



مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

سال چهاردهم، شماره سی و سه، زمستان ۱۴۰۲



- **تحدید حق معنوی مؤلف با اعمال دکترین استفاده منصفانه در نظام حقوقی امریکا**
یاسمن جعفرپور؛ زهرا شاکری
- **بازخوانی؛ مطالعه موردی نظام حقوقی ایالات متحده امریکا**
محمد خلیل زاده؛ محمد جلالی
- **اصل برابری سلاح‌ها، با نگاهی تطبیقی به اسناد و رویه قضایی خارجی و آیین دادرسی مدنی ایران**
حسین داوودی؛ محمد شریف زاده لاری
- **مطالعه تطبیقی تدابیر شکلی حمایت از شهود در برابر تهدید (مطالعه موردی ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و آیین نامه اجرایی آن)**
پیمان دولتخواه پاشاکی؛ رضیه یوسف زاده؛ محمدرضا رهبرپور
- **مانع زدایی از هماهنگی راهکارهای دادگاه‌ها در موضوع توصیف (با بهره‌گیری از آورده‌های حقوق فرانسه)**
سیدعباس سیدی آرانی
- **رأی داور بر مبنای «دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون» در حقوق امریکا؛ با نگاهی به حقوق ایران**
مجید غمامی؛ سجاد قاسمی
- **تحلیل تطبیقی نظریه جایگزینی فراقضایی متعهد متخلف در حقوق فرانسه و بلژیک و امکان اجرای آن در حقوق تعهدات ایران**
علی کاظمی
- **رابطه شرع و قانون اساسی نانوشته؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان**
آیت مولایی؛ محمدرضا مجتهدی؛ سیدحسین ملکوتی هاشجین، مائده سلیمانی دینانی
- **مبانی کنترل قضایی قرارداد (رویکرد تطبیقی با مکاتب فلسفی و اقتصادی)**
مرتضی ناصری حسین آباد؛ سید محمدمهدی قبولی درافشان؛ اعظم انصاری، عبدالله خدابخشی شلمزاری
- **تحلیل شناختی - تطبیقی طرف مجری دریایی در مقررات روتردام**
نادر ولائی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(نشریه علمی)

سال چهاردهم - شماره سی و سه

زمستان 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:

عادل ابراهیمپور، مصطفی السان، حسن بادینی، مسعود البرزی درکی، رضا پرستش، منصور پورنوری، عباس تدین، محمدجواد جاوید، محمدعلی حاجی ده‌آبادی، سعید حبیبیا، عبدالله خدابخش شلمزاری، فرشاد رحیمی، رضا سکوتی نسیمی، ابراهیم شعاریان ستاری، مجید غمامی، حسن محسنی، پژمان محمدی، علی مشهدی، سیدحسین ملکوتی هشین، آیت مولایی، غلام نبی فیضی چکاب، حسن وحدتی شبیری

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 ۹۱/۱۲۹۰۸ تاریخ ۱۳۹۱/۵/۳ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر می‌شود.

- | | |
|-------------------------------------|------------------------------|
| O ویراستار فارسی: ماندانا نعمت‌نژاد | O صفحه آرای: شیرین زمانی |
| O ویراستار انگلیسی: دکتر داود کوهی | O قیمت این شماره: ۱۰۰۰۰ ریال |
| O مدیر اجرایی: عباس یگانه | O تاریخ چاپ: زمستان ۱۴۰۲ |
| O نوبت انتشار: فصلنامه | |

انتشارات دانشگاه تبریز

این نشریه در «ایران ژورنال» نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری به نشانی www.ricest.ac.ir و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) به نشانی www.isc.gov.ir نمایه می‌شود.

Email: tabrizulaw@gmail.com

نشانی: تبریز، بلوار ۲۹ بهمن، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی
کدپستی: ۵۱۶۶۶۱۶۴۷۱، تلفن: ۰۴۱-۳۳۳۹۲۲۶۲، فکس: ۰۴۱-۳۳۳۵۶۰۱۳
❖ مسئولیت صحت مطالب مقاله‌ها 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 گردآورندگان 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- تحدید حق معنوی مؤلف با اعمال دکتربین استفاده منصفانه در نظام حقوقی امریکا	۳۲-۱
۲- بازخوانی؛ مطالعه موردی نظام حقوقی ایالات متحده امریکا	۷۱-۳۳
۳- اصل برابری سلاح‌ها، با نگاهی تطبیقی به اسناد و رویه قضایی خارجی و آیین دادرسی مدنی ایران	۹۶-۷۳
۴- مطالعه تطبیقی تدابیر شکلی حمایت از شهود در برابر تهدید (مطالعه موردی ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و آیین نامه اجرایی آن)	۱۳۲-۹۷
۵- مانع‌زدایی از هماهنگی راهکارهای دادگاه‌ها در موضوع توصیف (با بهره‌گیری از آورده‌های حقوق فرانسه)	۱۶۷-۱۳۳
۶- رأی داوری بر مبنای «دکتربین نادیده گرفتن آشکار قانون» در حقوق امریکا؛ با نگاهی به حقوق ایران	۱۹۹-۱۶۹
۷- تحلیل تطبیقی نظریه جایگزینی فراقضایی متعهد متخلف در حقوق فرانسه و بلژیک و امکان اجرای آن در حقوق تعهدات ایران	۲۲۵-۲۰۱

۸- رابطه شرع و قانون اساسی نانوشته؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان

آیت مولایی؛ محمدرضا مجتهدی؛ سیدحسین ملکوتی هاشجین، مائده سلیمانی
دینانی..... ۲۲۷-۲۵۳

۹- مبانی کنترل قضایی قرارداد (رویکرد تطبیقی با مکاتب فلسفی و اقتصادی)

مرتضی ناصری حسین آباد؛ سید محمد مهدی قبولی درافشان؛ اعظم انصاری، عبدالله
خدابخشی شلمزاری..... ۲۵۵-۲۹۰

۱۰- تحلیل شناختی - تطبیقی طرف مجری دریایی در مقررات روتردام

نادر ولائی..... ۲۹۱-۳۱۸



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 33

Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 1-32

Limiting the Author's Moral Right by Applying the Doctrine of Fair Use in the American Legal System

Yasaman Jafarpour¹ | Zahra Shakeri^{2✉}

1. Ph.D. Candidate in private law at the Higher Institute of Education and Research, Management and Planning (Presidential Institution) yasaman.j93@gmail.com

2. Assistant Professor, University of Tehran, Iran zshakeri@ut.ac.ir

Abstract

While the exceptions to the author's economical rights are one of the accepted issues in all legal systems and are established with the aim of public interests in the legal system, the application of these exceptions and limitations to the author's moral rights is doubtful. This is despite the fact that the scope of moral rights is very wide, especially in the countries of the Roman-Germanic system, and it can be abused. In the meantime, the doctrine of fair use is one of the most important doctrines regulating copyright, which can be proposed in many intellectual property rights issues due to its wide scope. The question of this research is how moral rights are analyzed and interpreted with regard to the aforementioned doctrine. For this purpose, this article uses an analytical-descriptive method and a comparative study of the legal systems of America, is trying to address the fundamentals of limiting the author's moral rights and the possibility of applying this doctrine to the author's moral rights. And at the end it is concluded; although this theory is referred to as a flexible concept, it should be kept in mind that it will not be appropriate and possible to apply it in every legal system; Although it is possible to benefit from its flexibility regarding policymaking in the field of exceptions and limitations of authors' rights, especially in the field of new and up-to-date technologies and contemporary artistic trends.

Keywords: moral rights, authors, fair use, limitation, American legal system.

Received: 2022/08/06 Received in revised form: 2023/05/31 Accepted: 2023/06/26 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.52920.3161

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com

تحدید حق معنوی مؤلف با اعمال دکترین استفاده منصفانه در نظام حقوقی امریکا

یاسمن جعفرپور^۱ زهرا شاکری^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی (نهاد ریاست جمهوری)
yasaman.j93@gmail.com
2. استادیار دانشگاه تهران، ایران
zshakeri@ut.ac.ir

چکیده

در حالی که استثناهای وارد بر حقوق مادی مؤلف یکی از موضوعات پذیرفته‌شده در تمامی نظام‌های حقوقی به‌شمار می‌آید و با هدف تثبیت منافع عمومی در نظام حقوقی وضع می‌شود، اعمال این استثنای محدودیت‌ها در حقوق معنوی مؤلف با تردید مواجه است؛ این در حالی است که دامنه حقوق معنوی به‌ویژه در کشورهای نظام رومی- ژرمنی بسیار گسترده است و می‌تواند محل سوءاستفاده باشد. در این میان، دکترین استفاده منصفانه یکی از مهم‌ترین دکترین‌های تعدیل‌کننده حق مؤلف به‌شمار می‌آید که به جهت گستردگی در بسیاری از مسائل حقوق مالکیت فکری قابل طرح است. موضوع پژوهش حاضر این است که چگونه حقوق معنوی با عنایت به دکترین یادشده تحلیل و تفسیر می‌شود. به همین منظور، نگارندگان این مقاله با روشی تحلیلی- توصیفی و با مطالعه تطبیقی نظام حقوقی امریکا به‌عنوان منشأ دکترین استفاده منصفانه، تلاش دارند تا به مبانی تحدید حقوق معنوی مؤلف و امکان اعمال این دکترین در حقوق معنوی مؤلف بپردازند و در پایان نتیجه‌گیری می‌کنند که اگرچه از این نظریه به‌عنوان مفهومی انعطاف‌پذیر یاد می‌شود، ولی بایستی در نظر داشت که اعمال آن در هر نظام حقوقی، مناسب و امکان‌پذیر نخواهد بود؛ گرچه می‌توان از انعطاف‌پذیری آن در مورد سیاست‌گذاری در حوزه استثنای محدودیت‌های حقوق مؤلفان به‌ویژه در حوزه فناوری‌های جدید و به‌روز و جریان‌های هنری معاصر بهره برد.

واژگان کلیدی: استفاده منصفانه، تحدید، حق معنوی، مؤلفان، نظام حقوقی امریکا.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۱۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۳/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.52920.3161

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در سال‌های اخیر علی‌رغم اهداف متعالی نظام حقوق مالکیت ادبی و هنری، این نظام تغییر جهت داده و به یک نظام انحصاری برای صاحبان حق مبدل شده است. اگرچه در مجموعه مقررات ملی و بین‌المللی، نمونه‌هایی از اعمال استثناها و محدودیت‌ها^۱ به نفع جامعه مشاهده می‌شود، اما این محدودیت‌ها بیشتر در بخش حقوق مادی مؤلف است. سرانجام اینکه آنچه در اینجا مغفول مانده، دامنه گسترده حقوق معنوی مؤلف و اختیارات وسیع او در اعمال این حقوق است، و این درحالیست که این مسئله از دیدگاه حقوق مصرف‌کننده ابعاد اقتصادی، اجتماعی و حمایتی دارد. به بیان دیگر، در شرایطی که استثناهای وارد بر حقوق مادی مؤلف یکی از موضوعات پذیرفته‌شده در تمامی نظام‌های حقوقی به‌شمار می‌آید و با هدف تثبیت منافع عمومی در نظام حقوقی وضع می‌شود، اعمال این استثناهای و محدودیت‌ها در حقوق معنوی مؤلف با تردید مواجه است؛ در صورتی که که دامنه حقوق معنوی به‌ویژه در کشورهای نظام رومی- ژرمنی بسیار گسترده و غیرقابل انتقال است.

در نظام حق مؤلف، استثناهای و محدودیت‌ها^۲ همواره یکی از ابزارهای عمده برای ایجاد انعطاف‌پذیری و اثربخشی میان حقوق مؤلف و جامعه بوده است. در این میان دکتترین استفاده منصفانه یکی از مهم‌ترین دکتترین‌های محدودکننده حق مؤلف به‌شمار می‌آید که به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد، مطابق با اوضاع و شرایط خاص هر پرونده این استثنا را اعمال

1. Limitations and Exceptions

۲. عبارت استثنائات و محدودیت‌ها همواره از لغات پرکاربرد در معاهدات بین‌المللی در نظام حق مؤلف است، به همین منظور درک درست از مفهوم تحدید حقوق مؤلف بستگی به تعریف دقیق از عبارات یادشده دارد. مفهوم استثنا به‌نوعی دربردارنده مفهومی از تخصیص است بدان معنا که چنانچه استفاده از حق از سوی مقنن به‌عنوان استثنایی بر حق مؤلف شناخته نشده باشد، می‌بایست به اصل ممنوعیت استفاده از حق، ارجاع داده شود. اما محدودیت مفهوم متفاوتی دارد و به معنای آن است مؤلف از آزادی و قدرت کامل برای اعمال حقش برخوردار نیست. برای مطالعه بیشتر، ر.ک.

Geiger, C., "Promoting Creativity Through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright law". Vand. J. ENT. & Tech. L., Vol. 12, Iss. 3. (2010), Spring, pp. 518-525.

سعید حبیب و زهرا شاکری، «مبحثی در محدودیت‌ها و استثنائات حقوق مالکیت ادبی و هنری»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱ (۱۳۹۱)، صص ۳۹ و ۴۰.

نمایند. اگرچه در سال‌های اخیر مقالات بسیاری در مورد این دکترین نگارش یافته و قوانین ملی کشورهای بسیاری با در نظر گرفتن این دکترین تغییر کرده یا اصلاح شده‌اند، ولی مسئله‌ای که به آن پرداخته نشده، امکان اعمال این دکترین در حقوق معنوی مؤلف است. علی‌رغم آنکه نظریه استفاده منصفانه گستره وسیعی دارد و قابل طرح در تمام شاخه‌های حقوق مالکیت فکری است، اما آنچه در این پژوهش مورد توجه قرار گرفته، بررسی و تبیین مفهوم این نظریه در حقوق معنوی مؤلف است. پیشینه این دکترین شناخته شده است، لذا در این مقاله تمامی ابعاد و جزئیات آن بررسی نمی‌شود؛ در عوض تلاش شده است که با مطالعه پیشینه و مبانی تحدید حقوق معنوی مؤلف، به امکان اعمال این دکترین در حقوق معنوی پرداخته شود. لذا پرسش اصلی این مقاله آن است که تعدیل حق معنوی چگونه صورت می‌گیرد و چگونه می‌توان دکترین استفاده منصفانه را در حقوق معنوی مؤلف در کشورهای نظام حقوق نوشته، مانند ایران، اعمال کرد؟ به این منظور، نگارندگان این مقاله با مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی کشورهای منتخب، به‌ویژه آمریکا، به دلیل گستره وسیع طرح مسئله و اشاره مستقیم ماده ۱۰۷ قانون کپی‌رایت به مسئله حاضر، سعی دارند به پرسش این پژوهش پاسخ گویند.

اگرچه در حقوق داخلی در خصوص دکترین استفاده منصفانه مقالات متعددی نگارش یافته که عمدتاً به بررسی مفهوم و پیشینه این دکترین پرداخته‌اند^۳، اما هیچ‌یک از مقالات کنونی، مسئله تعدیل حقوق معنوی مؤلف در پرتو این دکترین را به‌طور خاص مورد مطالعه قرار نداده‌اند.

۳. برای مثال در مقاله «استثنای مهم حق مؤلف؛ استفاده منصفانه از اثر دیگری» از عباس ایمانی، نگارنده به بررسی مفهوم، هدف و معیارهای این دکترین پرداخته است. در مقاله «بررسی نظریه استفاده منصفانه قانونی در علائم تجاری» از حسن بادینی و همکاران نیز نگارندگان تنها به بررسی این دکترین در علائم تجاری پرداخته‌اند. همچنین در مقاله «واکاوی مفهوم استفاده منصفانه در هنر معاصر با بررسی پرونده‌های حقوقی» از جف کونز و ریچارد پرینس، نویسندگان با بررسی اشکال مختلف کپی‌برداری در هنر معاصر، به لزوم استفاده از این دکترین برای حمایت بیشتر از مؤلفان پرداخته‌اند. همچنین در مقاله «استفاده منصفانه از آثار ادبی- هنری؛ حقی برای جامعه» از زهرا شاکری نیز اگرچه به دکترین استفاده منصفانه پرداخته شده، ولی این مسئله از منظر حقوق معنوی مؤلف مورد توجه قرار نگرفته است.

۱. روش‌های تحدید حق معنوی مؤلف در نظام‌های حقوقی مختلف

ترکیب وصفی حق معنوی در میان فقها و حقوق‌دانان داخلی به‌روشنی مصداقیابی و موضوع‌شناسی نشده و دامنه مصادیق آن در تعاریف مختلف، متفاوت است. این اختلاف در مفهوم و دامنه مصادیق حق معنوی، ناشی از ترجمه و وارداتی بودن این اصطلاح از ادبیات حقوقی غربی نیست؛ چراکه در آنجا نیز با دقت در نام‌ها و عبارت‌های انتخاب‌شده برای این مفهوم، همین ابهام و سردرگمی را می‌توان مشاهده کرد.^۴ با وجود این، حقوق معنوی در کنار حقوق مادی، از حقوق پذیرفته‌شده پدیدآورنده آثار ادبی و هنری محسوب می‌شود. حقوق معنوی از اعتبار و شخصیت پدیدآورنده آثار ادبی و هنری صیانت می‌کند و حقوق وی را از جهت حفظ حرمت نام و مصون بودن اثر از تحریف، به رسمیت می‌شناسد. گستره حمایت از حقوق معنوی بسته به رژیم حقوقی کشورها متفاوت است. برای مثال، در حقوق کشورهای کامن‌لا این حقوق با اما و اگرهای بیشتری همراه است، درحالی که در نظام حقوقی کشورهای سیویل‌لا این حمایت به صورت گسترده‌تری صورت می‌گیرد؛ بنابراین از یک سو دامنه این حق در این دو نظام متفاوت است. برای نمونه، درحالی که در حقوق فرانسه و برخی کشورهای تابع نظام سیویل‌لا، حق مؤلف، حق سرپرستی، حق احترام به اثر، حق افشا و حق عدول از حقوق معنوی مؤلف به حساب می‌آید، در نظام کامن‌لا فقط حق سرپرستی و حق احترام به اثر شناخته شده است. از سوی دیگر، نحوه حمایت از حقوق معنوی نیز در این دو نظام تفاوت دارد. برخلاف نظام سیویل‌لا که حمایت از حقوق معنوی به‌طور مطلق پذیرفته شده است و موکول به تحقق شرایط خاصی نیست، در نظام کامن‌لا، اولاً حقوق معنوی درحدی که پذیرفته شده، دارای استثناهای بسیاری است و یکی از مطرح‌ترین آنها، دکترین استفاده منصفانه است که در این پژوهش به آن پرداخته می‌شود و ثانیاً حمایت از این حقوق منوط و مشروط به این است که موجب صدمه و لطمه به اعتبار و

۴. علی قراملکی و همکاران، «معناشناسی حق معنوی در گفتمان حقوقی اسلام و ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۹ (۱۳۹۳)، ص ۷۵.

5. Miernicki, M., & Ng, I., "Artificial Intelligence and Moral Rights". AI & SOCIETY, No. 36 (2021), pp. 319-329..

حیثیت پدیدآورنده و مجری نشود.^۶ با این حال، هرچند دیدگاه این کشورها در مصادیق حقوق معنوی با یکدیگر متفاوت است، ولی در مورد سه حق معنوی یعنی افشای اثر، حرمت نام و حق تمامیت، متفق‌اند.^۷ از سوی دیگر با پیوستن به کنوانسیون برن و تصویب ماده شش مکرر در این کنوانسیون^۸ در سال ۱۹۲۸، فاصله این دو نظام در خصوص حق معنوی مؤلف بیش از پیش کمتر شده است. همچنین امریکا در دو دهه گذشته تلاش‌های بسیاری برای شناسایی این حق انجام داده و این تلاش‌ها عموماً در قالب قانون VARA^۹ انعکاس یافته است که برای نخستین بار حقوق معنوی در قانون کپی‌رایت شناسایی شد. این قانون حق انتساب و تمامیت را در مورد آثار بصری شناسایی کرده است.^{۱۰}

اگرچه قوانین حق معنوی و دایره حمایت آن در کشورهای مختلف متفاوت است، اما پدیده جهانی شدن حق کپی‌رایت به هماهنگ‌سازی دو نظام کمک بسیاری کرده است و نیز کنوانسیون‌های بین‌المللی کوشیده‌اند تا این مرزها را تقلیل دهند و به سوی هماهنگ‌سازی نظام‌های حقوقی مختلف حرکت کنند. دلیل این مسئله را به‌طور خاص می‌توان در سه عامل جستجو کرد: نخست اینکه حقوق مالکیت فکری و به‌ویژه حق معنوی مؤلف، راهی برای حمایت از مؤلفان فناوری‌های جدید است که این فناوری‌ها هسته اصلی صنایع اقتصادی کشورها را تشکیل می‌دهند و از آنجا که تکنولوژی پدیده‌ای جهان‌شمول است، به هماهنگی قوانین و کم شدن مرزهای دو نظام سیویل لا و کامن لا نیاز دارد؛ دوم آنکه صنعت مبتنی بر کپی‌رایت امروزه با درگیر شدن در بخش‌های اقتصاد، کارکرد اقتصادی یافته و از این لحاظ نیز حائز اهمیت است. برای مثال، صنایع فیلم‌سازی و موسیقی دارای سودآوری

۶ ستار زرکلام، *حقوق مالکیت ادبی و هنری*، (تهران: انتشارات سمت، ج ۴، ۱۳۹۳)، صص ۷ و ۸.

۷ همان، ص ۷ و ۸.

۸ این ماده مقرر می‌دارد: «مستقل از حقوق مالی پدیدآورنده و حتی پس از انتقال این حقوق، پدیدآورنده دارای حق ولایت نسبت به اثر است و می‌تواند به هرگونه تحریف، حذف یا هر نوع تغییر اثر یا هر نوع لطمه دیگر نسبت به آن که موجب خدشه‌دار شدن اعتبار یا شهرت او شود، اعتراض کند». امریکا به مدت ۱۰۰ سال برای پذیرفتن کنوانسیون برن مقاومت کرد، زیرا پذیرفتن آن مستلزم تغییرات وسیع در مقررات داخلی این کشور بود. مهم‌ترین مانع امریکا در طی این سال‌ها، چگونگی حمایت از آثار ثبت‌نشده و حمایت از حقوق معنوی بود. در سال ۱۹۸۹، کنگره شرط ثبت برای حمایت کپی‌رایت از آثار ادبی و هنری را حذف کرد و با آنکه مقرره‌ای در خصوص پذیرش حقوق معنوی پدیدآورنده وضع نکرد، به کنفرانسیون برن ملحق شد.

9. The Visual Artists Rights Act of 1990 (VARA).

10. Dworkin, G. "The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries". Colum.-vla jl & Arts, Vol. 19, (1994), p. 199.

کلان هستند و به منظور کارکرد بهتر اقتصادی نیاز به هماهنگ سازی قوانین کپی رایت در این زمینه است؛ و دلیل سوم آنکه حق معنوی مؤلف اهمیت دسترسی به اطلاعات، دانش و خلاقیت را منعکس می کند و هماهنگ سازی قوانین کشورها جهت دسترسی به این منابع، اهمیت دوچندانی یافته است.^{۱۱}

به طور کلی سه روش عمده برای ایجاد استثنایها و محدودیت ها در حقوق معنوی مؤلف در نظام های حقوقی وجود دارد:

- روش استثنای باز و بدون محدودیت^{۱۲}
- روش اعلام استثنای مشخص و از پیش تعیین شده^{۱۳}
- ترکیبی از دو روش پیش گفته.

روش اول عمدتاً در کشورهای با نظام کامن لا دیده می شود، درحالی که روش دوم بیشتر در کشورهای نظام حقوق نوشته مورد استفاده قرار می گیرد.^{۱۴} در این میان، دکتین

11. Sundara Rajan, M. T., "Moral Rights and Copyright Harmonization: Prospects for An'International Moral Right". In 17th BILETA Annual Conference Proceedings, (2002), p. 1.
12. Open Exceptions and Limitations

دومین شیوه ورود به بحث محدودیت ها و استثنایها، ارائه معیارهایی جهت بررسی می باشد. لازم به ذکر است این نوع استفاده عام نخواهد بود، بلکه محدود به برخی از مصداق ها و تحت شرایط خاصی است. برای مثال این نوع استفاده مانند بهره برداری به قصد ارائه گزارش خبری یا نقد و منوط به رعایت معیارهای مقرر می باشد.

۱۳. یکی از شیوه های مهم تبیین محدودیت ها و استثنایها، ارائه فهرست مشخصی از آنهاست که با توجه به احصای موارد در این شیوه، امکان تفسیر محدود می گردد. برخی دستورالعمل ها جهت جلوگیری از تفسیرهای خلاف واقع و نیل هرچه بیشتر به خواست مقنن از چنین روشی بهره جسته اند. دستورالعمل اتحادیه اروپا راجع به جنبه های خاصی از کپی رایت و حقوق مرتبط نیز روش یادشده را اتخاذ نموده است. (مافی و همکاران، «بررسی استثنایات حقوق مالکیت ادبی و هنری با تأکید بر موافقتنامه تریپس»، حقوق پزشکی، ویژه نامه حقوق مالکیت فکری (۱۳۹۵)، ص ۱۸۶).

۱۴. بیان استثنایات به شیوه باز و بدون محدودیت با ویژگی های نظام کامن لا که مبتنی بر حقوق عرفی و سابقه قضایی است سازگارتر است و تلقی کلی این است که قوانین اصولاً باید از طریق رویه قضایی و به وسیله قضات که در مسائل حقوقی خبره هستند، استخراج شود و دخالت قانون گذار باید جنبه تکمیلی و استثنایی داشته باشد، و از سوی دیگر، بیان استثنایها به صورت از پیش تعیین شده در متن قانون، از سوی مقنن با عملکرد و کارکردهای نظام سیویل لا نیز مطابقت بیشتری دارد؛ زیرا در این نظام قضات نمی توانند هنگام تفسیر قوانین، استثنایهای جدیدی را به متن قانون اضافه کنند. به منظور مطالعه بیشتر در خصوص تفاوت های نظام سیویل لا و کامن لا در اعمال محدودیت ها و استثنایها، به منبع زیر مراجعه شود:

Pierre Sirinelli, Synthesis of the ALAI Study Days, in the Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions (Libby Baulch et al. eds., Australian Copyright Council 1998).

استفاده منصفانه مشهورترین و کاربردی‌ترین دکترین در نظام اول است.^{۱۵} با وجود این، دامنه این دکترین از نظام حقوقی کامن‌لا فراتر رفته، در برخی کشورهای نظام حقوق نوشته به‌ویژه کشورهای اروپایی نیز مشاهده می‌شود. از همین رو، این دکترین به‌طور عمده خود دارای سه الگوی قانون‌گذاری مختلف است:

- الگوی استفاده منصفانه که مبتنی بر تعدادی از استثنای‌های باز است و عمدتاً در نظام حقوقی امریکا به‌کار می‌رود.^{۱۶}
- الگوی رفتار منصفانه^{۱۷} که اساساً در کشورهای حوزه بریتانیا و کشورهای مشترک‌المنافع آن دیده می‌شود و تعدادی از استثنای‌های مشخص با تفویض صلاحیت به قضات دادگاه‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد.^{۱۸}
- ترکیبی از الگوی امریکایی و بریتانیایی که در قوانین اخیر برخی کشورهای آسیایی مانند کره^{۱۹} و تایوان^{۲۰} به‌کار رفته که با ترکیبی از استثنای‌های مشخص (الگوی بریتانیایی) و ارائه معیارهای دکترین استفاده منصفانه (الگوی حقوق امریکا) تلاش شده است از مزایای دو الگوی اول که انعطاف‌پذیری و مطابقت با نیازهای روز است، بهره برده شود.

15. Samuelson, P. & Hashimoto, K., "Is the US Fair Use Doctrine Compatible with Berne and TRIPS Obligations?" *Universalism or Pluralism in International Copyright Law* (Kluwer Law International, Information Law Series), UC Berkeley Public Law Research Paper, (2018), p. 1.

16. 17 U.S.C. § 107 (2006).

17. Fair Dealing

18. Copyright Act, 1911, 1 & 2 Geo. 5, c. 46, § 2(1) (I) (Eng).

19. Copyright Act, Act. No. 8101, Dec. 28, 2006, arts. 23–35, 101-3–101-5 (S. Kor).

در پیش‌نویس اصلاح‌شده اخیر قانون کپی‌رایت کره، علاوه بر فهرست استثنای‌های مجاز که از مواد ۲۳ تا ۳۵ و مواد ۱۰۱-۳ تا ۵-۱۰۱ پیش‌بینی شده بود، اخیراً ماده ۲-۳۵ با عنوان استفاده منصفانه از آثار ادبی با اضافه کردن چهار معیار استفاده منصفانه در حقوق امریکا اصلاح گردیده است.

20. Taiwanese Copyright Act, arts. 44–63, 65 (2010).

این مواد شامل فهرستی از استثنای‌های مجاز مانند استثنای‌های با اهداف تحصیلی، پژوهش در دانشگاه‌ها و مؤسسات عالی، مراکز دولتی، حفظ و ارتقای میراث فرهنگی، اخبار، اهداف غیرانتفاعی، ارتقای برنامه‌های کامپیوتری و موارد مشابه می‌شود و چهار معیار نیز دقیقاً مشابه ماده ۱۰۷ قانون امریکا تعبیه شده است.



۱.۱. تحدید حق معنوی مؤلف در پرتو دکتربن استفاده منصفانه

در تعریف استفاده منصفانه گفته شده است: «استفاده از حق انحصاری صاحب اثر مورد حمایت، در جهت معقول و متعارف بدون تحصیل اجازه از صاحب اثر»^{۲۱}.

نظریه استفاده منصفانه، استثنا و محدودیتی بر حقوق انحصاری صاحب مال فکری است که از سوی قانون‌گذار به وی اعطا شده است. این نظریه، حقوق مالکانه صاحب این اموال را تخصیص زده و به شخص ثالث حق استفاده محدود از اموال مورد حمایت را در حد متعارف و معقول داده است، بدون اینکه ضرورتی برای کسب إذن مالک آنها وجود داشته باشد^{۲۲}. این دکتربن عمدتاً اهدافی را دنبال می‌کند که نظام حقوقی مؤلف نیز در پی آن است؛ ارتقای دانش و هنر. به همین منظور، امکان استفاده از یک اثر برای خلق و توسعه آثار دیگر را قانونی می‌داند تا به این وسیله با افزایش امکان خلق آثار جدید به ارتقای هنر و دانش در جامعه کمک کند^{۲۳}. مثال استفاده منصفانه در حقوق معنوی مؤلف می‌تواند شامل استفاده خلاقانه از آثار قبلی برای خلق آثار جدید باشد.

۱.۲. مروری بر دکتربن استفاده منصفانه در نظام‌های حقوقی مختلف

۱.۲.۱. حقوق کشورهای کامن‌لا

برخلاف حقوق معنوی مؤلف در شکل سنتی خود که پس از تحول در حقوق فرانسه شکل گرفت، دکتربن استفاده منصفانه بیش از صد سال پیش در حقوق انگلیس شکوفا شد. دادگاه‌های انگلیس با پذیرش و تجویز استفاده‌های معینی در حقوق مؤلف، به نویسندگان اجازه دادند تا با روش مبتکرانه و توسعه‌گرایانه از آثار مؤلفان پیشین در آثار خود بهره ببرند تا با این روش زمینه ارتقا و پیشرفت هنر و دانش فراهم شود^{۲۴}. دکتربن استفاده منصفانه در

21. BLACKS LAW Dictionary, ABRIDGED Sixth Edition, Fair Use Doctrine.

22. Rosenfield, H. N., "Constitutional Dimension of Fair Use in Copyright Law". Notre Dame Law., No. 50, (1974), p. 325.

23. Michael G. Anderson & Paul F. Brown, "The Economics Behind Copyright Fair Use: A Principled and Predictable Body of Law", 24 LoY. U. CHI. L.J. (1993), p. 143.

24. Ciolino, D. S., "Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use". Wash. & Lee L. Rev., Vol. 54, No. 33 (1997), p. 48.

نظام کپی‌رایت انگلیس نیز از دکت‌ترین خلاصه منصفانه^{۲۵} نشئت گرفته و در قانون کپی‌رایت ۱۹۱۱ انگلیس منعکس شده است. در حال حاضر نیز این دکت‌ترین در فصل سوم قانون حق مؤلف، طرح‌ها و حق اختراع^{۲۶} سال ۱۹۸۸ با عنوان اقدامات مجاز در ارتباط با آثار دارای حق مؤلف^{۲۷} گنجانده شده است.^{۲۸}

در امریکا نیز دکت‌ترین استفاده منصفانه از تفسیر حقوقی قانون آن در سال ۱۷۱۰ به‌وجود آمد که یکی از مهم‌ترین قوانین اولیه در زمینه حق مؤلف بود و خود از پرونده حقوقی گیلیکس علیه ویلکگس^{۲۹} نشئت گرفته بود که بعدها در سال ۱۸۴۱ در دادگاه امریکا در پرونده فالسم علیه مارش^{۳۰} به‌کار گرفته شد. دادگاه‌های امریکا به‌سرعت دکت‌ترین استفاده منصفانه کشور انگلیس را در پرونده‌های مطروح خود مورد استفاده قرار دادند با نیت آنکه هردو اهداف مشابهی یعنی ارتقای دانش و هنر را دنبال می‌کنند. با وجود این استقبال، دکت‌ترین استفاده منصفانه تا سال ۱۹۷۶ که کنگره آن را در ماده ۱۰۷ قانون کپی‌رایت تصویب کرد به قانون راه نیافته بود.^{۳۱}

25. Fair Abridgment

26. Copyright, Designs, and Patents Act of 1988

27. Acts Permitted in Relation to Copyright Works

۲۸. این دکت‌ترین در مواد ۲۹ و ۳۰ این قانون استفاده‌های خاصی را مجاز شمرده است؛ ازجمله: اهداف پژوهشی یا مطالعه شخصی، انتقادی یا مروری، گزارش اخبار روزانه. به‌منظور اثبات استفاده منصفانه خوانده باید اثبات نماید استفاده موردنظر در زمره استفاده‌های مجاز قانونی بوده است. برخلاف دکت‌ترین استفاده منصفانه امریکا که فهرستی باز از استفاده‌های مجاز را ارائه می‌داد، مطابق با دکت‌ترین در حقوق بریتانیا استفاده‌های مجاز منحصرأ استفاده‌های یادشده هستند و خواننده بیش از هرچیز بایستی ثابت کند که استفاده وی تنها در زمره استفاده‌های مجاز قانونی بوده است.

Song, S. H., "Reevaluating Fair Use in China-A Comparative Copyright Analysis of Chinese Fair Use Legislation", the US Fair Use Doctrine, and the European Fair Dealing Model. Idea, No. 3 (2011), p. 18-19.

29. Gyles v. Wilcox., 26 Eng. Rep. 489, (1740), pp. 490-92.

30. F. Cas. 342, 345 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4901). For an Overview of the Case, See R. Anthony Reese, The Story of Folsom v. Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses, in Intellectual Property Stories 259 (Jane C. Ginsburg & Rochelle Cooper Dreyfuss Eds.

۳۱. اگرچه کنگره امریکا اولین قانون کپی‌رایت را در سال ۱۷۹۰ تصویب کرده بود، اما دکت‌ترین استفاده منصفانه تا دویست سال بعد به قانون کپی‌رایت امریکا راه نیافته بود. هنگام تصویب این دکت‌ترین در قانون ۱۹۷۶، کنگره به‌صراحت بیان کرد قصد ندارد رویه قضایی پیشین مبتنی بر این دکت‌ترین را تغییر دهد. با وجود این، تصویب این دکت‌ترین سبب شد که دادگاه‌ها ملزم شوند هر چهار فاکتور موجود در ماده ۱۰۷ را هنگام صدور رأی درنظر بگیرند؛ درحالی که پیش از این دادگاه‌ها، تنها برخی از فاکتورها را که با توجه به شرایط هر پرونده مهم‌تر یا مرتبط‌تر می‌دانستند، درنظر می‌گرفتند.

بنابراین این دکتین یک استثنای قانونی بر حق مؤلف به شمار می‌رود که در تمامی اقسام حقوق وی مانند حق تکثیر، توزیع، اجرای عمومی و ... لازم‌الاجراست^{۳۲}. به موجب این دکتین، استفاده از آثار هنری- ادبی با هدف انتقاد، بیان نظر، گزارش اخبار، آموزش و پژوهش، نقض حق مؤلف به شمار نمی‌آید^{۳۳}، اما سؤال اصلی آن است که چه چیزی منصفانه تلقی می‌شود؟ در تلاش برای پیدا کردن مفهوم منصفانه، می‌بایست اذعان داشت هیچ تعریف روشن و قاطعی برای مفهوم استفاده منصفانه وجود ندارد؛ در عوض دکتین استفاده منصفانه ابزاری برای تصمیم‌گیری قضایی بر اساس چهار معیار ذکر شده در قانون است.

تاکنون برای تعیین استفاده منصفانه در حقوق انگلیس چندین معیار در نظر گرفته شده است:

۱. ماهیت اثر؛ ۲. شیوه‌ای که خوانده، اثر را به دست آورده است. ۳. میزان و حجمی که اثر اقتباس شده است؛ ۴. هدف اثر؛ و ۵. تأثیر اقتباس از اثر بر بازار. در واقع، حقوق انگلیس استفاده منصفانه در حقوق امریکا را با روشی مضیق‌تر و محدودتر و مبتنی بر تعیین استفاده‌های مجاز و قانونی پذیرفته است^{۳۴}. به همین دلیل، این دکتین در حقوق انگلیس به دلیل مضیق و محدود بودن آن و همچنین عدم انعطاف مورد انتقاد قرار گرفته است^{۳۵}.

32. Ciolino, D. S., "Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use". Wash. & Lee L. Rev., No. 33 (1997), p. 48.

۳۳. ماده ۱۰۷ دارای سه بخش است: ۱. یک مقدمه که بیان می‌دارد حقوق انحصاری مؤلف منوط به اعمال استثنای استفاده منصفانه است و انواع استفاده‌های مجاز را که پیش‌تر ذکر شد بیان می‌کند. ۲. فهرستی از چهار فاکتور قانونی برای اعمال این استثنا را که دادگاه‌ها در هر پرونده‌ای باید در نظر داشته باشند، ارائه می‌دهد. ۳. بخشی را در خصوص آثار منتشر نشده که به قانون ۱۹۹۲ اضافه شده بود، بیان می‌کند.

34. Oriakhogba, D., & Osadolor, F. O., "Musings on the Fair Use and Fair Dealing Exceptions to Copyright: Nigeria and South Africa in Focus". Ebonyi State University Law Journal, No, 1 (2017), p. 4.

۳۵. برای مطالعه بیشتر به منابع زیر ر.ک.

Justice Laddie, Copyright: Over-strength, Over-regulated, Over-rated, 18 EUR. INTEL. PROP. REV. 253, 258-89 (1996); See Also Gerald Dworkin, Whitford Committee Report on Copyright and Designs Law, 40 MOD. L. REV. 685, 688 (1977) (Recommending That the U.K. Adopt a General Purpose Fair Use Defense, Although This Proposal was Eventually Rejected by the Legislature); 78 Hansard Parliamentary Debates 10 [Debate 2004] (Sing.) (Statement of S. Jayakumar, Deputy Prime Minister and Minister for Law) (Describing the Need to Move Away From the U.K. Model, Which was too "Restrictive").

۱.۲.۱. کشورهای نظام حقوق نوشته

گسترهٔ دکتین استفادهٔ منصفانه تنها محدود به کشورهای نظام حقوق کامن‌لا نیست و در اشکال متعدد در قوانین ملی کشورهای نظام حقوق نوشته نیز دیده می‌شود. اگرچه اعمال دکتین استفادهٔ منصفانه در حقوق معنوی مؤلف به مفهوم سنتی در حقوق کشورهای نظام نوشته نوعی تابو به‌شمار می‌رود، در سال‌های اخیر معرفی سیستمی از استثنای مضیق و محتاطانه در حقوق معنوی مؤلف در نظام حقوقی این کشورها به‌تدریج در حال شکل‌گیری است، به‌گونه‌ای که رشد تکنولوژی‌های نوظهور و نیاز به انعطاف‌پذیر بودن استثنای در این حوزه نیز این روند را تسریع کرده است.^{۳۶}

مشابه الگوی بریتانیا، چین نیز این دکتین را به شکل مضیق پذیرفته است، به این معنا که استفاده‌های خاصی بدون نیاز به کسب اجازه از مؤلف، قانونی به‌حساب می‌آیند.^{۳۷} مادهٔ ۲۲ قانون حق مؤلف چین، دوازده استثنای مشخص را در این زمینهٔ قانونی اعلام کرده است که شامل استفاده با اهداف مطالعه و پژوهش شخصی، نقد و اظهار نظر و گزارش وقایع روزمره می‌شود. به‌منظور به‌روز کردن این دکتین در فضای سایبر نیز مادهٔ ۶ قانون «حفظ حقوق ارتباطات در شبکهٔ اطلاعات»^{۳۸}، فهرست استفاده‌های مجاز در مادهٔ ۲۲ قانون حق مؤلف را به فضای سایبر سرایت می‌دهد.^{۳۹} دکتین استفادهٔ منصفانه در قانون‌گذاری تایوان نیز تلاش کرده است ترکیبی از الگوی انگلیسی و امریکایی را خلق نماید. بر اساس این الگوی ترکیبی، خواننده می‌بایست ادعای استفادهٔ منصفانه را به‌موجب قانون حق مؤلف تایوان تحت شرایط زیر ثابت نماید:

36. Hugenholtz, P. B., & Senftleben, M., "Fair use in Europe: in Search of Flexibilities". Amsterdam Law School Research Paper, (2012), p. 4.

۳۷. سه کشور تایوان، چین و کره جنوبی اخیراً تغییرات مهمی در قوانین حقوق مؤلف خود به‌منظور شناسایی دکتین استفادهٔ منصفانه ایجاد کرده‌اند.

38. the Preservation of the Right of Communication Through Information Network

۳۹. علی‌رغم تلاش‌های مقنن چین برای طراحی فهرستی از استفاده‌های مجاز از آثار حق مؤلف، ابهام بسیاری در زبان قانون موجود مشاهده می‌شود؛ برای مثال نقل قول مناسب از آثار منتشرشدهٔ مؤلفان دیگر یا در محدودهٔ مناسب. این مسئله موجب می‌شود قضات تشخیص و نظرهای شخصی خود را در اعمال معیار مناسب یا غیرمناسب دخالت دهند. مضافاً اینکه مادهٔ ۲۲ این قانون عموماً از متن قوانین اروپایی نشئت گرفته که در دهه‌های پیشین تصویب شده و نیازهای روز و چالش‌های جدید در حوزهٔ استثنای در نظر گرفته نشده است.

Song, S. H. *op.cit.*, p. 480.

- استفاده مطروحه در زمره استثنای مجاز مواد ۶۳-۴۴ باشد و
- معیارهای موجود در ماده ۶۵(۲) را دارا باشد (مشابه با معیارهای موجود در ماده ۱۰۷ قانون امریکا).

همچنین پیش‌نویس قانون تازه تصویب کره نیز ماده ۲-۳۵ را به منظور استفاده منصفانه از آثار دارای حق مؤلف که در زمره آثار مجاز مقرر در مواد ۲۳ تا ۳۵ و ۳-۱۰۱ تا ۵-۱۰۱ قانون حق مؤلف کره نباشد، پیش‌بینی کرده است. ماده ۲-۳۵ پیشنهاد شده مقرر می‌دارد: استفاده‌هایی که در زمره کاربردهای مجاز در مواد پیشین نباشد، چنانچه با روش‌های استفاده معمولی از آثار مغایر نبوده، به حقوق مشروع و قانونی مؤلف نیز آسیب غیرمعمولی نزنند، مجاز است (معیارهای آزمون سه‌گام). به منظور ارائه معیار برای آنکه آیا استفاده از اثر غیرمعمول است یا خیر، این ماده چهار معیار را که مشابه ماده ۱۰۷ قانون امریکا است ارائه می‌کند. لذا این ماده با استفاده از معیارهای الگوی امریکایی دامنه استفاده مجاز و منصفانه از آثار دارای حق مؤلف را گسترش داده است و به این روش محدوده و چارچوب از پیش تعیین‌شده‌ای برای استفاده منصفانه تجویز نمی‌کند و در نتیجه انعطاف‌پذیری قابل‌توجهی را ارائه می‌دهد.^{۴۰ ۴۱}

۲. مبانی تحدید حق معنوی مؤلف

تحدید حقوق مؤلف دارای مبانی بسیاری مانند مبانی حقوق بشری، اقتصادی، اجتماعی

۴۰. بسیاری از کشورهای دیگر مانند سریلانکا، فیلیپین و سنگاپور نیز قوانینی مبتنی بر دکترین استفاده منصفانه یا مشابه آن را در قوانین ملی خود پیش‌بینی کرده‌اند. در سال ۲۰۰۷ نیز رژیم صهیونیستی (اسرائیل) با الهام از الگوی امریکایی، استانداردهای استفاده منصفانه را با دامنه‌ای بسیار گسترده‌تر از الگوی انگلیسی در قوانین خود وضع نمود. در سال ۲۰۱۲ نیز کشور کانادا قوانین استفاده منصفانه را مطابق با الگوی انگلیسی اصلاح نمود تا مانند قانون امریکا انعطاف‌پذیری لازم را هنگام مواجهه با نیازهای روز داشته باشد. دغدغه برای ایجاد استفاده منصفانه از آثار با دامنه‌ای گسترده‌تر و منعطف‌تر در سایر کشورها نیز افزایش یافته است. مقنن استرالیایی نیز با اصلاح الگوی استثنای مضیق و معین خود به استثناءها بر مبنای اصول از پیش تعیین‌شده مانند الگوی امریکایی تلاش کرد به این دغدغه پاسخ دهد.

41. Australian Government Productivity Commission, Intellectual Property Arrangements (2016) 9, <<https://www.pc.gov.au/inquiries/completed/intellectual-property/report/intellectual-property.-pdf>>.

و فقهی است^{۴۲} که می‌تواند به‌طور مشترک در حقوق مادی و معنوی مؤلف اعمال شود؛ ولی در این میان، آنچه که می‌توان با توجه به موضوع پژوهش حاضر به صورت تخصصی‌تر در حقوق معنوی مؤلف در نظر گرفت، لزوم تحدید حقوق معنوی مؤلف با توجه به مبنای اقتصادی و فناوری‌های جدید و از آن خودسازی در هنرهای معاصر است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

۲. ۱. مبنای اقتصادی

ماهیت اقتصادی حقوق معنوی مؤلف به دلیل غیراقتصادی بودن آن و وابستگی به شخصیت مؤلف^{۴۳} عمدتاً مورد بی‌توجهی قرار می‌گیرد. دادگاه‌ها نیز به دلایل ذکرشده، آثار اقتصادی این حق را به هنگام صدور رأی نادیده می‌گیرند و این‌گونه تصور می‌شود که ماهیت غیراقتصادی این حقوق، سرانجام تأثیری بر خلاقیت، نوآوری و رفاه اجتماعی نخواهد داشت. همین امر موجب شده، در سال‌های اخیر حقوق معنوی مؤلفان بدون توجه به آثار اقتصادی که ممکن است در پی داشته باشد، از طریق قوانین و آرای دادگاه‌ها گسترش یابد و تحدید حقوق معنوی مؤلف با جدیت دنبال نشود؛ بدون توجه به اینکه این افزایش محدوده حمایت می‌تواند چه هزینه‌هایی را در بر داشته باشد. تحلیل اقتصادی حقوق معنوی مؤلف بحثی گسترده و تخصصی است که در چارچوب موضوع این پژوهش نمی‌گنجد^{۴۴}؛ لذا آنچه که در این مجال به‌طور مختصر به آن پرداخته می‌شود، بررسی لزوم تحدید حقوق معنوی مؤلف با توجه به ضرورت‌های اقتصادی است.

به‌منظور تشریح اقتصادی استثنای استفاده منصفانه در حق معنوی مؤلف، می‌توان از

۴۲. سعید حبیبی و زهرا شاکری، پیشین، ص ۴۰.

۴۳. هنگامی که گفته می‌شود حقوق معنوی مؤلف از شخصیت او سرچشمه می‌گیرد؛ به آن معنا نیست که حقوق معنوی ارزش اقتصادی ندارد یا قابل تقویم به پول نیست. برای نمونه، مؤلف می‌تواند در قبال گرفتن مبلغی از اعمال حقوق معنوی خود صرف‌نظر کند؛ مثلاً حق تمامیت خود را اعمال نکند. بنابراین، حمایت از شخصیت معنوی مؤلف هدف اولیه و مقدمه حمایت از حقوق معنوی وی است، ولی تنها هدف نیست و حمایت از منافع مادی او در حقوق معنوی نیز می‌تواند مورد توجه قرار گیرد.

۴۴. یکی از تخصصی‌ترین تحلیل‌ها در این زمینه از سوی هنزمن و سانتیلی صورت گرفته است. ر.ک.

Hansmann, H., & Santilli, M., "Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis". The Journal of Legal Studies, No. 1 (1997), pp. 95-143.

معیار کارایی پازنر^{۴۵} استفاده کرد. طبق این معیار، با تخصیص جایگاه ویژه برای مفهوم کارایی و با تغییر در استفاده از منابع، می‌توان حس رضایت و مطلوبیت بیشتری برای اکثر افراد جامعه ایجاد کرد و موجب حداکثرسازی ثروت در جامعه شد. لازم به ذکر است، طبق این معیار، ثروت اعم از سود مادی و معنوی و کالاهای ملموس و غیرملموس است^{۴۶}؛ لذا استفاده منصفانه را که در نتیجه آن، منفعت مادی و معنوی به فرد استفاده‌کننده می‌رسد و بر ثروت او می‌افزاید نیز دربر می‌گیرد. طبق این معیار، استفاده منصفانه از آثار ادبی - هنری نه تنها موجب ضرر و زیان به فرد مؤلف نمی‌شود، در عین حال نیز موجب دسترسی جامعه و افزایش علم و بهره‌وری نیز می‌گردد؛ پس با این معیار مطابقت دارد.

اصل دیگری که می‌توان برای تحلیل اقتصادی این مسئله استفاده کرد، اصل سنجش هزینه فرصت ازدست‌رفته است. سنجش هزینه - فایده فرایند سیستمی و تحلیلی مقایسه مزایا و هزینه‌ها در ارزیابی مطلوبیت یک نهاد است. این اصل اقتصادی یک تکنیک برای تصمیم‌گیری آگاهانه برای تخصیص منابع کمیاب است^{۴۷} و از این رو، در پژوهش حاضر مورد مطالعه قرار می‌گیرد؛ زیرا در استفاده منصفانه به دنبال مقایسه هزینه‌ها و فرصت‌های دو طرف درگیر، یعنی مؤلف و افراد جامعه هستیم و درنهایت برای ایجاد توازن بایستی حقوق یکی از طرفین به نفع طرف دیگر، تخصیص زده شود؛ به این معنا که چنانچه از میان چندین انتخاب، یکی برگزیده شود، هزینه فرصت ازدست‌رفته معادل با هزینه مرتبط با بهترین انتخاب ممکن از بین سایر انتخاب‌های صرف‌نظرشده باشد. لذا اگر استفاده منصفانه با تخصیص حق مؤلف انتخاب شود، بدیهی است که فواید دسترسی جامعه به آثار ادبی - هنری بسیار بیشتر از هزینه آن، یعنی تخصیص محدود حق مؤلف خواهد بود؛ در نتیجه کارایی و مطلوبیت نیز به حداکثر می‌رسد.

درنهایت اصل اقتصادی دیگری که می‌توان در این پژوهش استفاده کرد، اصل مقابله با

45. Richard Posner Efficiency

۴۶. حسن بادینی و مهدی مهراد، «کارایی اقتصادی در حقوق خصوصی، نظریه و مصادیق»، مطالعات حقوق خصوصی، ش ۱ (۱۳۹۶)، ص ۲۳.

۴۷. محیا ابوالمعالی، تحلیل اقتصادی یکسان‌سازی و هماهنگ‌سازی در حقوق قراردادهای پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، (۱۳۹۷)، ص ۴۲.

مخاطره اخلاقی^{۴۸} است. مخاطره اخلاقی یک اصطلاح اقتصادی است که سناریویی را توصیف می‌کند که در آن یکی از طرفین می‌تواند رفتاری مخاطره‌آمیز داشته باشد، زیرا می‌داند که شرایط توافق طرف دیگر را ملزم می‌کند هرگونه عواقب منفی را متقبل شود و زمانی رخ می‌دهد که یکی از طرفین تسلط یا اطلاعات بیشتری نسبت به طرف دیگر دارد^{۴۹}؛ دارد^{۴۹}؛ به‌ویژه آنکه گاه دادگاه‌ها به حفظ حقوق معنوی مؤلفان پس از مجوزهای بهره‌برداری تمایل داشته، هرگونه اقدامی برخلاف آن را نقض حقوق مؤلف می‌دانند. پابرجا بودن حق تمامیت مؤلف پس از فروش یا انتقال اثر به دیگری، می‌تواند موجب عدم شفافیت قانونی و حقوقی شود؛ زیرا از یک سو، اثر فروخته‌شده و طبق قواعد حقوق مالکیت اموال باید در اختیار کامل انتقال‌گیرنده باشد، ولی از طرفی، حق تمامیت همچنان برای مؤلف باقی است و وی بر مبنای این حق می‌تواند در اثر خود دخل و تصرف نماید^{۵۰}. در چنین شرایطی، اجرای حقوق معنوی مؤلف عمدتاً باید با توجه به اوضاع و احوال و ماهیت آثار مورد حمایت قرار گیرد. به‌طور خلاصه، حقوق معنوی نیز مانند سایر حقوق منوط به اعمال تعادل و موازنه در منافع است؛ همان‌گونه که این موازنه در حقوق مادی دیگر نیز وجود دارد و منافع قانونی مؤلفان و سرمایه‌گذاران نیز بایستی در نظر گرفته شود.

۲.۲. مبنای ناشی از پیشرفت فناوری

حقوق معنوی مؤلف چالش‌ها و ابهامات بسیاری در بستر تکنولوژی‌های جدید به‌وجود آورده است. پرسش اصلی آن است که آیا حقوق معنوی، به‌ویژه حق تمامیتی که در مورد یک تابلو هنری فاخر وجود دارد با حق تمامیتی که در مورد یک نرم‌افزار که هزاران نسخه از آن تولید شده است، باید یکسان اعمال شود؟ آیا می‌توان بدون قربانی کردن جوهره این حق، محدودیت‌هایی در آن به‌وجود آورد؟

همان‌گونه که یکی از مؤلفان گفته است: «حق تمامیت و سایر حقوق معنوی مؤلف

48. Moral Hazard

۴۹. ریحانه عرب، تحلیل حقوقی- اقتصادی قالب و شروط قراردادهای انتقال تکنولوژی داروهای بیولوژیک، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، (۱۴۰۱)، ص ۱۰۳.

۵۰. این مسئله عموماً این‌گونه توجیه می‌شود که مؤلف حتی پس از فروش دارای منافع قانونی است؛ زیرا تغییر در اثر می‌تواند بر شهرت و اعتبار او تأثیر بگذارد و مشکلات حقوقی که از این مسئله می‌تواند ناشی شود، اندک و قابل حل است.

اساساً برای محیط غیردیجیتال و سنتی طراحی شده است. در محیط دیجیتال و تحت فناوری‌های نوین این محدودیت و مرزها تغییر می‌یابد، پس باید به جای نادیده گرفتن این حقوق، انعطاف‌پذیری بیشتری در آن به وجود آوریم»^{۵۱}. محدود کردن حق تمامیت می‌تواند به موارد گوناگونی بستگی داشته باشد: ذات اثر هنری، تکثیر اثر، هدف از تولید اثر (هنری باشد مثل تابلو نقاشی، یا تجاری باشد مثل تبلیغات سفارشی در محیط دیجیتال)، سرعت تکثیر و، به همین منظور در حقوق فرانسه نیز حق تمامیت در مورد برنامه‌های کامپیوتری، آثار معماری و سایر آثاری که دارای میزان کمی از اصالت هستند، با محدودیت مواجه است.^{۵۲}

مشکل دیگری که با شناسایی حقوق معنوی گسترده برای مؤلفان نرم‌افزارها با آن مواجه می‌شویم، شناسایی حقوق معنوی پس از تحول و به‌روزرسانی این نرم‌افزارهاست. معمولاً شرکت‌های فعال در این حوزه پس از انتشار نرم‌افزارها و گذشت مدت زمانی، اقدام به تهیه نسخه به‌روزرسانی شده و پیشرفته‌تر آن می‌کنند. طبیعتاً ویژگی‌ها و کارکردهای بهتری در نسخه‌های جدید تعبیه می‌شود که نمی‌توان گفت اساساً همان نسخه اولیه است.^{۵۳} در اینجا اگر بخواهیم مفهوم حقوق معنوی را به صورت مطلق و گسترده شناسایی کنیم، نسخه‌های جدیدتر نقض حق معنوی مؤلف، به‌ویژه حق تمامیت وی، به‌شمار می‌آیند. این مسئله در مدت کمی علاوه بر گسترش دامنه نقض، به جلوگیری از ابداعات در حوزه نرم‌افزارها منجر می‌شود. به همین دلیل در قانون فرانسه مطابق ماده ۷-۱۲۱ به‌صراحت حق عدول یا رجوع از مؤلف نرم‌افزار سلب شده است. قانون مالکیت فکری آلمان نیز در ماده ۶۹ خود در دو بند «پ» و «ت» حق تصحیح و دی‌کامپایل^{۵۴} کردن نرم‌افزارها را به رسمیت شناخته است.

ماهیت خاص فناوری‌های نوین اطلاعات و ارتباطات موجب می‌شود درحالی که برخی

51. Adler, A. M., "Against Moral Rights". Calif. L. Rev., No. 97 (2009), p. 263 and Davis Jr, T. J. "Fine Art and Moral Rights: The Immoral Triumph of Emotionalism". Hofstra L. Rev., (1988), P. 17.

52. Art. L. 121-71.

53. Even, Y, *op.cit*, p. 247.

54. Decompile

از آثار آفریده شده در فناوری‌های نوین بایستی از قلمرو حمایت حقوق معنوی خارج شوند، نبایستی به کلی منکر وجود حقوق معنوی در این آفرینش‌ها شد. برای مثال، ماهیت حقوق معنوی در آثار تولید شده از سوی هوش مصنوعی و همچنین نرم‌افزارهای رایانه‌ای موجب می‌شود با در نظر گرفتن مفهوم اصالت، پدیدآوردگی، خلاقیت و نوع رابطه میان مؤلف و اثر، حمایت مطلق از حقوق معنوی مؤلف نادرست به نظر برسد و حقوق معنوی مؤلف در این فضا بایستی بیشتر از هرچیز به دنبال ایجاد توازن میان حقوق مؤلف و اقتضائات خاص این فناوری‌ها باشد.^{۵۵}

۳.۲. جریان از آن خودسازی در هنرهای معاصر

امروزه مفهوم تخصصی از آن خودسازی^{۵۶} جهت اشاره به مفهومی از اقتباس در آثار هنری به کار برده می‌شود.^{۵۷} هنرمندان با توسل به این روش تلاش می‌کنند از آثار دیگران در جهت اهداف و سلیق خود استفاده کرده، ذوق هنری خود را در آثار متعلق به دیگری جلوه دهند. اگرچه این روش یکی از روش‌های متداول در رشته هنر محسوب می‌شود، ولی ممکن است از جهات حقوقی با حقوق مادی و به ویژه حق معنوی مؤلف تعارض داشته باشد.^{۵۸} هنرمندی که تلاش می‌کند اثر دیگری را از آن خود کند، با به امانت گرفتن عناصر عمده‌ای از اثر دیگری و اضافه کردن خلاقیت و ذوق هنری خود دست به آفرینش اثری جدید می‌زند. بنابراین این جریان از یک سو، حقوق معنوی مؤلف را به چالش می‌کشد و از سوی دیگر، موجب ابداع و خلاقیت در حوزه‌های هنری می‌شود؛ بنابراین، بحث تحدید حق معنوی مؤلف اثر به نفع هنرمندان دیگر و نهایتاً جامعه را پیش می‌کشد که در این گفتار

۵۵. برای مطالعه بیشتر ر.ک. شاکری، زهرا و جعفرپور، یاسمن، «امکان‌سنجی اعمال حقوق معنوی مؤلف تحت فناوری‌های نوین اطلاعات و ارتباطات»، حقوق فناوری‌های نوین، ش ۶ (۱۴۰۱).

56. Appropriation

۵۷. در تعریف از آن خودسازی، گفته شده است که این هنر به اندکی تغییر یا بازتولید یک نمونه یا فرم اشیا و یا تصاویر از پیش وجودداشته اشاره دارد که تاریخ شروع آن به کلاژ و ساختارهای کوبیسمی پیکاسو و ژرژ براک بازمی‌گردد. (ادهم، ضرغام و آذین، یوسفیانی، «بررسی نقش الهام و اقتباس در اصالت آثار هنرهای تجسمی»، هنرهای زیبا- هنرهای تجسمی، ش ۱ (۱۳۹۹)، ص ۴۴).

۵۸. زهرا شاکری، «نقض حقوق مؤلف در پرتو اقتباس از اثر دیگری و از آن خودسازی هنری»، مطالعات حقوقی، ش ۴ (۱۴۰۰)، ص ۱۷۳.

مختصراً به آن می‌پردازیم.

با توجه به ماده ۱۸ قانون حقوق مؤلفان، نام پدیدآورنده اثر اصلی می‌بایستی در اثر اقتباسی ذکر گردد. اما مسئله اصلی در این خصوص رعایت حق حرمت اثر است، زیرا در این روش، مؤلف اثر دوم با ایجاد تغییراتی در اثر اول می‌تواند حق حرمت اثر مؤلف اول را زیر پا گذارد. به بیان دیگر، تغییر و ایجاد اصلاحات، عنصر اصلی اقتباس و از آن خودسازی است و این مسئله می‌تواند نقض حق حرمت اثر مؤلف اول تلقی شود.^{۵۹} به‌طور کلی موضع نظام‌های ملی در برابر استثناهای وارد بر حق اقتباس، به‌روشنی حق تکثیر نیست و دکترین و رویه قضایی، بیشتر نقش تفسیری در این خصوص ارائه می‌کنند. بنابراین، قاضی می‌تواند سلیقه‌ای برخورد کند، زیرا ممکن است روح و ذوق هنری هنرمندان را درک نکند و این مؤلفه می‌تواند مانعی در ظهور خلاقیت هنرمندان در آفرینش آثار جدید باشد.^{۶۰} در عین حال، مهم‌ترین نکته‌ای که از آن خودسازی هنری را از سرقت ادبی و جعل و کپی غیرمجاز متمایز نگه می‌دارد، آگاهی مخاطب و یا اذعان پدیدآورنده دوم به اثر اولیه است. بنابراین، هنرمندان از آن خودساز، پدیدآورنده آثاری هستند که در عین استقلال از اثر اولیه، وظیفه هدایت تماشاگر به تصاویر مرجع و خوانشی دوباره و متفاوت از تصویر مرجع را به‌عهده دارند؛ پس نمی‌توان جایگاه مبتکرانه آنها را در حفظ و تعالی هنر نادیده گرفت.^{۶۱}

شایان ذکر است که محاکم کشورهای حقوق نوشته سرسختی بسیاری در پذیرش پدیده از آن خودسازی دارند، اما مطالعات نشان می‌دهد برخی دادگاه‌ها از جمله محاکم فرانسه تعدیل ضمنی حق معنوی مؤلف را به‌ویژه در قراردادهای تهیه و تدوین آثار سینمایی پذیرفته‌اند.^{۶۲} سکوت دادگاه‌ها در خصوص حق معنوی در موارد توافقات قراردادی اقتباس هنری، می‌تواند نشانگر آن باشد که نفس اقتباس از آثار دیگری متضمن اختیارات اعطایی به

۵۹. همان، ص ۱۹۸.

۶۰. شیوا آیسان و همکاران، «از آن خودسازی هنری و تعیین جایگاه حقوقی پدیدآورنده»، کیمیای هنر، ش ۳۶ (۱۳۹۹)، ص ۵۴.

۶۱. همان، صص ۵۵-۵۹.

62. Lachaussee, Sébastien & Elisa Martin-Winkel, "Adaptation rights: How to Deal with Them Under French law", (2016). Available at: <https://avocatl.com/news/adaptation-rights-how-to-deal-with-them-under-french-law/>.

به نقل از زهرا شاکری، پیشین، ص ۱۹۸.

اقتباس‌کننده و تحدید حقوق معنوی مؤلف است؛ یعنی ملاحظات عملی اقتباس برخی تغییرات را اقتضا می‌نماید.^{۶۳}

۳. سازگاری یا عدم سازگاری دکتترین استفاده منصفانه با حقوق معنوی

درخصوص اینکه آیا دکتترین استفاده منصفانه تنها در خصوص حقوق مادی مؤلف قابل اعمال است یا شامل حقوق معنوی نیز می‌شود، تردید وجود دارد. در نگاه اول، چهار معیار این دکتترین به‌سختی قابل تطبیق و سازگاری با حقوق معنوی مؤلف هستند. متأسفانه در رویه قضایی امریکا و حتی کشورهای دیگر نیز مثال‌های بسیار اندکی از اعمال این دکتترین در حقوق معنوی مؤلف وجود دارد.^{۶۴} ماده ۱۰۷ نیز راهنمایی و هدایت درستی مبنی بر آنکه چگونه این معیارها باید به صورت گسترده تفسیر شوند، ارائه نمی‌دهد و در زمینه حقوق معنوی نیز این تفسیر دشوارتر صورت می‌گیرد؛ زیرا با نگاه به متن ماده، تنها به‌نظر می‌رسد این دکتترین برای اعمال در حقوق مادی مؤلف طراحی شده است و هیچ توضیح و تفسیری مبنی بر آنکه چگونه باید در حقوق معنوی مؤلف اعمال شود وجود ندارد. ماده ۱۰۷ تنها بیان می‌دارد این استثنا در حقوق معنوی مؤلف نیز اعمال می‌شود، ولی هیچ معیاری در خصوص چگونگی اعمال آن در حقوق معنوی و شرایط آن، ارائه نمی‌دهد.^{۶۵} به همین منظور یکی از نویسندگان اظهار می‌دارد معیاری که تعیین کند این دکتترین به چه شیوه‌ای باید در حق انتساب و حق تمامیت مؤلف اعمال شود، وجود ندارد.^{۶۶}

همچنین عامل مهم دیگری که موجب می‌شود، نشانه و ردپایی از اعمال این دکتترین در حقوق معنوی مؤلف پیدا نکنیم آن است که در بسیاری از موارد، آثاری که با تغییر در محتوا و شکل آثار دیگر خلق می‌شوند، عموماً به‌عنوان آثار جدید و اصیل معرفی شده، مسئله نقض حقوق معنوی مؤلف به فراموشی سپرده می‌شود و یا به‌عنوان نقض حقوق مادی مؤلف

۶۳. همان، ص ۱۹۹.

۶۴. برای مثال به منبع زیر نک:

Madison, Michael J., "A Pattern-Oriented Approach to Fair Use" p. 45, William & Mary Law Review 1525, (2004).

65. 17 U.S.C. § 107 (1994)

66. Karlen, P. H., "What's Wrong with VARA: A Critique of Federal Moral Rights?" Hastings Comm. & ENT. LJ, No. 15 (1992), pp. 905, 105-06.

شناسایی می‌گردد. با استناد به دلایل یادشده، برخی از محققان معتقدند، اگرچه این دکترین یکی از استثناهای حقوق معنوی مؤلف در حقوق امریکا شناخته می‌شود، اما میان اعمال این دکترین در حقوق معنوی ناسازگاری و عدم تعادل به چشم می‌خورد^{۶۷}؛ به‌ویژه آنکه ممکن است هنگام اعمال این دکترین در حقوق معنوی دچار مشکل شویم. این اختلاف و عدم سازگاری می‌تواند از چند مسئله ناشی شود:

- نخستین نکته آن است که دکترین استفاده منصفانه، نظریه و استثنایی بود که در حقوق مؤلفان مطرح گردید تا به افراد جامعه امکان دهد از آثار مؤلفان با شرایط و در محدوده خاصی بدون اجازه از وی استفاده کنند و هدف اولیه آن، تشویق هنر و دانش در جامعه بود؛ اما حقوق معنوی مؤلف در قانون هنرهای تجسمی امریکا مورد شناسایی قرار گرفت تا به مؤلف اجازه دهد ارتباط میان وی و اثرش حفظ گردد و حمایت از اعتبار و شهرت مؤلف بر حمایت از حقوق جامعه در این قانون ارجح دانسته شد. بنابراین، هدف این دو کاملاً با یکدیگر متفاوت است و این دکترین نباید حقوق معنوی مؤلف را که با هدف حمایت از شخص مؤلف شکل گرفته است، محدود نماید.
- نکته مهم دوم آن است که در معیارهای این دکترین برای تشخیص استفاده منصفانه تماماً از معیارهای اقتصادی سخن گفته شده است؛ درحالی که این معیارها با روح و ماهیت غیراقتصادی حق معنوی همخوانی ندارد^{۶۸}.
- نکته سوم اینکه اعمال این دکترین در حقوق معنوی مؤلف موجب می‌شود اشخاص بتوانند حقوق معنوی مؤلف به‌ویژه حق انتساب و حق تمامیت اثر را به راحتی زیر پا بگذارند. دغدغه حقوق مالکیت فکری مصونیت اثر از تحریف

67. Dane S. Ciolino, "Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use", 54 Wash. & Lee L.Rev. 33, (1997). <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol54/iss1/3> and Tanaka, J. (2018). Promoting Asian American Representation Through Copyright: Moral Rights in the Last Airbender and Fair Use in Ms. Marvel. Asian Am. LJ, 25, 88 and Smith, C. Y., "Creative Destruction: Copyright's Fair Use Doctrine and the Moral Right of Integrity". Pepp. L. Rev., No. 47, (2019), p. 601.

68. Dane S. Ciolino, "Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use", 54 Wash. & Lee L.Rev. 33, <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol54/iss1/3>, (1997), p. 37.

احتمالی است و اعمال این دکترین این مهم را نادیده می‌گیرد. همان‌گونه که یکی از محققان به‌درستی استدلال می‌کند: «حمایت طولانی‌مدت از حقوق معنوی مؤلف منجر می‌شود، اشخاص جامعه بتوانند از شکل اصیل و بدون تحریف اثر بهره ببرند و درنهایت منافع عموم نیز تأمین خواهد شد»^{۶۹}؛ در صورتی که اعمال این دکترین سبب می‌شود زمینه برای تحریف و دگرگونی اثر فراهم گردد. در پاسخ به این نگرانی، برخی تفسیر کرده‌اند حق انتساب اثر در بسیاری از موارد از سوی مؤلف بدون نگرانی رعایت می‌شود، زیرا بسیاری از آثار شناخته‌شده مثل میکی موس و هری پاتر به‌خودی خود شناخته‌شده هستند و مؤلف دوم توان نادیده گرفتن نام مؤلف اول را نخواهد داشت و در موارد دیگر نیز مؤلف دوم برای بالا بردن ارزش کار خود ترجیح می‌دهد نام مؤلف اصلی اثر را قید کند.^{۷۰} در این خصوص باید اظهار داشت که این مسئله تنها در مورد آثار شناخته‌شده صادق است و بسیاری از آثار کمترشناخته‌شده مؤلفان را دربر نمی‌گیرد. از سوی دیگر با اجازه دادن به عموم برای تحریف در اثر مؤلفان، هیچ اثر جدیدی که بتواند برای عموم مفید باشد و به پیشرفت دانش و هنر در جامعه کمک کند، به‌وجود نخواهد آمد. برای مثال، زمانی که فردی با کشیدن سیل روی پرتره دیگری، اثری جدید خلق می‌کند، هیچ‌گونه منفعت و ارزش افزوده‌ای به دانش و آگاهی جامعه اضافه نمی‌شود و هدف اولیه این دکترین که گسترش علم و هنر بود نیز تأمین نخواهد شد.

- نکته پایانی اینکه باید به تفاوت‌های نظام حقوقی کشورهای کامن‌لا و حقوق نوشته در این زمینه توجه کرد. در ارزیابی کلی از نظام حقوق مالکیت ادبی و هنری امریکا، باید گفت که حمایت از مؤلفان در نظام امریکایی در درجه دوم اهمیت قرار دارد، چراکه ترویج علم در سطح جامعه اولویت مهم قانون‌گذاران است و آفرینندگان امروز و فردا بر اساس آثار فعلی به خلق اثر می‌پردازند.^{۷۱} از سوی دیگر،

69. Roberta Rosenthal Kwall, "Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible?" 38 VAND. L. REV. No. 1 (1995), p. 69.

70. Samuelson, P., & Hashimoto, K., "Is the US Fair Use Doctrine Compatible with Berne and TRIPS Obligations?" Universalism or Pluralism in International Copyright Law (Kluwer Law International, Information Law Series), UC Berkeley Public Law Research Paper, (2018), p. 21.

۷۱. زهرا شاکری، «معیارهای بهینه‌سازی مقررات محدودیت‌ها و استثنائات در نظام حقوق مالکیت ادبی و هنری»، حقوق پزشکی (۱۳۹۵)، ص ۱۲۲.



درحالی که نظام کامن‌لا با رویکرد مضیق‌تری نسبت به حمایت از حقوق معنوی مؤلف پیش رفته است، اعمال استثنای ازجمله این دکترین در نظام حقوق امریکا پذیرفته‌تر است تا نظام حقوقی کشورهای حقوق نوشته که حقوق معنوی مؤلف گستره وسیعی دارد و اعمال استثنای و محدودیت‌ها در آن همواره به‌سختی مورد پذیرش قرار می‌گیرد؛ اگرچه حتی در حقوق امریکا نیز قضات عملاً خود را در شک و تردید نسبت به اعمال این دکترین و یا چگونگی اعمال آن می‌بینند.^{۷۲}

استفاده منصفانه در حقوق ایران نیز گاهی با بیان عبارات و مفاهیم مشابه به‌کار رفته است؛ برای مثال ماده ۷ قانون حمایت از حقوق مؤلفان مصوب ۱۳۴۸ مقرر می‌دارد: «نقل از اثرهایی که انتشار یافته است و استناد به آنها با مقاصد ادبی و علمی و فنی و آموزشی و تربیتی و به صورت انتقاد و تقریظ با ذکر مأخذ در حدود متعارف مجاز است». ذکر مقاصد خاص برای بهره‌برداری در متن این ماده و اضافه کردن حدود متعارف که مفهوم استفاده منصفانه را به ذهن متبادر می‌کند، ممکن است در نگاه اول پیروی از مفهوم دکترین استفاده منصفانه در حقوق امریکا را یادآوری کند، ولی بایستی اشاره کرد که این ماده صرفاً به بیان نقل قول‌های مجاز از آثار ادبی-هنری می‌پردازد و با واگذار کردن حدود و ثغور و معیارهای لازم برای استفاده متعارف به نظر عرف یا قاضی، ضابطه‌ای دقیق مشابه آنچه که در حقوق امریکا وجود دارد، به‌دست نمی‌دهد. لذا نمی‌توان متن این ماده را الهام‌گرفته از دکترین استفاده منصفانه در حقوق امریکا دانست. ماده ۱۱ این قانون^{۷۳} و همچنین ماده ۵ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی^{۷۴} نیز به همین ترتیب با عدم تعیین مرز استفاده منصفانه و غیرمنصفانه و با مبهم گذاشتن معیارهای لازم برای تشخیص آن، صرفاً به بیان پراکنده و مبهم عبارت استفاده منصفانه یا متعارف اکتفا کرده است.

72. Kwall, R. R., "The Right of Publicity vs. the First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis". Ind. LJ, No. 70 (1994), p. 47.

۷۳. ماده ۱۱- «نسخه‌برداری از اثرهای مورد حمایت این قانون مذکور در بند ۱ از ماده ۲ و ضبط برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی فقط در صورتیکه برای استفاده شخصی و غیرانتفاعی باشد مجاز است».

۷۴. ماده ۵- «تکثیر و نسخه‌برداری از کتب و نشریات و آثار صوتی موضوع مواد دو و سه این قانون به‌منظور استفاده در کارهای مربوط به آموزش یا تحقیقات علمی مجاز خواهد بود مشروط بر اینکه جنبه انتفاعی نداشته باشد و اجازه نسخه‌برداری از آنها قبلاً به تصویب وزارت فرهنگ و هنر رسیده باشد».

۴. اعمال معیارهای دکترین استفاده منصفانه در حقوق معنوی مؤلف

اصولاً دادگاه‌ها معیارهایی برای احراز منصفانه یا غیرمنصفانه بودن استفاده در این دکترین به کار می‌گیرند و نوع استفاده شخص را حسب امارات و قرائن تعیین می‌کنند. به منظور تصمیم‌گیری بهتر در این خصوص که آیا معیارهای این دکترین با حقوق معنوی مؤلف سازگاری دارد یا خیر، بایستی یک بار دیگر مطابق ماده ۱۰۷ قانون حق مؤلف امریکا که منشأ دکترین استفاده منصفانه است، به این معیارها در پرتو تطابق با حقوق معنوی مؤلف نگریست:

اولین معیار دادگاه‌ها را ملزم می‌نماید هنگام تصمیم‌گیری در مورد اعمال این دکترین، به هدف و ماهیت اثر توجه کنند؛ ازجمله آنکه آیا استفاده از آن با اغراض تجاری صورت گرفته یا هدف غیرانتفاعی یا تحصیلی در میان بوده است. هدف این معیار آن است که غرض اولیه و مهم این دکترین که تخصیص حقوق مؤلفان برای حمایت از منافع عموم جامعه بود، نادیده گرفته نشود و اهداف عمومی در سایه اهداف مالی و تجاری فراموش نگردد. از سوی دیگر، اگر هر شخص بیگانه‌ای بتواند اثر را با اهداف تجاری مورد استفاده قرار دهد، انگیزه مؤلفان برای تولید علم و هنر از بین خواهد رفت^{۷۵}؛ بنابراین استفاده، تنها با اهداف انتقادی، آموزش و پژوهش و همچنین گزارش اخبار و اهداف مشابه آزاد خواهد بود. همچنین وجود اغراض تجاری، ماهیت غیراقتصادی حقوق معنوی مؤلف را که عمده‌تاً برای حفظ شخصیت و اعتبار مؤلف مورد حمایت قرار می‌گیرد، نقض خواهد کرد؛ لذا چنانچه بنا باشد از این نظریه به عنوان استثنایی در حقوق معنوی مؤلف یاد کنیم، بایستی تمامی اغراض تجاری و مادی منتفی شود.

معیار دوم این دکترین، ماهیت اثر اقتباس‌شده را مورد ارزیابی قرار می‌دهد^{۷۶}. برای مثال، طبق این معیار، آثار تخیلی یا فانتزی، خلاقانه‌تر و اصیل‌تر محسوب می‌شوند و بنابراین، دکترین استفاده منصفانه در آنها به‌سختی مورد قبول است. در مقابل، آثار علمی

75. Leval, P. N., Toward a Fair Use Standard. Harvard Law Review, No. 5 (1990). pp. 1105-1136.

۷۶. این معیار وضعیت انتشار اثر اولیه را نیز مورد ارزیابی قرار می‌دهد و اگر اثری منتشر نشده باشد، احتمال منصفانه تلقی شدن استفاده از آن کمتر خواهد بود.

مبتنی بر وقایع، کمتر خلاقانه و اصیل شمرده می‌شوند و بنابراین، اقتباس از آنها از سوی دادگاه‌ها منصفانه‌تر تشخیص داده می‌شود.^{۷۷}

هرچه تغییرات در اثر، خود را بیشتر نشان دهد و رد پای اثر اول در آن کم‌رنگ‌تر شده باشد، احتمال آنکه آن اثر، منصفانه تشخیص داده شود بیشتر است. این مسئله به آن دلیل است که اصالت در اثر دوم بیشتر شکل می‌گیرد و اثر را از وابستگی به اثر اولیه خارج می‌کند و در نتیجه احتمال ضرر اقتصادی به اثر اول یا خدشه به حیثیت و آبروی مؤلف و نادیده گرفتن حقوق معنوی وی را کمتر می‌کند. از سوی دیگر، وقتی مؤلفی با تغییر اثر، اثر ثانویه‌ای خلق می‌کند، به‌ندرت اثر ثانویه می‌تواند از لحاظ تجاری جای اثر اولیه و اصیل را بگیرد و به بازار آن لطمه وارد کند.

معیار سوم دادگاه‌ها را ملزم می‌کند مقدار و ماهیت بخش مورد استفاده را در مقایسه با کل اثر بسنجند که با توجه به هدف و ماهیت استفاده می‌تواند از اثری به اثر دیگر کاملاً متفاوت باشد. به‌منظور ارزیابی این معیار، تنها نباید به حجم اثر اقتباس‌شده توجه کرد، بلکه باید کیفیت را نیز در نظر گرفت؛ چنان‌که گاهی اوقات میزان اقتباس بسیار اندک است، ولی دادگاه تشخیص می‌دهد استفاده از اثر منصفانه نبوده است؛ زیرا بخش مورد استفاده هسته اولیه و مهم اثر را تشکیل می‌دهد و برعکس گاهی استفاده تقریباً از تمام اثر بوده، ولی چون ماهیت اثر اول را تغییر داده است، منصفانه تشخیص داده می‌شود. بنابراین، نکته مهم آن است که آیا استفاده در مقایسه با اثر اول منطقی و منصفانه بوده است یا خیر.

این معیار، برخلاف سه معیار دیگر با سهولت بیشتری می‌تواند در حقوق معنوی مؤلف مورد بررسی قرار گیرد. هرچه میزان تحریف و نادیده گرفتن حق تمامیت اثر بیشتر بوده باشد، احتمال بیشتری وجود دارد که استفاده منصفانه تشخیص داده نشود و برعکس هرچه میزان تحریف اثر کمتر باشد، منصفانه‌تر دیده می‌شود؛ برای مثال، اگر خریدار در یک اثر نقاشی از طبیعت، تنها رنگ یکی از اجزای نقاشی مانند درخت را در نقاشی خود به وام بگیرد، استفاده از اثر منصفانه است و نقض حقوق معنوی مؤلف اول را در پی نخواهد داشت

77. Song, S. H, *op.cit*, p. 459.

و برعکس، اگر بخش مهمی از اثر اولیه را در نقاشی خود مورد استفاده قرار دهد، حق معنوی مؤلف اول را نقض کرده است. مثال دیگر آنکه اگر خریدار بر روی یک پرتره، سیل نقاشی کند، می‌تواند تحریف اثر و در نهایت نقض حق تمامیت مؤلف اصلی معرفی، و دفاع وی برای منصفانه بودن استفاده رد شود.

معیار چهارم دادگاه را ملزم می‌کند که به تأثیر استفاده از اثر بر بازار فروش اثر اولیه یا ارزش آن توجه کند. این معیار معمولاً به دلیل اینکه تنها معیار مهم از سوی دادگاه‌ها برای تشخیص استفاده منصفانه در نظر گرفته می‌شود مورد انتقاد قرار می‌گیرد.^{۷۸} این معیار صرفاً آسیب اقتصادی به بازار موجود را در نظر نمی‌گیرد، بلکه فرض می‌کند بازار احتمالی آینده نیز در صورت عمومی شدن اثر ثانوی چه آسیب‌هایی می‌تواند ببیند و چنانچه بر بازار احتمالی یا آینده اثر منفی داشته باشد، منصفانه تلقی نمی‌شود.^{۷۹} اعمال این معیار در حقوق معنوی مؤلف می‌تواند با دشواری همراه باشد، زیرا حقوق معنوی مؤلف به ماهیت غیراقتصادی و مادی خود شناخته می‌شود. بنابراین، زمانی که پای منافع اقتصادی مؤلف در میان نباشد، راه برای اعمال این دکترین در حقوق معنوی مؤلف باز خواهد بود و از سوی دیگر، تعریف بازار برای حقوق معنوی هنگام تصمیم‌گیری در مورد تأثیر تحریف اثر بر بازار بالقوه یا بالفعل، کار دور از ذهنی به نظر می‌آید. آیا اصولاً می‌توان چنین بازاری را متصور شد؟ از سوی دیگر، حتی اگر بتوان چنین بازاری را تصور کرد، با مشکل عدم امکان انتقال حقوق معنوی مؤلف مواجه خواهیم شد؛ پس عملاً اعمال معیار چهارم در حقوق معنوی مؤلف بی‌معنا خواهد بود.

با وجود تمامی این ایرادات، هنوز هم قانوناً این دکترین یکی از استثنای مهم حقوق معنوی مؤلف در حقوق امریکا شمرده می‌شود. اما اعمال این دکترین در حقوق معنوی کشورهای حقوق نوشته به دلیل رویکرد حمایت‌گرایانه بیشتر از حقوق معنوی مؤلف، بایستی با احتیاط و دقت بیشتری اعمال گردد.

78. Patterson, L. R., "Understanding Fair Use. Law and Contemporary Problems", Vol. 55, No. 2 (1992), pp. 249-266 and Schulman, J., "Fair Use and the Revision of the Copyright Act". Iowa L. Rev., No. 53 (1967) p. 832; and Loren, L. P., Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems. J. iNtell. pRop. No. 5, (1997), p. 1.

79. Hughes, J., Fair Use and Its Politics-At Home and Abroad, Copyright Law in the Age of Exceptions and Limitations, Ruth Okediji, Editor, (Cambridge University Press, 2015), p. 261.

نتیجه

تعیین حدود و ثغور اعمال استثناها و محدودیت‌ها در حقوق مؤلف به‌منظور تعیین منافع عموم بسیار مهم است. اهمیت این امر در حقوق معنوی مؤلف به دلیل پیوند آن با شخصیت و اعتبار مؤلف، حساس‌تر و مهم‌تر نیز می‌شود. اگرچه دکترین استفاده منصفانه با هدف حمایت از منافع عموم جامعه به‌وجود آمده است، اما نباید به آن منجر گردد که حقوق معنوی مؤلفان نادیده گرفته شود.

با درنظر گرفتن این مهم که حتی اعمال این دکترین در حقوق امریکا که مهد گسترش و نفوذ آن است، با مشکلات و ابهامات عدیده‌ای همراه بوده و مفسران و قضات دادگاه‌ها نیز انتقادات بسیاری بر آن داشته‌اند یا حداقل در اعمال آن دچار سختی و مشکلات بسیاری بوده‌اند، این مسئله در حقوق کشورهای نوشته که از یک سو، دارای نظام استثنائات مضیق و تعیین‌شده، و از سوی دیگر، گستره حمایتی وسیع از حقوق معنوی مؤلف هستند، قطعاً با مشکلات و ابهامات بیشتری همراه خواهد بود که موجب می‌شود تعیین حدود و ثغور اعمال این دکترین در حقوق معنوی مؤلف به‌درستی صورت نگیرد. لذا اگرچه از این نظریه به‌عنوان مفهومی انعطاف‌پذیر یاد می‌شود، ولی باید درنظر داشت اعمال آن در هر نظام حقوقی، مناسب و امکان‌پذیر نخواهد بود؛ با این حال، می‌توان از انعطاف‌پذیری آن در مورد سیاست‌گذاری در حوزه استثناها و محدودیت‌های حقوق مؤلفان به‌ویژه در حوزه تکنولوژی‌های جدید و به‌روز بهره برد. در پایان، به‌منظور اعمال این استثناها در حقوق داخلی، بایستی به چندین معیار توجه کرد: ۱. هنگام تصمیم‌گیری در مورد اعمال این دکترین، به هدف و ماهیت اثر توجه شود؛ ازجمله آنکه آیا استفاده با اغراض تجاری صورت گرفته یا هدف از آن، غیرانتفاعی یا تحصیلی بوده است. ۲. میزان و حجم تغییرات صورت‌گرفته در اثر بایستی مورد قضاوت قرار گیرد؛ به این معنا که هرچه اثر ثانویه تغییرات بیشتری داشته باشد و رد پای اثر اول در آن کم‌رنگ‌تر باشد، منصفانه‌تر تشخیص داده شود. این مسئله به آن دلیل است که اصالت در اثر دوم بیشتر شکل می‌گیرد. ۳. مقدار و ماهیت بخش مورد استفاده در مقایسه با کل اثر سنجیده شود که با توجه به هدف و ماهیت استفاده می‌تواند از اثری به اثر دیگر کاملاً متفاوت باشد.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. زرکلام، ستار (۱۳۹۳). *حقوق مالکیت ادبی و هنری*، تهران: سمت.
۲. کلمبه، کلود (۱۳۹۰). *اصول بنیادین حقوق مؤلف و حقوق مجاور در جهان*، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، تهران: میزان.
۳. لوسی اسمیت، ادوارد (۱۳۳۰). *مفاهیم و رویکردهای آخرین جنبش‌های هنری قرن بیستم*، ترجمه علیرضا سمیع آذر، تهران: مؤسسه فرهنگی پژوهشی چاپ و نشر نظر.

– مقالات

۴. آيسان، شیوا، حسامی، منصور و شاکری، زهرا (۱۳۹۹). از آن خودسازی هنری و تعیین جایگاه حقوقی پدیدآورنده. *کیمیای هنر*، ۹ (۳۶)، ۴۹-۶۱.
۵. حبیب‌ا، سعید، و شاکری، زهرا (۱۳۹۱). مبحثی در محدودیت‌ها و استثنائات حقوق مالکیت ادبی و هنری. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۳ (۱)، ۳۷-۵۴.
Doi: 10.22059/JCL.2012.32104
۶. زاهدی، مهدی و شریف‌زاده، شیرین (۱۳۹۵). سانسور و حق تمامیت اثر، *نخستین همایش ملی حقوق ارتباطات و رسانه در ایران*، دانشگاه علامه طباطبائی.
۷. شاکری، زهرا (۱۳۹۵). معیارهای بهینه‌سازی مقررات محدودیت‌ها و استثنائات در نظام حقوق مالکیت ادبی و هنری. *حقوق پزشکی*، ۱۰ (۵۵)، ۱۱۹-۱۴۸.
۸. شاکری، زهرا (۱۴۰۰). نقض حقوق مولف در پرتو اقتباس از اثر دیگری و از آن خودسازی هنری. *مطالعات حقوقی (علوم اجتماعی و انسانی شیراز)*، ۱۳ (۴)، ۱۷۱-۲۰۴.
Doi: 10.22099/jls.2021.38720.4109
۹. ضرغام، ادهم، و یوسفیانی، آذین (۱۳۹۹). بررسی نقش الهام و اقتباس در اصالت آثار هنرهای تجسمی. *هنرهای تجسمی (هنرهای زیبا)*، ۲۵ (۱)، ۳۷-۴۶.
Doi: 0.22059/jfava.2019.280914.666210

۱۰. قراملکی، علی مظهر، قدرتی، فاطمه، و نظری توکلی، سعید (۱۳۹۳). معنانشناسی حق معنوی در گفتمان حقوقی اسلام و ایران. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۵(۹)، ۱۶۱-۱۹۰.
۱۱. مافی، همایون؛ ابهری، حمید و محسن‌زاده، احمدعلی، (۱۳۹۵). بررسی استثنائات حقوق مالکیت ادبی و هنری با تأکید بر موافقتنامه تریپس، *حقوق پزشکی*، ویژه‌نامه حقوق مالکیت فکری، ۲۰۹-۱۸۳.

ب) انگلیسی

- Books

12. Hughes, J. (2015). *Fair Use and Its Politics-At Home and Abroad*, Copyright Law in the Age of Exceptions and Limitations., Ruth Okediji, Editor, Cambridge: University Press, Forthcoming, Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2015-18.
13. Sterling, J. A. L. (2003). *World Copyright Law*, Protection of Authors' Works, Performances, Phonograms, Films, Video, Broadcasts, and Published Editions in National, International, and Regional Law, 2nd ed, London: Sweet and Maxwell.

- Articles

14. Anderson, M. G., & Brown, P. F. (1993). The Economics Behind Copyright Fair Use: A Principled and Predictable Body of Law, *Loyola University Chicago Law Journal*, 24(2 & 3), 143-178.
15. Christie, A. F. (2004). Private Copying and Levy Schemes: Resolving the Paradox of Civilian and Common Law Approaches, University of Melbourne, *Legal Studies Research Paper*, No, 116, Last Revision 3rd of June 2005, 1-13. DOI: 10.2139/ssrn.690521.
16. Ciolino, D. S., (1997). Rethinking the Compatibility of Moral Rights and Fair Use. *Washington and Lee Law Review*, 54(1), 34-90.
17. Damich, E. J., (1988). The Right of Personality: A Common-Law Basis for the Protection of the Moral Rights of Authors". *Ga. L. Rev.*, 23(1), 1-20.
18. Dietz, A., (1994). The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries. *Columbia-VLA Journal of Law & the*

- Arts*, 19(3 + 4), 199-228.
- 19.Dworkin, G., (1994). The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries. *Colum.-vlatl & Arts*, 19, 229-237.
- 20.Even, Y., (2006). The Right of Integrity in Software: An Economic Analysis. *Santa Clara Computer & High Tech. LJ*, 22(2), 219-268.
- 21.Geiger, C., (2010). Promoting Creativity Through Copyright limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright law, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 12(3), 515-548.
- 22.Ginsburg, J. C., (1991). Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America. *Revue Internationale du Droit D'auteur*, (147), 124-289. DOI: 10.4324/9781315092621-2
- 23.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.DOI: 10.1002/9780470752135.ch10
- 24.Hughenoltz, P. B., & Senftleben, M., (2011). Fair Use in Europe: in Search of Flexibilities. *Amsterdam Law School Research Paper*, 1-30. DOI: 10.2139/ssrn.1959554
- 25.Jaszi, P., (2017). Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of Authorship. In Intellectual Property Law and History, *Routledge*, 455-502. DOI: 10.4324/9781315092621-3
- 26.Karlen, P. H., (1992). What's Wrong with VARA: A Critique of Federal Moral Rights? *Hastings Comm. & ENT. LJ*, 15(4), 905-928.
- 27.Kwall, R. (19⁹⁵). Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible? *VAND. L. REV.*, 38(1),1-10.
- 28.Leval, P. N., (1990). Toward a Fair Use Standard. *Harvard Law Review*, 103(5), 1105-1136. DOI: 10.2307/1341457
- 29.Loren, L. P., (1997). Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems. *Journal of Intellectual Property Law*, 5(1), 8-57.
- 30.Miernicki, M., & Ng, I., (2021). Artificial Intelligence and Moral

- Rights. *AI & SOCIETY*, 36, 319–329. DOI: 10.1007/s00146-020-01027-6
31. Novaria, M., (2014). A Moral Rights Approach to Protecting a Journalist's Right of Attribution and Right of Integrity. *DePaul J. Art Tech. & Intell. Prop. L*, 24(2), 295-338.
32. Oriakhogba, D., & Osadolor, F. O., (2017). Musings on the Fair Use and Fair Dealing Exceptions to Copyright: Nigeria and South Africa in Focus. *Ebonyi State University Law Journal*, 8 (1), 141-153. DOI: 10.2139/ssrn.3260666
33. Patterson, L. R., (1992). Understanding Fair Use. Law and Contemporary Problems, School of Law, *Duke University Journal*, 55 (2), 249-266.
34. Pessach, G., (2003). The Author's Moral Right of Integrity in Cyberspace-a Preliminary Normative Framework., *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 34, 250-270.
35. Raffetto, J. J., (2006). Defining Fair Use in the Digital Era. U. Balt. Intell. Prop. LJ, No. 15, 1-36.
36. Rajan, Sundara, M. T., (2002). Moral Rights and Copyright Harmonization: Prospects for An'international Moral Right. In 17th BILETA Annual Conference Proceedings, 1-16.
37. Rigamonti, C. P., (2006). Deconstructing Moral Rights, *Harvard International Law Journal*, 47(2), 354-412.
38. Rosenfield, H. N., (1974). Constitutional Dimension of Fair Use in Copyright Law. *Notre Dame Law*, 50(2), 790-807.
39. Samuelson, P., & Hashimoto, K., (2018). Is the US Fair Use Doctrine Compatible with Berne and TRIPS Obligations? Universalism or Pluralism in International Copyright Law (Kluwer Law International, Information Law Series), *UC Berkeley Public Law Research Paper*, 1-22.
40. Schulman, J., (1967). Fair Use and the Revision of the Copyright act. Iowa L. *Rev Duke Law Journal*, 1969(1), 73-109.

41. Senftleben, M., (2010). The International Three-Step Test: a Model Provision for EC Fair Use Legislation. *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, 1, 67-82.
42. Smith, C. Y., (2020). Creative Destruction: Copyright's Fair Use Doctrine and the Moral Right of Integrity, *PEPPERDINE LAW REVIEW*, 47, 601-664
43. Song, S. H., (2011). Reevaluating Fair Use in China-A Comparative Copyright Analysis of Chinese Fair Use Legislation, the US Fair Use Doctrine, and the European Fair Dealing Model. *Idea*, 51(3), 453-489.
44. Tanaka, J., (2018). Promoting Asian American Representation through Copyright: Moral Rights in the Last Airbender and Fair Use in Ms. Marvel. *Asian American Law Journal*, 25(1), 88-122. DOI: 10.15779/Z38KP7TR5B



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 33

Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 33-71

Recall, Case Study of the United States Legal System

Mohammad Khalilzadeh¹| Mohammad Jalali^{2✉}

1. Master's student of public law at the University of Illinois, USA

mohammadkhalilzadeh15@gmail.com

2. Assistant Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

mdjalali@gmail.com

Abstract

In many legal systems based on direct or semi-direct democracy, some means of popular supervisory mechanisms, including popular initiative, referendum, and recall, are envisaged. Recall is one of the modern popular supervisory methods that, while identifying the representative body, tries to remove the incumbent before the end of his/her term of office. This practice is still unknown and not used in the constitutions of many countries, but considered highly beneficial in a democratic environment. The main question of the present study is the essence of this legal entity by studying it in the legal systems of several states and federal level of the US. For this purpose, in this article, after recognizing the background and classification of recall with regard to the types of monitoring, the mandatory conditions and typology of this process will be discussed. The typology of recall includes its sorts in terms of justified reasons or grounds, signature collection threshold to start the election, and the how of the filling the position of the ousted official or the recall election methods. In some cases, the legislature, taking into account the circumstances, by anticipating the grounds excludes this process from an exclusively political process, which requires the provision of reasons. As a categorizer, one of the distinguishing features of recall is that, unlike other constitutional supervisory tools such as expulsion and impeachment, it is exercised outside of the ruling forces and by citizens. This article tries to introduce the recall, its background and types, evaluation of the recall, a plan to modify the problems raised by the opposition, and finally the possibility of the recall at the federal level of the US legal system.

Keywords: Direct Democracy, Supervisory Mechanisms, Recall, Signature Collection Threshold, Recall Election Methods, US Legal System.

Received: 2023/03/07 Received in revised form: 2023/08/16 Accepted: 2023/09/11 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.55736.3250

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



بازخوانی؛ مطالعه موردی نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا

محمد خلیل زاده^۱ | محمد جلالی^۲

mohammadkhalilzadeh15@gmail.com

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه ایلینوی آمریکا

mdjalali@gmail.com

۲. استادیار دانشگاه شهید بهشتی تهران، ایران

چکیده

در بسیاری از نظام‌های حقوقی مبتنی بر دموکراسی مستقیم یا نیمه‌مستقیم، برخی ابزارهای نظارتی مردمی اعم از ابتکار عام، رفراندوم و بازخوانی (Recall) پیش‌بینی شده است. بازخوانی یکی از سازوکارهای مدرن نظارت مردمی است که ضمن شناسایی نهاد نمایندگی، در جهت حذف متصدی قبل از تمام شدن دوره نمایندگی‌اش می‌کوشد. این شیوه در حقوق اساسی بسیاری از کشورها هنوز ناشناخته است و از آن استفاده نمی‌شود ولیکن می‌تواند دارای فواید بسیاری در فضایی دموکراتیک باشد. پرسش اصلی تحقیق حاضر عبارت است از: چستی این نهاد حقوقی از طریق مطالعه آن در نظام حقوقی برخی از ایالت‌ها و سطح فدرال آمریکا. برای این منظور، در این مقاله پس از شناخت پیشینه و طبقه‌بندی بازخوانی از انواع نظارت، شرایط الزامی و گونه‌شناسی این فرایند مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. گونه‌شناسی بازخوانی شامل انواع آن از منظر علل مواجهه یا زمینه‌ها، آستانه جمع‌آوری امضاها برای آغاز انتخابات، و پیش‌بینی چگونگی پرشدن جایگاه‌هایگزینی مقام معزول یا و روش‌های انتخاباتی بازخوانی است. در مواقعی قانون‌گذار با درنظر گرفتن شرایط و با پیش‌بینی زمینه‌ها، این فرایند را از یک فرایند روند انحصاری سیاسی خارج می‌سازد که مستلزم تأمین دلایل است. در مقام رده‌بندی، یکی از ویژگی‌های ممتاز بازخوانی این است که برخلاف سایر ابزارهای نظارتی قانون اساسی مانند اخراج و استیضاح، خارج از قوای حاکمه و از طرف شهروندان اعمال می‌شود. در این نوشتار سعی بر آن است تا ضمن معرفی بازخوانی، پیشینه، انواع و نیز ارزیابی این نهاد حقوقی، طرحی جهت تعدیل مشکلات مطروحه از سوی مخالفان ارائه شده و گردد و درنهایت به امکان‌سنجی بازخوانی در سطح فدرال نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا پرداخته شود.

واژگان کلیدی: آستانه جمع‌آوری امضاها، ابزارهای نظارتی، بازخوانی، روش‌های انتخاباتی بازخوانی، دموکراسی مستقیم، نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۵/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.55736.3250

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز



مقدمه

دموکراسی شیوه‌ای از حیات جمعی انسان‌ها با طبیعتی متفاوت، اما انعطاف‌پذیر و به نفع رقیب، اما هم‌پوشان می‌باشد است. در نظام‌های مردم‌سالار، شهروندان اهلیت انتخاب کردن کارگزاران حکومت را دارند. حق انتخاب، عنصر جدایی‌ناپذیر دموکراسی‌های نمایندگی است.^۱ در گذشته، برخی از اندیشمندان مانند روسو^۲، حاکمیت را برخاسته از خود ملت به عنوان یک شخص حقوقی صاحب اراده و با توجه به انتقال‌ناپذیر بودن اراده، آن را غیرقابل واگذاری می‌دانستند؛ درحالی که برخی دیگر نظیر ادموند بورک^۳ بر دولت نماینده‌سالار پای می‌فشرده‌اند. بنجامین باربر دولت نمایندگی را بالذات غیردموکراتیک می‌داند. چنین دولتی از نظر وی طبقه حاکم می‌سازد و امیال عامه مردم را نادیده می‌گیرد؛ درحالی که دموکراسی قدرتمند، آزادکننده انسان از یوغ قدرت‌های تاریخی است.^۴

در مقام ارزیابی هنجاری دموکراسی مستقیم، ازطرفی عده‌ای بر عدم اطلاعات کافی رأی‌دهندگان رأی‌دهندگان و بی‌توجهی آنان به مسائل تأکید می‌ورزند؛ مثلاً رأی‌دهندگان ممکن است به شکل متناقض هم‌زمان به تحصیلات دانشگاهی دولتی خوب و کاهش مالیات‌ها رأی دهند. در مقابل، نحله مردم‌نهاد پاسخ داده است. که هیچ دلیل معقولی برای اثبات این موضوع که مقامات منتخب در ارزیابی منافع عمومی از انتخاب‌کنندگان جایگاه بهتری دارند، وجود ندارد.^۵

دموکراسی مستقیم با مفهوم خودفرمانی گره خورده است که نمونه‌اش ریشه در دولت‌شهرهای یونان و روم باستان دارد که ملت، خود در آگورا یا فورم جمع شده، قوانین را تصویب می‌کردند و درباره جنگ یا صلح تصمیم می‌گرفتند؛ قضات را تعیین و درباره مسائل

۱. علی ولایی و رحیم نوبهار، «جایگاه اصل صحت در ارزیابی صلاحیت داوطلبان انتخابات در نظام جمهوری اسلامی ایران، جایگاه اصل صحت در ارزیابی صلاحیت داوطلبان انتخابات»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۳۰ (۱۴۰۲)، ص ۲۷۷.

2. Jean-Jacques Rousseau

3. Edmund Burke

4. Benjamin R. Barber, Strong Democracy, Participatory Politics for a New Age, (Los Angeles: University Of California Press, First Edition, 2004), p. 133

5. John Haskell, Direct Democracy Versus Representative Government, (Colorado: Westview Press, First Edition, 2001), p. 118

سیاسی اظهار نظر می‌کردند.^۶ دموکراسی مستقیم به معنای دقیق کلمه با ضمانت اجرای مستقیم از طرف مردم معنا پیدا می‌کند؛ به این صورت که هیچ اراده‌ای در مقابل اراده مردم نتواند محدودکننده تصمیم آنها باشد. آیا مردم‌سالاری در چارچوب فوق به این معناست که مردم در هر هنگام که اراده کنند می‌توانند نماینده منتخب خود را جایگزین سازند یا اراده آنها محدود به زمان است؟ در بیشتر نظام‌های حقوقی شیوه‌ای مختلط از ابزارهای دموکراسی مستقیم و دموکراسی غیرمستقیم وجود دارد. بازخوانی^۷ یکی از این ابزارها است که استفاده از آن به دوران روم باستان بازمی‌گردد و مورد توجه بسیاری از دولت‌های مردم‌نهاد مدرن واقع شده است. این شیوه همچنان که بر وجود مقام نماینده صحنه می‌گذارد، اراده رأی‌دهندگان را نیز حفظ می‌کند؛ لذا در صورت شناسایی، رأی‌دهندگان ملزم به بردباری و شکیبایی در جهت اتمام مهلت تصدی نماینده نیستند.

پذیرفتن ساختار بازخوانی به منزله عدول از نظریه نمایندگی سیاسی است. این نظریه مبتنی بر رابطه حقوقی نماینده و ملت حکمران است؛ به این صورت که هریک از نمایندگان مجلس مقننه نماینده همه ملت و نه صرفاً نماینده حوزه انتخابیه خود به‌شمار می‌آید و از این رو به لحاظ سیاسی باید منافع تمام ملت در برابر منافع انحصاری حوزه انتخابیه خود را در نظر بگیرد. بنابراین حوزه انتخابیه نمی‌تواند وی را عزل و برکنار کند. در مقابل، به نظر می‌رسد بازخوانی، رابطه نماینده و رأی‌دهنده را بیشتر به وکالت خصوصی نزدیک می‌کند که عقدی جایز است؛ به این معنا که وکیل، تابع اراده موکل است و موکل هر وقت که بخواهد می‌تواند وکیل را عزل و برکنار کند. البته گاهی این رابطه با مقرر سازی محدودیت‌هایی از سوی قانون‌گذار می‌تواند از رابطه خصوصی مابین دو شخص دور شود.

اهمیت تحقیق حاضر، واکاوی ریشه‌های تاریخی نهاد حقوقی یادشده در جهت تسهیل فهم و تفکیک آن بر اساس حقوق موضوعه نظام‌هایی است که از این ابزار استفاده می‌کنند. همچنین ارائه شرایطی در راستای قاعده‌گذاری و متعاقباً کاربرست بازخوانی در کشورهای

۶. منوچهر طباطبایی موتمنی، حقوق اساسی، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ج ۱۸، ۱۳۹۶)، ص ۷۴

۷. در این نوشتار از بازخوانی به‌عنوان معادل واژه انگلیسی Recall استفاده شده است. کاربرد واژه معادل‌سازی شده به شاهنامه فردوسی برمی‌گردد که در معنای بازگرداندن است: «غمی گشت و لشکر همه بازخواند/ بزودی سلیح و درم برفشاند»، «سکندر بدو گفت کاینست راست/ تو طینوش را بازخوانی رواست».



دیگر را می‌توان از مقاصد مهم پژوهش حاضر دانست. لذا به‌منظور گسترش مشارکت مستقیم مردم در امر حکمرانی، این امکان وجود دارد که بتوان از تجربیات مفید سایر دولت‌ها در این راستا بهره‌مند شد.

در این مقاله ابتدا با کاوش در مباحث دموکراسی مستقیم، ابزارهای نظارتی مردمی معرفی می‌گردد. پس از بررسی پیشینه، ماهیت و گونه‌شناسی بازخوانی، این نهاد حقوقی مورد ارزیابی قرار گرفته، در جهت رفع برخی مشکلات مطروحه از نظر مخالفان تلاش می‌شود. سرانجام با بررسی توصیفی - تحلیلی، امکان شناسایی این فرایند در سطح فدرال ایالات متحده با توجه به قانون اساسی و آرای قضایی سنجیده خواهد شد.

۱. دموکراسی مستقیم، مشکلات آن و ابزارهای نظارتی مردمی

دموکراسی مستقیم به رژیمی می‌گویند که همه مردم مستقیماً حاکمیت را اعمال کنند یا دست‌کم وظایف اصلی آن را به انجام رسانند.^۸

در این بخش به دیدگاه‌های موافق و مخالف برخی از اندیشمندان در مورد دموکراسی مستقیم پرداخته می‌شود.

ژان ژاک روسو، فیلسوف و اندیشمند قرن هجدهم، در بخش جلوگیری از غصب دولت در کتاب قرارداد اجتماعی می‌نویسد: «متصدیان امور اجرایی، اربابان ملت نبوده، بلکه نمایندگان ملت به‌شمار می‌آیند»^۹ و مردم می‌توانند نمایندگان خود را انتخاب کرده، در صورتی که اراده نمایند،ی که بخواهند، آنها را برکنار نمایند. این برکناری می‌تواند نمایندگی را به وکالت در حقوق خصوصی نزدیک کند. این شیوه را «بازخوانی» می‌گویند که در ادامه مقاله می‌آید.

روسو در شرح تفاوت میان خواست فردی و خواست جمعی، حاکمیت را خواست جمعی تعریف می‌کند و محصول اراده عمومی را تحت عنوان «قانون» می‌آورد. او

۸. قاضی شریعت پناهی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، چ ۱۶، ۱۴۰۰)، ص ۳۲۹.

9. Jean-Jacques Rousseau, The Social Contract and The First and Second Discourses, (New Haven and London: Yale University Press, First Edition, 2002), p. 225

در دموکراسی مستقیم، خواست جمعی را جستجو می‌کند.^{۱۰}

درنهایت می‌توان گفت از نظر روسو نفع جمعی از سوی مردم و به‌طور مستقیم اعمال می‌شود. روسو حامی شکل‌گیری قوانین عام از جانب تمامی مردم است و این امر را به‌عنوان نظارت بر طغیان‌گری دولت، مطلوب می‌شمارد.^{۱۱}

برعکس روسو، مونتسکیو که حامی دموکراسی نمایندگی است، اشکال مختلف دموکراسی مستقیم را غیرمطلوب ارزیابی می‌کند. او در بخش قانون اساسی انگلستان در کتاب روح‌القوانین خود می‌نویسد: «یک مشکل جدی در بسیاری از جمهوری‌های باستان این بود که مردم می‌توانستند اقتدار اجرایی را اعمال کنند درحالی که به هیچ وجه صلاحیت و شایستگی این کار را نداشتند؛ آن‌ها نباید هیچ مشارکتی در دولت مگر در انتخاب نمایندگان داشته باشند».^{۱۲}

چالش‌هایی متوجه ماهیت دموکراسی مستقیم است و پرداختن به این موارد در اینجا ضروری به‌نظر می‌رسد.

۱.۱. مشکلات دموکراسی مستقیم

علی‌رغم مشارکت مردم در دموکراسی مستقیم، مشکلات جدی در خصوص این ساختار مطرح شده است که عبارت استدر ادامه بررسی خواهد شد از:

۱.۱. سیاست‌زده شدن فرایند و هزینه‌های گزاف برای تأثیرگذاری بر آرای مردم

مخالفان به سرسام‌آور بودن هزینه‌ها در نگاه به تجربه‌های تاریخی اشاره می‌کنند؛ هر امضا برای اینکه به تأیید برسد، نیازمند قیمت‌گذاری است. برای نمونه، در ایالت کالیفرنیا صرفاً جهت تأییدیه امضاها از سوی مقامات رسمی، ممکن

10. *Ibid*, p. 171

11. Nelson Lund, "Rousseau and Direct Democracy", *Journal of Contemporary Legal Issues*, George Mason University School of Law, Vol. 13, No. 2 (2004), p. 497

12. Charles Montesquieu, *The Spirit of Laws*, (New York: Cambridge University Press, 1989), p. 190



است حدود یک میلیون دلار قبل از آغاز کمپین‌ها صرف شود. این مخارج حتی می‌توانند با توجه به حق اعتراض رقبا در مورد صحت امضاها و صلاحیت امضاکنندگان ادامه‌دار باشند.

برای همین است که پروفیسور مگلبی^{۱۳}، پژوهشگر دموکراسی مستقیم در دانشگاه بریگام، می‌نویسد: جهت رسیدن به آستانه امضاها، چالش‌های قانونی و هزینه‌های کمپین، حامیان پیشنهاد باید منابع سیاسی قابل توجهی داشته باشند (پول و نیروی انسانی). علایق سازمان‌یافته به وضوح دارای مزیت بیشتری نسبت به اغلب اکثر افراد معمولی در غلبه غلبه بر این موانع هستند است.؛ به این ترتیب، ابتکار و همه پرسی مردمی لزوماً در راستای تحکیم حاکمیت مردم و حق رای رأی برابر شهروندان نمی‌باشند خواهد بود.^{۱۴}

در سال‌های اخیر، این هزینه‌ها به مراتب افزایش پیدا کرده‌اند. در انتخابات سال ۲۰۲۱ در خصوص بازخوانی فرماندار کالیفرنیا، حدود ۲۷۶ میلیون دلار هزینه بر مالیات‌دهندگان بدون در نظر گرفتن هزینه کمپین‌ها تحمیل شد. با توجه به هزینه کمپین‌ها، برآوردها به بالای ۴۵۰ میلیون دلار می‌رسد.^{۱۵}

۲.۱.۱. حقوق اقلیت‌ها

برخی چنین ادعا می‌کنند که موضوع حقوق اقلیت‌ها در دموکراسی مستقیم نقش کم‌اهمیتی دارد. این عده باور دارند که قانون‌گذاری قانون‌گذاری از طریق رأی مردمی به اکثریت قدرت می‌بخشد، درحالی که و در عین حال موضع اقلیت را تضعیف می‌کند.^{۱۶} برخلاف قانون اساسی آمریکا که جهت تغییر، اکثریت خاصی را

13. David B. Magleby

14. Richard Briffault, "Distrust of Democracy", Columbia Law School, Texas Law Review, Vol. 63:, No. 1347, (1985), p. 1352

15. Jill Cowen, How Much was Spent on the Recall? One Estimate: Nearly Half a Billion Dollars. <<https://www.google.com/amp/s/www.nytimes.com/2021/09/15/us/california-recall-election-cost-money.amp.html>>

16. Elizabeth Garrett, "Who Directs Direct Democracy?", The University of Chicago Law School Roundtable, Vol. 4, Issue 1, (1997), p. 19

در ماده پنجم خود پیش‌بینی کرده است (ازجمله رأی مثبت دو سوم اعضای کنگره و تأیید سه چهارم مجالس یا کنوانسیون‌های ایالتی)، بسیاری از ایالت‌ها با به رسمیت شناختن دموکراسی مستقیم، قانون اساسی ایالتی را از سوی اکثریت مطلق (نصف به علاوه یک [جمعیتی])^{۱۷} قابل تغییر می‌شمارند.

برای مثال، پیشنهاد ۲۰۹ (سال ۱۹۹۶) *کالیفرنیا* در بحث «تبعیض مثبت» مطرح شد و قانون اساسی این ایالت را تغییر داد. این اصلاحیه به حذف ساختار تبعیض مثبت در موارد جنسیت، نژاد و رنگ پوست منجر شد و نهادهای دولتی را از ملاحظه آنها در استخدام‌های عمومی، قراردادهای عمومی و تحصیلات عمومی ممنوع کرد (۴۵ تا ۵۵ درصد). در سال ۲۰۲۰ نیز پیشنهاد ۱۶ جهت الغای پیشنهاد ۲۰۹ ارائه شد که رأی نیامورد و رد شد.^{۱۸}

از مخالفان دموکراسی مستقیم می‌توان به جیمز مدیسون^{۱۹}، یکی از پدران مؤسس ایالات متحده، اشاره کرد که جمهوری را در شرایطی ممکن می‌دانست که در آن نهاد نمایندگی وجود داشته باشد و آن را از «دموکراسی محض»^{۲۰} جدا می‌کرد. او ضمن تأکید بر حقوق اقلیت‌ها در «مقالات فدرالیست»^{۲۱}، دموکراسی محض را این گونه تعریف می‌کند که افرادی در اجتماعات کوچک جمع می‌شوند و دولتی را انتخاب می‌کنند. مدیسون این شیوه را در راستای تشتت‌گرایی می‌داند و ادامه می‌دهد: «در این گونه دولت‌ها، هیچ ساختار نظارتی جهت حمایت از حقوق حزب اقلیت یا فرد منفور وجود ندارد؛ این گونه دموکراسی‌های زودگذر به علت ناسازگاری با امنیت فردی و حقوق مالکیت به آشوب ختم می‌شوند»^{۲۲}.

۱۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی، *ترمیم‌لوی حقوق*، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۳۰، ۱۳۹۷)، ص ۷۶.

18. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, *The Coalition for Economic Equity v. Wilson* 110 F.3d 1431, (9th Cir. 1997)

19. James Madison

20. Pure Democracy

۲۱. «مقالات فدرالیست» مجموعه‌ای از ۸۵ مقاله در شرح قانون اساسی آمریکا و اصول دموکراتیک آمریکایی است که از سوی الکساندر همیلتون، جیمز مدیسون و جان جی به نگارش درآمده است و از آثار کلاسیک فلسفه سیاسی شمرده می‌شود.

22. James Madison, "Federalist No. 10", To the People of the State of New York, (1787)

۱.۱.۳. تصمیم‌گیری‌های بدون تأمل و موقت

ساختار دموکراسی نمایندگی مبتنی بر اندیشه‌ورزی و مذاکره است، درحالی که این موارد در دموکراسی مستقیم به گروه‌های ذی‌نفع سپرده می‌شود. از آثار حاکمیت مستقیم این است که مردم، حاکمان‌اند و قاعده‌گذاری مستقیم از سوی این حاکمان مطلق، قانون شناخته می‌شود.^{۲۳} برای مثال، می‌توان به قانون اساسی ایالات متحده اشاره کرد که قانون برای لازم‌الاجرا شدن، پس از تصمیم مشترک کنگره، یعنی کسب اکثریت ساده در هر دو رکن قانون‌گذاری (مجلس نمایندگان و مجلس سنا)، نیازمند امضای رئیس‌جمهور است؛ به این معنا که دست‌کم سه نهاد جداگانه باید موافق طرح باشند تا ضمانت اجرای قانونی پیدا کند و این موضوع منجر به بحث، مذاکره و هم‌اندیشی می‌شود می‌انجامد. علاوه بر این، آیینی در سنا به نام اطلاع‌بررسی^{۲۴} پیش‌بینی شده است که روند گفتگو و مذاکره را پیچیده‌تر می‌کند. طبق این آیین سنا، هر سناتور می‌تواند برای جلوگیری از مطرح شدن مصوبه در صحن علنی هر اندازه که بخواهد صحبت کند، مگر آنکه سه پنجم یا شصت درصد سناتورها رأی به کفایت مذاکره^{۲۵} بدهند.^{۲۶} درحالی که هیچ‌کدام از این موارد در دموکراسی مستقیم وجود ندارد و شهروندان قانون‌گذار می‌توانند بدون بحث، تهدید و تو یا حتی در برخی مواقع تلاش برای قانع‌سازی قانون‌گذار، به‌طور مستقیم، فرایند قانون‌گذاری را با یک اکثریت ساده طی کنند. برای مثال، می‌توان به قانون اساسی کالیفرنیا اشاره کرد که در ابتکار عام، وجود هرگونه تغییری جز رأی شهروندان از سوی مقامات برای قانون‌گذاری را ممنوع اعلام کرده است: «شهر یا بخش نباید غیر از انداختن درصد مشخصی از آراء، هیچ مقررات جایگزین یا تجمعی را پیش‌بینی کند»^{۲۷}.

23. Harel Arnon, *The Theory of Direct Legislation, Law and Society*, (New York: LFB Scholarly Publishing LLC, 2008), p. 49

24. Filibuster

25. Cloture

26. Senate Rule XXII

27. California Constitution, Article 2, Section 11, [C]

۱.۲. ابزارهای نظارتی مردمی

در بسیاری از نظام‌های حقوقی، راهکاری بینابین در نظر گرفته شده است که اعمال حاکمیت از طریق تلفیقی از ابزارهای دموکراسی مستقیم و نمایندگی صورت می‌گیرد. این اعمال حاکمیت از طرق مختلف می‌تواند انجام شود که عبارت‌اند از:

۱.۲.۱. ابتکار عام یا پیش‌گامی شهروندان

در اصطلاحات سیاسی، ابتکار عام فرایندی است که به شهروندان این امکان را می‌دهد تا با قرار دادن موارد پیشنهادی خود به جای مقنن، قانون‌گذاری کنند.

ابتکار عام دو نوع است؛ مستقیم و غیرمستقیم. در فرایند مستقیم، پیشنهادهایی که واجد شرایط باشند مستقیماً رأی‌گیری می‌شوند؛ مثلاً ۱۰۰ هزار شهروند واجد شرایط می‌توانند تا ۱۸ ماه از انتشار رسمی پیشنهادشان خواستار تجدیدنظر کلی قانون اساسی فدرال شوند.^{۲۸} در روند غیرمستقیم، این پیشنهاد به قانون‌گذار ارائه می‌شود و سپس قانون‌گذار می‌تواند اقدام پیشنهادی را تأیید یا در برخی از ایالت‌ها رد کند و پیشنهاد جدیدی را مطرح سازد، اما در صورت رد و تغییر، باید هر دو پیشنهاد را هم‌زمان به رأی بگذارد.^{۲۹}

۱.۲.۲. رفراندوم (همه‌پرسی)

رفراندوم در لغت به معنای «ارجاع قانون یا صلاحیه قانون اساسی یک نظام حقوقی یا یک امر عمومی مهم برای تأیید نهایی به شهروندان» است.^{۳۰}

رفراندوم اشکال مختلفی دارد^{۳۱}:

28. Switzerland's Constitution of 1999 with Amendments Through 2014, Art 138, <ConstituteProject.org>

29. See: Constitution of Michigan of 1963, Article 2 Section 9

30. Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, (Dallas: West, a Thomson Business, Ninth Edition, 2009), p. 1393

۳۱. شایان ذکر است که تقسیم‌بندی‌های دیگری نیز در این خصوص ارائه شده است، برای نمونه: ۱. همه‌پرسی تقنینی، ۲.

همه‌پرسی سیاسی، ۳. همه‌پرسی اساسی، که در این خصوص، رجوع شود به:

ر.ک. سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی، ج ۲، (تهران: نشر میزان، چ ۳۰، ۱۳۹۹)، صص ۷۲ و ۷۳.

۱.۲.۲.۱. **رفراندوم اساسی.** در این نوع رفراندوم، قانون‌گذار قبل از ضمیمه کردن اصلاحیه به قانون اساسی، آن را به رأی مردم می‌گذارد. تمامی ایالت‌های آمریکا غیر از ایالت دلاور چنین فرایندی را پیش‌بینی کرده‌اند. این نوع رفراندوم در بیشتر ایالت‌ها به اکثریت فوق‌العاده هر دو رکن قانون‌گذاری نیازمند است؛ یعنی دو سوم نمایندگان مجلس نمایندگان و سنای ایالتی، علاوه بر اکثریت ساده رأی مردمی (بالاتر از ۵۰ درصد). در سوئیس، هم تمام اصلاحیه‌های قانون اساسی باید به رأی مردم گذاشته شود.

۲.۲.۲.۱. **رفراندوم الزامی.** شیوه‌ای از رفراندوم است که پیش از تصویب قاعده‌ای به‌عنوان قانون، به شکل خودکار قانون‌گذار را ملزم به نهادن مصوبه مقابل شهروندان و کسب نظر از آنها می‌کند. بسیاری از ایالت‌های آمریکا چنین فرایندی را در مسئله تعهدات اعتباری ایالتی پیش‌بینی کرده‌اند.^{۳۲}

۳.۲.۲.۱. **رفراندوم اختیاری.** رفراندوم اختیاری یا مردمی، دادخواستی است که قانون مصوب مقنن در صورت جمع‌آوری حد نصابی از امضاها از سوی شهروندان به رأی گذاشته می‌شود. وجه تمایز این رفراندوم با سایر رفراندوم‌ها این است که رفراندوم مردمی تنها نوع از اشکال مختلف رفراندوم است که صرفاً از سوی شهروندان (نه مقنن) به رأی گذاشته می‌شود. برای نمونه، ۵۰ هزار شهروند واجد شرایط در سوئیس می‌توانند تا ۱۰۰ روز پس از انتشار مصوبه فدرال و معاهدات بین‌المللی خواستار بازبینی آن شوند. ناگفته نماند گاهی اوقات در بعضی از نظام‌های حقوقی، برخی نهادهای دولتی نیز می‌توانند از این طریق درخواست برگزاری رفراندوم را درخواست کنند. برای نمونه، مطابق ماده هشتم قانون اساسی مجارستان، مجمع ملی می‌تواند با درخواست رئیس‌جمهور یا رئیس قوه مجریه (نخست‌وزیر) اعلام رفراندوم ملی نماید. یا طبق اصل ۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی، مجلس می‌تواند با رأی مثبت دو سوم اعضای خود به آرای عمومی مراجعه کند.

32. Haskel, John, Direct Democracy or Representative Government, (Colorado: Westview Press, 2001), p. 49.

۱.۲.۴. **رفراندوم مشورتی.** هدف این نوع رفراندوم، درک و فهم نظر رأی‌دهندگان است. این رفراندوم لازم‌الاجرا نبوده، هیچ ضمانت اجرایی ندارد.

ناگفته نماند که تفاوت اصلی ابتکار عام و رفراندوم ناظر به جنس، دو ساختار است. ابتکار عام به رأی‌دهندگان اجازه می‌دهد قانون یا اصلاحیه‌ای را پیشنهاد کنند، درحالی که رفراندوم، اختیار پذیرش یا ردّ قانون پیشنهادشده به رأی‌دهندگان محسوب می‌شود. از این رو، پروفیسور مگلبی می‌گوید: ابتکار عام پاسخ به خطای ترک فعل است، درحالی که رفراندوم پاسخ به خطا از جنس فعل است.^{۳۳}

۱.۲.۳. بازخوانی

بازخوانی به فرایندی گفته می‌شود که در آن انتخاب‌کنندگان می‌توانند نمایندگان خود را قبل از تمام شدن دوره نمایندگی عزل کنند.

تفاوت بازخوانی با سایر انواع ابزارهای نظارتی مردمی، یعنی ابتکار عام و رفراندوم، این است که بازخوانی به جای مقررره یا قانون، مقام دولتی را به چالش می‌کشد؛ یعنی در این فرایند به جای لغو یا تصویب قانون، با حذف فرد صاحب‌منصب روبه‌رو هستیم.

اگرچه بازخوانی اغلب به‌عنوان ابزار دموکراسی مستقیم شناخته می‌شود^{۳۴}، اما به‌نظر می‌رسد ترجیح آن است که به‌عنوان ابزاری نظارتی در دموکراسی نمایندگی محسوب گردد، زیرا هدفش اعطای قدرت تقنینی یا حق بهره‌مندی از ابتکار قانون‌گذاری به شهروندان نیست و اصل ایده وجود نمایندگان را زیر سؤال نمی‌برد.

۲. پیشینه و ماهیت بازخوانی

به‌منظور شناخت بازخوانی، در این بخش پیشینه و ماهیت این نهاد حقوقی تحلیل و بررسی می‌شود.

33. David Altman, *Citizenship and Contemporary Direct Democracy*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), p. 7.

34. David Altman, *Direct Democracy Worldwide*, (New York: Cambridge University Press, 2011), p. 7.

۲.۱. نگاهی گذرا به پیشینه فرایند بازخوانی

کاربرد شکلی این فرایند برای نخستین بار به روم باستان برمی گردد. استفاده از بازخوانی برای اولین بار در قرن آخر روم باستان مشاهده شده است. جهت غور بیشتر باید مفهوم فرستاده را در روم باستان درک کرد. فرستاده با نماینده در مفهوم امروزی فرق داشت و آن تفاوت در این مسئله بود که قدرت فرستاده با قدرت مردم متناسب بود، اما به تدریج مردم به منبع انحصاری صلاحیت تغییر یافتند و مفهوم مسئولیت فرستاده جای خود را پیدا کرد. در قرون مقدماتی روم، فرستاده برای انجام وظایف خود، صاحب اختیارات مطلق بود، ولیکن بعدها این موضوع مقبول واقع شد که فرستاده باید به سنتها احترام بگذارد و این سنن در قانون اساسی متجلی شد. با شکل گیری مقامی خاص تحت عنوان «تریون»، به علت پیش بینی امکان جلوگیری از اقدامات فرستاده از سوی صاحب این مقام، محدودیت های فرستاده بیشتر مورد توجه قرار گرفت.^{۳۵}

یک واقعه تاریخی در ۱۳۳ سال قبل از تولد مسیح به وقوع پیوست. هنگامی که روم در آشفتگی اقتصادی بود، سنا قانونی را تصویب کرد و زمین های عمومی معین مورد استفاده از سوی اشخاص خصوصی را به افراد نیازمند واگذار کرد. این قانون مخالفان سرسختی داشت، از جمله ثروتمندان و تریون (مقامی خاص در روم قدیم). تریون با استفاده از حق وتوی خود قانون درخواستی مردم را از اجرا بازداشت، اما سرانجام وی از سوی مردم برکنار شد. نهایتاً در اینجا همه عناصر بازخوانی وجود دارد؛ اتهامات با توجه به عملکرد فرستاده، نبود مداخله قضایی و برکناری از قدرت از سوی رأی مردم. در مراسم برکناری او چنین گفته شد «ما خواستیم وی قانوناً به عنوان تریون انتخاب شود و او صرفاً از طریق اکثریت آرا انتخاب شد و مگر او همان شخصی نیست که به شکل قانونی تر از سوی اراده عمومی عزل شده است؟»، و تا امروز این استدلال جهت توجیه عقلانی فرایند بازخوانی به کار

35. Frank Frost Abbott, "The Referendum and the Recall Among the Ancient Romans", The Johns Hopkins University Press, Vol. 23, No. 1, pp. 89, 90.

می‌رود.^{۳۶}

در صحنه دولت-ملت‌های مدرن نیز می‌توان از سوئیس به‌عنوان نخستین لیبرال دموکراسی نام برد که از این فرایند، هرچند در سطح غیرملی- یعنی چند کانتون- استفاده کرد (برن به‌عنوان اولین کانتون در سال ۱۸۴۶ میلادی)؛ البته با این تفاوت که مخاطب بازخوانی، یک فرد یعنی نماینده نبود، بلکه کل هیئت نمایندگان بودند.^{۳۷}

۲.۲. ماهیت بازخوانی

در این قسمت، طبقه‌بندی بازخوانی از انواع نظارت و شرایط الزامی آن مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۲.۲.۱. بازخوانی، نظارت بیرونی یا درونی؛ نرم یا سخت؟

منظور از نظارت بیرونی، نظارتی خارج از قدرت عمومی است که از سوی شهروندان به‌عنوان اعضای جامعه سیاسی، صورت می‌گیرد.^{۳۸} بازخوانی را می‌توان طبق تعریف پیش‌گفته، شکلی از نظارت بیرونی شهروندان بر مقام دولتی دانست؛ زیرا ارکان درون قدرت در این فرایند نقشی ندارند و این فرایند، ذیل اراده شهروندان جای گرفته، در آن چارچوب معنا می‌یابد.

برخی نیز بیرونی و درونی بودن نظارت را از منظر نسبت آن با قوه مقننه ارزیابی می‌کنند. در تقسیم‌بندی آنان، میزان توجه به قوه مقننه مورد بحث است. آنها برای نمونه ابزارهایی مانند پرسش، استیضاح و کمیسیون‌های پارلمانی را ازجمله ابزارهای درونی پارلمان برای نظارت می‌دانند و بازرس پارلمانی یا دیوان محاسبات را از ابزارهای بیرونی نظارت تلقی می‌کنند.^{۳۹}

36. *Ibid*, pp. 92-94

37. Uwe Serdült, "The history of a Dormant Institution: Legal Norms and the Practice of Recall in Switzerland", *Ritsumeikan University*, Issue 2, (2015), p. 3

۳۸. محمد جلالی، *جزوه حقوق اداری ایران*، (تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷)، ص ۱۸۵.

۳۹. جعفر شفیعی سردشت؛ علی‌اکبر گرجی ازندیانی و جواد فاضلی‌نژاد، «کژتابی مفهومی نظارت در نظام حقوقی ایران»، *حقوق اداری*، ش ۱۶ (۱۳۹۷)، ص ۷۰.

در هر صورت، مطابق با این تفکیک، بازخوانی، شکلی از نظارت بیرونی محسوب می‌شود، زیرا اساساً این فرایند نه تنها وابستگی به مقنن ندارد، بلکه با شرایطی که بعداً می‌آید می‌تواند منجر به عزل نماینده یا نمایندگان منجر شود.

برخی تمامی انواع نظارت بیرونی را «نظارت نرم»^{۴۰} قلمداد می‌کنند، درحالی که بازخوانی به جهت اینکه خارج از نهادها یا قدرت عمومی و از سوی شهروندان اعمال می‌شود، نظارت بیرونی است؛ و اما در عین حال، آن را نمی‌توان از نوع نرم دانست.؛ در واقع، بازخوانی دارای ضمانت اجرای قطعی و سخت است، یعنی برکناری مقام مسئول.

۲.۲.۲. شرایط الزامی بازخوانی

هرچند قوانین حاکم بر بازخوانی، اختلافات بسیاری با هم دارند، اما در سه امر مشترک‌اند: الف) شهروندانی که خواهان برکناری مقام مربوطه هستند باید دادخواستی را امضا و ابلاغ کنند. ب) مقامات ذی‌صلاح دادخواست را در یک بازه زمانی قانونی بررسی کرده، تعیین می‌کنند که آیا دادخواست، تعداد مقرر امضاهای قانونی را دربر بردارد یا خیر. ج) اگر مقام ذی‌صلاح این دادخواست را حامل تعداد امضای کافی اعلام کند، بازخوانی در قالب انتخابات برگزار می‌شود.

۳. گونه‌شناسی بازخوانی

به هنگام بحث از بازخوانی در یک نظام حقوقی، می‌بایست در خصوص سه موضوع اساسی تحلیل و بررسی صورت گیرد:

۳.۱. انواع بازخوانی از منظر زمینه‌ها یا علل

بازخوانی از لحاظ علل موجه برکناری به سه نوع قابل تقسیم است: فرایند مطلق سیاسی؛ بازخوانی با دادخواست دربردارنده دلایل؛ و بازخوانی در قالب تخلف اداری.

۳.۱.۱. بازخوانی بدون محدودیت مشخص یا فرایند مطلق سیاسی

حقوق موضوعه هیچ‌گونه محدودیتی برای بازخوانی در نظر نگرفته است. بر اساس این استاندارد، مقام دولتی ممکن است به هر علتی بازخوانی شود. اصولاً در این شیوه، علت موجهه یا دلیل موضوعیت ندارد و فرایند مطلقاً سیاسی است؛ یعنی به محض اینکه اعمال مقام عمومی مورد قبول جمع قابل‌توجهی از شهروندان نباشد، این روش اجازه می‌دهد که رأی‌دهندگان اراده خود را اعمال و مقام مربوطه را حذف کنند. برای مثال، قانون اساسی کالیفرنیا مقرر می‌دارد که علت بازخوانی قابل بررسی و بازبینی نیست.^{۴۱}

قانون اساسی ایالت میشیگان هم چنین اعلام کرده است: کفایت هرگونه اظهاریه اظهاریه در برگیرنده علل و زمینه‌های مربوط به بازخوانی که به شکل آیینی مورد نیاز است باید یک امر سیاسی باشد، نه یک امر قضایی.^{۴۲} بر این اساس، بازخوانی قابلیت نظارت‌پذیری قضایی را ندارد.

قانون اساسی ایالت کلواردو نیز اشعار می‌دارد: انتخاب‌کنندگان می‌بایست قضات انحصاری و یگانه جهت تشخیص قانونی بودن، موجه بودن و شایستگی در زمینه یا زمینه‌های مختص بازخوانی باشند؛ به ادین معنا، زمینه شکل‌گیری بازخوانی نباید توسط از سوی قضات مورد بازبینی واقع شود.^{۴۳}

پس در صورت سیاسی تلقی شدن فرایند، برکناری می‌تواند از اساس غیرحقیقی و غیرعادلانه باشد؛ در این صورت، فرایند انتخابات می‌تواند با علت یا بدون هیچ علتی صورت گیرد.^{۴۴}

۳.۱.۲. بازخوانی با طرح دادخواست دربردارنده دلایل

تفاوت این روش با روش پیشین این است که در اینجا نیاز به بیان مختصر اما

41. Constitution of California, Article 2, Section 14(a)

42. Constitution of Michigan, Article 2, Section 8.

43. Constitution of State Of Colorado, Article 21, Section 1.

44. Thomas Cronin, Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall, (Cambridge: Harvard University Press, 1999), p. 151.

واضح علت بازخوانی داریم. این علت شامل فعل یا ترک فعل مقام دولتی است، اما دادگاه‌ها به ماهیت دلایل ورود نمی‌کنند؛ یعنی صرف ذکر دلایل شکلی کافی است و کفایت یا عدم کفایت علت ذکر شده به خود شهروندان امضاکننده بازمی‌گردد.

برای نمونه، قانون موضوعه در ایالت نیوجرسی و دادگاه استیناف به‌ترتیب چنین بیان می‌دارد: در دادخواست بازخوانی، بیان علتی که در پی آن، اقدام به حذف مقام صورت گرفته است، ضروری است.^{۴۵}

دادگاه استیناف نیوجرسی در مورد صحت دادخواست بازخوانی در رأی وستپی علیه بورنت (۱۹۶۴) اشعار داشت:

دادگاه‌های سراسر ایالات متحده به‌طور کلی این عقیده را پذیرفته‌اند، اختیاری که به انتخاب‌کنندگان مقامات شهرداری برای برکناری برخی از کارمندان عمومی از طریق روش بازخوانی داده شده است، ماهیتی سیاسی دارد و تصمیم‌گیری در مورد حقیقت و کفایت زمینه‌های دادخواست که منجر به برکناری می‌شود، متعلق به مردم است و نه دادگاه‌ها. در بیشتر ایالات، مقررات قانونی و منشور مربوط به بازخوانی آزادانه به نفع رأی‌دهندگان تفسیر می‌شود. این آزادی به اظهاریه عمومی یا اظهاریه موردنیاز که مستلزم وجود دلایلی است که به دنبال آنها حذف صورت می‌گیرد نیز گسترش پیدا می‌کند.^{۴۶}

۳.۱.۳. بازخوانی در قالب تخلف اداری

نوع سوم از احکام بازخوانی مشخص می‌کند که یک مقام ممکن است تنها به دلیل تخلف اداری یا سوء مدیریت برکنار شود. برای مثال، قانون موضوعه بازخوانی در ایالت *مونتانا* دلایل مجاز بازخوانی را به‌طور دقیق تعریف می‌کند. مقامات تنها به

45. See <https://casetext.com/statute/new-jersey-statutes/title-40-municipalities-and-counties/chapter-4069a-election-on-question-whether-charter-commission-shall-be-elected/section-4069a-169-recall-petition>

46. *Westpy v. Burnett*, 82 N.J. Super. 239, 197 A.2d 400 (N.J. Super. 1964).

علل «عدم تناسب جسمی یا روحی، بی‌کفایتی، نقض سوگند رسمی، سوء رفتار رسمی یا محکومیت جرم جنایی بزرگ» قابل بازخوانی هستند. دیوان عالی *مونتانا* اعلام کرد بازخوانی یک «اقدام ویژه، خارق‌العاده و غیرمعمول» است و نباید جز در شرایط غیرعادی استفاده شود.^{۴۷}

در آن ایالت‌هایی که از این شیوه پیروی می‌کنند، اراده رأی‌دهندگان تا هنگام تشخیص کفایت دلایل از سوی دادگاه‌ها برای بازخوانی به تعویق می‌افتد. اجباری بودن نشان دادن علت، از مقام موردنظر در برابر اقدامات خودسرانه کمپین‌های بازخوانی حفاظت می‌کند. حامیان این شیوه ادعا می‌کنند که بررسی قضایی تمامیت سیاسی بازخوانی را از بین نمی‌برد؛ با این حال، مخالفان «بازخوانی تخلف اداری» از این واهمه دارند که مداخله قضایی، ماهیت سیاسی را از بین ببرد. علاوه بر این، منتقدان رویکرد سوم تأکید می‌کنند که «الزامات علی» به دلیل عدم تعریف مشخص برای کلماتی مانند «سوء مدیریت»، تمایزات مبهم ایجاد می‌کند. آنها استدلال می‌کنند که وقتی تعاریف مبهم باشند، مداخله بیش‌ازحد قضایی قطعی است.

علت فلسفی این آیین، جلوگیری از فساد مقام دولتی است. خطای اداری^{۴۸} (برای مثال فساد رفتاری)، سوءاستفاده از قدرت قانونی^{۴۹} (برای مثال نقض صلاحیت) و اهمال^{۵۰} (ناتوانی و ترک فعلی که مقام مربوطه وظیفه انجام آن را دارد)، سه مورد از زمینه‌های شکل‌گیری بازخوانی‌اند.^{۵۱ ۵۲}

این آیین در صورت پیش‌بینی شرایط و زمینه‌های پیش‌گفته به امری قابل

47. *Palmer v. Hart*, 201 Mont. 526, 530, 655 P.2d 965, 967 (1982)

48. Malfeasance

49. Misfeasance

50. Nonfeasance

51. Anne Twomey, "The Recall of Members of Parliament and Citizens' Initiated Elections", *UNSW Law Journal*, No. 1, (2011), p. 43

۵۲. خطای اداری یعنی خود عمل ذاتاً خطا و غیرقانونی است؛ اما سوءاستفاده از قدرت، اجرای غیرقانونی و نامناسب یک عمل است که خود آن عمل، قانونی است؛ و اهمال، خطا از جنس ترک فعل است و در شرایطی پیش می‌آید که تکلیف قانونی وجود دارد و مقام مکلف آن را انجام نمی‌دهد.

ارجاع به دادرسی و در صلاحیت دادگاه تبدیل می‌شود و در نتیجه با افزایش زمینه‌های پیش‌بینی شده، تعداد برکناری‌ها کاهش می‌یابد؛ به‌ویژه با توجه به پیامدهای جدی که حذف مقام دولتی دارد، دادگاه‌ها بیشتر متمایل به تفسیر مضیق از قانون مربوطه هستند^{۵۳}. مثلاً در قانون اساسی مینه‌سوتا آمده است: زمینه‌های بازخوانی یک مقام غیر از قاضی، خطای اداری جدی یا قصور جدی در طول مدت نمایندگی در انجام وظیفه یا محکومیت به یک جرم جدی طی مسئولیت است. دادخواست بازخوانی باید دربردارنده رفتار مشخصی باشد تا ضمانت اجرای برکناری داشته باشد^{۵۴}.

ناگفته نماند که نمی‌توان گفت در این شیوه، رأی دادگاه علت تامه بازخوانی محسوب می‌شود، زیرا در آن هنگام بازخوانی قابل تقلیل به نظارت قضایی^{۵۵} است؛ یعنی در آن صورت این فرایند چیزی نیست مگر یک نظارت قضایی. برای نمونه، می‌توان از دیوان عالی واشنگتن نام برد که در رأی کول علیه وبستر، دادخواست بازخوانی را ناکافی تلقی و اعلام می‌کند: این الزامات خاص، حق ذاتی مردم در برکناری مقامات منتخب را سالم نگه می‌دارد. تنها بار معنایی [شیوه موردنظر] این است که بازخوانی باید بر اساس اتهامات مشخص و قطعی باشد^{۵۶}.

البته این مسئله به معنای بررسی صحت اتهامات وارده به مقام مربوطه نیست که دیوان عالی واشنگتن هم به آن اشاره کرده است: منظور ما از این امر این نیست که دادگاه‌ها صلاحیت رسیدگی به صحت اتهامات را دارند... با این حال، ما معتقدیم که قانون‌گذار با اجازه دادن به دادگاه‌ها برای بررسی کفایت اتهامات، قصد محدود ساختن حق بازخوانی را داشته است. قانون موضوعه به دادگاه اجازه بررسی و تصمیم در مورد این مسئله را می‌دهد که آیا واقعیت‌ها یک اصل اولیه را ایجاد می‌کنند که مستلزم سوءاستفاده از اختیارات قانونی، تخلف اداری یا نقض سوگند

53. Supreme Court of Montana, No. 82-339, Kotar v. Zupan, Kotar v. Zupan 658 P.2d 1095 (Mont. 1983)

54. The Constitution Of Minnesota, Article 8, Section 6

55. Judicial Review

56. Cole v. Webster, 103 Wn.2d 280, 285, 692 P.2d 799 (1984).

اداری باشد^{۵۷}.

ایالت ویرجینیا شیوه‌ای متفاوت در خصوص بازخوانی دارد؛ به این صورت که پس از جمع شدن امضاهای موردنیاز، دادخواست به مقام قضایی یا دادگاه ارجاع می‌شود و سرنوشت جایگاه صاحب‌منصب نه به وسیله رأی مردم، بلکه از سوی دادگاه تعیین می‌شود. همان طور که در تعریف بازخوانی به معنای دقیق کلمه گفته شد، در این فرایند، سرنوشت کرسی باید از طریق آرای مردم در یک انتخابات تعیین شود و بر این اساس، شیوه رایج در این ایالت چندان تناسبی با مفهوم واقعی بازخوانی ندارد.

در نهایت، ممکن است پرسش بنیادین تری طرح شود که آیا انتخاب‌کنندگان الزامی به رعایت فرایند دموکراتیک و عادلانه در رأی‌گیری دارند یا اساساً چنین فرایندی سیاسی است؟

در پاسخ به پرسش پیش‌گفته می‌توان به رأی دادگاه استیناف منطقه پنجم ایالات متحده اشاره کرد. دادگاه در این خصوص اعلام نمود: در صورت وجود زمینه‌های بازخوانی در قانون ایالتی یا قواعد محلی، آن موارد باید طی شوند ولیکن مقامات در یک ساختار سیاسی مطابق با اراده مردم خدمتگزاری می‌کنند؛ بنابراین به صورت ذاتی موردی مبنی بر نامنطبق بودن با قانون اساسی ایالات متحده وجود ندارد.

بین اخراج از سوی ایالت (زمینه‌های تخلف اداری و ..) با اخراج از جانب مردم، تفاوت اساسی وجود دارد. هر ایالتی باید فرایندهای عادلانه را طی کند، درحالی که چنین الزامی برای رأی‌دهندگان وجود ندارد. طبق قانون اساسی ایالات متحده، انتخاب‌کننده می‌تواند برای علت موجه یا علت ناموجه یا حتی بدون علت رأی دهد و این مسئله شامل تمام انتخابات، اعم از بازخوانی می‌شود^{۵۸}.

57. *Ibid*, p. 287.

58. United States Court of Appeals, *Gordon v. Leatherman* 450 F.2d 562 (5th Cir. 1972).

در پایان این قسمت می‌توان چنین جمع‌بندی نمود که جز تعیین زمینه‌ها از سوی نظام حقوقی نمی‌توان علت شکل‌گیری دیگری را برای فرایند بازخوانی مطرح کرد.

۳.۲. آستانه جمع‌آوری امضاهای شرکت‌کنندگان

آستانه شروع فرایند برکناری می‌تواند درصد مشخصی از رأی‌دهندگان انتخابات پیشین برای انتخاب همان مقام یا درصد معینی از کل واجدان شرایط در انتخابات پیشین^{۵۹} باشد. در ایالت‌های آمریکا این آستانه از ۱۰ تا ۳۵ درصد متغیر است؛ برای مثال، در ایالت *نیبراسکا* که به‌شکل عام مقدار امضای موردنیاز برای برکناری، ۳۵ درصد رأی‌دهندگان انتخابات پیشین است، و در مقابل، در ایالت *مونتانا* ۱۰ درصد واجدان شرایط انتخابات سابق در ایالت *مونتانا* برای عزل مقام اجرایی بلندمرتبه‌ای بلندپایه‌ای مانند فرماندار پیش‌بینی شده است.

پیش‌بینی درصد بالایی از واجدان شرایط (به‌جای شرکت‌کنندگان) انتخابات پیشین منجر به سخت‌تر شدن و رغبت کمتر به پروسه یادشده منجر می‌شود. برای نمونه، فرایند بازخوانی در سال ۱۹۹۸ در کشور *اکوادور* به رسمیت شناخته شد و بین این سال تا سال ۲۰۰۷، ده‌ها تلاش برای برکناری صورت گرفت که همه آنها ناکام ماند. درحالی که پس از تغییر قواعد حاکم بر فرایند یادشده و تغییر آستانه جمع‌آوری امضاها از ۳۰ درصد به ۱۰ درصد در سال ۲۰۰۸، تا پنج سال بعد (۲۰۱۳)، ۷۸۴ تلاش جهت حذف مقامات صورت گرفت که ۲۱ صاحب‌منصب عزل شدند.^{۶۰}

۳.۳. وضعیت جایگاه مقام برکنار شده پس از بازخوانی موفق (روش‌های انتخاباتی بازخوانی)

مسئله نهایی این است که پس از برکناری مقام دولتی، جایگاه جایگزینی

۵۹. پیش‌بینی انتخابات پیشین به دو علت می‌تواند باشد: اول اینکه آمار به‌طور مشخص در دسترس باشد و دوم اینکه نزدیک‌ترین شرایط به وضع فعلی برای برکناری اعمال شود.

60. Yanina Welp, Ana Sofia Castellanos, "Understanding the Use of Recall Referendums: Evidence From Ecuador", *International Political Science Review*, Vol. 41(3), (2020), pp. 335–348.

پیشین وی چگونه پر شود انجام خواهد شد؟

شایان ذکر است در صورتی که هیچ نوع انتخاباتی پیش‌بینی نشود، آن را نمی‌توان بازخوانی به معنای دقیق کلمه نامید، مثل ایالت ویرجینیا که سرنوشت مقام برکنار شده در دستگاه قضایی ایالتی تعیین می‌شود.

برای انتخابات بازخوانی سه حالت را می‌توان پیش‌بینی کرد:

۳.۳.۱. روش یگانه

برکناری همان انتخابات است؛ یعنی آغاز بازخوانی با برگزاری انتخابات زود هنگام مصادف است که صاحب مقام فعلی با رقبای خود به رقابت می‌پردازد و در صورت پیروزی، فرایند بازخوانی شکست می‌خورد و در صورت موفقیت هریک از رقبای، فرد منتخب در جایگاه مقام معزول قرار می‌گیرد. برای مثال این روش در ایالت آریزونا استفاده می‌شود.^{۶۱}

۳.۳.۲. روش جداگانه

در این شیوه، بازخوانی و انتخابات جایگزین کننده مقام عمومی، دو فرایند جداگانه‌اند؛ به این صورت که اگر بازخوانی موفق بود، انتخابات جداگانه پیش‌بینی می‌شود. در این روش، دو انتخابات برگزار می‌شود؛ به این معنا که اگر در انتخابات اولیه پاسخ اکثریت شهروندان به برکناری مثبت بود، انتخابات دیگری با فاصله چند روز از انتخابات پیشین برگزار خواهد شد.

۳.۳.۳. روش مختلط

این شیوه یک روش بینابین برگرفته از دو روش ابتدایی و دومپیش گفته است که در آن انتخابات واحد برگزار می‌شود. برای مثال، می‌توان به ایالت کالیفرنیا اشاره کرد. در این ایالت، برگه رأی شامل پاسخ به دو پرسش است. پرسش اول این است که آیا مقام فعلی باید برکنار شود یا خیر، و پرسش دوم لیستی از

61. Constitution Of Arizona ,Article 8 ,Section 4



کандیداها برای پر کردن جایگاه مقام فعلی را دربر دارد (کسانی که به پرسش اول رأی منفی دادند همچنان می‌توانند از میان گزینه‌های پرسش دوم انتخاب کنند). در صورتی که اکثریت مطلق رأی‌دهندگان به پرسش اول پاسخ منفی دهند، فارغ از رجوع به پرسش بعدی، بازخوانی شکست می‌خورد؛ در غیر این صورت اکثریت نسبی در پرسش دوم ملاک پیروزی در انتخابات خواهند بود.^{۶۲} مزیت این شیوه برگزاری انتخابات در یک مرحله و جلوگیری از هزینه‌های اضافی است. در مقابل، یکی از معایب سردرگمی رأی‌دهندگان است. یکی دیگر از معایب عیوب این شیوه، این است که آرای ریخته‌شده برای حذف مقام فعلی بیشتر از اکثریت نسبی برای انتخاب جایگزین وی است که می‌تواند مشکلات مشروعیت را در پی داشته باشد. در صورت عدم کسب اکثریت مطلق آرا توسط از سوی هیچ یک از داوطلبان در انتخابات اولیه، باید در مرحله دوم، انتخابات بین مقام فعلی و داوطلبی که بیشترین تعداد رأی را کسب کرده است. برگزار شود؛ راه‌حلی که به نظر می‌رسد به رسمیت شناختن رأی ترجیحی در هردو پرسش اعم از اولی و دومی است (رتبه‌بندی پاسخ‌های منفی پرسش نخستین و نامزدهای پرسش بعدی با اولویت پاسخ اول). در این صورت، هم علاقه مردم یک منطقه به حذف مقام فعلی شناسایی می‌شود و هم مشکل پیش‌گفته مرتفع می‌گردد.

۴. ارزیابی بازخوانی

در اینجا به استدلال‌های موافقان و مخالفان فرایند بازخوانی پرداخته می‌شود.

۴.۱. موافقان بازخوانی

موافقان این فرایند به فلسفه بازخوانی بر نظارت گسترده و دائم و نیز به قواعد کارفرما و کارگری حقوق خصوصی استناد می‌کنند. به چند مورد از اندیشمندان حامی این نهاد اشاره می‌شود؛ ویلیام مونرو، پژوهشگر فلسفه سیاسی می‌گوید:

62. Rachel Weinstein, YOU'RE FIRED!, "The Voters' Version of The Apprentice: An Analysis of Local Recall Elections in California", Southern California Interdisciplinary Law Journal, Vol. 15:131, (2005), p. 139.

مهم‌ترین علت موجه بازخوانی، اثر مداوم نظارت نهاد وابسته به مردم بر افراد صاحب مقام عمومی است.^{۶۳} وی معنای این شیوه از نظارت را مسئولیت و در نتیجه پاسخگو کردن مقامات از طریق نظارت عمومی می‌داند.^{۶۴}

یا دیگر مدافع بازخوانی، دلوس ویلکاکس، محقق حقوق عمومی امریکایی، نماینده را به سفیر تشبیه و آن را این‌گونه تعریف می‌کند: خدمتکاری دارای قدرت، ولی تحت اوامر کارفرما و در صورتی که مسئولیت خود را شناسد یا اوامر را ادا نکند، می‌تواند در هر زمانی برکنار شود.^{۶۵}

جلوگیری از فساد اداری مقامات دولتی و واگذاری قدرت تغییر به رأی‌دهندگان در زمره دیگر دلایل حامیان بازخوانی قرار می‌گیرد. رئیس‌جمهور اندرو جکسون از طرفداران این رویکرد در پیام خود به کنگره امریکا می‌نویسد: فساد در برخی اوقات و در موارد دیگر کجروی از آرا و اصول صحیح، حکومت را از اهداف مشروع خود منحرف می‌سازد و آن را به موتوری برای حمایت عده‌ای معدود به بهای هزینه اکثریت تبدیل می‌کند.^{۶۶}

نبود جایگزینی مناسب به علت طولانی و سخت بودن فرایند استیضاح و منحصر بودن آن به خطای فعل (یعنی عدم شمول خطای ترک فعل و اهمال) نیز در استدلال‌های موافقان بازخوانی به چشم می‌خورد و در نتیجه آنها به کاهش هزینه‌های دولت جهت نظارت درونی هم اشاره دارند.^{۶۷}

یکی دیگر از محاسن بازخوانی را می‌توان جلوگیری از نارضایتی‌ها و فشارهای سیاسی عنوان کرد، چون بدون پیش‌بینی این فرایند، انتخاب‌کننده ناراضی مجبور

63. William B. Munro, *The Initiative, Referendum and Recall*, (New York: D. Appleton & Co., 1912), pp. 46, 47.

64. Frederick Bird, Frances Ryan, *The Recall of Public Officials*, (New York: MacMillan, 1930), p. 346.

65. Delos Wilcox, *Government by All the People: The Initiative, the Referendum and the Recall as Instruments of Democracy*, (New York: Macmillan Co, 1912). p. 171.

66. Joseph F. Zimmerman, *The Recall Tribunal of The People*, (Albany: University of New York Press, Second edition, 2013), p. 112.

67. *Ibid*, p. 113.

است تا اتمام مهلت نمایندگی صبر کند.^{۶۸}

۲.۴. مخالفان بازخوانی

۲.۴.۱. حد نصاب پایین

بازخوانی معمولاً به اقلیتی از انتخاب‌کنندگان نیاز دارد، یعنی آستانه پایینی دارد. برای نمونه در ایالت کالیفرنیا که آستانه جمع‌آوری امضاها جهت برکناری مقامات اجرایی ۱۲ درصد آرای انتخابات سابق است، تعداد تلاش‌ها به قصد خلع مقامات بسیار زیاد است که هزینه‌های گزافی را بر مالیات‌دهندگان مترتب می‌سازد. پیش‌بینی آستانه بالا (حداقل ۲۵ درصد) رأی‌دهندگان واجد شرایط جهت جمع‌آوری امضاها در مرحله تأیید آغاز فرایند می‌تواند این مشکل را مرتفع سازد. به‌منظور اطمینان از بازخوانی که هم برای رأی‌دهندگان و هم برای مقامات دولتی هدف، منصفانه باشد، قواعد حاکم بر بازخوانی را باید درصدی از رأی‌دهندگان واجد شرایط در برابر درصد رأی‌دهندگان در یک انتخابات معین قرار داد. همچنین دوماً مرحله‌ای ساختن انتخابات یا رقابت متصدی با سایر نامزدها یا پیش‌بینی رأی ترجیحی برای تعیین جایگاه می‌تواند مشکلات مشروعیت را تعدیل کند.

۲.۴.۲. مغایرت با مفهوم استمرار اداره

برنامه‌های دولتی اصولاً بلندمدت‌اند و برکناری در این حین منجر به عقیم شدن آنها می‌شود. جهت کاستن از این مشکل، می‌توان راه‌حلی را پیشنهاد داد که برخی از نظام‌های حقوقی مسیرش را طی کرده‌اند. از لحاظ بازه زمانی دو راه قابل تصور است: اول، در بازخوانی لازم است که مقام منتخب مدت زمان مشخصی قبل از امکان طرح دادخواست بازخوانی در منصب خود مستقر شود^{۶۹}؛ دوم، مقامات دولتی در یک بازه زمانی مشخص قبل از انقضای مدت معین نمایندگی خود، قابل

68. Kelly, R., Coleman, C., & Johnston, N., "Recall Elections". Parliament and Constitution Centre, (2014), p. 10.

69. See: e.g., ALASKA STAT. § 15.45.490 (1982)

بازخوانی نباشند.^{۷۰}

برای مثال، پیش‌بینی برخی از این محدودیت‌ها در ماده ۷۲ قانون اساسی ونزوئلا این‌چنین صورت گرفته است: ۱. بازخوانی تنها یک بار در مدت انتخابی مقام دولتی ممکن است، ۲. باید نصف دوره انتخابی مقام دولتی سپری شود. پیش‌بینی دو مورد پیش‌گفته می‌تواند بازخوانی را نظام‌مند سازد. با در نظر گرفتن طء حداقل نصف دوره، می‌توان اظهار کرد که آسیب به برنامه‌های دولت کاهش می‌یابد. همچنین، با معین کردن تعیین استفاده از این فرآیند، تنها یک بار در طول هر دوره می‌توان آن را از ابزار فشار سیاسی خارج کرد، زیرا مقامات دولتی را نمی‌توان هر لحظه از مسئولیت خود برکنار نخواهند شد ساخت.

۳.۲.۴. سیاسی شدن فرایند و سوءاستفاده از آن به عنوان ابزار فشار

ممکن است احزاب شکست‌خورده و رقیب از این روش جهت اعمال فشار سیاسی بهره ببرند. پیش‌بینی زمینه‌های بازخوانی به‌ویژه شکل سوم بازخوانی می‌تواند از مبدل شدن فرایند به امر صرفاً سیاسی جلوگیری کند. علل موجه دادخواست شهروندان از سوی دستگاه قضایی مستقل احراز می‌شود؛ هرچند باید توجه داشت که هر انتخاباتی در سطح ملی و محلی، اساساً و در ذات خود دارای ماهیت سیاسی است.

۴.۲.۴. حذف مسئله استقلال نمایندگی

از بین رفتن استقلال نماینده در حقوق عمومی از مسائلی است که برخی از مخالفان بازخوانی به آن اشاره کرده‌اند. یک نماینده باید بدون در نظر گرفتن تعلقات حزبی و سیاسی یا نظرهای رأی‌دهندگان، آنچه را که درست می‌داند انجام دهد و به طرح غیرمحبوب که به نفع کشور یا حافظ حقوق اقلیت است، رأی دهد. بازخوانی، این استقلال حقوقی را تضعیف می‌کند، زیرا ممکن است که نماینده از ترس غضب رأی‌دهندگان و دغدغه‌های حفظ جایگاه خویش به شکل کامل به

70. See: e.g., KAN. STAT. ANN. § 25-4305 (1986)

منتخبان خود وابستگی پیدا کند.

برای مثال، ویلیام تافت^{۷۱}، بیست و هفتمین رئیس‌جمهور آمریکا و قاضی دیوان عالی و از مخالفان سرسخت فرایند بازخوانی، می‌گوید: نماینده در شرایط متشنج سیاسی باید آنچه را که فکر می‌کند برای منافع عمومی بهتر است، انجام دهد.^{۷۲} یا ادموند بورک، نظریه‌پرداز فلسفه سیاسی بریتانیایی، این‌گونه می‌گوید: نماینده شما نه تنها پیشه حرفه‌ای خود، بلکه قضاوت خود را مدیون شماست و او به جای اینکه به شما خدمت کند، خیانت می‌کند اگر آن را فدای نظر شما کند.^{۷۳} بنابراین، همان‌طور که این فرایند ممکن است منجر شود تا مقام انتخاب‌شده دست به سیاست‌های عوام‌پسندانه بزند، همچنین می‌تواند این واهمه را در نماینده ایجاد کند که در صورت حمایت از سیاست مطلوب اما غیرمحبوب، تجدید انتخاب نشود. یکسان‌انگاری نفع کشور یا مصلحت عمومی با تصمیمات حکومتی غیرقابل قبول به نظر می‌رسد. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد هیچ علت معقولی وجود ندارد مبنی بر اینکه صاحب‌منصبان بهتر از خود مردم این موارد را شناسایی می‌کنند؛ ضمناً بازخوانی دموکراسی نمایندگی را حذف نمی‌کند، بلکه به نظر می‌رسد آن را به دموکراسی نظارت‌محور تبدیل می‌کند.^{۷۴}

۵. بازخوانی در سطح فدرال ایالات متحده آمریکا

مبحث اخیر شامل بررسی تاریخ این فرایند و امکان‌سنجی حقوقی آن در سطح فدرال ایالات متحده است.

۵.۱. تاریخ بازخوانی در سطح فدرال ایالات متحده آمریکا

پس از پیروزی انقلاب آمریکا، ایالت‌های مستقل بر این شدند که دولت تشکیل

71. William Howard Taft

72. William B. Munro, *The Initiative, Referendum and Recall*, (New York: D. Appleton & Co., 1912), p. 83.

73. Shaun Bowler, "Recall and Representation Arnold Schwarzenegger Meets Edmund Burke", *Representation*, Vol. 40, No. 3, (2007), p. 205.

74. John Keane, "The Age of Monitory Democracy and the Greening of Politics", *Taiwan Journal of Democracy*, No. 1, (2019), pp. 43, 51, 52.

دهند و سرانجام در سال ۱۷۸۱ اصول و مواد کنفدراسیون تصویب شد. دولت شکل گرفته تحت مواد کنفدراسیون بسیار ضعیف و در معرض اختیارات گسترده ایالتی بود. برای نمونه، دولت ملی جدید قابلیت اخذ مالیات نداشت و در مواد کنفدراسیون تنها اختیار اخذ مالیات به قانون‌گذاران ایالت‌ها داده شده بود.^{۷۵} یا ایالت‌ها می‌توانستند بر یکدیگر تعرفه وضع کنند و یا اینکه ضمیمه کردن اصلاحیه به قانون اساسی مستلزم تأیید اجماع ایالت‌ها بود.^{۷۶}

در ماده پنجم کنفدراسیون اجازه بازخوانی نمایندگان از سوی ایالت‌ها داده شده بود. در این ماده این‌گونه بیان شده بود: برای مدیریت مناسب نفع عمومی ایالات متحده، نمایندگان باید از سوی قانون‌گذار هر ایالت منتصب شوند... به هر ایالت اختیار داده می‌شود تا یکی از نمایندگان یا تمام آنها را در هر موقع از سال بازخوانی کند و جایگزین آنها را برای مدت باقی‌مانده سال بفرستد.

پس از مشاهده ناکارآمدی‌های حاصل از نظام کنفدراسیون، پدران بنیان‌گذار در سال ۱۷۸۷ در کنوانسیون فیلادلفیا گرد هم آمدند و بازخوانی نیز یکی از مباحث مورد اختلاف در این کنوانسیون بین فدرالیست‌ها و ضد فدرالیست‌ها بود؛ درحالی که فدرالیست‌ها مخالف قدرت بازخوانی بودند و ضد فدرالیست‌ها از آن دفاع می‌کردند.

لوثر مارتین^{۷۷}، یکی از نماینده‌های ضد فدرالیست، عنوان می‌کند به علت نبود قدرت بازخوانی و اینکه سناتورها برای شش سال به‌طور کامل مستقل از ایالت خود تلقی می‌شوند، به قانون اساسی جدید رأی منفی داده است.^{۷۸} می‌توان گفت یکی از علل موجه در نظریات ضد فدرالیست‌ها حفظ شخصیت حقوقی ایالت است. بروتوس^{۷۹}، یکی از ضد فدرالیست‌های مشهور نوشته است: به‌نظر می‌رسد که مقنن

75. Articles Of Confederation, Article VIII

76. Martin Kelly, "Why the Articles of Confederation Failed". <thoughtco.com/why-articles-of-confederation-failed-104674.>

77. Luther Martin

78. Joshua Spivak, "What Is the History of Recall Elections?", The George Washington University, <https://historynewsnetwork.org/article/1660>

79. Brutus

ایالتی نظیر مواد کنفدراسیون باید قدرت بازخوانی اعضای خود را داشته باشد. او ادامه می‌دهد: این میرهن است که وقتی شخصی صلاحیت انجام فعلی را به فرد دیگر می‌دهد، باید هنگامی که وی مطابق میلش عمل نمی‌کند قدرت برکناری وی را داشته باشد.^{۸۰} با وجود چنین رویکردهایی در استقبال از بازخوانی، اما در نهایت تمام پیشنهادها حفظ بازخوانی در قانون اساسی رد شد.

در پایان می‌توان گفت نمایندگان در کنفدراسیون، سفرای ایالت‌ها به دولت دیگر محسوب می‌شدند؛ بنابراین، ایالت هر وقت اراده می‌کرد قادر بود نماینده موردنظر را برکنار کند، ولی نمایندگان در فدراسیون، مقامات دولت جدید در نظر گرفته می‌شوند. ناگفته نماند که این شکل برکناری به مثابه آنچه در کنفدراسیون رخ می‌داد تا قرن بیستم در آمریکا رایج بود و تفاوت اساسی آن با شکل امروزی برکناری این بود که رویه پیشین مستلزم اقدام از سوی سایر ارگان‌های منتخب، مانند یک مجلس ایالتی بود. اما در اوایل قرن بیستم، شکل امروزی آن با طرح موضوع مشارکت مستقیم مردم و به عنوان بخشی از اصلاحات با هدف افزایش سطح مشارکت مدنی در بسیاری از ایالات آمریکا گسترش یافت.^{۸۱}

۵.۲. امکان یا امتناع بازخوانی در سطح فدرال

۵.۲.۱. بازخوانی و قانون‌گذاری فدرال

پس از بررسی سرنوشت بازخوانی در ایالات متحده این سؤال طرح می‌شود که آیا کنگره با وضع مصوبه عادی می‌تواند بازخوانی را در سطح فدرال به رسمیت بشناسد؟

برای پاسخ به این پرسش، باید به تفکیک سه فرایند اخراج، استیضاح و بازخوانی بپردازیم. طبق بخش‌های دوم و سوم ماده ابتدایی قانون اساسی،

80. Ralph Ketcham, *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*, (London: Penguin Books Ltd, 2003), p. 316

۸۱. زهرا عامری و سید احمد حبیب‌نژاد، «بررسی حق برکناری مقامات منتخب توسط مردم در نظام‌های حقوقی»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۴ (۱۳۹۷)، ص ۹۴.

به ترتیب، نمایندگان مجلس اول و سنا برای دو و شش سال انتخاب می‌شوند. تنها استثنا برای بخش‌های یادشده اخراج است. مطابق بند دوم بخش پنجم ماده اول قانون اساسی ایالات متحده که به «بند اخراج» معروف است، «هر رکن قانون‌گذاری در موارد قواعد آیینی، مجازات اعضای خود به علت رفتار نامناسب را برعهده دارد و اخراج عضو مربوطه با رأی دو سوم صورت می‌گیرد».

طبق رأی دیوان عالی نیز این آیین تنها روش حذف نماینده بعد از سوگند یاد کردن و به عضویت مجلس درآمدن و قبل از تمام شدن مدت نمایندگی‌اش محسوب می‌شود.^{۸۲} در جایی دیگر، طی قانون فدرالی که از سوی کنگره وضع شده بود و فرد محکوم به رشوه را برای ادامه مقام سناتوری غیرصالح تشخیص داده بود، دیوان عالی امریکا در رأی بورتون مقابل ایالات متحده (۱۹۰۶) اشعار داشت: کرسی سناتور (کانزاس) تنها با مرگ وی یا پایان مهلت قانونی یا فعل مستقیم خود سنا با استفاده از اختیاراتی که از سوی قانون اساسی دارد (اخراج)، می‌تواند خالی شود.^{۸۳}

در خصوص مقامات اجرایی نیز تنها از استثنای استیضاح می‌توان سخن گفت که با اخراج متفاوت است؛ زیرا که استیضاح ذیل بخش دوم و سوم ماده اول قانون اساسی مستلزم آرای هر دو رکن کنگره (استیضاح در مجلس نمایندگان و محاکمه در سنا) است؛ درحالی که اخراج از جانب خود نهاد انجام می‌گیرد و نیازی به محاکمه ندارد.^{۸۴، ۸۵}

پس بند اخراج یا Expulsion Clause به‌صراحتاً مورد و مفاد اخراج را بیان می‌کند و به‌جز بند اخراج که به تصریح قانون اساسی و همچنین برکناری مقامات اجرایی که از طریق طی روند استیضاح صورت می‌گیرد، برکناری در سایر موارد

82. Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969)

83. Burton v. United States, 202 U.S. 344 (1906), p. 369.

84. US Constitution, Article 1, Section 5, Clause 2 & Article 1, Sections 2,3.

۸۵. تفاوت استیضاح با اخراج این است که در اخراج یک قوه بر خود نظارت می‌کند (نظارت درون‌قوهای)، درحالی که در استیضاح یک قوه بر قوه دیگر نظارت دارد. بازخوانی، نظارتی خارج از قوای حاکمه و از سوی مردم است.

امکان پذیر نمی باشد نیست.؛ به عبارتی می توان گفت عدم تصریح به منزله فقدان آن در قانون اساسی است.^{۸۶}

بر این اساس به نظر نمی رسد مقنن با قانون گذاری عادی بتواند بازخوانی را در سطح فدرال برای شهروندان شناسایی کند.

۵.۲.۲. بررسی بازخوانی از سوی ایالت ها با توجه به قانون اساسی

۵.۲.۲.۱. بازخوانی و اصلاحیه دهم

آیا اصلاحیه دهم که اصل صلاحیت ایالتی را بیان می کند، اختیار بازخوانی را به ایالت می دهد؟

اصلاحیه دهم این گونه اشعار می دارد: اختیاراتی که به موجب قانون اساسی به ایالات متحده اعطا نگردیده و یا برای ایالت ها ممنوع نشده باشد، برای ایالت های ذی ربط یا مردم محفوظ خواهد بود.

آیا عدم صلاحیت برکناری مقام فدرال با محفوظ ماندن قدرت ایالتی تعارض دارد؟ این پرسش در پرونده ای از سوی دیوان عالی ایالات متحده پاسخ داده شد. پس از اینکه رأی دهندگان در ایالت میزوری با ضمیمه کردن اصلاحیه ای به قانون اساسی این ایالت، نمایندگان آن را ملزم به حمایت از طرح محدودیت مدت نمایندگی کردند تا از انتخاب شدن مجدد همان فرد جلوگیری کنند و نیز طی این اصلاحیه اجبار کردند تا موضع نماینده کنار نام وی در انتخابات عمومی درج شود، دیوان عالی این اصلاحیه را مغایر قانون اساسی اعلام کرد. دیوان در بخشی از رأی اعلام داشت: نفس وجود مقامات فدرال از خود قانون اساسی نشئت می گیرد، زیرا صلاحیت قاعده گذاری انتخابات از سوی هر ایالت بر شکل گیری قانون اساسی سبقه زمانی ندارد؛ این قدرت واگذار شده و از جانب ایالت حفظ نشده است.^{۸۷}

86. Expressio Unius est Exclusio Alterius

Antonin Scalia, Bryan A. Garner, Reading Law, An Interpretation of Legal Texts, (St. Paul: Thomson/West, First Edition, 2012).

87. Cook v. Gralike, 531 U.S. 510, p. 522.

واژه‌ای که در این اصلاحیه استفاده شده، «محفوظ بودن»^{۸۸} است. نکته قابل توجه این بود که اصلاحیه دهم قدرت‌هایی را حفظ می‌کرد که قبلاً وجود داشتند، نه اختیاراتی که بعداً به وجود آمده باشند. سرانجام در پاسخ به تعارض اصلاحیه دهم و نبود اختیار ایالتی مبتنی بر بازخوانی نماینده باید گفت، اصولاً چنین قدرتی سابقاً وجود نداشت و این صلاحیت به وسیله قانون اساسی ایالات متحده و با تشکیل ساختار فدرال پدید آمد. بنابراین، استفاده از واژه محفوظ یا نگه‌داشته شده از سوی اصلاحیه دهم موجب هیچ تعارضی با عدم صلاحیت بازخوانی از سوی ایالت نیست؛ زیرا این قدرت قبل از شکل‌گیری قانون اساسی فدرال برای ایالت وجود نداشت و اصولاً قانون اساسی مقام فدرال را به وجود آورده است.

تأیید و قبول قانون اساسی از جانب ایالات با این فرض که چنین اختیاری تحت عنوان هیچ اصلاحیه‌ای به ایالت‌ها واگذار نشده است نیز بر این مدعا صحه می‌گذارد. لذا به نظر می‌رسد کاهش مدت‌زمان مقام‌های فدرال به‌طور مستقل از سوی ایالت‌ها امکان‌پذیر نیست.

۵.۲.۲. بازخوانی و مقدمه قانون اساسی

مورد دیگری که از حیث ارزشی می‌توان به آن توجه کرد مقدمه قانون اساسی ایالات متحده است که این‌گونه تنظیم شده است:

«ما مردم ایالات متحده» برای تشکیل اتحادیه‌ای برتر، برقراری عدالت،... و تأمین مواهب آزادی برای خود و آیندگان، این قانون اساسی را برای ایالات متحده آمریکا تدوین و مقرر می‌کنیم.

واژه «مقدمه» اگرچه دقیق است، اما اهمیت کامل این بند را آشکار نمی‌سازد. ممکن است در استفاده از واژه «مقدمه» به اشتباه فکر کنیم که این کلمات صرفاً یک شکوفایی یا ظرایف بلاغی آغازین هستند که بدون دربرداشتن هرگونه معنا



قلمداد می‌شوند. مقدمه به‌خودی خود اختیارات حکومت یا حقوق شهروندان را مشخص نمی‌سازد، اما این به آن معنا نیست که مقدمه قانون اساسی فاقد مفهوم حقوقی است؛ برعکس، مقدمه بخشی از قانون اساسی است که تصویب مقررات بعدی را اشعار و اعلام می‌دارد.^{۸۹}

شاید یکی از منازعه‌برانگیزترین بخش‌های قانون اساسی، همین استفاده از واژه «مردم» باشد. سموئل آدامز^{۹۰}، از پدران مؤسس، اعتراض خود را به واژه مردم اعلام می‌کند و این آستانه را عامل فروپاشی مرزهای ترسیم‌شده بین مردم و دولت مرکزی در مواد کنفدراسیون می‌داند. نماینده ویرجینیا^{۹۱} نیز می‌پرسد چه کسی به نمایندگان صلاحیت داده‌است که از «ما مردم» به جای «ما ایالت‌ها» استفاده کنند^{۹۲}. اما می‌توان گفت استفاده از این واژه، نشانگر خلق یک رابطه جدید یعنی رابطه ملی بین شهروندان و دولت ملی به‌طور مستقیم و بدون واسطه ایالات است.

«ما مردم ایالات متحده» قویاً از این ایده حمایت می‌کند که قانون اساسی به جای معاهده‌ای متشکل از دولت‌های مستقل و جداگانه، سندی برای یک ملت واحد است.

۵.۲.۳. بازخوانی از جانب ایالت‌ها در رویه قضایی دیوان عالی ایالات متحده آمریکا

با اینکه دیوان عالی به‌صراحت در پرونده‌ای به این فرایند نپرداخته، اما در آرایه به‌طور غیرمستقیم به آن اشاره کرده است:

در پرونده‌ای قضایی، ایالت آرکانزاس قانون اساسی خود را تحت عنوان اصلاحیه هفتاد و سوم قانون اساسی تغییر داد و با این اصلاحیه مقرر شد که هیچ

89. Erwin Chemerinsky, Michael Stokes Paulsen, Interpretation: The Preamble, <<https://constitutioncenter.org/the-constitution/preamble/interpretations/37>>

90. Samuel Adams

91. Patrick Henry

92. Center for the Study of the American Constitution, "We the People: Thoughts on the Preamble to the U.S. Constitution", No. 6, (2004), p. 1

کاندیدای کنگره نباید بیش از دو دوره برای مجلس نمایندگان و بیش از سه دوره برای سنا انتخاب گردد. در نهایت، دیوان عالی ایالات متحده اصلاحیه هفتاد و سوم را برخلاف قانون اساسی ایالات متحده تشخیص داد.

اکثریت قضات (در رأیی از سوی قاضی استیونز) اعلام کردند محدودیت‌های پیش‌گفته این اصل را نقض می‌کند که حق انتخاب نمایندگان به مردم در برابر ایالت‌ها واگذار شده است. کنگره ایالات متحده، کنفدراسیون ملل نیست که حاکمیت‌های مختلف از سوی فرستاده‌های منتصب نمایندگی شوند، بلکه نهاد متشکل از نمایندگان مردم است (اشاره به کنفدراسیون که پیش‌تر به آن پرداخته شد)^{۹۳}.

حتی اقلیت نیز (در رأیی از جانب قاضی توماس) به‌طور ضمنی بازخوانی را رد کرده و، این‌گونه اشعار داشته است: نمایندگان کنگره که از سوی هر ایالت در ساختار فدرال ما انتخاب شده‌اند، یک نهاد ملی را می‌سازند و فراتر از صلاحیت و کنترل اختصاصی ایالت تا انتخابات بعدی هستند^{۹۴}.

پس اصل صلاحیت ایالتی اشاره‌شده نیز شامل قدرت ایالت‌ها مبنی بر عزل نماینده قبل از تمام شدن مدت نمایندگی‌اش نمی‌شود.

بنابراین، طبق قانون اساسی ایالات متحده، نه‌تنها مقام فدرال اعم از رئیس‌جمهور، معاون رئیس‌جمهور و یا نمایندگان دو مجلس را نمی‌توان بازخوانی و در نتیجه برکنار کرد، بلکه کنگره نیز چنین صلاحیتی مبنی بر به‌رسمیت شناختن این فرایند ندارد. بازخوانی تنها در مورد مقامات محلی و ایالتی کاربرد دارد.

نتیجه

گاهی اوقات نماینده در دموکراسی نمایندگی، خود را بدون هیچ‌واهمه‌ای از سازوکارهای نظارت در دوران مسئولیتش تصور می‌کند و این مسئله، برگزیننده را

93. U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779 (1995)

94. 514 U.S. Id. at 858 (Thomas, J., Dissenting)

مجبور به صبر تا پایان این مدت کرده، سبب می‌شود وی نتواند اراده خود را در این فاصله زمانی اعمال کند. بازخوانی، فرایندی است که با مطرح کردن این موضوع، اراده رأی‌دهنده را حفظ می‌کند. درحالی که بسیاری از نویسندگان این آیین را در رده دموکراسی مستقیم طبقه‌بندی می‌کنند، می‌توان گفت که ضمانت اجرای دموکراسی مستقیم صرفاً در قانون‌گذاری بدون واسطه مردم به‌عنوان حاکمان، معنا پیدا می‌کند. در خصوص برکناری نماینده در دوران تصدی در قوانین ایران مقررۀ صریحی وجود ندارد، اما با توجه به مزایای یادشده، می‌توان آن را پیشنهاد کرد. یکی از ارکان بازخوانی، پیش‌بینی جایگزین مقام عزل‌شده است که در شیوۀ مختلط با برگزاری انتخابات واحد، ملاک‌های اکثریت مطلق و نسبی به‌ترتیب در پرسش اول (پرسش برکناری مقام فعلی) و پرسش دوم (پرسش انتخاب مقام جایگزین) معیار پیروزی محسوب می‌شوند. در این پژوهش سعی شده است با توجه به چالش‌های مشروعیت در روش اخیر که گاهی انتخابات را برای متصدی فعلی ناعادلانه می‌سازد، معیاری نو برای شیوۀ حاضر ارائه شود؛ به این صورت که با درنظر گرفتن نبود رابطۀ علت و معلولی میان پرسش اول و دوم، رأی ترجیحی انتخاب‌کننده به مجموع دو پرسش یادشده به‌رسمیت شناخته شود (پاسخ‌های منفی پرسش اول و نامزدهای پرسش دوم). اگر روند بازخوانی تنها به عنوان یک فرآیند سیاسی در نظر گرفته شود، معقول به نظر می‌رسد که برای جلوگیری از کمپین‌های انتخاباتی فراوان و هزینه‌های زیاد، نصاب نسبتاً بالا برای واجدان شرایط تعیین شود. این اقدام می‌تواند به حفظ تناسب در انتخابات و حفظ موازن عادلانه در کسب کرسی‌های دولتی کمک کند.

درنهایت بازخوانی، سازوکاری نظارتی بر نماینده تلقی می‌شود و نباید با عدم رعایت توازن و تعادل، آن را علیه فلسفۀ خود تبدیل کرد و مفهوم نظارت را از درون‌مایه تهی ساخت.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۶). *حقوق اساسی*، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۲. قاضی شریعت‌پناهی، سید ابوالفضل (۱۴۰۰). *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۳. هاشمی، سید محمد (۱۳۹۹). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی*، تهران: نشر میزان.

– مقالات

۴. عامری، زهرا و حبیب‌نژاد، سید احمد (۱۳۹۹). بررسی حق برکناری مقامات منتخب توسط مردم در نظام‌های حقوقی، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۷(۴)، ۹۴.
Doi: 10.22091/CSIW.2020.5782.1876
۵. شفیعی سردشت، جعفر و گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و فاضلی‌نژاد، جواد (۱۳۹۷). کژتابی مفهومی نظارت در نظام حقوقی ایران، *حقوق‌داری*، ۶(۱۶)، ۷۰.
۶. ولایی، علی و نوبهار، رحیم (۱۴۰۲). جایگاه اصل صحت در ارزیابی صلاحیت داوطلبان انتخابات در نظام جمهوری اسلامی ایران، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۳۰(۱۴)، ۲۷۷.
Doi: 10.22034/LAW.2022.49902.3067

ب) منابع انگلیسی

- Books

7. Altman, David (2011). *Direct Democracy Worldwide*, New York: Cambridge University Press.
8. Altman, David (2019). *Citizenship and Contemporary Direct Democracy*, New York: Cambridge University Press.
9. Arnon, Harel (2008). *The Theory of Direct Legislation*, New York: LFB Scholarly Publishing LLC.

10. Barber, Benjamin R. (2004). ***Strong Democracy, Participatory Politics for a New Age***, First Edition. Los Angeles: University of California Press.
11. Bird, Frederick & Ryan, Frances (1930). ***The Recall of Public Officials***, New York: MacMillan.
12. Cronin, Thomas (1999). ***Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall***, Cambridge: Harvard University Press.
13. Garner, Bryan A. (2009). ***Black's Law Dictionary***, Ninth Edition, Dallas: West A Thomson Reuters Business.
14. Haskell, John (2001). ***Direct Democracy or Representative Government***, First Edition, Boulder Colorado: Westview Press.
15. Ketcham, Ralph (2003). ***The Anti-federalist Papers and Constitutional Convention Debates***. London: Penguin Books Ltd.
16. Montesquieu, Charles (1989). ***The Spirit of Laws***, London: Cambridge University Press.
17. Munro, William B. (1912). ***The Initiative, Referendum and Recall***, New York: D. Appleton and Company.
18. Rousseau, Jean-Jacques (2002). ***The Social Contract and the First and Second Discourses***. New Haven & London: Yale University Press.
19. Scalia, Antonin, & Garner, Bryan A. (2012). ***Reading Law, an Interpretation of Legal Texts***, Saint Paul, Minnesota: Thomson/West.
20. Wilcox, Delos Franklin (1912). ***Government by All the People: The Initiative, the Referendum and the Recall as Instruments of Democracy***. New York: The Macmillan Company, Stanford Library.
21. William, B. Munro (1912). ***The Initiative, Referendum and Recall***. New York: D. Appleton and Company.
22. Zimmerman, Joseph F. (2013). ***The Recall, Tribunal of the People***, Second Edition, Albany: University of New York Press.

- Articles

23. Abbott, Frank Frost (1915). The Referendum and the Recall Among the Ancient Romans, *The Johns Hopkins University Press*, 23(1), 89-90.
24. Bowler, Shaun (2004). Recall and Representation Arnold Schwarzenegger Meets Edmund Burke, *University of California*, 40(3), 205. Doi: 10.1080/00344890408523266.
25. Briffault, Richard (1985). Distrust of Democracy, *Columbia Law School, Texas Law Review*, 63, 1352.
26. Garrett, Elizabeth (1997). Who Directs Direct Democracy?, *The University of Chicago Law School Roundtable*, 4(17), 19.
27. Keane, John (2019). The Age of Monitory Democracy and The Greening of Politics, *Taiwan Journal of Democracy*, 15(1), 43-52.
28. Kelly, R. & Coleman, C. & Johnston, N. (2014). Recall Elections, *Parliament and Constitution Centre*.
29. Lund, Nelson (2004). Rousseau and Direct Democracy, *George Mason University School of Law*, 13(2), 497.
30. Madison, James (1787). Federalist No. 10. To the People of the State of New York.
31. Serdült, Uwe (2015). The History of a Dormant Institution: Legal Norms and the Practice of Recall in Switzerland, *Ritsumeikan University*, 51(2), 3. Doi: 10.1080/00344893.2015.1056219.
32. Twomey, Anne (2011). The Recall of Members of Parliament And Citizen's Initiated Elections, *UNSW Law Journal*, 34(1), 43.
33. We the People, Thoughts on the Preamble of the U.S. Constitution (2014). *Center for the Study of the American Constitution*.
34. Welp, Yanina & Castellanos, Ana Sofia (2020). Understanding the Use of Recall Referendum; Evidence From Ecuador, *International Political Science Review*, 41(3), 335-348. Doi: 10.1177/019251211-9830373.
35. Weinstein, Rachel (2005). You're Fired!, The Voter's Version of

The Apprentice: an Analysis of Local Recall Elections in California, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 15(1), 139.

- Judicial Decisions

36. Burton v. United States, 202 U.S. 344 (1906)
37. Cole v. Webster, 103 Wn.2d 280, 285, 692 P.2d 799 (1984)
38. Cook v. Gralike, 531 U.S. 510 (2001)
39. Gordon v. Leatherman 450 F.2d 562 (5th Cir. 1972)
40. Kotar v. Zupan, Kotar v. Zupan 658 P.2d 1095 (Mont. 1983)
41. Palmer v. Hart, 201 Mont. 526, 530, 655 P.2d 965, 967 (1982)
42. Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969)
43. The Coalition for Economic Equity v. Wilson 110 F.3d 1431, (9th Cir. 1997)
44. U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779 (1995)
45. Westpy v. Burnett, 82 N.J. Super. 239, 197 A.2d 400 (N.J. Super. 1964)

- Websites

46. Cowen, Jill (2021). How Much was Spent on the Recall? One Estimate: Nearly Half a Billion Dollars. <<https://www.google.com/amp/s/www.nytimes.com/2021/09/15/us/california-recall-election-cost-money.amp.html>>
47. Chemerinsky, Erwin & Paulsen, Michael Stokes, Interpretation: The Preamble, <<https://constitutioncenter.org/the-constitution/preamble/interpretations/37>>
48. Kelly, Martin (2020). Why the Articles of Confederation Failed, <thoughtco.com/why-articles-of-confederation-failed-104674>
49. Spivak, Joshua, What is the History of Recall Elections?, the George Washington University, <<https://historynewsnetwork.org/article/-1660>>



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 33

Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 73-96

The Principle of Equality of Arms, with a Comparative Look at Foreign Judicial Documents and Precedent and Iranian Civil Procedural Law

Hossein Davoudi¹ | Mohammad Sharifzadeh Lari^{2✉}

1. Assistant Professor, Kharazmi University, Tehran, Iran

hoseindavoodi@khu.ac.ir

2. Ph.D. Candidate in Private Law, Kharazmi University, Tehran, Iran

mohammad.1.sharifzadeh@gmail.com

Abstract

In order for the proceedings to be fair, the rules derived from the legal principles of civil proceedings must be observed by the litigants and the authority. One of these principles is the principle of equality of arms. This legal principle requires that the procedural rights of the parties be granted to them in a balanced manner, and in case of victory of one of the parties, who unfairly had more effective procedural weapons, the victory won't deserve to be confirmed and implemented; Because the duty of the government is justice, and justice cannot be achieved without granting balanced procedural rights to the litigants. This principle is discussed in legal writings, mostly in criminal proceedings, and in civil proceedings, these questions are also raised: in which documents and judicial procedures of foreign legal systems is this principle reflected and what are its results? What are the effects of the principle of equality of arms in Iran's civil procedure law? And what cases violate this principle? The findings of this research, which was carried out in a descriptive and analytical way, are: This principle originates from the principle of fair trial in the European Convention on Human Rights and is reflected in the judgments of the European Court of Human Rights and is included in the French Criminal Procedure Code. The manifestations of this principle in Iran's Civil Procedure Law can be seen from: balancing the procedural rights of the parties, in having the reasonable opportunity to prepare the defense; The duty of the court to prevent the abuse of procedural rights by the parties; Right of the parties to be informed of the proceedings; Right to have an effective legal representative and Right to be heard. This right is violated by limiting one of the parties' access to documents, abusing one of the parties' financial superiority or legal knowledge, and prohibiting search.

Keywords: Balance of Procedural Rights of the Parties, Fair Trial, Unfavorable Procedural Conditions.

Received: 2023/02/04 Received in revised form: 2023/08/12 Accepted: 2023/09/11 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.55236.3239

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



اصل برابری سلاح‌ها، با نگاهی تطبیقی به اسناد و رویه قضایی خارجی و آیین دادرسی مدنی ایران حسین داوودی^۱ | محمد شریف‌زاده لاری^۲

hoseindavoodi@khu.ac.ir

۱. استادیار دانشگاه خوارزمی تهران، ایران

mohammad.1.sharifzadeh@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران، ایران

چکیده

برای اینکه دادرسی منصفانه باشد، باید قواعد منشعب از اصول حقوقی دادرسی مدنی از سوی اصحاب دعوا و مقام رسیدگی رعایت گردد. یکی از این اصول، اصل برابری سلاح‌هاست. این اصل حقوقی الزام می‌نماید حقوق آیینی طرفین به صورت متوازن به ایشان اعطا گردد و در صورت پیروزی یکی از طرفین که به صورت غیرمنصفانه از سلاح‌های آیینی کاراتر و بیشتری برخوردار بوده است، بُرد به‌دست‌آمده شایسته تأیید و اجرا نباشد؛ چراکه وظیفه حاکمیت دادگری است و بدون اعطای حقوق آیینی متوازن به طرفین دعوا، قابل حصول نیست. این اصل در نوشته‌های حقوقی، بیشتر در رسیدگی‌های کیفری مورد بحث قرار گرفته و در دادرسی مدنی نیز این سؤالات مطرح می‌شود که این اصل در کدام اسناد و رویه قضایی نظام‌های حقوقی خارجی منعکس شده و چه نتایجی داشته است؟ جلوه‌های اصل برابری سلاح‌ها در قانون آیین دادرسی مدنی ایران چیست و چه مواردی موجب نقض این اصل می‌شود؟ یافته‌های این تحقیق که به شیوه توصیفی-تحلیلی انجام یافته، عبارت است از اینکه این اصل، از اصل دادرسی منصفانه که در معاهده اروپایی حقوق بشر آمده، نشئت گرفته و در آرای دیوان اروپایی حقوق بشر منعکس شده و در قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه نیز وارد گردیده است. جلوه‌های این اصل را در قانون آیین دادرسی مدنی ایران می‌توان از مواردی چون توازن حقوق آیینی طرفین در داشتن فرصت مناسب برای تدارک دفاع، تکلیف دادگاه مبنی بر ممانعت از سوءاستفاده طرفین از حقوق آیینی، رعایت حق اطلاع واقعی طرفین از دادرسی، حق برخورداری از نماینده مؤثر حقوقی و توازن در حق شنیده شدن، برداشت نمود. این حق با محدود نمودن دسترسی یکی از طرفین به اسناد، سوءاستفاده یکی از طرفین از برتری مالی یا دانش حقوقی و نیز منع جستجوگری، نقض می‌شود.

واژگان کلیدی: اصل برابری سلاح‌ها، دادرسی منصفانه، شرایط نامساعد آیینی، موازنه حقوق آیینی طرفین.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۱۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۵/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.55236.3239

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

اصل برابری سلاح‌ها که حقوق‌دانان فرانسوی آن را به «اصل موازنه حقوق آیینی طرفین»^۱ تعبیر کرده‌اند، یکی از اصول جدید به رسمیت شناخته شده آیین دادرسی است و به این معناست که هریک از طرفین دادرسی باید از امکان طرح ادعای خود در شرایطی مشابه با طرف مقابل بهره‌مند شود، بدون اینکه یکی از آنها متضرر گردد. اصل برابری سلاح‌ها که کم‌کم در نوشته‌های حقوقی در حال فراگیر شدن است، وارد قوانین داخلی برخی کشورها (قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، اصلاحی ۱۵ ژوئن سال ۲۰۰۰)^۲ نیز شده است.^۳ با نگاهی به قوانین داخلی می‌توان دریافت که این اصل آن‌چنان که مورد قبول اسناد و رویه قضایی خارجی و دیگر نظام‌های حقوقی است، در حقوق ایران مشاهده نمی‌شود و روشن نیست که آیا حقوق ایران چنین اصلی را در خود جای داده است یا خیر؟ بنابراین، مسئله این نوشتار، بررسی اصل برابری سلاح‌ها در اسناد و رویه قضایی خارجی و حقوق آیین دادرسی مدنی ایران است. سؤالات تحقیق به این شرح است: مفهوم اصل برابری سلاح‌ها در اسناد و رویه قضایی خارجی چیست؟ جلوه‌های این اصل در قانون آیین دادرسی مدنی ایران چه است و چه عواملی را می‌توان ناقض آن دانست؟ فرضیات این تحقیق به این شرح است: اصل برابری سلاح‌ها به معنای اعطای حقوق آیینی متوازن به طرفین دادرسی می‌باشد. این اصل مربوط به حقوق شکلی بوده، اعمال و رفتار مقامات دادرسی می‌تواند ناقض اصل برابری سلاح‌ها باشد. اصل برابری سلاح‌ها نشئت گرفته از اصل دادرسی منصفانه است. در کل، روش مورداستفاده برای این تحقیق، کتابخانه‌ای بوده و در خصوص این موضوع در نوشته‌های حقوقی داخلی، پژوهشی با عنوان «مطالعه تطبیقی اصل برابری سلاح‌ها در دادرسی مدنی ایران و مقررات دادرسی فدرال آمریکا» انجام شده، لکن در مورد شناخت این

1. principe Egalité Procedural des Parties

۲. قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه مصوب ۲۰۰۰، بخش اول: سیاست‌ها، ماده مقدماتی: ۱. آیین دادرسی کیفری می‌بایست منصفانه و توافقی باشد و بین حقوق طرفین تعادل برقرار نماید.

I. Criminal Procedure Should be Fair and Adversarial and Preserve a Balance Between the Rights of Parties.

۳. نادر قنبری و داوود نصیران نجف‌آبادی؛ رضا سلطانی، «مطالعه تطبیقی اصل برابری سلاح‌ها در دادرسی مدنی ایران و مقررات دادرسی فدرال آمریکا»، مطالعات بین‌المللی پلیس، ش ۴۳ (۱۳۹۹)، ص ۳.

اصل در اسناد و رویه قضایی خارجی و قانون آیین دادرسی مدنی ایران تحقیقی صورت نگرفته است. هدف از این مقاله، تشریح اصل برابری سلاح‌ها، کمک به قانون‌گذار برای تصحیح قوانین داخلی و به قضات و وکلا برای شناخت ماهیت این اصل و نیز نحوه تمسک به آن در دادرسی‌های مدنی است. در این تحقیق که در سه بخش تنظیم یافته است، پس از تشریح مفهوم و سابقه آن، با نگاهی به اسناد و رویه قضایی خارجی، به نشانه‌های آن در حقوق آیین دادرسی مدنی ایران می‌پردازیم و سپس در آخرین بخش، اعمال ناقض این اصل را به بحث می‌گذاریم.

۱. مفهوم و سابقه اصل برابری سلاح‌ها، با نگاهی به اسناد و رویه قضایی خارجی

اصل برابری سلاح‌ها، یکی از اصول حقوق آیینی است که در آیین دادرسی مدنی و کیفری کاربرد دارد. این اصل، از اصل عام‌تری نشئت گرفته و بیشتر از اینکه در دادرسی مدنی مطرح باشد، واجد جنبه و سابقه در آیین دادرسی کیفری است. در دادرسی مدنی و کیفری باید به هر طرف فرصت منطقی و معقولی داده شود تا بتواند اسناد و مدارک موردنیاز خود را برای اثبات ادعای خود فراهم آورد و در مقابل، طرف دیگر آشکارا شرایط نامناسبی نداشته باشد (اصل برابری امکانات)^۴. این اصل هرچند بسیار شبیه، اما متفاوت با اصل تناظر^۵ (اصل رویارویی^۶، اصل ترافع^۷ و اصل تقابل^۸) است. این اصل در اساسی‌سازی و بین‌المللی‌سازی آیین دادرسی مدنی مدنظر قرار می‌گیرد^۹. در کل، طبق این اصل، می‌بایست توازن منصفانه‌ای بین فرصت‌های اعطایی به طرفین حاضر در دادرسی وجود داشته باشد^{۱۰}.

۴. افروادیت اسماعیلی، مرجع اسناد بین‌المللی حقوق بشر، (مؤسسه بریتانیایی حقوق بین‌الملل و حقوق تطبیقی، ۲۰۰۸)، ص ۱۸۱.

۵. عبدالله شمس، «اصل تناظر»، تحقیقات حقوقی، ش ۳۶-۳۵ (۱۳۸۱)، ص ۵۴.

۶. فریدون نهرینی، آیین دادرسی مدنی، ج ۱، فرآیند دادرسی و صدور رأی، (تهران: گنج دانش، ج ۲، ۱۴۰۰)، ص ۳۴.

۷. احمد متین‌دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ج ۱، ۱۳۷۸)، ص ۴۰۲.

۸. حسن محسنی، اداره جریان دادرسی مدنی، (بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی)، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۱، ۱۳۸۹)، ص ۶۰.

۹. مورو کاپلتی و برایان جی گارث، آیین دادرسی مدنی، ج ۱، برگردان و پژوهش: حسن محسنی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۱، ۱۳۹۸)، ص ۱۳۱.

10. A Dictionary of Law (9th ed. 2018) Cited in Simões, (2021), p. 3.



اگر این توازن برهم بخورد، رأی صادره- ولو صحیح و طبق قانون و علیه متضرر از عدم رعایت این اصل- شایسته تأیید و اجرا نیست؛ چراکه حق یا حقوقی از یکی از طرفین فوت شده است که می‌توانست بر سرنوشت پرونده تأثیرگذار باشد. فرض کنید پرونده‌ای به مرحله تجدیدنظر ارسال شده و دادگاه تجدیدنظر وقت رسیدگی تعیین نموده است. اگر قاضی تجدیدنظر قبل از حلول وقت رسیدگی، یکی از طرفین دادرسی را به حضور بپذیرد و اظهارات وی را بشنود و بدون اعطای فرصتی به طرف مقابل، برای بیان ادله و اظهاراتش و قبل از وقت جلسه رسیدگی، رأی خود را صادر نماید، ولو رأی از نظر قواعد حقوقی و اصولی و مستندات موجود در پرونده، فاقد اشکال باشد، لکن اصل برابری سلاح‌ها نقض شده است. حتی اگر جلسه رسیدگی تجدیدنظر هم برگزار می‌شد، توازن حقوق آیینی طرفین برهم خورده بود؛ چراکه دادگاه تجدیدنظر به یک طرف، دو فرصت (یکی از قبل و دیگری حین جلسه تجدیدنظر) برای بیان اظهاراتش اعطا نموده و به طرف دیگر، یک‌بار؛ زیرا می‌بایست به هر طرف فرصت متعارفی برای بیان پرونده‌اش اعطا شود و نباید یک طرف در شرایط نامساعد آیینی نسبت به طرف دیگر قرار گیرد.^{۱۱} در کل، تعریف دیوان اروپایی حقوق بشر از اصل برابری سلاح‌ها به این شرح است: اعطای فرصت متعارف برای بیان «موضوع متنازع‌فیه»^{۱۲} به هر طرف، به گونه‌ای که یک طرف در شرایط نامساعدی نسبت به طرف دیگر قرار نگیرد.^{۱۳}

۱.۱. اصل برابری سلاح‌ها و اصل دادرسی منصفانه

اصول دادرسی به مفهوم قواعد و احکام کلی است که راهبر حیات دادرسی محسوب می‌شود؛ مانند حق دفاع، بی‌طرفی دادرس و برابری^{۱۴}. اصل حقوقی، مفهومی کلی و مبتنی بر ارزش‌های حقوقی است که از سوی افراد جامعه پذیرفته شده، قوانین بر پایه آن‌ها وضع و

11. João Tiago Silveria, "Equality of Arms as a Standard of Fair Trials, Seminar on Human Rights and Access to Justice in the EU" (2015), *European Judicial Training Network*, Vilnius, Lithuania, 15th May, p. 11.

12. Cause

13. European Court of Human Rights, Decision from 27th of April, 2000, *Kuopila Versus Finland*, Para 37, Cited in Tuma, p. 2.

۱۴. حسن محسنی، «مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمییز آن اصول از تشریفات دادرسی»، *کانون وکلای دادگستری مرکز*، ش ۲۲ و ۲۳ (۱۳۸۵)، صص ۱۰۱ و ۱۰۶.

تفسیر می‌شوند.^{۱۵} هرچند اصل دادرسی منصفانه یا اصل برخورداری از آیین دادرسی منصفانه به‌وضوح در قوانین ایران به‌رسمیت شناخته نشده، لکن قواعد بسیاری در حقوق آیینی داخلی از این اصل نشئت گرفته است. عدالت آیینی (دادرسی منصفانه) بر این پایه استوار است که مردم بتوانند در جریان یک دادرسی سخن بگویند و ادله خویش را ارائه نمایند و مشارکت آنان در آرای تأثیرگذار تضمین شود و شخص ثالثی که رسیدگی به اختلاف به او واگذار شده، بی‌طرف و مستقل باشد.^{۱۶} دادرسی منصفانه به مفهوم تضمین‌های کلی برای حقوق طرفین دعواست.^{۱۷} در مورد رابطه اصل دادرسی منصفانه و اصل برابری سلاح‌ها، دیوان اروپایی حقوق بشر چنین بیان نموده است: اصل برابری سلاح‌ها، قسمتی از اصل عام‌تر دادرسی منصفانه می‌باشد که در بند ۱ ماده ۶ معاهده اروپایی حقوق بشر آمده است.^{۱۸} در منطوق بند ۱ ماده ۶ معاهده اروپایی حقوق بشر، بیان شده است: «اشخاص محق‌اند در شناسایی حقوق و تکالیف مدنی [دعاوی] یا هرگونه اتهام علیه شخص، به دادرسی منصفانه و علنی در مدت زمان متعارف رسیدگی از سوی دادگاه مستقل و بی‌طرف که طبق قانون تأسیس گردیده، دسترسی داشته باشند. رأی می‌بایست در اختیار عموم قرار گیرد. ممکن است به دلیل رعایت اخلاق، حفظ نظم عمومی و امنیت ملی، در جامعه دموکراتیک، یا در جایی که منافع نوجوانان یا حمایت از زندگی خصوصی طرفین اقتضا می‌نماید، یا به میزانی که در شرایط خاص از نظر دادگاه ضرورت آکید وجود دارد، یا جایی که علنی بودن دادرسی به عدالت لطمه وارد می‌نماید، مطبوعات و عموم از دسترسی به تمام یا بخشی از دادرسی محروم شوند». در بند ۱ ماده ۶ این معاهده چندین اصل بنیادین دادرسی مورد تنصیب قرار گرفته که عبارت‌اند از: الف) اصل دادرسی منصفانه؛ ب) اصل علنی بودن دادرسی؛ پ) اصل سرعت رسیدگی (مدت زمان متعارف)؛ ت) اصل استقلال و

۱۵. عباس جغتایی؛ داوود نصیران نجف‌آبادی و رضا عباسیان، «قلمرو اجرایی اصول حقوقی و رابطه آن‌ها با منابع معتبر اسلامی و فتاوی»، *فقه و حقوق اسلامی*، ش ۱۸ (۱۳۹۸)، ص ۲۸۳.

۱۶. حسن محسنی، «عدالت آیینی؛ پژوهشی در نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی»، *حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش ۱ (۱۳۸۷)، ص ۲۸۷.

۱۷. سحر خسروی‌دانش و رضا پرستش، «مطالعه رعایت قواعد ماهوی اصول دادرسی منصفانه در مقررات نظام‌های حرفه‌ای ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۱۹ (۱۳۹۸)، صص ۵۱-۷۶.

18. Nicolopoulos, Panayotis "La Procedure Devant les Jurisdiction Repressives et le Principe du Contradictoire" (1989), Cited in Tuma, p. 3.

بی‌طرفی دادگاه؛ ث) اصل تأسیس دادگاه طبق قانون؛ ج) اصل دسترسی عموم به دادگستری؛ د) اصل افشای آرا و پرونده‌ها.

اصل دسترسی عموم به دادگستری به معنای مجموعه عوامل حقوقی و سازمانی سیستم عدالت مدنی برای ارائه خدمات قضایی قابل دسترس و مؤثر است. از ویژگی‌های دسترسی به دادگستری، اصل دسترسی آسان که جلوه‌ای از دموکراسی آیینی است و اصل دسترسی سریع را می‌توان نام برد^{۱۹}. برای دادرسی منصفانه، علاوه بر اصل برابری سلاح‌ها، رعایت اصول دیگری از قبیل اصل رویارویی (تناظر)، اصل کمترین هزینه دادرسی، اصل اجازه شنیده شدن به طرف دیگر و ... الزامی است. لذا مشخص گردید اصل برابری سلاح‌ها، از اصل منصفانه بودن دادرسی نشئت گرفته و اصل اخیر حاوی اصول دیگری است.

۱.۲. اصل برابری سلاح‌ها در دادرسی‌های خارجی

این اصل به‌جای اینکه از قانون یا دیگر منابع مکتوب حقوق و دیدگاه‌های دانشمندان این رشته نشئت بگیرد، ریشه در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر دارد؛ چراکه اولین بار بدون وجود سابقه قبلی در قانون‌گذاری داخلی و خارجی، از سوی یکی از اصحاب دعوا در یکی از پرونده‌های دیوان اروپایی حقوق بشر مورد استناد قرار گرفت و آن، پرونده تادیک علیه /دستان بود. در این پرونده، فرجام‌خواه توجه‌ها را به اصل برابری سلاح‌ها جلب نمود و بیان داشت: تلاش دادگاه تالی برای کمک به وی در گردآوری مدارک و شواهدش ناکام ماند، زیرا شاهدانش تهدید شده بودند و وی نتوانسته بود تمام و کمال از حقوق آیینی خود بهره‌مند گردد. وی مدعی بود تعهد دادگاه به فراهم نمودن فرصت‌های برابر در دادرسی، تعهد به نتیجه است و در صورت عدم حصول نتیجه، اصل برابری سلاح‌ها نقض شده است. در مقابل، دادستان بیان نمود: وظیفه دادگاه کمک به طرفین برای به‌دست آوردن مدارک و شواهد نیست، بلکه نقش دادگاه صرفاً فراهم نمودن برابری آیینی است. دیوان حکم داد: اصل برابری سلاح‌ها مقام قضایی را متعهد می‌کند که طرفین دادرسی در ارائه امور

۱۹. بهنام حبیبی درگاه، «مفهوم اصل دسترسی به دادگستری، ویژگی و جلوه‌های آن»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، انتشارات دانشگاه شیراز، ش ۱ (۱۳۹۷)، صص ۶۱-۶۴.

موضوعی خود در شرایط نامساعدی قرار نگیرند^{۲۰} و در صورتی که شرایط نامساعدی به وجود آمد، رأی صادره مقتضی تأیید نیست^{۲۱}. دیوان در این پرونده، نه تنها برابری حقوق آیینی، بلکه سیاست اعاده برابری سلاح‌ها را سرلوحه کار خود قرار داد و سعی نمود با مداخله در روند دادرسی، موازنه از دست رفته حقوق آیینی طرفین را بازیابی نماید. این سیاست فراتر از اصل «اجازه شنیده شدن به طرف دیگر» است. از آن پس ایده تعهد فعال دادگاه به مستقر نمودن برابری سلاح‌ها، از رویه قضایی معاهده اروپایی حقوق بشر پدیدار شد و اصل برابری سلاح‌ها وارد نوشته‌های حقوقی گردید.

۲. نشانه‌های اصل برابری سلاح‌ها در قانون آیین دادرسی مدنی ایران

مطابق ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی: «در موارد زیر، حکم یا قرار نقض می‌گردد: ... ۳- عدم رعایت اصول دادرسی و قواعد آمره و حقوق اصحاب دعوا، در صورتی که به درجه‌ای از اهمیت باشد که رأی را از اعتبار قانونی بیندازد. ...». یکی از اصول دادرسی، اصل برابری سلاح طرفین است^{۲۲}. برای استناد به این اصل، به منظور نقض حکم یا قرار در مراحل عالی، شناخت مصادیق آن در قانون آیین دادرسی مدنی لازم است. هرچند در قوانین آیینی داخلی، اصل برابری سلاح‌ها به صراحت بیان نشده است، لکن از میان حقوق و تکالیف موجود در لابه‌لای این مقررات، می‌توان پرتوهایی از این اصل را مشاهده نمود. حقوق و تکالیف نشست گرفته از این اصل در قانون آیین دادرسی مدنی ایران از قرار زیر است: توازن حقوق طرفین در داشتن فرصت مناسب برای تدارک دفاع، تکلیف دادگاه مبنی بر ممانعت از سوءاستفاده از حقوق آیینی، رعایت حق اطلاع واقعی طرفین از دادرسی، حق برخورداری از نمایندۀ مؤثر حقوقی و توازن در حق شنیده شدن. برگرفته از این حقوق، مواد آمره‌ای در قانون آیین دادرسی مدنی به این شرح مقرر شده است: فاصله متعارف بین ابلاغ وقت و جلسه رسیدگی برای اعطای فرصت به خوانده به منظور تدارک دفاع (مواد ۶۴ و ۷۳)؛ ممانعت از سوءاستفاده از حق با تغییر محل اقامت به منظور تغییر آدرس و تجدید ابلاغ برای

20. Ingrid Marie Verdin Mansilla, "Conducts of Parties in Investment State Arbitration that can Undermine the Principle of Equality of Arms", p. 3.

21. <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>.

۲۲. فریدون نهرینی، آیین دادرسی مدنی، ج ۱، فرآیند دادرسی و صدور رأی، (تهران: گنج دانش، چ ۲، ۱۴۰۰)، ص ۴۸.

اخلال در روند رسیدگی و اطالۀ دادرسی (مادۀ ۸۰)؛ لزوم حصول اطلاع واقعی خواننده از طرح دعوا (مادۀ ۸۳)؛ جلوگیری از دخالت شخص فاقد سمت با ایراد خواهان به سمت نماینده خواننده (مادۀ ۸۵)؛ حق درخواست تأخیر جلسه توسط خواننده به منظور آماده‌سازی اسناد (مادۀ ۹۶)؛ اعطای مهلت به خواهان برای آماده نمودن اسناد جدید برای پاسخ به دفاع خواننده (مادۀ ۹۷)؛ فرصت به خواننده مرحله تجدیدنظر و فرجام برای طرح پاسخ، ادعا و مدارک خود در تبادل لوایح (مواد ۳۴۶ و ۳۸۵)؛ و ابلاغ درخواست فرجام تبعی به فرجام‌خواه اصلی و اعطای مهلت پاسخ به وی (مادۀ ۴۱۳). اکنون به بررسی این مقررات خواهیم پرداخت.

۲.۱. توازن فرصت طرفین برای تدارک دفاع

- در مواد ۶۴ و ۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی، به طرفین فرصت مناسب برای اطلاع از دادرسی و تدارک دفاع اعطا شده است؛ چراکه خواهان برای آماده‌سازی دادخواست و مستندات پیوست آن، فرصت متناهی داشته و عدم اعطای فرصت کافی به خواننده برای تدارک دفاع و بهره‌گیری از خدمات حقوقی، سبب تضییع حقوق آیینی خواننده و عدم توازن فرصت‌های اعطایی به دوطرف شده است.
- در مادۀ ۹۶، حق درخواست تأخیر جلسه به خواننده برای آماده کردن اسنادش پیش‌بینی گردیده است.
- اعطای مهلت مناسب به خواهان، در مادۀ ۹۷ برای دفاع در مقابل دلایل اقامه‌شده از سوی خواننده، با ارائه اسناد جدید نیز از مصادیق دیگر حق فرصت کافی تدارک دفاع است.
- برابر بودن مهلت تجدیدنظرخواهی اشخاصی که جدیداً به دادرسی وارد می‌شوند، از قبیل نماینده قانونی یا قضایی یا قائم‌مقام، با مهلت طرف مقابل در مواد ۳۳۷ و ۳۳۸، علی‌رغم گذشت مدتی از مهلت تجدیدنظرخواهی اصیل برای حصول اطمینان از فرصت کافی تدارک دفاع.
- ابلاغ درخواست فرجام تبعی به طرف مقابل و اعطای مهلت به وی برای پاسخ،

علی‌رغم انقضای مدت فرجام‌خواهی فرجام‌خواه اصلی (ماده ۴۱۳).

۲.۲. حق برابر طرفین بر شنیده شدن

- تبادل لوایح قبل از مراحل تجدیدنظر و فرجام، مندرج در مواد ۳۴۶ و ۳۸۵، به‌منظور تضمین برابری حقوق طرفین در شنیده شدن ادعاها و پاسخ دادن به لوایح طرف مقابل.
- اعلام تاریخ و محل برگزاری جلسه رسیدگی به طرفین در ماده ۲۰۱ به‌منظور تضمین حق شنیده شدن.

۳.۲. ممانعت از سوءاستفاده از حقوق آیینی

ماده ۸۰ برای جلوگیری از سوءاستفاده یکی از طرفین از حق تغییر محل اقامت به‌منظور ایجاد خلل در روند دادرسی و کاهش سرعت رسیدگی مقرر گردیده است. اگر این حق و تکلیف در موارد لازم از سوی دادگاه اعمال نشود، توازن حقوق آیینی طرفین در مورد حق بر سرعت دادرسی و منع سوءاستفاده از حق، نقض می‌گردد.

۴.۲. حق بر اطلاع واقعی از دادرسی

- احراز اعتبار ابلاغ به مخاطب از سوی دادگاه در ماده ۸۳ به‌منظور تضمین حق اطلاع واقعی خوانده از دادرسی مقرر گردیده است؛ تا خوانده از دادرسی مطلع و حقوقش با خواهان که دعوا را به راه انداخته و از آن مطلع است متوازن گردد.
- لزوم ارائه دادخواست به تعداد خواندگان به‌علاوه یک نسخه به‌منظور ارسال رونوشت آن برای خواندگان که در ماده ۳۴۳ بیان‌شده نیز جلوه دیگری از حق اطلاع واقعی از دادرسی است.

۵.۲. حق برخورداری از نماینده مؤثر حقوقی

- طبق ماده ۸۵، خواهان حق دارد به سمت نماینده خوانده اعتراض کند؛ چراکه پاسخ به دعوا از سوی فردی که نماینده واقعی نیست می‌تواند حق برخورداری از نماینده مؤثر حقوقی را نقض نموده، به نابرابری حقوق آیینی طرفین منجر شود.

اما در این ماده، حق اعتراض در اختیار خواهان قرار گرفته و به دادگاه اختیار تعرض به سمت خوانده داده نشده است؛ در صورتی که حق برخورداری از نماینده حقوقی مؤثر، از قواعد آمره بوده، استناد به آن، علاوه بر طرفین، در حیطه اختیارات دادگاه است.

▪ توقیف موقت دادرسی به دلیل زوال سمت یکی از اصحاب دعوا مندرج در ماده ۱۰۵، برای تضمین حق برخورداری طرفین از نماینده مؤثر حقوقی است؛ چراکه اگر یکی از طرفین از سوی فردی فاقد سمت نمایندگی شود، منجر به نابرابری در حقوق آیینی خواهد شد.

▪ اعطای مهلت برای تعیین وکیل به اصحاب دعوی ناتوان از حضور در دادرسی به دلایل موجه، مندرج در ماده ۱۰۶، یکی دیگر از مصادیق حق برخورداری از نماینده مؤثر حقوقی و از وجوه تضمین اصل برابری سلاح‌هاست.

۳. عوامل ناقض اصل برابری سلاح‌ها

اصول عام مفاهیم کلی هستند که از آنها قواعد بسیاری نشئت می‌گیرد و مصادیق عدم رعایت هریک از این قواعد، متعدد است. برای شناخت این اصل نیاز است مصادیق نقض این قواعد را در دادرسی‌های مدنی احصا نماییم که بعضی از آنها به شرح زیر است:

- در دعوی مدنی، لوائح یک طرف به طرف مقابل ابلاغ نگردد؛ مثلاً مفاد لایحه اعتراضیه دادباخته به رأی دادگاه نخستین، به دادبرده ابلاغ نشود. در نتیجه، دادبرده امکان به‌چالش کشیدن ادعاهای حکمی و موضوعی مطرح در لایحه اعتراضی طرف مقابل را نداشته باشد.
- به یکی از طرفین اجازه داده نشود از کارشناس مستقل و بی‌طرف استفاده نماید.^{۲۳}
- اسناد واسله به دادگاه به یک طرف ارائه گردد، ولی به طرف دیگر ابلاغ نشود؛

23. European Court of Human Rights, Decision From 6st of May 1985, Bonisch Versus Austria, Para 21 to 23, Cited in Tuma, p. 11.

مثلاً دادگاه پاسخ استعلام واصله از یک اداره دولتی را به یکی از طرفین ابلاغ کند و لایحه وی در پاسخ به آن استعلام را بپذیرد، ولی طرف دیگر از وصول آن به دادگاه مطلع نشده و در نتیجه امکان ارائه دیدگاه خود را در آن خصوص نداشته باشد.

- محدود نمودن دسترسی یکی از طرفین به اسناد مندرج در پرونده.
- مفاد نظریه کارشناسی از طریق سامانه‌های الکترونیکی به یک طرف دعوا ابلاغ و اعتراض وی به نظریه یادشده اخذ گردد، لکن طرف دیگر از مفاد نظریه کارشناسی مطلع نشود و صرفاً وصول نظریه کارشناسی و امکان مطالعه و اعتراض حضوری به آن به وی ابلاغ گردد.
- تفاوت رفتار در استجواب از شاهد^{۲۴}؛ برای مثال، به یک طرف دعوا امکان استناد به شهادت شهود داده شود، ولی امکان جرح شهود و به‌چالش کشیدن شهادت ایشان برای طرفی که شهادت علیه وی مطرح شده است فراهم نگردد؛ برای نمونه به جلسه استماع شهادت دعوت نشود یا از وی لایحه جرح شاهد پذیرفته نگردد یا در صورت پذیرش، لایحه وارد پرونده نشود یا علی‌رغم وجود جهات واقعی جرح شاهد یا رد شهادت، به آن جهات و دلایل رسیدگی نگردد.
- عدم پذیرش مدارک و مستندات یک طرف دعوا، درحالی که طرف دیگر امکان ارائه مدارک و مستندات خود را داشته باشد؛ مانند اینکه دادگاه از پذیرش رأی صادره سابق خودداری کند، درحالی که مدارک و مستندات طرف دیگر را که در همان پرونده قبلی به‌دست‌آمده است، بپذیرد.
- مطابق قانون، مرور زمان یک طرف دعوا قطع شود، اما برای طرف دیگر قطع نشود.
- عدم پذیرش درخواست یک طرف برای جستجوگری (تحقیق) از مراجع رسمی،

24. M. Jean-Pierre Dintilhac, "L'égalité des Armes Dans les Enceinte Judiciaires", Cited in Tuma, p. 2.

درحالی که درخواست طرف دیگر اجابت می‌شود؛ مثلاً دادرس درخواست یکی از طرفین مبنی بر استعلام مالکیت خودرو از راهور را نپذیرد، درحالی که درخواست استعلام طرف دیگر از دفتر اسناد رسمی را قبول کند.

- عدم رعایت رفتار برابر با وکلای طرفین؛ مانند اینکه وکیل یک طرف قبل از جلسه دادرسی، ساعات متمادی پشت درب دادگاه معطل شود^{۲۵}.
- عدم واکنش مناسب حقوقی دادگاه به طرح دعاوی واهی خوانده علیه خواهان، به‌منظور به ستوه‌آوری و پشیمان نمودن وی از پیگیری پرونده.
- عدم واکنش متناسب حقوقی دادگاه یا همراهی‌اش در پذیرش ایرادات و اعتراضات واهی خوانده به‌منظور اطالۀ دادرسی.
- خواهان با وجود اطلاع از آدرس صحیح خوانده، از ارائه آن در دادخواست خودداری نماید تا خوانده از دادرسی مطلع نشود و نتواند از حقوق دفاعی‌اش بهره مند گردد.
- قاضی بدون برگزاری جلسه دادرسی و بدون أخذ لایحه دفاعیه خوانده، اقدام به صدور رأی نماید.

۳.۱. منشأ نقض اصل برابری سلاح‌ها

پاسخ به سؤالاتی از قبیل اینکه عدم تعادل حقوق آیینی طرفین از کجا نشئت می‌گیرد و منشأ نقض این اصل چیست، در این بخش مورد بحث قرار خواهد گرفت. اعمال طرفین دادرسی، حاکمیت یا مرجع رسیدگی، می‌تواند نقض اصل برابری سلاح‌ها باشد. اکنون به تفکیک به بیان این منشأها خواهیم پرداخت.

25. João Tiago Silveria, "Equality of Arms as a Standard of Fair Trials, Seminar on Human Rights and Access to Justice in the EU" (2015), *European Judicial Training Network*, Vilnius, Lithuania, 15th May, p. 19.

۳.۱.۱. اعمال طرفین دادرسی

۳.۱.۱.۱. فشار بر مقامات دادرسی

اعمال طرفین دادرسی می‌تواند به اصل برابری سلاح‌ها لطمه وارد کند. مثلاً اگر یکی از طرفین به شیوه‌های مختلف از قبیل تهدید جایگاه شغلی مقامات رسیدگی از طریق رؤسا یا سازمان متبوع ایشان، سفارش از طریق همکاران، جوسازی رسانه‌ای یا در فضای مجازی و ... علیه مقامات رسیدگی اعمال فشار نماید و موفق به گرفتن رأی به نفع خود شود، هرچند این رأی طبق قانون و مطابق مستندات موجود در پرونده صادر شده، لکن چون آن عمل تعادل حقوق آیینی طرفین را برهم زده است، رأی صادره شایسته تأیید و اجرا نیست. چه‌بسا در صورت عدم وجود فشار بر مقام رسیدگی، با درخواست طرف مقابل برای جستجوگری موافقت می‌گردید یا مقامات رسیدگی با انجام تحقیقات به صورت علی‌رأس به حقایق دیگری در پرونده دست می‌یافتند و نتیجه پرونده با وجود مدارک و مستندات جدید، متفاوت می‌شد. به نظر می‌رسد حتی اگر طرف متوسل به فشار علیه مقام دادرسی واقعاً ذی‌حق باشد، می‌بایست رأی حاصله با ضمانت اجرای نقض مواجه و خسارات دادرسی طرف دیگر بر وی تحمیل گردد تا موجب بازدارندگی و افزایش هزینه انجام این گونه اقدامات شود.^{۲۶}

۳.۱.۱.۲. سوءاستفاده از برتری مالی یا دانش حقوقی

اگر یکی از طرفین دادرسی از برتری مالی یا دانش حقوقی خود با استخدام وکلای متعدد و متبحر یا بدون آن، از حقوق موجود در آیین دادرسی مدنی علیه طرف دیگر سوءاستفاده نماید و به این وسیله دادرسی را مطول سازد؛ مثلاً به صورت مکرر به نظریه کارشناس اعتراض بی‌مورد کند، به انواع ایرادات ازجمله ایراد ردّ دادرسی متوسل شود، دعاوی واهی تقابل و دعاوی حقوقی و کیفری مرتبط و غیرمرتبط با پرونده جاری را طرح نماید، درخواست‌های تأخیر یا تجدید جلسه دادرسی و قرار توقیف یا تأخیر اجرا و استمهال و

26. Ledeneva, 2006: 20-25, Cited in Wälde, 2010: 167 LEDENEVA, "HOW RUSSIA REALLY WORKS" (2006) (Cornell University Press) available at <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/522397?journalCode=ajs>, (Accessed 31 July 2022).

اعسار را بی‌جهت مطرح کند، به‌صورت ساختگی در ظاهر به نام دیگری ولی در باطن برای خود دعاوی اعتراض ثالث طرح نماید، وکیل خود را بدون علت عزل و مجدداً همان وکیل یا وکلای دیگر را منصوب کند تا هزینه طرف مقابل بالا برود، و دادرسی آن‌قدر به طول بینجامد که خواهان از احقاق حق خود منصرف گردد، اصل برابری سلاح‌ها در دادرسی نقض شده است.^{۲۷}

۳.۱.۱. تهدید نماینده، شهود، کارشناس و طرف مقابل

اگر یکی از طرفین با تهدید نماینده حقوقی، وکیل، کارشناس یا شهود طرف دیگر سعی نماید دست برتر در دادرسی پیدا کند، یا سازمان دولتی از موقعیت خود سوءاستفاده و حاضران در دادرسی از قبیل نماینده حقوقی یا شاهدان طرف مقابل یا کارشناسان را مجبور به استعفا یا اظهارنظر به نفع خود نماید، یا نمایندگان حقوقی طرف مقابل یا کارشناسان را در فهرست سیاه دولت قرار دهد و به این وسیله ایشان را طرد یا از ارتقای اداری کارمندان دولتی یا استادان دانشگاهی حاضر در دادرسی، جلوگیری یا از طریق سازمان امور مالیاتی یا اداره کار یا سازمان محیط‌زیست یا شهرداری و ... با ابزارهای در دست ایشان علیه طرف مقابل فشار وارد نماید و به این وسیله به هدف خود، یعنی منصرف نمودن طرف مقابل یا تحصیل رأی به نفع خود دست یابد، رأی حاصله به سبب برهم خوردن تعادل حقوق آیینی طرفین، شایسته تأیید و اجرا نیست.^{۲۸}

۴. قصور طرفین

قصور طرفین می‌تواند به دلیل فقدان دانش حقوقی، عدم تجربه کافی و یا در اختیار نداشتن منابع مالی مناسب برای تدارک دعوا یا دفاع یا انتخاب نماینده حقوقی غیرماهر باشد. هنگامی که طرف‌هایی که از نظر مالی قوی‌اند یا به سبب داشتن تجربه در انتخاب

27. Wälde, 2010: 172, Thomas Wälde, *Procedural Challenges in Investment Arbitration Under the Shadow of the Dual Role of the State and Asymmetries and Tribunals' Duty to Ensure, Proactively, the Equality of Arms* (2010), 26 ARB. INT'L 3, 11.

28. Ingrid Marie Verdin Mansilla, "Conducts of the Parties in Investment State Arbitration that can Undermine the Principle of Equality of Arms", Available in <https://unis.edu.gt/wp-content/uploads/2022/08/Articulo-6-ConductsPartiesIn-vestment-StateArbitration.pdf>, Last Access in 3 August 2023.

نماینده حقوقی، قادر به تأمین نماینده حقوقی متبحر هستند یا از دانش و مشاوران حقوقی مناسبی برخوردارند، به دعوایی وارد می‌شوند و طرف دیگر توان پرداخت هزینه خدمات حقوقی یا تجربه کافی در انتخاب وکیل ماهر را نداشته باشد و نتواند دعوا یا دفاع شایسته‌ای تدارک ببیند، به‌گونه‌ای که به عدم تعادل شدید در کیفیت نمایندگی حقوقی منجر گردد، برابری سلاح‌ها نقض می‌شود^{۲۹}. اشتباه در انتخاب وکیل و ضعف قابل توجه در تأمین نماینده حقوقی حرفه‌ای نیز همین حکم را دارد^{۳۰}. کمک به طرف ضعیف برای برخورداری از معاضدت حقوقی یا اخطار به وی برای معرفی نماینده حقوقی شایسته، می‌تواند راهکار دادگستری به‌منظور حفظ تعادل در حقوق آیینی طرفین باشد.

۵. مقام رسیدگی

نقض اصل برابری سلاح‌ها ممکن است ناشی از مقام رسیدگی باشد؛ ازجمله می‌توان به عدم استقلال و بی‌طرفی مقام رسیدگی، عدم واکنش متناسب حقوقی به اعمال همراه با سوءنیت یکی از طرفین و مزاحمت برای نماینده حقوقی اشاره کرد.

۵. ۱. تبعیت یا طرف‌داری

رعایت بی‌طرفی و پرهیز از جانب‌داری که در راستای حقوق طرفین دعوا و حقوق جامعه قابل توجه است، به‌عنوان یکی از اصول محوری در ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری

29. Gottwald, 2007: 253, Eric Gottwald, "Leveling the Playing Field: Is It Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?" (2007) 22 AM. U. INT'L L. REV. available at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol22/iss2/3/>, (Accessed 31 July 2022).

Cited in Simoes, 2021: 12

30. Franck, 2005: 92 Susan Franck, "The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future?" (2005) 12 U.C. DAVIS J. OF INT'L L. & POL'Y Available at:

https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/1580/, (Accessed 31 July 2022).

and Peterson, 2004: 26 Luke E. Peterson, *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making* (2004), Int'l Inst. for Sustainable Dev.;

and Gottwald, 2007: 257-258, Eric Gottwald, "Leveling the Playing Field: Is It Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration?" (2007) 22 AM. U. INT'L L. REV. available at <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol22/iss2/3/>, (Accessed 31 July 2022).

Cited in Simoes, 2021: 12

پیش‌بینی شده است.^{۳۱} اگر تبعیت و طرف‌داری مقام رسیدگی بر رأی مؤثر گردد، مثلاً رأی دادرس در کسب اکثریت آرا اثرگذار باشد، اصل برابری سلاح‌ها نقض شده است؛ اما، اگر طرف متبوع دادرس به‌منظور تبعیت مقام رسیدگی مرتکب هیچ فعلی نشود و همچنین، تابع بودن مقام رسیدگی، حالت بالفعل نیابد و بالقوه باقی بماند، حتی اگر رأی به نفع طرف متبوع صادر گردد، اما رأی دادرس تابع در حصول اکثریت مؤثر نباشد، به‌دلیل عدم ارتکاب فعل مثبت منجر به تبعیت مقام رسیدگی، توازن حقوق آیینی طرفین از بین نرفته، رأی شایسته تأیید و اجرا است. به‌فرض اگر مقامات رسیدگی سه نفر و یکی از این مقامات به یکی از طرفین دادرسی وابسته باشد و رأی اجماعی به نفع طرف متبوع صادر گردد، اگر وی برای تبعیت آن مقام اقدامی انجام نداده و وابستگی وی بالقوه باقی مانده باشد، اصل برابری سلاح‌ها نقض نشده است؛ لکن اگر تبعیت و طرف‌داری مقام رسیدگی از یکی از طرفین به دلیل فعل مثبت آن طرف باشد و رأی نیز به نفع وی صادر گردد، ولو رأی دادرس تابع یا طرف‌دار، در حصول اکثریت نقشی نداشته باشد، اصل برابری سلاح‌ها نقض شده است و آن رأی شایسته تأیید و اجرا نیست. به بیان دیگر، فعل همراه با سوءنیت یکی از طرفین در جلب طرف‌داری و تبعیت دادرس، باید با ضمانت اجرای نقض رأی و بار نمودن خسارات دادرسی طرف مقابل بر وی مواجه گردد و نه تبعیت بالقوه بدون فعل مثبت طرف مورد طرف‌داری. همچنین، وابستگی بالقوه دادرس مادامی که به طرف‌داری بالفعل نینجامد، باعث از بین رفتن اصل برابری سلاح‌ها نمی‌شود. فرض کنید دادرس وابسته یا طرف‌دار، علیه طرف متبوع خود رأی صادر نماید که در این مورد، اصل برابری سلاح‌ها با خدشه مواجه نشده است.^{۳۲}

۵.۲. عدم واکنش متناسب حقوقی به اعمال همراه با سوءنیت

در صورتی که مقام رسیدگی، به اعمال همراه با سوءنیت یکی از طرفین واکنش حقوقی مناسبی نشان ندهد، اصل برابری سلاح‌ها نقض شده است؛ مثل صدور رأی به نفع طرفی

۳۱. هادی رستمی، آیین دادرسی کیفری، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۳۶.

32. Wälde, 2010: 167, Thomas Wälde, Procedural Challenges in Investment Arbitration Under the Shadow of the Dual Role of the State and Asymmetries and Tribunals' Duty to Ensure, Proactively, the Equality of Arms (2010), 26 ARB. INT'L 3, 11.

که با توسل به ابزار غیرمجاز، تحصیل دلیل نموده است؛ یا دادبرده نمودن واخوانده‌ای که با سوءنیت آدرس صحیح وخواه را در دادخواست ذکر نکرده تا وی را از حقوق دفاعی‌اش محروم نماید؛ یا دادبرده نمودن خواهانی که مدارک و مستندات زیادی به نفش وجود دارد، ولی یکی از مدارک مستند ادعایش را جعل نموده است؛ چراکه اعمال همراه با سوءنیت یکی از طرفین، توازن حقوق آیینی را برهم می‌زند و ترک فعل دادرسی و عدم واکنش متناسب حقوقی به این عدم تعادل سبب بازایی نشدن تعادل ازبین‌رفته خواهد شد.

۵.۳. مانع تراشی بر سر راه نماینده حقوقی

اگر دادگاه بر سر راه وکیل مانع ایجاد نماید، ازجمله اینکه وکالت و لوائح وی را نپذیرد، به وکیل اجازه ملاقات با زندانی را ندهد، طرف دادرسی را تهدید کند، در صورت عدم عزل وکیلش علیه وی رأی صادر نماید و درخواست وکیل معاضدتی طرف مستحق معاضدت حقوقی را نپذیرد، اصل برابری سلاح‌ها نقض می‌شود؛ چراکه این مانع‌تراشی‌ها به عدم برابری توان حقوقی طرفین در کارزار دادرسی منجر می‌گردد.^{۳۳} لازم به توضیح است حق برخورداری از نماینده حقوقی و حق ارتباطات آزادانه وکیل با موکل، از حقوق مهمی است که از اصل «آیین دادرسی منصفانه»^{۳۴} و «اداره منصفانه عدالت‌گستری»^{۳۵} نشئت می‌گیرد (ماده ۶ (بی) و (سی) ای‌سی‌اچ‌آر).^{۳۶}

نتیجه

شایسته است در قوانین آیینی داخلی، لزوم رعایت اصولی ازجمله اصل برابری سلاح‌ها، اصل دادرسی منصفانه، اصل حق شنیده شدن طرف مقابل، اصل حق برخورداری از نماینده مؤثر حقوقی، اصل مصونیت وکیل از تعرض در مقام دعوا و دفاع، اصل احترام به محرمانگی

33. Harris et al, 2005, Cited in Wälde, 2010: 172, Harris et al, "Jurisprudence of the ECHR under Art. 6" (1994) Available at: <https://www.transnational-dispute-management.com/downloads/tw-chapter8.pdf>, (Accessed 31 July 2022);

34. Due Process

35. Fair Administration of Justice

۳۶. ماده ۶ (بی) معاهده آمریکایی حقوق بشر (American Convention on Human Rights) «فرصت کافی و تسهیل آماده‌سازی دفاع» و (سی) «برای دفاع از خود به‌صورت شخصی یا از طریق نماینده حقوقی منتخب».

ارتباطات وکیل و موکل، اصل رویارویی، اصل «بیشینه ساختن (افزایش) دادگری»^{۳۷}، اصل سرعت (مدت زمان متعارف) رسیدگی، اصل کمترین هزینه دادرسی، اصل دسترسی همگان به دادگستری، اصل علنی بودن دادرسی، اصل استقلال و بی‌طرفی دادگاه، اصل تأسیس دادگاه طبق قانون، اصل افشای آرا و پرونده‌ها، مندرج گردد تا این اصول بر سراسر مواد قوانین آیینی سایه افکنده، در موارد شک، با استفاده از این اصول، تحقق بیشینه ساختن (افزایش) دادگری میسر شود.

همچنین، تصحیح مقررات قوانین آیینی داخلی برای رعایت اصل برابری سلاح‌ها نیز پیشنهاد می‌شود. از مصادیق عدم رعایت اصل برابری سلاح‌ها در قوانین آیینی داخلی، عدم تعیین واکنش مناسب حقوقی از جمله قرارهای توقیف دادرسی و ردّ دعوا، نتیجه‌گیری مخالف از سوی مقام رسیدگی و بار نمودن خسارات دادرسی بر رفتارکننده همراه با سوءنیت، عدم پیش‌بینی نقض رأی در مراجع ناظر در صورت عدم رعایت اصل برابری سلاح‌ها مثل عدم پذیرش درخواست جستجوگری یکی از طرفین در موارد لازم، عدم ابلاغ مفاد لوایح یا پاسخ استعلامات مراجع رسمی یا نظر کارشناسی به طرف مقابل، مطالبه هزینه دادرسی مرحله وخواهی از خواننده رأی غیابی که حقیقتاً از طرح دعوا علیه خود مطلع نشده است. عدم پیش‌بینی واکنش مناسب حقوقی مقام رسیدگی یا نظارتی در خصوص: ۱. طرح دعاوی واهی از سوی خواننده؛ ۲. ارائه آدرس خوانده به اشتباه یا عدم ارائه آن، علی‌رغم اطلاع از آدرس صحیح از سوی خواهان؛ ۳. صدور رأی بدون برگزاری جلسه دادرسی و اخذ دفاع خوانده؛ ۴. پذیرش ایرادات و اعتراضات واهی خوانده از سوی مرجع رسیدگی که به‌منظور اطالة دادرسی ابراز می‌گردد؛ ۵. تعیین مهلت‌های دادرسی بدون لحاظ تعطیلات اداری؛ ۶. عدم احترام به حق داشتن نماینده مؤثر حقوقی.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

– کتاب‌ها

۱. اسماعدی، افروادیت (۲۰۰۸). *مرجع اسناد بین‌المللی حقوق بشر*، لندن: مؤسسه بریتانیایی حقوق بین‌الملل و حقوق تطبیقی.
۲. رستمی، هادی (۱۳۹۷). *آیین دادرسی کیفری*، تهران: میزان.
۳. کاپلتی، مورو و گارث، برایان جی. (۱۳۹۸). *آیین دادرسی مدنی*، ترجمه: حسن محسنی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴. متین‌دفتری، احمد (۱۳۷۸). *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۵. محسنی، حسن (۱۳۸۹). *اداره جریان دادرسی مدنی (بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی)*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. نهرینی، فریدون (۱۴۰۰). *آیین دادرسی مدنی، فرآیند دادرسی و صدور رأی*، تهران: گنج دانش.

– مقالات

۷. حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۷). مفهوم اصل دسترسی به دادگستری، ویژگی و جلوه‌های آن. *مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، ۱۰(۱)، ۹۰-۶۱.
DOI: 10.22099/JLS.2018.12550.1619
۸. شمس، عبدا... (۱۳۸۱). اصل تناظر. *تحقیقات حقوقی*، ۳۶(۳۵)، ۸۶-۵۹.
۹. قنبری، نادر، نصیران نجف‌آبادی داوود و سلطانی، رضا (۱۳۹۹). مطالعه تطبیقی اصل برابری سلاح‌ها در دادرسی مدنی ایران و مقررات دادرسی فدرال آمریکا، *مطالعات بین‌المللی پلیس*، ۱۱(۴۳)، ۱۴۰-۱۶۶.
۱۰. محسنی، حسن (۱۳۸۵). مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمییز آن اصول از تشریفات دادرسی. *نشریه کانون وکلای دادگستری مرکز*، ۲۴(۲۳)،

۱۱. محسنی، حسن (۱۳۸۷). عدالت آیینی؛ پژوهشی در نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی، *مطالعات حقوق خصوصی (حقوق)*، ۳۸ (۱)، ۲۸۵-۳۱۹.

- قانون

۱۲. قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹).

ب) منابع انگلیسی

- Books

13. Eric Peterson, Luke. (2004). *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, International Institute for Sustainable Development.
14. Goldhaber, M. D. (2007). *A People's History of the European Court of Human Rights*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.
15. Lalive, Pierre. (1986). Some Threats to International Investment Arbitration, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 26-40. Doi:10.1093/icsidreview/1.1.26.
16. Walde, T. (2010). Procedural Challenges in Investment Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State: Asymmetries and Tribunals' Duty to Ensure, Pro-actively, the Equality of Arms. *Arbitration International*. 26. 3-42. Doi: 10.1093/arbitration/26.1.3
17. Ledeneva, Alena V. (2006). *How Russia Really Works: The Informal Practices That Shaped Post-Soviet Politics and Business*. Cornell University Press. DOI: Doi:10.2307/27652774

- Articles

18. Hanotiau, Bernard. (2003). Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings, in *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Icca Congress Series No. 11, Kluwer.
19. Toma, Elisa. (2011). The Principle of Equality of Arms – Part of a Fair Trial. PSN: *International Law: Rule-Making & Rule Interpretation; International Courts*.

20. Gottwald, E.J. (2006). Leveling the Playing Field: Is it Time for a Legal Assistance Center for Developing Nations in Investment Treaty Arbitration? American University of International Law Review, 22, 3.
21. Dias Simões, Fernando. (2021). Clandestine Awards, Information Asymmetries, and Equality of Arms in Investment Arbitration. Journal of Dispute Resolution, 0(0), 317-334.
22. Harris. (1994). Jurisprudence of the ECHR under Art. 6. Transnational Dispute Management.
23. Mansilla, Ingrid Marie Verdin. (2018). Conducts of Parties in Investment State Arbitration that can Undermine the Principle of Equality of Arms.
24. Dintilhac, Jean-Pierre. (2003). L'égalité des Armes Dans les Enceintes Judiciaires, in Cour de Cassation, Rapport de la Cour de Cassation. Paris: La Documentation Française, 129.
25. Silveria, João Tiago. (2015). Equality of Arms as a Standard of Fair Trials, Seminar on Human Rights and Access to Justice in the EU. European Judicial Training Network.
26. Peterson, Luke E. (2004). Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making, Int'l Inst. for Sustainable Dev.
27. Panayotis, Nicolopoulos. (1989). La Procédure Devant les Juridictions Répressives et le Principe du Contradictoire. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Compare, 1, 1-26.
28. Franck, Susan. (2005). The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future. JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW & POLICY, 47.
29. Walde, T. (2010). Procedural Challenges in Investment Arbitration under the Shadow of the Dual Role of the State: Asymmetries and Tribunals' Duty to Ensure, Pro-actively, the Equality of Arms. Arbitration International. 26. 3-42.

- Law

30. French Code of Criminal Procedure (2000)

- Dictionary Book

31. A Dictionary of Law (9th ed. 2018).

- Foreign Treaties, Laws and Legal Documents

32. European Convention of Human Rights.

33. UN Basic Principles on Role of Lawyers (1990).

- Internet Portal

34. <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>.

- Documents

35. Akzo v. European Commissions case (2007) of September 17.

36. Biwater-Gauff v. Tanzania (2006), Procedural Order No. 2 of May 4.

37. Campbell v. United Kingdom.

38. CDC Group plc v. Republic of Seychelles (2003), ICSID Case No. ARB/02/14, Award, December 17.

39. Ekinici & Akalin v. Turkey case (1992) ECHR case of March 25.

40. European Court of Human Rights, Decision from 6 st of May 1985, Bonisch Versus Austria.

41. Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, September 16, 2003.

42. Golder v. United Kingdom (1975).

43. Libananco Holdings Co. Limited v. Turkey (2008), ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, June 23, Published on <http://ita.law.uvic.ca>.

44. Methanex v. U.S. Final Award (2005), August 3.

45. PETREC case (against NNPC) Gulf Petro Trading Co., Inc. v. Nigerian Nat'l Petrol (2008). Corp, CA 5 (Tex), January 7, 512 F.3d.

46. Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada (2002), Award on Damages, May 31.

47.S.D. Myers v. Canada, Partial Award (2000), November 13, Paras. 39 et seq.

48.Smirnov v. Russia (2007) (ECHR June 7).



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 33

Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 97-132

A Comparative Study of Formal Measures to Protect Witnesses Against Threats (Article 214 of the Criminal Procedure Law and its Executive Regulations)

Peyman Dolatkhan Pashaki^{1✉} | Razia Yusufzadeh² | Mohammad Reza Rahbarpour³

1. Ph.D. Candidate in Criminal Law and Criminology, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran
peyman.d77@gmail.com
2. Master of Criminal Law and Criminology, University of Qom, Iran
ysfzade.88@gmail.com
3. Assistant Professor, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran
rahbarpour@atu.ac.ir

Abstract

Protecting witnesses against threats is a manifestation of adherence to the principles of fair proceedings and guaranteeing the rights of both parties in a criminal case, however, the practice of different countries in this field is different, the law of criminal procedure while developing several legal articles and also establishing executive regulations for the article 214 C.P.A. has taken a big step towards the implementation of this task. Although the protection of all kinds of life, material and dignified values of witnesses in Iranian law is considered a positive point, but the challenges and basic questions regarding the quality of protection of witnesses of special security crimes and economic corruptions, vulnerable and intimidated witnesses, the need to pay full attention to The financial dimensions and the allocation of legal and psychological assistance and the use of the capacities of restorative justice and civil society as well as the quality of the conflict of these protective measures with the rights of the accused can still be proposed and need to be answered. From the library sources, in the process of comparative study and presenting numerous comparative examples, an attempt has been made to answer and present suitable examples to the Iranian legislator. Considering the numerous suggestions of the article, it is evident that, along with the necessity of practical application of legal regulations and executive regulations, the Iranian legislator should take serious and firm steps in order to adopt special protective measures for vulnerable witnesses, provide wider financial support to witnesses and provide legal assistance and take psychological counseling.

Keywords: Witnesses, threats, witness protection, testimony, witness protection, criminal procedure law, English law.

Received: 2022/11/03 Received in revised form: 2023/02/19 Accepted: 2023/03/19 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.54002.3197

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مطالعه تطبیقی تدابیر شکلی حمایت از شهود در برابر تهدید (ماده ۲۱۴

قانون آیین دادرسی کیفری و آیین نامه اجرایی آن)

پیمان دولتخواه پاشاکی^۱ | رضیه یوسف زاده^۲ | محمدرضا رهبرپور^۳

peyman.d77@gmail.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ایران

ysfzade.88@gmail.com

۲. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه قم، ایران

rahbarpour@atu.ac.ir

۳. استادیار دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ایران

چکیده

حمایت از شهود در برابر تهدید، جلوه‌ای از پایبندی به اصول دادرسی منصفانه و تضمین حقوق اصحاب دعوی محسوب می‌شود؛ با این حال، رویه کشورهای مختلف در این زمینه گوناگون است. در قانون آیین دادرسی کیفری کشور ما ضمن تدوین چند ماده قانونی و همچنین وضع آیین نامه اجرایی برای ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک، گام بلندی در جهت جامعه عمل پوشاندن به این مهم برداشته شده است. اگرچه حمایت از ارزش‌های جانی، مادی و حیثیتی شهود در حقوق ایران به نوبه خود نکته مثبتی محسوب می‌شود، اما چالش‌ها و سؤالات اساسی در خصوص کیفیت حمایت از شهود جرایم خاص امنیتی و مفساد اقتصادی و نیز شهود آسیب‌پذیر و مرعوب شده، ضرورت توجه کامل به ابعاد مالی و تخصیص معاضدت‌های حقوقی و روان‌شناسی، استفاده از ظرفیت جامعه مدنی و همچنین کیفیت تعارض این تدابیر حمایتی با حقوق متهم، همچنان قابل طرح و نیازمند پاسخ‌دهی است. در این نوشتار ضمن استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌مندی از منابع کتابخانه‌ای در فرایند مطالعه تطبیقی و ارائه نمونه‌های پرشمار با تأکید بر قوانین کشورهای انگلستان، آمریکا و ایتالیا، در راستای ارائه نمونه‌هایی مناسب و پاسخ به قانون‌گذار ایرانی تلاش شده است. با عنایت به پیشنهادها متعدد مقاله حاصل از مطالعات تطبیقی، مستفاد می‌شود که در کنار ضرورت کاربست عملی مقررات قانونی و آیین نامه اجرایی، قانون‌گذار ایرانی باید در جهت اتخاذ تدابیر ویژه حمایتی برای شهود آسیب‌پذیر، حمایت مالی گسترده‌تر از شهود، ارائه معاضدت‌های حقوقی و مشاوره روان‌شناسی و جرم‌انگاری سوءاستفاده از برنامه‌های حمایتی از شهود، گام‌های جدی و محکمی بردارد.

واژگان کلیدی: آیین نامه حمایت از شهود تهدید، حقوق انگلستان، حمایت از شهود، شهادت، قانون آیین دادرسی کیفری.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۱۲ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۱/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۸ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.54002.3197

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

جمع‌آوری ادله، رسیدگی، ارزیابی و امروزه محافظت از آن در فرایند دادرسی کیفری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در واقع، سرنوشت قضایی شخصی که به روا یا ناروا تحت تعقیب مقام قضایی قرار گرفته است، از طریق بررسی و ارزیابی ادله جمع‌آوری شده از سوی مقامات قضایی رقم می‌خورد. همچنین دوگانه حق و تکلیف مقام تعقیب و بزه‌دیده در ارائه دلیل بر اهمیت جایگاه ادله اثبات جرم تأکید می‌نماید. از طرف دیگر، متهم نیز در فرض سنگینی سایه اتهام به‌منظور رهایی از محکومیت به ارائه ادله مختلف از جمله اقامه شهود تمسک می‌جوید. از این رو، شایسته است که لوازم اجرای این حقوق مورد احترام و حمایت قانون‌گذار و دستگاه قضایی قرار گیرد و هیچ عامل بیرونی اعم از تهدید، شکنجه، نقص و ناکارآمدی قوانین مانع از به‌اجرا درآمدن حقوق بزه‌دیده نشود که این موضوع ضامن ایجاد امنیت قضایی و احترام به حقوق شهروندان و پاسداشت کرامت و حرمت انسانی است.^۱

از جمله مهم‌ترین ادله مورد قبول در تمام دستگاه‌های قضایی کشورهای مختلف شهادت شهود است. شهود نقش مهم و اساسی در فرایند دادرسی کیفری ایفا می‌کنند. ادای شهادت باعث می‌شود تا بزه‌کار یا گروه‌های بزه‌کار هرچه سریع‌تر شناسایی، تعقیب و متلاشی شوند و یا به اثبات بی‌گناهی متهم کمک شایانی می‌کند؛ همچنین قاضی بتواند بدون اطاله دادرسی، رأیی مناسب و منطبق با موازین صادر کند. از بین رفتن گروه‌های بزه‌کاری و کاهش میزان جرایم و صدور حکم عادلانه، ثبات اقتصادی - امنیتی - روانی را برای جامعه به ارمغان خواهد آورد.^۲ مضافاً میل و رغبت حضور شهود در فرایند دادرسی حاوی پیام‌های مهمی از جمله اعتماد و مشروعیت نظام عدالت کیفری و جلوه‌ای از موفقیت در راستای پیشبرد اهداف سیاست جنایی مشارکتی محسوب می‌شود و نمایانگر موفقیت جامعه در پرورش افراد باوجدان، اخلاق‌مدار و عدالت‌طلب است. در نتیجه، حمایت از شهود

۱. محمدجواد فتحی و هادی دادیار، «جایگاه دادستان در سیاست جنایی نوین و الزامات دادرسی عادلانه»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۷ (۱۳۹۲)، ص ۱۲۴.

۲. حسنعلی مؤذن‌زادگان و حمید رتوفیان نائینی، «حمایت از امنیت شهود در فرایند دادرسی کیفری»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۵۶ (۱۳۸۹)، ص ۲۷.

در برابر انواع موانع بیرونی، از جمله تهدید، نقص و ناکارآمدی قوانین، از رسالت‌های مهم تمام نظام‌های عدالت کیفری در راستای تحقق اهداف دادرسی عادلانه محسوب می‌شود.

حمایت از بزه‌دیده و شهود اصحاب دعوی در برابر موانع یادشده، به‌ویژه تهدید، به‌حدی حائز اهمیت است که در تعریفی از دادرسی منصفانه ملهم از حقوق امریکا، دادرسی عادلانه و منصفانه به شرح زیر تعریف شده است:

«دادرسی عادلانه، یک دادرسی عادی و معمولی است که در یک فضای آرام و در برابر قاضی و هیئت منصفه بی‌طرف که تنها هدف و نفع آنان اجرای صحیح و درست قانون است، برگزار گردد و شاهدان بتوانند گواهی خود را بدون ترس و نگرانی از تهدید بیان دارند، وکلای دادگستری نیز بتوانند حق متهم را آزادانه و به صورت کامل، تشریح کنند و در این دادگاه حقیقت و واقعیت بتواند بدون ترس از خشونت مورد استقبال و باور قرار گیرد».^۳

به‌منظور تضمین دادرسی منصفانه و حمایت از حقوق اصحاب دعوی، آیین‌نامه اجرایی حمایت از شهود و مطلعان موضوع تبصره یک ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، به تاریخ ۲۶ دی ۱۳۹۴ در ۱۸ ماده به تصویب رسیده که به تفصیل به تشریح ضوابط چهار گروه از تدابیر حمایتی از جمله عدم مواجهه شاهد یا مطلع با شاکی یا متهم در موارد خاص، عدم افشای اطلاعات شهود و مطلعان، استماع شهادت از طریق وسایل ارتباط از راه دور، اتخاذ تدابیر لازم جهت حفاظت از شهود و مطلعان پرداخته است که می‌توان از این تدابیر به‌عنوان مصادیق اقدامات احتیاطی به‌منظور حمایت از شهود در برابر تهدید در راستای برآورده نمودن اهداف ماده ۹۷ ق.آ.دک استفاده نمود؛ با این توضیح که اگر تهدید مصداق یکی از موارد یادشده در ماده ۲۱۴ باشد؛ برای مثال، تهدید شهود به تیرباران در فرض حضور در دادگاه به‌عنوان مصداق از بیم خطر جانی، در این فرض می‌توان به اعتبار اینکه این تهدید مصداق از ماده ۲۱۴ محسوب می‌شود، تمهیدات آن را برای شهود به‌عنوان اقدامی احتیاطی اعمال نمود.

پیشینه پژوهش. در خصوص موضوع مقاله می‌توان به آثار قابل توجه مرتبط، به زبان

۳. اسمعیل، رحیمی‌نژاد، کرامت انسانی در حقوق کیفری، (تهران: میزان، ۱۳۸۷)، ص ۲۱۹.

فارسی و انگلیسی اشاره نمود.^۴ در آثار مورد مطالعه به بررسی مبانی حمایت از حقوق بزه‌دیده و شهود، منابع قانونی آن و همچنین ساختار قانونی حمایت از بزه‌دیده و شهود در مواجهه با خطرهای گوناگون در حقوق ایران یا حقوق کشورهای مختلف از جمله امریکا، انگلیس و فرانسه پرداخته شده است؛ با این حال، اثری انحصاری در حدود مطالعات نگارندگان وجود ندارد که به‌طور ویژه وضعیت حمایت از حقوق شهود در برابر تهدید را با توجه به قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ بررسی کرده باشد و ضمن آن به قوانین جدید قانون آیین دادرسی کیفری و آیین‌نامه مرتبط با حمایت از شهود در این خصوص توجه داشته باشد و با این نگاه به نقد قوانین موجود، رفع ابهامات قانون و ارائه پیشنهادها مناسب توأم با مطالعه قوانین سایر کشورها و اسناد بین‌المللی پرداخته باشد. از این رو، مطالعه مستقل در مورد موضوع حمایت از شهود در برابر تهدید به‌منظور آسیب‌شناسی قوانین موجود، بیان چالش‌ها و مشکلات موجود^۵، رفع ابهام از قوانین و ارائه راهکارهای مناسب^۶ به حقوق ایران به‌منظور تکوین هرچه بهتر آیین دادرسی کیفری در جهت نزدیک شدن هرچه بیشتر به الزامات دادرسی عادلانه، ضروری شمرده می‌شود.

با توجه به پیشینه نسبتاً غنی یادشده، نگارندگان از پرداختن به مبانی و مطالب تکراری

۴. ۱- سیاست جنایی تقنینی ایران در حمایت از شاهد، ۲- بررسی تطبیقی حمایت از شهود در قانون آیین دادرسی کیفری ایران و منشور شهود انگلستان، ۳- بررسی تطبیقی حقوق بزه‌دیدگان در مراحل تعقیب و تحقیق در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با دیوان کیفری بین‌المللی؛ در کتاب‌های موجود به زبان فارسی: ۱- حمایت از شهود (در حقوق ایران، فرانسه و اسناد بین‌المللی)، ۲- بزه‌دیده‌شناسی حمایتی؛ و در میان پایان‌نامه‌های موجود: ۱- حمایت از بزه‌دیدگان در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲، ۲- مقایسه تطبیقی حمایت از شهود در فقه، حقوق کیفری ایران و فرانسه.

English REFERENCES:

1- Criminal Legal Protection of Child Victims and Witnesses of Crimes; 2- Victims' Participation Rights Within the International Criminal Court: a Critical Overview; 3-Victim Participation Rights Variation Across Criminal Justice Systems; 4- Good Practices for the Protection of Witnesses in Criminal Proceedings Involving Organized Crime.

۵. برای مثال، عدم توجه به موضوعاتی نظیر حمایت ویژه قانونی از شهود آسیب‌پذیر، نظیر افراد زیر ۱۸ سال، حمایت مالی از شهودی که شغل خود را از دست می‌دهند و یا هزینه‌های محل اقامت و معاش خانواده آنها در محل جدید زندگی، جایگاه خدمات روان‌پزشکی و خدمات حقوقی برای شهود در برابر تهدیدات از جمله چالش‌های مهم در محدوده موضوع پژوهش است.

۶. از جمله راهکارهای قابل‌طرح، عبارت‌اند از: تدوین برنامه‌های حمایتی مستقل از بزه‌دیده به تأسی از سایر کشورها، جرم‌انگاری تهدید شهود و بزه‌دیده به‌عنوان جرمی علیه عدالت قضایی، حمایت مالی از شهود و بزه‌دیده و خانواده آنها در فرضی که به‌موجب جابه‌جایی به محل سکونت جدید شغل خود را از دست داده‌اند.

در خصوص موضوع پژوهش پرهیز نموده و مستقیماً ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک و آیین‌نامه آن را بررسی کرده‌اند و در پایان، پیشنهادهای خود را با توجه به آموزه‌های حاصل از مطالعات تطبیقی به حقوق ایران ارائه خواهند نمود. با توجه به موضوع پژوهش، سؤالات و چالش‌های جدی در مورد قوانین موجود و نیاز به اتخاذ تدابیر حمایتی دیگر، تصویب قوانین جدید و اصلاح قوانین موجود در جهت تکمیل قوانین فعلی به منظور حمایت شایسته‌تر از شهود در برابر تهدید ضروری احساس می‌شود که در ادامه به بیان این سؤالات و چالش‌ها پرداخته شده است.

نخست. اینکه تدابیر شکلی حمایت از شهود در برابر تهدید در آیین دادرسی ایران کدام‌اند؟

دوم. جایگاه حمایت ویژه از شهود آسیب‌پذیر نظیر افراد زیر ۱۸ سال و زنان و همچنین افرادی نظیر نامزد یا دوست صمیمی شاهد در بحث حمایت از شهود چگونه است؟

سوم. آیا تدابیر حمایتی مقرر در مواد آیین دادرسی کیفری برای حمایت از شهود با حقوق دفاعی متهم منافات ندارد و در فرض مثبت بودن پاسخ، راه‌حل این تعارض چیست؟ در تعارض میان احترام به حقوق و آزادی‌ها (حق بر جرح و پرسش از شهود از سوی متهم) و امنیت‌مداری (تأمین امنیت شهود)، اولویت با کدام است؟

چهارم. در راستای حمایت مالی از شهود در ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک، جایگاه حمایت مالی از شهودی که شغل خود را ازدست می‌دهند و یا هزینه‌های محل اقامت و معاش خانواده آنها در محل جدید زندگی به چه صورت است؟

پنجم. جایگاه خدمات روان‌شناسی و خدمات حقوقی برای شهود در برابر تهدیدات در قانون آیین دادرسی کیفری و آیین‌نامه ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک چگونه است؟

ششم. آیا جای خالی تدوین برنامه‌های حمایتی مستقل شهود در برابر تهدید به تأسی از سایر کشورها و همچنین تصویب قوانینی در جهت جرم‌انگاری اقداماتی از قبیل تهدید شهود در قانون آیین دادرسی کیفری احساس نمی‌شود؟

پرسش‌ها و چالش‌های پیش‌گفته موضوعاتی هستند که نگارندگان را به سمت مطالعه

موضوع و حمایت از شهود در برابر تهدید، هدایت نموده‌اند. لازم به ذکر است که دستوردهای تصمیم‌ساز تا به امروز در موضوع حمایت از حقوق شهود در برابر تهدید در مواد ۹۷، ۱۰۱، ۲۱۴ و آیین‌نامه موضوع تبصره یک آن، ماده ۲۱۵ و چند ماده دیگر تجلی یافته است که نسبت به قانون سال ۱۳۷۸ به مراتب متریقی‌تر محسوب می‌شود؛ با این حال، به منظور بهبود قوانین موجود، ضرورت استفاده از نظر دکتین حقوقی، رجوع به آرا و نظریات مقامات قضایی و استفاده از ظرفیت حقوق تطبیقی و تجربیات سایر کشورها و اسناد بین‌المللی احساس می‌شود.

به منظور پاسخگویی به چالش‌ها و سؤالات پیش‌گفته، این مقاله مطالب خود را در قالب سه بند زیر ارائه می‌دهد:

۱. تدابیر ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک و آیین‌نامه آن

پیش از ورود به بحث اصلی، ذکر دو نکته حائز اهمیت است؛ نخست، محدوده ارزش‌ها و افراد مورد حمایت در قوانین حمایت از شهود. در حقوق ایران هرگونه بیم خطر جانی یا حیثیتی و یا ضرر مالی برای شاهد یا خانواده او، صرف‌نظر از کیفیت آن، مشمول تدابیر حمایتی می‌شود؛ درحالی که برای مثال در حقوق انگلستان در خصوص جرایم سازمان‌یافته، در ماده ۸۲ قانون پلیس و جرایم سازمان‌یافته^۷ صرفاً امنیت فرد^۸ و نه ضرر مالی وی و در قانون آیین دادرسی کیفری آلمان مطابق بند سوم ماده ۶۸^۹ صرفاً به خطر افتادن زندگی، آزادی تن و آزادی فرد یا شخص دیگری، مد نظر است.

با این حال، این موضوع موجب انتقاد نیست، بلکه نمایانگر سیاست جنایی-تقنینی نسبتاً کامل ایران در موضوع حمایت از شهود است که با گسترش محدوده ارزش‌های مورد حمایت به اموال افراد، به اصل رعایت حقوق دفاعی متهم و توسل به تدابیر حمایتی

7. Serious Organised Crime and Police Act 2005

8. Person's Safety

9. If There is Well-Founded Reason to Fear that Revealing the Identity or the Place of Residence or Whereabouts of the Witness Would Endanger the Witness's or Another Person's Life, Limb or Liberty, the Witness May be Permitted not to Provide Personal Identification data or to Provide Such data Only in Respect of an Earlier Identity. However, if so Asked at the Main Hearing, he Shall be Required to State in What Capacity the Facts he is Indicating Became Known to Him.

به عنوان امری استثنایی محدودیت وارد می نماید که به نظر در مقطع کنونی با توجه به اینکه قوانین افتراقی برای حمایت از شهود در جرایم سازمان یافته و جرایم اقتصادی مهم در دسترس نیست و از طرفی با در نظر گرفتن لزوم مبارزه با فساد و استفاده از ظرفیت شهود برای اثبات این جرایم، حمایت از شهود در سطوح مختلف می تواند نظام دادرسی را به سمت دستیابی به اهداف خود یاری نماید.

نکته دوم، مربوط به محدوده افراد مورد حمایت است. به نظر می رسد قانون گذار ایرانی توجه کافی به واقعیت های عرفی و بیرونی جامعه نداشته و گستره افراد مورد حمایت در برنامه شهود را محدود به شاهد و خانواده وی دانسته است؛ در حالی که برای نمونه ممکن است جایگاه ارزشی نامزد و یا دوست صمیمی شاهد پرونده برای وی حتی بالاتر از اعضای خانواده اش باشد و تهدید آنها موجب انصراف شاهد از حضور مؤثر در پرونده شود که متأسفانه قانون گذار ایرانی به این مهم توجه نداشته است و این درحالیست که برای نمونه، قانون گذار کشور ایتالیا در بند ۲ ماده ۱ قانون شماره ششم مقررات حمایتی از شهود قضایی مصوب ۲۰۱۸، افراد مورد حمایت را در برنامه شهود این گونه تعریف می کند: شاهدان حمایت شده شامل افرادی هستند که در نتیجه زندگی مشترک پایدار یا سایر روابط با شهود قضایی در معرض خطرهای جدی، فعلی و مشخصی قرار دارند.^{۱۰}

۱.۱. عدم مواجهه شاهد با شاکی یا متهم

با توجه به مواد ۹۱، ۲۰۶ و ۲۰۷ ق.آ.د.ک، اصل بر عدم مواجهه شاهد و متهم و غیرعلنی بودن دادرسی در تحقیقات مقدماتی است، ولی مواجه نشدن شاهد با متهم قابلیت تعمیم به مرحله رسیدگی در دادگاه را نخواهد داشت. از مفهوم مخالف ماده ۲۰۶ ق.آ.د.ک این گونه برمی آید که تحقیق و بازجویی از شهود و مطلعان در مرحله رسیدگی در دادگاه علنی است. مفهوم مخالف این ماده اشاره به اصلی دارد که با توجه به فحوای ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک تخصیص خورده است؛ بنابراین با توجه به بند «الف» ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک و تبصره ۳ آن باید گفت، در صورتی که مواجهه شاهد و متهم در مرحله دادگاه امنیت شهود را به مخاطره

10. Le Speciali Misure di Protezione Sono Altresì Applicate, se Ritenute Necessarie, Salvo Dissenso, Anche ai Soggetti che Risultano Esposti a Grave, Attuale e Concreto Pericolo a Causa del Rapporto di Stabile Convivenza o Delle Relazioni Intrattenute Con i Testimoni di Giustizia.

بپردازد، باید از مواجهه آنها جلوگیری به عمل آورد^{۱۱} و مطابق ماده ۳۲۷ آ.د.ک، کیفیت انجام این کار برعهده قاضی است؛ برای مثال مقام قضایی می‌تواند اتاق‌های ویژه‌ای برای انتظار بزه‌دیدگان و گواهان یا راه‌های خروجی مناسبی برای آنها در ساختمان دادگاه در نظر بگیرد^{۱۲}. قاضی می‌تواند اظهارات شهود را قبل از برگزاری جلسه رسمی دادگاه در اتاق خود استماع کند، صورت شاهد را بپوشاند و یا از مانعی - مانند پرده - برای این منظور استفاده نماید و یا هر اقدام دیگری که این هدف را محقق می‌سازد. به نظر رایج‌ترین روش حمایتی از شهود به دلیل کم‌دردسر بودن و کم‌هزینه بودن، همین باشد.

در نگاهی تطبیقی، رویه قضایی در انگلیس به همین ترتیب است که اصولاً تحقیقات و اخذ شهادت و سایر دلایل و مدارک در مرحله قبل از دادگاه از سوی پلیس قضایی به صورت علنی و شفاهی انجام می‌گیرد، اما پلیس در مواردی که حقوق و آزادی‌های شهروندان اقتضا کند می‌تواند از گواهان به‌طور انفرادی و خصوصی تحقیق نماید^{۱۴}.

قانون‌گذار به‌منظور حمایت از حقوق دفاعی متهم در تبصره ۲ ماده ۲۱۴، بر رعایت حقوق دفاعی وی ضمن اتخاذ تدابیر حمایتی تأکید نموده و در ماده ۴ آیین‌نامه مقرر داشته است که عدم مواجهه شهود و طرفین، مانع از آگاهی از اظهارات اعلام‌شده از سوی شاهد نخواهد بود. همچنین از آنجایی که مطابق ماده ۳۲۶ ق.آ.د.ک طرفین حق پرسش از شاهد را دارند، لذا ماده ۵ آیین‌نامه، عدم مواجهه حضوری را مانع این امر ندانسته است؛ از این رو، طرفین دعوی یا وکلای آنها می‌توانند سؤالات خود را از شاهد به اطلاع مقام قضایی برسانند و او پاسخ این پرسش‌ها را از شاهد مطالبه و به آنها منعکس نماید. این امر روشی در جهت احترام به حقوق دفاعی متهم است.

۱۱. زهرا امینی و غلامحسن کوشکی، «بررسی تطبیقی حمایت از شهود در قانون آیین دادرسی کیفری ایران و منشور شهود انگلستان»، حقوق کیفری، ش ۲۱ (۱۳۹۶)، صص ۱۱۵-۱۵۳.

۱۲. ماده ۳۲۷- دادگاه می‌تواند از شهود به‌طور انفرادی تحقیق نماید و برای عدم ارتباط شهود با یکدیگر و یا با متهم اقدام لازم را انجام دهد و پس از تحقیقات انفرادی برحسب درخواست متهم یا مدعی خصوصی یا با نظر خود، مجدداً به صورت انفرادی یا جمعی از شهود تحقیق نماید.

۱۳. مهرداد رایجیان اصلی، «سه گفتار تطبیقی در بزه‌دیده‌شناسی: داخلی، منطقه‌ای و بین‌المللی»، حقوقی دادگستری، ش ۴۶ (۱۳۸۳)، ص ۱۷۸.

14. www.iclr.co.uk.law reports & case law search [ICLR].

در کشور هلند در برخی از پرونده‌ها وکیل متهم سؤالات خود را از طریق قاضی از شهود می‌پرسد^{۱۵} و دادگاه اروپایی حقوق بشر هم اعلام نمود که استفاده از این روش با محاکمه منصفانه مقرر در ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مابینتی ندارد^{۱۶}. همچنین به‌منظور استفاده کارآمد، ضروری و مناسب از این سازوکار، عدم مواجهه حضوری تنها نسبت به شخصی است که از جانب وی بیم خطر وجود دارد؛ مگر آنکه افشای هویت شاهد یا مطلع موجب بیم خطر از جانب تمامی طرفین دعوا باشد که در این صورت از مواجهه حضوری با همه اطراف دعوا ممانعت می‌شود (ماده ۶ آیین‌نامه). استفاده از این تدبیر به‌ویژه در پرونده‌های مربوط به جرایم امنیتی، اطفال و شهود مرعوب‌شده بسیار ضروری به‌نظر می‌رسد.

۲.۱. عدم افشای اطلاعات شهود

مراحل گوناگون فرایند رسیدگی جنایی باید به‌گونه‌ای باشد که هراس بزه‌دیدگان و شهود از تهدیدها و اقدامات تلافی‌جویانه به پایین‌ترین سطح ممکن برسد و با حمایت از زندگی خصوصی آنان بتوان در آنها احساس امنیت ایجاد کرد^{۱۷}. از این رو، اکثر پژوهشگران بین‌المللی بر این باورند که بهترین راه حمایت از شاهد، سرّی بودن تحقیق و عدم افشای هویت وی است^{۱۸}. از همین رو، برای نمونه، اولین برنامه حمایتی از شهود در امریکا، تلاش برای محرمانه ماندن اطلاعات شاهد است که با تغییر هویت وی انجام می‌شود^{۱۹}. حضور در مراجع قضایی در زمان ادای شهادت، بهترین فرصت برای گروه بزهکار است تا با شناسایی شاهد و اطلاع از هویت وی در مقام انتقام برآیند. عدم افشای هویت شاهد افزون بر اینکه مستلزم فراهم آوردن امکانات گسترده نیست، هزینه بسیار کمی را بر دستگاه‌های حمایتی -

15. Baegen v. Netherlands (1995) & Doorson v. Netherlands (1996)

16. Doak, J. , "The Victim and the Criminal Process: An Analysis of Recent Trends in Regional and International Tribunals", Legal Studies, 23, (2003), 1-32, p. 18.

۱۷. جمال بیگی، «راهبردهای حمایتی سازمان ملل متحد، ایران و اسلام در تأمین امنیت بزه‌دیدگان و شهود قاجاق انسان»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۱ (۱۳۸۹)، ص ۳۷.

۱۸. لوک والین، «قربانیان و شهود در حقوق بین‌المللی از حق حمایت تا حق بیان»، ترجمه توکل حبیب‌زاده و مجتبی جعفری، حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ش ۳۴ (۱۳۸۵)، ص ۴۳.

19. Earley, Pete & Gerald Shur, WITSEC: Inside the Federal Witness Protection Program, (NY: Bantam Books, 2002), p. 352.

حفاظتی تحمیل می‌نماید. عدم افشای اطلاعات مربوط، یکی از تدابیر حمایتی در شهود محسوب می‌شود که در ماده ۱۰۱ ق.آ.د.ک و بند «ب» ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته است.

صرف عدم مواجهه حضوری میان طرفین و شهود مانع از اطلاع یافتن از هویت و مشخصات شهود نمی‌شود؛ مگر اینکه به نظر قاضی رسیدگی‌کننده، بیم خطر در صورت افشای اطلاعات وجود داشته باشد که در این صورت مقام قضایی باید از انعکاس و افشای اطلاعات یادشده خودداری کند (ماده ۸) و این عدم افشای اطلاعات، ناظر به تمامی مواردی است که موجب شناسایی شاهد یا مطلع یا خانواده وی می‌شود؛ اعم از هویت، مشخصات خانوادگی، محل سکونت، اشتغال یا نوع فعالیت یا هر امر دیگر و این دستور مطلق بوده، اطلاعات یادشده برای هیچ شخصی اعم از شاکی یا متهم یا وکیل آنها یا سایر افراد نباید افشا شود (ماده ۱۱). یکی از اقدامات لازم در جهت اخفای هویت شهود به‌منظور تأمین امنیت جسمانی آنها، تلاش برای محفوظ ماندن اطلاعات هویتی شهود از دسترس دیگران در طول رسیدگی است. برای این منظور می‌توان از اقداماتی مانند استفاده از اسامی مستعار، تغییر هویت و یا عدم درج مشخصات هویتی در پرونده و یا جلوگیری از دسترسی افراد به پرونده استفاده کرد. در زمان اتخاذ این تدابیر، مشخصات واقعی شاهد بدون ثبت در پرونده به واحد حمایت از شهود و مطلعان، اعلام و برگه‌ای با کد مخصوص دریافت می‌شود که در تمامی اوراق بازجویی و صورت‌جلسات، این مشخصات ذکر خواهد شد. احضار چنین شاهد و مطلعی با دستور مقام قضایی صرفاً از سوی واحد یادشده و از طریق ضابطانی که برای این امر اختصاص خواهند یافت صورت می‌گیرد (ماده ۱۲). حال ممکن است این سؤال مطرح شود که عدم افشای هویت شهود ممکن است به حق متهم بر جرح شهود و حق پرسش از وی لطمه وارد سازد؛ از این رو، برای پاسخ به این ابهام می‌توان این‌گونه اظهار داشت که در مورد حق پرسش از متهم آنچه در راستای حفظ حقوق دفاعی وی اهمیت دارد، آگاهی متهم از اظهارات شاهد است و این مستلزم مواجهه حضوری با شاهد و شنیدن مستقیم سخنان وی نیست، بلکه متهم می‌تواند از طریق واسطه‌ای امین و قانونی مانند قاضی، وکیل مدافع و یا هر شخص موثق دیگری در سیستم رسیدگی و قرائت شهادت‌نامه، از مفاد اظهارات شاهد

مطلع شده، به طرح سؤالات لازم بپردازد. در مورد حق جرح شاهد نیز می‌توان دادرس را ملزم دانست تا در مواردی که هویت شاهد پنهان است، به صورت ویژه و موشکافانه به بررسی موقعیت شاهد پرداخته، نسبت به وجود شرایط لازم در وی یقین حاصل کند.^{۲۰} ماده ۱۰ آیین‌نامه؛ به این صورت، دیگر نیاز به جرح شاهد از سوی متهم نبوده، این حق تا میزان قابل‌توجهی مورد عنایت قرار می‌گیرد.^{۲۱}

در حقوق انگلستان، زمانی که اجرای عدالت ایجاب می‌کند که هویت شاهد آشکار نشود و یا دادگاه تشخیص دهد پرسش و پاسخ و افشای مشخصات هویتی شاهد ممکن است به کیفیت شهادت وی لطمه وارد کند، متهم را از جرح و پرسش شاهد ممنوع می‌کند؛ با این حال، در زمانی که دادگاه تشخیص دهد که اجرای عدالت ایجاب می‌کند که نماینده قانونی متهم به جرح و پرسش از شاهد بپردازد، در این فرض، نماینده قانونی وی می‌تواند به انتخاب دادگاه شاهد را مورد جرح و پرسش قرار دهد (مواد ۳۶ و ۳۸ قانون عدالت جوانان و ادله کیفری ۱۹۹۹).^{۲۲}

عده‌ای بر این باورند که برای تحقق اهداف مواد قانونی مورد بحث می‌توان جلسات دادرسی را در صورت حصول دیگر شرایط، به صورت غیرعلنی برگزار کرد. با این روش، هویت شاهد فقط برای متهم نمایان شده، عموم افراد جامعه و گروه‌های بزهکار و همدستان

۲۰. ماده ۱۰: در مواردی که شهادت بدون افشای اطلاعات شاهد یا مطلع صورت می‌گیرد، مقام قضایی مکلف است، شرایط قانونی

لازم برای ادای شهادت را در این مورد نیز احراز نماید.

۲۱. حسنعلی مؤذن‌زادگان و حمید رئوفیان نائینی، پیشین، ص ۲۱۱.

22. 36 Direction Prohibiting Accused From Cross-Examining Particular Witness.(2) If it Appears to the Court—(A) that the Quality of Evidence Given by the Witness on Cross-Examination—(I) Is Likely to be Diminished If the Cross-Examination (or Further Cross-Examination) is Conducted by the Accused in Person, and (Ii) Would be Likely to Be Improved if a Direction Were Given Under This Section, and (B) that it Would not be Contrary to the Interests of Justice to Give Such a Direction, the Court May Give a Direction Prohibiting the Accused From Cross-Examining (or Further Cross-Examining) the Witness in Person.

S38 Defence Representation For Purposes Of Cross-Examination. 3). The Court Must Consider Whether it Is Necessary in the Interests of Justice for the Witness to be Cross Examined by a Legal Representative Appointed to Represent the Interests of the Accused. (4) if the Court Decides that it is Necessary in the Interests of Justice for the Witness to be so Cross-Examined, the Court Must Appoint a Qualified Legal Representative (Chosen by the Court) to Cross-Examine the Witness in the Interests of the Accused.

احتمالی متهم از آن بی‌اطلاع خواهند ماند^{۲۳}؛ با این حال، با توجه به اینکه علنی بودن محاکمات از اصول اساسی رسیدگی محسوب می‌شود و در اصل ۱۶۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی و ماده ۵۹ منشور حقوق شهروندی بر آن تأکید شده است، جز در موارد مصرح در قانون و اکتفا به قدر متیقن نمی‌توان از آن عدول کرد.

راهکار دیگر آن است که در هنگام ادای شهادت متهم را از دادگاه خارج نموده، پس از ادای شهادت و خروج شاهد از دادگاه، بار دیگر وارد جلسه رسیدگی شود. استماع اظهارات شاهد پیش از محاکمه به جای ادای شهادت هنگام محاکمه، از دیگر اقداماتی است که در جهت ناشناس ماندن هویت شاهد می‌توان انجام داد. استفاده از اسامی مستعار در شهادت‌نامه، ادای شهادت بدون ذکر نام، ادای شهادت از پشت پرده محافظ در جلسه دادگاه به صورتی که چهره شاهد از سوی متهمان قابل شناسایی نباشد، ادای شهادت از طریق تلویزیون مداربسته و ویدئوکنفرانس نیز از جمله اقداماتی است که می‌توان در جهت مخفی ماندن هویت شاهد انجام داد. افزون بر این، در خصوص شهودی که از طریق ویدئوکنفرانس به ادای شهادت می‌پردازند، می‌توان با استفاده از تجهیزات الکترونیکی از فنون تغییر چهره یا تغییر صدا استفاده نمود. اقدامات یادشده تدابیری هستند که در حقوق سایر کشورها مورد استفاده قرار می‌گیرند؛ برای مثال، در حقوق انگلستان به موجب ماده ۸۶ قانون افسر تجسس و عدالت سال ۲۰۰۹^{۲۴}، در صورت اقتضا، دادگاه می‌تواند به منظور اطمینان از عدم افشای هویت شاهد در جریان رسیدگی، دستورالعمل شاهد بی‌نام را تنظیم کند. این دستورالعمل که انواع اقدامات موردنیاز را تبیین خواهد کرد، شامل مواردی از جمله محفوظ داشتن نام شاهد، جواز استفاده از نام مستعار، پوشاندن چهره شاهد، تغییر صدای شاهد از طریق فرکانس‌ها و

۲۳. حسعلی مؤذن‌زادگان و حمید رئوفیان نائینی، پیشین، ص ۲۰۹؛ زینب باقرنژاد، «حمایت از شهود در فرآیند کیفری»، مطالعات پیشگیری از جرم، ش ۶ (۱۳۸۷)، ص ۱۱۴؛ حمید رئوفیان و ابوالفضل حسن‌زاده محمدی، «حمایت از شهود در چالش با حقوق دفاعی متهم»، حقوقی دادگستری، ش ۷۱ (۱۳۸۹)، ص ۹۸.

24. Witness Anonymity Orders (1) ... Court Considers Appropriate to Ensure that the Identity of the Witness is not Disclosed in or in Connection with the Proceedings. (2) The Kinds of Measures that May be Required to be Taken in Relation to a Witness Include Measures for Securing one or More of the Following—a) that the Witness's Name and Other Identifying Details may be—(i) Withheld; (ii) Removed From Materials Disclosed to any Party to the Proceedings; (b) that the Witness May Use a Pseudonym....

عدم طرح سؤالات افشاکننده هویت می‌شود.

در هر صورت باید توجه داشت که در مواردی که متهم شاهد را می‌شناسد و یا متهم به دلیل اینکه شاهد پرونده قربانی وی بوده و یا در مواردی که تنها یک شاهد در صحنه ارتکاب جرم حضور داشته که متهم از مشخصات وی آگاهی دارد، استفاده از وسایل یادشده ارزش چندانی نخواهد داشت؛ زیرا متهم قادر است با توجه به محتوای شهادت‌نامه، شاهد را شناسایی کرده، آن را در اختیار گروه خود قرار دهد. از این رو، راه حل مناسب در این مورد، تسریع امر دادرسی، سعی در برگزاری غیرعلنی پرونده در صورت امکان قانونی، و استفاده از قرار بازداشت موقت است.

۳.۱. استماع شهادت از طریق وسایل ارتباط از راه دور

در ابتدای امر، فلسفه وضع چنین مقرره‌ای از سوی قانون‌گذاران این بود که اگر شهود نمی‌توانند در دادگستری به منظور ادای شهادت حاضر شوند، به طریق دیگری شهادت آنان اتخاذ گردد^{۲۵}؛ از این رو، قانون‌گذار آیین دادرسی کیفری ایران هم بر این مهم تأکید داشته و در تبصره ۲ ماده ۲۰۴ ق.آ.د.ک مقرر کرده است: در صورتی که دلیل پرونده منحصر به شهادت شهود و مطلعان نباشد، تحقیق از آنان می‌تواند به صورت الکترونیکی و با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی به عمل آید. لازم به ذکر است که این روش أخذ شهادت می‌تواند به دلایل دیگری همچون حمایت روانی از شاهد برای جلوگیری از دیدار متهم و یادآوری خاطره تلخ صحنه جرم و ارائه شهادت در آرامش و بدون ترس، حمایت مالی از وی و از تمامیت جسمانی شاهد در مواقعی است که در رویارویی آنها با یکدیگر احتمال صدمه به شاهد وجود دارد^{۲۶}. از همین رو، مقام قضایی به موجب بند «پ» ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک می‌تواند از طریق هر وسیله‌ای که امکان دیدن و شنیدن هم‌زمان صوت و تصویر یا صرفاً شنیدن صوت شاهد وجود داشته باشد، اظهارات وی را استماع نماید و مقام قضایی باید از هویت شاهد و صحت انتساب و اعتبار اظهارات وی و ثبت مطمئن آن اطمینان حاصل نماید (ماده ۱۳ و ۱۴ آیین‌نامه). در این راستا، توجه به این مهم ضروری است که به نظر

25. Valette Vanessa, *Procédure Pénal*, (Paris: Ellipses, 2007), p. 219.

۲۶. زهرا امینی و غلامحسن کوشکی، پیشین، ص ۱۴۷.

باید میان استماع شهادت از راه دور در دادگاه و دادسرا تفکیک قائل شد؛ با این توضیح که اطلاق بند «پ» ماده ۲۱۴ صدای شاهد را قابل استماع می‌داند، اما در خصوص ماده ۱۸۶ ق.م.ا مقرر می‌کند که «چنانچه حضور شاهد متعذر باشد، گواهی به صورت مکتوب، صوتی-تصویری زنده یا ضبط‌شده با احراز شرایط و صحت انتساب معتبر است». با وصف صوتی-تصویری، به نظر می‌رسد اطلاق بند «پ» مبنی بر استماع اظهارات با وسایل ارتباط از راه دور تخصیص خورده است؛ بر این اساس، آن قسمت از ماده ۱۳ آیین‌نامه که بر امکان دیدن و شنیدن صوت و تصویر اشاره دارد موافق با ماده ۱۸۶ ق.م.ا است، ولی قسمتی که به صرف شنیدن صوت شاهد نظر دارد، در صورتی قابل توجه است که مقام قضایی امکان انتساب صدا به صاحب آن را داشته باشد؛ به همین دلیل شایسته است که بیان شود استماع اظهارات شاهد از راه دور بعد از احراز هویت وی با صدا در دادسرا ممکن است، ولی در دادگاه چون این مرجع، مقام صدور حکم است باید ادای گواهی به صورت صوتی-تصویری زنده انجام گیرد تا شبهه‌ای برای قاضی صادرکننده حکم به انتساب صدا به شاهد معرفی شده وجود نداشته باشد.^{۲۷} این دیدگاه از جهت رعایت حقوق دفاعی متهم و رویکرد اصولی هم قابل توجیه است؛ با این توضیح که در این مورد قانون سابق خاص و قانون لاحق عام است. به نظر گروهی قانون عام برای تمام مصادیق تعیین تکلیف می‌کند، لکن گروهی دیگر بر این باورند که چون هر عام قابل تخصیص است و در همه قوانین استثنا وجود دارد، احتمال آن می‌رود که قانون‌گذار مایل به ادامه اجرای حکم خاص باشد. اغلب صاحب‌نظران بر این عقیده‌اند که عام ناسخ خاص نیست.^{۲۸}

به هر جهت در مواردی که مقام قضایی در راستای حمایت از شهود تصمیم به عدم افشای اطلاعات آنها بگیرد و احتمال شناسایی شاهد از طریق صوت یا تصویر وی وجود داشته باشد، مقام قضایی باید تدابیری جهت جلوگیری از افشای هویت شاهد اتخاذ نماید (ماده ۱۵ آیین‌نامه) که از جمله این تدابیر می‌توان به تغییر فرکانس صدا و نیز استفاده از

۲۷. ابوالحسن شاکری و رضا رضایی، «سیاست جنایی تقنینی ایران در حمایت از شاهد»، آموزه‌های حقوق کیفری، ش ۱۰ (۱۳۹۴)، صص ۸۷-۸۸.

۲۸. درس اصول فقه استاد علیرضا اعرافی، رک.

http://eshia.ir/feqh/archive/text/arafi/osool/95/960114/Default.htm آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۱۰/۲۵.

پوشش ظاهری جدید برای شاهد اشاره نمود. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا حق پرسش و جرح شاهد از سوی طرفین دعوی به‌ویژه متهم، مختص مواجهه حضوری است یا در زمان شهادت از طریق وسایل ارتباط از راه دور هم امکان‌پذیر است؟ سازوکار اتخاذی حقوق ایران در این خصوص هوشمندانه و دقیق بوده، به همین منظور قانون‌گذار در ماده ۱۶ آیین‌نامه مقرر کرده است، در صورتی که استماع شهادت از طریق وسایل از راه دور باشد، طرفین دعوا یا وکلای آنها می‌توانند با اجازه مرجع رسیدگی‌کننده، هر سؤالی را که لازم بدانند از شاهد بپرسند و با توجه به تأکید تبصره ماده ۳ آیین‌نامه که مواجهه از طریق وسایل ارتباط از راه دور را مصداقی از مواجهه حضوری می‌داند، به‌این ترتیب، متهم از حق جرح و پرسش از شاهد در مواجهه حضوری محروم نمی‌شود. در واقع، به‌نظر می‌رسد راهکار حقوق ایران با توجه به آموخته‌ها و مشکلات سایر نظام‌های حقوقی در این موضوع، چنین بوده است. در حقوق آمریکا در خصوص این موضوع که حق جرح و پرسش از شاهد تنها محدود به مواجهه حضوری فیزیکی است یا در زمان عدم حضور فیزیکی و استفاده از ویدئو کنفرانس هم قابل اعمال است، اختلاف نظر وجود داشته است که سرانجام دیوان عالی آمریکا در رأی پرونده *دگلاس در برابر آلاباما* تصریح می‌کند که این حق متهم از حقوق مهم و بنیادین وی محسوب شده، مشروط و محدود به حضور فیزیکی نیست و در زمان عدم حضور فیزیکی شاهد هم قابل اعمال است.^{۲۹}

۴.۱. برنامه‌های حمایتی - امنیتی

در مواردی که هویت شاهد برای متهم شناخته‌شده است و احتمال آسیب به تمامیت جسمانی شاهد و خانواده وی می‌رود، برای تأمین امنیت آنها و جلوگیری از ورود هرگونه آسیب از ناحیه متهم و اطرافیان او، باید اقدامات لازم را جهت محافظت از شهود و خانواده وی به‌عمل آورد.^{۳۰} اسناد بین‌المللی و قوانین کشورهای مختلف هم بر لزوم استفاده از

29. *Douglas v Alabama*

“...Our Cases Construing the [Confrontation Clause] Hold that a Primary Interest Secured by it is the Right of Cross-Examination; an Adequate Opportunity for Cross-Examination May Satisfy the Clause Even in the Absence of Physical Confrontation...”

۳۰. زهرا امینی و غلامحسن کوشکی، پیشین، ص ۱۳۲.

تدابیری نظیر حفظ امنیت شاکی و شهود از طریق سامانه‌های امنیتی الکترونیکی و ضابطان^{۳۱}، مشاوره‌های روان‌شناسی^{۳۲}، آموزش تدابیر حفاظتی به شهود و بزه‌دیده^{۳۳} و تغییر محل زندگی^{۳۴} اشاره دارند؛ از این رو، به‌منظور پیشگیری از بروز خطر جانی، حیثیتی و مالی علیه شاهد و خانواده وی که امکان شناسایی و بیم خطر وجود دارد، تبصره ۱ ماده ۲۱۴^{۳۵} ق.آ.د.ک به دو نمونه از تدابیر حفاظتی اشاره کرده که با تصویب ماده ۱۷ آیین‌نامه حمایت از شهود، دایره تدابیر حفاظتی به پنج مورد افزایش یافته است. این موارد عبارت‌اند از: گشت‌های منظم پلیس به صورت نمایان یا پنهان از محل کار یا سکونت و مسیر تردد شهود یا مطلعان یا خانواده آنها. در مورد این بند، شایان ذکر است که به کار بردن هرکدام از تدابیر گشت نمایان و پنهان دارای فواید و نقاط ضعفی است، در فرض گشت‌های نمایان، با توجه به منطق محاسبه عقلانی ارتکاب جرم و تحلیل هزینه-فایده ارتکاب جرم، ریسک ارتکاب جرم افزایش می‌یابد و مجرمان بالقوه تمایل کمتری برای ارتکاب جرم پیدا می‌کنند، اما از زاویه دیگر می‌توان تصور نمود که گشت‌های نمایان ممکن است مختصات محل سکونت شاهد یا بزه‌دیده را مشخص نماید و از این رو، احتمال حملات و تهدیدات از راه دور، نظیر حملات با سلاح‌های دوربرد و یا هلی‌شات‌ها را به‌وجود آورد و از این رهگذر جان سایر شهروندان هم در معرض خطر قرار گیرد. همچنین مأموران گشتی نمایان ممکن است

۳۱. بند ۲ ماده ۲۴ کنوانسیون پالرمو مصوب ۲۰۰۰ و بند ۲ ماده ۳۲ کنوانسیون مریدا بر این مورد تصریح دارند.

۳۲. پاراگراف ۱۴ اعلامیه اصول اساسی عدالت راجع به قربانیان بزهکاری و قربانیان سوءاستفاده از قدرت مصوب ۱۹۸۵ بر لزوم ارائه دریافت کمک مادی، پزشکی، روان‌شناسانه و اجتماعی از سوی بزه‌دیدگان تأکید می‌کند.

33. United Nations Office on Drugs and Crime, *Good Practices for the Protection of Witnesses in Criminal Proceedings involving Organized Crime*, (New York: United Nations Office on Drugs and Crime, 2008), p. 41.

۳۴. برای مثال، قانون حمایت از شهود مونته‌نگرو سال ۲۰۰۴، در ماده ۲۷ بر ضرورت استفاده از تدابیر حفاظت از امنیت فیزیکی و حفاظت از اموال شاهد و تغییر محل زندگی وی در فرض ضرورت تصریح دارد.

5. Types of Protection Measures; Article 27

The Measures by Which the Protection of Witness or Person Close to Him or Her is Provided Shall be as Follows:

1. Physical Protection of Person and Property

2. Relocation

۳۵. تبصره ۱- در صورت شناسایی شاهد یا مطلع حسب مورد توسط متهم یا متهمان یا شاکی و یا وجود قرائن یا شواهد، مبنی بر احتمال شناسایی و وجود بیم خطر برای آنان، بازپرس به درخواست شاهد یا مطلع، تدابیر لازم را از قبیل آموزش برای حفاظت از سلامت جسمی و روحی یا تغییر مکان آنان اتخاذ می‌کند. ترتیبات این امر به‌موجب آیین‌نامه‌ای است که ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجراء شدن این قانون توسط وزارت دادگستری تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسد.

موجب افزایش استرس افراد داخل در برنامه‌های حمایتی و سایر شهروندان شوند و روند عادی زندگی آنها را مختل سازند. از طرف دیگر، اگرچه پوشش و گشت‌های نامحسوس ممکن است شانس بیشتری را برای ابراز تهدیدات افزایش دهند، با این حال، اتخاذ پوشش و تدابیر نظارتی ماهواره‌ای و الکترونیکی مناسب، استفاده از خودرو ضدگلوله برای افراد داخل در برنامه‌های حمایتی می‌تواند در عین حفاظت از امنیت جانی آنان، در عادی‌سازی جریان زندگی روزانه این افراد کمک شایانی باشد. مورد بعدی، نظارت بر محتوای در حال انتقال ارتباطات غیرعمومی در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی و نصب تجهیزات الکترونیکی حفاظتی مانند دوربین مداربسته در محل کار یا سکونت ایشان یا نصب درب‌های ایمنی است. این تدابیر به دلیل تعارض با حقوق و آزادی‌های افراد مستلزم اخذ رضایت آنان است؛ امری که مورد تأکید ماده ۱۷ هم قرار گرفته است و با توجه به لزوم رعایت حریم خصوصی اشخاص و اصل ممنوعیت کنترل ارتباطات مخابراتی افراد، قید «با رضایت کتبی» مندرج در انتهای بند ۲ ماده ۱۷ آیین‌نامه را باید ناظر به همه اقدامات یادشده در این بند دانست.^{۳۶} با این حال، قانون‌گذار در بند پیش‌گفته در مورد ضرورت کسب رضایت دچار ساده‌اندیشی شده و در نظر نگرفته است که احتمال دارد شخص داخل برنامه حمایتی در شرکتی خصوصی یا دولتی فعالیت داشته، دفتر یا محل کار مشترکی داشته باشد و یا با افرادی زندگی کند که نصب دوربین یا کنترل خط تلفن مشترک یا نصب درب ایمنی ممکن است با حقوق و حریم خصوصی این افراد در تعارض باشد و نیز سازوکاری را از پیش برای جلب رضایت این افراد نیندیشیده باشد. در اختیار قرار دادن تجهیزات تماس سریع با مراجع مربوط، آموزش تدابیر دفاع شخصی و حفاظت از سلامتی جسمی و روحی و روانی به شهود و خانواده‌هاشان و تغییر مکان از دیگر موارد حمایتی محسوب می‌شوند.

چند نکته مهم در مورد آموزش تدابیر دفاع شخصی و حفاظت از سلامتی جسمی و روحی و روانی قابل توجه است: اول اینکه آموزش تدابیر دفاع شخصی و حفاظت از سلامت جسم و روان باید به صورت جاری در کنار تمام تدابیر حمایتی قرار بگیرد؛ دوم آنکه نباید از این تدابیر به صورت انحصاری و به صورت تنها تدبیر حفاظتی استفاده شود، زیرا وظیفه

۳۶. علی خالقی، نکته‌ها در آیین دادرسی کیفری، (تهران: شهردانش، ۱۳۹۵)، ص ۲۳۷.

حمایت از امنیت شهروندان برعهده دولت‌ها است و این مهم در زمانی که فرد نقش حیاتی در چرخه دادرسی کیفری ایفا می‌کند، از اهمیت دوچندانی برخوردار می‌شود. به هر روی، این ماده اتخاذ این تدابیر را برعهده واحد حمایت از شهود و مطلعان قرار داده است تا با همکاری مرکز حفاظت - اطلاعات قوه قضاییه و ضابطان دادگستری به انجام رساند. اگرچه این شیوه می‌تواند حمایت مؤثری از شهود به عمل آورد، اما متأسفانه به دلیل کمبود امکانات دولتی برای تحقق آن، در رویه دادگاه‌ها جز در جرایم بسیار مهم و سازمان‌یافته مشاهده نمی‌شود؛ مگر اینکه خود ذی‌نفع به‌منظور دستیابی به هدف، با امکانات خصوصی خود به محافظت از شاهد اقدام کند.^{۳۷}

۲. بررسی تعارض میان حقوق متهم و تدابیر حمایتی

اتخاذ تدابیر حمایتی برای بزه‌دیده و شهود وی ممکن است این پیش‌فرض را در ذهن مقامات قضایی ایجاد کند که متهم حتماً گناهکار و مجرم است و مقام رسیدگی‌کننده را از فرض انصاف و بی‌طرفی خارج کند. به‌منظور دوری از این آفت، ضروری است حداقل در مجتمع‌های قضایی بزرگ، این قبیل پرونده‌ها به قضاتی ارجاع داده شود که از تجربه بیشتری برخوردار هستند تا تأثیرپذیری از این وضعیت به حداقل برسد.

همچنین به‌نظر می‌رسد به دلیل اینکه برنامه‌های حمایتی محدودیت‌های قابل‌توجهی به حقوق متهم وارد می‌کند، ورود به این برنامه‌ها باید به صورت حداقلی در موارد ضروری و در فرض تحقق شرایطی خاص صورت پذیرد. برای مثال، دفتر مبارزه با مواد مخدر و جرم سازمان‌یافته سازمان ملل در تبیین موجباتی که ورود شهود در برنامه‌های حمایتی در جرایم سازمان‌یافته را توجیه می‌نماید، چهار پیش‌شرط مهم را یادآوری می‌کند: ۱- سطح خطری که شخص را تهدید می‌کند جدی باشد، ۲- پرونده دارای اهمیت خاصی باشد، ۳- شهادت شهود برای موفقیت پرونده حیاتی باشد، ۴- نباید برای تأمین امنیت شهود راه دیگری در دسترس باشد.^{۳۸}

۳۷. زهرا امینی و غلامحسن کوشکی، پیشین، ص ۱۳۳.

۳۸. دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد وین، بهترین راهکارها برای حمایت از شهود در پرونده‌های کیفری مربوط به جرایم سازمان‌یافته، مترجم: معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، (تهران: شرکت سهامی روزنامه رسمی کشور، ۱۳۸۸)، صص ۲۱ و ۸۱.

ورود به برنامه‌های حمایتی با در نظر داشتن شروط یادشده اگرچه موجب محدودیت در حقوق متهم می‌شود، اما چند فایده دارد: نخست آنکه تحقق شروط یادشده در تمام پرونده‌ها قابل تصور نیست، از این رو، اتخاذ برنامه‌های حمایتی به موارد محدودتری تسری می‌یابد؛ دوم آنکه به همان اندازه که تضمین حقوق دفاعی متهم حائز اهمیت است، حقوق و امنیت سایر افراد حاضر در دعوی هم اهمیت دارد و تحقق شروط پیش‌گفته و ورود به برنامه‌های حمایتی، خود نمایانگر میزان اهمیت پرونده و ضرورت تأمین امنیت سایر اصحاب دعواست.

چنین رویکردی در حقوق ایران تاحدودی قابل ملاحظه است و با عنایت به صدر ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک، وجود خطر و ضرورت شهادت، دو عنصر کلیدی در ورود شاهد به برنامه‌های حمایتی محسوب می‌شود؛ هرچند که جای خالی توجه به اهمیت پرونده و فقدان تدبیر حمایتی جایگزین همچنان احساس می‌گردد. البته توجه به حقوق دفاعی متهم در فرض استفاده از برنامه‌های حمایتی از شهود در حقوق ایران هم قابل ملاحظه است و تبصره ۲ ماده ۳۹ ۲۱۴ ق.آ.د.ک به این مهم اشاره کرده و در مواد مختلف آیین‌نامه حمایت از شهود، قانون‌گذار در جدال میان حقوق دفاعی متهم و امنیت شهود، به تأسی از تبصره ۲ ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک، به حفظ حقوق متهم نظر داشته است. برای مثال، زمانی که در ماده ۳ آیین‌نامه بر عدم مواجهه حضوری شاهد با متهم تصریح شده، در مواد ۴ و ۵ حق بر آگاهی از اظهارات شهود و حق بر پرسیدن سؤال از شهود برای متهم به رسمیت شناخته شده است.

یکی از موارد مهم تعارض میان حقوق متهم و حمایت از شهود، موضوع ادای شهادت بدون افشای هویت شاهد است که به «شاهد بی‌نام» معروف است. میان حمایت از شاهد و حمایت از حق دفاع که هر دو سنگ بنای سیستم قضایی هستند، باید تعادل برقرار کرد.

در خصوص شهادت بی‌نام به موجب ماده ۸ آیین‌نامه، نظام حقوقی ایران عدم مواجهه حضوری را مانع از حق طرف مقابل (متهم) برای اطلاع از هویت و مشخصات شاهد نمی‌داند و در فرضی که به موجب ماده ۸ بیم خطر در صورت افشای اطلاعات شهود وجود داشته باشد، مقام قضایی باید از انعکاس و افشای اطلاعات شهود خودداری کند. به موجب ماده ۱۰

۳۹. تبصره ۲- ترتیبات فوق باید به نحوی صورت پذیرد که منافی حقوق دفاعی متهم نباشد.

آیین‌نامه، مقام قضایی مکلف شده است شرایط قانونی لازم را برای ادای شهادت در این مورد احراز نماید. همین وظیفه و همچنین اطمینان از صحت انتساب و اعتبار اظهارات شهود در فرض شهادت از طریق ابراز الکترونیکی و از راه دور به موجب ماده ۱۴ برعهده مقام قضایی نهاده شده است تا با اتخاذ چنین تدابیری در عین حمایت از امنیت شهود و بزه‌دیده به حقوق دفاعی متهم هم توجه شود.

در سایر کشورها نیز در باب پذیرش شهود بی‌نام استانداردهای خاص مد نظر قرار گرفته است؛ برای مثال در کشور انگلستان، پذیرش شهادت بی‌نام علاوه بر آنکه یک حق کامن‌لایی محسوب می‌شود، بر اساس ماده ۸۶ قانون بازپرسان و عدالت سال ۲۰۰۹ صورت می‌پذیرد. ولی به موجب آرای صادره در این خصوص، به دلیل محدودیت‌های جدی که به حقوق متهم وارد می‌کند، آخرین راه‌حل حمایتی شناخته می‌شود.^{۴۰} مطابق جدیدترین رهنمودهای دادستانی انگلستان، مقام قضایی در هنگام صدور دستور استفاده از شاهد بی‌نام با محدودیت‌های مهمی روبه‌رو است؛ ازجمله آنکه باید توجه داشته باشد که شهادت شاهد بی‌نام تنها دلیل محکومیت متهم نبوده، چنین شهادتی نافی حقوق دفاعی متهم نباشد.^{۴۱}

با این حال، به نظر می‌رسد رویکرد دادگاه اروپایی حقوق بشر به منظور برقراری تعادل میان حقوق متهم در فرض مواجهه با شهود بی‌نام مناسب‌تر باشد. این دادگاه در آرای مختلف خود به بیان شروطی برای استفاده از شهادت افراد بدون افشای هویت آنان پرداخته است. دادگاه یادشده ضمن بیان آنکه اصل اساسی این است که متهم باید فرصت مؤثری برای به چالش کشیدن شواهد علیه خود داشته باشد، در آرای مختلف خود مقرر می‌دارد: به‌منظور پذیرش شاهد بی‌نام، دادگاه باید اولاً بررسی کند که آیا دلایل خوبی برای مخفی نگه‌داشتن هویت شاهد ناشناس وجود دارد یا خیر. ثانیاً دادگاه باید مشخص نماید که آیا شهادت آن شاهد تنها مبنای محکومیت یا دلیل قطعی بر محکومیت است یا خیر. ثالثاً باید معلوم شود که آیا عوامل تعدیل‌کننده کافی، ازجمله وجود تضمین‌های دادرسی قوی وجود دارد تا امکان ارزیابی منصفانه و مناسب از قابل اعتماد و اطمینان بودن شاهد را فراهم آورد

40. R v Mayers and Others [2008] EWCA Crim 2989

R v Donovan and Kafunda [2012] EWCA Crim 2749

41. <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/witness-protection-and-anonymity>

یا خیر^{۴۲}.

بنابراین در فرضی که شهادت شاهد بی‌نام تنها دلیل برای صدور حکم محکومیت باشد و یا آنکه امکان کافی برای جرح و تعدیل شاهد از سوی متهم و یا وکیل وی وجود نداشته باشد، این نوع شهادت قابلیت پذیرش نخواهد داشت. برای مثال اگر در پرونده‌ای هیچ دلیلی برای اثبات جرم به غیر از شهادت شاهد نباشد و یا متهم و وکلای وی امکان مشاهده فیزیکی متهم و شنیدن صدای واضح او را نداشته باشند و یا در فرضی که اجازه پرسش از شاهد را داشته باشند، اما اطلاعاتی در مورد شخصیت و سوابق شهود برای به‌چالش کشیدن اظهارات وی در دست نباشد، امکان جرح و تعدیل مؤثر شاهد تضعیف می‌گردد و در این صورت، شهادت بی‌نام پذیرفته نمی‌شود.

در نتیجه به‌نظر می‌رسد در دوران کنونی، صرف تمسک به ماده ۸ آیین‌نامه حمایت از شهود به‌منظور تضمین حقوق متهم کافی نیست و ضروری است قضات در رویه عملی خود به استانداردهای مطرح‌شده از سوی دادگاه اروپایی حقوق بشر و دفتر مبارزه با مواد مخدر و جرم سازمان‌یافته سازمان ملل به‌منظور پذیرش شهادت شاهد بی‌نام توجه داشته باشند تا ضمن حمایت از شهود در معرض تهدید، حقوق دفاعی متهمان هم تضمین گردد.

پیشنهادهای

در این بند به ذکر چند پیشنهاد در مورد تدابیر حفاظتی و حمایتی از شهود به حقوق ایران پرداخته می‌شود که مورد غفلت نگارندگان قانون و آیین‌نامه حمایت از شهود قرار گرفته است و توجه و به‌کار بستن آنها می‌تواند در جهت تکمیل ابعاد حمایتی از شهود مؤثر واقع شود.

– تدابیر ویژه حمایتی، ضرورتی غیرقابل انکار

موضوع حمایت از شهود را می‌توان به سه سطح دسته‌بندی نمود: ۱- شناسایی حقوقی

42. 1- Vasilyev and others v. Russia 22.09.2020 (application no. 38891/08)

2- Ellis and Simms and Martin v. the United Kingdom 2012 (application nos. 46099/06 and 46699/06)

شهود، ۲- شناسایی حقوقی برای حمایت از شهود در برابر خطرهای احتمالی، ۳- شناسایی برنامه‌های افتراقی حمایتی برای شهود خاص.

بدیهی است تمام شهود نیازهای یکسانی نخواهند داشت و هریک با توجه به اوضاع و احوال و موقعیتی که در آن قرار دارند، نیازهای حمایتی متفاوتی خواهند داشت؛ اما در این میان، تفاوت شرایط برخی از شهود، آنها را در مقایسه با دیگران، گاه مستحق شناسایی به‌عنوان شهودی می‌کند که سزاوار بهره‌مندی از تدابیر حمایتی هستند و گاهی آنان را سزاوار حمایت‌های خاص و اقدامات ویژه‌ای می‌سازد. این قبیل شهود را می‌توان شهود در معرض خطر نامید و معمولاً از شهود یادشده تحت عنوان شهود آسیب‌پذیر و مرعوب^{۴۳} نام برده می‌شود.

به‌موجب اسناد بین‌المللی^{۴۴} و نیز در حقوق کشورهای مختلف، فارغ از اینکه بزه‌دیده و شهود چه کسانی هستند، جدای از تدابیر معمول برای بزه‌دیدگان و شهود عادی، با توجه به ویژگی‌هایی نظیر سن، وضعیت جسمانی، نوع جرم ارتكابی، اهمیت جرایم، وسیله ارتكاب جرم و وضعیت ذهنی افراد، تدابیر حمایتی ویژه‌ای به صورت الزامی یا ارشادی^{۴۵} در مورد

43. Vulnerable and Intimidated Witnesses

۴۴. کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با جرایم سازمان‌یافته فراملی (کنوانسیون پالمو)، دولت‌های عضو را مکلف به جرم‌انگاری تهدید بزه‌دیدگان و شهود نموده است. تدوین‌کنندگان این کنوانسیون ارتكاب تهدید بزه‌دیدگان و شهود را جرم تلقی نموده‌اند تا به‌نوعی از آن پیشگیری نمایند و درنهایت اینکه به دلیل خطرناک بودن جرایم ارتكابی مشمول این کنوانسیون بزه‌دیدگان به‌ویژه هنگامی که اشخاص حقیقی هستند، باید مورد حمایت به‌ویژه حمایت کیفری قرار گیرند.

دفتر مبارزه با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد، کتابچه‌ای با عنوان بهترین راهکارها برای حمایت از شهود در پرونده‌های کیفری مربوط به جرایم سازمان‌یافته در سال ۲۰۰۸ منتشر نموده است که پیشنهادهایی به کشورها در زمینه راهکارهای مناسب برای حمایت از شهود جرایم سازمان‌یافته در برابر تهدیدات و خطرهای احتمالی با توجه به تجربه کشورهای مختلف ارائه می‌دهد (مؤلف: دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد وین؛ [ترجمه در] معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، تهران: شرکت سهامی روزنامه رسمی کشور، ۱۳۸۸).

۴۵. برای مثال در حقوق انگلستان مطابق منشور حمایت از شهود سال ۲۰۱۳ تدابیری نظیر گفتگو با شهود به‌منظور ارزیابی کاملی از نیازهای آنها به‌منظور اعمال تدابیر خاص مدنظر است (استاندارد ۸). همچنین اگر شاهد آسیب‌پذیر یا مرعوب باشد، تمام تلاش‌ها انجام خواهد شد برای تضمین اینکه شهادت بدون معطلی ارائه شود (استاندارد ۱۳).

این منشور برای نخستین بار در اول مارس ۲۰۰۸ از سوی وزارت دادگستری انگلستان تهیه و منتشر شد و در ۱۰ دسامبر ۲۰۱۳ مورد اصلاح و بازنگری قرار گرفت. حمایت‌های موجود در این منشور در قالب ۲۱ استاندارد ذکر شده که هریک شامل تدابیر کمک‌کننده و حمایتی متعددی است. استانداردهای این منشور جنبه ارشادی دارند و قانوناً الزام‌آور نیستند و به‌عنوان سطحی از خدماتی که شما می‌توانید به‌عنوان یک شاهد انتظار داشته باشید، وضع شده‌اند (زهرامینی و غلامحسن کوشکی، «بررسی تطبیقی حمایت از شهود در قانون آیین دادرسی کیفری ایران و منشور شهود انگلستان»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ۶، ش ۲۱ (۱۳۹۶)).

آنان اتخاذ می‌شود.

در برخی از کشورها همانند اتریش در پرونده‌های خشونت خانگی، پلیس در جهت محافظت از شاهد- بزه‌دیده می‌تواند قراری مبنی بر الزام مظنون به دور ماندن از خانه تا دو هفته صادر کند. در چندین کشور از جمله برزیل، شیلی و هند، اداره‌های پلیسی وجود دارند که فقط از زنان پلیس تشکیل و برای رسیدگی به پرونده‌های مربوط به زنان و قربانیان کودک تأسیس شده‌اند.^{۴۶}

در امریکا در پرونده‌هایی که متهم و شاهد- بزه‌دیده همدیگر را می‌شناسند؛ برای نمونه، متهم شوهر بزه‌دیده است یا اینکه همسایه‌اند و یا متهم از اعضای باندهای سازمان‌یافته است، متهم برای برخورداری از قرار کفالت باید شرط عدم ارتباط با بزه‌دیده را مراعات کند و در صورت نقض این شرط، قرار کفالت تشدید می‌شود. این شرط می‌تواند نحوه رفتار متهم قبل از تشکیل دادگاه را سامان‌دهی کند. در احکام دادگاه‌های عالی امریکا نیز به این شرط اشاره شده است.^{۴۷}

در ایتالیا در پرونده‌های مرتبط با جرایم سازمان‌یافته و تروریستی، از شهود حمایت‌های ویژه و اختصاصی بدون تشریفات معمول قانونی و به‌سرعت، اما در چارچوب قانون به‌عمل می‌آید؛ با این توضیح که به‌موجب قانون حمایت از شهود این کشور، کمیسیون مرکزی در وزارت کشور با مشورت قبلی با دادستان ملی مبارزه با مافیا و تروریسم و با مسئولیت اعمال تدابیر حفاظتی خاص تشکیل شده است (بند دو ماده ۱۱). این کمیسیون می‌تواند بدون تأخیر یا تشریفات، اقدامات حفاظتی موقت را اتخاذ کند (بند نخست ماده ۱۲). کمیسیون یادشده همه برنامه‌های حفاظتی را هر شش ماه یکبار ارزیابی می‌کند و ممکن است در هر زمانی آنها را اصلاح یا لغو نماید (بندهای ۳ و ۴ ماده ۱۳).

البته در قانون ایران برخی موارد را می‌توان یافت که شهود به‌نوعی الزاماً مشمول

۴۶. اداره کنترل مواد مخدر و پیشگیری از جرم سازمان ملل متحد، *عدالت برای بزه‌دیدگان*، ترجمه علی شایان، (تهران: انتشارات سلسبیل، چ اول، ۱۳۸۴)، ص ۳۵.

۴۷. امیرحمزه زینالی و محمدباقر مقدسی، «حق بزه‌دیده بر امنیت و اطلاع رسانی در فرآیند کیفری»، تحقیقات حقوقی، ش ۵۷ (۱۳۹۱)، ص ۳۴۰.

برنامه‌های حمایتی قرار می‌گیرند و تدابیری افتراقی هم برای حمایت از آنان مد نظر است؛ برای مثال، مطابق ماده ۱۷ قانون ارتقای سلامت اداری، دولت ملزم است نسبت به حمایت قانونی و تأمین امنیت و جبران خسارت اشخاصی که تحت عنوان مخبر یا گزارش‌دهنده، اطلاعات خود را برای پیشگیری و کشف یا اثبات جرم و همچنین شناسایی مرتکب در اختیار مراجع ذی‌صلاح قرار می‌دهند و به این دلیل در معرض تهدید و اقدامات انتقام‌جویانه قرار می‌گیرند، اقدام نماید. اقدامات حمایتی عبارت‌اند از: الف) عدم افشای اطلاعات مربوط به هویت و مشخصات خانوادگی و محل سکونت یا فعالیت اشخاص یادشده، مگر در مواردی که قاضی رسیدگی‌کننده به لحاظ ضرورت شرعی یا محاکمه عادلانه و تأمین حق دفاع متهم، افشای هویت آنان را لازم بداند. چگونگی عدم افشای هویت اشخاص یادشده و همچنین دسترسی اشخاص ذی‌نفع، در آیین‌نامه اجرایی قانون سلامت اداری ۱۳۹۰ مشخص شده است. ب) فراهم آوردن موجبات انتقال افراد یادشده با درخواست آنان به محل مناسب دیگری... دستگاه مزبور موظف به انجام این امر است و این انتقال نباید به هیچ وجه موجب تقلیل حقوق، مزایا، گروه شغلی و حقوق مکسبه مستخدم گردد. ج) جبران صدمات و خسارات جسمی یا مالی در مواردی که امکان جبران فوری آن از ناحیه واردکننده صدمه یا خسارت ممکن نباشد. در این صورت، دولت جانشین زیان‌دیده محسوب می‌شود و می‌تواند خسارت پرداخت‌شده را مطالبه نماید. د) هرگونه رفتار تبعیض‌آمیز از جمله اخراج، بازخرید، بازنشسته نمودن پیش از موعد، تغییر وضعیت، جابه‌جایی، ارزشیابی غیرمنصفانه، لغو قرارداد، قطع یا کاهش حقوق و مزایای مخبر، گزارش‌دهنده و منبعی که اطلاعات صحیحی را به مقامات ذی‌صلاح قانون منعکس می‌نماید ممنوع است.^{۴۸} با این حال، موضوع حمایت‌های افتراقی با عنایت به وضعیت شهود مختلف همچنان موضوع جدیدی است که به‌ویژه برای بانوان، بالغان زیر ۱۸ سال، بزه‌دیدگان و شهود جرایم خشونت خانگی و جرایم سازمان‌یافته باید مد نظر قرار گیرد.

۴۸. شهرام ابراهیمی و حامد صفائی آتشگاه، «رویکرد قانون‌گذار به پیشگیری از جرم در قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد»، پژوهشنامه حقوق کیفری، ش ۲ (۱۳۹۴)، ص ۱۰.

– توجه تمام‌نما به ابعاد مالی، نقطه غفلت قانون‌گذار

در کنار تأمین امنیت شهود و بزه‌دیدگان در برابر تهدید، شایسته است که حمایت‌های مالی لازم از آنان صورت پذیرد، زیرا ممکن است شاهد در گذر ورود به برنامه‌های حمایتی و اعمال محدودیت‌ها بر وی، شغل خود را ازدست بدهد؛ از این رو، تأمین شغل و درآمد مالی وی موضوع مهمی در برنامه‌های حمایتی محسوب می‌شود که به‌نظر می‌رسد قانون آیین دادرسی کیفری به آن توجه جامعی نداشته است، زیرا محدوده حمایت مالی از شهود را با عنایت به ماده ۲۱۵ ق.آ.د.ک صرفاً محدود به پرداخت هزینه ایاب و ذهاب به دادگاه و ضرر و زیان از حیث ترک شغل دانسته است. درحالی که ممکن است شاهد به‌موجب تغییر هویت، تغییر محل زندگی و سایر محدودیت‌ها شغل خود را ازدست بدهد؛ به‌ویژه زمانی که در نهادهای دولتی شاغل نباشد. شاید این استدلال مطرح شود که جبران ضرر و زیان ناشی از ترک شغل مشمول موارد یادشده می‌شود؛ با این حال، از ماده یادشده این‌گونه استنباط می‌شود که منظور از ضرر و زیان ناشی از ترک شغل، ضرری است که فرد به‌موجب ترک کار خود در زمان حضور در دادگاه متحمل می‌شود و نه معنای حقوقی ترک شغل. همچنین به‌نظر می‌رسد از منظر قانونی، ترک شغل حتی در فرضی که فرد مشمول برنامه‌های حمایتی قرار بگیرد و از محل زندگی خود به نقطه‌ای دیگر منتقل می‌شود هم رخ نمی‌دهد؛ چراکه بر اساس نظر وزارت کار و امور اجتماعی در بند نخست دستورالعمل شماره ۱۷ مورخ ۱۶ خرداد ۱۳۹۰ راجع به تعریف ترک کار چنین آمده است: «ترک کار عبارت است از فسخ یک‌جانبه قرارداد کار از طرف کارگر بدون مجوز قانونی، برای محقق شدن ترک کار، کارگر می‌بایست قصد و نیت انجام چنین عمل حقوقی را داشته باشد؛ بنابراین در صورتی که قصد و نیت فسخ قرارداد وجود نداشته باشد عمل انجام‌شده (عدم حضور در کارگاه) ترک کار محسوب نمی‌شود»؛ درحالی که در فرض موردنظر، شاهد به دستور قضایی مجبور به ترک شغل خود شده است. به هر جهت، فردی که شغل خود را به صورت موقت ازدست می‌دهد، نیاز به منبع درآمد جدیدی دارد و در این مورد هم باید احتیاط لازم صورت پذیرد و علاوه بر این، در فرض هویت جدید یا انتقال به محل زندگی جدید، به دلیل رعایت مناسبات امنیتی شغلی متفاوت با شغل پیشین برای وی درنظر گرفته شود، زیرا در فرض مداومت در شغل سابق امکان شناسایی وی بالا خواهد بود. همچنین تدبیر مناسب دیگر، پرداخت حقوق به او

با توجه به وضعیت تعداد افراد خانواده است که می‌تواند خطر شناسایی در فرض اشتغال به شغل جدید را هم به دنبال نداشته باشد. حمایت مالی از شهود مورد توجه سایر کشورها هم قرار گرفته است؛ با این تفاوت که برخی از آنها پوشش مالی را محدود به رفت‌وآمد می‌دانند^{۴۹} و برخی دیگر مانند ایتالیا چتر حمایت مالی خود را به مواردی از جمله پرداخت حقوق ماهیانه، اجاره منزل و هزینه‌های سلامت تسری داده‌اند^{۵۰} و بعضی کشورها مانند کانادا تعهدات مالی را به صورت کلی از مصادیق اقدامات حمایتی برشمرده‌اند و محدود به مورد خاصی نمی‌دانند^{۵۱}. به هر روی، تأمین مالی شهود موضوعی است که باید در اصلاحات بعدی آیین‌نامه حمایت از شهود و یا قانون اساسی مورد توجه قرار گیرد.

موضوعی که نه تنها در قانون آیین دادرسی کیفری، بلکه در آیین‌نامه حمایت از شهود مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است، توجه به وضعیت حقوقی افرادی است که به موجب برنامه‌های حمایتی هویت آنان تغییر می‌کند. بدیهی است افراد در طول زندگی خود تعهدات مالی و غیرمالی مثبت و منفی متعددی نسبت به خود در تعامل با دیگران و دستگاه‌های دولتی منعقد می‌کنند؛ بدهی‌های مالی، محکومیت‌های کیفری و جریمه‌ها، و مسائل مرتبط با حضانت فرزندان از جمله این تکالیف و تعهدات هستند و چه بسا تغییر هویت متأثر از برنامه‌های حمایتی در فرضی که با تغییر محل زندگی افراد همراه شود، ممکن است سبب

۴۹. استاندارد ۱۹ منشور شهود انگلستان، مطالبه هزینه رفت‌وآمد به دادگاه برای شهود را از حقوق قابل مطالبه وی می‌داند.

Standard 20: Claiming expenses: ... If You are Unable to Get to and From Court for Financial Reasons, You Should Inform the Witness Care Unit as soon as Possible in Advance. They will Inform the CPS Who can Organise the Payment or Advance of the Cost of Your Travel...

۵۰. قانون‌گذار ایتالیا در ماده ۱ فصل سوم قانون (GAZZETTA UFFICIALE (G.U.) (Feb. 6, 2018)، حمایت اقتصادی

از شهود را یکی از مصادیق برنامه‌های حمایتی می‌داند و در ماده ۶ از فصل سوم به تشریح مصادیق حمایت‌های مالی یاد شده می‌پردازد.

برای دسترسی به متن اصلی قانون یادشده به تارنمای زیر مراجعه کنید:

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/2/6/18G00022/sg>

۵۱. قانون‌گذار کانادا در تعریف اصطلاح حمایت در ماده ۲ قانون (Witness Protection Program Act (S.C. 1996, c. 15)،

حمایت اقتصادی را در ردیف یکی از تدابیر حمایتی می‌شمارد و در بند ۲ ماده ۸، پرداخت تعهدات مالی شاهد را از موارد حمایت

مالی مورد تعهد مستثنی می‌کند و پرداخت آن را از تعهدات شاهد می‌داند.

Deemed terms of protection agreement: A protection agreement is deemed to include an obligation:

(b) on the part of the protectee,

(ii) to Meet All Financial Obligations Incurred by the Protectee at Law that are not by the Terms of the Agreement Payable by the Commissioner,

آسیب جدی به وضعیت حقوقی فرد مشمول برنامه حمایتی وارد نماید که ضروری است که قانون‌گذار به این مهم توجه داشته باشد و تدبیری برای این موضوع بیندیشد. از جمله این تدابیر می‌توان به پرداخت بدهی‌ها از سوی شاهد پیش از ورود به برنامه، توافق با بانک‌ها به منظور ارائه فرصت بیشتر به فرد مشمول برنامه حمایتی برای انجام تعهدات و یا پرداخت سهمی از تعهدات اشخاص به طلبکاران خصوصی و یا جایگزین کردن افرادی با هزینه دستگاه قضایی برای انجام تعهدات شخص داخل در برنامه و تیز اخذ تعهد از وی برای جبران و پرداخت تعهدات انجام‌شده از سوی دستگاه قضایی در قبال تعهدات وی، اشاره نمود.

توجه به این موضوع مورد تأکید بهترین رهنمودهای حمایت از شهود در پرونده‌های کیفری مربوط به جرایم سازمان‌یافته قرار گرفته است^{۵۲}؛ برای مثال، رهنمود حمایت از شهود توصیه می‌کند تا حد امکان از شهود خواسته شود که تعهدات خود نسبت به اشخاص ثالث را پیش از ورود به برنامه پرداخت کنند و همچنین تعهدات مالی مستمر مانند پرداخت نفقه یا سایر پرداخت‌های ماهیانه ممکن است پس از پذیرش در برنامه، از طریق یک واسطه (معمولاً واحد حمایت از شهود) به صورت مرتب انجام شوند^{۵۳}.

در کشور استرالیا مطابق بند یک ماده ۱۶ قانون حمایت از شهود مصوب ۱۹۹۶ (با اصلاحات بعدی)، کمیسر واحد حمایت از شهود باید پیش از ورود شخص به برنامه حمایت از شهود نسبت به انجام تعهدات شاهد یا توافق بر انجام آن قانع شود^{۵۴}؛ همچنین به موجب بند ۵ ماده یادشده، به منظور کمک به طلبکاران برای اجرای حکم، وی می‌تواند جزئیات املاک و اموال شاهد را به آنها اعلام کند^{۵۵}.

52. Protection of the Rights of Third Parties, Especially the Honouring of the Witness's Debts and any Non-Relocated Parent's Custody or Visitation Rights, p. 8.

۵۳. دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد وین، پیشین، ص ۱۰۱.

54. Action as to Obligations etc. of a Participant

(1) If a Participant has any Outstanding Rights or Obligations or is Subject to any Restrictions, the Commissioner must Take such Steps as are Reasonably Practical to Ensure — (a) that Those Rights or Obligations are Dealt with According to Law; or

55. (5) That Action May Include Informing a Person Who is Seeking to Enforce Rights Against the Participant of the Details of any Property (Whether Real or Personal) Owned by the Participant Under his or her Former Identity.

مطابق بخش ۱۰۰. ۲۱-۹ ماده ۹ دفترچه راهنمایی وکلای ایالات متحده^{۵۶} ذیل عنوان امنیت شهود، آنها پیش از ورود به برنامه حمایتی، ملزم به پرداخت هرگونه بدهی معتبر قطعی خود هستند یا باید برای پرداخت بدهی در آتی با طرف مقابل خود به توافق برسند. شهود موظف به انجام کلیه تعهدات کیفری و مدنی (برای مثال، جریمه، خدمات جامعه، بازگرداندن)، تهیه اسناد لازم برای حضانت کودک و در صورت لزوم، فراهم کردن اسناد موردنیاز برای مهاجرت هستند.^{۵۷}

به هر روی، توجه به وضعیت حقوقی افراد مشمول برنامه‌های حمایتی موضوعی است که باید در کنار تدابیر حمایتی به منظور حفظ حقوق جامعه و اشخاص ثالث، به آن توجه شود.

– معاضدت حقوقی و مشاوره روان‌شناسی، ضرورتی غیرقابل انکار

یکی از تدابیر حمایتی از بزه‌دیده و شهود در برابر تهدید، ضرورت برخورداری از معاضدت‌ها و به‌ویژه معاضدت‌های حقوقی و خدمات روانی- پزشکی و روان‌شناسانه است. به عقیده دفتر مبارزه با مواد مخدر سازمان ملل، تأمین معاضدت برای بزه‌دیده و شهود متفاوت با حمایت از شهود است؛ زیرا مقصود از معاضدت، تأمین امنیت جانی افراد نیست، بلکه هدف آن تعقیب و اقدام قانونی مؤثر و کارآمد و اجتناب از بزه‌دیدگی ثانویه و آزار مجدد بزه‌دیده و شاهد در فرایند محاکمه است. پشتیبانی در تمام مراحل قبل، حین و بعد از دادرسی لازم است، اما نباید به شکل گفتگو و تبادل نظر یا تمرین شهادت شاهد یا حتی راهنمایی شاهد قبل از محاکمه باشد. با این حال، آن‌چنان حساسیتی که نسبت به حق متهم بر داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی در قوانین کشورها از جمله ایران در طی سال‌ها به خرج داده شد، درباره بزه‌دیده نبوده، زیرا همواره توجه اصلی قانون‌گذار بر دادخواهی حق

56. United States Attorneys' Manual

دفترچه راهنمایی وکلای ایالات متحده، متون متفرقه‌ای است که به‌عنوان یک مرجع سریع و آماده برای وکلای ایالات متحده و سایر کارمندان وزارت دادگستری ایالات متحده مسئول رسیدگی به تخلف از قوانین فدرال طراحی شده است.

۵۷. علاوه بر این، به‌عنوان شرط مجوز ورود به برنامه حمایتی، دادگستری می‌تواند به صلاح‌دید خود، مقامات محلی (پلیس محلی) را از حضور شاهد در آن منطقه و سابقه کیفری وی مطلع کند؛ همچنین آزمایش نوبه‌ای مواد مخدر یا الکل و یا مشاوره در مورد مصرف مواد و شروط دیگری را که به نظر به نفع برنامه است، تنظیم کند.

بزه‌دیدگان جرم بوده و کمتر به حق بزه‌دیده بر داشتن وکیل توجه شده است.^{۵۸} به هر حال، حق بزه‌دیده بر داشتن وکیل در صدر ماده ۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری مورد تصریح قرار گرفته است؛ با این همه، حق بر داشتن وکیل تسخیری برای بزه‌دیده، همانند متهم، فرض نشده است و همچنین در موارد مربوط به حقوق شهود، سخنی از حق بر داشتن وکیل به میان نیامده است؛ با این حال، همان‌طور که هر شخصی می‌تواند در امور حقوقی از داشتن وکیل بهره‌مند شود، شاهد هم از این حق مستثنا نیست و می‌تواند برای خود وکیل اختیار کند؛ اما نکته مهم ضرورت تخصیص وکیل برای بزه‌دیده و شاهد به‌عنوان تدبیری معاضدتی به‌منظور آگاهی آنان از حقوق و تکالیف خود، حمایت‌ها و معاضدت‌های موجود برای آنها، ترسیم آنچه در انتظار آنها در طول دادگاه خواهد بود و توضیحات ابتدایی در مورد کیفیت فرایند رسیدگی کیفری است. با وجود این، داشتن وکیل به صورت الزامی در حقوق ایران صرفاً برای متهم به‌رسمیت شناخته شده است؛^{۵۹} درحالی که در کشور هلند وکیل مدافع در جلسه استماع شاهد حضور دارد و همچنین مطابق مواد ۱-۱۱۳ تا ۸-۱۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۲۰۰۰ فرانسه با عنوان حضور وکیل مدافع^{۶۰} ازجمله حقوق شاهد شناخته شده است و در حقوق انگلستان پلیس قبل از شروع به تحقیق و بازجویی از شهود، باید حق برخورداری از معاضدت حقوقی را به شاهد تفهیم کند و اگر چنین نکند، قاضی می‌تواند در جلسه دادگاه وفق ماده ۸۷ قانون پلیس و ادله کیفری، صورت جلسه تنظیمی پلیس را چون در فرایندی نادرست و فریبکارانه اخذ شده است، ابطال نماید. هم‌اکنون در ایران چنین معاضدتی برای شاهد وجود ندارد، اما اگر شاهدهی بخواند از آن بهره‌مند گردد

۵۸. عباس اختری و حسعلی موذن‌زادگان، «جایگاه حقوق بزه‌دیده در مرحله تحقیقات مقدماتی از منظر قانون آیین دادرسی کیفری ایران»، پژوهش حقوق کیفری، ش ۲۶ (۱۳۹۸)، ص ۵۶.

۵۹. ماده ۱۹۰- متهم می‌تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی، یک نفر وکیل دادگستری همراه خود داشته باشد. این حق باید پیش از شروع تحقیق توسط بازپرس به متهم ابلاغ و تفهیم شود. چنانچه متهم احضار شود این حق در برگیرنده حضاریه قید و به او ابلاغ می‌شود. وکیل متهم می‌تواند با کسب اطلاع از اتهام و دلایل آن، مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قانون لازم بداند، اظهار کند. اظهارات وکیل در صورت مجلس نوشته می‌شود.

تبصره ۱- سلب حق همراه داشتن وکیل و عدم تفهیم این حق به متهم به ترتیب موجب مجازات انتظامی درجه هشت و سه است.

تبصره ۲- در جرایمی که مجازات آن سلب حیات یا حبس ابد است، چنانچه متهم اقدام به معرفی وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی ننماید، بازپرس برای وی وکیل تسخیری انتخاب می‌کند.

باید به وکیل خود یا مشاوران مربوط مراجعه کند.^{۶۱}

خدمات روانی- پزشکی و روان‌شناسانه معاضدت دیگری است که در قانون آیین دادرسی کیفری و آیین‌نامه حمایت از شهود به‌منظور حمایت از بزه‌دیده و شاهد در برابر تهدیدات ضرورت پیش‌بینی آن حس می‌شود؛ با این حال، به آن توجهی چندانی نشده و صرفاً محدود به آموزش حفاظت از سلامتی جسمی و روحی و روانی بوده است.^{۶۲} که به‌سختی می‌توان از این عبارت امکان ارائه گسترده خدمات روانی- پزشکی و روان‌شناسانه از جمله آمادگی روحی و روانی بزه‌دیده و شهود جهت حضور در دادگاه، ارائه خدمات روان‌شناسی و روان‌درمانی به‌منظور کاهش ترس و استرس در شهود مرعوب و آسیب‌پذیر، افراد بالغ زیر ۱۸ سال، بزه‌دیده- شاهد جرایم خشونت خانگی و جرایم سازمان‌یافته را استنباط نمود. حال آنکه اهمیت این موضوع به‌حدی است که بند ۳ ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی و ادله دیوان بین‌المللی کیفری بر ضرورت ارائه معاضدت‌های پزشکی، روان‌شناسانه و سایر موارد ضروری در این چارچوب به‌عنوان یکی از وظایف واحد حمایت از بزه‌دیده و شهود تأکید دارد.^{۶۳} و همچنین قاعده ۹۱ مقررات ۲۰۰۶ ثبت و بایگانی دیوان بین‌المللی کیفری^{۶۴} در راستای کمک به بزه‌دیدگان و تأمین هرچه بهتر امنیت آنان، سازوکاری به نام «پشتیبانان همراه بزه‌دیده» را معرفی می‌کند. پشتیبان همراه بزه‌دیده شخصی است که در شرایطی مانند نبودن هیچ بازمانده‌ای از خانواده درجه یک، وجود گرایش به خودکشی، امکان بروز خشونت، وجود بیماری بدنی یا روانی ازپیش موجود، برای مراقبت از بزه‌دیده و کمک به وی در فرایند عدالت کیفری می‌تواند او را همراهی کند.^{۶۵} در سطح قوانین داخلی کشورها،

۶۱. ابوالحسن شاکری و رضا رضایی، پیشین، ص ۸۵.

۶۲. موضوع بند ۴ ماده ۱۷ آیین‌نامه حمایت از شهود.

63. Rule 17 Functions of the Unit

1. The Victims and Witnesses Unit Shall Exercise its Functions in Accordance with Article 43, Paragraph 6.

(iii) Assisting Them in Obtaining Medical, Psychological and Other Appropriate Assistance.

۶۴. مقررات ۲۰۰۶ ثبت و بایگانی دیوان یکی از مقررات جدیدی است که بر پایه ماده ۵۲ اساسنامه، و بخش سوم فصل یکم قواعد

۲۰۰۲ آیین دادرسی و دلایل تصویب شده‌اند.

۶۵. مهرداد رایجیان اصلی، «تحول حقوق جهانی بزه‌دیدگان بر پایه اصل هم‌ترازی حقوق بزه‌دیده و متهم در بستر دادرسی عادلانه»،

حقوقی دادگستری، ش ۵۷ (۱۳۸۵)، ص ۱۶۷.

دولت کنگو به تأسی از اسناد یادشده در مراحل مختلف دادرسی بر ضرورت ارائه خدمات پزشکی و روان‌شناسانه تأکید داشته و ارائه این خدمت را در کنار احترام به حریم خصوصی و کرامت بزه‌دیده و شهود، به‌عنوان یکی از وظایف مقام قضایی برشمرده است.^{۶۶} در کشور مونته‌نگرو به‌موجب ماده ۱۲ قانون حمایت از شهود^{۶۷}، ارائه خدمات پزشکی و روان‌شناسی در کنار خدمات اجتماعی و معاضدت‌های حقوقی به‌عنوان یکی از وظایف واحد حمایت از افراد تحت حمایت برشمرده شده است و همچنین مطابق بند ۳ ماده ۲۲^{۶۸} این قانون، ارائه خدمات یادشده به‌عنوان یکی از حقوق مهم افراد تحت حمایت محسوب می‌شود و یا در کشور ایتالیا خدمات بیمه‌ای به‌منظور تأمین مالی برای دریافت چنین خدماتی یکی از حقوق شهود در برنامه‌های حمایتی است (قسمت «س» بند ۱ ماده ۶). با عنایت به مطالب بیان‌شده، ضروری است به‌منظور تضمین همکاری مناسب بزه‌دیده و شهود با دستگاه عدالت کیفری و ارائه شهادت کامل و دقیق، معاضدت‌های حقوقی و خدمات روانی-پزشکی و روان‌شناسانه به‌صراحت به‌عنوان بخشی از برنامه‌های حمایتی برای شهود و بزه‌دیده درنظر گرفته شود؛ هرچند در عمل برخی از مقامات قضایی^{۶۹} از این تدابیر استفاده می‌کنند، اما به دلیل نبود نص قانونی، بهره‌مندی از این تدابیر در وضعیت کنونی، به میزان آگاهی مقامات قضایی از آموزه‌های حقوق بشری، نیازهای روان‌شناسانه و آموزش‌های دریافتی ضمن خدمت قضایی وابسته است.

66. Isabelle Fery, *Executive Summary of a Study on the Protection of Victims and Witnesses in DRC*, (DRC: Protection International, 2012), p. 17.

67. Article 12

During the Course of the Protection Programme Application, the Protection Unit Shall Provide Necessary Economic, Psychological, Social and Legal Assistance to the Protected Person. It Shall also Assist the Protected Person with the Provision of Economic and Social Support until the Moment He or She Achieves the Economic Independence.

68. Article 22 The Agreement Shall Contain:

3. Obligations Towards the Witness i.e. Person Close to Him or Her:

To Provide Him or Her with Necessary Psychological, Social and Legal Assistance in the Course of the Protection Program Application.

۶۹. برای مثال، دادستانی کیش از این تدابیر استفاده می‌کند. اطلاعات پیش‌گفته حاصل مصاحبه با مهیار ابراهیمی، مقام قضایی در دادستانی شهرستان کیش، در تاریخ ۱۴۰۰/۱۲/۱۲ است.

- از تماشاگری تا بازیگری نهادهای مدنی

استفاده از ظرفیت سازمان‌های مردم‌نهاد یکی از ظرفیت‌هایی است که می‌توان در جلب مشارکت جامعه مدنی در فرایند دادرسی کیفری، کاهش هزینه‌های حمایت از بزه‌دیده و شهود، حمایت عملی جامعه از بزه‌دیدگان و پاسخ‌گویی مناسب به انواع نیازهای بزه‌دیدگان و شهود در معرض تهدید استفاده نمود؛ با این حال، نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در آیین دادرسی صرفاً محدود به اعلام جرم، ارائه دلیل و حضور در فرایند رسیدگی می‌شود. با این حال، در عمل سازمان‌های مردم‌نهادی که به عنوان اعلام‌کننده جرم در فرایند کیفری حضور دارند، بزه‌دیده را زیر چتر انواع معاضدت‌های مختلف روان‌شناسی و مشاوره‌ای قرار می‌دهند.^{۷۰} با این وصف، این موضوع در راستای اساسنامه این سمن‌ها است و نه در محدوده محدوده موازین و تدابیر آیین دادرسی کیفری به عنوان تدبیری به منظور حمایت از بزه‌دیدگان و شهود در معرض تهدید؛ از این رو، سازوکارهای قانونی و حمایت‌های دولتی از این سازمان‌ها در جهت انجام این وظایف صورت نمی‌گیرد، درحالی که استفاده از خدمات و مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد در سایر کشورها امری متداول است. برای نمونه در انگلستان و ولز سازمان‌های متعددی برای ارائه کمک و خدمت به بزه‌دیدگان وجود دارد؛ سرویس‌های حمایت از بزه‌دیدگان خدمات حمایتی را به طور داوطلبانه به بزه‌دیدگان ارائه می‌کنند. این سازمان‌ها درک گسترده‌ای از نیازهای طیف‌های مختلف بزه‌دیدگان دارند و حمایت‌های متنوعی مانند ارائه اطلاعات به بزه‌دیدگان، مشاوره در خصوص بیمه و جبران خسارت، حمایت‌های روان‌پزشکی و پزشکی عرضه می‌کنند و پلیس هم موظف است جزئیات واقعه را به نهادهای مدنی گزارش دهد؛ مگر اینکه قربانی جرم به صراحت از پلیس بخواهد که این کار را انجام ندهد.^{۷۱} در کشور کنگو به دلیل کمبود امکانات و بودجه

۷۰. برای مثال، خانه امن آتنا از جمله وظایف خود را تأمین نیازهای مراجعه‌کنندگان نظیر تأمین خوراک و پوشاک، پزشکی، روان‌پزشکی، مهارت‌آموزی، اشتغال، امور آموزشی، حقوقی و زوج‌درمانی، اوقات فراغت و نگهداری از کودکان می‌داند. همچنین وظیفه‌ای مشابه خانه امن آتنا با محوریت کودکان توسط جمعیت امام علی صورت می‌پذیرد. برای اطلاعات بیشتر در مورد نحوه عملکرد این سازمان‌های مردم‌نهاد، ر.ک.

<https://atena-ngo.com/>
<https://sosapoverty.org/>

۷۱. الهام حیدری، «ضرورت و جلوه‌های مشارکت عمومی در دادرسی کیفری ایران»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۱۳.

به منظور استفاده از خدمات درمانی و روان‌شناسی برای بزه‌دیدگان و شهود، یکی از ابزارهای دادگاه‌ها استفاده از ظرفیت سمن‌های فعال در حوزه این خدمات است.^{۷۲} همچنین می‌توان از ظرفیت سمن‌ها در بخش تأمین امنیت شهود و بزه‌دیدگان، چه به صورت مستقیم در قالب سپردن امنیت شهود به سازمان‌های مردم‌نهاد و چه در قالب ارائه آموزش‌های دفاعی و روحی و روانی از سوی این نهادها به بزه‌دیدگان و شهود استفاده نمود. به هر روی، موضوع استفاده از سمن‌ها در حمایت از بزه‌دیدگان و شهود به حدی حائز اهمیت است که دیوان بین‌المللی کیفری در ماده ۱۸ آیین دادرسی و ادله، از جمله تکالیف واحد حمایت از شهود و بزه‌دیدگان به منظور بهبود عملکرد، خود را همکار با سازمان‌های مردم‌نهاد می‌داند.^{۷۳}

نتیجه

امروزه موضوع حمایت از شهود در فرایند دادرسی کیفری ضرورتی انکارناپذیر در جهت تضمین دادرسی منصفانه محسوب می‌شود. قانون‌گذار ایرانی هم از این مهم غافل نبوده، ضمن وضع چند ماده قانونی و اختصاص یک آیین‌نامه اجرایی به موضوع حمایت از شهود در برابر تهدید، ارزش‌های گوناگون جانی، مادی و حیثیتی آنان را زیر چتر حمایتی خود قرار داده است که به نوبه خود اقدام مثبت و مهمی محسوب می‌شود. با این حال، در کنار ضرورت به‌کارگیری عملی این مقررات و حمایت از شهود در پرونده‌های مهم، به‌ویژه در خصوص مفاسد اقتصادی و جرایم امنیتی، جای خالی وضع قوانین اختصاصی حمایتی ویژه از شهود در مورد جرایم یادشده و همچنین وضع قوانینی در خصوص شهود آسیب‌پذیر و دقت نظر بیشتر نسبت به جزئیات تدابیر حمایتی به شرح یادشده در این نوشتار، همچنان احساس می‌شود.

با توجه به پیشنهاد‌های مبسوط ارائه‌شده، مشخص گردید که اتخاذ تدابیر ویژه حمایتی، توجه تمام‌نما به ابعاد مالی، ارائه معاضدت‌های حقوقی و مشاوره روان‌شناسی، بیمه‌ای و استفاده از ظرفیت نهادهای مدنی به شرح یادشده در بند مربوط به پیشنهاد‌های

72. Isabelle Feryop.Cit, p22.

73. Rule 18 Responsibilities of the Unit

For the Efficient and Effective Performance of its Work, the Victims and Witnesses Unit shall:
(e) Where appropriate, Cooperate with Intergovernmental and non-Governmental Organizations.

مقاله، سایه‌روشن‌هایی است که قانون‌گذار آیین دادرسی کیفری در جهت تکمیل و بهبود قوانین خود به‌منظور حمایت از شهود در برابر تهدید باید به آنها توجه نماید.

با این حال، علاوه بر پیشنهادهای بالا، ابتکار کشوری مانند ایتالیا با جرم‌انگاری سوءاستفاده از برنامه‌های حمایتی از سوی شهود، چه برای ورود، چه استمرار در آنها و احتساب آن به‌عنوان عامل مشدده برای جرم افترا (بند ۱ ماده ۲۲ قانون حمایت از شهود قضایی سال ۲۰۱۸) و همچنین تأمین مالی بخشی از برنامه‌های حمایتی به‌موجب جزای نقدی مقرر برای جرم تهدید یا سایر جزایهای نقدی مربوط به هر پرونده، دو پیشنهاد مهم قابل ارائه به حقوق ایران است که می‌تواند هم در پیشگیری از سوءاستفاده از این برنامه‌ها از جانب افراد، کمک به تخصیص برنامه‌ها به نیازمندترین شهود و همچنین تأمین مالی تدابیر حمایتی مورد استفاده قرار گیرد.

نکته پایانی اینکه ضروری است رویه عملی دادگاه‌ها به‌عنوان آیین تمام‌نمای سیاست جنایی اجرایی - قضایی در خصوص حمایت از شهود، نقش فعالی را در مقطع کنونی ایفا نماید؛ چراکه این موضوع از چند جهت حائز اهمیت است: نخست، هدف از وضع قوانین، تضمین حقوق افراد و یا احقاق حق آنان است و لازمه دستیابی به این امر مهم اجرای آنهاست، نه وضع نمادین؛ دوم آنکه در جریان اجرای قوانین است که خلأهای قانونی و نیازهای اساسی در خصوص حمایت شهود جلوه می‌نماید و آنگاه پژوهش‌هایی نظیر نوشتار کنونی قابلیت استفاده و بهره‌برداری می‌یابد.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

- کتابها

۱. اداره کنترل مواد مخدر و پیشگیری از جرم سازمان ملل متحد (۱۳۸۴). *عدالت برای بزه‌دیدگان*، ترجمه علی شایان، تهران: انتشارات سلسبیل.
۲. خالقی، علی (۱۳۹۵)، *نکته‌ها در آیین دادرسی کیفری*، تهران: شهردانش.
۳. دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد وین (۱۳۸۸). *بهترین راهکارها برای حمایت از شهود در پرونده‌های کیفری مربوط به جرایم سازمان یافته*، ترجمه معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، تهران: شرکت سهامی روزنامه رسمی کشور.
۴. رحیمی‌نژاد، اسمعیل (۱۳۸۷). *کرامت انسانی در حقوق کیفری*، تهران: میزان.

- مقالات

۵. ابراهیمی، شهرام و صفائی آتشگاه، حامد (۱۳۹۴). رویکرد قانون‌گذار به پیشگیری از جرم در قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، ۶(۲)، ۳۱-۷.
۶. اختری، عباس و موذن‌زادگان، حسنعلی (۱۳۹۸). جایگاه حقوق بزه‌دیده در مرحله تحقیقات مقدماتی از منظر قانون آیین دادرسی کیفری ایران، *پژوهش حقوق کیفری*، ۷(۲۶)، ۴۱-۷۳.
Doi: 10.22054/jclr.2018.24224.1468
۷. امینی، زهرا و کوشکی، غلامحسین (۱۳۹۶). بررسی تطبیقی حمایت از شهود در قانون آیین دادرسی کیفری ایران و منشور شهود انگلستان، *حقوق کیفری*، ۶(۲۱)، ۱۱۵-۱۵۳.
Doi: 10.22054/jclr.2018.20181.1378
۸. بیگی، جمال (۱۳۸۹). راهبردهای حمایتی سازمان ملل متحد، ایران و اسلام در تأمین امنیت بزه‌دیدگان و شهود قاچاق انسان، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱(۱)، ۲۵-۵۹.
۹. حیدری، الهام (۱۳۹۷). ضرورت و جلوه‌های مشارکت عمومی در دادرسی کیفری ایران، *مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، ۴۸(۲)، ۲۹۶-۲۷۵.
Doi: 10.22059/jqclcs.2019.70798

۱۰. رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۸۳). سه گفتار تطبیقی در بزه‌دیده‌شناسی: داخلی، منطقه‌ای و بین‌المللی، *حقوقی دادگستری*، ۶۸(۴۶)، ۱۷۴-۱۹۲.
۱۱. رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۸۵). تحول حقوق جهانی بزه‌دیدگان بر پایه‌ی اصل هم‌ترازی حقوق بزه‌دیده و متهم در بستر دادرسی عادلانه، *حقوقی دادگستری*، ۷۰(۵۷)، ۱۳۷-۱۸۴.
Doi: 10.22106/jlj.2006.11477
۱۲. رئوفیان، حمید و حسن‌زاده محمدی، ابوالفضل (۱۳۸۹). حمایت از شهود در چالش با حقوق دفاعی متهم، *حقوقی دادگستری*، ۷۴(۷۱)، ۹۳-۱۰۹.
Doi: 10.22106/jlj.2010.11166
۱۳. زینالی، امیرحمزه و مقدسی، محمدباقر (۱۳۹۱). حق بزه‌دیده بر امنیت و اطلاع‌رسانی در فرآیند کیفری، *تحقیقات حقوقی*، ۱۵(۵۷).
۱۴. شاکری، ابوالحسن و رضایی، رضا (۱۳۹۴). سیاست جنایی تقنینی ایران در حمایت از شاهد، *آموزه‌های حقوق کیفری*، ۱۲(۱۰)، ۸۱-۱۰۴.
۱۵. فتحی، محمدجواد و دادیار، هادی (۱۳۹۱). جایگاه دادستان در سیاست جنایی نوین و الزامات دادرسی عادلانه، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۴(۷)، ۱۲۳-۱۴۸.
۱۶. لوک، والین (۱۳۸۵). قربانیان و شهود در حقوق بین‌الملل از حق حمایت تا حق بیان، ترجمه توکل حبیب‌زاده و مجتبی جعفری، *حقوقی* (نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری)، ۲۳(۳۴)، ۳۳-۵۶.
Doi: 10.22066/cilamag.2006.17848
۱۷. مؤذن‌زادگان حسنعلی و رئوفیان نائینی حمید (۱۳۸۹). حمایت از امنیت شهود در فرآیند دادرسی کیفری، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ۱۶(۵۶).

ب) منابع انگلیسی

- Books

18. Fery, Isabelle (2012). *Executive Summary of a Study on the Protection of Victims and Witnesses in DRC*, (DRC: Protection International).
19. Earley, Pete & Gerald Shur (2002). *WITSEC: Inside the Federal Witness Protection Program*, (NY: Bantam Books).

20. United Nations Office on Drugs and Crime (2008). ***Good Practices for the Protection of Witnesses in Criminal Proceedings Involving Organized Crime***, (New York: United Nations Office on Drugs and Crime).

21. Valette, Vanessa (2007). ***Procédure pénal***, (Paris: Ellipses).

- Articles

22. Doak, J. (2003). The Victim and the Criminal Process: An Analysis of Recent Trends in Regional and International Tribunals, ***Legal Studies***, 23.

23. J. Toksont, Matthew (2007). Virtual Confrontation: Is Videoconference Testimony by an Unavailable Witness Constitutional?, ***The University of Chicago Law Review*** 74.

- Site

24. www.iclr.co.uk. law reports & case law search [ICLR].



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 33

Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 133-167

Removing Obstructions for Achieving Courts' Coordinated Solutions in the Subject of Characterization (Using the Experience of French Law)

Seyyed Abbas Seyyedi Arani¹

1. Assistant Professor, University of Kashan, Iran

abbas.seyyedi@yahoo.com

Abstract

Characterization, means putting subject in category of communication to determine the governing law is global issue that has special complexity in private international law with conflict of characterizations due to internal regulations. Since in Iran bilateral method prevails, judge faces different characterizations from design to the resolution of issue. selfish implementation of system of lex fori on all characterizations both basic, secondary, connecting factor and preliminary problem, challenges the unification of solutions: An ideal that requires achieving same results in different situations in domestic and international law. In situation where the national authors have not explained the conditions governing the issue of description accurately and have confused its types, the current research aims to provide solution by using French law - The inspiration of Iran's private international law-and focusing on separation of characterizations and in this situation, Strengthening the participation of foreign country is helpful: Solving preliminary problem based on competent law according to conflict of law rule of country governing the main issue guarantees internal integration and international coordination. Characterization contained in each rule with regulations of country that enacted it and include the foreign country's secondary characterization, have same result. Of course, there is limitation in bilateral method that makes it impossible to achieve goal. In fact, it isn't possible to violating conflict of law rule of lex fori: different interpretations of subject lead to the issuance of conflicting verdicts, but basic characterization must be done according to the rules of lex fori. That's reason also justifies negation of renvoi due to characterizations because assuming Carrying out basic characterization according to rules of lex fori and jurisdiction of the substantive law of foreign country, by accepting renvoi resulting from this country's characterization of subject and the application of other substantive law, conflict of law rule of lex fori is violated.

Keywords: Basic characterization, Preliminary problem, Connecting Factor, Unification of solutions, Secondary characterization.

Received: 2022/01/11 Received in revised form: 2023/06/07 Accepted: 2023/06/26 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.49872.3066

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



شاپا الکترونیکی: ۰۵۱۴-۲۸۲۱

دوره: ۱۴، شماره: ۳۲

پاییز ۱۴۰۲

مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

صفحات: ۱۳۳-۱۶۷

نوع مقاله: پژوهشی

مانع‌زدایی از هماهنگی راهکارهای دادگاه‌ها در موضوع توصیف (با بهره‌گیری از آورده‌های حقوق فرانسه)

سیدعباس سیدی آرانی^۱

abbas.seyedi@yahoo.com

۱. استادیار دانشگاه کاشان، ایران

چکیده

توصیف، به معنای قراردادن موضوع در دسته ارتباط برای تعیین قانون حاکم، مسئله‌ای است جهان‌شمول که در حقوق بین‌الملل خصوصی با تعارض توصیف‌ها به دلیل داخلی بودن مقررات، پیچیدگی خاصی دارد. از آن جا که روش حاکم در ایران، دوجانبه است، قاضی از طرح تا حل موضوع با توصیف‌های متفاوتی روبروست. در این شرایط، اعمال خودخواهانه سیستم مقر دادگاه بر تمام توصیف‌ها، اعم از اصلی، ثانوی، عامل ارتباط و نیز مسئله مقدماتی، هماهنگی راهکارها را با چالش مواجه می‌سازد؛ آرمانی که مستلزم نیل به نتایج یکسان در موقعیت‌های متفاوت در حقوق داخلی و بین‌المللی است. در شرایطی که نویسندگان ملی شرایط حاکم بر مسئله توصیف را به دقت تبیین نکرده و اقسام آن را خلط نموده‌اند، پژوهش حاضر با بهره‌گیری از آورده‌های حقوق فرانسه - که الهام‌بخش حقوق بین‌الملل خصوصی ایران است - و با تمرکز بر تفکیک توصیف‌ها درصدد ارائه راهکار است. در این شرایط، تقویت مشارکت کشور سبب در مواردی راهگشاست. حل مسئله مقدماتی به استناد قانون صالح و به موجب قاعده حل تعارض کشور حاکم بر موضوع اصلی موجب یکپارچگی داخلی است و در مواردی هماهنگی بین‌المللی را تضمین می‌کند. توصیف عامل ارتباط مندرج در هر قاعده با مقررات کشور واضع آن و لحاظ توصیف ثانوی کشور سبب از موضوع نیز همین نتیجه را دارد. البته محدودیتی در روش دوجانبه وجود دارد که نیل به هدف را در موارد دیگر غیرممکن می‌سازد. درواقع، امکان نقض قاعده حل تعارض مقر دادگاه وجود ندارد. تفاسیر گوناگون از موضوع به صدور احکام متفاوت در کشورهای مختلف منجر می‌شود، ولی چاره‌ای جز انجام توصیف اصلی طبق مقررات مقر دادگاه نیست. همین دلیل، نفی احاله ناشی از توصیف‌ها را نیز توجیه می‌کند؛ زیرا با فرض انجام توصیف اصلی براساس مقررات مقر دادگاه و صلاحیت قانون ماهوی کشور خارجی، با پذیرش احاله ناشی از توصیف این کشور از موضوع و اعمال قانون ماهوی دیگر، قاعده حل تعارض مقر دادگاه نقض می‌شود.

واژگان کلیدی: توصیف اولیه، توصیف ثانوی، عامل ارتباط، مسئله مقدماتی، هماهنگی راهکارها.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۳ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۱/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.49872.3066

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

در تمام گرایش‌های حقوقی، توصیف عمل یا واقعه حقوقی برای یافتن قانون حاکم بر موضوع، امری رایج و ضروری است. در واقع، توصیف عبارت است از قرار دادن موضوع در دایره شمول قاعده برای تعیین آنچه به‌طور خاصی قابل اعمال است.^۱ برای نمونه، در حقوق مدنی، قاضی باید بررسی کند که آیا قرارداد مورد اختلاف، بیع است یا صلح. چنین توصیفی پیش از تعیین رژیم حقوقی حاکم بر قرارداد الزامی است. در عرصه تعارض قوانین نیز توصیف‌های گوناگونی وجود دارد؛ توصیف اولیه و مقدماتی در زمان رویارویی دادرس با موضوع متنازع‌فیه مطرح می‌شود. مسئله توصیف‌ها حتی پس از تعیین قاعده حل تعارض نیز ادامه می‌یابد. پس از توصیف اولیه و مقدماتی، تعیین قاعده حل تعارض و توصیف عامل ارتباط و ثانوی موضوعیت پیدا می‌کند.

اما به علت داخلی بودن اکثر منابع حقوق بین‌الملل خصوصی، سیستم‌های حقوقی مختلف ممکن است توصیف‌های گوناگونی از یک نهاد یا رابطه حقوقی واحد داشته باشند. بنابراین، مسئله تعارض توصیف‌ها مطرح می‌شود و سؤال این است که دادگاه بر چه اساسی باید موضوع متنازع‌فیه را توصیف نماید؛ بر اساس قانون مقرر دادگاه یا بر اساس قانون دیگری همانند قانون سبب؟

مسئله توصیف بدون تردید با نام بارتن^۲ پیوند خورده، ولی مبالغه است اگر بارتن را کاشف آن بدانیم؛ زیرا از یک سو، کاهن^۳، نویسنده آلمانی، در سال ۱۸۹۱ با عنوان «تعارض پنهان»^۴ به آن توجه نمود و از سوی دیگر، در قرون پیشین حقوق بین‌الملل خصوصی نمی‌توانست بدون توجه به ضرورت توصیف، گسترش یابد و از مرحله حاشیه‌نویسان متأخر^۵ عبور کند. دومولن^۶ نظریه حاکمیت اراده را در خصوص رژیم مالی نکاح بیان کرد و به تبعیت

1. Pierre Gothot & Paul Lagarde, "Conflits de Lois: Principes Généraux, Répertoire de Droit International", (Janvier 2006), P. 124.

2. Bartin

3. Kahren

4. Conflit Latent.

5. Post-Glossateurs.

6. Dumoulin.

این رژیم از قانون موردنظر طرفین باور داشت؛ به این ترتیب با قراردادن موضوع در دسته ارتباط قراردادهای، برای نخستین بار مسئله توصیف‌ها را به‌طور ضمنی مطرح کرد. با وجود این، باید اذعان داشت شایستگی بزرگ بارتن این بوده که مسئله توصیف‌ها را به صورت مجزا بررسی و منظم کرده است.^۷

در هر سیستم حقوقی، روابط حقوقی به دسته‌های ارتباط، تقسیم و برای هریک قاعده ای وضع می‌شود که قانون صلاحیت‌دار را تعیین می‌کند.^۸ برای نمونه، طلاق در ایران در دسته ارتباط احوال شخصیه قرار می‌گیرد که بر آن قانون ملی حاکم است (ماده ۷ ق.م). بنابراین، دادرس در مواجهه با موضوع متنازع‌فیه که دارای عنصر خارجی مانند تابعیت خارجی زوجین است باید مشخص نماید که رابطه حقوقی موردبحث در کدام یک از دسته های ارتباط قرار می‌گیرد. تشخیص این امر از طریق «توصیف اولیه»^۹ انجام می‌شود. برای یافتن دسته ارتباط، ممکن است پاسخ به یک پرسش مقدماتی نیز تعیین‌کننده باشد؛ موضوعی که دقیقاً به همین دلیل، «مسئله مقدماتی»^{۱۰} و موضوع توصیف اولیه در ارتباط با آن، «مسئله اصلی»^{۱۱} نامیده می‌شوند. در موضوع مسئله مقدماتی باید به این پرسش پاسخ داده شود که قانون صالح از سوی کدام قاعده حل تعارض تعیین می‌شود؛ مقرر دادگاه یا کشوری که به موجب قاعده مقرر دادگاه برای حل مسئله اصلی صالح است؟

با یافتن پاسخ برای قانون حاکم بر توصیف‌ها، قواعد حل تعارض حاکم بر هریک مشخص می‌شود. منتهی این وضعیت به معنای پایان آنها نیست. در واقع، پس از تعیین قاعده حل تعارض حاکم بر دسته ارتباط و نیز مسئله مقدماتی، توصیف «عامل ارتباط» به کاررفته در قاعده حل تعارض مطرح می‌شود؛ خواه قاعده حل تعارض مقرر دادگاه مطرح باشد یا قاعده خارجی. مسئله توصیف به همین جا ختم نمی‌شود. در واقع، پس از آنکه توصیف اولیه بر مبنای سیستم حقوقی مقرر دادگاه صورت پذیرفت، موضوع در دسته ارتباط

7. Yves Loussouarn; Pierre Bourel; Pascal De Varelles-Sommières, *Droit international Privé*, (Paris: Dalloz, 2013), p. 249.

۸. نجادعلی الماسی، حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران: میزان، ۱۷، ۱۴۰۰)، ص ۱۰۳.

9. La qualification primaire.

10. La question préalable.

11. La question principale.

قرار گرفت و عامل ارتباط تعیین و احتمالاً صلاحیت قانون خارجی تأیید شد، ممکن است مقررات کشور سبب، تفسیر دیگری از موضوع متنازع‌فیه داشته باشد و آن را به صورت دیگری تعریف کند یا در دسته ارتباط دیگری قرار دهد و قانون دیگری را صالح بداند. مسئله ای که درست به همین دلیل، «توصیف ثانوی»^{۱۲} نامیده می‌شود. شناخت این توصیف‌ها، تمایز و تأثیر آنها در هماهنگی راهکارها محل گفت‌وگوست.

مسئله توصیف با این گستره در روش دوجانبه حل تعارض قوانین مطرح می‌شود. در این روش، نقطه آغازین استدلال موضوع است. موضوع پس از توصیف، در دسته ارتباطی قرار می‌گیرد و عامل ارتباط قانون صالح (داخلی یا خارجی) را مشخص می‌کند. بنابراین، سوای توصیف اصلی و مقدماتی، امکان طرح توصیف عامل ارتباط بکاررفته در قاعده حل تعارض داخلی و خارجی و نیز توصیف سیستم حقوقی خارجی از موضوع وجود دارد؛ در روش یک جانبه، مسئله توصیف با این گستره قابل بحث نیست، زیرا در روش نامبرده قواعد حل تعارض قوانین فقط دایره شمول قوانین همان کشور را مشخص می‌کند و این امکان را می‌دهد که بر موضوع بیرون از این حوزه، قانونی اعمال شود که خود را صالح می‌داند.^{۱۳} در فرض صلاحیت قانونی سیستم حقوقی خارجی، پذیرش توصیف‌های آنجا از موضوع اجتناب ناپذیر است.^{۱۴}

یکپارچگی سیستم حقوقی دل‌نگرانی اصلی دادرسان ملی است. یکپارچگی اقتضا می‌کند که در یک سیستم حقوقی، موضوع در موقعیت‌های متفاوت به صورت یکسان توصیف شود. برای نمونه، در این رویکرد، تفاوتی میان موضوع واجد یا فاقد عنصر خارجی وجود ندارد، اما هماهنگی راهکارها در عرصه بین‌الملل اقتضای دیگری دارد؛ اینکه توصیف موضوع در دادگاه‌های کشورهای مختلف به صورت یکسانی صورت پذیرد. منتهی نیل به این هدف آسان نیست. برخی نگرانی خود را در این خصوص به این صورت مطرح می‌کنند که حتی اگر تمام قواعد حل تعارض سیستم‌های مختلف حقوقی یکسان شوند، همچنان این احتمال وجود دارد که دادرسان توصیف‌های متفاوتی از موضوع ارائه کنند و هماهنگی آرمانی را

12. Qualification en Sous Ordre/ Qualification Secondaire.

۱۳. همان، ص ۳۴.

14. Pierre Gothot & Paul Lagarde, *op. cit.*, Para. 197.

از بین ببرند^{۱۵}. اعمال خودخواهانه سیستم مقر دادگاه در این حوزه‌ها سبب می‌شود تا آرمان حقوق دانان که همانا یکسان‌سازی قواعد حل تعارض است، با اختلال روبرو شود.

بنابراین، این پرسش اساسی مطرح است که آیا می‌توان مشارکت سیستم حقوقی سبب را در فرایند توصیف تقویت نمود؟ در شرایطی که در روش دوجانبه به هیچ وجه امکان نقض قاعده حل تعارض مقر دادگاه وجود ندارد، نیل به هدف، یعنی یافتن دیدگاهی برای تحقق هماهنگی راهکارها در دو حوزه داخلی و بین‌المللی، آسان نیست. هرچند دستیابی به هماهنگی هم‌زمان در عرصه داخلی و بین‌المللی، یک هدف آرمانی است و در برخی موارد دادرس مجبور می‌شود تا هماهنگی داخلی را فدای هماهنگی بین‌المللی کند، اما با اتخاذ رویکردی که قائل به تفکیک توصیف‌هاست به‌خوبی می‌توان موضوع هماهنگی راهکارها را بررسی و سپس برای دستیابی به آن تلاش نمود. این درحالی است که تفکیک صحیح اقسام توصیف‌ها از چشم نویسندگان ملی مخفی مانده^{۱۶} و در نتیجه مسئله به‌خوبی تبیین نشده است؛ به نحوی که مشخص نیست دقیقاً چه توصیفی مشمول قانون مقر دادگاه و چه توصیفی تابع قانون سبب^{۱۷} می‌شود. در این شرایط، بدیهی است تضارب دیدگاه‌ها، آن‌هم در یکی از مهم‌ترین مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی، زمینه ظهور و بروز نمی‌یابد. برای تشخیص اینکه کدام سیستم حقوقی وظیفه دارد سه توصیف نخست (اولیه، مقدماتی، عامل ارتباط) را انجام دهد و امکان لحاظ توصیف چهارم (توصیف ثانوی) وجود دارد یا خیر، لازم است پیش از هر چیز میان انواع توصیف‌ها تفکیکی صورت پذیرد؛ مسئله‌ای که به تفصیل به آن خواهیم پرداخت.

نظر به تعدد و تنوع توصیف‌ها در عرصه تعارض قوانین و اختلاط ناشی از آن، تفکیکی میان توصیف‌های مقدم بر تعیین قاعده حل تعارض و مؤخر بر آن لازم است تا ضمن انسجام بحث‌های نظری، اثبات شود که در روش دوجانبه، مسئله ناهماهنگی راهکارها منحصر به توصیف اولیه نیست، بلکه مسئله مقدماتی، توصیف عوامل ارتباط و توصیف

۱۵. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۱۰۴.

۱۶. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۱۱۳؛ محمود سلجوقی، حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین و تعارض صلاحیت‌ها، ج ۲، (تهران: میزان، ۱۳۸۷)، ص ۱۰۹؛ محمد نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران: آگه، ۱۳۹۲)، ص ۱۸۰.

۱۷. منظور از قانون سبب، قانون کشوری است که به سبب آن موضوع دارای عنصر خارجی مطرح می‌شود.

ثانوی را نیز دربر می‌گیرد؛ به این ترتیب، تفکیک صحیح مفاهیم به شکل‌گیری بحث‌های نظری کمک شایانی می‌کند. در تمام انواع توصیف، مسئله مشترک این است که آیا می‌توان از میان دیدگاه‌هایی که تاکنون در مورد هریک از آنها مطرح شد، نظری را پذیرفت که هماهنگی داخلی راهکارها را در راستای هماهنگی بین‌المللی قرار دهد یا اینکه لازم است برای تحقق این مهم، در مواردی از روش دوجانبه به نفع روش دیگری مانند روش یک جانبه چشم‌پوشی کرد؟ با بهره‌گیری از تجربیات حقوق فرانسه، می‌توان پاسخی شایسته برای این پرسش یافت؛ به ویژه که حقوق ملی در این موضوع از حقوق فرانسه الهام گرفته است.

۱. هماهنگی راهکارها و توصیف‌های مقدم بر تعیین قاعده حل تعارض

دادرس در مواجهه با موضوع حقوق خصوصی دارای عنصر خارجی، ابتدا آن را توصیف می‌کند؛ یعنی موضوع را در دسته ارتباطی قرار می‌دهد تا قاعده حل تعارض مربوطه را بیابد. اما این احتمال وجود دارد که هریک از سیستم‌های حقوقی مقرر دادگاه و سبب، توصیف خاصی از موضوع داشته باشند؛ وضعیتی که زمینه تعارض توصیف‌ها را فراهم می‌کند. پس، این پرسش مطرح می‌شود که مقررات کدام سیستم حقوقی در این زمینه تعیین‌کننده است؟ در مواردی یافتن راهکار برای حل این مسئله که «توصیف اصلی» نامیده می‌شود به حل امری دیگری بنام «مسئله مقدماتی» وابسته است. همچنین در روش دوجانبه، این مسئله محل گفتگوست که کدام قاعده حل تعارض (مقرر دادگاه یا سبب)، قانون حاکم بر توصیف مقدماتی را تعیین می‌کند. می‌توان همه این مسائل را تحت عنوان توصیف‌های مقدم بر تعیین قاعده حل تعارض بررسی کرد.

۱.۱. توصیف اولیه

قانون گذار در هر کشور، روابط حقوقی را به دسته‌های ارتباط متفاوتی تقسیم می‌کند و برای هریک قاعده‌ای در نظر می‌گیرد تا به کمک آنها بتواند قانون صلاحیت‌دار را معین نماید. حال این امکان وجود دارد که دسته ارتباط قانون مقرر دادگاه برای یک موضوع، متفاوت با دسته ارتباطی دیگر باشد که قانون سبب برای همین موضوع در نظر گرفته است.

در هر صورت، قاضی وظیفه دارد آن را در یک دسته ارتباطی قرار دهد. قانون حاکم که مدیریت رابطه حقوقی را به عهده دارد، وابسته به برجستگی است که با توجه به ماهیت حقوقی اش به آن الصاق می‌شود. در انجام توصیف بر اساس مقررات مقر دادگاه در روش دوجانبه تردیدی وجود ندارد^{۱۸}؛ مسئله، چرایی و پیامد آن است.

۱.۱.۱. چرایی توصیف بر اساس مقررات مقر دادگاه

توصیف بر اساس مقررات مقر دادگاه از مصادره به مطلوب پیشگیری می‌کند، با طبیعت قاعده حل تعارض آنجا همخوانی دارد^{۱۹} و به معنای احترام به آن است؛ قاعده‌ای که خط قرمز دادرس محسوب می‌شود. انجام توصیف بر اساس مقررات قانون سبب ممکن است مصداقی را از یک دسته ارتباط، خارج و در دسته دیگری قرار دهد؛ وضعیتی که قاعده حل تعارض مقر دادگاه را نقض می‌کند. در واقع، تفاوتی وجود ندارد میان اینکه یک قاعده حل تعارض به صورت مستقیم نقض شود و یا اینکه مصداقی از آن کم یا اضافه گردد.

در این خصوص استناد به یکی از آیات قرآن کریم^{۲۰} خالی از لطف نیست. در پی حکم خداوند مبنی بر منع قوم بنی‌اسرائیل از ماهیگیری در روز شنبه و افزایش ماهیان، بنی اسرائیل به صید ماهیان روز شنبه در روزهای دیگر هفته وسوسه شدند. با عملی کردن این تصمیم، فرمان خداوند، نقض و ایشان مستحق عذاب شدند^{۲۱}. با دقت در این مثال درمی‌یابیم که علت عذاب، نقض فرمان الهی بود. هرچند روز شنبه، ایشان هیچ ماهی را صید نکرده بودند، اما ماهیان صیدشده در یکشنبه، همان ماهیان روز شنبه بودند. به دیگر سخن، در اینجا دو قاعده وجود دارد: یکی حرام بودن ماهیگیری در روز شنبه و دومی حلال بودن ماهیگیری در سایر روزهای هفته. هرچند در نگاه نخست، ماهیگیری در روز یکشنبه مشمول قاعده دوم می‌شود که حکم آن، حلیت است، منتهی ماهیان صیدشده همان ماهیان روانه‌شده به سوی برکه در روز شنبه بودند. بنابراین، ایشان به ناروا مصادیق قاعده نخست را

۱۸. ر.ک. رأی شماره ۸۵۱/۲۲۱۵۰۰۹۹۷۰۲ مورخ ۱۳۹۲/۰۷/۰۲ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۱۹. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۱۸.

۲۰. منظور، آیه شریفه ۶۵ از سوره بقره است که به «سبت» به معنای شنبه معروف شده است. خداوند متعال در این آیه می‌فرماید: «وَلَقَدْ عَلَّمْتُمُ الَّذِينَ اغْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قَرَدَةً خَاسِئِينَ».

۲۱. سید محمدحسین طباطبائی، المیزان فی تفسیر القرآن، (تهران: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۹۴)، ص ۱۵۰.

کاهش داده، به مصادیق قاعدهٔ دوم افزودند. در واقع، ایشان ماهیانی را صید کرده بودند که حکم آنها حرمت بود. به این ترتیب، با جابه‌جایی مصادیق، حکم را نقض نمودند. در عرصهٔ تعارض قوانین نیز قاعدتاً تفاوتی وجود ندارد میان اینکه قاضی مستقیماً قاعدهٔ حل تعارض خود را نقض کند و یا اینکه با توصیف براساس قانون سبب مصادقی از آن را جابه‌جا نماید؛ در هر صورت، تخطی از قاعدهٔ حل تعارض صورت خواهد پذیرفت.

تردیدی در انجام توصیف اولیه براساس مقررات مقرر دادگاه نیست. این وضعیت یکپارچگی سیستم حقوقی مقرر دادگاه را به ارمغان می‌آورد. درواقع، زمانی که قانون‌گذار موضوعی را مشمول قانون خاصی می‌داند، لازم است که تعیین مصادیق داخل در دستهٔ ارتباط که چیزی جز تفسیر قاعدهٔ یادشده نیست، به‌موجب قانون همان سیستم حقوقی انجام شود.

۱. ۲. ۱. پیامد توصیف براساس مقررات مقرر دادگاه؛ یکپارچگی داخلی-ناهماهنگی بین‌المللی

فرض کنید پدر، تابعیت ایرانی دارد و فرزند، تابعیت فرانسوی، و در دادگاه ایرانی اختلافی در خصوص این مسئله ایجاد می‌شود که آیا الزام پدر به پرداخت نفقه (مواد ۱۱۹۷ و ۱۱۹۸ قانون مدنی) از باب ولایت است یا از باب ابوت؟ بدون تردید این توصیف در اعمال قاعدهٔ حل تعارض تعیین‌کننده است. بنابراین، دادگاه آن را بر اساس مقررات مقرر دادگاه انجام می‌دهد. اگر دادرس ایرانی این موضوع را به‌موجب مقررات فرانسه در دستهٔ ارتباط ولایت قرار دهد، قاعدهٔ حل تعارض حاکم بر ولایت را اعمال می‌کند و قانون ملی مولى علیه (فرانسه) را به‌جای قانون ملی پدر (ایران) حاکم می‌داند که این به معنای سرپیچی از قاعدهٔ حل تعارض ایران محسوب می‌شود. به این ترتیب، وی به ناروا مصادیقی را از «دستهٔ ارتباط ابوت» خارج و در «دستهٔ ارتباط ولایت» قرار می‌دهد. همیشه انجام این امر مهم به‌آسانی صورت نمی‌پذیرد.^{۲۲} برای نمونه، اگر پرونده‌ای در دادگاه ایرانی در خصوص غرامت پرداختی به ورثهٔ متوفای ایرانی در کشور خارجی مطرح شود، پاسخ به این پرسش آسان نخواهد بود

۲۲. ر.ک. رأی شمارهٔ دادنامهٔ ۹۶۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۱۰۷۲ مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۱۰ شعبهٔ ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به نقل از سعید حقانی، و مرضیه حکیمی، «قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی؛ بررسی موردی دادنامه‌ای از شعبهٔ ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۳۴ (۱۴۰۰).

که ماهیت وجوه پرداختی چیست؟ موضوعی که در ادامه به تشریح آن خواهیم پرداخت.

در هر صورت، ناهماهنگی بین‌المللی راهکارها ماحصل پذیرش اعمال مقررات مقر دادگاه و توصیف اولیه است، زیرا دادگاه‌های هر کشور توصیف‌های گوناگونی از موضوع خواهند داشت که به اعمال قواعد حل تعارض متفاوت و صدور احکام متضادی منجر خواهد شد. این واقعیت انکارناپذیر است که در روش دوجانبه، حقوق داخلی مرزها دسته‌های ارتباط را ترسیم می‌کنند و داده‌های متفاوت هر سیستم حقوقی، دادرسان را به نتایج یکسانی نمی‌رسانند. در این شرایط، حتی اگر متخصصان حقوق بین‌الملل روزی را شاهد باشند که تمام قواعد حل تعارض قوانین در تمام سیستم‌های حقوقی یکسان اند، باز به آرزوی خود یعنی هماهنگی راهکارها نمی‌رسند. بدیهی است اگر در تمام سیستم‌ها، قواعد یکسانی بر توصیف روابط حقوقی حاکم باشد، دیگر جایی برای این ناهماهنگی‌ها وجود ندارد. برای نمونه، اگر تمام کشورها مذهبی یا مدنی بودن ازدواج را به‌عنوان شرایط ماهوی بپذیرند، دیگر ناهماهنگی ایجاد نمی‌شود، ولی به دلیل تنوع و تفاوت سیستم‌های حل تعارض قوانین دستیابی به این نتیجه ممکن نیست. بنابراین، پیشنهاد می‌شود برای حل این مسئله، روش دوجانبه به نفع روش یک‌جانبه عقب‌نشینی کند.

۲.۱. مسئله مقدماتی

در مواردی، یافتن راهکار برای «مسئله اصلی»، وابسته به حل موضوع دیگری به نام «مسئله مقدماتی» است. پرسشی مقدماتی مطرح می‌شود که پاسخ آن تأثیر مستقیمی بر حل مسئله اصلی دارد. برخلاف توصیف اولیه، در موضوع مسئله مقدماتی یافتن دیدگاه غالب آسان نیست. بنابراین، مناسب است ابتدا بحث‌های تئوری مطرح شود و سپس پیامد پذیرش دیدگاه‌های مختلف در هماهنگی راهکارها مورد ارزیابی قرار گیرد.

۲.۱.۱. بحث‌های تئوری؛ تئوری مسئله مقدماتی - حاکمیت قانون مقر دادگاه

از آنجا که پاسخ به مسئله مقدماتی در حل مسئله اصلی نقش اساسی ایفا می‌کند، لازم است تا ابعاد آن پیش از ورود به بحث‌های تئوری پیرامون مسئله مقدماتی با ذکر مثال‌هایی روشن شود و تفاوت ترکیب مسئله اصلی و مقدماتی با «مسئله ترکیبی» بیان گردد. برای



مثال، فرض کنیم فردی با ادعای فرزندخواندگی و تقاضای دریافت سهم‌الارث پدر متوفی به دادگاه ایران مراجعه می‌کند. دادرس ایرانی بر حقوق ارثیه قانون ملی متوفی را اعمال می‌کند (ماده ۹۶۷ قانون مدنی). منتهی حل مسئله ارث مستلزم اثبات رابطه فرزندگی با متوفی است (ماده ۷ قانون مدنی). همچنین در موضوع حقوق ارثیه همسر متوفی، احراز رابطه زوجیت نسبت به موضوع اصلی، یعنی توارث، یک مسئله مقدماتی محسوب می‌شود. باید فرض یادشده را از موردی تفکیک کرد که در آن برای اعمال قواعد حل تعارض، یک رابطه حقوقی به چندین موضوع جداگانه تقسیم می‌شود.^{۲۳} در این مورد، هر موضوع جزئی است که اگر با موضوع دیگر ترکیب شود، «مسئله ترکیبی» را ایجاد می‌کند.^{۲۴} برای نمونه، می‌توان «اعتبار قرارداد» را به‌عنوان یک مسئله ترکیبی مطرح نمود که از چندین موضوع جزئی مانند اهلیت، ماهیت و شکل تشکیل می‌شود و هریک از آنها از قاعده حل تعارض خاصی تبعیت می‌کند (مواد ۷، ۹۶۸ و ۹۶۹ قانون مدنی).

دکترین همواره در این خصوص که کدام قاعده حل تعارض بر مسئله مقدماتی حاکم باشد، اختلاف نظر داشته‌اند؛ برخی سیستم حقوقی سبب و برخی دیگر، سیستم حقوقی مقرر دادگاه را حاکم می‌دانند. یادآوری می‌کنیم که ممکن است قانون مشخص شده به‌موجب قاعده حل تعارض سیستم حقوقی سبب با قانون تعیین شده برابر قاعده حل تعارض در مقرر دادگاه برای حل موضوع متنازع‌فیه متفاوت باشد. برای نمونه، این احتمال وجود دارد که قانون کشور «الف» به‌موجب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه صلاحیت‌دار شناخته شود؛ حال آنکه قاعده حل تعارض سیستم خارجی، قانون کشور «ب» را صالح بدانند.

از موافقان حاکمیت سیستم حقوقی سبب (تئوری مسئله مقدماتی)، برخی به وابستگی مسئله مقدماتی به مسئله اصلی نظر دارند.^{۲۵} برابر این دیدگاه که به تئوری «مسئله مقدماتی» معروف است، در روند رسیدگی، نخست مسئله اصلی از دادرس پرسیده می‌شود و بدون آن، مسئله مقدماتی وجود ندارد. این وابستگی مستلزم آن است که مسئله مقدماتی از سوی سیستم خارجی حل شود که بر مسئله اصلی حاکم است. به‌علاوه، از زمانی که قانون

^{۲۳} برای دیدن دلیل این تقسیم، رک. Lagarde, Paul, *op.cit*, Para. 69. & Gothot, Pierre.

^{۲۴} *op. cit*, Para. 155.

^{۲۵} Loussouarn et Les autres, *op.cit*, Para. 154.

مقر دادگاه قانون خارجی را صالح می‌داند، لازم است که حقوق خارجی در تمامی ارکان آن از جمله تمام قواعد حل تعارض لحاظ شود. هنگامی که قاعده حل تعارض کشوری که دادرس آن کشور ضرورتاً برای تعیین قانون صالح به آن متوسل می‌شود، ادعا (ارث) را مشمول قانون خارجی می‌داند، آیا مناسب نیست که از همین حقوق بیگانه نیز درخواست شود تا قانون حاکم بر مسئله مقدماتی (وجود نسب یا رابطه خویشاوندی) را تعیین کند؟!

این گروه از تئوری احاله نیز الهام گرفته، استدلال می‌کنند که قاعده حل تعارض مقر دادگاه باید هماهنگ با سیستم حقوقی خارجی نقش‌آفرینی کند؛ همان سیستم خارجی که برای مسئله اصلی راه‌حلی می‌یابد، لازم است برای مسئله مقدماتی نیز پاسخی پیدا کند.^{۲۶} بنابراین، در مثال یادشده، قانون حاکم بر حل حقوق ارثیه همان قانونی است که وظیفه احراز رابطه بنوت و اثبات رابطه زوجیت را دارد. پرواضح است که در صورت مراجعه مستقیم به دادرس خارجی، همین قاعده تکلیف را مشخص می‌کند. حفظ یکپارچگی سیستم حقوقی خارجی دستاورد این دیدگاه است که باید به آن خوشامد گفت.

از موافقان حاکمیت سیستم حقوقی مقر دادگاه، گروهی به جدایی مسئله مقدماتی از مسئله اصلی نظر دارند و به نتایج متفاوتی از دیدگاه پیشین می‌رسند. طبق این دیدگاه، هرچند در جریان دادرسی، مسئله مقدماتی پس از مسئله اصلی مطرح می‌شود اما در دگرگونی واقعی اتفاقات، مسئله مقدماتی زودتر خودنمایی می‌کند. در مثال‌های یادشده، پذیرش فرزند پیش از فوت پدرخوانده و ازدواج پیش از فوت همسر صورت می‌پذیرد. نظم زمانی بروز اتفاقات، وضعیتی ایجاد می‌کند تا بپذیریم که مسئله مقدماتی ضرورتاً به مسئله اصلی وابسته نیست.

راهکار تعارض قوانین نباید وابسته به شرایطی باشد که در آن مسئله برای دادرس مطرح می‌شود. نمی‌توان با موضوع، بسته به اینکه به صورت مستقل یا طاری مطرح شده باشد، برخورد متفاوتی داشت. گوتمن^{۲۷}، نویسنده فرانسوی، این مسئله را ایراد اصلی تئوری

26. Paul Lagarde, "La Règle de Conflit Applicable Aux Questions Préalables", Rev. Crit DIP, (1960), p. 459.

27. Gutmann

مسئله مقدماتی می‌داند و اعتقاد دارد رأی دیژانجی^{۲۸} - که در ادامه به تفصیل بیان می‌شود - در مخالفت با همین مسئله صادر شده است.^{۲۹} پس اگر بناست برای حل مسئله اصلی از قاعده حل تعارض مقر دادگاه کمک بگیریم، در خصوص مسئله مقدماتی نیز با همین فرمول می‌توان به نتیجه رسید؛ بنابراین، در مثال‌های یادشده، قاعده حل تعارض مقر دادگاه، علاوه بر تعیین قانون صالح بر حقوق ارثیه (مسئله اصلی)، باید قانونی را برای احراز رابطه بنوت و اثبات رابطه زوجیت (مسئله مقدماتی) معرفی نماید. هماهنگی تصمیمات صادره و تأمین امنیت اقامه‌کنندگان اصحاب دعوا نتیجه یکپارچگی سیستم حقوقی مقر دادگاه است که باید از آن استقبال کرد.^{۳۰}

۱.۲.۲. تأثیر دیدگاه‌های حاکم بر مسئله مقدماتی در هماهنگی راهکارها؛ تأثیر انفعالی در هماهنگی داخلی - ناهماهنگی بین‌المللی

هماهنگی داخلی. دیدگاه موافقان پذیرش حاکمیت قاعده حل تعارض مقر دادگاه بر مسئله مقدماتی، هماهنگی داخلی سیستم حقوقی مقر دادگاه را تأمین می‌کند، زیرا قاعده حل تعارض مقر دادگاه، علاوه بر اینکه قانون صالح بر مسئله اصلی را تعیین می‌کند، قانون حاکم بر مسئله مقدماتی را نیز مشخص می‌کند. درحالی که اگر دیدگاه حاکمیت قاعده حل تعارض خارجی بر مسئله مقدماتی پذیرفته شود، به این هماهنگی خدشه وارد می‌آید؛ زیرا بسته به اینکه مسئله‌ای در مقر دادگاه به صورت اصلی مطرح شود یا مقدماتی، امکان شمول آن در داخل از طریق دو قاعده حل تعارض متفاوت وجود دارد. برای نمونه، ممکن است رابطه خویشاوندی میان دو شخص به‌عنوان یک مسئله اصلی یا یک مسئله مقدماتی در دادگاهی مورد بحث قرار گیرد یا حتی به‌عنوان یک مسئله مقدماتی نسبت به دو مسئله اصلی متمایز، مانند تکلیف نفقه یا توارث، مطرح شود. پذیرش نظریه اخیر سبب می‌شود تا در مورد نخست، قاعده حل تعارض مقر دادگاه و در مورد دوم، قاعده حل تعارض کشور سبب، بر موضوع حاکم باشد.^{۳۱}

28. Djenangi

29. Daniel Gutmann, *Droit international Privé*, (Paris: Dalloz, 5éd, 2007), p. 84.

30. Loussouarn et Les Autres, *op. cit*, p. 271.

31. Gothot et Les Autres, *op. cit*, Para. 157

این در شرایطی است که برابر دیدگاهی که از تئوری مسئله مقدماتی حمایت می‌کند، مناسب است قانون حاکم بر مسئله مقدماتی بر اساس قواعد حل تعارض کشوری تعیین شود که قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، آن را برای حل مسئله اصلی صالح می‌داند. در حمایت از این دیدگاه می‌توان استدلالی را مطرح کرد: حفظ یکپارچگی سیستم حقوقی صالح برای حل مسئله اصلی ضرورت دارد.^{۳۲} اگر بناست در دادگاه فرانسوی قانون ایران در تعیین سهم‌الارث الارث صلاحیت داشته باشد، منطقی است که مسئله فرزندخواندگی نیز با توجه به قانون تعیین شده به موجب قاعده حل تعارض ایران حل شود. از طرفی، پذیرش دیدگاه حاکمیت قاعده حل تعارض مقرر دادگاه بر مسئله مقدماتی به هماهنگی داخلی کشور سبب آسیب می‌زند.

در شرایطی که پذیرش هریک از دیدگاه‌های یادشده، هماهنگی یک سیستم حقوقی را تقویت و به توازن یک سیستم حقوقی دیگر خدشه وارد می‌کند، نمی‌توان به رهاورد هیچ‌یک از آنها در حوزه حقوق داخلی دل خوش نمود. بنابراین، رغبت چندانی به پذیرش تئوری مسئله مقدماتی وجود ندارد؛ به‌ویژه اینکه در مسئله مقدماتی، صلاحیت قواعد حل تعارض مطرح است نه صلاحیت قواعد مادی. به عبارتی حاکمیت قاعده حل تعارض سیستم حقوقی مقرر دادگاه و کشور سبب محل گفتگوست و نه قانون ماهوی حاکم کشوری که صلاحیت قاعده حل تعارض آن تأیید شده است. در این شرایط ممکن است قاعده حل تعارض حاکم بر مسئله اصلی، قانون ماهوی کشور «الف» را صالح بداند و قاعده حل تعارض حاکم بر مسئله مقدماتی قانون ماهوی کشور «ب» را صلاحیت‌دار تشخیص دهد. این درحالی است که رابطه قواعد ماهوی درون یک سیستم نسبت به قواعد حل تعارض آن از استحکام بیشتری برخوردار است. پس با نی‌بویا هم‌داستان می‌شویم که تئوری مسئله مقدماتی را از حیث هماهنگی داخلی راهکارها فاقد امتیاز می‌داند و با همین استدلال به استقبال تأیید رأی دیوانجی می‌رود.^{۳۳}

ناهماهنگی بین‌المللی. در موضوع توصیف مقدماتی، اگر به دیدگاه غالب، یعنی حاکمیت

32. François Mélin, *Droit International Privé*, (Lextenso Éditions, 6éd, 2014), p. 30.

33. Marie-Laure Niboyet & Géraud, de Geouffre de la Pradelle, *Droit international Privé*, (Lextenso Éditions, 4Édition, 2013), p. 247.

قاعده حل تعارض مقر دادگاه بر مسئله اصلی و مقدماتی بیبوندیم، میان تصمیمات هماهنگی ایجاد می‌شود؛ زیرا خواه موضوع به صورت اصلی مطرح شده باشد و خواه به صورت مقدماتی، قاعده حاکم بر آن یکسان است. تضمین امنیت اقامه‌کنندگان دعوا نیز رهاورد دیگر این دیدگاه است، زیرا پیش‌بینی امور تسهیل می‌یابد؛ اقامه‌کنندگان دعوا در بیشتر موارد با سیستم حقوقی مقر دادگاه آشنا هستند و از این موضوع آگاهی دارند که قواعد حقوقی یکسانی بر رابطه آنها حاکم است. در نهایت، چون تغییر در شرایط موضوع، منجر به حاکمیت قاعده متفاوتی نمی‌شود، یکپارچگی سیستم حقوق داخلی نیز تضمین می‌گردد، ولی هماهنگی بین‌المللی راهکارها به مخاطره می‌افتد؛ زیرا بسته به اینکه پرونده در چه کشوری مطرح می‌شود، سرنوشت متفاوتی انتظار آن را می‌کشد.

به نظر می‌رسد این ناهماهنگی، ریشه در جدایی سیستم‌های حقوقی حاکم بر مسائل اصلی و مقدماتی داشته باشد. البته در صورت حاکمیت سیستم حقوقی مقر دادگاه بر موضوع اصلی، مشکلی ایجاد نمی‌شود؛ چراکه بر مسئله مقدماتی نیز همین سیستم حقوقی حاکم خواهد بود و در نهایت، سیستم واحدی مدیریت این امور را به عهده می‌گیرد. اما اگر قاعده حل تعارض خارجی موضوع اصلی را دربر گیرد، بهتر است در خصوص مسئله مقدماتی به نام هماهنگی بین‌المللی راهکارها از قاعده حل تعارض مقر دادگاه به نفع قاعده حل تعارض کشور سبب، چشم‌پوشی و در نهایت تئوری مسئله مقدماتی پذیرفته شود. هرچند نویسندگانی که این اندیشه را بسط می‌دهند، خود، تئوری مسئله مقدماتی را به این دلیل نمی‌پذیرند که اگر موضوع به صورت اصلی مطرح شود یا مقدماتی، راهکارهای متفاوتی ایجاد می‌شود^{۳۴}؛ منتهی آنان اذعان دارند که این تئوری، هماهنگی بین‌المللی راهکارها را بهتر تأمین می‌کند.

برای نمونه، اگر قاضی فرانسوی با اختلافی در خصوص حقوق ارثیه اموال منقول فرزندخوانده متوفایی با دو تابعیت فرانسوی و ایرانی مقیم ایران مواجه شود، قانون آخرین اقامتگاه متوفی ایران را بر ارثیه فرزندخوانده (مسئله اصلی) و قانون فرانسه را بر رابطه فرزندی (مسئله مقدماتی) به عنوان قانون ملی وی اعمال می‌کند. به عبارتی دو مسئله (اصلی و مقدماتی) برابر مقررات یک سیستم حقوقی حل نمی‌شود. برابر قانون فرانسه، فرزندخوانده،

34. *op. cit.*, p. 264.

فرزند متوفی محسوب شده، از وی ارث می‌برد.

این در شرایطی است که اگر اختلاف در دادگاه ایرانی مطرح شود، دادرس قانون ایران (ماده ۷ قانون مدنی) را بر مسئله مقدماتی (فرزندخواندگی) حاکم می‌داند و قواعد مادی ایرانی، وی را به عنوان فرزند متوفی و وارث به رسمیت نمی‌شناسد تا با اعمال قانون ملی متوفی (ماده ۹۶۷ قانون مدنی) وی را در ارث سهیم سازد. این درحالی است که نظریه دوم هماهنگی بین‌المللی راهکارها را بهبود می‌بخشد. در همین مثال، اگر قاضی فرانسوی مسئله مقدماتی (رابطه فرزندی) را مانند مسئله اصلی (ارث) تابع قانون ایران بداند، فرزندخوانده موفق به دریافت ماترک نمی‌شود. عکس این معادله نیز صادق است: اقامه دعوی فرزندخوانده در ایران، نتیجه مشابهی برای وی به همراه دارد؛ چراکه مسئله مقدماتی را تابع همان سیستمی می‌داند که بر مسئله اصلی حاکم است و بنابراین، به فرزندخوانده ارثی تعلق نمی‌گیرد.

موضع رویه قضایی فرانسه، دادگاه‌های فرانسه تئوری مسئله مقدماتی را نپذیرفتند. دیوان عالی فرانسه با صدور رأی دیژانجی^{۳۵} در تاریخ ۲۲ آوریل ۱۹۸۶ به صراحت این موضع گیری را تأیید کرد. رأی یادشده در موضوع حقوق ارثیه^{۳۶} (مسئله اصلی) درخصوص تعیین عنوان همسر (مسئله مقدماتی) وضع قاعده نمود. این مرجع قضایی در رأی صادره به صراحت اعلام کرد سیستم حقوقی خارجی تعیین شده برای حل مسئله اصلی ارث «نمی‌تواند عنوان همسری شخصی را احراز نماید یا اینکه قانونی را برای بررسی این عنوان صالح بداند»^{۳۷}. به این ترتیب، حقوق موضوعه فرانسه صراحتاً تئوری مسئله مقدماتی را رد کرد و حاکمیت قاعده حل تعارض مقر دادگاه را بر هر دو مسئله اصلی و مقدماتی پذیرفت. در لازم الاتباع بودن رأی دیوان برای قضات فرانسوی تردیدی نیست؛ منتهی نباید نقش آن را در ناهماهنگی بین‌المللی راهکارها نادیده انگاشت.

مخالفت با موضع رویه قضایی فرانسه، بی‌دلیل نیست برخی از نویسندگان معروف

35. Djenangi.

36. Dévolution Successorale.

37. Djenangi, Rev. Crit. DIP 1988. 302, Note Bischoff, JDI 1986. 1025, Note A. Sinay-Cytermann, JCP 1987. II. 20878, Note Agostini, p.302.

فرانسوی، راه‌حل‌های متمایزی از دیوان برگزیده‌اند. به باور برخی از آنان، باید هدف ماهوی قاعده حل تعارض، نقطه پرگار قرار گیرد.^{۳۸} برای نمونه، اگر مسئله برقراری نفقه باشد، باید قانونی انتخاب شود که درخواست طلبکار نفقه را بپذیرد؛ خواه این قانون مقر دادگاه باشد، خواه قانون خارجی. گروهی دیگر ترجیح می‌دهند تا قاعده حل تعارض مقر دادگاه به‌منظور احترام به حقوق مکتسب، در مواردی که در زمان تشکیل هیچ ارتباطی با سیستم حقوقی آنجا نداشته‌اند، در نظر گرفته نشود.^{۳۹} هرچند پذیرش این دیدگاه‌ها، هماهنگی مدنظر را بهبود می‌بخشد، اما اعمال آنها با وجود تنوع سیستم‌های ملی، چندان آسان نیست و پیش‌بینی‌ها را خدشه‌دار می‌کند.

۲. هماهنگی راهکارها و توصیف‌های مؤخر بر تعیین قاعده حل تعارض

نباید تعیین قاعده حل تعارض در خصوص موضوع متنازع‌فیه را به معنای پایان مسئله توصیف‌ها دانست، زیرا به محض تعیین قاعده حل تعارض مقر دادگاه یا در صورت تأیید صلاحیت قاعده حل تعارض خارجی، مسئله توصیف عامل ارتباط به‌کاررفته در آنها خودنمایی می‌کند. به‌علاوه، در صورت صلاحیت قاعده مادی خارجی، توصیف موضوع متنازع‌فیه در کشور خارجی زمینه طرح می‌یابد. مسئله چگونگی توصیف این موارد و تأثیر آن بر هماهنگی بین‌المللی راهکارها نیز محل گفتگوست.

۲.۱. توصیف عوامل ارتباط

در توصیف عامل ارتباط نیز مانند توصیف اولیه، دیدگاه غالبی وجود دارد که چپستی، چرایی و تأثیر آن در هماهنگی راهکارها جای بحث و گفتگو دارد.

۲.۱.۱. بررسی دیدگاه غالب؛ چپستی - چرایی

برای آنکه عامل ارتباط بکاررفته در قاعده حل تعارض مقر دادگاه تبیین شود باید به

38. Henri Batiffol & Paul Lagarde, *Droit International Privé*, (t.1, 8éd, LGDJ. 1993), p. 510

39. W. Wengler, "Nouvelles réflexions sur les questions préalables", *Rev. Crit. DIP.* (1966), p. 165.

قانون سیستم حقوقی مربوطه مراجعه کرد. دکترین و رویه قضایی بیشتر کشورها رجوع به قانون مقر دادگاه و قانون سبب برای اطلاع از مفهوم عامل ارتباط بکاررفته در آنها نظیر محل انعقاد قرارداد یا اقامتگاه را پذیرفته‌اند.^{۴۰} برای نمونه، در مورد عامل ارتباط محل انعقاد قرارداد مطروحه در ایران باید به مقررات این کشور توجه نمود.

به نظر می‌رسد در مورد عقود مکاتبه‌ای، نظریه ارسال در سیستم حقوقی ایران^{۴۱} و نظریه اطلاع یا نظریه وصول^{۴۲} در فرانسه و لوکزامبورگ - به دلیل پیوستن به کنوانسیون بیع بین المللی کالا وین ۱۹۸۰ - پذیرفته شده است.^{۴۳} حال فرض کنید میان تاجر ایرانی که نامه قبولی را در پاسخ به ایجاب تولیدکننده فرانسوی در لوکزامبورگ بنویسد و در همانجا به صندوق پست بیندازد و تولیدکننده در فرانسه از مفاد نامه قبولی اطلاع یابد، دعوایی در دادگاه ایران مطرح شود. باید گفت بی‌تردید، توصیف موردنظر یک توصیف عامل ارتباط است و قاعده حل تعارض ایرانی «محل انعقاد قرارداد» را به عنوان عامل ارتباط برمی‌گزیند؛ بنابراین، مقررات ایرانی در تعریف و توصیف آن تعیین‌کننده است. توصیف بر اساس مقررات خارجی به معنای سرپیچی دادرسی ایرانی از قاعده حل تعارض کشور خویش است. توصیف برابر مقررات لوکزامبورگ، قانون کشور فرانسه را بر موضوع متنازع‌فیه حاکم می‌داند؛ وضعیتی که مد نظر واضع قاعده حل تعارض ایران (ماده ۹۶۸ قانون مدنی) نیست.

هرچند موضوع مقررات ماده ۹۶۸ ق.م. «تعهدات ناشی از عقود» است، منتهی این عنوان با اطلاق خود، تمام مسائل مربوط به تعهدات ناشی از عقود، اعم از مسائل مربوط به اعتبار، عدم اعتبار، شرایط و آثار تعهدات یادشده و روابط طرفین را دربر می‌گیرد. بنابراین،

۴۰. نجادعلی الماسی، پیشین، ص ۲۶۶.

۴۱. مهدی شهیدی، حقوق منعی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، (تهران: مجد، ۱۳۹۵)، ص ۱۵۳.

۴۲. در اینکه نظریه مورد پذیرش در عقود مکاتبه‌ای در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا - وین ۱۹۸۰ کدام است، اختلاف نظر وجود دارد. با عنایت به بند ۲ ماده ۱۸ و ماده ۲۳ کنوانسیون، برخی حقوق‌دانان نظیر دکتر شهیدی قائل به نظریه اطلاع و برخی نظیر دکتر صفایی نظریه وصول را پذیرفته‌اند.

برای نظریه اطلاع، ر.ک. شهیدی، مهدی، حقوق منعی، ۲، (تهران: مجد، ۱۳۹۳)، ص ۶۰.

برای نظریه وصول، ر.ک. صفایی، سید حسین، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۹)، ص ۹۲.

43. Fulchiron Hugues; Cyril Nourissat; Édouard Treppoz; Alain Devers; Travaux Dirigés, *Droit International Privé*, (Paris: Lexis Nexis, 5éd, 2013), p. 39.

این ادعا صحیح نیست که ماده ۹۶۸ منحصراً آثار قراردادهای را شامل می‌شود نه شرایط آن را. در واقع، «برای تابعیت تعهد ناشی از عقد نسبت به قانون محل وقوع عقد، معنایی جز این نمی‌توان شناخت که مسائل مربوط به آن تعهد تابع قانون مذکور است و مسائل مزبور به طور مطلق شامل انواع مسائل مربوط به وضعیت، حقوق و نیز شرایط و آثار تعهد خواهد بود و دلیلی بر تقید حکم مزبور به مسائل مربوط به آثار قراردادهای وجود ندارد»^{۴۴}.

با تأیید صلاحیت قانون خارجی، مسئله توصیف عامل ارتباط به کاررفته در آن مطرح می‌گردد. برای نمونه، اگرچه برای تعیین عامل ارتباط اقامتگاه اصولاً باید به قانون مقر دادگاه رجوع نمود، ولی در پاره‌ای موارد، اقامتگاه به عنوان یک عامل ارتباط مندرج در قاعده حل تعارض کشور خارجی ظاهر می‌شود. اینکه قاضی بر اساس کدام قانون عامل ارتباط را مشخص می‌کند، مورد اختلاف است؛ شاید گفته شود به دلیل تأثیر عامل ارتباط اقامتگاه در انتخاب قانون صلاحیت‌دار و مطابق اصول کلی حاکم بر مسئله توصیف‌ها، ملاک تعیین اقامتگاه ذی‌نفع، قانون مقر دادگاه است. اما به نظر می‌رسد بهتر است در چنین مواردی برای تعیین اقامتگاه به قانون خارجی رجوع کرد، زیرا برای تفسیر قواعد یک سیستم حقوقی باید به مقررات همان سیستم حقوقی توجه نمود. برابر قاعده‌ای در سیستم حقوقی فرانسه «نمی‌توان تفسیر مفاهیم و اصطلاحات را پرسید، مگر از واضع قاعده»^{۴۵}.

۲.۱.۲. وضعیت هماهنگی‌ها با اعمال دیدگاه غالب

در ایجاد هماهنگی داخلی راهکارها در صورت پذیرش دیدگاه غالب در توصیف عوامل ارتباط تردیدی وجود ندارد. منتهی تردیدهایی در هماهنگی بین‌المللی راهکارها در این زمینه وجود دارد.

احاله اصولاً در دو حالت رخ می‌دهد: نخست، در صورتی که میان عوامل ارتباط به کاررفته در قواعد حل تعارض کشور سبب و مقر دادگاه تفاوت وجود داشته باشد؛ یعنی هیچ‌یک

۴۴. مهدی شهیدی، «قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، تحقیقات حقوقی، ش ۲۱ و ۲۲ (۱۳۷۶) - ۱۳۷۷، ص ۳۳.

45. Ejus Est Interpretari Cujus Est Condere.

Yves Lequette, "Renvoi", Répertoire de Droit international, (Décembre, 1998) P. 51.

صلاحیت قانون خود را نپذیرد. دوم اینکه ممکن است تفسیرهای متفاوت از مفهوم عامل ارتباط، احاله را به وجود آورد؛ هرچند قواعد حل تعارض کشورهای ذی نفع، عوامل ارتباط یکسانی داشته باشند. اگر بناست عامل ارتباط به کاررفته در هر قاعده حل تعارض با مقررات سیستم حقوقی مربوطه توصیف شود، تعارض منفی قوانین با یکسان بودن عامل ارتباط در قواعد حل تعارض دو یا چند کشور منتفی نمی شود، زیرا احتمال ارائه تفسیرهای متفاوت در کشورهای مختلف وجود دارد. بنابراین، رخداد پدیده احاله یک و دو امکان پذیر است، حتی اگر عوامل ارتباط یکسانی در قواعد حل تعارض مقر دادگاه یا سبب وجود داشته باشد.

هرچند پذیرش دیدگاه غالب در برخی از فروض احاله درجه دو، هماهنگی بین المللی راهکارها را به ارمغان می آورد، ولی در فرض رخداد احاله درجه یک مسئله محل تردید است. در این خصوص پرونده فورگو نمونه خوبی شمرده می شود. این دعوی در دادگاه فرانسه اقامه گردید و موضوع آن، حقوق ارثیه اموال منقول شخصی به نام فورگو از اهالی باویر بود که در فرانسه اقامت داشت. هرچند هردو قاعده حل تعارض فرانسه و باویر، موضوع را مشمول قانون اقامتگاه می دانستند، ولی تفاوت در مفهوم اقامتگاه در دو سیستم حقوقی، موجب پدید آمدن احاله درجه یک گردید؛ چنان که قاضی فرانسوی با پذیرش آن، قاعده مادی فرانسه را بر موضوع اعمال کرد. در مثال یادشده، اگر پرونده در دادگاه باویر مطرح می شد و دادگاه عامل ارتباط را با توجه به مقررات کشور واضع قاعده توصیف می کرد، با پذیرش احاله درجه یک ناشی از تفسیر متفاوت عوامل ارتباط، قانون ماهوی آلمان را صلاحیت دار تشخیص می داد. پس اگر احاله درجه یک اتفاق بیفتد و هر دو سیستم حقوقی درگیر در موضوع، احاله را بپذیرند، آرمان هماهنگی بین المللی راهکارها محقق نخواهد شد.

۲.۲. توصیف ثانوی

پس از آنکه در سیستم حقوقی مقر دادگاه، توصیف اولیه انجام شد و موضوع در یک دسته ارتباط قرار گرفت و عامل ارتباط آن تعیین و احتمالاً صلاحیت قانون خارجی تأیید شد، ممکن است این نتیجه به دست آید که مقررات کشور سبب تفسیر دیگری از موضوع متنازعیه دارد و به عبارتی آن را به صورت دیگری تعریف می کند یا آن را در دسته ارتباط دیگری قرار می دهد؛ مسئله ای که دقیقاً به همین دلیل «توصیف ثانوی» نامیده می شود. این



توصیف نسبت به توصیف اولیه، از اهمیتی یکسان برخوردار است و فقط پس از آن مطرح می‌شود.^{۴۶} تا این مرحله، با یک توصیف داخلی مواجه‌ایم. منتهی ممکن است همین یک مسئله احالۀ توصیف‌ها را به‌همراه داشته باشد، زیرا این احتمال وجود دارد که در موضوع تعیین قاعدۀ حل تعارض بر دستۀ ارتباط، دو کشور سبب و مقرر دادگاه دیدگاه‌های متفاوتی داشته باشند و قانون ماهوی موردنظر نیز متعلق به کشورهای متفاوتی باشد؛ در این صورت، توصیف، بین‌المللی خواهد بود.

۲.۱. توصیف ثانوی به‌عنوان یک توصیف داخلی

اگر وحدت موردنظر میان قواعد تعارض قوانین تحقق یابد، همچنان این احتمال وجود دارد که دادرسان ملی با قرار دادن نهاد حقوقی واحد در دسته‌های متفاوت (توصیف متفاوت)، هماهنگی نظام‌های حل تعارض را برهم زنند. نظر به همین ملاحظات است که می‌توان گفت: توصیف بر اساس قانون مقرر دادگاه، سیستم‌های ملی را در انزوای حقوقی قرار می‌دهد. اما در صورتی می‌توان این ادعا را پذیرفت که دست دادرس برای انجام هرگونه تعریف و طبقه‌بندی نهادهای حقوقی بسته باشد و او مجبور شود تنها به مقررات سیستم حقوقی داخلی خود مراجعه کند. اما واقعیت چیز دیگری است. دخالت انحصاری توصیف ملی، امری غیرمنطقی تلقی می‌شود؛ مگر اینکه مسئله، یافتن قواعد حل تعارض مقرر دادگاه باشد. به گفته باتیفول^{۴۷} ایراد یادشده حدود صلاحیت مقرر دادگاه را دربر می‌گیرد، نه اصل صلاحیت آن را.

هرچند بسیاری از نویسندگان به انجام تمام تعاریف و طبقه‌بندی نهادهای حقوقی بر اساس مقررات مقرر دادگاه تمایل داشتند. منتهی امروزه موافقان این توصیف و رویۀ قضایی خط‌مشی دقیق‌تری را برگزیده‌اند. در واقع، ایشان می‌پذیرند به محض تعیین قانون خارجی، این قانون با توصیف خاص خود بر مقرر دادگاه تحمیل شود. اما برخی از این توصیف‌ها ثانوی هستند، زیرا در تعیین قاعدۀ حل تعارض نقشی ندارند و پس از آن خودنمایی می‌

46. Batiffol et Les Autres, 1993, p. 278

47. Henri Batiffol, Aspects Philosophique de Droit International Privé, (Paris: Dalloz, 1956), p. 297

کنند.^{۴۸} هدف از توصیف ثانوی، تعیین قاعده حل تعارض نیست، چراکه پیش‌تر مشخص شده است. بنابراین، از نظر زمانی، در مرحله دوم قرار می‌گیرد؛ هرچند این موضوع از اهمیت آن نسبت به توصیف اولیه نمی‌کاهد. به این ترتیب، زمانی که حقوق بین‌الملل خصوصی ایران رژیم اموال را مشمول قانون محل وقوع آن (ماده ۹۶۶ قانون مدنی)، ماهیت قرارداد را تابع قانون محل انعقاد، و شکل اسناد را مشمول قانون محل تنظیم (ماده ۹۶۹ قانون مدنی) می‌داند، به این قوانین اجازه می‌دهد تا تمام تعاریف و طبقه‌بندی نهادهای داخل در دسته‌های ارتباط را انجام دهند.

برخی از نویسندگان ملی^{۴۹} توصیف ثانوی را به‌عنوان استثنایی بر اصل توصیف براساس مقررات مقر دادگاه تلقی می‌کنند. ما به این دیدگاه نمی‌پیوندیم؛ توصیف ثانوی، یک استثنای واقعی بر اصل یادشده نیست، زیرا پس از تعیین قاعده حل تعارض مطرح می‌شود و کاملاً داخلی است. درست به همین دلیل، شمول قانون سبب بر توصیف‌های ثانوی قابل اعتراض نیست. در واقع، توصیف ثانوی، یک توصیف بین‌المللی محسوب نمی‌شود، بلکه یک توصیف فرعی است. این توصیف‌ها مشمول قانون سبب هستند، به این دلیل که آنها در حاشیه حقوق بین‌الملل خصوصی قرار گرفته‌اند.^{۵۰}

این راهکار به این دلیل ساده تحمیل می‌شود که با یک توصیف اولیه روبه‌رو نیستیم. اگر توصیف، راهکار تعارض قوانین را مشخص کند، مقر دادگاه باید حاکمیت خود را داشته باشد. درست به همین دلیل است که در اختلاف میان همسر و سایر بازماندگان متوفی مبنی بر ماهیت وجوه پرداختی از سوی اداره استانداردهای کار دولت ژاپن به دلیل فوت یک ایرانی به هنگام کار در این کشور^{۵۱}، دادگاه ایران وجه پرداختی به حساب همسر متوفی را باید با توجه به مقررات ایرانی توصیف کند، حتی اگر قانون سبب (ژاپن) دسته ارتباط دیگری

48. Yves Loussouarn; Pierre Bourel & Pascal De Varelles-Sommières, *Droit international privé*, (Paris: Dalloz, 2012), p. 249.

۴۹. برخی نویسندگان نظیر محمود سلجوقی (۱۳۸۷، صص ۱۱۵-۱۱۶) و نجادعلی الماسی (۱۴۰۰، ص ۱۱۱) معتقدند، بر اصل صلاحیت قانون مقر دادگاه، استثناهایی وارد است که بر مبنای آن، توصیف بر اساس قانون خارجی (سبب) صورت می‌پذیرد.

50. Loussouarn et Les Autres, *op. cit.*, p. 263.

۵۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. رأی شعبه ۱۲۲ دادگاه عمومی تهران - مورخ ۱۳۷۵ و رأی معارض با آن، ر.ک. رأی شعبه ۱۳۳ دادگاه عمومی تهران. به نقل از عباس میرشکاری، *رساله عملی در مسئولیت مدنی*، (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۴)، ص ۵۳۶ به بعد.

را برای آن در نظر بگیرد؛ چراکه این توصیف در اعمال قاعده حل تعارض تعیین‌کننده است. هرچند تجزیه و تحلیل این نهاد حقوقی یعنی مرحله مقدماتی توصیف برای شناخت این نهاد حقوقی بر اساس مقررات ژاپن صورت می‌پذیرد، اما با توجه به مقررات ایرانی در دسته ارتباط «غرامت» قرار می‌گیرد و نه «ماترک» متوفی؛ چراکه ماترک متوفی آن چیزی است که در لحظه فوت در سید دارایی وی قرار دارد^{۵۲}. این درحالی است که پرداخت مبلغ یادشده پس از فوت و به دلیل آن واقعه حقوقی انجام شده است. دیه جزء ماترک متوفی محسوب می‌شود^{۵۳}، منتهی گسترش این حکم خلاف قاعده، صحیح نیست. نتیجه اینکه موضوع یادشده، مشمول قانون محل وقوع فعل زیان‌بار^{۵۴} خواهد بود و نه قانون ملی متوفی (ماده ۹۶۷ قانون مدنی).

پرواضح است که برای تعیین رژیم حقوقی باید توصیف‌های حقوقی کشور سبب از موضوع مورد توجه قرار گیرد؛ حتی این فرض وجود دارد که کشور سبب دسته ارتباط دیگری را برای موضوع برگزیند. حال باید دید، آیا رجوع به دسته ارتباط مقر دادگاه در یافتن ضمانت اجرا راهگشا است یا دسته ارتباطی که مورد نظر قانون سبب است؟ در واقع، لحاظ تفاوت میان توصیف کشور سبب و توصیف مقر دادگاه یا بی‌توجهی نسبت به آنها محل گفتگوست. به باور اکثر نویسندگان حقوقی، باید توصیف کشور سبب را از موضوع پذیرفت، چراکه توجه به توصیف قانون مقر دادگاه ما را در حل مسئله متنازع‌فیه، دست خالی بازمی‌گرداند.

برای نمونه، حقوق ایران، موضوع برهم‌خوردن نامزدی را در دسته ارتباط «مسئولیت مدنی قهری» قرار می‌دهد. علی‌رغم حذف ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی^{۵۵}، علمای حقوقی با

۵۲. علی حسین مصلحی عراقی، حقوق ارث، (تهران: سمت، چ ۱، ۱۳۸۴)، صص ۴۴-۴۵.

۵۳. ر.ک. رأی وحدت رویه شورای عالی ثبت به شماره ۳۳۳۲ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۲، نظریه مشورتی شماره ۳۸۷۹/۷ مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۲ و ماده ۴۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

54. Lex Loci Delicti.

۵۵. این ماده مقرر می‌داشت: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم بزند درحالی که طرف مقابل یا ابوبین او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده خسارات وارده برآید ولی خسارات مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود».

استناد به مواد ۳۳۱ قانون مدنی و ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، زبان‌های ناشی از برهم‌زدن نامزدی را مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی قابل مطالبه می‌دانند^{۵۶}؛ برخی در تأیید این نظر به قاعده غرور نیز استناد می‌کنند^{۵۷}. در هر صورت، اگر دادرس ایرانی خواهان اعمال قاعده حل تعارض کشور خود در موضوع برهم‌خوردن نامزدی زوج ایرانی باشد، قانون آلمان را به‌عنوان قانون محل وقوع فعل زیان‌بار اعمال می‌نماید^{۵۸}. منتهی وی باید به این نکته توجه داشته باشد که حقوق آلمان، قواعد برهم‌خوردن نامزدی را در مقررات حقوق خانواده مطرح نموده است. بنابراین، این پرسش زمینه طرح می‌یابد که در صورت تعارض میان توصیف ثانوی حقوق آلمان و توصیف نخستین به کاررفته از سوی دادرس ایرانی برای یافتن قاعده حل تعارض، تکلیف چیست^{۵۹}؟

در این امر تردیدی وجود ندارد که پذیرش توصیف‌های کشور سبب برای تعیین رژیم حقوقی موضوع و نیز چگونگی قرار گرفتن موضوع در دسته ارتباط در این سیستم حقوقی، در هماهنگی بین‌المللی راهکارها تاثیرگذار است، زیرا تفاوتی ندارد که موضوع در دادگاه‌های کدام یک از سیستم‌های حقوقی درگیر در موضوع مطرح شود. رژیم حقوقی حاکم و دسته ارتباط مربوطه یکسان خواهد بود و دادرسان ضمانت اجرایی یکسانی را بر آن اعمال خواهند کرد. حال مسئله دیگری مطرح می‌شود: اگر کشور سبب موضوع را در دسته ارتباط دیگری قرار دهد و در عین حال، قاعده حل تعارض دیگری را بر آن حاکم بداند و این توصیف ثانوی را مورد توجه قرار دهد، این تعارض در توصیف‌ها، احاله را به‌دنبال دارد. هرچند، پذیرش آن ممکن است در هماهنگی راهکارها سودمند باشد، ولی امکان پذیرش آن در روش دوجانبه حل تعارض محل گفتگو است.

۲.۲.۲. توصیف ثانوی به‌عنوان یک توصیف بین‌المللی

در صورتی که کشور سبب، موضوع را در دسته ارتباط دیگری قرار دهد و قاعده متفاوتی را بر آن اعمال نماید، احاله منشأ جدیدی پیدا می‌کند. علی‌رغم اینکه سیستم‌های حل

۵۶. سید حسین صفایی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، (تهران: میزان، چ ۴۸، ۱۳۹۶)، ص ۴۲.

۵۷. سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن، (تهران: علوم انسانی، چ ۲۰، ۱۴۰۰)، ص ۳۵.

۵۸. محمدجواد شریعت باقری، «چرایی و چگونگی تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی»، تحقیقات حقوقی، ش ۷۲ (۱۳۹۴)، ص ۸۷.
59. Gothot et Les Autres, op. cit, Para. 132.

تعارض از عوامل ارتباط و تفسیرهای مشابهی بهره می‌گیرند، ممکن است اختلاف نظر سیستم‌های یادشده در تعیین محتوای دسته ارتباط، ما را با توصیف‌های متفاوت روبه‌رو سازد و احاله را به‌وجود آورد. یادآوری می‌کنیم برداشت خاص هردو سیستم حقوقی از موضوعات داخل در دسته‌های ارتباط، رقابت و در نتیجه تعارض منفی را شکل می‌دهد.^{۶۰}

برخی کشورها نظیر آلمان، نامزدی^{۶۱} را در دسته ارتباط احوال شخصیه، و برخی مانند ایران در دسته وقایع حقوقی قرار می‌دهند. حال آنکه با توجه به این توصیف‌های متفاوت، بر نتایج جدایی دو ایرانی که به پیوند خود در آلمان پایان می‌دهند، قاعده حل تعارض ایرانی، قانون آلمان را به‌عنوان قانون محل وقوع فعل، و قاعده حل تعارض آلمان، قانون ملی مشترک یعنی ایران را حاکم می‌داند.^{۶۲} در تفاوت با احاله سنتی که از تنوع معیارهای عامل ارتباط و یا تفسیر آنها ایجاد می‌شود، این تعارض به هیچ وجه با عوامل ارتباط پیوندی ندارد؛ چراکه هر دو کشور آلمان و ایران، قواعد حل تعارض یکسانی دارند: وقایع حقوقی را تابع قانون محل وقوع فعل زیان‌بار، و اهلیت و وضعیت اشخاص را مشمول قانون ملی می‌دانند. با وجود این، برداشت خاص هر کشور از موضوعات دسته‌های ارتباط، رقابت و تعارض منفی را ایجاد می‌کند. بنابراین، در این مورد احاله از تعارض عوامل ارتباط ناشی نمی‌شود، بلکه ریشه در تعارض توصیف‌ها در سیستم حقوقی مقر دادگاه و کشور سبب دارد.^{۶۳}

در موضوع احاله توصیف‌ها در حقوق فرانسه رویه قضایی نادری وجود دارد. دیوان عالی این کشور در رأی مورخ ۱۸ اکتبر ۱۹۸۹ احاله توصیف‌ها را نپذیرفت، اما در خصوص موضوعی که احاله ذاتاً در آن پذیرفتنی نبود. دیوان در حکمی به تاریخ ۱۱ مارس ۱۹۹۷ در مورد شرکت Société Mobil NSL پس از اینکه دادگاه اعلام می‌دارد: «اجرای قانون حاکمیت اراده هرگونه احاله‌ای را نفی می‌کند»، رأی دادگاه تجدیدنظر مبنی بر عدم پذیرش احاله توصیف‌ها را تأیید می‌نماید. دادگاه تجدیدنظر قرارداد و مرور زمان مسقط دعوی را مشمول قانون انگلیس می‌داند، چراکه این قانون از سوی طرفین قرارداد تعیین شده است و

60. Loussouarn, *op. cit.*, p. 273.

61. Concubinage.

62. Gothot et Les Autres, *op. cit.*, p. 132.

63. Loussouarn et Les Autres, *op. cit.*, pp. 273-274.

مرور زمان را نیز باید مشمول قانون حاکم بر قرارداد (انگلستان) دانست و نه مقرر دادگاه (فرانسه) و توصیف متفاوت سیستم حقوقی انگلیس در این موضوع اهمیتی ندارد. تأثیر این رأی در یافتن موضع رویه قضایی فرانسه در رد یا پذیرش احاله توصیف‌ها نامشخص است. در اینجا این سؤال مطرح است که اگر موضوع متنازع‌فیه ذاتاً احاله‌پذیر بود، باز هم دیوان احاله ناشی از توصیف‌ها را رد می‌کرد؟^{۶۴}

یافتن رأی در دادگاه‌های تالی فرانسه آسان نیست؛ با این همه، در یک مورد نادر، قاضی فرانسوی به‌صراحت در پرونده نفقه فرزند طبیعی با تابعیت ایتالیایی، در مورد احاله توصیف‌ها اظهار نظر کرد. براساس توصیف مقرر دادگاه، موضوع در دسته ارتباط احوال شخصیه و مشمول قانون ملی فرزند است. قاضی دادگاه تجدیدنظر پاریس توصیف متفاوت سیستم حقوقی ایتالیا را مطرح نمود که برابر آن، این موضوع مربوط به اثبات نسب و مشمول قانون ملی پدر، یعنی فرانسه است. بنابراین، دادگاه، احاله به قانون مقرر دادگاه را پذیرفت و این چنین تصمیم گرفت: «دلیلی برای رد احاله‌ای وجود ندارد که تعارضات قواعد فرانسوی و ایتالیایی را از بین می‌برد و یکپارچگی حقوق فرانسه را نیز به‌دنبال دارد؛ قانون فرانسه بر کسانی حاکم می‌شود که در فرانسه اقامت دارند خواه تابع این کشور باشند و خواه تابع کشور دیگری»^{۶۵}.

دیوان عالی کشور آلمان^{۶۶} در چندین پرونده این نوع احاله را نمی‌پذیرد. در پایان قرن نوزدهم، این مرجع عالی قضایی به رد مرور زمان طلبی از یک بدهکار آلمانی به دلیل برات صادرشده در امریکا حکم می‌دهد. در واقع، قاعده حل تعارض آلمان به طبقه‌بندی این نهاد حقوقی در دسته ارتباط «حقوق تعهدات» نظر دارد و آن را مشمول قانون حاکم بر تعهد، یعنی امریکا، می‌داند. مقررات امریکا قانون مقرر دادگاه، یعنی آلمان را صلاحیت‌دار تشخیص می‌دهد؛ زیرا موضوع متنازع‌فیه را داخل در موضوعات آیین دادرسی می‌داند. به نظر دادرس آلمانی، قانون امریکا به‌موجب قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، تعیین و از یک توصیف قراردادی ناشی شده است و صرفاً باید قواعد مادی، منطبق با این توصیف اعمال شود. به

64. Mélin, *op. cit.*, pp. 127-128.

65. Paris, 1 Ch., 19 Juill. 1952.

66. Reichsgericht.

این ترتیب، احاله ناشی از توصیف مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد؛ درحالی که پذیرفتن آن، به تأیید صلاحیت قانون آلمان ختم می‌شود. نادیده گرفتن توصیف حقوق امریکا از موضوع، وضعیتی ایجاد می‌کند تا قاعده حل تعارض آن لحاظ نشود.^{۶۷}

ممکن است همین وضعیت در خصوص دو سیستم حقوقی ایران و امریکا پیش آید. در سیستم حقوقی ایران تعهدات ناشی از برات مشمول قانون محل ایجاد تعهد است؛^{۶۸} بنابراین، قانون امریکا بر مسئله مرور زمان طلب بدهکار برات صادرشده در این کشور، صالح است؛ به‌ویژه که نمی‌توان گفت مرور زمان پنج‌ساله مندرج در ماده ۳۱۸ قانون تجارت، فقط مزایای تجاری برات را از بین می‌برد، بلکه اساساً حق طرح دعوی ذی‌نفع را اسقاط می‌کند.^{۶۹} بدون درنظر گرفتن بحث‌های بی‌پایان مربوط به اینکه مرور زمان مسقط حق و تعهد است یا وسیله‌ای در دست خوانده برای غیرقابل استماع نمودن دعوای خواهان^{۷۰}، بر این باوریم که مدت مرور زمان ناشی از یک طلب در اعتبار و ارزش آن نقشی تعیین‌کننده دارد و یک مسئله ماهوی مرتبط با تعهد محسوب می‌شود. اگر دو طلب را به‌مثابه دو دایره بدانیم که یکی پس از ده سال و دیگری پس از پنج سال مشمول مرور زمان می‌شود، مساحت دایره نخست بیشتر است و با طلبی روبه‌رو هستیم که به مدت طولانی‌تری قابلیت مطالبه دارد و از اعتبار بیشتری برخوردار است. در هر صورت، امکان قرار گرفتن مدت مرور زمان در دایره مربوط به تعهد به‌خوبی ارتباط این موضوع را با اصل تعهد نشان می‌دهد. بنابراین، قاضی ایرانی مانند همتای آلمانی خود، به استناد مقررات ایران این موضوع را در دسته ارتباط ماهیت تعهد قرار می‌دهد و آن را مشمول قانون مملکتی می‌داند که تعهد در آن ایجاد شده است.

نفی احاله توصیف‌ها با استناد به منطق مکانیسم احاله، مورد انتقاد است. احاله به این دلیل اتفاق می‌افتد که حاکمیت سیستم حقوقی خارجی خود را صالح نمی‌داند؛ در غیر این صورت، منطق هماهنگی موجود در ذات احاله به هم می‌ریزد. برخی برای ایجاد هماهنگی،

67. Lequette, *op. cit.*, Para. 53

۶۸. ماده ۳۰۵ قانون تجارت، ربیعا، اسکینی، حقوق تجارت، (تهران: سمت، چ ۱۹، ۱۳۹۳)، ص ۱۳۶.

۶۹. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دانش‌نامه حقوقی*، ج ۵، (تهران: امیرکبیر، چ ۴، ۱۳۷۶)، ص ۳۳۲.

۷۰. مهدی شهیدی، *حقوق ملنی، سقوط تعهدات*، ج ۵، (تهران: مجد، چ ۱۱، ۱۳۹۶)، ص ۲۲۶.

احاله توصیف‌ها را می‌پذیرند؛ چراکه قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده، حتی پس از توصیف براساس مقررات مقرر دادگاه و اعمال قاعده حل تعارض آنجا، این امکان را می‌یابد تا قانون خارجی را با توصیف‌های خارجی تفسیر کند. بنابراین، همان استدلالی خودنمایی می‌کند که در مورد احاله نیز مطرح می‌شود. در واقع، از آنجا که پایه‌گذاری احاله بر مبنای تمامیت حقوق خارجی صورت پذیرفته است، توجه به توصیف‌های خاص^{۷۱} درون این سیستم حقوقی نیز ضرورت می‌یابد. از طرفی، تفاوتی نمی‌کند که تعارض منفی ریشه در تنوع عوامل ارتباط داشته باشد یا در تنوع توصیف‌ها؛ در هر دو مورد، قاضی ملی برای تجزیه و تحلیل مقررات سیستم حقوقی خارجی باید هم به عوامل ارتباط و هم توصیف‌های آن توجه کند.

پیوستن به مخالفان پذیرش احاله توصیف‌ها پیامد دیگری نیز دارد؛ ناهماهنگی داخلی کشور سبب، در واقع، زمانی که قانون سبب به دلیل توصیف بر اساس مقرر دادگاه و اعمال قاعده حل تعارض آنجا موضوع را دربر می‌گیرد، باید با توجه به توصیف‌ها و قواعد حل تعارض سیستم سبب مشخص شود که آیا خود را صالح می‌داند یا خیر؛ اگر احاله توصیف‌ها پذیرفته نشود، پیوند میان عامل ارتباط و مصادیق دسته ارتباط گسسته می‌شود.^{۷۱}

اما باید پذیرفت که در تفاوت با احاله معمولی، این احاله، ریشه در تعارض توصیف‌ها دارد؛ تعارضی که در لحظه طرح مسئله احاله خود را نشان نمی‌دهد، چراکه پیش از این برای آن چاره‌اندیشی شده و در نتیجه، قاعده حل تعارض مقرر دادگاه، قانون خارجی را صالح شناخته است. در مثال یادشده، دادرس آلمانی با توجه به قاعده حل تعارض خود، قانون خارجی را حاکم می‌داند؛ چراکه این کشور مسئله مرور زمان یادشده در دسته قراردادهای - و نه آیین دادرسی - را طبقه‌بندی می‌کند و دیگر برداشت قانون خارجی از این نهاد حقوقی برای وی اهمیتی ندارد. پیش از تعیین قانون صالح،^{۷۲} توصیف، نقش خود را ایفا کرده است. ماحصل این نقش‌آفرینی، تعیین قاعده حل تعارض صالح و درنهایت تعیین قانون ماهوی حاکم است. هرچند در کشور سبب نیز توصیف موضوع برای انتخاب قاعده حل تعارض و سپس قاعده ماهوی صالح برای حل مسئله متنازع فیه به کار می‌رود، ولی دیگر این توصیف تأثیرگذار نیست.

71. B. Ancel, Note: Rev. Crit. Dr. Int. pr. 1980, p. 567.

بنابراین، تشبیه این مورد با احالۀ عوامل ارتباط، تصنعی است. پذیرش چنین احالۀ‌ای دو ایراد بزرگ به همراه دارد: نخست اینکه احالۀ ناشی از توصیف‌ها به اصل توصیف براساس قانون مقرر دادگاه و صلاحیت قانون پیش‌بینی شده به موجب قاعدۀ حل تعارض خدشه وارد می‌کند. درواقع تفاوتی نمی‌کند که توصیف کشور سبب از موضوع پذیرفته شود و یا اینکه از ابتدا توصیف بر اساس مقررات مقرر دادگاه صورت پذیرد، ولی در نتیجۀ توصیف متفاوت کشور سبب از موضوع و پذیرش احالۀ ناشی از آن، مقررات دیگری اعمال شود؛ در هر دو مورد، توصیف کشور سبب از موضوع^{۷۲} تعیین‌کننده خواهد بود. دوم اینکه این مسئله نوپدید به گسترش احاله می‌انجامد، زیرا منشأ جدیدی برای احاله ایجاد می‌شود؛ علاوه بر تفاوت در عوامل ارتباط و تفسیر مختلف عوامل ارتباط، توصیف گوناگون کشور سبب از موضوع متنازع‌فیه نیز احاله را پدید می‌آورد. احاله پدیده‌ای استثنایی است که بر ویژگی دوجانبۀ قاعدۀ حل تعارض تأثیر می‌گذارد^{۷۳}؛ چراکه در یک سیستم دوجانبه باید به حکم قاعدۀ حل تعارض مقرر دادگاه عمل نمود. اگر این قاعده، قانون ماهوی بیگانه را صالح بداند، دیگر خواست واضع قاعدۀ حل تعارض کشور خارجی مبنی بر اعمال یا عدم اعمال اهمیتی ندارد^{۷۴}. دوجانبه‌گراها در احالۀ عوامل ارتباط به صورت استثنایی به این خواست احترام می‌گذارند.

علی‌رغم استدلال‌های محکم موافقان پذیرش احالۀ توصیف‌ها، چاره‌ای جز نفی آن در روش دوجانبه نیست؛ چراکه در چنین سیستمی، قاعدۀ حل تعارض مقرر دادگاه خط قرمز قاضی محسوب می‌شود و نباید نقض گردد. این درحالی است که تفاوت چندانی میان نقض مستقیم قاعدۀ حل تعارض یا کم و زیاد شدن مصداقی از آن وجود ندارد.

تردید وجود ندارد که عدم پذیرش احالۀ ناشی از توصیف‌ها موجب ناهماهنگی بین المللی راهکارها می‌شود. برای نمونه، در مثال برهم‌خوردن نامزدی در آلمان، اگر موضوع در دادگاه آلمان مطرح شود، دادرس با اعمال قانون ملی مشترک زوجین، یعنی قانون ایران و برعکس، دادرس ایرانی با اعمال قانون محل وقوع زیان‌بار، یعنی قانون آلمان، موضوع

72. Loussouarn et Les Autres, 2012, Para. 198-3.

۷۳. سید عباس سیدی آرانی، پیشین، ص ۳۳.

متنازع‌فیه را حل می‌کند. اما در اینکه پذیرش این نوع احاله موجب هماهنگی در این عرصه شود، تردیدهایی وجود دارد. هرچند پذیرش این رخداد در برخی از فروض، حاله درجه دو هماهنگی بین‌المللی راهکارها را به ارمغان می‌آورد، ولی اگر حاله درجه یک اتفاق بیفتد و هردو سیستم درگیر در موضوع، این نوع احاله را بپذیرند، هماهنگی موردنظر اتفاق نمی‌افتد؛ چراکه در همین مثال در صورت طرح موضوع در دادگاه آلمان، قانون آلمان و در فرض طرح مسئله در دادگاه ایران، قانون ایران به‌عنوان قانون صالح شناخته خواهد شد. بنابراین، ناهماهنگی بین‌المللی راهکارها به‌وجود می‌آید که مطلوب نیست.

نتیجه

برای اینکه حقوق بین‌الملل خصوصی بتواند به نیازهای جامعه بین‌الملل پاسخ دهد، لازم است از قوانین خارجی بهره‌برد و از آمریت آنها چشم‌پوشی نکند؛ وگرنه ممکن است درمان با بیماری منطبق نباشد و هماهنگی داخلی راهکارها به قیمت فدا شدن یکپارچگی سیستم حقوقی سبب و حتی ناهماهنگی بین‌المللی راهکارها تمام شود. هماهنگی در یک عرصه لزوماً به معنای هماهنگی در عرصه دیگر نیست و حتی در مواردی تقویت یکی به تضعیف دیگری منتهی می‌شود. در موضوعی که نیل به همه اهداف و احترام به تمام اصول امکان‌پذیر نیست، باید به سرانجام تلاش‌های همه‌جانبه‌نگر به دیده تردید نگریست. لازم است هدف نهایی و اصل مسلم مشخص گردد و برای تحقق آن‌ها تلاش شود. در این پژوهش هماهنگی بین‌المللی راهکارها به‌عنوان هدف، و احترام به قاعده حل تعارض مقر دادگاه به عنوان اصل مسلم، انتخاب شده است.

انجام توصیف اولیه بر اساس مقررات مقر دادگاه با طبیعت قاعده حل تعارض سازگاری دارد، منتهی موجب ناهماهنگی در عرصه بین‌المللی می‌شود؛ زیرا بسته به اینکه موضوع در کشور مقر دادگاه یا کشور سبب مطرح شود، احتمال قرار گرفتن موضوع در دسته‌های ارتباط متفاوت و صدور احکام متهاافت وجود دارد. البته راه‌گزینی از این وضعیت نیست، چراکه از یک سو نمی‌توان از قاعده حل تعارض مقر دادگاه سرپیچی کرد و از سوی دیگر، توصیف براساس مقررات کشور سبب، مصداقی از یک قاعده حل تعارض را جابه‌جا و در نتیجه آن را نقض می‌کند، و تفاوت چندانی میان نقض مستقیم قاعده حل تعارض یا کم و زیاد شدن

مصادقی از آن وجود ندارد. همین وضعیت در مسئلهٔ احالهٔ توصیف‌ها حاکم است، زیرا پذیرش آن، داده‌های اصلی مسئله را تغییر می‌دهد، به اصل توصیف بر اساس مقررات مقرر دادگاه آسیب می‌زند و کمانه‌وار به نقض قاعدهٔ حل تعارض آنجا منجر می‌گردد؛ توفیری نمی‌کند که توصیف کشور سبب از موضوع پذیرفته شود یا اینکه از ابتدا توصیف بر اساس مقررات مقرر دادگاه صورت پذیرد و در نتیجهٔ توصیف متفاوت کشور سبب از موضوع، احالهٔ توصیف‌ها پذیرفته و مقررات دیگری اعمال گردد؛ در هر دو مورد، توصیف کشور سبب از موضوع، تعیین‌کننده است.

تئوری مسئلهٔ مقدماتی، یک سیستم حقوقی را متکفل حل هردو مسئلهٔ اصلی و مقدماتی می‌داند؛ وضعیتی که هماهنگی بین‌المللی راهکارها را تقویت می‌کند. به‌علاوه، پس از تعیین قاعدهٔ حل تعارض صلاحیت‌دار بر مسئله و در صورت صلاحیت قانون خارجی، توصیف عامل ارتباط به‌کاررفته در آنها مطرح می‌شود. در برخی فروض، احالهٔ درجهٔ دوم در موضوع تعریف عامل ارتباط، هماهنگی داخلی راهکارها در راستای هماهنگی بین‌المللی آنها قرار می‌گیرد. کافی است برای ایجاد این تعادل، این توصیف بر اساس مقررات کشوری انجام شود که قاعده را وضع کرده است و تفاوتی نمی‌کند که مسئله در دادگاه‌های کشور مقرر یا سبب مطرح شود؛ در هردو مورد نتیجه یکسان خواهد بود. در نهایت، لازم است توصیف‌های ثانوی داخلی کشور سبب از موضوع لحاظ شود تا هماهنگی بین‌المللی راهکارها بهبود یابد؛ مسئله‌ای که برای نخستین بار مطرح و سازماندهی گردید. نگرانی خاصی در این موارد وجود ندارد، زیرا به اصل آرمانی آسیبی وارد نمی‌آید. دیدگاه‌هایی که معتقد به صلاحیت مقرر دادگاه در انجام تمام این توصیف‌ها هستند، آب به آسیاب مخالفان توصیف بر اساس قانون مقرر دادگاه می‌ریزند و وضعیتی را ایجاد می‌کنند تا مهم‌ترین استدلال ایشان، یعنی اینکه چنین توصیفی آرمان هماهنگی بین‌المللی راهکارها را از بین می‌برد، تبدیل به فصل‌الخطاب تمام بحث‌های نظری این حوزه شود.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب‌ها

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۹۳). *حقوق تجارت*، تهران: سمت.
۲. الماسی، نجادعلی (۱۴۰۰). *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: میزان.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶). *دانش‌نامه حقوقی*، تهران: امیرکبیر.
۴. شهیدی، مهدی (۱۳۹۵). *حقوق مدنی*، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۹۶). *حقوق مدنی*، سقوط تعهدات، تهران: مجد.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳). *حقوق مدنی ۳*، تهران: مجد.
۷. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۶). *مختصر حقوق خانواده*، تهران: میزان.
۸. صفایی، سیدحسین (۱۳۹۹). *حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی*، تهران: دانشگاه تهران.
۹. طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۹۴). *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: اسماعیلیان.
۱۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۰). *بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن*، تهران: علوم انسانی.
۱۱. محمود، سلجوقی (۱۳۸۷). *حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین و تعارض صلاحیت‌ها*، تهران: میزان.
۱۲. مصلحی عراقی، علی حسین (۱۳۸۴). *حقوق ارث*، تهران: سمت.
۱۳. میرشکاری، عباس (۱۳۹۴). *رساله عملی در مسئولیت مدنی*، تهران: سهامی انتشار.
۱۴. نصیری، محمد (۱۳۹۲). *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: آگه.

- مقالات

۱۵. حقانی، سعید و حکیمی، مرضیه (۱۴۰۰). *قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی؛ بررسی موردی*

دادنامه‌ای از شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران. *پژوهش حقوق خصوصی*. ۹(۳)، ۶۴-۴۱.
Doi:10.22054/jplr.2021.51359.2384

۱۶. سیدی آرانی، سیدعباس (۱۳۹۸). نقش آفرینی قاعده حل تعارض به پشتیبانی روش‌های حل تعارض (با بهره‌مندی از آورده‌های حقوق تطبیقی). *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*.
Doi:10.22091/CSIW.2020.3623.1455. ۵۴-۲۷. (۴)۶

۱۷. شریعت باقری، محمد جواد (۱۳۹۴). چرایی و چگونگی تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی. *تحقیقات حقوقی*. ۷۲(۸)، ۷۱-۹۵.

۱۸. شهیدی، مهدی (۱۳۷۶). قواعد ایرانی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی. *تحقیقات حقوقی*. ۲۱(۲۲)، ۴۲-۲۳.

ب) منابع فرانسه

- Book

19. Batiffol, Henri and Lagarde, Paul (1993). *Droit International Privé*, Paris: LGDJ
20. Gutmann, Daniel (2007). *Droit International Privé*, Paris: Dalloz.
21. Hugues Fulchiron, Cyril Nourissat, Édouard Treppoz, Alain Devers, Travaux dirigés, (2013). *Droit International Privé*, Paris: LexisNexis.
22. Loussouarn, Yves, Bourel, Pierre, de Varelles-Sommières, Pascal (2013). *Droit International Privé*, Paris: Dalloz.
23. Loussouarn, Yves, Bourel, Pierre, de Varelles-Sommières, Pascal (2012). *Droit International Privé*, Paris: Dalloz.
24. Mélin, François (2014). *Droit International Privé*, Paris: Lextenso Éditions.
25. Niboyet, Marie-Laure and Géraud de Geouffre de la Pradelle (2013). *Droit International Privé*, Paris: Lextenso Éditions.

- Articles

26. Gothot, Pierre, Lagarde, Paul (2006). Conflits de Lois: Principes généraux, Répertoire de droit international, janvier.
27. Lagarde, Paul (1960). La Règle de Conflit Applicable Aux Questions Préalables, Rev. crit DIP.
28. Lequette, Yves (1998). Renvoi, Répertoire de Droit International, Décembre.
29. Wengler, W (1966). Nouvelles Réflexions Sur Les Questions Préalables, Rev. Crit. DIP.

شایان ذکر است که برخی مجلات فرانسوی دوره و شماره ندارند و با سال شناخته می‌شوند. مقالات فوق شماره و دوره ندارند.

Arrêts

30. Djenangi, Rev. crit. DIP 1988. 302, note Bischoff, JDI 1986. 1025, note A. Sinay-Cytermann, JCP 1987. II. 20878, note Agostini.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 33

Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 169-199

Annulment of Arbitral Awards on the Basis of “Manifest Disregard of Law Doctrine” in U.S. Law; with a Look at Iranian Law

Majid Ghamami^{1✉} | Sajjad Ghasemi²

1. Associate Professor, University of Tehran, Iran

mghamami@ut.ac.ir

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

sjjghasemi@gmail.com

Abstract

A certain limit of judicial review of arbitral awards is accepted in national legal systems and international instruments. The main and universally agreed grounds for reviewing arbitral awards include procedural and jurisdictional integrity and public policy considerations. However, some legal systems review the application of governing law to prevent egregious errors of law by arbitrators. Such a ground for reviewing arbitral awards, because of connection to the substantial aspect of arbitral awards is contentious and subject to conflicting views. The doctrine of manifest disregard of law in U.S. law, with specific criteria, provides an exceptional ground for reviewing arbitral awards from the perspective of complying with and correct application of governing law. In this research, with study of the concept and criteria and evaluating usefulness of this doctrine, it reveals that reviewing arbitral awards for complying with governing law at a minimum level with specific and narrow criteria can enhance predictability and rule of law in arbitration and at the same time preserve finality and minimal intervention of courts in arbitration. The aforementioned doctrine and the criteria of its application in U.S. law can be useful in interpretation or amendment of Iranian arbitration regulations in connection with such a ground for reviewing arbitral awards, and especially the first paragraph of Article 489 of Iranian Civil Procedure Code.

Keywords: Arbitration, annulment of arbitral awards, manifest disregard of law, governing law, grounds for annulment.

Received: 2023/04/08 Received in revised form: 2023/08/23 Accepted: 2023/09/11 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.56063.3260

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



ابطال رأی داورى بر مبنای «دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون»

در حقوق امریکا؛ با نگاهی به حقوق ایران

مجید غمامی^۱ | سجاد قاسمی^۲

mghamami@ut.ac.ir

۱. دانشیار دانشگاه تهران، ایران

sjjghasemi@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ایران

چکیده

در پذیرش حدی از نظارت قضایی بر آرای داورى در نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی اتفاق نظر وجود دارد. جهات اصلی و مورد اتفاق نظارت قضایی بر آرای داورى شامل انسجام آیینی، صلاحیتی و ملاحظات نظم عمومی است. با این حال، بعضی نظام‌های حقوقی نحوه اعمال قانون حاکم بر اختلاف را با هدف جلوگیری از اشتباهات فاحش قانونی از سوی داور مورد نظارت قرار می‌دهند. چنین نظارتی به علت ارتباط با جنبه ماهوی رأی داور محل اختلاف بوده، دیدگاه‌های متفاوتی درباره آن وجود دارد. دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون در حقوق امریکا با قیود و معیارهایی خاص، نظارتی استثنایی و فوق‌العاده را بر آرای داورى از منظر رعایت و اعمال صحیح قانون حاکم، اعمال می‌کند. در این پژوهش با بررسی مفهوم، معیار و ارزیابی سودمندی این دکترین، به نظر می‌رسد اعمال یک نظارت حداقلی با معیارهای مشخص و مضیق بر نحوه اعمال قانون حاکم از سوی داور می‌تواند پیش‌بینی‌پذیری و قانون‌مداری را در داورى افزایش دهد و در عین حال، نهایی بودن رأی داور و مداخله حداقلی دادگاه‌ها را نیز حفظ کند. دکترین یادشده و معیارهای اعمال آن در حقوق امریکا می‌تواند در تفسیر یا اصلاح مقررات داورى ایران در زمینه اعمال چنین نظارتی و به‌طور ویژه بند اول ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م مورد استفاده قرار گیرد.

واژگان کلیدی: ابطال رأی داور، جهات ابطال، داورى، قانون حاکم، نادیده گرفتن قانون.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۱۹ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۶/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.56063.3260

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

اگرچه اصل وجود نظارت قضایی بر آرای داور در نظام‌های ملی مورد توافق است، اما در خصوص حدود این نظارت دیدگاه‌ها و رویکردهای متفاوتی وجود دارد.^۱ حدی از نظارت قضایی دادگاه‌ها بر رأی داور که در خصوص آن اتفاق نظر وجود دارد و در چارچوب اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داور خارجی نیویورک مصوب ۱۹۵۸ پذیرفته شده، عموماً مبتنی بر سه جنبهٔ اختیار و صلاحیت داور، اصول رسیدگی توافقی و منصفانه، و نظم عمومی است.^۲ به عبارت دیگر، انسجام آیینی در کنار مسئلهٔ صلاحیت داور و نظم عمومی که ناظر بر بنیادین‌ترین ارزش‌های یک نظام حقوقی است، تشکیل‌دهندهٔ مبنای مشترک و اصلی نظارت بر آرای داور است.

با این حال، بعضی از نظام‌های حقوقی برای اعمال نظارت قضایی بیشتر بر آرای داور گرایش نشان داده‌اند. یکی از این مبانی خاص، نظارت بر نحوهٔ اعمال قانون حاکم بر ماهیت اختلاف از سوی داور است؛ به این معنا که اشتباه داور در اعمال قانون حاکم را با قیود و شرایط خاصی قابل نظارت دانسته‌اند. باید توجه داشت که اشتباه در اعمال قانون حاکم متفاوت با عدم اعمال کلی قانون حاکم و نادیده گرفتن شرط انتخاب قانون طرفین است. این مبنای نظارتی محل بحث‌های فراوانی در حقوق داور بوده است. از یک سو، اصل عدم نظارت ماهوی دادگاه‌ها بر رأی داور و محدود کردن هرچه بیشتر جهات ابطال آرای داور در دیدگاه‌های نوین، مورد توجه و تأکید بوده و گرایش‌های تازه به سمت ترویج و توسعه و نیز خودبنیاد و خودانتظام ساختن هرچه بیشتر فرایند داور دلالت می‌کند؛ از سوی دیگر، اعمال نظارت حداقلی بر نحوهٔ اعمال قانون حاکم از سوی داور و عدم تأیید و اجرای آرای که مبتنی بر اشتباهات فاحش قانونی داوران است، تضمین‌کنندهٔ احترام به توافق طرفین در انتخاب قانون حاکم و برآورده شدن انتظار و پیش‌بینی آنان در حل و فصل اختلاف و روابط حقوقی و تجاری آنان بر اساس قانون حاکم و نیز تضمین‌کنندهٔ قانون‌مداری و مشروعیت فرایند داور دانسته شده است.

۱. عبدالحسین شیروی، *داوری تجاری بین‌المللی*، (تهران: سمت، ۱۳۹۲)، ص ۲۸۶.

۲. لویا جندی، *اجرای آرای داور بازرگانی خارجی*، (تهران: شهردانش، ۱۳۹۵)، ص ۱۳۶.

ایالات متحده آمریکا از جمله کشورهایی است که در آن، نظارت بر اعمال صحیح قانون حاکم بر ماهیت اختلاف در داوری در قالب دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون مورد پذیرش قرار گرفته و مباحث فراوانی در خصوص ماهیت، مبنا، معیار و سودمندی این دکترین در حقوق داوری آمریکا در جریان است. مطالعه و بررسی مفهوم، معیار و سودمندی دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون از چند جهت حائز اهمیت است. نخست آنکه به واسطه تأثیر مهم حقوق آمریکا بر حقوق تجارت و حل و فصل اختلافات، مطالعه تطبیقی آن مفید خواهد بود؛ دوم آنکه نظارت بر اعمال قانون ماهوی حاکم در داوری، یک موضوع سنتی مختص به حقوق آمریکا نیست و مباحث آن به طور کلی در حقوق داوری و نیز حقوق تطبیقی (برای مثال ماده ۶۹ قانون داوری انگلستان، و ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی سوئیس) در جریان است؛ و سوم آنکه توجه به این دکترین می‌تواند به حقوق دان ایرانی در مسئله ابطال رأی داور بر اساس مغایرت با قوانین موجد حق در ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م، زاویه دید متفاوتی ارائه نماید. به دیگر سخن، بررسی دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون از سوی داور می‌تواند ضمن تبیین یکی از مسائل مطرح در حقوق داوری از جنبه حقوق تطبیقی، رهیافتهایی برای تفسیر یا اصلاح مقررات داوری ایران نیز دربر داشته باشد. بر این اساس، در این پژوهش، ابتدا دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون در حقوق آمریکا به بحث گذاشته شده و ضمن بیان تعریف و مبنا و نیز معیار نظارت بر آن، دیدگاه‌های موافق و مخالف درباره سودمندی این دکترین بررسی شده است و در نهایت موضوع با نگاهی به حقوق ایران با هدف بهره‌مندی از مباحث حقوق تطبیقی برای ارتقا و بهبود مقررات داوری ایران دنبال می‌شود.

۱. مفهوم و مبنای حقوقی دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون در حقوق آمریکا

در اولین بخش، تعریف و مفهوم دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون در حقوق آمریکا و مبنای اعتبار حقوقی آن و چالش‌هایی که در رویه قضایی و دکترین حقوقی آمریکا درباره اعتبار این دکترین مطرح شده است مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱.۱. مفهوم

نادیده گرفتن آشکار قانون^۳، ناظر بر یکی از جهات ابطال آرای داوری در حقوق امریکا است که خاستگاه آن نظام حقوقی کامن لا بوده است و بر این پایه یک جهت ابطال قضایی محسوب می‌شود. جهات ابطال در حقوق داوری امریکا به دو دسته، جهات مبتنی بر قانون^۴ و جهاتی که ریشه در رویه قضایی یا کامن لا دارد^۵ تقسیم می‌شوند. جهات ابطال مبتنی بر قانون، در ماده ۱۰ قانون داوری فدرال مصوب ۱۹۲۵ (FAA) ذکر شده است. در مقابل، جهات نظارتی مبتنی بر رویه قضایی در متن قوانین مصوب مورد تصریح قرار نگرفته و دستاورد رویه قضایی بوده و مبتنی بر سنت کامن لا است.

به‌رغم اینکه دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون، پراستنادترین جهت ابطال آرای داوری در حقوق امریکا محسوب می‌شود^۶ و از اهمیت بالایی برخوردار است، مفهوم آن به جهت نبودن تعریفی دقیق در متون قانونی یا آرای دیوان عالی امریکا با ابهام همراه است.^۷ در رویه قضایی، در تعریف نادیده گرفتن آشکار قانون گفته شده است که به معنای خودداری داور از اعمال یک قاعده حقوقی واضح و آشکار است که بر اختلاف ارجاع شده به داوری حاکم بوده است.^۸ در یکی از آرای دادگاه تجدیدنظر فدرال^۹ بیان شده که نادیده گرفتن آشکار قانون ناظر به فرضی است که داور، وجود و قابل اعمال بودن قاعده حقوقی حاکم بر اختلاف را احراز کرده باشد، اما با بی‌اعتنایی غیرقابل اغماض (شبیه عامدان) از اعمال آن خودداری کند. اگرچه نادیده گرفتن آشکار قانون فاقد تعریفی مشخص است، اما در رویه قضایی و دکترین حقوق امریکا این مسئله مورد اتفاق است که نادیده گرفتن آشکار قانون

3. Manifest Disregard of Law

4. Statutory Grounds for Vacatur

5. Non-Statutory Grounds for Vacatur

6. MyLinda Kay Sims, Richard A., Bales, "Much Ado About Nothing: The Future of Manifest Disregard after Hall Street", *South Carolina Law Review*, Vol. 62. (2012), p. 411.

7. Christopher R Drahozal, "Codifying Manifest Disregard", *Nevada Law Journal*, Vol. 8. (2007), p. 237

8. Thomas V. Burch, "Manifest Disregard and the Imperfect Procedural Justice of Arbitration", *Kansas law review*, Vol. 59. (2010), p. 70.

9. MyLinda Kay Sims, Richard A., Bales, *op. cit*, p. 413.

10. *Cytec Corp. v. Deka Prods. Ltd. P'ship*, 439 F.3d 27, 35.

ناظر بر اشتباهات قانونی داور یا همان مسائل حکمی (Errors of Law) است.^{۱۱} البته آن چنان که در ادامه خواهیم دید، دایره محدود و خاصی از اشتباهات قانونی داوران بر اساس این دکترین منظور شده است.

مفهوم نادیده گرفتن آشکار قانون از سوی داور، اولین بار در رأی Wilko در سال ۱۹۵۳ از جانب دیوان عالی آمریکا^{۱۲} معرفی شد.^{۱۳} در این رأی آمده است: «تفسیر قانون به وسیله داوران، برخلاف نادیده گرفتن آشکار قانون، موضوع نظارت در دادگاهها قرار نمی گیرد». در بیان نظر مخالف در رأی، قاضی فرانکفورتر می نویسد: «داوران نباید قانون را نادیده بگیرند؛ این چیزی است که همه بر روی آن توافق داریم». دادگاهها به تبعیت از این رأی، عبارت نادیده گرفتن آشکار قانون را برای اشاره به فرض ابطال رأی داور به علت عدم رعایت قانون حاکم به کار می برند.^{۱۴} دیوان عالی در رأی دیگری^{۱۵} هدف از دکترین قضایی نادیده گرفتن آشکار قانون را تضمین این امر دانسته است که داوران الزامات قانون حاکم را رعایت کنند.^{۱۶}

درباره مفهوم قانون در این دکترین، باید توجه داشت که تمرکز اصلی بر قانون حاکم بر ماهیت اختلاف است؛ چراکه قانون حاکم بر موافقتنامه داور و یا آیین، در چارچوب صلاحیت داور بر اساس جهت خروج از اختیار مورد نظارت قرار می گیرد که خود جهت قانونی مستقلی برای ابطال رأی داور محسوب می شود و متمایز از دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون است.^{۱۷} بر این اساس، می توان گفت دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون، یک جهت ابطال مبتنی بر رویه قضایی بوده که ناظر بر نحوه اعمال قانون حاکم بر ماهیت اختلاف از سوی داور است و با شرایط و قیودی که در ادامه بحث خواهد شد ممکن است

11. Stephen J. Ware, "Vacating Legally-Erroneous Arbitration Awards", Yearbook on Arbitration and Mediation 56, Vol. 6. (2014), p. 89.
12. Wilko v. Swan, 346 US 427 (1953).
13. Thomas V. Burch, *op. cit.*, p. 61.
14. MyLinda Kay Sims, Richard A. Bales, *op. cit.*, p. 414.
15. Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20 (1991).
16. Richard C. Reuben, "Personal Autonomy and Vacatur After Hall Street", *Penn State Law Review*, Vol. 113. (2009), p. 1111.
17. Piotr Wiliński, *Excess of Powers in International Commercial Arbitration*, (The Hague: Eleven International Publishing, 2019), p. 279.

حجت موجهی برای ابطال رأی داور در فرض عدم رعایت قانون حاکم به حساب آید.

۲.۱. مبنا و اعتبار حقوقی

اولین مسئله درباره مبناي حقوقی دکترین، نادیده گرفتن این قانون است که اشاره به مفهوم نادیده گرفتن آشکار قانون در رأی Wilko در بخش Dictum صورت گرفته است که همان مقدمات رأی است و الزام آور محسوب نمی شود.^{۱۸} این امر دستمایه آن شده است که مبناي حقوقی این دکترین مورد انتقاد قرار گیرد.^{۱۹} و گفته شود که این رأی در بهترین حالت یک پایه متزلزل برای این دکترین ایجاد می کند.^{۲۰} با این حال، ارزش و اثر اقماعی بخش Dictum آرای دیوان عالی بر دادگاه های تالی غیرقابل انکار است.^{۲۱} و معمول آن است که در رویه دادگاه ها نادیده گرفته نمی شود. وانگهی نظارت بر اعمال صحیح قانون حاکم از سوی داوران در کامن لا دارای سابقه طولانی بوده است.^{۲۲} در رویه عملی نیز دادگاه های فدرال این دکترین را مورد پذیرش قرار داده اند.^{۲۳}

مسئله دوم نقض رأی Wilko از سوی دیوان عالی در سال ۱۹۸۳ با صدور رأی Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc. است که مباحثی را در خصوص امکان استناد به این رأی ایجاد کرده است. در عمل استناد به این دکترین بعد از سال ۱۹۸۳ ادامه یافته است.^{۲۴} دیوان عالی پس از نقض رأی Wilko در سال ۱۹۸۳، در آرای بعدی خود به این رأی استناد کرده است.^{۲۵}

چالش حقوقی سوم پس از رأی Hall Street^{۲۶} بود که با دکترین نادیده گرفتن آشکار

18. Judith M. Stinson, "Why Dicta Becomes Holding and Why it Matters", *Brooklyn Law Review*, Vol. 76, Iss. 1. (2010), p. 221.

19. Thomas V. Burch, *op cit.*, p. 238.

20. Christopher R Drahozal, *op cit.*, p. 61.

21. Jonathan J. Tompkins, "Manifest Disregard of the Law: The Continuing Evolution of an Historically Ambiguous Vacatur Standard", *Dispute resolution international*, No. 2 (2018), p. 148.

22. Richard C. Reuben, *op cit.*, p. 1110.

23. Annie Chen, "The Doctrine of Manifest Disregard of the Law after Hall Street: Implications for Judicial Review of International Arbitrations in U.S. Courts", *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, Iss. 6. (2008), p. 1879

24. *Ibid.*, p. 1879.

25. *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995).

26. *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008).

قانون ارتباط وثیقی دارد.^{۲۷} تنها بخشی از این رأی دیوان که به دکتین نادیده گرفتن آشکار قانون مرتبط است توضیح مختصری در بخش Dictum رأی است که در آن قضات دیوان ضمن حصری دانستن جهات ابطال مندرج در ماده ۱۰ قانون دآوری فدرال، در رأی خود بیان می‌کنند که نمی‌توان با قاطعیت ادعا کرد که نادیده گرفتن آشکار قانون یک جهت جدید ابطال رأی داور است؛ چه بسا که نادیده گرفتن آشکار قانون برآیند مجموع جهات ابطال ماده ۱۰ قانون دآوری فدرال باشد، نه اینکه به آنها اضافه شود؛ و نیز این احتمال هم وجود دارد که صرفاً مصداقی از خروج از اختیار یا رفتار نادرست داور باشد که در زمره جهات ابطال منصوص در ماده ۱۰ است. این اشاره مبهم بدون تعیین تکلیف دکتین نادیده گرفتن آشکار قانون، موجب ابهام درباره مبنای حقوقی این جهت ابطال رأی داور پس از رأی Hall Street در سال ۲۰۰۸ شده است.^{۲۸} در واقع، اگرچه جهات ابطال ماده ۱۰ حصری هستند و نادیده گرفتن آشکار قانون در این جهات دیده نمی‌شود، اما توضیحی که دیوان در زمینه احتمال گنجانیدن دکتین نادیده گرفتن قانون در یکی از جهات ابطال ماده ۱۰ ارائه کرده، موجب دودستگی در دادگاه‌های امریکا شده است.^{۲۹} با همه این اوصاف، همچنان بخش مهمی از دادگاه‌های امریکا به این دکتین استناد می‌کنند و سرنوشت قطعی آن در گرو تصمیم دیوان عالی در آینده خواهد بود.

۲. معیارهای ابطال آرای دآوری بر اساس دکتین نادیده گرفتن آشکار قانون

پس از تعریف و بحث از مبنای حقوقی دکتین نادیده گرفتن قانون، ضروری است معیارها و شرایط لازم برای ابطال رأی داور بر اساس این دکتین در رویه قضایی و دکتین حقوقی امریکا مورد بررسی قرار گیرد. اهمیت این معیارها در آن است که باید معطوف به هسته مرکزی این دکتین باشد: نظارت قضایی بر رأی دآوری محدود و استثنایی است. پس باید معیاری را در نظر گرفت که شرایط نظارت دادگاه بر رأی داور را سخت کند و راه را

27. Maureen A. Weston, "The Other Avenues of Hall Street and Prospects for Judicial Review of Arbitral Awards", *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 14, (2010), p. 103.

28. Jill I. Gross, "Hall Street Blues: The Uncertain Future of Manifest Disregard", *Securities Regulation Law Journal*, No. 3 (2009), p. 236.

29. Hiro N. Aragaki, "The Mess of Manifest Disregard", *The Yale Law Journal*, No. 1 (2009), p. 3.

برای دخالت دادگاه در داور یا نظارت ماهوی بر رسیدگی و تصمیم داور ببندد.

۱.۲. معیار ایجاد الزام به نقض قانون از سوی طرفین

این معیار که از سوی دادگاه تجدیدنظر حوزه قضایی هفتم مطرح شده است، ابطال رأی داور بر مبنای دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون را در فرضی روا می‌داند که اجرای رأی داور یکی از طرفین دعوا را به نقض قانون ناگزیر گرداند. این معیار در رأی George Watts & Son, Inc. v. Tiffany & Co.^{۳۰} بیان شده و خود مبتنی بر تفسیری از یکی از آرای دیوان عالی^{۳۱} است. در نتیجه، نادیده گرفتن آشکار قانون در جایی است که رأی داور یکی از طرفین را ملزم به نقض قانون کند. البته این تفسیر صرفاً در این دادگاه پذیرفته شده و در رویه قضایی مورد استقبال قرار نگرفته است.^{۳۲}

۲.۲. معیار شخصی

در اعمال معیار شخصی، بر وجود عنصر روانی نادیده گرفتن عمدی قانون از سوی داور تأکید می‌شود. در این رویکرد، هرگاه از طریق شواهد واضح و صریح برای دادگاه محرز شود که داور قانون را به درستی فهمیده و آگاهانه آن را نادیده گرفته است، رأی داور ابطال می‌شود.^{۳۳} احراز عمد یکی از معضلات حقوق دادرسی است و بر این اساس، تا دلایل واضح و گویا مانند صورت‌جلسه‌های رسیدگی یا ذکر دلایل در رأی^{۳۴} وجود نداشته باشد، امکان ابطال رأی بر اساس این معیار بسیار پایین خواهد بود؛ زیرا راه دیگری برای احراز وضعیت ذهنی داور برای نادیده گرفتن عامدانه قانون وجود ندارد و در این مسیر دادگاه نمی‌تواند به اماره‌های قضایی یا دلایل غیرمستقیم استناد جوید. انتقاد دیگری که بر این رویکرد وارد شده، این است که در فرضی که داور به علت عدم دانش حقوقی بر قانون مسلط نیست یا

30. George Watts & Son, Inc. v. Tiffany & Co., 248 F.3d 577 (2001).

31. Eastern Associated Coal Corp. v. United Mine Workers of America, 531 U.S. 57 (2000).

32. Christopher R Drahozal, *op cit.*, p. 237.

33. Stephen L. Hayford, "Reining in the Manifest Disregard of the Law Standard: The Key to Restoring Order to the Law of Vacatur", *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 1998, Iss. 2. (1998), p. 125.

۳۴. در حقوق امریکا، داوران ملزم به ذکر دلایل و جهات رأی نیستند. نک:

Rowley QC, J William, *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*, (London: Law Business Research Ltd, 2019), p. 568.

طرفین به علت استفاده از مشاوران غیرمتخصص نتوانسته‌اند در طول رسیدگی، حکم دقیق قانون را به داور تفهیم کنند، امکان استناد به دکترین نادیده گرفتن قانون وجود نخواهد داشت؛ زیرا وقتی داور قانون را نمی‌داند، فرض تعمد و قصد نادیده گرفتن آن منتفی است.^{۳۵}

۳.۲. معیار عینی

در این معیار که آن را معیار خطای بزرگ^{۳۶} نیز نامیده‌اند، به جای تکیه بر عنصر روانی و قصد درونی داور در نادیده گرفتن قانون، بر عنصر مادی عملکرد داور تأکید می‌شود. در این معیار دو مسئله G میزان وضوح قانون حاکم و درجه اشتباه داور از اهمیت برخوردار است.^{۳۷} در رأی *Advest, Inc. v. McCarthy*^{۳۸} در توضیح این معیار گفته شده است که دادگاه در جایی می‌تواند وقوع نادیده گرفتن آشکار قانون را احراز کند که قانون حاکم به‌طور عام مورد شناسایی و توجه بوده، از وضوح پیشینی و قابلیت دسترسی غیرقابل انکار برخوردار باشد؛ به‌گونه‌ای که دادگاه بتواند فرض کند که داور از قاعده حقوقی حاکم مطلع بوده، اما به آن توجهی نکرده است. آن‌چنان که از این رأی قابل استنباط است، در اعمال معیار عینی، درجه وضوح قانون تعیین‌کننده نادیده گرفته شدن قانون از سوی داور است؛ به این معنا که دادگاه به جای اینکه به دنبال دلایل آشکار مبنی بر احراز قصد داور مبتنی بر نادیده گرفتن قانون باشد، درجایی که قانون واضح و آشکار است می‌تواند علم داور به قانون و محتوای آن را مفروض بداند و عدم اعمال صحیح قانون واضح را به‌عنوان نادیده گرفتن آشکار قانون، مورد نظارت قرار دهد. در رأی *Marshall v. Green Giant Co*^{۳۹}، برای اعمال معیار عینی در نادیده گرفتن آشکار قانون، به واضح بودن اشتباه داور اشاره شده است؛ به این معنا که هرگاه اشتباه داور در قانون در حدی باشد که هر فرد متعارفی که صلاحیت منصوب شدن به‌عنوان داور را دارد، وقوع آن اشتباه را به‌خوبی درک کند، می‌توان گفت داور به‌طور آشکار قانون را نادیده گرفته است. اعمال معیار عینی، حیطة نظارتی دادگاه‌ها بر اشتباهات قانونی داوران را تا حد زیادی افزایش می‌دهد.

35. Thomas V. Burch, *op cit.*, p. 63.

36. Big Error

37. Stephen L. Hayford, *op cit.*, p. 127.

38. 914 F.2d 6 (1st Cir. 1990).

39. 942 F.2d 539 (8th Cir. 1991).

۴.۲. معیار اماره محور (Presumption-Based)

این معیار که از سوی دادگاه‌های تجدیدنظر حوزه‌های قضایی یازدهم و دوم فدرال به ترتیب در رأی‌های *Halligan v. Piper* و *Montes v. Shearson Lehman Bros* و *Jaffray, Inc.* مطرح شده است، راه حل سومی را پیشنهاد می‌دهد. بر پایه این معیار، دادگاه برای احراز اینکه داور قانون را به طور آشکار نادیده گرفته است، به بررسی کلی فرایند رسیدگی و امور موضوعی و حکمی می‌پردازد و با در نظر گرفتن قرینه‌ها و نشانه‌ها و ارزیابی اوضاع و احوال کلی پرونده، علم داور به قانون و نادیده گرفتن آن را احراز می‌کند. در این رویکرد، احراز یک اماره مبنی بر علم داور به قانون و نادیده گرفتن آن از طریق بررسی مجموعه عوامل دخیل در پرونده کافی است و نیاز به اعمال یک معیار عینی یا شخصی خاص نیست.^{۴۰} مهم‌ترین نقدی که می‌توان به آن وارد دانست این است که در این رویکرد، مرز بین دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون و رسیدگی ماهوی مجدد دادگاه به اختلاف برای احراز اشتباهات قانونی داوران مشخص نیست و دادگاه ممکن است هر امری (از جمله عدم ذکر دلایل در رأی) را به عنوان اماره‌ای برای بی‌توجهی داور به قانون حاکم در نظر بگیرد.^{۴۱}

۵.۲. معیار نتیجه ناعادلانه

این معیار را که دادگاه تجدیدنظر حوزه قضایی پنجم فدرال در رأی *Kergosien v. Ocean Energy, Inc.*^{۴۲} مطرح کرده است، بیشتر از آنکه در عرض سایر معیارها باشد، در طول آنهاس و در واقع به جای ارزیابی رفتار داور، به نتیجه اجرای رأی او توجه دارد؛ به این معنا که پس از احراز بی‌توجهی داور به قانون، باید بر اساس مجموعه اوضاع و احوال، نتیجه رأی داور به یک بی‌عدالتی قابل توجه در خصوص یکی از طرفین منجر شده باشد تا بتوان رأی داور را بر اساس این دکترین ابطال کرد.^{۴۳}

40. Thomas V. Burch, *op cit.*, p. 64.

41. Stephen L. Hayford, *op cit.*, p. 131.

42. 390 F.3d 346, 355 (5th Cir. 2004).

43. David Graff, "The Helmsley Case: An Illustration of the Confused State of the Law Surrounding the Manifest Disregard of Law Doctrine as Applied to Arbitration", *Touro Law Review*, Vol. 24. (2008), p. 128.

۲.۶. ارزیابی معیارها

از میان معیارهای بالا، دو معیار الزام به نقض قانون و معیار بی‌عدالتی در دکترین و رویه قضایی با استقبال روبه‌رو نشده و معیارهای شخصی و عینی اقبال بیشتری داشته‌اند. در مقام داورى درباره معیار شخصی باید گفت که یکی از ایرادات مهم این معیار آن است که داوران را به صدور آرای غیرمدلل ترغیب می‌کند تا نظارت قضایی بر آرای خود را کاهش دهند.^{۴۴} انتقاد دیگر این است که احراز علم و قصد داوران در نادیده گرفتن قانون بسیار دشوار است و عملاً نظارت دادگاه‌ها را غیرممکن می‌سازد.^{۴۵}

در مقابل، اگرچه رویکرد عینی دشواری‌های معیار شخصی را ندارد، اما به دلیل گستردگی اختیار دادگاه در این معیار، قلمرو نظارت قضایی بسیار افزایش یافته، این معیار عمل به دادگاه‌ها اجازه نظارت بر نوع تفسیر داوران از قانون را می‌دهد.^{۴۶} اما مزیت این معیار این است که حتی در فرضی که رأی داور مدلل و مستند نباشد نیز امکان نظارت بر بی‌توجهی داوران بر قانون وجود دارد؛ زیرا درجه وضوح قانون ملاک نظارت خواهد بود، نه رویکرد ذهنی و قصد داوران. با توجه به اینکه در آرای غیرمستدل ممکن است احراز اینکه کدام قواعد حقوقی به‌طور خاص مبنای تصمیم داور بوده است با دشواری همراه باشد، راه‌حلی که در رویه قضایی^{۴۷} پیشنهاد شده، این است که اگر دادگاه بر اساس امور موضوعی پرونده بتواند مبنایی برای رأی داور پیدا کند باید رأی را تأیید نماید و در صورتی که هیچ توجیهی برای تصمیم داور وجود نداشته باشد به معنای نادیده گرفتن قانون خواهد بود.^{۴۸}

درباره معیار اماره‌محور نیز باید گفت که در عمل هیچ ضابطه‌ای برای تشخیص نادیده گرفتن آشکار قانون به‌دست نمی‌دهد؛ زیرا قائم شدن اماره‌ای بر نادیده گرفتن قانون از سوی داور نیازمند در دست داشتن ملاکی برای تشخیص بی‌اعتنایی آشکار به قانون است. در غیاب ملاکی معین، در عمل دست دادگاه‌ها برای نظارت قضایی بسیار گشاده خواهد بود.

44. Stephen L. Hayford, *op cit.*, p. 126.

45. Thomas V. Burch, *op cit.*, p. 63.

46. *Ibid.*, p. 64.

47. Willemijn Houdstermaatschappij, BV v. Standard Microsystems Corp., 103 F.3d 9 (2d Cir. 1997).

48. Stephen L. Hayford, *op cit.*, p. 128.

انقباضی بودن معیار شخصی، گستردگی معیار عینی و نیز بی‌ضابطه بودن معیار اماره‌محور که حد نظارتی بالایی را بر رأی داوری اعمال می‌کند و عملاً به یک رسیدگی درجه دوم از سوی دادگاه منجر می‌شود، باعث شده است بسیاری از دادگاه‌ها معیار شخصی و موضوعی را به صورت ترکیبی اعمال کنند.^{۴۹} اعمال ترکیبی معیارهای عینی و شخصی در قالب یک معیار مختلط دومرحله‌ای از جانب دادگاه تجدیدنظر حوزه قضایی دوم فدرال در رأی *Wallace v. Buttar*^{۵۰} بیان شده است. طبق این رأی برای ابطال رأی داوری بر اساس دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون، دادگاه باید در درجه نخست احراز کند داور نسبت به قانون حاکم علم داشته، اما از اعمال آن خودداری کرده است و در مرحله دوم، قانونی که از سوی داور نادیده گرفته شده، دارای مفاد واضح و آشکاری بوده است.^{۵۱} در این رویکرد، لازم نیست دادگاه با دلایل آشکار علم داور به قانون و تعمد در نادیده گرفتن آن را احراز کند و از طرفی به‌طور کامل نیز از این موضوع غفلت نمی‌کند و صرفاً بر نوع خطا یا وضوح قانون نیز متمرکز نمی‌شود، بلکه به هر دو عنصر در حد معقول و متناسب توجه می‌کند. با اعمال این معیار مختلط، حد معقولی از نظارت بر نحوه اعمال قانون حاکم از جانب داور و از سوی دادگاه‌ها اعمال می‌شود؛ حدی از نظارت که به معنای بررسی همه تفاسیر و برداشت‌های داوران از قانون حاکم نیست و از طرفی، به معنای صرف‌نظر کردن از نظارتی حداقلی بر بی‌توجهی داوران به قانون حاکم نخواهد بود.

۳. ارزیابی سودمندی دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون در نظارت قضایی بر رأی داوری

در دکترین و رویه قضایی درباره سودمندی و لزوم اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری بر مبنای دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون، وحدت نظر وجود ندارد. تعیین حدود نظارت قضایی بر رأی داور به علت وجود دو رویکرد متفاوت با دشواری همراه است. یک رویکرد بر انتخاب داوری از سوی طرفین با هدف عدم مراجعه به دادگستری تأکید می‌کند و رویکرد

49. Nicholas R. Weiskopf, "Arbitral Injustice Rethinking the Manifest Disregard Standard for Judicial Review of Awards", *The University of Louisville Law Review*, Vol. 46. (2007), p. 7.

50. *Wallace v. Buttar*, 378 F.3d 182, 189 (2d Cir. 2004).

51. David Graff, *op cit.*, p. 128.

دیگر بر نقش سنتی نظارتی دادگاه‌ها در جلوگیری از اعمال اشتباه قانون حاکم از سوی داوران انگشت می‌نهد. از یک سو، قانون داورى فدرال بر عدم نظارت دادگاه‌ها بر جنبه ماهوی رأی داور تأکید می‌کند و از سوی دیگر، دادگاه‌ها تمایل دارند با اعمال حدی از نظارت بر جنبه قانونی رأی داور، اجازه اجرای آرای داورى متضمن اشتباهات قانونی عمده و واضح را ندهند. اختلاف نظر بر سر نیاز به نظارت بر نحوه اعمال قانون حاکم از سوی داوران، منحصر به حقوق امریکا نیست و به‌طور کلی در حقوق داورى نگاه‌های متفاوتی در این زمینه وجود دارد. در این بخش، دیدگاه‌های موافق و مخالف با نظارت بر مبنای دکتترین نادیده گرفتن آشکار قانون مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳.۱. دیدگاه مخالف

مخالفان دکتترین نادیده گرفتن آشکار قانون معتقدند توافق بر ارجاع اختلاف به داورى به معنای صرف نظر کردن از بعضی منافع رسیدگی در دادگاه‌ها، مثل اعمال دقیق قانون و امکان اعتراض به رأی دادگاه، با هدف رسیدن به منافع حل و فصل اختلاف از طریق داورى است که از جمله شامل انعطاف در رسیدگی، سرعت و نهایی بودن رأی داور می‌شود.^{۵۲}

در این نگاه، نظارت بر نحوه اعمال قانون حاکم بر اساس این دکتترین، ویژگی‌های بنیادین داورى را که تأمین‌کننده جذابیت آن به‌عنوان یک شیوه حل و فصل اختلاف در خارج از چارچوب نظام دادگستری است، از بین می‌برد. اولین ویژگی، نهایی بودن رأی داور است. نهایی بودن رأی داور که در ماده ۹ قانون داورى فدرال نیز بر آن تأکید شده، به این معناست که با صدور رأی داورى، دادگاه باید اجرای آن را تأیید کند و جز در موارد بسیار استثنایی مانع از اجرای رأی داور نشود. جهات نظارتی پذیرفته‌شده در قوانین داورى و از جمله قانون داورى فدرال نیز شامل نظارت بر جنبه ماهوی رأی داور نمی‌شود^{۵۳}، و این درحالی است که دکتترین نادیده گرفتن آشکار قانون ناظر بر نوعی نظارت بر جنبه ماهوی رأی داور است. اصل نهایی بودن رأی داور دارای پیوند عمیق با اصل عدم نظارت ماهوی بر رأی داور است که دادگاه‌ها را از نظارت بر جنبه ماهوی رأی داور - اعم از امور موضوعی و

52. Annie Chen, *op cit.*, p. 1886.

53. William W. Park, *Arbitration of International Business Disputes*, (New York: Oxford University Press, 2006).

حکمی - منع می‌کند.^{۵۴} بعضی نویسندگان معتقدند عدم رسیدگی مجدد بر اختلاف جزئی از قصد طرفین در توافق داور است.^{۵۵} در یکی از آرای دادگاه تجدیدنظر فدرال^{۵۶} گفته شده است که ارجاع اختلاف به داور به این معناست که طرفین کنترل اینکه چه کسی اختلاف آنان را حل و فصل کند در اختیار داشته باشند و بر این اساس نباید رویکرد داور در حل اختلاف، مورد نظارت دادگاه قرار گیرد.

ویژگی دوم، کارآمدی داور است. این کارآمدی مبتنی بر سرعت بالا و هزینه کمتر برای حل اختلاف در مقایسه با رسیدگی در دادگاه‌هاست. اعمال نظارت بر اساس دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون، با طولانی کردن فرایند رسیدگی موجب افزایش هزینه‌ها و کاهش سرعت حل اختلاف می‌شود.^{۵۷} همچنین با افزایش نقش نظارتی دادگاه‌ها، کارآمدی داور کاهش یافته، جذابیت داور برای حل و فصل اختلافات به تدریج از بین خواهد رفت.^{۵۸}

از دیدگاه عملی نیز دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون می‌تواند پیامدهای نامطلوبی به همراه داشته باشد؛ از جمله اینکه زمینه‌ساز دعاوی متعدد برای ابطال رأی داور خواهد بود و هر دادباخته‌ای با ادعای اینکه نتیجه رأی داور مبتنی بر نقض قانون است، خواستار ابطال رأی داور خواهد شد.^{۵۹} چنان‌که پیش‌تر گفته شد، این دکترین پراستادترین جهت ابطال رأی داور در امریکا محسوب می‌شود. همچنین نظارت بر مبنای این دکترین، داوران را به سمت صدور رأی غیر مدلل سوق می‌دهد تا از این طریق مانع اعمال نظارت

54. Choong-Lyong Ha, "The Finality of Arbitral Awards: The U.S. Practices", *Journal of Arbitration Studies*, Vol. 30 No. 3 (2020), p. 7.

55. Maureen A. Weston, *op cit.*, p. 103.

56. Porzig v. Dresdner, Kleinwort, Benson, N. Am. LLC, 497 F.3d (2d Cir. 2007).

57. Stephen L. Hayford, *op cit.*, p. 103.

58. Nico Gurian, "Rethinking Judicial Review of Arbitration", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 50 (2017), p. 509.

59. Annie Chen, *op cit.*, p. 1887.

بعضی از نویسندگان این وضعیت را سندرم بازنده بیچاره (Poor Loser Syndrome) نامیده‌اند که در آن فرد دادباخته که هیچ راه‌حلی در مقابل خود نمی‌بیند، با ادعای نقض قانون از سوی داور آخرین تلاش خود را با طرح دعاوی واهی برای ابطال رأی داور انجام می‌دهد.

Kate Kennedy "Manifest Disregard in Arbitration Awards: A Manifestation of Appeals Versus a Disregard for Just Resolutions", *Journal of Law and Policy*, Vol. 16. (2007), p. 443.

دادگاه‌ها شوند.^{۶۰}

بر این اساس، نادیده گرفتن اصل نهایی بودن و کارآمدی داور، افزایش بی‌رویه مداخله دادگاه‌ها و نظارت ماهوی بر رأی داور و پیامدهای عملی مثل کثرت دعاوی ابطال از دلایل اصلی مخالفان این دکترین است.

۳.۲. دیدگاه موافق

موافقان نظارت قضایی بر مبنای دکترین نادیده گرفتن قانون، با اذعان به اهمیت نهایی بودن رأی داور و مداخله حداقلی دادگاه‌ها، این دکترین را به مثابه یک مبنای نظارتی استثنایی و فوق‌العاده برای جلوگیری از اجرای آن دسته از آرای داور در نظر می‌گیرند که به لحاظ ماهوی در حد غیرقابل چشم‌پوشی نادرست و یا مبتنی بر عدم اعمال صحیح قانون به واسطه تعمد داور در نادیده گرفتن قانون است.^{۶۱} مدافعان این شیوه نظارتی بر رأی داور در اندیشه‌های حقوقی و رویه قضایی، نظریه نادیده گرفتن آشکار قانون را «دکترین آخرین راه‌حل»^{۶۲} نامیده‌اند؛^{۶۳} به این معنا که این نظریه صرفاً برای موقعیت‌های استثنایی است که اشتباه بسیار فاحشی از سوی داور رخ می‌دهد و در چارچوب جهات نظارتی یادشده در ماده ۱۰ قانون داور فدرال که مبتنی بر موارد صلاحیتی و آیینی است، قابل نظارت نیست.^{۶۴}

آن‌چنان که در بحث از معیارهای اعمال دکترین نیز گفته شد، هدف این نظریه نظارت بر هر نوع اشتباه از سوی داور در اعمال قانون و یا کنترل تفسیر داور از قانون حاکم نیست و به اشتباهات بسیار عمده و خاص اختصاص دارد و از این رو، نمی‌توان آن را رسیدگی درجه دوم یا به‌طور کامل ماهوی در نظر گرفت. موافقان این دکترین در تحلیل اصول بنیادین داور، در کنار نهایی بودن و کارآمدی، بر اصل پیش‌بینی‌پذیری تأکید می‌کنند. جامعه تجاری و وکلای آنان نیازمند پیش‌بینی‌پذیری نسبت به وضعیت‌های حقوقی و راه‌حل‌های

60. Richard C. Reuben, "Personal Autonomy and Vacatur After Hall Street", *Penn state Law Review*, Vol. 113. (2009), p. 363.

61. *Ibid*, p. 1884.

62. Doctrine of Last Resort

۶۳ نک: رأی: Wallace v. Buttar, 378 F.3d 182, 189 (2d Cir. 2004).

64. Pivateau, Griffin Toronjo, "Reconsidering Arbitration: Evaluating the Future of the Manifest Disregard Standard", Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1649093>, (2010)

قانونی پیش رو هستند. این امر منوط به پابندی داور به اعمال قانون حاکم بر اختلاف است^{۶۵} و همچنین بر ضرورت توجه به منصفانه و عادلانه بودن رأی داورى تأکید شده و گفته شده است که نبود هیچ سطحی از نظارت بر داوران، دست آنان را برای تصمیمات غیرمنطقی و خودسرانه باز می‌گذارد^{۶۶}.

طرف‌داران این دکترین بر مسئله مشروعیت نظام قضایی و جنبه حاکمیتی حل اختلاف نیز تأکید دارند. بدون دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون، دادگاه‌ها ملزم به صدور اجرائیه برای برخی آرای داورى خواهند شد که به‌طور آشکار مغایر با قانون حاکم بر اختلاف بوده، با مشاهده صرف رأی می‌توان دریافت که داور به مفاد قواعد حقوقی حاکم بی‌توجه بوده است. اجرای چنین آرای مشروعیت نظام قضایی و محبوبیت داورى به‌منزله یک شیوه کارآمد حل‌وفصل اختلاف را از بین می‌برد^{۶۷}. در یکی از آرای دیوان عالی ایالت کنتیکت^{۶۸} در این زمینه گفته شده است:

«اصل ابطال آرای داورى بر اساس نادیده گرفتن آشکار قانون، تضمین مهمی برای کمال و انسجام سازوکارهای جایگزین حل اختلاف است. تأیید قضایی آن دسته از آرای داورى که به شکل فاحشی از قانون حاکم تخلف کرده‌اند و هم‌مرز با یک تصمیم غیرمنطقی شده‌اند، اعتماد جامعه به مشروعیت فرایند داورى را از بین خواهد برد».

بر اساس محدودیت دامنۀ نظارتی بر مبنای این دکترین، تأمین پیش‌بینی‌پذیری و قانون‌مداری و توجه به جنبه حاکمیتی حل‌وفصل اختلاف و تأمین مشروعیت نظام قضایی و داورى، ازجمله مهم‌ترین دلایل موافقان دکترین نادیده گرفتن قانون است.

۳.۳. ارزیابی دیدگاه‌ها

در ارزیابی دیدگاه‌های موافق و مخالف در خصوص نظریۀ نادیده گرفتن آشکار قانون باید به چند نکته توجه داشت. نخست آنکه خلاف اصل دانستن نظارت دادگاه‌ها و نظارت

65. David Graff, *op cit.*, p. 159.

66. Nico Gurian, *op cit.*, p. 503.

67. Christopher R Drahozal, *op cit.*, p. 240.

68. *Economos v. Liljedahl Bros., Inc.*, 279 Conn. 300, 901 A.2d 1198 (Conn. 2006).

ماهوی بر رأی داور، مورد توافق هر دو گروه است و بر همین بنیاد، اینکه تفسیر داور از قانون و یا صرف اشتباه داور در اعمال قانون نباید مبنایی برای مداخله دادگاه‌ها باشد، مورد وفاق است. دوم آنکه در تبیین امتیازات شیوه داور که مبتنی بر ارزش‌های بنیادین از جمله نهایی بودن، سرعت بالا، هزینه کم و عدم مداخله دادگاه‌هاست، نباید از اصول مربوط به پیش‌بینی‌پذیری، قانون‌مداری، پاسخ‌گویی و دقت و صحت حقوقی آرا و همچنین جنبه قضایی و حاکمیتی داور که با مسئله حل‌وفصل اختلاف مرتبط است غفلت کرد. اهمیت آرای دقیق و صحیح و منطبق با نظم حقوقی، خود یکی از عوامل مهم در نوع نگاه ذی‌نفعان داور است و همین امر باعث شده است تا بعضی نویسندگان از گرایش تازه‌ای مبنی بر توافق بر توسعه نظارت بر نحوه اعمال قانون حاکم سخن بگویند.^{۶۹} در تأیید این گرایش، می‌توان به بعضی از مطالعات آماری اشاره کرد که در آن شرکت‌های تجاری امریکایی به عدم اعمال صحیح قانون از سوی داوران و ناتوانی از ملزم کردن داوران به اعمال قواعد حقوقی به علت نبود امکان اعتراض به رأی داور به‌عنوان عامل مؤثر بر کاهش اقبال به داور توجه نشان داده‌اند.^{۷۰}

از طرفی، نبود هیچ نوع نظارتی نسبت به التزام داوران به اعمال قانون حاکم، اعتراض به آرای بی‌منا و یا به تعبیر دکترین، آرای غیرمعارف^{۷۱} را غیرممکن می‌سازد.^{۷۲} این مسئله به‌ویژه در پرونده‌های مهم دارای اهمیت است. برای نمونه، امکان خطای داور در قانون در پرونده‌هایی که حساسیت بسیار بالایی دارند و ادامه حیات یک نهاد تجاری منوط به تصمیم داور است^{۷۳}، باعث شده است بعضی داور را بیش از حد خطرناک بدانند؛ زیرا خطا و اشتباه داور و رأی غیرمنطقی ناشی از برداشت نادرست از قانون، قابل نظارت نیست. به این ترتیب، قصد طرفین یا منافع آنان گاه نیازمند تضمین‌هایی در زمینه اعمال صحیح قانون و نظارت

69. Caroline, Larson, "Substantive Fairness in International Commercial Arbitration: Achievable Through an Arbitral Appeals Process?", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Iss. 2. (2018), p. 105.

70. Sarah Rudolph, Cole, "Curbing the Runaway Arbitrator in Commercial Arbitration: Making Exceeding the Powers Count", *Ohio State Public Law Working Paper*, No. 344 (2016), p. 181.

71. Abnormal Award

72. Matthew J. Brown, "Final Awards Reconceptualized: A Proposal to Resolve the Hall Street Circuit Split", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 13. (2013), p. 332

73. Bet-the-Company Cases

بر آن است.^{۷۴}

بر این اساس، می‌توان گفت پذیرش محدود و استثنایی برای نظارت بر نحوه اعمال قانون از سوی داوران و جلوگیری از اجرای آرای که مبتنی بر اشتباهات بسیار فاحش قانونی است، می‌تواند مشروعیت، قانون‌مداری و پیش‌بینی‌پذیری را تأمین کند. نباید از یاد برد که پیش‌بینی‌پذیری از اوصاف یک نظام دادرسی و داورى مطلوب است.^{۷۵} برای پاسخ‌گویی به نگرانی‌ها درباره نهایی بودن آرای داورى و مداخله دادگاه‌ها می‌توان از پیشنهادهایی که برای تعیین دقیق حدود اعمال دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون در اندیشه‌های حقوقی یا رویه قضایی مطرح شده است استفاده کرد تا بتوان ضمن جلوگیری از اشتباهات فاحش حقوقی در آرای داورى، کارآمدی و سرعت و نهایی بودن را نیز حفظ کرد و با محدود کردن دامنه اعمال دکترین یادشده به اشتباهات بسیار آشکار که در مشاهده اولیه رأی قابل استنباط است^{۷۶} دادگاه‌ها را مجاز به ورود به ماهیت آرای داورى به شکل مفصل ندانست.^{۷۷} در مقام نتیجه‌گیری می‌توان گفت که دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون به‌عنوان یک مبنای نظارتی فوق‌العاده و استثنایی با اعمال معیارهای دقیق و مشخص، می‌تواند مبنای یک نظارت متناسب و واقع‌بینانه بر اشتباهات قانونی فاحش داوران باشد.

۴. بررسی حقوق ایران

پس از مطالعه دکترین نادیده گرفتن قانون در حقوق امریکا، این بخش به بررسی رهیافت این دکترین در حقوق داورى ایران می‌پردازد. برای این منظور، ضروری است ابتدا به شکل مختصر قوانین داورى مربوط به این دکترین در حقوق ایران بررسی شود و سپس ظرفیت‌های دکترین یادشده در دو مبحث نظارت بر آرای داورى و معیار مناسب نظارت مورد مطالعه قرار گیرد.

74. Christopher R. Drahozal, & Stephen J., Ware, "Why do Businesses Use (or not Use) Arbitration Clauses?" *Ohio state Journal on Dispute Resolution*, No. 2 (2010). p. 455.

۷۵. مجید غمامی، «جستاری تطبیقی در اوصاف نظام دادرسی مطلوب»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۷ (۱۴۰۱)، ص ۱۶۰.

76. Manifest Error on the Face of the Award

77. Annie Chen, *op cit.*, p. 1888.

۴.۱. مقررات حقوق داوری ایران در خصوص دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون

۴.۱.۱. داوری‌های داخلی

داوری‌های داخلی در حقوق ایران تابع مقررات قانون آیین دادرسی مدنی است. بند یک ماده ۴۸۹ قانون آ.د.م که ناظر بر ابطال رأی داور در فرض مغایرت با قوانین موجد حق است، با دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون مرتبط است؛ زیرا ابطال رأی داور در فرض مخالفت رأی با قانون را پیش‌بینی کرده است. مفهوم و مصادیق قانون موجد حق، محل اختلاف نظر جدی است؛ ازجمله تعاریف قانون موجد حق می‌توان به قوانین مدنی در مقابل قوانین آیین دادرسی^{۷۸}، مصوبات قوه مقننه اعم از امری و تکمیلی^{۷۹}، قانون ثبوتی به معنای قانون ماهوی در مقابل قانون اثباتی یا شکلی^{۸۰}، قوانین تعیین‌کننده به معنای قوانینی که حقوق و تعهدات افراد را تعیین می‌کنند در مقابل قوانین تضمین‌کننده که به مقررات دادرسی اشاره دارند^{۸۱}، مقررات قراردادی و مصوبات قانون‌گذار که موجد یا سالب حق‌اند^{۸۲}، قوانین مادی و ماهوی^{۸۳} و قواعدی که بر اساس اوضاع و احوال هر پرونده، حقی ماهوی و خصوصی ایجاد می‌کنند؛ اعم از اینکه آن قاعده در قوانین ماهوی باشد یا شکلی^{۸۴} اشاره کرد.

صرف‌نظر از اختلاف در شمول مصادیقی مانند قوانین تکمیلی، آیین‌نامه‌ها و یا قوانین آیینی و اصول دادرسی در مفهوم قوانین موجد حق که بررسی آن از حوزه هدف این پژوهش خارج است، قدر مسلم در همه تعریف‌ها امکان ابطال رأی داور در فرض مغایرت با قواعد ماهوی وجود دارد. به این معنا که نظارت دادگاه‌ها بر آرای داوری داخلی در سطحی گسترده صورت می‌گیرد و هر نوع مغایرت رأی داور با قواعد حقوقی حاکم می‌تواند به ابطال

۷۸. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۶ (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۱)، ص ۵.

۷۹. عبدالله خدابخشی، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰)، ص ۵۴۴.

۸۰. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی، (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷)، ص ۴۱۲۴.

۸۱. عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، (تهران: دراک، ۱۳۹۶)، ص ۹۹۷.

۸۲. حسن فضلی، تحلیل آیین دادرسی و جهات ابطال رأی داوری، (تهران: انتشارات دادگستری استان تهران ۱۴۰۰)، ص ۲۶۰.

۸۳. لعیا جنیدی، پیشین، ص ۳۳۷.

۸۴. عباس منصوری و عیسی امینی، «محدوده نظارت دادگاه بر رأی داوری داخلی از حیث رعایت قوانین موجد حق با تکیه بر رویه قضایی»، پژوهش حقوق خصوصی، ش ۳۶ (۱۴۰۰)، ص ۱۲۸.



رأی داور منجر شود؛ درحالی که در حقوق امریکا معیارهای سخت‌گیرانه و قیود متعددی برای ابطال رأی داور بر اساس اشتباه در قانون یا نقض آن مطرح شده است که پیش‌تر به آن اشاره شد. در رویکرد فعلی، اگرچه دادگاه نباید تفسیر و استنباط خود از قانون را مبنای بررسی رأی داور از جهت مغایرت با قانون قرار دهد^{۸۵}، اما درعمل ممکن است تفسیر داور از قانون حاکم و نحوه اعمال آن مورد نظارت مشابه در مرحله تجدیدنظرخواهی قرار گیرد؛ زیرا دادگاه‌ها می‌توانند هر نوع ادعای مغایرت رأی داور با قانون حاکم را- در هر سطحی و با هر کیفیتی- مورد نظارت قرار دهند. چنان‌که در رویه قضایی نیز بعضی دادگاه‌ها در ارزیابی مغایرت رأی داور یا قوانین موجد حق، به‌طور کامل به ماهیت اختلاف و رأی داور می‌پردازند و قید یا معیار محدودکننده‌ای در این زمینه وجود ندارد^{۸۶}. به عبارت دیگر، مسئله چالش‌برانگیز در زمینه قوانین موجد حق، این است که معیار نظارت دادگاه بر نادیده گرفتن و یا نقض قانون از سوی داور مشخص نیست و در نظر و عمل، دادگاه می‌تواند خود را مجاز بداند که با ادعای نقض قانون (از هر نوع) حاکم بر مورد ادعا، رسیدگی ماهوی تمام عیاری را نسبت به دعوای موضوع رأی داور ترتیب دهد؛ گرچه تمایل امروزی برخی دادگاه‌ها به سوی نظارت محدودتری است^{۸۷}.

۴.۱.۲. داورهای بین‌المللی

داورهای بین‌المللی مشمول قانون داور تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ است که بر اساس قانون نمونه آنسیترال تدوین شده است. جهات نظارتی مندرج در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون داور تجاری بین‌المللی بر اساس رویکرد قانون نمونه آنسیترال به دنبال محدود کردن هرچه بیشتر نظارت بر آرای داور است و اجازه ورود دادگاه‌ها به ماهیت را با هدف نظارت بر آرای داور نمی‌دهد^{۸۸}. کمیته تجارت بین‌الملل سازمان ملل در گزارشی از رویه قضایی کشورهای که قانون نمونه آنسیترال را به تصویب رسانده‌اند^{۸۹}، تأکید کرده است که جهات

۸۵. عبدالله خدابخشی، پیشین، ص ۵۶۴.

۸۶. حسن فضلی، پیشین، ص ۲۷۴.

۸۷. عباس منصوری و عیسی امینی، پیشین، ص ۱۳۸.

۸۸. مهدی حدادی، پیشین، ص ۱۴۰.

89. UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, UN Commission on International Trade Law, pp. 153 & 157.

نظارتی قانون نمونه آنسیترا ل شامل امور ماهوی و از جمله جنبه قانونی رأی داور نمی‌شود. در آرای منتشر شده در این مجموعه، اختلاف نظر دادگاه‌های ملی در اینکه اعمال اشتباه یا نادیده گرفتن قانون از سوی داور می‌تواند به عنوان خروج داور از اختیار، مورد نظارت قرار گیرد آشکار است و بعضی کشورها نظارت بر اشتباهات فاحش داوران در اعمال قانون حاکم را بر اساس خروج از اختیار که در بند دوم از ماده ۳۴ قانون نمونه و به تبع آن بند «ه» از شماره یک ماده ۳۳ قانون داوری تجاری ذکر شده است، پذیرفته‌اند. در اینجا نیز صرف نظر از اصل چنین نظارتی، مسئله‌ای مشابه با بحث داوری‌های داخلی وجود دارد که با فرض اینکه نظارت بر اعمال صحیح قانون حاکم از سوی داور به عنوان بخشی از مأموریت محول شده به او از سوی طرفین مورد پذیرش قرار گیرد، حدود و معیار نظارت دادگاه‌ها بر اعمال قانون از سوی داور مشخص نیست.

۲.۴. دکتربین نادیده گرفتن آشکار قانون و نظارت قضایی بر نحوه اعمال قانون حاکم از سوی داور

در بحث از دکتربین نادیده گرفتن قانون، گفته شد که نظارتی حداقلی و استثنایی بر اشتباهات فاحش قانونی داوران می‌تواند آثار مثبتی بر استحکام و صحت آرای داوری داشته باشد. با این حال، اختلاف نظرهای موجود درباره چنین نظارتی موجب شده است تا در طرح اصلاحی مقررات داوری^{۹۰}، نظارت بر جنبه قانونی رأی داور به طور کامل حذف شود. این درحالی است که با بهره‌مندی از دکتربین نادیده گرفتن آشکار قانون در حقوق امریکا می‌توان راه‌حل میانه‌ای برای این نظارت پیش‌بینی کرد؛ به گونه‌ای که نه همچون قانون آیین دادرسی مدنی فعلی، یک نظارت کامل ماهوی در ذیل عنوان مغایرت با قوانین موجد حق مبنای عمل قرار گیرد و نه مشابه طرح اصلاحی یادشده، نظارت بر جنبه قانونی رأی داوران، به خصوص در داوری‌های داخلی که معمولاً تحت نظارت و کنترل بالاتری نسبت به آرای بین‌المللی قرار می‌گیرند^{۹۱}، از اساس منتفی شود. اتخاذ راه‌حل میانه در پیش‌بینی یک نظارت

۹۰. طرح جامع داوری در جلسه علنی مورخ ۱۴۰۰/۰۷/۲۰ مجلس شورای اسلامی اعلام وصول گردید.

دریافت: <https://dotic.ir/news/10574>

۹۱. لعیا جنیدی، پیشین، ص ۱۳۶.

استثنایی و مقید بر اساس دکترین یادشده می‌تواند ضمن توجه به نگرانی‌ها در زمینه نهایی بودن رأی داوری و کارآمدی، به حساسیت‌های مرتبط با صحت حقوقی رأی داوری پاسخ مناسب دهد.

۴.۳. دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون و تبیین معیار نظارت قضایی بر نحوه اعمال قانون حاکم از سوی داور

با پذیرش نظارت بر اعمال نادرست قانون حاکم و یا مغایرت رأی داور با آن بر اساس ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م و با فرض پذیرش نظارت بر نحوه اعمال قانون بر اساس بند «ه» ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی در داوری‌های بین‌المللی، تعیین معیار و حدود نظارت دادگاه‌ها بر این موضوع از دو جهت حائز اهمیت است: جهت اول، ناظر بر وحدت رویه دادگاه‌ها در اعمال چنین نظارتی است که عنصر پیش‌بینی‌پذیری را در داوری افزایش می‌دهد و جهت دوم، ناظر بر لزوم مقید و محدود ساختن نظارت دادگاه‌ها بر اشتباهات قانونی داوران با توجه به اصل عدم نظارت ماهوی و نهایی بودن رأی داور است. دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون در حقوق امریکا می‌تواند در تعیین معیارهای نظارت دادگاه‌ها، چه از نظر تفسیر ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م و ماده ۳۳ ق.د.ت و چه از نظر اصلاح مقررات داوری که در قوه مقننه و قضاییه دنبال می‌شود، مورد توجه قرار گیرد.

گفته شد که معیار غالب در اعمال نظارت بر اساس دکترین نادیده گرفتن قانون در امریکا، ترکیب معیار شخصی و عینی از سوی دادگاه‌ها است. بر اساس معیار پذیرفته‌شده در اعمال دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون، می‌توان نظارت بر جنبه قانونی رأی داور در حقوق ایران را مقید به سه شرط مهم کرد. شرط اول، عمده و فاحش بودن اشتباه یا تخلف داور نسبت به قانون حاکم است. احراز این شرط را می‌توان بر اساس میزان وضوح و آشکار بودن مفاد قواعد حقوقی حاکم صورت‌بندی کرد؛ به هر میزان که قاعده حقوقی حاکم با پیچیدگی همراه بوده و تفسیرپذیر باشد، نظارت دادگاه‌ها بر نوع اعمال آن قاعده باید کمتر شود، زیرا هدف از نظارت بر اعمال قانون حاکم، رسیدگی مجدد به جنبه حکمی رأی از سوی دادگاه نیست، بلکه تضمین قانون‌مداری داوران و جلوگیری از آرای بی‌مبنا از منظر حقوقی است و دادگاه نباید تفاسیر داوران از قانون را مورد نظارت قرار دهد. شرط دوم، تعمد

داور در نادیده گرفتن قانون حاکم و یا صدور رأی مغایر با آن است. منظور از رفتار عامدانه داور که در اصطلاح نادیده گرفتن (Disregard) نیز نمایان است، بی‌توجهی داور به مفاد قواعد حقوقی حاکم، استدلال‌های حقوقی طرفین و به‌طور کلی رویکرد داور در عدم توجه به جنبه حکمی رسیدگی است و نه صرف وقوع اشتباه یا غفلت از سوی داور. آن‌چنان که در رویه قضایی امریکا^{۹۲} تأکید شده است رأی مبتنی بر درستکاری و صداقت داور پس از یک رسیدگی کامل و منصفانه به خاطر اشتباه در اعمال قانون، ابطال نمی‌شود. شرط سوم، احراز آسان اشتباه داور و یا بی‌توجهی او به قانون حاکم است. اهمیت این شرط در این است که دادگاه‌ها نباید وارد بررسی تفصیلی رأی داوران برای احراز مغایرت با قانون حاکم بر ماهیت اختلاف شوند؛ چراکه در این صورت وارد ماهیت رأی می‌شوند. احراز آسان اشتباه و یا نقض قانون حاکم از سوی داور به این معناست که با بررسی اجمالی و ظاهری صورت‌جلسه‌های رسیدگی و یا رأی داوری بتوان به اشتباه قانونی داور پی برد و دادگاه برای احراز اشتباه قانونی ملزم به ورود تفصیلی به رأی نیست؛ مثل موردی که داور در رأی خود به ترجیح راه‌حل منصفانه بر حکم قانون تصریح کند و یا هیچ توجیه حکمی برای تصمیم خود بیان نکند و یا تلاشی برای بررسی قانون نکرده باشد و یا با نگاه اولیه به جهات حکمی رأی او بتوان احراز کرد که یک حکم واضح قانونی را نادیده گرفته است^{۹۳} و به عبارت دیگر، اشتباه در چهره رأی آشکار باشد.

به این ترتیب، می‌توان معیار نظارتی بر نحوه اعمال قانون حاکم از سوی داور بر اساس دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون را که قابلیت تعمیم و بهره‌برداری از آن در حقوق ایران وجود دارد به این صورت بیان کرد که فردی که خواهان ابطال رأی داور به علت مغایرت رأی با قانون حاکم است، باید بر اساس صورت‌جلسه‌های رسیدگی، محتویات پرونده و رأی داور، ثابت کند داور قواعد حقوقی حاکم را که از وضوح برخوردار بوده و تفسیرپذیر نبوده به شکل آشکاری نادیده گرفته و در جنبه حکمی رأی مرتکب اشتباه فاحش شده است.

92. *Coast Trading Co. v. Pacific Molasses Co.*, 681 F.2d 1195, 1198 (9th Cir. 1982).

93. Michael P. O'Mullan, "Seeking Consistency in Judicial Review of Securities Arbitration: An Analysis of the Manifest Disregard of the Law Standard", *Fordham L. Rev.*, Vol. 64, Iss. 3. (1995), p. 1126.

با هدف ارتقا کارآمدی هرچه بیشتر نظارت بر اشتباهات قانونی و نیز تأمین اصل نهایی بودن آرای داورى باید سه نکته دیگر را که در دکترین حقوقی امریکا پیشنهاد شده است مورد توجه قرار داد. نکته اول این است که نظارت دادگاه بر اعمال قانون از سوی داور نباید منجر به ورود دادگاه به جنبه موضوعی رأی شود و صرفاً جنبه حکمی رأی که همان مفاد و محتوای قواعد حقوقی حاکم است، باید مورد توجه قرار گیرد. از این نظر می‌توان نظارت بر اشتباهات قانونی داوران را با رسیدگی فرجامی مقایسه کرد. نکته دوم این است که تفسیر قرارداد نباید مورد نظارت قرار گیرد^{۹۴}، مگر آن بخشی از تفسیر که امر حکمی محسوب می‌شود و در فرجام‌خواهی می‌تواند مورد نظارت دیوان عالی قرار گیرد (ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی مدنی) که عبارت است از نادیده گرفتن مفاد صریح قرارداد^{۹۵}. نکته سوم نیز پیشنهادی است که برای جلوگیری از طرح دعاوی متعدد مطرح شده است و طبق آن می‌توان برای فرضی که خواهان در دعاوی ابطال رأی داور به علت مغایرت با قانون به موفقیت نمی‌رسد، جرمه‌ای مشابه طرح دعاوی واهی وضع کرد^{۹۶}.

نتیجه

دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون، یکی از جهات مبتنی بر کامن‌لا در ابطال آرای داورى در حقوق امریکاست که از سوی رویه قضایی ایجاد شده است و در کنار جهات ابطال مندرج در ماده ۱۰ قانون داورى فدرال قرار دارد. هدف از اعمال نظارت قضایی بر مبنای این دکترین، تأمین پابندی داوران به قانون حاکم بر اختلاف و جلوگیری از صدور آرای خودسرانه و یا مبتنی بر اشتباهات فاحش قانونی است. از نظر مبنای حقوقی، این دکترین، مبتنی بر رأی Wilko (صادر شده در ۱۹۵۸ از سوی دیوان عالی امریکا) است. به‌رغم اینکه در بخش مقدماتی این رأی (Dictum) به نظریه نادیده گرفتن قانون اشاره شده است، اما به‌واسطه جایگاه بالای آرای دیوان عالی، دادگاه‌های امریکا به ابطال آرای داورى بر اساس این دکترین مبادرت ورزیده‌اند. چالش‌های حقوقی مرتبط با اعتبار این نظریه، از جمله

94. David Graff, *op cit.*, p. 156.

۹۵. عبدالله شمس، پیشین، ص ۴۱۴

96. Christopher R Drahozal, *op cit.*, p. 248.

حصری دانستن جهات ابطال رأی داور در ماده ۱۰ قانون داوری فدرال موجب شده است تا در اعتبار حقوقی دکترین نادیده گرفتن قانون تردیدهایی ایجاد شود. در رویه قضایی دودستگی بین دادگاه‌ها در خصوص اعتبار حقوقی این نظریه همچنان ادامه دارد؛ با این حال، بخش مهمی از دادگاه همچنان این دکترین را معتبر می‌داند. اعمال نظارت بر اساس این نظریه، شامل تفسیر داور از قانون و اشتباهات صرف داور در قانون حاکم نمی‌شود و قیود و معیارهای خاصی برای ابطال رأی داور بر مبنای این دکترین وجود دارد. از بین معیارهای مختلف مطرح شده در اندیشه‌های حقوقی و رویه قضایی، معیار ترکیبی شخصی و عینی از غلبه بیشتری برخوردار است. طبق این معیار، ابطال رأی داور بر اساس دکترین نادیده گرفتن قانون، منوط به احراز واضح بودن قاعده حقوقی حاکم و وجود نشانه‌هایی از علم داور نسبت به قانون و نیز قصد و تعمد در نادیده گرفتن آن است.

به علت تأثیر نظارت بر جنبه قانونی رأی داور با مسئله منع نظارت ماهوی و اصل نهایی بودن رأی داور، اختلاف نظر جدی در خصوص کارآمدی چنین نظارتی وجود دارد. به نظر می‌رسد در صورتی که ضوابط و معیارهای دقیقی برای اعمال چنین نظارتی وجود داشته باشد، امکان جمع بین اهداف و ارزش‌های مختلف داوری از جمله نهایی بودن، کارآمدی و پیش‌بینی‌پذیری وجود خواهد داشت؛ زیرا معیار مطرح شده در خصوص اعمال این دکترین، علاوه بر محدود کردن میزان ورود دادگاه به جزئیات و امور ماهوی برای احراز اشتباه داور، دامنه اشتباهات قانونی قابل نظارت داوران را به اشتباهات فاحش و یا مبتنی بر تعمد داور در نادیده گرفتن قاعده حقوقی حاکم محدود می‌کند و موجب ابطال بی‌جهت و مداخله غیرموجه دادگاه‌ها نمی‌شود.

رهیافت دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون برای حقوق ایران در دو مسئله آشکار می‌شود. مسئله اول، این است که می‌توان نظارت بر نحوه اعمال قانون حاکم را به عنوان یک شیوه نظارتی فوق‌العاده و استثنایی برای تضمین قانون‌مداری داوران به خصوص در داوری‌های داخلی که در آن جنبه حاکمیتی از اهمیت بیشتری برخوردار است مورد پذیرش قرار داد. این پیشنهاد می‌تواند در طرح اصلاح مقررات داوری که در قوه مقننه مطرح است مورد توجه قرار گیرد؛ به خصوص با توجه به این نکته که در طرح یادشده چنین نظارتی حتی

برای آرای داورى داخلی پیش‌بینی نشده است. مسئله دوم، معیار چنین نظارتی است که در نظم حقوقی فعلی و در اعمال بند اول ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م که به ابطال رأی داور در فرض مغایرت با قانون موجد حق اشاره دارد، حائز اهمیت است. با توجه به اینکه در رویه قضایی در خصوص میزان مداخله دادگاه‌ها بر اساس بند پیش‌گفته و حد نظارت قضایی مناسب اختلاف نظر وجود دارد، می‌توان از معیارهای مطرح‌شده ذیل دکترین نادیده گرفتن آشکار قانون برای تفسیر این بند استفاده کرد و رأی داور را به علت مغایرت با قوانین موجد حق، صرفاً در فرضی که قانون یادشده آشکار باشد و نشانه‌هایی از بی‌توجهی داور به قواعد حاکم در طول رسیدگی و یا رأی داورى وجود داشته باشد، ابطال کرد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتاب‌ها

۱. امامی، سید حسن (۱۳۷۱). *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامی.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۷). *ترمیم‌ولوژی حقوقی*، تهران: گنج دانش.
۳. جنیدی، لعلیا (۱۳۹۵). *اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی*، تهران: شهردانش.
۴. حدادی، مهدی (۱۴۰۰). *داوری بین‌المللی در نظام حقوقی ایران*، تهران: مجد.
۵. خدابخشی، عبدالله (۱۴۰۰). *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. شمس، عبدالله (۱۳۹۶). *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، تهران: دراک.
۷. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۲). *داوری تجاری بین‌المللی*، تهران: سمت.
۸. فضلی، حسن (۱۴۰۰). *تحلیل آیین دادرسی و جهات ابطال رأی داوری*، تهران: انتشارات دادگستری استان تهران.

- مقالات

۹. منصوری، عباس و امینی، عیسی (۱۴۰۰). محدوده نظارت دادگاه بر رأی داوری داخلی از حیث رعایت قوانین موجد حق با تکیه بر رویه قضایی. *پژوهش حقوق خصوصی*، ۱۰ (۳۶)، ص ۱۴۷-۱۲۳.
Doi: 10.22054/jplr.2019.43299.2230
۱۰. غمامی، مجید (۱۴۰۱). جستاری تطبیقی در اوصاف نظام دادرسی مطلوب. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۳ (۲۷)، ص ۱۷۰-۱۴۹.
Doi: 10.22034/law.2021.46656.2929

ب) منابع انگلیسی

-books

11. Park, William W. (2006). *Arbitration of International Business Disputes*, New York: Oxford University Press.

12. Rowley QC, J William (2019). *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*, London: Law Business Research Ltd.
13. Wiliński, Piotr, (2019). *Excess of Powers in International Commercial Arbitration*, The Hague: Eleven International Publishing.

- Articles

14. Aragaki, Hiro N. (2009). The Mess of Manifest Disregard, *The Yale Law Journal*, 191(1).
15. Brown, Matthew J. (2013). Final Awards Reconceptualized: A Proposal to Resolve the Hall Street Circuit Split, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 13.
16. Burch, Thomas V. (2010). Manifest Disregard and the Imperfect Procedural Justice of Arbitration, *Kansas Law Review*, 59.
17. Chen, Annie (2008). The Doctrine of Manifest Disregard of the Law after Hall Street: Implications for Judicial Review of International Arbitrations in U.S. Courts, *Fordham International Law Journal*, 32 (6).
18. Cole, Sarah Rudolph (2016). Curbing the Runaway Arbitrator in Commercial Arbitration: Making Exceeding the Powers Count, *Ohio State Public Law*, 344.
19. Drahozal, Christopher R. & Ware, Stephen J. (2010). Why do Businesses Use (or not Use) Arbitration Clauses?, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 25(2).
20. Drahozal, Christopher R. (2007). Codifying Manifest Disregard, *Nevada Law Journal*, 8.
21. Graff, David (2008). The Helmsley Case: An Illustration of the Confused State of the Law Surrounding the Manifest Disregard of Law Doctrine as Applied to Arbitration, *Touro law review*, 24.
22. Gross, Jill I. (2009). Hall Street Blues: The Uncertain Future of Manifest Disregard, *Securities Regulation Law Journal* 37(3).

23. Gurian, Nico (2017). Rethinking Judicial Review of Arbitration, **Columbia Journal of Law and Social Problems**, 50.
24. Ha, Choong-Lyong (2020). The Finality of Arbitral Awards: The U.S. Practices, **Journal of Arbitration Studies**, 30 (3).
25. Hayford, Stephen L. (1998). Reining in the Manifest Disregard of the Law Standard: The Key to Restoring Order to the Law of Vacatur, **Journal of Dispute Resolution**, 1998 (2).
26. Kennedy, Kate (2007). Manifest Disregard in Arbitration Awards: A Manifestation of Appeals versus a Disregard for Just Resolutions, **Journal of Law and Policy**, 16.
27. Larson, Caroline (2018). Substantive Fairness in International Commercial Arbitration: Achievable through an Arbitral Appeals Process? Arbitration: The International Journal of Arbitration, **Mediation and Dispute Management**, 84 (2).
28. O'Mullan, Michael P. (1995). Seeking Consistency in Judicial Review of Securities Arbitration: An Analysis of the Manifest Disregard of the Law Standard, **Fordham L. Rev.**, 64 (3)
29. Pivateau, Griffin Toronjo, **Reconsidering Arbitration: Evaluating the Future of the Manifest Disregard Standard**, Available at: Doi: 10.2139/ssrn.1649093.
30. Reuben, Richard C. (2009). Personal Autonomy and Vacatur After Hall Street, **Penn State Law Review**, 113.
31. Rubins, Noah (2001). Manifest Disregard of the Law" and Vacatur of Arbitral Awards in the United States, **American Review of International Arbitration**, 12.
32. Sims, MyLinda Kay; Bales, Richard A. (2012). Much Ado About Nothing: The Future of Manifest Disregard after Hall Street, **South Carolina Law Review**, 62.
33. Stinson, Judith M. (2010). Why Dicta Becomes Holding and Why it Matters, **Brooklyn law review**, 76 (1).
34. Strickland, Henry C. (1992). The Federal Arbitration Act's Interstate Commerce Requirement: What's Left for State Arbitration Law?

Hofstra Law Review, 21 (2).

35. Tompkins, Jonathan J. (2018). Manifest Disregard of the Law: The Continuing Evolution of an Historically Ambiguous Vacatur Standard, *Dispute Resolution International*, 12 (2).
36. Ware, Stephen J. (2014). Vacating Legally-Erroneous Arbitration Awards, *Yearbook on Arbitration and Mediation* 56 (6).
37. Weiskopf, Nicholas R. (2007). Arbitral Injustice Rethinking the Manifest Disregard Standard for Judicial Review of Awards, *The University of Louisville Law Review*, 46.
38. Weston, Maureen A. (2010). The Other Avenues of Hall Street and Prospects for Judicial Review of Arbitral Awards, *Lewis & Clark Law Review*, 14.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volume: 14 Issue: 33
Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 201-225

Comparative Analysis of the Theory of Extrajudicial Replacement of the Oblige Infringer in the Law of France and Belgium and the Possibility of its Implementation in the Law of Obligations in Iran

Ali Kazemi¹

1. PhD in Private Law, University of Tehran, Iran

kazemiali@ut.ac.ir

Abstract

The usual way to oblige the delinquent obligee to do the work is to appeal to the court judge and file a case to issue a final judgment and also file a case to execute the judgment (prior actions of the judge) and the delinquent obligee may still refrain from doing the work during the execution of the judgment. In this assumption, by resorting to Article 237 of the Civil Law and Article 47 of the Law on the Execution of Civil Judgments, under the supervision of the litigant, the obligee or another will carry out its execution and collect its costs from the obligee. This method is erosive and expensive and harmful. The research question is whether there is a possibility of extrajudicial replacement of the obligee in breach by the obligor or not? We examined the answer to the question by proposing and explaining the theory entitled extrajudicial replacement of the obligee in breach in the modern law of obligations of France and the law of obligations of Belgium and while introducing the theory, the conditions and scope of its implementation were examined. In Article 1222 of the New Civil Code of France approved in 2016, the French legislator has provided for the possibility of replacing the obligee in violation. With the conducted studies, it is possible to propose a theory and the capacity to implement it in Iran's law of obligations, and the attractiveness of implementing the replacement theory is the elimination of the erosion process or the judge's previous actions and its high economic efficiency.

Keywords: replacement, extrajudicial, committed, committed, efficiency.

Received: 2022/09/07 Received in revised form: 2023/09/06 Accepted: 2023/09/25 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.53364.3183

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



تحلیل تطبیقی نظریه جایگزینی فراقضایی متعهد متخلف در حقوق فرانسه و بلژیک و امکان اجرای آن در حقوق تعهدات ایران

علی کاظمی^۱

kazemiali@ut.ac.ir

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ایران

چکیده

اگر کسی انجام امری را تعهد کند و از اقدام به آن خودداری نماید، در این مقاله از او به عنوان متعهد متخلف یاد می‌شود (مواد ۲۲۱ تا ۲۲۷). شیوه سنتی برای الزام متعهد متخلف به انجام کار، توسل به قاضی دادگاه و تشکیل پرونده جهت صدور حکم قطعی و نیز تشکیل پرونده برای اجرای حکم است. ممکن است متعهد متخلف باز هم در مرحله اجرای حکم از انجام کار خودداری کند که در این فرض، با توسل به ماده ۲۳۷ قانون مدنی و ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی زیر نظر دادورز اجرا، تعهد موردنظر از طریق خود متعهدله یا دیگری انجام شده، هزینه‌های آن از متعهد وصول خواهد شد (اقدامات پیشینی قاضی). این روش، فرسایشی و پرهزینه و زیان‌آور است. سؤال پژوهش حاضر این است که آیا امکان جایگزینی فراقضایی متعهد متخلف از جانب متعهدله وجود دارد یا خیر؟ پاسخ آن با طرح و تبیین نظریه با عنوان جایگزینی فراقضایی متعهد متخلف در حقوق تعهدات نوین فرانسه و حقوق تعهدات بلژیک مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این اندیشه به متعهدله اجازه داده می‌شود بدون مراجعه به دادگاه و یا اخذ اجازه از مقام قضایی شخصاً یا از سوی شخص ثالث نسبت به انجام تعهد اقدام و سپس مخارج انجام تعهد را از متعهد مطالبه کند که از آن به «جایگزینی خارج از دادگاه» یاد می‌شود. قانون‌گذار فرانسوی در ماده ۱۲۲۲ قانون مدنی نوین فرانسه مصوب ۲۰۱۶، امکان جایگزینی متعهد متخلف را پیش‌بینی کرده است. با بررسی‌های انجام‌گرفته پیشنهاد می‌شود یک ماده قانونی بعد از ماده ۲۳۸ قانون مدنی با این مضمون که متعهدله با شرایطی که ذیل مبحث نظریه جایگزینی متعهد متخلف آمده است اضافه گردد. در هر حال با توجه به نظر موافقان اجرای نظریه یادشده در حقوق تعهدات ایران، امکان اجرای آن در حال حاضر برای متعهدله وجود دارد.

واژگان کلیدی: جایگزینی، فراقضایی، کارایی، متعهد، متعهدله.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۱۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۶/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۰۳ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.53364.3183

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

اجرای عین تعهد قراردادی از سوی متعهد، خواسته اصلی متعهدله از انعقاد قرارداد است. در قانون مدنی ایران، قواعد عمومی برای اجرای مفاد تعهد قراردادی به انجام کار و ضمانت اجراهای آن در مواد مربوط به شرط فعل آمده و اجرای تعهد به انجام کار و ضمانت اجراهای آن در مواد ۲۳۷ به بعد قانون یادشده نیز پیش‌بینی شده است.^۱ همچنین، قانون‌گذار در مفاد ماده ۴۷ از قانون اجرای احکام مدنی ایران برای انجام کار از سوی متعهدله مواردی را در نظر گرفته است.^۲ مواد یادشده همگی ناظر به فرضی است که متعهد از انجام تعهد خودداری کند و متعهدله به دادگاه مراجعه و پس از طرح دعوای شایسته، حکم به الزام به انجام کار علیه متعهد اخذ نماید و اگر متعهد پس از صدور حکم قطعی هم نسبت به انجام کار خودداری کند، در این برهه زمانی متعهدله یا به عبارتی محکوم‌له می‌تواند در راستای اعمال مواد ۱ و ۴۷ از قانون اجرای احکام مدنی زیر نظر دادورز اجرا نسبت به انجام کار از جانب خودش یا دیگری و به خرج ملتزم نسبت به اجرای عین تعهد اقدام کند که از این روند به اقدامات پیشینی متعهدله یاد می‌شود که سابقاً از سوی سایر پژوهشگران مورد تحلیل و بررسی واقع شده است.^۳ اقدامات پیشینی قضایی برای اجرای عین تعهد از سوی

۱. ماده ۲۳۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نماید تقاضای اجبار به وفاء شرط بنماید» و نیز ماده ۲۳۸ از قانون یادشده مقرر می‌دارد: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند» و نیز در ماده ۲۳۹ قانون یادشده آمده است: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت».

۲. هرگاه شخصی محکوم به انجام عمل معینی باشد، ولی وی (محکوم‌علیه) از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل از سوی شخص دیگری ممکن باشد، محکوم‌له می‌تواند تحت نظر دادورز (مأمور اجرا) آن عمل را به وسیله شخص دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل، هزینه لازم را از طریق قسمت اجرا از محکوم‌علیه مطالبه نماید. در هریک از موارد یادشده، دادگاه با تحقیقات لازم و در صورت ضرورت با جلب نظر کارشناس میزان هزینه را معین می‌نماید. وصول هزینه پیش‌گفته و حق الزحمه کارشناس از محکوم‌علیه به ترتیبی است که برای وصول محکوم به نقدی مقرر است.

۳. در زمینه اقدامات پیشینی مقاله ارزشمندی به رشته تحریر درآمده است. در مقدمه این مقاله آمده است: «...این تحقیق اختصاص به موردی دارد که ثالث متعاقب صدور حکم بر الزام به انجام تعهد و خودداری محکوم علیه از ایفا دعوت شده است تا قرارداد را زیر نظر دادگاه انجام دهد در این راستا تحلیل ماهیت، شرایط و آثار ایفای چنین تعهدی ضروری به نظر می‌رسد». مقاله یادشده با مقاله کنونی در دو حوزه متفاوت به رشته تحریر درآمده است؛ مقاله یادشده ناظر به فرضی است که زمان انجام تعهد فرا رسیده و

متعهد متخلف در روند طولی مطرح در مواد قانونی یادشده کارایی لازم را ندارد، به‌ویژه اینکه ممکن است پس از طی حداقل یک سال روند فرسایشی در محاکم مختلف قضایی، باز هم متعهد نسبت به انجام تعهد اقدام نکرده، به‌ناچار متعهدله در اجرای احکام به انجام کار مبادرت نماید و برای هزینه‌های آن به صورت هم‌زمان اقدام کند یا آن را به زمان دیگری موکول نماید. سؤال اصلی تحقیق این است که آیا در حقوق ایران متعهدله می‌تواند پس از تخلف متعهد از انجام کار، به صورت فراقضایی عمل کرده، در خارج از دادگاه شخصاً یا از سوی شخص ثالث نسبت به انجام کار اقدام نماید و سپس دعوای مطالبه هزینه‌های صورت‌گرفته بابت انجام کار را مطرح کند (اقدامات پسینی قضایی).

فرضیه تحقیق این است که با توجه به نبود مانع صریح قانونی و نیز ظرفیت‌های موجود در شرع انور تا اصلاحات آتی قانون مدنی ایران و تصریح به امکان اجرای این نظریه در یک ماده قانونی، آیا امکان جایگزینی فراقضایی متعهد متخلف از سوی متعهدله وجود دارد؟ نویسنده در این مقاله با مطالعه تطبیقی در حقوق تعهدات فرانسه و بلژیک، برای ارائه نظریه‌ای نو با کارایی اقتصادی بالا و قابل اجرا در حقوق ایران تلاش می‌کند. این مقاله در دو بخش تنظیم شده است؛ ابتدا به تحلیل و بررسی نظریه جایگزینی فراقضایی متعهد متخلف و سپس به امکان‌سنجی اجرای نظریه جایگزینی فراقضایی پرداخته می‌شود.

مطالبه رسمی و غیررسمی متعهدله از متعهد متخلف بی‌فایده بود و متعاقباً متعهدله دادخواست متناسب مطرح و هزینه‌های زیاد دادرسی را پرداخت کرد و فرایند فرسایشی و پرهزینه لازم برای تکمیل تحقیقات را انجام داد و رأی بدوی صادر و رأی صادره در دادگاه تجدیدنظر هم تأیید شد و بعد از اعمال ماده ۱ از قانون اجرای احکام به‌منظور صدور اجرائیه، پرونده به اجرای احکام ارسال می‌گردد و چنانچه اخطار مدیر اجرا به محکوم‌علیه نیز بی‌فایده بود نوبت به اعمال ماده ۴۷ از قانون اجرای احکام مدنی می‌رسد و نیک می‌دانید که در این مرحله نیز اگر پس از کار کارشناسی و تعیین قیمت جهت انجام کار از سوی ثالث، شخص ثالث حاضر به انجام کار نشود و متعهدله نیز پس از صرف هزینه‌های یادشده در موقعیت فعلی توان اقتصادی برای انجام کار نداشته باشد، عملاً روندی بی‌فایده را طی کرده است. مقاله کنونی با رویکرد اقدامات پسینی قضایی در صدد ارائه نظریه‌ای نو جهت حذف تمام مراحل یادشده است، ولی در خصوص امکان اعمال نظریه در حقوق ایران راهکارهای ارزشمندی از سوی نویسندگان آن مقاله ارائه شد که در بخش دوم این مقاله مورد استفاده قرار خواهند گرفت. ر.ک. شعاریان ستاری، ابراهیم و باحجب عظیمی، سئودا، «الزام متعهد به ایفای عین تعهد و اجرای آن از سوی شخص ثالث در حقوق ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، ش ۲ (۱۳۹۹)، ص ۵۹۱-۶۱۱.

۱. تحلیل و بررسی نظریه جایگزینی فراقضایی متعهد متخلف

به منظور تبیین هرچه بهتر نظریه جایگزینی خارج از دادگاه در اجرای تعهدات در حقوق ایران و فرانسه، ابتدا به پیشینه و مفهوم نظریه، سپس به بررسی شرایط تحقق نظریه و پس از آن به جایگاه و قلمرو نظریه می‌پردازیم.

۱.۱. پیشینه و مفهوم نظریه جایگزینی فراقضایی متعهد متخلف^۴

در حقوق فرانسه اجرای تعهد نتیجه عادی یک تعهد قراردادی است که ناشی از نیروی الزام‌آور قرارداد است و این نتیجه به شیوه‌های مستقیم از سوی خود متعهد و غیرمستقیم به وسیله دیگران حاصل می‌شود.^۵ در فقه و نیز در حقوق ایران مطابق با مواد ۲۳۷ از قانون مدنی و ۴۷ از قانون اجرای احکام مدنی، دو حق الزام به انجام تعهد و حق فسخ قرارداد به منظور حمایت قضایی از متعهدله پیش‌بینی شده است و متعهدله می‌بایست در ابتدای امر به دادگاه مراجعه کند و الزام به انجام تعهد را از متعهد بخواهد که در نهایت پس از صدور حکم قطعی مبنی بر الزام به انجام تعهد و در صورت امتناع از اجرای حکم در مرحله اجرای احکام، تعهد به هزینه متعهد اجرا خواهد شد و در صورت عدم امکان اجرا حق فسخ برای متعهدله شناسایی می‌شود که این روش از اجرای تعهد، در حقوق ایران و فرانسه به نظریه طولی بودن اجرای تعهد شناخته شده است.^۶ در این روش، مراجعه به دادگاه برای رسیدن به حق فسخ، ضرورتی تخلف‌ناپذیر است. مطالعه تاریخی حقوق تعهدات فرانسه حکایت از نظریه طولی بر مبنای اندیشه‌های فردگرایی و شخصی بودن تعهد دارد^۷ که در این دیدگاه به لحاظ حلول تعهد در جسم متعهد، تلاش می‌شود حتی‌الامکان از شیوه الزام و اجبار استفاده شود که از آن به اجبار جسمی^۸ یاد کرده‌اند. در این دیدگاه، دادگاه بدون فشار و اجبار

4. Le Remplacement Extrajudiciaire du Débiteur Défaillant.

5. Philippe MALAURIE; Laurent AYNÈS; Philippe Stoffel-Munck; Droit Des Obligations, (Paris: LGDJ, 8e Edition, 2016), n 881.

6. Bertrand Ayissi Manga Eugène. L'exécution Forcée D'une Obligation de Faire. In: Revue Juridique de L'ouest, 1999-3. pp. 331- 359; <https://www.persee.fr/docAsPDF/juro>.

7. Jean Philippe Lévy & André Castaldo (2010). Droit Prive. Histoire du Droit Civil, 2 Edition Éditions Dalloz, p. 1008

8. La Contrainte Par Corps

جسمی اجازه ندارد از روش بعدی استفاده کند.^۹ بعدها به لحاظ ویژگی مدنی و حقوقی بودن این مباحث در برابر مقررات کیفری و در راستای کاهش خشونت و بی‌فایده بودن الزام و اجبار جسمی، به شیوه غیرمستقیم و فشار بر اموال گرایش پیدا کردند.^{۱۰} و در نتیجه گسترش شیوه‌های اجرای مالی در قرن هشتم میلادی اجبار جسمی مقبولیت عامه خود را ازدست داد و نظریه دیگری مطرح گردید؛ به این شرح که الزام به انجام تعهد و حق فسخ قرارداد در عرض یکدیگر هستند و متعهد اجباری ندارد که حتماً مسیر الزام به انجام تعهد را پیش بگیرد، او می‌تواند در پایان مسیر اگر به مقصود نرسید مسیر بعدی را آغاز کند. در این نظریه که به نظریه عرضی معروف است، متعهدله در انتخاب دو مسیر مراجعه به دادگاه برای الزام به انجام تعهد و یا بدون مراجعه به دادگاه و اعمال حق فسخ، اختیار دارد.^{۱۱} در حقوق رم اجرا بر شخص و اموال به‌طور هم زمان در عمل وجود داشت، ولی در حقوق قدیم فرانسه تا مدت‌های طولانی و تا زمانی که اجرا در اموال به دشواری انجام می‌شد، سلطه بر اشخاص تنها روش ممکن بود^{۱۲} و روش دوم، حاصل اندیشه‌های جدیدی در حقوق فرانسه بود و برای انجام تعهد، نظام حقوقی به‌طور کلی متحول شد.^{۱۳} در قبال بدهکاران، نظام انجام تعهد از سوی متعهدله بدون مراجعه به دادگاه یا خارج از دادگاه، ایده نوینی است که می‌توان به متعهدله حق داد که به جای مراجعه به دادگاه برای الزام متعهد به انجام تعهد (مسیر اول) و یا انتخاب حق فسخ تعهد (مسیر دوم)، مسیر سومی را طی کند؛ به این شرح که متعهدله

9. En Réalité, la Contrainte Par Corps Tend Essentiellement à Forcer le Débiteur à Vendre Lui-même Ses Immeubles Pour Payer, Alors Que la Justice ne Peut Encore le Faire Directement; *Ibid*, p. 1014

10. Par Ailleurs, et en Conséquence, L'évolution S'est Fait Dans le Sens du Renforcement du Caractère Civil de la Mesure, au Dériment de L'aspect Pénal, Ainsi Que D'une Atténuation de la Rigueur, Puisque, au Fond, il est Inutile D'emprisonner un Débiteur Qui ne Pourra pas Payer sa Dette. Dans L'ancien Droit Français, la Contrainte par Corps est Donc, à L'origine, une Voie D'exécution Directe, Qui Donne au Créancier un Véritable Droit Réel Sur la Personne de Son Débiteur. Philippe Lévy, Jean; André Castaldo; p. 1013

۱۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، الفارق، ج ۱، (تهران: گنج دانش، چ ۳، ۱۳۹۵)، ص ۱۴۶؛ ابوالفضل، علی دایی احمدی و همکاران «رابطه بین الزام به اجرای عین تعهد و فسخ عقد (مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۴ (۱۳۹۸)، ص ۱۴۲.

۱۲. ژان فیلیپ لوی و آندره کاستالدو، تاریخ حقوق تعهدات، ترجمه رسول رضایی (تهران: انتشارات مجد، چ ۱، ۱۳۸۶)، ص ۴۰۸.

13. Les Temps modernes; L Ils Présentent une Évolution Contrastée. À une Extrême Sévérité Pour les Débiteurs va Succéder un Régime Beaucoup Plus Nuance... Philippe Lévy, Jean; André Castaldo; p. 1018

خودش به جای متعهد، مفاد تعهد را انجام بدهد. قانون‌گذار فرانسوی در ماده ۱۲۲۲ قانون مدنی نوین فرانسه مقرر می‌دارد: «بعد از مطالبه، بستانکار می‌تواند در مهلت معقول و با یک هزینه معقول خودش مفاد تعهد را انجام دهد یا با اجازه قبلی قاضی نسبت به تخریب آنچه خلاف تعهد انجام شده است، اقدام کند. او می‌تواند از بدهکار بازپرداخت هزینه‌های انجام‌شده را بخواهد. همچنین می‌تواند در دادگاه خواستار بازپرداخت هزینه‌های مصرفی بابت انجام یا از بین بردن کار بشود»^{۱۴}. این اختیار یک‌طرفه خارج از دادگاه برای متعهدله امری نو در قانون مدنی فرانسه است و در مواد ۱۱۴۳ و ۱۱۴۴ قانون مدنی پیشین فرانسه چنین اختیاری پیش‌بینی نشده بود^{۱۵}، ولی رویه قضایی فرانسه و بلژیک قبل از این قانون‌گذاری به اجرای این نظریه گرایش داشته، به‌صراحت امکان جایگزینی متعهد متخلف به متعهدله را با احراز حصول شرایط جایگزینی یک‌طرفه خارج از دادگاه اجازه داده بود و ماده ۱۲۲۲ قانون مدنی فرانسه درواقع حاصل زحمات چندین ساله قضات و وکلای دادگستری در به‌ثمر نشاندن حق جایگزینی برای متعهدله بوده، از پیشینه بسیار غنی در حقوق تعهدات این دو کشور برخوردار است^{۱۶}. در این مقاله به‌دنبال شناسایی مسیر سومی برای اجرای مفاد تعهدات قراردادی هستیم، با این اندیشه به متعهدله اجازه داده می‌شود بدون مراجعه به دادگاه و یا اخذ اجازه از مقام قضایی شخصاً یا از سوی شخص ثالث نسبت

14. Après Mise en Demeure, le Créancier Peut Aussi, Dans un Délai et à un Coût Raisonnables, Faire Exécuter Lui-Même L'obligation ou, Sur Autorisation Préalable du Juge, Détruire ce Qui a Été Fait en Violation de Celle-Ci. Il Peut Demander au Débiteur Le Remboursement Des Sommes Engagées à Cette Fin. Il Peut Aussi Demander en Justice Que le Débiteur Avance Les Sommes Nécessaires à Cette Exécution ou à Cette Destruction. (Ord. No 2016-131 Du 10 Févr. 2016, Art. 2, En Vigueur Le 1er Oct. 2016) <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte>
15. Art. 1143.- Néanmoins, le Créancier a le Droit de Demander Que ce Qui Aurait Été Fait Par Contravention à L'engagement Soit Détruit ; et Il Peut se Faire Autoriser à le Détruire Aux Dépens Du Débiteur, Sans Préjudice Des Dommages Et Intérêts S'il Y A Lieu. Art. 1144.- Le Créancier Peut Aussi, en Cas D'inexécution, Être Autorisé à Faire Exécuter Lui-Même L'obligation Aux Dépens du Débiteur. Celui-Ci Peut Être Condamné à Faire L'avance Des Sommes Nécessaires à Cette Exécution.
16. George Wiederkerl, 2019 Code Civil Annoté Papier Numerique Dalloz 2019 118 Edition; Charles-Edouard Lambert. Lambert, «Le Remplacement Extrajudiciaire Enfin Reconnu Par la Cour de Cassation», R.D.C.-T.B.H., 2021, P. 1068 [https://www.rdc-tbh.be](https://www.rdc-tbh.be/Wéry, Patrick. Droit Des Obligations , Théorie Générale du Contrat, Vol. 1, 3ème ed., Larcier, 2021, Pp. 819 Et 820. https://www.abebbooks.com/book); Wéry, Patrick. Droit Des Obligations , Théorie Générale du Contrat, Vol. 1, 3ème ed., Larcier, 2021, Pp. 819 Et 820. <https://www.abebbooks.com/book>. 2ème Édition /. Larcier: Bruxelles (2011) <https://ils.bib.uclouvain.be/uslb/documents> <https://ils.bib.uclouvain.be/uslb/documents/1465628>.

به انجام تعهد اقدام و سپس مخارج انجام تعهد را از متعهد مطالبه کند که از آن به «جایگزینی خارج از دادگاه» یاد می‌شود. این نظریه در حقوق تعهدات بلژیک با عنوان «جایگزینی فراقضایی بدهکار عهدشکن»^{۱۷} در راستای ارجحیت اجرای عین تعهد نسبت به أخذ غرامت مطرح شده^{۱۸} و در حقوق تعهدات نوین فرانسه نیز با عنوان «جایگزینی یک‌جانبه و فراقضایی»^{۱۹} آمده است.^{۲۰}

۲.۱. شرایط اجرای نظریه

نظریه یادشده با حصول سه شرط اطلاع‌رسانی به متعهد، اعطای مهلت معقول به متعهد، و امکان اجرای عین تعهد با هزینه معقول و متعارف، به متعهدله حق اجرای فراقضایی را می‌دهد که به شرح زیر مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرند.

۲.۱.۱. مطالبه رسمی و اعلام قصد جایگزینی به متعهد

در ماده ۲۲۶ قانون مدنی ایران آمده است: «در مورد عدم ایفاء تعهدات از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید مگر اینکه برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و اگر برای ایفاء تعهد مدتی مقرر نبوده طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است». مشاهده می‌شود که قانون‌گذار ایرانی در ماده ۲۲۶ قانون مدنی ایران به واژه «مطالبه» اشاره کرده است که اقتباسی از اصطلاح عبارت فرانسوی *Mise en Demeur* و به معنی «پساکرد» و یا «نهادن در تأخیر» است که نویسندگان قانون مدنی

17. Le remplacement Extrajudiciaire du Débiteur Défaillant.

18. Patrick Wéry, Irma Moreau-Margrève. L'exécution Forcée en Nature des Obligations Contractuelles non Pécuniaires. Une relecture des Articles 1142 à 1144 du Code civil, Bruxelles Kluwer Éditions Juridiques, 1993, pp. 87-89. <https://lib.ugent.be/catalog/rug01:000738488>

19. La Faculté de Remplacement Unilatérale et Extrajudiciaire – Substitution du Débiteur

20. Wéry, Patrick, Le Remplacement Extrajudiciaire du Débiteur Défaillant, Enfin Admis Par la Cour de Cassation In: Revue Critique de Jurisprudence Belge, Vol. 2021, No. 3, pp. 461-502 (2021) <http://hdl.handle.net/2078.1/254581>; Clément François 2016 Réforme du Droit des Contrats Français, ATER à L'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne IEJ Jean Domat <https://iej.univ-paris1.fr>.

ایران آن را «مطالبه» ترجمه کرده‌اند.^{۲۱} نکته مهم این است که در ماده ۲۲۶ قانون مدنی عنصر مطالبه در مواردی است که زمان اجرای قرارداد حال بوده و در مواردی که اجل تعیین شده باشد، به مطالبه نیازی نیست و نقض عهد محرز است.^{۲۲} در این ماده قانونی، مانند ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی قدیم فرانسه^{۲۳}، تشریفات مطالبه موضوعیت ندارد و از عبارت *le Droit de Demander* استفاده شده، ولی در این نظریه به لحاظ آثار و عواقب مهیب آن در هر حالت، احراز عنصر مطالبه امری تشریفاتی و امری مطلق است. چنان که قانون‌گذار فرانسوی در آخرین تحولات خود در مواد ۱۲۲۱ و ۱۲۲۲ به عبارت *Mise en Demeur* اشاره کرده و در حقوق تعهدات بلژیک اعم از قوانین و رویه قضایی نیز تشریفاتی بودن مطالبه اجرای تعهد به صورت یک اصل معرفی شده است.^{۲۴} در حقوق ایران این مطالبه تشریفاتی از طریق ارسال اظهارنامه موضوع ماده ۱۵۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ صورت می‌پذیرد.^{۲۵} همچنین متعهدله باید در اخطاریه رسمی به متعهد اعلام کند که در صورت عدم انجام تعهد، از این حق قانونی خود استفاده خواهد کرد و متعهد بین اجرای تعهد از جانب خودش یا انتخاب تحمل بار مالی انجام تعهد به وسیله

۲۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *حقوق تعهدات*، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۲، ۱۳۷۲)، ص ۲۷۴؛ علیرضا یزدانیان، «مفهوم و آثار مطالبه (*Mise en demeure*) در تعهدات: مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه»، *مطالعات حقوقی (علوم اجتماعی و انسانی شیراز)*، ش ۳ (۱۳۹۸)، صص ۲۰۷-۲۴۲.

۲۲. یزدانیان، همان.

23. Art. 1143.- Néanmoins, le Créancier a le Droit de Demander Que ce Qui Aurait été Fait par Contravention à L'engagement Soit Détruit ; et il Peut se Faire Autoriser à le Détruire Aux Dépens du Débiteur, Sans Préjudice des Dommages et Intérêts s'il Y a Lieu.

24. La Cour de Cassation a en Effet Précisé Dans un Arrêt du 9 Avril 1976 Que «la Mise en Demeure du Débiteur D'une Obligation est Légalement Requise Dans D'autres Cas que Ceux que Vise L'article 1146 du Code Civil ; Cette Disposition Légale Fait Application, au Cas Particulier Qu'elle Vise Expressément, D'un Principe de Droit Imposant la Mise en Demeure» ; Par Lambert, Grégory. *La Mise en Demeure Dans les Sanctions de L'inexécution Contractuelle*.p4 Faculté de Droit et de Criminologie, Université Catholique de Louvain, 2016. Prom.: Wéry, Patrick. <http://hdl.handle.net>; Patrick Wéry, *Droit des Obligations- Volume 1Théorie Générale du Contrat 3ème Édition*. pp. 445-446, n° 463 2021 Précis de la Faculté de Droit et de Criminologie de l'Université Catholique de Louvain <https://www.larcier.com/fr/droit-des-obligations-volume-1-2021-9782807923720.html>.

۲۵. ماده ۱۵۶ مقرر می‌دارد: هر کس می‌تواند قبل از تقدیم دادخواست، حق خود را به وسیله اظهارنامه از دیگری مطالبه نماید، مشروط بر اینکه موعد مطالبه رسیده باشد. به طور کلی هر س حق دارد اظهاراتی را که راجع به معاملات و تعهدات خود با دیگری است و بخواهد به طور رسمی به وی برساند ضمن اظهارنامه به طرف ابلاغ نماید. اظهارنامه از سوی اداره ثبت اسناد و املاک کشور یا دفاتر دادگاه‌ها ابلاغ می‌شود.

متعهدله یکی را انتخاب می‌کند.^{۲۶}

۱.۲.۲. اعطای مهلت معقول

به‌طور کلی اجرای عین تعهد، حق و تکلیف خود متعهد است. در این نظریه قائل به وجود حق انجام تعهد از سوی متعهد هستیم. متعهدله باید در اظهارنامه‌ای که ارسال می‌کند به متعهد اعلام نماید که ظرف مهلت معقول و متعارف به تعهدش عمل کند و نمی‌تواند بی‌درنگ پس از ارسال اظهارنامه، به انجام تعهد اقدام نماید؛ به نحوی که فاصله بین ارسال اظهارنامه با انجام تعهد زمانی صفرثانیه، غیرمتعارف است. مثل این است که به متعهد ابالغ کنیم که ظرف ۲۴ ساعت آینده طبقه دوم مورد قرارداد را بسازد، درحالی که می‌دانیم اجرای سقف و ستون یک واحد ۱۰۰ متری به‌طور متعارف ۷ روز زمان می‌برد.

۱.۲.۳. اجرای تعهد با هزینه معقول^{۲۷}؛ تناسب آشکار بین هزینه و سود

متعهدله باید در صرف هزینه‌ها بابت انجام تعهد بسیار دقت کند و از حیف و میل مواد اولیه کار بپرهیزد و یا در کیفیت کالای خریداری‌شده منصفانه و با حسن‌نیت عمل نماید. وی نمی‌تواند از حق جایگزینی‌اش سوءاستفاده کند و به صرف هزینه‌های غیرمتعارف اقدام نماید، به نحوی که هزینه‌های صورت‌گرفته از سوی متعهدله چند برابر هزینه‌های متعارف بابت انجام عین تعهد باشد؛ برای مثال، در کالاهای خریداری‌شده از جنس اعلای آن استفاده نماید و یا در انعقاد قرارداد با پیمانکاران بدون غبطه و مصلحت رفتار کرده، به صورتی که در هر مورد پرداخت حق‌الزحمه و یا پرداخت بهای خدمات غیرمتعارف عمل نماید که مورد تأیید عرف و یا کارشناس قرار نگیرد. در این صورت ممکن است با اعتراض خواننده و با اقدامات پسینی قاضی^{۲۸} رسیدگی‌کننده به پرونده، موضوع به کارشناسی ارجاع شود و مازاد هزینه‌های غیرلازم مورد تأیید قرار نگیرد؛ پس متعهدله باید در انجام هزینه‌ها قدر متعارف را رعایت کند. همچنین ممکن است برای انجام عین تعهد لازم باشد که ابتدا

26. Elle est Soumise D'une Part à la Traditionnelle Exigence de Mise en Demeure qui Offre au Débiteur le Choix Entre Exécuter Son Obligation Correctement ou Supporter la Charge Financière de L'exécution Assurée Par un Tiers... Blanc Nathalie , Mathias Latina, Denis Mazeaud (2022). Droit des Obligations. Editeur: LGDJ, Collection: CRFPA 3e Édition. p. 208.

27. Coût Raisonnable

28. Contrôle a Posteriori

کارخانه‌ای که فلان کالا را ساخته و اکنون تخریب یا سیستم خود را به‌روزرسانی کرده است از نو بنا شود یا سیستم قدیمی را احیا نموده، کالای لازم را بسازد تا تعهد متعهد ایفا شود. در این مورد نیز به لحاظ عدم تناسب میان هزینه و فایده، امکان اجرای تعهد وجود ندارد و متعهدله می‌بایست به سایر راهکارهای احقاق حق متوسل شود

۳.۱. قلمرو اجرای نظریه

نظریه مورد بحث دارای نظم و محدودیت در قلمرو است و در همه موارد و همه جا نمی‌توان از آن استفاده کرد. در اینجا محدودیت‌ها یا قلمرو اجرای نظریه در سه مورد به شرح زیر بررسی می‌شود.

۳.۱.۱. شخصی و مباشرتی نباشد

در مواردی که تعهد جنبه شخصی و مباشرتی دارد، امکان انجام آن از سوی ثالث، اعم از متعهد و یا دیگری، وجود ندارد و در این مورد قلمرو اجرای نظریه به مواردی محدود است که انجام آن از سوی دیگران ممکن باشد. در این موارد، متعهدله می‌تواند از سایر راهکارهای قانونی استفاده کند. اجازه انجام تعهد از جانب دیگران در این نظریه موجب دخل و تصرف در اصل قرارداد طرفین می‌شود. در واقع، قلمرو اجرایی این نظریه مربوط به مرحله اجرای تعهد است و اگر اجازه جایگزینی در امور مباشرتی را به متعهد بدهیم لازمه آن دخل و تصرف در مرحله تشکیل قرارداد و ایجاد حق و تکلیف برای طرفین است. در حقوق تعهدات بلژیک نیز پاتریک ویری^{۲۹}، استاد دانشگاه لوون بلژیک، چنین بیان داشته است که امکان دخالت یک طرفه و جایگزینی در تعهدات شخصی و مباشرتی به متعهدله داده نشده است و در این موارد متعهدله به راهکارهایی مانند مطالبه خسارت متوسل خواهد شد.^{۳۰}

۳.۱.۲. لزوم اعاده وضع به حالت سابق

در مواردی که مفاد تعهد قراردادی ناقص انجام شده باشد، به نحوی که کیفیت مطلوبی

29. Professeur Ordinaire à l'Université Catholique de Louvain

30. Patrick Wéry, 2016, Droit des Obligations – Vol. 2 Les Sources des Obligations Extracontractuelles – Le régime Général des Obligations, Larcier (Bruxelles), n 406

نداشته، به ناچار لازم باشد دوباره کاری صورت گیرد، در این موارد متعهدله حق ندارد که به صورت فراقضایی عمل کرده، نسبت به تخریب کار انجام شده اقدام نماید و خود یا دیگری آن را از نو بسازد. در این مورد، حق فراقضایی عمل کردن برای متعهدله پیش‌بینی نمی‌شود؛ چراکه لازمه بازسازی، دخالت در حقوق کنونی متعهد است و ذات اختلاف حقوقی طرفین در کیفیت یا عدم کیفیت مطلوب کار انجام شده، به متعهدله اجازه تخریب بدون مجوز از دادگاه را نمی‌دهد و لزوماً باید پس از کسب اجازه از محکمه و احراز کیفیت نامطلوب از سوی مقام قضایی، قرار تجویز تخریب صادر گردد.

۲. امکان سنجی اجرای نظریه جایگزینی فراقضایی در حقوق تعهدات ایران

امکان اجرای نظریه جایگزینی فراقضایی متعهد در دو فرض موانع و آسیب‌های احتمالی، و ظرفیت و فواید حقوقی اجرای نظریه به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۱. موانع و آسیب‌های احتمالی اجرای نظریه جایگزینی

در این مبحث به موانع اجرای نظریه در حقوق ایران پرداخته می‌شود.

۲.۱.۱. اصل منع اجرای عدالت خصوصی

عدالت خصوصی به مفهوم «حق اجرای عدالت نسبت به خود»^{۳۱} است و در حقوق فرانسه امکان اجرای عدالت از سوی خود شخص منع شده است.^{۳۲} این منع را به عنوان یک اصل در حقوق فرانسه با عنوان «اصل منع اجرای عدالت خصوصی»^{۳۳} بر چهار پایه نظم قضایی، مساوات، عدالت و منفعت عمومی می‌شناسند^{۳۴} و آیین دادرسی مدنی ضامن اجرای

31. "Droit de se Faire Justice à Soi-Même"

32. Sous la Direction Denis Alland et Stéphane Rials, "Justice Privée (Droit de se Faire Justice à Soi-Même)", Dictionnaire de la Culture Juridique, pp. 907-910, PUF, 20-0

33. Interdiction de la Justice Privée

34. L'ordre: la Justice Privée est Source de Désordres. Se faire Justice à Soi-Même Constitue une Voie de Fait Contraire Aux Exigences de L'ordre Social. L'égalité: se Faire Justice à Soi-Même Suppose D'en Avoir les Moyens et D'être en Position de Force à L'égard de Son Adversaire. Or Tout le Monde N'en a Pas Les Moyens. De Nombreux Contentieux Sont D'ailleurs Structurellement Inégalitaires (Litiges Entre Employeur et Salarié par Exemple). Admettre la Justice Privée, C'est Donc Consacrer une Inégalité Devant la Justice. La Justice: se Faire Justice à Soi-Même, C'est se Faire Juge de sa Propre Cause ; C'est Être Juge et Partie. La Justice Privée est Donc Une Justice Partiale, Donc une Justice Qui N'est Pas Juste, ou du Moins une Justice

این چهار ارزش است.^{۳۵} در حقوق ایران، مطابق اصل ۱۶۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، وظیفه قضاوت و داوری میان مردم با قوه قضاییه است و این اصل در صدد بیان این مفهوم است که در صورت وجود اختلاف حقوقی میان طرفین تعهد ناگزیر باید از طریق قوه قضاییه و صدور حکم شایسته نسبت به احقاق حق اقدام کرد.^{۳۶} اصل حفظ نظم قضایی ایجاب می‌کند که در هنگام اختلاف حقوقی میان طرفین قرارداد، صاحب دعوا- که در اینجا همان متعهدله است- باید به مراجع قضایی مراجعه کند و پس از به قضاوت گذاردن ادعای خود و سپس احراز اصل وقوع عقد و نقض عهد خوانده دعوا، ضمن صدور حکم به الزام به انجام تعهد از طریق دایره اجرای احکام دادگستری این جایگزینی صورت گیرد. اگر اجازه فرایضایی عمل کردن به متعهدله داده شود، این احتمال وجود دارد که متعهدله با راهاندازی دادگستری خصوصی آزاد و یک‌جانبه، به اقدامات آسیب‌زا برای نظم عمومی دست بزند.

۲.۱. لزوم اجبار متعهد تا حد امکان؛ نظریه طولی

مطابق مواد ۲۲۲، ۲۳۷ و ۲۳۸ از قانون مدنی و ماده ۴۷ از قانون اجرای احکام مدنی، متعهدله ابتدا باید به دادگاه مراجعه و دادخواست الزام به انجام مفاد تعهد قراردادی را تنظیم نماید و پس از اخذ حکم قطعی، ضمن تشکیل پرونده در واحد اجرای احکام از قاضی اجرای احکام اعمال ماده ۴۷ از قانون اجرای احکام مدنی را خواستار شود.^{۳۷} درواقع در نظریه طولی،

Dont Rien N'assure Qu'elle ne Sera pas Contraire au Droit Ou à la Vérité. Le Bien Commun: Pour L'utilité Commune, L'état Met à la Disposition de Tous un Appareil Judiciaire Sophistiqué et Coûteux, Entretien des Tribunaux et Rémunère un Important Personnel Judiciaire. La Justice Privée, Marque de Défiance à L'égard de L'état et De ses Juges, est la Négation de ce Système et des Valeurs Qu'il Porte. Nicolas Cayrol Procédure Civile 01/2022 - 4e Edition, p 29-30. <https://www.boutique-dalloz.fr/procedure-civile-cours-p.html>

۳۵. ژرارد کوشه و همکاران، *آئین دادرسی مدنی فرانسه*، ترجمه سید احمدعلی هاشمی، (تهران: انتشارات دادگستر، چ ۱، ۱۳۹۱) ص ۲۵-۲۱.

۳۶. اصل ۱۵۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: قوه قضاییه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده‌دار وظایف زیر است: ۱- رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبه که قانون معین می‌کند. ۲- احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع. ۳- نظارت بر حسن اجرای قوانین. ۴- کشف جرم و تعقیب مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام. ۵- اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.

۳۷. سید حسین صفایی، *دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، (تهران: انتشارات بنیاد حقوقی میزان، چ ۳۰، ۱۳۹۷)، ص ۲۱۹؛ مهدی شهیدی، *حقوق مدنی- شروط ضمن عقد*، ج ۴ (تهران: انتشارات مجد، چ ۲، ۱۳۸۷)، ص ۱۴۷؛ ناصر کاتوزیان، *دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۵، ۱۳۸۷)، صص ۴۷ و ۱۱۳ و ۱۲۰ و ۱۲۹؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دوره حقوق مدنی- حقوق تعهدات*، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۴، ۱۳۸۹)، ص ۲۵۵.

طولی، متعهدله ناچار است یک روند مشخص را طی کند و در پایان اگر امکان اجرای حکم وجود نداشت با اجازه قاضی اجرای احکام دادگستری و با نظارت داورز اجرا شخصاً یا از طریق شخص ثالث نسبت به اجرای تعهد اقدام کند.

۲.۱.۳. فقدان إذن متعهد در انجام کار از سوی متعهدله

ماده ۲۶۷ از قانون مدنی مقرر می‌دارد: «ایفاء دین از جانب غیرمدیون هم جائز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد ولیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با إذن باشد حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد»؛ در نتیجه به نظر می‌رسد در این نظریه، امکان مطالبه هزینه‌های انجام شده از متعهد متخلف وجود ندارد، چراکه متعهدله بدون إذن متعهد اقدام به انجام تعهد متعهد نموده و مطابق با قسمت اخیر ماده ۲۶۷ که انعکاسی از قاعده اقدام در حقوق تعهدات ایران است، متعهدله علیه خویش عمل کرده است و حق مطالبه هزینه‌ها را ندارد و در همین زمینه برخی حقوق دانان کشورمان اقدام شخص را منطبق بر عمل فضولی عنوان نموده و اقدام شخص را در حکم تبرع دانسته‌اند.^{۳۸}

۲.۲. ظرفیت و فواید اجرای نظریه جایگزینی فراقضایی

به منظور آسان‌سازی و پیشنهاد اجرای نظریه جایگزینی فراقضایی در حقوق تعهدات ایران، به شرح زیر به ارزیابی ظرفیت‌های حقوقی و فواید نظریه پرداخته می‌شود.

۲.۲.۱. رویکرد نوین به حقوق قراردادهای؛ رویکرد اقتصادی

یکی از رویکردهای نوین به حقوق قراردادهای، رویکرد اقتصادی است. حداکثرسازی ثروت^{۳۹}، کارایی اقتصادی^{۴۰}، قواعد حقوقی و هزینه مبادله^{۴۱} نظریه‌های شناخته شده در این حوزه هستند که سرچشمه آنها در حقوق کامن‌لا است. نظریه «حداکثرگرایی» از سوی ریچارد آلن پازنر^{۴۲}، استاد دانشگاه شیکاگو، مطرح شد و هدف هر بنگاه اقتصادی را دستیابی

۳۸. سید علی حائری شاه‌باغ، شرح قانون مدنی، ج ۱، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۲، ۱۳۸۲)، حاشیه ماده ۲۶۷.

39. Wealth Maximization

40. Efficiency.

41. Transaction Cost

42. Richard Allen Posner

حداکثری به آورده اقتصادی قید کرده است. ویلفرد پارتو^{۴۳}، مبتکر نظریه کارایی، بر این باور است که یک وضعیت زمانی از منظر پاترتویی^{۴۴} کارآمد است که با تغییر وضعیت موجود، وضع یک نفر بهبود یابد بدون اینکه وضعیت دیگری بدتر شود. هزینه مبادله به مفهوم هزینه‌های مصروفه در فرایند صفر تا صد یک مبادله اقتصادی است که اولین بار از سوی پارتو مطرح شد^{۴۵}. اصلاحات اخیر قانون مدنی ۲۰۱۶ فرانسه بر مبنای کارایی اقتصادی قوانین بوده (داراب‌پور و انیسی، ۱۳۹۷: ش ۳) و با توجه به اینکه قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ایران مصوب ۱۳۸۶ نیز در همین راستا تصویب شده است، به نظر می‌رسد در دو کشور نوعی هماهنگی در هدف از اصلاحات مقررات وجود داشته است. از مطالعه منابع حقوق خارجی و داخلی کشورمان چنین برداشت می‌شود که رویکرد اقتصادی به عنوان مبنایی برای ارزیابی قواعد حقوقی مورد توجه حقوق دانان خارجی و داخلی قرار گرفته و مورد اعتماد بوده است^{۴۶}. در حقوق ایران در قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین برای رسیدگی به دعاوی مالی هزینه دادرسی سنگینی مقرر شده است^{۴۷}. در حقوق ایران فرایند دادرسی بسیار پرهزینه (از قبیل هزینه دفاتر خدمات

43. Vilfredo Pareto

44. Pareto

۴۵. استیون شاول، *مبانی تحلیل اقتصادی حقوق*، ترجمه محسن اسماعیلی، (تهران: انتشارات مرکز پژوهش‌های حقوق مجلس شورای اسلامی ج ۱، ۱۳۸۸): فرشاد مؤمنی و گلروز رمضان‌زاده ولیس، «نواوری‌های نهادی کاهنده هزینه مبادله و توسعه اقتصادی: نگاهی به تجربه ایران»، پژوهشنامه اقتصادی، ش ۳ (۱۳۹۸)، صص ۱-۳۲.

۴۶. برای مطالعه بیشتر، نک: علیرضا محمدزاده وادقانی؛ نسرين طباطبائی حصارى و على كاظمی، «تحلیل اقتصادی دعوی استرداد در ورشکستگی»، مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ش ۳ (۱۴۰۰)، صص ۵۶۹-۵۸۶؛ حسن بادینی، «کارایی اقتصادی در حقوق خصوصی: نظریه و مصادیق»، مطالعات حقوق خصوصی، ش ۴۷ (۱۳۸۶)؛ حسن بادینی، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۶۲ (۱۳۸۲)؛ مسلم آقایی طوق، «تحلیل اقتصادی حقوق»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۴ (۱۳۹۲)؛ محمدجواد شریف‌زاده و همکاران، «ضرورت مطالعات میان‌رشته‌ای و افق‌های نوین در مطالعات حقوق و اقتصاد در اسلام (قضیه کوز و هزینه‌های مبادله)»، مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی، ش ۳ (۱۳۸۹)؛ مرتضی نعیمی، «بیشینه‌سازی ثروت به مثابه معیاری برای ارزیابی قواعد حقوقی» مطالعات حقوق خصوصی، ش ۴۷ (۱۳۹۶).

۴۷. برای نمونه به هزینه دادرسی دعاوی مالی موضوع بند ۱۲ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت بنگرید:

در مرحله بدوی تا مبلغ دویست میلیون ریال	دو و نیم درصد ارزش خواسته
در مرحله بدوی بیش از دویست میلیون ریال	سه و نیم درصد ارزش خواسته
در مرحله تجدیدنظر	چهار و نیم درصد ارزش خواسته
در مرحله فرجام‌خواهی	پنج و نیم درصد ارزش بهای خواسته

قضایی، هزینه دادرسی، دستمزد کارشناس، حق الوکاله وکیل، هزینه سفر وکیل و کارشناس و...) و طولانی است، به نحوی که ممکن است یک پرونده معمولی حداقل یک سال به طول انجامد. نظریه اجبار تا حد ممکن یا همان نظریه طولی، به لحاظ اینکه متعهدله را مجبور می‌کند ابتدا نسبت به مطالبه اجرای تعهد و سپس به تنظیم دادخواست اقدام نماید و پس از طی مدت طولانی بر فرض که حکم قطعی به نفع وی صادرگردد تازه اول راه است، باید با أخذ گواهی از مدیر دفتر دادگاه بدوی صادرکننده رأی به واحد اجرای احکام مراجعه و نسبت به تشکیل پرونده در واحد اجرای احکام اقدام نماید. در این مرحله نیز یک بار دیگر به متعهد ابلاغیه‌ای مبنی بر انجام تعهد ارسال می‌شود و اگر متعهد همچنان از انجام تعهد امتناع نماید، محکوم‌له می‌تواند از قاضی اجرای احکام اعمال ماده ۴۷ را بخواهد و با موافقت قاضی اجرای احکام، امر به کارشناسی ارجاع تا هزینه‌های انجام تعهد برآورد گردد. پس از طی اعتراض به نظریه کارشناس و ارجاع به هیئت بالاتر و قطعیت نظریه کارشناس، دادورز اجرا با درخواست قبلی محکوم‌له دستور توقیف اموال محکوم‌علیه را صادر می‌کند و بر فرض که مالی از محکوم‌علیه یافت گردد مجدداً پروسه ارزیابی اموال و فرایند فرسایشی مزایده و مراحل اعتراض به نظریه کارشناس و طرح دعوی ابطال مزایده و صرف هزینه‌های زیاد پیش می‌آید تا درنهایت حکم به انجام عین تعهد به خرج ملتزم اجرا گردد. مشاهده می‌شود که این فرایند هزینه مبادله را به شدت بالا می‌برد و اجرای این قاعده حقوقی هرگز کارایی اقتصادی ندارد. برای همین یکی از فواید اجرای نظریه، حذف فرایند فرسایشی است؛ به نحوی که وضعیت متعهدله بهبود یافته، ضرری هم به متعهد متخلف نمی‌رسد و این روش مطابق با نظریات مطرح در رویکرد نوین در حقوق تعهدات است. قانون‌گذار در حقوق فرانسه با الهام از حقوق کامن‌لا و تحت تأثیر رویکرد نوین، از حالت دگماتیسم خارج شده، کم‌کم احترام به نیروی اجبارکننده قرارداد کم‌رنگ می‌شود و به کارایی اقتصادی در اجرای تعهدات و نظریه «هزینه مبادله» توجه پیدا می‌کند.^{۴۸} در همین راستا در اصلاحات ۲۰۱۶ و

48. Yves-Marie Laithier. Étude Comparative des Sanctions de L'inexécution du Contrat. In: Revue Internationale de Droit Comparé. Vol. 58 N 1, 2006. pp. 244-247
<https://www.persee.fr/docAsPDF/ridc>.

مهراب داراب‌پور و الهام انیسی، «تقدم کارآمدی اقتصادی بر سنت‌گرایی در اصلاحات جدید حقوق تعهدات فرانسه»، تحقیقات حقوقی، ش ۸۳ (۱۳۹۲)، صص ۸۷-۱۱۱.

در ماده ۱۲۲۱ قانون مدنی مقرر شده است: «متعهدله می‌تواند پس از مطالبه رسمی، اجرای عین تعهد را درخواست نماید، مگر اینکه اجرا غیرممکن باشد یا نابرابری آشکار بین هزینه‌های اجرای آن تعهد برای متعهد با حسن نیت و نفع آن برای متعهدله وجود داشته باشد»^{۴۹} که به این ترتیب مشاهده می‌شود قانون‌گذار به صورت آشکار به اجرایی کردن نظریات مطرح در رویکرد اقتصادی نظر داشته است.

۲.۲.۲. همسویی نظریه با اصل اجبار تا حد ممکن

هدف اولیه و اصلی قراردادها در حقوق رومی - ژرمنی و کامن‌لا و نیز کنوانسیون بیع بین‌المللی، اجرای عین تعهد است^{۵۰} و نظریه طولی - برعکس نظریه عرضی که امکان فسخ قرارداد را به متعهدله می‌دهد - در راستای اجرای عین تعهد می‌کوشد تا حتی‌الامکان هدف اصلی از انعقاد قرارداد محقق شود، برای همین در ظاهر سخت‌گیری بیشتری نسبت به نظریه عرضی دارد. نکته بسیار مهم این است که نظریه جایگزینی فراقضایی نه تنها مخالفتی با اصل اجبار متعهد تا حد ممکن ندارد، بلکه در راستای اجرای عین تعهد از سوی متعهدله و یا ثالث راهکاری کارا ارائه می‌دهد؛ به عبارت دیگر، نظریه جایگزینی فراقضایی نمونه کارایی نظریه طولی است، به نحوی که در هدف نهایی با هم هماهنگ هستند؛ با این تفاوت و مزیت که نظریه جایگزینی کارایی اقتصادی بیشتری نسبت به نظریه طولی داشته، همگام و همسو با هدف نهایی از انعقاد قرارداد است.

۲.۲.۳. عدم دخالت در حقوق و اموال متعهد

در حقوق فرانسه تصدی و دخالت در امور دیگران اعم از امور مادی و غیرمادی در سطح وسیعی منع شده است^{۵۱}؛ در نتیجه ممکن است این امر مانع اجرای نظریه در حقوق ایران

49. Art. 1221 (Ord. no 2016-131 du 10 Févr. 2016, art. 2, en Vigueur le 1er Oct. 2016) Le Créancier D'une Obligation Peut, Après Mise en Demeure, en Poursuivre L'exécution en Nature Sauf si Cette Exécution est Impossible ou S'il Existe une Disproportion Manifeste Entre Son Coût Pour le Débiteur. (Ord. no 2016-131 du 10 Févr. 2016, art. 2, en Vigueur le 1er Oct. 2016); GeorGe Wiederkerl, 2019 Code civil Annote Papier Numerique Dalloz 2019 118 Edition.

۵۰. سید حسین صفایی و همکاران، حقوق بیع بین‌المللی بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰، با مطالعه تطبیقی در حقوق

ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۷، ۱۳۹۶)، صص ۱۵۱-۱۵۸.

۵۱. عبدالمجید امیری قائم مقام، حقوق تعهدات، ج ۱، (تهران: انتشارات میزان، چ ۳، ۱۳۸۵)، صص ۳۳۶-۳۴۱.

باشد. با توجه به شرایطی که برای اعمال نظریه جایگزینی یک‌جانبه فراقضایی آورده شد، متعهدله پس از احراز شرایط لازم برای اعمال نظریه، حق جایگزینی فراقضایی دارد و برای این جایگزینی اقدام به دخالت در اموال خود نموده، به هزینه خویش عین تعهد را اجرا می‌کند. در واقع، این ریسک را می‌پذیرد که اگر در دخالت پسینی قاضی دادگستری، محرز شود که شرایط لازم برای اعمال نظریه را رعایت نکرده است یا به عبارتی چنانچه در عملیات متناسب‌سازی مشخص شود که هزینه‌های انجام‌شده از سوی متعهدله با شرایط لازم برای اجرای نظریه که از اقدامات پسینی قاضی است تناسب ندارد، در این وضعیت، متعهدله منتظر تصمیم قضایی خواهد بود که ممکن است نسبت به بخشی از وجه مورد مطالبه حکم به بطلان دعوا صادر گردد؛ چراکه متعهد با عدم رعایت شرایط اعمال نظریه، برابر با قاعده اقدام در اموال خود و به ضرر خود اعمالی انجام داده و عواقب این تخطی را پذیرفته است. بنابراین با توجه به اینکه دادخواست تنظیمی متعهدله علیه متعهد به خواسته مطالبه هزینه‌ها بابت انجام عین تعهد در یک فرایند قضایی (اقدامات پسینی قاضی) بررسی شده، به قضاوت گذاشته می‌شود، از تحمیل هزینه‌های غیرلازم و نامتناسب به متعهد جلوگیری خواهد شد.

۴.۲.۲. امکان توسل به نهاد اضطرار

اضطرار حالتی نفسانی عارض بر شخص است که در موارد مختلف مانند عقود، تصرف در مال غیر، اعمال ولایت یا ارتکاب آنچه که مورد منع قانون قرار گرفته است، شخص را از ناچاری خارج کرده، اختیار انجام کار ممنوع به او می‌دهد.^{۵۲} یکی دیگر از موارد امکان اجرای نظریه در حقوق ایران، تکیه بر نهاد اضطرار است. اضطرار از عناوین ثانوی و مشهور فقهی است که در قرآن کریم به آن اشاره شده و در ابواب مختلف فقه مورد استفاده قرار گرفته است و نقش مؤثری در رفع حرج و مشکلات فردی و اجتماعی مردم دارد.^{۵۳} در حقوق تعهدات ایران وقتی پرداخت دین دیگری از روی ناچاری و اضطرار در حقوق ایران مورد

۵۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصرشناسی، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۲، ۱۳۹۲) صص ۷۹-۸۰؛ سید مصطفی

محقق داماد و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، چ ۲، (تهران: انتشارات سمت، چ ۱، ۱۳۸۹)، صص ۱۲۳-۱۲۴.

۵۳. امیر وطنی، «بررسی فقهی اضطرار و ضرورت»، مقالات و بررسی‌ها، ش ۷۱ (۱۳۸۱)، صص ۱۸۷-۲۰۷.

پذیرش حقوق دانان و قضات محاکم دادگستری واقع می‌شود^{۵۴}، چرا انجام تعهد متعهد از سوی متعهدله در شرایط اضطراری پذیرفته نشود؟ به نظر نگارنده در حقوق ایران تنها با استفاده از نهاد اضطرار هم می‌توان چنین نظریه‌ای را توجیه کرد و امکان اجرای آن را مجاز شمرد؛ چنان که برخی حقوق دانان کشورمان در مقاله ارزشمندی که در زمینه اقدامات پسینی قضایی متعهدله به رشته تحریر درآورده‌اند به اقدام پیشینی قضایی نیز نظر داشته و بر این باورند که با تکیه بر قاعده فقهی «وجوب دفع ضرر محتمل»، امکان اجرای این نظریه در حقوق ایران به صورت استثنایی وجود دارد؛ همچنین بیان داشتند که ممکن است در شرایط اضطراری به تعویق انداختن اجرای تعهد جهت کسب مجوز قضایی برای متعهدله زیان‌بار باشد^{۵۵} که تأییدی دیگر از سوی حقوق دانان کشورمان بر امکان اجرای این نظریه در حقوق تعهدات ایران است.

۲.۲.۵. قاعده تقلیل خسارت^{۵۶}

مطابق با قاعده تقلیل خسارت، زیان دیده نمی‌تواند تنها نظاره‌گر ورود خسارت باشد^{۵۷} و در نتیجه در این قضیه نیز متعهدله باید اقدام متعارف و معقولی را در خصوص کاهش خسارت به عمل آورد^{۵۸}. حقوق دانان ایرانی نیز بر این باورند که این قاعده ریشه در کامن‌لا دارد و مبانی آن را رویکرد اقتصادی به حقوق دانسته‌اند^{۵۹} که آثار آن را در ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی ایران و نیز ماده ۱۶ قانون بیمه ایران می‌توان یافت. مستند به این قاعده،

۵۴. عباسعلی دارویی، «پرداخت دین دیگری در نظام حقوقی ایران»، مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ش ۴ (۱۳۸۸)؛ فخرالدین اصغری آق‌مشهدی و شهرام اصغری، «پرداخت دین دیگری از روی ناچاری»، علمی حقوق خصوصی، ش ۱ (۱۳۹۱) صص ۵۵-۶۹.

۵۵. ابراهیم شعاریان ستاری و سئودا باحجب عظیمی، «الزام متعهد به ایفای عین تعهد و اجرای آن از سوی شخص ثالث در حقوق ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، ش ۲، (۱۳۹۹)، صص ۵۹۱-۶۱۱.

۵۶. مبانی قاعده در تحقیق تطبیقی ارزشمندی از سوی حقوق دانان ایرانی به رشته تحریر درآمده و اعتبار آن مورد تأیید قرار گرفته است. نک: شعاریان ستاری، ابراهیم و مولایی، یوسف، «مطالعه تطبیقی مبانی قاعده تقلیل خسارت»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲، (۱۳۹۰)، صص ۱۳۱-۱۵۵.

۵۷. ابراهیم شعاریان ستاری و یوسف مولایی، «مطالعه تطبیقی مبانی قاعده تقلیل خسارت»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲، (۱۳۹۰)، صص ۱۳۱-۱۵۵.

۵۸. ابراهیم شعاریان ستاری و سئودا باحجب عظیمی، همان.

۵۹. ابراهیم شعاریان ستاری و یوسف مولایی، همان.

بایستی متعهدله را مجاز دانست که در موارد اضطراری از امکان اجرای تعهد از سوی ثالث بدون نیاز به مجوز قضایی بهره‌مند گردد که با توجه به فوریت این اقدام و نیز کاهش هزینه‌ها، با منافع متعهد همسو خواهد بود (شعاریان و باحجب، همان). ملاحظه می‌شود مبنای این قاعده رویکرد اقتصادی به حقوق است که در این مقاله مفصل به آن پرداخته شده و مورد تأیید حقوق‌دانان داخلی قرار گرفته است.

نتیجه

جایگزینی متعهد متخلف در حقوق فرانسه و بلژیک با عنوان نظریه جایگزینی یک‌طرفه و فراقضایی شناخته شده و دارای پیشینه قابل توجهی است. این نظریه به متعهدله حق می‌دهد که بدون اجازه پیشینی قاضی دادگستری، متعهد متخلف را جایگزین کرده، عین تعهد به انجام کار را خودش یا به وسیله دیگری انجام دهد و بعداً هزینه‌های مصروفه را مطالبه کند. این نظریه دارای نظم و انضباط دقیقی است و در هر شرایطی برای متعهدله چنین حقی را نمی‌شناسد. از جمله شرایط اعمال حق جایگزینی فراقضایی، مطالبه رسمی انجام کار از متعهدله و اعلام قصد جایگزینی در صورت عدم انجام کار، اعطای مهلت معقول و متعارف به متعهد برای انجام کار و انجام کار با هزینه معقول و متعارف است. این نظریه در مواردی که تعهد جنبه شخصی و مباشرتی داشته، یا کار انجام شده باشد ولی به نحو مطلوب نباشد و به اعاده به وضع سابق و سپس انجام کار نیازمند باشد، قابلیت اجرایی ندارد. در حقوق ایران استدلال‌های مخالفی همچون عدم امکان اجرای عدالت به روش شخصی، لزوم اجبار متعهد تا حد امکان، و فقدان إذن متعهد برای عدم امکان اجرا (به عنوان موانع اجرای نظریه) و در مقابل آن، استدلال‌هایی با مبنای کارایی اقتصادی، همسویی نظریه با اجبار و اجرای عین تعهد، عدم دخالت در حقوق و اموال دیگران و نیز اضطرار (به عنوان ظرفیت‌های اجرای این نظریه) وجود دارد. با بررسی‌های صورت گرفته، با توجه به دقیق بودن شرایط و قلمرو اجرای نظریه و استدلال‌های موافق اجرای آن، اعمال این نظریه در حقوق ایران مخالف با هیچ مقررۀ آمره‌ای دانسته نشده است و کارایی اقتصادی این نظریه که مسیر پرهزینه برای اقدامات پیشینی قاضی را حذف می‌کند، سبب جذابیت اجرای آن در حقوق ایران خواهد بود. در پایان پیشنهاد می‌شود که در اصلاحات آتی قانون مدنی

ایران، یک ماده قانونی با این متن: «بعد از مطالبه انجام کار از متعهدله، اگر متعهد از انجام کار خودداری کرد، متعهدله می‌تواند بدون مراجعه به مراجع قضایی و أخذ حکم به الزام به انجام تعهد، در مهلت معین و با یک هزینه معقول، خود او مفاد تعهد را انجام دهد. وی می‌تواند بعد از انجام کار، در دادگاه بازپرداخت هزینه‌های انجام‌شده را از محکوم‌علیه بخواهد» پس از ماده ۲۳۸ قانون مدنی به‌عنوان یک اختیار در عرض الزام به انجام تعهد (همانند اصلاحات جدید ۲۰۱۶ فرانسه) اضافه گردد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

– کتاب‌ها

۱. امیری قائم مقام، عبدالمجید (۱۳۸۵). *حقوق تعهدات*، تهران: میزان.
۲. شاول، استیون (۱۳۸۸). *مبانی تحلیل اقتصادی حقوق*، (مترجم محسن اسماعیلی)، تهران: مرکز پژوهش‌های حقوق مجلس شورای اسلامی.
۳. شاه باغ، سید علی حائری (۱۳۸۲). *شرح قانون مدنی*، تهران: گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹). *دوره حقوق مدنی – حقوق تعهدات*، تهران: گنج دانش.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۷). *حقوق مدنی تعهدات*، تهران: مجد.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۷). *حقوق مدنی – شروط ضمن عقد*، تهران: مجد.
۷. صفایی، سیدحسین، صفایی (۱۳۹۷). *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۸. صفایی، سیدحسین (۱۳۹۶). *حقوق بیع بین المللی بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲). *فرهنگ عناصر شناسی*، تهران: گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). *حقوق تعهدات*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. کوشه، ژرارد، جان و لانگدو، دانیل، لبو (۱۳۹۱). *آئین دادرسی مدنی فرانسه*، ترجمه احمدعلی هاشمی، تهران: نشر دادگستر.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). *اعمال حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. محقق داماد، مصطفی و همکاران (۱۳۸۹). *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران: سمت.

- مقالات

۱۵. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و اصغری، شهرام، (۱۳۹۱). پرداخت دین دیگری از روی ناچاری. *حقوق خصوصی*. ۹ (۱)، ۵۶۹-۵۵۵.
۱۶. آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۲). تحلیل اقتصادی حقوق. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*. ۴ (۲)، ۱-۱۷ (۱۳۹۲).
- Doi:10.22059/JCL.2014.36310
۱۷. بادینی، حسن (۱۳۹۶). کارایی اقتصادی در حقوق خصوصی؛ نظریه و مصادیق. *مطالعات حقوق خصوصی*. ۴۷ (۱)، ۳۵-۱۹.
- Doi: 10.22059/JLQ.2017.61319
۱۸. بادینی، حسن (۱۳۸۲). مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق. *دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*. ۶۲ (۰)، ۹۱-۱۳۵.
۱۹. دارویی، عباسعلی (۱۳۸۸). پرداخت دین دیگری در نظام حقوقی ایران. *مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران*. ۳۹ (۴)، ۱۷۲-۱۵۷.
- Doi: 20.1001.1.25885618.1388.39.4.9.9
۲۰. داراب پور، مهرباب و انیسی، الهام (۱۳۹۷). تقدم کارآمدی اقتصادی بر سنت‌گرایی در اصلاحات جدید حقوق تعهدات فرانسه. *تحقیقات حقوقی*. ۲۱ (۸۳)، ۸۷-۱۱۱.
- Doi:10.22034/JLR.2018.113152
۲۱. شریف زاده، محمدجواد و همکاران (۱۳۸۹). «ضرورت مطالعات میان رشته‌ای و افق‌های نوین در مطالعات حقوق و اقتصاد در اسلام (قضیه کوز و هزینه‌های مبادله)». *مطالعات میان رشته‌ای در علوم انسانی*. ۲ (ش ۳)، ۲۹-۱.
- Doi: 10.7508/isih.2010.07.001
۲۲. شعاریان ستاری، ابراهیم و باحجب عظیمی، سئودا (۱۳۹۹). الزام متعهد به ایفای عین تعهد و اجرای آن از سوی شخص ثالث در حقوق ایران و فرانسه. *مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران*. ۱۱ (۲)، ۶۱۱-۵۹۱.
- Doi: 10.22059/JCL.2020.298369.633977
۲۳. شعاریان ستاری، ابراهیم و مولایی، یوسف (۱۳۹۰). مطالعه تطبیقی مبانی قاعده تقلیل

خسارت. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر* ۱. (۲)، ۱۵۵-۱۳۱.

۲۴. محمدزاده وادقانی، علیرضا؛ نسرین طباطبائی حصارى، نسرین؛ کاظمی، علی (۱۴۰۰). تحلیل اقتصادی دعوی استرداد در ورشکستگی. *مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران*. ۵۱ (۳)، ۵۸۶-۵۶۹.

Doi:10.22059/JLQ.2020.297954.1007342

۲۵. مؤمنی، فرشاد و رمضان زاده، گلروز (۱۳۹۳). نوآوری های نهادی کاهنده هزینه مبادله و توسعه اقتصادی: نگاهی به تجربه ایران. *پژوهشنامه اقتصادی*. ۱۴ (۳)، ۳۲-۱.

۲۶. نعیمی، مرتضی (۱۳۹۶). بیشینه سازی ثروت به مثابه معیاری برای ارزیابی قواعد حقوقی. *مطالعات حقوق خصوصی*. ۴۷ (۴)، ۷۴۲-۷۲۳.

Doi: 10.22059/JLQ.2017.216807.1006797

۲۷. وطنی، امیر (۱۳۸۱). بررسی فقهی اضطرار و ضرورت. مقالات و بررسی ها. ۷۱ (۰)، ۱۸۷-۲۰۷.

۲۸. یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۸). مفهوم و آثار مطالبه (Mise en demeure) در تعهدات: مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه. *مطالعات حقوقی*. ۱۱ (۳)، ۲۴۲-۲۰۷.

Doi: 10.22099/jls.2019.5493

ب) منابع فرانسه

29. Blanc Nathalie, Mathias Latina, Denis Mazeaud (2022). *Droit des obligations*. (3^e ed. LGDJ)

30. Clément, François (2016). *Réforme du Droit des Contrats Français*. ATER à L'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne IEJ Jean Domat, <https://iej.univ-paris1.fr>

31. Ayissi Manga Eugène Bertrand (1999). *L'exécution Forcée D'une Obligation de Faire*. Revue Juridique. <https://www.persee.fr>.

32. Charles-Edouard Lambert. Lambert (2021). *Le Remplacement Extrajudiciaire Enfin Reconnu par la Cour de Cassation*. R.D.C.-T.B.H <https://www.rdc-tbh.be>

33. Cayrol, Nicolas (2022). *Procédure civile*, Dalloz. <https://www.boutique-dalloz.fr/procedure-civile-cours-p.html>

34. GeorGe, Wiederkerlr (2019). *Code Civil Annote*, Papier Numerique, Dalloz.
35. Lambert, Grégory (2016). *La Mise en Demeure Dans les Sanctions de L'inexécution Contractuelle*, Université Catholique de Louvain. <http://hdl.handle.net>.
36. Malaurie, Philippe,; Laurent, Aynès; Philippe, Stoffel-Munck (2016). *Droit Des Obligations*, Paris: LGDJ
37. Philippe Lévy, Jean; André Castaldo (2010). *Droit Prive. Historié du Droit Civil*, Dalloz.
38. Wéry, Patrick, Irma Moreau-Margrève (1993). *L'exécution Forcée en Nature des Obligations Contractuelles non Pécuniaires. Une Relecture des Articles 1142 à 1144 du Code Civil*. Bruxelles: Kluwer. <https://lib.ugent.be>
39. Wéry, Patrick (2021). *Le Remplacement Extrajudiciaire du Débiteur Défaillant, Enfin Admis par la Cour de Cassation*. Revue Critique de Jurisprudence Belge. <http://hdl.handle.net/2078.1/254581>;
40. Wéry Patrick (2021). *Droit des Obligations–Théorie Générale du Contrat*. <https://www.larcier.com/fr/droit-des-obligations-volume-1-2021-9782807923720.html>
41. Wéry, Patrick (2021). *Droit des Obligations* (v1, 1e éd, 2016). <https://www.larcier.com/fr/droit-des-obligations>.
42. Wéry, Patrick (2011). *Droit des Obligations , Théorie Générale du Contrat*. Bruxelles Larcier



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 33

Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 227-253

The Relationship between Sharia and the Unwritten Constitution; with a Glance at the Opinions of the Guardian Council

Ayat Molai^{1✉} | Mohammadreza Mojtahedi² | Seyyed Hossein Malakouti Hashjin³ |
Maedeh Soleimani Dinani⁴

1. Assistant Professor, University of Tabriz, Iran

amulaee@tabrizu.ac.ir

2. Emeritus Professor, University of Tabriz, Iran

mojtehed2004@yahoo.com

3. Assistant Professor, University of Tabriz, Iran

malakooti@tabrizu.ac.ir

4. Ph.D. Candidate in Public Law, University of Tabriz, Iran

soleymani.m67@gmail.com

Abstract

In the Islamic legal system "sharia" as the main source of constitutional law goes beyond the written document and gives content to the norms of the constitution. The idea of an Islamic constitution is neither a mere adherence to the principles of the constitution nor a formalist adherence to its writings, but in fact the same adherence to the spirit of the constitution. In addition, "Ijtihad" and "Maslahah" as two dynamic elements of sharia to deduce sharia rules; Built to suit the needs of each era. In this regard, the study of the nature of the Sharia, which can prevail and influence the principles and concepts of the Constitution as a superior spirit and unwritten norm, compared to the written text of the Constitution; It is essential. The present study examines the position of Sharia in the Islamic legal order as a Hypertext value that has subjugated the identity and foundation of a nation, and also by emphasizing the dynamic elements of the Sharia and their impact on the vitality of this superior norm, tries to clarify the relationship between sharia and the unwritten constitution.

Keywords: Sharia, the spirit of the law, the unwritten constitution, Ijtihad, Maslahah.

Received: 2022/02/25 Received in revised form: 2022/12/26 Accepted: 2023/01/22 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.50086.3094

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



رابطه شرع و قانون اساسی نانوشته؛ با نگاهی به

نظریات شورای نگهبان

آیت مولایی^۱ | محمدرضا مجتهدی^۲ | سیدحسین ملکوتی هاشجین^۳ | مائده سلیمانی دینانی^۴

amulaee@tabrizu.ac.ir

mojtehed2004@yahoo.com

malakooti@tabrizu.ac.ir

soleymani.m67@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه تبریز، ایران

۲. استاد بازنشسته دانشگاه تبریز، ایران

۳. استادیار دانشگاه تبریز، ایران

۴. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تبریز، ایران

چکیده

در نظام حقوقی اسلامی، «شرع» در جایگاه منبع اصلی حقوق اساسی، فراتر از سند مکتوب قرار گرفته و به هنجارهای قانون اساسی محتوا می‌بخشد. ایده مشروطه اسلامی نه یک تبعیت صرف از اصول قانون اساسی و نه پابندی فرمالیستی به نوشته‌های آن، بلکه درحقیقت همان التزام به روح حاکم بر قانون اساسی است. علاوه بر این، «اجتهاد» و «مصلحت» به عنوان دو عنصر پویای شرع برای استنباط احکام شرعی متناسب با ضروریات هر عصر تعبیه شده است. در این راستا، بررسی ماهیت شرع که می‌تواند به مثابه روح برتر و هنجار نانوشته نسبت به متن نوشته قانون اساسی، بر اصول و مفاهیم قانون اساسی چیره گردد و آن را تحت تأثیر قرار دهد، ضروری است. نگارندگان پژوهش حاضر با بررسی جایگاه شرع در نظم حقوقی اسلامی به عنوان ارزشی فرامتنی که هویت و اساس یک ملت را تحت انقیاد خود درآورده و نیز با تأکید بر عناصر پویای شریعت و تأثیر آن بر سرزندگی این هنجار برتر، در روشنگری هرچه بیشتر شرع و قانون اساسی نانوشته می‌کوشند.

واژگان کلیدی: اجتهاد، روح قانون، شرع، قانون اساسی نانوشته، مصلحت.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۱/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.50086.3094

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

علی‌رغم تصویب و التزام به قانون اساسی به‌عنوان یکی از ویژگی‌های ضروری دولت مدرن و از دستاوردهای برجسته تمدن بشری که بر وظیفه دولت در پاسداری و حراست از نظم مبتنی بر قانون اساسی و ابتدای کلیه ارکان دولت بر قانون اساسی تأکید می‌نماید؛^۱ ایده تفوق شرع بر قانون، اجرای قانون اساسی در محدوده شریعت و ابتدای قانون اساسی بر اصول و احکام شرع، «شریعت» را در جایگاه یک نسخه غیرمدون و نانوشته^۲ از قانون اساسی در برخی از کشورهای اسلامی به‌ویژه در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران قرار می‌دهد. بنابراین هنجارهای اساسی خاصی که خواه در متن قانون اساسی نوشته شده‌اند و خواه به‌مثابه روحی نانوشته بر متن نوشته حاکم هستند و نمی‌توان از آنها تخطی کرد، زیربنای سند قانون اساسی را تشکیل داده است.

بنابراین، با توجه به اهمیت اجتهاد و ضرورت تفسیر و تصمیم‌گیری در چارچوب مصالح و مقتضیات زمانی و مکانی^۳ و با تأکید بر اینکه قانون شرع به‌عنوان یک منشور کلی برای یک ملت در حال رشد و یک جهان در حال تغییر همواره باید به طریقی تفسیر شود که ضمن پایداری اصول ثابت و غیرقابل تغییر، سرزندگی‌اش را در طول زمان حفظ کند. با در نظر گرفتن این امر که نهاد شورای نگهبان هم به‌عنوان مفسر^۴ و هم به‌عنوان پاسدار قانون اساسی از یک سو و پاسدار شرع از سوی دیگر^۵، در عملکرد خود مقید به سند نوشته نبوده و

۱. علی‌اکبر گرجی و محمدشهاب جلیلود، «بررسی معیار مشروطیت در دولت مدرن و جمهوری اسلامی ایران»، دولت‌پژوهی، ش ۱۶ (۱۳۹۷)، صص ۱۴۷-۱۵۰.

۲. در این نوشتار منظور از «قانون اساسی نوشته» مجموعه قواعد و اصولی است که به‌طور منظم و نظام‌مند مدون شده و در یک سند مشخص واحد تجسم یافته است و در مقابل، «قانون اساسی نانوشته» کلیه قواعدی را که در یک سند مکتوب واحد گرد هم نیامده و به صورت ساختاری مدون نشده، اما به‌طور مستقیم و یا غیرمستقیم بر توزیع یا اعمال حاکمیت قدرت در کشور تأثیر می‌گذارد و برای تاریخ، هویت، ارزش‌ها و نظام حقوقی یک ملت ضروری است دربر می‌گیرد. نک:

Ernest A. Young, "The Constitution Outside the Constitution", The Yale Law Journal, (2007), pp. 410-411.

Beverly McLachlin, "Unwritten Constitutional Principles: What Is Going On?", NZJPIL, Vol. 4, (2006), p. 149.

۳. سید علی میرموسوی، اسلام، سنت، دولت مدرن، (تهران: نشر نی، چ ۱، ۱۳۸۴)، ص ۱۴۱.

۴. موضوع اصل نود و هشتم قانون اساسی.

۵. موضوع اصل نود و یکم قانون اساسی.

در راستای پاسداری و نگرهبانی از شرع و تحقق ابتدای تمام قوانین و مقررات بر شرع^۶ ممکن است با برداشت و استنباطی که از شرع و احکام شرعی دارد در حوزه عمل و تفسیر به‌گونه‌ای اقدام نماید که نتوان به‌صراحت مبنایی برای آن در متن قانون اساسی یافت، در این شرایط، تلاش برای کشف ماهیت شرع و تأثیر آن در نظام حقوقی اسلامی ازجمله نظم حقوق اساسی ایران ضروری است.

نگارندگان این نوشتار با اتخاذ روش توصیفی-تحلیلی و رویکردی تطبیقی تلاش می‌کنند تا برای دستیابی به درک بهتر از نظام حقوق اساسی در حکومت اسلامی ایران، رابطه شرع را با قانون اساسی نانوخته روشن سازند. هدف از این پژوهش، پاسخ به این پرسش اساسی است که نسبت بین قانون اساسی نانوخته و پاسداری از شرع چیست و این دو مفهوم (قانون اساسی نانوخته و شرع) چگونه با یکدیگر پیوند می‌خورند؟

علی‌رغم اینکه مفهوم شرع و انواع و اقسام احکام شرعی تا به امروز به‌وفور از سوی پژوهشگران مورد بررسی قرار گرفته^۷، اما تاکنون در هیچ پژوهشی به‌طور ویژه به ایده نانوخته بودن شرع و نسبت آن با حقوق اساسی نانوخته پرداخته نشده است. در این راستا نوشتار حاضر به واکاوی ایده یادشده می‌پردازد.

۱. شرع و نظام حقوقی اسلامی

شرع عبارت است از اراده تشریعی خداوند که برای وصول انسان به کمال و سعادت دنیوی و اخروی در قالب اوامر و نواهی الزام‌آور بیان شده است. در برداشت غالب در اسلام، دین و حقوق درهم‌آمیخته و نخستین قانون‌گذار خداوند است که به‌واسطه قرآن و یا با زبان و کردار پیام‌آور خود، اوامر و نواهی را تشریع نموده است. به این ترتیب دو منبع اساسی شریعت، کتاب و سنت است.^۸

در یک نظام حقوقی اسلامی، شرع به‌عنوان منبع اصلی حقوق اساسی فراتر از سند مکتوب باعث اعطای موقعیت «قانون برتر» به سند قانون اساسی می‌شود تا وضعیت آن را

۶. موضوع اصل چهارم قانون اساسی.

۷. برای نمونه ر.ک. محسن ملک‌افزلی اردکانی، «حکم حکومتی در قانون اساسی و جایگاه آن در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، حکومت اسلامی، ش ۴ (۱۳۹۰)، ص ۶۰؛ عبدالحسین خسروپناه، «جایگاه مصلحت در حکومت ولایی»، مجموعه مقالات

امام خمینی و حکومت اسلامی، احکام حکومتی و مصلحت، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸)، ص ۲۵۰.

۸. صبحی محمضانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، (تهران: انتشارات فرانکلین، ۱۳۴۶)، ص ۲۱۹.

به عنوان قانون عالی و اساسی ملت به تثبیت رسانده، تضمین نماید. یعنی تا زمانی که اصول قانون اساسی و تفاسیر آن سازگار با شریعت باشند، قانون اساسی، قانون عالی محسوب می شود. اگر قانون به نوعی با قرآن و سنت ربط پیدا نکند هرگز نمی توان آن را اسلامی خواند.^{۱۰} به این ترتیب، مفهوم برتری شریعت^{۱۱}، به یک اعتبار، مشابه حاکمیت قانون^{۱۲} و حاکی از یک دولت مبتنی بر قانون اساسی است^{۱۳} که در چارچوب حکومت اسلامی قابل طرح و بحث است؛ هرچند که ممکن است از دیدگاه طرفداران حقوق مدرن، چنین همسانی مورد مخالفت قرار گیرد.

از این منظر، مشروطیت در حکومت اسلامی، نه به معنای متعارف آن، بلکه به مفهوم تقیید حکومت کنندگان در اجرا و اداره به مجموعه شرایطی است که در قرآن و سنت معین شده است.^{۱۴}

۲. عناصر پویای شرع

تغییرات اجتماعی همواره پیشرو دگرگونی قانون بوده است؛ چنان که دو مسیر را تعیین می کند: یکی تفسیری که منجر به پایان کارکرد اصل نوشته قانون می شود و دیگری، تفسیری که زنده و پویاست و به تداوم و حیات اصل کمک می کند.^{۱۵}

به این ترتیب، در پی آشکار شدن این حقیقت که وظیفه فقها نه تنها توسل به فهم و درک ظاهری از شرع در پی به بن بست رسیدن اجرای احکام شرعی است، بلکه اجتهاد و تلاش برای پی ریزی قواعدی برای استنباط احکام شرعی قابل اجرا در هر عصر می باشد. «شریعت» فرآورده اراده آگاهانه خداوند است که از سوی پیامبر (ص) و امامان (ع) تبیین شده است و تفکر و «اجتهاد» به عنوان عنصری پویا و فرآورده امت و زائیده شرایط متحول و متغیر اجتماعی، مد نظر قرار گرفت.^{۱۶} علاوه بر این، اداره زندگی دنیوی و برقراری نظم و

۹. وائل بن حلاق، تاریخ تئوری های حقوقی اسلامی، ترجمه محمد راسخ، (تهران: نشر نی، ۱۳۸۶)، ص ۳۶۳.

10. The Supremacy of Sharia.

11. Rule of Law.

12. Yusuf, al-Qaradawi, *Fiqh Daulah Menurut Perspektif Islam*, (Selangor: Percetakan Mihass Sdn Bhd, 2015), p. 30.

۱۳. وائل بن حلاق، پیشین، ص ۳۳۹.

14. Bruce A. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers*, (First Harvard University Press Paperback Edition, 2007), p. 272.

۱۵. سید علی میرموسوی، پیشین، ص ۱۰۷.

جلوگیری از هرج و مرج به عنوان غایت و کارکرد اصلی شریعت زمینه ساز ورود مصلحت در شریعت و سیالیت مفهوم آن در پرتو تحولات اجتماعی شد.^{۱۶}

در این راستا، در مقابل دیدگاهی سنتی که با انکار مقتضیات زمانی به عنوان متغیر یا مکمل شرع، هرگونه تلاش برای انطباق با مقتضیات عصر را بدعت، انحطاط و امحای دین می پنداشت^{۱۷}، گفتمان اصلاحی بر ضرورت انطباق احکام اسلام با ساختار و ویژگی های دولت مدرن تأکید ورزیده و عنصر زمان و مکان را امری تعیین کننده در اجتهاد تلقی نموده است.^{۱۸} گرایش اصلاحی ضمن اصالت دادن به شریعت، با تفکیک منصوصات شرعی از غیرمنصوصات و تأکید بر تقسیم قوانین اسلام به ثابت و متغیر^{۱۹}، بخش عمده ای از احکام زندگی سیاسی را فاقد حکم شرعی معین و تابع مقتضیات زمان و مصالح تلقی می نماید.^{۲۰}

۲.۱. اجتهاد

بررسی ها نشان می دهد که شریعت به عنوان یک نظام حقوقی، روندی طولانی در توسعه داشته است که در آن نمی توان جایگاه نهاد انسان را نادیده گرفت و یا کنار گذاشت. شریعت به مثابه یک کد قانونی نیست و هرگز به معنای دقیق تدوین نشده است. به عبارت دیگر، اگرچه در بسیاری از موضوعات، شریعت مجموعه ای از دستورهای الهی قابل تعیین عینی را تشکیل می دهد، این حقیقت وجود دارد که نظام حقوق اساسی الهی، محصول یک فرایند تفسیری کاملاً انسانی و پویا بوده است.^{۲۱}

تاریخ اندیشه اسلامی نشان می دهد که وساطت بشری در رشد و پیدایش شریعت نقش محوری داشته است. درحالی که قرآن و سنت مطابق اعتقاد مسلمین مراجع الهی هستند، معنا و تحقق آنها در حیات یومیه، همواره محصول تفسیر و عمل بشری در یک بافت

۱۶. سید علی میرموسوی، همان، ص ۳۷۰.

۱۷. شیخ فضل الله نوری، حرمت مشروطه، رسائل مشروطیت، به کوشش غلامحسین زرگری نژاد، (تهران: کویر، ۱۳۷۴)، ص ۱۷۵.

۱۸. ر.ک. روح الله خمینی، صحیفه نور، ج ۲۱، (تهران: سازمان مدارک علمی فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۹)، ص ۹۸.

۱۹. ر.ک. مرتضی مطهری، نظام و حقوق زن در اسلام، (قم: نشر صدرا، چ ۸، ۱۳۵۷)، ص ۹۷.

۲۰. برای مطالعه بیشتر در مورد اندیشه نائینی، نک: محمدحسین نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۹، ۱۳۷۸).

21. Khaled Abou El Fadl, "The Human Rights Commitment in Modern Islam", Published in Human Rights and Responsibilities, Edited by Joseph Runzo, Nancy M. Martin and Arvind Sharma, Oxford: One World Publications, (2002), pp. 122-123.

تاریخی خاص بوده است. آشکار است که درک و کاربرست شریعت در این حیات جز از طریق وساطت بشری وجود ندارد. هر دیدگاهی نسبت به شریعت که امروز در میان مسلمین رواج دارد، بالضروره محصول تفسیر بشری از قرآن و سنت نبوی است که مورد پذیرش نسل‌های بسیاری از مسلمین و عرف جوامع ایشان قرار گرفته است.^{۲۲} بر این اساس، جنبه‌های سیاسی شریعت، باوجود الهام‌پذیری از توصیه‌های موجود در متون دینی، محصول تلاش‌ها و تصمیم‌های انسانی است که شرایط اجتماعی- تاریخی هر عصر را منعکس می‌کند.^{۲۳} به بیان دیگر، تفاسیر سنتی و بدیل قرآن و سنت بالضروره محصول بافت تاریخی جوامع اسلامی آن دوره و مکان است. بنابراین با فرض تغییر اساسی بافت سیاسی، اجتماعی و اقتصادی جوامع اسلامی امروزی در مقایسه با آنچه که در زمان برداشت سنتی از شریعت توسعه می‌یافت، شیوه تفسیر برای اینکه منجر به تنظیمات مناسب شریعت شود باید واقعیات حاضر را منعکس سازد. برای نمونه، این کار می‌تواند از طریق بررسی مجدد علت وضع برخی از آیات قرآن و متون سنت به‌عنوان اصول شریعت، و عدم اعتنا به سایر موارد به دلیل اینکه در بافت جوامع اسلامی اولیه قابلیت اجرایی نداشتند، انجام شود. هنگامی که تصدیق شود که این گزینش‌ها از سوی افراد بشر و نه از طریق فرمان مستقیم الهی انجام شده است، در آن صورت این مسئله که امروز کدام متن باید اجرا شود و کدام یک در بافت حاضر باید مورد تأکید قرار گیرد می‌تواند مورد بازنگری واقع شود.^{۲۴}

طبق رویکرد «قانون اساسی زنده»^{۲۵}، نبوغ بنیان‌گذاران این نیست که همواره برای چالش‌های پیش روی جامعه ما پاسخی قطعی ارائه دهند، بلکه این است که آن‌ها به‌درستی پیش‌بینی کنند که یک قانون اساسی نوشته که برای تفسیر و انطباق با نسل‌های بعدی باز است، مشروعیت خود را حتی در زمانی که ملت تحولات عمیق اجتماعی، اقتصادی و سیاسی را تجربه می‌کند، تحمل و حفظ کند.^{۲۶} شریعت اسلام با اینکه در کلیت خود از

22. Abdullahi Ahmed AnNaim, "Islam and the Secular State Negotiating the Future of Sharia", Harvard University Press, (2008), p. 20.

23. Asifa Quraishi, "Interpreting the QUR'AN and the Constitution: Similarities in the Use of Text, Tradition, and Reason in Islamic and American Jurisprudence", Cardozo Law Review, (2006), p. 45.

24. Abdullahi Ahmed AnNaim, *op.cit.*, pp. 123-124.

25. The Living Constitution.

26. Benjamin Nelson, *The Depiction of Unwritten Law*, (Waterloo, Ontario, Canada, 2016), p. 4.

طریق راهنمایی‌هایی درباره روح قانون و تأکید بر اصولی فراقانونی همچون عدالت، آزادی، کرامت و انصاف که به‌عنوان مسلمات حقوقی نیازی به اثبات ندارند^{۲۷}، ولی یک مفسر می‌تواند برای تصمیم‌گیری در یک مورد جدید به‌خصوص در مواردی که حکم متنی خاصی موجود نیست به آنها تکیه کند^{۲۸} و با بازگذاشتن زمینه اجتهاد و تفسیر، ضمن انطباق با مقتضیات هر نسل و هر عصر، اقتدار و سرزندگی اصول شریعت را حفظ نماید.

۲.۲. مصلحت

همانند ایده ترویج و حفظ کرامت انسانی به‌عنوان هدف نهایی قانون و نقطه تفسیر قانون اساسی، مصلحت به‌عنوان هدف اصلی قانون شریعت در نظر گرفته شده و ضرورت مطابقت احکام شرع با آن تأکید گردیده است^{۲۹}.

بنابر دیدگاهی، کرامت انسانی یک نیروی راهنما برای تفسیر قانون اساسی در تطبیق با جامعه در حال تغییر ارائه می‌دهد. به این ترتیب، نبوغ قانون اساسی نه به معنای ثابتی در دنیایی که مرده و گذشته، بلکه در سازگاری اصول بنیادین آن برای رویارویی با مشکلات و نیازهای کنونی است^{۳۰}. این ایده که مصالحی ممکن است به‌صراحت از منبع متنی الهی قابل برداشت نباشد، لیکن به‌طور غیرمستقیم از طریق اهداف آن ایجاد شده باشد، تا حدودی مشابه دفاعی است که طرف‌داران «قانون اساسی زنده» مطرح می‌کنند. از این نظرگاه حقوق و ارزش‌هایی وجود دارند که از طریق متن قانون اساسی به‌عنوان یک کل حمایت می‌شوند، حتی اگر یک بند خاص متنی از آن پشتیبانی نکند؛ حقوقی که مبتنی بر هیچ‌گونه درک تاریخی نبوده و به‌طور مستقیم به هیچ منبع متنی متصل نیست، اما به نفع

۲۷. حسین آقایی جنت‌مکان، «ماهیت و جایگاه اصول کلی حقوقی و کاربست آن‌ها در حقوق کیفری ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۸ (۱۴۰۱)، ص ۲۷.

28. Anver M. Emon, "Natural Law and Natural Rights in Islamic Law", Journal of Law and Religion, Vol. 20, No. 2, (2004), p. 352.

۲۹. عنصر مصلحت و خیر عمومی به‌عنوان هدف نهایی قانون و ضرورت مطابقت احکام شرع با مصلحت، نخستین بار از سوی غزالی مطرح شد و سپس شاطبی و دیگران با پیروی از او آن را شرح و بسط دادند. تا جایی که نجم‌الدین طوفی بر تقدم مصلحت اجتماع در مواردی که حکم شرع یا مصالح جامعه منافات دارد نظر داد. ر.ک. محمدعلی موجد، «نجم‌الدین طوفی و نظر تهوآمیز او در مورد نص شرعی و مصلحت اجتماعی»، کانون وکلا، ش ۱۱۶-۱۱۷ (۱۳۵۰)، ص ۵۳-۵۷. برای دیدن نظرات ریسونی و باروت در مورد رابطه دوسویه نص و مصلحت نک: محمد باوی، «چالش شریعت و مصلحت در اندیشه معاصر عرب»، قم: چاپ الکترونیکی مقاله در مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان (۱۳۸۷).

30. William J. Brennan, The constitution of the United States: Contemporary Ratification, (Levinson & Mailloux, 1985), pp. 18-20.

خواسته‌های بشر و در هماهنگی با زمان، قدرت هنجاری یافته‌اند، زیرا از طریق روح قانون اساسی محافظت می‌شوند. برای مثال، مذهب مالکی هرگز تحقیقات فقهی خود را به متون منابع تصدیق شده محدود نکرده است. پیروان این مذهب بر این باورند که آنچه به‌صراحت در سابقه متنی قانون خدا وجود ندارد می‌توان از دیگر منابع مشروع مانند عمل و رویه جامعه مدنی و به تبع آن، از تعینات خیر عمومی با الهام از متن و جامعه استنباط کرد^{۳۱}.

۳. نسبت شرع با حقوق طبیعی

اعتقاد بنیان‌گذاران به حقوق طبیعی تاجایی که قانون اساسی مکتوب را مکمل حقوق طبیعی - و نه جایگزینی برای آن - تلقی می‌نمودند، تأثیر بسزایی در تصمیمات دیوان عالی امریکا طی سه دهه اول پس از تصویب قانون اساسی داشت. اکثر قضات به‌خصوص در زمینه حفظ حقوق و آزادی‌های فردی با استناد صریح به حقوق طبیعی و اصول مرتبط، برخی از مصوبات قانونی را فاقد اعتبار دانستند^{۳۲}. هرچند بعدها ایده قانون اساسی به‌عنوان قانون موضوعه یعنی قانونی که بشر آن را تصویب می‌کند، رشد و توسعه یافت و اتکا به اصول حقوق طبیعی به‌تدریج جای خود را به دیدگاه قانون اساسی مکتوب به‌عنوان منبع اصلی حقوق اساسی داد، اما از آن رو که ساختار و نظریه قانون اساسی مکتوب، مظهر اعتقاد بنیان‌گذاران به حقوق طبیعی است و توافق مفسران مدرن بر پایه‌گذاری قانون اساسی مکتوب بر مبنای حقوق طبیعی و ایجاد یک قانون اساسی مطابق با الزامات آن می‌باشد، همواره این بحث زنده در میان پژوهشگران حقوقی وجود داشته است که قانون اساسی از حقوق طبیعی به‌گونه‌ای استفاده می‌کند که آن را به‌عنوان منبعی از حقوق اساسی قابل اجرا و هرچند نانوشته، حفظ نموده است^{۳۳}. بنابراین، همان‌گونه که معتقدان به حقوق طبیعی، حقوق موضوعه را تنها در صورتی مشروع و الزام‌آور می‌دانند که با مفاهیم عدالت طبیعی

31. See: Ihsan Abdul-Wajid, Bagby, "Utility in Classical Islamic Law: The Concept of 'Maslahah' in Usul Al-Fiqh", (1986), pp. 16-17.

۳۲. برای مطالعه بیشتر در مورد جایگاه الزامات حقوق طبیعی به‌عنوان منبع اولیه حقوق اساسی در سنت مشروطه‌خواهی (مبنای حقوق طبیعی قانون اساسی تا دهه ۱۷۸۰) نک:

Suzanna Sherry, "The Founders' Unwritten Constitution", The University of Chicago, Vol. 54, (1978), pp. 1130-1176.

33. Robert P. George, "Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review", Fordham L. Rev, Vol. 69, (2001), p. 2270.

مطابقت داشته باشد و حقوق طبیعی افراد مشمول آن را رعایت کند، نظام حقوقی اسلامی و اندیشه مشروطه‌خواهی در دولت‌های مسلمان نیز مبتنی بر مبانی متعالی شرع و تضمین اجرای شریعت الهی است. قوانین اساسی اسلامی، هنجارهای شرعی را «منبع اصلی» قانون‌گذاری قرار داده، همواره تطبیق قوانین با موازین شرع را ایجاب می‌کنند.^{۳۴}

بنابراین با اتخاذ رویکردی کارکردگرایانه می‌توان استدلال نمود، همان‌طور که حقوق طبیعی در ابتدا یک منبع اصلی برای قانون نوشته به‌شمار می‌رفت و بعدها نیز جایگاه خود را به‌عنوان منبعی نانوشته حفظ نمود، شریعت در نظام‌های حقوقی اسلامی منبع اصلی قانون اساسی نوشته تلقی شده، با وجود سند نوشته همواره به‌عنوان یک منبع نانوشته اساسی تأثیرگذار است.^{۳۵}

بنابر استدلالی، نظریه حقوق اساسی نانوشته در راستای اثبات برتری حقوق طبیعی، عقل صحیح یا اصول جهانی اخلاق سیاسی و حقوق بشر بر قانون‌گذاری مطرح شده است.^{۳۶} لذا به‌نظر می‌رسد شناسایی اصول نانوشته قانون اساسی، مانند مفاهیم عدالت، وجود نوعی نظم طبیعی را پیش‌فرض می‌گیرد. هرچند برخلاف آن، به‌جای تکیه بر الهیات به‌عنوان منبع اصول نانوشته‌ای که فراتر از اعمال قدرت دولتی است، این اصول برگرفته از تاریخ، ارزش‌ها و فرهنگ ملت است که در چارچوب قانون اساسی به آن نگریسته می‌شود.^{۳۷}

۴. شرع؛ نظامی اساسی و نانوشته

با اینکه شریعت اسلام در حوزه خود، جامع و فراگیر است، اما بر اساس یک اجماع کلی، تا آنجا که به دولت و قانون اساسی مربوط می‌شود، اصول و ویژگی‌های دولت، حکومت و قانون اساسی در شریعت، بدون ورود به جزئیات خاصی وضع شده است. هیچ طرح غیرقابل انعطافی وجود ندارد که بنای دولت را بتوان در همه زمان‌ها و مکان‌ها بر روی آن بنا کرد. اگرچه اصول و هنجارهای راهنمایی وجود دارند که لازم است دنبال شوند، در حوزه سیاست

34. See: Clark B. Lombardi, "Constitutional Provisions Making Sharia "A" Or "THE" Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?", AM. U. INT'L L. REV. (2013).

۳۵. قابل ذکر است که چنین استدلالی از منظر مکتب کارکردگرایی (Functionalism)؛ یعنی نقش، عمل، اثر و کارکردی که یک پدیده در جامعه از خود به‌جای می‌گذارد، قابل طرح و دفاع است.

36. Mark D. Walters, "The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex non Scripta as Fundamental Law" 51 UTLJ 91, (2001), p. 136.

37. Beverley McLachlin, *op. cit.*, p. 149.

و کشورداری هیچ چیزی به عنوان «شکل قطعی دولت» در زبان سیاسی مدرن وجود ندارد. بنابراین، آنچه که در دسترس است تنها یک چارچوب کلی در این موضوع است که امکان توسعه احتمالی اشکال مناسب دولت و الگوهای دولت مورد نیاز را به منظور تناسب با همه جوامع و موقعیت‌ها و همه انسان‌ها فراهم کند. قطعاً اصولی وجود دارند که اساسی، غیرقابل تغییر، ابدی و الزام‌آور هستند؛ این اصول جوهر یک دولت اسلامی است که آن را از یک دولت غیراسلامی متمایز می‌کند. درحالی که این اصول دائمی هستند، شکل حکومت، دولت، قانون اساسی و جزئیات خاص حکومت اسلامی انعطاف‌پذیرند و ممکن است تغییر و سازگاری با نیازها و شرایط مختلف را ممکن و میسر سازند.^{۳۸}

در همین خصوص، محمد اسد، پس از بررسی عینی احکام سیاسی قرآن و سنت، به این نتیجه رسیده است که قرآن و سنت هیچ شکل خاصی از دولت را تعیین نمی‌کنند؛ یعنی شریعت هیچ الگوی مشخصی را که دولت اسلامی باید با آن موافقت کند، تجویز نمی‌کند و جزئیات نظریه قانون اساسی را شرح نمی‌دهد.^{۳۹} اصول سیاسی در متن قرآن و سنت، یک طرح سیاسی کلی ارائه می‌دهد که قادر به تحقق در همه زمان‌ها و تحت همه شرایط زندگی بشر است. اعمال و نهادهای ثابت و دقیق نمی‌تواند در مورد این گرایش طبیعی به سوی تغییر، عدالت را رعایت کند. لذا شریعت حوزه وسیعی از عمل قانون اساسی، رویه‌های دولتی و قانون‌گذاری را به اجتهاد زمان موردنظر واگذار می‌کند.^{۴۰} از نظر او یک دیدگاه فرمالیستی درباره ماهیت و روش‌های اداره دولت اسلامی، باید با یک «روح خلاق» در تحقق اهداف شریعت در امور دولتی و حکومتی همسو شود.^{۴۱}

بنابر استدلالی، هیچ مدل یا نمونه اولیه‌ای برای یک دولت اسلامی وجود ندارد و چیزی

38. Samat Musa Abdul, "Constitutional Law: An Overview of the Islamic Approach and Its Contemporary Relevance", Faculty of Shariah and Law, University Sains Islam Malaysia (USIM), Malaysia. Education and Humanities Research, Vol. 192, (2018), pp. 29-30.

۳۹. مدعای چنین استدلالی این است که با وجود تأکید بر برتری قرآن و سنت در کشورهای اسلامی، مانند ایران و پاکستان یا عربستان سعودی، قانون اساسی و شکل حکومت در این کشورها تفاوت‌های زیادی با هم دارند. پس اینکه آیا یک ملت مسلمان دموکراسی را بر نوع دیگری از دولت ترجیح می‌دهد یا خیر، یک تصمیم سیاسی و فرهنگی است. نک:

Ali Khan, "The Quran and the Constitution", Tulane Law Review, Vol. 85, (2010), pp. 187-188.

40. See: Muhammad Asad, The Principles of State and Government in Islam, (Gibraltar: Dar al-Andalus Limited. New Edition, 2011), pp. 3-22.

41. Ibid, pp. 98-99.

که در دسترس است مجموعه‌ای از اصول اساسی است که ممکن است به اشکال مختلف و به روش‌های متفاوت به صورت داخلی سازماندهی شود؛ به شرطی که با اصول اصلی مطابقت داشته باشد.^{۴۲} در این راستا گفته شده است منبع اولیه تمام اندیشه‌های اسلامی یعنی قرآن، به‌طور آشکار در مورد ساختارهای یک دولت اسلامی یا به‌طور کلی درباره حکومت، غیردقیق و نامدون است. به همین ترتیب، احادیث یا روایات جمع‌آوری‌شده از پیامبر اسلام نیز اندکی راهنمایی در مورد سیاست ارائه می‌کند.^{۴۳}

بنابراین، علی‌رغم اینکه «قرآن» و «سنت» نقطه شروع متنی اساسی در هر امری است، اما به جز موارد معدودی، مبنای دقیق و آشکاری برای تصمیمات حقوقی خاص فراهم نمی‌سازد؛ به‌خصوص اینکه سنت در راستای کاربرد عملی قرآن، تا مدت‌ها پس از رحلت پیامبر یک دانش شفاهی و سینه به سینه باقی ماند. لذا، به‌جای مجموعه‌ای از قوانین دقیق و مدون که امروزه به‌طور گسترده‌ای به‌عنوان ویژگی اصلی قانون نوشته مورد توجه قرار می‌گیرد، «شریعت» در اصل، بیشتر شبیه یک بحث زنده در مورد کشف ایده‌های به‌صلاح جامعه است که از راه عقل و اجتهاد نقش‌آفرینی می‌کند.^{۴۴}

با اینکه شریعت یک سیستم هنجاری کاملاً متمایز از حقوق عرفی است و برخلاف حقوق عرفی که تا حد زیادی مبتنی بر ساخته انسان و نانوشته است، شریعت دارای منشأ الهی بوده، تا حد زیادی در قرآن و دیگر منابع اسلامی ترسیم شده است، ولی هیچ مرز سرزمینی ندارد و با کاربرد جهانی به‌عنوان یکی از ویژگی‌های خود، از مرزهای ملی، قومی، نژادی و زبانی فراتر می‌رود.^{۴۵} اما در گفتمان حقوق اساسی، هرگز نمی‌توان ادعا کرد که شریعت و قوانین الهی تماماً نوشته‌شده و مکتوب‌اند، زیرا با توجه به جایگاه عرف^{۴۶} و

42. See: Mohammad Hashim Kamali, "Constitutionalism and Democracy: An Islamic Perspective", Paper Presented at the International Conference on Religion, Law and Governance in Southeast Asia', Kuala Lumpur: International Institute of Advanced Islamic Studies, (2010), p. 20.

43. Ikenga K. E. Oraegbunam, "Islamic Criminal Law and Constitutionalism in Nigeria: Any Lessons from Turkey?", *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol. 33, (2015), p. 45.

44. See: Catherine Lloyd, "English Common Law and Islamic Sharia: Principled Agreement in the Path Towards Democracy", (2008), p. 37.

45. See: Jamiu Muhammad Busari, "Sharia as Customary Law? An Analytical Assessment from the Nigerian Constitution and Judicial Precedents", *Ahkam*, No. 1 (2021), p. 40.

۴۶. شناسایی عرف متغیر در شرع حاکی از انعطاف قانون شرع در رفع ضرورت‌ها و و انطباق با تفاوت‌های فرهنگی و اجتماعی است. اگر شرع این عناصر تغییر پذیر را نادیده بگیرد، تکالیف شرعی تکلیفی فوق طاعت یا مالایطاق خواهد شد که به‌هیچ‌عنوان در

مصلحت عمومی در حوزه شریعت و ضرورت تصمیم‌گیری در چارچوب مصالح و مقتضیات زمانی و مکانی، همواره بخشی از احکام شرع، نانوشته و در تطابق و تناسب با ضروریات هر عصر تجلی می‌یابند. به عبارت بهتر، زمانی که آرمان الهی در مرحله اجرا در معرض تفاسیر دنیوی قرار می‌گیرد، اختلاف عقیده در میان فقها و پلورالیسم تفسیری به مثابه ابزار مهمی برای ایجاد تحول حقوقی نقش‌آفرینی می‌کند.^{۴۷}

مودودی معتقد است «آنچه ما به عنوان قانون اساسی اسلامی می‌نامیم، در واقع یک قانون اساسی نانوشته است؛ اصولی که به صورت کلی در برخی از منابع مشخص آمده است و از آنجاست که ما باید یک قانون اساسی مکتوب مطابق با نیازهای امروزی ایجاد کنیم».^{۴۸} از نظر وی، قانون اساسی اسلامی از مفاد قرآن، سنت، رویه، سوابق و احکام فقیهان برگرفته شده است.^{۴۹}

به نظر می‌رسد که اصطلاح «نانوشته» در اظهارات وی دقیقاً همان معنایی را دارد که در انگلستان به عنوان قانون اساسی نانوشته توصیف شده است.^{۵۰} در نتیجه قطعاً به این معنی نیست که قوانین حاکم در هیچ جایی نوشته نشده‌اند، بلکه به این مفهوم است که آن‌ها در منابع مختلفی پراکنده شده‌اند که برخی از آن‌ها نوشته و برخی نانوشته‌اند؛ اما به شکل یک سند واحد، مشخص و متمایز که بیان‌کننده قواعد و اصول موجد نظم حقوقی است، در نیامده‌اند.

بنابراین، احکام شریعت از نظر فقهی کاملاً مسلم‌اند و تا آنجا که به زندگی اجتماعی ارتباط پیدا می‌کند، بخش ثابت حقوق اساسی را تشکیل می‌دهند؛ چه در قانون اساسی به آن‌ها تصریح شده و چه نشده باشد. از این رو، نظام اسلامی مبتنی بر قواعد، اصول و احکام پیش از قانون اساسی است که اعتبار و مشروعیت قانون اساسی برگرفته از این اصول و

شرع پذیرفتنی نیست. برای مطالعه بیشتر در مورد کارکرد عرف در احکام شرع و انواع آن، نک: وائل بن حلاق، *تاریخ تنوری‌های حقوقی/اسلامی*، ترجمه محمد راسخ، (تهران: نشر نی، ۱۳۸۶)؛ ابوالفضل علی‌شاهی، *مفهوم و حجیت در مذاق شریعت در فرایند*

استنباط احکام فقهی، (قم: بوستان کتاب، مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۹۰)، صص ۷۳-۷۵.

47. See: Birgit Krawietz, & Helmut Reifeld, "Islam and the Rule of Law, Between Sharia and Secularization", (2008), p. 122.

48. Abul A'la Maududi, *Islamic Law and Constitution*. Lahore, (Islamic Publications, 1960), p. 16.

49. See: *Ibid*, pp. 3-5.

50. Jane Pek, "Things Better Left Unwritten? Constitutional Text and the Rule of Law", Vol. 83, (2008), p. 1983.

مبتنی بر آن است.^{۵۱} به بیان دیگر، همان‌طور که عدالت در روشن‌ترین و ملموس‌ترین شکل خود با الزامات قانون الهی عملیاتی شده، به‌عنوان قانون اساسی پیشینی و ضمنی^{۵۲} در بنیان قوانین انسانی تلقی می‌شود،^{۵۳} شریعت نیز مجموعه حقایقی است که از متن نوشته فراتر می‌رود و به‌عنوان قانون اساسی اولیه و مبنای قوانین موضوعه عمل می‌کند؛ هرچند که خود به صورت یک سند مشخص مدون نشده و در جایگاه قانون اساسی مکتوب به‌طور رسمی ابلاغ و اعلام نشده است.^{۵۴} درواقع آنچه نوشته شده است به‌عنوان تضمینی خارجی برای اجرای روح نانوشته عمل می‌کند. شریعت، هویت مشروطه یا همان روح حاکم بر قانون اساسی ما است که اصول قانون اساسی اقتدار خود را از این منبع عالی فرامتنی می‌گیرد. به‌طور کلی، وقتی «قانون اساسی» را به‌عنوان چارچوب هنجاری برای حکمرانی، و «اصول نانوشته» را برای اشاره به هنجارهایی که برای تاریخ، هویت، ارزش‌ها و نظام حقوقی یک ملت ضروری است، تعبیر کنیم،^{۵۵} ایده نانوشته بودن ماهیت شرع، نه به مفهومی بی‌سابقه و نوظهور، بلکه به‌عنوان تجسم جدیدی از تفکر حقوقی که سابقاً تثبیت شده است، تجلی پیدا می‌کند. به این ترتیب، نانوشته بودن شرع، نه تنها مستلزم پرکردن شکاف‌های موجود در عبارات قانون اساسی از سوی آموزه‌های شریعت، بلکه حکایت از پایه‌ریزی مقررات مکتوب قانون اساسی از طریق اصول و هنجارهای اساسی شرع دارد. این اصول پیش‌فرض‌هایی حیاتی هستند که متن براساس آنها استوار است. آنها ارزش‌های بنیادین قانون اساسی هستند که از دیرباز قابلیت اجرای مستقل دارند؛^{۵۶} درحقیقت هنجارهایی هستند که برای تاریخ، هویت، ارزش‌ها و نظام حقوقی یک ملت مسلمان ضروری است. متن، تنها تلاشی برای نشان دادن قانون اساسی و نمایی رسمی از ارزش‌هایی است که در حال حاضر وجود دارند و در یک جامعه خاص پذیرفته شده‌اند. یک

۵۱. سید ابراهیم حسینی، شریعت و تقنین در کشورهای اسلامی، (مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۶)، ص ۲۴۱. به نقل از شهید صدر، رساله‌نگاهی مقدماتی به قانون اساسی جمهوری اسلامی، ۱۳ ربیع‌الاول ۱۳۹۹.

52. Implicit Constitution.

53. Benjamin, Nelson, *op. cit.*, p. 36.

54. See: Judith Pryor, "Unwritten constitutions?", *European Journal of English Studies*, 11:1, (2007), pp. 79-92.

55. See: Beverley, McLachlin, *op. cit.*, p. 149.

56. See: Roy Millen, "The independence of the bar: An Unwritten Constitutional Principle", *La Revue Du Barreau Canadien*, Vol. 84, (2005), pp. 120-121.

قانون اساسی که علیه وجدان جامعه وضع شده باشد، ذاتاً ناپایدار است. قانون شریعت همانند یک قانون نانوشته از یک سو، ارتباط تنگاتنگی با زندگی و اندیشه مردم دارد^{۵۷} و از سوی دیگر با رشد جامعه گسترش می‌یابد و نشان‌دهنده ماندگاری و پیشرفت توأمان ملت است^{۵۸}؛ در نتیجه هردو ویژگی پایداری و انعطاف‌پذیری را یکجا دارا است. همان‌طور که اغلب در بحث وفاداری به قانون اساسی، به رویکرد قانون اساسی زنده استدلال می‌شود، نیاز به ثبات در تفسیر برای تحقق وفاداری زمانی لازم است که موضوع تفسیر یکی از دستورهای صریح و دقیق قانون اساسی باشد و لذا گاهی تفسیر در پاسخ به شرایط تغییر یافته می‌تواند وفاداری به قانون اساسی تلقی شود. قانون شرع نیز به‌عنوان یک منشور کلی برای یک ملت در حال رشد و یک جهان در حال تغییر در نظر گرفته شده و تفسیر کلمات و اعمال اصول آن به روشی بوده است که ضمن پایداری اصول ثابت، غیر قابل تغییر و منصوص شرعی، سرزندگی آن را در طول زمان حفظ کند^{۵۹}. برای مثال نظریه‌های منشأگرا که مقتضی تفسیر کلمات متن در زمینه‌های اجتماعی در زمان ایجاد قانون اساسی هستند، در مورد قرآن صدق نمی‌کنند^{۶۰}. در نتیجه، مشابه رویکرد قانون اساسی زنده، تفاسیر، کاربردها و درک ما از قانون ممکن است تغییر کند، اما خود قانون تغییرناپذیر است^{۶۱}.

^{۵۷} برای مثال، با اینکه در قانون اساسی اندونزی نامی از اسلام برده نشده است، اما نقش مهمی در زندگی اجتماعی و سیاسی این کشور دارد. از زمان تأسیس نخستین پادشاهی اسلامی در اندونزی در اواخر قرن سیزدهم، اسلام به یکی از منابع شکل‌گیری ارزش‌ها، هنجارها و رفتار مردم تبدیل شده است. از این رو، اسلام به یک اصل اساسی تبدیل می‌شود که حتی علی‌رغم فقدان ماهیت رسمی در سند قانون اساسی، در واقع تأثیر مایه‌ای بر حقوق اساسی دارد.

^{۵۸} شرایط اجتماعی مؤمنان در قرن هفتم، یعنی زمانی که قرآن نازل شد، وجه مشترک کمی با شرایط اجتماعی مؤمنان در قرن بیست و یکم دارد و متنی که به شرایط در حال تحول بشر پاسخ ندهد جهانی نیست، بلکه تاریخی است. قرآن برای همه دنیا و برای همه زمان‌ها عرضه شده است. به این ترتیب، مؤمنان به‌طور مداوم در جستجوی معنا در قرآن و پاسخ به سوالات خود هستند. تفاسیر گذشته مفید هستند، اما نمی‌توانند نسل‌های بعدی مؤمنان را محدود کنند. نک:

Ali Khan, "The Quran and the Constitution", *Tulane Law Review*, Vol. 85, pp. 178-179.

^{۵۹} حوزه متغیرات (منطقه الفراغ یا حوزه ترخیص) که در نصوص دینی نیامده و تصمیم‌گیری درباره آنها برعهده عقل بشری نهاده شده، این امکان را فراهم ساخته است تا قواعد شرع متناسب با شرایط اجتماعی در حال تحول و به‌گونه‌ای تفسیر و استنباط شوند تا قابلیت اجرایی خود را حفظ نمایند.

^{۶۰} ضمن اینکه پیام اصلی و اصول بنیادین قرآن همواره دست‌نخورده باقی مانده است. به دلیل جهان‌شمولی خود از زمان آغاز اسلام، منبع راهنمای حقوقی فرهنگ‌ها، جوامع و تمدن‌های گوناگون بوده است. لذا هر نسل از مسلمانان و هر جامعه زبانی برای درک معنای قرآن که به بهترین شکل با واقعیت‌های اجتماعی و فرهنگی آن سازگار است، آزاد است. نک:

Ali Khan, "The Quran and the Constitution", *Tulane Law Review*, Vol. 85, (2010), pp. 181-182.

^{۶۱} See: William C. Morey, "The Genesis of a Written Constitution", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 1, (1891), pp. 529-557.

۵. کارکرد شرع به مثابه قانون اساسی نانوشته در عملکرد شورای نگهبان

در جمهوری اسلامی ایران به دنبال اندیشه تفوق شرع بر قانون، ضرورت استخراج قوانین از احکام شریعت و نیز تطبیق قوانین موضوعه با شریعت مورد تأکید قرار گرفته است. به این ترتیب، هنجارهای شریعت به عنوان منبع غالب قانون گذاری، روح حاکم بر قانون اساسی و استثنایی بر برتری آن به رسمیت شناخته شدند.^{۶۲} شواهد و جلوه های مختلفی از اسلام محوری در سرتاسر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^{۶۳}، بیانگر آن است که روح حاکم بر قانون اساسی و اراده قانون گذاران اساسی، حاکی از لزوم اجرای احکام و موازین اسلامی در تمام عرصه های سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی است.^{۶۴} بنابراین ایده مشروطه خواهی در ایران یک تبعیت صرف از اصول قانون اساسی و پایبندی فرمالیستی به نوشته های آن نیست. مشروطه گرایی اسلامی فراتر از سند نوشته و درحقیقت همان پایبندی به روح حاکم بر قانون اساسی است. طبق دیدگاه اسلامی، شرع هنجاری الهی است که به دیگر هنجارها اعتبار می بخشد. بدیهی است که در چنین نظامی قوانین و مقررات حاکم باید «راهگشای تحکیم پایه های حکومت اسلامی و ارائه دهنده طرح نوین نظام حکومتی» باشد و مسلم است که منبع اتخاذ آنها نمی تواند خارج از چارچوب مقرر در شریعت اسلام و یا مغایر با آن باشد.^{۶۵}

در نتیجه، برتری شرع بر قانون اساسی مستلزم اجرای قانون اساسی در محدوده شرع است. بر این اساس، در سیستم حقوقی ایران در پی تضمین برتری قانون اساسی به عنوان سند سیاسی و میثاق اجتماعی، شورای نگهبان از یک سو پاسداری از اصول قانون اساسی از طریق نظارت بر قوانین و مقررات و احراز عدم مغایرت آنها با قانون اساسی را عهده دار شده

۶۲. سید علی میرموسوی، پیشین، صص ۳۶۹-۳۷۱.

۶۳. اسلامیت نظام؛ اصل یکم، ابتدای نظام بر پایه های ایمانی شامل اصول دین و مذهب؛ اصل دوم، عدم مغایرت قوانین و مقررات با شرع مقدس اسلام؛ اصل چهارم، اصل ولایت مطلقه فقیه در زمان غیبت امام زمان (عج)؛ اصل پنجم و پنجاه و هفتم، نهادینه سازی نهادهای دینی، مثل شورا؛ اصل هفتم، امر به معروف و نهی از منکر؛ اصل هشتم، اشتراط برخورداری از بسیاری از حقوق بشری و شهروندی با رعایت احکام و موازین اسلام؛ فصل سوم قانون اساسی از اصل نوزدهم تا چهارم.

۶۴. محسن ملک افضلی اردکانی، پیشین، ص ۶۰.

۶۵. هدی غفاری، «نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش حقوق، ش ۳۶ (۱۳۹۱)، ص ۱۱۳.

است^{۶۶} و از سوی دیگر برای مراقبت از اصول و ارزش‌هایی که پایه و روح قانون اساسی را شکل داده‌اند باید پاسدار شرع و مسئول احراز عدم مغایرت قوانین و مقررات کشور با احکام و موازین شرعی باشد. بنابراین از یک طرف، پاسدار قانون اساسی بوده، اراده خود را محاط در اراده مقنن اساسی می‌داند و از طرف دیگر به استناد قانون اساسی پاسدار شرع است^{۶۷} و لذا در عملکرد خود محدود به سند نوشته نبوده، در راستای پاسداری و نگهداری از شرع و تحقق ابتدای تمام قوانین و مقررات بر آن^{۶۸}، لایه‌هایی از قانون اساسی را ارائه می‌دهد که به صراحت در متن قانون نوشته یافت نمی‌شود؛ برای نمونه می‌توان به معیار قرار دادن احکام و فتاوی ولی فقیه به عنوان حکم شرعی و میزان سنجش اسلامی بودن قوانین و مقررات مجلس اشاره نمود. در این راستا، علی‌رغم نظر تفسیری شورا^{۶۹} و با اینکه اصل نود و ششم قانون اساسی تشخیص را به اکثریت فقهای شورای نگهبان نسبت می‌دهد، ملاحظه عملکرد این نهاد در سال‌های اخیر حاکی از این است که اعتقاد به فتوای معیار بودن نظریات ولی فقیه اقبال بیشتری یافته و موارد ارجاع به آن، مصادیق گسترده‌تری پیدا کرده است. در این حالت، علاوه بر اینکه در صورت اختلاف نظر فقهای شورای نگهبان با رهبری، نظر ایشان مقدم می‌گردد، فقها رأسا در پی نظر مقام رهبری برمی‌آیند و با کشف نظر ایشان، ابتدای قوانین و مقررات با آنها را مورد بررسی قرار می‌دهند^{۷۰}.

۶۶. اصول نود و یکم، نود و چهارم و نود و ششم قانون اساسی.

۶۷. موضوع اصل نود و یکم قانون اساسی.

۶۸. موضوع اصل چهارم قانون اساسی؛ از یک سو گستره اصل چهارم نسبت به همه اصول قانون اساسی به نوعی این اصل را به یکی از اصول فراقانون اساسی تبدیل نموده است و از سوی دیگر آن چنان عام‌الشمول نگارش شده است که هرگونه مقرره‌ای در جمهوری اسلامی ایران، مشمول آن خواهد شد.

۶۹. نظریه تفسیری شورای نگهبان شماره ۲۴۲۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱.

۷۰. برخی از مواردی که شورای نگهبان نظریات فقهی ولی فقیه را معیار انطباق مصوبات با شرع قرار داده، عبارت است از: نظر شورا در خصوص طرح اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۹، نظر شورا در خصوص لایحه تکمیل و نحوه استفاده از شهرک‌ها و مجتمع‌های ساختمانی نیمه‌تمام متوقف مورخ ۱۳۶۱/۰۲/۰۷ (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۴، ج ۱۳، صص ۱۰۲ و ۱۰۸) و با در لایحه مجازات اسلامی مورخ ۱۳۸۹/۰۹/۲۰. در مواردی حتی شورای نگهبان مجلس را مکلف نموده تا قوانین را طبق فتاوی ولی فقیه تنظیم یا اصلاح نماید؛ لایحه تشکیل پست جمهوری اسلامی ایران مورخ ۱۳۶۵/۰۷/۳۰ (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ج ۱۲، ص ۸۴۹). همچنین در قانون الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در موضوع دیه اقلیت‌های دینی که معادل دیه مسلمان قرار داده شده بود، اگرچه خلاف بودن حکم با موازین شرعی تصریح می‌شود، اما نظر حکومتی ولی فقیه ارجح دانسته می‌شود. (مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، دوره ششم، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، تهران، مرداد ۱۳۹۱، ص

شایان ذکر است که برخی با استناد به نظر علامه طباطبائی مبنی بر اینکه «مقررات متغیری که از جانب والی وضع می‌شود، اگرچه لازم‌الاجرا و لازم‌الاطاعة است؛ ولی در عین حال، شریعت و حکم خدایی شمرده نمی‌شود»، احکام متغیری که حاکم بنا به مصلحت و بر اساس مقتضیات زمان و مکان وضع می‌کند را از دایره احکام شرعی خارج نموده، استدلال می‌کنند که نظارت شورای نگهبان در این قسم از احکام منتفی است و لذا ردّ مصوبات مجلس به دلیل مخالفت با حکم حکومتی را از مقولهٔ اختیارات شورای نگهبان خارج می‌دانند.^{۷۱} درحالی که دیدگاه مقابل، احکام، اوامر و نواهی فقیه واجد الشرایط را از مصادیق احکام شرعی تلقی نموده‌اند؛ به این اعتبار، احکام حکومتی جزء منابع حقوق اساسی کشور و در زمرهٔ معیار و میزان شرع در بررسی مصوبات مجلس از سوی شورای نگهبان قرار می‌گیرد.^{۷۲} بر مبنای چنین استدلالی، احکام و موازین شرع و به تبع آن، احکام حکومتی به‌عنوان نسخهٔ غیرمدون قانون اساسی می‌تواند حوزهٔ گسترده و نانوشته‌ای از عمل در اختیار فقهای شورای نگهبان برای تأیید یا ردّ مصوبات مجلس در راستای انطباق مصوبات با شرع و یا در امر تفسیر قانون اساسی قرار دهد.

علاوه بر این، حقوق و آزادی‌های فردی هرچند که به‌صراحت در سند قانون اساسی به‌رسمیت شناخته شده‌اند، ممکن است در حوزهٔ اجرا و در تطابق با اصول شریعت، قلمرو محدودتری پیدا کرده، وسعت معنایی خود را از دست بدهند.^{۷۳} بنابراین روح حاکم بر اصل

۸۳۴). علاوه بر این، اعلام مغایرت شرعی بسیاری از مواد قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ به دلیل مخالفت با فتاوی امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله و یا فتاوی رهبری و حتی ردّ صلاحیت یکی از پیروان اقلیت‌های مذهبی از سوی شورای نگهبان در پنجمین دورهٔ شورای شهر یزد در سال ۱۳۹۶، به دلیل مغایرت با نص فرمایش‌های بنیان‌گذار جمهوری اسلامی ایران مورخ ۱۲/۱۳۵۸ یادشده در صحیفه نور (ج ۶ ص ۱۳۱۷، ص ۳۱) و در نتیجه مغایرت با موازین شرعی درخور توجه است.

۷۱. نک: محسن کدیور، «شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس»، *بازتاب اندیشه*، (۱۳۸۲)، ش ۴۳.

۷۲. نک: غلامحسین الهام، «جایگاه حکم حکومتی در قانون اساسی»، ۱۳۸۹؛ عبدالحسین خسروپناه، پیشین، ص ۲۵۰؛ محسن، ملک‌افضلی اردکانی، پیشین، ص ۶۰؛ عنایت شریفی، «منشا الزام در احکام فقهی و شرعی»، *حقوق اسلامی*، ش ۴۴ (۱۳۹۴)، صص ۷۹-۸۰.

۷۳. برای نمونه، می‌توان به نظر شورای نگهبان در پاسخ به استفساریهٔ ریاست قوهٔ قضاییه در خصوص اصل سیزدهم قانون اساسی اشاره نمود که به‌موجب آن «دادگاههای اسلامی باید بر اساس موازین اسلامی حکم کنند مگر در مواردی که شارع مقدس احکام مربوط به احوال شخصیه اهل کتاب را امضا فرموده است» (نظریهٔ تفسیری شمارهٔ ۱۷۹۴ مورخ ۱۳۶۸/۱۲/۱۵). طبق این نظر، اقلیت‌های دینی در خصوص احوال شخصیه‌شان مادامی که اختلافی پیش نیامده است، آزادند، اما در صورت حدوث اختلاف و مراجعه به دادگاه، دادگاه مکلف است براساس موازین شریعت اسلامی به صدور رأی مبادرت کند؛ مگر اینکه بر اساس موازین

چهارم قانون اساسی و همچنین تفسیرپذیری گسترده قیودی همچون رعایت موازین اسلامی و حفظ مبانی اسلام که در برخی از اصول قانون اساسی به خصوص در فصل حقوق ملت مورد تأکید قرار گرفته است، می‌تواند زمینه‌ساز تفاسیر و برداشت‌هایی فراتر از متن نوشته قانون اساسی گردد.

باتوجه به مطالب پیش‌گفته می‌توان استدلال کرد، حکم حکومتی از این نظرگاه که موقت و دائرمدار مصلحت است، همانند یک اصل نانوشته ضمن قابلیت اجرا به‌طور مستقل، انعطاف‌پذیر، قابل تغییر و در تکامل است. اما باوجود چنین ویژگی‌هایی و علی‌رغم لازم‌الاجرا بودن، قانون اساسی نانوشته محسوب نمی‌شود؛ چراکه اعتقاد به پایه‌گذاری قانون اساسی مکتوب بر مبنای حقوق طبیعی و متعاقب آن رشد نظریه قانون اساسی نانوشته به‌عنوان نسخه مدرن حقوق طبیعی، بیانگر این واقعیت است که آنچه همواره نیاز به تضمین و ثبات داشته است، نه قدرت حاکمه، بلکه حقوق، آزادی‌ها و ارزش‌هایی بوده است که ریشه در فرهنگ هر جامعه دارد. توسل به قانون اساسی نانوشته برای توسیع بیشتر قدرت حکومت با مبانی این نظریه، یعنی حفظ و تداوم حقوق فردی، سازگاری ندارد. در نتیجه، توسل دادرسی اساسی به این احکام به‌مثابه منبع نانوشته قانون اساسی، زمانی پذیرفتنی است که در راستای حفظ و گسترش حقوق و ارزش‌های دموکراتیک جامعه باشد.

همچنین واضح است دادرسی اساسی در تفسیر قانون اساسی با اتکا به موازین اسلامی، می‌تواند به شیوه‌ای عمل کند که مانع از وضع قوانینی گردد که ارزش‌های لیبرال برابری و حقوق فردی را تحقق می‌بخشند و یا در عوض با توجه به فلسفه تدوین و تصویب قانون اساسی، یعنی تضمین رسمی حقوق و آزادی‌های فردی در برابر خودکامگی حکومت و وسیله‌ای مؤثر برای محدود ساختن قدرت^{۷۴}، در محدوده قابل تفسیر شرع و با بهره‌گیری از تعهد اسلام به عدالت به‌عنوان توجیهی برای حفاظت از حقوق و ارزش‌های احصاننده در

اسلام، تنفیذی در خصوص احوال شخصیه اهل کتاب وجود داشته باشد. در حقیقت، این نظریه برآمده از اجتهاد فقهای شورای نگهبان، اطلاق موجود در اصل ۱۳ را مقید می‌کند. نک: حامد نیکونهاد و زهرا زندیه، «حکومت موازین اسلامی بر اطلاق و عموم اصول قانون اساسی در رویه فقهای شورای نگهبان؛ نگاهی رویه‌ای به آثار نظارت شرعی بر اصول قانون اساسی»، دانش حقوق عمومی، ش ۲۴ (۱۳۹۸)، ص ۱۱۳.

۷۴. منوچهر طباطبایی مومنی، حقوق اساسی، (تهران: نشر میزان، چ ۱۴، ۱۳۹۰)، ص ۱۹۲.

متن قانون و ارتقای هرچه بیشتر جنبه‌های مشروطیت نظام اسلامی، استفاده کند. برای نمونه، دادگاه عالی قانون اساسی مصر در تصمیمی اساسی، توضیح داد که ماده ۲ قانون اساسی مصر که شریعت را به عنوان منبع اصلی قانون گذاری معرفی می کند، در واقع بر تعهد قانون گذار به اصول شریعت اسلامی دلالت دارد. به این معنا که مصوبات قانونی نباید با احکام اسلامی که از نظر وجود و مبانی متنی قطعی است، مغایرت داشته باشد. با این حال، دادگاه به توضیح ادامه داد که این «قواعد قطعی» تنها شامل اصول کلی و منابع تغییرناپذیر حقوق اسلامی است که قابل تفسیر نیستند. در مقابل این قواعد تغییرناپذیر، قواعد خاصی وجود دارد که مبتنی بر تفسیر است. این قواعد به روی اجتهاد باز است و متناسب با «تغییر زمان و اقلیم» تفسیر می شود؛ البته تا زمانی که این تفسیر با روح کلی شریعت مطابقت داشته باشد و از این مرزها تجاوز نکند.^{۷۵} این رویکرد دیوان عالی قانون اساسی مصر مبتنی بر مفهوم مدرن بازنگری^{۷۶} قانون اساسی است؛ به این معنی که یک نهاد قضایی خاص با صلاحیت بررسی دقیق اعمال مجلس در پرتو هنجارهای فراقانونی، می تواند با مراجعه به قواعد شریعت اسلامی، آنها را مطابق با شرایط هر عصر تفسیر و بازتعریف نماید.^{۷۷}

درک محوریت وساطت بشری، چه در تفسیر شریعت و چه در تغییرات اجتماعی، هرگونه امکان خلاق برای اصلاح و دگرگونی را گشوده می دارد.^{۷۸} تا آنجا که چنین وساطتی می تواند حتی به دگرگونی های مثبت اجتماعی بینجامد؛ به عبارت دیگر، اکنون زمان آن رسیده است تا شریعت در بافت کنونی جوامع اسلامی مد نظر قرار گیرد. زیرا تنها سنجش رابطه پویا و تکاملی اسلام و حقوق بشر، حمایت کامل اسلام از حقوق بشر را نمایان می سازد.^{۷۹}

75. Decision of 15 May 1993 the Egyptian Supreme Constitutional Court.

۷۶. منظور از مفهوم مدرن بازنگری، اصلاح و بازبینی محتوای اصول قانون اساسی به طریقی خارج از تشریفات رسمی و مصرح در متن قانون اساسی است.

77. See: Birgit Krawietz & Helmut Reifeld, *op. cit.*, p. 125.

78. Abdullahi Ahmed AnNaim, *op. cit.*, p. 30.

79. *Ibid.*, p. 112.

نتیجه

از دیدگاه اسلام در احکام ثابت و اولیه، قانون گذار فقط خداست. بر این اساس، فقها و مجتهدان در این گونه احکام و قوانین، تنها نقش تبیین احکام الهی را دارند و نه تقنین و قانون گذاری. لذا فقیه یا مجتهدی که فتوا می دهد تنها حکم خداوند را نقل و بیان می کند؛ با این تفاوت که رسول خدا و ائمه معصومین با علم لدنی که خدای تعالی به آنان عنایت فرموده است حکم واقعی خداوند را بیان می کنند، ولی فقیه و مجتهد با تلاش و مجاهدت خویش حکم شرع را کشف و استنباط می کند که ممکن است کاشف از حکم واقعی خداوند باشد یا نباشد. اما حوزه متغیرات و غیرثباتات می تواند دامنه گسترده ای را به خود اختصاص دهد که بر اساس مصلحت و مقتضیات زمان و مکان، قابلیت تغییر یا اصلاح دارد. بنابراین، علی رغم جامعیت دین مبین اسلام و مرجعیت متنی کتاب آسمانی قرآن، جنبه های سیاسی حکومت و نظریات حقوق اساسی آن، مبنای مدون و مشخصی در قرآن و سنت ندارد. پس در مقام مقایسه اینطور نتیجه گیری می شود که به جای مجموعه ای از قوانین واحد و مدون که به عنوان شاخصه اصلی قانون نوشته مورد توجه است، «شریعت» در اصل، بیشتر شبیه یک بحث زنده و نانوشته در مورد کشف ایده های مصلحانه برای جامعه است که از راه عقل و اجتهاد نقش ایفا می کند. شریعت به عنوان مجموعه حقایق فرامتنی، هویت نظام مشروطه اسلامی یا همان روح حاکم بر قانون اساسی است که اصول قانون اساسی اقتدار خود را از این منبع عالی فرامتنی می گیرد. ایده نانوشته بودن ماهیت شرع، تجسم جدیدی از هنجارهایی است که برای تاریخ، هویت، ارزش ها و نظام حقوقی یک ملت مسلمان ضروری است. در نتیجه، شرع ضمن اینکه خود ماهیتی نانوشته دارد، می تواند با فراهم ساختن بستری گسترده برای تفسیر، زمینه کشف یا حتی ایجاد هنجارهای نانوشته در پشت متن قانون اساسی را فراهم آورد.

با توجه به اینکه هدف نهایی شرع، مصلحت و خیر مطلق است و رسالت قانون اساسی، تنظیم قدرت و تضمین حقوق و آزادی های مردم، در شناسایی و معرفی هرگونه تفسیر، رویه و یا عملکرد نهادهای حکومت به عنوان قانون اساسی، باید احتیاط لازم را مبذول داشت؛ به طوری که از حوزه نانوشته شرع، تعهد شریعت اسلام به عدالت و همچنین وساطت بشری در امر تفسیر در راستای توسعه جنبه های مشروطیت نظام و دگرگونی های مثبت اجتماعی

استفاده شود. در این راستا، به نظر می‌رسد دادرسی اساسی ایران در مقام رویکردهای فرامتنی‌اش در لحظه تطبیق مصوبات با شرع، بیش از هر مرجع دیگری نیازمند موجه‌سازی مواضعش است. توجه داشته باشیم که فقهای شورای نگهبان ناظران شرعی‌اند، و نه اصلاح‌کنندگان قانون اساسی.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتاب‌ها

۱. حسینی، سید ابراهیم (۱۳۹۶). *شریعت و تقنین در کشورهای اسلامی*، تهران: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۲. حلاق، وائل (۱۳۸۶). *تاریخ تئوری‌های حقوقی اسلامی*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
۳. خمینی، روح الله (۱۳۶۹). *صحیفه نور*، ج ۲۱، تهران: سازمان مدارک علمی فرهنگی انقلاب اسلامی.
۴. طباطبایی مومنی، منوچهر (۱۳۹۰). *حقوق اساسی*، تهران: نشر میزان.
۵. علی شاهی، ابوالفضل (۱۳۹۰). *مفهوم و حجیت در مذاق شریعت در فرایند استنباط احکام فقهی*، قم: بوستان کتاب، مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶. محمصانی، صبحی (۱۳۴۶). *فلسفه قانونگذاری در اسلام*، ترجمه اسماعیل گلستانی، تهران: انتشارات فرانکلین.
۷. مطهری، مرتضی (۱۳۵۷). *نظام و حقوق زن در اسلام*، قم: نشر صدرا.
۸. میرموسوی، سیدعلی (۱۳۸۴). *اسلام، سنت، دولت مدرن*، تهران: نشر نی.
۹. نائینی، محمد حسین (۱۳۷۸). *تنبییه الامه و تنزیه المله*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۰. نوری، شیخ فضل الله (۱۳۷۴). *حرمت مشروطه، رسائل مشروطیت*، به کوشش غلامحسین زرگری نژاد، تهران: کویر.
۱۱. واعظی، احمد (۱۳۷۸). *حکومت دینی (تاملی در اندیشه سیاسی اسلام)*، قم: نشر مرصاد.

- مقالات

۱۲. آقایی جنت مکان، حسین (۱۴۰۱)، ماهیت و جایگاه اصول کلی حقوقی و کاربست آنها در حقوق کیفری ایران، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۳ (۲۸)، ۵۱-۲۷.

Doi: 10.22034/LAW.2022.47260.2966

۱۳. الهام، غلامحسین (۱۳۸۹). *جایگاه حکم حکومتی در قانون اساسی*.

۱۴. باوی، محمد (۱۳۸۷). چالش شریعت و مصلحت در اندیشه معاصر عرب، قم، *موسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان*.
۱۵. خسرو پناه، عبدالحسین (۱۳۹۶). جایگاه مصلحت در حکومت ولایی، *مجموعه مقالات*، امام خمینی و حکومت اسلامی، احکام حکومتی و مصلحت، تهران، *موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی*.
۱۶. شریفی، عنایت (۱۳۹۴). منشا الزام در احکام فقهی و شرعی، *حقوق اسلامی*، ۱۲ (۴۴)، ۶۷-۸۷.
۱۷. غفاری، هدی (۱۳۹۱). نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، *پژوهش حقوق*، ۱۴ (۳۶)، ۱۰۷-۱۳۲.
۱۸. کدیور، محسن (۱۳۸۲). شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس، *بازتاب اندیشه*، ۴۳، ۵۵-۶۲.
۱۹. گرجی، علی اکبر و جلیوند، محمد شهاب (۱۳۹۷). بررسی معیار مشروطیت در دولت مدرن و جمهوری اسلامی ایران، *دولت پژوهی*، ۴ (۱۶)، ۱۴۵-۱۷۴.
Doi: 10.22054/tssq.2009.9594
۲۰. ملک افزلی اردکانی، محسن (۱۳۹۰). حکم حکومتی در قانون اساسی و جایگاه آن در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، *حکومت اسلامی*، ۶۲ (۴).
۲۱. موحد، محمدعلی (۱۳۵۰). نجم الدین طوفی و نظر تهوآمیز او در مورد نص شرعی و مصلحت اجتماعی، *کانون وکلا*، ۱۱۶-۱۱۷.
۲۲. نیکونهاد، حامد و زندیه، زهرا (۱۳۹۸). حکومت موازین اسلامی بر اطلاق و عموم اصول قانون اساسی در رویه فقهای شورای نگهبان؛ نگاهی رویه‌ای به آثار نظارت شرعی بر اصول قانون اساسی، *دانش حقوق عمومی*، ۸ (۲۴)، ۱۰۹-۱۳۲.
Doi: 10.22034/qjplk.2019.175

ب) منابع انگلیسی

- Books

23. Ackerman, B. A. (2007). *The Failure of the Founding Fathers*, First Harvard University Press Paperback Edition.
24. Asad, M. (2011). *The Principles of State and Government in*

Islam, Gibraltar: Dar al-Andalus Limited, New Edition.

- 25.al-Qaradawi, Y. (2015). *Fiqh Daulah Menurut Perspektif Islam*, Selangor: Percetakan Mihas Sdn Bhd.
- 26.AnNaim, A. (2008). *Islam and the Secular State Negotiating the Future of Sharia*, Harvard University Press.
- 27.Bagby, I. (1986). *Utility in Classical Islamic Law: The Concept of 'Maslahah' in Usul Al-Fiqh*.
- 28.Brennan, W. J. (1985). *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, in Levinson & Mailloux.
- 29.Fadl, K.A. (2002). *The Human Rights Commitment in Modern Islam, Published in Human Rights and Responsibilities*, Edited by Joseph Runzo, Nancy M. Martin and Arvind Sharma, Oxford: One World Publications.
- 30.Maududi, S.A. (1960). *Islamic Law and Constitution. Lahore*, Islamic Publications.
- 31.Nelson, B. (2016). *The Depiction of Unwritten Law*, Waterloo, Ontario, Canada.

- Articles

32. Busari, J. (2021). Sharia as Customary Law? An Analytical Assessment from the Nigerian Constitution and Judicial Precedents, *Ahkam*, 1(21). Doi:10.15408/ajisv21i1.18815
33. Emon, A. M. (2004). Natural Law and Natural Rights in Islamic Law, Cambridge University Press, *Journal of Law and Religion*, 2(20), 351-395. Doi: 10.2307/4144668
34. George, R. P. (2001). Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review, *Fordham L. Rev*, 6(69), 2269-2283.
35. Kamali, M. H. (2010). Constitutionalism and Democracy: An Islamic Perspective, Paper presented at the *International Conference on Religion, Law and Governance in Southeast Asia*, Kuala Lumpur: International Institute of Advanced

- Islamic Studies, 2(1), 18-45. Doi: 10.52282/icrv2i1.678
36. Khan, A (2010). The Quran and the Constitution”, *Tulane Law Review*, 1(85). Doi: 10.2139/ssrn.1657164
 37. Krawietz, B & Helmut, R. (2008). Islam and the Rule of Law, Between Sharia and Secularization.
 38. Lloyd, C. (2008). English Common Law and Islamic Sharia: Principled Agreement in the Path to Wards Democracy.
 39. Lombardi, C. B. (2013). Constitutional Provisions Making Sharia “A” or “The” Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?, *AM. U. INT’L L. REV*, 28(3), 733-774.
 40. McLachlin, B (2006). Unwritten Constitutional Principles: What Is Going on?, *NZJPIL*, 4, 147-164.
 41. Millen, R. (2005). The Independence of the Bar: An Unwritten Constitutional Principle, *La Rev Du Barreau Canadien*, 84.
 42. Morey, W. C. (1891). The Genesis of a Written Constitution, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1.
 43. Musa A. S. (2018). Constitutional Law: An Overview of the Islamic Approach and Its Contemporary Relevance, Faculty of Sariah and Law, University Sains Islam Malaysia (USIM), Malaysia, *Education and Humanities Research*, 192. Doi:10.2991/icils-18.2018.6
 44. Oraegbunam, I. K. E. (2015). Islamic Criminal Law and Constitutionalism in Nigeria: Any Lessons from Turkey?, *Journal of Law, Policy and Globalization*, 33.
 45. Pek, J. (2008). Things Better Left Unwritten?, *Constitutional Text and The Rule of Law*, 6(83).
 46. Pryor, J. (2007). Unwritten Constitutions?, *European Journal of English Studies*, 11(1), 79-92. Doi: 10.1080/138255706011-83401
 47. Quraishi, A. (2006). Interpreting the QUR’AN and tThe

- Constitution: Similarities in the Use of Text, Tradition, and Reason in Islamic and American Jurisprudence, **Cardozo Law Review**. Doi:10.2139/ssrn.963142
48. Sherry, S. (1987). The Founders' Unwritten Constitution, **The University of Chicago**, 4(54), 1127-1177.
49. Young, E. A. (2007). The Constitution Outside the Constitution, **The Yale Law Journal**, 408-473.
50. Walters, M. D. (2001). The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex non Scripta as Fundamental Law, **University of Toronto Law Journal**, 91(51). Doi:10.2307/-826038



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 33

Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 255-290

Doctrines of the Judicial Control of Contract (Comparative Approach to Philosophical and Economic Schools)

Morteza Naseri Hossein Abad¹ | Sayyed Mohammad Mahdi Qabuli Dorafshan^{2✉} |
Azam Ansari³ | Abdollah Khodabakhshi Shalamazari⁴

1. Ph.D. Candidate in private law at Ferdowsi University of Mashhad, Iran

mnaseri68@mail.um.ac.ir

2. Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad, Iran

ghaboli@um.ac.ir

3. Assistant Professor, Ferdowsi University of Mashhad, Iran

aansari@um.ac.ir

4. Assistant Professor, Ferdowsi University of Mashhad, Iran

dr_khodabakhshi@um.ac.ir

Abstract

Contract law, as the most important part of private law, compiles and regulates the trading relationships of individuals. The importance of this section has always occupied the minds of legislators and lawyers from various aspects. One of the aspects that has received less attention is the "supervision or control of the judicial authority" on the covenants of individuals in order to create balance in the economic relations of the parties. An issue that may be against the principle of autonomy at first. However, according to some philosophical doctrines such as Deontology, consequentialism and pragmatism and economic foundations such as the theory of comparative advantage and the theory of uncertainty and risk and especially the common intention of the parties, can consider a constructive role for the judge and the possibility of intervention and control of the contract to regulate the contractual relationship of the parties to balance the contractual situation. The possibility of revision on contract has been specified in other legal systems more or less, but no place has been identified in the Iranian legal system. Therefore, it is necessary to research in this regard, at first, its basics should be specified and explained as a road map.

Keywords: *control of contract, judicial supervision, economic analysis, philosophy of contract, judicial control.*

Received: 2022/07/29 Received in revised form: 2023/07/23 Accepted: 2023/09/11 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.52802.3156

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



مبانی کنترل قضایی قرارداد (رویکرد تطبیقی با مکاتب فلسفی و اقتصادی)

مرتضی ناصری حسین آباد^۱ | سید محمد مهدی قبولی درافشان^۲ | اعظم انصاری^۳

عبدالله خدابخشی شلمزاری^۴

mnaseri68@mail.um.ac.ir

ghaboli@um.ac.ir

aansari@um.ac.ir

dr_khodabakhshi@um.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

۲. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

۳. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

۴. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران

چکیده

حقوق قراردادهای به عنوان مهم ترین بخش از حقوق خصوصی، روابط معاملاتی اشخاص را تدوین و تنظیم می کند. اهمیت این بخش همواره از گذشته تاکنون اذهان قانون گذاران و حقوق دانان را از جنبه های مختلف به خود مشغول داشته است. یکی از جنبه ها که کمتر مورد توجه و مداخله قرار گرفته، «نظارت یا کنترل مقام قضایی» بر عهد و پیمان اشخاص در جهت ایجاد تعادل در روابط اقتصادی طرفین است؛ موضوعی که شاید در نگاه نخست مخالف با اصل حاکمیت اراده باشد. اما با توجه به برخی مبانی فلسفی از جمله وظیفه گرایی، نتیجه گرایی و عمل گرایی (پراگماتیسم) و مبانی اقتصادی مانند نظریه مزیت نسبی و تئوری نااطمینانی و ریسک و به خصوص قصد مشترک طرفین از تراضی، می توان نقشی سازنده برای دادرس در نظر گرفت و امکان مداخله و کنترل قرارداد را برای تنظیم رابطه قراردادی طرفین و متعادل ساختن وضعیت قراردادی برای وی قائل شد. امکان بازنگری در قرارداد در سایر نظام های حقوقی کم و بیش مورد تصریح قرار گرفته، اما در نظام حقوقی ایران جایگاهی برای آن شناسایی نشده است. از این رو، تحقیق در این خصوص ضرورت دارد و در ابتدا باید مبانی آن به عنوان نقشه راه مشخص و تبیین گردد.

واژگان کلیدی: تحلیل اقتصادی، فلسفه قرارداد، کنترل قرارداد، نظارت قضایی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۷ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۵/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.52802.3156

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

تحلیل اقتصادی حقوق، ریشه در اندیشه‌های سیاسی حاکم بر جامعه دارد. جوامعی که مبتنی بر تفکرات بازار و اقتصاد آزاد هستند طبیعتاً از پیامدهای آن در سایر روابط اجتماعی از جمله حقوق نیز استقبال خواهند کرد. با توجه به اینکه اساس تفکرات سیاسی نیز از مبانی فلسفی نشئت می‌گیرد، بنابراین تحقیق در خصوص مبانی فلسفی و اقتصادی موضوعات حقوقی به نحو شایسته‌ای می‌تواند مفاهیم و آثار قواعد حقوقی را نشان دهد. برای نمونه، مکتب واقع‌گرایی حقوق، با بهره‌گیری از سایر علوم اجتماعی و نظری مانند اقتصاد و فلسفه، به مطالعه قواعد حقوقی پرداخته است. با توجه به این نکته، رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، نتیجه واقع‌گرایی حقوقی است.^۱ از نظر واقع‌گرایان، حقوق به‌عنوان ابزار کار تلقی می‌شود و متولیان امور حقوقی باید روابط بین حقوق، اجتماع و همچنین پیامدهای اقتصادی، سیاسی و اجتماعی تصمیمات حقوقی را به‌دقت مورد مطالعه قرار دهند. از این رو، شناخت برخی از دیدگاه‌های فلسفی و اقتصادی که ارتباط نزدیکی با موضوع پژوهش دارد به نحو مطلوب‌تری می‌تواند امکان مداخله در قرارداد خصوصی اشخاص از سوی دادرس را توجیه کند.

شاید با پذیرش دیدگاه توماس هابز در کتاب معروف وی با نام لویاتان^۲ که جامعه بدون قواعد و مقررات را تشبیه به جامعه‌ای بدوی و ابتدایی کرده، این ایده به ذهن خطور کند که قرارداد زاده اجتماع است و در تشکیل آن از مؤلفه‌های اجتماعی و همچنین اقتصادی نیز تبعیت شده است؛ بنابراین، بررسی دوباره آن از این دو منظر فایده عملی چندانی نخواهد داشت. اما علی‌رغم درست بودن مقدمه دیدگاه یادشده – تبعیت قرارداد از مؤلفه‌های اجتماعی و اقتصادی – در مقابل می‌توان بیان داشت که هرچند قرارداد در بستر اجتماع و به‌عنوان وسیله توزیع عادلانه ثروت به‌وجود آمده است، اما پس از تشکیل، بیشتر از گزاره‌های نظام حقوقی در شرایط مختلف در آینده تبعیت می‌کند و در برخورد با نقض عهدهای همان قرارداد، سراغی از بستر زاده خود نمی‌گیرد؛ چنان‌که موجودی است که پس

۱. مهدی انصاری، *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*، (تهران: جاودانه جنگل، چ ۲، ۱۳۹۳)، ص ۶۴.

۲. توماس هابز، *لویاتان*، ترجمه حسین بشیریه، (تهران: نشر نی، چ ۱۶، ۱۳۹۶)، صص ۱۹۷ و ۲۱۹.

از تولد به کلی با دنیای سابق خود غریبه است و در وادی دیگری سیر می‌کند. درحالی که انصافاً آنچه موجب پویایی روزافزون این نوزاد اجتماعی می‌شود در سایه بستر پیدایش خویش است، وگرنه مانند جسمی بی‌روح به مفهومی ضدهنجاری و با دور شدن از هدف اولیه که همانا توزیع عادلانه ثروت است تبدیل به وسیله‌ای برای گریز از مسئولیت، عهدشکنی و کسب ثروت نامشروع خواهد شد. از این رو، در لحظه‌لحظه زندگی این نهاد مؤلفه‌های بستر آن نیز باید مورد توجه قرار گیرد. نکته‌ای که به‌خوبی در دادنامه شماره ۹۹۱۳۲۰/ مورخ ۲۶/۲/۱۴۰۱ صادره از شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی ماکو به آن اشاره شده است: «... برای تبیین قرارداد و اراده طرفین باید آن را در بستر تاریخ انعقاد قرارداد و عرف اجتماعی و رفتار و گفتارهای آنان از تاریخ عقد تاکنون تفسیر کرد. اصل استحکام معاملات و نظم عمومی اقتصادی و اجتماعی نیز ایجاب می‌کند که قراردادی که مربوط به ۱۵ سال قبل بوده و هم‌اکنون پس از سال‌ها، قیمت زمین تصاعداً افزایش داشته و خواهان به عنوان احدی از شرکا از تکلیف قانونی خود نقض عهد کرده، قرارداد را باطل اعلام کنیم؛ این موضوع با انصاف در تناقض است».

در قراردادهای به‌خصوص قراردادهای درازمدت، بنای شخصی طرفین یا عرف قراردادی بر حفظ اوضاع و احوال زمان تراضی تا اجرای کامل قرارداد است، یا به عبارتی حفظ تعادل اقتصادی است و در صورت عدم تعادل، حکم الزام‌آور بودن قرارداد نامتعادل نیز از بین خواهد رفت.^۳ بنابراین شایسته است از نخستین قدم برای تشکیل قرارداد تا پایان آن را با دیدی متفاوت‌تر از عرف مألوف مورد توجه قرار داد. نادیده انگاشتن مؤلفه‌های اجتماعی و اقتصادی چیزی جز رخوت و مهجور ماندن گزاره‌های حقوقی ثمره دیگری نخواهد داشت. همان‌گونه که در حال حاضر نظام حقوقی ایران در عهدشکنی یک طرف قرارداد با چالش مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در مورد ضمانت اجراها به ترتیب با الزام به ایفاء تعهد، انجام از سوی متعهدله و مطالبه هزینه‌ها و در انتها فسخ قرارداد روبه‌رو است و یا در مورد خسارت مورد توافق قراردادی - وجه التزام - علی‌رغم ممنوعیت قانونی دادرسی (ماده ۲۳۰ ق.م) در تغییر

۳. عباس مقدری امیری و حکمت‌اله عسکری، «تعدیل قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران»، فقه و حقوق اسلامی، ش ۴۱ (۱۳۹۴)، ص ۱۴۶.

میزان آن، هنوز اختلاف و تردیدهایی در مورد کاستن از میزان آن (تعدیل منفی) وجود دارد. نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که امروزه فرض برابری و استقلال اشخاص که اصل آزادی قراردادی را تشکیل می‌دهد بیش از آنکه مبتنی بر واقعیت باشد، مبتنی بر توهم و خیال است.^۴ از این رو، قداست سنتی این اصل امروزه کم‌رنگ شده و با هدف ایجاد تعادل و توازن در روابط قراردادی، تعدیل و تحدیدهایی روزافزونی نسبت به آن صورت پذیرفته است. با این مقدمه و شناخت مبانی، دادرسی می‌تواند با اتکا به آنها، قرارداد خصوصی اشخاص را به‌عنوان کسی که خارج از طرفین قرارداد است مورد نظارت قرار دهد و احیاناً در آن دخالت نماید. به عبارت دیگر، با توسل به برخی مبانی، اصل نسبی بودن قراردادها به‌منظور جلب منافع اجتماعی و اقتصادی جامعه نادیده انگاشته شده و دستمایه دادرسی به‌عنوان متولی اجرای عدالت گردیده است. از همین رو گفته شده است: «دخالت قاضی در توافقات طرفین را نمی‌توان نقض حریم حقوقی اشخاص و خدشه‌ای بر آزادی قراردادی آنها تلقی کرد و تا وقتی که هدف قاضی خدمت و کمک به اشخاص در فرایندی تعریف‌شده و قانونی باشد، نه‌تنها اصل حاکمیت اراده نقض نشده، بلکه به اجرای بهتر آن کمک مؤثری شده است».^۵ بر این اساس، در پژوهش پیش رو به مبانی امکان چنین فرضی پرداخته می‌شود. تحقیق حاضر در دو بخش مبانی فلسفی و اقتصادی که ارتباط نزدیکی با مطالب داشته، گردآوری شده است. در ابتدا مبانی فلسفی در سه قسمت تحت عناوین نتیجه‌گرایی، عمل‌گرایی و وظیفه‌گرایی مورد بررسی قرار گرفته‌اند. در بخش مربوط به مبانی اقتصادی نیز به نظریه مزیت نسبی و تئوری نااطمینانی و ریسک پرداخته شده است. با اینکه بررسی مصادیق کنترل قراردادها مستلزم تحقیق جداگانه‌ای است، اما به فراخور مطالب به برخی از آنان و آرای صادره در این خصوص اشاره خواهد شد.

4. Laurence. Kauffman & Elizabeth, Macdonald, *The Law of Contract*, (New York: Oxford University Press, 5th Edition, 2004), p. 4.

۵. احمد حمیدزاده و محمد صالحی مازندرانی، «ماهیت و شرایط تحول قرارداد»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۰ (۱۳۹۹)، ص ۱۲۷.

۱. مبانی فلسفی

عدالت مفهوم و روشی حقوقی- اخلاقی است. در تاریخ اندیشه‌های فلسفی، حقوقی و جامعه‌شناسی تعاریف و تعبیر مختلفی در خصوص مفهوم عدالت صورت گرفته است، اما باید اذعان داشت که تعریف عدالت و انصاف بدون آنکه ایراد اساسی بر آن وارد باشد، نه تنها ممکن نیست، بلکه عملاً نیز فاقد کارایی است.^۶ بر همین اساس، عدالت عاملی برای وحدت و هماهنگی است و از اختلاف بیشتر جلوگیری می‌کند. بنابراین، قضاوت، بدون درک ریشه اختلاف، عادلانه و فصل اختلاف نخواهد بود. به همین جهت گفته شده است که «عدالت، نه تنها مفهوم است که روش نیز محسوب می‌شود».^۷ در طول تاریخ بشری اهتمام اکثر حکومت‌ها برای مشروعیت بخشیدن به اجرای عدالت بین آحاد جامعه بوده است. از گذشته تاکنون نیز این سنت برقرار بوده و قوانینی که از سوی دستگاه‌های حکومتی و قانون‌گذاری وضع شده برای پاسخ به دغدغه اخلاقی اجرای عدالت بوده است. از این رو، عالمان و متفکران به بررسی مفهوم عدالت و انواع این مفهوم اخلاقی پرداخته‌اند. برای نمونه، ارسطو اعتقاد داشت عدالت یا معاوضی است یا توزیعی. در تشریح دیدگاه خود نیز عدالت توزیعی (که در مقام توزیع ثروت و مناصب مورد لحاظ است) را تابعی از تناسب جغرافیایی می‌دانست و معتقد بود هر شهروندی به تناسب شایستگی باید از آن بهره‌مند شود.^۸ اما آنچه در عمل تفاوت در توزیع عدالت را نشان می‌دهد مرهون تفاوت نظام‌های سیاسی در تعریف مفهوم شایستگی است.

نظریات اخلاق هنجاری در تقسیم‌بندی اولیه به نظریات ناظر به الزام و ناظر به ارزش تقسیم می‌شود. نظریات ناظر به الزام به دو دسته غایت‌گرایی و وظیفه‌گرایی تقسیم می‌شود. نظریات ناظر به ارزش نیز به نظریات فضیلت‌گرا شهرت دارد.^۹ با اتکا به فضیلت‌هایی که ارسطو از آنها به فضیلت پایبندی به عهد و پیمان، فضیلت عدالت معاوضی و فضیلت

۶. عبدالله خدابخشی، فلسفه حقوق، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۴۰۱)، ص ۸۹.

۷. عبدالله خدابخشی، پیشین، ص ۹۰.

۸. عبدالرضا علیزاده، «روش تحلیل فلسفی ارسطویی و توماسی در حقوق قراردادها»، *روش‌شناسی علوم انسانی*، ش ۱۰۱ (۱۳۹۸).

ص ۹۲.

۹. حسین اتوک، «وظیفه‌گرایی اخلاقی»، *اخلاق در علوم و فناوری*، ش ۱ و ۲ (۱۳۸۹)، ص ۲۸.

سخاوتمندی یاد کرده است به مبانی فلسفی نظارت و کنترل قرارداد و اخلاق هنجاری ناظر به الزام از سوی دادرس می‌پردازیم.

۱.۱. نتیجه‌گرایی^{۱۰}

انسان برای زندگی خود اهداف و آرمان‌هایی دارد که این آرزوها به زندگی وی معنا می‌بخشد و سرچشمه جوشان دیگر ارزش‌های زندگی می‌شود. از منظر نتیجه‌گرایی یا پیامدگرایی، هنجارهای اخلاقی قواعد موقتی‌اند که به دنبال چگونگی افزایش نتایج خوب هستند^{۱۱}؛ بنابراین از منظر نتیجه‌گرایی، ارزش‌های اخلاقی مطلق نیستند و مشروط و وابسته به نتایج و پیامدهایی هستند که به دنبال دارند.

اصالت فایده، مهم‌ترین بخش از نتیجه‌گرایی است که از مشهورترین فیلسوفان این مکتب می‌توان به جرمی بنتام، جیمز میل و جان استوارت میل اشاره داشت. جرمی بنتام اعتقاد داشت هر عملی که از جانب انسان صورت پذیرد باید در آن سود و فایده را جست‌وجو کرد؛ وی سود و فایده را به معنای لذت می‌دانست، به نحوی که هر آنچه که لذت‌بخش باشد سودمند است. بنتام که به‌نوعی دیدگاه غیرسنتی به پدیده‌ها دارد بر این باور است که مسیر تکامل بشریت نامنظم و مبتنی بر اصول و قواعد لایتغیر نیست. به عبارت دیگر، جهان امروز را می‌توان از گذشته آن جدا کرد و سازمان و طرح دیگری برای آن پی‌ریزی نمود. همچنین او جامعه را جدا از افراد آن نمی‌داند و جامعه را یک پیکر مجعول می‌شمرد که اعضای آن، حکم اعضای آن پیکر را دارند و سود جامعه نیز از سرجمع منافع اعضای جامعه حاصل می‌شود^{۱۲}.

بنابراین و با تکیه بر این دیدگاه می‌توان قواعد حقوقی حاکم بر جامعه را نیز از منظر دیگری نگریست. هدف قواعد حقوقی ایجاد نظم عادلانه اجتماعی است؛ به عبارت دیگر، قواعد حقوقی مسیری برای رسیدن به یک هدف هستند. با این اوصاف، در صورتی که در جامعه‌ای بنابه اقتضائات و شرایط حاکم بر آن، رسیدن به هدف والا مستلزم تغییر مسیر باشد

10. Consequentialism

۱۱. هری جی گنسلر، *درآمدی جدید به فلسفه اخلاق*، ترجمه حمیده بحرینی، (تهران: آسمان خیال، نقد قلم، چ ۲، ۱۳۸۷)، ص ۲۸۳.

۱۲. مجتبی جلیلی مقدم، «بررسی سودگرایی بنتام»، معرفت، ش ۱۲ (۱۳۸۹)، ص ۱۱۳.

نباید تردیدی در آن داشت و باید همسو با نیاز و خواست اراده جامعه به سوی آن حرکت کرد. نفوذ رویکرد عدالت اجتماعی را در قوانین نیز می‌توان مشاهده نمود. برای مثال، به حق مالکیت اشخاص به‌عنوان قدیمی‌ترین و کامل‌ترین حق مالی باید اشاره داشت که مصون از تعرض نمانده است. اصل ۴۴ قانون اساسی پس از تقسیم نظام اقتصادی به سه بخش، مالکیت در سه بخش را به شرط عدم تجاوز از قوانین اسلام و همچنین رشد و توسعه اقتصادی و عدم زیان رساندن به جامعه مورد حمایت قرار داده است. با توجه به این اصل، مرزهای آزادی مالک مشخص شده و حق مالکیت وسیله‌ای برای حفظ منافع عمومی است.^{۱۳} به عبارت دیگر، «حق مالکیت» امروزه صرفاً از حقوق طبیعی و مربوط به شخصیت انسان‌ها نیست، بلکه وسیله‌ای برای حفظ منافع عمومی و همسو با شیوه‌های اکتساب و اجرا با هدف‌های قانون‌گذار است.^{۱۴} بر این اساس و با توجه به ملاک پیش‌گفته، همان‌گونه که طرفین قرارداد و قانون‌گذار به ترتیب به‌عنوان ذی‌نفعان خصوصی و عمومی قرارداد، امکان تغییر قرارداد را دارند، می‌توان اختیاری مشابه آن را برای دادرس در کنترل مفاد قرارداد و اعمال نظارت و مداخله شناسایی کرد. چه‌بسا شناسایی این اختیار برای دادرس در مقایسه با مقام قانون‌گذاری به‌مراتب ارجح باشد؛ چراکه وی همواره در عمل با حقوق اشخاص در ارتباط است و انتظار برای تغییر قواعد از سوی قانون‌گذار به بی‌عدالتی که همگان از آن گریزان‌اند می‌انجامد.

در نظام‌های حقوقی نوشته تمایل به نظارت بر قراردادها در مقایسه با نظام کامن‌لا بیشتر است. این تمایل هم از سوی قانون‌گذاران و هم از سوی دادرسان مشهود است؛ به نحوی که بر لزوم رعایت شرایطی که ارزش‌های اجتماعی را تضمین نماید تأکید می‌شود و در مقابل این سخت‌گیری، اگر تخلفی از تعهد صورت گیرد می‌توان خسارت تنبیهی یا وجه التزام را مطالبه کرد یا بر اجرای عین تعهد اصرار ورزید.^{۱۵} با وجود این، نظام کامن‌لا نسبت

۱۳. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی؛ اموال و مالکیت، (تهران: میزان، چ ۵۵، ۱۴۰۰)، ص ۱۰۶؛ محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، (تهران: میزان، چ ۱۶، ۱۴۰۰)، ص ۳۷۲.

۱۴. ناصر کاتوزیان، همان، ص ۱۰۶.

15. Mariana, Pargendler, "The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide", *The Yale Journal of International Law*, No. 43 (2018), p. 146.

به مداخله در قرارداد سخت‌گیرتر است و فقط جایی که اشتباهی در سند صورت گرفته باشد، آن را ذیل قاعده «تصحیح»^{۱۶} قابل بررسی می‌داند. در نظام حقوقی انگلستان به موجب قاعده تصحیح، در صورتی که اشتباهی در متن قرارداد وجود داشته باشد که منعکس‌کننده قصد مشترک طرفین نباشد، دادگاه می‌تواند سند را اصلاح نماید. همان‌گونه که برخی نویسندگان^{۱۷} نیز اشاره داشته‌اند در چنین مواردی دادگاه‌ها قرارداد را اصلاح نمی‌کنند، بلکه صرفاً سند (نوشته) آن را تصحیح می‌نمایند. نتیجتاً این قاعده مجوزی برای تعدیل در قرارداد نیست، بلکه سند را با شرایطی تصحیح می‌کند.

بنابراین بر مبنای نتیجه‌گرایی و اصالت فایده، با پذیرفتن این نکته که نظارت و کنترل قرارداد از سوی دادرس شاید در ظاهر امر به ضرر یکی از اطراف قرارداد باشد، اما با توجه به اینکه این امر به‌طور غیرمستقیم به سود عموم جامعه است قابل دفاع خواهد بود. نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که وظیفه قضات در مواجهه با هنجارها و قواعد حقوقی، بازسازی زبان حقوقی متن‌هایی است که آن هنجارها و قواعد را وضع کرده‌اند، نه اینکه صرفاً با خشکاندیشی حقوقی به توصیف آنها بپردازند.^{۱۸} بی‌تردید انجام چنین وظیفه‌ای نیازمند نگرش فلسفی، اجتماعی و اقتصادی به قواعد و هنجارها خواهد بود. چه‌بسا هنجاری در جامعه با توجه به شرایط و احوال تغییر پیدا کرده اما هنوز به‌وسیله قانون‌گذار به صورت رسمی تبدیل به هنجار نشده است که در چنین شرایطی، قضات با عنوان مجریان قانون می‌توانند با تفسیر متن‌های موجود به سمت هنجارهای اجتماعی حرکت کنند. بی‌گمان عدم بهره‌مندی دادرس از اختیار تشخیصی، نتیجه‌ای جز عدم کشف حقیقت و به تبع آن، عدم امکان حل اختلاف و دعوا نخواهد داشت.^{۱۹}

همچنین بنام معتقد بود جستجوی لذت از سویی و گریز از درد از سویی دیگر، تنها غایت و هدف انسان است. حتی زمانی که انسان خود را از لذتی محروم می‌سازد یا خود را

16. Rectification

17. Guenter, Treitel, *The Law of Contract*, (London: Sweet & Maxwell, 11th Edition, 2003), p. 321.

۱۸. میشل تروپه، *فلسفه حقوق*، ترجمه مرتضی کلانتریان، (تهران: آگه، چ ۲، ۱۳۹۰)، ص ۷۸.

۱۹. حسن محسنی، «استناد سرخود دادرس به جهت بطلان قرارداد؛ نمود هنر آیین دادرسی با اجرای اصل تقابلی بودن دادرسی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ش ۲۳ (۱۴۰۰)، ص ۱۴۵.

ناگزیر از تحمل دردی می‌داند، به امید دست یافتن به لذت دیگری است. طرفین قرارداد نیز در جستجوی نفعی هستند که در ذهن خود می‌پروراند و از این‌رو از حق خود صرف‌نظر می‌کنند یا تعهدی را برعهده می‌گیرند. در صورتی که به یکی از آنها گفته شود که در قبال تعهد از قرارداد عایدی نخواهند داشت، کمتر عقل سلیمی حاضر به انعقاد آن قرارداد خواهد شد. همان‌گونه که در کلیله و دمنه آمده است «چون کاری به جبر بر گردن کسی کرده شود، او را ضبط آن میسر نگردد و از عهده‌لوازم مناصحت به واجبی بیرون نتواند آمد»^{۲۰}.

علاوه بر آن، مبنای عقلی را نیز می‌توان در توجیه آن بیان داشت. برای مثال، در خصوص تشکیل قرارداد با معیار عقل در حکم شماره ۴۸۶۵۲۱۸ مورخ ۸/۱۲/۱۴۰۰ صادره از شعبه ۴ دادگاه کرمانشاه نیز در باب عقلانی کردن واقعیت آمده است: «... اگر فرآیند تکوین عقد (یا هر نوع توافق دیگر)، فاقد جهات معقول باشد، بدون آن که نیازی به بازرسی ارکان عقد و یا ایقاع و جهات ابطال و مانند آن باشد، باید حقیقت عقد یا ایقاع را نفی نموده و در رد آن تردید نمود...». بر مبنای این دیدگاه، سنت فلسفی دیگری که بعدها پدید آمد معیار خود را اصل سودمندی و نتیجه عمل قرار داد که تحت عنوان پراگماتیسم معروف شده است.

۲.۱. عمل‌گرایی (پراگماتیسم)^{۲۱}

عمل‌گرایی که از واژه یونانی «پراگما» به معنی عمل مشتق شده، سنتی فلسفی است که کلمات و افکار را ابزارهایی برای پیش‌بینی، حل مسئله و کنش می‌داند. این فلسفه در اواخر قرن نوزدهم با متفکرانی نظیر چارلز سندرس پرس، ویلیام جیمز و سپس جان دیویی به ظهور رسید. به نظر این متفکران، پراگماتیسم انقلابی است علیه صورت‌گرایی و ایدئالیسم (آرمان‌گرایی) و کاوش‌های عقلی محض که هیچ فایده‌ای برای انسان ندارد^{۲۲}.

از نظر مکتب پراگماتیسم، افکار و عقاید همچون ابزارهایی هستند برای حل مسائل و مشکلات انسان و تا زمانی که اثر مفیدی داشته باشند، صحیح و حقیقی‌اند و درغیر

۲۰. نصرالله منشی، کلیله و دمنه، تصحیح و توضیح مجتبی مینوی، (تهران: امیرکبیر، چ ۱۳، ۱۳۷۴)، ص ۳۱۲.

21. Pragmatisme

۲۲. عبدالرضا علیزاده، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، (تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری انتشارات سمت، چ ۳، ۱۳۹۴)، ص ۱۴۷.

این صورت خطا هستند. به این ترتیب، عقیده‌ای ممکن است مدتی به کار آید و مؤثر شود و از این رو فعلاً حقیقی است؛ لیکن بعدها ممکن است نتایج رضایت‌بخشی نداشته باشد و آن موقع، به نظریه‌ای باطل و خطا تبدیل می‌شود. بنابراین، حقیقت امری ساکن و تغییرناپذیر نیست، بلکه با گذشت زمان، توسعه و تحول می‌یابد. آنچه در گذشته حقیقت داشت ممکن است در حال حاضر واقعی نباشد و آنچه در حال حاضر صادق است، ممکن است در آینده صادق نباشد؛ زیرا در آینده، افکار و نظریات دیگری بر حسب شرایط و اوضاع جدید، حقیقی و متداول می‌شوند. تمام امور تابع نتایج است و بنابراین، حق امری است نسبی؛ یعنی وابسته به زمان، مکان و مرحله معینی از علم و تاریخ است.

تفاوت پراگماتیست‌ها با ایدئالیست‌ها در تبیین واقعیت و تطابق است. ایدئالیست‌ها به محض تطابق امری با واقعیت آن را تمام‌شده می‌دانند، درحالی که از نظر پراگماتیست‌ها علاوه بر آن، نتایج عملی نیز حائز اهمیت است.^{۲۳} در پراگماتیسم ویلیام جیمز حقیقت چهره‌ای از خوبی و مصلحت در اندیشه انسان است و امر مستقلی محسوب نمی‌شود. نفوذ همین نظریات در حقوق انگلستان و آمریکا موجب شده است که قواعد حقوقی و میزان اعتبار آنها وابسته به اوضاع و احوال هر دعوی باشد^{۲۴} و «حقیقتی که در دعوایی با ملاحظه دلایل و اوضاع و احوال ویژه آن احراز شده است، در دعوی دیگر ارزش ندارد»^{۲۵}.

با وجود این، مفهوم پراگماتیسم بعداً تغییر پیدا کرده است. همان‌گونه که برخی از متفکران معتقدند عمل‌گرایی به عنوان توجیه‌کننده مادی‌گرایی تحریف شده است و «از نظر بیشتر مردم استفاده عملی به معنای به دست آوردن کالاها و رفاه مادی است»^{۲۶}.

بنجامین کاردوزو، از پیش‌گامان مکتب رئالیسم حقوقی، در کتاب تأثیرگذار خود «ماهیت فرایند دادرسی»^{۲۷} توضیح می‌دهد که قضات چگونه می‌توانند به ارتباط نظام حقوقی با تغییر

۲۳. عبدالکریم سلیمی، «پراگماتیسم و پیامدهای آن در حقوق»، معرفت، ش ۷ (۱۳۸۹)، ص ۲۹.

24. Gary, Slapper; David, Kelly, *the English legal System*, (London: Routledge, 17th Edition, 2016), p. 4.

۲۵. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۱، (تهران: گنج دانش، ج ۲، ۱۴۰۰)، ص ۱۷۳.

۲۶. والتر ترنس استیس، *گزیده‌ای از مقالات استیس*، ترجمه عبدالحسین آذرنگ، (تهران: کتاب هرمس، ج ۲، ۱۳۸۰)، ص ۱۴۴.

27. *The Nature of the Judicial Process*

موضوعات در گذر زمان و ارزش‌ها کمک کنند. همچنین به اختلافات حقوقی که در قوانین نسبت به آنها صراحتی وجود ندارد رسیدگی نمایند.^{۲۸} وی چهار روش برای قضاوت را به دادرسان پیشنهاد می‌دهد: (۱) استدلال منطقی یا روش فلسفی؛ (۲) سیر تاریخی یا روش تکاملی؛ (۳) عرف جامعه یا روش عرف و عادت؛ (۴) عدالت، اخلاق و رفاه اجتماعی یا روش جامعه‌شناسی.^{۲۹} با این حال، وی پیشنهاد می‌کند که شایسته است همه روش‌های یادشده در کنار هم به کار گرفته شود؛ به خصوص زمانی که برای درک پیدایش قاعده‌ای باید تاریخ و ریشه‌های آن به درستی روشن و درک گردد.^{۳۰}

در عصر اثبات‌گرایی حقوق، قانون به عنوان مهم‌ترین منبع حقوق شناخته می‌شود. اما نکته‌ای که باید همواره به آن توجه داشت این است که منبع حقوق با خود حقوق تفاوت دارد. به عبارت دیگر، قانون محصول نهایی قانون‌گذاری است که به عنوان مواد خام حقوق باید در نظر گرفت.^{۳۱} کاردوزو در تشریح چهار روش قضاوت به نکات قابل توجهی اشاره داشته و در اهمیت هر کدام از آنها مطالب قابل دفاعی ارائه داده است. اهمیت تاریخ و عرف در تشکیل حقوق و پیوند آن به گذشته و حال و همچنین توصیف آن به عنوان چراغ راه آینده را حقیقتی غیرقابل انکار می‌داند. با وجود اهمیت همه آنها، از نظر کاردوزو پراهمیت‌ترین روش، نه روش منطقی، نه تاریخی و نه عرف است، بلکه روش جامعه‌شناسی یا عدالت اجتماعی از اهمیت بسزایی برخوردار است. روشی که وی آن را «اصل سودمندی»^{۳۲}، و استانداردهای مورد پذیرش رفتار درست» توصیف می‌کند. غایت نهایی حقوق، بسط رفاه اجتماعی است و هر قاعده‌ای که این هدف را به دست فراموشی بسپارد، دوام و پایداری آن را نمی‌توان توجیه نمود و ناچار محکوم به بطلان است و سرانجام

28. Joel K. Goldstein, "The Nature of the Judicial Process: The Enduring Significance of a Legal Classic a Legal Classic", *Touro Law Review*, No. 1 (2018), p. 161.

29. Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, (New Haven: Yale University Press, First edition, 1921), p. 30.

30. *Ibid*, p. 51.

31. Kaarlo, T uori, "Legislative Between Politics and Law", Luc, Wintgens, *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, (London: Oxford, Hart Publishing, 8th Edition, 2002), p. 99.

32. Utility

به‌دست فراموشی و تاریخ حقوق سپرده خواهد شد.^{۳۳}

نفوذ چنین اندیشه‌ای را می‌توان در نظام حقوقی برخی کشورها نیز مشاهده کرد. برای نمونه، در ماده ۴۲۱ قانون مدنی برزیل به‌صراحت قید شده که هر قراردادی فی‌نفسه دارای کارکرد اجتماعی است. این ماده به‌روشنی بیانگر این نکته است که جایی که هدف تضمین تحقق عدالت حقیقی است به‌ویژه در مواردی که طرفین قرارداد در موقعیت یکسانی قرار ندارند، آزادی اشخاص در قراردادهای محدود شده، مداخله در تعدیل حقوق و تعهدات آنها توجیه‌پذیر خواهد بود. برای مثال، در قراردادهای بنگاه‌های اقتصادی (کسب و کارهای) کوچک و متوسط^{۳۴}، ضرورت حمایت از طرف ضعیف قرارداد، امکان مداخله قانونی برای برقراری توازن در موقعیت نامتوازن طرفین قرارداد را توجیه می‌سازد.^{۳۵}

کاردوزو با دقت از ادعای خود در مورد وضع قاعده از سوی دادرسان سخن می‌گفت و آن را در نظام حقوقی که چنین اختیاری را به‌عنوان یک استثنا و نه قاعده برای قاضی پذیرفته است قابل دفاع می‌دانست. جایی که قانون از صراحت و شفافیت برخوردار است بحث از نقش دادرس در ایجاد قاعده منتفی است و تنها جایی می‌تواند دخالت داشته باشد که ابهام یا کمبودی در این زمینه وجود دارد.^{۳۶}

اعطای اختیار برای دادرس در قاعده‌سازی ممکن است نگرانی‌ها و مخاطراتی را به همراه داشته باشد؛ ازجمله اینکه ممکن است قاضی به‌درستی و هوشمندانه عمل نکرده باشد. نگرانی اخیر تا حدی درست و منطقی است و ممکن است به خودکامگی قضایی و به ابزار ضد هدف خود منجر شود؛ به‌خصوص در قراردادهایی که طرفین آن خبره هستند، دخالت قاضی بیشتر رویکرد پدرومآبانه دارد تا رعایت عدالت و انصاف. با وجود این، کاردوزو بخشی از نگرانی را این‌گونه پاسخ می‌دهد که تنوع عقاید و دیدگاه‌های قضات نیز قابل اصلاح است و برخی تصمیمات نادرست در کنار تصمیمات درست، نظام قضایی را متعادل و

33. Benjamin N, Cardozo, *op. cit.*, p. 66.

34. Small and Medium Size Enterprise (B2SME)

35 M.Yeşim, Atamer; Pascal, Pichonnaz, Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts, (Switzerland: Springer, 36th edition, 2020), p. 12.

36. Benjamin N, Cardozo, *op. cit.*, p. 128.

همانگونه می‌کند و خطاهای موجود نیز با گذشت زمان و با معیار سنجش در بوتۀ عمل اصلاح می‌شوند.^{۳۷}

در این خصوص، هولمز نیز معتقد است حقوق مبتنی بر رویکرد منطقی نیست، بلکه از رویکرد تجربی تبعیت می‌کند. وی بر این باور بود که حیات حقوق مبتنی بر منطق نیست، بلکه مبتنی بر تجربه است.^{۳۸} از نظر هولمز مهم‌ترین ویژگی قواعد حقوقی این است که نیازهای فعلی جامعه را پاسخگو باشد. وی تجلی حقوق را در آرای دادگاه‌ها می‌بیند و چنین بیان می‌دارد: «من بی هیچ تردید اعتقاد دارم که دادرسان ایجاد حقوق می‌کنند و باید نیز چنین کنند». در دیدگاه هولمز اعتبار آرای دادگاه‌ها به نتایجی است که از آن ناشی می‌شود نه به توجیه مبانی گذشته و از این رو در مطالعات حقوقی باید ضروریات زندگی کنونی مورد توجه باشد به نحوی که انسان آینده، انسان آمار و اقتصاد است.^{۳۹} بنابراین، معیار دخالت حداقلی دادرس را همواره باید مدنظر قرار داد. دادرس اهتمام خود را تا حد امکان در تفسیر قرارداد باید به‌نوعی اعمال کند که قرارداد برای طرفین متوازن و متناسب جلوه کند و تنها در جایی در قرارداد مداخله نماید که امکان ایجاد تعادل از این طریق وجود نداشته باشد. در این حال نیز باید در حد ایجاد توازن نسبی دخالت نماید و نباید قلمرو مداخلۀ خود را گسترش دهد.

بر اساس مکتب پراگماتیسم، دادرس شایسته است قرارداد را نیز مانند سایر گزاره‌های حقوقی از منظر تحقق رفاه اجتماعی و جامعه‌شناختی مورد سنجش قرار دهد و جایی که این نهاد از مسیر اصلی خود خارج شده است با اتخاذ تصمیم متناسب تصحیح کند. بنابراین در مواجهه با قراردادی که برخلاف اصول مسلم حقوقی و اصل برابری است می‌توان مفاد معارض با عدالت و اخلاق را نادیده انگاشت یا تعدیل ساخت. همان‌گونه که هانس گلسن بیان داشته، حقوق مجموعه‌ای مرکب از هنجارهاست و تصدیق الزامی بودن یک هنجار به مفهوم این نیست که آن به‌طور مطلق الزام‌آور است، بلکه آن هنجار در مقایسه با هنجار

37. Ibid: p. 178.

38. Oliver Wendell, Holmes, *The Common Law*, (Boston: Little, Brown and Company, First Edition, 1881), p. 1.

۳۹. عبدالکریم سلیمی، پیشین، ص ۳۴.

برتر الزام آور شده است.^{۴۰} شایسته است اصل لزوم قراردادها از این منظر نیز مورد توجه و نگرش قرار گیرد. لزوم پابندی به قرارداد به عنوان یک هنجار در مقایسه با هنجار توافق اراده طرفین الزام آور است؛ با این تفسیر که اشخاص اغلب در قراردادهای معوض به دنبال تأمین منافع نسبی خود هستند و کمتر کسی با علم به تحقق ضرر به واسطه قرارداد به آن تن می‌دهد. به عبارت دیگر، حاکمیت اراده فردی تنها به عنوان یک ابزار برای تحقق فایده اجتماعی و عدالت بوده، خود ذاتاً هدف نیست، بلکه طریقی برای تأمین منافع فردی، جمعی و تحقق عدالت است.^{۴۱} بنابراین با تحقق توافق، طرفین اراده خود را برای تحصیل سود اعلام داشته‌اند و از این رو گفته شده است: «قرارداد قانون طرفین است». در صورتی که مشخص شود اصل موازنه در قرارداد برقرار نشده است اعتبار هنجارهای تالی نیز رنگ خواهد باخت و در این موقعیت، دادرس با مداخله در آن می‌تواند کاستی را جبران کند و اعتبار از دست رفته را بازستاند.

برای مثال، در خصوص شروط غیرمنصفانه و نامتعارف در بخشی از دادنامه ۲۲۴۲۸۰/مورخ ۳۱/۱/۱۴۰۱ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان یزد آمده است: «اصل آزادی قراردادها نامحدود نیست و قاضی نیز ستایشگر محض قرارداد نیست و الا ممکن است به نام آزادی، سلب آزادی و حقوق اولیه شهروندی و انسانی بشود و محدودیت‌های قراردادی مثل نظم عمومی و اخلاق حسنه وجود دارد. قاضی پاسدار اخلاق و نظم عمومی است. هر قرارداد باید مورد کالبدشکافی ظاهری و باطنی قرار گیرد و شروط احتمالی نامشروع، اجحاف آمیز و گزاف احتمالی شناسایی و ضمانت اجرای آن محاسبه شود»؛ رویکردی که در قوانین برخی کشورها به صراحت مورد اشاره قرار گرفته است. قانون مدنی اثیوپی محدودیت‌های آزادی اشخاص در قراردادها را تصریح کرده است. در ماده ۱۷۱۰ قانون پیش گفته بعد از اینکه تصریح شده است که شروط و مفاد قرارداد که به نوعی به نفع یکی از طرفین باشد موجب بی اعتباری قرارداد نخواهد بود، اضافه کرده است که اگر عدالت و انصاف اقتضا نماید چنین شروطی به جهت غیرمعمول بودن می‌تواند از علل بطلان قرارداد باشد.

۴۰. میشل تروپه، پیشین، ص ۵۵.

۴۱. جلیل قنوتی و امید غلامعلی تبار فیروزجایی، «مبانی فلسفه تحقق قرارداد»، پژوهش‌های اعتقادی - کلامی، ش ۳۱ (۱۳۹۷)، ص ۱۶۹.

در همین راستا، جان دیویی هدف را ارتقای فرد در بستر جامعه و تشکیل نهادهای اجتماعی می‌داند و حفظ یکپارچگی قواعد حقوقی را هدف نهایی نمی‌شمرد، بلکه آنها را ابزاری می‌داند برای تصمیم‌گیری در هر دعوی حقوقی.^{۴۲} نکته دیگری که در این خصوص شایسته توجه است مفهوم «اراده» یا «نظریه اراده است». این نظریه از قرن نوزدهم با الهام از تفکرات فلسفی اشخاصی همچون بنتام و کانت از سوی حقوق‌دانان غربی برای استنتاج برخی قواعد مربوط به حقوق قراردادها مطرح شد. این درحالی است که سابق بر آن در فلسفه ارسطویی مفاهیمی بیشتر از این، مانند فضیلت و برابری وجود داشته که به‌دست فراموشی سپرده شده است.^{۴۳}

۳.۱. وظیفه‌گرایی^{۴۴}

وظیفه‌گرایی نظریه‌ای مقابل نتیجه‌گرایی و یکی از نظریات عمده در اخلاق هنجاری است. برخلاف نتیجه‌گرایی که اعمال را بر اساس نتایج آن مورد سنجش قرار می‌دهد، در وظیفه‌گرایی، فارغ از نتایج حاصله، ذات عمل معیار سنجش است و اگر آن عمل ذاتاً خوب باشد قابل ستایش است. به عبارت دیگر، وظیفه‌گرایی مربوط به کشف اعمال درستی است که شخص باید برای فراهم ساختن و ایجاد خوبی انجام دهد؛ اما نتیجه‌گرایی به دنبال روشن ساختن مفهوم خوبی است که عمل درست به آن نتیجه منجر می‌شود. با این وصف، وظیفه‌گرایی به سبب اینکه ذات عمل مقدم بر نتیجه آن عمل است شایسته بررسی است و از رهگذر درستی عمل می‌توان امیدوار به نتیجه درست شد و نتیجه مؤخر بر عمل است.^{۴۵}

بر مبنای وظیفه‌گرایی اوصاف دیگری به‌جز نتایج خوب و بد اعمال وجود دارد که تعیین‌کننده درستی یا نادرستی آن است. برای مثال، اعمالی که مصداقی از وفای به عهد و عدالت باشد یا اعمالی که مطابق اوامر و نواهی شارع و قانون‌گذار است، بدون امعان نظر به

۴۲. عبدالکریم سلیمی، پیشین، ص ۲۹.

۴۳. عبدالرضا علیزاده، پیشین، ص ۱۰۳.

44. Deontology

۴۵. محمدجواد موحدی، «بررسی رابطه وظیفه‌گرایی با نتیجه‌گرایی، پژوهش‌های فلسفی»، پژوهش‌های فلسفی، ش ۲۱۶ (۱۳۸۹)، ص ۱۶۶.

نتایج حاصله، مفهومی وظیفه‌گرایانه است.^{۴۶}

برخی از نظریه‌پردازان^{۴۷} عمده‌ترین وظایف را این‌گونه طبقه‌بندی کرده‌اند: وظیفه ناظر به نیکی و ضرر نرساندن^{۴۸}، وظیفه ناظر به مراقبت^{۴۹}، وظیفه ناظر به صداقت^{۵۰}، وظیفه ناشی از رفتار گذشته^{۵۱}، وظیفه ناظر به همکاری متقابل و بازی منصفانه^{۵۲}، وظیفه ناظر به عدالت^{۵۳}، وظیفه ناظر به سایر گونه‌های زنده^{۵۴}.

برخلاف نتیجه‌گرایی که اعمال را از بیرون و ناظر به نتایج آن مورد ارزیابی قرار می‌دهد، نظریات وظیفه‌گرایی اعمال را از «درون به بیرون»^{۵۵} می‌سنجند. به عبارت دیگر در وظیفه‌گرایی تمرکز بیشتر بر اصول و دلایلی است که اشخاص باید در انجام یا انتخاب عمل لحاظ کنند.^{۵۶}

معیار ارائه‌شده برای تفکیک غایت‌گرایی و وظیفه‌گرایی، رابطه «خوب» و «درست» و تقدم یکی بر دیگری است. وصف «خوبی» ارزش‌های زندگی و هدف را ترسیم می‌کند. درحالی که «درستی» انتخاب مسیرهای قانونی و مشروع رسیدن به آن را توصیف می‌کند. بنابراین از منظر مادی‌گرایی ممکن است لذت و نفع، امری ذاتاً خوب باشد، اما نه از جهت اخلاقی بلکه از جهت لذت‌گرایی. همچنین مسیر رسیدن به آن نیز الزاماً مبتنی بر رعایت ملاحظات اخلاقی نیست.^{۵۷}

بر اساس معیار پیش‌گفته، ممکن است عملی مشروع و قانونی حتی به جهت اینکه مخالف با حقوق اشخاص دیگر است درست باشد، اما به سبب اینکه ملاحظات اخلاقی را

۴۶. حسین اترک، پیشین، ص ۲۸.

47. Stephen, Darwall, *Deontology*, (London: Blackwell Publishing, First Edition, 2003), p. 4.

48. Duties of Beneficence and Non-Maleficence

49. Duties of Special Care

50. Duties of Honesty and Fidelity

51. Duties Deriving from "Agents and Patients" Past Conduct

52. Duties of Reciprocity and Fair Play

53. Further Duties of Justice

54. Duties to Other Species

55. Inside-Out

۵۶. محمدجواد موحدی، پیشین ص ۱۷۱.

۵۷. حسین اترک، پیشین، ص ۲۹.

ندارد خوب نباشد؛ مانند قراردادی که به عللی توازن اقتصادی آن برهم خورده است؛ با این حال، الزام به انجام کامل تعهدات طرفین با توسل به روش‌های قانونی درست است، اما به سبب تضعیف موقعیت یکی از طرفین و غیرمنصفانه بودن، خوب نیست.

علاوه بر این، بر مبنای نظریه یادشده، قراردادی که در درون ساختمان خود نشانی از خصلت نیکو و انصاف ندارد چگونه خواهد توانست به نتیجه نیکویی برسد و از اسباب توزیع عادلانه ثروت باشد و نظم حقوقی معاملات اشخاص را سامان دهد. با این وصف، اولین قدم این است که قرارداد را به عنوان یک جزء بر مبنای عدالت و انصاف بنیان نهیم و متعاقب آن به نتایج اجتماعی حاصل از آن امیدوار باشیم. بنابراین، برای ایجاد توازن و متعادل ساختن قرارداد به هنگام وقوع اختلاف می‌توان دادرس را در نظارت و کنترل بر قرارداد صالح دانست تا به عنوان شخص دارای صلاحیت و نماینده دولت به طور مستقیم به تحقق عدالت معاوضی و به طور غیرمستقیم به تحقق عدالت و رفاه اجتماعی کمک کند و قرارداد غیرمنصفانه را تاحدودی به قراردادی منصفانه و عادلانه مبدل سازد.

برخلاف غایت‌گرایی که ارزش‌محور است در وظیفه‌گرایی به جهت توجه به اصول اخلاقی همچون آزادی، عدالت، احترام به حقوق اشخاص، وفاداری به حقیقت، باید اذعان داشت شخص‌محوری در اولویت قرار دارد. به عبارت دیگر، چون این عمل، نوعی احترام به حقوق اشخاص دیگر است، اخلاقی و الزامی است.

لزوم ثبات و امنیت در روابط قراردادی ابزاری برای تحقق آرمان‌های عدالت‌خواهانه در جوامع بشری است و خود فی‌نفسه ارزش نیست و ابزاری برای رسیدن به آن هدف ارزشمند شمرده می‌شود. بنابراین، جایی که مقصد آن ابزار به هدف ناعادلانه و غیرمنصفانه منتهی شود نباید در تغییر آن تردید داشت. عدالت و امنیت هر دو در کنار هم باید تحقق یابند و فقدان یکی هدف نهایی حقوق را زایل خواهد ساخت. هیچ عدالتی در فضای ناامن تحقق نمی‌یابد و هیچ امنیتی در بی‌عدالتی به وجود نخواهد آمد. به طور کلی، وظیفه اصلی قراردادها آن گونه که امیل دورکیم نیز بر آن بود تضمین همکاری و تعامل منظم بین طرفین قرارداد

است که به وسیله آن تعادل اجتماعی نیز برقرار می‌شود.^{۵۸}

الزام‌آور بودن قواعدی همچون لزوم در قراردادها تکلیفی اخلاقی است که به حوزه حقوق وارد شده است. با این وصف هرچند از اوصاف مسلم حقوق است، اما نمی‌توان آن را به عنوان نشانه‌ای خاص از قواعد حقوقی در نظر گرفت.^{۵۹} بنابراین جایی که اخلاق عدم پابندی به قرارداد را غیراخلاقی تلقی نمی‌کند دیگر توجیه آن به عنوان قاعده‌ای حقوقی نیز ضرورتی ندارد. رویکردی که وحدت‌گرایی در مبنای الزامی بودن قواعد حقوقی را مورد انکار قرار داده و به دنبال کثرت مبنا و حمایت از حقوق فردی و اجتماعی قواعد است. مفاهیمی که در اندیشه‌هایی همچون رونالد دورکین و رولز در قالب فردگرایی اجتماعی و نظریه عدالت اجتماعی نیز مبین‌گریز از وحدت‌گرایی و گرایش به کثرت منشأ و هدف قواعد حقوقی است.^{۶۰}

علاوه بر آن، آن‌گونه که هابز نیز اشاره داشته، عدالت در اعمال به عدالت توزیعی و مبادله‌ای قابل تفکیک است. عدالت مبادله‌ای، تساوی ارزش چیزهای موضوع قرارداد است. ارزش عادلانه نیز همان ارزشی است که طرفین قرارداد به آن رضایت داده‌اند. از این رو، لزوم ایفای تعهد و استحقاق ایفای تعهد برای طرف دیگر، ریشه در عدالت مبادله‌ای دارد. درحالی که عدالت توزیعی، عدالت دادرسان و داوران است؛^{۶۱} به نحوی که حق هر کسی را در جای خود ادا و درحقیقت حق و تکلیف طرفین را عادلانه توزیع کند و تعهدات طرفین را به سود عدالت تعدیل نماید.^{۶۲} بنابراین از این منظر نیز بین اصل لزوم در قراردادها که مربوط به عدالت ارزشی است و عدالت توزیعی تعارضی وجود نخواهد داشت.

بر همین اساس در رأی شماره ۲۲/۲/۱۴۰۱/۱۶۸۴۲۰۸ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان در موضوع تعدیل قرارداد به سبب تغییر شرایط قراردادی و دشواری اجرای آن آمده است: «... نظر به اینکه قرارداد به عنوان یک مفهوم حقوقی، ابتدا و

۵۸. عبدالرضا علیزاده، پیشین، ص ۱۲۶.

۵۹. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۵۱۸.

۶۰. مهدی شهایی، «فرآیند اجتماعی شدن حقوق و تاثیر آن بر نظام حقوقی»، حقوق، ش ۱ (۱۳۹۰)، ص ۲۶۸.

۶۱. توماس هابز، پیشین، صص ۱۷۵ و ۱۷۶.

۶۲. عبدالله خدابخشی، پیشین، ص ۴۳۳.

پیش از وضع یک نظام حقوقی نیز بین مردم جریان دارد و یک پدیده اجتماعی محسوب می‌گردد و از این رو نمی‌توان بدون توجه به تغییرات اجتماعی و شرایط پیرامون آن صرفاً از منظر قواعد حقوقی مانند اصل لزوم و التزام به مفاد عقد، آن را تحلیل کرد. زیرا در این صورت با فاصله گرفتن از واقعیت اجتماعی، به پیوندی ناموزون تبدیل می‌شود یا حیاتی اجتماعی نخواهد داشت و به عبارت دیگر، قرارداد یک جوهره پیشین و پسین دارد؛ از نظر جوهره پیشین، ریشه در وضع طبیعی و فرایند عادی زندگی دارد و متعاقباً با نظم حقوقی، ساختار تخصصی می‌یابد و قواعد امری و تکنیکی آن را دگرگون می‌کند ولی این حالت و جوهره پسینی، هیچ‌گاه مستقل از صورت اولیه خود نیست. بنابراین با تغییر بنیادین اوضاع و احوال اجتماعی و حتی فرهنگی و اخلاقی باید ساختار تازه‌ای از قواعد را در آن چینش کرد...».

۲. مبانی اقتصادی

قراردادها در مرکز مباحث علم حقوق و اقتصاد قرار دارد. شاید تفکر و تأمل بر این گفته جرج شکل^{۶۳}، اقتصاددان انگلیسی، خالی از فایده نباشد: «در حالی که در علوم طبیعی، آنچه در فکر و اندیشه می‌آید بر روی آنچه مشاهده شده است بنا می‌شود. در اقتصاد آنچه مشاهده می‌شود بر روی آنچه فکر شده است بنا می‌شود»^{۶۴}. شایسته است به قرارداد به‌خصوص قراردادهای مالی و انتفاعی با دید اقتصادی نگریسته شود و به‌عنوان یکی از حلقه‌های زنجیره اقتصاد جامعه مورد کنکاش قرار گیرد. آنچه اقتصاد را از حقوق متمایز می‌سازد پویایی بیشتر آن است؛ یعنی ممکن است قواعد حاکم بر عناصر و عوامل اقتصادی در یک دوره زمانی و قلمرو جغرافیایی، در زمان یا مکان دیگری کارکرد مؤثر نداشته باشند. اگر این‌گونه نگریسته شود چه‌بسا توجیه این ادعا که قواعد حقوقی قراردادها نیز خواسته یا ناخواسته متأثر از نگرش‌های اقتصادی مختص زمان و مکان خاصی است راحت‌تر باشد یا به‌عبارتی بین قواعد حقوقی و اقتصادی رابطه‌ای منطقی حکم‌فرماست که متأثر از یکدیگرند.

63. George Shackle

64. G.L.S, Shackle, *Epistemics and Economics: a Critique of Economic Doctrines*, (New York: Routledge, First Edition, 1992), p. 66.

به نظر می‌رسد با تغییر نگرشی که در دو دهه اخیر در خصوص پیوند اقتصاد با عوامل تاریخی ایجاد شده است و گذر از رویکرد سابق که به عوامل تاریخی توجهی نمی‌شد، امروزه سعی بر تعامل مسائل اقتصادی و سیاست‌گذاری است و از این رو توجه به دیدگاه‌های اقتصادی و نقش آن در حوزه سیاست‌گذاری و اجرایی حائز اهمیت فراوانی است و بدون شناخت آنها نمی‌توان مبنایی برای تصمیمات اتخاذی پیدا کرد.^{۶۵} با توجه به این مقدمه، در این بخش از تحقیق به مبنای اقتصادی - نظریه مزیت نسبی و تئوری ناطلمینانی و ریسک - که مرتبط با موضوع هستند پرداخته می‌شود.

۲.۱. نظریه مزیت نسبی

این نظریه نخستین بار به صورت علمی در سال ۱۸۱۷ از سوی دیوید ریکاردو^{۶۶}، اقتصاددان انگلیسی، در مقابل نظریه «مزیت مطلق» آدام اسمیت عرضه و تبیین گردید. این نکته را همواره باید به عنوان یک اصل مدنظر قرار داد که تجارت سازوکاری اساسی برای رسیدن به ثبات، شکوفایی اقتصادی و سهیم شدن همه افراد از آثار آن است. اصل «مزیت نسبی» که در بستر تجارت بین الملل ارائه شد منجر به جدایی مکان تولید و مصرف گردید که در نتیجه سبب تنوع کالاها، قیمت‌های ارزان و سایر منافع ناشی از عرصه رقابتی تجارت شده است. تفکر اصلی پشت نظریه یادشده اینست که هر کشوری قادر به شرکت در تجارت با دیگر کشورها است؛ صرف نظر از اینکه چقدر پیشرفته یا عقب افتاده باشد و قرار نیست و حتی نباید الزاماً کشوری که بالاترین بهره‌وری را در تولید کالایی دارد به تولید و صادرات آن بپردازد، بلکه صرفاً باید کالایی را تولید کند که در آن مزیت نسبی دارد.^{۶۷}

با توجه به اصل مزیت نسبی می‌توان اصل یادشده را در اقتصاد خرد و در روابط حقوقی اشخاص خصوصی نیز جاری دانست. همه اشخاص قادر به برطرف ساختن نیازهای خود نیستند و از این جهت نیازمند تعامل با دیگران و استفاده از تخصص و دارایی‌های دیگری

۶۵. احسان خاندوزی، «معیارهای اقتصادی در قانونگذاری نوین»، مجلس و راهبرد (مجلس و پژوهش)، ش ۵۴ (۱۳۸۶)، ص ۲۸۰.
66. David Ricardo

۶۷. هاجون چانگ، اقتصاد: راهنمای کاربری، ترجمه محمدرضا فرهادی‌پور و امیدرضا فرهادی‌پور، (تهران: فرهنگ صبا، چ ۱، ۱۳۹۸)، ص ۸۹.

هستند. اقتصاد کنونی وابستگی بنیادی به تخصص‌گرایی و تقسیم کار بین اشخاص، بنگاه‌ها و ملت‌ها دارد.

اقدام اشخاص به انعقاد قرارداد برای برطرف ساختن نیازهای خویش به‌طور التزامی دلالت بر این نکته دارد که خود قادر به تأمین آن نبوده‌اند یا اینکه از نظر اقتصادی به صرفه نبوده است. یا همان‌گونه که اسمیت^{۶۸} بیان داشته است: «انسان همیشه به یاری هم‌نوعان خود نیاز دارد و حساب باز کردن صرفاً روی خیرخواهی آنان امری بی‌هوده است... ما به انسانیت و نوع‌دوستی آنها متوسل نمی‌شویم، بلکه به نفع‌طلبی و سودجویی آنها متکی هستیم. ما از نیازمندی‌های خودمان با آن‌ها حرف نمی‌زنیم بلکه به زبان منافع‌شان با آنها صحبت می‌کنیم». با این وصف، در صورتی که اشخاص به هدف خود از آن قرارداد دست نیابند می‌توان قرارداد یادشده را از نظر اقتصادی زیر سؤال برد و به دنبال کارا ساختن آن بود. بی‌گمان تمام مکاتب و نظریات اقتصادی در پی افزایش کارایی و بهره‌وری و به تبع آن، افزایش رفاه اجتماعی و خیر عمومی پدید آمده‌اند.

جان استوارت میل^{۶۹}، از نظریه‌پردازان مشهور مکتب کلاسیک، اعتقاد داشت که قوانین و شرایط تولید ثروت، قوانین مطلق هستند که هیچ معیار ارادی در آن وجود ندارد ولی قوانین توزیع ثروت این‌گونه نیست و در مورد توزیع با نهادهای اجتماعی سروکار داریم و انسان به‌طور فردی یا جمعی می‌تواند قوانین مربوط به توزیع ثروت را تغییر دهد.^{۷۰} این هدف والا هم در حوزه سیاست‌گذاری و هم در حوزه‌های عملی همواره باید مورد توجه قرار گیرد. به‌طور طبیعی هر شخص یا مقامی که در بوته عمل، با تفکر، تصمیم یا حتی نهادی همچون قرارداد مواجه گردد که به جای افزایش کارایی اقتصادی به دنبال هدف ضد آن و تحصیل منافع فردی است باید در جستجوی راهی برای توقف یا تعدیل این خودکامگی فردی یا خصوصی باشد. بدیهی است بی‌توجهی به این امر و پنهان شدن در پشت اصول و قواعد سنتی، دستاورد بلندمدتی جز قهقرایی و یا فروپاشی اقتصادی جامعه نخواهد داشت. تولیدکننده و بانک را می‌توان برای مثال مورد توجه قرار داد که هر دو بر مبنای «مزیت

۶۸. آدام اسمیت، *ثروت ملل*، ترجمه سیروس ابراهیم‌زاده، (تهران: پیام، ۱، ۱۳۹۷)، ص ۲۵.

69. John Stuart Mill

۷۰. فریدون تقضی، *تاریخ عقاید اقتصادی، از افلاطون تا دوره معاصر*، (تهران: نشر نی، چ ۱۷، ۱۳۹۴)، ص ۱۷۲.

نسبی» مبادرت به انعقاد قرارداد اعطای تسهیلات و ترهین اموال نموده‌اند. در صورتی که تولیدکننده با توجه به شرایط عمومی و اقتصادی جامعه از بازپرداخت تسهیلات ناتوان باشد، بانک مبادرت به فروش اموال ترهینی می‌نماید. هرچند اقدام موردنظر قانونی و مبتنی بر مقررات قانونی است، اما مسلماً فاقد توجیه و رویکرد اقتصادی است که به‌طور حتم به ورشکستگی و فروپاشی اقتصادی جامعه منجر خواهد شد؛ بحرانی که در نظام حقوقی و اجتماعی ایران برای همگان قابل لمس و ادراک است.

اسمیت معتقد بود تمامی پس‌اندازها تبدیل به سرمایه‌گذاری می‌شوند و افزایش سرمایه‌گذاری از پایه‌های اصلی رشد اقتصادی است. طبیعتاً در قراردادی که طرفین از ابتدا به دنبال کسب سود باشند و عایدی حاصل نشود یا حتی زبانی تحمیل شود نمی‌توان از آن انتظار محرک بودن برای توسعه و رشد اقتصادی داشت.^{۷۱} شاید در ابتدا قائل شدن به دخالت در نهادهای اجتماعی از جمله قرارداد، مخالف با «نظریه تعادل عمومی»^{۷۲} بوده که از سوی لئون والراس، اقتصاددان نئوکلاسیک، معرفی شده است. بر اساس نظریه یادشده که به تعادل والراسی بازار نیز شهرت دارد، تمامی بازارها با در نظر گرفتن تمام آثار متقابل تعامل‌ها و واکنش‌ها به تعادل می‌رسند و تعیین قیمت می‌شوند. ممکن است این‌گونه برداشت شود که اگر قائل به امکان نظارت و کنترل قرارداد از سوی دادرس باشیم، تعادل اقتصادی طرفین برهم می‌خورد و تمام اهداف و انتظارات دیگر آنها را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. با این اوصاف، می‌توان ابهام یادشده را این‌گونه پاسخ داد که پذیرش نظریه تعادل عمومی و آثار تبعی آن، مستلزم تبعیت از فروض آن است که مهم‌ترین آنها رقابت کامل است. معیارهای دسترسی کامل به اطلاعات، انعطاف‌پذیری قیمت‌ها، قیمت‌پذیری عوامل اقتصادی و فقدان اثرگذاری آنها بر قیمت‌ها، تجارت آزاد کالا و خدمات، ثبات شرایط بازار و ... را نیز باید به این دسته از فروض اضافه کرد.^{۷۳} بدیهی است در قراردادی که نوعاً هیچ‌یک از فروض یادشده برقرار نیست، امکان به تعادل رسیدن آن نیز در رقابت با سایر شرایط

۷۱. عباس شاکری، اقتصاد کلان: نظریه‌ها و سیاست‌ها، ج ۱، (تهران: نویسا، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۵۸۳.

72. General Equilibrium Theory

۷۳. علی زاهدطلبان؛ یکتا اشرفی؛ مهدی خداپرست، «مروری بر مبانی انتقادی نظریه تعادل عمومی اقتصاد نئوکلاسیک»، سیاست‌های مالی و اقتصادی، ش ۴ (۱۳۹۲)، ص ۱۱۳.

اقتصادی منتفی خواهد بود.

قواعدی که اصل آزادی قراردادی را محدود می‌سازد باید با قواعد بازار و اقتصاد که کارآمدتر هستند متناسب و قابل توجیه باشد. در صورتی که تحدیدهای اعمال شده به هدف کارآمدی خود دست نیابد ممکن است (یا بهتر است گفته شود باید) کنار گذارده شود و سرپیچی اشخاص نیز در این صورت قابل سرزنش نخواهد بود. از این مطلب می‌توان معیار کارآمدی اقتصادی در کنترل دادرس را استنباط کرد. هنر قضاوت، اتخاذ تصمیم با تقلید از قوانین و مقررات مصوب با اقتضائات جامعه گذشته نیست، بلکه هنر در این است که با درآمیختن قواعد موجود و با نیم نگاهی به نیازهای جامعه به دنبال پویا شدن و حرکت آن باشیم. هدفی که قواعد گذشته نمی‌توانند آن را برآورده سازند و چه بسا موجب ایستایی و خستگی باشند تا پویایی و محرک بودن. رکود و نخوتی که پایه‌های لرزان و نحیف اقتصاد کنونی جامعه را فرا گرفته، حاصل سیاست‌گذاری‌های فاقد توجیه اقتصادی و عدم توجه عوامل اجرایی به مبانی اقتصادی است. برای نمونه در پرونده‌ای، فردی با تسهیلات بانکی به مبلغ چند میلیارد تومان مبادرت به واردات مواد اولیه پتروشیمی نموده و در قبال آن نیز به نحوی از انحاء، فرد دیگری را به عنوان ضامن معرفی کرده بود. فرد پس از دریافت تسهیلات و واردات مواد اولیه به قیمت آزاد اقدام به فروش آن کرده و اقساط تسهیلات بانک را نیز نپرداخته بود. بانک بعد از مدت‌ها و طرح دعاوی مختلف موفق به دریافت اقساط با کسر از حقوق کارمندی ضامن شده است. جالب اینکه بین ضامن و گیرنده تسهیلات رابطه خویشاوندی وجود داشت و حتی از اقدام حقوقی صورت گرفته ابراز رضایت داشتند؛ چراکه قیمت مواد وارداتی به چندین برابر فروخته شده بود، درحالی که بانک باید مدت‌ها با کسر ربع حقوق کارمندی ضامن، منتظر دریافت پول اصلی خود باشد. مثال عملی حاضر شاید بهتر می‌تواند کارا نبودن قواعد و قوانین حقوقی فعلی را نمایان سازد که چرا نمی‌توان برای کلاف سردرگم مسائل و مشکلات اقتصادی راهکاری پیدا کرد. مشکلات دیگری که در خصوص وجه التزام قراردادی و فاقد توجیه بودن آن، اقبال به عدم اجرای قراردادهای خسارات مورد مطالبه وجود دارد، همگی می‌تواند با مبنای اقتصادی و دخالت دادرس در حیطه دادرسی گره‌گشایی شود؛ به نحوی که دادرس به هنگام رسیدگی به اختلافاتی که منشأ قراردادی دارند، با درنظر گرفتن آثار اقتصادی رفتار طرفین قرارداد و ضمانت‌اجراهای

قانونی می‌تواند نقش خود را در تأمین اهداف طرفین و جامعه ایفا نماید.

در برخی مواقع، تعیین وجه التزام ملازمه‌ای از جهت ارتباط با تعهدات اصلی قرارداد ندارد؛ به‌طوری که موضوع تعهد مبادله می‌شود و شرط یادشده ناظر به چنین تعهداتی نیست، بلکه با تعهدات فرعی ارتباط دارد که یکی از طرفین قرارداد بنابه تراخی یا حکم قانون مکلف به انجام آنها است. برای مثال، در قراردادهای مربوط به انتقال فناوری یا فروش محصول تولیدی شرکتی، شرط می‌شود که مبلغی به‌عنوان وجه التزام جهت فعالیت رقابتی با طرف قرارداد تعیین گردد. بدیهی است در چنین فرضی موضوع قرارداد یا نقض نمی‌شود یا اصلاً برای نقض آن مشابه چنین شرطی تعیین نمی‌گردد. از سویی دیگر، در قراردادهایی مشابه این، چه‌بسا چنین فعالیت رقابتی زبانی به‌مراتب بیشتر از قیمت توافق‌شده در قبال مبادله موضوع قرارداد به طرف قرارداد وارد سازد. بنابراین، صرف توجه به مبلغ گزاف وجه التزام و اینکه مبلغ آن نباید از ثمن قرارداد بیشتر باشد، بدون توجه به قرارداد پایه و شرایط و ماهیت آن در برخی مواقع گمراه‌کننده است. هرچند می‌توان چنین توجیهی را از باب تغليب تلقی کرد که با فرض اخير منافاتی ندارد.

فردریش آوگوست فون هایک^{۷۴}، یکی از نظریه‌پردازان و توسعه‌دهندگان مکتب اتریشی، معتقد است در جامعه‌ای که تورم وجود دارد، اراده و آزادی افراد جامعه تحت تأثیر قرار گرفته و خطری است که آن را تهدید می‌کند. با توجه به دیدگاه هایک، می‌توان این‌گونه استدلال کرد در جامعه تورم‌زا که ممکن است گاه با ارقام بالایی نیز همراه باشد، فعالیت اقتصادی افراد از آن آزادی مدنظر در حقوق قراردادهای فاصله زیادی دارد و طبیعتاً با تغییر موضوع و ماهیت، اصرار بر ضمانت اجرای اولیه نیز چندان منطقی و منطبق با واقعیت جامعه نخواهد بود. در مواجهه با چنین وضعیتی بخش‌های اقتصادی نیز دچار اختلال شده، کارکرد مطلوب را ازدست خواهند داد؛ آن‌گونه که طرف‌داران مکتب اتریشی نیز بخش‌های حقیقی و پولی را وابسته به یکدیگر می‌دانستند و اختلال در یکی از بخش‌ها بر بخش‌های دیگر نیز اثر می‌گذارد. بنابراین با توجه به دیدگاه هایک، عدالت و رفاه در بستر آزادی تحت حکومت

74. Friedrich August von Hayek

قانون می‌تواند میسر باشد.^{۷۵}

با وجود این، دخالت دولت در مفهوم عام در اقتصاد خرد نیز مخالفانی دارد و برخی مانند آدام اسمیت با «نظریه دست نامرئی» معتقدند اشخاص به دنبال تأمین منافع خصوصی خود هستند و از این طریق به صورت غیرمستقیم و ناخودآگاه منافع اجتماعی نیز تأمین می‌شود. همچنین بر این باورند هرکس مستقیماً به دنبال تأمین منافع اجتماعی خود باشد دارای هدف مشخصی نیست و به‌زودی از این کار منصرف خواهد شد.^{۷۶} در مقابل چنین مخالفت‌هایی اقتصاددانان دیگر نیز سکوت اختیار نکرده‌اند. آن‌گونه که اقتصاددانان نهادگرا با نقد مکاتب سابق خود که به‌نوعی از فردگرایی دفاع می‌کردند، معتقدند ماهیت اجتماعی اشخاص از اهمیت بالاتری برخوردار است و افراد را محصول اجتماع می‌دانستند و بر این باور داشتند که نهادها^{۷۷} یا قوانینی که روابط و شخصیت افراد را به‌وجود می‌آورند باید بیشتر مورد توجه باشد.

تورستن ویبلن^{۷۸}، از اقتصاددانان مکتب نهادگرا، معتقد است رفتارهای اقتصادی اشخاص تاحدودی به‌وسیله نهادها تعیین می‌شود. به عبارت دیگر، در نفس رفتار هر انسان، انگیزه‌های مختلفی مانند غریزه، باور، عادت و منطق قرار دارد. همچنین اضافه می‌کند منطق انسان نیز متأثر از محیط اجتماعی است که خود از نهادهای مختلفی ازجمله قوانین رسمی و غیررسمی، عرف و عادت و سنن تشکیل شده است. از این رو، نهادها نه‌تنها رفتار انسان را تحت تأثیر قرار می‌دهند بلکه می‌توانند موجب تغییر نیز گردند.^{۷۹} به‌طور خلاصه آنچه موجب تمایز دیدگاه ویبلن از سایر نظریات می‌شود پویایی و عینی بودن آن است که به تغییرات اجتماعی و تکامل نهادها توجه داشت و دیدگاه‌های مرسوم را ایستا و انتزاعی می‌دانست. ویژگی جالبی که مکتب نهادگرایی دارد این است که اقتصاد را صرفاً در بازار

۷۵. محمد توحیدفام، «تلازم آزادی و حکومت قانون در اندیشه هایک»، مطالعات روابط بین‌الملل، ش ۱۸ (۱۳۹۱)، ص ۶۶.

۷۶. فریدون تفضلی، پیشین، ص ۹۹.

۷۷. داگلاس نورث (Douglass North) برندهٔ جایزهٔ نوبل اقتصاد، نهادها را قیود و قواعد بازی در جامعه می‌داند که از سوی انسان برای شکل‌دهی به روابط و تعاملات متقابل انسان‌ها ایجاد شده‌اند. به تعبیری دیگر، نهادها مشتمل بر باورها، رفتارها، سنت‌ها، مقررات حقوقی و ضمانت اجرای قانونی هستند که به‌طور کلی یک مجموعه‌ای را می‌سازند.

78. Thorstein Veblen

۷۹. تورستین ویبلن، نظریه طبقه مرفه، ترجمه فرهنگ ارشاد، (تهران: نشر نی، چ ۷، ۱۳۸۳)، ص ۲۰۹.

خلاصه نمی‌کند و در دامنه‌ای بسیار فراتر از آنچه اقتصاددانان کلاسیک به آن قائل بودند، قابل بررسی می‌داند. با این توضیح که بازار خود نهادی است که از نهادهای فرعی همچون فرهنگ، دولت، مقررات، عرف، سنت و ... تشکیل شده که از آنها متأثر است. به عبارت دیگر، نهادگرایان به جای اینکه قیمت و توزیع کالا و خدمات را تابعی از نظام عرضه و تقاضا بدانند، نظام عرضه و تقاضا را تابعی از ساختار قدرت، ثروت و نهادها می‌دانند.^{۸۰} بنابراین و با توجه به دیدگاه یادشده، می‌توان این‌گونه دفاع کرد زمانی که دادرس را واجد اختیار در کنترل قرارداد بدانیم، وی می‌تواند به‌طور غیرمستقیم به‌عنوان متبوعی از ساختار بازار و اقتصاد و همچنین به صورت مستقیم اهداف اقتصادی طرفین قرارداد را برآورده سازد و در پی آن در مقیاس کلی، هدف اصلی مکتب نهادگرایی را که همانا تحول اجتماعی یا کنترل اجتماعی است بهتر تأمین کند. به عبارت دیگر، دادرس به‌عنوان نماینده دولت در مفهوم عام با اعمال کنترل بر قرارداد به تعادل اجتماعی منظور حکومت کمک کرده، از تضعیف حقوق اشخاص از سوی اطراف قوی‌تر قراردادهای جلوگیری می‌نماید که به‌طور غیرمستقیم نیز به عدالت اجتماعی نسبی منجر می‌گردد. طبیعتاً با توجه به مبانی سنتی، اگر دادرس فاقد اختیار در اعمال نظارت بر قرارداد باشد، روز به روز باید شاهد بی‌عدالتی‌هایی در سایه توسل به قرارداد باشیم که هرکس با قدرت اقتصادی یا انحصاری نسبی خویش سعی در تحمیل مقاصد خود بر دیگران خواهد داشت و قواعد سنتی نیز بر این اقدامات صحنه خواهند گذاشت، اما غافل از اینکه نتیجه این امر چیزی جز هرج‌ومرج، بی‌نظمی و بی‌عدالتی نخواهد بود و قواعد تضمین‌کننده حقوق افراد و نظم جامعه به قواعد تضمین‌کننده بی‌عدالتی تبدیل خواهند شد.

۲.۲. تئوری نااطمینانی و ریسک

به نتایج ناشی از تصمیم‌گیری در مورد عوامل اجتماعی و اقتصادی هرچند که از روی عقلانیت صورت گرفته باشد، به دلیل وجود عنصر زمان نمی‌توان اطمینان داشت. عنصر زمان در تفکرات اقتصاددانان مکتب اتریشی نیز مورد توجه بود که به آن پویایی و انعطاف ویژه‌ای می‌داد. آنان معتقد بودند نااطمینانی بر تمام فعالیت‌های اقتصادی اثرگذار بوده،

۸۰. عباس رمضانی باصری و اصغر میرفردی، «تبیین نهادگرایی و گرایش آن به توسعه»، *اقتصادی*، ش ۳ و ۴ (۱۳۹۳)، ص ۱۲۲.

فعالان اقتصادی تصمیمات خود را در شرایط نااطمینانی اتخاذ می‌کنند.^{۸۱}

نظریه نااطمینانی را نخستین بار فرانک نایت^{۸۲}، اقتصاددان مکتب شیکاگو، مطرح ساخت و بین آن و ریسک تفکیک قائل شد. هر تصمیم و اراده‌ای که افراد نسبت به آینده بگیرند در صورتی که با توجه به ماهیت آن و میزان اطلاعات موجود بتوان احتمال آماری در خصوص به‌وقوع پیوستن هر رویداد را محاسبه کرد، آن را فعالیت ریسکی می‌نامند. در مقابل، اگر اطلاعاتی در مورد محاسبه آماری تحقق رویدادها وجود نداشته باشد یا آن‌گونه که اقتصاددانان نئوکلاسیک از آن به‌عنوان اطلاعات ناقص یاد می‌کنند، آن را فعالیت در شرایط نااطمینانی می‌نامند. به عبارت دیگر، ریسک به این معنی است که یک تصمیم به نتایجی منجر می‌شود که به‌طور دقیق قابل پیش‌بینی نباشد. در مقابل، نااطمینانی به وضعیتی اطلاق می‌شود که نتایج قابل پیش‌بینی باشد، اما احتمالات دیگر آن مشخص نباشد.^{۸۳}

برخلاف دیدگاهی (نظریه تعادل عمومی یا تعادل والراسی) که معتقدند بازار خودبه‌خود به تعادل می‌رسد و بین منافع افراد هماهنگی وجود دارد، جان کامنز^{۸۴}، اقتصاددان نهادگرا، بر این باور است که بین افراد تضاد منافع حکم‌فرماست^{۸۵}؛ از این رو، اداره منطقی جامعه باید بر مدار رفع این تضادها شکل گیرد و حضور دولت از این جهت شایان اهمیت است. همچنین اضافه می‌دارد برخلاف اقتصاد رایج که رابطه انسان با کالا محور بررسی است، رابطه انسان با انسان باید نقطه اصلی و متمرکز اقتصاد باشد. بر این اساس، اصلاحات اجتماعی از جمله توزیع عادلانه ثروت باید مورد حمایت قرار گیرد. گونار میردال^{۸۶} فرایند تحول سیاسی و اقتصادی کشورهای پیشرفته غرب را نیز مرهون پیدایش دولت رفاه

۸۱. رضانی باصری و میرفردی، پیشین، ص ۴۶۰.

82. Frank Knight

۸۳. کریم اسلامویان، «بررسی نظریه سود نئوکلاسیکی و مقایسه آن با دیدگاه اسلامی»، جستارهای اقتصادی ایران، ش ۲۴ (۱۳۹۴)، ص ۶.

84. John R. Commons

۸۵. جان ای الیوت، «نهادگرایی به عنوان رهیافتی به اقتصاد سیاسی»، ترجمه آرش اسلامی و علی نصیری اقدم، اقتصاد سیاسی، ش ۵ و ۶ (۱۳۸۶)، ص ۷۸.

86. Gunnar Myrdal



اجتماعی می‌داند.^{۸۷} با تأکید بر این توجیه، فرایند نظارت دادرس بر قرارداد نیز باید بر مبنای رفع تضاد منافع اقتصادی طرفین قرارداد باشد تا بتوان از نهاد قرارداد به‌عنوان مؤلفه‌ای در توسعه اقتصادی دفاع کرد. بی‌گمان قراردادی که به جای توزیع عادلانه ثروت به تجمع دارایی در یک طرف منجر شود، بازگشت قهقرایی به اقتصاد کلاسیک و فرایند بررسی رابطه انسان با کالا است.

بر مبنای نظریه یادشده، دادرس باید بین قرارداد با مطلوبیت نامطمئن یا ریسک‌پذیر و قرارداد با مطلوبیت مطمئن و ریسک‌گریز تفاوت قائل شود. قراردادی که ماهیت آن و مفاد تراضی طرفین نشان از ریسک‌گریزی و کسب منافع و مطلوبیت انتظاری دارد، اگر به سبب عوامل ارادی مانند تدلیس یا عدم ارائه اطلاعات درست یا غیرارادی مانند حوادث قهری یا تورم و افزایش قیمت‌ها به قراردادی ریسک‌پذیر تغییر وضعیت دهد مداخله دادرس قابل توجیه و امری ضروری است؛ چراکه اغلب مردم در مورد منافع و زیان‌ها یک احساس ترکیبی دارند و منافع مطمئن را بر منافع نامطمئن ترجیح می‌دهند. بر این اساس، دادرس نیز باید به اراده مفروض اقتصادی طرفین قرارداد بها دهد و تصمیم خود را معطوف به تحقق آن نماید. در مقابل، نسبت به قراردادی که ماهیت و مفاد آن دلالت بر ریسک‌پذیری طرفین دارد (مانند قراردادهای بیمه) باید اصل را بر عدم امکان مداخله دادرس قرار داد؛ چراکه طرفین تصمیم به کسب منافع و مطلوبیت ریسک‌پذیری گرفته‌اند و ارزش انتظاری بر مطلوبیت انتظاری ارجحیت دارد. با این حال، اصل عدم مداخله در چنین حالتی تا جایی معتبر خواهد بود که قرارداد به نهادی ضد ارزشی و حالت قمارمانند تبدیل نشود. در غیر این صورت به سبب معامله فاسد، تبادل عوضین و موضوع قرارداد نیز منتفی خواهد بود (ماده ۳۶۵ ق.م) و دادرس نمی‌تواند با توسل به اصل عدم مداخله به‌طور ضمنی بر صحیح بودن چنین قراردادی صحه گذارد. همچنین به این نکته نیز می‌توان اشاره کرد که در قراردادهای ریسکی، طرفین برای ریسک‌گریزی ممکن است از قیمت و مبلغ موردنظر بکاهند که در این وضعیت با دخالت دادرس تعادل اقتصادی قرارداد نیز برهم می‌ریزد.^{۸۸}

۸۷. جان ای الیوت، پیشین، ص ۷۱.

۸۸. رابرت کوتر و تامسن یولن، حقوق و اقتصاد، ترجمه یداله دادگر و حامده اخوان هزاوه، (تهران: پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نورعلم، چ ۴، ۱۳۸۹)، ص ۷۲.

همچنین در مواردی که دادرس با قراردادهایی مواجه است که به علت حوادث غیرقابل پیش‌بینی و قوه قاهره اجرا نشده باشند، باید مفهوم اقتصادی قوه قاهره مورد توجه قرار گیرد. مصداق حادثه غیرقابل پیش‌بینی در قرارداد بین اشخاص عادی به‌طور مسلم با مصداق آن در قرارداد بین شرکت‌های بزرگ متفاوت است. به عبارت دیگر، باید قضیه ریاضی «قانون اعداد بزرگ» مورد توجه قرار گیرد.^{۸۹} برای مثال، شرکت‌های بیمه قراردادهای خود را بر مبنای همین قضیه منعقد می‌کنند؛ به نحوی که به این نکته آگاه هستند که در ظرف مدت مشخص موضوع بیمه از قبیل سیل، زلزله یا آتش‌سوزی در یک شهر، استان یا کشور به احتمال بالاتری اتفاق خواهد افتاد و از این حیث، توسل به قوه قاهره معاف‌کننده مسئولیت شرکت بیمه نخواهد بود. درحالی که همین حوادث اگر نسبت به اشخاص عادی اتفاق بیفتد، چه‌بسا از میزان مسئولیت بکاهد یا مبرا سازد. جالب اینکه شرکت‌های بیمه نیز قرارداد خود را با علم به ریسک‌پذیری منعقد می‌کنند، چراکه احتمال اندکی وجود دارد که در جامعه موردنظر همه حوادث هم‌زمان اتفاق بیفتد که این امر موجب حداکثر شدن سود شرکت از طریق تجمیع حق بیمه‌های دریافتی خواهد بود.

نتیجه

از مجموع این نوشتار در خصوص مبانی کنترل قضایی بر قرارداد می‌توان به نتایج زیر اشاره داشت:

- در نگاه نخست، کنترل، نظارت یا مداخله در قراردادهای اشخاص مغایر با اصول حاکمیت اراده و آزادی اشخاص است و باید اصل را بر عدم مداخله بنا نهاد. با این حال، در برخی مواقع صحه گذاشتن بر توافق اشخاص به جهت عدم تعادل اقتصادی یا وضعیت طرفین قرارداد به نتایج ناعادلانه‌ای منجر می‌شود که با تمسک به برخی مبانی می‌توان بر این اعتقاد بود که دادرس در مقام رسیدگی به اختلاف بتواند قرارداد را تعدیل یا برخی از مفاد آن را ابطال نماید.

- در خصوص مبانی فلسفی می‌توان به نتیجه‌گرایی، عمل‌گرایی و وظیفه‌گرایی اشاره

۸۹. رابرت کوترو و تامسن یولن، پیشین، ص ۷۲.

کرد. بر اساس نتیجه‌گرایی، آثار و نتایج اعمال و رفتارهای اشخاص، محور بررسی است. از آنجایی که هدف قواعد حقوقی نیز پی‌ریزی نظم اجتماعی است، افعال و اعمال اشخاص نیز در صورتی که در راستای این هدف والا باشد شایسته پذیرش است و در غیر این صورت باید مسیر انحرافی را به مسیر درست و برای رسیدن به همان هدف تصحیح کرد.

در عمل‌گرایی نیز مشابه نتیجه‌گرایی، به نتایج عملی افکار و اعمال توجه می‌شود؛ با این تفاوت که نتیجه‌گرایی به صورت عام و از دور به نتایج و آثار نظر دارد، اما پراگماتیسم به نتایج عملی رفتار اشخاص که به کدام نتیجه منجر می‌شود توجه دارد. به عبارت دیگر، نتایج عینی و نزدیک کنش و واکنش اشخاص مورد توجه است. مهم‌ترین ویژگی که بر این دو مبنا می‌توان بیان داشت اینکه حقیقت با گذر زمان و تغییر مکان متغیر است و واقعیت و حقیقت وابسته به زمان و مکان هستند و با تغییر متغیرها، احکام و توابع نیز تغییر می‌یابند. بر این اساس، قواعد حقوقی نیز با تغییر زمان و مکان و به‌طور کلی تغییر وضعیت عادی حاکم بر وضع قواعد یادشده باید دستخوش دگرگونی شود و نباید با تغییر متغیرها بر ثابت ماندن احکام اصرار داشت.

بر مبنای وظیفه‌گرایی که نظریه‌ای مقابل دو مبنای اخیر است، نفس و ذات عمل اشخاص در اولویت است. نتایج نیکو و عادلانه با اعمال نیک حاصل می‌شود و از عمل ناشایست و بد نمی‌توان انتظار حصول نتیجه عادلانه را داشت. به عبارت دیگر، نظریه وظیفه‌گرایی اعمال اشخاص را از «درون به بیرون» مورد سنجش قرار می‌دهد؛ برخلاف دو مبنای گذشته که اعمال را از «بیرون به درون» می‌نگریستند. در قراردادی که از ابتدا یکی از طرفین با توجه به محتویات آن به دنبال سوءاستفاده و تحمیل دیدگاه خود به طرف مقابل است، مسلماً نمی‌توان انتظار نتیجه عادلانه از آن قرارداد داشت و بی‌شک با اهداف حقوق قراردادهای فرسنگ‌ها فاصله دارد.

- امروزه قراردادها، به‌خصوص قراردادهای مالی و مغاینه‌ای، محور مباحث علم حقوق و اقتصاد است؛ موضوعی که در گذشته برای آن اهمیتی قائل نبودند. از این حیث در خصوص مبانی اقتصادی می‌توان به نظریه مزیت نسبی و تئوری نااطمینانی و ریسک اشاره کرد. نظریه «مزیت نسبی» که در حوزه تجارت بین‌الملل ارائه شده است به دنبال توجیه افزایش

بهره‌وری با تخصیص مکان تولید کالا و ارائه خدمات در بستر جغرافیایی است. با توجه به این نظریه می‌توان آن را در اقتصاد خرد و در روابط حقوقی اشخاص خصوصی نیز جاری دانست. همه اشخاص قادر به برطرف ساختن نیازهای خود نیستند و از این جهت نیازمند تعامل با دیگران و استفاده از تخصص و دارایی‌های دیگری هستند. در صورتی که اشخاص به هدف خود از قرارداد و تعامل با دیگران دست نیابند می‌توان قرارداد یادشده را از نظر اقتصادی زیر سؤال برد و به دنبال راهی برای افزایش کارایی آن بود. برخی اقتصاددانان معتقدند قوانین مربوط به توزیع ثروت برخلاف قوانین مربوط به تولید با مؤلفه‌های اجتماعی ارتباط تنگاتنگی دارند و باید ساختار اجتماعی و رعایت نظم اجتماعی نیز لحاظ شود. قرارداد نیز به عنوان نهادی مربوط به حوزه توزیع ثروت باید در این مسیر حرکت کند و در صورتی که به تجمیع منافع حاصل از آن در یکی از طرفین قرارداد منجر گردد مغایر با نظم اجتماعی تلقی می‌شود.

بر مبنای تئوری نااطمینانی و ریسک، تصمیم‌گیری اشخاص با در نظر گرفتن نتایج اجتماعی و اقتصادی و سنجش آنها صورت می‌گیرد. ریسک به این معنی است که یک تصمیم به نتایجی منجر می‌شود که به طور دقیق قابل پیش‌بینی نیستند. اما نااطمینانی به وضعیتی اطلاق می‌شود که نتایج قابل پیش‌بینی است، ولی احتمالات آن مشخص نیست. برخی اقتصاددانان معتقدند از آنجایی که بین افراد جامعه تضاد منافع وجود دارد، اداره جامعه از سوی دولت باید بر مدار مدیریت و رفع چنین تضادهایی استوار گردد.

بر این مبنا، طبیعتاً باید جلوی خودکامگی فردی ایستاد که حتی ممکن است با توسل به توافق و قرارداد حاصل شده باشد. از این حیث، دادرس نیز به عنوان نماینده دولت (در مفهوم عام) می‌تواند برای رفع تضاد منافع اقتصادی طرفین قرارداد و با هدف تحقق نظم اجتماعی بر قرارداد نظارت داشته باشد یا در آن مداخله نماید.

ویژگی مشترک همه مبانی، برابر ساختن نسبی موقعیت طرفین قرارداد است تا به هدف غایی و نهایی قرارداد که همانا توزیع عادلانه ثروت است منجر شود. بنابراین با توسل به مبانی یادشده می‌توان اختیاری برای دادرس در نظارت و کنترل قرارداد قائل شد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

– کتاب‌ها

۱. استیس والتر ترنس (۱۳۸۰). *گزیده‌ای از مقالات استیس*، ترجمه عبدالحسین آذرنگ، تهران: کتاب هرمس.
۲. اسمیت، آدام (۱۳۹۷). *ثروت ملل*، ترجمه سیروس ابراهیم زاده، تهران: پیام.
۳. انصاری، مهدی (۱۳۹۳). *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*، تهران: جاودانه جنگل.
۴. تروپه، میشل (۱۳۹۰). *فلسفه حقوق*، ترجمه: مرتضی کلانتریان، تهران: آگه.
۵. تفضلی، فریدون (۱۳۹۴). *تاریخ عقاید اقتصادی*، از افلاطون تا دوره معاصر. تهران: نی.
۶. هاجون، چانگ (۱۳۹۸). *اقتصاد: راهنمای کاربری*، مترجمان محمدرضا فرهادی‌پور، امیدرضا فرهادی‌پور، تهران: فرهنگ صبا.
۷. شاکری، عباس (۱۳۸۷). *اقتصاد کلان: نظریه‌ها و سیاست‌ها*، تهران: نویسا.
۸. علیزاده، عبدالرضا (۱۳۹۴). *مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق*، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری انتشارت سمت.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). *حقوق مدنی؛ اموال و مالکیت*، تهران: میزان.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). *فلسفه حقوق*، تهران: گنج دانش.
۱۱. کوتر، رابرت و یولن، تامسن (۱۳۸۹). *حقوق و اقتصاد*، ترجمه یداله دادگر و حامده اخوان هزاوه، تهران: پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و نورعلم.
۱۲. گنسلر، جی، هری (۱۳۸۷). *درآمدی جدید به فلسفه اخلاق*، ترجمه حمیده بحرینی، تهران: آسمان خیال: نقد قلم.
۱۳. منشی، نصرالله (۱۳۷۴). *ترجمه کلیله و دمنه*، تصحیح و توضیح مجتبی مینوی، تهران: امیرکبیر.
۱۴. وبلن، تورستین (۱۳۸۳). *نظریه طبقه مرفه*، ترجمه فرهنگ ارشاد، تهران: نی.
۱۵. هابز، توماس (۱۳۹۶). *لویاتان*، ترجمه: حسین بشیریه، نی.
۱۶. هاشمی، محمد (۱۴۰۰). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: میزان.

– مقالات

۱۷. اترک، حسین. (۱۳۸۹). وظیفه گرایی اخلاقی. *اخلاق در علوم و فناوری*، ۵(۱-۲)، ۳۵-۲۷.
۱۸. اسلاملوپیان، کریم (۱۳۹۴). بررسی نظریه سود نئوکلاسیکی و مقایسه آن با دیدگاه اسلامی. *جستارهای اقتصادی ایران*، ۱۲(۲۴)، ۲۸-۱.
۱۹. البوت، جان ای (۱۳۸۶). نهادگرایی به عنوان رهیافتی به اقتصاد سیاسی، مترجمان: آرش اسلامی و علی نصیری اقدم. *اقتصاد سیاسی*، ۲(۵-۶)، ۹۲-۶۳.
۲۰. توحید فام، محمد، (۱۳۹۱). تلازم آزادی و حکومت قانون در اندیشه هایک. *مطالعات روابط بین الملل*، ۵(۱۸)، ۷۳-۴۷.
۲۱. جلیلی مقدم، مجتبی (۱۳۸۹). بررسی سودگرایی بنّام. *معرفت*، ۱۹(۱۲)، ۱۲۱-۱۰۹.
۲۲. محسنی، حسن (۱۴۰۰). استناد سرخودِ دادرس به جهت بطلانِ قرارداد؛ نمودِ هنرِ آیینِ دادرسی با اجرای اصل تقابلی بودنِ دادرسی. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۲(۲۳)، ۱۵۳-۱۳۵. Doi: 10.22034/law.2021.42597.2752
۲۳. حمیدزاده، احمد و صالحی مازندرانی، محمد (۱۳۹۹). ماهیت و شرایط تحول قرارداد. *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۱(۲۰)، ۱۴۰-۱۱۲. Doi: 10.22034/law.2020.12359
۲۴. خاندوزی، احسان (۱۳۸۶). معیارهای اقتصادی در قانونگذاری نوین. *مجلس و راهبرد (مجلس و پژوهش)*، ۱۳(۵۴)، ۲۷۹-۲۹۶.
۲۵. خدابنده لو، سیما، متوسلی، محمود، نیکونستی، علی و رستمیان، علی (۱۳۹۵). تأملی بر مکتب اتریش: پیدایش و تحول آن. *توسعه کارآفرینی*، ۹(۳)، ۴۷۲-۴۵۳. Doi: 10.22059/jed.2016.60121 32
۲۶. رضانی باصری، عباس و میرفردی، اصغر (۱۳۹۳). تبیین نهادگرایی و گرایش آن به توسعه. *اقتصادی*، ۱۴(۳-۴)، ۱۲۱-۱۳۸.
۲۷. زاهدطلبان، علی، اشرفی، یکتا و خداپرست، مهدی، (۱۳۹۲). مروری بر مبانی انتقادی نظریه تعادل عمومی اقتصاد نئوکلاسیک. *سیاست‌های مالی و اقتصادی*، ۱(۴)، ۱۳۰-۱۱۱.
۲۸. سلیمی، عبدالکریم (۱۳۸۹). پراگماتیسم و پیامدهای آن در حقوق. *معرفت*، ۱۹(۷)، ۳۱-۴۲.
۲۹. شهابی، مهدی. (۱۳۹۰). فرآیند اجتماعی شدن حقوق و تأثیر آن بر نظام حقوقی. *حقوق*، ۴۱(۱)، ۲۷۷-۲۵۹. Doi: 20.1001.1.25885618.1390.41.1.15.3

۳۰. علیزاده، عبدالرضا (۱۳۹۸). روش تحلیل فلسفی ارسطویی و توماسی در حقوق قراردادها. *روش‌شناسی علوم انسانی*، ۲۵ (۱۰۱)، ۸۹-۱۱۱.

Doi: 10.30471/mssh.2020.6777.2080

۳۱. قنوتی، جلیل و غلامعلی تبار فیروز جایی، امید (۱۳۹۷). مبنای فلسفه تحقق قرارداد. *اعتقادی-کلامی*، ۸ (۳۱)، ۱۵۵-۱۷۴.

۳۲. مقدری امیری، عباس و عسکری، حکمت‌اله (۱۳۹۴). تعدیل قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران. *فقه و حقوق اسلامی*، ۱۱ (۴۱)، ۱۶۲-۱۴۵.

Doi: 20.1001.1.26455013.1394.11.41.7.6.

۳۳. موحدی، محمد جواد (۱۳۸۹). بررسی رابطه وظیفه‌گرایی با نتیجه‌گرایی، *پژوهش‌های فلسفی*. ۲۱۶ (۴)، ۱۵۵-۱۷۹.

- Books

34. Atamer, M.Yeşim; Pichonnaz Pascal, (2020), *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts*, Switzerland: Springer.
35. Cardozo, Benjamin N. (1921), *The Nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press.
36. Darwall, Stephen. (2003), *Deontology*, First Edition, London: Blackwell Publishing.
37. Holmes, Oliver Wendell, (1881), *The common Law*, Boston: Little, Brown and Company.
38. L. Kauffman and E. Macdonald, (2004). “*The Law of Contract*”, 5th edition, New Yourk, Oxford University Press
39. Shackle G.L.S., (1972), *Epistemics and Economics: a Critique of Economic Doctrines*, New York: Routledge.
40. Slapper, Gary; Kelly, David (2016), *The English legal system*, London, Routledge.
41. Treitel, Guenter, (2003), *The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell.
42. Tuori, Kaarlo. (2002). “*Legislative Beetween Politics and Law*”, in Wintgens, Luc, *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, London: Oxford Hart Publishing.

- Articles

43. Goldstein, Joel K. (2018). The Nature of the Judicial Process: The Enduring Significance of a Legal Classic a Legal Classic, *Touro Law Review*, 34(1). 159-182.
44. Pargendler, Mariana. (2018), "The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide", *The Yale Journal of International Law*, 43(1). 143-189. doi: 10.2139/ssrn.2848886.



University of Tabriz

Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 33

Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 291-318

Cognitive and Comparative Analysis of the Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules

Nader Velaei¹

1. PhD in Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Iran

nader.vellaei@gmail.com

Abstract

Usually, in the international transportation of goods, the carrier uses various forms to transport, an important part of which is carried by sea, and this causes to governing the several conventions in the legal relationship between the shipper and the carrier. The Rotterdam rules have been set up with the aim of harmonizing the rules governing transportation which the carriage of goods by sea is the one forms of transporting process. The regulations have chosen the "door to door" regime. Persons who performing or undertake the obligations on behalf of the carrier or under his supervision in the port to port area are the same as the carrier in terms of liability and defense conditions, and these persons are called the maritime performing party. The possibility of direct action is an improvement in comparing with prior rules. The present research is an attempt to know what is the performing parties and the rules of them.

Keywords: *International carriage, Performing party, Himalaya protection, Carrier, maritime transport.*

Received: 2022/11/26 Received in revised form: 2023/08/01 Accepted: 2023/09/11 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.54254.3206

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



تحلیل شناختی - تطبیقی طرف مجری دریایی در مقررات روتردام

نادر ولانی^۱

nader.vellaei@gmail.com

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ایران

چکیده

معمولاً در فرایند حمل و نقل بین‌المللی، شیوه‌های حمل و نقل مختلفی برای رساندن کالا به مقصد استفاده می‌شود و در چنین شرایطی بخش مهمی از حمل و نقل، از طریق دریا صورت می‌گیرد و کنوانسیون‌های متعددی حسب نوع حمل و نقل (جاده‌ای، ریلی، دریایی و...) در روابط حقوقی بین فرستنده و متصدی حمل حاکم است. مقررات روتردام با هدف یکسان‌سازی قواعد حاکم بر حمل و نقل‌هایی که بخشی از آن حمل دریایی است، تنظیم شده است. مقررات یادشده نظام «درب تا درب» را به‌منظور حاکمیت قواعد واحد انتخاب کرده است. اشخاصی در این محدوده با درخواست یا نظارت و کنترل متصدی حمل، اجرای تعهداتی را از جانب متصدی حمل برعهده می‌گیرند. وضعیت حقوقی این اشخاص در مقایسه با کنوانسیون‌های قبلی، به نحو متفاوتی در مقررات روتردام تبیین شده است. هر شخصی که تعهدات متصدی حمل را برعهده بگیرد «طرف مجری» است، ولی صرفاً «طرف مجری دریایی» تابع مقررات روتردام بوده، مسئولیت و شرایط معافیت یکسانی با متصدی حمل دارد؛ به همین دلیل می‌توان علیه طرف مجری دریایی مستقیماً و بر اساس مقررات روتردام طرح دعوی نمود، درحالی که در مورد طرف مجری چنین نیست. مهم‌ترین وجه تمایز طرف مجری دریایی این است که چنین شخصی تعهدات متصدی حمل را در حوزه جغرافیایی محدودتری (بندر تا بندر) عهده‌دار می‌شود و این تعهدات در ارتباط مستقیم با تعهدات اصلی متصدی حمل است. امکان طرح دعوی مستقیم علیه طرف مجری دریایی در مقایسه با مقررات سابق، یک پیشرفت محسوب می‌شود. در کنار چنین وضعیتی طرف مجری دریایی با اینکه جزء طرفین قرارداد حمل و نقل نیست، می‌تواند از شرایط معافیت مسئولیت متصدی حمل در قرارداد حمل منتفع شود. پژوهش حاضر تلاشی برای شناخت طرف مجری دریایی و شرایط مسئولیت و معافیت وی به‌عنوان نهادی نوپا است.

واژگان کلیدی: حمل و نقل بین‌المللی، حمل و نقل دریایی، شرط حمایتی هیمالیا، طرف مجری، متصدی حمل.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۵/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.54254.3206

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

مقدمه

از شاخه‌های مهم تجارت بین‌الملل، حمل و نقل بین‌المللی کالا است که اغلب از سوی کنوانسیون‌های مصوب سازمان ملل متحد، مقررات این حوزه تجاری تنظیم می‌گردد. با توجه به ظرفیت‌های موجود و حجم بالای حمل و نقل دریایی کالا، همواره توجه به مقررات مصوب در این زمینه بیش از سایر روش‌های حمل بین‌المللی بوده است. در این زمینه کنوانسیون بروکسل در سال ۱۹۲۴ تصویب شد و فراگیری خوبی پیدا کرد و اصلاحیه‌های مهمی نسبت به آن در سال‌های ۱۹۶۸ و ۱۹۷۹ وارد شد که نام کنوانسیون هم به قواعد لاهه - ویزیبی^۱ تغییر یافت. کنوانسیون هامبورگ در سال ۱۹۷۸ همسو با پیشرفت‌های حمل و نقل، مقرراتی وضع کرد، ولی با اقبال زیادی مواجه نشد. تغییر در رویه طرفین قراردادی، کاتینرسازی حمل و نقل، افزایش اسناد الکترونیکی حمل و نقل و نیز عوامل دیگری موجب شد که تنظیم کنوانسیون پیشرفته‌ای در دستور کار سازمان ملل متحد قرار گیرد؛ به این منظور مذاکرات مقررات روتردام^۲ از سال ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۸ طول کشید و به‌طور رسمی در سال ۲۰۰۹ مقررات روتردام به امضا رسید.^۳ در آن زمان، ۲۴ کشور که دارای ۲۵ درصد تجارت جهانی بودند این کنوانسیون را امضا کردند.^۴

نگرانی‌های زیادی در خصوص کنوانسیون جدید به‌ویژه احتمال تعارض با دیگر کنوانسیون‌های بین‌المللی حمل و ابهامات در مورد تعبیر جدید وجود دارد. هدف عمده این کنوانسیون، یکسان‌سازی حقوق حمل و نقل بین‌المللی است، ولی همین هدف موجب به‌وجود آمدن برخی ابهامات در آینده قابل تصور کنوانسیون شده است. درحالی که برای لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون لازم است بیست کشور آن را تصویب کنند، ولی حد نصاب لازم محقق نشده است و حتی کشورهای امضاکننده کنوانسیون به دیده تردید به این کنوانسیون

1. Hague-Visby

۲. کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد قراردادهای حمل بین‌المللی کالا که تمام یا بخشی از حمل از طریق دریا است (به اختصار با عنوان مقررات روتردام از آن یاد می‌شود. در این مقاله نیز همین عنوان برای کنوانسیون یادشده مورد استفاده است).

United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea.

3. Nikola, Mandić, & Vesna, Wolff, "Maritime Performing Party under the Rotterdam Rules 2009", TOMS, No. 2 (2015), p. 132.

4. Cécil, Legros, "Relations Between the Rotterdam Rules and the CMR" Tulan Maritime LAW JOURNAL, Vol. 36, (2012), p. 726.

می‌نگرند و از تصویب آن امتناع می‌کنند.^۵ یکی از عواملی که موجب تردید کشورها برای پذیرش و تصویب مقررات روتردام شده، وضع مقرراتی نسبت به پیمانکاران فرعی با عنوان «طرف مجری دریایی»^۶ است. پیش‌بینی این مفهوم و نظام بخشیدن به آن در راستای یکسان‌سازی مقررات حمل و نقل بوده است. مثلاً در انتقال کالا از برلین تا تهران، اگر قرارداد حملی بین فرستنده^۷ و متصدی حمل^۸ منعقد شود، حمل و نقل کالا با اشکال مختلف حمل مواجه خواهد بود که بخشی از آن ممکن است حمل دریایی باشد؛ در نتیجه علاوه بر طرف‌های اصلی قرارداد، اشخاصی در این فرایند نقش فعالی دارند که به‌نوعی پیمانکاران ثانویه‌اند که فاقد رابطه قراردادی مستقیم با فرستنده کالا هستند، ولی به‌گونه‌ای تعهدات متصدی حمل را عهده‌دار شده‌اند. نظام بخشیدن به شرایط مسئولیت این افراد برای نخستین بار در سال ۱۹۶۱ در کنوانسیون گوادالاخارا^۹ که در باب حمل و نقل هوایی است، پیش‌بینی شد. در سال ۱۹۷۴ این رویه در زمینه حمل و نقل دریایی و در کنوانسیون آتن (مسئولیت در قبال حمل مسافر و محموله مسافر) و در سال ۱۹۷۸ در مقررات هامبورگ (مسئولیت در قبال حمل کالا) ادامه یافت.^{۱۰} در مقررات روتردام فرض بر این است که متصدی حمل می‌تواند اجرای تعهدات خود را طی یک قرارداد حمل به یک پیمانکار ثانویه تفویض کند؛ هرچند این تفویض اجرای تعهدات، تأثیری بر مسئولیت متصدی ندارد، زیرا متصدی در صورت هرگونه نقض تعهدات مسئول خواهد بود، حتی اگر این تعهدات به‌واسطه فعل یا ترک فعل از سوی طرف مجری یا افراد تحت استخدام رخ داده باشد.

سؤالاتی که در این مقاله کوشش شده به آنها پاسخ داده شود، چنین است: طرف مجری دریایی بر اساس چه معیارهایی از متصدی حمل دریایی و سایر افراد دخیل در حمل و نقل تمییز داده می‌شود؟ مؤلفه‌های مفهومی و مصادیق متداول طرف‌های مجری دریایی

5. Nikola, Mandić, & Vesna, Wolff, *Ibid*, p. 133.

6. Maritime Performing Party

7. Shipper

8. Carrier

9. Convention, Supplementary to the Warsaw Convention, for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air Performed by a Person Other than the Contracting Carrier

10. Stefano, Zunarelli, "The Carrier and the Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules", *Uniform Law Review*, Vol. 14, No. 4 (2009), p. 1011.

کدام‌اند؟ مبنای تسری معافیت‌های قراردادی متصدی حمل به طرف مجری دریایی چیست؟ (درحالی که طرف مجری دریایی جزء طرفین قرارداد حمل نیست).

اگرچه مقررات روتردام فاصله زیادی با لازم‌الاجرا شدن دارد، ولی شناخت مفهوم «طرف مجری دریایی» و بررسی شرایط مسئولیت قراردادی و قانونی آن در نظام حمل و نقل دریایی ضروری است، زیرا تلاش کشورها برای هماهنگی و تصویب مقرراتی جامع ادامه خواهد یافت و تجربه‌های موفق و ناموفق مقررات پیشین در جلب اعتماد سایر کشورها در مقررات جدید احتمالی مورد توجه خواهد بود. در مقاله پیش رو در ابتدا به تشخیص متصدی حمل و تمایز وی از طرف مجری دریایی خواهیم پرداخت و سپس تحلیل مفهومی و مصداقی طرف مجری دریایی ارائه می‌شود و در نهایت شرایط مسئولیت و معافیت قراردادی طرف مجری دریایی بررسی خواهد شد.

۱. تشخیص متصدی حمل

شناسایی مفهوم طرف مجری دریایی و تمییز آن از متصدی حمل، بستگی به شناخت مفهوم متصدی حمل دارد. تا زمانی که متصدی حمل تعریف نشده باشد نمی‌توان مفهوم آن را از طرف مجری دریایی تمییز داد. متصدی حمل در مقررات روتردام یکی از طرف‌های اصلی حمل و نقل دریایی است. در صورت وجود آسیب به محموله یا تأخیر در وصول محموله، گیرنده کالا به‌عنوان ذی‌نفع اصلی، برای استیفای حقوق خود ابتدا در صدد شناسایی متصدی حمل و نقل است تا علیه وی طرح دعوی نماید. این مهم در نگاه نخست ساده به نظر می‌رسد ولی در عمل، تشخیص متصدی حمل با مشکلاتی مواجه است و از این رو اهمیت شناخت طرف مجری دریایی بیشتر می‌شود، زیرا همان‌طور که در بخش‌های آتی بررسی خواهد شد، طرف مجری دریایی با متصدی حمل و نقل، مسئولیت تضامنی دارد و اگر حتی متصدی حمل شناسایی نشود، طرف مجری دریایی با همان شرایط متصدی، در مقابل ذی‌نفع مسئول است. از طرف دیگر، تشخیص طرف مجری دریایی نسبت به متصدی حمل به مراتب آسان‌تر است، زیرا با معیارهای عینی تشخیص داده می‌شود.

۱.۱. تعریف متصدی حمل

ماده یک مقررات روتردام به تعریف مفاهیم مهم پرداخته و بند پنج به تعریف متصدی حمل اختصاص یافته است. بر اساس مقررۀ یادشده، متصدی حمل به شخصی اطلاق می‌شود که برای حمل کالا با یک فرستنده، قرارداد حمل منعقد می‌کند. بند هشت ماده یک، فرستنده را شخصی معرفی کرده است که با متصدی حمل، قرارداد حمل منعقد می‌کند. این زنجیره، در تعریف قرارداد حمل هم ادامه یافته، قرارداد حمل به قراردادی بین متصدی حمل و فرستنده اطلاق می‌شود. تصور نویسندگان مقررات روتردام چنین بوده است که در یک قرارداد حمل، یک متصدی حمل قراردادی وجود دارد.^{۱۱}

بر اساس ماده یک قواعد لاهه-ویزی، متصدی حمل و نقل، مالک یا اجاره‌کننده کشتی است که قرارداد حمل را با فرستنده منعقد می‌کند. مقررات هامبورگ در ماده یک مفهوم گسترده‌تری را در شناسایی متصدی حمل به کار برده است، زیرا شامل هر شخصی می‌شود که با فرستنده قرارداد حمل منعقد می‌کند؛ چه مالک کشتی باشد، چه اجاره‌کننده و چه غیر از آنها. همین رویه در مقررات روتردام هم لحاظ شده است. این گستردگی مفهوم با قبول این واقعیت است که متصدی حمل ممکن است مراحل حمل را از طریق اشخاص دیگری اجرا نماید. بر اساس مقررات روتردام، شخص متصدی، فارغ از ارتباط با کشتی است.^{۱۲}

۱.۲. مشکلات تشخیص متصدی حمل

در قواعد لاهه-ویزی مقررات صریحی در خصوص تشخیص متصدی حمل وجود نداشت و این باعث شده بود دادگاه‌های کشورهای عضو رویه‌های مختلفی درباره تشخیص متصدی حمل برگزینند. پیشرفت‌هایی در مقررات روتردام برای تشخیص متصدی حمل به وجود آمده و به نوعی در تأیید رویه‌های موجود، سه راهکار پیش‌بینی شده است؛ در وهله نخست، اگر نام متصدی در اسناد حمل قید شود هرگونه پیش‌بینی متضاد آن در اسناد دیگر

11. Kerim, Atamer & Gunyet Suzel, "Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Identity of the Carrier", Meltem Deniz & Guner Ozbek, *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (Istanbul: Springer, 2011), p. 159.

12. Nikola, Mandić, & Vesna, Wolff, *Ibid*, p. 133.



قابل استناد نیست (بند یک ماده ۳۷). در صورت فقدان نام متصدی در اسناد حمل، نوبت به راهکار دیگر می‌رسد، بر این اساس، مالک ثبت‌شده کشتی متصدی حمل فرض شده است، مگر اینکه وی اثبات نماید کشتی در زمان حمل تحت قرارداد اجاره بدون خدمه قرار داشته است (بند دوم ماده ۳۷). در بند سوم ماده ۳۷ مقررات روتردام این امکان برای ذی‌نفع وجود دارد که اثبات کند شخص دیگری غیر از افراد پیش‌گفته متصدی است و علیه وی طرح دعوی نماید. حالات یادشده در ماده ۳۷ مقررات روتردام را به ترتیب متصدی تعیین‌شده، متصدی فرض‌شده و متصدی اثبات‌شده، می‌نامند.^{۱۳}

با وجود راهکارهای یادشده، تشخیص متصدی حمل همیشه آسان نیست. مطابق با بند یک ماده ۳۹ مقررات روتردام، فقدان اطلاعات مربوط به متصدی حمل در سند حمل، اعتبار سند را از بین نمی‌برد. از آنجا که گیرنده کالا اغلب از طرفین قرارداد حمل نیست، شناسایی متصدی حمل دشوار می‌شود. در فروشی که بسیار نیز متداول است، اگر متصدی حمل با واسطه‌هایی که شامل نمایندگان متعدد می‌شود فعالیت خود را اجرایی نماید و واسطه‌ها هویت مدیر خود را فاش نکنند مشکلات شناسایی متصدی حمل نمایان می‌شود. مثلاً اگر شخصی کشتی را در کشور پاناما ثبت کند و کشتی را در اسپانیا اجاره دهد و شرکت اسپانیایی کشتی را بدون خدمه به شرکت فرانسوی اجاره دهد و متعاقباً شرکت فرانسوی با یک آژانس انگلیسی قراردادی جهت انجام بارگیری در بندر منعقد کند، این مسئله قابل طرح است که اگر نماینده در برنامه صادرشده مشخصات متصدی را ننویسد تشخیص متصدی چگونه خواهد بود^{۱۴}؟ علاوه بر این، ابهامات دیگری نیز وجود دارد که حل نشده است، مثلاً در خصوص تعیین نام متصدی در اسناد حمل، آیا صرف قید نام متصدی حمل، کافی است یا امضای اسناد از سوی شخص تعیین‌شده ضروری است^{۱۵}؟ از طرفی در خصوص متصدی فرض‌شده ممکن است مالک و مستأجر کشتی، هم‌زمان کشتی را به‌عنوان مالک و مستأجر ثبت کرده باشند. آیا در این حالت، فرض متصدی حمل نسبت به دو

13. Kerim, Atamer, & Gunyet Suzel, *Ibid*, p. 160.

14. *Ibid*, p 160.

۱۵. در رژیم جدید حمل و نقل دریایی (ucp600) ممکن است انتظارات معقول تجاری یا رویه تجاری موجود مغایر با نام تعیین‌شده برای متصدی حمل باشد.

شخص خواهد بود؟ دربارهٔ متصدی حمل اثبات‌شده ابهامات اساسی‌تری وجود دارد؛ بر اساس ساختارهای متفاوت نظام‌های حقوقی این امکان وجود دارد که تشخیص متصدی حمل متفاوت و سلیقه‌ای شود، از طرف دیگر این مسئله پیش می‌آید که آیا مدعی خسارت می‌تواند هم‌زمان علیه متصدی تعیین‌شده، فرض‌شده و اثبات‌شده، طرح دعوی نماید؟^{۱۶}

۲. مفهوم طرف مجری دریایی

۲.۱. محدودهٔ اعمال مقررات روتردام

در خصوص تحلیل طرف مجری دریایی، اولین موضوعی که باید مورد نظر باشد دلایل تعیین این مفهوم است. همان‌طور که گفته شد، مقررات روتردام با اشراف به این مسئله تنظیم شده که بیشتر حمل و نقل‌های دریایی، بخشی از یک قرارداد حمل چندوجهی هستند؛ از این رو، خواستهٔ تنظیم‌کنندگان مقررات این بوده که متصدی حمل بر اساس یک رژیم واحد، تابع مسئولیت و معافیت‌های مشخص باشد. به این سبب، برخلاف قواعد لاهه-ویزیبی که محدودهٔ چنگک تا چنگک^{۱۷} و مقررات هامبورگ که محدودهٔ بندر تا بندر^{۱۸} را شامل می‌شد، مقررات روتردام محدودهٔ بیشتری را شامل شده و بر اساس بند یک مادهٔ ۱۲ مقررات روتردام، مسئولیت متصدی حمل از زمان تحویل تا تخلیه^{۱۹} تعیین شده است.^{۲۰} به این ترتیب هرچند متصدی حمل در محدودهٔ حمل غیردریایی و از سوی افراد دیگری بخشی از حمل و نقل چندوجهی را اجرا کند، همچنان بر اساس مقررات روتردام مسئول خواهد بود. همین مسئله باعث می‌شود تا وضعیت حقوقی اشخاصی که تعهدات حمل دریایی و غیردریایی متصدی را اجرا می‌کنند حائز اهمیت شود. چنین اشخاصی نوعاً پیمانکاران ثانویه‌ای هستند که برخی از آنها مشابه متصدی حمل و بر اساس مقررات روتردام مسئول خواهند بود.

16. Stefano Zunarelli, *Ibid*, p. 1015.

17. Tackle-to-Tackle

18. Port-to-Port

19. Door-to-Door

20. Michael F. Sturley, "General Principles of Transport Law and the Rotterdam Rules" Meltem Deniz & Guner Ozbek, *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (Istanbul: Springer, 2011), pp. 78-79.

۲.۲. تعریف طرف مجری دریایی

پیمانکاران فرعی به دو گروه تقسیم شده‌اند؛ پیمانکارانی با عنوان «طرف مجری»^{۲۱} و پیمانکارانی با عنوان «طرف مجری دریایی» که صرفاً طرف‌های مجری دریایی از حیث مسئولیت مشمول مقررات روتردام می‌شوند. تعریف طرف مجری دریایی در بند هفت ماده یک مقررات روتردام آمده است؛ تعریفی که در وهله نخست مبتنی بر تعریف طرف مجری است که در بند شش ماده یک، مفهوم ایجابی و سلبی دارد؛ طرف مجری به شخصی غیر از متصدی حمل اطلاق می‌شود که به موجب قرارداد، متعهد به انجام یکی از تعهدات متصدی حمل در مورد دریافت، بارگیری، جابه‌جایی، چیدمان، حمل، مراقبت، تخلیه و یا تحویل کالا شود یا آن تعهد را انجام دهد، تا حدودی که چنان شخصی به صورت مستقیم و غیرمستقیم، بنابه درخواست یا تحت نظارت و کنترل متصدی حمل عمل کند. «طرف مجری دریایی» اشخاصی محسوب می‌شوند که مجموعه‌ای کوچک‌تر از طرف مجری است. طبق بند هفت همان ماده، طرف مجری دریایی شخصی است که هر یک از تعهدات متصدی حمل در طول مدت بارگیری کالا در بندر مبدأ و ارسال کالا تا تخلیه در بندر مقصد را اجرا کند یا متعهد به اجرای آن شود. براساس بند یک ماده ۱۹ از حیث مسئولیت صرفاً طرف مجری دریایی تابع مقررات روتردام است.^{۲۲}

در زمان تنظیم مقررات روتردام، دو دیدگاه برای محدودیت و مشخص شدن طرف مجری دریایی وجود داشت؛ دیدگاهی که بر اساس نوع فعالیت^{۲۳} طرف مجری دریایی بود و دیدگاهی که معیار جغرافیایی را برای این تفکیک پیشنهاد می‌داد. درنهایت معیار دوم پذیرفته شد، به نحوی که طرف مجری دریایی تعهداتی را در محدوده بندر تا بندر عهده‌دار می‌شود.^{۲۴}

21. Performing Party

22. Frank, Smeele, "The Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules 2009", European Journal of Commercial Contract law, (2010), pp. 78-79.

23. Functional

۲۴. متأسفانه در این مقررات، مانند مقررات هامبورگ، بندر تعریف نشده است و این موضوع می‌تواند موجب بروز مشکلاتی شود؛ چنان‌که قبلاً هم در موارد عملی، همچون وصول کالا به بندر، ابهام در مفهوم بندر موجب بروز اختلافاتی شده بود.

Nicholas, Bond, "The Maritime Performing Party and the Scope of the Rotterdam Rules", Australian and New Zealand Maritime Law Journal, No. 95, (2014), p. 109.

در زمان تصویب مقررات روتردام، کمیته بین‌الملل دریایی که به اختصار CMI^{۲۵} نامیده می‌شود پیش‌نویس مقررات روتردام را تنظیم و بدون اشاره به تفکیک طرف مجری دریایی و طرف مجری غیردریایی، نظام Door-to-Door را تعیین کرده بود و به این ترتیب کلیه اشخاص دخیل در حمل و نقل، فارغ از محدوده جغرافیایی اجرای تعهد، تابع مقررات روتردام می‌شدند و کافی بود تعهدات متصدی حمل را انجام دهند. کارگروه آنسیترال در مقابل نظریه پیش‌گفته، محدوده بندر تا بندر را پیشنهاد داد، زیرا بسیاری از نمایندگان کشورها به لغو رژیم‌های حمل و نقل زمینی تمایلی نداشتند و این عدم تمایل به سبب حمایت بیشتر کنوانسیون‌های حمل و نقل زمینی نسبت به متصدی حمل یا گیرنده کالا بود. در تدوین نهایی مقررات روتردام راه‌حل میانه‌ای انتخاب شد؛ به این ترتیب که متصدی حمل و اشخاص مرتبط با حمل و نقل دریایی تابع مقررات روتردام شدند و همان محدوده تحویل تا تخلیه برای مسئولیت متصدی حمل تصویب شد و در عین حال، به پیشنهاد نمایندگان ایتالیا و ایالات متحده آمریکا بین مداخله‌کنندگان در امر حمل و نقل با تعابیر جدید و با معیار جغرافیایی تمایز ایجاد شد تمایزی که موجب به‌وجود آمدن طرف مجری دریایی در مقابل طرف مجری شد و به این ترتیب طرف مجری دریایی در محدوده جغرافیایی محدودتری نسبت به متصدی حمل تابع مقررات روتردام شد.^{۲۶}

۲.۲.۱. مؤلفه‌های مفهومی طرف مجری دریایی

طرف مجری دریایی حتماً یک شخص است و ممکن است این شخص یک شخص حقوقی باشد. البته این شخص غیر از متصدی حمل است. نکته مهم دیگر این است که در طول حمل و نقل کالا، ممکن است اشخاصی از طرف فرستنده فعالیت‌هایی داشته باشند که این اشخاص نمی‌توانند طرف مجری دریایی باشند، زیرا از طرف متصدی حمل، فعالیت نمی‌کنند.^{۲۷}

نوع تعهداتی که طرف مجری دریایی برعهده می‌گیرد مؤلفه مهمی است که مطالب درخور توجهی پیرامون این موضوع مطرح می‌شود. چنانچه ملاحظه شد در تعریف «طرف

25. Comite Maritime International

26. *Ibid*, p 109

27. Nikola, Mandić, & Vesna, Wolff, *Ibid*, p. 134.

مجری» نوع تعهدات^{۲۸} موضوعیت دارد، ولی در بند هفت ماده یک که تعریف طرف مجری دریایی است، از مصادیق تعهدات طرف مجری دریایی سخنی گفته نشده و صرفاً اعلام شده است طرف مجری دریایی در محدوده بندر تا بندر تعهدات متصدی حمل را برعهده می‌گیرد. این امر موجب دو نوع تفسیر شده است که نتایج متفاوتی دارد. در یک تفسیر گفته می‌شود که طرف مجری دریایی زیرمجموعه طرف مجری است؛ بنابراین، وی تابع همان تعریف طرف مجری می‌شود و به این ترتیب، تنها تفاوت این دو مفهوم در محدوده جغرافیایی انجام تعهدات است و در نوع تعهدات مشابه‌اند. مؤید این دیدگاه، وضعیت پیش‌نویس مقررات است که نهاد طرف مجری دریایی وجود نداشت و صرفاً طرف مجری تعریف شده و وی از حیث مسئولیت و معافیت تابع مقررات روتردام بود. به جهت مخالفت‌های موجود برای گسترش رژیم روتردام و جلوگیری از تعارض با رژیم‌های حمل و نقل دیگر، طرف مجری دریایی پیش‌بینی شد تا محدوده افراد مشمول مقررات روتردام کاهش یابد. در این دیدگاه، اگر متصدی حمل متعهد شود برای محموله گواهی بهداشتی أخذ کند و این تعهد را به پیمانکار فرعی محول نماید، پیمانکاری که این تعهد را برعهده گرفته است طرف مجری دریایی نیست، زیرا تعهداتی که می‌تواند طرف مجری دریایی را متمایز کند ارتباط مستقیمی با تعهدات اصلی مانند جابه‌جایی و حمل بار دارد^{۲۹}.

در تفسیر مقابل گفته شده است بند هفتم در تعریف طرف مجری دریایی توجهی به نوع تعهدات و لزوم اصلی بودن تعهدات نکرده و ممکن است تعهدات اضافی متصدی حمل را دربر گیرد؛ مثلاً بر اساس ماده ۱۴ مقررات روتردام، حفظ قابلیت دریانوردی کشتی از تعهدات متصدی حمل است و در نتیجه اشخاصی که در زمینه تعمیر و نگهداری کشتی انجام وظیفه می‌کنند طرف مجری دریایی هستند^{۳۰}.

در بند هفت ماده یک و در تعریف طرف مجری دریایی، آگاهانه از عبارات اجرا و تعهد

۲۸. دریافت، بارگیری، جابه‌جایی، چیدمان، حمل، مراقبت، تخلیه و یا تحویل کالا.

29. Nicholas, Bond, *Ibid*, p. 108.

30. Kerim, Atamer, "Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Performing and Maritime Performing Parties", *Journal of Maritime Law & Commerce*, No. 4 (2010), p. 493.

به اجرا^{۳۱} استفاده شده است؛ بنابراین لازم نیست حتماً اقدامی فیزیکی برای انجام تعهدات انجام شود، بلکه شامل عدم اجرای تعهد مانند عدم تخلیه بار نیز می‌شود. از طرف دیگر، طرف مجری دریایی شامل هر پیمانکار مستقلی که حتی انجام تعهدی را برعهده می‌گیرد اما در واقع اجرای تعهد را به شخص دیگری محول می‌کند نیز می‌شود. بنابراین، اگر اجرای یک تعهد به‌طور مقاطعه‌کاری از سوی طرف مجری دریایی به پیمانکاران دیگری واگذار شود، این امکان وجود دارد که به‌طور هم‌زمان تعداد زیادی طرف مجری دریایی در خصوص اجرای یک تعهد واحد وجود داشته باشند^{۳۲}.

به‌عنوان آخرین مؤلفه موردنظر باید گفت، حسب مقررات روتردام، لازم نیست طرف مجری دریایی حتماً قراردادی با متصدی حمل داشته باشد یا بنابه درخواست وی اقدام نماید، بلکه در تعریف طرف مجری اعلام شده است که طرف مجری باید به درخواست یا تحت نظارت و کنترل متصدی حمل، تعهدات را پذیرفته یا اجرا نماید. سه عبارت انتخاب^{۳۳}، آموزش^{۳۴} و نظارت^{۳۵} به‌عنوان سه معیار مشابه در مقررات کشورهای دیگری مانند ترکیه، آلمان و سوئیس نیز وجود داشته است. در این خصوص اشخاص ثالثی که موضوع بند دوم ماده ۱۲ مقررات روتردام هستند، تحت نظارت و کنترل یا درخواست متصدی اقدامی نمی‌کنند و به همین دلیل مشمول عنوان طرف مجری دریایی نیستند^{۳۶}.

۲.۲.۲. بررسی مفاهیم مشابه

پیش از تصویب مقررات روتردام، در حمل و نقل دریایی اصطلاحاتی مشابه با طرف مجری یا طرف مجری دریایی مسبوق به سابقه بوده است^{۳۷}. در خصوص حمل دریایی کالا

۳۱. تعهد به اجرا یعنی کافی است تا شخصی قولی به اجرا (طبق قرارداد) دهد تا به‌عنوان طرف مجری محسوب شود و اشاره «غیرمستقیم» (Indirectly) به این معناست که مهم نیست طرف مجری به چه اندازه نقش اصلی داشته باشد؛ به عبارتی اشخاصی که نهایتاً تحت کنترل متصدی هستند، به‌عنوان طرف مجری خواهند بود.

32. Frank, Smeele, *Ibid*, p. 80.

33. Choosing

34. Instructing

35. Supervising

36. Kerim, Atamer, "Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Performing and Maritime Performing Parties", p. 477.

۳۷. در قواعد لاهه-ویزی، اصطلاح و مفاهیم مشابهی وجود نداشته و برای پیمانکاران ثانویه مقرراتی وضع نشده است.

در سال ۱۹۷۸، مقررات هامبورگ پیمانکاران فرعی را با عنوان متصدی واقعی^{۳۸} شناسایی کرد. متصدیان واقعی دارای مسئولیتی مشابه با متصدی حمل بودند و این اصطلاح و مفاهیم مرتبط با آن در مقررات روتردام توسعه یافته است.^{۳۹} در مقررات روتردام از واژه متصدی واقعی استفاده نشده است، زیرا این واژه به گونه‌ای در ذهن تداعی می‌شد که گویی متصدی حمل، متصدی واقعی نیست و از طرفی تعهدات متصدی واقعی صرفاً شامل اقدامات مربوط به حمل می‌شد و اقداماتی مانند چیدمان، بارگیری یا تخلیه کالا را دربر نمی‌گرفت.^{۴۰}

مقررات^{۴۱} OTT (کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد مسئولیت متصدیان پایانه‌های حمل و نقل در تجارت بین‌المللی) به جای ایجاد یک نظام جدید با دامنه وسیع تنها محدود به موضوع خاصی است و هدف تعریف و شناسایی مسئولیت افرادی است که در مقررات خاصی برای آنها وضعیت روشنی وجود ندارد. درحقیقت مقررات یادشده تلاشی بود برای ارتقای مقررات لاهه- ویزی، ولی این کنوانسیون هم به مانند مقررات هامبورگ با استقبال کشورهای مواجه نشد. مطابق با مقررات OTT، اپراتورها افرادی هستند که در حمل و نقل بین‌المللی کالا، اجرا یا فراهم نمودن خدماتی را در محدوده تحت کنترل یا دارای دسترسی، برعهده می‌گیرند. با توجه به تعریف ماده یک کنوانسیون یادشده، اپراتور باید به نحو متمایزی از متصدی حمل رفتار نماید.^{۴۲}

در کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد حمل و نقل بین‌المللی چندوجهی کالا^{۴۳} پیمانکاران فرعی پیش‌بینی شده بود، ولی تفکیکی بین مراحل مختلف حمل و نقل مرکب صورت نگرفته بود و یکی از دلایل شکست این کنوانسیون، این بود که برای پیمانکاران

38. Actual Carriers

39. Michael F. Sturley, "General Principles of Transport Law and the Rotterdam Rules" Meltem Deniz & Guner Ozbek, *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (Istanbul: Springer, 2011.), p. 84.

40. Nicholas, Bond, *Ibid*, p. 99.

41. United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade 1991

واژه OTT مخفف کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد مسئولیت متصدیان پایانه‌های حمل و نقل در تجارت بین‌المللی است.

42. Thomas, Rhidian, *The Carriage of Goods by sea Under the Rotterdam Rules*, (New York: Informa Law, 2014), p. 303.

43. The United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods, 1980.

فرعی محدوده مسئولیت کمتری نسبت به کنوانسیون‌های تک وجهی، وضع کرده بود و با مقررات دیگر کنوانسیون‌ها تعارض پیدا می‌کرد. مقررات روتردام با توجه به این تجربه ناموفق سعی نموده است تا این نقصان را جبران نماید و تعارض کمتری با سایر کنوانسیون‌ها داشته باشد؛ از این رو در ماده ۲۶ مقررات روتردام پیش‌بینی شده است که اگر در جایی کنوانسیون دیگری حاکم باشد مقررات همان کنوانسیون اعمال شود و از طرفی، پیمانکاران ثانویه‌ای تحت عنوان طرف مجری دریایی پیش‌بینی شده است تا فقط آنها را تحت شمول مقررات روتردام قرار دهد.^{۴۴}

۳.۲. تحلیل مصداقی طرف مجری دریایی

با توجه به تعهداتی که پیمانکار مستقل، اجرا یا تعهد به اجرای آنها را به درخواست یا تحت نظارت متصدی حمل برعهده می‌گیرد، متصدیان فرعی حمل و نقل و قایق‌های یدک‌کش (متصدیان بارگیری و تخلیه بار (بارگیری، نگهداری و تخلیه)، متصدیان انبار و پایانه‌های بار (دریافت، مراقبت، نگهداری و تحویل) و شرکت‌های مستقل فعال در زمینه بسته‌بندی و انبارداری (نگهداری، انبار و مراقبت) بر طبق مقررات روتردام می‌توانند به عنوان طرف‌های مجری دریایی محسوب شوند. این اشخاص عمدتاً در دو گروه قرار می‌گیرند: پیمانکاران فرعی که با وجود قراردادهای پیمانکاری متمایز می‌شوند و در مقابل آژانس‌ها یا نمایندگان عمومی قرار می‌گیرند نمایندگانی مانند حمل‌کننده اقیانوس، ناظر بارگیری، متصدی ترمینال، راننده لیفتراک در بندر، طراح چیدمان. بنابراین پیمانکاران مستقلی که اجرای تعهدات فرعی متصدی حمل را برعهده دارند، طرف مجری دریایی نیستند. مصداق این تعهدات فرعی، از قبیل اعمال مراقبت‌های لازم به منظور حفظ آمادگی کشتی برای سفرهای دریایی، استخدام خدمه مناسب، تجهیز و تأمین لوازم مورد نیاز کشتی یا آماده‌سازی و صدور اسناد و سوابق مربوط به حمل و نقل است؛ زیرا این تعهدات با نگهداری یا حمل محموله‌ها ارتباط مستقیمی ندارند.^{۴۵}

44. Theodora Nikaki, & Baris, Soyer, "A New International Regime for Carriage of Goods by Sea: Contemporary, Certain, Inclusive AND Efficient, or Just Another One for the Shelves?" Berkeley Journal of International Law, No.2v (2012), p. 316.

45. Frank, Smeele, *Ibid*, p. 81.



بند چهار ماده ۱۹ مقررات روتردام در مقام بیان مسئولیت‌های طرف مجری دریایی است؛ در عین حال در بند یادشده می‌خوانیم: «هیچ چیزی در این کنوانسیون مسئولیتی را به‌عهده فرمانده، یا خدمه کشتی یا هیچ‌یک از کارکنان متصدی حمل و یا طرف مجری دریایی نمی‌گذارد»^{۴۶}. مفهوم این ماده نشان می‌دهد تنظیم‌کنندگان مقررات روتردام عقیده داشته‌اند فرمانده، خدمه کشتی و کارکنان متصدی حمل، طرف مجری دریایی نیستند؛ زیرا در ماده یادشده، این اشخاص در حالی جداگانه از طرف مجری دریایی به‌کار گرفته شده‌اند که در بند چهار ماده ۱۹، طرف مجری دریایی قید شده بود و اگر تنظیم‌کنندگان معتقد بودند این اشخاص طرف مجری دریایی هستند نیازی به ذکر جداگانه این اشخاص در کنار طرف مجری دریایی نبود. چنین دیدگاهی ناشی از تصور تنظیم‌کنندگان مقررات روتردام بود که عقیده داشتند پیمانکاران فرعی نوعی استقلال در فعالیت خود دارد. از این جهت قواعد مقررات روتردام که در خصوص احکام مسئولیت است، مشمول اشخاص یادشده نیست، زیرا کارکنان یا متصدی حمل هستند و یا طرف مجری دریایی. در نتیجه ذی‌نفع کالا می‌تواند علیه ایشان و بر مبنای ضمان قهری طرح دعوی نماید. این مسئله مورد انتقاد نویسندگان بوده است، زیرا بر اساس مفهومی که از طرف مجری دریایی اعلام شد، استثنای وارده متضاد با تعریف و مفهوم بیان شده است^{۴۷}.

گفته شد که طرف مجری دریایی بر اساس محدوده جغرافیایی از طرف مجری متمایز شده است، ولی این معیار یک استثنا دارد، استثنای یادشده مربوط به متصدی حمل زمینی است و بر اساس عملکرد طرف مجری، این استثنا اعمال می‌شود. بند هفت ماده یک در تعریف طرف مجری دریایی، متصدی حمل زمینی را تنها در صورتی طرف مجری دریایی تلقی کرده است که تعهدات وی در زمینه حمل، صرفاً در محدوده بندر انجام گیرد، و مفهوم مخالف این موضوع چنین است که اگر حمل‌کننده زمینی هم در بندر و هم در خارج از محدوده بندر تا بندر، حمل زمینی را انجام دهد، مشمول مقررات روتردام نیست و در این زمینه برای نمونه می‌توان رانندگان لیفتراک که مسئولیت بارگیری را برعهده دارند، مصداقی

۴۶. محسن، میرمحمدصادقی، کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد قراردادهای حمل بین‌المللی کلی یا جزئی کالا از طریق دریا، (تهران: انتشارات جنگل، چ ۱، ۱۳۹۱)، ص ۳۹.

47. Kerim, Atamer, "Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Performing and Maritime Performing Parties", p. 495.

از طرف مجری دریایی دانست.^{۴۸}

۳. شرایط مسئولیت طرف مجری دریایی

ماده ۱۹ مقررات روتردام زمینه‌ای فراهم کرده است تا ذی‌نفع علیه اشخاصی که طرف قرارداد حمل و نقل نیستند بر اساس مقررات روتردام طرح دعوی کند، در نتیجه اشخاصی که بر اساس مقررات روتردام متعهد و مسئول هستند افزایش یافته است؛ از جمله این افراد که غیر از متصدی حمل‌اند، طرف مجری دریایی است. به این ترتیب، طرف مجری غیردریایی از حیث مسئولیت تابع مقررات روتردام نیست، ولی مسئولیت طرف مجری دریایی همانند متصدی حمل است^{۴۹} و همین عامل باعث وسواس تنظیم‌کنندگان مقررات در تعیین طرف مجری دریایی بوده است تا تعارضات احتمالی با سایر کنوانسیون‌های حمل و نقل کاهش یابد. حتی در ماده ۷۹ مقررات روتردام هر نوع قراردادی به‌منظور محدود نمودن تعهدات مندرج در کنوانسیون برای متصدی حمل و طرف مجری دریایی باطل دانسته شده و در بند سوم ماده ۱۲ هرگونه توافقی برای کاهش بازه مسئولیت مردود شمرده شده است. در کنار مسئولیت یکسان طرف مجری دریایی و متصدی حمل و نقل، دفاعیات^{۵۰} آنها هم یکسان است.^{۵۱}

۴۸. در تشریح هدف این استثنا گفته شده است: در زمان تصویب مقررات روتردام نمایندگان ایالات متحده آمریکا و اتحادیه حمل و نقل جاده‌ای تأکید کرده‌اند که متصدی حمل زمینی از شمول طرف مجری دریایی استثنا شود، زیرا عقیده داشتند این اشخاص به‌طور عارضی و اتفاقی برخی فعالیت‌ها را در انتقال کالا به بندر انجام می‌دهند و همین امر می‌تواند آنها را مشمول مقررات روتردام نماید. با وجود این، مشکلاتی از این استثنا به‌وجود آمده است؛ به این نحو که اگر شخص حقوقی با استخدام افرادی، هم تعهدات مربوط به متصدی زمینی در بندر و هم تعهدات خارج از محدوده بندر تا بندر را را انجام دهد، معلوم نیست وضعیت را باید به تفکیک نسبت به یک شخص بررسی کرد یا نه. (Nicholas, Bond, *Ibid*, p. 110-111).

Nikola, Mandić, & Vesna, Wolff, *Ibid*, p. 134.

۴۹. البته برای مسئول بودن طرف مجری دریایی، علاوه بر اینکه خواهان باید ورود خسارت را اثبات کند، باید ثابت نماید که خسارت به زمان انجام وظیفه تعهد طرف مجری دریایی مربوط است. همچنین، طرف مجری حمل دریایی، کالاهای را برای حمل در یکی از دولت‌های متعاقد دریافت کند یا آنها را در یکی از دولت‌های متعاقد تحویل دهد یا فعالیت‌های خود در مورد کالاهای را در بندری در یکی از دولت‌های متعاقد انجام دهد (بند نخست ماده ۱۹).

۵۰. یکی از مهم‌ترین دفاعیاتی که در خصوص متصدی حمل پیش‌بینی شده، تحت عنوان شرط حمایتی هیمالیا است که در بخش پنج مقاله به آن خواهیم پرداخت.

51. Baatz, Yvonne, Debattista, Charles, Lorenzon, Filippo, Serdy, Andrew, Staniland, Hilton, Tsimplis, Michael, *The Rotterdam Rules: a Practical Annotation*, (London: Informa Law, 2009), pp. 13-14.

از آنجا که مقررات روتردام تأکید زیادی به یکسان سازی حمل و نقل دریایی داشته و از طرفی، حمل و نقل از امور تصدی گری بوده و مربوط به روابط خصوصی بین دول و ملتهاست، ماده ۹۰ کنوانسیون حق شرطی برای کشورهای پذیرنده کنوانسیون پیش بینی نکرده است.^{۵۲} مقررات مرتبط با شرایط مسئولیت متصدی حمل و طرف مجری دریایی از جمله مقرراتی است که کشور پذیرنده نمی تواند با حق شرط مستثنی نماید. با توجه به مطالب بیان شده در این بخش، مبنای مسئولیت متصدی حمل را در مقررات روتردام بررسی خواهیم کرد که در حقیقت مبنای مسئولیت طرف مجری دریایی است.

۳.۱. مبنای مسئولیت متصدی حمل و طرف مجری دریایی

مقررات روتردام به مانند مقررات قبلی مبنای مسئولیت را به طور صریح اعلام نکرده است، لیکن با توجه به ترتیبی که در ماده ۱۷ وجود دارد، به نظر می رسد فرض مسئولیت، مبنای مورد پذیرش در مقررات روتردام باشد، نه مسئولیت مطلق^{۵۳}؛ زیرا متصدی حمل بعد از اینکه خواهان اثبات کرد خسارت در محدوده زمانی حمل رخ داده است برای سلب مسئولیت از خود مطابق بندهای دو و سه ماده ۱۷ مقررات روتردام، دو راهکار دارد: اول آنکه اثبات نماید در بروز علت یا یکی از علل تلف، خسارات یا تأخیر، خود او یا هر شخصی دیگری که وی مسئول عمل آنهاست (اشخاص یاد شده در ماده ۱۸)، دخالتی در وقوع زیان نداشته است؛ دوم اینکه به جای اثبات عدم تقصیر یاد شده ثابت نماید که یک یا چند مورد از خطرهای استثنائیه، موجب تلف یا خسارت یا تأخیر شده اند و یا در ایجاد ضرر دخالت داشته اند.^{۵۴}

مواردی به طور سنتی و برگرفته از حقوق کامن لا و جهت جلب رضایت کشورهای کامن لا به منظور معافیت متصدی حمل در بند سوم ماده ۱۷ مقررات روتردام بیان شده است

۵۲. حسین سیمایی صراف، و میثم یاری، «قلمرو اجرای کنوانسیون روتردام؛ احتمال تعارض با دیگر کنوانسیون ها و عدم پذیرش حق شرط»، حقوقی بین المللی، ش ۴۵ (۱۳۹۰)، ص ۱۲۳.

۵۳. ابراهیم تقی زاده، و افشین احمدی، «بررسی تطبیقی حدود و مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در کنوانسیون روتردام با کنوانسیون های بروکسل و هامبورگ»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲ (۱۳۹۴)، ص ۴۵۲.

۵۴. غلامرضا فیضی چکاب، و محمدحسن مردانی، «تحول مسئولیت متصدی حمل ترکیبی، از قواعد حمل مرکب ۱۹۸۰ زنو تا روتردام ۲۰۰۹»، حقوق خصوصی، ش ۳۱ (۱۳۹۹)، ص ۱۵۹.

که متصدی با اثبات این موارد می‌تواند از مسئولیت مبرا شود. حداقل فایده وجود این لیست، استفاده از رویه‌های متعددی است که تثبیت شده‌اند و استفاده از چنین رویه‌هایی باعث می‌شود تا مرتبطین با امر دریانوردی و بیمه‌گران بدون مراجعه به محاکم، اختلافات خود را حل نمایند. وجود این لیست ناشی از یک سنت قدیمی در حقوق کامن‌لا است که موارد استثنایی مسئولیت را به شکل مشخصی تعیین می‌نماید.^{۵۵} از تفاوت‌های اساسی مقررات روتردام با قواعد لاهه-ویزی و هامبورگ این است که در مقررات روتردام، موارد معافیت مسئولیت حتی با وجود تقصیر، قابل استناد است و برخلاف مقررات سابق، ترتیب راجع به اینکه بار اثبات دعوی در هر مرحله برعهده چه کسی است بیان شده است.^{۵۶}

۳.۲. مسئولیت تضامنی و مجزا

اگر به واسطه فعل یا ترک فعل طرف مجری دریایی یا افراد تحت استخدام یا پیمانکاران وی نقض تعهدات متصدی حمل رخ دهد، این نقض تعهدات قابل انتساب به متصدی حمل خواهد بود. آن‌گونه که در بند یک ماده ۲۰ مقررات روتردام تصریح شده است، این نوع مسئولیت متصدی حمل با یک یا چند طرف مجری دریایی از نوع تضامنی و مجزا می‌باشد. معنای این سخن آن است که صاحب محموله می‌تواند تا جایی که سقف مسئولیت اجازه می‌دهد به مطالبه غرامت از بدهکاران مشترک بپردازد، اما تنها یک بار می‌تواند اقدام به اخذ غرامت نماید. همچنین معنای دیگر این سخن آن است که بنابر رابطه میان مسئولان بالقوه، اگر شخصی که مجبور به پرداخت غرامت به صاحب محموله شده است، شخصی نبوده که تا این حد مجبور به تحمل این ضرر و زیان باشد، حق مراجعه به سایر مسئولان را خواهد داشت. غالباً در قراردادهای منعقدشده بین متصدی حمل و پیمانکاران فرعی، میزان ریسکی که متوجه هریک از طرفین (متصدی حمل و طرف مجری دریایی) است به‌صراحت مشخص می‌گردد. اما چنانچه چند طرف مجری دریایی به‌طور هم‌زمان در این فرایند مشارکت داشته باشند، ممکن است هیچ رابطه قراردادی میان آنها وجود نداشته باشد، تا چه

55. Alexander, Von Ziegler, "The Liability of the Contracting Carrier", Texas International Law Journal, No. 3 (2011), p. 345.

56. Philippe, Delebecque, "Obligations and Liability Exemptions of the Carrier", European Journal of Commercial Contract Law, No. 1-2 (2010), p. 89.

رسد به تصریح در تقسیم ریسک موجود میان آنها. متأسفانه در مقررات روتردام، قواعد یا خط مشی‌های واحدی برای این قبیل مراجعات متقابل به دادگاه قید نشده است و این مسائل به‌طور کامل تابع قوانین ملی کشورها قرار گرفته‌اند.^{۵۷}

امکان طرح دعوی مستقیم علیه طرف مجری دریایی و مدون شدن شرایط آن سودمند به‌نظر می‌رسد. در حوزه عملی، طرح دعوی مستقیم علیه طرف مجری دریایی مشکلات زیادی را در زمینه جبران آسیب‌های وارده به محموله مرتفع خواهد ساخت، زیرا طرف‌های ذی‌نفع در محموله با یک یا چند مسئول مواجه خواهند شد که معمولاً دارای‌هایشان به‌سادگی قابل ردیابی است. همین مسئله باعث شده که کشور ایالات متحده آمریکا علی‌رغم اینکه از اولین کشورهای امضاکننده کنوانسیون بوده است اراده‌ای برای تصویب آن نداشته باشد؛ هرچند کنوانسیون مزایای بسیاری در خصوص حمل و نقل مدرن از جمله وجود اسناد الکترونیکی را پیش‌بینی کرده است، ولی نگرانی‌هایی که مربوط به اتحادیه کارکنان بنادر می‌باشد مانع از وجود برنامه‌ای برای تصویب کنوانسیون در کشور آمریکا شده است و این نگرانی‌ها ناشی از تسری تعهدات و مسئولیت متصدی حمل نسبت به کارکنان بنادر می‌شود. این درحالی است که اکثر حمل و نقل‌ها بدون مشکل انجام می‌شوند و درصد بسیار پایینی از حمل و نقل‌ها با خسارت به محموله یا تأخیر در انجام تعهد همراه است و صرفاً در این حالت از حمل و نقل‌ها بحث مسئولیت افراد ثالث قابل طرح است، ولی واهمه از مسئولیت احتمالی افرادی در لوای طرف مجری دریایی موجب شده است از منافع کنوانسیون که مهم‌ترین آن، به‌روز شدن مقررات بر اساس اشکال مختلف حمل و نقل نوین است چشم‌پوشی شود.^{۵۸}

۴. معافیت طرف مجری دریایی در ماده ۴ مقررات روتردام

در بند یک ماده ۴ مقررات روتردام می‌خوانیم: «هریک از مقررات این کنوانسیون که ممکن است برای متصدی حمل و نقل دفاعی را فراهم آورد یا مسئولیت وی را محدود کند،

57. Abhinayan, Basu Bal, *A Critical Evaluation of the Rotterdam Rules: Selected Issues in Perspective*, (Malmo: World Maritime Universit, 2009), p. 25.

58. Michael F, Sturley, "What has Become of the Rotterdam rules", *Association of Transportation Law Professionals*, No. 4 (2016), p. 1937.

در هر رسیدگی قضایی یا دآوری که در مورد خسارت یا تأخیر در تحویل کالا پوشش داده شده به موجب قرارداد حمل یا بابت نقض هریک از تعهدات دیگر به موجب این کنوانسیون اقامه شود، اعم از اینکه مبنای قراردادی مسئولیت مدنی یا غیره باشد، در مورد اشخاص زیر اعمال می شود: الف) متصدی حمل یا طرف مجری دریایی؛ ب) فرمانده کشتی، خدمه یا هر شخصی که در عرشه کشتی خدمات ارائه می کند؛ یا ج) کارکنان متصدی حمل یا طرف مجری دریایی»^{۵۹}. در برخی موارد، شخص ذی نفع که مدعی وجود خسارت است طرح دعوی مسئولیت غیرقراردادی علیه اشخاصی را که طرف قرارداد حمل و نقل نبوده اند، روش مناسب تری برای جبران خسارت می داند، زیرا فارغ از محدودیت های مسئولیت قراردادی خواهد بود؛ با این حال، مقررۀ یادشده نشان می دهد برخی اشخاص دخیل در حمل و نقل می توانند در مواجهه با چنین مسئله ای بدون اینکه در ایجاد قرارداد حمل و نقل نقشی داشته باشند یا از ناحیۀ تنظیم کنندگان قرارداد به نفع ایشان شرطی شده باشد از شرایط قراردادی بین متصدی حمل و فرستندۀ کالا استفاده نمایند.

۴.۱. وضعیت مادۀ ۴ و شرط حمایتی هیمالیا

بین طرفین اصلی قرارداد یعنی متصدی حمل و فرستندۀ کالا ممکن است شروطی برای معافیت مسئولیت پیش بینی شده باشد. اگر شخص ثالثی به غیر از اصحاب قرارداد بتواند از شرط کاهندۀ مسئولیت استفاده نماید، شرط یادشده را «شرط حمایتی هیمالیا» نامیده اند.^{۶۰} با ملاحظۀ مادۀ ۴ مقررات روتردام درمی یابیم، برخلاف مقررات هامبورگ و لاهه-ویزی به این نوع روش دفاعی توجه شده است و بدون اینکه فرستنده و متصدی حمل، اشخاص ثالثی را مشمول شرط حمایتی قرار دهند، افرادی مشمول این دفاعیات شده اند. فهرست افرادی که به طور خودکار مشمول معافیت یادشده هستند، دو دسته است: اشخاص دستۀ

۵۹. محسن، میرمحمدصادقی، پیشین، ص ۲۷.

۶۰. این عنوان نشئت گرفته از یک قضیه مربوط به بحث راجع به اثر یک شرط به نفع اشخاص دیگر در قرارداد حمل و نقل است. قضیه ای که مسافری بر علیه ناخدا طرح دعوی کرد. وی به معافیت از مسئولیتی که در قرارداد فی مابین مسافر و متصدی به طور مؤثری آنها را تحت حمایت قرار می داد، استناد کرد اگرچه مجلس لردها این ادعای کارکنان متصدی حمل و نقل را رد نمود، ولی ادبیات جدیدی ایجاد شد. به این ترتیب، اگر قرارداد متصدی حمل و نقل برای اشخاص مستخدم متصدی، شرط معاف کننده ای داشته باشد، با همین عنوان نام برده می شود: Himalaya Protection. هیمالیا نام کشتی درگیر در این مسئله بود. Adler v Dickson (The Himalaya), [1954] 2 Lloyd's Rep 267, [1955] 1 QB 158.

اول، طرف‌های مجری دریایی هستند. دلیل شمول این دسته اشخاص روشن است، چون خود کنوانسیون، مسئولیت ناشی از کنوانسیون را به این اشخاص تسری داده و منطقی است که آنها نیز بتوانند از مزایای قواعد کنوانسیون سود ببرند. دسته دوم، کارکنان متصدی، کارکنان طرف مجری دریایی، ناخدا و خدمه کشتی هستند. از آنجایی که کنوانسیون مسئولیتی بر این اشخاص تحمیل نکرده، باید توجه دیگری یافت. دلیل این اقدام کنوانسیون این است که مستخدمان متصدی و طرف مجری دریایی به‌طور اقتصادی وابسته به استخدام‌کننده هستند و زیان آنان در نهایت برعهده استخدام‌کننده خواهد بود. به علت وابستگی اقتصادی مطرح‌شده، اگر ما دفاع مربوط به محدودیت مسئولیت مدنی را از سوی ایشان انکار کنیم، درحقیقت متصدی و طرف مجری دریایی را از حق دفاع خود محروم کرده‌ایم. البته با این توجه اقتصادی نمی‌توان حمایت را به سایر طرف‌های مجری که در حمل دریایی نقشی ندارند، تعمیم داد؛ مثلاً در حمل و نقل زمینی، مجریان حمل زمینی به متصدی حمل و نقل وابسته نیستند یا به اندازه طرف‌های مجری دریایی وابسته نیستند. البته این به آن معنا نیست که کنوانسیون اشخاص را از درج چنین شرط حمایتی در قرارداد منع می‌کند، بلکه تنها به این معناست که اشخاصی که به طور خودکار از این شرط حمایتی بهره‌مند می‌شوند محدودند؛ یعنی متصدی حمل و فرستنده کالا می‌توانند آزادانه افرادی را که از شروط معاف‌کننده مسئولیت منتفع می‌شوند، در قرارداد حمل و نقل درج نمایند.^{۶۱}

روند تصویب و تنظیم پیش‌نویس نشان می‌دهد هدف از این مقررات این بود که هیچ طرفی نتواند با توسل به دعاوی مبتنی بر مسئولیت مدنی امتیاز ماده ۴ را دور بزند، ولی اگر به مقررات روتردام توجه شود، مشخص است که طرف مجری دریایی در کشورهای غیرمتعاهد وضعیت روشنی ندارد.^{۶۲} در مقابل، گفته شده است طرف مجری دریایی مسئولیتی متوجه خود ندیده است تا از دفاع و محدودیت منتفع شود؛ به این ترتیب، اگر طرف مجری دریایی در بندری غیر از کشور متعاهد، تعهدات متصدی حمل را اجرا کند از

61. Theodor, Nikaki, "Himalaya Clauses and the Rotterdam Rules", Journal of International Maritime Law, No.2 (2011), pp. 25-29.

62. Francesco, Berlingieri, "A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules", Paper Delivered at the General Assembly of the AMD, Marrakesh and Available Online (2009), p. 8.

حمایت ماده ۴ برخوردار نخواهد بود و مالک محموله می‌تواند علیه وی بر اساس مسئولیت مدنی و یا حقوق داخلی طرح دعوی کند.^{۶۳} این موضوع نشان می‌دهد حتی اگر مقررات روتردام لازم‌الاجرا شود وجود شرط حمایتی خالی از لطف نیست، زیرا در کشورهای غیرمتعاهد هرچند امکان استفاده از ماده ۴ وجود ندارد، لیکن امکان استفاده از شرط حمایتی هیمالیا مطابق با رویه موجود در حقوق حمل و نقل بین‌المللی دریایی وجود خواهد داشت. همچنین می‌توان از طریق شرط دفاعی یادشده، افرادی را که صرفاً طرف مجری هستند نیز از این دفاعیات بهره‌مند کرد. از آنجا که شرط حمایتی هیمالیا در بارنامه ثبت می‌شود، قابل تعمیم به افراد ذی‌نفع است.^{۶۴}

نسبت به مقررات روتردام نگرانی‌هایی وجود دارد که دعاوی مستقیم فراوانی علیه طرف‌های مجری دریایی مانند اپراتورهای ترمینال‌های حمل و نقل سرازیر شود، ولی این موضوع با توجه به مطالب بیان‌شده اغراق‌آمیز به نظر می‌رسد، زیرا اگر طرف مجری دریایی طرف دعوی قرار گیرد، وی از مزایای دفاعی که برای متصدی حمل وجود دارد بهره‌مند می‌شود؛ از طرفی، برخلاف متصدی حمل، زمانی مسئولیت متوجه طرف مجری حمل است که اثبات شود خسارت وارده مربوط به زمان انجام وظایف طرف مجری دریایی بوده است.^{۶۵}

۴.۲. اعمال ماده ۴ در قراردادهای حجمی^{۶۶}

بند دوم ماده یک مقررات روتردام، قرارداد حجمی را چنین تعریف کرده است: قرارداد حملی است که حمل مقدار معینی از کالا طی سلسله‌ای از محموله‌ها در طول مدت مورد توافق را مقرر دارد. ویژگی مقدار کالا ممکن است شامل یک حداقل، یک حداکثر و یا حدود مشخصی بین حداقل و حداکثر باشد.^{۶۷} قواعد ویژه‌ای برای قراردادهای حجمی در ماده ۸۰ مقررات روتردام پیش‌بینی شده است؛ در زمان تصویب این ماده، کشورهای اروپایی

63. Theodora Nikaki, "The statutory Himalaya-Type Protection under the Rotterdam Rules: Capable of Filling the Gaps?" *Journal of Business Law*. (2009), p. 403.

64. Nikola, Mandić, & Vesna, Wolff, *Ibid*, p. 137.

65. Michael F, Sturley, Tomotaka, Fujita, & Gertjan van der Ziel, *The Rotterdam Rules: the UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (London: Sweet & Maxwell, 2010), p. 18.

66. Volume Contract

۶۷. محسن، میرمحمدصادقی، پیشین، ص ۲۱.

علاقه‌ای به تصویب این مقررہ نشان نمی‌دادند، زیرا به زعم نمایندگان کشورهای یادشده، چنین قراردادهایی شرایط مساعدی برای متصدی حمل به‌منظور ایجاد قراردادهای تحمیلی فراهم می‌نماید که خوشایند نیست، این عقیده در حالی مطرح بود که کشور ایالات متحده خواستار تصویب این ماده بود.^{۶۸} آزادی قراردادی برای تعیین کنوانسیون حاکم در قراردادهای حجمی در ماده ۸۰ کنوانسیون پیش‌بینی شده است. این درحالی است که ماده ۷۹ مقررات روتردام در غیر از قراردادهای حجمی چنین آزادی را لحاظ نکرده است.^{۶۹}

در چنین شرایطی و با توجه به آزادی قراردادی، بررسی شروط حمایتی حائز اهمیت است. گفته می‌شود در قراردادهای حجمی مطابق با بند یک ماده ۸۰، توافق بین متصدی حمل و فرستنده ممکن است تعهدات بین طرفین را کاهش یا افزایش دهد؛ از این رو، بر اساس مبانی اعلامی، شروط کاهش‌دهنده از طرف مجری دریایی هم قابل استناد است. در مقابل گفته شده است، بند اول ماده ۸۱ استفاده از شرط حمایتی را صرفاً در خصوص محموله حیوانات زنده پیش‌بینی کرده است و در نتیجه در قراردادهای حجمی و سایر محموله‌ها امکان استناد و استفاده از شرط حمایتی وجود ندارد.^{۷۰}

نتیجه

حمل و نقل‌های بین‌المللی کالا تابع قرارداد حملی است که فرستنده و متصدی حمل منعقد می‌کنند تا کالا از کشوری به کشور دیگر انتقال یابد. معمولاً انتقال کالا به اشکال مختلف از حمل و نقل بین‌المللی صورت می‌گیرد؛ برای مثال، اگر کالایی کانتینر شده از مبدأ تهران به برلین ارسال شود، ممکن است شامل حمل و نقل ریلی، جاده‌ای و دریایی باشد که هریک از وجوه حمل و نقل‌های اعلامی از سوی پیمانکاران فرعی انجام می‌شود و هریک از اشکال بیان‌شده تابع نظام مجزایی است. دغدغه تنظیم‌کنندگان مقررات روتردام در وهله

68. Samim, Unan, "The Scope of Application of the Rotterdam Rules and Freedom of Contract", Meltem Deniz & Guner Ozbek, *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (Istanbul: Springer, 2011), pp. 101-103.

69. Hoek, Marian (2010) *Multimodal Transport Law*, (New York: Kluwer Law International, 2010), p. 278.

70. Nicholas, Bond, *Ibid*, pp. 114-115.

نخست، تنظیم مقررات یکسان برای متصدی حمل در مراحل مختلف حمل بوده، به این سبب، نظام «درب تا درب» را انتخاب کرده است. از قرن نوزدهم اندیشه یکسان‌سازی حقوق شکل گرفته است؛ کنوانسیون روتردام، هم به‌صراحت و هم ضمنی به دنبال این هدف بوده است.

طرف مجری دریایی تعبیر جدیدی از پیمانکاران ثانویه است که در قرارداد اصلی حمل و نقل مداخله‌ای ندارد و شخصی غیر از متصدی حمل است. متصدی حمل در هر صورت در بازه درب تا درب مسئولیت اجرای قرارداد حمل را عهده‌دار بوده، مشمول مقررات روتردام است، ولی اشخاصی که با درخواست یا تحت کنترل و نظارت متصدی حمل، تعهدات وی را انجام می‌دهند، تنها در صورتی مشمول مقررات روتردام و مسئولیت‌های پیش‌بینی شده هستند که در محدوده بندر تا بندر این تعهدات را عهده‌دار شده باشند. تبیین و تفکیک این اشخاص حائز اهمیت است، زیرا تنها اشخاصی که مشمول عنوان طرف مجری دریایی هستند تابع مقررات روتردام می‌شوند و طبیعتاً مسئولیت پیش‌بینی شده در ماده ۱۷ مقررات روتردام را متوجه خود می‌بینند. ماده ۱۷ ترتیب شرایط اثباتی، دفاع و شیوه‌های دفاعی را به نحو مشخصی تعیین کرده که طرف مجری دریایی نیز مشمول این مقررات است.

طرف مجری دریایی بر اساس مؤلفه‌های پیش‌بینی شده باید تعهدات اصلی متصدی حمل و نقل را در محدوده بندر تا بندر انجام دهد یا برعهده گیرد و اجرای تعهدات فرعی متصدی حمل و نقل مانند ساخت کانتینر نمی‌تواند شخص را مشمول عنوان طرف مجری دریایی کند. تمایز تعهدات اصلی و فرعی بر اساس تعهدات مندرج در بند شش ماده یک مشخص می‌شود. تعهدات اصلی موردنظر شامل دریافت، بارگیری، جابه‌جایی، چیدمان، حمل، مراقبت، تخلیه و یا تحویل کالا است؛ به این ترتیب، هرچند تعهداتی مانند حفظ قابلیت دريانوردی از تعهدات متصدی حمل است، ولی اجرای آن تعهدات از طرف اشخاص غیرمتصدی به درخواست وی، موجب نمی‌شود اجراکنندگان تعهد طرف مجری دریایی محسوب شوند، زیرا تعهد یادشده ارتباطی با تعهدات اصلی ذکرشده ندارد.

طرف مجری دریایی چه از حیث مسئولیت و چه از حیث دفاعیات، مشمول مقررات روتردام است و از همان دفاعیاتی که متصدی حمل منتفع می‌شود می‌تواند استفاده کند؛ ولو

اینکه این دفاعیات مربوط به شرایط قراردادی بین متصدی حمل و فرستنده کالا باشد. بر این اساس، علاوه بر اینکه ممکن است در قرارداد حمل و نقل و به تبع آن، بارنامه، شرایط معافیت طرف‌های مجری دریایی پیش‌بینی شده باشد و نوعی شرط به نفع شخص ثالث بین طرف متصدی حمل و فرستنده برای طرف مجری دریایی مقرر شده باشد، در ماده ۴ مقررات روتردام این حق برای طرف مجری دریایی در نظر گرفته شده است که بدون وجود چنین شرط صریحی، از شروط معافیت متصدی حمل بهره‌مند شود.

برای اینکه طرف مجری دریایی در قبال خواهان مسئول باشد، باید اثبات شود که خسارت به زمان انجام تعهدات طرف مجری دریایی مربوط بوده است. مسئولیت طرف مجری دریایی و متصدی حمل به نحو تضامنی پیش‌بینی شده است که این امر باعث سهولت در جبران خسارت می‌شود؛ به‌خصوص اینکه شناسایی متصدی حمل در بسیاری از موارد با مشکلاتی مواجه است و فقدان مشخصات متصدی حمل در اسناد حمل باعث بی‌اعتباری اسناد حمل نیست؛ از این رو، تشخیص طرف مجری دریایی که با معیارهای عینی‌تری قابل تشخیص است، ساده‌تر خواهد بود.

برخی کشورها به جهت افزایش افراد مسئول در قبال ذی‌نفع کالا، تمایلی برای تصویب کنوانسیون ندارند، زیرا نگرانی‌هایی مبنی بر سرازیر شدن دعاوی بسیار علیه افراد تحت شمول طرف مجری دریایی دارند. هرچند مقررات روتردام تاکنون شرایط لازم برای لازم‌الاجرا شدن را به‌دست نیاورده است، ولی تجربه‌های حاصله در تصویب این مقررات و واکنش کشورها در تبیین و بررسی تعابیر مشابه در مقررات احتمالی آینده بسیار مفید خواهد بود.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

- کتاب

۱. میرمحمدصادقی، محسن (۱۳۹۱)، *کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد قراردادهای حمل بین‌المللی کلی یا جزئی کالا از طریق دریا*، تهران: جنگل.

- مقالات

۲. تقی‌زاده، ابراهیم و احمدی، افشین (۱۳۹۴). بررسی تطبیقی حدود و مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در کنوانسیون روتردام با کنوانسیون‌های بروکسل و هامبورگ، *مطالعات حقوق تطبیقی*، ۶(۲)، ۴۴۳-۴۶۷.
۳. سیمایی صراف، حسین و یاری، میثم (۱۳۹۰)، قلمرو اجرا کنوانسیون روتردام؛ احتمال تعارض با دیگر کنوانسیون‌ها و عدم پذیرش حق شرط، *حقوقی بین‌المللی*، ۲۸(۴۵)، ۱۰۵-۱۳۸.
۴. فیضی چکاب، غلامرضا و مردانی، محمدحسن (۱۳۹۹)، تحول مسئولیت متصدی حمل ترکیبی، از قواعد حمل مرکب ۱۹۸۰ ژنو تا روتردام ۲۰۰۹، *پژوهش حقوق خصوصی*، ۸(۳۱)، ۱۴۱-۱۷۰.
Doi:10.22054.jplr.2019.33560.1938

ب) منابع انگلیسی

- Books

5. Baatz, Yvonne, Debattista, Charles, Lorenzon, Filippo, Serdy, Andrew, Staniland, Hilton, Tsimplis, Michael, (2009). *The Rotterdam rules: a practical annotation*, London: informa law.
6. Basu Bal, Abhinayan, (2009). *A Critical Evaluation of the Rotterdam Rules: Selected Issues in Perspective*, Malmo: World Maritime University.
7. Hoek, Marian, (2010). *Multimodal Transport Law*, New York: Kluwer Law International
8. Rhidian, Thomas, (2014). *The Carriage of Goods by Sea under the Rotterdam Rules*, New York: Informa Law.
9. Sturley, Michael F, Fujita, Tomotaka & Van Der Ziel, Gertjan, (2010). *The Rotterdam Rules: the UN Convention on Contracts for*

the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, London: Sweet & Maxwell.

- Articles

10. Atamer, Kerim & Suzel Gunyet, "Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Identity of the Carrier", Meltem Deniz & Guner Ozbek, (2011) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Istanbul: Springer, 155-201.
11. Atamer, Kerim, (2010). "Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Performing and Maritime Performing Parties", *Journal of Maritime Law & Commerce*,. 41(4), 469-497.
12. Berlingieri, Francesco, (2009). "A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules", *Paper Delivered at the General Assembly of the AMD*, Morocco: Available Online.
13. Bond, Nicholas (2014). "The Maritime Performing Party and the Scope of the Rotterdam Rules", *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, 28(2), 95-116
14. Delebecque, Philippe, (2010). "Obligations and Liability Exemptions of the Carrier", *European Journal of Commercial Contract Law*, 2 (1-2), 87-93
15. Feizi Chekab, Ghlamnabi & Mardani Mohammad Hasan, (2020). "An Evolution on the Multimodal Transport Carrier's Basis of Liability: From Multimodal Transport Convention 1980 to Rotterdam Rules 2009", *Private Law Research*, 8(31), 141-170, [In Persian] Doi: 10.22054.jplr.2019.33560.1938.
16. Legros, Cécile (2012). "Relations Between the Rotterdam Rules and the CMR" *Tulan Maritime Law Journal*, 36, 725-740.
17. Mandić, Nikola & Wolff, Vesna Skorupan (2015). "Maritime Performing Party under the Rotterdam Rules 2009", *TOMS*, 4(2), 132-139.
18. Nikaki, Theodora & Soyer, Barış, (2012). "A New International Regime for Carriage of Goods by Sea: Contemporary, Certain,

Inclusive and Efficient, or Just Another One for the Shelves?" *Berkeley Journal of International Law*, 30(2), 302-348.

19. Nikaki, Theodora, (2009). "The Statutory Himalaya-Type Protection under the Rotterdam Rules: Capable of Filling the Gaps?" *Journal of Business Law*.403-421.
20. Nikaki, Theodor, (2011). "Himalaya Clauses and the Rotterdam Rules", *Journal of International Maritime Law*, 17(2), 18-32.
21. Simaee Sarraf & Yari Meysam, (2012). "General Scope of Application of the Rotterdam Convention: Conflicts of Application with Other Conventions ", *International Law Review* 28(45),105-138.[In Persian] Doi: 10.22066/CILAMAG.2011.16949.
22. Smeele, Frank, (2010). "The Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules 2009", *European Journal of Commercial Contract Law*, 2(1), 1-23.
23. Sturley, Michael F, "General Principles of Transport Law and the Rotterdam Rules", Meltem Deniz & Guner Ozbek, (2011). *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Istanbul: springer, 63-87.
24. Sturley, Michael F, (2016). "What has Become of the Rotterdam Rules", *Association of Transportation Law Professionals*, 83(4), 19367-19392.
25. Taghizaadeh, Ebrahim & Ahmadi, Afshin, (2015). "A Comparative Study on Borders and Basis of Carrier's Liability under "Rotterdam Rules" with "Hague Rules" and "Hamburg Rules"", *Comparative Law Review*, 6(2), 443-467. Doi: 10.22059/JCL.2015.55771.
26. Unan, Samim, (2011). "The Scope of Application of the Rotterdam Rules and Freedom of Contract", Meltem Deniz & Guner Ozbek, *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Istanbul: Springer, 87-107.
27. Von Ziegler, Alexaander, (2011). "The Liability of the Contracting Carrier", *Texas International Law Journal*, 44(3), 309-352.
28. Zunarelli, Stefano, (2009). "The Carrier and the Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules", *Uniform Law Review*, 14(4), 1011-1023.

Table of Contents

1. Limiting the Author's Moral Right by Applying the Doctrine of Fair Use in the American Legal System Yasaman Jafarpour; Zahra Shakeri	1-32
2. Recall, Case Study of the United States Legal System Mohammad Khalilzadeh; Mohammad Jalali	33-71
3. The Principle of Equality of Arms, with a Comparative Look at Foreign Judicial Documents and Precedent and Iranian Civil Procedural Law Hossein Davoudi; Mohammad Sharifzadeh Lari	73-96
4. A Comparative Study of Formal Measures to Protect Witnesses Against Threats (Case Study of Article 214 of the Criminal Procedure Law and its Executive Regulations) Peyman Dolatkhan Pashaki; Razia Yusufzadeh; Mohammad Reza Rahparpour	97-132
5. Removing Obstructions for Achieving Courts' Coordinated Solutions in the Subject of Characterization (Using the Experience of French Law) Seyyed Abbas Seyyedi Arani	133-167
6. Annulment of Arbitral Awards on the Basis of "Manifest Disregard of Law Doctrine" in U.S. Law; with a Look at Iranian Law Majid Ghamami; Sajjad Ghasemi	169-199
7. Comparative Analysis of the Theory of Extrajudicial Replacement of the Oblige Infringer in the Law of France and Belgium and the Possibility of its Implementation in the Law of Obligations in Iran Ali Kazemi	201-225
8. The Relationship between Sharia and the Unwritten Constitution; with a Glance at the Opinions of the Guardian Council Ayat Molai; Mohammadreza Mojtahedi; Seyyed Hossein Malakouti Hashjin; Maedeh Soleimani Dinani	227-253

9. Doctrines of the Judicial Control of Contract (Comparative Approach to Philosophical and Economic Schools)

Morteza Naseri Hossein Abad; Seyyed Mohammad Mehdi Ghaboli Dorafshan; Azam Ansari; Abdollah Khodabakhshi Shalmazari ..255-290

10. Cognitive and Comparative Analysis of the Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules

Nader Velaei291-318

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. 33

Winter 2024



Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 14, No. 33, Winter 2024



- Limiting the Author's Moral Right by Applying the Doctrine of Fair Use in the American Legal System
Yasaman Jafarpour; Zahra Shakeri
- Recall, Case Study of the United States Legal System
Mohammad Khalilzadeh; Mohammad Jalali
- The Principle of Equality of Arms, with a Comparative Look at Foreign Judicial Documents and Precedent and Iranian Civil Procedural Law
Hossein Davoudi; Mohammad Sharifzadeh Lari
- A Comparative Study of Formal Measures to Protect Witnesses Against Threats (Case Study of Article 214 of the Criminal Procedure Law and its Executive Regulations)
Peyman Dolatkhan Pashaki; Razia Yusufzadeh; Mohammad Reza Rahparpour
- Removing Obstructions for Achieving Courts' Coordinated Solutions in the Subject of Characterization (Using the Experience of French Law)
Seyyed Abbas Seyyedi Arani
- Annulment of Arbitral Awards on the Basis of "Manifest Disregard of Law Doctrine" in U.S. Law; with a Look at Iranian Law
Majid Ghamami; Sajjad Ghasemi
- Comparative Analysis of the Theory of Extrajudicial Replacement of the Oblige Infringer in the Law of France and Belgium and the Possibility of its Implementation in the Law of Obligations in Iran
Ali Kazemi
- The Relationship between Sharia and the Unwritten Constitution; with a Glance at the Opinions of the Guardian Council
Ayat Molai; Mohammadreza Mojtahedi; Seyyed Hossein Malakouti Hashjin; Maedeh Soleimani Dinani
- Doctrines of the Judicial Control of Contract (Comparative Approach to Philosophical and Economic Schools)
Morteza Naseri Hossein Abad; Seyyed Mohammad Mehdi Ghaboli Dorafshan; Azam Ansari; Abdollah Khodabakhshi Shalmazari
- Cognitive and Comparative Analysis of the Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules
Nader Velaei

