رهبر انقلاب برسد. از آن پس هر گونه تغییر و تجدید نظر در این قانون و تصویب سایر مقررات مربوط به وظایف خبرگان در صلاحیت خود آنان است».

تا وقتی که مجلس خبرگان این شرایط را تشخیص نداده است رهبر در مقام خویش باقی می‌ماند و صرف ادعای شخص یا گروهی از اشخاص برای عزل رهبر کفایت نمی‌کند. در خصوص حالت دوم از عوامل عزل مقام رهبری باید گفت که وجود این شرط از ابتکارات شورای بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ است و منظور آنست که مقام رهبری ابتدا دارای شرایط رهبری نبوده و اکنون نیز دارای این شرایط نیست^{۳۸۲}. گفتنی است، برخی از حقوق‌دانان ذکر حالت دوم از شرایط عزل مقام رهبری در اصل ۱۱۱ را موجب وهن مقام رهبری، کم‌اعتباری مجلس خبرگان رهبری، و عدم استحکام قانون اساسی می‌دانند^{۳۸۳}. البته قانون‌گذار اساسی می‌توانست به جای ذکر عامل دوم، به‌طور کلی «فقدان شرایط رهبری» را از عوامل برکناری وی ذکر نماید تا متن قانون اساسی را از انتقادات مصون نگه دارد. وضعیت مسئولیت رئیس کشور در آمریکا برخلاف ایران است. در این کشور به علت ساختار فدرالی و تفکیک مطلق قوا، رئیس‌جمهور در برابر پارلمان دارای مسئولیت سیاسی نیست، ولی در خصوص مسئولیت کیفری وی باید گفت که رئیس‌جمهور در آمریکا دارای مصونیت قضایی است؛ یعنی نمی‌توان او را در دادگاه به محاکمه کشاند، بلکه ابتدا بایستی تشریفات استیضاح^{۳۸۴} وی در کنگره طی شود و پس از عزل او از این سمت می‌توان او را در دادگاه به محاکمه کشاند^{۳۸۵}. بر اساس بخش ۴ ماده دوم قانون اساسی آمریکا^{۳۸۶}، رئیس‌جمهور در صورت اتهام یا محکومیت به خیانت^{۳۸۷}، قبول رشوه، یا سایر جرم‌ها و خطاهای سنگین، از سمت خود برکنار خواهد شد. البته بسیاری از حقوق‌دانان آمریکایی معتقدند که مقصود قانون‌گذاران این کشور از وضع این مقررات، همان روند استیضاح در حقوق انگلستان بوده

۱۹. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۳، (تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱، ۱۳۶۹)، ص ۱۴۱۰.

۲۰. سید جلال‌الدین مدنی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران، (تهران: پایدار، ج ۱۱، ۱۳۸۷)، ص ۲۶۰.
21. Impeachment.

۲۲. منوچهر طباطبائی مؤتمنی، حقوق اساسی، (تهران: میزان، ج ۱۸، ۱۳۹۶)، ص ۲۵۷.

۲۳. بخش ۴ ماده دوم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا چنین مقرر می‌دارد: «رئیس جمهوری، معاون رئیس جمهوری و کلیه مقامات ایالات متحده در صورت اتهام و یا محکومیت به خیانت، قبول رشوه، یا سایر جرم‌ها و خطاهای سنگین، از کار برکنار می‌شوند».

۲۴. بند نخست بخش ۳ ماده سوم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا خیانت را این‌گونه تعریف می‌کند: «خیانت به ایالات متحده، به معنای جنگیدن علیه آن، یا پیوستن به صفوف دشمن، و کمک به آن است. هیچ‌کس مگر با شهادت دو شاهد بر انجام گرفتن خیانت، یا اعتراف به آن در دادگاه علنی، نباید محکوم به خیانت گردد».



است و باید درباره جرایمی مثل فساد اداری، اختلاس، سوءاستفاده از قدرت، ترک پست و خلاصه در خصوص جرایم سنگین به کار برده شود، ولی به هر حال تعریف مجرمانه این اعمال در اختیار کنگره آمریکا قرار داشته و دارای ماهیت سیاسی است.^{۳۸۸} تاکنون هیچ‌یک از استیضاح‌های انجام شده علیه رؤسای جمهور آمریکا نتیجه مثبتی نداشته و به برکناری رئیس جمهور منجر نشده و همگی آنها جنبه سیاسی داشته است. نخستین مورد آن مربوط به آندرو جانسون بود که در سال ۱۸۶۸ متهم به برکناری وزیر دفاع، بدون موافقت مجلس سنا شده بود و در رأی‌گیری مجلس سنا تنها با یک رأی بیشتر تبرئه شد. قضیه دوم مربوط به ماجرای واترگیت است که علیه ریچارد میل‌هوس نیکسون در سال ۱۹۷۴ در کنگره مطرح شد، ولی قبل از رأی‌گیری در مجلس نمایندگان، وی از سمت خود کناره‌گیری نمود.^{۳۸۹} مرتبه سوم نیز مربوط به بیل کلینتون بود که در سال ۱۹۹۸ در ماجرای برملا شدن رابطه نامشروعش با مونیکا لوینسکی حتی بعد از سه هفته رسیدگی در مجلس سنا، رأی لازم برای عزل رئیس جمهور را کسب نکرد. در سال ۲۰۲۰ نیز دونالد جان ترامپ از طرف کنگره به علت سوءاستفاده از قدرت و کارشکنی در کار کنگره مورد استیضاح قرار گرفت، و وی بار دیگر با پایان یافتن دوران ریاست جمهوری‌اش در سال ۲۰۲۱ به اتهام تحریک به شورش طرف‌دارانش و تحت فشار گذاشتن مقامات ایالت جورجیا برای تغییر نتیجه انتخابات ریاست جمهوری ۲۰۲۱ مجدداً مورد استیضاح قرار گرفت، ولی هردوی آنها در مجلس سنا به رأی لازم نرسید.

وضعیت مسئولیت رئیس دولت - کشور در فرانسه نیز تقریباً مشابه کشور آمریکا است. با این تفاوت که عدم مسئولیت رئیس جمهور در قبال اعمال ارتكابی‌اش به صورت صریح در قانون اساسی فرانسه قید شده است. بر اساس ماده ۶۷ قانون اساسی فرانسه «رئیس جمهور مسئولیتی در قبال اعمالی که با رعایت مفاد مواد ۵۳-۳۹۰ و ۶۸ انجام می‌شود، ندارد». در ادامه ماده ۶۷ قانون اساسی فرانسه آمده است: «او [رئیس جمهور] نمی‌تواند در حین انجام

25. Dominique, Chagnollaude, *Droit Constitutionnel Contemporain*, (Paris: Dalloz, e 10, 2022), p. 351.

26. Roland, Debbasch, *Droit Constitutionnel*, (Paris: Lites, e13, 2021), p. 75.

۲۷. این ماده در خصوص تحت تعقیب قرار گرفتن رئیس جمهور فرانسه نزد دیوان کیفری بین‌المللی است و بیان می‌دارد: «جمهوری [فرانسه] می‌تواند صلاحیت دادگاه کیفری بین‌المللی را تحت شرایطی که در معاهده امضا شده [و] در ۱۸ ژوئیه ۱۹۹۸ به تصویب رسیده است، به رسمیت بشناسد».

وظیفه و نزد هرگونه دادگاه یا مرجع اداری فرانسه، ملزم به شهادت باشد و یا از وی اقامه دعوا، استعلام یا بازجویی کرد، یا وی را تحت تعقیب قرار داد. موارد و رویه‌هایی که وی به این ترتیب مانع از این کار می‌شود، می‌توان یک ماه پس از پایان مأموریت وی مجدداً ادامه یابد یا علیه او مطرح شود». به موجب ماده ۶۸ قانون اساسی فرانسه^{۳۹۱}، رئیس‌جمهور را تنها در صورت نقض وظایف که آشکارا با انجام وظیفه وی ناسازگار باشد، می‌توان برکنار کرد. تشخیص این امر برعهده دیوان عالی است که مرکب از اعضای هر دو مجلس ملی و سنای این کشور است.

۳.۱.۱. کناره‌گیری

کناره‌گیری در زمره روش‌های عادی خروج از خدمت دولت با اراده کارمند است^{۳۹۲}. این عامل در بازنگری قانون اساسی ایران در سال ۱۳۶۸ به‌صراحت در قانون اساسی ذکر شد است. در این مورد اصل ۱۱۱ قانون اساسی ایران بیان می‌دارد: «در صورت فوت یا کناره‌گیری یا عزل رهبر، خبرگان موظفند در اسرع وقت نسبت به تعیین و معرفی رهبر جدید اقدام نمایند». البته قانون اساسی ایران و قانون عادی مربوط به خبرگان، مرجع رسمی دریافت سند کناره‌گیری رهبر و اعلام آن را مشخص نکرده است و در عمل نیز رویه‌ای در این خصوص وجود ندارد^{۳۹۳}. در کشور آمریکا نیز به موجب بند ششم بخش ۱ ماده دوم قانون اساسی و بخش اول متمم بیست و پنجم قانون اساسی این کشور، رئیس‌جمهور از حق کناره‌گیری برخوردار است. تا به امروز و در کل تاریخ آمریکا یک نفر از رؤسای جمهور این کشور از مقام خود کناره‌گیری کرده که این شخص ریچارد میلهاوس نیکسون است که در تاریخ ۹ اوت سال ۱۹۷۴ و پس از رسوایی واترگیت^{۳۹۴} از سمت خود کناره‌گیری کرد و معاون وی، جرال د فور، جانشین او شد. در خصوص رسمیت یافتن کناره‌گیری رئیس‌جمهور

۲۸. صدر ماده ۶۸ قانون اساسی جمهوری فرانسه بیان می‌دارد: «رئیس‌جمهور تنها در صورت نقض وظایف خود که آشکارا با انجام وظیفه خود ناسازگار است، برکنار می‌شود».

۲۹. محسن قائمی و داور درخشان، «استعفای مقامات عمومی در نظام حقوق اساسی ایران؛ رویکرد اطلاق انگار و تحدیدی (مطالعه فقهی - حقوقی)»، حکومت/اسلامی، ش ۴ (۱۳۹۹)، ص ۱۷۲.

۳۰. جواد تقی‌زاده، «کفالت رهبری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، تحقیقات حقوقی، ش ۵۵ (۱۳۹۰)، صص ۴۴۶-۴۴۷.
۳۱. به رویدادهایی گفته می‌شود که میان سال‌های ۱۹۷۲-۱۹۷۵ در هتلی به همین نام در واشینگتن. دی. سی اتفاق افتاد که به بالا گرفتن احتمال استیضاح و در نتیجه کناره‌گیری ریچارد نیکسون رئیس‌جمهور وقت ایالات متحده آمریکا منجر شد. در طی این ماجرا تعدادی از مأموران اف بی آی وارد ساختمان هتل واترگیت محل استقرار ستاد انتخاباتی حزب دموکرات آمریکا شدند و دستگاه‌های شنود کار گذاشتند و سپس اسناد و مدارکی را برای اهداف مختلف به سرقت بردند. این اقدام غیرقانونی با پیدا شدن یک نوار از سوی مأمور حراست هتل به صورت تصادفی لو رفت و روزنامه واشینگتن پست آن را به اطلاع افکار عمومی رساند.

امریکا باید گفت که به موجب قانون کنگره مصوب ۱۵ سپتامبر ۱۷۸۹^{۳۹۵}، نامه کناره‌گیری رئیس‌جمهور به وزیر امور خارجه تقدیم می‌شود و وی این نامه را با مهر خویش رسمی می‌کند. در فرانسه نیز کناره‌گیری رئیس‌جمهور از سمتش از مصادیق غیبت مندرج در بند چهارم ماده ۷ قانون اساسی این کشور به حساب می‌آید، و تا امروز فقط یک نفر از رؤسای جمهور این کشور به نام شارل دوگل در تاریخ ۲۸ آوریل ۱۹۶۹ از سمت خویش کناره‌گیری کرده است^{۳۹۶}. پیرو کناره‌گیری شارل دوگل از ریاست جمهوری، نخست‌وزیر این کشور سند کناره‌گیری وی را به رئیس شورای قانون اساسی و رئیس مجلس سنا تسلیم نمود^{۳۹۷}. این نکته مهم لازم به ذکر است که در قانون اساسی ایران برخلاف آمریکا و فرانسه از واژه کناره‌گیری به جای استعفا استفاده شده است که عبارت صحیحی به نظر می‌رسد، زیرا استعفا نیازمند پذیرش مقام یا مرجع خاصی است و از آنجایی که رئیس کشور بالاترین مقام سیاسی و اداری در کل کشور محسوب می‌شود، بنابراین هیچ نهاد یا مرجعی مافوق این مقام برای پذیرش استعفای وی وجود ندارد و لذا واژه کناره‌گیری به جای استعفا برای رئیس کشور مناسب است^{۳۹۸}.

۱.۱.۴. ناتوانی دائم از انجام وظایف

در تعریف این عامل می‌توان گفت که ممکن است رئیس دولت - کشور به دلایلی مثل بیماری، غیبت و یا امثال اینها از انجام وظایف قانونی خود به طور دائمی و قطعی ناتوان گردد، در این صورت یکی از اسباب کفالت این مقام رخ می‌دهد که در ادامه، این عامل از عوامل کفالت رئیس کشور در سه کشور ایران، آمریکا و فرانسه بررسی می‌شود.

در ایران مطابق صدر اصل ۱۱۱ قانون اساسی، در زمانی که مقام رهبری از انجام

32. An Act to Provide for the Safe Keeping of the Acts, Records, and Seal of the United States, and for Other Purposes Act of 1789.

۳۳. در ۲ آوریل سال ۱۹۶۹ فرمان ارجاع لایحه قانونی راجع به ایجاد مناطق به عنوان بزرگ‌ترین واحد تقسیمات کشوری و نوسازی سنا منتشر می‌شود و رئیس‌جمهور شارل دوگل در یک برنامه تلویزیونی اعلام می‌دارد که در صورت رأی منفی اکثریت مردم به این لایحه از ریاست جمهوری کناره‌گیری خواهد کرد. این لایحه قانونی در همه‌پرسی مورخ ۲۷ آوریل ۱۹۶۹ با اکثریت ۵۳ درصدی آرا رد شد و پس از این اتفاق، شارل دوگل، رئیس‌جمهور وقت فرانسه، در ۲۸ آوریل سال ۱۹۶۹ کناره‌گیری خود از این سمت را اعلام می‌دارد.

۳۴. جواد تقی‌زاده، «تحقق کفالت ریاست جمهوری در حقوق ایران با نگاهی به حقوق فرانسه»، ش ۵۵، (۱۳۹۰) ص ۱۰۶.

۳۵. سید احمد حبیب‌نژاد، مشروعیت، وظایف و اختیارات مجلس خبرگان، (تهران: کانون اندیشه جوان، چ ۴، ۱۳۹۴)، صص ۱۶۴-۱۶۵.

وظایف قانونی خود ناتوان شود از مقام خود برکنار می‌گردد و تشخیص و اعلام این ناتوانی و برکناری رهبر برعهده مجلس خبرگان رهبری قرار دارد. در کشور آمریکا نیز به‌موجب بند ششم بخش ۱ ماده دوم قانون اساسی سال ۱۷۸۹ این کشور «...عدم توانایی در تقبل وظایف و اختیارات این مقام [رئیس‌جمهور]...»، به این امر منجر می‌شود که معاون وی جایگزین او شود. البته این بند به علت داشتن ایرادات و اشکالات فراوان مثل مشخص نبودن مرجع تشخیص این ناتوانی و اعلام زمان جانشینی معاون رئیس‌جمهور و اینکه آیا معاون رئیس‌جمهور به‌طور موقت جانشین رئیس‌جمهور می‌شود یا به‌طور دائمی، منجر به تصویب متمم بیست و پنجم قانون اساسی این کشور در ۱۰ فوریه سال ۱۹۶۷ یعنی درست چهار سال پس از ترور جان اف. کندی، سی و پنجمین رئیس‌جمهور آمریکا، گردید. به‌موجب بخش چهارم^{۳۹۹} این متمم، در هر زمانی که معاون رئیس‌جمهور و اکثریتی مرکب از وزرا و یا هر مرجع دیگری که از سوی کنگره تعیین شود به‌طور کتبی به رئیس موقت مجلس سنا^{۴۰۰} و رئیس مجلس نمایندگان اعلام کنند که شخص رئیس‌جمهور از انجام اختیارات و وظایف قانونی خود ناتوان است، معاون رئیس‌جمهور به‌عنوان کفیل عهده‌دار اختیارات و

۳۶. بخش چهارم متمم بیست و پنجم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا به این شرح است: «در صورتی که معاون رئیس‌جمهوری و اکثریتی متشکل از مقامات ارشد بخش‌های اجرایی یا هر مرجع دیگری که کنگره به‌موجب قانون پیش‌بینی می‌کند، طی اطلاعیه‌ای کتبی به رئیس موقت سنا و رئیس مجلس نمایندگان اطلاع دهند که رئیس‌جمهوری توان استفاده از اختیارات و انجام وظایف ریاست‌جمهوری را ندارد، معاون رئیس‌جمهوری بی‌درنگ به‌عنوان کفیل ریاست‌جمهوری اختیارات و وظایف وی را عهده‌دار می‌شود. از آن زمان در صورتی که رئیس‌جمهوری با اعلامیه‌ای کتبی به رئیس موقت سنا و سخنگوی مجلس نمایندگان اطلاع دهد که ناتوانی وی مرتفع شده است، وی می‌تواند بار دیگر اعمال اختیارات و انجام وظایف ریاست‌جمهوری را عهده‌دار شود، مگر اینکه معاون رئیس‌جمهوری و اکثریتی متشکل از مقامات ارشد بخش‌های اجرایی، یا مراجع دیگری که کنگره به‌موجب قانون پیش‌بینی می‌کند، ظرف مدت چهار روز طی اعلامیه‌ای کتبی به رئیس موقت سنا و سخنگوی مجلس نمایندگان اطلاع دهند که رئیس‌جمهوری توان استفاده از اختیارات و انجام وظایف ریاست‌جمهوری را ندارد. در این صورت، چنانچه کنگره در اجلاس نباشد باید ظرف مدت چهل و هشت ساعت تشکیل جلسه دهد و در این خصوص تصمیم‌گیری کند. چنانچه کنگره ظرف بیست و یک روز پس از دریافت اعلامیه کتبی اخیر و در صورت نداشتن جلسه، ظرف مدت بیست و یک روز پس از درخواست تشکیل جلسه، با دو سوم آرای هر دو مجلس تشخیص دهد که رئیس‌جمهوری توان استفاده از اختیارات و انجام وظایف را ندارد، آنگاه معاون رئیس‌جمهوری به سمت جانشینی رئیس‌جمهوری کار وی را ادامه خواهد داد، در غیر این صورت رئیس‌جمهور وظایف و اختیارات خود را دوباره عهده‌دار خواهد شد».

۳۷. به‌موجب بند پنجم بخش ۳ ماده دوم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، مجلس سنا می‌تواند در صورت غایب بودن معاون رئیس‌جمهور و یا در زمانی که وی به جای رئیس‌جمهور انجام وظیفه می‌کند، شخصی را به‌عنوان رئیس موقت برای اداره جلسات خود انتخاب نماید.

وظایف رئیس‌جمهور می‌شود. رئیس‌جمهور نیز می‌تواند پس از رفع مشکل ناتوانی، در همان زمان به صورت مکتوب به رئیس موقت مجلس سنا و همچنین رئیس مجلس نمایندگان اطلاع دهد و در این صورت او می‌تواند مجدداً اعمال اختیارات و انجام وظایف ریاست جمهوری را برعهده بگیرد، مگر اینکه معاون وی و اکثریتی از وزرا یا مراجع دیگری که کنگره تعیین می‌کند در ظرف مدت چهار روز به صورت کتبی به رئیس موقت مجلس سنا و سخنگوی مجلس نمایندگان اطلاع دهند که رئیس‌جمهور همچنان توان انجام وظایف و اختیارات خود را ندارد که در این صورت کنگره وارد عمل می‌شود و چنانچه در اجلاس نباشد باید ظرف مدت چهار و هشت ساعت تشکیل جلسه دهد و در این باره تصمیم‌گیری کند. در صورتی که کنگره در مدت بیست و یک روز بعد از دریافت اطلاعیه اخیر یا بیست و یک روز بعد از درخواست تشکیل جلسه با دو سوم آرای هر دو مجلس تشخیص دهد که رئیس‌جمهور توان انجام وظایف و اختیارات خود را ندارد، وی از سمت خود برکنار شده، معاون او عهده‌دار وظایف و اختیارات ریاست جمهوری می‌شود؛ در غیر این صورت رئیس‌جمهور وظایف و اختیارات خود را دوباره از سر خواهد گرفت. در فرانسه نیز به موجب بند چهارم ماده ۷ قانون اساسی این کشور، رئیس‌جمهور در صورت مانعیت عواملی همچون بیماری بسیار شدید یا درمان‌ناپذیر و یا جنون، بنابر تقاضای دولت و تصویب اکثریت مطلق اعضای شورای قانون اساسی این کشور، وظایف و اختیارات ریاست جمهوری برعهده کفیل وی قرار خواهد گرفت^{۴۰۱}. با وجود پیش‌بینی امکان برکناری رؤسای کشور در هر سه کشور ایران، امریکا و فرانسه به دلیل ناتوانی دائم از انجام وظایف خود، تا به امروز هیچ‌کدام از رؤسای این سه کشور به دلیل پیش‌گفته از سمت خود برکنار نشده‌اند.

۲.۱. موجبات موقت

مقصود از موجبات موقت، شرایطی است که در صورت به‌وجود آمدن باعث از دست رفتن سمت مقام مسئول پیشین نشده، بلکه صرفاً به صورت مقطعی وظایف و اختیاراتش برعهده متصدی کفالت وی قرار خواهد گرفت. شاید شرایطی به‌وجود بیاید که رئیس کشور به

38. Favoreu, Louis, Philip, Loic, *le Conseil Constitutionnel*, (Paris: Presses Universitaires de France, e 6, 2005), P. 64.

دلایلی مثل بیماری، تصادف، ربایش، اسارت یا گم شدن قادر به انجام وظایف و اختیارات خود نباشد، در این صورت انجام وظایف و اختیاراتش تعطیل می‌شود، که این امر با توجه به جایگاه خطیر رئیس کشور اصلاً به مصلحت کشور نیست. بنابراین قوانین اساسی هر سه نظام ایران، امریکا و فرانسه مبادرت به پیش‌بینی جانشین موقت برای رئیس کشور در چنین حالتی کرده‌اند که در زیر به تفصیل بیان می‌شود.

در آخرین فراز از اصل ۱۱۱ قانون اساسی ایران^{۴۰۲} پیش‌بینی شده است که در صورتی که مقام رهبری به هر دلیلی به‌طور موقت از انجام وظایف قانونی خود ناتوان شود، در این مدت شورای موقت رهبری که در قسمت دوم این مقاله توضیح داده می‌شود انجام وظایف و اختیارات این مقام را به‌عهده می‌گیرد. البته در قانون اساسی ایران مرجع تشخیص و اعلام این ناتوانی مقام رهبری مشخص نشده است و به‌نظر می‌رسد که خود مقام رهبری مرجع تشخیص و اعلام آن باشد^{۴۰۳}. در کشور امریکا نیز به استناد بخش سوم متمم بیستم قانون اساسی این کشور در صورتی که رئیس‌جمهور منتخب قبل از دوران تصدی به علت شرایطی قادر به انجام وظیفه نباشد معاون انتخابی وی تا زمانی که رئیس‌جمهور دارای شرایط لازم شود به انجام وظایف و اختیارات وی مبادرت می‌ورزد. همچنین به‌موجب بخش سوم بیست و پنجمین متمم قانون اساسی^{۴۰۴} این کشور، رئیس‌جمهور در دوران تصدی نیز می‌تواند در هر زمانی به رئیس موقت مجلس سنا و سخنگوی مجلس نمایندگان کتباً اطلاع دهد که توان انجام وظایف و اختیارات ریاست جمهوری را ندارد و تا زمانی که خلاف آن را به صورت کتبی اعلام نکرده است، معاون وی به‌عنوان کفیل وظایف و اختیارات ریاست جمهوری را عهده‌دار خواهد شد. از این متمم تا به امروز سه بار در تاریخ امریکا استفاده شده است. نخستین بار در سال ۱۹۸۵ رئیس‌جمهور رونالد ویلسن ریگان به دلیل جراحی سرطان وظایف و اختیارات خود را به جرج هربرت واکر بوش سپرد، و در سال‌های ۲۰۰۲ و ۲۰۰۷

۳۹. ذیل اصل ۱۱۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به این شرح است: «هرگاه رهبر بر اثر بیماری یا حادثه دیگری موقتاً از انجام وظایف رهبری ناتوان شود، در این مدت شورای مذکور در این اصل وظایف او را عهده‌دار خواهد بود».

۴۰. جوادتی‌زاده، «کفالت رهبری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، ش ۵۵ (۱۳۹۰)، ص ۴۴۷.

۴۱. بخش سوم متمم بیست و پنجم قانون اساسی ایالات متحده امریکا بیان می‌دارد: «هر زمانی رئیس جمهوری به رئیس موقت سنا و سخنگوی مجلس نمایندگان کتباً اعلام کند که توان انجام وظایف محوله را ندارد، و تا هنگامی که اطلاعیه کتبی [دیگری] مبنی بر لغو اطلاعیه پیشین ارسال ارائه نکند، معاون وی به‌عنوان کفیل وظایف یادشده را عهده‌دار خواهد شد».

نیز رئیس‌جمهور جرج واکر بوش به دلیل کولونوسکوپي زمام امور را به معاونش ریچارد بروس دیک چینی واگذار کرد. در کشور فرانسه نیز با تصریح بند چهارم ماده ۷ قانون اساسی این کشور وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور در صورت مانعیت وی بنابر تقاضای دولت و رأی موافق اکثریت مطلق اعضای شورای قانون اساسی این کشور به جانشینان وی واگذار می‌شود و عبارت «مانعیت» شامل مانعیت موقت رئیس‌جمهور هم می‌گردد. بنابراین ملاحظه می‌شود که در هر سه کشور ایران، امریکا و فرانسه ناتوانی موقت رئیس‌جمهور موجب واگذاری وظایف و اختیارات به جانشینان آنهاست.

۲. مقامات برگزیده شده برای تصدی سمت کفالت اداری مقام ریاست دولت - کشور

در ایران تا قبل از بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، برای تصدی موقت جایگاه مقام رهبری، جانشینی پیش‌بینی نشده بود و خلأ قانون اساسی در این مورد کاملاً آشکار بود. با بازنگری در قانون اساسی برای تصدی موقت جایگاه مقام رهبری، در اصل ۱۱۱ قانون اساسی^{۴۰۵} شورایی با عنوان شورای موقت رهبری پیش‌بینی شده است. این شورا در حالت اولیه مشتمل است از رئیس‌جمهور، رئیس‌قوة قضاییه^{۴۰۶} و یکی از فقهای شورای نگهبان که از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام^{۴۰۷} انتخاب می‌شود و در صورتی که

۴۲. اصل ۱۱۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در این خصوص بیان می‌دارد: «... تا هنگام معرفی رهبر، شورایی مرکب از رئیس‌جمهور، رئیس‌قوة قضاییه و یکی از فقهای شورای نگهبان به انتخاب مجمع تشخیص مصلحت نظام، همه وظایف رهبری را به‌طور موقت به عهده می‌گیرد و چنانچه در این مدت یکی از آنان به هر دلیل نتواند انجام وظیفه نماید، فرد دیگری به انتخاب مجمع، با حفظ اکثریت فقهاء، در شورا به جای وی منصوب می‌گردد».

۴۳. اصل ۱۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مورد تعیین رئیس‌قوة قضاییه بیان می‌دارد: «به منظور انجام مسئولیت‌های قوه قضاییه در کلیه امور قضایی و اداری و اجرایی، مقام رهبری یک نفر مجتهد عادل و آگاه به امور قضایی و مدیر و مدبر را برای مدت پنج سال به عنوان رئیس‌قوة قضاییه تعیین می‌نماید که عالی‌ترین مقام قوه قضاییه است».

۴۴. اصل ۱۱۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مورد تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام بیان می‌دارد: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع یا قانون اساسی بداند و مجلس یا در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است، به دستور رهبری تشکیل می‌شود. اعضای ثابت و متغیر این مجمع را مقام رهبری تعیین می‌نماید. مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضا تهیه و تصویب و به تأیید مقام رهبری خواهد رسید».

هرکدام از آنها نتواند به هر دلیلی انجام وظیفه کند، فرد دیگری از جانب مجمع تشخیص مصلحت نظام (با حفظ اکثریت فقها در شورا) به این سمت منصوب می‌شود. همان‌گونه که می‌بینید، اکثریت در این شورا با فقها است. تأکید قانون اساسی بر حفظ اکثریت فقها در شورای موقت رهبری، به این دلیل است که رهبری کشور اسلامی، حتی در حالت موقت نیز باید بر اساس موازین اسلامی باشد^{۴۰۸}.

در امریکا نیز به موجب بند ششم بخش ۱ ماده دوم^{۴۰۹} و همچنین بند سوم متمم بیستم و بند نخست متمم بیست و پنجم قانون اساسی این کشور، در صورت به وقوع پیوستن موجبات کفالت رئیس‌جمهور، معاون رئیس‌جمهور^{۴۱۰} جانشین وی می‌گردد و در صورتی که پست معاونت رئیس‌جمهور خالی باشد یا وی تمایلی به انجام این وظیفه نداشته نباشد، مقاماتی که به موجب قانون مصوب ۱۸ ژوئیه سال ۱۹۴۷ کنگره^{۴۱۱} مشخص شده‌اند، انجام وظیفه خواهند کرد^{۴۱۲}.

تا به امروز، در مجموع نه تن از معاونان رئیس‌جمهور در امریکا توانسته‌اند به دلایلی مثل فوت یا کناره‌گیری، به کفالت رئیس‌جمهوری دست پیدا کنند که اسامی آنان عبارت

۴۵. مهدی موحدی محب، «تأملی در ترکیب شورای موقت رهبری (موضوع اصل یکصد و یازدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) از منظر اصول فقه شیعه»، فقه و حقوق اسلامی، ش ۶ (۱۳۹۱)، ص ۲۱۲.

۴۶. بند شش بخش ۱ ماده دوم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا: «در صورت برکناری رئیس‌جمهوری یا فوت او یا استعفای او یا عدم توانایی در تقبل وظایف و اختیارات این مقام، معاون رئیس‌جمهوری جایگزین او می‌شود و کنگره طبق قانون در صورت برکناری، فوت، استعفا یا عدم توانایی هریک از این دو مقام، اعلام می‌کند کدام شخصیت باید به عنوان رئیس‌جمهوری و بر همان قرار انجام وظیفه کند، تا زمانی که ناتوانی برطرف شده و رئیس‌جمهوری دیگری انتخاب گردد».

۴۷. تدوین‌کنندگان قانون اساسی امریکا، جایگاه معاونت رئیس‌جمهور را به این دلیل ایجاد کردند که در صورت فوت، از کارافتادگی یا استعفای رئیس‌جمهور، معاون رئیس‌جمهور جایگزین وی شده و وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور را برعهده بگیرد؛ بنابراین، هدف اصلی از ایجاد جایگاه معاونت رئیس‌جمهور در امریکا، تبیین موضوع کفالت رئیس‌جمهور بوده است. محمدحسین، محمدی، معاونت رئیس‌جمهور در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، دانشگاه امام صادق (ع)، (۱۳۹۴)، ص ۴۳.

48. Presidential Succession Act of 1947.

۴۹. مقامات زیر به ترتیب می‌توانند جانشین رئیس‌جمهور شوند:

۱. رئیس مجلس نمایندگان؛ ۲. رئیس موقت سنای؛ ۳. وزیر امور خارجه؛ ۴. وزیر خزانه‌داری؛ ۵. وزیر دفاع؛ ۶. دادستان کل یا وزارت دادگستری؛ ۷. وزیر کشور؛ ۸. وزیر کشاورزی؛ ۹. وزیر بازرگانی؛ ۱۰. وزیر کار؛ ۱۱. وزیر بهداشت و خدمات انسانی؛ ۱۲. وزیر مسکن و توسعه شهری؛ ۱۳. وزیر ترابری؛ ۱۴. وزیر انرژی؛ ۱۵. وزیر آموزش؛ ۱۶. وزیر امور کهنه‌سربازان؛ ۱۷. وزیر امنیت داخلی.

است از: جان تایلر، میلارد فیلمور، اندرو جانسون، چستر آلن آرتور، تئودور روزولت، جان کالوین کولیج، هری اس ترومن، لیندون بی. جانسون و جرال د فورد.

در فرانسه نیز مطابق بند چهارم ماده ۷ قانون اساسی این کشور^{۴۱۳}، در صورت پیش آمدن موجبات کفالت رئیس جمهور، وظایف وی به طور موقت به رئیس مجلس سنای این کشور واگذار می شود و در صورتی که او نیز قادر به انجام این وظایف نباشد، وظایف رئیس جمهور از سوی هیئت دولت انجام می شود. تاکنون در این کشور دو بار کفالت رئیس جمهور رخ داده است؛ یکی پس از کناره گیری شارل دوگل و دیگری، پس از مرگ ژرژ پمپیدو که در هر دو مورد، ریاست مجلس سنا، آلن پوهر، وظایف ریاست جمهوری را به طور موقت انجام می داد.

۳. محدودیت های دوران کفالت اداری مقام ریاست دولت - کشور

در این قسمت این محدودیت ها به دو دسته زمانی و سیاسی تقسیم بندی و به صورت جداگانه بررسی می شوند.

۳.۱. محدودیت زمانی

منظور از محدودیت زمانی، مدت زمان تعیین شده برای مقام برگزیده به منظور تصدی سمت کفالت اداری مقام ریاست دولت - کشور است.

در کشور ایران به استناد اصل ۱۱۱ قانون اساسی، خبرگان رهبری موظف اند که پس از حصول موجبات تام (فوت، عزل و کناره گیری) تحقق سمت کفالت رهبری، در «اسرع وقت» نسبت به انتخاب رهبر جدید اقدام نمایند. در هنگام رخداد موجبات موقت (بیماری یا حادثه دیگر) نیز تا زمان رفع مانع، شورای موقت رهبری تشکیل می شود. در واقع در قانون

۵۰. بند چهارم ماده ۷ قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه بیان می دارد: «در صورت خالی ماندن سمت ریاست جمهوری به هر علتی که باشد یا با تأیید معذوریت وی از سوی شورای قانون اساسی و تصویب با اکثریت مطلق آرای اعضای این شورا که در این مورد به دعوت دولت تشکیل جلسه می دهد، رئیس مجلس سنا به طور موقت وظایف رئیس جمهور را به استثنای موارد پیش بینی شده در اصول ۱۱ و ۱۲ این قانون، برعهده می گیرد و چنانچه رئیس مجلس نیز به نوبه خود از انجام این وظایف معذور باشد، دولت عهده دار انجام آنها می گردد».

اساسی ایران برای طول دوران کفالت رهبری مدت مشخصی تعیین نشده است.^{۴۱۴} البته تعیین زمان برای دوران کفالت رهبری و انتخاب رهبر جدید، در مجلس بازننگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ مطرح بوده که به نتیجه نهایی نرسیده است.^{۴۱۵}

قانون اساسی امریکا نیز به موجب بخش سوم متمم بیستم و بخش یکم متمم بیست و پنجم قانون اساسی این کشور، معاون رئیس جمهور را جانشین رئیس جمهور قبلی می‌داند؛ یعنی اینکه در صورت بروز موجبات تام کفالت رئیس جمهور، انتخابات میان دوره‌ای برگزار نشده، جانشینان وی تا پایان دوره ریاست جمهوری قبلی به انجام وظایف و اختیارات وی می‌پردازند. در خصوص موجبات موقت نیز بر اساس بخش سوم متمم بیستم و بیست و پنجم قانون اساسی، معاون رئیس جمهور تا زمان رفع مانع، عهده‌دار انجام وظایف و اختیارات رئیس جمهور خواهد بود و مدت زمانی برای این دوران تعیین نشده است.

وضعیت محدودیت زمانی برای تصدی دوران کفالت رئیس کشور در فرانسه، با دو کشور دیگر مورد مطالعه کاملاً متفاوت است. در این کشور، به استناد بند پنجم ماده ۷ قانون

۵۱. نجفقلی حبیبی درباره لزوم تعیین مدت برای دوران کفالت رهبری در شورای بازننگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان می‌دارد: «بعد اینجا گفته در اسرع وقت، جناب آقای مؤمن فرمودند ولی واقش این است که این اسرع وقت قطعاً باید مشخص بشود. مملکت را بگذاریم، اگر یک چنین حوادثی پیش بیاید و می‌فرمایید که خبرگان نمی‌توانند که من هنوز باور نمی‌کنم خبرگان چون یک مجلس مشخص ثابت دائماً فعالی است و آدم‌ها و جریان‌ها را تحت نظر دارد قطعاً شناخت روی قضایا دارد. برای آن ایام موقت اگر فرض‌های اضطراری است یک قائم مقام می‌تواند انتخاب بکند مثل همین که ما برای دستگاه‌ها یک سرپرست می‌گذاریم دو سه روز چهار روز یک قائم مقام می‌تواند انتخاب بکنند که آن هم البته نظر خود من است که از خود خبرگان باید انتخاب کنند هر کسی را انتخاب می‌کنند. اما آن اسرع وقت قطعاً باید معلوم بشود حالا بفرمایید حداکثر ۱۰ روز، معنی ندارد یک مجلس خبرگان ما داریم، تشکیلاتی دارد، حساب و کتابی دارد بعد بگوییم حالا این‌ها سه ماه نمی‌توانند یک فقیه را انتخاب کنند. پس این‌ها تا حالا چه کار می‌کردند؟ یعنی واقعاً نباید این‌ها پاسخ‌گو باشند در مقابل ملت که شما یک تشکیلات عریض و طولی دارید، سالی هم چند بار جلسه تشکیل می‌دهید، بعد هنوز نمی‌دانید چه کسی واقعاً بالنسبه صلاحیت دارد برای ولایت؟ بعد بگوییم حالا بنشینید ۶ ماه دیگر مملکت را بی‌سرپرست بگذارید و یک عده آدم‌هایی بیایند به صورت موقت عمل بکنند. همین جریان ارتحال حضرت امام به ما نشان داد که چقدر مشکل است که ما بخواهیم امور را در یک چنین موقعیت‌هایی بگذاریم به وضعیت موقت عمل بشود. بنابراین بهترین راهش این است که پافشاری بشود و من فکر نمی‌کنم بیش از ۱۰ روز آن‌ها باید حق داشته باشند، یعنی زمان خیلی زمان کوتاهی باید برایشان گذاشت». اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات شورای بازننگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۳، (تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ ۱، ۱۳۶۹)، ص ۱۴۱۹.

۵۲. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات شورای بازننگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۳، (تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ ۱، ۱۳۶۹)، ص ۱۴۴۷.

اساسی، در صورت غیبت یا اعلام مانعیت قطعی رئیس‌جمهور از سوی شورای قانون اساسی، برگزاری انتخابات برای رئیس‌جمهور جدید باید حداقل بیست روز و حداکثر سی و پنج روز از تاریخ غیبت یا اعلام قطعیت مانعیت رئیس‌جمهور انجام شود؛ مگر در صورت ضرورت و به تشخیص شورای قانون اساسی این کشور. همچنین به موجب بند ده این ماده، شورای قانون اساسی می‌تواند مهلت برگزاری انتخابات جدید ریاست جمهوری را در صورتی که انتخابات بعد از سی و پنج روز از تاریخ تصمیم شورا انجام نگیرد، تمدید نماید.

۳.۲. محدودیت‌های سیاسی

منظور از محدودیت‌های سیاسی، وجود احکام خاص و استثنایی در دوران کفالت اداری مقام ریاست دولت - کشور است.

در ایران بنابر تصریح اصل ۱۱۱ قانون اساسی^{۴۱۶}، شورای موقت رهبری در خصوص انجام برخی از وظایف رهبری دچار نوعی محدودیت است. بر اساس این اصل، شورای موقت رهبری برای انجام وظایف مندرج در بندهای یک، سه، پنج و ده و قسمت‌های «د»، «ه» و «و» بند شش اصل ۱۱۰ قانون اساسی^{۴۱۷}، باید با تصویب سه‌چهارم اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام اقدام نماید. به جز این موارد مصرح، در سایر موارد، شورا به‌طور

۵۳. «قسمتی از اصل ۱۱۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان می‌دارد: «این شورا در خصوص وظایف بندهای ۱ و ۳ و ۵ و ۱۰ و قسمت‌های (د) و (ه) و (و) بند ۶ اصل یکصد و دهم، پس از تصویب سه‌چهارم اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام اقدام می‌کند».

۵۴. اصل ۱۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اعلام می‌دارد: «وظایف و اختیارات رهبر:

۱. تعیین سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام؛ ۲. نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام؛ ۳. فرمان همه‌پرسی؛ ۴. فرماندهی کل نیروهای مسلح؛ ۵. اعلان جنگ و صلح و بسیج نیروها؛ ۶. نصب و عزل و قبول استعفا؛ الف) فقهای شورای نگهبان، ب) عالی‌ترین مقام قضاویه، ج) رئیس سازمان صدا و سیما؛ جمهوری اسلامی ایران، د) رئیس ستاد مشترک، ه) فرمانده کل سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، و) فرماندهان عالی نیروهای نظامی و انتظامی، ۷. حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه؛ ۸. حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل‌حل نیست، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام؛ ۹. امضای حکم ریاست جمهوری پس از انتخاب مردم، صلاحیت داوطلبان ریاست جمهوری از جهت دارا بودن شرایطی که در این قانون می‌آید، باید قبل از انتخابات به تأیید شورای نگهبان و در دوره اول به تأیید رهبری برسد؛ ۱۰. عزل رئیس‌جمهور یا در نظر گرفتن مصالح کشور پس از حکم دیوان عالی کشور به تخلف وی از وظایف قانونی، یا رأی مجلس شورای اسلامی به عدم کفایت وی بر اساس اصل هشتاد و نهم؛ ۱۱. عفو یا تخفیف مجازات محکومین در حدود موازین اسلامی پس از پیشنهاد رئیس قوه قضاییه. رهبر می‌تواند بعضی از وظایف و اختیارات خود را به شخص دیگری تفویض کند».

مستقل وظایف و اختیارات رهبری را انجام می‌دهد.

برای کفیل ریاست جمهوری در کشور امریکا، هیچ‌گونه محدودیت سیاسی مقرر نشده است و به صرف سوگند ریاست جمهوری، فرد مشغول انجام کلیه وظایف و اختیارات ریاست جمهوری می‌شود.

در فرانسه نیز به موجب بند چهارم ماده ۷ قانون اساسی این کشور، کفیل ریاست جمهوری در طول این دوران، از انجام برخی از اختیارات به طور کلی محروم می‌شود؛ این اختیارات عبارت‌اند از: اقدام به برگزاری همه‌پرسی^{۴۱۸} و انحلال مجلس ملی^{۴۱۹}. به علاوه این محدودیت‌ها، به استناد بند یازدهم ماده یادشده، در این دوران، مجلس ملی نمی‌تواند مطابق مواد ۴۹ و ۵۰^{۴۲۱}، دولت را استیضاح کند و همچنین نمی‌توان مطابق ماده ۸۹ قانون

۵۵. ماده ۱۱ قانون اساسی جمهوری فرانسه در خصوص برگزاری همه‌پرسی اعلام می‌دارد: «رئیس جمهور، به پیشنهاد دولت در مدت اجلاسهای پارلمان و یا به پیشنهاد مشترک دو مجلس که در روزنامه رسمی منتشر می‌گردد، می‌تواند هر لایحه‌ای را که در مورد سازماندهی قوای عمومی، اصلاحات مربوط به سیاست اقتصادی یا اجتماعی مملکت، اصلاحات مربوط به خدمات عمومی که در این سیاست نقش دارند یا راجع به اجازه تصویب معاهده‌ای باشد که بدون مغایرت با قانون اساسی بر عملکرد نهادها اثر داشته باشد، به همه‌پرسی گذارد.

هنگامی که همه‌پرسی به پیشنهاد دولت برگزار گردید، دولت در برابر هریک از مجلس‌ها نطقی ایراد می‌نماید که پس از این نطق، مذاکره صورت می‌گیرد.

هنگامی که همه‌پرسی منجر به تصویب لایحه شود، رئیس‌جمهور قانون را ظرف مدت پانزده روز پس از اعلام نتایج انتخابات، امضا و فرمان اجرای آن را صادر می‌کند».

۵۶. ماده ۱۲ قانون اساسی فرانسه: «رئیس‌جمهور می‌تواند پس از مشورت با نخست‌وزیر و رؤسای مجالس، مجلس شورای ملی را منحل نماید، در این صورت، انتخابات ظرف مدت حداقل ۲۰ روز و حداکثر ۴۰ روز بعد از تاریخ انحلال انجام خواهد شد.

مجلس شورای ملی در دومین پنجشنبه بعد از انتخابات به‌طور رسمی تشکیل می‌گردد. چنانچه این جلسه خارج از روز فعالیت معمولی مجلس تشکیل شود، در این صورت، یک دوره فعالیت خارج از معمول برای مدت ۱۵ روز شروع می‌شود.

انحلال مجدد مجلس در همان سال مجاز نیست».

۵۷. این ماده بیان می‌دارد: «نخست‌وزیر، پس از تصمیم‌گیری در شورای وزیران، در برابر مجلس مسئولیت برنامه‌ها یا احتمالاً سیاست کلی، خود را از طرف دولت تقبل می‌نماید.

مجلس ملی می‌تواند با تصویب پیشنهاد استیضاح مسئولیت دولت را زیر سؤال ببرد. چنین پیشنهادی فقط با امضای حداقل یک‌دهم اعضای مجلس ملی قابل دریافت است. رأی‌گیری ۴۸ ساعت پس از تسلیم پیشنهاد استیضاح صورت می‌پذیرد. فقط آرای موافق استیضاح شمارش می‌شوند و استیضاح فقط با آرای اکثریت اعضای مجلس تصویب می‌گردد. جز در موارد پیش‌بینی شده در بند زیر، یک نماینده بیش از سه استیضاح در طول یک اجلاس عادی و بیش از یک استیضاح در طول یک اجلاس فوق‌العاده نمی‌تواند امضا کند.

نخست‌وزیر می‌تواند پس از تصمیم‌گیری در شورای وزیران، در برابر مجلس ملی در مورد تصویب یک متن مشخص، مسئولیت دولت را به رأی گذارد. در این صورت، متن تصویب شده تلقی می‌گردد، مگر اینکه پیشنهاد استیضاحی ظرف ۲۴ ساعت پس از تسلیم آن، طبق شرایط پیش‌بینی شده در بند پیشین تصویب گردد.

نخست‌وزیر اختیار آن را دارد که از سنا درخواست تأیید سیاست کلی را نماید».

۵۸. این ماده بیان می‌کند: «هنگامی که مجلس ملی پیشنهاد استیضاح را تصویب و یا برنامه دولت یا سیاست کلی دولت را رد کند،

اساسی^{۴۲۲} برای تجدیدنظر در قانون اساسی اقدام نمود.

جدول موارد تطبیقی شباهت‌ها و تفاوت‌های کفالت اداری رئیس دولت - کشور در ایران، امریکا و فرانسه

کشورها	موجبات		محدودیت‌ها	
	نام	موقت	زمانی	سیاسی
ایران	فوت کناره‌گیری عزل ناتوانی دائم از انجام وظایف	بیماری - هر حادثه دیگری	اسرع وقت	انجام برخی وظایف رهبری مندرج در بندهای ۱، ۳، ۵، ۱۰ و قسمت‌های د، ه و بند شش اصل ۱۱۰ قانون اساسی با تصویب دوسوم اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام اقدام می‌کند
امریکا	فوت عزل استعفا ناتوانی دائم از انجام وظایف	عدم توانایی در انجام وظایف و اختیارات	معاون رئیس‌جمهور - مقامات پیش‌بینی شده در قانون مصوب هجده ژوئیه سال ۱۳۴۷ کنگره	_____
فرانسه	غیاب به هر دلیل - اعلام مانعیت از سوی شورای قانون اساسی با تصویب اکثریت اعضا به تقاضای دولت	اعلام مانعیت از سوی شورای قانون اساسی با تصویب اکثریت اعضا به تقاضای دولت	رئیس مجلس سنا - هیئت دولت تشخیص شورای قانون اساسی	حداقل ۳۰ روز و حداکثر ۳۵ روز از تاریخ غیبت یا اعلام قطعی مانعیت، مگر در صورت ضرورت به تشخیص شورای قانون اساسی

نخست‌وزیر باید استعفای دولت را تقدیم رئیس‌جمهور نماید».

۵۹. ماده ۸۹ قانون اساسی جمهوری فرانسه اعلام می‌دارد: «حق بازنگری قانون اساسی، به‌طور مشترک از آن رئیس‌جمهور به پیشنهاد نخست‌وزیر و از آن نمایندگان پارلمان می‌باشد.

لایحه یا طرح بازنگری باید در هر دو مجلس با متن مشابه به تصویب برسد. بازنگری پس از تأیید آن، از طریق همه‌پرسی قطعی خواهد شد.

با این حال، لایحه بازنگری در صورت تصمیم رئیس‌جمهور مبنی بر ارائه آن به پارلمان که به صورت اجلاس مشترک تشکیل جلسه می‌دهد، دیگر به آرای عمومی گذارده نخواهد شد؛ در این صورت لایحه بازنگری فقط با کسب اکثریت سه‌پنجم کل آرای مأخوذه تصویب می‌گردد. دفتر اجلاس مشترک همان دفتر مجلس ملی خواهد بود.

هنگامی که تمامیت ارضی کشور در معرض خطر قرار گیرد، نمی‌توان اقدام به بازنگری قانون اساسی یا پیگیری آن کرد. شکل حکومت جمهوری نمی‌تواند مورد بازنگری قرار گیرد».

نتیجه

با مطالعه تطبیقی و آسیب‌شناسی مقررات مربوط به کفالت اداری مقام ریاست دولت-کشور بین سه کشور ایران، آمریکا و فرانسه نتایج زیر حاصل شده است و به تفکیک (موجبات، مقامات و محدودیت‌ها) بیان می‌شود:

الف) موجبات تام و موقت کفالت اداری در هر سه کشور مورد مطالعه برای مقام ریاست دولت-کشور پیش‌بینی شده و در این مورد وضعیت سه کشور تقریباً یکسان است، ولی در قوانین جاری ایران و فرانسه در مورد مرجع دریافت سند کناره‌گیری مقام رهبری و تشریفات مربوط به آن چیزی مقرر نشده است که این مسئله از نقاط خلأ در قانون اساسی ایران و فرانسه به حساب می‌آید و در آینده می‌تواند مشکل‌آفرین شود. در ثانی در قانون اساسی فرانسه به درستی مرجع تشخیص ناتوانی موقت مقام ریاست جمهوری مشخص شده، اما در قانون اساسی ایران و آمریکا مرجع تشخیص این ناتوانی مشخص نشده است و معلوم نیست که چه مرجعی باید ناتوانی موقت مقام رهبری در ایران و ریاست جمهوری در آمریکا را تشخیص بدهد.

ب) شورایی نبودن کفالت مقام ریاست جمهوری در فرانسه و آمریکا از محاسن زیادی برخوردار است که متأسفانه قانون اساسی ایران از این مزیت‌ها بی‌بهره است؛ از جمله این مزیت‌ها، می‌توان به کند نشدن انجام کارها در این زمان اشاره کرد. دیگر اینکه شرایط تعیین شده برای رئیس دولت-کشور در فرانسه و آمریکا به صورت کمی است، ولی در ایران این شرایط به صورت کیفی تعیین شده است؛ بنابراین، عضویت منصوبان مقام رهبری، اعم از رئیس قوه قضاییه و فقهای شورای نگهبان و سایر مقامات منتخب از طرف مجمع تشخیص مصلحت نظام در شورای موقت رهبری، به این امر منجر می‌شود که در مواقع عزل رهبر از سمت خود به دلیل فقدان شرایط، اعضای به‌عنوان کفیل وی قرار بگیرند که از طرف مقام غیرصالح منصوب شده‌اند. این مشکل در حالی است که اعضای حقیقی و حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز از سوی مقام رهبری تعیین می‌شوند.

ج) قانون اساسی آمریکا و فرانسه به صراحت طول دوران تصدی کفیل رئیس دولت-کشور را مشخص کرده‌اند، درحالی که قانون اساسی ایران محدوده زمانی این دوران را تعیین نکرده است، و این مسئله می‌تواند کشور را در بلاتکلیفی نبود رهبر نگه دارد. علاوه بر



این، در قانون اساسی امریکا محدودیت‌های سیاسی برای کفیل ریاست جمهوری مقرر نشده و به نوعی کفیل همانند خود رئیس‌جمهور فرض شده است. این در حالی است که در قانون اساسی فرانسه و ایران محدودیت‌های سیاسی برای دوران تصدی کفالت رئیس دولت - کشور مقرر شده که همگی آنان بلاوجه است.

در پایان برای حل مشکلات پیش گفته در زمینه کفالت اداری مقام ریاست دولت - کشور در ایران با الگوبرداری از نظام‌های سیاسی امریکا و فرانسه، دو نکته به این شرح پیشنهاد می‌شود:

اولاً با توجه به اینکه مجلس خبرگان رهبری پس از کناره‌گیری مقام رهبری ملزم به انتخاب رهبر جدید است، از این رو، می‌بایست از کناره‌گیری وی مطلع شده، در فرصت زمانی محدود به انتخاب رهبر جدید اقدام نماید. لذا بهترین نهاد برای دریافت سند کناره‌گیری مقام رهبری مجلس خبرگان رهبری است که بایستی این مشکل به موجب قوانین مصوب این نهاد در راستای اصل ۱۰۸ قانون اساسی حل شود. دوم اینکه با بازنگری در قانون اساسی، این موارد اصلاح یا حذف گردند: ۱- مدت زمان حداکثر شش ماهه برای طی دوران ناتوانی موقت مقام رهبری تعیین شود که پس از طی این زمان، مقام رهبری مستعفی شناخته شود. ۲- با توجه به اینکه همه عوامل موقت تصدی کفالت مقام رهبری قابل پیش‌بینی نیست، پس باید مرجع تشخیص ناتوانی موقت مقام رهبری مجلس خبرگان رهبری تعیین شود. ۳- با توجه به معایب شورایی بودن کفالت مقام رهبری، لازم است کفالت فردی جایگزین کفالت شورایی شود. ۴- با عنایت به اینکه شرایط و اوصاف مقام رهبری به صورت کیفی تعیین شده است، بنابراین کفیل مقام رهبری باید از میان اشخاصی انتخاب گردد که جزء منصوبان وی نباشند. در این مورد به نظر می‌رسد که رئیس مجلس خبرگان رهبری بهترین گزینه است. ۵- حداکثر زمان برای تصدی دوران کفالت مقام رهبری تعیین شود. به نظر می‌رسد با توجه به خطیر بودن جایگاه مقام رهبری، حداکثر زمان سه ماهه مناسب است. البته این امر نیز پیش‌بینی گردد که در صورت ضرورت با تشخیص شورای نگهبان این زمان قابل تمدید باشد. ۶- محدودیت‌های سیاسی دوران کفالت مقام رهبری به طور کلی حذف شده، کفیل مقام رهبری بتواند تمامی اختیارات و وظایف مقام رهبری را به طور مستقل ایفا کند.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. انصاری، ولی الله (۱۳۹۷)، *کلیات حقوق اداری*، تهران: میزان.
۲. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۹)، *صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۳، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۳. حبیب نژاد، سید احمد (۱۳۹۴)، *مشروعیت، وظایف و اختیارات مجلس خبرگان*، تهران: کانون اندیشه جوان.
۴. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۶)، *حقوق اساسی*، تهران: میزان.
۵. قاضی، سید ابوالفضل (۱۳۹۸)، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: میزان.
۶. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۸۷)، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: پایدار.
۷. هاشمی، سید محمد (۱۳۹۳)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۲، تهران: میزان.

- مقاله‌ها

۸. تقی زاده، جواد (۱۳۹۰)، کفالت رهبری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، *تحقیقات حقوقی*، ۱۴ (۵۵)، ۴۷۱-۴۳۵.
۹. تقی زاده، جواد (۱۳۸۹)، تحقق کفالت ریاست جمهوری در حقوق ایران با نگاهی به حقوق فرانسه، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۴۰ (۳)، ۹۷-۱۱۵.
۱۰. قائمی، محسن و درخشان، داور (۱۳۹۹)، استعفای مقامات عمومی در نظام حقوق اساسی ایران؛ رویکرد اطلاق انگار و تحدیدی (مطالعه فقهی - حقوقی)، *حکومت اسلامی*، ۲۵ (۴)، ۱۷۱-۱۹۴.
۱۱. موحدی محب، مهدی (۱۳۹۱)، تأملی در ترکیب شورای موقت رهبری (موضوع اصل یکصد و یازدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) از منظر اصول فقه شیعه، *فقه و حقوق اسلامی*، ۳ (۶)، ۲۰۷-۲۲۸.

- پایان نامه

۱۲. محمدی، محمد حسین، *معاونت رئیس جمهور در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا*، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۴.

- قوانین

۱۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ با اصلاحات ۱۳۶۸.
۱۴. قانون اساسی ایالات متحده آمریکا مصوب ۱۷۸۹ میلادی.
۱۵. قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه مصوب ۱۹۵۸ با آخرین اصلاحات تا سال ۲۰۰۸ میلادی.
۱۶. متمم بیستم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا مصوب ۱۹۳۳ میلادی.
۱۷. متمم بیست و پنجم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا مصوب ۱۹۶۷ میلادی.

ب) منابع انگلیسی

- Acts:

18. Presidential Succession Act of 1947.
19. An Act to Provide for the safe Keeping of the Acts, Records, and Seal of the United States, and for Other Purposes Act of 1789.

ج) منابع فرانسوی

- Books

20. Chagnollaude, Dominique, (2022), *Droit Constitutionnel Contemporain*, Paris: Dalloz.
21. Debbasch, Roland, (2021), *Droit Constitutionnel*, Paris: Lites.
22. Louis, Favoreu, loic, Philip, (2005), *Le Consil Constitutionnel*, Paris: Presses Universitaires de France.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 32

Autumn 2023

Article Type: Research Article

Pages: 157-189

A Comparative Study of the Effect and Scope of Prohibition on Assignment of Contractual Rights in Iranian and England Law

Ali Farhani Panah¹ | Mohammad Salehi Mazandarani^{2✉}

1. Master's Student in Private Law, University of Qom, Iran

alifarhanipanah@gmail.com

2. Associate Professor, University of Qom, Iran

m_salehimazandarani@yahoo.com

Abstract

It is common in commercial contracts to contain the prohibition clause on assignment. Regarding the condition of prohibition on assignment of contractual rights in English law, two views have been developed. "The Property view" and "the Contract view". The Property view gives primacy to the freedom of the parties to fashion the rights they bring into existence, so if they wish, they can extinguish the inherent transferability of this right. So, if an assignment happens, it will have no legal effect and will be void. But according to the contract view, prohibition on assignment merely operates at the level of contract and does not characterize contractual rights because parties cannot use contract to modify those attributes of contractual rights that the law of property gives to them. One of those attributes is that they are transferable. So according to contract view, a no-assignment clause doesn't void the assignment, but operates as a matter of contract, conditioning the duty to perform so the obligation of the obligor to perform is executed only against his contracting party (assignor). In this view, in case of an assignment, the assignee will never have a direct legal relationship with the obligor. In Iranian law, there are three opinions about the prohibition clause; ineffective, void and Invalid against the obligor. "Void" seems to be compatible with the property view and "invalidity against obligor" is compatible with the contractual view in English law. Finally, due to the flaws expressed in the contractual view, we will come to the conclusion that the property view is more consistent with the prevailing legal rules, the real intention of the parties and the custom of the merchants.

Keywords: Prohibition, Assignment, Clause, Equity, Transfer of Right.

Received: 2022/04/19 Received in revised form: 2023/01/06 Accepted: 2023/01/22 Published: 2023/09/30

DOI: 10.22034/LAW.2023.51212.3122

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مطالعه تطبیقی اثر و قلمرو شرط ممنوعیت واگذاری حقوق قراردادی در حقوق ایران و انگلستان

علی فرحانی پناه^۱ | محمد صالحی مازندرانی^۲

alifarhanipناه@gmail.com

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه قم، ایران

m_salehimazandarani@yahoo.com

۲. دانشیار دانشگاه قم، ایران

چکیده

درج شرط ممنوعیت واگذاری به‌ویژه در قراردادهای تجاری امری رایج است. در خصوص شرط ممنوعیت واگذاری در حقوق انگلیس، دو رویکرد اموال و رویکرد قراردادی وجود دارد. در رویکرد اموال، طرفین به‌عنوان خالق آن می‌توانند خواسته‌های خود را از قرارداد تعیین نمایند؛ مثلاً می‌توانند با درج شرط ممنوعیت واگذاری واقعی، قابلیت نقل و انتقال از قرارداد را به‌گونه‌ای سلب نمایند که در صورت واگذاری، اثری بر آن مترتب نگردد. اما به‌موجب رویکرد قراردادی، قابلیت نقل و انتقال حق، از ویژگی‌هایی است که قانون به حقوق اعطا کرده است و طرفین نمی‌توانند با توافق در قرارداد، وصف انتقال‌پذیری آن را زایل نمایند، بلکه قرارداد صرفاً در حدود مفاد خود، یعنی مشروط نمودن تعهد متعهد قرارداد، عمل می‌کند. بر این اساس با درج شرط ممنوعیت واگذاری، تعهد متعهد به اجرای حق قراردادی صرفاً در برابر طرف قراردادی خود مشروط به اجرا می‌شود و در صورت واگذاری، منتقل‌الیه هیچ‌گاه ارتباط مستقیمی با متعهد قرارداد اصلی پیدا نمی‌کند. در حقوق ایران سه نظریه در خصوص اثر شرط ممنوعیت بیان شده که عبارت است از: عدم نفوذ، بطلان و غیرقابل استناد بودن. به‌نظر می‌رسد نظریه بطلان با رویکرد اموال، و نظریه غیرقابل استناد بودن با رویکرد قراردادی در حقوق انگلیس مطابقت دارد. در نهایت، به دلیل وجود ایراداتی که در رویکرد قراردادی بیان شده است، به این نتیجه خواهیم رسید که رویکرد اموال با درنظر گرفتن قواعد حقوقی حاکم، با قصد واقعی طرفین و عرف تجار سازگارتر است.

واژگان کلیدی: انتقال حق، انصاف، شرط، ممنوعیت، واگذاری.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۲۲ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

DOI: 10.22034/LAW.2023.51212.3122

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

تعهد دو چهره متفاوت دارد؛ از سوی مثبت، شخصی بر دیگری حق پیدا می‌کند که آن را حق دینی یا طلب می‌خوانند و از سوی منفی، شخصی را ملتزم می‌سازد که آن را دین می‌نامند.^۱ واگذاری تعهد، نفیاً و اثباتاً از قدیم‌الایام موضوع بحث و اختلاف نظر بوده، لیکن به‌مرور از نظر تحلیلی پذیرفته شده است که تعهد نفیاً و اثباتاً جزء دارایی شخص محسوب می‌شود و همانند سایر اموال قابلیت نقل و انتقال دارد.^۲ در گذشته مفهوم قرارداد در کامن‌لا امری به‌شدت شخصی بود و لذا امکان جایگزینی یکی از طرفین با شخص ثالث و یا تغییر قرارداد را غیرممکن می‌دانستند.^۳

واگذاری در کامن‌لا یکی از استثنای اصل نسبی بودن قرارداد است که شخص ثالث قائم‌مقام طرف عقد می‌شود و وضع حقوقی طرف عقد، اعم از حقوق و تعهدهای ناشی از قرارداد را به دیگری انتقال می‌دهد و او را در این رابطه قائم‌مقام خود می‌کند،^۴ لکن در حقوق ایران مطابق مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ ق.م، اثر عقد نسبت به طرفین و قائم‌مقام آنهاست و لذا قائم‌مقام خاص (منتقل‌الیه)، شخص ثالث محسوب نمی‌شود. در مورد امکان و شرایط انتقال قرارداد، قانون مدنی حکمی ندارد^۵ و خلأ قانونی در شرایط و ضوابط نهاد واگذاری در ایران به‌شدت حس می‌شود و لذا برخی از حقوق‌دانان پژوهش‌هایی برای تعیین قواعد ناظر بر واگذاری انجام داده‌اند.^۶ با وجود این، با توجه به برخی مواد قانون مدنی، همانند ماده ۴۷۴ ق.م در اجاره و واگذاری عین مستأجره به ثالث از سوی مستأجر، ماده ۷۵ ق.م در وقف، ماده ۵۴۵ ق.م در عقد مزارعه، ماده ۵۵۴ ق.م در عقد مضاربه، ماده ۶۷۳ ق.م در عقد وکالت، و همچنین قواعد عمومی قراردادها، می‌توان نهاد واگذاری در حقوق ایران را هم به‌رسمیت شناخت.

۱. ناصر کاتوزیان، *نظریه عمومی تعهدات*، (تهران: نشر میزان، چ ۹، ۱۳۹۸)، ش ۵۳، ص ۷۲.

۲. سید حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۴)، ص ۳۳۸.

3. Woodward, F. C, "Assignability of Contract", *Harvard Law Review*, N. 1, (1904), p. 23.

۴. ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، (تهران: انتشارات گنج، ۱۳۹۹)، ش ۶۲۷، ص ۲۵۷، و ر.ک. محمد مولودی، «قائم مقام خاص متعاقدين»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۶۴، (۱۳۸۳)، ص ۲۲۱.

۵. ناصر کاتوزیان، *پیشین*، ص ۲۵۷.

۶. عیسی مقدم، «انتقال قرارداد»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۴، (۱۳۸۶)، ص ۲۱۹.

پژوهش‌هایی نیز در باب مفهوم سلب حق تاکنون انجام گرفته، اما در میان بیان مسئله دیگری به آن پرداخته شده است^۷، لکن در این پژوهش تمرکز اصلی بر سلب حق واگذاری در ضمن عقد است. به بیان دیگر، شرط از نوع شرط نتیجه منفی یا شرط ترک فعل حقوقی انتقال حق و اثر آن اسقاط یا سلب حق واگذاری است که در این باره به‌طور خاص در حقوق ایران تحقیقی صورت نگرفته، اما در کامن‌لا این امر مورد بحث بسیار بوده و پژوهش‌هایی نیز انجام شده است^۸.

در خصوص سلب حق، حقوق‌دانان نظریات مختلفی ارائه کرده‌اند؛ ازجمله یکی از حقوق‌دانان چنین می‌نویسد: از آنجایی که اراده خلاق است، هم می‌تواند به نفع دیگری حق به‌وجود آورد و هم می‌تواند حقی را که خود دارد، معدوم نماید؛ بنابراین، صاحب اراده می‌تواند حق خود را ساقط نماید، مگر اینکه در موردی معین قانون مانع اسقاط حق شود^۹. در بیان دیگری آمده است: حق، دارای مشخصه‌هایی است مانند قابلیت انتقال، توارث و اسقاط. البته بعضی از حقوق به دلایلی برخی مشخصات را ندارند، منتها حق اسقاط اهمیت بیشتری دارد و مطمئن‌ترین وسیله برای شناخت حق، قابلیت اسقاط است؛ هرچند به‌تنهایی برای شناخت آن کافی نیست^{۱۰}.

برخی دیگر نیز ضمن تقسیم حق به حقوق قابل اسقاط و غیرقابل اسقاط و نیز حقوقی که در قابلیت اسقاط آن شک و تردید وجود دارد، درنهایت مقتضای طبیعت حق را قابل اسقاط و انتقال می‌دانند^{۱۱}.

ممکن است بتوان در یک تقسیم‌بندی چنین اظهار کرد که حقوق سه دسته‌اند؛

۱. حقوقی که هم در مرحله فعلیت و هم در مرحله اجرا قابل اسقاط یا انتقال هستند؛ مانند حقوق ناشی از قراردادها.

۷. ر.ک. رضا شعبانی، ۱۳۸۹؛ بهناز احمدوند، ۱۴۰۰؛ فاطمه افشاری، ۱۳۹۸؛ جمشید یمرلی، ۱۳۹۵؛ پروین رادپسند، ۱۴۰۰؛ حامد خویباری، ۱۳۹۸؛ قادر غدیری، ۱۳۹۵.

8 Cf. Stoyanov, 2018; Tolhurst & Carter, 2014; Tolhurst, 2004; Bob Allcock, 1983; Munday, 1975.

۹. محمدجعفر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، (تهران: کتابخانه گنج دانش، چ ۲، ۱۳۸۷)، ص ۲۱۸.

۱۰. سیف‌الله صرامی، حق، حکم و تکلیف، (پژوهشگاه علم و فرهنگ اسلامی، چ ۱، ۱۳۸۵)، ص ۱۵۱.

۱۱. محمد بروجرودی عبده، حقوق مدنی، (تهران: نشر مجد، چ ۱، ۱۳۸۰)، ص ۱۱۵.

۲. حقوقی که در مرحله فعلیت و پیدایش قابل اسقاط و انتقال نیستند، اما در مرحله اجرا قابل اسقاط و واگذاری هستند؛ مثل نفقه.

۳. حق‌هایی که نه در مرحله پیدایش و فعلیت قابل اسقاط و انتقال هستند و نه در مرحله اجرا. اجرای آنها نیز مشروط به شخصیت خود فرد است؛ مانند ارث. حق موضوع مورد بحث ما در این مقاله از نوع اول است؛ یعنی حقوقی که از آغاز به وجود آمدن قابل اسقاط و انتقال‌اند. قابلیت اسقاط و انتقال حق از ویژگی‌های حقوق دسته اول است که در این مقاله بیان خواهد شد. طرفین با درج شرط ممنوعیت واگذاری درواقع از همان ابتدا، ویژگی قابلیت انتقال آن را از این حقوق سلب می‌کنند. در واقع، حق از ابتدا قابلیت انتقال نخواهد داشت.

اگرچه واگذاری حقوق در انگلستان پذیرفته شده است و در حقوق ایران نیز امکان شناسایی آن وجود دارد، با این حال، اثر نهاد واگذاری در حقوق انگلستان با ایران متفاوت است. در این مقاله پرسش اصلی به اثر درج شرط ممنوعیت واگذاری حق و قلمرو اثرگذاری این شرط می‌پردازد. در بخش اول این مقاله، کلیات واگذاری مورد بررسی قرار می‌گیرد و در بخش دوم، اثر و قلمرو درج شرط ممنوعیت بیان خواهد شد.

۱. کلیات نهاد واگذاری در حقوق ایران و انگلستان

در نظام حقوقی ایران اگرچه در قوانین و رویه قضایی تعریف روشنی از انتقال حق و تبیین شرایط تحقق و عناصر تشکیل‌دهنده آن ارائه نشده، ماده ۱۰ قانون مدنی و انطباق قابلیت انتقال حقوق مالی با اصل و عدم مخالفت انتقال حقوق مالی به غیر با قوانین فعلی، مؤید اعتبار انتقال حق است.^{۱۲} ضمناً در بخشی از ماده ۳۸ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳، ملاحظه می‌شود که تلویحاً امکان انتقال طلب قابل تصور است^{۱۳}؛ توضیح اینکه حق دینی یکی از اقسام حق می‌باشد و انتقال طلب نیز درواقع انتقال حق دینی است که بر ذمه تعلق

۱۲. ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، (تهران: میزان، ۹، ۱۳۹۸)، ص ۲۵۲.

۱۳. قاسم جعفرزاده و حمید احمدی راد، «تحلیل ماهیت حقوقی انتقال الکترونیکی وجوه با رویکرد انتقال حق»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه، ش ۹ (۱۳۹۱)، ص ۱۰۹.

می‌گیرد. مبنای تحقق انتقال طلب می‌تواند قراردادی یا قهری باشد. در انتقال حق قراردادی که موضوع بحث فعلی است، مبنای انتقال حق، ممکن است عقدی از عقود معین یا قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی باشد.^{۱۴} با این وصف، تبیین این نکته حائز اهمیت است، همان‌طور که برخی حقوق‌دانان اشاره کرده‌اند، بند ۳ ماده ۲۹۲ ق.م که در مقام بیان یکی از موارد تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل متعهدله بوده، درواقع انتقال طلب است و نه تبدیل تعهد.^{۱۵} لذا در واگذاری طلب، تحصیل رضایت بدهکار نمی‌تواند شرط واگذاری طلب باشد؛ زیرا طلب از اموال طلبکار محسوب می‌شود و هر صاحب مالی می‌تواند مال خود را بدون نیاز به اراده غیر انتقال دهد و برای مدیون نیز معمولاً فرق نمی‌کند که طلبکار وی چه کسی است و در مواردی هم که شخص طلبکار برای وی واجد اهمیت است، می‌تواند در قرارداد، شرط منع انتقال را درج نماید^{۱۶} که اثر درج چنین شرطی بسته به نحوه درج آن (شرط فعل یا شرط نتیجه منفی) در این مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

در انگلستان واگذاری حقوق به‌نوعی به چهار دسته تقسیم می‌شود:

- واگذاری قانونی حقوق دینی قانونی^{۱۷}. به‌موجب ماده ۱ بخش ۱۳۶ حقوق اموال مصوب ۱۹۲۵، واگذاری در صورتی قانونی است که بدون قید و شرط و مکتوب باشد و هم به‌گونه‌ای صریح به مدیون ابلاغ شود. در مقررۀ یادشده آمده است: هرگونه واگذاری مطلق دین^{۱۸} یا حق دینی^{۱۹} که به صورت نوشته^{۲۰} از سوی واگذارکننده^{۲۱} صورت گرفته و اعلامیه^{۲۲} صریح به مدیون^{۲۳} یا جانشین او ارسال شده باشد، قانوناً از تاریخ اعلام‌شدن به مدیون مؤثر و معتبر است. بر این اساس،

۱۴. ابراهیم شعاریان، *انتقال قرارداد*، (تهران: فروزش، چ ۱، ۱۳۸۱)، ص ۳۳۱.

۱۵. مهدی شهیدی، *سقوط تعهدات*، (تهران: مجد، ۱۳۹۹)، ص ۱۴۵؛ سید حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۴)، ص ۳۴۰.

۱۶. سعید توکلی کرمانی، *انتقال تعهد در حقوق ایران*، (تهران: انتشارات جنگل، چ ۱، ۱۳۸۹)، ص ۱۶۳.

17. Legal Assignment of Legal Chose in Action.

18. Debt.

19. Chose in Action.

20. Writing.

21. Assignor.

22. Notice.

23. Debtor.



هرگاه واگذاری، مشروط و یا صرفاً شامل قسمتی از یک دین یا حق دینی باشد، قابل واگذاری به صورت قانونی نخواهد بود. در صورتی که هریک از شرایط یادشده مفقود باشد، واگذاری به صورت واگذاری مبتنی بر انصاف^{۲۴} تلقی شده، آثار واگذاری قانونی بر آن مترتب نخواهد بود؛ از جمله ویژگی‌های واگذاری قانونی، عدم نیاز به پرداخت عیوض است.

- واگذاری قانونی حقوق دینی مبتنی بر انصاف^{۲۵}. حقوق دینی در کامن‌لا به دو دسته حقوق دینی قانونی و حقوق دینی مبتنی بر انصاف^{۲۶} تقسیم می‌شود. واگذاری قانونی ممکن است واگذاری یک حق قانونی یا یک حق مبتنی بر انصاف باشد. شایان ذکر است که در هر حال، حق دینی که در آینده ممکن است ایجاد شود قابل واگذاری قانونی نیست^{۲۷}، اما ممکن است موضوع عقد واگذاری قرار بگیرد که در این صورت، به عنوان واگذاری مبتنی بر انصاف عمل خواهد کرد.
- واگذاری مبتنی بر انصاف حقوق دینی منصفانه^{۲۸}.
- واگذاری مبتنی بر انصاف حقوق دینی قانونی^{۲۹}.

در صورتی که هریک از شرایط بیان شده برای واگذاری قانونی رعایت نشود، چه حق دینی قانونی باشد، چه مبتنی بر انصاف، واگذاری قانونی بر اساس قانون اموال صورت نخواهد گرفت، اما واگذاری مبتنی بر انصاف محقق خواهد شد. در صورتی که عیب واگذاری قانونی که منجر به واگذاری مبتنی بر انصاف شده است برطرف گردد، می‌تواند به واگذاری قانونی تبدیل شود. برای مثال، اگر اعلامیه^{۳۰} به طرف قرارداد ارسال نشده باشد، از تاریخ ارسال به وی، واگذاری قانونی محسوب می‌شود.

به هر حال، هر دو دسته واگذاری قانونی و واگذاری مبتنی بر انصاف سبب انتقال حق دینی به واگذارشونده می‌شوند و تفاوت صرفاً در امکان طرح دعوا به نام خود واگذارشونده در

24. Equitable Assignment.

25. Legal Assignment of Equitable Chose in Action.

26. Equitable chose in action.

27. Beale, H, *Chitty on Contracts 2nd Supplement (32st Edition)*, (Sweet & Maxwell, 2017), 19-009, p. 1918.

28. Equitable Assignment of Equitable Chose in Action.

29. Equitable Assignment of Legal Chose in Action.

30. Notice of Assignment.

واگذاری قانونی و عدم امکان آن در واگذاری مبتنی بر انصاف است و لذا واگذارشونده باید به نام واگذارکننده و یا همراه با او در واگذاری مبتنی بر انصاف طرح دعوا نماید؛ در غیر این صورت دعوای وی رد خواهد شد.^{۳۱}

همچنین قابل ذکر است که تنها حق و منفعت ناشی از قرارداد قابل واگذاری است، لکن مسئولیت ناشی از قرارداد همچنان بر واگذارکننده باقی خواهد ماند و این یک تفاوت اساسی در تبدیل تعهد و واگذاری است و لذا در صورتی که واگذارکننده بخواهد از بار مسئولیت ناشی از قرارداد^{۳۲} رهایی یابد باید از نهاد تبدیل تعهد استفاده کند.

لکن در حقوق ایران، علاوه بر امکان واگذاری حق و منفعت، واگذاری دین و مسئولیت نیز ممکن است و با وجود عدم تصریح قانون‌گذار، از میان مواد مختلف می‌توان امکان انواع واگذاری را برداشت نمود.

از آنجایی که در حقوق ایران واگذاری به دو دسته قانونی و مبتنی بر انصاف تقسیم نمی‌شود، شرایط یادشده در واگذاری قانونی در کامن‌لا، در ایران مجری نخواهد بود. در حقوق ایران صریحاً مقرراتی برای واگذاری بیان نشده است، اما با توجه به قواعد عمومی و دکترین، شرایطی برای تحقق آن وجود دارد که در صورت عدم تحقق آنها، واگذاری شکل نگرفته، بر آن هیچ اثری مترتب نمی‌شود. اما در صورتی که شرط ممنوعیت واگذاری درج شده باشد و واگذاری صورت بگیرد، سه نظریه در حقوق ایران مطابق با قواعد عمومی قرارداد قابل بیان است: بطلان واگذاری، غیرنافذ بودن، و غیرقابل استناد بودن آن در مقابل متعهد قرارداد پایه. همان‌طور که مشاهده می‌شود در صورت اتخاذ نظریه غیرقابل استناد بودن در مقابل متعهد قرارداد پایه، نتیجه‌ای مشابه با واگذاری مبتنی بر انصاف، و در صورت اتخاذ نظریه بطلان، نتیجه‌ای مشابه با رویکرد اموال، و در صورت اتخاذ نظریه غیرنافذ بودن، نتیجه‌ای مشابه با رویکرد ثالثی که در حقوق امریکا وجود دارد، ایجاد می‌شود.

۲. اثر و قلمرو شرط ممنوعیت واگذاری در حقوق ایران و انگلستان

در حقوق ایران و به‌طور خاص در مورد شرط منع واگذاری حق پژوهشی صورت نگرفته

31. Andrew Tettenborn, "Equitable Assignment and Procedural Quibbles", *The Cambridge Law Journal*, N. 3, (1995), p. 501.

32. Burden of Contract.

است، لکن با توجه به قواعد و مقررات ناظر بر انواع شرط و پژوهش‌های صورت گرفته در این خصوص^{۳۳}، می‌توان با توجه به نوع شرط، اثر و قلمرو درج شرط منع انتقال حق را مشخص نمود. شرط ممنوعیت انتقال حق به دو صورت در حقوق ایران قابل تصور است:

- شرط نتیجه منفی منع انتقال حق. شرط نتیجه، نمونه کارآمد و بارزی از حکومت اراده در اعمال حقوقی تبعی است^{۳۴}. از نظر تحلیلی نیز با ایجاد عقد، شرط نتیجه نیز ایجاد می‌شود، زیرا ایجاب عقد مرکب است و از ایجاب اصلی و ایجاب تبعی تشکیل شده است که با قبول هردو اثر، هم عقد اصلی و هم شرط نتیجه باهم ایجاد می‌شوند^{۳۵}. همان‌طور که در فقه و حقوق در مورد اشتراط عدم خیار مجلس بحث^{۳۶} و این‌گونه بیان شده است: «در این مورد خیار مجلس اصلاً در عقد برقرار نمی‌شود و نه اینکه عدم اعمال خیار مجلس شرط شود». در خصوص شرط منع واگذاری به صورت شرط نتیجه نیز، درواقع حق انتقال آن، هنگام تحقق عقد محقق نمی‌شود و از آنجایی که حق بدون وصف قابلیت انتقال آن به وجود می‌آید، لذا در صورت انتقال، واگذاری مربوطه باطل خواهد بود، زیرا نقض شرط نتیجه متصور و ممکن نیست^{۳۷}.
- شرط ترک فعل حقوقی انتقال حق. در صورت درج منع انتقال به صورت شرط ترک فعل، حق و امکان انتقال موجود بوده، اما عدم اعمال آن شرط می‌شود که در نتیجه از آنجایی که نوع شرط، ترک فعل حقوقی است، بنابر نظر بعضی حقوق‌دانان^{۳۸}، انتقال غیرنافذ و منوط به إذن مشروطه خواهد بود^{۳۹} و بر اساس نظر بعضی دیگر،

۳۳. نک: رضا سکوتی نسیمی، ۱۳۹۶؛ سید مرتضی قاسم‌زاده، ۱۳۸۴؛ محسن جهانگیری، ۱۳۹۱؛ احسان زر رخ و اصلا ن ویسی، ۱۳۹۴؛ اسماعیل نعمت‌اللهی، ۱۳۸۸.

۳۴. سید مرتضی قاسم‌زاده، «بازتاب حکومت اراده در قالب شرط نتیجه»، *دیدگاه‌های حقوقی قضایی*، ش ۳۴ و ۳۵ (۱۳۸۴)، ص ۱۲۵.

۳۵. همان، ص ۱۲۵.

۳۶. ر.ک. سعید بیگدلی و ابراهیم صادقیان، «مبانی و تفاوت ضمانت اجرای عدم ایفاء تعهدات قراردادی در حقوق ایران، فقه امامیه و حقوق فرانسه»، *آموزه‌های حقوقی گواه*، (۱۳۹۴)، ص ۱۱۲.

۳۷. ر.ک. محسن جهانگیری و غلامرضا یزدانی، «بررسی اقسام شرط و آثار آن (با تکیه بر نقض تعهد)»، *آموزه‌های فقه مدنی*، ش ۵ (۱۳۹۱)، ص ۵۲.

۳۸. شهیدی، پیشین، ص ۱۵۰.

۳۹. تحلیل طرف‌داران این نظر آن است که در موارد شرط ترک فعل حقوقی، اگر برای دیگری در مال متعلق به مالک، حقی باشد، نفوذ عقد منوط به اجازه وی خواهد بود. ر.ک. قاسم نخعی‌پور و همکاران، «نقدی بر مقاله بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، *آموزه‌های فقه مدنی*، ش ۱۵ (۱۳۹۶)، ص ۸۰.

انتقال صحیح بوده^{۴۰}، لکن به دلیل نقض شرط، مشروط‌علیه مسئول است و طبق نظر برخی از فقها و حقوق‌دانان، انتقال باطل^{۴۱} خواهد بود^{۴۲} و از دید برخی دیگر لازم است به وجود حسن نیت یا سوء نیت شخص ثالث توجه شود و در صورت وجود حسن نیت، انتقال صحیح و در غیر این صورت باطل تلقی می‌شود^{۴۳}؛ لذا در حقوق ایران در خصوص شرط ترک فعل حقوقی انتقال حق، اختلاف نظر وجود دارد.

در انگلیس نیز در سال‌های اخیر دو نوع رویکرد برای واگذاری حقوق قراردادی به وجود آمده است: رویکرد اموال^{۴۴} و رویکرد قراردادی^{۴۵}.

به موجب رویکرد اموال، با درج شرط ممنوعیت واگذاری، حقوق دینی قراردادی که با قرارداد به وجود آمده است، قابلیت انتقال نخواهد داشت؛ در حالی که در رویکرد قراردادی چنین شرط ممنوعیتی صرفاً در حد خود قرارداد عمل کرده، بیان می‌دارد که ذات انتقال‌پذیری حقوق، قابل سلب نیست، لذا شرط ممنوعیت نمی‌تواند از واگذاری مبتنی بر انصاف جلوگیری نماید.

به طور کلی می‌توان شرط ممنوعیت انتقال را به چهار دسته اصلی تقسیم کرد:

دسته اول که بسیار رواج دارد، این است که در قرارداد صرفاً تصریح شود که حقوق و منافع قراردادی قابل واگذاری نیست. به نظر می‌رسد این دسته با شرط نتیجه منفی در ایران مطابقت دارد.

۴۰. حمیدرضا اصلانی، «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی (س)»، متین، ش ۳۶ (۱۳۸۶)، ص ۱.

۴۱. برخی طرفداران نظریه بطلان عبارت‌اند از: شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۵، ص ۵۷؛ یزدی در کتاب الاجاره، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۶۰۷؛ محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۵۶ (به نقل از محسن جهانگیری و غلامرضا یزدانی).

۴۲. در زمینه ضمانت اجرای ناشی از شرط ترک فعل حقوقی، ر.ک. حمیدرضا اصلانی، «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی (س)»، متین، ش ۳۶ (۱۳۸۶)؛ سید مصطفی سعادت مصطفوی، «ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، دین و ارتباطات، ش ۲۴ (۱۳۸۳)؛ مهدی حسینی، «شرط تحدید حق انتقال عوضین در عقد بیع»، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، ش ۴ (۱۳۹۹).

۴۳. جلال سلطان احمدی؛ ابراهیم تقی‌زاده؛ راضیه تقی‌زادگان، «صحت معامله با حسن نیت در تعارض با شرط منع عمل حقوقی»، مطالعات حقوقی، ش ۲ (۱۳۹۸)، ص ۶۵.

44. Property View.

45. Contract View.

دسته دوم، شرط ممکن است محدودیتی برای واگذاری قرارداد ایجاد نماید. برای نمونه بیان کند که قرارداد قابل واگذاری نیست، مگر برای اشخاصی که معیار خاصی را دارا باشند؛ مثلاً شرکت‌های بزرگ فقط امکان انتقال قرارداد را به شرکت‌های تابع و وابسته خود داشته باشند. به عبارت دیگر، در دسته دوم، واگذاری مشروط به شرایط خاصی می‌شود. دسته سوم، شرط ممنوعیت ممکن است شکل تعهد را گرفته، به صورت تعهد به عدم واگذاری منافع و حقوق قرارداد درج شود. این دسته نیز با شرط فعل منفی در ایران مطابقت دارد.

دسته چهارم، ممکن است صرفاً در قرارداد تصریح شود که این قرارداد جنبه شخصی برای طرفین قرارداد دارد و لذا بیانگر نوع ساختار شرط است که ممکن است در قالب شرط نتیجه یا شرط فعل باشد.^{۴۶}

البته دسته پنجمی را هم می‌توان اضافه نمود که در قوانین بعضی کشورها به آن اشاره شده و عبارت است از اینکه برای این واگذاری إذن متعهد أخذ شود؛ لذا اگر متعهد إذن به واگذاری ندهد، واگذاری صورت نخواهد گرفت.^{۴۷}

۲.۱. هدف اصلی در شرط ممنوعیت واگذاری

برای اینکه بتوان مفهوم، اثر و قلمرو شرط ممنوعیت واگذاری را تعیین کرد، ابتدا باید هدف اصلی از درج چنین شرطی را مشخص نمود.

اصولاً دلیل اصلی ذکر شرط ممنوعیت در قراردادها این است که متعهد قرارداد^{۴۸} با شخص ثالث رابطه حقوقی مستقیم پیدا نکند و لذا به اجرای قرارداد برای شخص ثالثی که خود، او را انتخاب نکرده است ملزم نشود؛ مخصوصاً در قراردادهای تجاری که این هدف اهمیت بسیاری پیدا می‌کند، زیرا ممکن است تاجری ملزم شود برای رقیبش قراردادی را که سبب ایجاد ضرر برای خودش در آینده می‌شود، اجرا نماید.

ساختار شرط، اهمیت بسزایی در مفهوم، اثر حقوقی و قلمرو اعمال شرط ممنوعیت دارد.

46. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W., "Prohibitions on Assignment: A Choice to Be Made", *The Cambridge Law Journal*, No. 2, (2014), p. 406.

47. Stoyanov, Dimitar, "The Contractual Prohibition of Assignment A Comparative Overview of the Legal Protection of the Assignee", *SSRN Electronic Journal*, (2017). p. 109.

48. Obligor.

دو رویکرد در انگلیس وجود دارد که آثار حقوقی متمایزی دارند و به شدت بر قلمرو اعمال شرط ممنوعیت واگذاری اثر می‌گذارند.^{۴۹}

رویکرد اموال به تبیین شرایط حق دینی که منفعت ناشی از قرارداد است، می‌پردازد. از آنجایی که اثر این رویکرد، تبیین حقوق مالی است به آن رویکرد اموال گفته می‌شود.^{۵۰} رویکرد دیگری که از آن به رویکرد قراردادی تعبیر می‌شود، تبیین می‌کند که شرط ممنوعیت واگذاری، اثری بر حقوق واگذارکننده^{۵۱} ندارد و لذا این حقوق همچنان قابل انتقال باقی خواهند ماند، بلکه اثر چنین شرطی آن است که بر تعهد متعهد تأثیرگذار باشد؛ به این معنا که با وجود صورت گرفتن واگذاری، متعهد همچنان باید صرفاً در برابر متعهدله قرارداد اصلی (واگذارکننده) تعهد خود را اجرا نماید و لذا بین متعهد و شخص ثالث (واگذارشونده) رابطه حقوقی مستقیمی ایجاد نمی‌شود که از این جنبه، هدف اصلی شرط ممنوعیت قرارداد را که عدم ایجاد رابطه مستقیم حقوقی بین متعهد و شخص ثالث است، فراهم می‌نماید.^{۵۲} در این صورت با اینکه واگذارشونده مالک اصلی این حق است، اما به طور مستقیم با متعهد رابطه حقوقی پیدا نخواهد کرد؛ لذا در این حالت صرفاً حق اجرای قرارداد مشروط شده است. به بیان دیگر، متعهد همچنان مسئول اجرای قرارداد در برابر واگذارکننده است و درقبال واگذارشونده مسئولیت مستقیمی برای او ایجاد نمی‌شود.

به نظر می‌رسد در رویکرد قراردادی ناسازگاری‌های جدی وجود دارد که با قواعد واگذاری که در حال حاضر در قراردادها حاکم است، مطابقت ندارد و اگر بنا باشد رویکرد قراردادی اتخاذ شود، به اصلاح مقررات و قواعد حاکم بر واگذاری نیاز است که این امر پژوهش‌های گسترده و دقیقی را می‌طلبد؛ درحالی که رویکرد اموال با حقوق و قواعد حاکم بر واگذاری سازگارتر بوده، لوازم و نیازهای تجاری طرفین قراردادهای تجاری را بهتر تأمین می‌کند.

۲.۲. بررسی رویکرد اموال^{۵۳}

در دعوی در کامن‌لا^{۵۴}، قاضی پرونده^{۵۵} به این نتیجه رسید که اثر حقوقی شرط ممنوعیت واگذاری در قرارداد به ساختار شرط بستگی دارد. وی چنین اظهار داشت: «معمولاً

49. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, *op.ct*, p. 406.

50. Property View.

51. Assignor's Rights.

52. *Ibid*, p. 407.

53. The Property View.

54. Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd, [1993] UKHL 4 (22 July 1993).

55. Lord Browne-Wilkinson.



شرط ممنوعیت واگذاری در قرارداد، واگذاری را صرفاً نسبت به طرف دیگر بی اعتبار می سازد تا امکان انتقال حق دینی به وجود نیاید...». از این بخش از اظهارات وی برداشت های نادرستی شده که برخی طرفداران رویکرد قراردادی مانند روی گودی^{۵۶} هم به آن استناد کرده اند، لکن صرف استناد به این بخش از اظهارات وی درست نیست، زیرا در ادامه بیان کرد که «اثر حقوقی ممنوعیت این است که قابلیت انتقال حق دینی ناشی از قرارداد زایل شود و تلاش برای واگذاری با وجود شرط ممنوعیت واگذاری، سبب انتقال این حقوق نشده، واگذاری بی اثر خواهد بود... و اگر خلاف این امر در حقوق مقرر می شد، اثر شرط ممنوعیت واگذاری گزاف و بیهوده می گردید و موجب زایل شدن هدف اصلی قراردادها، مخصوصاً قراردادهای تجاری می شد که در آنها ارتباط مستقیم میان متعهد و شخص ثالث ایجاد نشده است»^{۵۷}.

نظر وی در دعوای یادشده بیانگر چند نکته اساسی است:

- اولاً اثر ممنوعیت بستگی به نوع ساختار شرط دارد که اصولاً چنین شرط ممنوعیتی به قصد آن است که هرگونه تلاش برای واگذاری حق موضوع قرارداد را بی اثر سازد. از آنجایی که به ندرت چنین شرطی به صورت تعهد به عدم واگذاری درج می شود و معمولاً شرط به صورت زایل ساختن قدرت واگذاری درج می گردد؛ لذا در صورت درج به شکل شرط فعل منفی، یعنی تعهد به عدم واگذاری، عقد واگذاری صحیح بوده، ولی نقض قرارداد اصلی صورت گرفته است. البته گاهی ممکن است در قانون حتی به شرط تعهد به عدم واگذاری به ثالث نیز اثر زایل ساختن قدرت انتقال داده شود و دادگاه حکم به بی اعتباری واگذاری بدهد.
- ثانیاً اگر ممنوعیت انتقال به صورت شرط فعل صورت گرفته باشد، انتقال اصولاً صحیح بوده، ولی واگذارکننده مسئول خسارات ناشی از نقض تعهد به عدم انتقال خواهد بود. در این صورت، ممکن است وی برای اجرای قرارداد واگذاری ملزم شود که اجرای تعهد را رأساً از متعهد بخواهد.

موضوع قابل توجه در این خصوص این است که اگر در صورت نقض شرط تعهد به عدم انتقال، چنین قراردادی را معتبر بشناسیم، چه لزومی دارد که واگذارکننده اجرای تعهد را رأساً

56. Roy Goody.

57. A. Guest, *Guest on the Law of Assignment*, (London: Sweet & Maxwell, 2012), p. 135.

از متعهد بخواهد؟ در پاسخ می‌توان گفت، مقصود از درج چنین شرطی، عدم ایجاد رابطه حقوقی مستقیم با ثالث بوده، لذا ثالث صرفاً از طریق واگذارکننده می‌تواند الزام به انجام تعهد را از متعهد بخواهد و واگذارکننده نیز به دلیل نقض قرارداد، وظیفه دارد رأساً از متعهد مسائل مربوط به حق واگذارشده از جمله اجرای آن را مطالبه نماید.^{۵۸}

بر این اساس، طرفین قرارداد این آزادی و اختیار را دارند که اوصاف حقوق قراردادی و حقوق دینی ناشی از قرارداد را به هر صورتی که بخواهند تعیین نمایند. این امر نشان‌دهنده رویکرد محتاطانه حقوق انگلیس برای به رسمیت شناختن قابلیت واگذاری حق دینی است. مبنای شناسایی واگذاری حق دینی در کامن‌لا، نظریه اموال است. در یک تحلیل سنتی، یک حق برای اینکه قابلیت واگذاری داشته باشد باید قانوناً به عنوان مال شناخته شود^{۵۹}؛ لذا قواعد حقوقی در گذر زمان حقوق دینی قراردادی را به عنوان «مال» برای انتقال‌پذیری به رسمیت شناخته‌اند. برخلاف زمین، اعیان و دیگر اموال محسوس که اموال شخصی عینی^{۶۰} هستند، در حقوق دینی^{۶۱}، مال تا قبل از انعقاد عقد از سوی طرفین به وجود نخواهد آمد.^{۶۲}

استدلال دیگری که برای قابلیت انتقال این حقوق با وجود شرط ممنوعیت ذکر شده آن است که طرفین این حقوق مالی را با انعقاد قرارداد به وجود می‌آورند. درست است که طرفین می‌توانند وصف قابلیت واگذاری این حقوق را زایل نمایند یا تغییر دهند، اما حتی اگر طرفین این وصف را با درج شرط ممنوعیت انتقال زایل نمایند، وصف مالیت این حق همچنان پابرجاست و این حق همچنان به عنوان مال قابل انتقال باقی خواهد ماند و لذا واگذاری صرفاً در مقابل متعهد اصلی بی‌اثر است، لکن چنین حقی به عنوان مال برای هدف مشخصی و بر اشخاص معینی که واگذارکننده و واگذارشونده هستند، همچنان اثرگذار است که به نظر می‌رسد این نظریه هم مطابق رویکرد قراردادی باشد، زیرا حق یادشده به عنوان مال همچنان قابلیت انتقال خواهد داشت^{۶۳}. در چنین حالتی اصولاً متعهد قرارداد اصلی در برابر

58. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, *op.ct*, p. 408.

59. *Pacific Brands Sports & Leisure Pty Ltd v Underworks Pty Ltd*, FCAFC 40; 149 FCR 395; 230 ALR 56 (2005).

60. Chose in Possession.

61. Chose in Action.

62. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, *op.ct*, p. 410.

63. *Ibid*. p. 410.

ثالث (واگذارشونده) بابت منفعتی که از این حق به وجود می آید، هیچ نگرانی ندارد و صرفاً با اجرای قرارداد در برابر طرف قرارداد اصلی، یعنی واگذارکننده، بری می شود. به همین دلیل است که در رویکرد قراردادی گفته می شود واگذارکننده می تواند این حقوق یا منافع آنها را با وجود شرط ممنوعیت واگذاری، همچنان واگذار نماید و این گونه واگذاری بین واگذارشونده و واگذارکننده کاملاً معتبر خواهد بود. لذا واگذارکننده به محض دریافت منافع ناشی از حق موضوع قرارداد در برابر واگذارشونده مسئول است و باید منافع یادشده را به وی تسلیم نماید. استدلال دیگری که می توان به آن اشاره کرد این است که واگذارکننده، نه خود حق قرارداد را، بلکه منفعت ناشی از اجرای حق را به واگذارشونده منتقل می نماید. منفعت ناشی از اجرای حق، درحقیقت عین مستقلی است که موضوع قرارداد ممنوعیت نیست، لذا قابلیت انتقال پذیری آن ممکن است.

به هر حال با وجود نظریات مختلفی که از سوی حقوق دانان دیگر بیان شده، تمام مواردی که از سوی لرد ویلکینسون^{۶۴} در پرونده لیندن گاردنز^{۶۵} اشاره شده مطابق با رویکرد اموال است.

۳.۲. رویکرد قراردادی

دیدگاه قراردادی در پرونده ای دیگر در کامن لا^{۶۶} در دادگاه استیناف (تجدیدنظر) از سوی ساموئل آنترمایر^{۶۷} پیشنهاد شد.

او در پاسخ به این سؤال که آیا شرط ممنوعیت واگذاری^{۶۸} همانند شرط باطل ممنوعیت انتقال ملکیت^{۶۹} عمل می کند، دیدگاه قراردادی را مطرح کرد.

انتقال ملکیت^{۷۰} در حقوق اموال به معنای انتقال کامل مال و تملیک اراضی و اعیان و هرچیز که با مال اعم از حقوق ناشی از آن ارتباط دارد، است. این اصطلاح برای انتقال

64. Lord Browne-Wilkinson.

65. Linden Gardens

66. Sacks v. Neptune Meter Co., 144 Misc. 70, 258 N.Y.S. 254 (N.Y. Sup. Ct. 1932).

67. Samuel J. Untermyer.

68. Prohibition on Assignment.

69. Invalid restraint on Alienation.

70. Alienation.

مطلق اموال به کار می‌رود، مانند فروشنده‌ای که کالایی را به دیگری منتقل می‌نماید.^{۷۱} قاعده قابل انتقال بودن دارایی‌ها^{۷۲} بیان می‌کند که هرگونه شرط ممنوعیتی که برای زمان نامحدود و نامشخصی درج شود، باطل و بلااثر است.^{۷۳} همین امر در ماده ۹۵۹ قانون مدنی ایران نیز تصریح شده است؛^{۷۴} لذا سلب حق مالکیت برای مدت نامحدود یا نامشخص باطل خواهد بود.

واگذاری^{۷۵} نه برای انتقال عین، بلکه برای انتقال حقوق و منافع ناشی از قرارداد به کار می‌رود. شرط انتقال ملکیت^{۷۶} شرطی است که در سند ملکیت قرار می‌گیرد که به شخص حق انتقال عین مال را می‌دهد یا آن را از وی سلب می‌کند. آن‌ترمایر معتقد است، اولاً در مواردی که ممنوعیت صرفاً تعهد به عدم واگذاری باشد، هیچ‌گونه منعی ایجاد نخواهد شد، زیرا حق همچنان قابل انتقال باقی خواهد ماند، ولی نقض قرارداد صورت گرفته است.

ثانیاً در مواردی که شرط ممنوعیت قدرت واگذاری را سلب می‌نماید، درواقع انتقال ملکیت^{۷۷} محدود نشده است، زیرا این محدودیت بر تعهد متعهد^{۷۸} تحمیل شده، به یک شرط اکتسابی تبدیل می‌شود؛ یعنی شرطی به حق متعهدله ضمیمه شده است. لذا هیچ‌گونه محدودیتی برای انتقال آن ایجاد نشده، زیرا حق یادشده از ابتدا قابلیت انتقال نداشته است. تنها چیزی که قابل واگذاری و انتقال بوده، منافع حاصل از قرارداد^{۷۹} است که پس از اجرای حق به واگذارکننده تسلیم می‌شود و او باید آن را به واگذارشونده تسلیم نماید.^{۸۰}

از ظاهر اظهارات آن‌ترمایر این نتیجه به دست می‌آید که با وجود شرط ممنوعیت واگذاری، حقوق قراردادی همچنان قابل انتقال باقی خواهند ماند، اما وجود شرط ممنوعیت،

71. Garner, B. A, *Black's Law Dictionary*, 8th Edition, (Thomson West, 2004)

72. Free Alienability of Assets.

73. Stoyanov, D, "The Contractual Prohibition of Assignment A Comparative Overview of the Legal Protection of the Assignee", *SSRN Electronic Journal*. (2018), p. 124.

۷۴. ماده ۹۵۹ قانون مدنی: هیچکس نمی‌تواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.

75. Assignment.

76. Alienation Clause.

77. Alienation.

78. Obligor's Obligation.

79. Fruits of Contract.

80. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, *op.ct*, p. 412.



انتقال حق را مشروط به این می‌نماید که واگذارشونده صرفاً می‌تواند اجرای حق را از واگذارکننده بخواهد و لذا متعهد هیچ‌گاه در برابر واگذارشونده مسئول نخواهد بود. بنابراین به این‌گونه واگذاری، واگذاری مبتنی بر انصاف^{۸۱} گفته می‌شود؛ زیرا اگر به واگذارشونده اجازه داده می‌شد تا با ارسال اظهارنامه شرایط واگذاری قانونی را فراهم نماید، در این صورت، قانون حکم می‌کرد که متعهد در برابر واگذارشونده مسئول شناخته شود.^{۸۲}

وجود واگذاری بر مبنای انصاف^{۸۳} پیامدهای قابل ملاحظه‌ای خواهد داشت. اصولاً در قراردادهای پس از واگذاری، در صورت نقض تعهد متعهد و ورود زیان، ضرر بر اساس زیان واردشده بر واگذارشونده محاسبه می‌شود^{۸۴}، لکن اگر شرط منع واگذاری درج شده باشد و با این حال، واگذاری مبنای انصاف معتبر شناسایی شود، در این صورت با نقض تعهد اصلی از سوی متعهد بعد از واگذاری، برخلاف حالت پیشین که خسارات بر اساس زیان وارده به واگذارشونده محاسبه می‌شد، اصولاً ضرر وارده به واگذارکننده به‌عنوان سقفی برای مسئولیت متعهد عمل می‌کند^{۸۵}. چنین پیامدهایی به‌نوعی شرط ممنوعیت واگذاری را دور می‌زند. احتمالاً چنین استدلال می‌شود که با اینکه واگذارشونده مالک حق دینی است، در صورت نقض قرارداد اصلی از سوی متعهد، خسارات بر اساس زیانی که واگذارکننده اصولاً متحمل می‌شد، محاسبه می‌شود؛ زیرا متعهد اصلی به دلیل قرار دادن شرط ممنوعیت واگذاری، صرفاً در مقابل واگذارکننده مسئولیت داشته است^{۸۶}.

در چنین حالتی، خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد تا میزانی که واگذارکننده متحمل شده برعهده متعهد است، اما جبران خسارت اضافه‌ای که بر واگذارشونده تحمیل شده برعهده واگذارکننده است^{۸۷}. اما این نتایج و پیامدها سبب اضافه شدن یک قاعده دیگر به قواعد حاکم بر واگذاری می‌شود که در حال حاضر هم یکی از حوزه‌های بسیار پیچیده در

81. Equitable Assignment.

82. *Ibid*, p. 413.

83. Equitable Assignment.

84. Catherine Elliott & Frances Quinn, *Elliott & Quinn's Contract Law* (7th ed). (Pearson Education Limited, 2009), p. 282.

85. G.J. Tolhurst, *The Assignment of Contractual Rights* (Oxford 2006). Paras. (8.14) -(8.15).

86. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, *op.ct*, p. 414.

87. Munday, R. J. C, "Prohibitions Against Assignment of Choses in Action", *The Cambridge Law Journal*, 38(1), (1979), p. 51.

حقوق است و در صورتی که رویکرد اموال اتخاذ شود نیازی به آنها دیده نمی‌شود.^{۸۸} در خصوص محدودیت‌هایی که برای انتقال ملکیت^{۸۹} ایجاد می‌شود، اگر رویکرد قراردادی قاضی آن‌ترماینر اتخاذ شود، می‌توان گفت قطعاً شرط ممنوعیت واگذاری سبب محدودیت انتقال ملکیت نخواهد شد. اما روشن شدن دلیل این موضوع در تفسیر اظهارات این قاضی اهمیت دارد.

از نظر رویکرد اموال بیان‌شده، انتقال ملکیت عین هیچ‌گاه محدود نمی‌شود؛ زیرا در واگذاری، حق از ابتدا قابلیت انتقال نداشته که آن را محدود نماید. اما در رویکرد قراردادی، هیچ‌گونه محدودیتی در انتقال ملکیت وجود ندارد؛ نه به این دلیل که چنین حقی همچنان قابل انتقال^{۹۰} باقی خواهد ماند، بلکه به این دلیل که یکی از قواعدی که در رویکرد قراردادی وجود دارد بیان می‌کند که طرفین قرارداد نمی‌توانند با استفاده از شرط ضمن قرارداد ویژگی‌هایی را که حقوق اموال به یک حق اعطا کرده است، سلب نمایند و قابلیت انتقال یکی از این ویژگی‌هاست.^{۹۱}

در نیوزلند نیز یکی از قضات چنین رأی داد که حق دینی که ذاتاً قابلیت انتقال دارد، با توافق طرفین نمی‌تواند غیرقابل انتقال شود و لذا شرط ممنوعیت واگذاری سبب سلب قابلیت انتقال‌پذیری آن نخواهد شد.^{۹۲}

در پرونده دیگری در کامن‌لا، قاضی پرونده چنین رأی داد: همان‌طور که نمی‌توانیم با شرط بر قوانین جاذبه زمین اثر بگذاریم، چنین شرطی در قرارداد نمی‌تواند سبب بی‌اعتباری واگذاری شود.^{۹۳}

عده‌ای هم پیشنهاد دادند که رویکرد مشابهی اتخاذ شود، به‌طوری که شرط ممنوعیت واگذاری بین واگذارکننده و واگذارشونده اثری نداشته باشد، اما به متعهد این اختیار را بدهد که حتی پس از اعلام واگذاری به وی، بتواند با پرداخت مالی به واگذارکننده، براءت

88. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, *op.cit.*, p. 414.

89. Alienation.

90. Alienable.

91. *Ibid.* p. 414.

92. *Hoddler & Tolley Ltd. v Cornes*, N.Z.L.R., 876, 878. Cf. Allcock, B., "Restrictions on the Assignment of Contractual Rights", (1923).

93. *Tom Shaw & Co v. Moss Empires (Ltd.)*, 25 T.L.R., 190, 191, (1908).

بجوید.^{۹۴}

قضات دادگاه‌های استرالیا نیز از قواعد یادشده در پرونده لیندن گاردنر پیروی کردند. در رویه و دکترین در اینکه با وجود شرط ممنوعیت، واگذاری در برابر متعهد بی اعتبار است، اختلاف نظری وجود ندارد، اما اختلاف در این است که همچنان بین واگذارکننده و واگذارشونده قرارداد معتبری هست و لذا در اثر حقوقی قرارداد دوم، اختلاف نظر وجود دارد.^{۹۵}

عده‌ای زیادی از حقوق دانان امریکایی نیز عقیده دارند در صورت درج شرط ممنوعیت واگذاری حق، امکان واگذاری ممکن نیست؛ مگر طرفین قصد دیگری از درج چنین شرطی داشته باشند.^{۹۶}

به نظر برخی از حقوق دانان کامن‌لا^{۹۷}، نه رویکرد قراردادی و نه اموال، هیچ کدام سبب نمی‌شود با شرط ممنوعیت واگذاری، انتقال ملکیت^{۹۸} محدود و منع شود؛ زیرا برخلاف فروشنده‌ای که مطلقاً ملک و یا کالای خود را منتقل می‌نماید، در واگذاری، متعهد همچنان در قرارداد باقی می‌ماند و از آن منتفع می‌شود و لذا منفعتی را منتقل می‌کند که از آن حق ناشی می‌شود. همچنین در واگذاری، خود قرارداد سبب به وجود آمدن مال می‌شود؛ درحالی که در انتقال ملکیت^{۹۹}، بر ملک قبل از قرارداد هم عنوان مال صدق می‌کرد؛^{۱۰۰} به تعبیر دیگر، مال موضوع واگذاری، حق و منفعتی است که با قرارداد به وجود می‌آید و با اجرای این حق، منافع عینی و محسوسی حاصل می‌شود. با شرط ممنوعیت واگذاری، خود حق هیچ‌گاه قابلیت انتقال به دست نمی‌آورد که محدود شود، بلکه منفعت ناشی از اجرای حق است که قابلیت نقل و انتقال دارد و شرط ممنوعیت واگذاری نمی‌تواند بر نقل و انتقال منفعت ناشی از اجرای حق تأثیری داشته باشد؛ لذا منفعت ناشی از اجرای حق همچنان قابلیت انتقال

94. Bob Allcock, Restrictions on the Assignment of Contractual Rights, *The Cambridge Law Journal*, Vol 42, Issue 2, (1983), p. 346.

95. Cf. Greg Tolhurst, The Efficacy of Contractual Provisions Prohibiting Assignment. *Sydney law review*, [vol.26, no 2 ,june 2004], p. 174.

96. Cf. G. Klass, *Contract Law in the USA*, (Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2010), p. 170.

97. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, *op.ct*, p. 415.

98. Alienation.

99. Alienation.

100. *Ibid*, p. 415.

ملکیت را خواهد داشت.

۲.۴. دلایل پشتیبانان رویکرد قراردادی

به نظر می‌رسد اخیراً رویکرد قراردادی طرف‌داران بیشتری را به خود جلب کرده است. در دعوایی در استرالیا^{۱۰۱}، دادگاه تجدیدنظر فدرال^{۱۰۲} نظر آنترمایر را نه صرفاً به عنوان یک نظریه، بلکه به عنوان شکلی احتمالی از شرط ممنوعیت تأیید کرد و چنین بیان داشت که اگر آثار حقوقی ممنوعیت واگذاری به ساختار شرط بستگی داشته باشد، پس باید تأثیراتی که رویکرد قراردادی بیان می‌کند نیز به عنوان یک احتمال در نظر گرفته شود؛ البته این چنین نتیجه‌گیری ملزم به اتخاذ رویکرد قراردادی نیست و صرفاً به عنوان یکی از اشکال احتمالی ساختار شرط ممنوعیت واگذاری شناسایی می‌شود.

دادگاه فدرال استرالیا تحلیل خود را به رویکرد قراردادی محدود نکرد و نتیجه‌گیری نمود که واگذاری در دعوای یادشده بی‌تأثیر است، زیرا سالبه به انتفای موضوع بوده، یعنی اصلاً موضوعی برای واگذاری وجود نداشته است که واگذاری صورت بگیرد. پرونده یادشده از این جهت حائز اهمیت است، زیرا شرط ممنوعیت به صورت تعهد به عدم واگذاری درج شده و با اینکه دادگاه تمایز بین تعهد به عدم واگذاری و ممنوعیت واگذاری واقعی را از هم شناسایی کرده بود، اما گویی به این نتیجه رسیده بود که مقصود طرفین از درج شرط در این پرونده به صورت ممنوعیت واگذاری واقعی بوده است.

به نظر می‌رسد یکی از دلایلی که دادگاه با وجود ذکر شرط به صورت تعهد به عدم واگذاری به این نتیجه رسید که قصد طرفین از درج شرط، ممنوعیت واقعی (شرط نتیجه ممنوعیت واگذاری) است، این بود که قرارداد دارای تعهدات شخصی گوناگونی بوده که جنبه شخصی آنها اهمیت بسزایی داشته و لذا دادگاه حکم به ممنوعیت واگذاری واقعی داده است^{۱۰۳}. بر این اساس، این دادگاه اثر رویکرد قراردادی را که عبارت بود از عدم ایجاد رابطه حقوقی مستقیم بین واگذارشونده و متعهد اصلی قرارداد اولیه، صرفاً به عنوان شکلی احتمالی

101. *Devefi Pty Ltd v Mateffy Pearl Nagy Pty Ltd*, (1993), *Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases*, 110 (20), p. 501.

102. Full Federal Court.

103. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, *op.cit.*, pp. 405-434.



از ممنوعیت واگذاری پذیرفت؛ حال آنکه بر مبنای رویکرد قراردادی، واگذارشونده مستقیماً نمی‌تواند در برابر متعهد طرح دعوا نماید و باید به نام واگذارکننده طرح دعوا صورت بگیرد. اما اگر واگذارشونده از ممنوعیت واگذاری بی‌اطلاع باشد، می‌تواند در برابر واگذارکننده به دلیل نقض قرارداد، دعوای خسارت مطرح نماید.^{۱۰۴}

همچنین رویکرد قراردادی، طرف‌داران آکادمیک و علمی هم پیدا کرده است. در تأیید تحلیل آنترمایر^{۱۰۵} که بیان می‌کرد عملکرد شرط ممنوعیت درواقع آن است که وظیفه متعهد به اجرای تعهد را مشروط نماید، نه اینکه حق قراردادی محدود شود، برخی از نویسندگان گفته‌اند: «اولین نکته‌ای که باید به آن توجه کرد آنست که واگذاری در قراردادی که ضمن آن، شرط ممنوعیت واگذاری وجود دارد، صرفاً به‌عنوان قاعده مبتنی بر انصاف^{۱۰۶} مؤثر خواهد بود...». دومین نکته اینکه متعهد همان‌طور که نمی‌تواند انتقال منفعت حاصل از اجرای حق را منع نماید، نمی‌تواند حق منتقل‌شده از واگذارکننده به واگذارشونده را نیز با طرح دعوا منتفی سازد و یا اجرای حق را به منتفی ساختن این چنین واگذاری منوط نماید، زیرا سود مشروعی از منتفی ساختن چنین حقی برای وی حاصل نمی‌شود و صرفاً سبب می‌شود واگذارشونده‌ای که عوض واگذاری را به واگذارکننده پرداخته و سپس وی معسر شده است، خود تبدیل به طلبکار بدون وثیقه شود... لذا متعهد این حق را دارد که از اجرای حق در برابر واگذارشونده امتناع کند، لکن در برابر واگذارکننده کماکان باید حق را اجرا نماید تا اگر واگذارکننده در آینده معسر هم شود، با اجرای حق، به واگذارشونده زبانی نرسد... لذا چه منافع حاصله از اجرای حق مورد نظر ما باشد یا خود اجرای حق، شرط ممنوعیت واگذاری صرفاً وظیفه اجرای حق را مشروط می‌کند و محدودیت و منعی برای انتقال به‌وجود نمی‌آورد...»^{۱۰۷}.

به‌نظر می‌رسد این نویسنده^{۱۰۸}، شرط ممنوعیت واگذاری را به‌عنوان شرطی شناسایی

104. B. J., (Hon), B. A. F. Q., & Cartwright, J, *Anson's Law of Contract* (Thirty-first edition), (Oxford University Press, 2020), p. 672.

105. Samuel J. Untermyer.

106. Equity.

107. Cf. Goode, Roy, "Contractual Prohibitions Against Assignment", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, (2009), p. 311.

108. Sir Roy Goode.

کرده که صرفاً از اجبار متعهد به اجرا در برابر واگذارشونده جلوگیری می‌کند و لذا به هیچ وجه جنبه بی‌اعتبار ساختن واگذاری را نخواهد داشت و دلیل آن هم بیشتر برای حمایت از واگذارشونده است.

از ظاهر اظهارات وی برداشت می‌شود که قصد معمول متعهد از درج چنین شرطی که یکی از ساختارهای شرط ممنوعیت محسوب می‌شود و رویکرد قراردادی نیز از همین امر به وجود می‌آید، عبارت است از عدم ایجاد رابطه حقوقی مستقیم با ثالث، و لذا این نتیجه برمی‌آید که طرفین نمی‌توانند شرط ممنوعیت واگذاری مبتنی بر انصاف را در قرارداد درج نمایند. به عبارت دیگر، درج شرط ممنوعیت واگذاری صرفاً از واگذاری قانونی که اثر آن ایجاد رابطه حقوقی مستقیم متعهد با ثالث است جلوگیری می‌کند، اما هیچ‌گاه نمی‌تواند مانع از واگذاری مبتنی بر انصاف شود.

به نظر می‌رسد اگر گفته شود شرط ممنوعیت واگذاری سبب بطلان واگذاری نمی‌شود، نوعی بازنویسی در قرارداد است، زیرا همان‌گونه که یکی از نویسندگان^{۱۰۹} هم بیان داشت، اصولاً قصد طرفین برای درج چنین شرطی عدم تحقق واگذاری در آینده است و در تفسیر قراردادها ما باید برای قصد درونی طرفین ترتیب اثر قائل شویم.

از ظاهر این عبارات دو مسئله قابل برداشت است؛ نخست اینکه آنها منکر این نیستند که طرفین فراتر از منع واگذاری گام برداشته‌اند و صریحاً در قرارداد ذکر می‌نمایند که هرگونه قابلیت واگذاری حق باطل است. اما مشکل در اظهارات بعدی وی است که گفته بود، متعهد هیچ‌گونه منفعت مشروعی در جلوگیری از واگذاری مبتنی بر انصاف حاصل نمی‌کند و صرفاً نوعی ضرر به واگذارشونده‌ای است که واگذارکننده آن معسر شده است؛ این عبارت به نوعی منکر این است که نوع ممنوعیت بستگی به ساختار آن دارد^{۱۱۰}.

دوم، ذکر این نکته حائز اهمیت است که ساختار شرطی که هدف از آن جلوگیری از ایجاد رابطه حقوقی با ثالث است، نه بر اساس قصد طرفین، بلکه اثر حقوقی شرط است. در هر شرط یا قراردادی سه مولفه اصلی وجود دارد: قصد طرفین، آثار حقوقی، نحوه اعمال. این برداشت که با درج شرط ممنوعیت مقصود اصلی طرفین، عدم ایجاد رابطه با ثالث است،

109. Browne-Wilkinson.

110. Goode, Roy, "Contractual Prohibitions against Assignment", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, (2009), p. 310

صحیح نیست، بلکه این امر یکی از آثار درج شرط است و لذا در اینجا اثر شرط با قصد طرفین خلط شده است. عدم ایجاد رابطه حقوقی یکی از آثار شرط ممنوعیت انتقال قرارداد است، لذا مشخص است که هدف اصلی طرفین صرفاً عدم ایجاد رابطه حقوقی مستقیم با ثالث نیست، بلکه قصد اصلی طرفین، خود عدم انتقال حق است.

لذا اگر گفته شود ممنوعیت واگذاری قرارداد سبب «عدم ممنوعیت واگذاری» نمی‌شود و صرفاً از ایجاد رابطه مستقیم با ثالث جلوگیری کرده یا حق اجرا را مشروط می‌نماید، صحیح به نظر نمی‌رسد. چنین نظری همچنین برخلاف اظهارات قاضی پرونده/لیندن گاردنر^{۱۱۱} است که اظهار کرده بود اصولاً اثر درج چنین شرطی جلوگیری از واگذاری است. لذا اگر دیدگاه قراردادی اتخاذ شود، حقیقتاً از واگذاری جلوگیری نکرده، صرفاً حق اجرا را مشروط می‌نماید؛ درحالی که در رویکرد اموال، از واگذاری به‌طور حقیقی جلوگیری شده، انتقال صورت گرفته باطل اعلام می‌شود.

۲.۵. انتقادات به رویکرد قراردادی

رویکرد قراردادی با یکسری قواعد و حقوق واگذاری ناسازگاری دارد که برای اتخاذ این رویکرد، ابتدا باید این ناسازگاری‌ها برطرف شوند. در اینجا به بررسی برخی از این ناسازگاری‌ها می‌پردازیم:

نخست اینکه اعتبار دادن به واگذاری مبتنی بر انصاف با وجود شرط ممنوعیت واگذاری، نوعی تناقض است. با توجه به شرط ممنوعیت، واگذاری صورت گرفته قطعاً نقض قرارداد است؛ درحالی که منتقل‌الیه برای صحت و الزام‌آوری آن بعد از انتقال، به واگذاری مبتنی بر انصاف روی می‌آورد که مبنای آن نقض قرارداد دیگر است.

دوم، اگر واگذاری با وجود شرط ممنوعیت مؤثر باشد، چرا منتقل‌الیه حق اقامه دعوی مستقیم در برابر متعهد را ندارد^{۱۱۲}؟ هرچند ممکن است گفته شود، از آنجایی که شرط ممنوعیت صرفاً تا حد قرارداد مؤثر است، واگذارشونده‌ای که طرف قرارداد اولیه نیست، لزوماً

111. Browne-Wilkinson.

۱۱۲. برای مطالعه موضوع مشابه، ر.ک. فیض‌الله قانعی و حسن محسنی، «انتقال دعوا بی انتقال حق»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۰ (۱۳۹۹)، ص ۲۳۹.

نباید نسبت به شرایط مقرر در آن قرارداد پایبند شود^{۱۱۳}. در پاسخ به این نظر می‌توان گفت که با توجه به قاعده قابل استناد بودن قرارداد در برابر شخص ثالث^{۱۱۴}، واگذارشونده نمی‌تواند قرارداد میان متعهد و واگذارکننده را نادیده بگیرد و باید آن را محترم بشمرد؛ لذا با توجه به این اصل، قرارداد اولیه در مقابل اشخاص ثالث (واگذارشونده) معتبر و قابل استناد است.

سوم، به نظر می‌رسد نوعی ناسازگاری آشکار میان رویکرد قراردادی ممنوعیت با قاعده‌ای که مقرر می‌نماید «حقوق شخصی قراردادی قابل واگذاری نیستند» وجود دارد؛ اینکه حقی شخصی باشد یا نه، به ساختار قرارداد بستگی دارد و هیچ‌گاه حتی در رویکرد قراردادی، واگذاری حقوق شخصی معتبر شناخته نشده است. واگذاری حقوق شخصی حتی به صورت واگذاری منصفانه هم معتبر نیست، بلکه قاعده انصاف^{۱۱۵} همیشه قاعده غیرقابل انتقال بودن حقوق شخصی را معتبر شناخته است^{۱۱۶}. لذا تا زمانی که قاعده غیرقابل انتقال بودن حقوق شخصی اصلاح شود، همیشه می‌توان رویکرد قراردادی و واگذاری مبتنی بر انصاف را به سادگی و با درج شخصی بودن آن، دور زد.

چهارم، قاعده‌ای که با اعلام واگذاری به متعهد، وی حق برائت جستن از تعهد را در مقابل واگذارکننده ازدست بدهد، همیشه در واگذاری مبتنی بر انصاف حقوق قراردادی^{۱۱۷} جریان داشته است. لکن به نظر می‌رسد اعمال این قاعده در صورت وجود شرط ممنوعیت که به واگذاری مبتنی بر انصاف معتبر منجر شده است، جایگاهی نداشته باشد. برای متعهد، نادیده گرفتن چنین اعلامی غیرمنطقی نیست، اما در این صورت، کارایی واگذاری را که عنوان «انصاف» را به واگذارشونده می‌دهد، زیر سؤال می‌برد. چنین نتیجه‌گیری ناشی از خلط قواعد واگذاری بر اساس رویکرد اموال و قواعد، رویکرد قراردادی است^{۱۱۸}.

پنجم، که با مورد چهارم هم ارتباط دارد به عنوان یک قاعده پذیرفته شده است که

113 Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, *op.ct*, p. 427.

۱۱۴. نک: سید حسین صفایی، قواعد عمومی قراردادهای، (تهران: میزان، چ ۲۶، ۱۳۹۶). ص ۱۶۸.

115. Equity Rule.

116. *Regina v Chester and North Wales Legal Aid Area Office (No 12)*, ex Parte Floods of Queensferry Limited, (CA 18-Dec-1997).

117. Equitable Assignment of Contractual Rights.

118. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, *op.ct*, p. 428.



متعهد پس از دریافت اعلام واگذاری، نمی‌تواند براءت ذمه و تغییری را در تعهد درخواست نماید؛ مگر با إذن واگذارشونده. نه از این جهت که واگذارشونده با اعلام واگذاری، دارنده حق موضوع واگذاری می‌شود، بلکه به این دلیل که با اعلام به متعهد، ذمه او ملزم می‌شود^{۱۱۹}. هرچند با درج شرط ممنوعیت واگذاری، غیرمنطقی به نظر نمی‌رسد که متعهد بدون إذن واگذارشونده درخواست براءت یا هر تغییر دیگر در تعهد بدهد. با این حال، این نتیجه را به دنبال خواهد داشت تا هر واگذارشونده‌ای که با وجود شرط ممنوعیت طرف قرارداد واگذاری مبتنی بر انصاف قرار می‌گیرد، باید قبول کند که این حقوق هر لحظه ممکن است با توافق متعهد و واگذارکننده تغییر کرده یا از بین برود و لذا واگذارشونده باید تضمین‌های لازم را از واگذارکننده دریافت نماید که درنهایت به این نتیجه می‌رسیم که هرگونه واگذاری که به این صورت تحقق پیدا کند، بسیار سست و ناپایدار خواهد بود^{۱۲۰}.

ششم، درج شرط ممنوعیت در قراردادهای تجاری صرفاً برای عدم ایجاد رابطه مستقیم حقوقی با ثالث نیست و اهداف فرعی مهمی ممکن است در این میان باشد که در قرارداد ذکر نمی‌شود. به نظر می‌رسد در قراردادهای تجاری شرط ممنوعیت واگذاری با شرطی که حق را شخصی و غیرقابل واگذاری به هر نحو می‌سازد بسیار نزدیک است؛ گویی توافق بر شرط ممنوعیت واگذاری در قراردادهای تجاری به این منظور است که از هرگونه تلاش برای واگذاری از سوی طرفین جلوگیری شود و به نوعی حق جنبه شخصی پیدا می‌کند.

اتخاذ این رویکرد از سوی این نویسنده^{۱۲۱} برای حمایت از واگذارشونده‌ای است که عوَض قرارداد واگذاری را پرداخته، سپس با اعسار واگذارکننده مواجه می‌شود. اما این ایراد بر آن وارد است که به چه دلیل طلبکاران واگذارکننده‌ای که هیچ اطلاعی از واگذاری صورت گرفته نداشته‌اند باید ملزم به پیروی از این واگذاری شوند! امروزه حقوق هرگونه واگذاری دیون و حقوق را نیازمند شرایطی ازجمله ثبت این واگذاری‌ها می‌داند تا واگذارشونده نسبت به سایر طلبکاران حق تقدم پیدا کند^{۱۲۲}.

119. the Conscience of the Obligor is Bound.

120. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, *op.ct*, p. 429.

121. Roy Goode.

122. *Ibid*, p. 429.

۲.۶. قلمرو تأثیرگذاری شرط ممنوعیت واگذاری

همان‌طور که ذکر شد، شرط ممنوعیت واگذاری صرفاً بر حقوق ناشی از قرارداد مؤثر است؛ لذا سبب محدود نمودن امکان انتقال ملکیت^{۱۲۳} منفعت حاصله از اجرای حق^{۱۲۴} نمی‌شود.

بحث اصلی در این بخش این است که با درج شرط ممنوعیت واگذاری، آیا هرگونه نقل و انتقالی که سبب ایجاد رابطه حقوقی متعهد با فرد ثالث شود، ممنوع و باطل می‌گردد یا خیر؟

باید در پاسخ به سؤال پیش‌گفته به ساختار شرط توجه نمود. در صورتی که از مواد قرارداد و اوضاع و احوال برآید که قصد واقعی طرفین ممنوعیت هر نوع نقل و انتقال و جلوگیری از هرگونه ارتباط با ثالث است نه صرفاً واگذاری، در این حالت هر قراردادی که نتیجه مشابهی داشته باشد هم ممنوع است. بر این اساس، اگر با وجود ممنوعیت واگذاری، حق یادشده مورد عقد ترست^{۱۲۵} در کامن‌لا قرار گیرد، باطل و بی‌اثر است، زیرا در غیر این صورت، هدف از شرط ممنوعیت بیهوده می‌شود^{۱۲۶}؛ مخصوصاً در قراردادهای تجاری که اصولاً درج شرط ممنوعیت واگذاری به منظور جلوگیری از هرگونه ارتباط با ثالث صورت می‌گیرد. اما اگر از مواد قرارداد چنین امری برداشت نشود و قرینه‌ای بر این امر وجود نداشته باشد، باید صرفاً به ممنوعیت واگذاری بسنده کرده، قلمرو شرط را گسترده‌تر نسازیم.

در حقوق ایران نیز همان‌طور که از ماده ۲۳۴ ق.م.پیداست، باتوجه به نوع شرط، قلمرو اثرگذاری آن نیز متفاوت خواهد بود. با آنکه اغلب حقوق‌دانان در تعریف شرط نتیجه، آثار عقود و ایقاعات را مورد نظر قرار داده‌اند، ولی به نظر می‌رسد همان‌گونه که کاتوزیان اشاره نموده است، شرط نتیجه می‌تواند ناظر بر خود عمل حقوقی باشد یا اثر آن، و از این حیث فرقی وجود ندارد. لذا اثر درج شرط نتیجه منفی، جنبه سلبی داشته، با تحقق شرط، حق انتقال حق ساقط می‌شود^{۱۲۷}؛ لکن در صورت انتقال حق، در اثر آن، بین طرف‌داران عدم

123. Alienation.

124. Fruits of Contract.

125. Trust.

126. *Ibid*, p. 420.

۱۲۷. ر.ک. رضا سکوتی نسیمی، «شرط نتیجه و وضعیت فقهی - حقوقی معاملات معارض با آن»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۶ (۱۳۹۶)، ص ۲۰۷.

نفوذ و بطلان اختلاف نظر وجود دارد؛ عده‌ای بر غیرنافذ بودن آن و امکان تنفیذ آن با رضایت مشروطه اعتقاد داشته^{۱۲۸}، گروهی به بطلان آن معتقدند. به نظر می‌رسد نظر طرف‌داران بطلان ارجح باشد، زیرا حق یادشده با شرط، سلب گردیده و به مشروطه منتقل نشده است که با رضایت وی امکان تنفیذ آن وجود داشته باشد.

اگر در قرارداد شرط فعل منفی عدم انتقال حق درج شده باشد، با وجود اختلاف نظرهایی که در حقوق ایران بیان شد، به نظر می‌رسد باید به قصد واقعی طرفین توجه نمود و در صورتی که قرینه‌ای بر ممنوعیت واقعی موجود باشد، نظریه بطلان و در غیر این صورت بهتر است نظریه غیرقابل استناد بودن اتخاذ شود.

نتیجه

در کامن لا برای شرط ممنوعیت واگذاری دو رویکرد وجود دارد: رویکرد قراردادی و رویکرد اموال. در رویکرد اموال حق یادشده از بدو تحقق، وصف انتقال‌پذیری پیدا نمی‌کند و لذا واگذاری سالبه به انتفای موضوع و باطل خواهد بود. اما در رویکرد قراردادی، توافق طرفین قادر نخواهد بود که وصف انتقال‌پذیر بودن حقوق را زایل سازد و لذا تنها تا حد توافق بین طرفین اثرگذار خواهد بود و آن اثر هم عبارت است از مشروط نمودن تعهد متعهد به اجرا صرفاً در برابر طرف قراردادی خود. به نظر می‌رسد رویکرد اموال در حال حاضر طرف‌داران بیشتری دارد و با قواعد حاکم بر حقوق واگذاری و اهداف تجاری سازگارتر است. به طور کلی ساختار شرط، یا سلب حق واگذاری است یا تعهد به عدم واگذاری و یا ذکر جنبه شخصی بودن قرارداد.

در حقوق ایران، با این گستردگی، حقوق واگذاری بررسی نشده است و نمی‌توان واگذاری را به دو دسته یادشده تقسیم کرد، اما در حقوق ایران در صورتی که نتیجه ممنوعیت واگذاری شرط شود، مطابق قواعد عمومی قراردادها اگر با وجود چنین شرطی واگذاری صورت گیرد، یکی از این سه اثر را خواهد داشت؛ یا این واگذاری باطل است، زیرا حق یادشده وجود نداشته، لذا سالبه به انتفای موضوع خواهد بود، یا غیرنافذ است و نیازمند به إذن مشروطه، و یا در مقابل مشروطه (متعهد) غیرقابل استناد است. لذا در حقوق ایران نیز

۱۲۸. مهدی شهیدی، شروط ضمن عقد، (تهران: نشر مجد، چ ۲، ۱۳۸۲)، ص ۱۵۰.

اثر این شرط مورد اختلاف است. به نظر می‌رسد اثر اخیر یعنی غیرقابل استناد بودن در مقابل مشروطه با رویکرد قراردادی، و نظریه بطلان واگذاری با رویکرد اموال نتیجه مشابهی دارد. نظریه غیرنافذ بودن واگذاری را در صورت تصریح در قرارداد می‌توانیم به عنوان یکی از ساختارهای احتمالی شرط ممنوعیت در نظر بگیریم. در حقوق ایران، اثر درج شرط ممنوعیت انتقال به صورت شرط ترک فعل حقوقی، بهتر است با توجه به قصد واقعی طرفین تفسیر شود و لذا در صورت قرینه بر وجود منع واقعی، همانند شرط نتیجه منفی سبب بطلان قرارداد گردد و در غیر این صورت در برابر متعهد، غیرقابل استناد در نظر گرفته شود. به بیان دیگر، طبق نظریه غیرقابل استناد بودن، با درج شرط ترک فعل انتقال حق، متعهد صرفاً در برابر متعهدله تعهد به ایفا خواهد داشت و از طرفی، از آنجایی که میان متعهدله و شخص ثالث قرارداد معتبری محقق شده است، متعهدله نیز باید منفعت ناشی از اجرای حق را به شخص ثالث تسلیم نماید.

قلمرو اثرگذاری شرط ممنوعیت واگذاری نیز مورد بحث است. به نظر می‌رسد بتوانیم در حقوق ایران نیز همانند کامن‌لا با توجه به قصد واقعی طرفین، اثر ممنوعیت واگذاری را در صورت وجود قرینه به سایر قراردادهای مشابه که دارای اثر مشابهی باشند تسری دهیم و لذا از هرگونه ایجاد رابطه حقوقی مستقیم متعهد با ثالث جلوگیری نموده یا در صورت عدم وجود قرینه بر منع واقعی، صرفاً در حد خود واگذاری اثرگذار باشد و سبب ممنوعیت نهادهای دیگر نشود. در نهایت، به نظر می‌رسد با ایراداتی که به نظریه قراردادی وارد شد، رویکرد اموال در کامن‌لا و نظریه بطلان در ایران در صورت وجود منع واقعی، با اصول حاکم بر قراردادهای، قصد طرفین و عرف تجار سازگارتر باشد.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. افتخاری، جواد (۱۳۸۲). *حقوق مدنی ۳ کلیات عقود و تعهدات*، تهران: میزان.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۳۴). *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳. بروجرودی عبده، محمد (۱۳۸۰). *حقوق مدنی*، تهران: مجد.
۴. توکلی کرمانی، سعید (۱۳۸۹). *انتقال تعهد در حقوق ایران*، تهران: انتشارات جنگل.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷). *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۶. شعاریان، ابراهیم (۱۳۸۱). *انتقال قرارداد*، تهران: فروزش.
۷. شهیدی، مهدی (۱۳۹۹). *سقوط تعهدات*، تهران: مجد.
۸. صرامی، سیف‌الله (۱۳۸۵). *حق، حکم و تکلیف*، پژوهشگاه علم و فرهنگ اسلامی.
۹. صفایی، سید حسین (۱۳۹۶). *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: نشر میزان.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). *نظریه عمومی تعهدات*، تهران: نشر میزان.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹). *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، تهران: انتشارات گنج.

– مقاله‌ها

۱۲. احمدوند، بهناز (۱۴۰۰). *تحدید مفهومی سلب حق، پژوهشهای حقوقی*، ۲۰ (۴۷). ۸۹-۱۱۰.
- Doi: 10.48300/jlr.2021.140165
۱۳. اصلانی، حمیدرضا (۱۳۸۶). *ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی (س)*، متین، ۹ (۳۶). ۱-۳۶.
۱۴. افشاری، فاطمه و اسدی، حمید (۱۳۹۸). *تحدید مفهومی و امکان‌سنجی سلب حق از دیدگاه*

فقها، پژوهشهای فقهی، ۱۵(۲)، ۳۳۹-۳۶۲.

Doi: 10.22059/jorr.2019.262483.1008133.

۱۵. بیگدلی، سعید و صادقیان، ابراهیم (۱۳۹۴). مبانی و تفاوت ضمانت اجرای عدم ایفاء تعهدات قراردادی در حقوق ایران، فقه امامیه و حقوق فرانسه، *آموزه‌های حقوقی گواه*، ۱(۱)، ۱۰۵-۱۳۲.

Doi: 10.30497/leg.2015.2607

۱۶. پروین، فرهاد و رادپسند، حسنیه (۱۴۰۰). تأثیر سلب حق بر کرامت ذاتی و شخصیت انسانی در حقوق مدنی، *پژوهش‌های اخلاقی*، ۱۲(۴۵)، ۶۹-۸۸.

۱۷. تقی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۷). مبانی فلسفی اسقاط حق در فقه اسلامی و حقوق غرب، *پژوهشهای فقهی*، ۱۴(۳).

Doi: 10.22059/jorr.2018.215705.۷۰۶-۶۷۷

۱۸. جعفرزاده، قاسم و احمدی‌راد، حمید (۱۳۹۱). تحلیل ماهیت حقوقی انتقال الکترونیکی وجوه با رویکرد انتقال حق، *تحقیقات حقوقی*، ۱۵(ویژه نامه شماره ۹).

۱۹. جهانگیری، محسن و یزدانی (۱۳۹۱). غلامرضا، بررسی اقسام شرط و آثار آن (با تکیه بر نقض تعهد)، *آموزه‌های فقه مدنی*، ۵(۵)، ۲۵-۵۴.

۲۰. حسینی، مهدی (۱۳۹۹). شرط تحدید حق انتقال عوضین در عقد بیع، *مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، ۶(۴).

۲۱. خویباری، حامد (۱۳۹۸). سلب حق و تحدید حکم اباحه در نظام حقوقی ایران، *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۴۰(۴۰)، ۷۳-۱۰۳.

Doi: 10.22034/fvh.2020.4103

۲۲. زر رخ، احسان و ویسی، اصلاان (۱۳۹۴). شرط نتیجه باطل و آثار آن در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، *مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، ۹(۳۲)، ۴۹-۶۸.

۲۳. سعادت مصطفوی، سید مصطفی (۱۳۸۳). ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، *دین و ارتباطات*، ۲۴(۲۴)، ۱۷۱-۲۰۰.

۲۴. سکوئی نسیمی، رضا (۱۳۹۶). شرط نتیجه و وضعیت فقهی - حقوقی معاملات معارض با آن، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۹ (۱۶)، ۲۰۳-۲۳۰.

Doi: 10.22075/feqh.2017.2415

۲۵. سلطان احمدی، جلال و همکاران (۱۳۹۸). صحت معامله با حسن نیت در تعارض با شرط منع عمل حقوقی، *مطالعات حقوقی*، ۱۱ (۲).

Doi: 10.22099/jls.2019.5326.۹۹-۶۵

۲۶. سهرابی، ندا (۱۴۰۰). بررسی آثار و شرایط اسقاط حق در فقه و حقوق ایران، *مطالعات حقوق*، ۱۸ (۱)، ۷۵-۹۰.

۲۷. شعبانی، رضا (۱۳۹۸). سلب حق در فقه و حقوق، *کانون*، ۱۰۳ (۱)، ۸۳-۹۵.

۲۸. غدیری، قادر (۱۳۹۵). بررسی و تبیین سلب حق از خویشان، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۹ (۴)، ۱۰۵-۱۲۶.

۲۹. قانلی، فیض اله و محسنی، حسن (۱۳۹۹). انتقال دعوا بی انتقال حق، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۱ (۲۰)، ۲۲۹-۲۵۹.

Doi: 10.22034/law.2020.12371

۳۰. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۴). بازتاب حکومت اراده در قالب شرط نتیجه، *دیدگاه‌های حقوقی قضایی*، ۳۴ و ۳۵ (۳۵)، ۱۲۵-۱۵۱.

۳۱. مقدم، عیسی (۱۳۸۶). انتقال قرارداد، *مطالعات حقوق خصوصی*، دانشگاه تهران، ۳۷ (۴)، ۲۲۹-۲۴۲.

۳۲. مولودی، محمد (۱۳۸۳). قائم مقام خاص متعاقبین، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۶۴ (۰)، ۲۱۹-۲۴۰.

۳۳. نخعی‌پور، قاسم و رضوی، سید محمد و رضوی، سید علی (۱۳۹۶). نقدی بر مقاله بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، *آموزه‌های فقه مدنی*، ۹ (۱۵)، ۷۹-۱۱۰.

۳۴. نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۸۸). ضمانت اجرای شرط فعل حقوقی، *حقوق اسلامی*، ۶(۲۳)، ۷-۳۶.

۳۵. یمرلی، صالح و جمشید، دانیال (۱۳۹۵). شرایط و قلمرو سلب حق در ایران، *تحقیقات جدید در علوم انسانی*، ۳(۱۶)، ۱۲۱-۱۳۴.

ب) منابع انگلیسی

- Books

36.A.Guest, (2012), *Guest on the Law of Assignment*, Sweet & Maxwell London.

37.B. J., (Hon), B. A. F. Q & Cartwright, J, (2020)., *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, 31 edition.

38.Beale, H, (2017), *Chitty on Contracts 2nd Supplement* (Sweet & Maxwell, 32st edition.

39.Catherine Elliott & Frances Quinn, (2009), *Elliott & Quinn's Contract Law*, Pearson Education Limited, 7th ed.

40.Garner, B. A, (2004), *Black's Law Dictionary, 8th Edition*, Thomson West.

- Articles

41.Andrew Tettenborn, (1995), "Equitable Assignment and Procedural Quibbles", *The Cambridge Law Journal*, 54(3), 499-502.

42.Bob Allcock, (1983), "Restrictions on the Assignment of Contractual Rights", *The Cambridge Law Journal*, 42(2).

43.Greg Tolhurst, (2004), "The Efficacy of Contractual Provisions Prohibiting Assignment", *Sydney law review*, 26(2).

44.G. Klass, (2010), Contract Law in the USA, *Kluwer Law International BV*, The Netherlands.

45.Goode, Roy, (2009), "Contractual Prohibitions against Assignment", *Lloyd's maritime and commercial law quarterly*.

46. Munday, R. J. C, (1979), "Prohibitions against Assignment of Choses in Action", *The Cambridge Law Journal*, 38(1).
47. Stoyanov, Dimitar, (2017), "The Contractual Prohibition of Assignment A Comparative Overview of the Legal Protection of the Assignee", *SSRN Electronic Journal*.
48. Stoyanov, Dimitar, (2017), "Supranational Attempts for Harmonization of the Anti-Assignment Clause.", *SSRN Electronic Journal*.
49. Tolhurst, G. J., & Carter, J. W, (2014), "PROHIBITIONS ON ASSIGNMENT: A CHOICE TO BE MADE", *The Cambridge Law Journal*, 73(2).
50. Woodward, F. C, (1904), "Assignability of Contract", *Harvard Law Review*, 18(1).

- Law Cases

51. *Devefi Pty Ltd v Mateffy Pearl Nagy Pty Ltd*, (1993), *Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases*, 110(20).
52. *Hoddler & Tolley Ltd. v Cornes*, (1923), N.Z.L.R., 876, 878.
53. *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd*, (1993) UKHL 4.
54. *Pacific Brands Sports & Leisure Pty Ltd v Underworks Pty Ltd*, (2005), FCAFC 40; 149 FCR 395; 230 ALR 56.
55. *Regina v Chester and North Wales Legal Aid Area Office (No 12)*, (1997), ex parte Floods of Queensferry Limited, CA 18 Dec.
56. *Sacks v. Neptune Meter Co.* (1932), 144 Misc. 70, 258 N.Y.S. 254, N.Y. Sup. Ct.
57. *Tom Shaw & Co v. Moss Empires (Ltd.)*, (1908), 25 T.L.R., 190, 191



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 32

Autumn 2023

Article Type: Research Article

Pages: 191-224

Abusive Terms of Use (ToU): A Comparative Study of Common Law and Iranian Law

Abbas Karimi^{1✉} | Taha Arab Asadi² | Amir Ghafari³

1. Professor, University of Tehran, Iran

abkarimi@ut.ac.ir

2. Ph.D. Candidate in Private law, University of Tehran, Iran

t.arabasadi@ut.ac.ir

3. Ph.D. Candidate in Private law, University of Tehran, Iran

ghaffariamir@ut.ac.ir

Abstract

In today's world, it would certainly be difficult to do without services of electronic systems. Making use of these apparently free services will come at the cost of complying with terms and conditions which have already been drafted by authors of the mentioned systems as a result of a great deal of effort and possibly in consultation with lawyers. Accordingly, in case users were aware of the mentioned terms, they either have never used them, or at least would have been reluctant to do so. On that account, the present article seeks to deal with the query as to the ideal way to deal with the imposition of unfair terms and ways to minimize its disadvantages while enjoying benefits of these terms. We advocate the thesis that a composite approach, which curbs and restricts these terms in the most efficient way possible, is the ideal way to protect rights of users as the weaker party. Therefore, in the present article, using comparative and analytical-library method, we shall examine, in three sections, methods of conclusion and contents of these terms and the proposed ways of dealing with them.

Keywords: *Abusive Terms of Use, Conclusion of Terms of Use, Counteracting of Abusive Terms of Use, E-Services, Terms of Use.*

Received: 2022/03/05 Received in revised form: 2023/01/05 Accepted: 2023/01/22 Published: 2023/09/30

DOI: 10.22034/LAW.2023.50683.3103

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



بررسی شروط تحمیلی ناظر به استفاده از سامانه‌های الکترونیکی؛

مطالعه‌ای تطبیقی در کامن‌لا و حقوق ایران

عباس کریمی^۱ | طه عرب اسدی^۲ | امیر غفاری^۳

abkarimi@ut.ac.ir

۱. استاد دانشگاه تهران، ایران

t.arabasaki@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ایران

ghaffariamir@ut.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ایران

چکیده

بی‌شک امروزه زندگی بدون خدمات سامانه‌های الکترونیکی دشوار است. از طرف دیگر، استفاده از این خدمات به‌ظاهر رایگان، به قیمت تن دادن به مفاد شروطی است که پیش از این از سوی گردانندگان این سامانه‌ها، با صرف وقت و هزینه بسیار و چه‌بسا مشورت با حقوق‌دانان، تدوین گردیده است؛ حال، چنانچه کاربران از مفاد تمامی این شروط آگاهی می‌یافتند، یا هرگز از این خدمات استفاده نمی‌کردند یا دست‌کم بی‌طیب خاطر و با اکراه اقدام به استفاده می‌نمودند. از همین روی، این مقاله به دنبال پاسخ به این پرسش اصلی است که بهترین شیوه مقابله با تحمیل این شروط چیست و چگونه می‌توان در عین بهره‌مندی از مزایای آن، معایب آن را به حداقل رسانید؟ به نظر می‌رسد استفاده از مجموعه‌ای از رویکردها به نحوی که هم مانع ایجاد این شروط گردد و هم در صورت ایجاد، راهکاری برای حذف آن با اقتصادی‌ترین طریق ممکن ارائه نماید، مطلوب‌ترین شیوه حمایت از حقوق کاربران به‌عنوان طرف ضعیف‌تر در برابر صاحبان این سامانه‌ها به‌عنوان طرف قدرتمند باشد. به همین جهت، در این اثر با بهره‌گیری از روش تطبیقی-تحلیلی و کتابخانه‌ای، در سه مبحث کلی، پس از بررسی نحوه انعقاد و مفاد این شروط، شیوه‌های مقابله با آنها نیز پی گرفته شده است.

واژگان کلیدی: انعقاد شروط استفاده، سامانه‌های الکترونیکی، شروط تحمیلی، شروط ناظر به استفاده از سامانه‌های الکترونیکی، مقابله با شروط تحمیلی/استفاده.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۴ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

DOI: 10.22034/LAW.2023.50683.3103

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در گذشته بهره‌مندی از بسیاری از خدمات منوط به پذیرش هیچ توافقی میان ارائه‌دهنده خدمت و استفاده‌کننده از آن نبود؛ به‌طور مثال، هیچ‌کس برای روشن کردن تلویزیون ناچار از پذیرش شرط داوری نبوده، یا برای آنکه اخبار را از رادیو گوش دهد، خود را ناگزیر از اسقاط تمامی دعاوی احتمالی‌اش نمی‌دید. همچنین، چنانچه کسی می‌دانست با مطالعه روزنامه، اجازه فروش اطلاعات شخصی خود را به منتشرکننده آن داده، یا فروشگاهی که همیشه از آن خرید می‌کند، هیچ‌گونه مسئولیتی در برابر وی ندارد، عطای مطالعه روزنامه یا خرید از آن فروشگاه را به لقایش می‌بخشید. وانگهی، امروزه استفاده از اغلب سامانه‌های الکترونیکی^۱ منوط به پذیرش شروطی^۲ شده است که کاربر چاره‌ای جز قبول آن یا رها ساختن استفاده از آن سامانه را ندارد. اسفناک‌تر آنکه وی در بسیاری از موارد هیچ‌گاه از مفاد این شروط آگاه نمی‌شود. با این همه، نمی‌توان نسبت به ظهور و رواج این شروط به‌کل بدبین بود؛ چراکه نباید سهم این شروط را در سامان بخشیدن رابطه میان کاربر و سامانه و تعیین تکلیف شکاف‌های موجود در این حوزه انکار نمود. با این وصف، آنچه در این میان آزردهنده به‌نظر می‌آید، تحمیل مفاد یک‌طرفه و ناعادلانه این شروط به ضرر کاربران و مصرف‌کنندگان مجازی است، نه اساس پیدایش چنین شروطی. به همین سبب، این مقاله در کنار بررسی نحوه انعقاد، مفاد و آثار این شروط، به‌دنبال پاسخ به این پرسش اساسی است که بهینه‌ترین شیوه مقابله با این شروط چیست؟ در پاسخ باید بیان داشت، استفاده از تمامی ظرفیت‌های حقوقی و حتی غیرحقوقی که سبب تعدیل این شروط به نفع کاربران می‌شود و نیز در صورت تحقق آنها، ارائه راهکاری برای عدم اجرای آن با هزینه کم و پربازده‌ترین تشریفات به‌عنوان رویکرد مطلوب حاصل از نتایج مطالعات تطبیقی-تحلیلی پیشنهاد می‌شود. در نتیجه، این پژوهش به سه مبحث کلی تقسیم شده است: نخست به نحوه شکل‌گیری و سپس مفاد این شروط پرداخته می‌شود، پس از آن، راهکارهای مقابله با تحمیل این شروط

۱. مُراد از سامانه‌های الکترونیکی، کلیه (وب) سایت‌ها، برنامه‌ها (اپلیکیشن‌ها) و شبکه‌های قابل دسترسی در فضای سایبر و به‌طور کلی کلیه رابط‌های کاربری اعم از گرافیکی و غیرگرافیکی سمت کاربر (کلاینت) بوده که از این پس به اختصار آن را «سامانه» می‌خوانیم.

۲. در این مقاله، از این پس «شروط استفاده» را به جای اصطلاح «شروط ناظر به استفاده از سامانه‌های الکترونیکی» به کار می‌بریم.

مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. نحوه انعقاد شروط تحمیلی ناظر به استفاده از سامانه‌های الکترونیکی

پیش از پرداختن به انواع شروط استفاده، نخست می‌بایست نحوه انعقاد آن مورد بررسی قرار گیرد؛ چه، در اینجا با قراردادهایی روبه‌رو می‌شویم که در آن طرفین برخلاف قراردادهای سنتی که رودرروی یکدیگر نشسته و پس از ساعت‌ها مذاکره و چانه‌زنی اقدام به انعقاد آن می‌نمایند، می‌بایست خود را به قراردادی ملتزم ببینند که کوچک‌ترین نقشی در تدوین آن نداشته، یا باید آن را به همان نحوی که هست و بی‌هیچ تغییری بپذیرند یا از اساس از استفاده از سامانه صرف‌نظر کنند. این قراردادها که پیش از این از سوی طرف قوی‌تر، یعنی گردانندگان سایت‌ها، برنامه‌ها و شبکه‌های مجازی، با صرف وقت و هزینه بسیار و بهره‌گیری از دیدگاه‌های متخصصان امر تدوین شده، نتیجه تحولات سریع در حوزه تجارت و معاملات در قرن نوزدهم است؛ به‌طوری که اکنون اکثر معاملات تجاری را قراردادهای نمونه و معیار^۳ تشکیل می‌دهند. به بیانی، وجود قراردادهای نمونه در یک اقتصاد با تولید انبوه کالا و خدمات موجب صرفه‌جویی بسیاری در زمان و هزینه لازم برای انعقاد قرارداد خواهد شد. حال، بدیهی است استفاده از ظرفیت قراردادهای نمونه در سامانه‌های الکترونیکی، بیشتر نیز باشد؛ چراکه این قراردادها به جهت وصف غیرقابل انعطاف خود، قدرت و امکان چانه‌زنی کاربران را به شدت پایین آورده یا به صفر می‌رسانند. از سوی دیگر، این قراردادها، نه تنها یک پدیده رایج، که یک نیاز و ضرورت حتمی جامعه امروزند. با این همه، نمی‌توان نادیده گرفت که این شروط در وجوه بسیاری با قراردادهای سنتی متفاوت‌اند. به هر روی، باید دانست برخی از این شروط استفاده، موجب یا مسقط هیچ نوع حق و تکلیفی نبوده که لازم آید همچون قرارداد مورد توافق قرار گیرند. با این حال، نباید این دسته از شروط را که به آن مقررات توضیحی^۴ می‌گویند، به کل بی‌تأثیر پنداشت؛ چراکه گرچه این نوع از شروط تنها توضیح می‌دهند، لکن به‌طور غیرمستقیم با آگاهی‌بخشی به کاربر بر مسئولیت خود در برابر وی مؤثر هستند. از سوی دیگر، گاه مؤسسان سامانه‌ها در برخی از

3. Standard Contract.

4. Explanatory Provisions.

این شروط به دنبال گسترش حقوق سامانه خود هستند؛ برای مثال، ممکن است به موجب قوانین داخلی بعضی کشورها، ایجاد برخی از اقسام حقوق مالکیت فکری برای سامانه، مشروط به تحقق پاره‌ای شرایط باشد و به همین روی از طریق این شروط تا آنجا که ماهیت تکمیلی این قوانین اجازه می‌دهد، اقدام به توسعه حقوق سامانه خود می‌نمایند. اسرار تجاری نمونه‌ای است که این سامانه‌ها در تلاش‌اند، بدون درگیر شدن در تفاسیر قوانین مختلف، با اندراج این گونه شروط آن را برای خود محفوظ دارند.^۵

گذشته از این مسائل، امری که پرداختن به آن در اینجا ضروری است، نحوه تحقق و شکل‌گیری این شروط است. در حقیقت، متفاوت با قراردادهای سنتی که در آن طرفین با دو انشای متقابل به انعقاد آن اقدام می‌نمودند، در این نوع از قراردادها، تقابل دو انشای متقابل^۶ و تعلق قصد یکی از طرفین با ریزینی، به همان چیزی که طرف دیگر آن را اراده می‌کند، مورد توجه نیست؛ بلکه در اینجا صرف داشتن اطلاعات و پیش‌زمینه‌های ذهنی و به‌طور کلی یک ارتباط معقول^۷ با سامانه کافی است تا تکلیف به مطالعه^۸ و آگاهی از شروط قراردادی به چنین کاربری تحمیل گردد. در نتیجه همین تکلیف، چنانچه کاربری عدم آگاهی از مفاد قرارداد را ادعا نماید، این ادعا به جهت نقض تکلیف یادشده و به تبع آن، تقصیر وی، مسموع نخواهد بود^۹؛ فارغ از آنکه در برخی از این قراردادها نسبت به مطالعه و آگاهی از این شروط، از کاربر یا ولی یا قیمش اقرار گرفته شده، در نتیجه اثبات خلاف آن

5. Sharon K. Sandeen, "The sense and Nonsense of Web Site Terms of Use Agreement", *Hamline Law Review*, Vol. 26, No. 3 (2003), pp. 22-25.

6. Meeting of Mind.

7. Reasonable Communication.

8. Duty to Read.

9. Woodrow Hartzog, "The New Price to Play: Are Passive Online Media Users Bound by Terms of Use", *Communication Law and Policy*, Vol. 15, No. 4 (2010), pp. 10-11.

۱۰. دلایل بسیاری در این امر سبب قبول کورکورانه کاربران می‌شود که از مهم‌ترین آنها می‌توان به عدم امکان تغییر این شروط از سوی کاربر و در نتیجه تحمیلی و بی‌فایده بودن آگاهی نسبت به آن، تنظیم این شروط از سوی طرف قوی‌تر و با همکاری اشخاص متخصص و حقوق‌دانان که اغلب در صورت مطالعه نیز قابل درک نخواهد بود، مشابه بودن شروط استفاده سامانه‌های مختلف با یکدیگر، احتمال پایین تحقق ریسک پذیرش این شروط، نیاز فوری و فعلی کاربر به استفاده از خدمات ارائه‌شده اشاره کرد.

Jared S. Livingston, "Invasion Contract: The Privacy Implications of Terms of Use Agreements in the Online Social Media Setting", *Albany Law Journal of Science & Technology*, Vol. 21, No. 3 (2012), p. 3.

به مقتضای قاعده انکار بعد از اقرار دشوار می‌گردد.^{۱۱} در حقوق ما نیز گرچه حسب قاعده، ابراز اراده به هرنحو و در هر بستر که انجام گیرد واجد اثر خواهد بود (ماده ۱۹۱ قانون مدنی)، لکن این امر از قانون تجارت الکترونیکی نیز که بر برابری داده‌پیام با نوشته و امضای دستی و نیز توجه به اسناد الکترونیکی به عنوان ادله اثبات دعوا حکایت دارد (مواد ۶، ۷ و ۱۲)، قابل استنباط است.^{۱۲} با این وصف، آنچه در اینجا به نظر می‌رسد آن است که نمی‌توان اظهار داشت قراردادهای الکترونیک موضوع جدیدی بوده، از طریق قیاس می‌توان احکام قواعد سنتی را بر آن بار نمود، بلکه این چنین شروطی از اساس نیاز به احکام جدید و متناسبی با این ماهیت نوظهور خواهند داشت. برای تحقق این امر کفایت با استفاده از شیوه‌های معمول آگاه کردن کاربر از اصل وجود چنین شروطی، که از سوی سامانه فراهم آمده، در کنار آن، فرصت کافی جهت مطالعه آن نیز در اختیار وی قرار گیرد. همچنین کاربر باید بداند که چه اقدامی از سوی وی به منزله قبول تلقی خواهد شد و سپس در عمل از همان طریق اقدام به پذیرش آن نماید.^{۱۳} یکی دیگر از مسائل مهم در خصوص شروط استفاده، تغییرات بعدی آن از سوی سامانه‌ها است؛ به طوری که حتی آنان از ابتدا حق تغییرات بعدی این شروط را در هر زمان و به هر دلیل برای خود محفوظ داشته، به این قراردادها از این حیث نیز ماهیتی جدید و ویژه می‌بخشند.^{۱۴} بدیهی است اعمال چنین شروطی با توجه به مقررات حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان اتحادیه اروپا، با چالشی جدی روبه‌رو خواهد بود. در پرونده‌ای پس از استفاده شخص از یک برنامه، ایمیلی حاوی تغییر شروط استفاده به صورت یک شرط دآوری اجباری برای وی ارسال شد. پس از این، شخص به دلیل اختلاف

11. L. Rustad, Michael Onufrio, Maria Vittoria, "Reconceptualizing Consumer Terms of Use for Globalized Knowledge Economy", *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 14, No. 4 (2012), p. 28.

۱۲. در بند یک از ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیتال در تجارت الکترونیک و ماده ۹ از دستورالعمل تجارت الکترونیک، به انعقاد قرارداد از طریق ایجاب و قبول الکترونیک تأکید شده است.

13. Jared S. Livingston, "Invasion Contract: The Privacy Implications of Terms of Use Agreements in the Online Social Media Setting", *Albany Law Journal of Science & Technology*, Vol. 21, No. 3 (2012), p. 16.

۱۴. در تحلیل این قراردادها که از آنها با عنوان «Rolling Contracts» یاد می‌شود، چنانچه آن را حق نسبت به تغییر مفاد همان قرارداد سابق تعبیر نماییم، بی‌شک باید چنین شرطی را که موجب غرری شدن قرارداد می‌گردد، باطل دانست؛ لکن، هرگاه اعلام این تغییرات را به معنی فسخ قرارداد سابق و ارائه شروطی جدید بدانیم، این شروط می‌بایست با در نظر گرفتن ضوابط ناظر به شکل‌گیری این شروط دوباره میان طرفین منعقد شوند.

با برنامه به‌منظور مطالبه وجه پرداختی خود، در دادگاه طرح دعوا نموده که خوانده در مقام ردّ دعوی خواهان به همان شرط دآوری استناد می‌نماید. در این زمان، دادگاه بی‌توجه به این شرط، اعلام داشته است تنها هنگامی می‌توان تغییر بعدی این شروط را برای کاربر الزامی دانست که نخست این تغییرات به آگاهی وی رسیده و دوم آنکه وی به نحوی ولو ضمنی رضایت خود نسبت به آن را اعلام کرده باشد.^{۱۵}

۲. انواع شروط تحمیلی ناظر به استفاده از سامانه‌های الکترونیک

در اینجا انواع شروط تحمیلی ناظر به استفاده از سامانه‌های الکترونیک، در ابتدا از حیث شرایط انعقاد و سپس از نظر محتوا تقسیم‌بندی و مطالعه شده است.

۲.۱. انواع شروط تحمیلی ناظر به انعقاد شروط استفاده از سامانه‌های الکترونیک

در این قسمت، شروط تحمیلی با توجه به اعمال و شرایطی که با درنظر گرفتن شرایط ویژه این قراردادها، به ایجاب و قبول آن تفسیر می‌شوند، مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

۲.۱.۱. انعقاد قرارداد از طریق باز کردن بسته‌بندی^{۱۶}

این شیوه قدیمی‌ترین نمونه این قراردادها است. در نخستین سال‌های صنعت نرم‌افزار که اشخاص آنان را با بسته‌بندی خریداری می‌کردند، استفاده از این نوع قرارداد رایج شد. این عقد نامش را از آنچه درعمل رخ می‌دهد وام گرفته است؛ زیرا مفاد قرارداد بر بیرون بسته‌بندی محصول قرار داده شده و عقد زمانی منعقد می‌شود که بسته‌بندی محصول باز شود. در این قراردادها، فروشنده بر روی بسته‌بندی جمله‌ای با این مضمون می‌نوشت که «با باز کردن بسته‌بندی شما به مفاد آن پایبند خواهید شد». حال، ممکن است این پرسش به ذهن آید که چرا چنین قراردادی که در فضای واقعی منعقد می‌گردد، به‌عنوان یکی از شروط استفاده مورد بررسی قرار گرفته است؟ در حقیقت، علت آن است که این قرارداد گرچه به صورت مجازی منعقد نمی‌شود، لکن از گذشته برای استفاده از محصولات الکترونیکی ابداع

15. Slady Baker, "Digital Platform and Their Terms of Use: Dose It Matter?", *Court Uncourt*, Vol. 5, No. 5 (2018), pp. 1-2.

16. Shrink-Wrap License.

شده و سپس مورد استفاده قرار گرفته است. گرچه در یکی از نخستین پرونده‌ها^{۱۷} در این خصوص، دادگاه حکم به عدم قابلیت اجرای مفاد این شروط داده است، با این همه، نمی‌توان چنین حکمی را به معنی مخالفت با تحقق چنین قراردادی، حتی در همان زمان نیز دانست؛ چراکه دادگاه در این پرونده به درستی معتقد بود مذاکره برای خرید این محصول قبل از رسیدن بسته به دست مشتری و از طریق تلفن انجام شده، به همین سبب، قرارداد حاکم بر آن همان است که در پشت تلفن میان آنان گذشته است. لکن در پرونده‌ای دیگر^{۱۸}، دادگاه در مورد فروش یک تلفن الکترونیک حکم به انعقاد این قرارداد داد و بعد از آن نیز دیگر دادگاه‌ها کمتر در پذیرش چنین قراردادی تردید به خود راه دادند. در این پرونده، مختصری از مفاد قرارداد بر روی جعبه نمایان بود و نسخه کامل آن بر روی صفحه تلفن، پیش از آنکه نصب شود، مشخص می‌شد. با این وصف، دادگاه وی را به تمام آن شروط، نه فقط آنهایی که بر روی جعبه قرار داشتند، ملتزم دانست و همین تغییر نگاه را می‌توان نخستین بارقه تفاوت میان قراردادهای سنتی و مجازی محسوب نمود. پس از این، پذیرش این سبک از قرارداد در میان دادگاه‌ها و حقوق تجارت رویه‌ای قابل قبول گردید.

۲.۱.۲. انعقاد قرارداد از طریق فشردن^{۱۹}

یکی دیگر از این قراردادها با فشردن محقق می‌گردد؛ این قرارداد درواقع شکل تکامل‌یافته نمونه سابق است. در این نوع از قرارداد شخص با کلیک کردن جمله «من موافقم یا می‌پذیرم»^{۲۰}، رضایت خود را به صورت قبول انشا می‌نماید. در این حالت، چنانچه کاربر از فشردن این گزینه امتناع نماید، از اساس امکان ادامه دادن استفاده از خدمات سامانه و یا حتی نصب برنامه را نخواهد یافت. به همین روی، این نوع از قراردادهای مجازی که در آن، قبول مخاطب به صریح‌ترین شکل ممکن اخذ می‌گردد، ولو آنکه کاربر به‌راستی از مفاد شروط آن مطلع نباشد، بیشتر به قراردادهای سنتی نمونه شباهت دارد و تردید کمتری نسبت به تحقق آن وجود خواهد داشت. در حقیقت، «این که [خواهان] قرارداد را نخوانده و یا حتی

17. Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology, 939 F.2d 91 (3d Cir. 1991).

18. ProCD, Inc. v. Zeidenberg. ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

19. Click-Wrap License.

20. I Agree/ I Accept.

آن را ندیده است، تقصیری از جانب خودش بوده و تغییری در ماهیت امر نخواهد داشت. [و در هر صورت او] به شروط استفاده از سایت ملتزم خواهد شد»^{۲۱}. به همین روی، دادگاه در بررسی صحت چنین قراردادی، تنها به واضح بودن مفاد شروط و قطعی بودن رضایت کاربر، فارغ از اینکه آیا وی چنین شروطی را خوانده است یا خیر، توجه می‌نماید^{۲۲}. با این حال، گرچه کمتر به دفاع از عدم آگاهی از محتوای شروط عنایت می‌شود، لکن دلالت آن بر رضایت قطعی کاربر همچنان محل تأمل است؛ به‌ویژه آنکه امکان کلیک‌کردن اشتباه نیز وجود دارد و به همین جهت، برخی برای ابراز کامل اراده و متعهد ساختن وی، چند بار فشردن از سوی کاربران را لازم دانسته‌اند^{۲۳}.

۲.۱.۳. انعقاد قرارداد از طریق استفاده عملی^{۲۴}

در این قرارداد، مفاد شروط استفاده، در صفحه اصلی سامانه یا صفحه‌ای دیگر که از طریق لینک به‌سهولت قابل دسترس است، قرار می‌گیرد. در این حالت، نیازی نیست که کاربر به‌صراحت قبول خود را با عملی چون فشردن نشان دهد، بلکه همین که در سایت مشغول جست‌وجو است و یا از برنامه استفاده می‌کند، درعمل به معنای پذیرش شروط استفاده از آن سامانه است. نخستین اشکالی که ممکن است نسبت به این قرارداد مطرح شود، اصل تحقق آن و استنباط قبول کاربر است. دادگاهی در سال ۲۰۰۲، در دعوی *Specht v. Netscape Communication Crop*، مفاد این قرارداد را به آن سبب که اطلاع از این امر - که صرف استفاده به معنی رضایت از این شروط است - به‌درستی به آگاهی کاربر نرسیده بود، غیر محقق دانست. با این وصف، برخلاف تصور رایج، این پرونده هیچ‌گاه حکم به عدم تحقق چنین قراردادی نداده، بلکه به‌عنوان یک امر موضوعی قصور سایت در اطلاع‌رسانی نسبت به نحوه انعقاد قرارداد را موجهی برای عدم تحقق آن برشمرده

21. *Burcham v. Expedia, Inc. Burcham v. EXPEDIA, INC.*, No. 4: 07CV1963 CDP (E.D. Mo. Mar. 6, 2009).

22. L. Rustad, Michael Onufrio, *op.cit.*, p. 24.

23. N. Moreau, "La Formation du Contract Electronique: Dispositif de Protection du Cyberconsommateur et Mode Alternatifs de Reglement des Conflits", *DEA Droit de Contrats, Universite de Lille 2*, (2002), p. 59.

24. *Brows-Wrap License*.

است.^{۲۵} به همین جهت، اکنون که رویه غالب دادگاه‌ها، پذیرش شکل‌گیری چنین قراردادهایی است، سامانه‌ها تمایل بیشتری به استفاده از این نوع قرارداد نسبت به انواع قبلی آن دارند؛ چراکه در این دسته، عدم اطلاع کاربران از مفاد این شروط، مطلوب سوداگران عرصه تجارت الکترونیکی است.^{۲۶}

۲.۲. انواع شروط تحمیلی ناظر به آثار توافق استفاده از سامانه‌های الکترونیکی

در این قسمت به بیان محتوای رایج‌ترین شروط استفاده پرداخته شده و سپس به صورت موردی چالش‌های احتمالی پیش‌بینی چنین شروطی در نظام‌های حقوقی مختلف مورد بررسی قرار گرفته است.

۲.۲.۱. شروط مالکیت فکری^{۲۷}

برخی از این شروط با هدف حفظ حقوق مالکیت فکری سامانه ایجاد شده و فقط حدود حقوق این سامانه‌ها و جلوگیری از نقض آن را به کاربران گوشزد می‌نماید. این شروط از آن حیث که ناقض پس از آن نتواند ادعای عدم آگاهی کند، واجد اهمیت‌اند.^{۲۸} دسته دیگر از این شروط، بر رابطه میان کاربر با سامانه از حیث محتوایی که وی در آن محیط بارگذاری می‌نماید، حکومت می‌کند. گرچه تمامی این سامانه‌ها مالکیت کاربر بر این محتوا را به رسمیت می‌شناسند، اما به‌طور معمول از کاربران یک اجازه مطلق، بی‌قیدوشرط و قابل انتقال مبنی بر اجازه استفاده تجاری و غیرتجاری از تمامی محتوای آن، مادام که او این محتوا را پاک نکرده است، اخذ می‌کنند؛ مگر اینکه این محتوا از سوی شخص ثالثی نیز بارگذاری شده باشد که در این صورت ملاک خاتمه این اجازه، زمانی خواهد بود که آخرین نفر این محتوا را از میان ببرد. با این حال، ممکن است اعطای چنین مجوز بی‌قیدوشرطی با

۲۵. این موضع در دعوی *Register.com Inc. v. Verio Inc.* نیز مورد تأیید قرار گرفته است، نک:

Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004); *Druyan v. Jagger*, 508 F. Supp. 2d 228 (S.D.N.Y. 2007); *Ticketmaster LLC v. RMG Technologies, Inc.*, 507 F. Supp. 2d 1096 (C.D. Cal. 2007).

26. Aaron T. Chiu, "Irrationality Bound: Terms of Use Licenses and the Breakdown of Consumer Rationality in the Market for Social Network Sites", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 21, No. 1 (2012), pp. 13-15.

27. Intellectual Property Terms.

28. Sharon K. Sandeen, *op.cit.*, pp. 8-10.

قوانین داخلی برخی کشورها، به‌ویژه کشورهای عضو اتحادیه اروپا، به‌طور خاص آلمان و بلژیک، در تضاد و تعارض باشد و طبیعتاً اجرای آن را در این کشورها با موانع عملی روبه‌رو می‌سازد.^{۲۹} از سوی دیگر، باید دانست پیش‌تر چنین اجازه‌ای به خود سامانه داده شده و سامانه جز در صورت تصریح، امکان انتقال آن را به اشخاص ثالث نخواهد یافت. به همین سبب، در دعوای شخصی به نام *مُرل* که تصاویری را تنها لحظاتی پس از زمین‌لرزه معروف هایتی گرفته و در صفحه شخصی توئیتر خود قرار داده بود، لکن یک خبرگزاری فرانسوی به نام AFP و پس از آن برخی خبرگزاری‌های دیگر بدون اجازه وی به انتشار این تصاویر در سایت‌های خبری خود اقدام نمودند که همگی به جبران خسارت به نفع خواهان محکوم شدند؛ چه، اگرچه پیش از این توئیتر اجازه استفاده از تمامی محتوای بارگذاری شده از سوی کاربران را برای خود اخذ نموده و همچنین، خود را در برابر کاربران نسبت به تمامی سوءاستفاده‌های احتمالی که ممکن است اشخاص ثالث از محتوایی که کاربران در آن قرار می‌دهند، مبرا می‌سازد، لکن این اجازه برای خود توئیتر بوده است، نه اشخاص ثالث. نتیجه آنکه مبهم بودن شروط استفاده توئیتر در این زمینه برای اشخاص ثالثی که بدون اجازه محتوای دیگران را مورد استفاده قرار می‌دهند، دردسرساز شد. این درحالی است که به‌نظر می‌رسد دعوای مشابه چنانچه در فضای فیس‌بوک، اینستاگرام و اسنپ‌چت رخ دهد، به احتمال زیاد برای خواهان نتیجه‌ای دربر نخواهد داشت؛ زیرا این شبکه‌ها شروطی بسیار وسیع به همراه اعطای مجوز غیرانحصاری و قابل انتقال به اشخاص ثالث مقرر نموده‌اند که سبب می‌شود، استناد خواننده به آنها موجب ردّ دعوای خواهان شود.^{۳۰} برای مثال، در شروط استفاده اینستاگرام تصریح شده است، بدون آنکه این شبکه مدعی مالکیت بر محتوای مورد استفاده کاربران باشد، اما با این حال «یک اجازه مطلق، مجانی، قابل انتقال، جهانی برای استفاده، توزیع، تغییر، به‌کاربردن، انتشار، ترجمه و ایجاد آثار برگرفته از محتوای کاربر»^{۳۱} از

29. Ellen Wauters, Eva Lievens, Peggy Valcke, "Toward a Better Protection of Social Media Users: A Legal Perspective on the Terms of Use of Social Networking Sites", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 22, No. 3 (2014), pp. 12-14.

30. Toby Butterfield, Ben Bartlett "Coming to Terms: Hidden Traps for Media Entities and Producers in Website Terms of Use Agreements", *Landslide*, Vol. 3, No. 6 (2011), pp. 1-3.

31. "You Hereby Grant to Us a Non-Exclusive, Royalty-Free, Transferable, Sub-Licensable, Worldwide License to Host, Use, Distribute, Modify, Run, Copy, Publicly Perform or Display, Translate or Display, Translate, and Create Derivative Works of Your Content".

وی اخذ می‌گردد. بدیهی است پذیرش چنین شرطی از سوی کاربر سبب عدم استماع تمامی دعاوی احتمالی وی در آینده در این خصوص خواهد شد.

۲.۲.۲. حریم شخصی^{۳۲}

توجه به حفظ حریم خصوصی در عصر ما که گسترش ارتباطات نگرانی‌ها راجع به نقض حریم خصوصی را افزایش داده، از اهمیتی فزاینده برخوردار است. در مقابل، متأسفانه اکنون کمتر سایت یا برنامه‌ای را می‌توان یافت که سیاست‌هایی قابل قبول و منصفانه در خصوص حریم شخصی افراد اتخاذ نموده باشد؛ به‌طوری که ممکن است شخصی که در طول روز بارها از خدمات گوگل، فیس‌بوک، اینستاگرام و... استفاده می‌کند، نداند که وی در حقیقت، این خدمات را به قیمت اطلاعات شخصی خود خریده است؛ به‌نحوی که می‌توان آن را در قالب عقدی معوض به صورت ارائه خدمات در برابر اطلاعات خصوصی کاربر، تحلیل نمود. اطلاعاتی که حتی پس از پایان بهره‌برداری و استفاده کاربر از آن سامانه نیز همچنان در اختیار و مورد استفاده آن سامانه قرار می‌گیرد. در واقع، اکنون شیوه‌های سنتی استراق سمع به پیشرفته‌ترین و مخفیانه‌ترین روش‌های هک و سرقت اطلاعات بدل شده است. برای نمونه، فیس‌بوک می‌تواند تنها با فروش حجم اطلاعات عظیمی که از علائق و سلائق کاربران خود به‌دست می‌آورد، قدرتی بی‌نظیر و غیرقابل پیش‌بینی در اختیار یک بنگاه تجاری برای جهت‌دار نمودن ادامه فعالیت آن، قرار دهد^{۳۳}. برای نمونه، توئیتر در قسمتی از شروط استفاده خود، اطلاعات راجع به زبان، کشور، زمان، مکان، علائق کاربران از طریق بررسی اشخاصی که دنبال می‌کنند، محتوایی که نشر داده یا می‌پسندند و سایر موارد را از جمله اطلاعات عمومی محسوب نموده، از این رهگذر خود را در استفاده از آنان مختار شمرده است^{۳۴}. با این همه، گرچه هیچ اجماعی بر سر اینکه بهترین راه مقابله با این پدیده چیست، وجود ندارد، اما بی‌تردید، شروط استفاده جایگاهی مهم در کاهش یا افزایش آسیب‌های ناشی از آن دارند؛ به‌طوری که بسیاری از موارد نقض این حق، به عدم ممنوعیت

32. Privacy.

33. Jared S. Livingston, *op.cit.*, pp. 1-8.

34. "Your Public Information Includes: [...]; the Language, Country, and Time Zone Associated with Your Account; and the Lists You Create, People You Follow, Tweet You Mark as Likes or Retweet, and Many Other Bits of Information that You Provide Throw the Twitter Services".

سامانه یا حتی أخذ إذن صریح از کاربر برای فروش اطلاعاتش بازمی‌گردد؛ امری که ضرورت اصلاح مقررات و به تبع آن، شروط استفاده این سامانه‌ها در این خصوص را بیش‌ازپیش نمایان می‌سازد. با این حال، به‌نظر می‌رسد واکاوی دقیق در محتوای این شروط می‌تواند آنان را با مانع نظم عمومی و گاه سلب حریت کاربران (مواد ۹۶۰ و ۹۷۵ از قانون مدنی) روبه‌رو سازد.

۳.۲.۲. شروط حل اختلاف^{۳۵}

یکی از مهم‌ترین چالش‌های پیش روی سامانه‌های الکترونیکی، ماهیت نامحدود و بدون مرز اینترنت است؛ از یک سو، آنان برای بهره‌برداری حداکثری از بازار تمام دنیا روزبه‌روز فعالیت خود را گسترش می‌دهند و از سوی دیگر، خود را با نگرانی فزاینده‌ای نسبت به قوانین کشورهای مختلف و مراجع رسیدگی‌کننده هریک از آنان روبه‌رو می‌بینند. در نتیجه، برای رفع این نگرانی‌ها امروزه اغلب این سامانه‌ها اقدام به اندراج شرط تعیین قانون حاکم^{۳۶} و مرجع رسیدگی^{۳۷} و یا شرط داوری اجباری^{۳۸} می‌نمایند. برای مثال، فیس‌بوک حل اختلافات را تنها در صلاحیت دادگاه‌های فدرال یا ایالتی شهر سانتاکلارا و به‌موجب قوانین ایالت کالیفرنیا مقرر نموده است. همچنین اینستاگرام و توئیتر نیز حل اختلافات احتمالی را به‌موجب و در صلاحیت دادگاه‌های فدرال و ایالتی شهر سانفرانسیسکو دانسته‌اند. از دیگر سو، آمازون مرجع رسیدگی را مرجع داوری در شهر سیاتل واشنگتن می‌داند^{۳۹}. این موارد سبب شده است اکثریت قریب به اتفاق استفاده‌کنندگان از این سامانه‌ها در سرتاسر دنیا، درعمل قید مطالبه حقوق خود را بزنند. از همین رو، این امر با مخالفت قوانین داخلی کشورهای عضو اتحادیه اروپا روبه‌رو شده است و سرانجام، فیس‌بوک و دیگر سامانه‌ها در محدوده اروپا خود را با مانعی جدی برای اجرای این دست از مقررات روبه‌رو می‌بینند؛ چراکه طبق ماده ۱۶(۱) بروکسل، یک شخص حقیقی غیرتاجر می‌تواند در محل اقامت خوانده یا خود اقامه دعوا نماید. در مقابل، وی تنها در محدوده محل اقامت خود

35. Dispute Resolutions Clause.

36. Choice-of-Law Clause.

37. Forum-selection Clause.

38. Arbitration Clause.

39. Sharon K. Sandeen, *op.cit.*, pp. 44-47.

ممکن است طرف دعوا قرار گیرد، لکن گرچه به موجب این قانون شرط اِعمال آن، حضور ارائه‌کننده خدمات در محدوده محل اقامتِ کاربر و یا مدیریت آن در همان محدوده است، اما اکنون به موجب ماده ۱۸ بروکسل یک (اصلاحی) ۱۲ دسامبر ۲۰۱۲، فارغ از آنکه ارائه‌کننده خدمات در آن محدوده باشد یا نه، مصرف‌کننده می‌تواند در محل اقامت خود طرح دعوا نماید. همچنین، به موجب ماده ۶ بروکسل، قانون حاکم بر مصرف‌کننده حقیقی همان قانونی است که وی در آن محل بنابه عادت اقامت^{۴۰} دارد؛ با این حال، چنانچه قانون منتخب طرفین همان سطح از حمایت را از مصرف‌کننده به عمل آورد، در این صورت به این انتخاب احترام گذاشته می‌شود. از این گذشته، در برخی دیگر از پرونده‌ها، دیوان دادگستری اروپایی^{۴۱} صلاحیت انحصاری دادگاه‌های خارج از محل اقامت مصرف‌کننده را شرطی غیرمنصفانه و مخالف حسن نیت دانسته، از این حیث نیز حکم به اعلام بطلان آن نموده است.^{۴۲} به این ترتیب، این مقررات به حمایت از کاربران اروپایی در برابر سامانه‌هایی می‌پردازد که بیشتر در ایالات متحده مدیریت شده، به همین دلیل، در شروط استفاده خود مقررات و مراجع همان کشور را حاکم بر دعاوی و اختلافات احتمالی خود نموده‌اند.

در مقابل، قانون‌گذار ایرانی در برابر تحمیل شروط حل اختلاف، حمایت کافی را از کاربران خود، چه در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و چه در قانون تجارت الکترونیکی، به عمل نیاورده است. با این حال، با پذیرش یک تفسیر جزئی از ماده ۹۶۸ قانون مدنی تاحدودی می‌توان خلأ موجود در این حوزه را بهبود بخشید؛ چراکه به موجب این تفسیر، قراردادهای تابع قانون محل انعقاد خود بوده، مگر آنکه متعاقدين هردو از اتباع خارجی باشند.^{۴۳} به عبارت بهتر، هرگاه کاربران ایرانی اقدام به استفاده از سامانه‌های الکترونیکی نمایند، به دلیل ایرانی بودن یکی از طرفین، امکان تعیین قانون حاکم وجود ندارد و از طرف دیگر، از آنجا که ما در نظام حقوقی خود همچون دیگر نظام‌های حقوقی، محل انعقاد قراردادهای الکترونیک را محل ارسال قبول می‌دانیم، چنین قراردادی تابع قانون محل

40. Habitual Residence.

41. European Court of Justice (CJEU).

42. Ellen Wauters, Eva Lievens, Peggy Valcke, *op.cit.*, pp. 18-24.

۴۳. برای مشاهده نظرهای مختلف در این خصوص، ر.ک. فرهاد ایرانپور، «شناسایی یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران*، ش ۵۸ (۱۳۸۱)، صص ۱-۱۷.

انعقاد، یعنی ایران، خواهد بود^{۴۴}. از سویی دیگر، شرط تعیین دادگاه صالح و محروم ساختن کاربران ایرانی از تظلم‌خواهی در محاکم کشور خود و حواله دادن آنان به دادخواهی در دادگاه‌هایی با فرسنگ‌ها فاصله، برخلاف نظم عمومی و جنبه امره قوانین حاکم بر تعیین صلاحیت محاکم بوده، قابل پذیرش نیست^{۴۵}. همچنین، شروط داورى تحمیلی نیز به موجب ماده ۴۵۶ از قانون آیین دادرسی مدنی^{۴۶}، تنها زمانی مؤثر خواهد بود که پس از حصول اختلاف منعقد گردیده باشد؛ بنابراین، این گونه شروط تحمیلی که به محض ورود کاربر و پیش از رخ دادن هرگونه اختلافی منعقد می‌شود، باطل بوده، بطلان آن در اعتبار سایر بخش‌های قرارداد تأثیری نخواهد گذاشت (قاعده انحلال عقد). هرچند قانون‌گذار در خصوص کاربران مجازی هنگامی که مصرف‌کننده باشند، اعمال حمایت‌های قانونی خود را محتوم دانسته، بیان می‌دارد: «اجرای حقوق مصرف‌کننده به موجب این قانون نباید براساس سایر قوانین که حمایت ضعیف‌تری اعمال می‌کنند، متوقف شود»^{۴۷}. با این حال، تمامی این توجیهات حقوقی منوط به رسیدگی مراجع ایرانی به موضوع بوده، به نظر می‌رسد تنها تا مرحله صدور رأی حائز اهمیت باشد؛ چراکه مشکل اساسی در این زمینه، نحوه اجرای آرای صادره از سوی دادگاه‌های ایران علیه سایت‌ها و شبکه‌های اجتماعی بزرگ است که بیشتر در ایالات متحده قرار دارند.

۴۴. مصطفی‌السان، «بررسی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیک»، پژوهش حقوق عمومی، ش ۱۹ (۱۳۸۵)، صص ۴-۵؛ علی‌رضا حجت‌زاده و ابراهیم نوشادی، «قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیک بین‌المللی»، حقوقی بین‌المللی، ش ۴۴ (۱۳۹۰)، ص ۱۲.

۴۵. برای مشاهده نظر مخالف، ر.ک. مجید غمامی و علی‌اصغر صانعیان، «اعتبار قرارداد انتخاب دادگاه در حقوق بین‌الملل خصوصی و تأثیر آن در شناسایی و اجرای آراء خارجی»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۱۱۰ (۱۳۹۹)، صص ۱-۲۲؛ هرچند نگارندگان این اثر نیز خود یکی از موارد عدم قابلیت پذیرش شرط انتخاب دادگاه حاکم را تحمیلی بودن این انتخاب دانسته‌اند.

۴۶. «در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تا زمانی که اختلاف ایجاد نشده است، طرف ایرانی نمی‌تواند به نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داور یا داوران یا هیأتی ارجاع نماید که آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد. هر معامله و قراردادی که مخالف این منع قانونی باشد، در قسمتی که مخالفت دارد، باطل و بلااثر خواهد بود».

۴۷. ماده ۴۵ قانون تجارت الکترونیکی.

۴.۲.۲. شرط سلب یا محدود نمودن مسئولیت^{۴۸}

امروزه شروط ساقط یا محدودکننده مسئولیت، با چهل و نه درصد، بیشترین حضور را در میان تمامی شروط استفاده دارند. به همین جهت، قانون شروط غیرمنصفانه انگلستان^{۴۹} برخلاف عنوان عامش، کموبیش تمام هدف خود را برای خنثی‌سازی این دسته از شروط معطوف نموده، آنها را تنها در صورتی که مطابق با معیارهای ارائه‌شده در ماده ۱۱ از همان قانون معقول و متعارف باشند، قابل اجرا می‌داند. از این معیارها، می‌توان به وضعیت معاملی و قدرت چانه‌زنی، عدم وجود قدرت انتخاب و یا آگاهی مصرف‌کننده نسبت به این شروط اشاره نمود. در این میان، برخی گردانندگان این صنعت که سومین صنعت بزرگ ایالات متحده آمریکا محسوب می‌شود، عدم وجود چنین شروطی را به جهت بالابردن ریسک استفاده از این خدمات برای آنان، سبب افزایش تعرفه استفاده از خدمات یا خارج شدن آن از حالت رایگان می‌دانند.^{۵۰} در واقع، فضای نامحدودی که اینترنت در اختیار این شبکه‌ها قرار داده، آنان را با تعداد کاربرانی باورنکردنی از اقصای نقاط جهان روبه‌رو ساخته است و آنان به‌خوبی دریافته‌اند که چنانچه در این موارد اقدامات پیشگیرانه در نظر نگیرند، با انبوهی از دعوی و مطالبات از دورترین کاربران خود مواجه خواهند شد؛ به همین جهت، آنان اغلب تمامی مسئولیت خود را در هر سطح و به هر نحوی، به‌طور کلی ساقط می‌نمایند. در حقوق ما نیز همانند بسیاری دیگر از نظام‌های حقوقی، قواعد حاکم بر شروط ساقط یا محدودکننده مسئولیت، به‌نحو مطلوبی قوام یافته و دکتترین غالبی به استناد نظم عمومی در بطلان این شروط در موارد خسارات جسمی، شرفی، عمدی و آنچه تقصیر سنگین در حکم عمد نامیده می‌شود، شکل گرفته و مورد پذیرش دادگاه‌ها است.^{۵۱} به همین جهت اینستاگرام و توییتر در تبیین حدود مسئولیت خود، آن را به هر میزانی که قوانین اجازه دهد، محدود ساخته‌اند.^{۵۲}

48. Exemption/ Exclusion and Restriction Clause.

49. Unfair Contract Terms Act.

50. L. Rustad, Michael Onufrio, *op.cit.*, pp. 20-23.

۵۱. برای مطالعه جامع در این خصوص، ر.ک. محسن ایزانلو، *شروط محدودکننده و ساقطکننده مسئولیت در قراردادهای* (تهران:

سهامی انتشار، چ ۴، ۱۳۹۳).

52. “Our Responsibility for Anything That Happens on the Service is Limited as Much as the Law will Allow “/” Nothing in This Section is Intended to Limit any Rights You May have Which May not be Lawfully Limited”. Instagram’s Terms of Use, <https://help.instagram.com/581066165581870>. Accessed on February 9, 2024.

۲.۵. شرط محدود نمودن استفاده یا خاتمه آن^{۵۳}

در شرط محدود نمودن استفاده و یا تعیین قلمرو سعی بر آن است که حدود استفاده کاربر و نیز محدودهٔ اذنی که از سوی آن سایت یا برنامه داده می‌شود، معین گردد. هدف نخست از درج این شروط آن است که آشکارا مقصود از ارائهٔ خدمات و حدود و ثغوری را که کاربر در محدودهٔ آن مجاز به استفاده است، تبیین گردد^{۵۴}؛ این امر همانند شروط توضیحی به صورت غیرمستقیم بر ایجاد و میزان مسئولیت سامانه اثر خواهد گذاشت. دوم آنکه از ایجاد مجوز ضمنی^{۵۵} برای کاربران جلوگیری نمایند. به عبارت راسختر، هنگامی که شخصی از سایتی استفاده می‌کند، می‌تواند سکوت آن سایت را به نفع خود تفسیر نموده، آن را به رضایت ضمنی سامانه برای استفاده از محتوای آن تعبیر کند. پیش‌بینی چنین شروط صریحی مانع از ایجاد این اذن ضمنی است؛ به این ترتیب، سامانه‌هایی که از کاربران خود اجازهٔ صریح برای استفاده از محتوای آنان را می‌گیرند، از احتمال ایجاد یک اذن ضمنی به نفع آنان نیز پیشگیری می‌کنند. هدف دیگر این شروط، جلوگیری از ایجاد نظریهٔ دست اول^{۵۶} در مالکیت فکری است. بر بنیاد این دیدگاه، هرگاه دارندهٔ یکی از اقسام حقوق مالکیت فکری، آن را بدون محدودیت به دیگری بفروشد، خریدار می‌تواند آن را خود به تنهایی استفاده نموده یا به دیگری از نو منتقل کند و در آخر، هدف دیگر از این شروط، جلوگیری از انجام فعالیت‌های مجرمانه و مخرب در بستر آن سامانه خواهد بود^{۵۷}.

اما شروط خاتمه، به آن دسته از شروطی گفته می‌شود که بسیاری از سامانه‌ها برای خود در نظر گرفته‌اند تا در آن زمان از ارائهٔ خدمات به کاربران خودداری نمایند. این امر که در واقع فسخ یک‌جانبهٔ شروط استفاده است، از لحاظ تکنیک حقوقی باید بر دلایلی منطقی و محکم

53. Restriction on Use/ Scope of Use Terms and Termination Terms.

۵۴. این دسته از شروط گرچه خود می‌تواند سبب بهبود فضای هریک از این شبکه‌های اجتماعی گردد، لکن اجازه بی‌قیدوشرط آنان در حذف تمامی مواردی که آن را مخالف با سیاست‌های خود بدانند، و نیز رابطهٔ این امر با فضای مجازی، یکی از چالش‌های پیش روی این سامانه‌هاست. در این خصوص، اینستاگرام در قسمت «Content Removal and Disabling or Terminating Your Account» در شروط استفادهٔ خود، مقررات سخت‌گیرانه‌ای درپیش گرفته و حتی از اطلاع کاربران برای پاک کردن چنین محتواهایی که نهایتاً می‌تواند منجر به پاک شدن حساب کاربری فرد گردد، بهره می‌گیرد.

55. Implied License.

56. First-sale Doctrine.

57. Sharon K. Sandeen, *op.cit.*, pp. 23-26.

استوار باشد؛ حال آنکه آنچه در عمل مشاهده می‌شود، خلاف این است. اغلب این سامانه‌ها با در نظر گرفتن شروطی موسع و به شدت گنگ و مبهم، برای خود چنین اختیاری مطلق را قائل شده‌اند، به نحوی که در عمل هر زمانی اراده کنند، می‌توانند خدمات خود نسبت به کاربری را معلق ساخته یا به کل متوقف سازند. این درحالی است که در مقررات داخلی بسیاری از کشورهای اروپایی خاتمه یک‌جانبه قرارداد بدون اطلاع‌رسانی قبلی به طرف، یا به طور کلی ممنوع شده یا تنها به موارد فورس‌ماژور یا هنگامی که دلیلی محکم بر این امر وجود داشته باشد، محدود گردیده است. نتیجه آنکه به نظر می‌رسد، پیش‌بینی چنین حق فسخ موسعی بدون نیاز به اخطار قبلی به شخص، با مقررات داخلی بسیاری از کشورهای اروپایی در تعارض بوده، دست‌کم در آن محدوده و با این اطلاق هرگز قابلیت اجرا نخواهد یافت.^{۵۸} حال آنکه به نظر می‌آید پذیرش چنین حق فسخ بی‌مدتی در حقوق ما نیز با مقررات حاکم بر خیار شرط در تعارض باشد (ماده ۴۰۱ از قانون مدنی). با این همه، پیش‌بینی قانون خاص حمایتگر در این زمینه در حقوق ما به شدت احساس می‌شود و نمی‌توان در هر مورد از مرجع رسیدگی‌کننده داخلی یا خارجی، انتظار تطبیق آن مورد با مقررات عام حاکم بر قواعد عمومی قراردادهای ما را داشت.

۳. مقابله با شروط تحمیلی ناظر به استفاده از سامانه‌های الکترونیکی

در این بخش به مهم‌ترین رویکردهایی که قوانین و رویه قضایی کشورهای مختلف در برابر خودکامگی سامانه‌ها در تحمیل شروط غیرمنصفانه خود در نظر گرفته‌اند پرداخته شده است.^{۵۹} به همین جهت، حسب اینکه این رویکردها می‌خواهند از اساس مانع از ایجاد چنین شروطی گردند یا پس از آنکه این شروط به کاربران تحمیل شد، به دنبال راه چاره‌ای هستند، می‌توان آن‌ها را به پیش‌بینی و پس‌بینی^{۶۰} تقسیم کرد.

58. Ellen Wauters, Eva Lievens, Peggy Valcke, *op.cit.*, pp. 30-33.

۵۹. در نظام حقوقی ما نیز چنانچه «شورای عالی فضای مجازی» با حرکت صحیح و کارشناسی، به جای تعیین مصوبات موردی لازم‌الاجرا و رویکردی مبتنی بر حذف و فیلتر، اقدام به سیاست‌گذاری اصولی در این زمینه نماید، می‌تواند ظرفیت خوبی را برای سایر نهادهای تقنینی و اجرایی با هدف حمایت از حقوق کاربران، فراهم آورد. برای مطالعه در این خصوص، ر.ک. فردین مرادخانی و سمیه تکلو، «تعدد نهادهای قانون‌گذاری با تأکید بر جایگاه مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۲ (۱۴۰۰)، صص ۳۵-۶۷.

60. Ex Ante/Ex Post Approaches.

۳.۱. مقابله پیشینی از شروط تحمیلی ناظر به استفاده از سامانه‌های الکترونیکی

رویکردهای پیشینی را می‌توان در دو فضای به‌طور کامل متفاوت پی گرفت؛ به‌طوری که در کنار بررسی راهکارهای حقوقی برای جلوگیری از ایجاد شروط غیرمنصفانه، از راه‌حل‌های غیرحقوقی نیز در این راستا می‌توان کمک گرفت.

۳.۱.۱. حقوقی^{۶۱}

در اینجا شیوه‌های حقوقی که مانع از تنظیم ناعادلانه شروط استفاده می‌شوند، تحت عنوان قراردادهای از قبل تأییدشده، قرارداد جمعی و قرارداد قابل تغییر، بررسی شده‌اند.

۳.۱.۱.۱. قرارداد از قبل تأییدشده^{۶۲}

مطابق این رویکرد، تمامی سامانه‌ها مکلف‌اند تا مفاد قراردادهای خود را به نظارت یک شخص ثالث بی‌طرف، خواه یک سازمان و یا نهاد عمومی دولتی یا غیردولتی رسانیده و پس از بررسی سازمان مربوطه و تأیید آن مبنی بر اینکه چنین شروطی هم از لحاظ شکل و هم در ماهیت غیرمنصفانه نیستند، مجوز درج آن را در سامانه‌های مجازی فراهم آورند. از اشکالات این رویکرد، نیاز به تخصیص منابع عظیم برای نهاد موصوف و وقت‌گیر بودن آن به‌ویژه در خصوص برخی از سایت‌ها و یا شبکه‌های کم‌اهمیت و یا شروط جزئی و نیز سلب آزادی قراردادی و سرانجام از میان بردن امکان رقابت میان سامانه‌ها در این خصوص است. از سوی دیگر، ممکن است نتوان به‌طور قطعی در مورد غیرمنصفانه بودن تمامی شروط و با معیاری واحد تصمیم‌گیری نمود^{۶۳}؛ به همین جهت، به‌نظر می‌رسد رویکرد مطلوب اعطای چنین مجوزی به سازمانی غیردولتی با جنبه اختیاری باشد؛ به‌طوری که با تبلیغ و درنظر گرفتن جایگاهی معنوی برای این سازمان، سامانه‌ها خود به‌منظور کسب حسن شهرت، شروط خود را به تأیید این نهاد رسانیده، از این طریق برای خود اعتباری کسب می‌کنند. بدیهی است پذیرش چنین محدودیتی در حقوق ما با توجه به حاکمیت اصل آزادی اراده طرفین (ماده ۱۰ قانون مدنی)، نیاز به تصریح قانونی خواهد داشت و پیش از آن، این شیوه

61. Legal Approaches.

62. Pre-approval Contract.

63. Ellen Wauters, Eva Lievens, Peggy Valcke, *op.cit.*, pp. 5-6.

در حقوق ما قابلیت اجرا نخواهد یافت.

۳. ۱. ۱. قرارداد جمعی^{۶۴}

در این شیوه، مشابه آنچه در حقوق کار متداول است، نخست میان کاربران و دارندگان سامانه‌ها از طریق نمایندگان خود توافقاتی مبنایی به‌عنوان اصولی کلی که بر سایر شروط استفاده حکومت می‌نماید، صورت می‌گیرد. به زبان دیگر، همان‌طور که اتحادیه‌های کارگری و کارفرمایی در هر سال با انعقاد قراردادی جمعی ضوابط کلی حاکم بر قراردادهای کار در آن سال را تعیین می‌نمایند، سندیکاهای مربوطه در این زمینه نیز همانند سازمان حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان یا به‌طور خاص سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان و کاربران فضای مجازی، با برگزاری جلساتی اقدام به انعقاد قراردادی جمعی با طرف مقابل نموده، ضوابط کلی حاکم بر این شروط را تعیین می‌کنند. این شیوه در سال ۲۰۰۰ در سوئیس و هلند اجرایی شد.^{۶۵} شاید بتوان نکته مثبت این رویکرد نسبت به دیدگاه پیشین را، حرکت از سمت یک قرارداد تحمیلی برای کاربران، به سوی عقدی تحمیلی برای دارندگان این سامانه‌ها دانست.

۳. ۱. ۱. قرارداد قابل تغییر^{۶۶}

در این رویکرد، سامانه‌ها مکلف‌اند شروط خود را به نحوی قابل تعامل با کاربر و به‌عبارتی قابل انتخاب طراحی نمایند. برای مثال، درکنار شرط تعیین قانون حاکم بر اختلافات احتمالی و یا شرط داوری اجباری، باید شرط خلاف آن و یا شروطی دیگر به نفع مشتری را نیز درنظر بگیرند؛ به‌نحوی که کاربر قادر باشد، ولو با پرداخت هزینه بیشتر نسبت به انتخاب شروط مناسب‌تر به حال خود اقدام نماید. با این همه، به‌نظر می‌آید اعمال این روش مستلزم صرف وقت و هزینه بیشتری نسبت به سایر موارد باشد؛ زیرا که صاحبان این سامانه‌های مجازی باید در هر مورد به‌جای تدوین یک شرط، شروط متفاوتی را طراحی نموده، به نسبت هرکدام نیز با الگویی مشخص تعرفه ارائه خدمات و یا میزان خدماتی را که

64. Collective Agreement.

65. Ellen Wauters, Eva Lievens, Peggy Valcke, *op.cit.*, p. 7.

66. Interactive Contract.

ارائه می‌نماید، تعیین کنند.

۳.۱.۲. غیرحقوقی^{۶۷}

در اینجا از عامل رقابت و عدم انحصار در کنار حسن شهرت یک بنگاه تجاری مجازی به‌عنوان مهم‌ترین عوامل غیرحقوقی که با ایجاد یک الزام درونی سبب وجود خودکنترلی و مانع از تدوین و تحمیل شروط یک‌طرفه می‌گردد، یاد شده است.

۳.۱.۲.۱. رقابت^{۶۸}

یکی از عوامل غیرحقوقی که می‌تواند به تغییر شروط استفاده به نفع کاربران کمکی شایسته نماید، رقابت میان سامانه‌هاست. در واقع، رقابت نیرویی است که با برابر ساختن قیمت و هزینه‌های جانبی، به دنبال تضمین افزایش کارایی استفاده از منابع است. به این ترتیب، سامانه‌ها هرگاه بدانند که در این عرصه یکه‌وتنها نبوده، کاربران به راحتی می‌توانند با کنار زدن آنها به سراغ سامانه‌ای دیگر بروند، تلاش بیشتری برای تغییر مفاد این شروط کرده، از تحمیل شروط ناعادلانه به کاربران خود جلوگیری خواهند نمود. این امر سبب کاهش هزینه‌های آنان خواهد شد، چراکه آنها را از استخدام حقوق دانان برای تدوین این گونه شروط معاف خواهد ساخت^{۶۹}. لکن در مقابل استدلال شده که این تحلیل‌ها بیشتر بر تصورات خیالی و موهوم استوار بوده است تا آنچه به راستی در فضای مجازی می‌گذرد؛ زیرا رسالت اصلی یک شبکه اجتماعی، ایجاد ارتباط میان کاربران با شیوه‌های مختلف است؛ به همین روی، بدیهی است هرچه شبکه‌ای کاربران بیشتری داشته باشد، اهمیت و ارزش بیشتری نیز می‌یابد. از طرف دیگر، نفع و سودی که از یک شبکه اجتماعی عاید کاربران آن می‌شود، یک‌راست به تعداد افرادی که از آن استفاده می‌کنند بازمی‌گردد. در نتیجه، در انتخاب یک شبکه اجتماعی، اشخاص اغلب تمایل دارند از انتخاب دیگران تبعیت نموده، به این ترتیب، یک شبکه اجتماعی بزرگ، هرروز بزرگ‌تر و بی‌رقیب‌تر شده، کاربران نیز با هرچه بزرگ‌تر کردن آن، نفع خود را از آن شبکه بیشتر تأمین می‌کنند. به علاوه،

67. None-legal Approaches.

68. Competition.

69. Jared S, Livingston, *op.cit*, pp. 19-22.

خاصیت چسبندگی^{۷۰} شبکه‌های اجتماعی نیز سبب می‌شود تا اشخاص پس از آنکه وارد شبکه‌ای شدند به‌سختی از آن دل بکنند. به همین دلیل، شبکه‌های اجتماعی هم برای حفظ این انحصار در خود نیازی به تغییر شروط ندیده، از اساس شاید چنین چیزی خواسته کاربران هم نباشد و تنها کافی است تا هرچندوقت یک‌بار شرایطی بهتر ارائه دهند^{۷۱}. به همین جهت، محدود ساختن فضای رقابتی مجازی، به‌ویژه امروزه با مطرح شدن برخی از طرح‌های غیرکارشناسی، همچون طرح موصوف به صیانت از حقوق کاربران فضای مجازی که در کشور ما دردست اجراست، گذشته از تعارض آن با سایر حقوق ملت و مصالح شهروندان، از این حیث نیز لطمه‌ای جبران‌ناپذیر به حقوق کاربران مجازی وارد ساخته، دست گردانندگان این شبکه را در تحمیل شروط خود فراخ‌تر و پشت شهروندان را در ناگزیری از قبول آن، خالی‌تر خواهد ساخت.

۳.۱.۲.۲.۱. حسن شهرت^{۷۲}

عامل دیگری که به‌نوعی با عامل سابق نیز مرتبط می‌باشد، حسن شهرت است. در یک فضای رقابتی برای اینکه یکی از رقبا بتواند بر سایرین غلبه یافته، به نقطه مطلوب خود دست یابد باید نخست خود را به مشتریان ثابت کند. حسن شهرت همان چیز است که تمامی تجار بر روی آن سرمایه‌گذاری کرده، سبب حفظ و افزایش مشتریان و درنهایت سود کل مجموعه می‌گردد. حال، در مقابل، چنانچه افراد گمان برند که به نحوی مورد سوءاستفاده قرار گرفته‌اند، نسبت به تاجر بی‌اعتماد می‌شوند؛ امری که به‌مرور کاهش مشتریان وی را در پی خواهد داشت. به همین سبب، شبکه‌های اجتماعی می‌بایست به‌موازات توسعه امکانات و خدمات خود به کاربران، برای حفظ و افزایش حسن شهرت تجاریشان، شروطی منصفانه با ضمانت اجراهای مساعد به حال کاربران نیز در نظر بگیرند؛ درغیر این‌صورت با انزوا در فضای تجارت مجازی روبه‌رو شده، به‌زودی جای خود را به دیگر رقبا خواهند داد.

70. Sticky.

71. Aaron T. Chiu, *op.cit.*, pp. 14-20.

72. Reputational Checks.

۲.۳. مقابلهٔ پسینی با شروط تحمیلی ناظر به استفاده از سامانه‌های الکترونیکی

هنگامی که رویکردهای پیشینی در تعدیل شروط منصفانه کاری ازپیش نبوده، شرطی ناعادلانه به یک کاربر تحمیل می‌شود، او چاره‌ای جز توسل به قوای عمومی ندارد. در این میان، وی همچون هر دعوای دیگری، باید ادعای خود را هم از حیث ماهوی بر مبنای محکمی استوار ساخته، هم از حیث شکلی بهینه‌ترین تشریفات را پیش روی خود ببیند.

۲.۳.۱. ماهوی

نظام‌های حقوقی مختلف در ناکام گذاشتن تحمیل‌کنندگان این شروط یک‌طرفه، رویکردهای متفاوتی را درپیش گرفته‌اند. در اینجا تمامی آنها در ذیل دو عنوان کلی پی گرفته شده است.

۲.۳.۱.۱. عدم تحقق قرارداد

یکی از رایج‌ترین دفاعیات عدم شکل‌گیری قرارداد است. در قرارداد از طریق فشردن، خواهان به‌سختی می‌تواند عدم رضایت خود به قرارداد را به‌اثبات رساند؛ چراکه پیش از این وی به طریقی آشکارا اعلام رضایت نموده است. به همین روی، او می‌تواند تنها بیان دارد علی‌رغم اعلام رضایت به مفاد این قرارداد، بدون مطالعه و ذره‌ای آگاهی، اقدام به قبول آن نموده است.^{۷۳} لکن در دو نوع دیگر قرارداد، از آنجا که رضایت ضمنی است، وی ممکن است از اساس پذیرش مفاد شروط را زیر سؤال برد. در بخشی از انعقاد قرارداد، معیارهای حاکم بر نحوهٔ شکل‌گیری قرارداد تبیین گردید. به همین دلیل، چنانچه مطابق با این معیارها که ضوابطی متفاوت و سهل‌تر از قراردادهای سنتی است، قراردادی منعقد شده باشد، دادگاه‌ها نیز کمتر تمایل به وارد ساختن خدشه بر اساس توافق طرفین دارند. به‌ویژه، با توجه به اینکه

۷۳. در اینجا ممکن است بتوان از دکتین «انتظار معقول = Reasonable Expectation» نیز استفاده نمود: (Mund, Brain, "Social Media Searches and the Reasonableness Expectation of Privacy", *Yale Journal & Technology*, Vol. 21, No. 19 (2017), pp. 5-7). به‌موجب مادهٔ ۳۳ قانون تجارت الکترونیک نیز فروشندگان می‌بایست اطلاعات مؤثر در تصمیم‌گیری مصرف‌کنندگان، اعم اطلاعات راجع به خود، یا اطلاعات مربوط به کالا یا خدمت ارائه‌شده را در اختیار خریدار قرار دهند. همچنین، تأمین‌کنندگان نیز مکلف‌اند ضمن تأیید این اطلاعات، خود نیز مشخصات راجع به خود و شرایط قرارداد را در اختیار کاربران قرار دهند.

امروزه دیگر این شروط استثنایی نیست و در تمامی سامانه‌ها وجود دارد، عدم پذیرش آنها به‌نوعی به استحکام بخش عظیمی از قراردادهای الکترونیک لطمه‌ای جدی وارد می‌سازد^{۷۴}. در این بین، برخی میان کاربران فعال و منفعل^{۷۵} قائل به تفکیک شده‌اند. این دیدگاه معتقد است کاربران منفعل که اغلب کاربران را نیز تشکیل می‌دهند، آنهایی هستند که تنها برای پاره‌ای اطلاعات، سرگرمی یا دیگر مقاصد شخصی و به صورت موردی اقدام به استفاده از سامانه کرده‌اند. در مقابل، کاربران فعال با صرف وقت بسیار و اغلب با مقاصد تجاری اقدام به استفاده از سامانه‌ها می‌نمایند. با وجود این، کاربران فعال ممکن است بعد از مدتی به کاربر منفعل بدل شوند و برعکس. به هر روی، این نظریه بر این باور است، آن ارتباط معقول و متعارفی که یک کاربر فعال با سامانه برقرار می‌کند، سبب می‌گردد برای وی یک تکلیف به مطالعه و در نتیجه، عدم پذیرش ادعای نداشتن قصد برای انعقاد قرارداد یا عدم آگاهی از مفاد آن، ایجاد شود. حال، چنانچه وی به‌عنوان یک کاربر منفعل شناخته شود، از بُن ارتباط معقول موردنظر ایجاد نمی‌گردد که وی را به تبع آن به مطالعه و آگاهی از آن شروط مکلف بدانیم. به همین جهت، ادعای عدم آگاهی یا قصد این اشخاص نسبت به شروط استفاده، به‌طور کلی باید مورد پذیرش قرار گیرد^{۷۶}. در حقوق ما که در بن‌مایه خود، به‌ویژه در بحث از شرایط تحقق عقد، از دیدگاه‌های سنتی و لزوم قصد طرفین و علم آنان به مفاد آنچه انشا می‌کنند، تبعیت می‌کند، می‌توان از آن به‌ویژه درجایی که هیچ راه دیگری در جهت حمایت از طرف ضعیف‌تر وجود ندارد، استفاده نمود و از این طریق به یاری وی شتافت.

۳.۲.۱.۲. عدم قابلیت اجرای قرارداد

یکی دیگر از حمایت‌های قابل تصور، حمایت بر مبنای حقوق مصرف‌کننده و نیز شروط غیرمنصفانه است. نخستین چالش ناظر به مصرف‌کننده، محسوب نمودن کاربران بسیاری از این سامانه‌ها است که به‌ظاهر رایگان و در باطن به قیمت فروش اطلاعات کاربران، اقدام به ارائه خدمات می‌نمایند؛ چه در بند یک از ماده ۱۶ دستورالعمل اروپایی حقوق مصرف‌کننده^{۷۷}،

۷۴. برای مطالعه دیدگاه‌های مختلف در این خصوص، نک: Aron T. Chiu, *o.cit*, pp. 16-18.

۷۵. Passive/Active Online Media Users.

۷۶. Woodrow Hartzog, *op.cit*, pp. 20-25.

مصرف‌کننده^{۷۷}، به‌صراحت قرارداد خدمات را هر قراردادی راجع به ارائه خدمات یا تعهد به ارائه آن دانسته است که در برابر بها صورت گیرد. در همین راستا، در دعوی در سال ۲۰۱۱ در کالیفرنیا، قاضی با این استدلال که فیس‌بوک در مقابل ارائه خدمات خود هیچ مژدی دریافت نمی‌کند، آن را مشمول حمایت‌های قانون مصرف‌کننده ندانست. این درحالی است که امروزه اطلاعات شخصی کاربران در حکم ثمن فضای مجازی قرار گرفته است؛ گرچه کاربران بی‌واسطه در برابر خدماتی که مصرف می‌کنند، پولی نمی‌پردازند، لکن درحقیقت شبکه‌های مجازی از طریق اطلاعات آنان کسب درآمد می‌کنند. از سوی دیگر، به‌موجب ماده ۳ دستورالعمل شروط غیرمنصفانه^{۷۸}، هر شرطی خلاف مقتضیات حسن نیت که به‌طور خاص مورد مذاکره واقع نشده و به ایجاد عدم تعادل در حقوق و تعهدات قرارداد به ضرر مصرف‌کننده منجر گردد، شرطی غیرمنصفانه محسوب می‌شود. به این ترتیب، بدیهی است که بسیاری از این شروط دست‌کم در محدوده اروپا به جهت غیرمنصفانه بودن قابلیت اعمال نخواهند یافت^{۷۹}؛ به‌طوری که امروزه یکی از مشکلات اساسی بسیاری از شبکه‌های اجتماعی که اغلب در امریکا رشد و توسعه یافته‌اند، عدم قابلیت اجرای آن در بخش عظیمی از بازار خود در تمامی کشورهای اروپایی است؛ چراکه ۲۷ کشور عضو اتحادیه اروپا، همگی دارای یک نظام قوی، منسجم و مبتنی بر انصاف حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان هستند^{۸۰}. که اکنون به صورت مانعی جدی بر سر راه اجرای این قوانین در این کشورها درآمده است. برخی اندیشمندان در این خصوص اظهار داشته‌اند نظام حقوقی امریکا در مقایسه با نظام حقوقی اروپا، هنوز در مراحل آغازین به‌سر برده و دوران خوش این شروط اکنون به‌سر آمده و ایالات متحده ناگزیر است برای حفظ سیطره خود در حاکمیت بر فضای مجازی، دست از اصرار بر اجرای بی‌چون‌وچرای شروط استفاده خود در تمام نقاط جهان بردارد^{۸۱}.

آنچه را که در محدوده اروپا غیرمنصفانه می‌دانند، در ایالات متحده نیز با اصطلاحی

77. Consumer Rights Directive.

78. Unfair Terms Directive.

79. Ellen Wauters, Eva Lievens, Peggy Valcke, *op.cit.*, pp. 8-9.

۸۰. به این موارد باید حمایت‌های «دستورالعمل رویه‌های تجاری غیرمنصفانه» راجع به رویه‌های تجاری ناعادلانه‌ای که آزادی انتخاب یکی از طرفین را معیوب می‌سازد و یا «دستورالعمل فروش از راه دور» که حمایت‌های برابر برای چنین خریدارانی نسبت به خریداران حقیقی و نیز پاره‌ای حمایت‌های دیگر را مقرر داشته است و نیز «دستورالعمل تجارت الکترونیک» را افزود.

81. Michael L. Rustad, Onufrio, *op.cit.*, p. 105.

دیگر کم‌وبیش به همان معنی، ناعادلانه^{۸۲} می‌خوانند. در این موارد، ادعا بر این است که یک قرارداد آن‌چنان ناعادلانه بوده که به نظم عمومی لطمه وارد ساخته و بدیهی است همان نظم به چنین قراردادی اجازه اجرا نخواهد داد. دادگاه‌های امریکا به هنگام بررسی یک قرارداد از این حیث، آن را از حیث شکلی و ماهوی با محک انصاف و عدالت سنجیده، چنانچه آن را ناعادلانه یابند، حکم به عدم قابلیت اجرای آن خواهند داد. از بُعد شکلی، هنگامی که یک قرارداد جنبه تحمیلی داشته، میان طرفینی با موضع و جایگاه نابرابر منعقد شده باشد، می‌توان آن را ناعادلانه یافت و از لحاظ ماهوی نیز توزیع ناعادلانه حقوق قراردادی، مبنای تصمیم‌گیری دادگاه خواهد بود^{۸۳}. هرچند در عمل به هنگام کشف عدم رعایت انصاف در یک جنبه، برای تشخیص فقدان انصاف در جنبه دیگر، سهل‌گیری بیشتری به عمل می‌آید^{۸۴}. در حقیقت، چنانچه گفته شد، هدف از اجرای این قاعده را چنین دانسته‌اند که طرف قوی‌تر نتواند طرف ضعیف را از طریق تحمیل شروط ظالمانه خود غافلگیر سازد^{۸۵}.

در حقوق ما، قانون‌گذار در ماده ۴۶ از قانون تجارت الکترونیکی در خصوص شروط غیرمنصفانه^{۸۶} بیان داشته است: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». این درحالی است که نه تنها شروط غیرمنصفانه در این قانون یا قوانین دیگر تعریف نشده، بلکه مراد از مؤثر نبودن در این قانون نیز به شدت محل ابهام است. این ابهام در بند «ط» از ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی نیز با «ممنوع» دانستن شروط غیرمنصفانه، به عنوان یکی از رفتارهای ضد رقابتی به صورت سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط باقی مانده است. برخی مراد از مؤثر نبودن این شروط را بطلان آن پنداشته‌اند^{۸۷}. با وجود این،

۸۲. در تعریف قضایی از این مفهوم، نک:

Stirlen v. Supercuts, Inc., 51 Cal. App. 4th 1519 (Ct. App. 1997).

83. Bradley E. Abruzzi, "Copyright, Free Expression, and the Enforceability of Personal Use-Only and Other Use-Restrictive Online Terms of Use", *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Vol. 26, No. 1 (2010), pp. 37-40.

84. Aaron T. Chiu, *op.cit.*, pp. 6-8.

85. Sharon K. Sandeen, *op.cit.*, p. 52.

۸۶. در ماده ۱۷۹ قانون دریایی نیز از امکان تغییر یا ابطال قراردادهای ناعادلانه سخن گفته است.

۸۷. نظریه مشورتی شماره ۱۸۹۹-۱۱۵-۹۳، اداره حقوقی قوه قضاییه.

به نظر می‌رسد عدم قابلیت استناد این شروط در برابر مصرف‌کننده هم با ظاهر این عبارت همخوانی بیشتری دارد و هم تا حد امکان به تراضی طرفین احترام بیشتری می‌گذارد. از یک سو، عدم تعیین حدود و ثغور این شروط و یا ضابطه‌ای برای شناسایی شروط غیرمنصفانه، موجب ابهام و بنابراین عدم اجرا یا توجه کافی قضات به این امر می‌شود و از طرف دیگر، می‌توان از این وضعیت کمال استفاده را برد و با اعطای بسط ید به قضات، آنان را در بهره‌مندی از معیارهای ارائه‌شده در حقوق تطبیقی، به عنوان خاستگاه این شروط مجاز دانست؛ به طوری که اکنون عدم قابلیت اجرای شروط غیرمنصفانه در برخی کشورها همچون استرالیا از محدوده استثنا خارج شده و صورت یک قاعده را به خود گرفته است.^{۸۸} در کشور فرانسه نیز که در ابتدا این شروط با عنوان شروط تحمیلی در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۹۷۸ و سپس قانون جامع مصرف مصوب ۱۹۹۵ آمده بود^{۸۹}، اکنون در اصلاحات اخیر قانون مدنی فرانسه (۲۰۱۶)، به صورت یک قاعده عمومی قراردادهای، در ماده ۱۱۷۱ از این قانون مندرج شده است.

۳.۲.۲. شکلی

زیان‌دیدگان از شروط استفاده، اغلب به دلیل کم بودن میزان خواسته، هزینه و زمان‌بر بودن طرح دعوا و سرانجام، عدم توازن میان تلاش لازم برای این امر و نتیجه‌ای که در صورت تحقق تمامی شرایط به آن خواهند رسید، جز در موارد نادر از مراجعه به مراجع قضایی خودداری می‌نمایند. به همین جهت، به نظر می‌رسد شیوه‌های نوین طرح دعوی باید جایگزین تشریفات سنتی گردد. در اینجا به برخی از این رویکردها اشاره شده است.

۳.۲.۲.۱. دعوای گروهی^{۹۰}

دعوای گروهی سازوکاری است که به دلایل اقتصادی و با هدف افزایش کارایی این اجازه را به اشخاص متعدد می‌دهد که چندین دعوا را در قالب دعوایی واحد مطرح سازند.

۸۸. عبدالحسین شیروی، «نظریه غیرمنصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن‌لو با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا»، مجتمعه آموزش عالی قم، ش ۱۴ (۱۳۸۱)، صص ۳۴-۴۲.

۸۹. عباس کریمی، «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادهای»، پژوهش‌های حقوقی، ش ۱ (۱۳۸۱)، ص ۱.
90. Group Action.

این سازوکار برای شروط استفاده نیز به کار برده شده است. برای مثال، در یک دعوای جمعی در ۲۹ آگوست ۲۰۱۳ علیه فیس‌بوک، که در کالیفرنیا در خصوص شروط استفاده مطرح شده بود، فیس‌بوک ناچار به پرداخت غرامت و تغییر و اصلاح برخی از شروط استفاده خود گردید.^{۹۱} در این شیوه، افراد مختلف بی‌آنکه هریک به نمایندگی فرضی یا قانونی از جانب دیگران طرح دعوی نمایند، به سبب مشابه بودن خواسته و وجود یک خوانده مشخص، ادعاهای خود را در قالب یک خواسته مطرح کردند. در حقیقت، از آنجا که قانون‌گذار به شرط وجود ارتباط کامل، امکان رسیدگی مشترک به دعوای اشخاص مختلف را داده (ماده ۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی)^{۹۲} و حتی وکلا و اصحاب دعوی را به تذکر این نکته به دادگاه نیز ملزم ساخته است (ماده ۱۰۳ همین قانون)، می‌توان اساس چنین دعوایی را در حقوق ما نیز پذیرفت. لکن از آنجا که در اکثر موارد، دعوای این اشخاص که هریک ناشی از قرارداد (شروط استفاده) جداگانه و به تبع آن، منشأ متفاوتی بوده و از سویی دعوای آنان با یکدیگر ارتباط کاملی ندارد و به‌علاوه در عمل هماهنگی کاربران با یکدیگر برای طرح چنین دعوایی بسیار نامحتمل است، به‌نظر می‌رسد امکان عملی تحقق آن نزدیک به صفر باشد. به این ترتیب، در این دعوی برخلاف دعوای جمعی سنتی در ایالات متحده^{۹۳}، شخص یا اشخاصی با نمایندگی فرضی اقدام به طرح دعوی از جانب دیگران نمی‌نمایند، بلکه در این حالت تمامی دعوای اشخاص مختلف، گرچه در جریان یک دادرسی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، لکن از یکدیگر مجزاست.^{۹۴} به همین دلیل به‌نظر می‌آید، حمایت از سازمان‌های مردم‌نهاد و افزایش نقش و قدرت‌آفرینی آنان در این زمینه، به‌طوری‌که افراد را با هدف رعایت غبطه خود به مراجعه به آنان ترغیب سازد، به کاربران امکان بهره‌مندی از فضای لازم برای مشورت و اتحاد بیشتر و در نتیجه پیگیری مشترک دعوای خود و حتی استفاده از وکیل یا وکلای واحد، با دعوای یکسان داده، پیش از آنکه قانون‌گذار در این خصوص نهادی را

91. Ellen Wauters, Eva Lievens, Peggy Valcke, *op.cit.*, pp. 5-6.

۹۲. قانون آیین دادرسی کیفری، نیز با همین منطق در ماده ۳۱۳، رسیدگی به اتهامات متعدد متهم را با رعایت صلاحیت ذاتی، به صورت توأمان و در یک دادرسی تجویز نموده است.

93. Class Action.

۹۴. حسن محسنی؛ بهنام غفاری فارسانی؛ نقیسه شوشی‌نسب، «دعای جمعی و نقش آن در احقاق حقوق مصرف‌کننده»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۱ (۱۳۹۱)، صص ۷-۹.

ایجاد نماید، زیان‌دیدگان در عمل، خود اقدام به طرح دعاوی جمعی خواهند نمود؛ امری که احتمال موفقیت آنان در دعوی را به شدت افزایش می‌دهد.

۳.۲.۲. دعوی به نمایندگی^{۹۵}

در این شیوه به تجویز قانون‌گذار به یک سازمان یا نهاد عمومی دولتی یا غیردولتی این اجازه داده می‌شود تا به نمایندگی از افراد بسیاری که این نهاد یا سازمان وظیفه حمایت از آنان را برعهده دارد، اقدام به اقامه دعوا علیه سامانه به‌منظور جبران خسارت نماید. برای مثال، در فرانسه مستفاد از بند ۱ ماده ۴۲۱ قانون مصرف‌کننده، تنها سازمان‌های حمایت از مصرف‌کنندگان اجازه اقامه دعوا به نمایندگی را دارند. در همین راستا در سال ۲۰۰۴، سازمان دولتی مصرف‌کنندگان فرانسه^{۹۶} علیه شروط استفاده یک شرکت اینترنتی ارائه‌دهنده خدمات به نام AOL، اقدام به طرح دعوا نمود. در این دعوا، دادگاه ۳۱ شرط از ۳۶ شرط استفاده این شرکت را مخالف قوانین فرانسه (بیشتر قانون جامع مصرف این کشور) و غیرقابل اجرا دانست. به‌علاوه، این شرکت را به اصلاح این شروط ظرف مدت یک ماه به‌همراه وجه التزام در صورت عدم تغییر محکوم نمود. نمونه مشابه این دعاوی در کشور آلمان نیز یافت می‌شود. برای نمونه، یک سازمان غیردولتی که برای ۴۱ سازمان مصرف‌کننده حامی محسوب می‌شود^{۹۷}، پیروزی‌های قابل توجهی را در برخی از این دعاوی به‌دست آورده است. این سازمان در یک دعوا برخی از شروط استفاده فیس‌بوک را به‌چالش کشیده، از این طریق به‌موجب حکم دادگاه برلین، شرط استفاده از کپی‌رایت و نیز استفاده از نام و حساب کاربری شخص در تبلیغات، غیرمعتبر اعلام گردید. همچنین در سال ۲۰۱۳، دادگاه بیست و پنج شرط از شروط استفاده گوگل را غیرقانونی اعلام نمود. در یک دعوی مهم به‌نماینده‌گی در بلژیک، سازمان مصرف‌کنندگان این کشور^{۹۸} سیاست دوره تضمین یک‌ساله اپل را خلاف مقررات اروپایی دانسته، پس از آن اپل ناگزیر شد تا دوره تضمین خود را به دو سال افزایش دهد^{۹۹}. در ایران نیز به‌موجب ماده ۴۸ قانون تجارت الکترونیکی که مقرر می‌دارد:

95. Representative Action.

96. Union Federal de Consommateurs.

97. Verbraucherzentrale Bundesverband e.v. (VZBV).

98. Test Aankoop.

99. Ellen Wauters, Eva Lievens, Peggy Valcke, *op.cit.*, pp. 2-4.

«سازمان‌های قانونی و مدنی حمایت از حقوق مصرف‌کننده می‌توانند به عنوان شاکی اقامه دعوی نمایند. ترتیب آن به موجب آئین‌نامه‌ای خواهد بود که به پیشنهاد وزارت بازرگانی و تصویب هیأت وزیران می‌باشد». این آیین‌نامه که در سال ۱۳۸۴ به تصویب رسید، به هر مؤسسه و شرکت یا انجمنی که مطابق قانون و با هدف حمایت از مصرف‌کنندگان ایجاد می‌گردد، اجازه داده است خود یا بنابه تقاضای مصرف‌کننده یا مصرف‌کنندگان متضرر اقدام به طرح دعوی از جانب آنان نماید. با وجود پیش‌بینی این امکان قانونی، در عمل هیچ نمونه موافقی از این دعاوی به‌ویژه در بحث از حقوق کاربران مجازی مشاهده نشده است.

۳.۲.۲.۳. دعاوی معیار^{۱۰۰}

در این شیوه، یک دعاوی مستقل از سوی یک یا چند شخص مطرح شده است که از نتیجه این رسیدگی به‌عنوان مبنا و معیاری برای رسیدگی‌های بعدی استفاده می‌شود. در این حالت، دعاوی مشابه دیگری تا مشخص نشدن نتیجه نهایی این دعوی متوقف خواهند ماند و در نتیجه، دیگر اشخاص با اطمینان خاطر بالاتری از به‌ثمر رسیدن نتیجه دعاوی خود به طرح دعا اقدام می‌نمایند. با این حال، در این شیوه نیز کاربران نمی‌توانند با قطعیت اقدام به طرح دعوی کنند؛ از این گذشته، چنین دعاوی هرگز هزینه و زمان طرح دعاوی جداگانه را کاهش نداده، از این حیث نیز به‌صرفه نیست. در حقوق ما، گرچه صدور یک رأی در خصوص دعاوی مشابه بر روی قاضی رسیدگی‌کننده تأثیر معنوی خواهد گذاشت، لکن وی هیچ الزامی به تبعیت از تصمیم مراجع هم‌عرض یا حتی بالاتر از خود در موضوعات مشابه نخواهد داشت. با این همه، شاید بتوان نزدیک‌ترین نهادی را که در حقوق ما به چنین نهادی شبیه باشد، رأی وحدت یا ایجاد رویه دانست^{۱۰۱}. با وجود این، لزوم صدور آرای متهافت یا دست‌کم چند رأی مشابه، و برگزاری جلسه در هیئت عمومی دیوان، دسترسی به آن را دشوار ساخته است؛ درحالی که در دعاوی معیار، صدور یک رأی از یک شعبه دادگاه بدوی در خصوص موضوعی می‌تواند ملاک عمل سایر شعب باشد. به‌نظر می‌رسد در صورت پیش‌بینی مراجع تخصصی، می‌توان چنین صلاحیتی را به آنان تفویض نمود و علاوه بر

100. Test Action.

۱۰۱. ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری و بند ۳ از ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری.

حمایت از حقوق طرف ضعیف‌تر، سرعت دستیابی اشخاص به حقوق خود را به‌طور قابل ملاحظه‌ای افزایش داد.

نتیجه

در این تحقیق به بررسی نحوه انعقاد این قراردادها پرداخته شده و ماهیت و احکام جدید حاکم بر شکل‌گیری آن در قالب نظریه تعامل و تکلیف به مطالعه برای این امر برگزیده شده و به تبع آن، کاربران فعال و غیرفعال از هم تفکیک گردیده‌اند. پس از آن، چنان‌که در مفاد این قراردادها نیز مشاهده شد، اکثریت قریب به اتفاق محتوای این شروط جنبه یک‌طرفه داشته، تنها تضمین حقوق دارندگان این سامانه‌ها مورد نظر است. در هر مورد که به بررسی محتوای این شروط اشاره شد، به راهکارهای موردی جهت مقابله با آن شرط خاص در حقوق خارجی و نیز شیوه مورد تأیید در حقوق داخلی توجه شده است. لکن مقصود اصلی این پژوهش، پیشنهاد راهکاری عملی و کلی جهت مقابله با ماهیت غیرمنصفانه این شروط بوده است. از همین روی، از یک سو، نهادهای عمومی دولتی یا غیردولتی برای نظارت پیشینی بر محتوای این شروط، خواه از طریق تصویب این شروط و خواه از رهگذر تعیین ضوابط کلی حاکم بر آنها، از راه تعامل با نهادهای هم‌عرض و یا افزایش امکان رقابت میان سامانه‌ها و از میان برداشتن موانع موجود در این حوزه، پیشنهاد گردیده است؛ به گونه‌ای که به نحو غیرمستقیم سبب تعدیل شروط به نفع کاربران گردد. از دیگر سو، به ارائه راهکارهایی پسینی در صورت پذیرش چنین شروطی در مراجعه کاربر به مراجع قضایی اقدام شده است. این راهکارها گاه به صورت ماهوی و در جهت برداشتن قید الزام‌آور این شروط از شأنه کاربران ضعیف و گاه به شیوه زدودن موانع و تشریفات دادرسی از طریق پیشنهاد دعاوی جمعی، به نمایندگی و معیار، جلوه‌گر گردید.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب

۱. ایزنلو، محسن (۱۳۹۳). *شروط محدودکننده و ساقطکننده مسئولیت در قراردادهای*، تهران: سهامی انتشار.

- مقاله‌ها

۲. السان، مصطفی (۱۳۸۵). بررسی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیک. *پژوهش حقوق عمومی*، ۸(۱۹)، ۱۷۱-۱۳۹.
۳. ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۱). شناسایی یا انکار اصل حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران. *دانشکده حقوق و علوم سیاسی* (دانشگاه تهران)، ۸۵(۰).
۴. حجت‌زاده، علی‌رضا، نوشادی، ابراهیم (۱۳۹۰). قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیک بین‌المللی. *حقوقی بین‌المللی*، ۲۸(۴۴)، ۲۶۳-۲۸۱.

Doi: 10.22066/CILAMAG.2011.17169

۵. شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۱). نظریه غیرمنصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن‌لو با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا. *مجمع آموزش عالی قم*، ۱۸(۱)، ۹۵-۱۱۹.

۶. غمامی، مجید، صانعیان، علی‌اصغر (۱۳۹۹). اعتبار قرارداد انتخاب دادگاه در حقوق بین‌الملل خصوصی و تأثیر آن در شناسایی و اجرای آراء خارجی. *حقوقی دادگستری*، ۸۴(۱۱۰)، ۱۸۸-۱۶۷.

Doi: 10.22106/ijl.2020.112818.2897

۷. کریمی، عباس (۱۳۸۱). شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادهای. *پژوهش‌های حقوقی*، ۱(۱)، ۸۲-۷۵.

۸. محسنی، حسن، غفاری فارسانی، بهنام، شوشی‌نسب، نفیسه (۱۳۹۱). دعاوی جمعی و نقش آن در احقاق حقوق مصرف‌کننده. *پژوهش حقوق خصوصی*، ۱(۱)، ۱۵۷-۱۸۲.

(ب) منابع انگلیسی

- Articles

9. Baker, S. (2018). Digital Platform and Their Terms of Use: Dose It Matter? **Court Uncourt**. 5(5).
10. Butterfield, T. Bartlett, B. (2011). Coming to Terms: Hidden Traps for Media Entities and Producers in Website Terms of Use Agreements. **Landslide**. 3(6).
11. B. Solberg, L. Complying with Facebook's Terms of Use in Academic Research: A Contractual and Ethical Perspective on Data Mining and Informed Consent. **UMKC Law Review**. 82(3).
12. E. Abruzzi, B. (2010). Copyright, Free Expression, and the Enforceability of Personal Use-Only and Other Use-Restrictive Online Terms of Use. **Santa Clara Computer & High Technology Law Journal**. 26(1).
13. Hartzog, W. (2010). The New Price to Play: Are Passive Online Media Users Bound by Terms of Use. **Communication Law and Policy**. 15(4), 85-140.
<https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol26/iss1/3>
14. K. Sandeen, S. (2003). The sense and Nonsense of Web Site Terms of Use Agreement, **Hamline Law Review**, 26(3), 984-1012.
<https://www.jstor.org/stable/40041783>
15. L. Rustad, M. Onufrio, M. V. (2012). Reconceptualizing Consumer Terms of Use for Globalized Knowledge Economy. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**. 14(4). 12-30.
<https://scholarship.law.upenn.edu/jbl/vol14/iss4/6>
16. L. Rustad, M. D'Angelo, D. (2011). The Path of Internet Law: An Annotated Guide. **Duke Law & Technology Review**, 1-74.
17. Moreau., N. (2002). La Formation du Contract Electronique: Dispositif de Protection du Cyberconsommateur et Mode Alternatifs de Reglement des Confilits. **DEA Droit de Contrats**, Universite de Lille 2.

18. Mund, B. (2017). Social Media Searches and the Reasonableness Expectation of Privacy. *Yale Journal & Technology*. 11(19), 239-273. <http://hdl.handle.net/20.500.13051/7815>.
19. S. Livingston, J. (2012). Invasion Contract: The Privacy Implications of Terms of Use Agreements in the Online Social Media Setting. *Albany Law Journal of Science & Technology*. 21(3), 592-636.
20. T. Chiu, A. (2012). Irrationality Bound: Terms of Use Licenses and the Breakdown of Consumer Rationality in the Market for Social Network Sites. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*. 21(1), 165-197.
21. Wauters, E. Lievens, E. Valcke, P. (2014). Toward a Better Protection of Social Media Users: A Legal Perspective on the Terms of Use of Social Networking Sites. *International Journal of Law and Information Technology*. 22(3), 254-294. 10.1093/ijlit/eau002

- Cases

22. Burcham v. EXPEDIA, INC., No. 4: 07CV1963 CDP (E.D. Mo. Mar. 6, 2009).
23. Druyan v. Jagger, 508 F. Supp. 2d 228 (S.D.N.Y. 2007).
24. ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).
25. Register. com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004).
26. Specht v. Netscape Communications Corp., 150 F. Supp. 2d 585 (S.D.N.Y. 2001).
27. Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology, 939 F.2d 91 (3d Cir. 1991).
28. Stirlen v. Supercuts, Inc., 51 Cal. App. 4th 1519 (Ct. App. 1997).
29. Ticketmaster LLC v. RMG Technologies, Inc., 507 F. Supp. 2d 1096 (C.D. Cal. 2007).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 32

Autumn 2023

Article Type: Research Article

Pages: 225-256

Comparison of Theory of Multiplicity of Governing Laws on Contractual Obligations in US and EU Law

Homayun Mafi¹| Seyyed Hossein Mojtahedzadeh^{2✉}

1. Professor, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

hmymafi@yahoo.com

2. Ph.D. Candidate in Private Law, University of Qom, Iran

h.mojtahedzadeh@gmail.com

Abstract

In US and European Union law on contractual obligations, there is a theory called depechage. According to this theory, the parties can rule the law of more than one country while dividing the contract into different parts. There are several definitions of this theory in the writings of American and European jurists. There are questions like these: What is the exact meaning of this theory? What is the evidence for this theory in contractual obligations under US and EU law? Given that selecting the law governing the contract and the application of depechage by the parties is an agreement, what law and legal system governs the validity of the will of the parties, their competence and the form of this agreement? The present article seeks to provide a precise concept of this theory, to determine the scope of application of this theory in US and EU law in contractual obligations, and to specify the rules that the parties must follow in applying this theory in order to open a window in front of the legislator in Iranian law to approve the rule of resolving the conflict with the needs of international trade law in the field of the law governing contracts.

Keywords: Law Governing Contract, Depechage, Contractual Obligations, Multiplicity of Governing Laws, Party Autonomy.

Received: 2022/06/27 Received in revised form: 2023/01/10 Accepted: 2023/01/22 Published: 2023/09/30

DOI: 10.22034/LAW.2023.52290.3147

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مقایسه نظریه تعدد قوانین حاکم (دپسژ) در تعهدات قراردادی

در حقوق امریکا و اتحادیه اروپا

همایون مافی^۱ | سید حسین مجتهدزاده^۲ |

hmynmافی@yahoo.com

۱. استاد دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

h.mojtahedzadeh@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه قم، ایران

چکیده

در حقوق امریکا و اتحادیه اروپا در زمینه تعهدات قراردادی نظریه‌ای تحت عنوان دپسژ مطرح است. بر اساس این نظریه، طرفین می‌توانند ضمن تقطیع قرارداد بر بخش‌های مختلف، قانون بیش از یک کشور را حاکم کنند. در میان نوشته‌های حقوق‌دانان امریکایی و اروپایی تعاریف متعددی از این نظریه آمده است. پرسش‌هایی از این قبیل مطرح شده که مفهوم دقیق این نظریه چیست؟ مستندات این نظریه در تعهدات قراردادی در حقوق امریکا و اتحادیه اروپا چه است؟ با توجه به اینکه خود عمل انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و اعمال دپسژ از سوی طرفین یک توافق می‌باشد، چه قانون و نظام حقوقی‌ای بر اعتبار اراده طرفین، اهلیت آنها و شکل این توافق حاکم است؟ نگارندگان مقاله حاضر در پی آن‌اند تا ضمن ارائه مفهومی دقیق از این نظریه، حوزه اعمال این نظریه در حقوق امریکا و اتحادیه اروپا را در تعهدات قراردادی مشخص سازند و قواعدی را که طرفین باید در اعمال این نظریه رعایت کنند معین نمایند تا از این طریق پنجره جدیدی پیش روی قانون‌گذار در حقوق ایران در جهت تصویب قاعده حل تعارضی متناسب با نیازهای حقوق تجارت بین‌الملل در زمینه قانون حاکم بر قراردادها گشوده شود.

واژگان کلیدی: تعدد قوانین حاکم، تعهدات قراردادی، حاکمیت اراده، دپسژ، قانون حاکم بر قرارداد.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۰۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

DOI: 10.22034/LAW.2023.52290.3147

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

امروزه یکی از مسائل اساسی پیش روی دادرسان در رسیدگی به دعاوی مربوط به قراردادهای تجاری بین‌المللی، تعیین قانون حاکم بر قرارداد است. تعیین قانون حاکم بر قرارداد از این حیث اهمیت دارد که صحت، اعتبار و نفوذ قرارداد از آن ناشی می‌شود و همچنین حدود حقوق و تعهدات طرفین در قرارداد بر اساس آن مشخص می‌گردد. در صورتی که یک طرف ادعای نقض قرارداد از سوی طرف دیگر را داشته باشد، این قانون حاکم بر قرارداد است که ضمانت اجرای نقض و شیوه جبران خسارت متعهدله را معین می‌کند. کشورهای صنعتی و توسعه‌یافته در راستای ایجاد رونق اقتصادی و حمایت از انتظارات اقتصادی بازرگانان، اصل حاکمیت اراده را در تعیین قانون حاکم بر قرارداد به‌عنوان اصل اساسی در قواعد حل تعارض قوانین خود شناسایی کرده‌اند. این کشورها تا جایی این اصل را دارای قابلیت اجرایی می‌دانند که به طرفین اجازه تقطیع و تفکیک قرارداد و حاکم ساختن قوانین متعدد بر قرارداد را می‌دهند. این رویکرد برگرفته از نظریه «دپسژ» در تعارض قوانین است. طبق این نظریه، یک موضوع حقوقی را می‌توان به اجزای مختلف تقسیم نمود و قوانین متفاوتی را نسبت به اجزای مختلف آن موضوع اعمال کرد. به‌نظر می‌رسد خطور این نظریه به ذهن حقوق‌دانان آمریکایی و اروپایی به سبب وجود فضای فدرالیسم در آمریکا و روابط تجاری روزافزون اشخاص حقوق خصوصی در اتحادیه اروپا باشد. اولین بار پاراگراف ۱ ماده ۳ کنوانسیون رم، این نظریه را به‌صراحت در زمره قواعد حل تعارض اتحادیه اروپا برشمرد. مجموعه (دوم) اصول و مقررات حقوقی تعارض قوانین آمریکا با پذیرش اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، اعمال دپسژ در قراردادها را وارد رویه قضایی دادگاه‌های آمریکا ساخت. توضیح آنکه وجود دکترین تحلیل موضوع به موضوع سبب دعوا در حقوق آمریکا و شناسایی اصل حاکمیت اراده از سوی مجموعه (دوم) اصول و مقررات حقوقی تعارض قوانین، باعث شد تا دادگاه‌ها ضمن تحلیل بخش‌های مختلف قرارداد که مربوط به ایالت‌های مختلف است، برای اراده طرفین این قدرت را قائل شوند که نسبت به هر بخش از قرارداد، قانون ایالتی را که دارای ارتباط معقول با آن بخش است اعمال کنند.

در کتاب‌هایی با موضوعات حقوق تجارت بین‌الملل، برخی استادان در صفحاتی اندک به

این نظریه اشاره کرده‌اند. در میان مقالات، دو مقاله با عناوین «بررسی نظریه تقطیع (دپساز) در قراردادهای تجاری بین‌المللی؛ با نگاه تطبیقی به حقوق امریکا و اتحادیه اروپا»^۱ و «اعمال نظریه تعدد قوانین (دپساز) در روند انتخاب قانون حاکم»^۲ یافت می‌شود که به صورت جدی به این موضوع پرداخته‌اند. در مقاله اول، بیشتر مزایا و معایب اعمال این نظریه در قراردادهای تجاری بین‌المللی با توجه به ویژگی‌های این قراردادها بررسی شده است. در مقاله دوم نیز نظریه دپسز به‌طور کلی فارغ از اینکه در تعهدات قراردادی یا غیرقراردادی اعمال می‌گردد، تبیین شده است. همچنین در مقاله‌ای با عنوان «پذیرش مطلق یا مقید اصل حاکمیت اراده در قراردادهای تجاری بین‌المللی با نگرشی بر مقررۀ رم یک و حقوق امریکا»^۳ به بررسی نفوذ اراده در حقوق امریکا و اروپا پرداخته شده و در ذیل آن به نظریه دپسز به‌عنوان یکی از آثار آزادی اراده اشاره شده است. این پژوهش در پی آن است تا ضمن بهره‌گیری از کتاب‌ها و مقالات یادشده، توجه بیشتری به قوانین مستند این نظریه و حوزه اعمال آن در حقوق امریکا و اتحادیه اروپا داشته باشد و طریقه بهره‌گیری از این نظریه در حقوق داخلی را روشن سازد. نگارندگان پژوهش حاضر در پی پاسخگویی به این پرسش‌ها هستند: مفهوم دقیق دپسز در حقوق امریکا و اتحادیه اروپا چیست؟ مستند اعمال دپسز در تعهدات قراردادی که در پیش روی دادرس در حقوق امریکا و اتحادیه اروپا وجود دارد چیست؟ حوزه اعمال این نظریه در تعهدات قراردادی در حقوق امریکا و اتحادیه اروپا چه می‌باشد و چه قواعدی بر اهلیت طرفین و شکل اعمال این نظریه در تعهدات قراردادی حاکم است؟ دادرس بر اساس چه قانونی می‌بایست وجود یا عدم شرط دپسز را و اینکه مقصود طرفین در دپسز اعمال قانون چه کشور یا کشورهایی بوده است، احراز کند؟

در ادامه، ابتدا در حقوق امریکا و سپس در حقوق اتحادیه اروپا، به ترتیب به مفهوم دپسز، اعمال آن و قواعد حاکم بر اعمال آن در این دو حوزه جغرافیایی می‌پردازیم. در پایان

۱. سحر کریمی، «بررسی نظریه تقطیع (دپساز) در قراردادهای تجاری بین‌المللی؛ با نگاه تطبیقی به حقوق امریکا و اتحادیه اروپا»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۱ (۱۳۹۹)، صص ۲۷۱-۲۹۰.

۲. عباس کریمی و سحر کریمی، «اعمال نظریه تعدد قوانین (دپساز) در روند انتخاب قانون حاکم»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۱ (۱۳۹۶)، صص ۱۲۳-۱۴۰.

۳. حسین خانلری بهنمیری، «پذیرش مطلق یا مقید اصل حاکمیت اراده در قراردادهای تجاری بین‌المللی با نگرشی بر مقررۀ رم یک و حقوق امریکا»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ش ۳ (۱۳۹۸)، صص ۹۵-۱۲۶.

نیز امکان اعمال نظریه دپسژ در حقوق ایران بررسی خواهد شد.

۱. نظریه دپسژ و قواعد حاکم بر آن در تعهدات قراردادی در حقوق امریکا

۱.۱. مفهوم نظریه دپسژ در تعهدات قراردادی در حقوق امریکا

دپسژ^۴ واژه‌ای فرانسوی و در لغت به معنای تکه‌تکه کردن^۵ است. در حقوق امریکا تعاریف متعددی از دپسژ ارائه شده است. ریس ویلیس^۶، تهیه‌کننده پیش‌نویس مجموعه دوم اصول و قواعد حقوقی تعارض قوانین امریکا^۷، معتقد است که دپسژ در معنای عام و وسیع، تمام وضعیت‌هایی را پوشش می‌دهد که در آن، قوانین ایالت (دولت)‌های مختلف بر موضوعات مختلف یک پرونده حقوقی اعمال می‌شود. وی دپسژ را در معنای خاص و محدودتر، اعمال قوانین ایالت (دولت)‌های مختلف در موضوعات ماهوی مختلف یک پرونده می‌داند. در معنای اخص، دپسژ را محدود به وضعیتی می‌داند که در آن اعمال قوانین ایالت (دولت)‌های مختلف بر موضوعات مختلف یک پرونده حقوقی سبب حصول نتیجه‌ای می‌شود که آن نتیجه با اعمال انحصاری قانون هیچ‌یک از ایالت‌های مربوطه حاصل نمی‌شد.^۸ وی در ادامه در مقام انتخاب تعریف بهتر از میان تعاریف ارائه‌شده، تعریف عام دپسژ را می‌پذیرد و در ردّ دو تعریف دیگر، دلیل می‌آورد که تعریف خاص از این جهت نامناسب است که بین موضوعات ماهوی و شکلی یک پرونده جهت تمایز این دو از یکدیگر مرز مشخصی وجود ندارد. تعریف اخص نیز از آن جهت که معیارهای پذیرفته‌شده در خصوص دپسژ را مبهم می‌سازد، نامناسب است.^۹ اگرچه ویلیس نسبت به تعریف عام این ایراد را وارد می‌داند که مانع نیست، زیرا شامل موردی می‌شود که در آن، قانون مقر دادگاه نسبت به مسائل شکلی پرونده و قانون دولت دیگر نسبت به ماهیت پرونده اعمال می‌شود؛

4. Le Dépeçage

5. Bryan A., Garner, *Black's Law Dictionary*, 9th Edition, West Publishing Company, United States of America, 2009, p. 503.

6. Rees Willis

7. Symeon C., Symeonides, "Issue-by-Issue Analysis and Depeçage in Choice of Law: Cause and Effect", *University of Toledo Law Review* 45, No. 4, Ohio U.S., 2014, p. 753.

8. L. M. Reese, Willis, "Depeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law", *Columbia Law Review* 73, No. 1 (1973), p. 58.

9. *op.cit.*, p. 59.

حال آنکه این مورد به یقین مشمول تعریف دپسژ نمی‌شود، زیرا این یک پدیده استاندارد در همه پرونده‌هایی است که به چند ایالت مربوط می‌شوند و حتی در زمان حیات مجموعه اول اصول و قواعد حقوقی تعارض قوانین امریکا- که نظریه‌ای به نام دپسژ در آن زمان مطرح نبود- نیز همواره قانون مقرر دادگاه بر مسائل شکلی حاکم بود^{۱۰}، ولی این تعریف را از آن جهت که اجازه بحث در مورد تمام مسائل یک پرونده را می‌دهد، مناسب می‌داند^{۱۱}.

با توجه به اشکالی که خود ویلیس در مورد تعریف عام دپسژ بیان می‌کند، پذیرفتن این تعریف برای دپسژ صحیح نیست و از طرف دیگر به نظر می‌رسد اشکالاتی که وی در خصوص تعریف خاص دپسژ بیان می‌دارد وارد نیست؛ زیرا این ادعا که مرز مشخصی بین موضوعات ماهوی و شکلی وجود ندارد، ادعای صحیحی نمی‌تواند باشد و اینکه مصادیقی در پرونده وجود دارد که تعیین شکلی یا ماهوی بودن آن محل اختلاف است، سبب نمی‌شود که مرز مشخصی بین مفهوم شکلی و ماهوی یک موضوع وجود نداشته باشد؛ بلکه این تکلیف دادگاه است که با مراجعه به قوانین و اصول حقوقی مرز بین مفهوم ماهوی و شکلی را مشخص کند. به همین جهت عده‌ای در تعریف دپسژ بیان داشته‌اند که دپسژ به این معنی است که دادگاه قوانین ایالت(دولت)های مختلف را نسبت به موضوعات مختلف یک اختلاف حقوقی، بر مبنای تحلیل موضوع به موضوع آن اختلاف اعمال می‌کند^{۱۲}. مقصود از تحلیل موضوع به موضوع، تحلیل جداگانه موضوعات اختلاف است. به نظر می‌رسد، این تعریف با عبارت «اختلاف حقوقی» قصد دارد دپسژ را محدود به مسائل ماهوی پرونده کند.

در مقابل تعریف خاص دپسژ که بر اساس آن حوزه اعمال دپسژ یک پرونده است، تعریف دیگری وجود دارد که حوزه اعمال دپسژ را یک سبب دعوا می‌داند. بر مبنای این تعریف، دپسژ عبارت است از اعمال قوانین ماهوی ایالت‌های مختلف در موضوعات مختلف یک سبب دعوا. دپسژ در این تعریف، نتیجه ممکن و نه ضروری تحلیل موضوع به موضوع است^{۱۳}. توضیح آنکه در حقوق امریکا شیوه‌ای در حل تعارض قوانین وجود دارد که بر اساس

10. Symeon C., Symeonides., "Issue-by-Issue Analysis and Depechage in Choice of Law: Cause and Effect", p. 757.

11. L. M. Reese, Willis, *op.cit*, p. 58.

12. Bryan A., Garner, *op.cit*, p. 503.

13. Symeon C., Symeonides., "Issue-by-Issue Analysis and Depechage in Choice of Law: Cause and Effect", p. 755.

آن در مواردی که در یک سبب دعوا، بیش از یک موضوع وجود دارد که سبب تعارض قوانین ماهوی ایالت‌های مربوط می‌شود، هر موضوع باید به صورت جداگانه بررسی شود و برای آن قانون حاکم معین گردد. اگر چنین شیوه یا تحلیلی به اعمال قوانین ماهوی ایالت‌های مختلف نسبت به موضوعات مختلف منجر گردد، نتیجه حاصله دپسژ نام دارد.^{۱۴}

در مقام نتیجه‌گیری برای انتخاب تعریف مناسب برای دپسژ، همان‌طور که گفته شد، تعریف عام به سبب عدم مانعیت قابل قبول نیست. تعریف اخص نیز به سبب اینکه معیار روشنی برای دپسژ ارائه نمی‌دهد، از لحاظ منطقی تعریف مناسبی نیست؛ زیرا مقصود از تعریف هر مفهومی، شناسایی آن و تمایز آن مفهوم از مفاهیم دیگر است. در مقام مقایسه تعریف خاص ویلیس از دپسژ و تعریفی که حوزه اعمال دپسژ را یک سبب دعوا می‌داند، باید گفت که تعریف اخیر دقیق‌تر است؛ زیرا تعریف خاص ویلیس شامل پرونده‌ای می‌شود که در آن دو سبب دعوا وجود دارد و دادگاه نسبت به هر سبب یک قانون را اعمال می‌کند، حال آنکه در این مورد دپسژ در معنای حقیقی آن به کار نرفته است. برای مثال، در تصادف بین دو خودرو، مسافر صدمه‌دیده در ضمن یک پرونده، دو دعوا علیه دو خواننده مطرح می‌کند؛ خواننده اول، راننده خودرویی است که مسافر در حین تصادف در آن حضور داشته، و خواننده دوم، راننده خودروی مقابل است. در این پرونده اگر دادگاه نسبت به دعوی مسافر به خواننده اول که سبب آن قرارداد حمل و نقل است، قانون ایالت «الف» را اعمال کند و نسبت به دعوی مسافر علیه خواننده دوم که سبب آن شبه جرم است، قانون ایالت «ب» را اعمال نماید، پدیده حاصل، دپسژ در معنای دقیق آن نیست^{۱۵}؛ حال آنکه طبق تعریف خاص ویلیس، مورد اخیر را باید دپسژ دانست.

۱.۲.۱. اعمال نظریه دپسژ در تعهدات قراردادی در حقوق امریکا

۱.۲.۱.۱. مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین مدون ۱۹۷۱^{۱۶}

در حقوق امریکا مجموعه مقررات و قوانین مجزایی برای تعارض قوانین وجود ندارد. مؤسسه حقوقی امریکا^{۱۷} همواره با تدوین مجموعه مقررات پیشنهادی در تلاش است تا از

14. *op.cit.*, p 757

15. *op.cit.*, pp. 757-758.

16. Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971).

17. American Law Institute (ALI)

طریق تأثیرگذاری بر نظریات قضات، رویه‌های قضایی مختلف موجود در ایالت‌های آمریکا را به سمت رویه واحد سوق دهد. این مؤسسه در راه دستیابی به این هدف، در بحث تعارض قوانین دو مجموعه از سال‌های ۱۹۳۴ تاکنون منتشر کرده است. همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، در مجموعه اول تعارض قوانین آمریکا که در سال ۱۹۳۴ منتشر شد، اصل حاکمیت اراده شناسایی نشده بود و بر همه مسائل قرارداد قانون حاکم، به‌جز برخی مسائل معین که قانون محل اجرا بر آنها حاکم بود، قانون محل انعقاد حکومت می‌کرد. در سال ۱۹۷۱ با انتشار مجموعه دوم^{۱۸}، اصل حاکمیت اراده شناسایی شد.

طبق بخش ۱۸۶ مجموعه دوم ری‌استیتمنت: «موضوعات قرارداد بر اساس قانونی که مطابق بخش ۱۸۷ از سوی طرفین انتخاب می‌شود و در غیر این صورت [یعنی در صورتی که طرفین قانون حاکم را انتخاب نکرده‌اند]، بر اساس قاعده بخش ۱۸۸، تعیین تکلیف می‌شوند». در پاراگراف اول از بخش ۱۸۷ این مجموعه که در مقایسه با بخش‌های دیگر آن بیشترین مقبولیت را در بین دادگاه‌های آمریکا دارد^{۱۹}، آمده است: «قانون ایالتی که طرفین به‌منظور حکومت بر حقوق و تکالیف قراردادی خود انتخاب کرده‌اند، اعمال خواهد شد؛ مشروط بر اینکه موضوع خاص [که طرفین قانون حاکم بر آن را تعیین می‌کنند] از موضوعاتی باشد که طرفین با یک شرط صریح در توافق خود بتوانند نسبت به آن موضوع، اتخاذ تصمیم کنند». همچنین بر طبق پاراگراف بعدی همین بخش از مجموعه دوم ری‌استیتمنت، تحت شرایطی به طرفین اجازه انتخاب قانون حاکم بر موضوعاتی که طرفین نمی‌توانند نسبت به آن اتخاذ تصمیم کنند، داده شده است. منظور از عبارت «موضوعاتی که طرفین نمی‌توانند نسبت به آن اتخاذ تصمیم کنند»، موضوعات تحت قوانین آمره است. همان‌طور که از تفکیک بین موضوعات قرارداد در بخش ۱۸۷ این مجموعه فهمیده می‌شود، طرفین می‌توانند تنها نسبت به یک بخش و موضوع خاص از قرارداد، قانون یک ایالت را حاکم کنند و نیازی نیست تا یک قانون را بر کل قرارداد به‌عنوان قانون حاکم تعیین نمایند. این به آن معنی است که طرفین اجازه تقطیع و تجزیه قرارداد را دارند و در صورتی که این

۱۸. در ادامه به اختصار از آن با عنوان «مجموعه دوم ری‌استیتمنت» یاد می‌شود.

19. Symeon C., Symeonides., "Choice of Law, The Oxford Commentaries on American Law", p. 365.

تقطیع منجر به حکومت قانون چند ایالت بشود، پدیده حاصل همان دپسز است. این نظر که مجموعه دوم ریاستیمنت، اجازه انتخاب یک قانون برای بخشی از قرارداد یا چند قانون برای بخش‌های مختلف قرارداد را می‌دهد، مورد تأیید حقوق‌دانان حوزه تعارض قوانین امریکا است.^{۲۰} در واقع، این مجموعه دپسز قراردادی را مجاز می‌داند. یکی از دلایل این نظریه را وجود فضای فدرالیسم در امریکا و قانون‌گذاری مجزای هر ایالت می‌توان دانست.^{۲۱}

دادگاه‌های امریکا در آرای خود این رویکرد را مورد پذیرش قرار داده‌اند. برای مثال در پرونده^{۲۲} *Heating & Air Specialists, Inc. v. Jones* که در آن یک قرارداد فرانشیز بین طرفین در ایالت تگزاس منعقد شده بود و طرفین در ضمن آن شرط کرده بودند که تفسیر قرارداد بر اساس قانون ایالت تگزاس صورت گیرد، دادگاه ایالت آرکانزاس در دعوی نقض قرارداد چنین حکم کرد: «با توجه به اینکه توافق طرفین در تعیین قانون حاکم محدود به تفسیر قرارداد می‌باشد و شامل دیگر بخش‌های قرارداد نمی‌شود، قانون ایالت آرکانزاس بر دیگر مسائل قرارداد حاکم است».^{۲۳} بنابراین، دادگاه شرط تفکیک بخش «تفسیر قرارداد» در تعیین قانون حاکم را صحیح تلقی کرد. در واقع، از استدلال دادگاه در پرونده قبل می‌توان نتیجه گرفت، بر اساس رویکردی که اراده طرفین را مرکز ثقل و مهم‌ترین عامل ارتباط در تعیین قانون حاکم می‌داند، اراده می‌تواند دست به تجزیه و تقطیع قرارداد بزند، که این امر زمینه تحلیل موضوع به موضوع را برای دادگاه در یک قرارداد و تعهدات ناشی از آن در صورتی که طرفین بر هر بخش از تعهدات قانون خاصی را حاکم کنند، به وجود می‌آورد؛ چنانچه این تحلیل موضوع به موضوع، سبب اعمال قوانین ایالت‌های مختلف شود، نتیجه حاصل «دپسز» نام دارد.

در خصوص اینکه حوزه اعمال مجموعه دوم ریاستیمنت در چه قراردادهایی است، باید

20. Symeonides, Symeon C., "Choice of Law, The Oxford Commentaries on American Law", p. 386.

۲۱. عباس کریمی و سحر کریمی، پیشین، ص ۱۲۴.

22. *Heating Air Specialists, Inc. v. Jones* 180 F.3d 923 (8th Cir. 1999).

۲۳. قرارداد فرانشیز به معنای توافقی است که یک شخص (فرانشیزدهنده) متعهد می‌شود که به دیگری (فرانشیزگیرنده) در مقابل عوض مالی مستقیم یا غیرمستقیم، حق استفاده از فرانشیز را به منظور بازاریابی انواع خاصی از کالا یا خدمات بدهد.

24. *Ibid*, p. 930.

گفت ایالت‌هایی که قاعده بخش ۱۸۷ این مجموعه را پذیرفته‌اند در مواردی که قرارداد آنها تحت قانون «تجارت متحدالشکل امریکا»^{۲۵} قرار گیرد، باید قانون پیش‌گفته را اجرا کنند و از اعمال قواعد مجموعه دوم ری‌استیتمنت ممنوع‌اند. توضیح آنکه قانون تجارت متحدالشکل امریکا در همه ایالت‌های امریکا پذیرفته شده است و یک قانون ایالتی به حساب می‌آید. این درحالی است که اساس اجرای مجموعه دوم ری‌استیتمنت در ایالت‌ها، پذیرش آن از سوی دادگاه‌ها و رویه قضایی است و در مقام تعارض قانون ایالتی با قانون عرف، قانون ایالتی مقدم است.^{۲۶}

۱.۲.۲. قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای امریکا (یوسیتا) مصوب

۲۰۰۰

پیش‌نویس قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای موسوم به یوسیتا^{۲۷} از سوی «کنفرانس ملی کمیساریا در زمینه قوانین متحدالشکل ایالتی»^{۲۸} در اواخر دهه ۱۹۹۰ میلادی تدوین شده است. این قانون، صنعتگران عصر اطلاعات را از طریق تدوین قوانین قابل اعمال بر قراردادهای محصولاتشان در تراز فروشندگان کالا قرار می‌دهد. در واقع، قانون یوسیتا جایگزین بخش مربوط به بیع کالا در قانون تجارت متحدالشکل امریکا در خصوص معاملات رایانه‌ای شده است. با وجود تلاش «کنفرانس ملی کمیساریا» در گسترش این قانون، تنها دو ایالت مریلند و ویرجینیا (در سال ۲۰۰۰ میلادی) این قانون را به‌عنوان قانون ایالتی تصویب کردند و دادگاه‌های ایالت‌های دیگر همچنان مقررات بخش بیع کالای قانون تجارت متحدالشکل امریکا را نسبت به معاملات اطلاعات رایانه‌ای جاری می‌دانند.^{۲۹}

25. Uniform Commercial Code (U.C.C.).

۲۶. در خصوص جایگاه عرف در حقوق امریکا باید گفت: «زمانی که مصوبه‌ای موجود نبوده و در قانون اساسی هم موردی پیش‌بینی نشده باشد، دادگاه‌های فدرال و ایالتی غالباً به قوانین عرف مراجعه می‌کنند». جرج کلارک، خطوط اساسی نظام حقوقی ایالات متحده، (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۶)، ص ۱۲.

27. Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA).

28. National Conference of Commissioners on Uniform State Law (NCCUSL).

29. Jane P., Langvardt, *Business Law: The Ethical, Global, and E-commerce Environment*, Seventeenth Edition, New York: McGraw-Hill Education, (2018), p. 349.

پس از معرفی اجمالی قانون یوسیتا، نوبت به بررسی امکان اعمال دپسژ تحت قانون یوسیتا می‌رسد. طبق بند «الف» بخش ۱۰۹ قانون یوسیتا: «طرفین در توافق خود می‌توانند قانون قابل اعمال را برگزینند. اگرچه انتخاب در قرارداد مصرف‌کننده تاحدی که یک قاعده در قانون حوزه قضایی که تحت بندهای الف و ب در فرض غیاب توافق [انتخاب قانون حاکم] اعمال خواهد شد و با توافق قابلیت تغییر نداشته باشد، قابل اجرا نیست». به نظر می‌رسد صرف پذیرش اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم، اعمال دپسژ در قرارداد را ممکن می‌سازد، زیرا دپسژ نتیجه منطقی این اصل است. اما علاوه بر این، در بخش پیش‌گفته به دپسژ اشاره شده است. همین که طرفین نسبت به بخش‌های دیگر قرارداد مصرف‌کننده‌ای که بر بخشی از آن به سبب قواعد آمره، قوانین خاصی حاکم است، قانون مد نظرشان را اعمال کنند، نوعی دپسژ است. در بند «ث» بخش ۱۰۳ همین قانون نیز تفکیک‌پذیری قرارداد به صراحت پذیرفته شده است. طبق این بخش «به جز مواردی که در بند (۲)(پ) پیش‌بینی شده است، اگر موضوع معامله شامل اطلاعات باشد، طرفین می‌توانند توافق کنند که این قانون، ازجمله مقررات تشکیل قرارداد، بر تمام یا قسمتی از معامله حاکم گردد و [همچنین] می‌توانند توافق کنند که این قانون حاکم نگردد...». بر اساس این بخش، قانون یوسیتا به طرفین عقدی که موضوع آن معامله اطلاعات رایانه‌ای است این اجازه را می‌دهد که بر اساس اصل حاکمیت اراده تعیین کنند این قانون تنها نسبت به قسمتی از قرارداد حاکم گردد و نسبت به بخش دیگر قرارداد با توجه به بند «الف» بخش ۱۰۹ قانون دیگری را انتخاب کنند. همچنین طرفین می‌توانند توافق کنند که قانون یوسیتا اصلاً بر قرارداد اعمال نگردد و قانون یا قوانین دیگری بر قرارداد حاکم باشد. نکته دیگری وجود دارد و آن اینکه با توجه به عبارت «ازجمله مقررات تشکیل قرارداد»، قانون یوسیتا نه تنها در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، بلکه حتی در خصوص قانون حاکم بر تشکیل قرارداد به طرفین اجازه اعمال دپسژ را می‌دهد.

۱.۲.۳. قانون تجارت متحدالشکل امریکا (یو.سی.سی) اصلاحی ۲۰۰۸

همان‌طور که گفته شد، قانون تجارت متحدالشکل امریکا در تمامی ایالت‌های امریکا پذیرفته شده است. این قانون مقررات خاصی درباره قانون قابل اعمال بر قراردادهای فروش

کالا (بخش ۲-۴۰۲)، اجاره^{۳۰} (بخش‌های A۲-۱۰۵ و A۲-۱۰۶)، سپرده‌ها و مجموعه‌های بانکی (بخش ۴-۱۰۲)، انتقال وجوه (بخش A۴-۵۰۷)، اعتبار اسنادی (بخش ۵-۱۱۶)، نقل و انتقالات عمده (بخش ۶-۱۰۳)، اوراق بهادار سرمایه‌گذاری (بخش ۸-۱۱۰) و معاملات با وثیقه (بخش‌های ۹-۳۰۱ تا ۹-۳۰۷) دارد^{۳۱}. این قانون که از سال ۱۹۵۲ پا به عرصه حقوق امریکا گذاشت، تا سال ۲۰۰۱، بخش ۱-۱۰۵ آن هفت مرتبه اصلاح شد. در سال ۲۰۰۱ این بخش علاوه بر اصلاح، از شماره ۱-۱۰۵ به شماره ۱-۳۰۱ تغییر یافت. در اصلاح سال ۲۰۰۱، بین قراردادهای مصرف‌کننده و قراردادهای تاجر با تاجر و نیز میان قراردادهای بین‌المللی و قراردادهای بین ایالتی تفاوت گذاشته شد و در هریک از این قراردادهای محدودیت‌های خاصی برای اصل آزادی اراده مقرر گردید. عدم محبوبیت تغییرات اعمال‌شده در سال ۲۰۰۱ در میان ایالت‌ها به حدی بود که تا سال ۲۰۰۸، تنها سیستم قانون‌گذاری جزایر ویرجین که یکی از مناطق خودگردان ایالات متحده است آن را پذیرفت. همین امر سبب شد که تا در سال ۲۰۰۸ تدوین‌کنندگان این قانون، این بخش را مجدداً اصلاح و قاعده‌ای مشابه قاعده سابق را که با شماره ۱-۱۰۵ شناخته می‌شد تصویب کنند^{۳۲}. در بند «الف» بخش ۱-۳۰۱ اصلاحی ۲۰۰۸، اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد به رسمیت شناخته شده است. در این بخش آمده: «وقتی یک معامله دارای یک ارتباط منطقی با قانون [مقر دادگاه] یا همان ایالت یا کشور دیگر است، طرفین می‌توانند توافق کنند که هریک از قوانین مقر دادگاه یا همان ایالت دیگر یا کشور دیگر بر حقوق و تکالیفشان حاکم گردد».

همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، قانون تجارت متحدالشکل نیز به‌مانند مجموعه دوم ری‌استیتمنت، اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد را به رسمیت می‌شناسد و تنها نسبت به قراردادهای خاصی که در اول این گفتار بیان شدند، قواعد خاصی را قابل اعمال می‌داند. حال سؤالی که مطرح می‌شود آن است که در حوزه همین قراردادهای خاص

۳۰. در این قانون عبارت lease برای اجاره به کار رفته است. در تفاوت lease با rent می‌توان گفت که عبارت اول در مورد اجاره‌های طولانی‌مدت - عمدتاً یک‌ساله - و عبارت دوم در مورد اجاره‌های کوتاه‌مدت - عمدتاً یک‌ماهه - به کار می‌رود.

31. Symeon C., Symeonides., "Choice of Law, The Oxford Commentaries on American Law", (2016), p. 348.

32. *op.cit.*, p. 366.

هم اعمال دپسز به مانند دیگر قراردادهای امکان پذیر است یا خیر؟ بند «پ» بخش ۱-۳۰۱ قانون تجارت متحداالشکل مقرر می دارد: «اگر یکی از بندهای زیر [قانون تجارت متحداالشکل]، قانون قابل اعمال را مشخص می سازد، آن بند [بر قرارداد] حکومت می کند و توافق مخالف آن تنها در حدود قانونی که این چنین مشخص می شود مؤثر خواهد بود...». بنابراین، در قراردادهای خاص موضوع قانون تجارت متحداالشکل امریکا هم، در حدود شرایط این قانون طرفین می توانند طبق مجموعه دوم ریاستیمنت دپسز را اعمال کنند.

همان طور که بیان شد، در تعارض مجموعه دوم اصول و مقررات تعارض قوانین امریکا و قانون تجارت متحداالشکل امریکا، قانون تجارت متحداالشکل امریکا اعمال می شود. حال سؤالی که مطرح می گردد آن است که در تعارض کنوانسیون سازمان ملل راجع به بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ و بخش دوم قانون تجارت متحداالشکل امریکا راجع به بیع کالا، کدام یک مقدم است؟ در پاسخ باید گفت که کنگره ایالت متحده بر اساس عبارت سوم بخش ۸ ماده ۱ قانون اساسی امریکا^{۳۳}، به منظور تنظیم تجارت با کشورهای دیگر و بین ایالت های مختلف لازم است قوانین فدرال را تصویب کند. بر همین اساس، کنگره کنوانسیون وین را تصویب کرده است که جزء قوانین فدرال به حساب می آید. در خصوص تعارض قوانین فدرال با قوانین ایالتی، باید گفت که قوانین فدرال بر همه قوانین ایالتی حتی قوانین اساسی ایالت ها مقدم است^{۳۴}. لذا کنوانسیون وین بر قانون تجارت متحداالشکل امریکا که یک قانون ایالتی می باشد مقدم است. بنابراین، باید گفت کنوانسیون وین نسبت به قراردادهای بین المللی که یک طرف قرارداد در کشور دیگری غیر از امریکا- که کنوانسیون را تصویب کرده است- محل تجارت دارد، اعمال می شود و مقررات قانون تجارت متحداالشکل امریکا راجع به بیع کالا نسبت به قراردادهای بین ایالتی داخل امریکا اعمال می شود^{۳۵}.

33. U.S. Constitution, Article 1, Section 8, Clause 3: "To Regulate Commerce with Foreign Nations, and Among the Several States, and with the Indian Tribes".

۳۴. عباسعلی کدخدایی؛ سید محمد طباطبائی نژاد و فرهاد باقری، «فدرالیسم و نظام حل تعارض قوانین؛ مطالعه تطبیقی نظام حل تعارض قوانین ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپایی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ش ۳ (۱۳۹۵)، ص ۴۳۸.

35. Susie A., Malloy, *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Another Piece of the Puzzle of the Law Applicable to International Contracts*, Fordham International Law Journal, Issue 2, (1995), p. 670.

۳.۱. قواعد حاکم بر دیسژ در تعهدات قراردادی در حقوق امریکا

نفس عمل انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و اعمال دیسژ ارادی از سوی طرفین، یک توافق است. حال پرسشی مطرح می‌شود و آن اینکه بر اساس مجموعه دوم ری‌استیتمنت چه قانونی بر صحت این قرارداد حکومت می‌کند؟ چه قانونی بر مسائل عیوب اراده در این توافق حاکم است؟ اهلیت اشخاص برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد بر اساس چه قانونی احراز می‌گردد؟ و در آخر بر چه اساسی دادگاه تشخیص می‌دهد که توافق انتخاب قانون حاکم از لحاظ شکلی صحیح منعقد شده است؟ اهمیت پاسخ به این پرسش‌ها از لحاظ عملی در جایی مشخص می‌شود که یکی از طرفین قرارداد در دعوای حقوقی مدعی انعقاد توافق انتخاب قانون حاکم است و طرف دیگر منکر آن است.^{۳۶}

در خصوص قانون حاکم بر مسائل عیوب اراده و صحت توافق انتخاب قانون حاکم، در تفسیر «ب» بخش ۱۸۷ مجموعه دوم ری‌استیتمنت آمده است: «یک شرط قراردادی انتخاب قانون حاکم، مانند هر شرط قراردادی دیگری، اگر رضایت یک یا هر دو طرف به وسیله ابزار نامناسب مانند تدلیس، اکراه، نفوذ ناروا یا اشتباه کسب شده باشد، مؤثر نخواهد بود. اینکه چنین رضایتی درواقع به وسیله ابزار نامناسب یا اشتباه کسب شده است یا نه، از سوی دادگاه بر اساس اصول حقوقی مقر خودش تعیین خواهد شد». بنابراین، تفسیر «ب» که از سوی خود مؤسسه حقوقی امریکا صورت گرفته و در ذیل بخش ۱۸۷ گنجانده شده است، عمومیت بخش ۲۰۱ این مجموعه را تخصیص می‌زند. توضیح آنکه مطابق بخش ۲۰۱: «اثر تدلیس، اکراه، نفوذ ناروا و اشتباه در یک قرارداد بر اساس قانونی که با اعمال قواعد بخش‌های ۱۸۷ و ۱۸۸ انتخاب می‌شود معین خواهد شد». بنابراین، بخش ۲۰۱ به سبب تفسیر «ب» بخش ۱۸۷، شامل توافق انتخاب قانون حاکم نمی‌شود و تنها قراردادی را که برای آن قانون حاکم انتخاب شده است، شامل می‌شود. لذا دادگاه در ادعای رضایت تحت اکراه باید دقت کند که این ادعا در مورد چه توافقی است. اگر ادعای اکراه در مورد انتخاب قانون حاکم بر قرارداد است، برای احراز اکراه بر اساس تفسیر «ب» بخش ۱۸۷ باید

36. Graf-Peter, Calliess (editor), *Rome Regulations: Commentary*, First Edition, Wolters Kluwer, (2011), p. 68.



به قواعد مقرّ خودش رجوع کند؛ ولی اگر ادعای اکراه در مورد خود قرارداد باشد، لازم است دادگاه برای احراز اکراه به قانون ایالتی که بر اساس قواعد بخش‌های ۱۸۷ و ۱۸۸ انتخاب می‌شود، مراجعه نماید.

در خصوص قانون حاکم بر اهلیت اشخاص برای توافق انتخاب قانون حاکم، مجموعه دوم ری‌استیتمنت بخش مخصوصی درباره این موضوع ندارد، ولی بخش ۱۹۸ این مجموعه به طور کلی قانون حاکم بر اهلیت اشخاص برای ورود به یک توافق را بیان می‌دارد که بدیهی است این بخش شامل اهلیت برای توافق انتخاب قانون حاکم نیز می‌شود. مطابق بند ۱ بخش ۱۹۸، «اهلیت بر اساس قانونی که با اعمال قواعد بخش‌های ۱۸۷ و ۱۸۸ انتخاب می‌شود معین خواهد شد». همچنین در تفسیر «الف» این بخش آمده است: «این مسئله که آیا اشخاص برای ورود به قرارداد خاصی اهلیت حقوقی دارند یا خیر بر اساس قانون منتخب مشخص خواهد شد، البته به شرطی که انتخاب مؤثری انجام داده باشند». حال پرسشی که مطرح می‌شود آن است که چه انتخابی مؤثر خواهد بود؟ بر اساس قسمت دوم بخش ۱۸۷، انتخاب دو طرف در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد مؤثر خواهد بود مگر آنکه «الف ایالت منتخب، هیچ ارتباط بنیادینی با طرفین یا معامله نداشته باشد و هیچ مبنای معقول دیگری هم برای انتخاب طرفین موجود نباشد؛ یا (ب) اعمال قانون ایالت منتخب، مخالف نظم اساسی ایالتی باشد که منفعت مادی بیشتری از ایالت منتخب در تصمیم‌گیری برای آن موضوع خاص دارد؛ و [ایالتی دارای نفع اساسی بیشتر است که] ذیل بخش ۱۸۸، در صورت فقدان انتخاب مؤثر طرفین، قانون آن اعمال خواهد شد». بنابراین، قانون ایالت منتخب طرفین به شرطی که دارای ارتباط بنیادین با اهلیت آنها بوده یا دارای مبنای معقولی باشد و همچنین مخالف نظم اساسی ایالت دارای «قانون سبب»^{۳۷} که بر اساس بخش ۱۸۸ مشخص می‌شود نباشد، بر اهلیت حاکم می‌گردد. برای مثال، چنانچه بر اساس بخش ۱۸۸، قانون ایالت «الف»، قانون سبب باشد و طرفین قانون ایالت «ب» را بر اهلیت حاکم کنند، حتی اگر یکی از آنها بر اساس قانون ایالت «الف» فاقد اهلیت باشد، ولی طبق قانون ایالت «ب» طرفین دارای اهلیت باشند، معامله انجام‌شده باید صحیح تلقی گردد؛ مگر آنکه قانون

ایالت «ب» دارای ارتباط بنیادین با قرارداد یا مبنای معقول نباشد یا قانون ایالت «ب» مخالف با نظم اساسی ایالت «الف» باشد. در فرضی که طرفین قانون حاکم بر اهلیت را انتخاب نکرده باشند، مطابق بند دوم بخش ۱۹۸: «اهلیت یک طرف قرارداد معمولاً تأیید خواهد شد، اگر وی دارای چنین اهلیتی تحت قانون محل سکونت خود باشد».

درباره شرایط شکلی انعقاد توافق انتخاب قانون حاکم، این سؤال اساسی مطرح است که این توافق مستلزم تشریفات خاصی است یا خیر؟ در این باره بخش خاصی در مجموعه دوم ریاستیمنت وجود ندارد، ولی پاراگراف اول از بخش ۱۹۹ این مجموعه قانون حاکم بر تشریفات قراردادها را به طور کلی بیان می‌کند که بدیهی است با نبود تخصص، توافق انتخاب قانون حاکم را هم شامل می‌شود. بر اساس پاراگراف ۱ بخش ۱۹۹: «تشریفات که برای انعقاد یک قرارداد صحیح لازم است بر اساس قانونی که با اعمال قواعد بخش‌های ۱۸۷ و ۱۸۸ انتخاب می‌شود معین خواهد شد». بنابراین، تشریفات قرارداد تابع قانون منتخب طرفین خواهد بود به شرطی که انتخاب آنها مطابق ضوابط پاراگراف ۲ بخش ۱۸۷ صورت گرفته باشد. در فرضی که طرفین قانون حاکم بر شکل قرارداد را انتخاب نکرده باشند، طبق بند ۲ بخش ۱۹۹ مجموعه دوم تعارض قوانین امریکا: «تشریفات قانونی که مطابق الزامات محلی است که طرفین قرارداد را در آنجا اجرا می‌کنند معمولاً مورد پذیرش خواهد بود».

سؤال پایانی که در این بخش مطرح می‌شود، آن است که حال که طرفین تحت تأثیر این مجموعه توانایی اعمال دپسژ در موضوعات مختلف قراردادی اعم از تعهدات قراردادی را دارند، انتخاب قانون از سوی طرفین شامل قواعد حل تعارض آن قانون می‌شود و یا فقط شامل قواعد ماهوی آن قانون خواهد شد؟ تفسیر «ح» بخش ۱۸۷ این مجموعه در پاسخ به این سؤال بیان می‌دارد: «در نبود نشانه مخالف از قصد [طرفین]، ارجاع به قانون محلی ایالت منتخب خواهد بود و نه به قانون ایالت...» درباره تفاوت قانون ایالت و قانون محلی ایالت در همین تفسیر آمده است که قانون ایالت: «...به معنی کلیت قانون آن ایالت است که شامل قواعد انتخاب قانون حاکم نیز می‌گردد...»؛ بنابراین، رویه مجموعه دوم ریاستیمنت بر این است که چنانچه از قصد طرفین کشف گردد که در ارجاع خود به قانون یک ایالت، تمامی قواعد آن اعم از ماهوی و تعارض قوانین را مد نظر داشته‌اند، دادگاه طبق



قصد طرفین عمل می‌کند، ولی چنانچه از قصد طرفین نشانه‌ای مبنی بر ارجاع به قواعد تعارض قوانین ایالت منتخب دریافت نکند، فرض را بر این می‌گذارد که طرفین قصد کرده‌اند که تنها قانون ماهوی آن ایالت بر قرارداد حاکم گردد. دادگاه تجدیدنظر نیویورک نسبت به یک قرارداد که در آن یک شرط کلی و مطلق ارجاع به قانون ایالت نیویورک وجود دارد، در تأیید این مکانیسم در رأی خود می‌آورد: «اینکه طرفین در توافق انتخاب قانون خود این سؤال را که قانون ماهوی قابل اعمال کدام قانون است، بی‌پاسخ رها کنند و تمایل داشته باشند که دادگاه در یک تحلیل تعارض قوانین پیچیده درگیر شود که سبب تأخیر در تصمیم‌گیری درباره اختلاف از سوی دادگاه و افزایش هزینه‌های دادخواهی می‌شود، امری بسیار ساده‌لوحانه‌ای است. بنابراین، چنین نتیجه‌گیری می‌کنیم که طرفین به‌منظور برخورداری از مزایای قانون ماهوی نیویورک نیازی ندارند به‌صراحت در توافق خود [در انتخاب قانون حاکم] اصول تعارض قوانین نیویورک را استثنا کنند. در واقع، در مواردی که طرفین تمایل دارند تا قواعد تعارض قوانین نیویورک را به‌منظور معین کردن قانون ماهوی قابل اعمال به‌کار گیرند، می‌توانند به‌روشنی چنین امری را در قرارداد خود بیاورند».^{۳۸}

قانون یوسیتا نسبت به قراردادهای تحت شمول این قانون در خصوص قانون حاکم بر اهلیت اشخاص برای انعقاد قرارداد، اکراه، اجبار، تدلیس و، بین توافق انتخاب قانون حاکم و دیگر قراردادها تمایزی قائل نشده و به‌طور کلی در بند «الف» بخش ۱۰۴ این قانون آمده است: «جز در مواردی که از سوی این قانون جایگزین شده است، اصول حقوقی و عدالت، ازجمله مقررات حقوقی بازرگانی و کامن‌لا [پذیرفته‌شده در این ایالت] مربوط به اهلیت انعقاد قرارداد، موکل و نماینده، منع رجوع [از ایجاب]، تدلیس، اکراه، اجبار، اشتباه و دیگر اسباب اعتبار یا عدم اعتبار [قرارداد] مفاد این قانون را تکمیل می‌کند. ازجمله قوانینی که به‌عنوان مکمل این قانون هستند و این قانون جایگزین آنها نشده، قوانین اسرار تجاری و قوانین رقابت ناعادلانه است». همچنین در خصوص اختلاف بین طرفین که آیا توافقی ازجمله توافق انتخاب قانون حاکم منعقد شده است یا خیر، در بند «ب» بخش ۱۰۴ قانون

38. IRB-Brasil Resseguros, S.A. v. Inepar Investments, S.A., 982 N.E.2d 609, at 612 (N.Y. 2012). From Symeon C., Symeonides, "Choice of Law, The Oxford Commentaries on American Law", p. 405.

یوسیتا مقرر شده است: «هرگونه رویه بازرگانی در [شغل] تجارت، بازرگانی یا صنعتی که طرفین مشغول آن هستند یا از آن اطلاع دارند یا باید از آن آگاه باشند، در طول هرگونه دوره معاملات یا دوره اجرای تعهدات بین طرفین به تشخیص وجود یا مقصود توافق مربوط می‌شود». بنابراین، عرف بازرگانی موجود در زمینه بازرگانی بین طرفین مشخص می‌کند که آیا طرفین در خصوص انتخاب قانون حاکم توافقی داشته‌اند یا خیر و همچنین مشخص می‌سازد که مقصود طرفین از توافق انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، چه قانونی بوده است.

در خصوص قانون حاکم بر دیگر مسائل توافق اعمال دپسژ و انتخاب قانون حاکم بر قرارداد که قانون یوسیتا و قانون تجارت متحدالشکل امریکا نسبت به آنها ساکت هستند، طبق قواعد مجموعه دوم ری‌استیتمنت عمل می‌شود.

۲. نظریه دپسژ و قواعد حاکم بر آن در تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا

۲.۱. مفهوم نظریه دپسژ در تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا

همان‌طور که گفته شد، در حقوق امریکا دپسژ نتیجه ممکن اعمال روش تحلیل موضوع به موضوع از سوی قاضی در حل مسائل تعارض قوانین است. در مقابل این دیدگاه در حقوق امریکا، حقوق‌دانان اروپایی معتقدند که رویکرد اروپایی سنتی اجازه تقطیع موردی موضوعات را نمی‌دهد.^{۳۹} حال با وجود این، پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا حقوق اتحادیه اروپا دپسژ را مردود می‌داند؟ در پاسخ به نظر می‌رسد منظور حقوق‌دانان اروپایی منع تقطیع قضایی موضوعات باشد، نه تقطیع و جداسازی تقنینی. به عبارت دیگر، مخالفت رویکرد سنتی اروپایی با تقطیع موردی موضوعات، محدود به تقطیع و جداسازی است که در مقررات، اختیار آن به قاضی داده نشده است.^{۴۰} علت این امر هم ظاهراً نگرانی سیستم

39. Johan, Erauw, and Marc. Fallon, "Flexibility and Conflicts Justice in the Belgian Code of Private International Law", in E. Dirix and Y-H. Leleu (eds.), *The Belgian Reports at the Congress of Washington of the International Academy of Comparative Law*, Bruylant, Brussels, Belgium, 2011, p. 250.

40. Symeon C., Symeonides, "Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis", First Edition, Oxford University Press, New York U.S, 2014, p. 225.

اروپایی نسبت به اعمال دپسز به صورت کنترل نشده و نامناسب از سوی دادگاه‌ها است^{۴۱} بنابراین می‌توان بر این باور بود که مفهوم دپسز در حقوق امریکا و اتحادیه اروپا یکسان است؛ با این تفاوت که در حقوق امریکا قاضی بر اساس رویه قضایی و تشخیص خود به تحلیل موردی موضوعات می‌پردازد، ولی در حقوق اتحادیه اروپا قاضی می‌بایست بر اساس تحلیل موضوع به موضوعی که در مقررات صورت گرفته است، دپسز را اعمال کند. این برداشت را گفته یکی از حقوق‌دانان اروپایی تقویت می‌کند که بیان می‌دارد: «هرچه مقوله‌های حقوقی مورد استفاده در مقررات تعارض قوانین بیشتر تقسیم شود، احتمال آن بیشتر است که دادگاه‌ها مجبور شوند چندین قانون را در همان سبب دعوا اعمال کنند (که این همان دپسز است)»^{۴۲}. همان‌طور که در این بیان مشاهده می‌شود، در حقوق اتحادیه اروپا هم مانند حقوق امریکا، حوزه اعمال دپسز را در سبب دعوا می‌دانند. لذا در حقوق اتحادیه اروپا، دپسز نتیجه تحلیل موضوع به موضوع سبب دعواست، اما برخلاف حقوق امریکا، این تحلیل از سوی قانون‌گذار صورت می‌گیرد.

۲.۲. اعمال نظریه دپسز در تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا

مقرره رم یک به‌عنوان آخرین تصمیم اتحادیه اروپا راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی به حساب می‌آید. کمیسیون اتحادیه اروپا پیش‌نویسی را برای تنظیم مقررات درباره قانون حاکم بر تعهدات قراردادی در سال ۲۰۰۵ مهیا کرد که در نهایت پس از انجام اصلاحاتی در پیش‌نویس یادشده مقرره شماره ۵۹۳ در تاریخ ۱۷ ژوئن ۲۰۰۸ تحت عنوان «مقرره رم یک» به تصویب پارلمان اتحادیه اروپا رسید^{۴۳}. مقرره رم یک اتحادیه اروپا در همه کشورهای اتحادیه اروپا به جز دانمارک از تاریخ ۱۷ دسامبر ۲۰۰۹ لازم‌الاجرا شد. به استناد پاراگراف ۴۶ در مقدمه مقرره رم یک و بر اساس مواد ۱ و ۲ پروتکل موضع دانمارک

41. *op.cit.*, p. 41.

42. Babič, D., *Croatian Report on PIL to the 18th Int'l Congress of Comparative Law (2010)*.

به نقل از

Symeon C., Symeonides, "Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis", p. 225.

۴۳. همایون مافی و محمدحسین تقی‌پور، «قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و امریکا»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۱۳ (۱۳۹۴)، ص ۱۴۸.

در الحاق به اتحادیه اروپا، دانمارک در پذیرش این مقررہ نقشی ندارد و نسبت به اجرای آن ملزم نیست، ولی همچنان کنوانسیون ۱۹۸۰ رم را اجرا می‌نماید. البته دانمارک در جهت الحاق کلی به تمامی مصوبات پارلمان اتحادیه اروپا از جمله مقررہ رم یک و تغییر پروتکل یادشده، در تاریخ ۳ دسامبر ۲۰۱۵ با موافقت احزاب مختلف سیاسی یک همه‌پرسی انجام داد که با نتیجه منفی همراه بود.

مقررہ رم یک به‌مانند کنوانسیون ۱۹۸۰ رم، در پاراگراف یک ماده ۳، ضمن شناسایی اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، به طرفین اجازه اعمال دپسژ ارادی را نسبت به قراردادهای خصوصی بین افراد می‌دهد. در این بخش از مقررہ آمده است: «قرارداد باید تحت حکومت قانون منتخب طرفین باشد. انتخاب باید به‌صراحت صورت گیرد یا از سوی اصطلاحات قرارداد یا شرایط پرونده به‌وضوح نشان داده شود. طرفین با انتخاب خودشان می‌توانند قانون قابل اعمال بر تمام یا تنها بخشی از قرارداد را برگزینند». اجازه صریح مقررہ در خصوص انتخاب قانون برای انتخاب بخشی از قرارداد، در صورتی که طرفین قانونی غیر از آنچه که بر طبق مواد دیگر مقررہ بر قرارداد حاکم می‌شود برگزینند، منجر به دپسژ خواهد شد. این ماده از مقررہ رم یک به‌صراحت اجازه انتخاب چند قانون از سوی طرفین برای بخش‌های مختلف قرارداد را نمی‌دهد، ولی به عقیده برخی با یک تفسیر به‌نسبت قابل قبول می‌توان به این نتیجه دست یافت.^{۴۴} عده‌ای دیگر عبارت «قانون قابل اعمال بر ... تنها بخشی از قرارداد» را پذیرش ضمنی انتخاب چند قانون از سوی طرفین بر بخش‌های مختلف قرارداد می‌دانند.^{۴۵}

ماده ۱ مقررہ رم یک، قلمرو اعمال این مقررہ و به تبع آن دپسژ را بر اساس این مقررہ بیان می‌کند. در پاراگراف ۱ این ماده آمده است: «این مقررات در وضعیتی که متضمن تعارض قوانین باشد نسبت به تعهدات قراردادی در امور مدنی و تجاری اعمال می‌گردد. به‌ویژه، این [مقررہ] در خصوص موضوعات مالیاتی، گمرکی، و اداری اعمال نمی‌شود».

۴۴. پل لاگارد، «حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادهای پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰»، ترجمه محمد اشتری، حقوقی بین‌المللی، ش ۲۰ (۱۳۷۵)، ص ۳۱۷.

45. Symeon C. Symeonides, "Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis", (2014), p. 226.



مقرره یادشده از تعهدات قراردادی تعریفی ارائه نمی‌کند و توصیف این امر را به اختیار دادگاه‌های کشورهای رسیدگی‌کننده به دعاوی مطروحه واگذار کرده است. نکته دیگر آنکه برای اینکه مقرره رم یک نسبت به قراردادی اعمال شود، آن قرارداد باید متضمن تعارض قوانین باشد. پرسشی در این زمینه مطرح است که در حقوق بین‌الملل خصوصی، چه قراردادی متضمن تعارض قوانین است؟ آیا قراردادی که تمامی عوامل ارتباط آن داخل یک کشور هستند و طرفین قانون کشور دیگری را بر آن حاکم می‌کنند، متضمن تعارض قوانین است؟ پاراگراف ۳ ماده ۳ مقرره رم یک به این پرسش به صورت ضمنی پاسخ مثبت داده است. در این بخش از مقرره آمده است: «هرگاه در زمان انتخاب قانون تمامی عناصر مرتبط با شرایط در یک کشور غیر از کشوری که قانون آن انتخاب شده است، واقع شده باشد؛ انتخاب طرفین نباید به اعمال قوانینی از کشور دیگر [یعنی کشوری که تمامی عناصر ارتباط در آن واقع است] که نمی‌توان با توافق از اعمال آن قوانین عدول کرد، لطمه‌ای وارد آورد». در واقع، این بخش از مقرره با بیان حکم شرایطی که تمامی عناصر ارتباط در یک کشور واقع شده، ولی انتخاب طرفین کشور دیگری است، می‌پذیرد که چنین قراردادی متضمن تعارض قوانین باشد و تحت شمول پاراگراف ۱ ماده ۱ قرار گیرد.

در پاراگراف‌های ۲ و ۳ ماده ۱، موارد خارج از شمول مقرره رم یک بیان شده است. در بند «الف» پاراگراف ۲، «مسائل شامل وضعیت و اهلیت قانونی اشخاص حقیقی بدون لطمه به مفاد ماده ۱۳» از شمول مقرره رم یک مستثنی گردیده است. علت استثنای اهلیت از شمول مقرره رم یک، ریشه در اختلاف سیستم‌های حقوقی مدون و کامن‌لا در توصیف اهلیت دارد. سیستم‌های مدون، اهلیت را در دسته احوال شخصیه و وضعیت اشخاص توصیف می‌کنند و باید از شمول مقرره خارج باشد، ولی سیستم‌های کامن‌لا اهلیت را در دسته موضوعات قراردادی جای می‌دهند و می‌بایست آن را در ضمن مقرره بیان کرد.^{۴۶} بنابراین با وجود این اختلاف‌ها، از بیان اهلیت در مقرره رم یک خودداری شده و توصیف و تعریف آن به قوانین ملی کشورهای عضو واگذار گردیده است. تنها در ماده ۱۳ یک استثنا بر پیروی اهلیت از قوانین ملی بیان شده است. بر اساس ماده ۱۳: «در یک قرارداد

46. Peter M., North, "Contract" Collected Courses of the Hague Academy of International Law, (1990), p. 181.

منعقدشده بین اشخاصی که در یک کشور هستند، یک شخص حقیقی که تحت قانون آن کشور واجد اهلیت است تنها در صورتی می‌تواند به عدم اهلیت خود استناد کند که طرف دیگر قرارداد از عدم اهلیت [وی] در زمان انعقاد قرارداد آگاه بوده یا در نتیجه غفلت خود [از این امر] آگاه نبوده باشد».

در بندهای «ب» و «پ» پاراگراف ۲ ماده ۱، تعهدات ناشی از روابط خانوادگی و روابطی که با روابط خانوادگی آثار قابل مقایسه‌ای دارند و نظیر آنها هستند مانند تعهد نفقه، تعهدات ناشی از رژیم مالی حاکم بر دوران زناشویی، ارث و وصیت، به‌ترتیب از شمول مقرره رم یک مستثنی شده‌اند. در خصوص اینکه چه مواردی مشمول روابط خانوادگی می‌شوند، در پاراگراف ۸ مقدمه مقرره رم یک چنین آمده است: «روابط خانوادگی باید والدین، نکاح، قرابت و خویشاوندان هم‌عرض را پوشش دهد...». در ادامه پاراگراف یادشده در خصوص توصیف روابط نظیر روابط خانوادگی مقرر می‌دارد: «ارجاع در ماده ۱(۲) به روابطی که دارای آثار قابل مقایسه با نکاح و دیگر روابط خانوادگی هستند باید مطابق قانون کشور عضوی که دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده در آن وجود دارد، تفسیر گردد». در پایان، ذکر این نکته مهم است که تنها تعهداتی که از روابط خانوادگی ناشی شود از شمول مقرره رم یک خارج است و دیگر تعهدات ناشی از قراردادهای بین همسران یا والدین و فرزندان در مورد موضوعات دیگری به‌غیر از امور زناشویی یا خانوادگی به‌وضوح در حوزه مقرره رم یک قرار می‌گیرد؛ حتی اگر محتویات آنها شبیه تعهدات نفقه مانند پرداخت مبلغی تحت عنوان سنوات زندگی به صورت قراردادی و ارادی باشد. همچنین هبه و استرداد هبه بین اعضای خانواده در حوزه مقرره رم یک قرار می‌گیرد.^{۴۷} نفقه با خروج از شمول مقرره رم یک تحت شمول کنوانسیون ۱۹۷۳ لاهه راجع به قانون قابل اعمال بر تعهدات نفقه باقی می‌ماند.^{۴۸}

بر اساس بند «ت» پاراگراف ۲ ماده ۱: «تعهدات ناشی از برات، چک و سفته و سایر اسناد قابل معامله، تاحدودی که تعهدات حاصل از چنین اسناد قابل معامله، ناشی از ویژگی‌های قابل معامله بودن آن اسناد باشد»، استثنای دیگر اعمال مقرره رم یک است.

47. Galf- Peter, Calliess (editor), *Rome Regulations: Commentary*, First Edition, (2011), p. 60.

48. Franco, Ferrari, *Rome I Regulation: Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers, 2015, p. 44.



تعهدات ناشی از برات، چک و سفته با توجه به دو کنوانسیون ۷ ژوئن ۱۹۳۰ و ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو، به کلی از شمول مقررۀ رم یک خارج است و در خصوص دیگر اسناد قابل معامله، مانند بارنامه در حمل و نقل دریایی تا آن حد که این تعهدات از ویژگی قابل معامله بودن آنها ناشی می‌شود، خارج از شمول این مقررۀ است. بر اساس بند «ث»، «موافقت‌نامه داوری و موافقت‌نامه انتخاب دادگاه» نیز از شمول مقررۀ رم یک خارج است. قرارداد داوری تحت شمول کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، و قرارداد انتخاب دادگاه در حوزه اعمال مقررۀ بروکسل یک راجع به صلاحیت دادگاه‌ها و شناسایی و اجرای احکام دادگاه‌ها در موضوعات مدنی و تجاری، مصوب دسامبر ۲۰۱۲ است. مطابق بند «ج» این بخش از مقررۀ رم یک: «مسائل تحت حکومت حقوق شرکت‌ها و دیگر نهادها، [اعم] از ثبت‌شده و ثبت‌نشده^{۴۹}، مانند ایجاد [آنها] به وسیله ثبت یا طرق دیگر، اهلیت قانونی، سازمان داخلی یا انحلال شرکت‌ها و دیگر نهادها، [اعم] از ثبت‌شده و ثبت‌نشده، و مسئولیت شخصی بازرسان و اعضای شرکت در قبال مسائلی مثل تعهدات شرکت و نهاد» از شمول مقررۀ رم یک خارج است. همچنین «این مسئله که آیا نماینده می‌تواند برای شخص اصیل تعهد ایجاد کند یا خیر؟ یا ارگان [داخلی] می‌تواند شرکت یا نهاد [اعم از] ثبت‌شده یا ثبت‌نشده را در مقابل شخص ثالث متعهد سازد یا نه؟»، بر اساس بند «ج» از شمول مقررۀ رم یک استثنا شده است. البته خود قرارداد بین نماینده و اصیل تحت شمول مقررۀ رم یک باقی می‌ماند و تنها رابطه نماینده در قبال ثالث از شمول مقررۀ رم یک خارج است.^{۵۰} مطابق بند «ح» «تأسیس تراست‌ها و روابط بین مؤسسان، تراستی‌ها^{۵۱} و اشخاص ذی‌نفع»، دیگر استثنای مقررۀ رم یک است. طبق بند «خ»: «تعهدات ناشی از معاملات پیش از انعقاد یک قرارداد» خارج از شمول مقررۀ رم یک می‌باشد و مطابق پاراگراف ۱۰ در مقدمۀ این مقررۀ، تحت شمول مادۀ ۱۲ مقررۀ رم دو قرار می‌گیرد. اما آخرین استثنایی که در پاراگراف ۲ مادۀ ۱ آمده است مربوط به قراردادهای بیمه است. طبق این بند «قراردادهای

۴۹. منظور شرکتی است که به‌عنوان شرکت تجاری ثبت نشده است، ولی فعالیت تجاری دارد. این‌گونه شرکت‌ها برخلاف شرکت‌های ثبت‌شده، شخصیت حقوقی مستقل از شرکا ندارند.

50. *op.cit*, p. 59.

۵۱. یعنی اشخاصی که باید مال مورد تراست را به نفع شخص یا اشخاص ثالث اداره و نگهداری کنند، به‌نوعی متناظر آن در حقوق داخلی متولی موقوفه است.

بیمه ناشی از فعالیت‌های انجام‌شده از سوی سازمان‌ها، به‌غیر از تعهدات اشاره‌شده در ماده ۲ دستورالعمل EC/۸۳/۲۰۰۲ پارلمان اروپا و شورای ۵ نوامبر ۲۰۰۲ در مورد بیمه عمر که هدف آن ارائه مزایا به اشخاص شاغل یا خوداشتغالی متعلق به بنگاه اقتصادی یا گروهی از مشاغل مربوط به تجارت است، در صورت مرگ یا زنده ماندن یا قطع فعالیت، یا بیماری مربوط به کار یا حوادث در کار کردن» از شمول مقررۀ رم یک خارج است. در توضیح این بند باید گفت که تنها آن دسته از قراردادهای بیمه‌ای از شمول مقررۀ رم یک مستثنی هستند که دارای دوشروط باشند: شرط اول، قرارداد بیمه با شرکت بیمه‌ای باشد که در خارج از اتحادیه اروپا تأسیس شده است و شرط دوم اینکه، قرارداد موجود باید مزایای مربوط به بیمه فوت، بیکاری و بیماری مربوط به کارفرمایان یا تجارت‌های مشخص را پوشش دهد؛^{۵۲} بنابراین، هر قرارداد بیمه‌ای که یکی از این دو شرط را نداشته باشد، تحت شمول مقررۀ رم یک باقی می‌ماند.

پاراگراف ۳ ماده ۱ دربردارندۀ آخرین استثنای مشمول مقررۀ رم یک است. بر این اساس «این مقررۀ بدون لطمه به ماده ۱۸، نسبت به ادله و آیین دادرسی اعمال نمی‌شود». ماده ۱۸ دربردارندۀ قواعدی در خصوص بار اثبات دعوی است و تفسیر مضیق این ماده، آن بخش از مسائل شکلی رسیدگی به یک دعوا را که تحت شمول مقررۀ رم یک است، معین می‌سازد. مابقی مسائل آیین دادرسی و ادله اثبات دعوی با توجه به آمره بودن چنین قوانینی تحت شمول قواعد ملی دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوا است. طبق ماده ۱۸ مقررۀ رم یک «۱. در خصوص تعهدات قراردادی، قانون حاکم بر تعهدات قراردادی تحت شمول این مقررۀ تا حدی اعمال می‌گردد که دارای قواعدی باشد که امارات قانونی را مطرح نماید و بار اثبات دعوی را معین کند. ۲. قرارداد یا عمل حقوقی که مقصود از آن داشتن اثر حقوقی باشد، می‌تواند به‌وسیله هر شیوۀ اثباتی شناخته‌شده در آیین دادرسی دادگاه یا هر قانونی که در ماده ۱۱ به آن اشاره شده که به‌موجب آن، قرارداد یا عمل حقوقی از لحاظ شکلی معتبر است، اثبات گردد، مشروط بر اینکه چنین شیوۀ اجرایی از سوی دادگاه قابلیت اجرا داشته باشد». بنابراین، قانون حاکم بر تعهدات قراردادی که بر اساس این مقررۀ مشخص می‌شود،



امارات قانونی و بار اثبات دعوی را نیز مشخص می‌نماید. همچنین شیوه اثباتی بر اساس قانونی خواهد بود که طبق ماده ۱۱ این مقررہ- که توضیح آن در ادامه خواهد آمد- مشخص می‌شود؛ به شرطی که دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده در حدود قواعد امره کشور مقر خود بتواند این شیوه را اجرا کند.

۳.۲. قواعد حاکم بر دپسژ در تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا

پس از بیان امکان دپسژ و حوزه اعمال آن تحت شمول مقررہ رم یک، نوبت به بررسی قانون حاکم بر اعتبار، وجود، اهلیت و شکل توافق انتخاب قانون حاکم بر مقررہ رم یک می‌رسد. همان‌طور که گفته شد، توافق انتخاب قانون دارای طبیعتی قراردادی و مستقل از قرارداد اصلی است که طرفین بر آن قانونی را حاکم می‌کنند، این امر را صحت و نفوذ توافق انتخاب قانون حاکم حتی در صورت بطلان قرارداد اصلی تأیید می‌کند.^{۵۳} در پاراگراف ۵ ماده ۳ مقررہ رم یک آمده است: «وجود و اعتبار رضای طرفین در خصوص انتخاب قانون قابل اعمال، می‌بایست مطابق شرایط مواد ۱۰، ۱۱ و ۱۳ احراز شود». ماده ۱۰ در باب قصد و اعتبار حقوقی قرارداد است. بر اساس این ماده: «۱. وجود و اعتبار یک قرارداد یا هر شرطی از یک قرارداد، اگر قرارداد یا شرط طبق این مقررہ معتبر بوده باشد باید به وسیله قانونی که بر طبق این مقررہ بر آن حاکم می‌شود مشخص گردد. ۲. با وجود این، اگر از اوضاع و احوال معلوم شود که تعیین اثر عمل وی [یک طرف] بر طبق قانون مشخص شده در بند ۱ غیرمنطقی خواهد بود، آن طرف برای اثبات نداشتن قصد می‌تواند به قانون کشوری استناد کند که محل سکونت عادی وی در آنجا است». از این ماده برمی‌آید که اگر طرفی منکر توافق انتخاب قانون باشد، برای این انکار خود می‌تواند به قانون محل سکونت خود استناد کند؛ زیرا وقتی اصل انتخاب قانون محل تردید است استناد به بند ۱ این ماده غیرمنطقی به نظر می‌رسد. در خصوص اهلیت اشخاص برای انتخاب قانون به ماده ۱۳ مقررہ رم یک ارجاع داده شده و همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، اهلیت افراد تابع کشوری است که در آن قرارداد را منعقد می‌کنند و اشخاص تنها در صورتی می‌توانند بر اساس قانون کشور دیگر به عدم اهلیت خودشان استناد کنند که طرف مقابل از عدم اهلیت آنها در زمان انعقاد اطلاع

53. *op.cit*, p. 80.

داشته یا عدم اطلاع وی به سبب اهمال خودش باشد. ماده ۱۱ مقررۀ رم یک در خصوص قانون حاکم بر شکل قراردادهای اعم از توافق انتخاب قانون است. بر اساس ماده ۱۱ مقررۀ رم یک: «۱. قرارداد منعقدۀ بین اشخاصی که خودشان یا نمایندگانشان در زمان انعقاد قرارداد در همان کشور هستند، اگر قرارداد یادشده شرایط شکلی لازم را در قانون حاکم بر ماهیت، طبق مفاد این قانون یا قانون کشور محل انعقاد برآورد، رسماً از حیث شکل تنظیم معتبر خواهد بود. ۲. قرارداد منعقدۀ بین اشخاصی که خودشان یا نمایندگانشان در زمان انعقاد قرارداد در کشورهای متفاوتی هستند، معتبر است؛ مشروط بر اینکه طبق مفاد این قانون شرایط شکلی قانون حاکم بر ماهیت آن، یا قانون هر کشوری که هریک از طرفین یا نمایندگانشان در زمان انعقاد قرارداد در آنجا هستند، یا قانون کشوری را که هریک از طرفین در آن زمان در آنجا سکونت عادی دارند برآورده سازد. ۳. عمل یک‌جانبه به قصد ایجاد اثر قانونی مرتبط با یک قرارداد موجود یا قرارداد محتمل‌الوقوع در آینده، چنانچه شرایط شکلی مقرر در قانون حاکم بر آن را یا قانونی که بعداً بر آن حاکم خواهد شد طبق مفاد این قانون، یا قانون کشوری که شخص عمل را در آنجا انجام داده، یا کشور محل سکونت عادی شخص انجام‌دهندۀ عمل را برآورده کند، از حیث شکل معتبر است. ۴. بندهای ۱، ۲ و ۳ این ماده نباید بر قراردادهایی که در قلمرو ماده ۶ قرار می‌گیرند اعمال شود، شرایط شکلی این قبیل قراردادهای تابع قانون کشوری خواهد بود که محل سکونت عادی مصرف‌کننده در آنجا است. ۵. با وجود پاراگراف‌های ۱ تا ۴، قراردادی که موضوع آن حق عینی مال غیرمنقول یا اجارۀ مال غیرمنقول است باید موکول به الزامات شکلی قانون کشوری باشد که مال در آنجا واقع است. اگر به‌وسیله آن قانون: الف) آن الزامات بدون توجه به کشوری که قرارداد در آنجا منعقد می‌شود و صرف‌نظر از قانون حاکم بر قرارداد تحمیل می‌شوند. ب) آن الزامات به‌وسیله توافقی قابل عدول نباشند». بنابراین، نسبت به توافق دپسژ، اگر طرفین در زمان انعقاد قرارداد در یک کشور باشند، رعایت شرایط شکلی قانون منتخب کافی است و اگر در زمان انعقاد در کشورهای مختلف باشند، می‌بایست حداقل شرایط شکلی مقرر در یکی از قوانین محل سکونت، محل انعقاد یا منتخب را رعایت کنند.

ماده ۲۰ مقررۀ رم یک نیز به‌مانند مجموعه دوم اصول و مقررات حقوقی تعارض قوانین امریکا، ارجاع به قوانین کشورها در این مقررۀ را، ارجاع به قوانینی غیر از قوانین مبین قواعد

حل تعارض قوانین می‌داند. این رویکرد مقررۀ رم یک برای جلوگیری از وقوع احاله در حقوق قراردادها است.

۳. اعمال نظریه دپسژ در تعهدات قراردادی در حقوق ایران

در خصوص امکان اعمال نظریه دپسژ در حقوق ایران دو ماده قانونی قابل بررسی است. اولین ماده قانونی، ماده ۹۶۸ قانون مدنی است. در خصوص امری یا تکمیلی بودن ماده یادشده بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد که بررسی ادله قائلان هر دو نظر از مجال مقاله حاضر خارج است. به نظر می‌رسد مقتضای منطق حقوقی، لزوم تبعیت قاعدۀ حل تعارض از قانون ماهوی را ایجاب می‌کند^{۵۴}، زیرا همان‌گونه که طرفین در حدود آزادی قراردادی حق دارند قواعد تکمیلی بیان شده در قوانین کشورهای خارجی را در ضمن عقد به صورت شرط انشا کنند و نفوذ این شروط مشمول عموم «المومنون عند شروطهم» قرار گیرد، این حق را دارند که به جای ذکر تک‌تک این قواعد در قالب شروط، قانون کشور خارجی را بر قرارداد خود حاکم کنند. بر همین مبنا می‌توانند قوانین کشورهای مختلف را بر بخش‌های مختلف تعهدات قراردادی حاکم سازند. به هر حال، به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایرانی در راستای تبعیت از منطق حقوقی بایسته است که متن ماده یادشده را اصلاح نماید و از تشتت تفسیرهای قضایی نسبت به قاعدۀ حل تعارض در تعهدات قراردادی و به تبع آن، قراردادهای حقوقی که مخالف اصل قابل پیش‌بینی بودن قراردادهای تجاری است، جلوگیری نماید.

دومین ماده قانونی قابل بررسی، ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران است. به نظر می‌رسد بر اساس بند ۱ این ماده، قانون‌گذار از قاعدۀ منطقی لزوم تبعیت قاعدۀ حل تعارض از قواعد ماهوی پیروی نموده و به طرفین اجازه انتخاب تعیین قواعد حقوقی حاکم بر داوری بین طرفین را داده است. امکان نظریه دپسژ نتیجه منطقی آزادی اراده است^{۵۵}؛ در واقع، اصل آزادی اراده باعث می‌شود که اعمال دپسژ و تقطیع قرارداد از سوی طرفین اگر در

۵۴. همایون مافی، شرحی بر قانون داری تجاری بین‌المللی ایران، (تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، چ ۲، ۱۳۹۷)، ص ۳۰۳.

۵۵. حسین خانلری بهنمیری، پیشین، ص ۱۱۸.

چارچوب صحیح خود باشد، بلامانع گردد.^{۵۶} در خصوص رابطه دو ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی برخی بر این باورند که در سال ۱۳۷۶ قانون‌گذار با تصویب قانون پیش‌گفته به اصل آزادی انتخاب قانون تصریح نموده و به تفسیرهای مبتنی بر ظن و گمان در خصوص ماده ۹۶۸ قانون مدنی پایان بخشیده است.^{۵۷} لکن به نظر می‌رسد در خصوص رابطه دو ماده باید گفت که از نظر اصولی نمی‌توان ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی را نسخ ماده ۹۶۸ قانون مدنی دانست، زیرا یکی از شرایط نسخ این است که قوانین نسخ و منسوخ از یک جنس و در باب یک موضوع باشند؛ درحالی که ماده ۹۶۸ قاعده حل تعارض راجع به رسیدگی‌های قضایی در دادگاه و ماده ۲۷ قاعده حل تعارض راجع به رسیدگی‌ها در داوری است.^{۵۸}

نتیجه

دپسژ واژه‌ای فرانسوی به معنای تکه‌تکه کردن است. در اصطلاح حقوقی در امریکا و اتحادیه اروپا، دپسژ عبارت است از اعمال قوانین ماهوی ایالت‌های مختلف در موضوعات مختلف یک سبب دعوا. تفاوتی که در اعمال دپسژ در حقوق امریکا و اتحادیه اروپا وجود دارد آن است که دادرس در امریکا به استناد رویه قضایی در حقوق عرفی دست به تفکیک بخش‌های مختلف سبب دعوا می‌زند، ولی در اتحادیه اروپا این اقدام قاضی به استناد قوانین مدون است. در حقوق امریکا بخش ۱۸۷ مجموعه ری‌استیتمنت، بند «الف» بخش ۱-۱۰۹ و بند «ث» ۱-۱۰۳ قانون یوسیتا و بندهای «الف» و «پ» ۱-۱۰۳ قانون یو.سی.سی، ضمن پذیرش اصل حاکمیت اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، به طرفین اجازه تفکیک بخش‌ها و موضوعات مختلف قرارداد را می‌دهند. در حقوق اتحادیه اروپا، پاراگراف ۱ ماده ۳ مقررۀ رم یک مستند این امر می‌باشد. اعمال دپسژ و انتخاب قانون حاکم بر قرارداد از سوی طرفین، به‌خودی خود توافقی مجزا از قرارداد اصلی است که احراز نظام حقوقی حاکم بر آن از سوی دادرس برای تشخیص نتیجه دعوا امری ضروری است. در حقوق

۵۶. سحر کریمی، «بررسی نظریه تقطیع (دپسژ) در قراردادهای تجاری بین‌المللی؛ با نگاه تطبیقی به حقوق امریکا و اتحادیه اروپا»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۱ (۱۳۹۹)، ص ۲۷۵.

۵۷. احمد امیر معزی، *قانون حاکم بر تعهدات*، (تهران: نشر دادگستر، ج ۱، ۱۳۹۵)، ص ۸۲.

۵۸. همایون مافی، پیشین، ص ۳۰۴.

امریکا دادرس می‌بایست بر اساس اصول حقوقی مقرّ دادگاه مشخص کند که اراده خود را در اعمال دپسژ و انتخاب قانون حاکم بر قرارداد خالی از هر عیبی و به صورت معتبر ابراز کرده است. همچنین اهلیت اشخاص برای اعمال دپسژ در تعهدات قراردادی، بر اساس قانون منتخب آنها و در صورتی که قانونی انتخاب نکرده باشند بر اساس قانون محل سکونت عادی آنها خواهد بود. البته در خصوص قراردادهای موضوع قانون یوسیتا، اهلیت اشخاص و عیوب اراده بر اساس اصول حقوقی و عدالت از جمله مقررات حقوق بازرگانی، مثل قوانین اسرار تجاری و قوانین رقابت عادلانه و کامن‌لای پذیرفته شده از سوی ایالت مقرّ دادگاه، احراز می‌گردد. در خصوص قانون حاکم بر شکل اعمال دپسژ از سوی طرفین نیز دادرس می‌بایست به قانون منتخب طرفین و در صورت فقدان انتخاب قانون، به قانون محل اجرای قرارداد توجه کند. در حقوق اتحادیه اروپا، بر اساس مقرره رم یک، اعتبار قصد و رضای هریک از طرفین در اعمال دپسژ و انتخاب قانون حاکم بر اساس قانون محل سکونت عادی وی احراز می‌گردد. همچنین در خصوص اهلیت اشخاص در اعمال دپسژ، قانون محل انعقاد قرارداد ملاک خواهد بود. نسبت به قانون حاکم بر شکل توافق دپسژ، اگر طرفین یا نمایندگان آنها در زمان انعقاد قرارداد در یک کشور باشند، رعایت شرایط شکلی قانون منتخب کافی است و اگر در زمان انعقاد در کشورهای مختلف باشند، می‌بایست حداقل شرایط شکلی مقرر در یکی از قوانین محل سکونت، محل انعقاد یا منتخب را رعایت کنند. در پایان پیشنهاد می‌شود تا قانون‌گذار ایرانی با تصویب قانونی شفاف، به اختلافات در تفسیر ماده ۹۶۸ قانون مدنی پایان دهد. قانونی که ضمن شناسایی اصل حاکمیت اراده، با در نظر گرفتن قراردادهای خاص مثل بیمه، مصرف‌کننده، استخدام و حمل و نقل، تکلیف قانون حاکم بر آنها را در فرض سکوت طرفین بر اساس نیازهای اقتصادی تعیین کند. در این قانون باید به وضوح تکلیف موانع دپسژ تعیین شود و در مورد قواعد آمره و نظم عمومی، به صراحت بیان گردد که قانون مقر دادگاه یا قانون سبب یا محل اجرا ملاک است. همچنین در این قانون، زمان انتخاب قانون حاکم تصریح گردد تا در قوانین ایران که در خصوص قراردادهای تجاری است، اهداف اصول قطعیت و قابل پیش‌بینی بودن تأمین گردد و فضایی ایمن برای بازرگانان جهت رونق اقتصادی کشور در نظام حقوقی ایران ایجاد شود.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. امیر معزی، احمد (۱۳۹۵). *قانون حاکم بر تعهدات*، تهران: نشر دادگستر.
۲. کلارک، جرج (۱۳۹۶). *خطوط اساسی نظام حقوقی ایالات متحده*، تهران: انتشارات خرسندی.
۳. مافی، همایون (۱۳۹۷). *تشریح بر قانون داری تجاری بین‌المللی ایران*، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

- مقاله‌ها

۴. خانلری بهنمیری، حسین (۱۳۹۸)، پذیرش مطلق یا مقید اصل حاکمیت اراده در قراردادهای تجاری بین‌المللی با نگرشی بر مقرره‌ی رم یک و حقوق آمریکا. *بژوهش‌های حقوق تطبیقی*. ۳۳(۳). ۹۵-۱۲۶. Doi: 20.1001.1.22516751.1398.23.3.1.6
۵. کدخدایی، عباسعلی و طباطبائی‌نژاد، سید محمد و باقری، فرهاد (۱۳۹۵)، فدرالیسم و نظام حل تعارض قوانین؛ مطالعه‌ی تطبیقی نظام حل تعارض قوانین ایالات متحده آمریکا و اتحادیه‌ی اروپایی. *مطالعات حقوق خصوصی*. ۴۶(۳). ۴۳۷-۴۵۴. Doi: 10.22059/JLQ.2016.58997
۶. کریمی، سحر (۱۳۹۹)، بررسی نظریه تقطیع (دپساز) در قراردادهای تجاری بین‌المللی؛ با نگاه تطبیقی به حقوق آمریکا و اتحادیه اروپا. *مطالعات حقوق تطبیقی*. ۱۱(۱). ۲۷۱-۲۹۰. Doi: 10.22059/JCL.2020.293159.633931
۷. کریمی، عباس و کریمی، سحر (۱۳۹۶)، اعمال نظریه تعدد قوانین (دپساز) در روند انتخاب قانون حاکم، *مطالعات حقوق خصوصی*. ۴۷(۱). ۱۲۳-۱۴۰. Doi: 10.22059/JLQ.2017.61326
۸. لاگارد، پل (۱۳۷۵)، حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه‌ی قراردادهای پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰. ترجمه محمد اشتري. *حقوقی بین‌المللی*. ۲۰(۱). ۲۹۷-۳۵۴.

۹. مافی، همایون و تقی‌پور، محمدحسین (۱۳۹۴)، قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و امریکا. پژوهش حقوق خصوصی. ۱۳ (۴). ۱۴۷-۱۷۹.

Doi: 10.22054/jplr.2016.2020

ب) منابع انگلیسی

- Books

10. Calliess, Galf-Peter (۲۰۱۱), *Rome Regulations: Commentary*, Philadelphia: Wolters Kluwer.
11. Erauw, Johan and Fallon, Marc. (2011), *Flexibility and Conflicts Justice in the Belgian Code of Private International Law in E. Dirix and Y-H. Leleu (eds.)*. Brussels: The Belgian Reports at the Congress of Washington of the International Academy of Comparative Law, Bruylant.
12. Garner, Bryan A. (2009), *Black's Law Dictionary*. United States of America: West Publishing Company.
13. Ferrari, Franco (2015), *Rome I Regulation: Pocket Commentary*. Munich: Sellier European Law Publishers.
14. Langvardt, Jane P. (2018), *Business law: the Ethical, Global, and E-commerce Environment*. New York: McGraw-Hill Education.
15. Symeonides, Symeon C. (2014) *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*. New York: Oxford University Press.
16. Symeonides, Symeon C. (2016), *Choice of Law, The Oxford Commentaries on American Law*. New York: Oxford University Press.

- Articles

17. Malloy, Susie A. (1995), The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Another Piece of the Puzzle of the Law Applicable to International Contracts, *Fordham International Law Journal*. 19(2). 609-661.
18. North, Peter M. (1990), Contract. *Collected Courses of the Hague*

Academy of International Law. 220(1).

19. Reese, W. L. (1973). Depechage: Common Phenomenon in Choice of Law. *Columbia Law Review*, 73(1), 58-75.

20. Symeonides, S. C. (2014). Issue-by-issue analysis and depechage in choice of law: Cause and effect. *University of Toledo Law Review*, 45(4), 751-772.

– **Cases**

21. Heating Air Specialists, Inc. v. Jones 180 F.3d 923 (8th Cir. 1999).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 32

Autumn 2023

Article Type: Research Article

Pages: 257-279

Comparison of and Distinguishing Ways of Action with Foundation, Manner, Cause, Relief seeking, Reason, Entitlement

Sam Mohammadi^{1✉} | Hamid Abhary² | Isa Nemati Kachaei³

1. Professor University of Mazandaran, Iran

sammhmdi@gmail.com

2. Professor University of Mazandaran, Iran

hamid.abhary@gmail.com

3. Ph.D. Candidate in Private Law, University of Mazandaran, Iran

i.nematikachaei@gmail.com

Abstract

According to Clause 4, Article 51 of the Civil Procedure Code, one of the obligatory provisions of a claim is the commitments and grounds by virtue of which the plaintiff is entitled to the claim. In some of the mentioned articles of law, such as Articles 15 and 98, the origin, and the cause of the claim are also referred to. In civil procedural law, the origin, grounds, the cause and the mode of the claim have not been properly explained; hence, by studying legal sources, one can find out that some jurists have considered the origin and mode of the claim as the same, and others have coined the ground of the claim and sometimes equated it with the origin of the claim. Distinguishing the difference, and at the same time, the relationship between them, has important effects on the litigation. For example, it can be determined which one is obligatory to mention in the claim since the failure to specify it will cause the suspension of the claim and the issuance of a notice to remedy the defect. Furthermore, changing the origin of the claim after filing the claim is not possible, but changing the mode of the claim is possible when the conditions stipulated in Article 98 of the Civil Procedure Code are observed. The legislator's flaw is to mention some words without stating their meaning, for every word or phrase in the civil procedural law has its own specific legal effects. In this research, the obligations and grounds, as well as the origin, the coined word 'cause', and also the mode of the claim are explained in simple and clear language.

Keywords: Obligations, Origin, Ground, Cause, Mode of claim.

Received: 2022/09/05 Received in revised form: 2023/04/16 Accepted: 2023/05/18 Published: 2023/09/30

DOI: 10.22034/LAW.2023.53332.3182

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مقایسه و تمایز نحوه دعوا با منشأ، جهت، سبب، خواسته، علت و استحقاق

سام محمدی^۱ | حمید ابهری^۲ | عیسی نعمتی کچائی^۳

sammhmd@gmail.com

۱. استاد دانشگاه مازندران، ایران

hamid.abhary@gmail.com

۲. استاد دانشگاه مازندران، ایران

i.nematikachaeye@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران، ایران

چکیده

طبق بند ۴ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی یکی از مندرجات الزامی دادخواست، تعهدات و جهاتی است که به موجب آن خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند. در برخی از مواد قانون یادشده مانند مواد ۱۵ و ۹۸ نیز به منشأ و نحوه دعوا اشاره شده است. در حقوق دادرسی مدنی منشأ، جهت، سبب و نحوه دعوا به درستی تبیین نشده است؛ به گونه‌ای که با مطالعه منابع حقوقی می‌توان پی برد برخی از حقوق دانان منشأ و نحوه دعوا و برخی دیگر با ابداع سبب دعوا آن را با نحوه دعوا و گاه با منشأ دعوا یکی پنداشته‌اند. تشخیص تفاوت و در عین حال، رابطه آنها با یکدیگر آثار مهمی در دادرسی به همراه دارد. برای نمونه می‌توان تعیین کرد که ذکر کدام یک در دادخواست الزامی است، زیرا عدم تعیین آن موجب توقیف دادخواست و صدور اخطار رفع نقص خواهد بود. همچنین تغییر منشأ دعوا پس از تقدیم دادخواست امکان‌پذیر نبوده، اما تغییر نحوه دعوا با رعایت شرایط مقرر در ماده ۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی ممکن است. نقص کار قانون‌گذار اشاره به برخی از کلمات بدون بیان معنای آن است، زیرا در حقوق دادرسی هر کلمه یا عبارت آثار حقوقی خاص خود را دارد. در این تحقیق تعهدات و جهات و در عین حال منشأ، واژه ابداع‌شده سبب و نیز نحوه دعوا به زبان ساده و روشن تبیین شده است.

واژگان کلیدی: تعهدات، جهت، سبب، منشأ، نحوه دعوا.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۱۴ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۱/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۸ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

DOI: 10.22034/LAW.2023.53332.3182

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

تقاضای صدور حکم نسبت به موضوع دعا باید مبتنی بر رابطه حقوقی مشخص باشد. به زبان ساده، خواهان مکلف است تصریح کند که طبق کدام رابطه حقوقی مستحق موضوع دعا است. برای نمونه، اگر خواهان با تقدیم دادخواستی به دادگاه محکومیت خوانده به پرداخت وجهی را تقاضا نمود، باید به رابطه حقوقی با خوانده که بر اساس آن خود را مستحق مطالبه می‌داند، تصریح کند. دادگاه نیز مکلف است در چارچوب همین رابطه حقوقی صحت یا سقم خواسته خواهان را بررسی نماید. این یکی از اصول آئین دادرسی مدنی محسوب می‌شود. بنابراین، دادگاه اصولاً نمی‌تواند خارج از رابطه حقوقی که خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند، با جمع سایر شرایط ذی‌حقی یا بی‌حقی وی را بررسی کند. در قانون آئین دادرسی مدنی برای بیان این رابطه حقوقی از تعابیر گوناگونی استفاده شده است. در بند ۴ ماده ۵۱ عبارت «تعهدات و جهات» و در ماده ۹۸ از عبارت «نحوه دعا» استفاده شده است. همچنین قانون آئین دادرسی مدنی در برخی از مواد به عبارت «منشأ» اشاره کرده است؛ مانند مواد ۱۵ و ۹۸. بین حقوق‌دانان در تفسیر مستندات یادشده و ارتباط آنها با یکدیگر اختلاف نظر وجود دارد. رویه قضایی نیز مشخص نیست. اهمیت بحث روشن است؛ نخست به این دلیل که ذکر «تعهدات و جهات» یکی از مندرجات الزامی دادخواست است. اگر تعهدات و جهات در دادخواست ذکر نشود، این دادخواست از سوی مدیر دفتر پذیرفته می‌شود، اما به جریان نمی‌افتد و مدیر دفتر مکلف است این نقیصه را به‌طور کتبی و مفصل در قالب اخطار رفع نقص به خواهان ابلاغ کند و اگر ظرف ۱۰ روز پس از ابلاغ نسبت به رفع نقص اقدام نکند، قرار ردّ دادخواست صادر می‌شود (مواد ۵۳ و ۵۴). دوم اینکه ذکر این بند اثر ماهوی در جریان دادرسی دارد. سوم اینکه تفسیر درست از «تعهدات و جهات» و «نحوه دعا» تأثیر بسزایی در ساماندهی به دادرسی و تعیین تکلیف دادگاه و طرفین و رسیدگی به ادله دارد. چهارم اینکه وحدت یا جدایی تعهدات و جهات و نیز نحوه منشأ دعا مهم است، زیرا اگر این واژگان را در آئین دادرسی مدنی متفاوت با یکدیگر بدانیم، باید تعیین کنیم که ذکر کدام‌یک در دادخواست الزامی است. بنابراین، تحلیل و تفسیر درست از عبارات پیش‌گفته می‌تواند در دعاوی مدنی راهگشا باشد.

۱. تبیین مفهوم منشأ دعوا

برای تبیین مفهوم نحوه دعوا ابتدا لازم است که منشأ دعوا را بررسی نماییم. در مواد ۱۵ و ۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی به واژه منشأ اشاره شده است. منشأ در لغت به معنی جای پیدا شدن، محل پیدایش و محل نمو و پرورش آمده است.^۱ منشأ در آئین دادرسی مدنی مفهوم خاصی دارد^۲ و نویسندگان تعاریف مختلفی از آن ارائه نموده‌اند. برخی از حقوق‌دانان منشأ دعوا را همان سبب دعوا پنداشته و معتقدند رابطه حقوقی مشخصی است که بر عمل، واقعه حقوقی و یا قانون مبتنی بوده، بر اساس آن خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند؛ مانند عقد اجاره در دعوای مطالبه مال الاجاره معوقه.^۳ برخی دیگر از حقوق‌دانان بین منشأ و سبب دعوا تفاوت گذاشته، بیان کردند که منشأ به معنای اساس و مبنا و عام‌تر از سبب است؛ برای نمونه، در دعوای تخلیه یک مغازه به لحاظ انتقال به غیر، عقد اجاره مبنا و منشأ دعوا و انتقال به غیر سبب دعواست، یا در نمونه دیگر، چنانچه بر اساس تراضی طرفین قرارداد بیع، مبلغی به عنوان ثمن معامله، مبلغی در قالب شرط نتیجه و مبلغی دیگر نیز با عنوان خسارت قراردادی تأخیر تأدیه ثمن تعیین و پیش‌بینی شود، هرگاه فروشنده در مقام اقامه دعوا برآید، مطالبه وجه خواسته دعوا و انتخاب هریک از سه عنوان یادشده، سبب دعوا و قرارداد بیع منشأ دعوا محسوب می‌شود.^۴ نویسندگان متقدم در تفسیر عبارت «تعهدات یا جهات دیگر» که در ماده ۷۲ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ به عنوان یکی از مندرجات الزامی دادخواست تصریح شده است، بیان داشته‌اند: مقصود این است که خواهان رابطه حقوقی خود با خوانده را که موجب اختلاف گردیده است با عبارت موجز و مفید شرح

۱. حسن عمید، فرهنگ فارسی، (تهران: چاپخانه سپهر، چ ۱، ۱۳۶۰)، ص ۳۱۷۷.

۲. منشأ (به فتح میم) در آئین دادرسی مدنی با منشاء (به ضم میم) در حقوق مدنی متفاوت است. در حقوق مدنی منشاء به‌طور معمول به هنگام بحث در مورد عقد منجز و معلق مطرح می‌شود و به اثر یا آثار عقد تعبیر می‌شود؛ اعم از اینکه آن را به اثر اصلی عقد تعبیر کنیم یا به سایر آثار (ناصر کاتوزیان، اعمال حقوقی، (تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چ ۷، ۱۳۷۹)، ص ۲۴؛ سید حسین صفایی، حقوق مدنی، ج ۲، (تهران: انتشارات میزان، چ ۶، زمستان ۱۳۸۷)، ص ۲۸).

۳. عبدالله شمس، آئین دادرسی مدنی، ج ۱، (تهران: انتشارات میزان، چ ۳، ۱۳۸۱)، ص ۵۰۴؛ ناصر، کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت‌شده در دعوای مدنی، (تهران: انتشارات میزان، چ ۶، ۱۳۸۳)، ص ۲۲۵.

۴. خلیل احمدی، «مفهوم و آثار عبارات ارتباط کامل داشتن، منوط بودن، مربوط بودن و هم منشاء بودن دعوای در قانون آئین دادرسی مدنی»، دیدگاه‌های حقوقی، ش ۶۹ (۱۳۹۴)، ص ۳۴؛ فریدون، نهرینی، آئین دادرسی مدنی، ج ۲، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱، ۱۳۹۸)، ص ۱۵۸؛ رسول، مقصودپور، دعوای طاری و شرایط اقامه آن، (تهران: انتشارات مجد، چ ۲، ۱۳۹۱)، ص ۱۸۵.

دهد و در ضمن آن منشأ حق خود را بیان کند؛ به این ترتیب، «تعهدات» را با عنوان عقود و معاملات، مانند اجاره، رهن و نکاح پذیرفته و «جهات دیگر» را ناظر به غیر عقود و معاملات، نظیر ضمان قهری یا قانون دانسته‌اند.^۵

با بررسی منابع فقهی، فقها به عبارت منشأ دعوا اشاره نموده، اما تعریف مشخصی از آن ارائه ندادند.^۶ در رویه قضایی نیز مفهوم منشأ دعوا کاملاً روشن نیست. برخی از دادگاه‌ها معتقدند که منشأ دعوا رابطه حقوقی است که اساس دادخواست را تشکیل می‌دهد و در بند ۴ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی از آن به «تعهدات و جهات» تعبیر شده و در ماده ۹۸ همین قانون به «منشأ» اشاره شده است.^۷ در پرونده دیگری که طی آن سه خواهان به طرفیت خوانده دعوایی در خصوص مطالبه ارزش ریالی تکمیل سه واحد آپارتمان و هزینه‌های انجام شده برای فک رهن و تنظیم سند رسمی به قائم مقامی از خوانده طرح نموده بودند، شعبه ۳۵ دادگاه‌های تجدیدنظر تهران به دلیل ابتنای دعوا بر سه عقد بیع، یعنی سه منشأ جداگانه، آن را نپذیرفت.^۸ در این پرونده هر عقد بیع نمایانگر یک منشأ دعوا است.

در حقوق فرانسه به منشأ دعوا اشاره نشده، بلکه در ماده ۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی فرانسه^۹ به مبنای ادعا تصریح گردیده است.^{۱۰} برخی از حقوق دانان نیز بیان داشتند که به

۵. احمد متین دفتری، آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱، (تهران: انتشارات مجد، چ ۴، ۱۳۹۱)، ص ۳۲۲.

۶. سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، ج ۷، (نجف: المطبعة الحیدریه، بدون ذکر نوبت چاپ، ۱۳۷۴ ق)، ص ۲۲۷؛ محمدفاضل موحّدی لنکرانی، تفصیل الشریعه فی شرح التحریر الوسیله، (قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چ ۱، ۱۳۴۰ ق)، ص ۱۰۲.

۷. دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۵۲۳۹۳۰۱۱۳۰ مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۳ شعبه اول دادگاه عمومی بخش رودبنه شهرستان لاهیجان استان گیلان.

۸. دادنامه شماره ۹۱۳۰۹۱۳۰۲۲۳۵۰۰۹۲۰ مورخ ۱۳۹۲/۸/۷ پژوهشگاه قوه قضائیه، مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر حقوقی، (تهران: اداره انتشارات رویه قضائی کشور، چ ۱، ۱۳۹۴)، ص ۶۴۳.

۹. ماده ۱۵ مقرر می‌دارد: اصحاب دعوا «باید جهات موضوعی مبنای ادعاهای خود و جهات حکمی مورد استناد خویش را به آگاهی طرف مقابل برسانند» (ریموند مارتین، اصول راهبردی دادرسی مدنی، ترجمه اسماعیل شایگان، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، چ ۱، ۱۳۹۵)، ص ۷۶).

۱۰. ژرارد کوشه و همکاران، آئین دادرسی مدنی فرانسه، ترجمه سید احمدعلی هاشمی، (تهران: انتشارات دادگستر، چ ۱، ۱۳۹۱)، ص ۸۰۱.

علت اختلاف نظر پیرامون مفهوم منشأ، به پیشنهاد موتولسکی^{۱۱}، از مفهوم منشأ در قانون آئین دادرسی مدنی ۱۹۷۵ فرانسه استفاده نشده است^{۱۲}. به نظر می‌رسد که منظور از منشأ دعوا منحصرأ و حسب مورد، اعمال حقوقی یا وقایع حقوقی یا حکم قانون‌گذار است که طبق آن خواهان در برابر خوانده خود را مستحق می‌داند^{۱۳}. برای نمونه، در دعوای مطالبه ثمن مبیع، منشأ دعوا عقد بیع یا در دعوای خلع ید خوانده از یک قطعه زمین معین، منشأ دعوا غصب و به تعبیر دیگر تصرف غیرمجاز و غیرقانونی خوانده در آن زمین، و یا در دعوای تقسیم مال مشترک، منشأ دعوا حکم قانون‌گذار^{۱۴} است. حال پرسش این است که آیا ذکر منشأ دعوا در دادخواست ضروری است؟ با مراجعه به منابع فقهی ملاحظه می‌شود برخی از فقها تصریح نموده‌اند که اگر موضوع دعوا عین باشد، ذکر سبب ملکیت لازم نیست، اما چنانچه موضوع دعوا دین باشد لازم است و درنهایت بیان داشتند که ذکر سبب دعوا در عین یا دین لازم نیست^{۱۵}. برخی از فقها بر این امر ادعای اجماع نموده^{۱۶} و برخی دیگر از فقها بیان کرده‌اند که اگر مدعی امر معلومی را ادعا نمود در اینکه آیا حاکم مکلف است سبب ادعا را کشف کند یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد و در مورد املاک، نیاز نیست حاکم سبب ادعا را کشف کند، زیرا جهات و اسباب تملک متنوع است و می‌تواند ارث، هبه، بیع و... باشد و اگر حاکم را ملزم کنیم که سبب ادعا را کشف کند، برای او مشقت ایجاد کرده‌ایم، چون سبب مخفی است. در مورد قتل باید حاکم سبب قتل را کشف کند^{۱۷}. جمعی از نویسندگان معتقدند علت عدم لزوم ذکر سبب دعوا در فقه این است که از دیدگاه فقها احراز وجود آثار شرعی برای ادعای مدعی جهت پذیرش دعوا کافی است و در این خصوص به دیدگاه

11. Motulsky

۱۲. جلیل قناتی و بدیع فتی، «تقدی بر دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۰۲۲۷۲۰۰۱۱۱ تاریخ ۱۳۹۶/۲/۱۷ شعبه ۱۲ دادگاه حقوقی تهران (مفهوم وحدت منشأ، تمایز دفاع از دعوا، نمایندگی، تجاوز مدیرعامل از اختیارات و) ...»، قضاوت، ش ۹۸ (۱۳۹۸)، ص ۲۳.

۱۳. عبدالله شمس، آئین دادرسی مدنی، ج ۲، (تهران: انتشارات میزان، چ ۴، ۱۳۸۲)، ص ۴۴.

۱۴. ماده ۵۸۹ قانون مدنی.

۱۵. شیخ علی کاشف الغطاء، شرح خیارات اللمعه (قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرقه، چ ۱، ۱۴۲۲ ق)، ص ۸۸؛ روح الله الموسوی الخمینی، کتاب القضاء فتاوی، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲)، قابل

دسترسی در سایت www.imam-khomeini.ir، تاریخ دسترسی اسفند ۱۴۰۰.

۱۶. سید محمدکاظم طباطبایی یزدی، عروه الوقی، ج ۲، (بیروت: انتشارات مؤسسه الاعلمیه للمطبوعات، چ ۲، ۱۴۰۹ ق)، ص ۳۹.

۱۷. ابوجعفر محمدبن حسن، طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۸، (تهران: انتشارات المکتبه المرتضویه الاحیاء الآثار الجعفریه، چ ۳، ۱۳۸۷ ق)، ص ۲۶۰.

صاحب کتاب جواهر الکلام استناد کرده‌اند که بیان داشته، دعوا در صورتی قابل استماع است که واجد اثر شرعی باشد. این نویسندگان نوشته‌اند که اگر دعوایی واجد اثر شرعی نباشد، اعم از اینکه سبب آن ذکر شده یا نه، قابل استماع نیست؛ مثل وقف و هبه بدون قبض^{۱۸}. به نظر می‌رسد که علت عدم لزوم ذکر سبب دعوا در منابع فقهی اختیار گسترده‌ای است که قاضی در استناد به علم خود برای فصل خصومت و صدور حکم دارد. همچنان که بسیاری از فقها بیان داشته‌اند که قاضی در حق الناس و حق الله می‌تواند بر اساس علم خود حکم دهد^{۱۹}. آنچه که در کتب فقهی تحت عنوان جزمی بودن دعوا یا معلوم بودن مدعی به مشروع بودن یا واجد اثر بودن آن ذکر شده نیز درحقیقت معیارهایی است که ارائه شده تا قاضی جهت احراز ذی‌حقی یا بی‌حقی مدعی استفاده کند بدون اینکه لازم باشد تا دقیقاً سبب آن را استخراج نماید. در حقوق موضوعه پاسخ به پرسش اشاره‌شده مثبت است، زیرا خواننده باید آگاه باشد که خواهان دعوی خود را بر کدام منشأ استوار نموده تا بتواند از خود دفاع نماید. اما نویسندگان حقوقی در اینکه به استناد کدام یک از دو عبارت مندرج در بند ۴ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی یعنی «تعهدات» و «جهات» ذکر منشأ دعوا در دادخواست ضروری است، اختلاف نظر دارند. همان‌طور که گفته شد برخی از حقوق‌دانان متقدم در حاکمیت قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و درحالی که بین «تعهدات» و «جهات» دیگر «واژه «یا» وجود داشت، تعهدات را به عقود و معاملات و جهات را به معنی غیر عقود و معاملات نظیر ضمان قهری یا حکم قانون تعبیر نموده‌اند. از نظر این نویسنده، تعهدات یا جهات دیگر، حسب مورد بیان‌کننده منشأ دعواست^{۲۰}. برخی دیگر از حقوق‌دانان^{۲۱} معتقدند که جهات و تعهدات رابطه حقوقی و درواقع سبب قانونی (و یا قراردادی) است که خواهان بر

۱۸. محمد ابوعطا و همکاران، «نقش دادگاه در کشف سبب دعوا در فقه، حقوق ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق خصوصی، ش ۱ (۱۳۹۹)، ص ۱۲۲.

۱۹. نجم‌الدین جعفرین حسن حلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ۱۴۰۸ ق)، ص ۶۷؛ علی بن حسین موسوی شریف مرتضی، الانتصار فی انفرادات الامامیه، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چ ۱، ۱۴۱۵ ق)، ص ۴۸۶.

۲۰. احمد متین دفتری، پیشین، ص ۴۸.

۲۱. عباس کریمی و حمیدرضا پرتو، آئین دادرسی مدنی، (تهران: انتشارات دادگستر با همکاری انتشارات دکتر عباس کریمی، چ ۱، ۱۳۹۵)، ص ۴۸.

اساس آن خود را ذی حق می‌داند؛ بنابراین، دیدگاه تعهدات و جهات مترادف هم به کار رفته است، ولی هیچ یک از این نویسندگان دلیلی برای ادعای خود ارائه نکرده‌اند. استفاده از «تعهدات» به عنوان منشأ ایجاد حق در قانون مدنی مسبوق به سابقه است.^{۲۲} همچنین «تعهدات» در قانون مدنی گاه به معنی شکل حقوقی تمام روابط انسانی به کار رفته است.^{۲۳} بنابراین به نظر می‌رسد که تعهدات به معنی منشأ استحقاق، اعم از اعمال حقوقی یا وقایع حقوقی یا حکم قانون^{۲۴} است و باید در متن دادخواست ذکر شود. از این تفسیر استفاده می‌شود که ذکر منشأ دعوا در دادخواست برای توجیه استحقاق خواهان ضروری است و بدون ذکر آن، احراز استحقاق خواهان نسبت به موضوع دعوا امکان پذیر نیست. بنابراین، منشأ دعوا یکی از ارکان احراز استحقاق خواهان محسوب می‌شود. قانون گذار نیز در بند ۴ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی، ذکر «تعهدات» را «موجب» استحقاق خواهان دانسته است.

۲. تبیین مفهوم جهت دعوا

تبیین مفهوم جهت دعوا مهم و ضروری است، زیرا به عنوان یکی از مندرجات الزامی دادخواست محسوب می‌شود. برخی از نویسندگان آئین دادرسی مدنی جهت دعوا را همان نحوه دعوا می‌دانند.^{۲۵} بعضی دیگر با اینکه در آثار خود جهت دعوا را غیر از منشأ دعوا دانسته‌اند^{۲۶}، اما آن را با مفهوم سبب دعوا یکی پنداشته^{۲۷}، در تعریف جهت دعوا بیان داشته‌اند که عامل برهم زنده نظم حقوقی است که به واسطه آن طرح دعاوی توجیه می‌گردد. جهت دعوا یا در شکل نقض حق است یا در قالب نادیده گرفتن و ادا نکردن

۲۲. بند ۲ ماده ۱۴ قانون مدنی

۲۳. ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی

۲۴. با لحاظ ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی

۲۵. زکبه نعیمی، «اثر تفکیک جهات دعوی طلاق از ناحیه زوج»، فصلنامه رأی، ش ۷۱ (۱۳۹۵)، ص ۱۱۶؛ حمید ابهری، آئین دادرسی مدنی، ج ۲، (تهران: انتشارات مجد، چ ۱، ۱۳۹۶)، ص ۹۷.

۲۶. سید امیرحسام موسوی و علی عمرانی، «واکاوی فقهی - حقوقی جهت خواسته در دعاوی مدنی»، حقوق اسلامی، ش ۲، (۱۳۹۷)، ص ۵۳۹.

۲۷. گودرز افتخارچهرمی و سید امیرحسام موسوی، «تغییرات سبب در مراحل دعوا و تأثیر آن بر دادرسی مدنی»، تحقیقات حقوقی، ش ۱۲ (۱۳۹۲)، ص ۱۴.

حقوق، صرف‌نظر از آنکه منشأ حق قانون باشد یا قرارداد. این نویسندگان با تلقی جهت دعوا به سبب دعوا بیان داشته‌اند: درجایی که یکی از تعهدات مندرج در قرارداد نقض شده باشد، سبب دعوا نقض همان تعهد خاص است که نقض شده و نمی‌توان قرارداد را به‌طور کلی سبب دعوا به‌حساب آورد و قرارداد، منشأ دعوا بوده است، نه سبب آن.^{۲۸} این تلقی از جهت دعوا می‌تواند شامل نحوه دعوا نیز باشد. برای مثال، اگر مؤجر در حاکمیت قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، دادخواست تأیید فسخ قرارداد و تخلیه عین مستأجره را به‌واسطه تغییر شغل مستأجر تقدیم دادگاه نماید، قرارداد، منشأ دعوا و تغییر شغل مستأجر که نقض حق خاص قانونی مؤجر است، جهت یا سبب دعوا خواهد بود. برای تحلیل درست از تعبیر نحوه دعوا به جهت، باید این مفهوم را بررسی نمود.

جهت در لغت به معنی سبب و ناحیه ذکر شده است.^{۲۹} مفهوم جهت در حقوق مدنی متمایز از آئین دادرسی مدنی است.^{۳۰} از یک دیدگاه در حقوق دادرسی ایران، جهت در سه معنی به کار رفته است. در برخی از مواد مانند بند ۴ ماده ۵۱ و مواد ۳۴۸ و ۴۲۶، جهت به معنی سبب، علت، منشأ و به تعبیری سبب فاعلی به‌کار رفته است. گاه به معنی انگیزه، هدف و داعی استعمال شده است؛ مانند مواد ۱۳۵ و ۱۳۶ و گاهی به معنی موارد به‌کار رفته است؛ مانند ماده ۶۶. جهت در معنی دوم با جهت معامله در حقوق مدنی نزدیک، اما متفاوت است؛ زیرا جهت معامله در حقوق مدنی غیرقابل احصا، ولی در آئین دادرسی مدنی محصور و احصاشده است.^{۳۱} نویسندگان متقدم در تفسیر عبارت «جهت دیگر» مندرج در ماده ۷۲ قانون قدیم آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، به‌عنوان یکی از شرایط اساسی تقدیم دادخواست، آن را ناظر به سایر اسباب تملک غیر از عقود و قراردادهای نظیر ارث یا ضمان قهری یا جهت قانونی مانند الزام به تقسیم مال مشترک در کنار «تعهدات» ذکر کرده‌اند.

۲۸. سید امیرحسام موسوی و علی عمرانی، پیشین، ص ۵۲۱.

۲۹. حسن عمید، پیشین، ص ۱۳۶۳.

۳۰. در حقوق مدنی جهت در حقوق قراردادهای بحث می‌شود و به معنی مقصود باواسطه ایجاد قرارداد است. مثلاً در قرارداد فروش خودرو به مبلغ معین، خریدار ممکن است خودرو را برای استفاده شخصی یا اجاره دادن بخرد. در این معنی همان انگیزه تشکیل قرارداد می‌باشد. جهت امری شخصی و متغیر است که هریک از متعاملین را به انجام معامله وا می‌دارد (سیدحسین صفایی، پیشین، ص ۳۱۸).

۳۱. محمد مولودی، پیشین، صص ۲۰۳ و ۲۰۴.

در حقیقت جهت دعوا را مرادف منشأ دعوا دانسته‌اند بدون اینکه ارتباط جهت در ماده ۷۲ و نحوه دعوا در ماده ۱۱۷ قانون قدیم آئین دادرسی مدنی را تبیین کند.^{۳۲} برخی دیگر از حقوق دانان معتقدند که جهت در بند ۴ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی به معنی توجیه وقایع و اعمال حقوقی بر پایه قواعد حقوقی است و به همین دلیل از قول برخی نویسندگان (حسن جعفری تبار) جهت را به معنی توجیه دعوا بر پایه قواعد حقوقی ارائه نموده‌اند.^{۳۳} ایراد این دیدگاه آن است که خواهان را مکلف می‌کند جهت استحقاق خود را بر پایه پیش فرض حقوقی موضوع دعوا بیان کند، در حالی که خواهان مکلف نیست رابطه حقوقی خود با خوانده را بر پایه قواعد حقوقی توصیف کند؛ برای مثال، اگر خواهان دادخواستی به خواسته مطالبه بهای ملکش به طرفیت خوانده (اداره دولتی) تقدیم دادگاه کند و بیان نماید که خوانده ملکش را تصرف نموده، نیاز نیست تا بر پایه قواعد حقوقی توجیه نماید که چرا مستحق دریافت قیمت ملکش است و استخراج قواعد حقوقی قابل انطباق با وقایع و امور موضوعی از مصادیق بارز اقتدار قضایی و در حیطه اختیارات قاضی می‌باشد. در فقه امامیه، جهت دعوا گاهی به معنی منشأ دعوا^{۳۴} و گاه نیز به معنی شیوه طرح دعوا به کار رفته است.^{۳۵}

در حقوق فرانسه، جهت دعوا به معنی استدلال حقوقی است. استدلال حقوقی به اجمال، توصیف امر موضوعی بر اساس امر حکمی است. جهت، امر موضوعی ساده را که از سوی اصحاب دعوا بیان شده به یک امر موضوعی که از نظر حقوقی توصیف شده است تبدیل می‌نماید. با انطباق موضوع مورد اختلاف با این چارچوب حقوقی، جهت ایجاد می‌شود.^{۳۶} در رویه قضایی مفهوم جهت دعوا روشن نیست، اما گاه مترادف منشأ دعوا استعمال شده است.^{۳۷} جهت در قوانین به معنی علت به کار گرفته می‌شود؛ چنان که در ماده ۳۱۹ قانون

۳۲. احمد متین دفتری، پیشین، ص ۲۲۳.

۳۳. حسن محسنی، پیشین، ص ۲۰۴.

۳۴. احمد بن یوسف خوانساری، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۶ (قم: انتشارات مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵)، ص ۷۹.

۳۵. سید جواد بن علی تبریزی، اسس القضاء والشهادة، (تهران: انتشارات دفتر مؤلف، بدون ذکر نوبت چاپ، ۱۴۲۷)، ص ۳۰۴.

۳۶. ریموند مارتین، پیشین، ص ۷۶.

۳۷. دادنامه شماره ۱۴۰۰۳۴۳۹۰۰۳۷۵۳۲۵۹ مورخ ۱۴۰۰/۷/۲۱ شعبه دوم دادگاه عمومی بخش سنقر شهرستان رشت. در این پرونده دعوایی برای ابطال تقسیم‌نامه اقامه شد و خواهان‌ها بیان داشتند که در زمان تقسیم، بخشی از ترکه جزء اراضی ملی بوده، اما دادگاه دعوا را ثابت ندانست و استدلال نمود که «جهت خواسته» ملی بودن زمین در زمان تقسیم بوده، در حالی که متعاقباً با طرح دعوا در شعبه ویژه از ملی بودن خارج شد؛ بنابراین در زمان تقسیم، ملی نبوده است و این امر ناشی از تشخیص اشتباه منابع طبیعی بوده که باطل اعلام شد.

تجارت سخن از «استفاده بلاجهت» شده که منظور استفاده بدون علت قانونی است. روشن‌تر از آن در ماده ۴۲۶ قانون آئین دادرسی مدنی و ماده ۹۸ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰، از جهات اعاده دادرسی یاد شده که مطابق بند ۲ ماده ۹۹ قانون پیش گفته، مراد اسباب اعاده دادرسی است. بنابراین، واژه «جهت» مندرج در بند ۴ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی، همان علت و سبب قانونی است که خواهان به اتکال آن حق مطالبه داشته، به دعا برمی‌خیزد و نبود آن حتی اگر منشأ حق نیز موجود باشد، دعا را بی جهت خواهد ساخت؛ چنان که در دعوای خریدار علیه بایع مبنی بر تأیید فسخ معامله، اگر جهت فسخ ذکر نشود، دعا بی جهت خواهد بود. اما اگر همین دعا به جهت خیار عیب باشد، منشأ حق خواهان عقد بیع و جهت دعوای او وجود و اعمال خیار عیب است. قانون‌گذار در بند ۴ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی از حرف ربط «و» بین تعهدات و جهات استفاده کرده است و بنابراین باید در دادخواست هم منشأ دعا و هم جهت دعا ذکر شود؛ در غیر این صورت دادخواست ناقص خواهد بود. در ماده ۷۲ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، بین تعهدات و جهات واژه «یا» وجود داشت و عبارت به این شکل بود: «تعهدات یا جهات دیگری که...»، و در قانون آئین دادرسی مدنی حاکم واژه «یا» تبدیل به حرف «و» شد و واژه «دیگر» حذف گردید. اگر بند ۴ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی حاکم مانند ماده ۷۲ قانون سابق تصویب می‌شد، حق با نویسندگانی بود که تعهدات را یکی از مصادیق جهات می‌دانند، اما در وضعیت فعلی، قانون‌گذار خواهان را مکلف کرده است هم تعهدات و هم جهات استحقاق خود را در دادخواست ذکر نماید.^{۳۸}

نتیجه اینکه ذکر جهت دعا در دادخواست نیز از ارکان احراز استحقاق خواهان است و این امر در جهت حمایت از اصل تناظر یا تقابلی بودن دادرسی محسوب می‌شود. فرض کنید شخص «الف» دادخواستی برای تأیید انفساخ عقد بیع نسبت به یک قطعه زمین معین به طرفیت شخص «ب» اقامه می‌نماید؛ بدیهی است بیع عقدی لازم است و انحلال آن نیاز به علت^{۳۹} دارد. در این نمونه قطعاً بدون ذکر جهت انفساخ عقد بیع، دادخواست ناقص است، زیرا خوانده باید بداند که خواهان انفساخ عقد بیع را بر چه جهتی استوار نموده تا بتواند از

۳۸. در قانون آئین دادرسی مدنی معمولاً هر جا مقصود قانون‌گذار از به کار بردن حرف «و» همان «یا» بوده، بلافاصله بعد از «و»، «یا»

را نیز ذکر نموده است؛ نظیر مواد ۱۷ و ۱۶۱

۳۹. واژه علت از ماده ۲۱۹ قانون مدنی اخذ شد.

خود دفاع کند.

۳. تبیین مفهوم سبب دعوا

در آثار نویسندگان حقوقی بارها از عبارت «سبب دعوا» استفاده شده است، اما در مورد مفهوم آن بین نویسندگان حقوقی اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوق دانان سبب دعوا را همان نحوه دعوا تعبیر نموده^{۴۰} و در جای دیگر بیان داشته‌اند که سبب دعوا یعنی چرایی استحقاق خواهان و اینکه چرا خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند. سبب دعوا ممکن است عمل حقوقی باشد، مانند هریک از انواع عقد یا ایقاع یا واقعه حقوقی^{۴۱}. به نظر می‌رسد که این نویسندگان مفهوم منشأ و نحوه دعوا را با یکدیگر خلط کرده‌اند، زیرا نمونه‌های ذکر شده مربوط به منشأ دعواست؛ درحالی که در ماده ۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی در تغییر نحوه دعوا، منشأ باید حفظ شود. برخی دیگر از حقوق دانان نیز سبب دعوا را معادل نحوه دعوا دانسته و مثال زده‌اند: اگر خواسته خواهان اعلام فسخ بیع به سبب وجود خیار عیب و غبن باشد و خوانده نپذیرد، تشخیص اینکه کدام سبب برای اعلام فسخ (عیب یا غبن) موجه بوده با قاضی است، یا چنانچه خواهان سبب استحقاق خود را عقد بیع عنوان کند، اما قاضی آن را معاوضه تشخیص دهد، پس قاضی سبب دعوا را با توصیف تغییر می‌دهد^{۴۲}. از مثال‌های ذکر شده نتیجه می‌شود که از دیدگاه این حقوق دان نحوه دعوا شامل منشأ دعوا نیز می‌شود. برای اینکه تحلیل درستی از تعبیر نحوه دعوا به سبب دعوا داشته باشیم باید مفهوم سبب را بررسی کنیم.

سبب در لغت به معنی علت و نیز به معنی طناب و ریسمان به کار رفته است^{۴۳}. در حقوق مدنی سبب در معانی مختلفی استعمال شده است^{۴۴}. در فقه به سبب دعوا اشاره شده است،

۴۰. گودرز افتخارچهرمی و مصطفی‌السان، آئین دادرسی مدنی، ج ۲، (تهران: انتشارات دوران‌پیشان، چ ۳، ۱۳۹۳)، ص ۹۱.

۴۱. همان، ص ۴۳.

۴۲. خیرالله هرمزی، «تغییر نحوه دعوی در دادرسی مدنی مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه»، مطالعات حقوقی، ش ۴ (۱۳۹۵)،

صص ۶۴۷-۶۵۹.

۴۳. محمد معین، فرهنگ فارسی، ج ۱، (تهران: انتشارات ادنا، چ ۴، ۱۳۸۶)، ص ۸۲۶.

۴۴. در حقوق مدنی سبب گاه به معنی منشأ ایجاد حق به کار می‌رود، مانند بند ۲ ماده ۱۴۰ قانون مدنی؛ گاهی به معنی علت کاربرد دارد، مانند ماده ۳۳۱ قانون مدنی؛ و گاه نیز به معنی مقتضی به کار می‌رود، مانند ماده ۶۹۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «ضمان

اما فقها آن را تعریف نکرده‌اند. این فقها در تمییز مدعی از منکر به روابط مالی زوجین پرداخته و معتقدند که اگر زوجه علیه زوج برای مطالبه نفقه اقامه دعا کند، درحالی که وقوع اصل نکاح محل تردید باشد، بنابه قولی اصل بر برائت ذمه زوج است. اما بر پایه قول دیگر، مطالبه نفقه فرع بر صحت نکاح است و سبب دعوی، نکاح می‌باشد و اصل بر صحت عقد نکاح است و نفقه در نتیجه نکاح صحیح بر زوج واجب می‌شود.^{۴۵} در این مثال، سبب دعا «عقد نکاح» است؛ یعنی آنچه که در حقوق دادرسی به منشأ دعا تعبیر می‌شود. برخی دیگر در تقسیم‌بندی دعوی به دعوای فاسد و صحیح اشاره نموده، بیان داشته‌اند که گاه فساد دعا به سبب آن برمی‌گردد؛ مانند اینکه کافر دعوای خرید قرآن از بنده مسلمان را مطرح کند.^{۴۶} در این مثال، سبب دعا عقد بیع است. ملاحظه می‌شود که سبب دعا در فقه معادل منشأ دعواست و ارتباطی به نحوه دعا ندارد. در آئین دادرسی مدنی گاه مفهوم سبب منطبق با حقوق مدنی است، مانند ماده ۸۷ قانون آئین دادرسی مدنی که سبب به معنی مقتضی به کار رفته است. گاه نیز با ترکیب «سبب قانونی» استفاده شده است (بند ۴ ماده ۴۲۶ قانون آئین دادرسی مدنی)؛ مانند اینکه در دعوای مطالبه سهم‌الارث حکم به نفع خواهان صادر شده باشد و سپس در دعوای دوم به علت کافر شدن همان شخص حکم به ضرر او صادر گردد (ماده ۸۸۱ ق.م). در این شرایط سبب قانونی موجب این مغایرت شده، در نتیجه از موارد درخواست اعاده دادرسی نیست.^{۴۷} اما آنچه تحت عنوان سبب موردنظر بوده با مفاهیم یادشده متفاوت است. در آثار نویسندگان آئین دادرسی مدنی سبب در مفهوم موردنظر به صورت «سبب دعا» به کار می‌رود، ولی در قانون آئین دادرسی مدنی این ترکیب استفاده نشده است. نویسندگان یادشده گاهی آن را معادل منشأ دعا تلقی نموده‌اند.^{۴۸} گاه نیز سبب

دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است». در حقوق قراردادها سبب عقد امری است فنی که به ساختمان عقد بیش از انگیزه‌های دوطرف ارتباط دارد و چهره نوعی دارد و در هر سنخ از قراردادها یکسان است؛ مثلاً سبب عقد بیع توسط باع تملک ثمن است و سبب عقد بیع توسط مشتری تملک مبیع است و این سبب درهمه عقود بیع یکسان است (امیر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۳۱).

۴۵. سید محمد صدر، *ماوراء الفقه*، ج ۹، (بیروت: دارالاضواء للطباعة والنشر والتوزیع، ج ۱، ۱۴۰۲)، ص ۳۷.

۴۶. مقدادین عبدالله سیویری حلی، *نفس القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه*، (قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ج ۱، ۱۴۰۳)، ص ۵۰۴؛ محمدبن مکی عاملی، *القواعد والفوائد*، ج ۱، (قم: کتابفروشی مفید، ج ۱، ۱۴۰۰)، ص ۴۱۰.

۴۷. سام محمدی، پیشین، ص ۲۸۷.

۴۸. محمد ابوعطا و همکاران، پیشین، ص ۳۵۳.

دعوا را معادل منشأ و نحوه دعوا دانسته‌اند.^{۴۹} گاهی نیز بین منشأ و سبب دعوا تفاوت گذاشته، بیان کرده‌اند که منشأ به معنای اساس و مبنا و عام‌تر از سبب است؛ هرچند ممکن است در بعضی موارد منشأ دقیقاً با سبب یکی باشد.^{۵۰} ابتدا باید بررسی نمود که چرا با اینکه در قانون آئین دادرسی مدنی عبارت «سبب دعوا» به کار نرفته است، اما نویسندگان اصرار به استفاده از آن دارند. برخی نویسندگان حقوقی به تقلید از حقوق کامن‌لا این عبارت را به کار برده‌اند.^{۵۱} بعضی نیز متأثر از فقه این عبارت را به کار گرفته‌اند.^{۵۲} برخی نیز متأثر از حقوق فرانسه از این عبارت استفاده نموده‌اند.^{۵۳} و این درحالی است که سبب در حقوق کامن‌لا به‌ویژه در حقوق امریکا مفهوم گسترده‌ای دارد و نویسندگان آئین دادرسی مدنی ایران در تدوین آن به حقوق کامن‌لا نظر نداشته‌اند، بلکه از قانون آئین دادرسی مدنی فرانسه الگو گرفته‌اند.^{۵۴} در قانون قدیم آئین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۶ و قانون جدید آئین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۱۹۷۵ به سبب دعوا اشاره‌ای نشده است.^{۵۵} در واقع با اینکه قانون جدید آئین دادرسی مدنی فرانسه عموماً بر پایه تفکرات موتولسکی، استاد آئین دادرسی مدنی فرانسه، بنیان نهاده شده و وی سبب را به معنای امر موضوعی تلقی نموده، اما تفکرات وی در قالب و عنوان سبب دعوا وارد قانون جدید آئین دادرسی مدنی نشده است.^{۵۶} در قانون آئین دادرسی مدنی این کشور به جای عبارت سبب دعوا در ماده ۱۵، از عبارت مبنای ادعا^{۵۷} استفاده شده است که برخی از حقوق‌دانان آن را به اساس ادعا^{۵۸} ترجمه کرده‌اند و می‌توان آن را معادل منشأ دعوا در حقوق ایران تلقی نمود. در این مفهوم در مورد

۴۹. گودرز افتخارچهرمی و مصطفی السان، پیشین، صص ۴۳ و ۹۳.

۵۰. خلیل احمدی، پیشین، ص ۳۴؛ فریدون نهرینی، پیشین، ص ۱۵۸؛ رسول مقصودپور، پیشین، ص ۱۸۵.

۵۱. فریدون نهرینی، پیشین، ص ۱۴۸.

۵۲. محمد ابوعطا و همکاران، پیشین، ص ۱۲۰.

۵۳. خیرالله هرمزی، پیشین، ص ۶۴۸.

۵۴. محمد مولودی، «جهات جلب ثالث»، دیدگاه‌های حقوقی قضایی، ش ۸۵ (۱۳۹۸)، ص ۲۰۳؛ حسن محسنی، «استناد سرخود دادرسی به جهت بطلان قرارداد...»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۳ (۱۴۰۰)، ص ۱۳۸.

۵۵. محمد ابوعطا و همکاران، پیشین، ص ۱۲۵.

۵۶. ریموند مارتین، پیشین، ص ۷۸.

۵۷. حسن محسنی، اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری در چارچوب اصول دادرسی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۸۹)، ص ۲۰۳.

۵۸. خیرالله هرمزی، «تغییر عناصر دعوی: شرحی بر ماده ۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی»، حقوق خصوصی، ش ۳ (۱۳۹۲)، ص ۲۳.

ماهیت حقوقی سبب دعوا اختلاف نظر وجود دارد.^{۵۹} بنابراین، به کار بردن این عبارت در آثار نویسندگان آئین دادرسی مدنی قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

۴. تبیین مفهوم نحوه دعوا

تبیین مفهوم نحوه دعوا در ابتدا به تشریح مفهوم خواسته و درخواست نیازمند است که در بندهای ۳ و ۵ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی تصریح شده است. خواسته در لغت به معنی «خواهش کرده شده، طلب کرده شده و زر و مال و ثروت» ذکر شده است.^{۶۰} در فرهنگ حقوقی به معنی «چیزی که در مرافعه یا امور حسبی اشخاص از دادگاه بخواهند» آمده است.^{۶۱} اغلب حقوق دانان ایرانی خواسته را تعریف نکرده‌اند. برخی از حقوق دانان معتقدند خواسته همان موضوع دعوا است.^{۶۲} با توجه به سابقه تقنینی^{۶۳} به نظر می‌رسد که بند ۳ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی به خواسته یا موضوع تقاضای خواهان توجه دارد.^{۶۴} قانون‌گذار نیز در مواد مختلفی اصطلاح خواسته را به معنی موضوع تقاضای خواهان به کار برده است؛ مانند مواد ۲۰ و ۶۲ (بند ۱)، ۹۸ و ۱۰۸ (بند ب)، ۳۳۱ (بند الف) و... در برخی از مواد نیز اصطلاح موضوع دعوا یا دادرسی را به کار برده است؛ مانند مواد ۱۵ و ۱۳۰؛ بنابراین بند ۳ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی ناظر به موضوع دعوا است. در مورد بند ۵ ماده ۵۱ قانون یادشده و اینکه مقصود قانون‌گذار از جمله «آنچه که خواهان از دادگاه درخواست دارد» چه بوده است، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوق دانان درخواست را ناظر به تأمین خواسته و دستور موقت و یا خسارات دادرسی دانسته‌اند.^{۶۵} یکی از حقوق دانان درخواست را ناظر به توضیح خواسته مندرج در دادخواست دانسته، بیان می‌دارد چون در ستون خواسته و بهای آن جای کافی برای توضیح وجود ندارد، قسمتی برای ادای توضیح ذکر شده است؛ مثلاً در ردیف خواسته مطالبه ده میلیون ریال وجه یک فقره چک به انضمام

۵۹. برای ملاحظه اختلاف نظرها و پرهیز از تکرار، همان.

۶۰. حسن عمید، پیشین، ص ۶۱۲.

۶۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۳۵۵.

۶۲. فریدون نهرینی، پیشین، ص ۱۰۲؛ کریمی و پرتو، پیشین، ص ۲۸.

۶۳. ماده ۲۱ «قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی» مصوب ۱۳۲۹ ق یا ۱۳۹۰ ش مقرر می‌نمود: «در عرض حال چه کتبی باشد چه شفاهی باید عارض اطلاعات ذیل را بدهد... ۳- مقدار مدعی به مگر در مواردی که تعیین مقدار ممکن نیست».

۶۴. سام محمدی، پیشین، ص ۴۵.

۶۵. عباس کریمی و حمیدرضا پرتو، پیشین، ص ۵۱؛ عبدالله شمس، پیشین، ص ۵۰.

هزینه و خسارات دادرسی را می‌نویسد و در متن دادخواست توضیح می‌دهد که خسارات قانونی از جمله حق الوکاله و خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ صدور چک لغایت صدور حکم و اجرای آن^{۶۶} این قسمت در عرف قضایی به «شرح دادخواست» معروف است. دیدگاه حقوق دانانی که درخواست را به نهادهایی نظیر تأمین خواسته، دستور موقت و خسارات قانونی تعبیر کرده‌اند، ایراد دارد؛ زیرا خواهان ملزم نیست این نهادها یا یکی از آنها را در دادخواست ذکر کند، درحالی که قانون‌گذار ذکر درخواست را در دادخواست الزامی دانسته است. دیدگاه دوم نیز به نظر صحیح نمی‌رسد، زیرا حقوق دانی که دیدگاه یادشده را تبیین نموده، در جای دیگر تصریح کرده که یکی از تکالیف خواهان در جلسه دادرسی این است که اگر خواسته یا دعوای او نیاز به توضیح داشته باشد، باید در جلسه دادرسی حاضر شود، در غیر این صورت با ضمانت اجرای مقرر در ماده ۹۵ قانون آئین دادرسی مدنی یعنی صدور قرار ابطال دادخواست از سوی قاضی دادگاه روبه‌رو می‌شود^{۶۷} و این درحالی است که ضمانت اجرای عدم ذکر درخواست در دادخواست، پس از صدور و ابلاغ اخطار رفع نقص و رفع نکردن نقص در مهلت قانونی قرار ردّ دفتري دادخواست است. با توجه به سابقه تقنینی^{۶۸} به نظر می‌رسد بند ۵ ماده ۵۱ ناظر به تقاضای خواهان از دادگاه است؛ برای مثال، اگر خواهان در دادخواست یک دستگاه آپارتمان ذکر نماید بدون اینکه معلوم باشد از دادگاه اثبات مالکیت خود نسبت به آن را می‌خواهد یا خلع ید خوانده یا اقدام دیگری را، دادگاه نمی‌تواند به آن موضوع رسیدگی کند، زیرا درواقع هنوز ارکان دعوا فراهم نیست؛ بنابراین، در مثال‌های پیش گفته اثبات مالکیت یا خلع ید بیان‌کننده درخواست خواهان یا همان بند ۵ ماده ۵۱ است^{۶۹}. حال که مفهوم خواسته و درخواست تبیین شد، باید «نحوه دعوا» را تشریح نمود. نحوه در لغت به معنای شیوه، طریقه و روش ذکر شده است^{۷۰}. از نظر حقوقی نحوه معنی خاصی ندارد. به نظر می‌رسد نحوه دعوا همسو با جهت دعواست و به معنی علت و سبب قانونی است که خواهان بر پایه آن حق مطالبه داشته، اقامه دعوا می‌نماید. برای نمونه

۶۶. حمید ابهری، آئین دادرسی مدنی، ج ۲، (تهران: انتشارات مجد، ج ۱، ۱۳۹۶)، ص ۲۶.

۶۷. حمید ابهری، همان، ص ۱۳۲.

۶۸. ماده ۲۱ «قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی» مصوب ۱۳۲۹ ق یا ۱۳۹۰ ش مقرر می‌نمود: «در عرض حال چه کتبی باشد چه شفاهی باید عارض اطلاعات ذیل را بدهد... ۴- توضیح اینکه چه می‌خواهد یا چه اقدامی باید بشود».

۶۹. سام محمدی، پیشین، ص ۴۵.

۷۰. محمد معین، پیشین، ج ۲، ص ۱۹۲۳.

در دعوای تأیید فسخ بیع نسبت به یک قطعه زمین معین به جهت تحقق خیار غبن، تأیید فسخ بیع درخواست، زمین موضوع دعا یا خواسته، عقد بیع منشأ دعا، و خیار غبن جهت یا نحوه دعا است. بدیهی است بیع عقدی لازم محسوب می‌شود و انحلال آن نیازمند علت است و خیار غبن در مثال یادشده علت قانونی است که با جمع سایر شرایط خواهان می‌تواند بیع را فسخ نماید. با تبیین مفهوم نحوه دعا پرسش مهم این است که انتخاب نحوه یا جهت دعا با کیست؟ بدیهی است انتخاب نحوه یا جهت دعا با خواهان است و این انتخاب یکی از مصادیق اعمال «اصل حاکمیت اصحاب دعوای مدنی»^{۷۱} محسوب می‌شود. در اینجا می‌توان اصلی تحت عنوان «اصل آزادی انتخاب جهت یا نحوه دعا» را تأسیس نمود؛ بدین معنی که خواهان اختیار دارد برای اقامه دعا هر جهت یا نحوه‌ای که تشخیص می‌دهد انتخاب کند. تمام دعوای دارای منشأ و نیز جهت یا نحوه دعا هستند. حتی در دعوایی مانند مطالبه وجه چک یا سفته، منشأ دعا خود چک یا سفته و جهت یا نحوه دعا، امتناع خوانده از پرداخت وجه آن محسوب می‌شود. خواهان باید دقت نماید که جهت یا نحوه‌ای از دعا را انتخاب کند که مطالبه حق بر پایه آن با ممنوعیت قانونی روبه‌رو نباشد. برای نمونه، چنانچه در حاکمیت قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ دعوایی مطرح شود و خواهان تخلیه عین مستأجره به جهت انقضای مدت اجاره را درخواست نماید، این نحوه دعا با ممنوعیت قانونی روبه‌رو خواهد شد، زیرا در حاکمیت این قانون، تخلیه عین مستأجره با انقضای مدت اجاره پذیرفته نشده است. بنابراین آنچه تحت عنوان «تغییر نحوه دعا» در ماده ۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی به آن اشاره شده، ناظر به همین تعریفی است که از مفهوم نحوه دعا ارائه گردید. برای نمونه، خواهان می‌تواند در دعوای تأیید فسخ بیع به جهت خیار تأخیر پرداخت ثمن تا پایان جلسه اول دادرسی، جهت یا نحوه دعا را به خیار عیب تغییر دهد. در منابع فقهی^{۷۲} به اصطلاحی با عنوان «مصب دعا» اشاره شده است که می‌توان آن را نزدیک به جهت یا نحوه دعا تلقی کرد. مصب دعا آن است که اطراف منازعه دعا چگونه و بر چه موضوعی متمرکز است. به عبارت دیگر، هر بار دعوایی مطرح می‌شود ادعا بر

۷۱. مجید پوراستاد، نقش دادرسی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی، ج ۲، ۱۳۹۱)، ص ۶۸.

۷۲. ناصر مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ج ۲، (قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی طالب (ع)، ج ۱، ۱۴۲۴ ق)، ص ۱۰۲؛ سید محمد مهدی موسوی خلخالی، فقه الشیعه، کتاب الاجاره، (تهران: مرکز فرهنگی انتشارات منیر، ج ۱، ۱۴۲۷ ق)، ص ۹۱۷.

موضوع و مجرای معینی استقرار می‌یابد که با تغییر آن، مجرا و موضوع نحوه تبیین ادعا تغییر نموده، نزاع حقوقی از محل اولیة خود حرکت می‌کند؛ در چنین حالتی مصدع ادعا تغییر پیدا کرده است.^{۷۳}

نتیجه

با تحلیلی که از مفاهیم منشأ، جهت، سبب و خواسته ارائه شد می‌توان پی برد که منشأ دعوا حسب مورد و منحصرأ اعمال یا وقایع حقوقی یا حکم قانون‌گذار است که بر پایه آن خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند. مطابق این تحلیل، واژه «تعهدات» در بند ۴ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی بیانگر منشأ دعوا و تعبیر دیگری از آن است، زیرا تعهدات در زبان حقوقی به معنی شکل حقوقی تمام روابط انسانی نیز به کار می‌رود و با توجه به ضمانت اجرای مقرر برای عدم رعایت این بند (توقیف دادخواست و صدور اخطار رفع نقص از سوی مدیر دفتر شعبه) می‌توان گفت که ذکر منشأ دعوا در دادخواست الزامی است به‌ویژه آنکه خواننده باید آگاه باشد که خواهان دعوای خود را بر روی کدام منشأ استوار نموده است. همچنین با توجه به تغییراتی که در مقایسه با ماده ۷۲ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ در بند ۴ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی حاکم شده است و طی آن، واژه «یا» بین تعهدات و جهات تبدیل به «و» شد و واژه «دیگر» حذف گردید. می‌توان نظر داد که قانون‌گذار جهات را غیر از تعهدات تلقی نموده، با توجه به کاربرد جهت در قوانین به صورت علت، می‌توان جهت را به معنی علت قانونی دانست که خواهان به اتکای آن حق مطالبه دارد و نبود آن حتی اگر منشأ حق نیز موجود باشد، دعوا را بی جهت خواهد ساخت و این معنی از جهت با نحوه دعوا همسو است. نتیجه اینکه ذکر جهت یا نحوه دعوا در کنار منشأ دعوا از مندرجات الزامی دادخواست است و عدم درج آن در دادخواست همان ضمانت اجرای گفته‌شده را به دنبال خواهد داشت. ملاحظه می‌شود که منشأ و جهت دعوا هردو از ارکان احراز استحقاق خواهان محسوب شده، قانون‌گذار نیز با این دیدگاه ذکر هردو را در دادخواست الزامی دانسته است. بدیهی است که ذکر منشأ و نیز جهت دعوا در دادخواست در

۷۳. فریده شکری و آمنه شرف‌الدین شیرازی، «نحوه تشخیص مدعی به منظور تحمل بار اثبات در دعوای خانوادگی»، *تعالی حقوق*، ش ۸ (۱۳۹۳)، ص ۱۷.

راستای حمایت از اصل تناظر یا تقابلی بودن دادرسی است. از سوی دیگر، کاربرد عبارت «سبب دعا» در آثار نویسندگان حقوقی قابل انتقاد است، زیرا این عبارت در قوانین آئین دادرسی مدنی ایران و فرانسه استفاده نشده است و نویسندگان نیز در تبیین مفهوم آن اختلاف نظر دارند. همچنین برخلاف تصور معمول با توجه به سابقه تقنینی و کاربرد واژه «خواسته» در قانون آئین دادرسی مدنی، این واژه معادل موضوع دعا است و در بند ۳ ماده ۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی در همین معنی استفاده شده است و «درخواست» در بند ۵ ماده یادشده نیز به معنی تقاضایی است که خواهان نسبت به موضوع دعا از دادگاه دارد. درنهایت اگر بخواهیم نتیجه‌گیری کاربردی از تحقیق ارائه نماییم، می‌توان در یک نمونه آن را خلاصه کرد: در عبارت «خلع ید خوانده از یک قطعه زمین شالیزاری با ابعاد و مساحت معین»، زمین موضوع دعا یا خواسته، خلع ید همان درخواست، تصرف غیرمجاز و غیرقانونی خوانده در زمین همان منشأ دعا، و امتناع از رفع تصرف همان جهت یا نحوه دعا است.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. ابهری، حمید (۱۳۹۶). *آئین دادرسی مدنی*، تهران: انتشارات مجد.
۲. افتخارچهرمی، گودرز و السان، مصطفی (۱۳۹۳). *آئین دادرسی مدنی*، تهران: انتشارات دوران‌دیشان.
۳. پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۴). *مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر حقوقی*، تهران: اداره انتشارات رویه قضائی کشور.
۴. پیرمحمدی، نجات و کونانی، مهرداد (۱۳۹۸). *محتسای قانون آئین دادرسی مدنی*، تهران: انتشارات مجد.
۵. پوراستاد، مجید (۱۳۹۱). *نقش دادرسی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت*، تهران: موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰). *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: انتشارات گنج دانش.
۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد.
۸. شمس، عبدالله (۱۳۸۱). *آئین دادرسی مدنی*، تهران: انتشارات میزان.
۹. (۱۳۸۲). *آئین دادرسی مدنی*، تهران: انتشارات میزان.
۱۰. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۷). *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات میزان.
۱۱. عمید، حسن (۱۳۶۰). *فرهنگ فارسی*، تهران: چاپخانه سپهر.
۱۲. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۷۴). *نظریه عمومی تعهدات*، تهران: مؤسسه نشریلا.
۱۳. (۱۳۷۹). *اعمال حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۴. (۱۳۸۳). *اعتبار امر قضاوت شده در دعاوی مدنی*، تهران: انتشارات میزان.
۱۵. کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۵). *آئین دادرسی مدنی*، تهران: انتشارات دادگستریا

همکاری انتشارات دکتر عباس کریمی.

۱۶. کوشه، ژرارد و همکاران (۱۳۹۱). *آئین دادرسی مدنی فرانسه*، مترجم: سیداحمدعلی هاشمی، تهران: انتشارات دادگستر.

۱۷. مارتین، ریموند (۱۳۹۵). *اصول راهبردی دادرسی مدنی*، مترجم: اسماعیل شایگان، (تهران: بنیاد حقوقی میزان).

۱۸. متین دفتری، احمد (۱۳۷۸). *آئین دادرسی مدنی و بازرگانی*، تهران: انتشارات مجد.

۱۹. محسنی، حسن (۱۳۸۹). *اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری در چارچوب اصول دادرسی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۲۰. محمدی، سام (۱۳۹۹). *آئین دادرسی مدنی دادرسی و واریسی*، تهران: انتشارات مجد.

۲۱. مقصودپور، رسول (۱۳۹۱). *دعای طاری و شرایط اقامه آن*، تهران: انتشارات مجد.

۲۲. معین، محمد (۱۳۸۶). *فرهنگ فارسی*، تهران: انتشارات ادنا.

۲۳. نهرینی، فریدون (۱۳۹۸). *آئین دادرسی مدنی*، تهران: انتشارات گنج دانش.

– مقالات

۲۴. ابوعطا، محمد، سادات حسینی، حسین و فرزاد، مسعود (۱۳۹۹). نقش دادگاه در کشف سبب دعوا در فقه، حقوق ایران و فرانسه، *مطالعات حقوق خصوصی*، ۵۰ (۱)، ۱۲۰-۳۵۳.

Doi.10.22.59/jlq.2020.282464.1007225

۲۵. احمدی، خلیل (۱۳۹۴). مفهوم و آثار عبارات ارتباط کامل داشتن، منوط بودن، مربوط بودن و هم منشأ بودن دعاوی در قانون آئین دادرسی مدنی، *دیدگاه های حقوقی*، ۲۰ (۶۹)، ۳۴.

۲۶. افتخارچهرمی، گودرز و موسوی، سیدامیرحسام (۱۳۹۳). تغییرات سبب در مراحل دعوا و تاثیر آن بر دادرسی مدنی، *تحقیقات حقوقی*، ۱۲ (۱)، ۳۴.

۲۷. شکری، فریده و شرف الدین شیرازی، آمنه (۱۳۹۳). نحوه تشخیص مدعی به منظور تحمل بار اثبات در دعاوی خانوادگی، *تعالی حقوق*، ۸ (۱)، ۱۷.

۲۸. قنوتی، جلیل و فتحی، بدیع (۱۳۹۸). نقدی بر دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۰۲۲۷۲۰۰۱۱۱ تاریخ

۲۷. ۱۳۹۶/۲/۱۷ شعبه ۱۲ دادگاه حقوقی تهران (مفهوم وحدت منشا، تمایز دفاع از دعوا، نمایندگی، تجاوز مدیرعامل از اختیارات و...)، *قضاوت*، (۹۸)، ۲۳.
۲۹. محسنی، حسن (۱۴۰۰). استناد سرخود دادرسی به جهت بطلان قرارداد...، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۲ (۲۳)، ۱۴۰. Doi:10.22034/law.2021.42597.2752
۳۰. موسوی، سیدامیرحسام و عمرانی، علی (۱۳۹۷). واکاوی فقهی-حقوقی جهت خواسته در دعاوی مدنی، *حقوق اسلامی*، ۱۲ (۲)، ۵۳۹. Doi:10.30497/law.2019.2382
۳۱. مولودی، محمد (۱۳۹۸). جهات جلب ثالث، *دیدگاه‌های حقوقی*، ۲۴ (۸۵)، ۲۰۳-۲۰۴.
۳۲. نعیمی، زکيه (۱۳۹۵). اثرتفکیک جهات دعوی طلاق از ناحیه زوجه، *رای*، ۵ (۱۷)، ۹۷.
۳۳. هرمزی، خیرالله (۱۳۹۵). تغییر نحوه دعوی در دادرسی مدنی مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه، *مطالعات حقوقی*، ۴۶ (۴)، ۶۴۷-۶۵۹. Doi:10.22059/jlq.2016.60015
۳۴. (۱۳۹۲). تغییر عناصر دعوی؛ شرحی بر ماده ۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی، *حقوق خصوصی*، ۲ (۳)، ۲۳.

ب) منابع عربی

۳۵. تبریزی، سید جوادبن علی (۱۴۲۷). *اسس القضاء والشهادة*، تهران: انتشارات دفتر مولف.
۳۶. حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: موسسه اسماعیلیان.
۳۷. خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۴ق). *مصباح الفقاهه*، نجف: المطبعة الحیدریه.
۳۸. سیوری حلی (۱۴۰۳). *مقدادین عبدالله، نضد القواعد الفقہیہ علی مذهب الامامیہ*، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۳۹. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی (۱۴۱۵). *الانتصار فی انفرادات الامامیہ*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۴۰. صدر، سید محمد (۱۴۰۲ق). *ماوراء الفقه*، بیروت: دارالاضواء للطباعة والنشر والتوزیع.
۴۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیہ*، تهران: انتشارات المکتبه

المرتضویه الاحیاء الآثار الجعفریه.

۴۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹). *عروه الوثقی*، بیروت: انتشارات موسسه العلمیه للمطبوعات.

۴۳. کاشف الغطاء (۱۴۲۲). *شیخ علی، شرح خیرات المصنف*، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه.

۴۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴). *کتاب النکاح*، انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی طالب (ع).

۴۵. موسوی خلخالی، سید محمد مهدی (۱۴۲۷). *فقه الشیعہ*، کتاب الاجاره، مرکز فرهنگی انتشارات منیر.

۴۶. موسوی الخمینی، روح الله (۱۳۹۲). *کتاب القضاء فتاوی*، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

ج) وبسایت

47. www.imam-khomeini.ir



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 14 Issue: 32

Autumn 2023

Article Type: Research Article

Pages: 281-310

Causes and Indicators of Annulment of Government Regulations in the Field of Administrative Offenses of Government Employees in the Administrative Justice Court

Mohammad Nekouie¹

1. Ph.D. in Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

m.nekouie93@gmail.com

Abstract

Judicial supervision of the Administrative Justice Court on government regulations in the field of administrative offenses is considered as the important executive guaranty to ensure the rule of law and the prevention of the loss of rights of the accused employees. The findings of the present research, in response to the question related to the causes and Indicators of annulment of government regulations in the field of administrative offenses, using library and documentary sources and descriptive and analytical methods, show that the Administrative Justice Court, in the judicial review of government regulations, considers their contradiction with the law and incompetence or going beyond the scope of authority as the reasons for invalidation. Thus, in the nullifier rulings of the General Assembly of the Administrative Justice Court in this area, approval of any mandatory rule, determining the authority and criteria for dealing with administrative offenses, detection of offenses and determination of administrative penalties and prescription of prosecution and investigation are considered as indicators of contradiction with the law. Incompetence or going beyond the scope of authority and the monopoly of the legislator and the document of annulment of government regulations have been placed in the field of the administrative offenses of employees.

Keywords: Annulment of Regulations, Administrative Offenses, Administrative Justice Court, Contradiction with the Law, Going Beyond the Scope of Authority.

Received: 2022/10/28 Received in revised form: 2023/02/09 Accepted: 2023/03/19 Published: 2023/09/30

DOI: 10.22034/LAW.2023.53938.3196

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



جهت و شاخص‌های ابطال مقررات دولتی در زمینه تخلفات اداری کارمندان دولت در دیوان عدالت اداری

محمد نکویی^۱

m.nekouie93@gmail.com

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

چکیده

نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مقررات دولتی در حوزه تخلفات اداری، یکی از ضمانت اجرای مهم برای تضمین حاکمیت قانون و جلوگیری از تضییع حقوق کارمندان متهم به شمار می‌رود. یافته‌های پژوهش حاضر در پاسخ به سؤال مربوط به جهت و شاخص‌های ابطال مقررات دولتی در حوزه تخلفات اداری کارمندان، با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسنادی و با روش توصیفی و تحلیلی، مبین آن است که دیوان عدالت اداری در بازنگری قضایی مقررات دولتی در این حوزه، به مغایرت آنها با قانون و عدم صلاحیت یا خروج از حدود اختیارات مرجع تصویب‌کننده به عنوان جهت ابطال نظر دارد. بر این اساس، در آرای ابطالی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه تخلفات اداری کارمندان، وضع هرگونه قاعده آمره، تعیین مرجع و ضوابط رسیدگی به تخلفات اداری، تعیین تخلف و تنبیهات اداری و مرور زمان تعقیب و رسیدگی، به عنوان شاخص‌های مغایرت با قانون و عدم صلاحیت یا خروج از حدود اختیارات مرجع تصویب‌کننده و در انحصار قانون‌گذار تلقی شده و مستند ابطال مقررات دولتی در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: ابطال مقررات، تخلفات اداری، خروج از صلاحیت، دیوان عدالت اداری، مغایرت با قانون.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۰۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۱/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۸ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

DOI: 10.22034/LAW.2023.53938.3196

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

برابر اصل ۱۳۸ قانون اساسی: «علاوه بر مواردی که هیأت وزیران یا وزیری مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیأت وزیران حق دارد، برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه بپردازد. هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیأت وزیران، حق وضع آیین‌نامه و صدور بخشنامه را دارد ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد...».

مطابق بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی در مواردی که مقررات یادشده به علت مغایرت با شرع یا قانون و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود، در حیطه صلاحیت و وظایف هیئت عمومی دیوان عدالت اداری قرار دارد که طبق ماده ۸۰ قانون پیش‌گفته، با تقدیم درخواست و با تصریح به حکم شرعی یا مواد قانونی که ادعای مغایرت مصوبه با آن شده و بیان دلایل و جهات اعتراض از حیث مغایرت مصوبه با شرع یا قانون اساسی یا سایر قوانین یا خروج از اختیارات مرجع تصویب‌کننده، تقاضای ابطال مصوبات در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری صورت می‌گیرد.

نگارنده مقاله حاضر در پی پاسخ به این پرسش است که جهات و شاخص‌های ابطال مقررات دولتی در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان دولت در دیوان عدالت اداری کدام‌اند؟ شناسایی جهات و شاخص‌های ابطال مقررات دولتی مرتبط با تخلفات اداری کارمندان در دیوان عدالت اداری، برای جلوگیری از تضییع حقوق کارمندان دولت و ارتقای سطح آگاهی مقامات اداری به‌منظور توجه آنان به قوانین در وضع مقررات دولتی است که ضرورت بحث حاضر را نمایان می‌سازد.

با توجه به تأثیر مقررات دولتی در سرنوشت خدمتی، موقعیت و جایگاه اجتماعی کارکنان دولت و امکان سوءاستفاده مقامات اداری از اختیارات خود علیه کارمندان متهم یا عدم توجه آنان به قوانین در وضع این مقررات، اهمیت پژوهش حاضر در این است که شناسایی جهات و شاخص‌های ابطال مقررات دولتی در این حوزه، به رعایت هرچه بیشتر قانون در وضع مقررات دولتی، تضمین حقوق کارمندان دولت و کاهش موارد ابطال آنها در دیوان عدالت اداری کمک خواهد کرد. شاخص‌های ابطال مقررات دولتی در دیوان عدالت اداری، شامل وضع هرگونه قاعده آمره، تعیین مرجع و ضوابط رسیدگی به تخلفات اداری، تعیین تخلف و تنبیهات اداری و مرور زمان تعقیب و رسیدگی در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری می‌شود. نوآوری پژوهش کنونی در این است که به‌طور خاص به جهات و شاخص‌های ابطال مقررات دولتی در آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت پرداخته است.

ابطال مقررات دولتی در دیوان عدالت اداری به صورت عام، بر مبنای موارد سه‌گانه مغایرت با قانون، مغایرت با شرع و خروج از صلاحیت مرجع تصویب‌کننده صورت می‌گیرد. لکن در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت، به صورت خاص، ابطال مقررات دولتی بر مغایرت آنها با قانون یا عدم صلاحیت یا خروج از حدود اختیارات مرجع تصویب‌کننده مبتنی است که آرای ابطالی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در این حوزه نیز بر این اساس مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

ساماندهی پژوهش حاضر که با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسنادی و با روش توصیفی-تحلیلی و با استناد به ادله حقوقی و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت انجام شده است، به این صورت خواهد بود که در گفتار اول، جهات ابطال مقررات دولتی و در گفتار دوم شاخص‌های جهات ابطال مقررات دولتی در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری بررسی می‌شود و در پایان نیز نتیجه پژوهش بیان خواهد شد.

۱. جهات ابطال

مستفاد از اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی، ماده ۱ و نیز بند «ت» ماده ۸۰ قانون

تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، دیوان عدالت اداری در بازنگری قضایی مقررات دولتی عمدتاً به سه مورد مغایرت با قانون، مغایرت با شرع (بر اساس نظر شورای نگهبان) و خروج از صلاحیت مرجع تصویب‌کننده نظر دارد.^۱ این رویکرد دیوان عدالت اداری، در ابطال مقررات دولتی در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت نیز صدق می‌کند. لکن در مورد ابطال مقررات دولتی به دلیل مغایرت با شرع در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری تاکنون رأیی صادر نکرده است؛ لذا ابطال مقررات دولتی در این حوزه بر مبنای مغایرت آنها با قانون یا عدم صلاحیت و خروج از حدود اختیارات مرجع تصویب‌کننده، به تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۱. مغایرت با قانون

به موجب اصل ۱۳۸ قانون اساسی، تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های دولتی نباید با متن و روح قوانین مخالف باشند. به استناد این اصل از قانون اساسی و اصل حاکمیت قانون، مقامات اداری مکلف‌اند در تصمیمات و اعمال خود مانند آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های اداری، قوانین و مقررات را رعایت کنند.^۲

مغایرت و مخالفت با قانون به این معناست که مقررات دولتی، مفاد قانون یا قوانین خاصی را رعایت نکرده باشد. برای مثال، ممکن است قانون بازه زمانی خاصی را برای انجام یک عمل اداری خاص در نظر گرفته، حال آنکه مصوبه دولت بازه زمانی یادشده را بیشتر یا کمتر تعیین کرده باشد^۳ و یا حوزه اعمال قانون را محدود کند.^۴ به تعبیر دیگر، می‌توان مغایرت و مخالفت نداشتن با متن قانون را برداشت شکلی از حاکمیت قانون تلقی نمود. در برداشت شکلی، قوانین باید مطابق با قواعد برتر از خود باشند و یکی از نتایج این اصل،

۱. غلامرضا مولایی، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، (تهران: انتشارات جنگل، چ ۲، ۱۳۹۴) صص ۱۲۱-۱۲۶؛ مسلم آقایی طوق، «تأملی در خصوص اثر ابطال مقررات مغایر با قانون»، مطالعات حقوق عمومی، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۳۴۵.

۲. منوچهر طباطبایی موتمنی، حقوق اداری، (تهران: انتشارات سمت، چ ۱۰، ۱۳۸۴) ص ۴۰۱.

۳. مسلم آقایی طوق، پیشین، ص ۳۴۶.

۴. محمدرضا ویژه، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مقررات اجرایی»، پژوهش حقوق عمومی (پژوهش حقوق)، ش ۳۷ (۱۳۹۱)، ص ۱۹۳.

رعایت سلسله‌مراتب میان قوانین است.^۵ بر این اساس، تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های دولتی باید تابع سلسله‌مراتب قوانین بوده، مطابق قانون به‌عنوان قاعده برتر از خود باشند. در نتیجه، مغایرت با قانون، یکی از مبانی و دلایل ابطال مقررات دولتی در دیوان عدالت اداری در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری است.

همچنین، در آرای دیوان عدالت اداری، توسعه، تضییق دامنه شمول قانون و تفسیر آن، یکی دیگر از موارد مغایرت با قانون و در نتیجه از دلایل ابطال مقررات دولتی ازجمله در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری است. توسعه و تضییق دامنه شمول قانون به معنی آن است که احکام مندرج در یک قانون گسترش یافته یا محدود شود و از این طریق موضوع یا موضوعات غیرمشمول در شمول آن قرار گیرد یا موضوع و یا موضوعات مشمول قانون، خارج از شمول آن قرار گیرد. مقررات دولتی که دارای چنین وصفی باشند، به دلیل مغایرت با قانون و یا خروج از صلاحیت اداری باطل می‌شوند.^۶ همچنین، احتمال دارد توسعه یا تضییق دامنه شمول قانون از طریق تفسیر آن برای بیان مراد مقنن و پیش‌بینی شاخص‌ها و معیارهایی برای تعیین مفهوم و هدف قانون صورت گیرد که در این شرایط مطابق اظهار نظر تفسیری شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳ مورخ ۱۰ خرداد ۱۳۷۶ شورای نگهبان در خصوص اصل ۷۳ قانون اساسی، «مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است. بنابراین تضییق و توسعه قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست، تفسیر تلقی نمی‌شود»، بلکه قانون‌گذاری جدید خواهد بود. لذا هرگونه توسعه و تضییق دامنه شمول قانون در مصوبات دولت، به‌وسیله گسترش یا محدود کردن یا تفسیر احکام مندرج در یک قانون، مغایر با قانون تلقی می‌شود و در مواردی که دیوان عدالت اداری تشخیص دهد مقامات اجرایی در آیین‌نامه خود از محدوده اجرای قانون فراتر رفته و قانون را تفسیر نموده‌اند، مبادرت به ابطال آن موارد می‌نماید.^۷ زیرا آیین‌نامه باید در طریق بیان و توضیح برای وصول به قانون باشد، بدون

۵. غلامحسن مزارعی، جهات ابطال مصوبات دولت در دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان، (تهران: انتشارات خرسندی، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۶۵.

۶. مسلم آقای طوق، «مرزشناسی امور اجرایی و تقنینی در نظریه‌های شورای نگهبان» (مطالعه موردی اصل ۸۵ قانون اساسی)، اطلاع‌رسانی حقوقی، ش ۱۷ و ۱۸ (۱۳۸۸)، ص ۱۵.

۷. غلامحسن مزارعی، پیشین، ص ۶۸.

اینکه دایره قانون را توسعه دهد یا تضییق نماید و یا از محدوده آن تجاوز کند.^۸

۲.۱. عدم صلاحیت یا خروج از حدود اختیارات مرجع تصویب‌کننده

دومین مبنا و جهت ابطال مقررات دولتی در دیوان عدالت اداری در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری، فقدان صلاحیت یا خروج از حدود اختیارات مرجع تصویب‌کننده است.^۹

صلاحیت در حقوق اداری دربرگیرنده مجموع اختیارات مقام عمومی است^{۱۰} که به موجب قانون برای انجام اعمال معینی داده شده است^{۱۱} تا بتوانند به نام سازمان و برای سازمان اعمال حقوقی انجام دهند^{۱۲}. لذا صلاحیت باید بر مبنای قانون ایجاد و با رعایت شرایط پیش‌بینی شده در آن اعمال و اجرا شود. منظور از مبنای قانونی برای ایجاد صلاحیت، وجود دلیل و مستند قانونی برای آن و چیزی است که به مقامات اجرایی اجازه می‌دهد در قالب قانونی و مجاز، تصمیم موردی یا عام‌الشمول اتخاذ کنند.

ابطال مقررات دولتی در دیوان عدالت اداری به علت فقدان صلاحیت مرجع تصویب‌کننده، در صورتی مصداق پیدا می‌کند که مرجع تصویب‌کننده اصولاً اختیاری در

۸. دادنامه شماره ۸ مورخ ۱۳۶۲/۸/۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد ابطال مواد ۲ و ۱۳ و ۱۵ آیین‌نامه قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری؛ دادنامه شماره ۶۷ مورخ ۱۳۹۵/۳/۱۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد ابطال بخشنامه شماره ۵۱۱/۲۰۰ مورخ ۱۳۹۱/۱/۲۸ معاون توسعه مدیریت و منابع انسانی وزارت جهاد کشاورزی به علت توسعه دامنه حکم مصوبه شماره ۱۲۴۳۲۰ت/۴۷۰۲۲هـ به تاریخ ۱۳۹۰/۶/۲۱ هیئت وزیران به ذی‌حسابان وزارت جهاد کشاورزی و سازمان‌های وابسته؛ دادنامه شماره ۹۲۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد ابطال بند «الف» ردیف ۳ تصویب‌نامه شماره ۷۶۲۵۴/ت/۳۶۰۹۵هـ به تاریخ ۱۳۸۸/۴/۱۰ هیئت وزیران در تضییق دایره شمول قانون به دلیل محدود کردن مدت ده ساله معافیت از مالیات؛ دادنامه شماره ۴۶۴ مورخ ۱۳۸۳/۹/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد ابطال ماده ۳ دستورالعمل اجرایی ماده ۸ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت درخصوص افزایش شرایط قانونی برای حقوق و فوق‌العاده شغل مشمولین ماده ۸ قانون یادشده به دلیل فراهم ساختن تضییق یا توسعه هم زمان دایره شمول قانون.

۹. در آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، دو عنوان فقدان صلاحیت یا خروج از حدود اختیارات مرجع تصویب‌کننده، تحت عنوان تجاوز از حدود اختیارات قوه مجریه مطرح گردیده است.

۱۰. علی مشهدی، صلاحیت تخییری «نظام حقوقی صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه»، (تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ ۱، ۱۳۹۱)، ص ۲۱.

۱۱. منوچهر طباطبایی مومنی، پیشین، ص ۴۰۸.

۱۲. مهدی هداوند و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری (همراه با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، سوئیس، آلمان، مصر، لبنان، انگلیس و آمریکا)، (تهران: خرسندی، چ ۲، ۱۳۹۱)، ص ۱۱۱.

وضع مصوبه نداشته^{۱۳} و در قانون مرجع، صلاحیتی به مقام اجرایی اعطا نشده باشد^{۱۴}؛ چراکه در حقوق اداری، اصل بر عدم صلاحیت مقام اداری است، مگر اینکه قانون چنین اختیاری به وی اعطا کرده باشد^{۱۵}؛ در غیر این صورت، اقدامات مقامات اجرایی مغایر قانون خواهد بود.

ممکن است مرجع تصویب‌کننده، صلاحیت وضع مصوبه را داشته باشد، ولی از اختیارهای ناشی از صلاحیت فراتر رود. در این شرایط، ابطال مقررات دولتی در دیوان عدالت اداری به علت خروج از حدود اختیارات مرجع تصویب‌کننده خواهد بود؛ به‌ویژه در تداخل با صلاحیت‌ها و اختیارات قوه مقننه تا مقررات اجرایی جنبه قانون نیابند و قوه مجریه به قانون‌گذار تبدیل نشود^{۱۶}. بنابراین، مقامات اداری باید حدود صلاحیتی خود را در اتخاذ تصمیم رعایت کنند و خارج از موارد مطرح‌شده، حق اتخاذ تصمیم و اقدام ندارند.

همچنین، با توجه به لزوم رعایت سلسله‌مراتب بین قوانین به‌عنوان یکی از نتایج اصل حاکمیت قانون، سلسله‌مراتب تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های دولتی در درون قوه مجریه نیز برحسب مرجع تصویب آنها، تابع سلسله‌مراتب اداری است؛ یعنی مصوبات هیئت وزیران بر مصوبات پایین‌تر حاکم است؛ هرچند دیوان عدالت اداری سلسله‌مراتب قواعد درونی قوه مجریه را خارج از صلاحیت خود می‌داند^{۱۷} و مغایرت مقررات دولتی با یکدیگر موجب ابطال با عنوان مغایرت قانونی نمی‌شود. لیکن اگر مصوبه مقام مادون مغایر مصوبه مقام مافوق یا اینکه مصوبه وزیر مغایر با مصوبه هیئت وزیران باشد، به استناد اصل سلسله‌مراتب اداری، چون مقام مادون خارج از محدوده تعیین‌شده از سوی مقام مافوق اختیاری ندارد، در این گونه موارد، شکایت در خصوص ابطال مصوبه مقام مادون به جهت خروج از حدود اختیار، قابل استماع در دیوان عدالت اداری خواهد بود.

۱۳. مانند ابطال بخشنامه شماره ۵۳۶۵۵ مورخ ۱۳۷۱/۳/۲۴ وزیر وقت کار و امور اجتماعی طی رأی شماره ۱۸۷ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، با این استدلال که بخشنامه پیش‌گفته موجب ورود در قلمرو صلاحیت و اختیارات هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف و تشخیص و اظهار نظر و رأی آنها شده و خارج از حدود اختیارات وزارت کار در تصویب مقررات دولتی مربوط است. (ابوالفضل رنجبری، «بررسی وضعیت استخدامی کارگران شاغل در بخش عمومی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۵ (۱۳۹۱)، ص ۶۵).

۱۴. محمدرضا ویژه، پیشین، ص ۱۹۰.

۱۵. آرین پنتفت و احمد مرکز مالگیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری (تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۷)، ص ۱۹۵.

۱۶. محمدرضا ویژه، پیشین، ص ۱۸۹.

۱۷. غلامحسین مزارعی، پیشین، صص ۶۵-۶۶.

۲. شاخص‌های جهات ابطال مقررات دولتی در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری

با بررسی آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری، شاخص‌های مغایرت قانونی یا عدم صلاحیت و خروج از حدود اختیارات مرجع تصویب‌کننده، به‌عنوان مستند ابطال مقررات دولتی در این حوزه قابل شناسایی و استخراج است. این شاخص‌ها به شرحی که توضیح داده می‌شود، دارای موضوعیت بوده، مقامات اداری در وضع مقررات دولتی باید از آنها پیروی کنند و عدم رعایت آنها، ابطال مقررات مربوط را در دیوان عدالت اداری در پی خواهد داشت.

۲.۱. وضع قاعده آمره

در رویه قضایی دیوان عدالت اداری به قواعد حقوقی متضمن حق و تکلیف تحت عنوان قواعد آمره اشاره شده است که وضع آنها به قوه مقننه و مأذون از سوی قانون‌گذار اختصاص دارد^{۱۸} و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی است. لذا طبق رأی شماره ۴۵۳ مورخ ۲۶ بهمن ۱۳۸۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد ابطال ماده ۱۳ آیین‌نامه اصلاحی اجرای قانون ثبت علائم تجاری و اختراعات^{۱۹} در خصوص مدت اعتبار حقوق مکتسب قانونی و ایجاد حق اعتراض و تعیین مرجع رسیدگی جهت علامت ثبت‌شده برای محصولات، وضع قاعده آمره به مقنن اختصاص دارد. همچنین، برابر رأی شماره ۲۰۵ مورخ ۲ تیر ۱۳۸۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد ابطال ماده ۷۰ آیین‌نامه اجرایی قانون کارشناسان رسمی دادگستری^{۲۰}، وضع قاعده آمره که موجد یا

۱۸. آربن پتفت و احمد مرکز مالگیری، پیشین، ص ۲۳۲.

۱۹. ماده ۱۳ آیین‌نامه اصلاحی اجرای قانون ثبت علائم تجاری و اختراعات: «در صورتی که علامت ثبت‌شده برای محصولات مقرر در ماده یک قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب اول تیرماه ۱۳۱۰ ظرف مدت ۳ سال از تاریخ ثبت آن از طرف صاحب علامت یا قائم مقام یا نماینده قانونی او بدون عذر موجه مورد استفاده تجاری در ایران یا در خارجه قرارنگیرد هر ذینفعی می‌تواند ابطال آن را از دادگاه شهرستان تقاضا نماید».

۲۰. ماده ۷۰ آیین‌نامه اجرایی قانون کارشناسان رسمی دادگستری: «در تخلفات انتظامی که دو سال از تاریخ وقوع آن منقضی گردیده و تعقیب نشده باشد و یا دو سال از تاریخ آخرین اقدام انتظامی آن گذشته و منتهی به صدور حکم نشده، تعقیب موقوف خواهد شد».

سالب حق و تکلیف و الزامات و تعیین جرایم و تخلفات و نوع و میزان مجازات و تعیین موارد اسقاط مراحل تعقیب و مجازات و از مصادیق بارز قانون‌گذاری است، به قوه مقننه یا مقام مآذون از سوی قوه مقننه اختصاص دارد.

در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری نیز به صورت خاص، مقررات دولتی متضمن وضع قاعده آمره از سوی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری باطل شده است. در این خصوص می‌توان به ابطال ماده ۳۳ و تبصره‌های ۱ و ۲ آن ماده و همچنین بند «ز» ماده ۴۶ دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۴ آبان ۱۳۷۸ هیئت عالی نظارت اشاره کرد. طبق ماده ۳۳ دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری: «حداکثر مدت رسیدگی هر هیأت به پرونده متهم از تاریخ ارجاع یا وصول پرونده یا اعلام اتهام تا زمان صدور رأی سه ماه می‌باشد و هیأت‌ها موظفند ترتیبات لازم را در این زمینه اتخاذ نمایند». برابر تبصره ۱ این ماده: «در موارد خاص که رسیدگی نیازمند مدت بیشتری باشد، حداکثر یک ماه به مهلت مقرر در این ماده افزوده می‌گردد؛ لکن در این قبیل موارد، مراتب و ادله لازم باید حسب مورد به اطلاع نماینده موضوع ماده ۳۴ آیین‌نامه اجرایی برسد». مطابق تبصره ۲ ماده یادشده: «عدم رسیدگی هیأت‌ها در مهلت مقرر، سهل‌انگاری محسوب شده و موضوع بر اساس ماده ۲۲ قانون، قابل پیگیری خواهد بود». همچنین، حسب بند «ز» ماده ۴۶ دستورالعمل یادشده: چنانچه «رأی هیأت در خارج از مواعد و مهلت مقرر صادر شده باشد»، این امر یکی از موارد نقض یا ابطال آرای قطعی هیئت‌ها خواهد بود.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۲۰۴-۱۳۸۰/۶/۲۵، با موضوع شکایت و خواسته ابطال قسمتی از دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۴ آبان ۱۳۷۸ هیئت عالی نظارت قانون رسیدگی به تخلفات اداری، این چنین رأی داده است: «هرچند هیأت‌های بدوی و تجدیدنظر رسیدگی به تخلفات اداری موظفند، به تخلفات اداری مستخدمین دولت و تعیین تکلیف آنان به فوریت و در حداقل زمان ممکن رسیدگی و رأی مقتضی صادر کنند و به شرح ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب آذر ماه ۱۳۷۲، در صورت احراز هر یک از موارد مندرج در ماده مذکور از جمله کم‌کاری و سهل‌انگاری هیأت‌ها در امر رسیدگی و صدور رأی، حسب مورد ابطال تمام یا بعضی از آراء

صادره و یا انحلال هیأت‌های مزبور توسط هیأت عالی تجویز شده است؛ لیکن تعیین مدت معین و محدود علاوه بر اینکه همواره متضمن رعایت دقت در رسیدگی و صدور رأی مبتنی بر مقررات قانونی نمی‌باشد و انتساب سهل‌انگاری به اعضاء هیأت‌های مذکور و یا قابلیت نقض و ابطال آراء آنها، منحصرأً به لحاظ عدم صدور رأی در مدت معین بدون توجه قصور یا تقصیر موقعیت قانونی ندارد؛ اساساً وضع قاعدهٔ آمره در باب ضرورت رسیدگی به تخلفات اداری و صدور رأی در مدت معین و محدود و آثار مترتب بر تخطی از آن، از اختیارات خاص قانونگذار و یا مأذون از قبل مقنن بوده و از حدود اختیارات هیأت عالی نظارت خارج است؛ بنابراین، مادهٔ ۳۳ و تبصره‌های ۱ و ۲ آن ماده و همچنین بند (ز) مادهٔ ۴۶ دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۸/۸/۴ هیأت عالی نظارت، مستندأً به قسمت دوم مادهٔ ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد».

در این دادنامه، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری قسمتی از دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری را به دلیل خروج هیئت عالی نظارت از حدود اختیارات خود و وضع قاعدهٔ آمره در باب ضرورت رسیدگی به تخلفات اداری و صدور رأی در مدت معین و محدود و آثار مترتب بر تخطی از آن که از اختیارات خاص قانونگذار و یا مأذون از سوی مقنن می‌باشد، باطل کرده است. بنابراین، مقررات دولتی در حوزهٔ رسیدگی به تخلفات اداری همانند سایر حوزه‌های مرتبط با وضع این‌گونه مقررات نباید متضمن وضع قواعد آمره باشد؛ زیرا همان‌گونه که اشاره شد، این امر ورود به حوزهٔ تقنینی تلقی می‌شود.

۲.۲. تعیین مرجع رسیدگی به تخلفات اداری

هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، یک نهاد شبه قضایی محسوب می‌شوند. لذا با لحاظ رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۷۸۶-۲۴ به تاریخ دی ۱۳۹۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، مبنی بر اینکه مطابق قسمت اخیر اصل ۱۵۹ قانون اساسی، تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است، صلاحیت هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری نیز به موجب قانون ایجاد می‌شود و فصل مشترک معیار تعیین صلاحیت در مراجع قضایی و شبه قضایی این است که در همهٔ آنها صلاحیت به موجب قانون ایجاد می‌گردد.

مقتضای این اصل آن است که مرجع رسیدگی نباید وابسته به صلاحدید قوه مجریه باشد، بلکه باید از طریق قانون مصوب پارلمان تعیین گردد و به عبارت دیگر، تعیین صلاحیت مرجع رسیدگی باید به موجب قانون باشد.^{۲۱} بر این اساس، در دادگاه‌های اختصاصی اداری نیز تعیین صلاحیت مرجع رسیدگی باید به موجب قانون صورت گیرد و در این دادگاه‌ها، عدم صلاحیت محتاج دلیل نیست، بلکه صلاحیت آنان به نص قانونی نیاز دارد؛ به همین لحاظ، نصوص راجع به صلاحیت دادگاه‌های اختصاصی اداری در صورت تردید در میزان شمول مدلول آنها، مورد تفسیر مضیق قرار می‌گیرد.^{۲۲}

بنابراین، تعیین مراجع ذی‌صلاح به منظور رسیدگی به جرایم و تخلفات متعدد، مختص قانون‌گذار یا مآذون از طرف وی بوده و این امر اصولاً خارج از حدود اختیارات و صلاحیت‌های مقام اداری است و دیوان در آرای متعددی به این اصل صحه گذارده است.^{۲۳} ازجمله طبق بند «الف» رأی شماره ۴۳۶ مورخ ۲۵ شهریور ۱۳۸۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد ابطال بندهای ۱۰ و ۱۱ مصوبه چهل و سومین جلسه شورای اسلامی شهر تهران به تاریخ ۵ بهمن ۱۳۸۲:^{۲۴} «ب- عنایت مدلول احکام مقرر در اصل‌های ۳۶ و ۳۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و دو ماده ۲ و ۱۷ قانون مجازات اسلامی، تعیین انواع جرائم و مطلق تخلفات و میزان مجازات هر یک از آنها و همچنین تعیین مراجع ذیصلاح به

۲۱. علی خالقی و نجمه غفاری الهی کاشانی، «لزوم قانونی بودن مرجع رسیدگی در دادرسی کیفری»، پژوهش‌های دانش انتظامی، ش ۳ (۱۳۹۸)، صص ۲۴۰-۲۴۷.

۲۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۲ و ۳ (تهران: امیر کبیر، ۱۳۷۵)، ص ۳۹۶.

۲۳. علی مشهدی، «معیارهای تفکیک صلاحیت‌های دو قوه در رویه دیوان عدالت اداری»، اطلاع‌رسانی حقوقی، ش ۱۷ و ۱۸ (۱۳۸۸)، ص ۲۷.

۲۴. بندهای ۱۰ و ۱۱ موضوع اصلاحیه اخذ عوارض از اماکن تفریحی، فرهنگی و هنری در شهر تهران: «بند ۱۰- در صورتیکه هر یک از متصدیان و مجریان برگزارکننده برنامه‌های موضوع این مصوبه و همچنین موزه‌ها و تالارها، بلیط‌های فروخته‌شده را پس از راهنمایی مشتریان به سالن برنامه و نمایش، برای فروش مجدد به گیشه برگشت داده و یا از ته سوش بلیط استفاده نمایند و یا از مشتریان بدون ارائه بلیط وجهی دریافت نمایند و یا بلیط‌های ورودی خود را بیش از نرخ مصوب به فروش برسانند، در وهله اول به ازای هر نفر بیست برگ از همان بلیط توسط بازرسان اداره نمایشات شهرداری باطل گشته و بلیط‌های باطل شده جهت ضبط در پرونده به اداره نمایشات ارائه خواهد شد و در وهله دوم علاوه بر ابطال سی بلیط برای هر نفر متخلف، موافق موازین قانونی تحت پیگرد قرار خواهد گرفت و در صورت تکرار تخلف پروانه کسب آنها از طریق مراجع ذیربط ابطال خواهد شد. بند ۱۱- پس از بسته شدن گیشه فروش بلیط، مجریان و مسئولان برنامه‌های ذکرشده در مورد فوق به هیچ وجه حق پذیرش را نداشته و در صورت مشاهده، مشمول مقررات مندرج در بند ۱۰ خواهند بود».

منظور رسیدگی به جرائم و تخلفات مختلف و اعمال مجازات قانونی درباره مجرمین و متخلفین از وظایف اختصاصی قانونگذار است. بنابراین بندهای ۱۰ و ۱۱ مصوبه چهل و سومین جلسه شورای اسلامی شهر تهران مصوب ۱۳۸۲/۱۱/۵ که متضمن تعیین تخلفات اشخاص مذکور در آن مصوبه و اعمال مجازات درباره آنها و نتیجتاً ورود در قلمرو وظایف و اختیارات خاص قوه مقننه است، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات شورای اسلامی شهر تهران در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می‌شود و بندهای ۱۰ و ۱۱ مصوبه فوق‌الذکر مستنداً به قسمت دوم اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد.

در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری نیز دیوان عدالت اداری به تأسی از اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصول ۳۶ و ۳۷ قانون اساسی، نه تنها تعیین مجازات را برعهده قانون‌گذار می‌داند، بلکه تعیین تخلفات انتظامی و تعیین هرگونه قاعده در زمینه تخلفات و جرایم نظیر تعیین مرجع رسیدگی و مرور زمان تعقیب و رسیدگی را نیز در انحصار قانون‌گذار می‌شمرد^{۲۵}. بر این اساس، مطابق رأی شماره ۴۲۷ مورخ ۱۴ اسفند ۱۳۸۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تعیین مرجع رسیدگی به تخلفات اداری و تعیین تخلف و تنبیهات اداری، از اختیارات خاص قانون‌گذار و یا مأذون از سوی مقنن بوده، به همین علت تبصره ذیل ماده ۴۳ آیین‌نامه استخدام نظام بانکی دولتی باطل شده است. با این توضیح که طبق ماده ۹۰ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران: «به دولت اجازه داده می‌شود حداکثر طی مدت شش ماه پس از تصویب این قانون، آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و ضوابط اداری، استخدامی و انضباطی خاص نظام بانکی را در چارچوب اساسنامه‌های بانکها و در جهت توسعه و بهبود کیفیت ارائه خدمات و رقابتی کردن فعالیت سیستم بانکی براساس پیشنهاد مشترک مجمع عمومی بانکها و سازمان امور اداری و استخدامی کشور به تصویب رسانده و اجراء نماید».

هیئت وزیران به استناد ماده ۹۰ قانون برنامه سوم توسعه، آیین‌نامه استخدامی نظام بانکی دولتی را به موجب مصوبه شماره ۵۷۵۲۹/ت/۲۴۱۷۴ هـ مورخ ۱۴ اسفند ۱۳۷۹

۲۵. غلامحسین مزارعی، پیشین، ص ۱۰۴

به تصویب رسانده است که برابر تبصره ماده ۴۳ آیین نامه یادشده: «رسیدگی به تخلفات اداری، تشخیص تخلف و تعیین تنبیهات اداری در بانکها و بانک مرکزی طبق دستورالعملی خواهد بود که به پیشنهاد هیأت مدیره و یا هیأت عامل بانک حسب مورد به تصویب شورای عالی بانکها و شورای پول و اعتبار می رسد».

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طی بند «الف» دادنامه شماره ۴۲۷ به تاریخ ۱۴ اسفند ۱۳۸۰، با موضوع ابطال تبصره ذیل ماده ۴۳ آیین نامه استخدام نظام بانکی دولتی، چنین رأیی صادر کرده است: «حکم مقرر در ماده ۹۰ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مفید جواز تدوین و تصویب آیین نامه ها و دستورالعمل ها و ضوابط اداری، استخدامی و انضباطی خاص نظام بانکی است و چون تعیین مرجع رسیدگی به تخلفات انضباطی، خاص بانکی و میزان مجازات اداری مرتکبین تخلفات مزبور از مقوله عنوانین مقرر در ماده مذکور نیست و به صراحت ماده ۱۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۹/۷، کارکنان بانکها نیز مشمول قانون اخیرالذکر شناخته شده اند و رسیدگی به مطلق تخلفات اداری آنان به هیأت های رسیدگی به تخلفات اداری محول شده و مجازات های اداری نیز در ماده ۹ این قانون معین گردیده است؛ بنابراین، تبصره ماده ۴۳ آیین نامه استخدامی نظام بانکی که رسیدگی به تخلفات اداری، تشخیص تخلف و تعیین تنبیهات اداری در بانکها و بانک مرکزی را طبق دستورالعمل مصوب شورای عالی بانکها و شورای پول و اعتبار اعلام داشته است، مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می گردد...».

در مورد دیگری، بر اساس تصمیم هیئت عالی نظارت، موضوع بخشنامه شماره ۲۶۷۴۵۱ مورخ ۲۶ مرداد ۱۳۹۹ سازمان اداری و استخدامی کشور، مقرر گردیده است: «در مواردی که افراد با قراردادهای موضوع قانون کار در سمت های اداری یا مدیریتی به کار گرفته می شوند، چنانچه در خصوص مسئولیت های مذکور، مرتکب تخلف یا تخلفات اداری موضوع ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری شوند، مرجع صالح رسیدگی به تخلفات اداری آنان، هیأت رسیدگی به تخلفات اداری دستگاه اجرایی محل خدمت بوده که حسب

قانون رسیدگی به تخلفات اداری به اتهامات آنها رسیدگی خواهد شد».

بخشنامه شماره ۲۶۷۴۵۱ به تاریخ ۲۶ مرداد ۱۳۹۹ سازمان اداری و استخدامی کشور در ایجاد صلاحیت برای هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری جهت رسیدگی به تخلفات مشمولان قانون کار، ورود به حوزه تقنینی محسوب می‌شود و این امر اصولاً خارج از حدود اختیارات و صلاحیت‌های مقام اداری است. زیرا صلاحیت هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری بر اساس نص ماده ۱۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری محدود به رسیدگی به تخلفات کارمندان و این اصل است که هیئت رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان صرفاً صلاحیت رسیدگی به تخلفات انضباطی کارکنان دولت را دارد^{۲۶} و صلاحیت این هیئت‌ها در رسیدگی به تخلفات مشمولان قانون کار محتاج به نص قانونی است و با بخشنامه چنین صلاحیتی ایجاد نمی‌شود. زیرا بخشنامه‌ها جنبه اعلامی داشته، همیشه شارح بوده‌اند، نه مؤسس^{۲۷}. از آنجا که بخشنامه مورد اشاره جنبه مؤسس و تعیین‌کننده مرجع رسیدگی به تخلفات مشمولان قانون کار را دارد، این امر از وظایف اختصاصی قانون‌گذار و مستلزم پیش‌بینی آن از سوی مقنن و از حدود اختیارات سازمان اداری و استخدامی کشور خارج است.

لذا هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۱۳۲۴-۱۳۲۵ به تاریخ ۱۲ مرداد ۱۴۰۰ با موضوع شکایت و خواسته ابطال بخشنامه شماره ۲۶۷۴۵۱ مورخ ۲۶ مرداد ۱۳۹۹ سازمان اداری و استخدامی کشور، بخشنامه یادشده را به شرح زیر باطل اعلام کرده است: «ولاً: براساس ماده ۱۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب سال ۱۳۷۲: «... مشمولان قانون استخدام نیروهای مسلح و غیرنظامیان ارتش و نیروهای انتظامی، قضات، اعضای هیأت‌های علمی دانشگاهها و مؤسسات آموزش عالی و مشمولان قانون کار از شمول این قانون خارج بوده و تابع مقررات مربوط به خود خواهند بود» و در نتیجه بر مبنای حکم فوق، مشمولین قانون کار علی‌الاطلاق از شمول مقررات قانون رسیدگی به تخلفات اداری خارج هستند. ثانیاً: به موجب ماده ۲۷ قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹: «هرگاه کارگر در

۲۶. مهدی هداوند و مسلم آقای طوق، *دادگاه‌های اختصاصی اداری*، (تهران: انتشارات خرسندی، تهران، چ ۳، ۱۳۹۶)، ص ۱۲۲.

۲۷. محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، صص ۲۸-۲۹.

انجام وظایف محوله قصور ورزد و یا آیین‌نامه‌های انضباطی کارگاه را پس از تذکرات کتبی نقض نماید، کارفرما حق دارد، در صورت اعلام نظر مثبت شورای اسلامی کار علاوه بر مطالبات و حقوق معوقه، به نسبت هر سال سابقه کار معادل یک ماه آخرین حقوق کارگر را به عنوان حق سنوات به وی پرداخته و قرارداد کار را فسخ نماید. در واحدهایی که فاقد شورای اسلامی کار هستند، نظر مثبت انجمن صنفی لازم است و در هر مورد از موارد یاد شده اگر مسأله با توافق حل نشد، به هیأت تشخیص ارجاع و در صورت عدم حل اختلاف، از طریق هیأت حل اختلاف رسیدگی و اقدام خواهد شد. در مدت رسیدگی مراجع حل اختلاف، قرارداد کار به حالت تعلیق درمی‌آید». بنا به مراتب فوق و با عنایت به اینکه رسیدگی به تخلفات مشمولین قانون کار قابل طرح در هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری نیست و باید از طریق ساز و کار قانونی مقرر در ماده ۲۷ قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹ مورد رسیدگی قرار گیرد، بنابراین بخشنامه شماره ۲۶۷۴۵۱-۱۳۹۹/۵/۲۶ سازمان اداری و استخدامی کشور که متضمن رسیدگی هیأت رسیدگی به تخلفات اداری به تخلفات افرادی است که با قراردادهای موضوع قانون کار در سمت‌های اداری یا مدیریتی اشتغال دارند، خلاف قانون و خارج از حدود اختیار است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».

۳. تعیین ضوابط رسیدگی به تخلفات اداری

تعیین ضوابط عنوان عامی است که شامل مواردی از قبیل تعیین معیارها و مقررات نیز می‌شود. شورای نگهبان در نظریه‌های متعدد خود به این نکته اشاره کرده است که تعیین ضوابط، امر تقنینی محسوب می‌شود.^{۲۸} همچنین، تعیین نوع تخلفات صنفی و حرفه‌ای، نوع و میزان مجازات‌های انتظامی و نحوه رسیدگی به آنها و اجرای احکام مربوطه، جزء مصادیق امر قانون‌گذاری است.^{۲۹}

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در موارد زیر مقررات مورد شکایت را به دلیل تعیین ضوابط رسیدگی به تخلفات اداری باطل اعلام کرده است.

۲۸. مسلم آقایی طوق، پیشین، ص ۱۱.

۲۹. نظریه مورخ ۱۳۷۴/۶/۲۹ شورای نگهبان در خصوص طرح تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران.

۳. ۱. مناط عمل قرار دادن تشخیص هیئت‌ها در خصوص ارائه یا عدم ارائه اسناد طبقه‌بندی شده

به موجب ماده ۱۷ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری: «هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری موظفند پس از انجام بررسی‌های لازم، موارد اتهام را به طور کتبی به کارمند ابلاغ و پس از آن، ده روز مهلت برای دفاع کارمند منظور کنند. این هیأت‌ها در صورت تقاضای کارمند، مدارک لازم را در اختیار وی قرار می‌دهند». همچنین، طبق تبصره ۱ ماده ۱۹ دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری: «هیأت رسیدگی‌کننده، در صورت تقاضای کارمند یا نماینده او (با در دست داشتن وکالت‌نامه از دفاتر اسناد رسمی)، باید مدارک لازم را در اختیار وی قرار دهد. در خصوص اسناد طبقه‌بندی شده، تشخیص هیأت مناط عمل خواهد بود».

عبارت ذیل تبصره ۱ ماده ۱۹ دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری مبنی بر «در خصوص اسناد طبقه‌بندی شده، تشخیص هیأت مناط عمل خواهد بود»، به موجب دادنامه شماره ۳۵۰ به تاریخ ۲۸ تیر ۱۳۸۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری باطل گردیده است. مطابق این رأی: «قانونگذار به موجب ماده ۲۷ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲، تهیه آیین‌نامه اجرایی قانون مزبور از جمله قواعد مربوط به آیین دادرسی در هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری را به عهده سازمان امور اداری و استخدامی کشور و تصویب آن را به عهده هیأت وزیران محول کرده است و هیأت وزیران با تصویب آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور، تکلیف هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری را در این زمینه مشخص ساخته است. بنابه مراتب فوق‌الذکر و اینکه وظایف هیأت عالی نظارت در خصوص نظارت و ایجاد هماهنگی بین هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و بررسی آراء آنها و ابطال تمام یا جزئی از آراء مذکور و یا انحلال برخی از هیأت‌ها با رعایت قانون، ملازمه‌ای با وضع مقررات مربوط به آیین دادرسی در هیأت‌ها ندارد؛ اساساً اصول مسلم حقوقی و هدف قانونگذار، مبین ضرورت اطلاع متهم از جزئیات اتهامات منتسبه و دلایل و مدارک مثبت آن به منظور امکان دفاع است. بنابه جهات فوق‌الذکر، قسمت اخیر تبصره یک ماده ۱۹ دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری که تشخیص هیأت را در مورد ارائه یا عدم ارائه اسناد

طبقه‌بندی شده به عهده هیأت‌ها گذاشته و این قسمت مورد اعتراض قرار گرفته است، خلاف قانون تشخیص داده می‌شود و مستنداً به قسمت دوم اصل ۱۷۰ قانون اساسی و ماده یک و بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد».

۳.۲. مخالفت رسیدگی به اتهامات مستخدمان متوفی با موازین قانونی و منطق قضایی

طبق ماده ۲۹ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۶ خرداد ۱۳۶۶: «هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری در موارد زیر می‌توانند از مراجع قضایی مربوط یا وزارت اطلاعات، استعلام نظر نمایند و سپس با احراز موضوع تخلف □ رأی بر انفصال دائم کارمند از خدمات دولتی بدهند: ۱- عضویت در تشکیلات فراماسونری. ۲- عضویت در یکی از فرق ضاله که خارج از اسلام شناخته شده‌اند. ۳- مأمورین و منابع ساواک که فعالیت یا گزارش ضد مردمی داشته‌اند. ۴- عضویت در سازمان‌هایی که مرامنامه آنها مبتنی بر نفی ادیان الهی است و یا طرفداری و فعالیت مؤثر به نفع آنها. ۵- عضویت در گروه‌های محارب یا طرفداری و فعالیت مؤثر به نفع آنها». برابر تبصره ۳ این ماده: «در خصوص تخلفات مذکور در این ماده، فوت متهم مانع از رسیدگی و صدور رأی و اجرای آن نخواهد بود؛ لیکن در مورد سایر تخلفات مذکور در قانون که برای آنها مجازاتی غیر از انفصال دائم پیش‌بینی شده باشد، فوت کارمند موجب توقف رسیدگی و صدور رأی می‌گردد و در صورتی که کارمند در طول تحمل مجازات‌های کسر حقوق و مزایا، انفصال موقت و همچنین مجازات تنزل گروه و پایه (بر اساس مقررات سابق) فوت شود؛ اعمال مجازات‌های مذکور متوقف می‌گردد و وضعیت استخدامی کارمند از زمان فوت به حالت قبل از تعیین مجازات اعاده خواهد گردید. حکم این ماده، مانع از ارسال پرونده به مراجع قضایی در مورد جرائم عمومی نخواهد بود».

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۱۲۰ مورخ ۹ اسفند ۱۳۷۰، تبصره ۳ ماده ۲۹ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری را باطل اعلام کرده است. طبق این دادنامه: «علاوه بر اینکه علی‌الاطلاق، قانون رسیدگی به تخلفات اداری شامل مستخدمینی است که در قید حیات می‌باشند و رسیدگی به اتهامات مستخدمین

متوفی که امکان دفاع و اعتراض به تصمیمات و آراء قابل شکایت برای آنها متصور نیست، خلاف موازین قانونی و منطق قضایی می‌باشد؛ به هر تقدیر، تصریح تبصره ۳ ماده ۲۹ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری (درخصوص تخلفات مذکور در ماده ۲۹، فوت متهم مانع از رسیدگی و صدور رأی و اجرای آن نخواهد بود) محتاج نص قانونی است و از حدود اختیارات قوه مجریه در امر آیین‌نامه‌نویسی خارج می‌باشد؛ لذا در اجرای ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری، قسمت اول تبصره مذکور ابطال می‌گردد».

دادنامه یادشده با هدف رسیدگی به تخلف که اعمال مجازات اداری در مورد مستخدم متخلف است، انطباق دارد؛ زیرا در حقوق اداری نیز اصل بر شخصی بودن تنبیه اداری و مسئولیت اداری است^{۳۰} و بر این اساس، مجازات‌های اداری صرفاً در مورد شخص محکوم‌علیه قابل اجراست و با فوت شخص محکوم‌علیه موضوعیت خود را ازدست می‌دهد و اگر ادامه یابد درحقیقت افرادی مجازات می‌شوند که از وراث او بوده و هیچ نقشی در موضوع حکم نداشته‌اند و این امر خلاف اصول حقوقی است^{۳۱}. بر این اساس، تبصره ۳ ماده ۲۹ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری در تصریح رسیدگی به اتهامات مستخدمان متوفی، به دلیل خروج از حدود اختیارات قوه مجریه و مخالفت با موازین قانونی و منطق قضایی، به موجب دادنامه پیش گفته باطل شده است^{۳۲}.

۴. تعیین تخلف و تعیین تنبیهات اداری

تعیین تخلف و تنبیهات اداری مطابق آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شرح زیر، مختص قانون‌گذار یا مأذون از طرف وی بوده، این امر اصولاً خارج از حدود اختیارات و

۳۰. محمدرضا ویژه و مهناز فرید، «همگرایی یا واگرایی موجبات سقوط پاسخ های تنبیهی در حقوق کیفری و اداری بررسی تطبیقی نظام حقوقی ایران و فرانسه»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۴ (۱۴۰۰)، ص ۲۱۰.

۳۱. محمد نکویی، *نگرشی نو و تحلیلی بر قانون رسیدگی به تخلفات اداری*، (تهران: انتشارات افق اندیشه، چ ۱، ۱۳۹۲)، ص ۷۸.
۳۲. در حال حاضر طبق ماده ۳۱ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری، فوت متهم موجب توقف رسیدگی و صدور رأی می‌شود و در صورتی که کارمند در طول تحمل مجازات‌های بندهای «ج»، «د» و «ز» ماده ۹ قانون فوت شود، اعمال مجازات‌های یادشده، متوقف شده و حالت استعدامی کارمند از زمان فوت به حالت قبل از تعیین مجازات اعاده می‌شود. طبق تبصره این ماده، در صورتی که مستخدمی به استناد ماده ۱۷ قانون اخراج شده باشد و بعد از اعتراض به حکم یادشده و قبل از رسیدگی از سوی هیئت تجدیدنظر فوت کند، آثار حکم اخراج، زایل و کارمند به حالت قبل از تعیین مجازات اعاده می‌شود.

صلاحیت‌های مقام اداری تلقی شده است.

۴. ۱. اختصاص وظیفه تعیین انواع تخلفات و میزان مجازات هریک از آنها به قانون‌گذار

در آرای شماره ۴۳۶ مورخ ۲۵ شهریور ۱۳۸۶ و ۴۲۷ مورخ ۱۴ اسفند ۱۳۸۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، به ترتیب در مورد ابطال بندهای ۱۰ و ۱۱ مصوبه چهل و سومین جلسه شورای اسلامی شهر تهران و ابطال تبصره ذیل ماده ۴۳ آیین‌نامه استخدام نظام بانکی دولتی که توضیح آنها گذشت، تعیین انواع تخلفات و میزان مجازات هریک از آنها، از وظایف اختصاصی قانون‌گذار تلقی شده و مقررات مورد شکایت به دلیل مغایرت با قانون و خارج بودن از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی باطل گردیده است.

۴. ۲. غیرقانونی بودن محرومیت کارکنان از پاداش تشویقی به صرف محکومیت

معاون کل وزارت امور اقتصادی و دارایی طی بخشنامه ۷۶۶/م مورخ ۲۴ خرداد ۱۳۷۳، به استناد بندهای ۱۹ و ۲۰ دستورالعمل ۴۲۱/م به تاریخ ۲۱ اردیبهشت ۱۳۷۳ وزیر امور اقتصادی و دارایی مقرر داشته است: «کسانی که جرایم آنها در هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری یا مراجع ذی‌صلاح به اثبات رسیده است از تاریخ محکومیت از دریافت پاداش محروم می‌گردند».

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، طی دادنامه شماره ۵۷ به تاریخ ۲ تیر ۱۳۷۵، بخشنامه یادشده را در مورد محروم کردن کارکنان از پاداش تشویقی به صرف محکومیت اداری باطل کرده است. به موجب این دادنامه: «چون به حکم ماده ۲۱۷ قانون مالیات‌های مستقیم، هزینه یک درصد از وصول مالیات‌ها و جرایم در موارد خاص از جمله پرداخت پاداش به منظور تشویق کارکنانی که در امر وصول مالیات فعالیت مؤثر نمایند، تجویز شده است، محرومیت این قبیل کارکنان به صرف محکومیت اداری جواز قانونی ندارد و بدین جهت، بندهای ۱۹ و ۲۰ بخشنامه محرمانه شماره ۴۲۱/م - ۷۳/۲/۲۱ وزارت امور اقتصادی و دارایی، به لحاظ عدم انطباق با هدف قانونگذار از حکم مقرر در ماده فوق‌الذکر، مغایر ماده مزبور شناخته می‌شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال

می‌گردد».

مستفاد از تبصره ۳ ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، آرای هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، تنها در محدوده مجازات‌های اداری معتبر است و باید از تفسیر موسع و تسری آثار محکومیت‌های اداری به سایر موضوعات اداری با تعیین شاخص‌ها و معیارهای غیرمنطبق با قانون اجتناب کرد.

۳.۴. غیرقانونی بودن تعیین حقوق مبنای سال قبل از اجرایی‌شدن قانون مدیریت خدمات کشوری به‌عنوان مبنای پرداخت حقوق اشخاص بازخرید شده

یکی از مجازات‌های پیش‌بینی شده در بند «ح» ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، بازخرید خدمت با کمتر از ۲۰ سال سابقه خدمت دولتی در مورد مستخدمان زن و کمتر از ۲۵ سال سابقه خدمت دولتی در مورد مستخدمان مرد با پرداخت ۳۰ تا ۴۵ روز حقوق مبنای مربوط در قبال هر سال خدمت به تشخیص هیئت صادرکننده رأی است.

در بند «ح» ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، حقوق مبنای برای تعیین حقوق اشخاص محکوم به مجازات بازخریدی ملاک محاسبه قرار گرفته است. با توجه به اینکه حقوق مبنای مورد استفاده در قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲، برای تعیین حقوق اشخاص محکوم به مجازات بازخریدی، به حقوق مبنای منطبق با قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت ارجاع داده شده است و در قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، حقوق مبنای جایگاهی ندارد، طبق بند ۲ بخشنامه شماره ۳۴۰۸۸/۱۷/۲۰۰ مورخ ۱۰ تیر ۱۳۸۸ دبیرخانه هیئت عالی نظارت، مقرر شده است: تنبیه اداری مندرج در بند «ح» در مورد محکومیت افراد به این مجازات، حسب مورد برابر با ۳۰ تا ۴۵ روز حقوق مبنای مربوط در قبال هر سال خدمت به تشخیص هیئت صادرکننده رأی، طبق آخرین حکم کارگزینی قبل از تطبیق با قانون مدیریت خدمات کشوری به آنان پرداخت گردد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، طی دادنامه شماره ۱۲۸ مورخ ۸ خرداد ۱۳۹۱، بند ۲ بخشنامه یادشده را مغایر حکم قانون‌گذار تشخیص داده و آن را باطل کرده است. طبق این رأی: «هرچند در ماده ۹۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، رسیدگی به تخلفات کارکنان

دستگاه‌های اجرایی و تعیین مجازات بر طبق قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب سال ۱۳۷۲ مقرر شده است؛ لیکن از آنجا که در بند (ح) ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، بازخرید خدمت در صورت داشتن کمتر از ۲۰ سال سابقه دولتی در مورد مستخدمان زن و کمتر از ۲۵ سال سابقه خدمت دولتی در مورد مستخدمان مرد با پرداخت ۳۰ تا ۴۵ روز حقوق مبنای مربوط در قبال هر سال خدمت به تشخیص هیأت صادرکننده رأی اعمال می‌شود و در قانون مدیریت خدمات کشوری، حقوق مبنای جایگاهی ندارد؛ بنابراین، بند ۲ بخشنامه مورد اعتراض از این حیث که به منظور پرداخت حقوق اشخاص بازخرید شده در اجرای بند (ح) ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری را در زمان لازم‌الاجرا شدن فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری، حقوق مبنای سال قبل از اجرایی شدن قانون مذکور مقرر کرده است؛ مغایر حکم قانونگذار تشخیص داده می‌شود و به استناد بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود».

۴.۴. غیرقانونی بودن ممنوعیت کلی به کارگیری کارمندان پس از طی دوران محکومیت اداری

سازمان ثبت اسناد و املاک کشور طی بخشنامه شماره ۲۱۵۰۹/۹۰ مورخ ۲ دی ۱۳۹۰ مقرر کرده است: «با عنایت به این موضوع که تعدادی از کارکنان سازمان در هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و مراجع قضایی پرونده مطروحه دارند و به حکم آراء صادره منفک از خدمت و در حال گذراندن محکومیت‌های مقرر شده و می‌بایست پس از پایان دوران محکومیت (تعلیق، انفصال، آماده به خدمت و...) به خدمت اعاده گردند، مقتضی است با هماهنگی ادارات کل ثبت اسناد و املاک استانها ترتیبی اتخاذ نمایید تا این قبیل کارکنان به هیچ عنوان در محل و پست مورد تصدی قبل از دوران محکومیت، به کار گماری نشوند. مسئولیت حسن اجرای این دستور با اداره کل امور نیروی انسانی و ادارات کل ثبت اسناد و املاک استانها می‌باشد».

طبق دادنامه شماره ۸۰۸ مورخ ۲۳ آبان ۱۳۹۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع شکایت و خواسته ابطال بخشنامه یادشده: «در قانون رسیدگی به تخلفات اداری انواع تخلفات اداری و مجازات‌های مربوط توسط مقنن تعیین و احصاء شده است. نظر به

اینکه ممنوعیت کلی به‌کارگیری کارمندانی که دوران محکومیت خود را مطابق آراء صادره از مراجع قضایی یا هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری سپری کرده‌اند، نوعی مجازات تلقی می‌شود که نیاز به إذن مقنن یا مقام مأذون از قبل وی دارد، بنابراین بخشنامه مورد شکایت که متضمن ممنوعیت یادشده می‌باشد، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات مرجع تصویب تشخیص شد و به استناد بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».

در مباحث پیشین اشاره شد که تعیین نوع و میزان مجازات و اجرای احکام مربوطه جزء مصادیق امر قانون‌گذاری است^{۳۳} و در قانون رسیدگی به تخلفات اداری انواع مجازات‌های مربوط از سوی مقنن تعیین و احصا شده است. پس اعمال مجازات‌های اداری نیز مختص به قانون‌گذار یا مأذون از طرف وی بوده و این امر اصولاً خارج از صلاحیت‌های مقام اداری است. لذا طبق دادنامه شماره ۸۰۸ مورخ ۲۳ آبان ۱۳۹۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ممنوعیت کلی به‌کارگیری کارمندانی که دوران محکومیت خود را مطابق آرای صادره از مراجع قضایی یا هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری سپری کرده‌اند، نوعی مجازات تلقی می‌شود که نیاز به إذن مقنن یا مقام مأذون از جانب وی دارد.

۴.۵. غیرقانونی بودن تغییر محل جغرافیایی خدمت کارمند بدون رعایت شرایط و ضوابط

تغییر جغرافیایی محل خدمت کارمندان از حیث مقتضیات و مصالح اداری، در صورت اجتماع شرایط و عوامل مؤثر در این زمینه، از اختیارات مدیریت متبوع تلقی می‌شود و مغایرتی با مقررات قانونی ندارد. عدم تنزل طبقه و رتبه شغلی از جمله شرایط و عوامل مؤثر در تغییر محل جغرافیایی خدمت کارمند، بر اساس مقتضیات و مصالح اداری با تشخیص مدیریت متبوع مستخدم است. در این صورت، تغییر محل جغرافیایی خدمت کارمند با مواد ۹ و ۱۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری و سایر قوانین مغایرتی ندارد^{۳۴}. همچنین، تغییر جغرافیایی محل خدمت کارمندان به تقاضا یا رضایت آنان از دیگر شرایط و عوامل مؤثر در

۳۳. نظریه مورخ ۱۳۷۴/۶/۲۹ شورای نگهبان در خصوص طرح تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران.

۳۴. دادنامه شماره ۷۵-۱۳۹۵/۵/۱۷ هیئت تخصصی اداری دیوان عدالت اداری

این زمینه است^{۳۵} و نمی‌تواند راساً از جانب اداره انجام شود^{۳۶}. لذا در صورت پیش‌بینی لزوم أخذ موافقت مستخدم برای تغییر محل جغرافیایی خدمت به شهرستان دیگر، مقررات متضمن این شرط، قابل ابطال نیست^{۳۷}.

در غیر موارد یادشده، تغییر محل جغرافیایی خدمت مستخدم دولت به موجب بند «ه» ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، در زمره مجازات‌های اداری قلمداد شده و اعمال آن درباره مستخدمان خاطی منوط به صدور رأی قطعی از طرف هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری است. بنابراین، اعمال اختیار مدیریت در جهت تغییر محل خدمت مستخدم متخلف به منظور تنبیه او با عنایت به محدودیت اختیارات مدیریت در اعمال مجازات‌های اداری به شرح ماده ۱۲ قانون یادشده، وجاهت قانونی ندارد^{۳۸}.

در ماده ۱۹ آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۲۱ و ماده ۱۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب وزیران عضو کمیسیون امور اجتماعی و دولت الکترونیک، پیش‌بینی شده است که «با توجه به مفاد تبصره (۴) ماده (۴۵) قانون، تغییر محل جغرافیایی خدمت کارمندان رسمی در واحدهای تشکیلاتی دستگاه در سطح کشور، با توجه به مصالح اداری و نیاز دستگاه اجرایی، از اختیارات دستگاه اجرایی ذی‌ربط است».

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۶۱۴۶۱۵ مورخ ۶ آذر ۱۳۹۱، مصوبه یادشده را مغایر قوانین تشخیص داده و آن را باطل اعلام کرده است. طبق این رأی: «نظر به اینکه در تبصره ۴ ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب سال ۱۳۸۶، تعیین محل خدمت کارمندان رسمی به عهده دستگاه اجرایی ذی‌ربط محول شده است و تعیین محل خدمت، منصرف از تغییر محل جغرافیایی خدمت می‌باشد و در بند ه ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت مصوب سال ۱۳۷۲، تغییر محل جغرافیایی خدمت از جمله مجازات‌های اداری احصاء شده است که در فرض ارتکاب یکی از تخلفات

۳۵. دادنامه شماره ۴۱۲-۱۳۸۱/۱۱/۱۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

۳۶. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۱۰۲۰۶۲ شعبه ۲۱ بدوی دیوان عدالت اداری

۳۷. دادنامه شماره ۱۳۹۷/۱/۲۹-۹۷۰۹۹۷۰۹۰۶۰۰۰۱۲۱ هیئت تخصصی اداری و استخدامی

۳۸. دادنامه شماره ۴۱۲-۱۳۸۱/۱۱/۱۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

اداری، تحت شرایط و ضوابطی قابل اعمال خواهد بود؛ بنابراین، ماده ۱۹ آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۲۱ و ماده ۱۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری موضوع مصوبه شماره ۴۴۲۹۵/۲۰۴۶۱ - ۱۳۸۹/۱/۳۱ وزیران عضو کمیسیون امور اجتماعی و دولت الکترونیک، مغایر قوانین یاد شده است و به استناد بند ۱ ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری، حکم به ابطال آن صادر و اعلام می‌شود».

همچنین، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۹۳۷ مورخ ۲۱ اسفند ۱۳۹۱، بند ۴ تصویب‌نامه شماره ۴۵۰۱۷/۹۶۷۸۵ مورخ ۳ مرداد ۱۳۸۹ وزیران عضو کارگروه انتقال کارکنان دولت^{۳۹} و بند ۱۲ تصمیم شماره ۱۵۲۰۳۸/ت/۴۵۳۳۶ مورخ ۷ مهر ۱۳۸۹ نمایندگان ویژه رئیس‌جمهور در کارگروه انتقال کارکنان دولت از تهران^{۴۰} را به دلیل رعایت نشدن جهات مذکور باطل کرده است که به موجب آن: نظر به اینکه مطابق بند «ه» ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت مصوب سال ۱۳۷۲، تغییر محل جغرافیایی خدمت از جمله مجازات‌های اداری احصا شده است که در پی ارتکاب تخلف از سوی کارمند و احراز آن از جانب هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری اعمال می‌شود و حکم مقرر در تبصره ۴ ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری^{۴۱} مصوب سال ۱۳۸۶، ناظر بر تعیین محل خدمت و شغل مورد تصدی کارمندان دولت در بدو استخدام است و تغییر بعدی محل خدمت و شغل مورد تصدی کارمند از سوی دولت و بدون ارتکاب تخلف اداری و یا رضایت مستخدم برای دستگاه اجرایی مجاز نیست. بنابراین، بند ۴ تصویب‌نامه وزیران عضو کارگروه انتقال کارکنان دولت از تهران، به شماره ۴۵۰۱۷/۹۶۷۸۵ مورخ ۳ مرداد

۳۹. بند ۴ تصویب‌نامه شماره ۴۵۰۱۷/۹۶۷۸۵ مورخ ۱۳۸۹/۵/۳ وزیران عضو کارگروه انتقال کارکنان دولت: «نیروهای شاغل در دستگاه‌های اجرایی مستقر در تهران که در کرج و سایر شهرستانهای استان تهران ساکن هستند، توسط دستگاه‌های اجرایی با هماهنگی معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور به محل سکونت خود منتقل شوند».

۴۰. بند ۱۲ تصمیم شماره ۱۵۲۰۳۸/ت/۴۵۳۳۶ مورخ ۱۳۸۹/۷/۷ نمایندگان ویژه رئیس‌جمهور در کارگروه انتقال کارکنان دولت از تهران: «در اجرای بند (۴) تصمیم‌نامه شماره ۴۵۰۱۷/۹۶۷۸۵ به تاریخ ۱۳۸۹/۵/۳، دستگاه‌های اجرایی مکلفند نسبت به انتقال کارکنان شاغل در تهران که ساکن کرج و سایر شهرستانهای استان تهران هستند، ظرف ده روز اقدام و نتیجه را به معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور گزارش نمایند، در غیر این صورت، معاونت یادشده رأساً تا قبل از انقضای شهریور ماه این موضوع را عملیاتی کند».

۴۱. تبصره ۴ ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری: «تعیین محل خدمت و شغل مورد تصدی کارمندان پیمانی در پیمان‌نامه مشخص می‌گردد و در مورد کارمندان رسمی به عهده دستگاه اجرایی ذی‌ربط می‌باشد».

۱۳۸۹ و بند ۱۲ تصمیم نمایندگان ویژه رئیس‌جمهور در کارگروه انتقال کارکنان دولت به شماره ۱۵۲۰۳۸/ت۴۵۳۳۶ن به تاریخ ۷ مهر ۱۳۸۹ که در آنها انتقال محل خدمت کارکنان از تهران بدون رعایت جهات پیش‌گفته مقرر شده، مغایر قانون است و مستند به بند ۱ ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری حکم به ابطال آنها صادر و اعلام می‌شود.

در نتیجه، برابر آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تغییر محل جغرافیایی خدمت از جمله مجازات‌های اداری احصا شده است که در فرض ارتکاب یکی از تخلفات اداری، تحت شرایط و ضوابطی قابل اعمال خواهد بود و تغییر بعدی محل خدمت و شغل مورد تصدی کارمند از سوی دولت، بدون اجتماع شرایط و عوامل مؤثر در این زمینه و بدون ارتکاب تخلف اداری و یا رضایت مستخدم مغایر قانون است.

۵. واگذاری وظیفه تصویب آیین‌نامه به هیئت عالی نظارت

واگذاری وظیفه تصویب آیین‌نامه مربوط به چگونگی کار هیئت عالی نظارت به هیئت یادشده، به استناد تبصره ماده ۳۷ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری^{۴۲} به موجب رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات تلقی شده است. زیرا هیئت عالی نظارت، موضوع ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، به موجب ماده قانونی یادشده، شأن نظارتی دارد^{۴۳} و به منظور نظارت بر حسن اجرای این قانون در دستگاه‌های مشمول و برای ایجاد هماهنگی در کار هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری تشکیل می‌شود. لذا تصویب آیین‌نامه مربوط به چگونگی کار هیئت عالی نظارت از سوی هیئت یادشده، خارج از حدود اختیارات هیئت عالی نظارت، و واگذاری این وظیفه نیز مغایر قانون است و به همین علت، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۳۰۵۱ مورخ اول بهمن ۱۳۹۸، تبصره ذیل ماده ۳۷ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری را باطل کرده است. طبق این رأی: «بر اساس تبصره ماده ۳۷ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری، تصویب آیین‌نامه مربوط به چگونگی کار هیأت

۴۲. تبصره ماده ۳۷ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری: آیین‌نامه مربوط به چگونگی کار هیئت عالی نظارت به

تصویب هیئت یادشده می‌رسد.

۴۳. محمد نکوتی، پیشین، ص ۳۰۴.

عالی نظارت به همان هیأت محول شده است و حال آن که بر اساس ماده ۲۷ قانون مذکور، آیین‌نامه اجرایی قانون استنادی می‌بایست به وسیله سازمان امور اداری و استخدامی کشور تهیه و به تصویب هیأت وزیران برسد. علاوه بر آن، به موجب اصل ۱۳۸ قانون اساسی، صرفاً هیأت وزیران یا کمیسیونی متشکل از چند وزیر، موظف به تصویب آیین‌نامه هستند، بنابر مراتب، واگذاری این وظیفه به هیأت عالی نظارت، خارج از حدود اختیارات قانونی است و تبصره ماده ۳۷ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری، مغایر قانون و واگذاری این وظیفه خارج از حدود اختیارات تنظیم شده و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».

نتیجه

نتیجه پژوهش حاضر مبین آن است که در آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر این موضوع تأکید شده است که تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های دولتی باید مطابق قانون به‌عنوان قاعده برتر از خود باشند و همچنین، باید در قانون مرجع، صلاحیت وضع مصوبه به مقامات اداری اعطا شده باشد و در صورت اعطای صلاحیت نیز باید حدود صلاحیتی خود را در اتخاذ تصمیم رعایت کنند و خارج از آن، حق اتخاذ تصمیم و اقدام ندارند. بر این اساس، طبق رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مقررات دولتی متضمن وضع هرگونه قاعده آمره، تعیین مرجع و ضوابط رسیدگی به تخلفات اداری، تعیین تخلف و تنبیهات اداری و مرور زمان تعقیب و رسیدگی در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان به صورت خاص، به دو جهت مغایرت با قانون یا عدم صلاحیت و خروج از حدود اختیارات مرجع تصویب‌کننده این مقررات، به دلیل انحصار آنها به قانون‌گذار باطل شده‌اند.

اعمال نظارت مؤثر دیوان عدالت اداری به‌عنوان یک مرجع قضایی بر مقررات دولتی در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری، موجب می‌شود که مقامات دولتی در وضع این‌گونه مقررات بهتر عمل کنند و اختیار خود در زمینه وضع آنها را با اصول و معیارهای قانونی بیشتر تطبیق دهند؛ چراکه می‌دانند مقررات دولتی به استناد ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در معرض نظارت دیوان عدالت اداری قرار دارد و این امکان برای دیوان عدالت اداری فراهم است که در صورت تقاضای ابطال، مطابق ماده ۸۰ و در اجرای بند ۱

ماده ۱۲ این قانون، تمام یا قسمتی از مقررات دولتی مرتبط با تخلفات اداری کارمندان را باطل کند. بر این اساس، با توجه به شاخص‌های ابطال مقررات دولتی در دیوان عدالت اداری شامل وضع هرگونه قاعده آمره، تعیین مرجع و ضوابط رسیدگی به تخلفات اداری، تعیین تخلف و تنبیهات اداری و مرور زمان تعقیب و رسیدگی در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری، باید این نکته مورد توجه مقامات دولتی قرار گیرد که در این موارد، وضع مقررات راه‌حل مشکل نبوده، خلاف قانون و خارج از حدود صلاحیت و اختیارات قوه مجریه و از اختیارات خاص قانون‌گذار است.

با توجه به تأثیر فراوان مقررات دولتی بر سرنوشت خدمتی، موقعیت و جایگاه اجتماعی کارکنان دولت و امکان سوءاستفاده مقامات اداری از اختیارات خود علیه کارمندان متهم، زمینه‌های تصویب مقررات دولتی در خصوص خلأها و ابهامات قانونی رسیدگی به تخلفات اداری به‌عنوان موضوعات قابل‌بحث در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری وجود دارد که پیشنهاد می‌شود پژوهشگران در تحقیقات خود این مباحث را مورد بررسی و موشکافی قرار دهند.

منابع و مأخذ

منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. پتفت، آرین و مرکز مالگیری، احمد (۱۳۹۷). *مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری*، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۵). *دانشنامه حقوقی*، تهران: امیر کبیر
۳. طباطبایی موتمنی، منوچهر (۱۳۸۴). *حقوق اداری*، تهران: سمت
۴. محمدی، مختار (۱۳۹۵). *مجموعه کامل قوانین و مقررات محشای رسیدگی به تخلفات اداری*، تهران: مرکز آموزش مدیریت دولتی
۵. مزارعی، غلامحسن (۱۳۹۲). *جهات ابطال مصوبات دولت در دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان*، تهران: خرسندی
۶. مهرپور، حسین (۱۳۸۷). *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دادگستر
۷. نجفی اسفاد، مرتضی و محسنی، فرید (۱۳۸۸). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: فردا فر
۸. نکوئی، محمد (۱۳۹۲). *نگرشی نو و تحلیلی بر قانون رسیدگی به تخلفات اداری*، تهران: افق اندیشه
۹. هداوند، مهدی و آقای طوق، مسلم (۱۳۹۶). *دادگاه‌های اختصاصی اداری*، تهران: خرسندی.

– مقاله‌ها

۱۰. آقای طوق، مسلم (۱۳۸۸). مرزشناسی امور اجرایی و تقنینی در نظریه‌های شورای نگهبان (مطالعه موردی اصل ۸۵ قانون اساسی). *اطلاع‌رسانی حقوقی*. (۱۷ و ۱۸)، ۷-۱۷
۱۱. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۷). تأملی در خصوص اثر ابطال مقررات مغایر با قانون. *مطالعات حقوق عمومی*. ۴۸ (۲)، ۳۳۹-۳۵۶. Doi: 10.22059/jpls.2017.235067.1524

۱۲. رنجبری، ابوالفضل (۱۳۹۱). بررسی وضعیت استخدامی کارگران شاغل در بخش عمومی. *مطالعات حقوقی معاصر*. ۳ (۵). ۴۷-۸۲
۱۳. خالقی، علی و غفاری الهی کاشانی، نجمه (۱۳۹۸). لزوم قانونی بودن مرجع رسیدگی در دادرسی کیفری. *فصلنامه پژوهش های دانش انتظامی*. ۲۱ (۳)، ۲۳۹-۲۶۷.
۱۴. مشهدی، علی (۱۳۸۸). معیارهای تفکیک صلاحیت های دوقوه در رویه دیوان عدالت اداری. *فصلنامه اطلاع رسانی حقوقی*. (۱۷ و ۱۸)، ۱۹-۳۱
۱۵. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۱). نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مقررات اجرایی. *پژوهش حقوق عمومی (پژوهش حقوق)*. (۳۷)، ۱۷۱-۲۲۰
۱۶. ویژه، محمدرضا و فرید، مهناز (۱۴۰۰). همگرایی یا واگرایی موجبات سقوط پاسخ های تنبیهی در حقوق کیفری و اداری بررسی تطبیقی نظام حقوقی ایران و فرانسه. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*. ۱۲ (۲۴)، ۱۹۳-۲۲۰. Doi: 10.22034/LAW.2021.13953

- قوانین

۱۷. آیین نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری
۱۸. دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری
۱۹. قانون آیین دادرسی کیفری
۲۰. قانون اساسی
۲۱. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری
۲۲. قانون رسیدگی به تخلفات اداری
۲۳. قانون مدیریت خدمات کشوری

Table of Contents

1. A Comparative Study of the Right of Attribution in the Legal Systems of Iran, the United Kingdom, and the United States of America Faezeh Teimouri Moghadam; Seyyed Mohammad Mehdi Ghouli Darafshan; Saeid Mohseni	1-31
2. Obstacles and Tricks of the Trial in the Voluntary Execution of Financial Sentences: An Emphasis on the Theory of Abuse of Rights and Judicial Procedure Ali Asghar Hatami; Hassan Pashazadeh; Zahra Akrami	33-63
3. A Comparative Study of Extended Civil Sources in the Legal System of England, Ireland and Iran Behzad Razavifard; Hossein Sobhani	65-96
4. Scope of Permission to Amend the Claim in the Patent Application: A Comparative Study in the United States, Britain and International Documents Mohammad Javad Abdullahi; Maryam Sharifi Renani; Reza Arabzadeh	97-129
5. A Comparative Study of Administrative Substitution for the Head of State - Country in the Legal System of Iran, the United States and France Yuones Fathi; Ebrahim Sabbaghi Vlashani	131-155
6. A Comparative Study of the Effect and Scope of Prohibition on Assignment of Contractual Rights in Iranian and England Law Ali Farhani Panah; Mohammad Salehi Mazandarani	157-189
7. Abusive Terms of Use (ToU): A Comparative Study of Common Law and Iranian Law Abbas Karimi; Taha Arab Asadi; Amir Ghafari	191-224
8. Comparison of Theory of Multiplicity of Governing Laws on Contractual Obligations in US and EU Law Homayun Mafi; Seyyed Hossein Mojtahedzadeh	225-256

9. Comparison of and Distinguishing Ways of Action with Foundation, Manner, Cause, Relief seeking, Reason, Entitlement	
Sam Mohammadi; Hamid Abhary; Isa Nemat Kachaei.....	257-279
10. Causes and Indicators of Annulment of Government Regulations in the Field of Administrative Offenses of Government Employees in the Administrative Justice Court	
Mohammad Nekouie.....	281-310

Journal of Contemporary Comparative Legal Studies

University of Tabriz

Director: R. Sokuti Nasimi

Editor-in-Chief: E. Shoarian Sattari

Editorial Board

Hamid Abhari	Professor of Mazandaran University
Mohammad Ali Ardebili	Professor, Shahid Beheshti University
Heydar Bagheriasl	Professor, University of Tabriz
Mohammad Reza Pasban	Associate Professor, Allameh Tabataba'i University
Mansour Jabbrai	Associate Professor of Allameh Tabatabai University
Saeed Habiba	Professor, University of Tehran
Mohammad Jafar Habibzadeh	Professor of Tarbiat Modares University
Abolfath Khaleghi	Associate Professor, Qom University
Mehrab Darabpour	Professor, Shahid Beheshti University
Aahmad Deilami	Associate Professor, Qom University
Mohammad Rasekh	Professor, Shahid Beheshti University
Ismail Rahiminejad	Associate Professor, University of Tabriz
Reza Sokuti Nasimi	Professor, University of Tabriz
Ebrahim Shoarian Sattari	Professor, University of Tabriz
Morteza Shahbazinia	Associate Professor, Tarbiat Modares University
Bijan Abbasi	Associate Professor, University of Tehran
Seyyed Mohammad Taghi Alavi	Professor, University of Tabriz
Hossein Fakhr	Associate Professor, University of Tabriz
Hassan Mohseni	Associate Professor, University of Tehran
Mohammad Reza Mojtehed	Professor, University of Tabriz
Pejman Mohammadi	Professor of Shahid Chamran University of Ahvaz
Sam Mohammadi	Professor of Mazandaran University

Persian Editor: Mandana Nematnezhad

English Editor: Davood Kuhi

Executive Manager: Abbas Yeganeh

Typist: Shirin Zamani

Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, 29 Bahman Blvd.,

Tabriz, Zip Code: 5166616471, Iran

E-mail: tabrizulaw@gmail.com

Tel: 041-33392262 Fax: 041-33356013



University of Tabriz

Journal of
Contemporary Comparative
Legal Studies

Year. 14 - No. 32

Autumn 2023



Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 14, No. 32, Autumn 2023



- A Comparative Study of the Right of Attribution in the Legal Systems of Iran, the United Kingdom, and the United States of America
Faezeh Teimouri Moghadam; Seyyed Mohammad Mehdi Ghouli Darafshan; Saeid Mohseni
- Obstacles and Tricks of the Trial in the Voluntary Execution of Financial Sentences: An Emphasis on the Theory of Abuse of Rights and Judicial Procedure
Ali Asghar Hatami; Hassan Pashazadeh; Zahra Akrami
- A Comparative Study of Extended Civil Sources in the Legal System of England, Ireland and Iran
Behzad Razavifard; Hossein Sobhani
- Scope of Permission to Amend the Claim in the Patent Application: A Comparative Study in the United States, Britain and International Documents
Mohammad Javad Abdullahi; Maryam Sharifi Renani; Reza Arabzadeh
- A Comparative Study of Administrative Substitution for the Head of State - Country in the Legal System of Iran, the United States and France
Yuones Fathi; Ebrahim Sabbaghi Vlashani
- A Comparative Study of the Effect and Scope of Prohibition on Assignment of Contractual Rights in Iranian and England Law
Ali Farhani Panah; Mohammad Salehi Mazandarani
- Abusive Terms of Use (ToU): A Comparative Study of Common Law and Iranian Law
Abbas Karimi; Taha Arab Asadi; Amir Ghafari
- Comparison of Theory of Multiplicity of Governing Laws on Contractual Obligations in US and EU Law
Homayun Mafi; Seyyed Hossein Mojtahedzadeh
- Comparison of and Distinguishing Ways of Action with Foundation, Manner, Cause, Relief seeking, Reason, Entitlement
Sam Mohammadi; Hamid Abhary; Isa Nemati Kachaei 257-279
- Causes and Indicators of Annulment of Government Regulations in the Field of Administrative Offenses of Government Employees in the Administrative Justice Court
Mohammad Nekouie

