





مجله تحقیقات حقوقی

مدیر مسؤول: دکتر گودرز افتخار جهرمی

سر دبیر: دکتر محمد علی اردبیلی

اعضای هیات تحریریه:

دکتر محمد آنسوری، دکتر محمد رضا احمدی، دکتر محمد رضا پاسبان، دکتر عبدالله شمس،
دکتر سید حسین صفایی، دکتر عزت‌اله عراقی، دکتر امیر حسین فخاری، دکتر هدایت‌اله فلسفی،
دکتر سید مصطفی محقق داماد، دکتر رضانوربها، دکتر سید محمد هانمی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا و انجمن ایرانی داوری

پاییز - زمستان ۱۳۸۴

شمارگان ۲۰۰۰ نسخه

قیمت: ۱۲۰۰۰ ریال

مرکز پخش:

فروشگاه کتاب انتشارات دانشگاه شهید بهشتی

تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، ساختمان مدیریت رایانه و خدمات ماشینی، طبقه همکف، تلفن ۲۹۹۰۲۷۰۰

لیتوگرافی، چاپ و صحافی: سازمان چاپ و انتشارات دانشگاه شهید بهشتی

راهنمای نگارش و ارسال مقاله

- ۱- «مجله تحقیقات حقوقی» هر شش ماه یک بار منتشر می‌شود و مقالاتی (اعم از تألیف یا ترجمه) را در زمینه‌های مختلف حقوقی و مباحث مرتبط با این رشته منتشر می‌نماید.
- ۲- نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود، باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دست‌آورد علمی جدید باشد.
- ۳- در مواردی که مقاله از منابع علمی معتبر خارجی ترجمه شده باشد، متن اصلی مقاله ترجمه شده با مشخصات کامل نشریه مربوط باید ارسال شود.
- ۴- مقاله قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ نشده باشد و همزمان به نشریه داخلی دیگری ارسال نشده باشد.
- ۵- زبان مجله فارسی است، بنابراین تا جای ممکن بهتر است از کلمات و معادل‌های فارسی برای بیان مطالب علمی در مقاله استفاده شود.

مقاله باید مشتمل بر قسمت‌های زیر باشد:

- ۱- نام نویسنده یا مترجم و نشانی کامل پستی، شماره نمابر، تلفن و در صورت امکان نشانی پست الکترونیک.
- ۲- چکیده فارسی مقاله (حداکثر ۲۵۰ کلمه) با کل‌واژگان (حداقل ۳ و حداکثر ۵ عبارت) باید پس از مقدمه‌ای کوتاه، دست‌آورد اصلی مقاله را به طور اختصار بیان نماید.
- ۳- ترجمه چکیده مقاله به انگلیسی یا فرانسوی شامل عنوان مقاله، نام نویسنده به یکی از این زبانها باشد.
- ۴- منابع در متن به ترتیب شماره‌گذاری شده و برطبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه و در فهرست منابع در آخر مقاله به ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده آورده شود.
- ۵- اطلاعات منابع به صورت مقاله: نام خانوادگی / نام نویسنده، عنوان مقاله داخل گیومه / نام ناشر / سال انتشار / جلد / صفحات.
- ۶- اطلاعات منابع به صورت کتاب: نام خانوادگی / نام نویسنده، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر و سال انتشار.
- ۷- مسؤلیت صحت مطالب مندرج در مقاله و یا ترجمه به عهده نویسنده یا مترجم است.
- ۸- مقاله دریافت شده را سردبیر و هیأت تحریریه بررسی خواهند کرد و هیأت تحریریه در اصلاح دستوری و املاي آن آزاد است.

نحوه فرستادن مقاله

مقاله اصلی و سه نسخه تصویر آن همراه با تمامی متن بر روی یک دیسک ۳/۵ اینچ تایپ شده با Windows98-Word97 همراه با تقاضای کتبی نویسنده یا مترجم به نشانی دفتر مجله، تهران، بزرگراه شهید چمران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، معاونت پژوهشی، دفتر مجله تحقیقات حقوقی ارسال گردد.

دانشکده حقوق

مجله تحقیقات حقوقی

شماره ۴۲

پاییز - زمستان

۱۳۸۴



مجله تحقیقات حقوقی

شماره ۴۲

صفحه

بخش تحقیق

- ۱۱ ♦ نارسایی‌های حقوقی بانکداری در ایران
دکتر سید محمود کاشانی
- ♦ شرایط ماهوی حمایت از اختراع از نگاه رویه قضایی و اداره
ثبت اختراعات
۶۹ دکتر میرقاسم جعفر زاده
- ♦ مفهوم و مبانی کنترل قضایی با تأکید بر نظام حقوقی ایالات
متحده امریکا
۱۴۹ دکتر محمدحسین زارعی
- ♦ بررسی مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای کالا در
کنوانسیون قرارداد حمل و نقل بین‌المللی کالا از طریق جاده
۱۹۹ (کنوانسیون سی.ام.آر.) و مقایسه آن با حقوق ایران و انگلیس
دکتر سید حسین سادات حسینی

بخش ترجمه

- ۲۴۱ ♦ مزدوری
دکتر سیدعلی هنجنی
- ۲۵۷ ♦ مطالبه اموال فرهنگی از دیدگاه حقوق بین‌الملل خصوصی
دکتر فرهاد خمایی‌زاده

- ۲۸۷ ♦ توجیه یا دلیل‌آوری برای مجازات
دکتر علی صفاری
- ۳۲۵ ♦ همراهی فعل منتسب به خواننده و فعل زیان‌دیده
مجید ادیب
- ۳۷۵ ♦ شخص ثالث؛ ولی از نوع دیگر
سید امید ساعدی

گزارش آموزشی

- ۳۹۵ ♦ فهرست پایان‌نامه‌های پذیرفته شده
♦ خلاصه مقالات به زبان انگلیسی و فرانسوی

بخش

تحقیق

نارسایی‌های حقوقی بانکداری در ایران

دکتر سید محمود کاشانی*

دیباچه

قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) در شهریور ماه سال ۱۳۶۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و از آغاز سال ۱۳۶۳ به مورد اجرا گزارده شد. تجربه بیست و دو ساله پس از تصویب این قانون که اندیشه حقوقی جدایی «بهره» از «ربا» را نادیده گرفته است، نشان می‌دهد هدف‌های این قانون در زمینه حذف «ربا» و یا «بهره» که در عنوان این قانون به کار رفته تحقق نیافته است. بانکداری کشور ما که عموماً در کنترل دولت بوده، با تحمیل بهره‌های سنگین و گزاف در وام‌های بانکی از این ادعاها دور شده و چه از جهت نظری و چه در اجرا با تنگناهای حقوقی فراوانی روبرو شده است. بانک، بیمه، اسناد تجاری، ضمانت‌نامه بانکی و بسیاری از نهادهای حقوقی و مالی دیگر، برآمده از نیازهای جامعه امروزی هستند و از پشتوانه خرد و تجربه بشری برخوردار می‌باشند؛ از همین رو هرگز نمی‌توان بر آنها خط بطلان کشید و یا آنها را نادیده گرفت. نظام بانکداری جهانی را نمی‌توان ربوی دانست؛ رباخواری نزد همه اقوام و مذاهب، امری نکوهیده و شرم‌آور دانسته شده است و در کشورهای پیشرفته برای مبارزه با آن قوانین روشن و کیفرهای شدیدی پیش‌بینی کرده‌اند. نظام بانکداری جهانی بر پایه اندیشه جدایی «بهره» از «ربا» استوار گردیده و توانسته است در وام‌های بانکی با بهره پایین، موتور تولید و پیشرفت اقتصادی را به

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

حرکت درآورده و گره‌گشای نیاز به وام‌های مصرفی و مسکن گردد. جامعه ایرانی نیز نیازمند آن است تا از دستاوردهای بانکداری برخوردار گردد. موضوع این مقاله، نارسایی‌های حقوقی بانکداری در ایران است که با چالش‌های قانونی گوناگونی روبه‌رو شده است. در این راستا پس از بیان یک پیشینه کوتاه تاریخی، دولتی کردن بانک‌ها، قانون عملیات بانکی بدون ربا و پیامدهای آن مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

یکم - پیشینه تاریخی

بیش از سه سده از پیدایش بانک در انگلستان و بیش از دو سده در فرانسه می‌گذرد.^۱ در کشور ما نیز پس از انقلاب مشروطیت و تأسیس دولت مدرن ضرورت تأسیس بانک در گفتگوهای نخستین مجلس قانونگزاری مورد تأیید قرار گرفت؛ ولی به دلیل اینکه بانک انگلیسی شاهی که امتیاز عملیات بانکی و حق انحصاری نشر اسکناس را از سال ۱۲۵۱ خورشیدی به موجب قراردادی با ناصرالدین شاه در اختیار گرفته و تمایل داشت همچنان بی‌رقیب بماند و دولت‌هایی که پس از مشروطیت قدرت را به دست می‌گرفتند زیر نفوذ سیاست انگلیس بوده و توانایی لازم را نداشته و کشور ما نیز دچار نابسامانی و حرکتهای تجزیه طلبانه بود، این خواست ملی تا بیست سال بعد تحقق نیافت. نخستین بانک ایرانی به نام «بانک سپه» در سال ۱۳۰۴ تأسیس شد و سرانجام قانون تأسیس بانک ملی ایران در ۱۴ اردیبهشت ۱۳۰۶ به تصویب مجلس شورای ملی رسید. ماده ۵

۱. بانک آو انگلند در انگلستان در سال ۱۶۸۹، و بانک فرانسه در سال ۱۸۰۰ تأسیس شدند و در خلال سده‌های گذشته گسترش یافته و به فعالیت بازرگانی پرداخته‌اند.

این قانون، عملیات اصلی بانکی را قبول و دیعه‌های نقدی مدت‌دار و جاری و پرداخت وام به شرط گرفتن تضمین برشمرده، ولی هنگام تأسیس بانک ملی ایران مقررات روشنی در زمینه تجویز بهره بانکی و زیان دیرکرد وجود نداشت. جلد یکم قانون مدنی مصوب ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷ نیز بی-آنکه مقررات روشنی در زمینه بهره و بهره بانکی پیش‌بینی کند در حساب جاری یا حساب به‌مدت، بانک را ملزم به پرداخت «حق‌المضاربه» کرد که در مواد ۵۵۸ و ۵۵۹ پیش‌بینی شده و روش غیرمستقیمی برای پرداخت بهره به سپرده‌های جاری یا مدت‌دار بانکی بود.

در آن هنگام به دلیل نوپا بودن نهاد بانک در ایران، افراد با تجربه و صلاحیت‌دار برای اداره امور بانک ملی ایران وجود نداشتند و ناگزیر دو کارشناس آلمانی به نام دکتر «لیندن بلات» و «فُوگِل» برای اداره امور بانک ملی ایران استخدام شدند.^۲ از آنجا که مدیریت چنین نهاد مالی نیرومندی نمی‌بایست در دست کارشناسان خارجی باقی بماند، گروهی از دانشجویان به هزینه دولت به کشورهای اروپایی فرستاده شدند تا با تخصص‌های بانکداری آشنا شوند. این گروه پس از بازگشت به ایران با بهره گرفتن از تجربه کارمندان بانک ملی، مدیریت این بانک را در اختیار گرفت.

همچنین از آنجا که مفهوم حقوقی «حق‌المضاربه» بی‌ارتباط و دارای ابهام بود و دلالت روشن بر بهره بانکی نداشت، قانون تسریع محاکمات مصوب ۳ تیر ۱۳۰۹ خورشیدی دست به قانونگذاری گسترده در زمینه مقررات بهره قراردادی و زیان دیرکرد زد و نرخ آن را دوازده درصد در

۲. دکتر ولی‌الله محمدی، بانک و عملیات بانکی، برگ ۲۵۷.

سال تعیین نمود. سه سال پس از تأسیس بانک ملی ایران، امتیاز نشر اسکناس در سال ۱۳۰۹ از بانک انگلیسی شاهی گرفته شد و به بانک ملی ایران واگذار گردید. با آنکه کمبودهای حقوقی نظام بانکی و دادگاه‌ها با تصویب قانون تسریع محاکمات برطرف شده بود، ولی از آنجا که به موازات بانک‌ها، اشخاص نیز در هر جامعه‌ای وام‌دهنده و وام‌گیرنده هستند و روش‌های غیرمستقیم به‌ویژه «بیع شرط» که ابزار حقوقی رایجی برای پرداخت وام، گرفتن وثیقه و دریافت بهره‌های گزاف بود همچنان در عرف ادامه داشت و ماده ۴۶۳ قانون مدنی نیز نتوانسته بود این روش‌ها را مهار کند،^۳ وام‌دهندگان همچنین از وضعیت شکننده وام‌گیرندگان سوءاستفاده می‌کردند؛ از همین رو قانون ثبت مصوب ۲۶ اسفند ۱۳۱۰ اینگونه قراردادهای صوری را «معامله با حق استرداد» توصیف کرد و مقررات گسترده‌ای برای ناکام ساختن حیل‌های شرعی و عرفی و روش‌های غیرمستقیم برقرار ساخت. مواد ۳۴ و ۳۴ مکرر این قانون تشریفات و مقررات الزام آوری برای حفظ حقوق وام‌گیرنده و محدود ساختن دست وام‌دهنده نسبت به وثایق و میزان بهره قراردادی برقرار ساختند که این مقررات را باید پایان‌بخش به کاربردن روش‌های حیل‌آمیز و غیرمستقیم که قرن‌ها در جامعه ما رواج داشتند برشمرد.

ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب سال ۱۳۱۸، متن جامع و کاملی در زمینه نرخ دوازده درصدی بهره در سال محسوب می‌شود. این ماده هرگونه روش غیرمستقیم برای افزایش میزان بهره را نیز با تأکیدهای

۳. ماده ۴۰۳: «گر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع به حقیقت، بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود».

روشن ممنوع ساخت. مقررات باب دهم قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۷۰۹ تا ۷۱۶) در زمینه قراردادهای وام بانکی و یا قراردادهای خصوصی میان افراد الزام آور بوده و سال‌های طولانی در عملکرد بانک‌ها و در دادگاه‌ها به مورد اجرا گزارده شد.^۴ همچنین قانون معاملات بانکی مورخ مرداد ۱۳۲۰ تنها بانک‌ها را مجاز به دریافت بهره مرکب دانسته و اشخاص عادی را در قراردادهای وام از تحمیل شرط بهره مرکب منع کرده است.

این قانونگزاری برای سامان دادن نظام بانکی کشور بسنده بود و همین امر زمینه‌ساز تأسیس گروهی از بانک‌های خصوصی در کشور گردید. نظام بانکداری برخوردار از قوانین و مقررات پذیرفته شده جهانی، همانند نظام بانکی موجود در کشورهای اروپایی، در کشور ما نیز برقرار گردید و در خدمت پیشرفت امور اقتصادی و بازرگانی و پرداخت وام‌های گوناگون به مردم با بهره‌های متعارف و منصفانه قرار گرفت. با پیروزی انقلاب در سال ۱۳۵۷ نظام بانکی کشور می‌توانست بی‌هیچ مشکلی به کار خود ادامه دهد و از دستکاری‌های نسنجیده در امان بماند. با این حال در پی تصمیم‌گیری‌های نسنجیده دولت موقت، غیرشرعی دانستن خسارت تأخیر تأدیه از سوی شورای نگهبان و سرانجام تصویب قانون عملیات بانکداری بدون ربا (بهره)، نظام بانکی کشور دچار آشفتگی شد و نظام بانکداری که پایه‌های آن استوار

۴. مقررات فصل سوم قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸، یعنی مواد ۷۰۹ تا ۷۱۶ در لایحه قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب که در تاریخ ۱۳/۵/۱۳۷۶ از سوی آقای سید محمد خاتمی به مجلس داده شد بی‌هیچ دلیل موجهی حذف و مقررات آشفته‌ای در مواد ۵۱۵ تا ۵۲۲ قانون جدید جایگزین آن گردید که دارای ایرادات حقوقی فراوانی است. مقررات قانون جدید واپس‌گرایانه است و هرگز نمی‌تواند جایگزین کافی برای مندرجات فصل سوم قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ باشد. بنابراین هرچه زودتر باید مقررات پیشرفته‌ای در زمینه بهره و زیان دبررد به تصویب برسد.

گردیده بود با موانع و تنگناهایی روبه‌رو گردید. این تنگناهای حقوقی در بخش‌های آینده مورد بررسی قرار می‌گیرند.

دوم- دولتی کردن بانک‌ها

دولت موقت درحالی که وظیفه داشت تا تصویب قانون اساسی و استقرار قوای سه‌گانه مقننه، مجریه و قضائیه کشور را اداره کند، بی‌هیچ ضرورتی در یک مصوبه چند سطری و بدون توجیحات مالی و حقوقی، دست به ملی کردن و در حقیقت دولتی کردن بانک‌های کشور زد.^۵ دستاویزهای مذکور در این لایحه مانند حفظ حقوق و سرمایه‌های ملی، تضمین سپرده‌ها و پس‌اندازهای مردم، مدیون بودن بانک‌ها به دولت و نیاز آنها به سرپرستی دولت و عناوینی از این دست، هیچ یک مجوز دولتی کردن بانک‌های خصوصی کشور نبوده‌اند. بانک‌های خصوصی موجود در هنگام تصویب این قانون، بر پایه قراردادهای خصوصی الزام‌آوری که با سپرده‌گذاران امضا کرده بودند ضامن سپرده‌ها و پس‌اندازهای مردم بودند و هرگاه از انجام تعهد خود در زمینه بازپس دادن سپرده کوتاهی می‌کردند، افراد می‌توانستند برای الزام آنها به انجام تعهد به مراجع قانونی و قضایی مراجعه کنند. بدهکار بودن بانک‌ها به دولت نیز توجیه‌کننده دولتی ساختن آنها نبوده است؛ زیرا دولت به فرض اینکه ادعای درست و پابرجایی علیه این بانک‌ها داشت می‌توانست برای دریافت طلب خود به مراجع قضایی رجوع کند. هیچ بستانکاری مجاز نیست به دلیل داشتن طلب از دیگران بدون

۵. لایحه ملی شدن بانک‌ها، با امضای مهدی بازرگان نخست وزیر دولت موقت، مورخ ۱۳۵۸/۴/۱۷، برگ ۳۴ مجموعه قوانین روزنامه رسمی، سال ۱۳۵۸.

گرفتن حکم دادگاه و انجام تشریفات اجرایی آن، اموال بدهکار را با توسل به زور به تصرف خود درآورد. افزون بر آن این مطالبات ادعایی در بسیاری از موارد بی‌پایه و یا مورد انکار بانک‌ها بوده‌اند و بنابراین دولت نمی‌توانسته است نقش بستانکار و قاضی را به‌عهده گرفته و با تصمیم یک سویه خود، بانک‌هایی را که متعلق به سهامداران آنها بوده و از سوی هیأت‌های مدیره برگزیده سهامداران اداره می‌شدند به تملک و زیر کنترل خود درآورد. درست است که هنگام اتخاذ این تصمیم از سوی دولت موقت هنوز قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصویب نشده بود، ولی به هر حال احترام به حق مالکیت اشخاص که در اصل پانزدهم متمم قانون اساسی مشروطیت به رسمیت شناخته شده است^۶ همچنان پابرجا بود. افزون بر آن دولت موقت بر پایه الزامات پذیرفته شده جهانی به‌ویژه ماده هفدهم اعلامیه جهانی حقوق بشر^۷ و موازین مسلم فقهی هرگز مجاز نبوده است دست به سلب مالکیت سهامداران بانک‌های خصوصی کشور بزند و آنها را به ملکیت دولت درآورد. به هر حال این مصوبه چند سطری همه بانک‌های خصوصی موجود در کشور را که در کنار چند بانک دولتی، ستون فقرات اقتصادی و مالی کشور بودند از کنترل مدیران خصوصی بیرون آورد و مدیریت آنها را به‌عهده دولت گزارد؛ دولتی که گرفتار پیامدهای انقلاب بود و سپس گرفتار جنگ تحمیلی گردید.

^۶ اصل پانزدهم متمم قانون اساسی مشروطیت: «هیچ ملکی را از تصرف صاحب ملک نمی‌توان بیرون کرد مگر با مجوز شرعی و آن نیز پس از تعیین و تأدیه قیمت عادلانه است».

^۷ «هر شخصی منفرداً یا به‌طور اجتماعی حق مالکیت دارد. احدی را نمی‌توان خودسرانه از حق مالکیت محروم نمود».

هرچند دولت موقت توانست سهام سهامداران ایرانی بانک‌ها را بدون پرداخت غرامت عادلانه تملک کند، ولی ملی کردن بانک‌ها برای جمهوری اسلامی ایران هزینه‌های سنگینی به دنبال داشت که از جمله می‌توان به پرداخت غرامت به سهامداران خارجی این بانک‌ها اشاره کرد.

در اجرای قانون ملی کردن بانک‌ها از آنجا که مدیریت بانک‌های خصوصی از کنترل سهامداران آن خارج شد، ناگزیر لایحه دیگری به نام «لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها» در تاریخ ۱۳۵۸/۷/۱۹ به تصویب دولت موقت رسید که همه بانک‌های کشور می‌بایست بر پایه مندرجات آن اداره شوند. در ماده ۳ این لایحه، «مجمع عمومی بانک‌ها» پیش‌بینی شده است که شامل وزرای امور اقتصادی و دارایی، صنایع و معادن، بازرگانی، کشاورزی، مسکن و شهرسازی و رئیس سازمان برنامه و بودجه می‌باشد. شورای عالی بانک‌ها نیز مرکب از هشت عضو، شامل رئیس کل بانک مرکزی، مدیر کل بانک ملی و نمایندگان شش وزارتخانه دیگر است. به این ترتیب وزیرانی که هر یک برای انجام بخشی از وظایف اجرایی در کشور مسئولیت دارند، وارد مجمع عمومی بانک‌ها و یا شورای عالی بانک‌ها شده‌اند و حال آنکه حرفه بانکداری و مدیریت بانک‌ها ارتباطی با مسئولیت اجرایی آنان ندارد و در عمل هم نتایج تصمیم‌گیری آنان در مجلس شورای اسلامی از طریق سؤال و استیضاح قابل رسیدگی نیست.

بانکداری یک حرفه بازرگانی است، ولی دولتی کردن بانک‌ها آنها را به سازمان‌های اداری تبدیل کرده و از پویایی و تحرک بازداشته است و

همین امر از تنگناهای اصلی حقوقی بانکداری در کشور ما می‌باشد.^۸ از هنگام ملی کردن بانک‌ها در سال ۱۳۵۸ همه بانک‌های کشور زیر کنترل دستگاه دولتی قرار گرفته و تنها به تازگی تعدادی بانک خصوصی تأسیس گردیده است.

عملیات اصلی بانکی که پذیرش سپرده‌های مردم و پرداخت وام‌های بازرگانی و مصرفی است از قراردادهای حقوق مدنی هستند. سپرده‌گذاری از مصادیق عقد ودیعه است که در مواد ۶۰۷ تا ۶۳۴ قانون مدنی آمده است. عقد قرض نیز در مواد ۶۴۸ تا ۶۵۳ قانون مدنی پیش‌بینی شده است. همانگونه که این قراردادها از سده‌های دور تاکنون میان مردم رواج داشته‌اند، بانک‌ها نیز که مؤسسات حرفه‌ای بازرگانی هستند مشمول همین مقررات می‌باشند. طبیعت این قراردادها دارای جنبه مدنی است و از چارچوب وظایف اصلی دولت که امور حاکمیتی است بیرون می‌باشند. تعاریفی که قوانین کشورهای پیشرفته از حرفه بانکداری ارائه کرده‌اند به همین ویژگی‌ها تصریح نموده‌اند.

بر پایه همین تعاریف حرفه بانکداری در کشورهایی چون انگلستان، فرانسه و آمریکا در اختیار بخش خصوصی است و دولت‌ها وارد این حرفه نمی‌شوند. در کشور ما نیز تحمیل حرفه بانکداری به دولت با وظایف قوه مجریه و دستگاه اجرایی کشور ناسازگار است و چاره‌ای جز این نیست که بانکداری به یک حرفه حقوق خصوصی تبدیل شود و بانک مرکزی در چارچوب وظایف مقرر در قانون پولی و بانکی کشور مصوب سال ۱۳۵۱

۸. پیدایش فساد و سوء استفاده‌های کلان در نظام بانکی کشور در سال‌های پس از انقلاب، پیامد مستقیم دولتی کردن بانک‌هاست. چنین پدیده‌ای در سال‌های پیش از انقلاب وجود نداشته و در بانکداری خصوصی کشورهای خارجی نیز امکان‌پذیر نیستند. مدیریت دولتی بانک‌ها همچنین موجب ریخت و پاش‌ها و افزایش هزینه بانک‌ها شده و همین امر از عوامل اصلی بالا رفتن نرخ بهره بانکی در کشور ما بوده است که به وام‌گیرندگان تحمیل شده است.

بر تأسیس و کارکرد بانک‌ها نظارت کرده و به‌عنوان بانکدار دولت عمل کند. هرگونه استقراض دولت از بانک‌های داخلی نیز الزاماً باید برپایه اصل هشتاد قانون اساسی با تصویب مجلس و با تشریفات مقرر در آیین‌نامه داخلی مجلس و به‌گونه‌ای روشن باشد و به روش‌های خلاف قانون اساسی و زیان‌باری مانند دادن مجوزهای کلی به دولت و وزارتخانه‌ها در لابلای تبصره‌های لایحه بودجه برای استقراض خارجی و داخلی زیر عنوان «تسهیلات تکلیفی»، انتشار «اوراق مشارکت» و یا «فاینانس» که بانک‌ها و سپرده‌های مردم را به ناروا در اختیار دولت قرار می‌دهد پایان داده شود.^۹

سوم - غیرشرعی شمردن خسارت تأخیر تأدیه

مواد ۷۱۲ و ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی خسارت تأخیر تأدیه را پیش‌بینی کرده بودند. بنابراین نظام بانکی کشور می‌توانست در سال‌های پس از انقلاب همانند سال‌های گذشته نیازهای قراردادی خود را در سپرده‌گذاری و قراردادهای وام برطرف کرده و به فعالیت‌های سازنده خود ادامه دهد. همچنین دادگاه‌ها و اداره اجرای ثبت در مورد اسناد رسمی

۹. به گفته معاون امور بانک‌ها و بیمه‌های وزارت امور اقتصادی و دارایی: «دولت حدود بیست و سه هزار میلیارد تومان به شبکه بانکی کشور بدهکار است. بیش از سیزده هزار میلیارد تومان از این رقم، بدهی دولت به بانک مرکزی است و حدود نه هزار میلیارد تومان دیگر نیز بدهی دولت به سایر بانک‌هاست» (روزنامه سیاست روز، ۶ مهر ۱۳۸۳).

دولتی شدن بانک‌ها در ایران و تبدیل آنها به سازمان‌های اداری به جای مؤسسات بازرگانی و الزام بانک‌ها به پرداخت وام‌های سنگین به دستگاه دولتی برای جبران کسر بودجه دولت، عامل اصلی کاهش قدرت وام‌دهی بانک‌ها به شهروندان نیز شده است. برپایه گزارش توسعه انسانی سازمان ملل متحد: «حجم وام‌های پرداخت شده از سوی بانک‌های دولت جمهوری اسلامی ایران به شهروندان ایرانی یک و سه دهم درصد تولید ناخالص داخلی این کشور بوده که دولت ایران از این نظر در میان یکصد و سی و یک کشور جهان در رتبه یکصد و شانزدهم قرار گرفته است» (هفته‌نامه کیهان، چاپ لندن، ۲۴ تا ۳۰ شهریور ۱۳۸۴، برگ ۶).

لازم‌الاجرا در زمینه زیان دیرکرد و حفظ حقوق بستارنکاران با استناد به مواد مزبور تصمیم‌گیری می‌کردند که به این ترتیب عدالت و انصاف در روابط بدهکار و بستانکار برقرار می‌شد. با این حال شورای عالی قضایی با نادیده گرفتن نیازهای دستگاه دادگستری و نظام حقوقی کشور روش‌های غیرمسئولانه‌ای را در پیش گرفت و در تاریخ ۱۳۶۲/۵/۳۱ در زمینه اعتبار مواد ۷۱۲ و ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی از شورای نگهبان استعلام کرد.^{۱۰} این شورا نیز در پاسخ مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۳ دریافت خسارت تأخیر تأدیه موضوع مواد ۷۱۲ و ۷۱۹ را به نظر اکثریت فقها مغایر موازین شرعی شناخت.^{۱۱}

این شورا همچنین در اظهارنظر مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ بار دیگر مواد ۷۱۹ تا ۷۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی و دیگر موادی را که به گونه پراکنده خسارت تأخیر تأدیه را پیش‌بینی و تجویز کرده بودند خلاف شرع دانست.^{۱۲} این اظهارنظرها از نظر حقوقی اعتبار نداشته و نمی‌توانسته‌اند ناسخ مقررات خسارت تأخیر تأدیه در قانون آیین دادرسی مدنی و دیگر قوانین

۱۰. «شورای محترم نگهبان- بعد التَّحِیة والسلام- چون درخصوص احتساب و مطالبه خسارت تأخیر تأدیه اسناد رسمی و اجرایی از طرف رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و همچنین افراد زیادی از این شورا استعلام شده است مقتضی است در این خصوص نظریه فقهای محترم آن شورا را اعلام فرمایید. از طرف شورای عالی قضایی- موسوی بجنوردی»

۱۱. متن پاسخ شورای نگهبان چنین است:

«شورای عالی قضایی

عطف به نامه شماره ۱/۲۶۹۹۱ مورخ ۱۳۶۲/۵/۳۱، موضوع در جلسه رسمی فقهای شورای نگهبان مطرح و بررسی شد. دریافت خسارت تأخیر تأدیه موضوع مواد ۷۱۲ و ۷۱۹ قانون آیین دادرسی به نظر اکثریت فقها مغایر با موازین شرعی شناخته شد.

دبیر شورای نگهبان- لطف اله صافی»

۱۲. مجموعه قوانین روزنامه رسمی، سال ۱۳۶۷، برگ ۷۸۱.

مصوب مجلس باشند. شورای نگهبان مرجع وضع یا نسخ قانون نیست. صلاحیت این شورا به موجب اصول چهارم، هفتاد و دو و نود و شش قانون اساسی، اظهارنظر در روند قانونگزاری و منحصر در اعلام مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام و عدم تعارض آنها با اصول قانون اساسی است. بنابراین مقرراتی که در خلال سال‌های پیش از انقلاب به تصویب رسیده بوده، همچنان معتبر بوده‌اند تا از طریق یک قانون لاحق به گونه صریح یا ضمنی نسخ شوند. کارکرد بانک‌ها از چند سده گذشته تاکنون برپایه مشروعیت بهره قانونی استوار بوده و هیچ نظام بانکی نمی‌تواند بدون پذیرش صحت و قانونی بودن بهره، سپرده‌های مردم را بپذیرد و یا به متقاضیان وام پرداخت کند. نظام بانکی کشور ما هم از این قاعده حقوقی پذیرفته شده جهانی نمی‌تواند برکنار بماند. به‌ویژه روش‌های غیرمستقیم که پوشش شرعی یا قانونی بهره قانونی باشند و یا تغییر نام «بهره» به «سود» یا عناوین دیگر، هیچ مشکلی را حل نمی‌کنند و ارزش و اعتبار چنین روش‌هایی امروزه در نظام‌های قانونگزاری مردود دانسته شده‌اند.

چهارم - قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)

۱- تصویب لایحه در مجلس

بر پایه آنچه از مذاکرات نمایندگان مجلس در زمینه تصویب لایحه قانون عملیات بانکی بدون ربا برمی‌آید این لایحه در آغاز سال ۱۳۶۰ از سوی نخست‌وزیر وقت به مجلس تقدیم شده و به کمیسیون ویژه‌ای برای رسیدگی به امور بانکی به ریاست آقای موسوی خوئینی‌ها ارجاع گردید.

این کمیسیون به گفته سخن‌گوی آن پس از چهل و هفت جلسه رسیدگی، لایحه را تصویب و گزارش کار خود را در جلسه علنی مجلس در روز دوشنبه ۱۸ بهمن ۱۳۶۱ مطرح ساخت. آقای هاشمی رفسنجانی در این جلسه از تصویب این لایحه در کمیسیون ویژه استقبال کرده و برای تصویب آن در مجلس اظهار امیدواری کرد که «موفق بشویم پایه یک نظام بانکی بدون ربایی را در دنیای اسلام بگذاریم». به هنگام طرح کلیات این لایحه در جلسه علنی، آقای موحدی ساوجی با اعلام اینکه با ربا و رباخواری مخالف است، مواد ۳ تا ۶ این لایحه را که رکن اصلی آن محسوب می‌شود مورد انتقاد قرار داد.^{۱۳} در برابر این مخالفت، آقای موسوی خوئینی‌ها به دفاع از این لایحه برخاسته و آقای دکتر محسن نوربخش رئیس کل بانک مرکزی هم به‌عنوان نماینده دولت از آن دفاع کرده و کلیات لایحه با رأی اکثریت در همین جلسه به تصویب رسیده است. شورای نگهبان هم ایراد اصولی مهمی بر مصوبه مجلس نگرفته و این مصوبه در ۲۸ شهریور ۱۳۶۲ در روزنامه رسمی کشور انتشار یافته است.

نخستین پرسش این است که با وجود مقررات روشن، به‌ویژه قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ که پایه‌های بانکداری در کشور را استوار ساخته بوده است، دولت با چه انگیزه‌ای این لایحه را تدوین و به

۱۳. وی در بخشی از سخنان خود در مخالفت با این لایحه گفت:

«این لایحه یک کلاه شرعی برای دادن و گرفتن ربا نسبت به سپرده‌های مردم است. منتها یک کلاه شرعی جدید، مدرن، امروزی و یک کلاه شرعی بزرگ که با کلاه شرعی‌های قبلی که فرد، مورد به مورد مثلاً می‌رفت هزار تومان می‌داد به یک دستمال می‌گفت این هزار تومان را با یک دستمال به تو می‌دهم و بعد از شش ماه دیگر تو هزار و دویست تومان یا هزار و سیصد تومان به من بده. اینجا آمده کل جریان پولی و در واقع مالی مملکت، بانک را یک کلاه شرعی کرده...»

مجلس تقدیم کرده است؟ چه کمبودی در نظام بانکی گذشته وجود داشته که با تقدیم این لایحه در مقام برطرف کردن آن برآمده‌اند؟ چه نوآوری در تدوین این لایحه در دولت و تصویب آن در مجلس به کار رفته است که بر پایه آن نوید حذف بهره و ربا را به مردم داده‌اند؟ و سرانجام اینکه آیا با اجرای این قانون، ربا یا بهره از بانکداری ایران حذف شده است یا نه؟ یادآوری این نکته ضرورت دارد که ما در این مقاله ایرادات نظری و حقوقی این قانون را بررسی می‌کنیم و بر این باوریم که کارکنان بانک‌ها در شیوه اجرای این قانون کوتاهی نکرده‌اند و اگر نتایج اجرای آن با ادعاهای مدافعان آن ناسازگاری دارد باید آن را به حساب ایرادات نظری و حقوقی مندرجات این قانون گذاشت و نه به حساب عملکرد کارکنان بانک‌ها. به این منظور اعتراضات اصولی بر عنوان، هدف و مندرجات این قانون را در بخش‌های آینده بررسی می‌کنیم.

۲- یکسان شمردن بهره و ربا

همانگونه که از عنوان این قانون برمی‌آید، نویسندگان آن مفهوم «ربا»^{۱۴} و «بهره»^{۱۵} را همسان دانسته و به دنبال آن بوده‌اند تا در نظام بانکی مورد نظر خود ربا و بهره را حذف کنند؛ حال آنکه ربا و بهره دو مفهوم حقوقی کاملاً جدا از یکدیگر هستند. حداقل از دوران رُم باستان، قانونگذاران به جدایی این دو مفهوم توجه داشته‌اند. السواح دوازده گانه^{۱۶}

14. Usury.

15. Interest.

۱۶. السواح دوازده گانه در سالهای ۴۴۹ تا ۴۵۱ پیش از میلاد در رُم تدوین گردید. هدف از نگارش این مجموعه قوانین، جدا کردن مقررات عرفی از دین بوده است. این مجموعه مسائل گوناگون مدنی و کیفری را در بر داشته و تا هنگام فروپاشی رُم باستان در قرن پنجم میلادی در اثر عوامل داخلی و هجوم زرم‌ها اعتبار داشته است.

رقمی در حدود هشت و سی و سه صدم درصد بهره را تجویز کرده بودند، ولی در زمانی پس از آن بهره را به نرخ یک درصد در ماه و دوازده درصد در سال تجویز کردند. محدودیت نرخ بهره چندین سده از پشتیبانی امپراطوران و قانونگذاران رومی برخوردار بوده است. هرچند پیدایش مسیحیت و قدرت یافتن آن در کشورهای اروپایی دگرگونی‌هایی را در اندیشه مشروعیت بهره پدید آورد، ولی سرانجام نخست در انگلستان از سال ۱۵۴۶ پس از آنکه هانری هشتم روابط خود را از کلیسای کاتولیک در رُم گسست، نرخ بهره ده درصد از نظر قانونی پذیرفته شد. یکی از هدف‌های تعیین نرخ بهره محدود ساختن رباخواری بود که در این کشور رواج یافته بود. در فرانسه نیز پس از پیروزی انقلاب در سال ۱۷۸۹ به موجب فرمان ۲ و ۳ اکتبر ۱۷۸۹ ممنوعیت نظری نرخ بهره برداشته شد. قوانین مدنی و بازرگانی این کشور با تعیین نرخ بهره، وام‌دهندگان را از دریافت نرخ‌ی بالاتر از آن منع نمودند.

ماده ۱۹۰۵ قانون مدنی فرانسه (کُد ناپلئون) که در ۵ مارس ۱۸۰۳ به تصویب نهایی رسید، وام به شرط بهره را به رسمیت شناخت و آن را به همه انواع وام، خواه پول یا دیگر اموال عینی گسترش داد. قانون دیگری که در ۳ سپتامبر ۱۸۰۷ در این کشور به تصویب رسید، با کاهش نرخ بهره به پنج درصد در وام‌های مدنی و شش درصد در وام‌های بازرگانی هرگونه تجاوز از این نرخ‌ها را مشمول عنوان کیفری «رِبا» برشمرد. در طول دو سده قانونگذاری در فرانسه، «رِبا» همراه ممنوع و موجب کیفر دانسته شده است. قانون ۲۸ سپتامبر ۱۹۶۶ وام ربوی را تعریف و برای آن کیفر تعیین کرده است که شامل دو ماه تا سه سال زندان و جریمه‌ای از دو هزار تا

سیصد هزار فرانک است. این قانون همچنین اجازه به کارگرفتن کیفرهای تبعی چون بستن دائمی یا موقت چنین مؤسسه‌های مالی را به دادگاه داده است.

در حقوق ایالات متحده آمریکا نیز مفهوم «بهره» از «ربا» جدا گردیده است. در این کشور ربا را وام‌دادن پول به نرخ بالاتر از نرخ مقرر از سوی قانون برشمرده‌اند. در این کشور نیز رباخواری جرم دانسته شده و کیفر آن هم، جریمه، محرومیت از حق و سلب مالکیت یا هر دو کیفر می‌باشد و برای اشخاصی که به گونه حرفه‌ای و با توسل به ارباب و تهدید رباخواری کنند کیفر زندان پیش‌بینی شده است.^{۱۷}

جدایی مفهوم بهره از ربا امروزه پذیرش جهانی یافته و در نظام‌های حقوقی معتبر برای آنها قانونگزاری شده است. نظام بانکداری که در کشورهای پیشرفته پدیدار شده و جایگاه استواری در اینگونه جامعه‌ها به دست آورده است بر پایه مشروعیت بهره و محدودیت نرخ آن استوار گردیده است.

همانگونه که پیش از این دیدیم قوانین کشور ما نیز با پذیرش محدودیت نرخ بهره از همین قوانین و مقررات معقول و منصفانه پیروی کرده بودند. نظام بانکداری در کشور ما چندین دهه در خدمت سامان دادن قراردادهای سپرده‌گذاری و پرداخت وام‌های بانکی قرار گرفت و دگرگونی‌های سودمند و چشمگیری در جامعه ایرانی از دیدگاه مالی و اجتماعی و پیشرفت اقتصادی بوجود آورد که می‌توانست بی‌هیچ دستکاری به زندگی خود ادامه دهد.

۱۷. برای آگاهی از بحث‌های تفصیلی در زمینه سوابق تاریخی و مقررات بهره و ربا رک. همین قلم، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره پیاپی ۱۷۶، فروردین ۱۳۸۱، برگ‌های ۴۵ تا ۱۱۱.

نویسندگان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به جدایی و دوگانگی بهره و ربا توجه داشته‌اند. اصل چهل و سوم قانون اساسی مشروعیت «بهره» را پذیرفته، ولی «ربا» را ممنوع دانسته است. اصل چهل و سوم قانون اساسی پرداخت «وام بدون بهره» را به کسانی که آمادگی انجام کار دارند تجویز کرده است. مفهوم روشن آن این است که در انواع دیگر وام‌ها که برای مقاصد بازرگانی و یا مصرفی از سوی بانک‌ها پرداخت می‌شود، گرفتن بهره مجاز است و حال آنکه بند پنجم همین اصل با پدیده «ربا» برخورد قاطعی داشته و آن را در ردیف اموری چون اضرار به غیر، احتکار و دیگر معاملات باطل و حرام برشمرده است. رباخواری نزد همه اقوام و ملل در طول تاریخ و در جهان کنونی امری نکوهیده و شرم‌آور شمرده شده و وام‌های همراه با ربا همواره پنهانی و در پستوی دکان‌های رباخواران داد و ستد شده است، ولی حرفه بانکداری بر پایه بهره قانونی و منصفانه در نهادهایی رسمی به نام بانک، مطابق قانون و زیر نظر دستگاه دادگستری و با قراردادهای آشکار برای برآورده ساختن نیازهای ضروری مردم در زمینه‌های گوناگون رواج یافته است. پیامد روشن و مستقیم گسترش بانکداری، ارائه خدمات بانکی و پرداخت وام‌های فراوان و ارزان به نیازمندان و کاهش چشم‌گیر وام‌های ربوی بوده و به برچیدن بساط رباخواران انجامیده است.

۳- آشفته‌گی در هدف‌های قانون

فصل یکم این قانون از «اهداف و وظایف نظام بانکی» سخن به میان آورده، ولی مقررات بانکداری را با هدف و وظایف بانک مرکزی در هم

آمیخته است که ایراد اصولی دیگری بر این قانون است. بانک مرکزی در ایران بر پایه مندرجات قانون پولی و بانکی کشور مورخ ۱۵ مرداد ۱۳۵۱ (بخش دوم، مواد ۱۰ تا ۲۹)، به پیروی از تجربه کشورهای اروپایی تأسیس شده و دارای هدف‌ها و وظایف ویژه خود می‌باشد و به گونه کامل از بانک‌های بازرگانی که در بخش سوم این قانون (مواد ۳۰ تا ۴۵) پیش‌بینی شده‌اند جدا می‌باشد. انحلال بانک مرکزی به موجب بند «ج» ماده ۱۰ قانون پولی و بانکی کشور تنها به موجب قانون امکان‌پذیر است و حال آنکه اساسنامه بانک‌های بازرگانی در شورای پول و اعتبار تصویب می‌شود و صدور اجازه تأسیس آنها به عهده بانک مرکزی ایران است. ماده ۳۱ همین قانون، تشکیل بانک‌های بازرگانی را تنها به صورت شرکت سهامی عام با سهام با نام تجویز کرده است. بنابراین اهداف و وظایف بانک مرکزی ایران و بانک‌های بازرگانی نمی‌توانند درهم آمیخته شوند. قانون عملیات بانکی بدون ربا این دوگانگی و جدایی بانک مرکزی و بانک‌های بازرگانی را نادیده گرفته است.

برای نمونه بند یکم قانون عملیات بانکی بدون ربا، یکی از هدف‌های نظام بانکی کشور را «استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل (با ضوابط اسلامی) به منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد اقتصاد کشور» دانسته است که برگرفته از بند «الف» ماده ۱۰ قانون پولی و بانکی کشور درباره بانک مرکزی است. این بند مقرر ساخته است:

«بانک مرکزی ایران مسؤول تنظیم و اجرای سیاست پولی و اعتباری بر اساس سیاست کلی اقتصادی کشور می‌باشد».

همچنین بند چهار از فصل یکم قانون عملیات بانکی بدون ربا، از جمله هدف‌های نظام بانکی را «حفظ ارزش پول و ایجاد تعادل در موازنه پرداخت‌ها و تسهیل مبادلات بازرگانی» برشمرده است که این موضوع یکی از مهمترین هدف‌های بانک مرکزی است. به موجب بند «ب» ماده ۱۰ قانون پولی و بانکی:

«هدف بانک مرکزی ایران، حفظ ارزش پول و موازنه پرداخت‌ها و تسهیل مبادلات بازرگانی و کمک به رشد اقتصادی کشور است.»

وظایف نظام بانکی نیز که در ماده ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا پیش‌بینی شده است مانند تنظیم، کنترل و هدایت گردش پول و اعتبار طبق قانون و مقررات و یا انتشار اسکناس و سکه‌های فلزی رایج کشور عیناً از ماده ۱۱ قانون پولی کشور در زمینه وظایف و اختیارات بانک مرکزی گرفته شده است.

دیگر بندهای مواد ۱ و ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز ارتباطی به بانکداری که یک حرفه بازرگانی است نداشته و به گونه‌ای در ارتباط با وظایف بانک مرکزی هستند. این آشفتگی در هدف‌ها و وظایف دو نهاد مالی مستقل و جداگانه، از ایرادات اصولی قانون عملیات بانکی بدون رباست. هیچ روشن نیست نویسندگان این قانون با چه انگیزه‌ای قانون پیشرفته پولی و بانکی کشور را که در اختیار آنان بوده است کنار گزارده و هدف‌ها و وظایف بانک مرکزی را که یک نهاد مالی حساس و سودمند در کشور ماست با بانکداری بازرگانی درهم آمیخته‌اند؟ موضوع فعالیت و وظایف بانک‌ها بایستی به روشنی تعریف شود تا روابط مردم و بانک‌ها برپایه قواعد استواری تعیین و حقوق شهروندان محافظت گردد. روشن

نبودن هدف‌ها و وظایف و چارچوب بانکداری در کشور زمینه‌ساز پیدایش انواع مؤسسات بی‌هویت و با عناوین مجهول مانند شرکت‌های مضاربه‌ای، صندوق‌های قرض‌الحسنه غیرواقعی و عناوین دیگر در کشور گردیده و اشخاصی توانسته‌اند به ناروا و بدون داشتن مسؤولیت وارد حرفه بانکداری شده و دست به کلاهبرداری‌های گسترده از مردم بزنند؛ دائماً در تهران و گوشه و کنار این کشور خبرهای چنین سوء استفاده‌های کلان مالی در رسانه‌ها منتشر می‌گردد. بسیاری از مردم به دلیل آشفتگی نظام بانکداری از هستی ساقط شده‌اند و دستگاه دادگستری نیز با پرونده‌های سنگین و غیرقابل حلی روبه‌رو گردیده که سال‌های درازی وقت دادرها و دادگاه‌ها را که باید به وظایف اصلی خود بپردازند هدر داده‌اند. بی‌گمان پیدایش قارچ‌گونه اینگونه مؤسسات و دکان‌های رباخواری از پیامدهای مستقیم تصویب قانون بانکداری بدون بهره و برچیدن نظام بانکداری در کشور ما می‌باشد.

۴- آشفتگی در مقررات سپرده‌گذاری

الف- پایه بانکداری

یکی از دو پایه اصلی حرفه بانکداری، گردش‌آوری سپرده‌های کوچک و بزرگ مردم و نگهداری آنها در حساب‌هایی است که به موجب قرارداد سپرده‌گذاری با سپرده‌گزاران توافق می‌کنند. پایه دیگر این حرفه نیز عملیات اعتباری و پرداخت وام است. قوانین ایران و دیگر کشورهای جهان، حرفه بانکداری را با همین اختیارات و وظایف به رسمیت شناخته‌اند.

ماده ۵ قانون تأسیس بانک ملی ایران که در ۱۴ اردیبهشت ۱۳۰۶ خورشیدی به تصویب رسید و نخستین قانون بانکداری در ایران است در یک توصیف حقوقی درست، حرفه بانک را چنین بیان کرده است:

«بانک مجاز است و دایع نقدی مدت‌دار و نقدی قبول کند و برای پیشرفت تجارت و فلاح و صنعت پول قرض دهد...».

قانون مورخ ۲۴ ژانویه ۱۹۸۴ فرانسه در تعریف بانک و عملیات بانکی مقرر می‌دارد:

«بنگاه‌های اعتباری، اشخاص حقوقی هستند که به‌عنوان یک حرفه عادی، عملیات بانکی انجام می‌دهند. عملیات بانکی شامل دریافت سپرده‌های مردم، عملیات اعتباری و همچنین پرداخت وام به مشتریان و یا مدیریت روش‌های پرداخت است»^{۱۸}.

قانون بانکداری آمریکا^{۱۹} نیز همین نکات را در تعریف بانک آورده

است:

«بانک هرگونه مؤسسه‌ای است که:

- ۱- سپرده‌هایی را می‌پذیرد که سپرده‌گزار دارای حق قانونی برای استرداد آنها در سپرده‌های دیداری است، و،
 - ۲- پرداخت وام‌های بازرگانی را پیشه خود می‌سازد.
- دریافت سپرده‌های دیداری و پرداخت وام بازرگانی تشکیل دهنده یک بانک است»^{۲۰}.

18. Code de Commerce, Deloz, 1996-97. p.226.

19. Bank Holding Company Act.

20. Alfred M. Pollard, etc, Banking Law in the United States, p.30

ب- تعریف سپرده‌گذاری

در سپرده‌گذاری عام که امروزه موضوع اصلی حرفه بانکداری است، توافق بانک و مشتری بر این است که پول سپرده شده عیناً پس داده نشود، بلکه معادل آن پول به سپرده‌گذار پس داده شود. سپرده‌گذاری خاص، سپرده‌ای است که به‌موجب آن می‌بایست عین سپرده به سپرده‌گذار پس داده شود. هدف از این نوع سپرده‌گذاری، نگاهداری مال است. موضوع سپرده خاص عموماً اشیاء گران بهاست. با این حال سهام با نام و بی‌نام و اوراق بهادار نیز می‌توانند به‌گونه خاص سپرده‌گذاری شوند. برای مثال وجوهی که از سوی یکی از طرفین قرارداد و در انتظار تنظیم سند معامله به یک سردفتر اسناد رسمی سپرده می‌شود، در بسیاری از موارد از گونه سپرده خاص شمرده می‌شود. این وجوه به ملکیت سردفتر در نمی‌آید و اگر رعایت موازین امانت را در نگاهداری آن کرده باشد، در برابر تلف یا سرقت آن مسؤولیت ندارد. هنگامی که در زمینه نوع سپرده‌گذاری تردیدی به هم رسد، اصل بر این است که نظر طرفین بر سپرده‌گذاری خاص می‌باشد. زیرا اینگونه سپرده‌گذاری با قواعد عمومی ودیعه منطبق است و مستودع باید عین مالی را که دریافت کرده است پس بدهد.^{۲۱}

نظریه پذیرفته شده در همه نظام‌های حقوقی بانکی این است که در سپرده‌گذاری عام، وجوه سپرده شده به مالکیت بانک در می‌آید و بانک در برابر سپرده‌گذار، بدهکار می‌گردد.^{۲۲} بنابراین سپرده‌گذار نسبت به عین وجوه

21. Mazeaud, Lecons de Droit Civil, V.2, No.1519

22. Ibid, No.1518

سپرده شده حقی ندارد. بانک می‌تواند هرگونه تصرفی در سپرده‌ها که متعلق به خود اوست بنماید. اگر این وجوه گم شود یا مورد سرقت یا اختلاس قرار گیرد یا در آتش‌سوزی از میان برود مسئولیت متوجه بانک خواهد بود. بنابراین میان سپرده‌گزارانی عام پول در بانک و عقد ودیعه اموال عادی، جدایی‌های زیر را می‌توان برشمرد:

- برخلاف ودیعه، بانک تعهد نگاهداری عین وجوه سپرده را ندارد و می‌تواند در برابر دیدگان سپرده‌گزار این پول را به شخص دیگری پرداخت کند.

- برخلاف عقد ودیعه، بانک تعهد رد عین آن را ندارد. تعهد بانک ردّ معادل همان پولی است که از سپرده‌گزار دریافت کرده است.

- برخلاف عقد ودیعه، بانک ضامن پس دادن پول به سپرده‌گزار است، حتی اگر در تلف آن مرتکب هیچ تقصیری نشده باشد و اصل عدم مسئولیت که در ماده ۶۱۴ قانون مدنی آمده است نسبت به بانک قابل اجرا نیست.

با این وصف می‌توان تعریف زیر را از سپرده‌گزاری بانکی ارائه داد:

«سپردن وجوه به بانک، قراردادی است که به موجب آن، شخصی مبلغ معینی پول را به بانک مورد نظر خود تسلیم می‌کند. بانکدار حق دخل و تصرف در این پول را به حساب شخصی خود دارد و در همین حال تعهد استرداد آن را به محض مطالبه مشتری برپایه شروط پیش‌بینی شده در قرارداد خواهد داشت»^{۲۳}.

23. R. De Quenaudon, *Iuris Classeur Civil*, Depot, p.24

همین تعریف در ماده ۲ قانون ۲۴ ژانویه ۱۹۸۴ در زمینه فعالیت و کنترل مؤسسات اعتباری در فرانسه آمده است.

پ - گونه‌های سپرده‌ها

ماده ۳ قانون مورد بحث با عنوان «تجهیز منابع پولی»، از مفهوم حقوقی سپرده‌گذاری بانکی دور شده و آشفتگی‌هایی را در این بخش از وظایف و اختیارات بانک‌ها به وجود آورده است. بر پایه این ماده:

بانک‌ها می‌توانند تحت هر یک از عناوین ذیل به قبول سپرده
مبادرت نمایند:

الف - سپرده‌های قرض الحسنه

۱- جاری

۲- پس انداز

ب- سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار

عناوین مذکور در این ماده با مفاهیم شناخته شده سپرده‌گذاری در بانکداری همسان نیستند. بانکداری جهانی بر پایه‌های حقوقی روشنی استوار شده است و بانک‌های ایرانی نیز نمی‌توانند از نظر حقوقی از چارچوب بانکداری جهانی بیرون بروند. بانک‌های ایرانی که بانک بازرگانی هستند ناگزیر باید پایبند به معیارهای عرفی در زمینه گردآوری سپرده‌های مردم باشند و قانونگذار مجاز به ابداع مفاهیم نامربوط از پیش خود نیست. برای توضیح بیشتر، عناوین مذکور در بندهای «الف» و «ب» این ماده را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

الف - سپرده قرض الحسنه^{۲۴}

«سپرده قرض الحسنه» از نظر حقوقی دربرگیرنده دو مفهوم ناهمگون و جدای از یکدیگر است. طبیعت سپرده، گونه‌ای از ودیعه و امانت است که مردم در اختیار بانک می‌گزارند که پیش از این تعریف حقوقی آن را بیان کردیم و مشمول قواعد حقوقی ویژه خود می‌باشد. قرض که واژه پارسی آن وام است، وجوه یا اعتباری است که بانک در اختیار مشتری قرار می‌دهد. قرارداد وام هم از نظر حقوقی ویژگی‌هایی دارد. سپرده‌گذاری، قراردادی است میان سپرده‌گزار از یک سو و بانک از سوی دیگر و نیازمند تراضی طرفین است. اشخاص در برگزیدن عنوان قرارداد و تعیین شروط آن آزاد هستند. قانونگذار نمی‌تواند هیچگونه قراردادی را به افراد تحمیل کند و یا آنکه عنوان قرارداد خصوصی میان طرفین عقد را تغییر دهد. بنابراین آوردن عنوان «سپرده قرض الحسنه» غیر از آنکه دربرگیرنده یک تناقض آشکار است، از حدود اختیار قانونگذار نیز بیرون است. افزون بر آن، عناوین سپرده «جاری» و «پس‌انداز» نیز بی ارتباط با عنوان «قرض الحسنه» است.

- حساب جاری

اشخاصی که حساب جاری در یک بانک باز می‌کنند قصد قرض دادن به بانک را ندارند؛ از همین رو چنین حسابی را نمی‌توان قرض یا

۲۴. اصطلاح «قرض الحسنه» از نظر فقهی نادرست است. واژه قرض در زبان عرب مذکور و «الحسنه» مؤنث و صفت آن است که با موصوف مطابقت ندارد. در قرآن کریم نیز در ۱۲ آیه ترکیب «قرضاً حسناً» به کار رفته است (برای نمونه آیه ۲۴۵ از سوره بقره). در یک متن قانونی به کار بردن ترکیب‌های نادرستی که در میان مردم رایج شده است موجه نمی‌باشد.

قرض الحسنه نام نهاد. حساب جاری به موجب قراردادی میان بانک و مشتری باز می‌شود؛ براساس این قرارداد همه دریافت‌ها و پرداخت‌های مشتری در ستون بدهکار و بستانکار در این حساب ثبت می‌شود.^{۲۵} هر چند به حساب جاری بهره پرداخت نمی‌شود، ولی این به معنی آن نیست که سپرده‌گزار با گشایش حساب جاری و واریز وجوهی به این حساب، قصد دادن قرض به بانک داشته است. صرف اینکه در قرض بدون بهره یا «قرض حسن» بهره دریافت نمی‌شود و در حساب جاری هم به دارنده حساب بهره داده نمی‌شود، دلیل بر همسانی ماهیت این دو عنوان حقوقی نیست. هدف از گشایش حساب جاری، گرفتن دسته چک و صدور دستور پرداخت از سوی دارنده این حساب است. در تعریف حساب جاری گفته شده است:

«حسابی که برای یک مشتری باز می‌شود که وجوه خود را در یک بانک بسپارد و مشتری حق برداشت همه یا بخشی از موجودی این حساب را در هر زمانی برای خود حفظ می‌کند».^{۲۶}

به همین مناسبت اینگونه حساب در عرف بانکداری، «دیداری» نامیده شده است. قواعد حقوقی حاکم بر حساب جاری با قواعد حاکم بر عقد قرض همسان نیستند. در حساب جاری، بانک تعهد می‌کند چک‌های صادر شده از سوی صاحب حساب را به شرط اینکه سپرده کافی در آن باشد پرداخت کند. هر گاه بانک، بی‌دلیل از پرداخت چک خودداری کند، سپرده‌گزار می‌تواند برای هر زیانی که به دلیل کوتاهی بانک متحمل شده علیه بانک طرح دعوی نماید. در قرارداد وام، وام‌گیرنده بر پایه توافق قراردادی، تنها

۲۵. محمدی، همان، برگ ۴۰.

26. Le Dictionnaire de Notre Temps, 1989, Hachette, p. 351

در سررسیدهای معین تکلیف پرداخت قسط‌های وام را دارد و وام‌دهنده نیز پیش از آن حق مطالبه اقساط وام را ندارد، ولی در حساب جاری، بانک‌ها گاه‌گاه از دارنده حساب جاری سپرده دریافت می‌کنند و دارنده حساب بخشی از سپرده خود را به اندازه‌ای که خود وی مناسب می‌داند از حساب جاری برداشت می‌کند. بنابراین، قاعده حقوقی که بر پایه آن یک بستانکار نمی‌تواند درخواست پرداخت طلب خود را نسبت به بدهکار تجزیه کند و از او بخواهد بخشی از بدهی خود را بپردازد، در سپرده جاری اجرا نمی‌شود. با این وصف بسیاری از قواعد حقوقی ویژه حساب جاری بر تعهدات ناشی از عقد قرض قابل اجرا نیستند.

- سپرده پس‌انداز

حساب پس‌انداز نیز از سپرده‌گذاری‌های رایج است. در این سپرده‌گذاری وجوه برای مدت نامعین به یک حساب واریز می‌شود و در برابر آن بانک دفترچه پس‌انداز برای مشتری صادر می‌کند و هر دریافت و پرداختی در این دفترچه ثبت می‌شود. بانک‌ها عموماً به این سپرده‌ها بهره می‌پردازند و صاحبان سپرده انتظار دریافت بهره سپرده پس‌انداز خود را دارند. در قرض بی‌بهره، قصد نیکوکاری وجود دارد؛ وام‌دهنده برای کمک به دیگری بخشی از وجوه خود را به رایگان و بی‌انتظار دریافت بهره برای برطرف ساختن نیازمندی دیگری به او پرداخت می‌کند. بنابراین سپرده پس‌انداز از مصادیق عقد قرض نیست. به این نکته هم باید توجه داشت که در عرف بانکداری به سپرده پس‌انداز بهره داده می‌شود. ماده ۵ قانون تأسیس بانک ملی که نخستین قانون بانکداری در ایران است، بر

خلاف ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا، به یک توصیف حقوقی درست از مفاهیم سپرده‌گذاری و قرض پرداخته و به روشنی مفهوم حقوقی آن‌ها را از هم جدا ساخته است. بر پایه این ماده: «بانک مجاز است ودایع نقدی مدت‌دار و جاری قبول کند و برای پیشرفت تجارت و فلاح و صنعت پول قرض دهد...».

منطقی نبوده است که پس از گذشتن پنجاه و پنج سال از تاریخ تصویب این قانون و پایه‌گذاری بانکداری کشور بر پایه قواعد حقوقی و عرف بانکداری جهانی، نویسندگان قانون عملیات بانکی بدون ربا که این مقررات روشن و شناخته شده را در اختیار داشته‌اند، مفاهیم سپرده‌گذاری و عقد قرض را در هم آمیزند و نظام بانکداری کشور را به آشفتگی بکشانند.

ب- سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار

سپرده مدت‌دار که در اصطلاح بانکی «Time deposit» نامیده می‌شود، سپرده‌ای است که برای مدتی معین در حساب بانک نهاده می‌شود. سپرده‌گذار پیش از برداشت از این حساب باید اخطاری به بانک بدهد. بنابراین سپرده‌گذاری مدت‌دار هم گونه‌ای از سپرده‌گذاری عادی است که در آن مدت ذکر می‌شود. اشخاص با انگیزه‌های گوناگون وجوه خود را برای مدت‌های معین در اختیار بانک قرار می‌دهند و بانک‌ها نیز بر حسب کوتاهی و بلندی مدت، به این سپرده‌ها بهره می‌پردازند. بنابراین افزودن وصف سرمایه‌گذاری به سپرده مدت‌دار نادرست است. سرمایه‌گذاری در برگیرنده ریسک و خطر می‌باشد و به انگیزه بردن سود است، ولی سپرده‌گذار در سپرده مدت‌دار، خطری را نمی‌پذیرد.

ت- تعهد بازپرداخت اصل سپرده

سپرده‌گذاری، خواه دیداری و خواه مدت‌دار، دارای طبیعت حقوقی همسان هستند، وجه مشترک آنها این است که بانک تعهد بازپرداخت اصل سپرده را به موجب قرارداد دارد. تعهد بازپرداخت سپرده جاری و مدت‌دار یک تعهد قراردادی است. رابطه سپرده‌گزار و بانک، رابطه بستانکار و بدهکار است و این یک اصل شناخته شده در نظام بانکداری جهانی است. بانک به محض دریافت سپرده به موجب قرارداد، تعهد بازپرداخت سپرده را دارد. این تعهد از ذات قرارداد سپرده‌گذاری برمی‌خیزد و مورد تأیید ماده ۶۱۹ قانون مدنی در عقد ودیعه است. بانک موظف است زیان ناشی از دزدی و تلف شدن سپرده را خواه مرتکب خطا و تقصیری شده یا نشده باشد تحمل کند. بنابراین در زمینه چنین تعهدی برای بانک‌ها، نیازی به قانون‌گذاری وجود ندارد و عبارت صدر ماده ۴ قانون عملیات بانکی بدون ربا که مقرر می‌دارد: «بانک‌ها مکلف به بازپرداخت اصل سپرده‌های قرض‌الحسنه (پس‌انداز و جاری) می‌باشند...»، زائد و بیهوده است.

از سوی دیگر در ذیل همین ماده، تعهد بانک بر بازپرداخت اصل سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار، اختیاری دانسته شده، آنجا که گفته است «... و می‌توانند اصل سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار را تعهد و یا بیمه نمایند». حال آنکه در سپرده مدت‌دار نیز مانند سپرده جاری، بانک بر حسب طبیعت قرارداد، تعهد و الزام به بازپرداخت اصل و بهره سپرده را دارد. در واقع بدون یک تعهد صریح و قاطع از سوی بانک هیچ شخصی سپرده و وجوه خود را به بانک تسلیم نمی‌کند. بنابراین پیش‌بینی یک تعهد اختیاری برای بانک برخلاف طبیعت قرارداد سپرده‌گذاری مدت‌دار است. به همین دلیل

است که بانک‌ها در همه قراردادهای سپرده مدت‌دار چنین تعهدی را تصریح می‌کنند.^{۲۷}

ماده ۴ این قانون به بانک‌ها اجازه داده است اصل سپرده‌ها را بیمه نمایند. فکر بیمه کردن سپرده‌ها برای دادن اطمینان به سپرده‌گزاران است، ولی صرف نظر از اینکه این بیمه اختیاری است، اصولاً باید در نظر داشت که بیمه سپرده نمی‌تواند جایگزین تعهد بانک به بازپرداخت اصل سپرده‌ها باشد. بانک مسؤلیت خود را در یک شرکت بیمه در برابر سپرده‌گزاران بیمه می‌کند. تضمین شرکت بیمه یک تضمین اضافی برای سپرده‌گزاران محسوب می‌شود، به این ترتیب اگر بانک رأساً تعهد بازپرداخت نداشته و تعهد او اختیاری باشد تضمین مسؤلیت بانک نیز بی‌مورد است. در کشورهای دیگری که بیمه سپرده‌های بانکی رواج یافته، بیمه برای دادن تضمین اضافی به سپرده‌گزاران است نه اینکه جایگزین تعهد و مسؤلیت بانک بر بازپرداخت اصل سپرده‌ها باشد. بیمه کردن مسؤلیت بانک‌ها و سپرده‌های مردم در بانک نیازمند تأسیس صندوق تضمین سپرده‌هاست؛ این صندوق که باید از سوی مجموعه نظام بانکی برپا گردد، با بیمه‌های عادی یکسان نیست. چنین صندوقی تاکنون در کشور ما تأسیس نشده است که طبعاً از کمبودهای سیستم بانکی ایران به شمار می‌رود. در هر حال تضمین شرکت بیمه در مورد سپرده‌های مردم باید جدای از تعهد بانک به بازپرداخت اصل سپرده‌ها محسوب شود و نه جایگزین آن، آنچنان که در ذیل ماده ۴ این قانون از آن سخن به میان آمده است. بنابراین تضمین

۲۷. برای نمونه در گواهی سپرده سرمایه‌گذاری بلندمدت بانک ملی ایران تصریح شده است: «بانک ملی ایران استرداد اصل این سپرده را تعهد می‌کند».

شرکت بیمه، پاک کننده مسؤولیت بانک به بازپرداخت اصل سپرده نیست و بر همین پایه، سپرده گزار برپایه قواعد عمومی امانت، حق طرح دعوی برای استرداد سپرده خود را علیه بانک دارد، حتی اگر بانک صریحاً چنین تعهدی را نکرده باشد. بدین ترتیب، ابهام در تعهد بانک نسبت به بازپرداخت اصل سپرده‌ها نیز از تنگناهای حقوقی بانکداری در کشور ماست.

ث - نظریه و کالت بانک از سپرده گزاران

نویسندگان لایحه بانکداری بدون ربا مفهوم حقوقی و عرفی سپرده‌گذاری بانکی را نادیده گرفته و برای جا انداختن راه و روشی که از پیش خود ساخته و پرداخته‌اند، اندیشه و کالت بانک از سپرده گزاران را مطرح کرده‌اند. بر پایه تبصره ماده ۳ این قانون:

«سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار که بانک در به کار گرفتن آنها وکیل می‌باشد در امور مشارکت، مضاربه ... مورد استفاده قرار می‌گیرد».

وکیل بودن بانک از سپرده گزاران امری ساختگی و موهوم است و با اراده سپرده گزار و بانک و موازین حقوقی ناسازگاری دارد. این نظریه به دلایل زیر مردود است:

- بانک با پذیرش سپرده بانکی، مالک سپرده می‌شود و در برابر سپرده گزار بدهکار می‌گردد. بانک متعهد می‌شود به هنگام مطالبه سپرده گزار مثل و معادل سپرده را باز پس دهد. به همین دلیل است که اگر سپرده تلف شود یا مورد اختلاس یا دزدی قرار گیرد مسؤولیت بانک

نسبت به سپرده‌گزار همچنان پابرجاست و بانک نمی‌تواند به قواعد ودیعه و امانت عادی استناد کند.

- از سوی دیگر بدهکار شدن بانک در برابر سپرده‌گزار و مالکیت بانک نسبت به وجوهی که به‌عنوان سپرده دریافت کرده است، موجب می‌شود تا تصرفات بانک نسبت به وجوه سپرده شده، تصرف مالکانه و به‌عنوان اصیل باشد و تصرف شخص در مال خود را نمی‌توان از باب وکالت و به حساب دیگری محسوب کرد. به موجب ماده ۶۵۶ قانون مدنی، وکالت انجام اعمال حقوقی به نمایندگی از سوی شخص دیگر است، ولی در اینجا بانک در اموال متعلق به خود تصرف می‌کند. بنابراین نظریه وکالت بانک از سپرده‌گزار امری بی‌پایه و موهوم است.

- سپرده‌گزار راضی به پذیرش کمترین ریسک و یا حتی احساس خطر نسبت به اصل سپرده خود نیست و قصد وکالت دادن به بانک را ندارد. اگر بانک وکیل سپرده‌گزار باشد، امین محسوب می‌گردد و به غیر از موارد تعدی و تفریط ضامن تلف، نقصان و از میان رفتن سپرده نخواهد بود. چنین اندیشه‌ای آشکارا به زیان سپرده‌گزاران است و هرگز مورد پذیرش آنان قرار نمی‌گیرد. چنین قصد و اراده‌ای را در سپرده‌گذاری نمی‌توان مفروض دانست و قانون هم نمی‌تواند چنین وکالتی را برخلاف اراده اشخاص به آنان تحمیل کند. بنابراین نظریه وکالت بانک از سپرده‌گزاران با واقعیت‌های حقوقی منطبق نیست و تبصره ماده ۳ این قانون که چنین وکالتی را ساخته و پرداخته است بی‌پایه است. با بطلان این اندیشه، ستون اصلی خیمه این قانون نیز فرو می‌ریزد. هر تصرفی که بانک در سپرده‌های مردم و یا اموال خود می‌کند تصرف مالکانه است، از این رو

شخصاً مسؤول زیان‌های احتمالی است و نمی‌تواند در هیچ شرایطی این زیان‌ها را به سپرده‌گزاران منتقل کند؛ تعهد بازپرداخت اصل سپرده‌ها همیشه برای بانک وجود دارد. این عملکرد در عملیات بانکی همه کشورها وجود دارد، بنابراین با عناوین صوری و غیرحقیقی نمی‌توان قرارداد سپرده‌گذاری را دگرگون ساخت و یا آن را کنار گزارد.^{۲۸}

۲۸. این واقعیت به هنگام بررسی تبصره ماده ۳ این لایحه مورد توجه نمایندگان مجلس قرار گرفته است. مرحوم علی موحدی ساوجی در اعتراض به وکالت بانک از سپرده‌گزاران گفته است: «بحث این است که در اینجا سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار که سپرده‌گزاران در بانک می‌گذارند به چه عنوان این سپرده‌ها را می‌گذارند؟ آیا به‌عنوان قرض می‌گذارند یا امانت؟ دیگر از این دو حال که بیرون نیست اگر به‌عنوان قرض هست که دیگر نیازی به وکیل کردن ندارد. آن بانکی که این قرض را گرفته، می‌شود مالک و متصرف در این چیزی که گرفته منتها ذمه‌اش به آن سپرده‌گزار بدهکار می‌شود و به هر معامله‌ای به کار برد و هر اندازه استفاده بکند متعلق به خودش است، دیگر وکیل کردن هم معنی ندارد. الا اینکه آقایان بگویند نه به‌عنوان امانت می‌گزارد چون اسمش سپرده است، سپرده همان ودیعه است یعنی امانت می‌گزارد و قرض نمی‌دهد. اگر به‌عنوان امانت می‌گزارد و سپرده، اینجا شخصی که سپرده را به او داده‌اند یعنی شخص حقوقی که بانک باشد نباید تصرف بکند مگر اینکه این شخص اذن بدهد که تو تصرف بکن. اگر به او اذن داد دیگر به آن وکالت نمی‌گویند...». مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، جلسه ۴۷۲، ۱۰ خرداد ۱۳۶۲.

البته در بخش دوم این اعتراض از این نکته حقوقی غفلت شده است که سپرده‌گذاری بانکی اگرچه از نمونه‌های امانت است، ولی امانتی است برخلاف قاعده که در آن سپرده به ملکیت بانک در می‌آید و بانک در تصرف آن نیازی به گرفتن اذن از صاحبان سپرده‌ها ندارد، ولی به هر حال اعتراض به وکالت بانک از سپرده‌گزاران کاملاً موجه بوده است و لازم بوده است از نویسندگان این لایحه توضیح بخواهند که چگونه این فکر بی‌پایه را وارد این لایحه کرده و نظام بانکی جا افتاده کشور را در معرض چنین نظریه موهومی قرار داده‌اند. از آنجا که رئیس وقت مجلس در تصویب این لایحه اصرار داشته، بی‌آنکه از دولت یا رئیس بانک مرکزی در زمینه این ایراد اصولی توضیحی بخواهد، متن این تبصره را به رأی گزارده است. نمایندگان نیز با یک قیام و قعود این اعتراض را مردود اعلام کرده‌اند، حال آنکه درباره یک قاعده پذیرفته شده حقوقی که ریشه در خرد بشری دارد، همانند موضوعات علمی نمی‌توان رأی‌گیری کرد. رأی‌گیری رئیس مجلس برای تصویب وکیل بودن بانک نسبت به وجوهی که در ملکیت اوست، همانند آن بوده است که مجلس رأی بدهد دو ضرب در دو برابر شش است.

۵- آشفستگی در مقررات وام

قرارداد وام «قرض» از قراردادهای ویژه و دارای سابقه کهن تاریخی است. در سوابق فقهی، کتابی به آن اختصاص داده شده و به تفصیل از قواعد و ارکان این قرارداد بحث شده است. ماده ۶۴۸ قانون مدنی ایران عقد قرض را تعریف و ویژگی‌های آن را تشریح کرده است. قوانین مدنی کشورهای دیگر نیز تعاریف روشنی از این قرارداد آورده‌اند. با وجود این مقررات روشن در قانون مدنی، نظام بانکداری ایران می‌توانسته است به پرداخت وام‌های گوناگون به مردم بپردازد، همچنانکه که از سال ۱۳۰۷ که بانک ملی ایران تأسیس شد این بانک و دیگر بانک‌هایی که به تدریج تأسیس شدند به پرداخت وام مبادرت کردند و با بهره گرفتن از تضمین‌هایی که در قانون مدنی و دیگر قوانین پیش‌بینی شده است گره‌گشای کار مردم و زمینه‌ساز پیشرفت اقتصادی، صنعتی و اجتماعی کشور گردیدند، این روش تا سال ۱۳۶۲ ادامه داشت. بنابراین نظام بانکی ما با مشکلی در این زمینه روبرو نبوده و نیازی به تصویب چنین قانونی که نظام پرداخت وام‌های بانکی را با آشفستگی روبرو سازد نداشته است. اکنون با بیان تعریف کامل‌تری از قرارداد وام، مندرجات فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا را که زیر عنوان «تسهیلات اعطایی بانکی» آمده است بررسی می‌کنیم:

الف- تعریف قرارداد وام

از آنجا که موضوع قرارداد وام بانکی، پول و وجه نقد است، حقوقدانان کشورهای اروپایی تعریف جداگانه‌ای را برای قرارداد وام پول

بیان داشته‌اند. یکی از حقوقدانان فرانسوی در تعریف قرارداد وام پول که ابزار عمیات بانکی است می‌گوید:

«قرارداد وام پول، عقدی است که به موجب آن وام‌گیرنده تعهد می‌کند مبلغی پول به اندازه و در برابر آنچه گرفته است (اصل سرمایه) به وام‌دهنده پرداخت کند. قرارداد وام، همراه با بهره است هنگامی که وام‌گیرنده تعهد می‌کند جبران مناسبی برحسب مبلغ و مدت وام (بهره) به وام‌دهنده پرداخت کند».^{۲۹}

تعریف دیگری از سوی حقوقدانان انگلیسی در این زمینه ارائه شده است:

«قرارداد وام پول قراردادی است که بر پایه آن، شخصی وام می‌دهد یا موافقت به پرداخت مبلغی پول به دیگری می‌کند، در برابر تعهد صریح یا ضمنی گیرنده که وجوه گرفته شده را به هنگام مطالبه یا در تاریخ معین یا قابل تعیین در آینده یا مشروط به رویدادی که به گونه قطعی تحقق خواهد یافت با یا بی بهره بازپرداخت کند».^{۳۰}

بر پایه این تعاریف، قرارداد وام، عقد عینی است و تسلیم پول به وام‌گیرنده شرط صحت آن است، ولی «قرارداد گشایش اعتبار» نیز نسبت به بانک الزام‌آور است. قصد و رضا از شروط اصلی این قرارداد و بازپرداخت اصل وام از ارکان آن می‌باشد. این قرارداد لازم است و پیش از سررسید مهلت بازپرداخت آن، بانک حق مطالبه ندارد. قرارداد وام عموماً با تضمین‌هایی، خواه شخصی (ضمان) و یا عینی (رهن) همراه است.^{۳۱}

29. Mazeaud, Lecons de Droit Civil, Principaux Contrats, No. 1463

30. Chitty on Contracts, Credit and Security, No. 3574, 1989.

۳۱. ویژگی‌ها و بحث‌های حقوقی تفصیلی قرارداد وام در مقاله اینجانب ارائه شده و در مجموعه مقالات نهمین سمینار بانکداری، ۱۰ و ۱۱ شهریور ۱۳۷۷، برگ‌های ۱۹۸ تا ۲۰۳ منتشر شده است.

ب- جایگزین کردن وام با عملیات غیربانکی

اگرچه در بند ۱۰ ماده ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا، سخن از «اعطای وام و اعتبار بدون ربا (بهره) طبق قانون و مقررات» آمده است، ولی مندرجات فصل سوم این قانون که در مقام بیان وام‌های بانکی بوده است قرارداد وام را از نظام بانکی کشور حذف کرده است. مواد ۷ تا ۱۷ این فصل یک سلسله قراردادهای غیربانکی چون مشارکت، سرمایه‌گذاری، مضاربه، فروش اقساطی مسکن و یا اجاره به شرط تملیک، فروش اقساطی اموال منقول، اجاره به شرط تملیک اموال منقول و غیرمنقول، خرید اموال و فروش نسبه به واحدهای تولیدی، قرض‌الحسنه، جعاله، مزارعه و مساقات را جایگزین قرارداد وام کرده‌اند.

قرارداد وام در طول تاریخ مورد نیاز جامعه بوده و به گونه گسترده میان مردم برقرار بوده است. حذف این قرارداد از روابط مالی و حقوقی یک جامعه غیرمنطقی است. نمی‌توان مردم را از دسترسی به یک نیاز مشروع برحذر داشت و به راه دیگری دعوت کرد که پاسخگوی نیازهای آنان نیست. قرارداد وام و دادن اعتبار که رکن اصلی عملیات بانکی است در این قانون جایگاهی ندارد. با این وصف، این قانون را باید «قانون عملیات غیربانکی» توصیف کرد، زیرا هیچ یک از عقود مذکور در مواد ۷ تا ۱۷ این قانون در زمره عملیات تخصصی بانکی و در چارچوب صلاحیت بانک‌های بازرگانی نیستند. بانک یک نهاد مالی تخصصی است که برای انجام وظایف ویژه‌ای تأسیس گردیده و مانند هر نهاد تخصصی دیگر باید به موضوع و هدف‌های خود پایبند بماند و از استانداردهای جهانی خود بیرون نرود. ماده ۳۰ قانون پولی و بانکی کشور که در سال ۱۳۵۱ به

تصویب رسید، تشخیص عملیات بانکی را به عهده شورای پول و اعتبار گزارده است. این شورا نیز عملیات بانکی را که بانک‌های ایرانی مجاز در انجام آنها هستند تعیین کرده است. عملیات اصلی بانکی همانگونه که دیدیم گردآوری سپرده‌ها، پرداخت وام و دادن اعتبار است. نادیده گرفتن مندرجات ماده ۳۰ قانون پولی و بانکی و حذف قرارداد وام از نظام بانکی کشور، فکر نسنجیده‌ای است نظام بانکی جا افتاده و هدفمند کشور ما را که بر پایه قوانین روشنی سازمان یافته بوده با آشفتگی و نابسامانی روبرو کرده است.

پ- ممنوعیت بانک از عملیات غیربانکی

هر نهاد اجتماعی و شخصیت حقوقی باید در چارچوب صلاحیت قانونی و تخصصی خود فعالیت کند. این موضوع در مورد بانک‌ها نیز صادق است. قانون پولی و بانکی کشور مصوب سال ۱۳۵۱ که از الگوی نظام بانکداری جهانی برگرفته شده و قانون پایه در بانکداری کشور ما بوده، به این واقعیت توجه کرده است. هدف این قانون استوار ساختن نظام بانکداری کشور بر پایه‌های شناخته شده جهانی بوده تا بانک‌ها بتوانند نقش مؤثر خود را در فراهم ساختن سرمایه در بازار پولی رسمی کشور انجام دهند. به همین دلیل ماده ۳۴ این قانون برای محدود ساختن بانک‌ها به وظایف تخصصی خود، انجام معاملات غیربانکی را برای بانک‌ها ممنوع ساخته است. بر پایه این ماده انجام فعالیتهای زیر برای بانک‌ها ممنوع است:

- خرید و فروش کالا به منظور تجارت.

- خرید اموال غیرمنقول، جز برای بانک‌هایی که هدف آنها انجام معاملات غیرمنقول است.

- خرید سهام و مشارکت در سرمایه یک یا چند شرکت و یا خرید اوراق بهادار داخلی یا خارجی به حساب خود به میزانی بیش از آنچه بانک مرکزی ایران به موجب دستورها یا آیین‌نامه‌های خاص تعیین خواهد کرد.

فلسفه این محدودیت‌ها روشن است. نیرو و توان مالی بانک‌ها نباید به هیچ عنوان در بازار خرید و فروش کالا و املاک به کار گرفته شود و بانک‌ها وارد رقابت با مردم و بازرگانان شوند. ورود بانک‌ها به عرصه این معاملات باعث افزایش تقاضا و افزایش بهای کالاها و املاک می‌گردد و اقتصاد کشور را از رشد و پویایی باز می‌دارد و تأمین مسکن و سرپناه را برای مردم دشوار می‌سازد. از سوی دیگر ورود بانک‌ها به عرصه خرید و فروش کالا و املاک، بانک‌ها را در معرض زیان‌های احتمالی که در خرید و فروش وجود دارد قرار می‌دهد، زیان‌هایی که ممکن است به ورشکسته شدن بانک بیانجامد. طبیعی است که ورشکستگی بانک به سپرده‌گذاران تحمیل می‌شود و تعهد قراردادی بانک بر بازپرداخت سپرده‌ها را با خطر روبرو می‌سازد. تبصره ماده ۳۴ در همین راستا در مواردی که بانک ضرورتاً و ناخواسته ناگزیر از تملک غیرمنقول (و شایق وام‌گیرندگان) می‌شود و یا برای تأمین مسکن کارکنان خود ناگزیر از ورود در این عرصه است، رعایت شروط تعیین شده از سوی بانک مرکزی را الزامی دانسته است.

مندرجات فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، با درگیر کردن بانک‌ها به انواع معاملات غیربانکی، بانک را از معنی و مفهوم حقوقی و تخصصی آن بیرون برده است. هرگز نمی‌توان انتظار داشت پرسنل محدود بانک‌ها بتوانند خود را درگیر انواع قراردادهایی کنند که هر یک نیازمند تخصص‌های ویژه‌ای است. با آموزش‌های گسترده و یا افزایش تعداد کارمندان بانک‌ها که مؤسسات بازرگانی هستند و نه اداره دولتی و ایجاد ارتشی از کارکنان بانکی نیز بانک‌ها نمی‌توانسته‌اند به گونه حقیقی از عهده انجام وظایف مذکور در ماده ۳ قانون مورد بحث برآیند. در این صورت این معاملات غیربانکی که انجام آن‌ها به بانک‌ها تحمیل شده است اگر به گونه واقعی انجام می‌شدند هزینه‌های سنگینی را به بانک‌ها تحمیل می‌کردند و سپرده‌های مردم را در معرض خطر قطعی قرار می‌دادند و اگر به گونه صوری و روی کاغذ انجام می‌شدند، که در عمل هم همین گونه بوده است، ارزش حقوقی نداشته و کاری بیهوده و موجب ورود آسیب جدی به اعتبار نظام بانکی کشور در چشم مردم گردیده و از سوی دیگر موجب احیای همان روش‌های صوری است که با تأسیس بانک ملی ایران در سال ۱۳۰۶ و گسترش بانکداری در کشور ما بساط آن‌ها برچیده شده بود.^{۳۲}

۳۲. در زمینه صوری بودن قراردادهای بانکی که برپایه مندرجات فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا انجام می‌شوند و ایرادات حقوقی آنها رک. مقاله همین قلم در نهمین سمینار بانکداری، برگ‌های ۲۲۰ تا ۲۲۶.

۶- تغییر نام بهره

الف- وجود سود ثابت

قانون عملیات بانکی بدون ربا، به‌رغم ادعای نویسندگان آن و کسانی که در خلال سال‌های گذشته به دفاع از آن برخاسته‌اند، هرگز بهره و ربا را از نظام بانکداری ایران حذف نکرده است. این قانون که در بخش عملیات بانکی به یک سلسله ظاهرسازی و اعمال صوری پرداخته است، در زمینه بهره نیز از عنوان سود کمک گرفته است. باین وجود بهره بانکی همچنان ادامه یافته و البته نرخ آن به‌گونه افراطی افزایش یافته است. سود از عناصر قراردادهایی چون شرکت و مضاربه است. ماده ۵۷۵ قانون مدنی در باب قرارداد شرکت، هر یک از شریکان را به نسبت سهم، در نفع و ضرر سهام دانسته است. ماده ۵۴۶ قانون مدنی نیز در باب قرارداد مضاربه، طرفین را در سود حاصل از قرارداد شریک دانسته است. واژه سود در برابر زیان قرار دارد و یک امر احتمالی است. ممکن است در شرکت یا مضاربه سودی حاصل شود و یا هیچ سودی به وجود نیاید و یا اینکه در فعالیت‌های شرکت زیان به وجود آید و شریکان بخشی از سرمایه اولیه خود را نیز از دست بدهند. ولی بهره چه در زمینه سپرده و چه در زمینه وام، یک امر ثابت و قطعی است و در هر حال سپرده‌گزار و وام‌دهنده استحقاق دریافت آن را دارند. در قرارداد سپرده‌گذاری، بهره مورد تعهد بانک است و در قرارداد وام بانکی، وام‌گیرنده تعهد پرداخت اصل و بهره وام را دارد. پیش از این دیدیم که تبصره ماده ۳، بانک را وکیل سپرده‌گزاران دانسته است که سپرده‌ها را در اموری چون مشارکت، مضاربه، معاملات اقساطی و غیره به کار برد و گفتیم که فرض وکالت دارای مبنای حقوقی نیست و بانک

به محض دریافت سپرده آن را تملک می‌کند و به گونه اصیل در وجوه متعلق به خود تصرف می‌کند. ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی نیز، در راستای همین و کالت بانک از سپرده‌گزاران، به بانک مرکزی اختیار «تعیین حداقل و یا حداکثر نسبت سهم سود بانک‌ها را در عملیات مذکور در تبصره مساده ۳ داده است». بدین ترتیب و اژه سود، جایگزین بهره شده است و بانک‌ها از آن به‌عنوان یک پوشش قانونی برای بهره کمک می‌گیرند. بانک‌ها با ورود در این قراردادها به گونه صوری، از آغاز کار یک سود ثابت را که همان بهره است برای خود در نظر گرفته و در قرارداد شرط می‌کنند و این سود نسبت به همه قراردادهای مشارکت یا مضاربه یکسان است، حال آنکه اگر این قراردادها به گونه واقعی انجام شود، سود یک امر احتمالی است و احتمال زیان هم وجود دارد. بنابراین می‌توان گفت وجود سود ثابت در این قراردادها که بانک‌ها گریزی از آن ندارند، دارای ماهیت حقوقی بهره است که تنها عنوان آن تغییر یافته است.

ب- لازم‌الاجرا شناختن قراردادهای بانکی

هر چند بانک یک مؤسسه بازرگانی است و باید مانند اشخاص حقوق خصوصی در قراردادهایی که با اشخاص در دریافت سپرده و یا پرداخت وام منعقد می‌کند تابع قوانین و مقررات عادی باشد، ولی ماده ۱۵ قانون مورد بحث قراردادهایی را که در اجرای مواد ۹، ۱۱، ۱۲، ۱۳ و ۱۴ این قانون امضا می‌شوند و در واقع قرارداد وام بانکی هستند در حکم اسناد لازم‌الاجرا دانسته است. به این معنی که بانک می‌تواند بدون رجوع به دادگاهها، از طریق اداره اجرای ثبت اسناد رسمی، این قراردادهای وام

عادی را به مورد اجرا گزارد که این امر تبعیض بی‌دلیلی به سود بانک‌ها و برخلاف اصول نوزدهم و سی و چهارم قانون اساسی است. برای الزام بیشتر وام‌گیرندگان به پرداخت بهره، تبصره یک ماده واحده قانون الحاق دو تبصره به ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا که در تاریخ ۱۳۷۶/۱۲/۱۰ به تصویب رسیده است، گیرندگان تسهیلات اعطایی را که همان وام-گیرندگان هستند، مکلف کرده تا در سررسید، وجوه تسهیلات دریافتی را به انضمام سود و خسارت و هزینه‌های ثبتي و اجرایی، دادرسی و حق‌الوکاله به بانک بپردازند. مطابق این ماده واحده در صورت عدم پرداخت و اعلام بانک بستانکار، این وجوه قابل مطالبه و وصول است و کلیه مراجع قضایی و اداره اجرای ثبت و دفاتر اسناد رسمی مکلفند تا براساس مفاد اسناد و قراردادهای تنظیمی، نسبت به صدور حکم و اجرائیه و وصول مطالبات بانک‌ها طبق مقررات این قانون اقدام نمایند.^{۳۳} این الزامات شدید، چهره واقعی قرارداد وام و بهره را که در پوشش شرکت و یا مضاربه و سود پنهان شده‌اند آشکار ساخته است و الا این تکالیف شدید کجا و وکیل بودن بانک از سپرده‌گزاران در سرمایه‌گذاری سپرده‌های مردم در قراردادهایی چون شرکت و مضاربه و غیره کجا!

^{۳۳}. دلیل تصویب این ماده واحده این بوده است که اداره اجرای ثبت اسناد و پاره‌ای از دادگاه‌ها، ماده ۱۵ این قانون را تنها ناظر به اصل بدهی قراردادی دانسته و شامل زیان دیرکردها نمی‌دانستند و اینگونه مطالبات بانک‌ها را مشمول نظریه شورای نگهبان که خسارت تأخیر تأدیه را غیر شرعی دانست محسوب می‌کردند. بنابراین با تصویب این ماده واحده بانک‌ها از وصول زیان دیرکرد نیز اطمینان یافتند.

پ - شیوه تعیین سود

ماده ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا که یک سلسله قراردادهای غیربانکی را جایگزین قرارداد وام کرده است، در زمینه شیوه تعیین سود این عقود غیربانکی دچار یک بن بست شده و به تصور خود فرمولی را برای تعیین نرخ سود و تقسیم آن میان سپرده گزاران و بانکها در نظر گرفته است. مطابق این ماده:

«منافع حاصل از عملیات مذکور در تبصره ۳ این قانون، براساس قرارداد منعقد، متناسب با مدت و مبالغ سپرده های سرمایه گذاری و رعایت سهم منابع بانک و نسبت مدت و مبلغ در کل وجوه به کار گرفته شده در این عملیات تقسیم خواهد شد».

عواملی که در این ماده ذکر شده اند چنان مبهم هستند که هرگز نمی توان بر پایه آنها میزان سود حاصل از این عملیات را در مورد صدها هزار سپرده گزار در سراسر کشور برآورد کرد. این شیوه محاسبه سود چنان ناپخته و نامفهوم است که حتی به کمک رایانه ها هم نمی توان سود حاصل از انبوه سپرده های بانکی را محاسبه کرد. افزون بر آن از جهت نظری هم این ماده از جهات گوناگون قابل انتقاد است، ولی ایراد اصولی ماده ۵ در این است که این ماده بر پایه تبصره ماده ۳ استوار شده است که بانک را وکیل سپرده گزاران می داند، حال آنکه بانک در حقیقت سپرده ها را تملک می کند و به عنوان اصیل در آنها تصرف می نماید و بدهکار اصل

و بهره سپرده می‌باشد، بنابراین شیوه تقسیم سود که در ماده ۵ پیش‌بینی شده است هیچ جایگاه حقوقی ندارد.^{۳۴}

ت- کنار گزاردن ماده ۵ قانون در تعیین میزان سود

روش پیش‌بینی شده در ماده ۵ این قانون برای محاسبه سود سپرده‌ها از جهت نظری دارای ابهام فراوان بود. سپرده‌گزاران هم به حق، بدون تعیین و تصریح نرخ بهره یا سود در هنگام سپرده‌گذاری، راضی به سپردن وجوه نقدی خود به بانک‌ها نبودند، بنابراین این روش که ظاهراً باید در

۳۴. شایسته یادآوری است که ایرادات ماده ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا از دید نمایندگان مجلس پنهان نماند و از همین رو هنگام طرح این ماده، یکی از نمایندگان پیشنهاد حذف آن را داده و تأکید کرده است، اگر عقود مذکور در تبصره ماده ۳ واقعی است و بانک وکیل است، در این صورت بانک تنها می‌تواند حق الوکاله بگیرد و ضرر و نفع باید به سپرده‌گزار برگردد. یا اینکه این وکالت و این عقود صوری است و نظر از این لایحه فرار از ریاست که در این صورت خود امام (ره) هم آن را قبول ندارند. وی سپس این فتوی را از امام (ره) نقل کرده است که «من در مسأله (روش‌های گریز از ربا) تجدید نظر کردم و به این نتیجه رسیدم که روش‌هایی که برای فرار و تخلص از ربا به کار می‌روند به هیچ وجه از وجوه جایز نیستند».

نماینده دیگری هم از جهت شیوه محاسبه سود، این ماده را مورد انتقاد صریح قرار داده است. شگفت‌انگیز این است که رئیس وقت بانک مرکزی خود اعتراف می‌کنند که حدود پنج میلیون یا چهار میلیون سپرده‌گزار جدی در سیستم بانکی وجود دارند و بیش از دویست هزار مورد معامله مختلف نظیر مشارکت و مضاربه و سایر عقود اسلامی داریم، بنابراین اگر بخواهیم در هر یک از این قراردادهای سود حاصله را محاسبه کنیم اگر تمام سیستم حسابداری و تمام سیستم کامپیوتری را هم به کار بگیریم به هیچ وجه نمی‌شود چنین چیزی را دنبال کنیم. وی سپس به این توجیه متوسل می‌شود که نتیجه عملیات در ترازنامه شش ماهه یا سه ماهه یا یک ساله بانک منعکس می‌شود و چون باید یک فرمولی برای تقسیم سود منعکس شده در ترازنامه بانک‌ها وجود داشته باشد، این ماده ۵ در لایحه آورده شده است. وی با این استدلال با حذف این ماده مخالفت کرده و حال آنکه در متن ماده ۵ به قرارداد تصریح شده و این امر ناظر به هر قراردادی است. بنابراین نمی‌توان سود بانک‌ها را بدون توجه به هر قرارداد تقسیم کرد. به هر حال با این توجیحات این ماده به تصویب رسیده است (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، جلسه ۴۷۵، روز ۱۶ خرداد ۱۳۶۲).

پایان یک دوره مالی و بر پایه ترازنامه هر بانکی ارزیابی شود پاسخگویی قراردادهای بانک با سپرده‌گزاران نبود. این وضعیت باعث شد تا این روش از همان آغاز کار کنار گزارده شود. حتی بسیاری از اشخاصی که سپرده‌های خود را پیش از تصویب این قانون بر پایه نرخ بهره مشخص نزد بانک‌ها گزارده بودند با تصویب این قانون در شهریور ۱۳۶۲ و اعلام اجرای آن از آغاز سال ۱۳۶۳ و سوسه شدند تا سپرده‌های خود را به دلیل نداشتن اطمینان از اوضاع بانک‌ها بیرون بکشند که با پا در میانی علما و روحانیون تا حدودی آرامش برقرار شد. برای چاره‌اندیشی در این زمینه، به جای اینکه این قانون را کنار گزارند و نظام بانکداری را احیا کنند، اقدامات غیرقانونی دیگری صورت گرفت. مجمع عمومی بانک‌ها در جلسه ۱۳۶۳/۱۲/۲۱ با حضور نخست وزیر وقت، بدون هر گونه مبنای قانونی تصمیم گرفت تا به سپرده‌های سرمایه‌گذاری کوتاه مدت هفت و دو دهم درصد و به سپرده‌های بلندمدت نه درصد به‌عنوان سود حاصل از عملیات سال ۱۳۶۳ بانک‌ها پرداخت شود. این روش با تغییرات مختصری تاکنون نیز ادامه دارد. نظام بانکداری با توسل به این روش، به گونه کامل از اندیشه سود که یک امر فرضی و احتمالی است فاصله گرفت و ویژگی‌های بهره بانکی را به مورد اجرا گزارده. برای نمونه مجمع عمومی بانک‌ها سود سپرده‌های بانکی را برای سال ۱۳۷۵ چنین اعلام کرده است:

سپرده پنج ساله	هجده و نیم درصد
سپرده سه ساله	شانزده درصد
سپرده دو ساله	پانزده درصد
سپرده یک ساله	چهارده درصد

سپرده کوتاه مدت ویژه

با سررسید شش ماهه ده درصد

تعیین رقم‌های ثابت و جداگانه برای سپرده‌ها، برحسب مدت آنها، برای همه بانک‌ها چیزی جز بازگشت به مفهوم بهره بانکی نیست، ولو اینکه نام سود یا عنوان دیگری به آن داده شده باشد. با این وصف، این برداشت که نظام بانکی تغییر بنیادی نکرده و تنها واژه «سود» جای «بهره» را گرفته است کاملاً با واقعیت انطباق دارد.

۷- پیامدهای اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا

از بررسی‌های گذشته به این نتیجه رسیدیم که وکالت بانک از سپرده‌گزاران برخلاف اصول و موازین قراردادهای بانکی بوده و قراردادهای مذکور در تبصره ماده ۳ و مواد ۷ تا ۱۷ این قانون که بی‌جهت به نام «عقود اسلامی»^{۳۵} شهرت یافته‌اند، هیچگاه به گونه واقعی میان بانک‌ها و وام‌گیرندگان بسته نشده‌اند و عملیات بانک‌ها در این موارد کاملاً صوری بوده است. بهره بانکی نیز همچنان جایگاه خود را در قراردادهای بانکی حفظ کرده و به‌رغم عنوان این قانون، تنها نام آن به سود تغییر یافته، بی‌آنکه واقعیت قراردادهای وام و اعتبار و دریافت بهره دگرگون شود. بنابراین نظریه پردازی‌های ناقص و بیهوده مذکور در این قانون هیچگاه به مورد اجرا گزارده نشده و اصولاً امکان اجرای آن‌ها نیز وجود نداشته است. با

۳۵. قراردادهایی چون بیع، اجاره، شرکت، ودیعه و دیگر عقود که در کتاب‌های فقهی و قانون مدنی ایران آمده‌اند عقود عرفی هستند و در قوانین کشورهای دیگر هم پیش‌بینی شده و حتی در حقوق رُم ارکان و ویژگی آنها بیان شده است و افزودن وصف اسلامی به این قراردادها، تنها برای جا انداختن این قانون به‌عنوان یک پدیده موافق موازین فقهی است.

این حال باید افزود که این مقررات بیست و هفت ماده‌ای که هیچ نوآوری ارزشمندی در آن وجود نداشته است دارای پیامدهای زیانباری در نظام بانکداری کشور بوده است:

الف - پیدایش شرکت‌های مضاربه‌ای

با تصویب این قانون، قانون پولی و بانکی کشور مصوب سال ۱۳۵۱ که یکی از بهترین و پیشرفته‌ترین قوانین بانکی کشور بوده است دچار آسیب و تزلزل گردید؛ به‌ویژه مقررات روشن و قاطعی که در بخش سوم این قانون در زمینه بانکداری به تصویب رسیده و مقررات سختی برای بانک‌ها در نظر گرفته بود اعتبار خود را از دست داد. هنگامی که عملیات غیربانکی چون مشارکت و مضاربه و مانند آنها وارد نظام بانکی کشور گردید افراد فرصت‌طلبی هم به خود اجازه دادند تا با شرعی دانستن عقد مضاربه وارد عرصه گردآوری سپرده‌های مردم و پرداخت سودی بالاتر از سودهای اندکی که بانک‌ها به سپرده‌های مردم می‌پرداختند بشوند. اینگونه شرکت‌های مضاربه‌ای با فریب دادن مردم وجوه و سپرده‌های آنان را به چنگ آورده و با خرید و فروش املاک و معاملات زیانبار دیگر نظام اقتصادی کشور را با اخلال جدی مواجه می‌ساختند. سرانجام نیز با پیدایش توقف در پرداخت‌های آنان و یا مداخله نیروی انتظامی و مراجع قضایی کارهای آنان متوقف شده و هزاران تن از کسانی که در این شرکت‌ها سپرده‌گذاری کرده بودند متحمل زیان‌های جبران ناپذیری شدند. این وضعیت موجب شد تا دادسراها و دادگاه‌ها نیز درگیر پرونده‌های سنگینی شوند که راه چاره‌ای برای آنها وجود نداشت.

ب - گسترش صندوق‌های قرض‌الحسنه

دولتی کردن بانک‌ها در یک اقدام شتاب زده و غیرشرعی شمردن مقررات محدود کننده نرخ خسارت تأخیر تأدیه (ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی) و سپس تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا و افزایش شدید نرخ بهره وام‌های بانکی به بیست و چهار درصد و بالاتر و کمیابی وام‌های ارزان بانکی، موجب پیدایش و گسترش صندوق‌های قرض‌الحسنه گردید. این صندوق‌ها که در عمل به فعالیت‌های بانکی، یعنی گردآوری سپرده‌ها و پرداخت وام با بهره مبادرت می‌ورزند دارای مستند قانونی در قوانین لازم الاجرای کشور ما نیستند، ولی در همین حال به دلیل متزلزل شدن مقررات سخت بانکداری موجود در قانون پولی و بانکی کشور و به کار رفتن عنوان «قرض‌الحسنه» در قانون عملیات بانکی، اینگونه صندوق‌ها پای به عرصه وجود گزارده و با سرعت گسترش یافتند. در سال‌های پیش از انقلاب تعداد اندکی از اینگونه صندوق قرض‌الحسنه وجود داشت که صرفاً به انگیزه نیکوکاری و کمک به نیازمندان تأسیس شده و از محل سرمایه اشخاص نیکوکار، و نه گردآوری سپرده‌های مردم، با دادن وام‌های کوچک و بی‌بهره درخواست‌های نیازمندان را برطرف می‌ساختند. نظام بانکی کشور نیز با فراهم کردن زمینه سپرده‌گذاری مطمئن و پرداخت وام‌های با بهره معقول و منصفانه نیازهای مردم را برطرف می‌کرد. ولی پس از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا و گرفتار شدن بانک‌های دولتی شده کشور در تار و پود این قانون، تعداد قابل توجهی از صندوق‌های قرض‌الحسنه درگیر عملیات بانکی شدند و با دادن وام‌های بزرگ، بهره‌های گزافی نیز دریافت کردند. بسیاری از فعالیت‌های این صندوق‌ها غیر آشکار

و موجب آسیب به نظام اقتصادی کشور بوده است. نظارت بر صندوق‌های قرض‌الحسنه به موجب مصوبه هیأت وزیران در سال ۱۳۶۳ به بانک مرکزی و وزارت کشور واگذار شده بود، ولی به دلیل افزایش تعداد این صندوق‌ها و غیرقابل کنترل بودن فعالیت آنها، در سال ۱۳۷۰ مصوبه پیشین لغو و همین نظارت جزئی هم برداشته شد و این نظارت به نیروهای انتظامی واگذار گردید. هم اکنون تعداد این صندوق‌ها به روایت دست‌اندرکاران بانک مرکزی به حدود شش تا هفت هزار صندوق رسیده است!

از آنجا که نظارت مؤثری بر شیوه تأسیس و کارکرد این صندوق‌ها وجود نداشته است، موارد کلاهبرداری و سوء استفاده‌های کلان توسط این صندوق‌ها بسیار زیاد بوده است که در نتیجه آن زیان‌های هنگفتی به مردم وارد شده است.^{۳۶} زیان‌های جبران ناپذیری که به سپرده‌گزاران در شرکت‌ها مضاربه‌ای و پاره‌ای از صندوق‌های قرض‌الحسنه تحمیل شده است

۳۶. به گفته یکی از نمایندگان اصفهان در مجلس شورای اسلامی:

«هم‌اکنون چهارصد تا پانصد هزار نفر از مردم نزدیک به سیصد میلیارد تومان از صندوق‌های قرض‌الحسنه در اصفهان طلبکارند». وی افزوده است: «مشکل سپرده‌گزاران در صندوق‌های قرض‌الحسنه تنها به شهر و استان اصفهان اختصاص ندارد بلکه دامن‌گیر برخی استان‌های دیگر نیز شده است. در چند سال گذشته، جمعیتی با بیش از نیم میلیون نفر به دلایل مختلف در تعدادی از صندوق‌های قرض‌الحسنه تازه تأسیس، مبلغی بالغ بر ششصد میلیارد تومان سپرده‌گذاری کرده‌اند. وی دلایل روی آوردن مردم به صندوق‌های قرض‌الحسنه را بالا بودن نرخ بهره بانکی در تسهیلات اعطایی، دیوان سالاری حاکم بر سیستم بانکی و مشکلات عدیده اقتصادی مردم، سیستم سهل و روان و نرخ پایین بانکی صندوق‌های قرض‌الحسنه دانست» (روزنامه خراسان، چهارشنبه ۱۱ شهریور ۱۳۸۳).

گزارش دیگری در زمینه مشکلات این صندوق‌ها منتشر شده است:

«صندوق قرض‌الحسنه شهدای رودبال در استان فارس مدتی است با چالش‌ها و بحران‌های جدی اقتصادی مواجه شده است که این موضوع نگرانی سپرده‌گزاران، مسؤولان و شهروندان را برانگیخته است» (روزنامه خراسان، شنبه ۷ شهریور ۱۳۸۳).

همگی پیامد مستقیم دولتی کردن بانک‌ها، حذف محدودیت قانونی نرخ بهره و تصویب قانون عملیات بانکی بدون رباست.

آسیب شدید به چرخه تولید، صنعت و کشاورزی و کاهش اشتغال مولد و سودمند در کشور از پیامدهای مستقیم افزایش نرخ بهره بانکی بوده است که اعتراضات شدید صاحبان صنایع و کشاورزان را به دنبال داشته است. این همه به دلیل حذف محدودیت نرخ بهره و جایگزین کردن عنوان بهره با سود در قانون عملیات بانکی بدون ربا و بازگاردن دست بانک‌ها در تحمیل بهره‌های گزاف به وام‌گیرندگان بوده است که در جای خود زبان‌های مادی و معنوی جبران ناپذیری برای کشور در برداشته است.^{۳۷}

ت- مصوبه شورای پول و اعتبار

برای ایجاد نظم در کار صندوق‌های قرض‌الحسنه، شورای پول و اعتبار به استناد ماده ۹۲ قانون برنامه توسعه پنجساله سوم، در جلسه مورخ ۱۳۸۳/۴/۲۷ مقرراتی را در ۱۷ ماده و ۵ تبصره در زمینه نحوه تأثیر و فعالیت صندوق‌های قرض‌الحسنه تصویب کرده است. شورای پول و اعتبار که یکی از ارکان بانک مرکزی ایران می‌باشد، صلاحیت قانونی برای تصویب چنین مقرراتی ندارد. بندهای ۱ تا ۶ ماده ۱۸ قانون پولی و بانکی کشور مصوب سال ۱۳۵۱ که شورای پول و اعتبار را پیش‌بینی کرده است،

^{۳۷}. به گفته رئیس سازمان صنایع کوچک کشور:

«وقتی سیستم بانکی کشور هفده درصد از تسهیلات پرداختی به واحدهای تولیدی بهره طلب می‌کند این واحدها چگونه می‌توانند در مقابل واحدهای امریکا و کشورهای اروپایی که تنها دو تا شش درصد بهره می‌پردازند رقابت کنند. سیستم بانکی ما واقعاً نمی‌تواند پایه پای توسعه بیاید زیرا انگیزه توسعه ندارد و تنها مغازه‌داری می‌کند... با این سیستم بانکی نمی‌توانیم رقابت بکنیم» (روزنامه سیاست روز، ۲۹ دی ۱۳۸۰).

حق قانون‌گذاری به این شورا نداده است. افزون بر آن ماده ۹۲ قانون برنامه پنجساله سوم، جدای از ایرادات اصولی آن به ویژه این واقعیت که دولت و مجلس اجازه ندارند در چارچوب یک برنامه عمرانی پنجساله قانون‌گذاری کنند، اصولاً ناظر به مؤسسات اعتباری غیربانکی است که در بند «ه» ماده ۳۱ قانون پولی و بانکی کشور پیش‌بینی و تعریف شده‌اند. مؤسسه اعتباری غیربانکی هیچ ارتباطی به صندوق قرض‌الحسنه ندارد، بنابراین شورای پول و اعتبار اجازه نداشته است به استناد ماده ۹۲ قانون برنامه سوم دست به قانون‌گذاری درباره صندوق‌های قرض‌الحسنه بزند. مطابق اصول پنجاه و هشت، هفتاد و یک و هفتاد و دو قانون اساسی قانون‌گذاری در صلاحیت انحصاری قوه مقننه می‌باشد. مصوبه شورای پول و اعتبار مخالف اصل نود و چهار قانون اساسی نیز هست که به موجب آن هرگونه اقدام قانون‌گذاری باید با تأیید شورای نگهبان انجام شود.

مندرجات مصوبه هفده ماده‌ای شورای پول و اعتبار دارای طبیعت قانون‌گذاری است؛ چه از جهت تعریف و اجازه تأسیس صندوق قرض‌الحسنه و چه با ایجاد ممنوعیت در پاره‌ای از فعالیت‌ها و تعیین مرجع صدور مجوز، تعیین ضوابط و شروط متقاضیان در ماده ۳، مقررات مربوط به نام و عنوان در ماده ۴، تعیین ارکان این صندوق‌ها و نحوه انتخاب هیأت امناء و مقررات گسترده دیگری که شورای پول و اعتبار تصویب کرده همگی دارای جنبه قانون‌گذاری است که از صلاحیت این شورا بیرون و در صلاحیت ویژه مجلس شورای اسلامی است. حتی اگر لازم بود درباره این صندوق‌ها قانونی وضع شود، دولت باید لایحه‌ای در این زمینه تدوین و به مجلس تقدیم می‌کرد. پیمودن راه پر پیچ و خم و بهره‌گرفتن از ماده ۹۲ قانون برنامه

سوم که ارتباطی به صندوق‌های قرض‌الحسنه نداشته و وضع مقررات در شورای پول و اعتبار که صلاحیت تصویب چنین مقرراتی ندارد، دلیل بر ناتوانی در برخورد مؤثر با نابسامانی‌های ناشی از پیدایش و گسترش صندوق‌های قرض‌الحسنه می‌باشد.

یادآور می‌شویم که تشکیل و فعالیت صندوق‌های قرض‌الحسنه در قوانین کشور ما دارای مستند قانونی نیست. ماده ۱۴ قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها را موظف ساخته است تا برای تحقق بندهای ۲ و ۹ اصل چهل و سه قانون اساسی بخشی از منابع خود را از طریق وام بی‌بهره به متقاضیان اختصاص دهند. نه در این قانون و نه در هیچ قانون دیگری اجازه داده نشده است تا مؤسساتی بدون رعایت مقررات بانکداری که در بخش سوم قانون پولی و بانکی کشور پیش‌بینی شده است تأسیس شده و بی بند و بار دست به پذیرش سپرده‌های مردم و پرداخت وام بزنند. بنابراین صندوق‌های قرض‌الحسنه دارای هیچگونه مبنای قانونی نیستند و به دلیل زیان‌های سنگینی که از ورود اینگونه مؤسسات غیر مسؤول در عرصه بانکداری کشور به مردم وارد شده است باید همه این صندوق‌ها برچیده شوند و هیچ مؤسسه‌ای به غیر از بانک‌ها که در کنترل دقیق بانک مرکزی هستند نباید اجازه گردآوری و پذیرش سپرده‌های مردم و پرداخت وام را داشته باشند.

ث- لایحه تنظیم بازار غیرمتشکل پولی

آقای سید محمد خاتمی رئیس‌جمهور پیشین در تاریخ ۱۳۸۲/۵/۲۲ لایحه‌ای به مجلس تقدیم کرد که پس از تصویب، در روزنامه رسمی مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۱۶ انتشار یافت. مطابق ماده یک این قانون:

«اشتغال به عملیات بانکی توسط اشخاص حقیقی و یا حقوقی تحت هر عنوان و تأسیس و ثبت هرگونه بانک یا تشکل برای انجام عملیات بانکی بدون دریافت مجوز از بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران ممنوع است. عملیات بانکی در این قانون به امر واسطه‌گری بین عرضه‌کنندگان و متقاضیان وجوه و اعتبار به صورت دریافت انواع وجوه، ودیعه و موارد مشابه تحت هر عنوان و اعطای وام، اعتبار و سایر تسهیلات و صدور کارت‌های الکترونیکی پرداخت و کارت‌های اعتباری اطلاق می‌شود».

بررسی مندرجات این قانون نیازمند مقاله جداگانه‌ای است، ولی به نکاتی درماده یک آن باید توجه کرد.

یکم - در این ماده به تأسیس و ثبت هرگونه «بانک» یا «تشکل برای عملیات بانکی» اشاره شده و آن را نیازمند مجوز بانک مرکزی دانسته است. مفهوم تشکل برای عملیات بانکی دارای ابهام است و در عمل و اجرا مشکل‌زا خواهد بود، حال آنکه قانون پولی و بانکی در زمینه تأسیس بانک، دارای مقررات روشن و دقیق بوده است. بانک یک نهاد مالی شناخته شده جهانی است که به دلیل روشن بودن تکالیف و تعهدات آن و کنترل دقیق فعالیت‌های آن از سوی بانک مرکزی، مردم در همه کشورها با اطمینان کامل پول‌های خود را به آن می‌سپارند. نباید در کنار بانک‌ها به هرگونه تشکیلاتی مانند شرکت‌های مضاربه‌ای و یا صندوق‌های قرض‌الحسنه که می‌توانند یک تشکل باشند، اجازه داد تا در گردآوری سپرده‌های مردم و پرداخت وام فعالیت کنند.

دوم - در این ماده عملیات بانکی، «واسطه‌گری بین عرضه‌کنندگان و متقاضیان وجوه و اعتبار» تعریف شده است، حال آنکه بانک یک مؤسسه مستقل است که عملیات خود را به گونه اصیل انجام می‌دهد. به این معنی که از اشخاص سپرده‌هایی را می‌پذیرد و در برابر آنان متعهد به بازپرداخت می‌شود و به اشخاص دیگری از سوی خود و به گونه اصیل وام می‌دهد. بنابراین وصف «واسطه‌گری» برای بانک‌ها با تعاریف روشنی که قانون ۲۴ ژانویه فرانسه و قانون بانکداری آمریکا در تعریف بانک و عملیات بانکی کرده‌اند^{۳۸} ناسازگار است. به ویژه آنکه بند «ه» قانون پولی و بانکی کشور مصوب سال ۱۳۵۱، مؤسسات اعتباری غیربانکی را «واسطه بین عرضه‌کنندگان و متقاضیان وجوه و اعتبار» تعریف کرده است. بنابراین، بانک‌ها بر پایه تعاریف قانونی و عملکرد عرفی میان سپرده‌گزاران و وام‌گیرندگان به گونه مستقل عمل می‌کنند. وجود این ایرادات اصولی در یک متن قانونی در تعریف عملیات بانکی غیرقابل توجیه است.

سوم - این ماده عملیات بانکی را تعریف کرده و در آن از عناوین صوری مذکور در تبصره ماده ۳ و مواد ۷ تا ۱۷ قانون عملیات بانکی بدون ربا مانند شرکت، مضاربه و غیره ذکری به میان نیامده است و عملیات بانکی را شامل اعطای وام و اعتبار و دیگر تسهیلات دانسته است. آیا هنوز هم بانک‌ها باید در چارچوب عناوین صوری قانون عملیات بانکی بدون ربا، عملیات خود را انجام دهند یا آنکه می‌توانند به استناد ماده یک این قانون مستقیماً به پرداخت وام و دادن اعتبار بپردازند؟

۳۸. برگ ۱۶، همین مقاله.

هر چند این قانون در مقام جلوگیری از تأسیس و ثبت مؤسسات غیربانکی نظیر شرکت‌های مضاربه‌ای و یا صندوق‌های قرض‌الحسنه بوده است، ولی برخورد روشن و قاطعی با اینگونه مؤسسات نکرده و می‌توان پیش‌بینی کرد که وضع موجود همچنان ادامه خواهد یافت. بنابراین این قانون هم نمی‌تواند پاسخگوی نیازهای جامعه ما به مقررات پذیرفته شده جهانی بانکداری باشد. راه چاره نهایی این است که با حذف قانون عملیات بانکی بدون ربا و احیای قانون پولی و بانکی سال ۱۳۵۱ از تأسیس هرگونه واحد غیر بانکی که به عملیات بانکی می‌پردازد جلوگیری شود تا بانکداری در کشور نظم و سامان گذشته خود را باز یابد.

برآیند کلی

۱- بانکداری در کشور ما با تنگناهای حقوقی فراوان روبروست. بانکداری که در پی انقلاب مشروطیت ضرورت آن مورد تأیید قرار گرفته است باید بر پایه اصول و مبانی حقوقی پذیرفته شده در نظام بانکداری جهانی استوار گردد.

۲- عملیات بانکی به‌ویژه گردآوری سپرده و پرداخت وام، آن چنان که در منابع حقوقی معتبر خارجی تعریف شده‌اند، بیرون از قلمرو مسائل حاکمیتی دولت می‌باشند. دولتی کردن بانک‌ها از سوی دولت موقت در سال ۱۳۵۸ اقدامی نسنجیده و به زیان بانکداری کشور و حقوق مردم بوده است.

۳- قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) بر خلاف ادعای تقدیم‌کنندگان لایحه آن و کسانی که در مجلس از آن دفاع کرده و در تصویب آن

کوشیده‌اند، بهره را از سیستم بانکی کشور حذف نکرده و تنها نام آن را به سود تغییر داده است. این قانون در همه دوران اجرا باعث افزایش شدید نرخ بهره شده است.^{۳۹} ارزیابی بسیاری از مردم، کارشناسان و روحانیون بلند پایه این است که این نظام بانکی جنبهٔ ربوی به خود گرفته است.^{۴۰}

۴- روش‌های پیش‌بینی شده در این قانون، همگی صوری و ظاهر سازی است و در بر گیرنده هیچ نوآوری حقوقی یا فقهی نیست و دستاورد

۳۹. در خلال بیست سال گذشته به رغم ادعای نویسندگان این قانون که وعده یک بانکداری بدون بهره را به ملت ایران داده‌اند، نرخ بهره وام‌های بانکی در حد بیست و چهار درصد بوده است. اکنون که زیر فشار مجلس هفتم ناگزیر نرخ بهره بانکی تا حدی کاهش یافته است، به گفته صندوق بین‌المللی پول: «ایران بالاترین نرخ بهره بانکی را در خاورمیانه دارد» که این باید یک سرشکستگی برای نظام بانکداری کشور ما باشد. تفصیل این گزارش چنین است:

«به گزارش صندوق بین‌المللی پول، نرخ بهره وام‌های بانکی ایران به‌طور میانگین شانزده و هفت دهم درصد است که از این لحاظ ایران دارای بالاترین نرخ بهره بانکی در میان کشورهای خاورمیانه است. براساس این گزارش، یکی از بالاترین نرخ بهره وام‌های بانکی در ایران وام مسکن با نرخ بهره هجده و کمترین نرخ بهره بانکی نیز به وام کشاورزی با نرخ بهره سیزده و نیم درصد تعلق دارد. بر پایه همین گزارش، نرخ بهره وام‌های تجاری و خدماتی در بانک‌های دولتی ایران حداقل بیست و یک درصد است. صندوق بین‌المللی پول همچنین میانگین نرخ بهره بانکی را در کویت شش و هفتاد و چهار صدم، عمان هفت و هشت دهم درصد، سوریه نه و نیم درصد، تونس پنج و دو دهم درصد و یمن پانزده درصد اعلام کرده است. این گزارش حاکی است ایران از لحاظ نرخ تنزیل نیز بالاترین نرخ را در کشورهای خاورمیانه دارد. نرخ تنزیل ایران چهارده درصد اعلام شده است. صندوق بین‌المللی پول همچنین حداکثر نرخ بهره سپرده‌های بانکی در ایران را هفده درصد اعلام کرده است که از این لحاظ نیز ایران بالاترین نرخ را در خاورمیانه دارد» (روزنامه اقتصادی آسیا، یکشنبه ۹ مرداد ۱۳۸۴ - ۳۱ جولای ۲۰۰۵).

۴۰. تازه‌ترین اظهار نظرها از سوی آیت‌الله نوری همدانی از مراجع تقلید قم در این زمینه مطرح شده است. به گفته وی:

«... ربا و رباخواری موجب به وجود آمدن فقر و تخریب جامعه است». ایشان با اشاره به آیات و روایات افزوده‌اند: «ربا مخرب است حتی اگر اسم بانکداری اسلامی بر آن بگذارند. ما معتقدیم وضعیت فعلی بانک‌ها یکی از عوامل مهم اشاعه فقر و گرانی است. اگر این پول‌ها در راه افزایش تولید و ایجاد کار به کار بیفتد فقر ریشه کن می‌شود» (هفته‌نامه یالثارات، چهارشنبه ۱۲ مرداد ۱۳۸۴).

سودمندی برای نظام بانکی کشور نداشته است. این روش‌ها، بانک‌های کشور را گرفتار کاغذ بازی‌های بیهوده کرده و به حقوق شهروندان و اعتبار جهانی نظام بانکی کشور آسیب رسانیده است.

۵- قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب سال ۱۳۶۲ که از هرگونه مبنای حقوقی و فقهی تهی است، باید هر چه زودتر نسخ شود و قانون پولی و بانکی کشور مصوب سال ۱۳۵۱ در زمینه شیوه تأسیس و نظارت بر بانک‌ها احیا گردد.

۶- مجلس شورای اسلامی باید براساس ذیل اصل چهل و چهار قانون اساسی و حق قانونگزاری خود، قانون روشن و همه‌سونگری در زمینه نظام بانکداری غیردولتی، برپایه استانداردهای پیشرفته جهانی، به ویژه بر پایه جدا ساختن وام‌بازرگانی از وام مصرفی و مقررات دقیق قرارداد وام بانکی و بهره‌گرفتن از کارت‌های اعتباری و بانکداری الکترونیک به تصویب رساند.

۷- باید در نظام بانکداری و قضایی کشور، مفهوم «بهره» از «ربا» همانگونه که در اصل چهل و سه قانون اساسی پیش‌بینی شده است کاملاً جدا گردد و با تعیین سقف دقیق و عادلانه برای نرخ بهره، بانک‌ها و وام‌دهندگان خصوصی موظف به رعایت نرخ بهره شوند و در همین حال مقررات سختی برای برخورد با ربا خواری با تضمین‌های کیفری تصویب شود.

۸- با پذیرش نرخ قانونی بهره، تعیین میزان حداکثر بهره و کارمزد دریافتی و پرداختی بانک‌ها بر طبق بند ۴ ماده ۱۴ قانون پولی و بانکی کشور به بانک مرکزی واگذار شود. با این حال برای عادلانه‌تر کردن نرخ بهره،

از روش تعیین بهره متغیر یا «نرخ بهره مؤثر گروهی»^{۴۱} که در قانون مصرف فرانسه^{۴۲} مورخ ۲۶ ژوئیه ۱۹۹۳ پیش‌بینی شده و در هر سه ماه یک‌بار محاسبه می‌شود کمک گرفته و مقررات مربوط به ممنوعیت ربا نیز که در ماده ۳ این قانون آمده است در قوانین ایران پذیرفته شده و مورد عمل قرار گیرد.

۹- بانک مرکزی بر پایه مندرجات قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، به نظارت دقیق و جدی بر شیوه تأسیس و کارکرد بانک‌ها پردازد. همچنین قوانین تازه‌تری در زمینه شیوه‌های مؤثر نظارت بر بانک‌ها و همچنین تأسیس صندوق بیمه و تضمین بانک‌ها در مورد ورشکستگی برای حفظ حقوق سپرده‌گذاران تصویب گردد.

۱۰- صندوق‌های موسوم به قرض‌الحسنه و هرگونه نهاد مالی دیگری که بیرون از سیستم بانکی به پذیرش و گردآوری سپرده از عموم و پرداخت وام و دریافت بهره می‌پردازند برچیده شوند و صندوق‌هایی که وام بی‌بهره می‌پردازند تنها از محل کمک‌های اشخاص نیکوکار و نه پذیرش سپرده از عموم، زیر نظارت و کنترل بانک مرکزی مجاز شناخته شوند.

41: Le Taux Effectif Global.

42: Code de la Consommation , L. No. 93-949, 26 Juill. 1993.

شرایط ماهوی حمایت از اختراع از نگاه رویه قضایی و اداره ثبت اختراعات

دکتر میرقاسم جعفرزاده*
اصغر محمودی**

چکیده

مقدمه

مبحث اول: تازگی

گفتار اول: مفهوم و ضرورت

گفتار دوم: تعیین و سنجش تازگی

الف- تفسیر ادعاها و تعیین نوع و محدوده اختراع

ب- فن یا صنعت قبلی

ج- مقایسه اختراع مورد ادعا با فن یا صنعت قبلی

گفتار سوم: زوال تازگی و استثنائات وارد بر آن

الف- زوال تازگی

۱- زوال تازگی در نتیجه انتشار

۲- زوال تازگی در نتیجه استفاده

ب- استثنائات وارد بر زوال تازگی

۱- حقوق انگلیس

۲- کنوانسیون اختراعات اروپا

* . استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** . دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس.

۳- حقوق ایران

مبحث دوم: گام ابتکاری

گفتار اول: مفهوم و ضرورت

گفتار دوم: تفاوت گام ابتکاری با تازگی

گفتار سوم: احراز گام ابتکاری

الف- فن یا صنعت قبلی

ب- شخص با مهارت معمولی

ج- مقایسه اختراع با فن یا صنعت قبلی

مبحث سوم: کاربرد صنعتی

گفتار اول: مفهوم

الف- تعریف صنعت

ب- قلمرو صنعت

گفتار دوم: مصادیق مهم اختراعات فاقد کاربرد در صنعت

الف- کشفیات، تئوریهای علمی و روشهای ریاضی

ب- برنامه‌ها، قواعد یا روشهای مرتبط با فعالیتهای فکری

ج- برنامه‌های رایانه‌ای

۱- حقوق آمریکا، انگلیس و اتحادیه اروپا

۲- ایران

د- روشهای تجارت

۱- حقوق آمریکا

۲- اداره اختراعات اروپا

نتیجه گیری

چکیده

حمایت حقوقی تنها به آن دسته از نوآوری‌هایی اختصاص دارد که علاوه بر کاربرد صنعتی، معلومات جدیدی را به عموم عرضه نموده و همچنین در آفرینش آنها ابتکار و خلاقیت آشکاری به کار گرفته شده باشد.

سه شرط تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی پیش‌بینی شده در قوانین داخلی و اسناد بین‌المللی در واقع در جستجوی تأمین همین هدف است؛ ولی قوانین و مقررات تنها به ذکر شروط کلی اکتفا نموده و تبیین دقیق قلمرو شروط فوق، نحوه احراز و تطبیق آنها بر حوزه‌های نوین، بر عهده نویسندگان، دادگاهها و اداره اختراعات می‌باشد. لذا در آیینۀ اندیشه‌های حقوقی حقوقدانان، تصمیمات دادگاهها و رویه اداره اختراعات می‌توان تصویر روشنی از نظام حقوق اختراعات را مشاهده نمود.

این تحقیق با رویکردی تطبیقی علاوه بر توصیف و تحلیل شروط فوق، در جستجوی دو هدف می‌باشد. نخست این که نشان دهد که قانون ثبت علائم و اختراعات سال ۱۳۱۰ به دلیل ابهامات و سکوت‌های آزار دهنده، رژیم حقوقی مناسبی برای حمایت از نوآوریها و بستری مناسب برای جذب سرمایه و توسعه صنعتی نمی‌باشد و تصویب عاجل «طرح قانونی ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری» با لحاظ نواقص آن ضروری است. دو این که نویسندگان، دادگاهها و اداره اختراعات کشورهای پیشرو با درک تحولات در عرصه صنعت و ضرورت بازنگری در رژیم حقوقی حمایت از نوآوریها، چگونه از یک سو خلأها و نواقص قانونی را شناسایی و با ارائه راه‌حلیها این نواقص را بر طرف نموده و

از سوی دیگر، مقررات مغایر با پیشرفت فناوری را در عمل به قوانین مرده و متروکی تبدیل می‌نمایند.

واژگان کلیدی: اختراع، تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی.

مقدمه

حمایت از اختراع از اصول بنیادین توسعه است. به همین جهت امروزه کمتر کشوری است که این اصل را نپذیرفته باشد. از مهم‌ترین اهداف این حمایت ایجاد بستر حقوقی مناسب به منظور نیل به پیشرفت در صنعت به معنای فراگیر آن می‌باشد. با این وجود حمایت مزبور به رعایت شرایطی وابسته است. برخی از این تشریفات ناظر به ماهیت اختراع می‌باشند که از آنها به شرایط ماهوی تعبیر می‌گردد و برخی دیگر هم ناظر به تنظیم اظهارنامه ثبت اختراع، توصیف آن و مسائلی از این دست می‌باشند که می‌توان از آنها به شرایط شکلی تعبیر نمود. بررسی تشریفات شکلی مجال دیگر می‌طلبد. تحقیق حاضر در جستجوی طرح و بررسی شرایط ماهوی از منظری خاص است.

قوانین موضوعه و اسناد بین‌المللی مرتبط با اختراعات، نظیر کنوانسیون اروپایی حمایت از اختراعات^۱ و موافقتنامه تریپس^۲ به هنگام توصیف شرایط اخیر، عناوین مختلفی برگزیده‌اند که با اندک تسامح می‌توان همه آنها را دارای معانی یکسان دانست. این شرایط عبارتند از ۱- تازگی (جدید)^۳ ۲- گام ابتکاری^۴ (عدم وضوح)^۵ ۳- کاربرد صنعتی^۶ (مفید

1 . European Patent Convention.

2 . TRIP's Agreement.

3. Novelty.

بودن).^۷

هرچند قانونگذاران کوشیده‌اند تا شرایط ماهوی لازم برای حمایت از اختراع را در قوانین موضوعه احصاء کنند و حتی برخی از قوانین موضوعه و اسناد بین‌المللی عناوین مزبور را تعریف و توصیف نموده‌اند، ولی تجربه نشان داده است که محاکم و اداره ثبت اختراعات در مقام احراز این شرایط نقشی به مراتب بیشتر و کاربردی‌تر برعهده دارند. مقررات قانونی به لحاظ برخورداری از ثبات نسبی، از تحولات جدید به دور هستند، اما محاکم و اداره ثبت اختراعات می‌توانند با استفاده از ابزار تفسیر، خلأهای قانونی را پُر کرده و مقررات موجود را با تحولات جدید همسو نمایند. محاکم و اداره ثبت اختراعات آمریکا و انگلیس و به ویژه اداره ثبت اختراعات اروپا در سالهای اخیر از این ابزار به خوبی استفاده کرده و توانسته‌اند مقرراتی را که با لحاظ تحولات عصر انقلاب صنعتی تدوین شده بودند، با نوآوریهای جدید حاصله در زمینه بیوتکنولوژی، نانوتکنولوژی، تکنولوژی اطلاعات و تجارت الکترونیک هماهنگ نمایند.

نظر به اینکه سیستم معمول در اداره مالکیت صنعتی ایران برای احراز شرایط ماهوی اختراعات اعلامی بوده و لذا قبل از صدور گواهی اختراع، بررسی دقیقی درخصوص تعیین شرایط فوق به عمل نمی‌آید و تنها به اظهارات مخترع بسنده می‌شود،^۸ و همچنین از آنجا که با وجود گذشت

4. Inventive Step.

5. Non Obviousness.

6. Industrial Application.

7. Useful.

۸. تحقیق حاضر در صدد نقد و بررسی این شیوه نیست. این خود موضوعی مهم و نیازمند بررسی همه‌جانبه در محل و فرصت مناسب است. با این وجود یادآوری همین نکته کافی است که به‌کارگیری

بیش از هفتاد سال از شناسایی نظام اختراعات در ایران، محاکم ایرانی، به دلایلی که خود محل بحث و تأملی شایسته است، فرصت اظهار نظر تفصیلی در این خصوص پیدا نکرده و یا حداقل این اظهار نظرها انتشار نیافته است، ادبیات تحقیقی درخور توجهی در ارتباط با این موضوع وجود ندارد. با این وجود، نظر به روند رو به رشد حمایت از اختراعات در کشور و چشم انداز توسعه صنعتی و گرایش روزافزون نوآوران به ثبت اختراع نزد اداره ثبت اختراعات ایران، اداره مالکیت صنعتی و دادگاههای کشورمان به زودی با چالش‌های جدی مواجه خواهند شد که ضرورت دارد نویسندگان با بهره‌گرفتن از تجارب کشورهای داری سیستم پیش آزمایشی و رویه محاکم کشورهای پیشرو به استقبال این مشکلات رفته و پیشاپیش اداره ثبت اختراعات و محاکم کشور را با مشکلات مزبور و راه‌حلهای مناسب آشنا نمایند.

تحقیق حاضر در نظر دارد تا ضمن بررسی شرایط ماهوی حمایت از اختراع در قوانین موضوعه و اسناد بین‌المللی، تجارب دادگاههای برخی کشورهای پیشرو، نظیر انگلیس و آمریکا و همچنین رویه‌های اداره ثبت اختراعات اروپا که قبل از صدور گواهی اختراع، بررسی‌های دقیقی به عمل می‌آورند را منعکس نماید. حاصل این تحقیق می‌تواند راهنمای لازم را برای اداره ثبت اختراعات کشور فراهم و به دادگاهها در احراز شرایط ماهوی لازم به هنگام دادرسی کمک نماید.

این شیوه چه بسا منجر به صدور گواهی‌های اختراع بی‌شماری گردد که در واقع حائز شرایط لازم نیستند. صدور گواهی اختراع به طریق اعلامی هرچند موجب تسریع در روند امور می‌شود، لیکن این امر به بروز اختلافات فراوان فی‌مابین صاحبان ورقه اختراع منجر خواهد شد که علاوه بر درگیر ساختن دادگاهها و بی‌اعتباری گواهی‌های صادره، نظم تجاری و فعالیتهای اقتصادی را مختل خواهد ساخت.

با این هدف، مطالب تحقیق حاضر به ترتیب ذیل سامان داده شده است. مبحث نخست به بیان مفهوم و ضرورت شرط تازگی می‌پردازد. در همین مبحث نحوه احراز و سنجش تازگی اختراع مورد ادعا توصیف و سپس موجبات زوال تازگی و استثنائات وارد بر قاعده زوال تازگی بررسی خواهد شد. در مبحث دوم شرط گام ابتکاری، مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. در این مبحث همچنین مفهوم و ضرورت وجود این شرط، تفاوت گام ابتکاری با تازگی و تعیین و سنجش این مشخصه در اختراعات، مورد بحث قرار خواهد گرفت. و سرانجام مبحث سوم شرط کاربرد صنعتی را مورد توجه قرار خواهد داد. در همین مبحث نخست مفهوم این شرط بیان و آنگاه نقش این شرط در تعیین قلمرو اختراعات قابل حمایت نشان داده خواهد شد.

مبحث اول: تازگی

تازگی از ضروری‌ترین شروط حمایت از اختراعات است. در کلیه قوانین حمایت از اختراعات، این شرط به صراحت مورد تأکید قرار گرفته است. درست به همین منظور است که مواد ۲۶، ۲۷ و ۳۷ قانون ثبت علائم و اختراعات ایران مصوب ۱۳۱۰، حمایت از اختراعات را مشروط به جدید بودن آن مقرر داشته است و حتی در بند یک ماده ۳۷ همین قانون به صراحت «اختراعی که جدید نباشد» را از شمول حمایت قانون خارج دانسته و در تبصره همان ماده به تبیین اختراعاتی پرداخته که جدید محسوب نمی‌گردند. به موجب همین تبصره «هر اختراع یا هر تکمیل اختراع موجودی که قبل از تاریخ تقاضای ثبت، خواه در ایران و خواه در

خارج، در نوشتجات یا نشریاتی که در دسترس عموم است، شرح یا نوشته آن منتشر شده و یا به مورد عمل یا استفاده گذارده شده باشد، اختراع جدید محسوب نمی‌گردد». در ادامه پایبندی به همین اصل بنیادین، قسمت (الف) از ماده ۲ «طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری» که هم اکنون در دستور کار مجلس شورای اسلامی می‌باشد، نیز با صراحت بیشتری اختراعی را قابل ثبت دانسته که جدید باشد.

در حقوق مالکیت فکری سایر کشورها نیز چنین صراحتی مشاهده می‌شود. به عنوان نمونه، قسمت (الف) بند یک از بخش اول قانون اختراعات ۱۹۷۷ انگلیس، بند یک از بخش هفت و قسمت (ب) از بند یک بخش هجده قانون اختراعات ۱۹۹۰ استرالیا، بند یک از ماده (۱۰) ۶۱۱ مجموعه قوانین مالکیت فکری ۱۹۹۲ فرانسه، با اصلاحات ۱۸ دسامبر سال ۱۹۹۶، و ماده ۲۲ قانون ثبت اختراعات ۱۹۸۵ چین بر این شرط تأکید می‌نمایند.

علاوه بر این، در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای ناظر بر اختراعات نیز چنین شرطی پیش‌بینی شده است. به عنوان مثال، بند یک از ماده ۵۲ کنوانسیون اختراعات اروپایی و بند یک ماده ۲۷ موافقتنامه تریپس نیز بر «جدید بودن» اختراع تصریح می‌نمایند. طبق بند یک ماده ۲۷ موافقتنامه تریپس: «... گواهی‌های اختراع برای هر اختراعی، اعم از محصولات یا طریقه‌های ساخت، در کلیه زمینه‌های فناوری باید قابل دسترسی باشند، مشروط بر این که جدید، ... باشند...».

در این مبحث، ضمن گفتارهای جداگانه، ابتدا مفهوم و ضرورت وجود تازگی و سپس نحوه احراز و سنجش تازگی و سرانجام زوال تازگی و استثنائات وارد بر آن مورد تحقیق و بررسی قرار خواهند گرفت.

گفتار اول: مفهوم و ضرورت

غرض از تازگی یا جدید بودن اختراع بدین معنی نیست که اختراع فی نفسه تازگی داشته باشد؛ زیرا مفهوماً اختراع به امری گفته می‌شود که واجد یک نحوه خلاقیت و نوآوری باشد^۹ و چنانچه فعالیتی فاقد چنین ویژگی بوده و صرفاً از امور معمول و شناخته شده باشد، اساساً اختراع محسوب نمی‌شود تا بحث تازگی درخصوص آن معنا داشته باشد، بلکه منظور این است که فکر تولیدی در دسترس عموم قرار نگرفته باشد و این زمانی است که اختراع قبل از تاریخ تقاضا یا تاریخ حق تقدم^{۱۰} در هیچ نقطه‌ای از جهان^{۱۱} از طریق انتشار یا افشای شفاهی یا از طریق استفاده یا

۹. درست به همین دلیل است که «طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری» در بند یک از قسمت (الف) ماده یک در تعریف اختراع مقرر می‌دارد: «در این قانون اختراع به معنای فکر یک مخترع است که در زمینه فناوری راه حل عملی برای یک مسأله خاص ارائه می‌کند». در همین زمینه رجوع شود به:

WIPO, Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use, WIPO Publication No. 489 (E), 2004, 2nd ed., p. 17.

۱۰. حق تقدم در ثبت اختراع به این معنی است که چنانچه شخصی با رعایت شرایط لازم اظهارنامه ثبت اختراع را نزد مراجع ذیصلاح یکی از کشورهای عضو کنوانسیون پاریس ثبت نماید، به مدت دوازده ماه از تاریخ درخواست ثبت همان اختراع، در هریک از دیگر کشورهای عضو این کنوانسیون بر دیگر اشخاص تقدم دارد. این حق با اندک تفاوتی نسبت به مدلهای مصرفی، طرحهای صنعتی و علائم تجاری نیز در ماده ۴ کنوانسیون پاریس به رسمیت شناخته شده است. حقوق مالکیت صنعتی ایران علی‌رغم عضویت ایران در این کنوانسیون، چنین حقی را به رسمیت نشناخته است. ولی طرح «ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری» در ماده ۶ ضمن شناسایی این حق، تشریفات استفاده از این حق را به تفصیل بیان داشته است.

۱۱. شایسته ذکر است که معیار تازگی مطلق (Absolute Novelty)، یعنی «عدم افشا در هیچ نقطه‌ای از جهان» معیار جهان‌شمولی نیست. در برخی سیستمهای حقوقی معیار سرزمینی و در برخی دیگر معیار تازگی نسبی پذیرفته شده است. البته معیار نخست در اکثر کشورها، نظیر حقوق ایران، حقوق فرانسه (قوانین سالهای ۱۸۴۴ (ماده ۳۱) و ۱۹۴۴)، حقوق ایتالیا و کنوانسیون اروپایی حمایت از اختراعات (ماده ۵۴) و مواد ۲۲ و ۲۳ قانون حمایت از اختراعات چین، و معیار سرزمینی هم در قانون حمایت از اختراعات سال ۱۹۴۹ انگلستان و حقوق سویس و معیار اخیر در حقوق کشورهای آلمان، بلژیک و

هر طریق دیگری، برای عموم افشا نشده باشد.^{۱۲}
وجود تازگی به چند دلیل ضروری است، که ذیلاً به برخی از آنها اشاره می‌شود.

حمایت از معلومات عموم: شناسایی حق بهره‌برداری انحصاری از موضوعاتی که در قلمرو دانش و معلومات عموم قرار دارند، موجب می‌شود تا جامعه از دستیابی به موضوعاتی که قبلاً در اختیار داشته است، منع شود. پُر واضح است که چنین انحصاری با اهداف نظام حمایت از اختراعات - که برای پیشبرد صنعت جدید، بدون ایجاد مانع در راه رقابت آزاد، وضع شده است - همخوانی و سازگاری ندارد.^{۱۳} شرط تازگی با منع تحصیل انحصار بهره‌برداری از این معلومات از آنها حمایت می‌کند.^{۱۴}

آمریکا مورد پذیرش قرار گرفته است. جهت اطلاع بیشتر رک. امامی، نورالدین، حق مخترع، مجموعه تطبیقی شماره ۶، دانشگاه تهران، ۱۳۵۰، ص ۷۱؛ همچنین

Akers, Novelj, The European Patent System, World Patent Information, No. 21, 1999, p. 35.

۱۲. درست به همین جهت است که بند یک از ماده ۵۴ کنوانسیون اروپایی حمایت از اختراعات مقرر می‌دارد:

“An invention shall be considered to be new if it does not form part of the state of the art”.

و آنگاه در بند ۲ همین ماده مقرر می‌دارد:

“The state of the art shall be held to comprise everything made available to the public by means of a written or oral description, by use, or any other way, before the date of filing of the European patent application”.

13. See in this respect, Catherine, Colston, Principles of Intellectual Property Law, Cavendish Publishing Ltd., 1999, p. 86.

۱۴. این مطلب را قاضی «Rich» در سال ۱۹۷۸ به‌خوبی توضیح داده است:

«... حق انحصاری خوب، حقی است که از طریق تشویق، چیزهایی که قبلاً وجود نداشته و یا احتمالاً بدون تشویق و محرکی، حداقل به این زودی به دست نمی‌آمده‌اند را به عموم می‌دهد. حق انحصاری بد، حقی است که از عموم گرفته شده، بدین نحو که آن قبلاً موجود بوده و یا بدون نیاز به مشوق و محرکی نیز می‌توان به راحتی به آن دسترسی پیدا کرد». در این خصوص رک.

Catherine, Colston, *ibid.*, p. 86.

جهت دادن سرمایه‌های انسانی و مادی به سمت موضوعات تازه: وجود چنین شرطی، ذهن مخترعین را از درگیر شدن نسبت به موضوعات قدیمی آزاد کرده و آن را در جهت رسیدن به موضوعات و پیشرفتهای تازه قرار می‌دهد. همچنین اختراعات، به ویژه اختراعات بزرگ، نتیجه سرمایه‌گذاریهای کلان مؤسسات بزرگ اقتصادی می‌باشند. این اختراعات می‌توانند نقش بزرگی در تحولات اقتصادی و پیشرفت صنعتی جوامع داشته باشند؛ اما برای ایفای چنین نقشی باید در مسیر صحیح خود قرار بگیرند. شرط تازگی چنین امکانی را فراهم می‌سازد، به طوری که به جای اتلاف منابع اقتصادی در حوزه‌های معلوم و شناخته شده، آنها را در مسیرهای تازه قرار می‌دهد.^{۱۵}

گفتار دوم: تعیین و سنجش تازگی

تعیین تازگی اختراع ادعایی، امری دشوار و نیازمند یک معیار عینی است. قانونگذار ایرانی علی‌رغم تصریح بر لزوم جدید بودن اختراع قابل حمایت، در قانون سال ۱۳۱۰، هیچ معیاری برای احراز این شرط پیش‌بینی نکرده است، اگرچه شاید بتوان از تبصره ماده ۳۷ این قانون، یک معیار عینی استنباط نمود. نظر به همین ابهام، «طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری» در بند یک از قسمت (ب) ماده ۲، در مقام معرفی یک معیار عینی روشن چنین مقرر داشته است: «اختراعی جدید است که با فن یا صنعت قبلی پیش‌بینی نشده باشد». همین طرح بلافاصله

15. For a more detailed discussion on the issue see: Bently, Lionel & Sherman, Brad. Intellectual Property Law, Oxford University Press, 2001, pp. 413 and seq.

در جزء دوم همین مقرر، فن و صنعت قبلی را تعریف می‌نماید. مطابق رویه معمول در اداره ثبت اختراعات کشورهای پیشرو، احراز تازگی یا عدم تازگی اختراع مورد ادعا معمولاً از طریق مقایسه آن با فن یا صنعت قبلی (Prior Art or State of Art) مشخص می‌شود. بر طبق این رویه، ابتدا لازم است نوع و محدوده اختراع مورد ادعا تعیین و سپس مفهوم و قلمرو فن یا صنعت قبلی روشن شود و آنگاه مقایسه مزبور صورت بگیرد. بر این اساس، برای احراز تازگی، بررسی سه مرحله پی‌درپی مورد نیاز است: نخست تفسیر ادعاها و تعیین نوع و محدوده اختراع، دوم تفسیر فن یا صنعت قبلی و سرانجام مقایسه اختراع مورد ادعا با فن یا صنعت قبلی که ذیلاً مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

الف - تفسیر ادعاها و تعیین نوع و محدوده اختراع

به هنگام بررسی اختراع، ابتدا لازم است احراز شود که اختراع ادعا شده به چه شکلی از اشکال اختراع می‌باشد.^{۱۶} به عبارت دیگر، آیا اختراع

۱۶. لازم به ذکر است که اختراعات به سه دسته کلی ۱- اختراع محصول یا فرآورده ۲- اختراع فرایند یا روش ۳- اختراع محصولی که از طریق فرایند خاص به دست می‌آید، تقسیم می‌شوند اما علاوه بر شقوق فوق، اداره ثبت اختراعات کشورهای اروپایی شکل دیگری از اختراع را به رسمیت شناخته‌اند که عبارت است از استفاده جدید از شیء شناخته شده.

۱- اختراع محصول یا فرآورده: در چنین اختراعی، ایده مخترع در شکل فرآورده یا محصول تجلی پیدا می‌کند، مثل اختراع یک نوع گوشی تلفن همراه یا یک نوع وسیله جراحی یا یک نوع ماشین کشاورزی یا کمربند لاغری.

۲- اختراع فرایند یا روش: در این نوع اختراع، ایده مخترع به شکل فرایند یا روش می‌باشد، مثل اختراع روشی برای گرفتن آب از هوا یا اختراع روشی برای ذخیره‌سازی انرژی خورشید.

۳- اختراع محصولی که از طریق فرایند خاصی به دست می‌آید: در این نوع اختراع، ایده مخترع در ارتباط با محصولی است که از به کارگیری روشی خاص به دست می‌آید، مانند اختراع میوه‌های رنگی مصنوعی از طریق به کارگیری روش خاص.

ادعا شده به شکل فرآورده یا محصول جدید می‌باشد یا به صورت فرایندی می‌باشد که در تولید محصول و یا رسیدن به نتیجه معینی به کار می‌رود یا در ارتباط با استفاده‌های جدیدی است که از اشیاء و فراورده‌های قدیمی و شناخته شده، به دست می‌آید. این مرحله، از اهمیت زیادی برخوردار می‌باشد، زیرا بدون تعیین نوع اختراع، تعیین شرایط ماهوی آن با مشکلاتی توأم خواهد بود و حتی ممکن است در مواردی غیرممکن گردد. به عنوان مثال وقتی که اختراع در ارتباط با استفاده جدید از شیئی قدیمی و شناخته شده می‌باشد، با تعیین شکل اختراع، دیگر نیازی به این نخواهد بود که برای تعیین تازگی، شیئی قدیمی را نیز مورد بررسی قرار دهیم، بلکه بررسی استفاده جدید برای احراز شرط فوق و دیگر شرایط ماهوی کافی خواهد

باید توجه داشت که در این نوع اختراع، از روش حمایت نمی‌شود، بلکه حمایت به محصولی معطوف است که از روش خاص به دست می‌آید. بنابراین، هرگونه استفاده از روش که به تولید محصول مورد ادعا منجر نشود، تجاوز به حق اختراع تلقی نمی‌گردد.

۴- استفاده جدید از شیئی شناخته شده و قدیمی: در سال ۱۹۹۰ اداره ثبت اختراعات اروپا، ادعای استفاده از ماده قدیمی به عنوان روغن و لیزکننده‌ای برای کاهش اصطکاک موتور را مورد پذیرش قرار داد، هرچند قبلاً از آن ماده به عنوان وسیله‌ای برای جلوگیری از زنگ زدن استفاده می‌شد. در این مورد رک.

Catherine, Colston, *ibid.*, p. 95.

همچنین اداره فوق با وجود استفاده قبلی از ترکیبات معینی به عنوان حشره کش، ادعای استفاده جدید از آن ترکیبات را به عنوان تنظیم کننده رشد گیاهان مورد تأیید قرار داد. در این مورد رک.

Cornish, W., R., *Intellectual Property, Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London, Sweet & Maxwell, 4th ed., 1999. p. 190.

بیشتر اختراعات مرتبط با موضوعات شیمیایی نیز به این شکل هستند، زیرا اغلب مواد شیمیایی به لحاظ تئوری شناخته شده‌اند و فعالیت‌های اختراعی در مقایسه با کشف ماده یا فرایند جدید، عمدتاً به صورت کشف استفاده‌های جدید از مواد شناخته شده صورت می‌گیرند. در این خصوص رک.

Catherine, Colston, *ibid.*, p. 97.

لازم به ذکر است که امروزه اکثر کشورها، چنین اختراعاتی را مورد حمایت خود قرار داده‌اند. تفاوت این چهار نوع از اختراعات در میزان حمایتی است که از آنان به عمل می‌آید، اختراع نوع اول در مقایسه با دیگر اختراعات، از حمایت وسیع‌تری برخوردار است، به طوری که هر نوع استفاده از محصول بلا هر روشی، تجاوز به اختراع تلقی می‌شود.

بود. همچنین تنها پس از احراز نوع اختراع است که قابل حمایت و یا مستثنی از حمایت بودن آن مشخص می‌شود. به عنوان مثال اگر پس از بررسی و تفسیر ادعاها مشخص شود که اختراع مورد ادعا ناظر به روش تشخیص بیماری یا معالجه انسان می‌باشد، قابل حمایت نخواهد بود.^{۱۷} بالعکس، اگر پس از بررسی و تفسیر ادعاها مشخص شود که اختراع در ارتباط با اشیایی است که در تشخیص بیماری یا معالجه انسان به کار می‌روند، قابل حمایت خواهد بود. علاوه بر این، بدون تعیین نوع اختراع و محدوده آن، تعیین این امر که اختراع ادعا شده در حوزه معلومات عموم قرار دارد یا نه، امکان‌پذیر نیست. و سرانجام اینکه اعطای گواهی به اختراعاتی که موضوع و محدوده آن مشخص نیست، امری نامقدور و غیرمنطقی است.

موضوع اختراع و محدوده آن در اظهارنامه ثبت اختراع مشخص می‌شود؛ بنابراین رجوع به اظهارنامه اختراع می‌تواند در احراز اختراع و محدوده آن نقش قابل توجهی داشته باشد. همچنین از شرح و توصیف اختراع، خلاصه، نقشه و دیگر ضمایم اظهارنامه نیز می‌توان برای تعیین ادعاها یا تفسیر آنها استفاده نمود.^{۱۸}

۱۷. در این مورد رجوع شود به بند ۳ از ماده ۲۵ قانون ثبت اختراعات چین و بند ۳ از قسمت (ج) ماده ۱ «طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری» که مقرر می‌دارد: «موارد ذیل حتی اگر طبق بند (ب) فوق اختراع تلقی شوند از حیطه حمایت از اختراع خارج خواهند بود. ... (۳) روش معالجه بدن انسان یا حیوان از طریق درمان یا جراحی و همچنین روشهای تشخیص بیماریها که روی بدن انسان یا حیوان انجام می‌شوند. تبصره - این بند شامل فرآورده‌های مورد استفاده در روشهای مزبور نمی‌باشد».

۱۸. برای ملاحظه بحثهای جزئی‌تر در این موضوع رک.

Bently, Lionel & Sherman, Brad, *ibid.*, pp. 331 and seq.

ب - فن یا صنعت قبلی

شناسایی فن یا صنعت قبلی برای احراز اختراع و میزان تازگی فکر تولیدی ضروری می‌باشد. در تعریف فن یا صنعت قبلی معمولاً گفته می‌شود که تمام اطلاعاتی که در تاریخ تقاضا یا تاریخ حق تقدم در دسترس عموم قرار دارند، فن یا صنعت قبلی را تشکیل می‌دهند.^{۱۹}

بند ۲ از قسمت (ب) ماده ۲ «طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری»، فن یا صنعت قبلی را عبارت از هر چیزی می‌داند که در هر نقطه‌ای از جهان، از طریق انتشار به شکل ملموس یا از طریق افشای شفاهی، از طریق استفاده یا هر طریق دیگر، قبل از تقاضا یا، در موارد مقتضی، قبل از تاریخ حق تقدم، برای عموم افشا شده باشد.^{۲۰} از تبصره ماده ۳۷ قانون ثبت علائم و اختراعات ایران نیز می‌توان تعریفی مشابه تعریف فوق را استنباط نمود.

در بندهای ۲، ۳ و ۴ از بخش دو قانون اختراعات ۱۹۷۷ انگلیس و بندهای ۲ تا ۵ ماده ۵۴ کنوانسیون اختراعات اروپا، محتوای فن یا صنعت قبلی مشخص شده است. به موجب این مقررات، فن یا صنعت قبلی شامل تمام موضوعاتی است که از طریق اظهارنامه‌های قبلی یا انتشار و یا از طریق استفاده، در اختیار عموم قرار گرفته‌اند.^{۲۱}

اداره ثبت اختراعات انگلیس برای تعیین تازگی به تمام منابعی که

19. WIPO, *ibid.*, p. 19.

۲۰. برای دیدن تعاریف مشابه رک.

Marett, Paul, *Intellectual Property Law*, London, Sweet & Maxwell, 1996. p. 29; Cornish, W., R., *ibid.*, pp. 174 and 175; Guy, Tritton, *Intellectual Property in Europe*, London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 58.

21. For a detailed discussion see: Guy Tritton, *ibid.*, pp. 58-60.

اطلاعات راجع به فن یا صنعت قبلی در آنها وجود دارد، رجوع می‌نماید. عمده‌ترین منابع در این خصوص گواهی اختراعات و اظهارنامه‌های قبلی هستند که اظهارنامه‌های منتشر شده و منتشر نشده را در بر می‌گیرد؛ زیرا اظهارنامه برای مدت هجده ماه از تاریخ تقاضا یا حق تقدم، انتشار نمی‌یابد و اگر بررسی اظهارنامه‌های قبلی تنها به اظهارنامه‌های منتشر شده محدود شود، این خطر وجود خواهد داشت که برای یک اختراع، گواهی‌های مضاعف اعطا شود. برای اجتناب از چنین خطری، بند ۳ بخش دو قانون اختراعات انگلیس و بند ۳ ماده ۵۳ کنوانسیون اختراعات اروپا، اظهارنامه‌ها و گواهی اختراعات و اظهارنامه‌های با تاریخ مقدم را گر چه بعد از آن تاریخ انتشار نیافته باشند، نیز در محدوده فن یا صنعت قبلی آورده است.^{۲۲}

اما این امر ممکن است در مواردی به نتایج غیرقابل قبولی منجر شود؛ مثلاً شخصی که در نتیجه تحقیقات خود موفق به خلق اختراعات متعدد ولی مرتبط با یکدیگر می‌شود، برای تحصیل گواهی اختراع باید برای هر اختراعی، اظهارنامه مستقلی تکمیل و تسلیم نماید. از آنجا که در هر یک از اظهارنامه‌ها او باید به توصیف کامل اختراع خود پردازد، لذا ناگزیر خواهد بود تا به اطلاعات اختراعات مرتبط نیز اشاره نماید. بنابراین اگر اظهارنامه تسلیم شده را جزء فن یا صنعت قبلی بدانیم، باید دیگر اختراعات مرتبط را که در اظهارنامه اول به آنها اشاره شده است، فاقد وصف تازگی بدانیم. حال آنکه، پذیرش چنین نتیجه‌ای غیرمنطقی به نظر می‌رسد.

به منظور اجتناب از چنین نتایج غیرمنطقی می‌توان تمام اظهارنامه‌ها

22. Catherine, Colston, *ibid.*, p. 87.

را همزمان در یک روز تسلیم کرد.^{۲۳} اما تردید در موردی است که اختراعات دیگر هنوز در آن تاریخ تکمیل نشده باشند، زیرا از طرفی ثبت اختراع آماده، تازگی دیگر اختراعات را از بین می‌برد و از طرف دیگر عدم ثبت آن تا تکمیل اختراعات دیگر، این خطر را به دنبال خواهد داشت که دیگران به خصوص رقبا زودتر از وی اختراع را ثبت قرار نمایند. بنابراین لازم است که قانونگذار دخالت نموده و چنین اختراعاتی را جزء فن یا صنعت قبلی نداند.

علاوه بر این، تعیین محدوده فن یا صنعت قبلی نیز جدال برانگیز است. آیا فن یا صنعت قبلی تمام چیزهای قابل پیش‌بینی، هرچند که دور و بعید باشند، را دربرمی‌گیرد یا با محدودیتهایی مواجه است؟ و در صورت اخیر، آن محدوده‌ها کدامند؟

پس از دعوای «Badowski علیه US» در سال ۱۹۵۸، در آمریکا رویه قضایی در این جهت شکل گرفته است که چنین موضوعاتی را خارج از محدوده فن یا صنعت قبلی تلقی کنند. در دعوای فوق چنین رأی داده شد که یافته‌های دیپلماتیک روسی، چنان دور و بعید بودند که عملاً غیرقابل دسترس به‌شمار می‌آمدند.^{۲۴}

در رهنمودهای اداره ثبت اختراعات اروپا نیز مقرر شده است که اظهارنامه‌های به زبان ژاپنی و روسی «PCT»^{۲۵} از طریق وایپو (WIPO)،^{۲۶} تنها در صورتی در حوزه فن یا صنعت قبلی قرار خواهند گرفت که

23. Cornish, W., R., *ibid.*, p. 153.

24. Catherine, Colston, *ibid.*, p. 88.

25. Patent Co-Operation Treaty.

26. World Intellectual Property Organization.

هزینه‌های مربوط پرداخت شده و همچنین ترجمه اظهارنامه به زبانهای انگلیسی، آلمانی یا فرانسوی، به علت دشواری زبانهای فوق، تسلیم شده باشد.^{۲۷}

به نظر می‌رسد که در وضعیت فعلی نیز با تفسیر فن یا صنعت قبلی، از دید شخص با مهارت معمولی در فن مربوطه، بتوانیم به رهیافت مندرج در رویه قضایی آمریکا برسیم؛ چرا که شخص با مهارت معمولی، و نه با مهارت بسیار بالا و استثنایی، پیش‌بینی‌های دور و بعید را خارج از حوزه فن یا صنعت قبلی می‌داند.

نکته قابل ذکر اینکه منظور از «عموم»، جمع کثیر یا تمام مردم یک سرزمین نیست، بلکه منظور علنی شدن اختراع است به این معنا که وقوف بر اختراع از حالت خصوصی خارج شده و در دسترس فرد یا افرادی قرار گیرد که هیچ تعهد قانونی و اخلاقی مبنی بر حفظ اسرار و اطلاعات مرتبط با اختراع ندارند.

در حقوق انگلیس نیز نگاه سختگیرانه‌ای نسبت به «عموم» وجود دارد. دعوی «Humpherson علیه Syer» در سال ۱۸۷۷، نمونه خوبی در این ارتباط است. در این دعوی، دادگاه چنین اظهار نظر نمود که تقاضای مخترع از فردی برای ساخت وسیله‌ای جهت جلوگیری از تلف شدن آب، اختراع را به علت افشا در دسترس عموم قرار داده است.^{۲۸}

علاوه بر این، مفهوم فراگیر فن یا صنعت قبلی، که تمام چیزهایی

27. Ibid.

28. Ibid. The case cited in: Cornish, W.R., Cases & Materials on Intellectual Property Law, London, Sweet & Maxwell, 1999, 3rd ed., p. 17.

که در تاریخ تقاضا یا حق تقدم در دسترس عموم باشند را در برمی گیرد، موجب طرح پرسش دیگری می شود و آن این که چه موقعی اختراع در دسترس عموم قرار می گیرد. آیا صرف انتشار و استفاده، بدون توجه به نتیجه آن - در دسترس عموم قرار گرفتن - اختراع را در حوزه فن یا صنعت قبلی قرار می دهد یا اینکه انتشار و استفاده، زمانی اختراع را در حوزه فن یا صنعت قبلی قرار می دهد که به حدی باشد که بتواند اختراع را در دسترس عموم قرار دهد؟

به نظر می رسد انتشار و استفاده، از این حیث اختراع را در حوزه فن یا صنعت قبلی قرار می دهد که با انتشار و استفاده آن، عموم توانایی ساخت دوباره اختراع را به دست می آورند. بنابراین در مواردی که با وجود انتشار و استفاده، عموم همچنان از ساخت و استفاده اختراع عاجز باشند، وارد کردن اختراع در حوزه معلومات قبلی عموم، منطقی نخواهد بود. از طرف دیگر چه بسا، عدم حمایت از چنین اختراعاتی باعث شود که مخترعین، اطلاعات و اسرار اختراعی خود را همچنان مکتوم نگه داشته و از ارائه آنها به جامعه خودداری نمایند. کدر این صورت بازنده و متضرر اصلی، خود جامعه خواهد بود، چرا که با عدم حمایت از چنین اختراعاتی، خود را از بهره مندی از ایده های جدید محروم نموده است، هر چند ادعا کند که اطلاعات مربوط به چنین اختراعاتی را در حوزه معلومات خود دارد. به همین جهت در قضیه «(Decisions of Technical Board) T301/94»، اختراع بطری شیشه ای سبزرنگ با قدرت تصفیه بالا برای نورهای ماوراء بنفش، با وجود فروش و تحویل آن به خریداران قبل از تاریخ حق تقدم، جزء معلومات عموم دانسته نشد، زیرا ویژگی اصلی اختراع برای عموم

همچنان مکتوم مانده بود؛ در واقع عموم نمی‌دانستند شیشه سبز از قدرت جذب ماوراء بنفش بالاتری برخوردار است.^{۲۹}

در حقوق انگلیس برای اینکه اختراع قبل از تاریخ حق تقدم در دسترس عموم قرار بگیرد، لازم است که توسط فن یا صنعت قبلی به اندازه کافی فاش شده باشد. افشای ناآگاهانه یا درک نشده، از این جهت که عموم را به خلق دوباره اختراع قادر نمی‌سازد، ناکافی تلقی شده است. در دعوی «Pall Corpn علیه Commercial Hydraulics» در سال ۱۹۹۰، اختراع در ارتباط با فیلترهای آبی بود. مخترع نمونه‌ای از فیلترها را که حاوی پوسته و پرده‌های جدیدی بودند، برای آزمایش به مشتری ارائه داد. فیلترها به گونه‌ای در استوانه‌ها قرار داشتند که پوسته و پرده اختراعی، نمی‌توانست مورد بررسی قرار بگیرد، هرچند که کارکرد آنها برای عموم به نمایش گذاشته شده بود. در این خصوص قاضی «Falconer» چنین رأی داد:

«... در مورد ادعاهای مربوط به ترکیبات شیمیایی، برای قادر ساختن شخص ماهر جهت ساخت ترکیبات ادعایی، در دسترس عموم قرار گرفتن و همچنین قابل پیش‌بینی شدن آن، افشای کامل مورد نیاز است».^{۳۰}

29. Legal Research Service for the Boards of Appeal Department, Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office, 4th edition, 2001, p. 64.

30. Catherine, Colston, ibid., p. 90.

شایسته یادآوری است که همین قاعده در دعوی «Fomento Industrial علیه Mentmore Manufacturing» در سال ۱۹۵۶، دعوی «Molins Machine Co. علیه Industrial Machinery Ltd.» در سال ۱۹۳۸ و دعوی «Genetech (Human Growth Hormone)» در سال ۱۹۸۹ اعمال شده است. در این مورد رک.

Ibid.

و از آنجا که در آن مورد، افشا کامل نبوده است و استفاده از استوانه و نمایش آن، عموم را به خلق دوباره اختراع قادر نمی‌ساخت، لذا افشای مورد نیاز در این مورد احراز نشد.^{۳۱}

رهیافت فوق که در سال ۱۹۹۱ توسط مجلس لردها در قضیه «Asahi Kasei Kogyo» تأیید شد با تصمیمات اداره اختراعات اروپایی که متعاقب تسلیم اظهارنامه‌های «ICI plc's (Herbicides) (1986)» و «Collaborative Research Inc. (Preprorennin) (1990)» اتخاذ شده است، منطبق می‌باشد.^{۳۲}

به نظر می‌رسد، توجه به نتیجه انتشار است که باعث شده هیأت فنی تجدیدنظر اداره ثبت اختراعات اروپا (TBA)^{۳۳} معتقد باشد منظور از عموم، شخص متخصص است، چرا که توصیف شفاهی نزد گروهی از اشخاص که از درک و فهم یافته‌های تکنیکی ارائه شده در سخنرانی ناتوان هستند، افشای کامل به شمار نمی‌رود؛ زیرا آنها از ارائه چنین یافته‌هایی به اشخاص متخصص ناتوان هستند.^{۳۴}

به نظر می‌رسد که در هر دو سیستم حقوقی ایران و انگلیس، با افشای کافی و کامل اختراعات، چنین فرض می‌شود که اختراع، در دسترس عموم قرار گرفته است؛ البته به گونه‌ای که خلاف آن قابل پذیرش است.

لازم به ذکر است که امکان دسترسی به اختراع، آن را جزء فن یا

31. Ibid.

32. Ibid.

33. Technical Board of Appeal.

34. Catherine, Colston, *ibid.*, p. 90.

صنعت قبلی می‌کند و نیازی به دسترسی واقعی نیست. بنابراین، این مطلب که آیا فردی از عموم فی الواقع اسناد را دیده یا می‌دانسته است که آنها قابل دسترسی هستند، تأثیری در اصل قاعده ندارد.^{۳۵} البته در یک مورد مؤسسه‌ای تحقیقاتی گزارش اختراعی را منتشر کرده بود که هرکس می‌توانست با مراجعه به مؤسسه آن را ببیند یا اینکه درخواست سفارش آن را بدهد. قبل از تاریخ حق تقدم دو مقاله منتشر و به آن گزارش ارجاع داده و اعلام کرده بودند که کجا می‌توان به گزارش دسترسی پیدا کرد؛ هیأت فنی تجدیدنظر اداره ثبت اختراعات اروپا به علت امکان دسترسی به گزارش، آن را جزء معلومات عموم دانست.^{۳۶}

نکته قابل توجه اینکه در مقام احراز فن یا صنعت قبلی نباید قسمتهایی از اسناد را به صورت جداگانه تفسیر نمود، بلکه باید محتویات اسناد را به صورت یک کل در نظر گرفت.^{۳۷} ولی با این حال اجازه داده نمی‌شود موضوعات جداگانه و مختلف صنعت قبلی که در اسناد مختلف یا حتی سند واحد آمده‌اند را با هم ترکیب کرد.^{۳۸} به عنوان مثال، اگر در سندی یک عنصر از محصول و در سند دیگری، عناصر دیگر آن فاش شده باشد، نمی‌توان با ترکیب آنها، محصول را جزء فن یا صنعت قبلی دانست. البته اگر در سندی به سند دیگری اشاره شده باشد، رجوع به سند دوم برای

35. Bently, Lionel & Sherman, Brad, *ibid.*, p. 416; Legal Research for the Boards of Appeal, *ibid.*, p. 43.

36. Legal Research for the Boards of Appeal, *ibid.*, p. 43 (T611/95).

۳۷. قضیه «T600/95»: رک.

Legal Research for the Boards of Appeal, *ibid.*, p. 55.

38. Rogge, Rudiger, *The Concept of Novelty and European Patent Law*, IIC, Vol. 28, 1997, p. 445.

تعیین فن یا صنعت قبلی ایرادی ندارد.^{۳۹}

در دعوایی، معترضین در اعتراض به گواهی اختراع صادر شده برای قیچی «باغبانی - آهن‌بری» اعلام کردند که ویژگیهای دو قیچی - به عنوان کل - که در کاتالوگی فاش شده بودند، به عنوان فن یا صنعت واحد تلقی می‌شوند، زیرا دو قیچی که در زمینه فن یکسانی بودند، در سند واحد (کاتالوگ) توصیف شده بودند، اما اعلام شد که موضوعات جداگانه را که به اشیاء مختلف تعلق دارند، نمی‌توان به صرف توصیف آنها در سند واحد با هم ترکیب کرد، مگر اینکه صریحاً به چنین ترکیبی اشاره شده باشد. هر دو قیچی که از طریق کاتالوگ افشا شده‌اند، دو موجودیت مستقل دارند که دو زمینه و مبنای مستقلی برای مقایسه و احراز تازگی به شمار می‌روند، بنابراین نمی‌توان فنون مختلف، هرچند مرتبط دو موجودیت مستقل را به طور مصنوعی با هم ترکیب کرد، حتی اگر آنها در یک سند توصیف شده باشند.^{۴۰}

ج - مقایسه اختراع مورد ادعا با فن یا صنعت قبلی

پس از احراز محدوده اختراع و همچنین محدوده فن یا صنعت قبلی، برای تعیین تازگی اختراع مورد ادعا بایستی به مقایسه اختراع ادعا شده با معلومات قبلی پرداخت. اگر اختراع ادعا شده، اطلاعاتی بیش از آنچه که قبلاً در دسترس عموم بوده را ارائه دهد، تازه خواهد بود. برعکس اگر آن اختراع اطلاعاتی را به معلومات قبلی عموم نیفزاید، فاقد وصف تازگی خواهد بود.

39. Bently, Lionel & Sherman, Brad, ibid., 419.

40. T305/87(OJ 1991/429), see: Legal Research for the Boards of Appeal, ibid., p. 57.

نکته‌ای که ذکر آن در اینجا لازم به نظر می‌رسد این است که برای تعیین تازگی اختراع - به خصوص در سیستم حقوقی ایران که قبل از اعطای گواهی اختراع، بررسی ماهوی به عمل نمی‌آید و در نتیجه، اعتراض به تازگی اختراع ممکن است سالها بعد از صدور گواهی مطرح شود - بایستی وضعیت فن یا صنعت قبلی در تاریخ تقاضا یا تاریخ حق تقدم مورد بررسی قرار گیرد، نه در تاریخی که تازگی اختراع مورد اعتراض واقع می‌شود؛ زیرا در تاریخ تقاضا یا تاریخ حق تقدم است که حمایت از اختراعی خواسته می‌شود و مخترع ادعا می‌کند که اطلاعات تازه‌ای را به معلومات عموم، افزوده است. مطلب فوق درخصوص تعیین سایر شرایط ماهوی اختراعات نیز صادق است.

نکته قابل ذکر دیگر اینکه مقایسه اختراع با فن یا صنعت قبلی، بایستی توسط شخصی که در آن فن یا رشته مهارت معمولی دارد، صورت بگیرد و چنانچه فن مربوطه از تکنولوژی بسیار بالایی برخوردار باشد، شایسته است از یک تیم یا گروهی که مهارت معمولی در فن مذکور دارند، استفاده شود.^{۴۱}

۴۱. مطلب فوق در دعوای «General Tire & Rubber Co. علیه Firestone Tyre & Rubber Co» در سال ۱۹۷۲، توسط قاضی «Sachs L.J.» بیان شده است: «انتشار قبلی و ادعاهای مخترع بایستی در تاریخ مربوطه توسط خواننده‌ای که در آن فن یا صنعت مهارت دارد، با توجه به وضعیت معلومات در زمینه فن مربوطه در همان تاریخ، تفسیر گردد. تفسیر این اسناد، به عنوان یک مسأله حکمی و قانونی، تکلیف دادگاه است. اما از آنجا که این اسناد، طبیعتاً به گونه‌ای هستند که موضوعات تکنیکی و فنی را در بردارند، دادگاه بایستی به مانند شخصی که در زمینه فن مربوطه در همان تاریخ، مهارت و آگاهی دارد، فرض شود. اگر فن مربوطه از تکنولوژی بالایی برخوردار باشد، شخص متخصص و آگاه ممکن است یک نفر نبوده بلکه یک تیم یا گروه باشد که برای تفسیر اسناد در زمینه فن مربوطه، به کار گرفته می‌شوند». در این مورد رک.

Catherine, Colston. *ibid.*, p. 94.

گفتار سوم: زوال تازگی و استثنائات وارد بر آن

الف - زوال تازگی

دانش تولیدی، علی‌رغم تازگی اولیه ممکن است مشمول قاعده زوال تازگی گردد. این امر ممکن است در نتیجه انتشار یا استفاده صورت بگیرد که ذیلاً به آنها می‌پردازیم:

۱- زوال تازگی در نتیجه انتشار

انتشار اطلاعات راجع به اختراع ممکن است از طریق جراید و آثار چاپ شده، نوشته‌ها، اظهارنامه‌ها و گواهی‌های قبلی اختراع و... (افشای کتبی) یا از طریق رسانه‌های خبری و نمایشی، سمینارها و... (افشای شفاهی) صورت بگیرد. به هر حال شیوه انتشار طریقت داشته و آنچه که موضوعیت دارد، در دسترس عموم قرار گرفتن اطلاعات راجع به اختراع است که این مطلوب ممکن است به هر شکلی از اشکال انتشار تحقق پیدا کند.

افشای اختراع در نتیجه انتشار وقتی موجب زوال تازگی اختراع می‌شود که به میزان کافی، اطلاعات راجع به اختراع را در دسترس عموم قرار دهد، به طوری که با ارائه این اطلاعات، اشخاصی که مهارت معمولی در فن مربوطه دارند، قادر به خلق دوباره اختراع باشند.

در حقوق انگلیس، نیاز به افشای کافی برای زوال تازگی، به خوبی در دعوای «Fomento Industrial علیه Mentmore Manufacturing» در سال ۱۹۵۶، بیان شده است. قضیه از این قرار بود که نوک قلمی برای خودکار قبلی و شناخته شده‌ای، اختراع شد. موضوع از اختراع نوک قلم

پیش از این منتشر شده بود؛ اما به علت اینکه پیروی از مندرجات اظهارنامه قبلی، به طور غیرقابل اجتناب و حتمی، اختراع ادعا شده را نتیجه نمی‌داد، رأی داده شد که اختراع قابل پیش‌بینی نبود.^{۴۲}

اداره اختراعات اروپا نیز در قضیه « Mobil/Friction Reducing Additive » با اعلام این مطلب که برای زوال تازگی، به چیزی بیشتر از صرف افشای اطلاعات مربوط به اختراع نیاز است، مدارک مربوط به افشای اختراع را برای در دسترس عموم قرار گرفتن اختراع (کشف استفاده جدید برای شیء قبلی و شناخته شده) کافی ندانست.^{۴۳}

باید توجه داشت که انتشار اطلاعات نادرست و غیرواقعی موجب زوال تازگی اختراع نمی‌شود. به همین جهت در قضیه «T77/87(OJ /280) 1990»، از آنجا که شرح خلاصه اختراع منتشر شده در مجله با اسناد اختراع تفاوت اساسی داشت، لذا هیأت فنی اعلام کرد که افشای اشتباهی و غیرمنطبق با اطلاعات واقعی موجب قرار گرفتن اختراع در حیطه معلومات عموم نمی‌شود. البته اگر اشتباه صورت گرفته اساسی نبوده و از طرف شخص با مهارت معمولی قابل رفع باشد، با انتشار اطلاعات، اختراع تازگی خود را از دست خواهد داد. به عنوان مثال، در قضیه «T89/87»، هیأت رسیدگی کننده دریافت که عدد $0.005\text{mm} (= 5\text{nm})$ در اسناد به اشتباه چاپ شده و صحیح آن $0.0005\text{mm} (= 0.5\text{nm})$ می‌باشد؛ در این قضیه اعلام شد که تصحیح اشتباه از طرف شخص ماهر انتظار می‌رفت.^{۴۴}

42. Ibid., p. 89.

43. Legal Research for the Boards of Appeal, ibid., p. 23.

44. Ibid., p. 63.

۲- زوال تازگی در نتیجه استفاده

استفاده نیز از این جهت که اختراع را در دسترس عموم قرار می‌دهد، موجب زوال تازگی اختراع می‌شود. در دعوایی گواهی اختراع صادر شده برای یک تخته موج سواری مقاوم در برابر طوفان به این علت که ده سال قبل از صدور گواهی اختراع، آن تخته موج توسط یک پسر بچه دوازده ساله طی دو تابستان در جزیره «Hayling» استفاده شده بود، ابطال شد.^{۴۵}

این عامل نیز همانند انتشار، موقعی اختراع را در دسترس عموم قرار می‌دهد که اطلاعات ارائه شده، کافی و حتی در مواردی - در مورد ترکیبات شیمیایی - کامل باشد. مطلب فوق در سال ۱۹۹۰ به خوبی توسط قاضی «Falconer»^{۴۶} بیان شده است: «در مورد ادعاهای مربوط به ترکیبات شیمیایی، برای قادر ساختن شخص ماهر برای ساخت ترکیبات ادعا شده، برای در دسترس عموم قرار گرفتن و همچنین قابل پیش‌بینی شدن آن، افشای کامل مورد نیاز است. بنابراین، نه استفاده از استوانه و نه نمایش آن، عموم را به خلق دوباره اختراع قادر نمی‌سازد».^{۴۷}

در اینجا پرسشی مطرح می‌شود و آن این که آیا استفاده ناآگاهانه و درک نشده از اختراع، قبل از ثبت آن، باعث افشای تازگی اختراع می‌شود؟

45. Windsurfing International Inc. v. Tabur Marine, available in: Tina Hart & Linda Fazzani. Intellectual Property Law, 2nd ed., Palgrave, 2000, p. 30.

46. Pall Corpn v. Commercial Hydraulics. The case is cited in: Cornish. W.R., Cases & Materials on Intellectual Property, ibid., p. 4.

47. Catherine, Colston, ibid., p. 90.

در زمان حکومت قانون اختراعات ۱۹۴۹ انگلیس، استفاده ناآگاهانه و درک نشده موجب زوال تازگی اختراع تلقی می‌شد. از این رو در قضیه «Bristol-Myers»، دادگاه کردها در پاسخ به این سؤال که آیا اختراع آمپی سیلین (آنتی بیوتیک مصنوعی که از پنی سیلین به دست می‌آید) توسط «Bristol-Myers» به علت ساخت مقداری از آن توسط «Beecham» قبل از ثبت اختراع که درباره اختراع (آمپی سیلین) و فواید آن هیچ چیز نمی‌دانست، موجب در دسترس عموم قرار گرفتن اختراع می‌شود یا خیر، اعلام کرد که استفاده ناآگاهانه و درک نشده موجب زوال تازگی اختراع می‌شود. اما بعد از تصویب قانون اختراعات سال ۱۹۷۷، استفاده ناآگاهانه و درک نشده، برای افشای اختراع کافی دانسته نشد. و لذا در دعوی «Norton HN علیه Pharmaceuticales Merrel Dow»، هرچند دارو قبلاً در کمال بی‌خبری توسط مراجعین استفاده می‌شد، ولی با این حال لرد هافمن اعلام کرد که اختراع با استفاده ناآگاهانه و درک نشده، تازگی خود را از دست نمی‌دهد.^{۴۸} در این پرونده «Merrell Dow»، داروی آنتی هیستامین جدیدی را برای رفع آلرژی و زکام کشف و مورد گواهی اختراع قرار داد که «ترفنادین» نامیده می‌شد. دارو این حسن را داشت که فاقد اثر جانبی کسالت و خواب آوری بود. مدت حق انحصاری این دارو در سال ۱۹۹۲ به اتمام رسید و دیگر داروسازان شروع به ساخت آن نمودند. تحقیقات بعدی علت مؤثر بودن ترفنادین را مشخص نمود؛ بدین صورت که موقع استفاده، دارو در کبد دگرگون می‌شد. «Dow» اولین کسی بود که تغییرات اسیدی را که در کبد شکل می‌گرفت مشخص

48. Bently, Lionel & Sherman, Brad, *ibid.*, pp. 424-425.

نمود و به خاطر تحقیقات بعدی در سال ۱۹۸۰ موفق به تحصیل گواهی اختراع دوم شد. بعداً وی ادعا نمود که ساخت و فروش «ترفنادین» توسط داروسازان طبق بند ۲ بخش شصت قانون اختراعات انگلیس، به دومین حق اختراع وی (Metabolite Patent) لطمه می‌زند، زیرا خوردن داروی «ترفنادین» به طور غیرقابل اجتنابی، شکل‌گیری تغییرات اسیدی را در کبد مصرف‌کننده نتیجه می‌دهد.^{۴۹}

مسائل مطروحه در این پرونده بحثهای زیادی را در پی داشت. قاضی لرد «Hoffmann» در این خصوص اظهار داشت: «گواهی اختراع برای اختراعات جدید اعطا می‌شود. اما، در سال ۱۹۸۰ هیچ چیز تازه‌ای در مورد «ترفنادین» وجود نداشت. اطلاعات کامل در مورد آمیزه و ترکیبات شیمیایی و روش استفاده، در اظهارنامه گواهی اختراع قبلی در سال ۱۹۷۲، منتشر شده بود. کسانی که به کلینیک می‌آمدند از دارو استفاده می‌کردند و ساخت و استفاده از «ترفنادین» قسمتی از فن یا صنعت شده بود. [گواهی دوم] چه چیز جدیدی به شخصی که از «ترفنادین» استفاده می‌کند، می‌آموزد؟ آن [اختراع] فقط مقداری اطلاعات در مورد چگونگی کارکرد دارو برحسب واکنش و عکس‌العمل‌های شیمیایی بدن به استفاده‌کننده می‌دهد ... بنابراین چرا بایستی گواهی دوم، بتواند مردم را از انجام کارهایی که قبلاً می‌توانستند انجام دهند، منع نماید؟»^{۵۰}

در قضیه فوق، دادگاه لردها در نهایت چنین رأی داد که اختراع به علت افشا توسط انتشار، پیش‌بینی شده بود. آنها بین پیش‌بینی با انتشار و

49. Catherine, Colston, *ibid.*, p. 91.

50. *Ibid.*

پیش‌بینی با استفاده فرق قائل شده و در این خصوص مطالبی را بیان کردند که تا جایی که به بحث ما ارتباط دارد به نقل آنها می‌پردازیم. آنها معتقد بودند که در دعوی فوق، هیچ پیش‌بینی‌ای توسط استفاده صورت نگرفته، زیرا استفاده مراجعین از دارو بدون بررسی ترکیبات آن بوده است. دادگاه لردها تأیید کرد که قانون در ارتباط با استفاده اصلی و درک نشده، تغییر کرده است. استفاده بایستی تغییرات اسیدی را در بر می‌گرفت، اما تغییرات اسیدی تا زمان تحقیقات اخیر درک نشده بودند، زیرا ماده ۵۴ کنوانسیون اختراعات اروپا که در بند ۲ بخش ۲ دو قانون انگلیس انعکاس یافته است، مستلزم این است که اختراع بایستی در دسترس عموم قرار بگیرد. آنها بیان داشتند که اختراع «بخشی از اطلاعات است»، به گونه‌ای که استفاده از محصول تنها تا حدی که اطلاعات لازم را در دسترس عموم قرار دهد، اختراع را قسمتی از فن یا صنعت قبلی می‌کند. بنابراین استفاده با افشای کامل همراه نبوده است. همچنین آنها بیان کردند که اگر اطلاعات فاش شده، عموم را قادر سازد که محصول را بشناسند، اختراع قابل پیش‌بینی خواهد شد.^{۵۱}

نکته قابل ذکر این است که افشای اختراع - خواه از طریق انتشار و خواه از طریق استفاده - وقتی باعث زوال تازگی می‌شود که اطلاعات راجع به خود اختراع فاش شوند. به عنوان نمونه وقتی اختراع در ارتباط با استفاده جدید از محصولی شناخته شده و قدیمی است، افشا زمانی برای زوال تازگی کافی خواهد بود که استفاده جدید نشان داده شود نه محصول. در حقوق مالکیت فکری ایران، در این خصوص رویه روشنی

51. Ibid. See also: Cornish, W., R., Cases & Materials on Intellectual Property, ibid., pp. 36-38.

گزارش نشده است، اما به موجب تبصره ماده ۳۷ قانون ثبت علائم و اختراعات که مقرر می‌دارد: «هر اختراع یا هر تکمیل اختراع موجودی که قبل از تاریخ تقاضای ثبت، خواه در ایران و خواه در خارجه در نوشتجات یا نشریاتی که در دسترس عموم است شرح و یا نقشه آن منتشر شده و یا به مورد عمل یا استفاده گذارده شده باشد اختراع جدید محسوب نمی‌گردد»، ظاهراً شامل موضوع زوال تازگی اختراعات نیز می‌باشد. بر این اساس، زوال تازگی در حقوق ایران به دو سبب خواهد بود: ۱- انتشار شرح یا نقشه اختراع قبل از تاریخ تقاضای ثبت در نوشتجات یا نشریاتی که در دسترس عموم است. ۲- استفاده از اختراع قبل از تاریخ تقاضای ثبت.

به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز، افشا زمانی موجب زوال تازگی اختراع می‌شود که در حد و اندازه‌ای باشد که بتواند اختراع را در دسترس عموم قرار دهد. بنابراین افشای ناقص یا مبهم، برای زوال تازگی اختراع و در دسترس عموم قراردادن آن کافی نیست.

نکته قابل ذکر اینکه، برخلاف نظر برخی از نویسندگان،^{۵۲} عبارت «نوشته» مندرج در تبصره را بایستی در مفهوم عرفی، نه لغوی، آن تفسیر کرد. بنابراین نوشته‌هایی که به طور متعارف در دسترس عموم قرار نگرفته یا صرفاً در اختیار عده معدودی قرار می‌گیرند نیز برای در دسترس عموم قرار دادن اختراع و در نتیجه زوال تازگی آن کافی خواهند بود، زیرا همانطور که قبلاً نیز گفته شد، وسایل افشا موضوعیت ندارند و هر وسیله‌ای که اختراع را در دسترس عموم قرار دهد، برای زوال تازگی اختراع کافی خواهد بود، خواه به صورت شب‌نامه باشد و خواه به صورت نوشته معمولی.

۵۲. امامی، نورالدین، همان، ص ۱۱۹.

همچنین با توجه به ضابطه فوق است که ایشان انتشار اختراع در وسایل خبری و نمایشی نظیر رادیو، تلویزیون و سینما را موجب زوال تازگی اختراع می‌داند و گرنه انتشار توسط وسایل فوق در هیچ جای تبصره ماده ۳۷، نیامده است.

ب - استثنائات وارد بر زوال تازگی

علی‌رغم پذیرش فراگیر قاعده زوال تازگی اختراع، این قاعده هم در قوانین موضوعه، نظیر بند ۴ از بخش دو قانون اختراعات سال ۱۹۷۷ انگلیس، ماده ۲۴ قانون حمایت از اختراعات چین، ماده ۶۱۱(۱۲) مجموعه قوانین مالکیت فکری ۱۹۹۲ فرانسه با اصلاحات ۱۸ دسامبر سال ۱۹۹۶، و هم اسناد بین‌المللی و نظیر ماده ۵۵ کنوانسیون اختراعات اروپا، با استثنائاتی مواجه است. این استثنائات ضروری است، زیرا ممکن است افراد فرصت طلب و سودجو و یا دیگر رقبا با رخنه در زندگی خصوصی مخترع، پس از کسب اطلاع و آگاهی از تحقیقات وی، اسرار اختراعی او را برملا کنند تا با عدم توفیق وی در تحصیل گواهی اختراع، بتوانند آزادانه و به راحتی از نتایج زحمات وی استفاده نمایند. با شناسایی این استثنائات، از مخترعی که اسرار تحقیقاتی او در نتیجه سوءاستفاده فاش شده است، حمایت لازم صورت گرفته و دست افراد سودجو و فرصت طلب که در پی استثمار یافته‌های دیگران هستند، کوتاه خواهد شد. ذیلاً این استثنائات در حقوق انگلیس، کنوانسیون اختراعات اروپایی و حقوق ایران به اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱- حقوق انگلیس

به موجب بند ۴ از بخش دو قانون اختراعات سال ۱۹۷۷ انگلیس در دو حالت استثنایی، افشای موضوع مانع از تقاضای ثبت اختراع (در ظرف شش ماه از تاریخ تقاضا) نمی‌شود:

اول آنجایی که افشای اختراع به دلیل تحصیل غیرقانونی موضوع یا در نتیجه نقض تعهد به رازداری و عدم افشا مبتنی بر اعتماد صورت گرفته باشد و دوم زمانی که افشای اختراع به دلیل یا در نتیجه عرضه اختراع در یک نمایشگاه بین‌المللی صورت گرفته باشد.^{۵۳}

لازم به ذکر است که منظور از اعتماد، اعتماد واقعی می‌باشد نه اعتماد غیرواقعی و واهی.^{۵۴} به عبارت دیگر بایستی طرف مقابل، در واقع تعهد قانونی یا اخلاقی مبنی بر حفظ و نگهداری اسرار و اطلاعات راجع به اختراع داشته باشد نه اینکه وجود چنین تعهدی برای وی تصور شود. به عنوان مثال مستخدمین و کارمندان نزدیک مخترع تعهد قانونی یا اخلاقی مبنی بر حفظ اسرار اختراع دارند، در حالی که نمی‌توان چنین تکلیفی را نسبت به مشتریان یا رقبای مخترع تصور نمود. بر همین اساس، در اظهارنامه «Monsanto» در سال ۱۹۷۱، آگهی و بولتنی به یک شرکت فروشنده داده می‌شود. شرکت فروشنده نیز بدون اینکه تکلیفی نسبت به حفظ اطلاعات و اسرار داشته باشد، اقدام به ارسال هزار نسخه از آن به مؤسسه تحقیقات صنعتی «British Baking» می‌نماید. در این باره نظر داده

53. For more discussion see: Cornish, W., R. Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, *ibid.*, pp. 181 and seq; Marett. Paul, *ibid.*, p. 94.

54. Catherine. Colston, *ibid.*, p. 88.

شد که تعهد واقعی وجود نداشته و اختراع برای عموم فاش شده است. همچنین در اظهارنامه «Dulrynpile» در سال ۱۹۵۷، که آگهی و بولتن تحقیقاتی تحت تعهدات خیالی و واهی منتشر شده بود، رأی داده شد که هیچ تعهد واقعی وجود نداشته است، زیرا اختراع به علت افشا، قسمتی از فن یا صنعت قبلی بوده است.^{۵۵}

۲- کنوانسیون اختراعات اروپا

کنوانسیون اختراعات اروپایی نیز به این موضوع اشاره و به موجب ماده ۵۵ استثنائات وارد بر زوال تازگی را به تفصیل بیان می‌دارد. به موجب این مقرر، تازگی اختراع به دلیل افشای اختراع به واسطه یا در نتیجه سوءاستفاده آشکار از مراوده با متقاضی یا قائم مقام او و یا نمایش اختراع در نمایشگاه‌های بین‌المللی زائل نمی‌گردد.

همانطور که در بند اول این ماده به صراحت آمده است، برای عدم زوال تازگی اختراع، سوءاستفاده لازم است. بنابراین، اگر قبل از تاریخ حق تقدم، معلومات اختراع در نتیجه اشتباه (نه سوءاستفاده) فاش شود، چون سوءاستفاده‌ای در کار نبوده، اختراع تازگی خود را از دست خواهد داد. هیأت فنی اداره اختراعات اروپا در تصمیم «T585/92»، اظهارنامه اختراعی را که به اشتباه قبل از تاریخ تقدم انتشار یافته بود، فاش شده تلقی کرد.^{۵۶} لازم به ذکر است که اداره فوق برای احراز سوءاستفاده، وضعیت ذهنی

55. Ibid.

56. Legal Research for the Boards of Appeal, *ibid.*, pp. 41-42.

سوءاستفاده کننده را مد نظر قرار می دهد (T585/92).^{۵۷}

از نگاه اداره ثبت اختراع اروپایی، نقض تعهد اخلاقی و قانونی از مصادیق سوءاستفاده به شمار می رود. به همین جهت اداره اختراعات در تصمیمات مختلفی گاهی وجود این تعهد را موجود یا مفروض و گاهی نیز غیرموجود دانسته است. بنا به تصمیم هیأت فنی، کارمندان شرکت (T1085/92) و طرفین قرارداد (Joint-Venture) حتی اگر هیچ شرط صریحی در قرارداد وجود نداشته باشد، چنین تعهدی را به عهده دارند (T472/92).^{۵۸}

مطلب فوق در مورد دیگر قراردادها هم صدق می کند، اگر شواهد نشان دهد که چنین تعهدی - خواه به صورت صریح و خواه ضمنی - وجود داشته است. از این رو هیأت فنی در تصمیم «(OJ1994/713) T830/90» اعلام داشته است که شواهد نشان می دهد، محرمانه نگه داشتن اطلاعات در دوران مذاکره امری بدیهی بوده است. قضیه از این قرار بود که نماینده یک کارخانه کشتی سازی برای ساخت کشتی جدیدی با مخترع و یکی از رقبای او جلساتی را ترتیب داده بود؛ در این جلسات مخترع در حضور رقیب خود تمام اطلاعات مربوط به اختراع خود را در اختیار نماینده کارخانه کشتی سازی قرار داده بود.^{۵۹}

57. Ibid., p. 42.

58. Ibid., pp. 47-52.

ضمناً همانطور که در قراردادهای بین المللی معمول است، ممکن است تعهد به محرمانه نگه داشتن اطلاعات، علاوه بر دوران مذاکره و دوران حیات قرارداد، به چند سال بعد از خاتمه آن نیز تسری داده شود.

59. Ibid., pp. 47-52.

۳- حقوق ایران

علی‌رغم الحاق ایران به کنوانسیون پاریس (ماده ۱۱) و صراحت این سند در لزوم پیش‌بینی استثنائات وارد بر قاعده زوال تازگی در نتیجه افشا، در قانون ثبت علائم و اختراعات ۱۳۱۰ پیش‌بینی خاصی در این رابطه دیده نمی‌شود. اما جزء ۳ از قسمت (ب) ماده ۲ طرح ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی، علائم و نام‌های تجاری در ارتباط با استثنای زوال تازگی مقرر می‌دارد: «هرگاه افشای اختراع ظرف مدت دوازده ماه قبل از تاریخ تقاضا یا در موارد مقتضی قبل از تاریخ حق تقدم اختراع صورت گرفته باشد و این کار به دلیل یا در نتیجه اعمالی باشد که توسط متقاضی یا ذیحق قبلی او یا در نتیجه سوء استفاده توسط اشخاص ثالث در رابطه با متقاضی یا ذیحق قبلی او انجام شده باشد، افشای اختراع برای عموم به مفهوم جزء (۲) این بند محسوب نمی‌شود».

بنا به مراتب فوق، موارد استثنای زوال تازگی در این طرح قانونی عبارتند از: افشای اختراع به دلیل یا در نتیجه هرگونه عمل انجام شده توسط شخص متقاضی یا ذی حق قبلی او و یا در نتیجه سوء استفاده اشخاص ثالث از رابطه خود با متقاضی یا ذیحق قبلی او.

ظاهراً اطلاق مورد اول این مقرر، نه تنها فرض اختراعات نمایش داده شده در نمایشگاه‌ها را دربرخواهد گرفت، بلکه علاوه بر آن، برخلاف حقوق انگلیس، موارد دیگری از جمله افشای اختراع در نتیجه بی‌تجربگی و غیره را نیز در حیطه استثنائات زوال تازگی قرار خواهد داد. به هر حال استفاده صحیح از اطلاق این مقرر می‌تواند به عنوان ابزاری در خدمت حمایت از منافع مخترعین به کار گرفته شود و بدین طریق تا حد زیادی از عدم انعطاف مقررات راجع به افشا کاسته شود.

مبحث دوم: گام ابتکاری

همانند شرط تازگی، دارا بودن گام ابتکاری نیز از مهم‌ترین شروط حمایت از اختراع است.^{۶۰} با این وجود قانون ثبت علائم و اختراعات سال ۱۳۱۰ بر این ضرورت تصریح ندارد، اگرچه شاید بتوان این امر را از بند ۲ ماده ۲۷ همین قانون که مقرر می‌دارد: «کشف هر وسیله جدید یا اعمال وسایل موجوده به طریق جدید برای تحصیل یک نتیجه یا محصول صنعتی یا فلاحتی»، استنباط نمود. ولی این ضرورت مورد تصریح تقریباً کلیه قوانین موضوعه و اسناد بین‌المللی مربوطه قرار گرفته است. به عنوان نمونه بخش سه قانون اختراعات سال ۱۹۷۷ انگلیس، بند دو از بخش هفت و قسمت (ب) از بند یک بخش هجده قانون اختراعات ۱۹۹۰ استرالیا، بند یک از ماده (۱۰) ۶۱۱ و ماده (۱۴) ۶۱۱ مجموعه قوانین مالکیت فکری ۱۹۹۲ فرانسه، با اصلاحات ۱۸ دسامبر سال ۱۹۹۶، و ماده ۲۲ قانون ثبت اختراعات ۱۹۸۵ چین وجود گام ابتکاری را به صراحت از شرایط لازم برای حمایت از اختراع مقرر داشته‌اند. نظیر چنین تأکیدی در بند یک ماده ۵۲ کنوانسیون اختراعات اروپا و ماده ۲۷ موافقتنامه تریپس نیز مشاهده می‌گردد. با عنایت به چنین اجماع حقوقی است که طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری در قسمت (الف) از ماده ۲، اختراعی را قابل ثبت می‌داند که علاوه بر شرط جدید بودن، حاوی گام

۶۰. ماده ۵۶ کنوانسیون اختراعات اروپا در این خصوص مقرر می‌دارد:

"An invention shall be considered as involving inventive step if, having regard to the state of the art, it is not obvious to a person skilled in the art. If the state of the art also includes documents writing the meaning of Article 54, paragraph 3, these documents are not to be considered in deciding whether there has been an inventive step".

ابتکاری نیز باشد.

نظر به اهمیت موضوع فوق، ضمن گفتارهای مستقل به بیان مفهوم گام ابتکاری، ضرورت وجود آن، تفاوت گام ابتکاری با تازگی و تعیین و سنجش این مشخصه در اختراعات خواهیم پرداخت.

گفتار اول: مفهوم و ضرورت

گام ابتکاری به این معناست که اختراع با توجه به معلومات قبلی عموم، برای شخص با مهارت معمولی در فن مذکور آشکار و واضح نبوده و در خلق آن یک نحوه خلاقیت و ابتکار محسوسی اعمال شده باشد.^{۶۱} نبود گام ابتکاری، «واضح و آشکار بودن» نیز نامیده می‌شود. مفهوم گام ابتکاری به خوبی در دعویایی توسط لرد «Hoffmann» توضیح داده شده است که ذیلاً نقل می‌گردد:

۶۱. شایسته ذکر است که در بعضی از کشورها (نظیر فرانسه)، به موجب قسمت دوم از بند دو از ماده (۲) ۶۱۱ مجموعه قوانین مالکیت فکری ۱۹۹۲ با اصلاحات ۱۸ دسامبر سال ۱۹۹۶، مدل‌های مفید (Utility Models) یا اختراعات کوچک (Petty Patents) از دیگر اختراعات تفکیک شده‌اند. مدل‌های مفید یا اختراعات کوچک، مشابه اختراع هستند با این تفاوت که از مقدار پیشرفت تکنولوژی یا گام ابتکاری کمتری برخوردارند و تشریفات تحصیل آنها در مقایسه با دیگر اختراعات، ساده، کم هزینه و بسیار سریع است و به علت کوچک بودن اختراع، درخصوص تازگی و گام ابتکاری آنها، بررسی و تحقیق ماهوی به عمل نمی‌آید. همچنین طول مدت حمایت از چنین اختراعاتی در مقایسه با دیگر اختراعات، کوتاه‌تر است. چنانکه در فرانسه، بلژیک و هلند، مدت حمایت از چنین اختراعاتی شش سال تعیین شده است (Marett, Paul, *ibid.*, pp. 134 and 135). در حقوق ایران، چین و انگلیس و کنوانسیون اروپایی تفکیکی بین اختراعات کوچک و دیگر اختراعات به عمل نیامده و صرف ابتکاری بودن ابداع - به هر میزانی - برای تحصیل گواهی اختراع کافی تلقی شده است. به نظر می‌رسد نیازی به تفکیک بین اختراعات کوچک و دیگر اختراعات وجود ندارد، زیرا علاوه بر مشکلات عملی ناشی از فقد ضابطه تفکیک اختراع کوچک از دیگر اختراعات، اگر اختراع برای مخترع ارزش اقتصادی درخور نباشد، او تمایلی برای تمدید اعتبار گواهی اختراع در قبال پرداخت هزینه سالانه نخواهد داشت و در نتیجه اختراع، خود به خود مدت حمایت کوتاه‌تری خواهد داشت.

« هر زمانی که چیزی ابداعی برای اولین بار انجام می‌شود، آن نتیجه اضافه نمودن ایده جدید به دانش موجود است. گاهی، ایده مربوط به استفاده از تکنیکهای قبلی برای انجام چیزهایی است که هیچکس قبلاً به انجام آن فکر نمی‌کرده است. در این مورد ایده ابداعی، انجام چیز جدیدی است. گاهی، آن پیدا کردن روش انجام چیزی است که مردم خواهان انجام آن هستند، ولی نمی‌دانند چطور آن را انجام می‌دهند. ایده ابداعی در این مورد، روش رسیدن به مقصود و هدف است. در موارد دیگر، ممکن است مردم نظر و ایده‌ای کلی درباره چگونگی رسیدن به هدف و مقصود داشته باشند، اما عاجز و ناتوان از حل مشکلات خاصی باشند که در راه رسیدن آنها بروز می‌نماید. اگر کسی روش و طریقه‌ای را برای حل این مشکلات اختراع نماید، آن روش گام ابتکاری خواهد بود.»⁶²

همانطور که در مباحث پیشین اشاره شد، غرض قانونگذار از وضع قوانین مربوط به اختراع، علاوه بر حمایت از مخترعین، جهت دادن سرمایه‌های انسانی (نبوغ مخترعین) و سرمایه‌های اقتصادی (سرمایه‌گذاری‌هایی که در راه تحقق اختراع صورت می‌گیرد) به سمت پیشرفت صنعتی و اقتصادی جامعه می‌باشد. بنابراین بر قانونگذار هر کشوری است که به منظور اجتناب از تلف شدن منابع انسانی و اقتصادی در مسیر تحولات واضح و آشکار، آنها را در مسیری هدایت نماید که

62. Catherine, Colston, *ibid.*, p. 102.

پیشرفتهای واقعی را برای جامعه به ارمغان بیاورند. با ضروری دانستن این شرط هدف فوق برآورده می‌شود.

شرط فوق از این حیث که موجبات پیشرفت در صنعت را فراهم می‌سازد، برای قابلیت حمایت از اختراعات لازم دانسته شده است. بنابراین پیشرفت به هر میزانی - کم یا زیاد - و به هر حالتی - منتظره یا غیرمنتظره و شانسی - که باشد، گام ابتکاری خواهد بود.

گفتار دوم: تفاوت گام ابتکاری با تازگی

ممکن است تصور شود با وجود تازگی، دیگر نیازی به شرط گام ابتکاری نمی‌باشد. از آنجا که این تصور غلط ناشی از عدم درک تفاوت بین این دو مفهوم می‌باشد، بیان این تفاوت لازم به نظر می‌آید.

۱- ممکن است اختراعی با وجود تازگی، وصف ابتکاری نداشته باشد، یعنی با اینکه اختراع در دسترس عموم قرار نگرفته است ولی با این حال به قدری واضح و آشکار باشد که رسیدن به آن نیازمند گام ابتکاری نباشد، در این صورت اختراع به علت فقد ویژگی گام ابتکاری و نه تازگی، قابل حمایت نخواهد بود. برعکس ممکن است اختراع با آنکه در دسترس عموم قرار گرفته و فاقد وصف تازگی است، همچنان برخوردار از وصف گام ابتکاری باشد؛ در این صورت نیز اختراع به علت فقد مشخصه تازگی و نه گام ابتکاری، قابل حمایت نخواهد بود.

۲- برای تعیین گام ابتکاری، برخلاف تازگی، واضح و آشکار بودن اختراع با توجه به فن یا رشته خاصی که در آن قرار دارد، مشخص می‌شود و لازم نیست که تمام حوزه‌های فن یا صنعت قبلی، مورد بررسی

قرار گیرند.^{۶۳}

۳- فلسفه وضع گام ابتکاری متفاوت از فلسفه وضع تازگی می‌باشد؛ زیرا برخلاف تازگی که حراست از موضوعاتی که در محدوده یافته‌های عموم قرار دارند را به عهده دارد، گام ابتکاری به این خاطر پیش‌بینی شده است که از اعطای حق انحصاری به موضوعات و اختراعاتی که صرفاً برآیند معلومات قبلی است و در خلق آنها ابتکاری به کار گرفته نشده است، اجتناب شود.

کوتاه سخن آنکه شرط تازگی ناظر به جنبه کمی دانش تولیدی می‌باشد، ولی شرط ابتکاری ناظر به جنبه کیفی آن است. با شرط تازگی حجم عرضی دانش موجود (State of Art) و با شرط ابتکاری حجم طولی آن توسعه می‌یابد.^{۶۴} درست به همین جهت است که ماده ۲۲ قانون ثبت اختراعات چین در توصیف این شرط مقرر می‌دارد که دانش تولیدی باید «در مقایسه با فناوری موجود، ... دارای ویژگی ممتاز بوده و گویای یک پیشرفت قابل توجه باشد».

گفتار سوم: احراز گام ابتکاری

گام ابتکاری در نتیجه مقایسه اختراع با فن یا صنعت قبلی، آن هم توسط شخصی که مهارت معمولی در فن مذکور دارد، مشخص می‌شود. بنابراین برای احراز مشخصه فوق، شناخت فن یا صنعت قبلی و همچنین شخص با مهارت معمولی لازم است.

^{۶۳} در بعضی از سیستم‌های حقوقی، محدوده فن یا صنعت قبلی برای احراز گام ابتکاری، در مقایسه با تازگی، محدودتر است. به عنوان مثال بخش سه قانون اختراعات انگلیس مصوب ۱۹۷۷، اظهارنامه‌های اختراع که در تاریخ حق تقدم انتشار نیافته‌اند را در تعیین گام ابتکاری، به حساب نمی‌آورد.

⁶⁴. See in this respect, Bently, Lionel & Sherman, Brad, *ibid.*, p. 413.

الف - فن یا صنعت قبلی

در حقوق انگلیس، برای احراز گام ابتکاری، فن یا صنعت قبلی به آن وسعتی که در تعیین تازگی مورد استفاده قرار می‌گیرد، نیست. به موجب بند ۳ بخش دو قانون سال ۱۹۷۷ فن یا صنعت قبلی تمام مواردی که برای تعیین تازگی در بند ۲ بخش دو این قانون مشخص شده است، به غیر از اظهارنامه‌های اختراع که در تاریخ تقدم انتشار نیافته‌اند، را دربرمی‌گیرد

همچنین دانش و اطلاعات عمومی - همانطور که در دعوی «Windsurging International علیه Tabur Marine» بیان شده است - و تمام اسناد و مطالب راجع به اختراع از هر منبعی و به هر زبانی که باشد نیز جزء فن یا صنعت قبلی محسوب می‌شوند.^{۶۵}

در قانون ثبت علائم و اختراعات ایران، ماده قانونی در این خصوص وجود ندارد، اما قسمت (ج) از ماده ۲ طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری محتویات فن یا صنعت قبلی را برای احراز گام ابتکاری مشخص نموده است. این بند مقرر می‌دارد: «اختراع زمانی حاوی یک گام ابتکاری تلقی می‌شود که با در نظر گرفتن فن یا صنعت قبلی مربوط به اظهارنامه اختراع و تعریف مندرج در جزء (۲) بند (ب) ماده ۶۲^{۶۶} برای شخصی که دارای مهارت معمولی در فن مذکور است، معلوم

65. Catherine, Colston, *ibid.*, p. 99.

۶۶. جزء ۲ بند (ب) از ماده ۲ مقرر می‌دارد: «فن یا صنعت قبلی عبارت است از هر چیزی که در هر نقطه‌ای از جهان، از طریق انتشار کتبی یا شفاهی یا از طریق استفاده عملی یا هر طریق دیگر، قبل از تقاضا، یا در موارد مقتضی قبل از تاریخ حق تقدم ناشی از اظهارنامه متقاضی ثبت اختراع برای عموم افشا نشده باشد.»

و آشکار نباشد».

بنابراین به فرض تصویب طرح فوق، در حقوق ایران برعکس حقوق انگلیس، محدوده فن یا صنعت قبلی برای احراز گام ابتکاری، تمام مواردی خواهد بود که در تعیین تازگی به حساب می‌آیند.

همانطور که در مبحث زوال تازگی گفته شد، افشای اختراع در موارد استثنایی مانند سوءاستفاده و، نمایش در نمایشگاههای بین‌المللی، موجب زوال تازگی آن نشده و اختراع را در حوزه فن یا صنعت قبلی قرار نمی‌دهد. حال، سؤال قابل طرح این است که در تعیین محدوده فن یا صنعت قبلی برای احراز گام ابتکاری، اختراعاتی را که بدین وسیله فاش شده‌اند نیز بایستی به حساب آورد یا نه؟

به نظر می‌رسد پاسخ به سؤال فوق منفی باشد، زیرا اگر برای احراز گام ابتکاری، چنین اختراعاتی را در حوزه فن یا صنعت قبلی قرار دهیم، هیچ مخترعی که اختراع او در نتیجه سوءاستفاده یا نمایش در نمایشگاههای بین‌المللی در معرض اطلاع عموم قرار گرفته است، به علت وضوح اختراع خود، موفق به تحصیل گواهی اختراع نخواهد شد، هرچند که اختراع وی واجد وصف تازگی باشد. بنابراین قراردادن چنین اختراعاتی در حوزه فن یا صنعت قبلی، با غرض قانونگذار - اعطای گواهی اختراع به مخترعینی که اختراعاتشان در نتیجه سوءاستفاده یا نمایش، افشا شده است - مغایر می‌باشد.

نکته قابل ذکر اینکه، برخلاف تازگی، محدوده مورد بررسی برای احراز گام ابتکاری، فن یا رشته خاصی است که اختراع در آن قرار دارد. بنابراین در مورد اختراع انجام شده در زمینه مثلاً استخراج معادن، متخصصین همان رشته یا حرفه با توجه به معلومات قبلی رشته خود نظر

خواهند داد که آیا اختراع ادعا شده، واضح و آشکار بوده یا دارای گام ابتکاری می‌باشد.

ب - شخص با مهارت معمولی

قبل از تصویب قانون اختراعات مصوب ۱۹۷۷، در محاکم انگلیس اختلافاتی در زمینه سطح معلومات متخصص فرضی (Hypothetical Technician) وجود داشت. اما قانون سال ۱۹۷۷ علم و دانش نامحدود (Omniscient Artisan) را برای چنین متخصصی لازم دانسته است.^{۶۷} لازم به ذکر است که متخصص فرضی متفاوت از کارگر معمولی (Ordinary Workman) - که از تخصص خاصی برخوردار نیست - و همچنین متخصصین با تخصص بسیار بالا (Highly Qualified Research Staff) - که از آنها برای حل مسائل بسیار پیچیده استفاده می‌شود - می‌باشد.^{۶۸}

در قانون ثبت علائم و اختراعات ایران، ماده‌ای در این خصوص به چشم نمی‌خورد، اما قسمت (ج) ماده ۲ طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری، عبارت «شخص دارای مهارت معمولی» را به کار برده است.

به نظر می‌رسد متخصص با دانش نامحدود که در حقوق انگلیس پذیرفته شده است، تفاوتی با شخص با مهارت معمولی مندرج در طرح فوق

67. Ibid., pp. 100 and 101.

68. Cornish, W., R., Intellectual Property, Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, ibid., p. 196.

ندارد؛ زیرا چنین شخصی حد وسط کارگر معمولی و متخصص با تخصص بسیار بالا دانسته شده است که همان متخصص معمولی می‌باشد و عبارت «با دانش نامحدود» که در ترکیب «متخصص با دانش نامحدود» آمده است بدین علت است که فرض می‌شود چنین شخصی از توان نامحدودی در زمینه فهم اسناد و مدارک و به طور کلی فن مربوطه برخوردار است؛ یعنی چنین فرض می‌شود که شخص با مهارت معمولی در جهت دستیابی به فن یا صنعت قبلی، توان دسترسی به تمام اسناد و مدارک را دارد. همچنین فرض می‌شود که وی از پیشرفتهای جدید مطلع بوده و یا اینکه حداقل آگاهی کامل دارد که در کجا باید در جستجوی آنها باشد.^{۶۹}

شایسته ذکر است که به منظور احراز این شرط گاهی لازم است از شخصی استفاده شود که دارای مدرک دانشگاهی است و بعضی مواقع نیز از فردی کمک گرفته می‌شود که دارای مدرک دانشگاهی نبوده و تنها دارای مهارت معمولی است. در مواردی هم که اختراع دارای پیچیدگی فراوان است و یا به حوزه‌های مختلف مربوط می‌شود به جای یک نفر باید از یک تیم استفاده کرد. از این رو هیأت فنی اداره اختراعات اروپا در قضیه «T222/86» که اختراع در ارتباط با فناوری پیشرفته‌ای از لیزر بود، از تیمی از اشخاص ماهر استفاده کرد که متشکل از یک فیزیکدان، یک متخصص الکترونیک و یک شیمیدان بود.^{۷۰}

نوع مهارت و شرایط شخص ماهر به نوع حوزه‌ای از صنعت که

۶۹. برای مطالعه بیشتر رک.

Ibid., p. 197; Guy Tritton, ibid., p. 62; Catherine, Colston, ibid., p. 100.

70. Legal Research for the Boards of Appeal, ibid., p. 112.

اختراع در آن قرار دارد، بستگی دارد. تعیین حوزه مربوط سخت نیست، زیرا مخترع در قسمت توصیف اختراع باید به آن اشاره نماید.^{۷۱} از چنین شخصی انتظار می‌رود تا در تعیین گام ابتکاری صرفاً حوزه مربوط یا حوزه‌های نزدیک به آن را مورد بررسی قرار دهد. از این رو در مورد اختراع مداد تراش دستی مجهز به جعبه که از ریزش تراشه‌های مداد به بیرون جلوگیری می‌کند، گفته شد که با توجه به حوزه مربوط (صنعت مرتبط با مداد تراش)، اختراع آشکار نیست و با توجه به اختلاف فنی بین دو حوزه مدادتراش و جعبه ذخیره، جعبه ذخیره جزء حوزه‌های مجاور و نزدیک به شمار نمی‌رود و بنابراین، در تعیین گام ابتکاری نباید به آن توجه کرد.^{۷۲}

ج - مقایسه اختراع با فن یا صنعت قبلی

پس از احراز فن یا صنعت قبلی و نیز مشخص شدن مفهوم شخص با مهارت معمولی، برای احراز گام ابتکاری، نوبت به مقایسه اختراع با فن یا صنعت قبلی آن هم در تاریخ تقاضا یا حق تقدم می‌رسد. تصمیم‌گیری در این خصوص زمانی سخت خواهد بود که اختلاف در خصوص فقد چنین ویژگی، سالها بعد از تاریخ تقاضا مطرح شود. در این صورت بررسی گام ابتکاری، بایستی با چشم‌پوشی از توسعه و پیشرفتهایی باشد که بعد از تاریخ تقاضا صورت گرفته است که مشکلات عملی چنین مقایسه‌ای بر کسی پوشیده نیست.

71. Bently, Lionel & Sherman, Brad, *ibid.*, p. 444.

72. *ibid.*, pp. 445-446.

اداره اختراعات اروپا برای احراز گام ابتکاری از رهیافت «مشکل - راه حل» (Problem-Solution) استفاده می کند. این رهیافت متشکل از مراحل زیر می باشد:^{۷۳}

مرحله اول - تعیین نزدیکترین فن یا صنعت.

مرحله دوم - مقایسه اثرات یا نتایج مورد ادعا با نزدیکترین فن یا صنعت.

مرحله سوم - تعیین مشکلی که توسط اثرات یا نتایج حاصل از اختراع حل می شود.

باید توجه داشت که لازم نیست مشکل فنی باشد، ولی راه حل باید فنی باشد. به عنوان مثال، یک مشکل غیرفنی (چطور می توان به مشتریان منتظر در صف سرویس ارائه داد) با یک راه حل فنی (سیستمی که معین می کند چه کسی در چه میزی غذا سرو نماید) حل شد. در این قضیه از آنجا که راه حل آشکار نبود، اختراع قابل حمایت اعلام گردید.^{۷۴}

مرحله چهارم - بررسی اینکه آیا راه حل ارائه شده توسط اختراع، برای شخص ماهر در فن مربوط آشکار است یا نه.

هیأت فنی استیناف اداره فوق در قضیه «Alcan/Aluminium Alloys»، استفاده از تنها یک رهیافت را برای تمام اختراعات منطقی ندانست و اعلام کرد که در تعیین گام ابتکاری باید از تئوریهای مختلفی استفاده کرد. بنا به اظهار آن هیأت، در مواقعی که اختراع قلمرو جدیدی را

73. Legal Research for the Boards of Appeal, *ibid.*, p. 102.

74. European Patent Office, The Patentability of Business Methods at the European Patent Office, 2005, p. 4, available at: www.iusmentis.com/patents/businessmethods/epc.

می‌گشاید، استفاده از تئوری فوق درست نیست، زیرا هیچ حوزه نزدیکی از صنعت که بتوان مشکل را در آن دسته و فرمول گذاشت، وجود ندارد. از این رو، هیأت فنی در قضیه فوق، رهیافت مذکور را تضعیف و در کنار رهیافتهای دیگر قرار داد، اما با این حال، رهیافت فوق هنوز در تعیین گام ابتکاری طریقه اصلی به شمار می‌رود.^{۷۵}

برخلاف اداره اختراعات اروپا، دادگاههای انگلیس از پذیرش تئوری «مشکل - راه‌حل» خودداری کرده‌اند. آنها در تعیین گام ابتکاری از رهیافتی مدد می‌گیرند که در دعوی «Windsurfing»^{۷۶} به کار گرفته شده است. در این دعوا دادگاه استیناف اعلام کرد که دادگاه باید ابتدا با معین کردن ایده ابتکاری‌ای که در اختراع مندرج است، بررسی خود را شروع کند؛ سپس اختلافی که بین فن یا صنعت قبلی و اختراع ادعا شده وجود دارد را تعیین نماید و در نهایت بدون در نظر گرفتن معلومات اختراع ادعا شده، بپرسد آیا گام برداشته شده جهت رفع اختلاف، برای شخص ماهر آشکار است یا اینکه آشکار نبوده و مستلزم درجه‌ای از ابتکار می‌باشد.^{۷۷}

علاوه بر موارد فوق، دادگاهها و نویسندگان در احراز گام ابتکاری تعداد دیگری از قواعد عملی را به کار برده‌اند که به مواردی چند از آنها اشاره می‌شود:^{۷۸}

75. Bently, Lionel & Sherman, Brad, *ibid.*, p. 441.

76. *Windsurfing International Inc. v. Tabur Marine (Great Britain)* [1985], R.P.C., 59 CA., cited in: Cornish, W.R., *Cases and Materials on Intellectual Property*, *ibid.*, pp. 39 and seq.

77. Bently, Lionel & Sherman, Brad, *ibid.*, p. 442.

78. Catherine, Colston, *ibid.*, p. 103; Bently, Lionel & Sherman, Brad, *ibid.*, pp. 452-455; Stephan, M. Mcjohn, *Intellectual Property Examples and Explanations*, New York, Aspen Publishing, 2003, p. 146.

۱- قرابت و پیوستگی نزدیک بین اختراع و فن یا صنعت قبلی بیانگر واضح و آشکار بودن اختراع است؛ در این صورت اختراع فاقد وصف گام ابتکاری خواهد بود. در دعوی «Williams علیه Nye» در سال ۱۸۹۰، ماشینی برای خرد و پُر کردن سوسیس، ترکیب آشکاری از تکنیک و فنون قبلی شناخته شد. اما کنار هم گذاشتن ماهرانه ایده‌ها اگر به نتایج جدید منجر شود، آشکار و واضح نخواهد بود.^{۷۹}

۲- اگر اختراع یک نتیجه تجاری داشته باشد، اختراعی آشکار نخواهد بود. این امر در دعوی «Hickman علیه Andrews» در سال ۱۹۸۳ و دعوی «Rotocrop علیه Genbourne» در سال ۱۹۸۲ توضیح داده شده است. اما دادگاهها، عامل توفیق اختراع را ابداعی بودن آن می‌دانند نه عوامل تجاری. زیرا چنین اختراعی راه‌حلی را در پاسخ به یک نیاز تجاری ارائه می‌دهد.^{۸۰}

۳- اگر مخترع در پی راه‌حلی برای مسأله و مشکل خاصی باشد و اختراع حاصله چیزی بیش از ایده‌ای که واضح و آشکار است، نباشد، اختراع قابل حمایت نخواهد بود (اظهارنامه «John Manville» در سال ۱۹۶۷ و دعوی «Parks-Cramer Co. علیه Thornton» در سال ۱۹۶۶). اما اگر نتیجه، یک موفقیت غیرمنتظره و اتفاقی باشد، گام ابتکاری وجود خواهد داشت (اظهارنامه Beecham Group (Amoxycillin).^{۸۱}

79. Catherine, Colston, *ibid.*, p.103; Bently, Lionel & Sherman, Brad, *ibid.*, p. 454. The Case cited in: Cornish, W.R., *Cases and Materials on Intellectual Property*, *ibid.*, p. 39.

80. Catherine, Colston, *ibid*; Bently, Lionel & Sherman, Brad, *ibid.*, p. 455. The case cited in: *ibid.*, p. 283.

81. Catherine, Colston, *ibid*; p.103. The case cited in: Cornish, W.R., *Cases and Materials on Intellectual Property*, *ibid.*, 42.

۴- اگر رقبا به جای اعتراض به گواهی اختراع سکوت نمایند یا به جای حل مشکل به طور مستقیم، اختراع را از طریق قرارداد مجوز بهره‌برداری (لیسانس) تحصیل نمایند، این امر از این نکته حکایت خواهد داشت که اختراع واضح و آشکار نیست.^{۸۲}

۵- اگر اختراع یک نیاز همیشگی و در عین حال حل نشده‌ای را مرتفع نماید، اختراع واجد گام ابتکاری خواهد بود.^{۸۳}

در دعوایی^{۸۴} راهنمای کنترل ترافیک (وسیله‌ای که قبل از قرمز شدن چراغ یک سمت و سبز شدن چراغ سمت دیگر، یک زمان ایمنی را مقرر کرده بود) عل‌رغم ساده بودن، به علت ارائه راه‌حلی برای یک نیاز قدیمی، حائز گام ابتکاری شناخته شد. در این دعوا، دادگاه اعلام کرد که اگر فرایند آشکار بود، آن دستگاه قبلاً اختراع می‌شد. در دعوی دیگری نیز دادگاه با این استدلال، روش اختراع شده برای تمیز کردن کف زمین مابین ماشینهای نساچی را واجد گام ابتکاری دانست.^{۸۵}

همچنین در قضیه دیگری، دادگاه با همین استدلال، ظرف غذای تعلیم دهنده برای کودکان تازه به راه افتاده که هنگام مکیدن آن، سرپوش دریچه باز و هنگام توقف بسته می‌شد، را نیز دارای گام ابتکاری دانست.^{۸۶}

ع- اگر صنعت با لحاظ استانداردهای صنعتی مثلاً بهتر بودن از بقیه،

82. Stephan, M. Mcjohn, *ibid.*, p. 146.

83. *Ibid.*; Bently, Lionel & Sherman, Brad, *ibid.*, p. 455.

84. Lux Traffic Controls Ltd. v. Pike Signal Ltd. {1993}, cited in: Tina Hart & Linda Fazzani, Intellectual Property Law, 2nd ed., 2000, Published by Palgrave, p. 30.

85. Parkes Gramer Co. v. Thornton & Sons Ltd. {1966}, cited in: *ibid.*, p. 30.

86. *Ibid.*, pp. 30 and 31.

اختراع را مورد پذیرش قرار دهد، اختراع دارای گام ابتکاری خواهد بود.^{۸۷}
 ۷- زمانی که دیگران از حل مشکل عاجز مانده و ناگزیر به کپی و تقلید روی بیاورند، معلوم خواهد شد که اختراع متضمن گام ابتکاری است.^{۸۸}

۸- در صورتی که دیگران علی‌رغم تلاش بسیار، همچنان از حل مشکل عاجز باشند، اختراع واجد گام ابتکاری خواهد بود.^{۸۹}
 ۹- اگر طریقه حل مشکل واضح باشد، ولی با این وجود، اختراع فواید و نتایج غیرمنتظره‌ای مانند ارزان بودن یا راحت بودن داشته باشد، اختراع دارای گام ابتکاری خواهد بود.^{۹۰}
 نظر به سکوت قانونگذار ایرانی، به نظر می‌رسد که اداره مالکیت صنعتی و دادگاهها بتوانند برای احراز گام ابتکاری از قواعد فوق استفاده نمایند.

مبحث سوم: کاربرد صنعتی

داشتن کاربرد صنعتی، از دیگر شرایط حمایت حقوقی از اختراعات می‌باشد. این ضرورت به اقتضای مفهوم اختراع می‌باشد، زیرا یک فکر تولیدی تنها در صورتی اختراع محسوب می‌گردد که برای حداقل یک مشکل از مشکلات فناوری، راه‌حل عملی ارائه دهد؛ در واقع حمایت حقوقی دولت در برابر انتفاعی است که جامعه از آن اختراع برخوردار

87. Ibid., 146.

88. Ibid.

89. Ibid.

90. Ibid.

می‌گردد. این انتفاع ممکن نخواهد بود مگر اینکه فعالیت اختراعی از حوزه ذهن و اندیشه خارج شده و جلوه بیرونی پیدا کند.

در حقوق ایران شرط مزبور از بند ۳ ماده ۳۷ قانون ثبت علائم و اختراعات سال ۱۳۱۰ که اختراعات مربوط به طریقه‌های علمی صرف و غیرقابل استفاده در بخش صنعت و فلاحت را از شمول حمایت استثنا نموده است، استنباط می‌گردد. البته قسمت (الف) ماده ۲ «طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری» با صراحت بیشتری داشتن کاربرد صنعتی را از شرایط حمایت اعلام نموده است.

این تصریح در قوانین کشورهای مختلف نظیر بند اول از بخش یک و بخش چهار قانون اختراعات سال ۱۹۷۷ انگلیس، قسمت (ب) از بند یک بخش هجده قانون اختراعات سال ۱۹۹۰ استرالیا (البته با تعبیر به «مفید بودن»)، بند یک از ماده (۱۰) ۶۱۱ مجموعه قوانین مالکیت فکری ۱۹۹۲ فرانسه، با اصلاحات ۱۸ دسامبر سال ۱۹۹۶، و ماده ۲۲ قانون ثبت اختراعات ۱۹۸۵ چین مشاهده می‌گردد. همین صراحت در اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای ناظر بر اختراعات نیز ملاحظه می‌گردد. به عنوان مثال، بند یک از ماده ۵۲ کنوانسیون اختراعات اروپایی و بند یک ماده ۲۷ موافقتنامه تریپس نیز بر لزوم «کاربرد صنعتی داشتن» اختراع تصریح نموده‌اند.^{۹۱}

گفتار اول: مفهوم

کاربرد صنعتی یا قابلیت استفاده از آن در صنعت به این معناست که استفاده از اختراع بتواند مشکلی را رفع نموده یا درجه سختی

۹۱. ماده ۵۷ کنوانسیون اختراعات اروپا در مقام توصیف این شرط مقرر می‌دارد:

“An invention shall be considered as susceptible of industrial application if it can be made or used in any kind of industry including agriculture”.

آن را در مقایسه با وضعیت سابق کاهش داده و یا به حل مشکل سرعت بیشتری ببخشد. فایده داشتن یا مفید بودن اختراع، تعبیر دیگری از مشخصه فوق می‌باشد که در قوانین بعضی از کشورها نظیر استرالیا و آمریکا آمده است.

لازم به ذکر است که منظور از کاربرد صنعتی، امکان استفاده از اختراع در صنعت موجود است و امکان استفاده از اختراع در صنعت و فناوری آینده، آن را قابل حمایت نمی‌سازد، زیرا تعیین و تشخیص امکان استفاده از اختراع در صنعت آینده کاری بس دشوار است؛ چرا که هیچکس از پیشرفتهای صنعت و فناوری در آینده اطلاعی ندارد تا قضاوت نماید که اختراع ادعا شده در آن کاربرد خواهد داشت یا نه. از طرف دیگر، قضاوت در خصوص آینده فناوری و صنعت، امری اختلافی و نظری است که ثمره‌ای جز تشتت و تبعیض به همراه نخواهد داشت.

کشورهای مختلف و اسناد بین‌المللی برای صنعت معنای وسیع و گسترده‌ای قائل شده‌اند که بخش کشاورزی را نیز دربرمی‌گیرد. ارائه معیاری روشن برای احراز این شرط نیازمند شناخت واژه صنعت و تبیین قلمرو آن می‌باشد که ذیلاً به اختصار مورد بحث قرار می‌گیرد.

الف - تعریف صنعت

واژه صنعت از ریشه «صنع» به معنای ساختن یا آفریدن گرفته شده است.^{۹۲} در زبان انگلیسی معادل آن واژه «Industry» است که از واژه

۹۲. همچنین کلیه تغییراتی که بشر در مواد طبیعی می‌دهد تا بهتر و بیشتر از آنها استفاده کند، مثل تبدیل گندم به آرد، تبدیل بنه و پشم و ابریشم به پارچه، استخراج نفت و فلزات. به نقل از: معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۲، چاپخانه سپهر، چاپ پانزدهم، ۱۳۷۹، ص ۲۱۶۷.

لاتین «Industria» گرفته شده که به معنای ساختن و ساخت است.^{۹۳} منظور از ساخت، «ایجاد دگرگونی در نمود و شکل ظاهری یا دگرگونی در ترکیب و چگونگی جسم یا موادی است که نیازمندی انسان را برآورد نکرده و تغییر شکل یا ترکیب سبب می‌شود که نیازمندی معینی را برآورده سازند. بنابراین صنعت به معنی ایجاد دگرگونی در شکل یا ترکیب مواد است تا به این وسیله مواد خام یا غیرقابل بهره‌گیری را به صورت کالایی قابل استفاده و بهره‌برداری برای برآوردن نیازمندیهای زندگی مردم درآورد».^{۹۴}

ب - قلمرو صنعت

در قانون برنامه اول پنجساله توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، قلمرو صنعت با این عبارت مشخص شده بود: «بخش صنعت کلیه فعالیتهایی را دربر می‌گیرد که صرفنظر از موقعیت مکانی فعالیت، در جهت تغییر فیزیکی یا شیمیایی مواد، به منظور آماده‌سازی برای مصرف صورت می‌پذیرد».

بنا به تعریف ارائه شده از صنعت و با توجه به قلمرو وسیع آن، اصل بر این است که تمام فعالیتهای مرتبط با تغییرات فیزیکی یا شیمیایی مواد برای قابل استفاده کردن آنها، در صورت حائز بودن سایر شرایط، تحت نظام اختراعات، قابل حمایت خواهند بود، مگر اینکه با قرارگرفتن تحت

93. Simon & Schuster, Webster's New World Dictionary, 1990, p. 719.

۹۴. زنگنه، جمشید (مترجم)، تکنولوژی و توسعه در سومین انقلاب صنعتی (نوشته رافائل کاپلینسکی و چارلز کوپر)، مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ اول، ۱۳۷۲، صص ۱۷۶ و ۱۷۷.

رژیم خاصی یا به دلایل دیگر از حیثه حمایت خارج شده باشند.^{۹۵}

گفتار دوم: مصادیق مهم اختراعات فاقد کاربرد در صنعت

قوانین موضوعه و اسناد بین‌المللی با وجود پذیرش حمایت از اختراعات به عنوان یک اصل اولی، برخی از مصادیق اختراعات غیرقابل حمایت را احصاء و معرفی می‌نمایند.^{۹۶} این استثنا اکثراً به دلیل فقدان وصف کاربرد صنعتی است که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف - کشفیات، تئوریهای علمی و روشهای ریاضی

بند ۳ ماده ۳۷ قانون ثبت علائم و اختراعات، اختراعی را که مربوط به طریقه‌های علمی صرف بوده و عملاً قابل استفاده صنعتی یا فلاحتی نباشد، از شمول حمایت خارج کرده است. همین مقرره با تفصیل بیشتری در بند (ج) ماده یک طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و

۹۵. در کنوانسیون اختراعات اروپا و حقوق انگلیس، ارقام گیاهی به دلیل اول و فرایندهای بیولوژیکی - جز در مواردی - بنا به دلیل دوم، از شمول این اصل استثنا شده‌اند. در حقوق ایران با توجه به اینکه هیچ ماده قانونی از قانون سال ۱۳۱۰ در خصوص استثنای موارد فوق وجود ندارد، آنها تحت حکومت این اصل قرار گرفته و در صورت دارا بودن سایر شرایط، قابل حمایت خواهند بود. همچنین عدم درج موضوعات فوق در قسمت ۳ ماده ۱ طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری (که به ذکر موارد استثنا شده اختصاص دارد)، می‌تواند قرینه‌ای بر تمایل قانونگذار آتسی، در حمایت از چنین اختراعاتی باشد. لازم به ذکر است که اگر چه به نظر می‌رسد قانونگذار با تصویب قانون ثبت ارقام گیاهی و کنترل و گواهی بذر و نهال در سال ۱۳۸۲ سعی کرده است ارقام گیاهی را تابع نظام خاصی نماید، ولی به نظر می‌رسد که قانون مزبور تنها ایده پیش‌بینی نظام خاص را مطرح و از انبوهی از مقررات مربوط به این نظام که به تفصیل در قوانین داخلی کشورها نظیر قانون (Plant Varieties Act 1997) انگلستان آمده است غفلت نموده است.

۹۶. همین استثنائات در بند ۳ ماده ۲۷ موافقتنامه تریپس، بند ۲ ماده ۵۲ کنوانسیون اختراعات اروپا و بند ۲ از بخش یک قانون سال ۱۹۷۷ انگلیس پیش‌بینی شده‌اند.

نامهای تجاری آمده است.

بنا به مراتب فوق، کشفیات، تئوریهای علمی و روشهای ریاضی صرف، به دلیل عدم قابلیت استفاده در صنعت، قابل حمایت نخواهند بود.^{۹۷} اما اگر روشی ابداع یا دستگاهی ساخته شود که با استفاده از موارد فوق، بتواند در صنعت کاربرد داشته باشد، قابل حمایت خواهد بود. به عنوان مثال کشف انرژی خورشید یا کشف وجود رطوبت در هوا تحت نظام اختراعات قابل حمایت نیست، اما اگر روشی ابداع شود که بتواند انرژی خورشید را ذخیره نماید یا دستگاهی ساخته شود که با استفاده از انرژی خورشید کار کند، قابل حمایت خواهد بود. همچنین است ابداع روشی برای گرفتن رطوبت از هوا.

همچنین تئوریهای علمی نظیر نسبیت انیشتن، نظریه کوانتوم و انحنای فضا - زمان یا نظریه اعداد و اندازه‌ها،^{۹۸} با آن که منشأ تحولات بزرگی در علوم مختلف بوده‌اند، به مانند روشهای ریاضی و روش محاسبه جذرها یا روش حل معادلات^{۹۹} تا زمانی که کاربرد صنعتی نداشته باشند، قابل حمایت نخواهند بود.

در حقوق انگلیس (بند ۲ از بخش یک قانون اختراعات سال ۱۹۷۷) و کنوانسیون اختراعات اروپا (بند ۳ از ماده ۵۲)، مستثنی نمودن کشفیات، تئوریهای علمی و روشهای ریاضی به تنهایی و به خودی خود «as such»

۹۷. در بند ۱ ماده فوق، نقشه‌های مالی هم به همین دلیل از حیطه حمایت خارج شده‌اند.

۹۸. فیشانی، تیمور، خلاقیت و نوآوری در انسان و سازمانها، انتشارات ترمه، چاپ اول ۱۳۷۷، صص ۱۴ و ۱۵.

۹۹. زنگنه، جمشید (مترجم)، تکنولوژی و توسعه در سومین انقلاب صنعتی (نوشته رافائل کاپلینسکی و چارلز کوپر)، نشر مهاجر، چاپ اول، ۱۳۷۹، صص ۱۷۶ و ۱۷۷.

آشکارا بیانگر تمایز بین کشف، نظریه و روشها با استعمال آنها می‌باشد. به این معنی که موارد فوق، تا زمانی که در روش یا محصول و فرآورده‌ای به کار گرفته نشوند، از حیطه حمایت خارج خواهند بود؛ اما اگر در روش یا محصولی به کار روند، قابلیت حمایت را خواهند داشت.

بنا به مراتب فوق بود که در دعوی «Lane-Fox علیه Kensington and Knightbridge Electrical Lighting Co.» در سال ۱۹۸۲، چنین توضیح داده شد: «... زمانی که Volta اثر جریان برق از باتری بر روی پای قورباغه را کشف کرد، او کشف بزرگی انجام داده بود، اما هیچ اختراع قابل حمایتی وجود نداشت».^{۱۰۰}

همچنین قاضی «Buckley» در دعوی «Reynolds علیه Herbert Smith» در سال ۱۹۱۳، با عبارات زیر، اختراع را استفاده عملی از کشفیات تلقی نموده است:

«کشفیات توسط کنار زدن پرده‌ها و کشف چیزی که قبلاً قابل مشاهده نبوده یا به زحمت و سختی می‌توانست مورد مشاهده قرار گیرد، موجب افزایش میزان دانش بشری می‌شوند. اختراعات نیز دانش بشری را بالا می‌برند اما نه توسط کشف. آنها لزوماً بیانگر عمل انجام شده‌ای هستند و بایستی از اعمالی باشند که به نتایج یا محصولات جدید منجر می‌شوند یا آنها فرایند جدید یا ترکیب جدیدی برای تولید محصول یا نتیجه قدیمی می‌باشند».^{۱۰۱}

100. Catherine, Colston, *ibid.*, p. 69.

101. *Ibid.*

همچنین در دعوای «Linford علیه Otto» در سال ۱۸۸۲، نظر داده شد که ایده جاسازی هوا ما بین سوخت و پیستون در سیلندر به منظور جلوگیری از اشتعال و انفجار در موتور، به خودی خود قابل حمایت نیست، اما ماشینی که با استفاده از چنین ایده‌ای ساخته می‌شود، قابل حمایت است.^{۱۰۲}

ب - برنامه‌ها، قواعد یا روشهای مرتبط با فعالیتهای فکری

اینکه از حقوق انتظار داشته باشیم دیگران را از فکرکردن یا انجام فعالیتهای فکری باز دارد، غیرعقلانه و ناممکن است، زیرا چطور می‌توان با اعطای حق انحصاری به شخصی که روش خاص محاسبه ذهنی را ابداع نموده است، دیگران را از انجام محاسبات ذهنی به روش مذکور بازداشت یا چطور می‌توان با تحت حمایت قرار دادن شیوه جدید مطالعه و یادگیری با بازده بالا در مدت زمان کم، دیگران را از استفاده از روش فوق برحذر داشت. مضافاً اینکه چنین روشهایی کاربرد صنعتی ندارند.

مطالب فوق در مورد برنامه‌های یادگیری زبان، حل جدول کلمات متقاطع یا ابداع روشهایی برای بازی شطرنج و ورق یا دیگر بازیها تا جایی که به فعالیتهای فکری مرتبط باشند نیز صادق است.

قانون ثبت علائم و اختراعات، به صراحت به موارد فوق اشاره نکرده است. ولی از آنجا که این قانون یکی از شرایط حمایت از اختراعات را

102. Cornish, W. R., Intellectual Property, Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights
ibid., p.207; Catherine, Colston, ibid., p. 71.

قابلیت استفاده آنها در صنعت دانسته، موضوعات فوق از حیثه حمایت خارج می‌شوند. برخلاف قانون فوق، این موضوعات در جزء ۲ از قسمت (ج) ماده ۱ طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری، به صراحت از حیثه حمایت خارج شده‌اند.^{۱۰۳}

قسمت سوم بند ۲ از بخش یک قانون اختراعات انگلیس مصوب ۱۹۷۷ و بند ۲ ماده ۵۲ کنوانسیون اختراعات اروپا نیز این موارد را از حیثه حمایت خارج کرده‌اند. به همین جهت در رابطه با اظهارنامه‌ای که حاوی روش و سیستمی بود که با تهیه نام و نشانی افراد در یک منطقه جغرافیایی به انضمام حداقل شاخص کُد تلفن منطقه برای هر نفر، آدرس‌های الکترونیکی و بانک اطلاعات بوجود می‌آورد که بر اساس نام و کُد منطقه جستجو را انجام داده و آدرس الکترونیکی را پیدا می‌کند و گفته می‌شد حداقل امتیازش این است که ابهام ندارد و همیشه آدرس الکترونیکی مناسب را پیدا می‌کند، اداره ثبت اختراعات انگلیس با این استدلال که اختراع در ارتباط با روش اجرای فعالیتهای ذهنی یا انجام تجارت می‌باشد، از پذیرش آن خودداری نمود.^{۱۰۴}

ج - برنامه‌های رایانه‌ای

از زمان ابداع نخستین رایانه در سال ۱۹۶۴، برنامه‌های رایانه‌ای به عنوان جزئی از قطعات سخت افزاری رایانه محسوب شده و همراه آن به فروش می‌رفتند، اما بعد از سال ۱۹۷۰ سرمایه‌گذاری و فروش برنامه‌های

۱۰۳. جزء ۲ از قسمت (ج) ماده ۱ مقرر می‌دارد: «طرحها و قواعد یا روش‌های کار و تجارت و آنچه برای فعالیتهای صرفاً فکری یا بازی کردن می‌باشند».

104. Patent Case Summary: O/263/04, available at: <http://www.patent.gov.uk/patent/legal/summaries/2004/o27404.htm>.

نرم افزاری از قطعات سخت‌افزاری جدا شد و به تدریج سرمایه‌گذاری در این زمینه به قدری وسعت یافت که لزوم حمایت از این صنعت بیشتر احساس گردید.^{۱۵}

سابقاً برنامه‌های رایانه‌ای را محاسبه اعدادی صرف می‌دانستند که به علت نداشتن اثر فنی و تکنیکی (کاربرد صنعتی) نمی‌توانست مورد حمایت قرار گیرد، اما امروزه دادگاهها و ادارت اختراعات، آنها را در مواردی قابل حمایت اعلام کرده‌اند. ذیلاً به تشریح وضعیت این موضوع در حقوق آمریکا، انگلیس و اتحادیه اروپا پرداخته و سپس به وضعیت موضوع در حقوق ایران اشاره می‌نماییم.

۱- حقوق آمریکا، انگلیس و اتحادیه اروپا

از نقطه نظر تاریخی، تا سال ۱۹۸۱ برنامه‌های رایانه‌ای در حقوق آمریکا به عنوان اختراع غیرقابل ثبت بوده است، ولی در این سال دادگاه تجدیدنظر آمریکا در یک تصمیم تاریخی^{۱۶} با قابل حمایت دانستن سیستم

105. Fang, He, Whether Europe Needs to Follow the US Approach in Allowing for the Patentability of Computer Software, p. 1, available at: www.netlawcn.com/second/article.asp?artno=456.

106. Diamond v. Diehr. See in this regard: Alessandra, Maria Rossi, Software Patents: A Closer Look at the European Commission's Proposal, p.3, available at: www.epip.ruc.dk/Papers/ROSSI_Paper.pdf.

برای مطالعه بیشتر در سیستم‌های حقوقی آلمان، ژاپن و اتحادیه اروپا به ترتیب رک.

Jurgen, Betten, Protection for Computer Program in Germany and by the EPO, [1987] 1, Europe, European Intellectual Property Right (EIPR), p. 14; Newman, Jonathan, The Patentability of Computer Related Invention in Europe, [1997] 12, European Intellectual Property Right, pp.701-708; Sherman, Brad, The Patentability of Computer Related Invention in United Kingdom and The European Patent Office, [1991] 3, European Intellectual Property Right,

پردازش اطلاعات که به نتایج جدید منجر می‌شود، بر روی تصور رایج مبنی بر غیرقابل حمایت بودن برنامه‌های نرم‌افزاری خط بطلان کشید. همچنین به موجب بند ۲ بخش اول قانون اختراعات ۱۹۷۷ انگلیس، بند ۲ از ماده (۱۰) ۶۱۱ مجموعه قوانین مالکیت فکری ۱۹۹۲ فرانسه با اصلاحات ۱۸ دسامبر سال ۱۹۹۶، و بند ۲ ماده ۵۲ کنوانسیون اختراعات اروپا، برنامه‌های رایانه‌ای از حیثه حمایت مستثنی شده‌اند. استثنای مذکور بر مبنای قیاس رایانه با مغز انسان توجیه می‌شود؛ به این صورت که، همانطور که شیوه‌های فکری مورد استفاده توسط مغز انسان نمی‌توانند اختراع تلقی شوند، به همین ترتیب دستورالعمل‌های رایانه‌ای که شیوه‌هایی برای انجام فعالیت‌های فکری هستند، نمی‌توانند اختراع تلقی شده و مورد حمایت قرار گیرند.^{۱۰۷}

بر همین اساس، اداره اختراعات انگلیس در خصوص اظهارنامه حاوی سیستمی که به مشتری امکان می‌داد تا از خانه و از طریق اینترنت، خوراکی و نیازهای خانه خود را خرید نماید (این سیستم خرید، از خانه به سرور فروشگاه که دارای بانک اطلاعات بود، وصل بود و از این طریق تمام اطلاعات مربوط به اقلام موجود نظیر قیمت، وزن و حجم کالا در اختیار مشتری قرار می‌گرفت)، اعلام کرد این اختراع در ارتباط با روش تجارت و برنامه رایانه‌ای است که خارج از حیثه حمایت می‌باشد و لذا از

(EIPR), pp. 85-94; Raddiff, Mark F., *The Future of Computer Law: Ten Challenges for The Next Decade*, [1991] 10, *European Intellectual Property Right*, (EIPR), pp. 385 and seq; Hoffman, Gary & Others, *Protection for Computer Software: An International Overview: Part One*, [1988] 11, *European Intellectual Property Right*, (EIPR), pp. 337-344.

107. Marett, Paul, *ibid.*, p. 36.

پذیرش آن خودداری نمود.^{۱۰۸}

با این وجود در حقوق انگلیس و اداره اختراعات اروپا، تلاشهایی برای اعطای گواهی به اختراعاتی که ویژگی عمده آنها را یک برنامه رایانه‌ای تشکیل می‌دهد، صورت گرفته است که در بعضی موارد به نتایج مطلوبی رسیده‌اند. اعطای گواهی به اختراعات فوق ناشی از تفسیری بود که اداره ثبت اختراعات اروپایی از بند ۳ ماده ۵۲ کنوانسیون اختراعات اروپا ارائه داد. مقرر فوق پس از استثنای برنامه‌های رایانه‌ای و دیگر موارد، با قید «as such» پایان می‌یابد. اداره اختراعات اروپا، قید مذکور را این طور تفسیر نمود که برنامه‌های رایانه‌ای و دیگر موضوعات استثنا شده، به خودی خود و مستقلاً قابل حمایت نیستند، اما هرگاه رایانه‌ای بر اساس برنامه معینی، طوری برنامه‌ریزی شده باشد که به یک نتیجه یا اثر فنی (Technical Effect) منتهی شود، قابل حمایت خواهد بود و لذا هیأت فنی استیناف اداره اختراعات اروپا در سال ۱۹۸۷ با این استدلال اظهارنامه «Vicom» را قابل حمایت دانست.^{۱۰۹}

در پی این تحول، دادگاههای انگلیس نیز همین تفسیر را در خصوص قید مزبور که در قسمت سوم بند ۲ بخش اول قانون ۱۹۷۷

108. Patent Case Summary: O/121/04, available at: <http://www.patent.gov.uk/patent/legal/summaries/2004/o12104.htm>.

۱۰۹. برای مثال برنامه‌ای که زمانبندی یک موتور الکترونیکی را کنترل می‌کند، دارای اثر فنی بوده و قابل حمایت خواهد بود. اما برنامه‌ای که اشتباهات الفاظ هم صدای یک متن (مانند واژه there به جای their) را کشف و تصحیح می‌نماید، فاقد اثر فنی بوده و به پدید آورنده آن، گواهی اختراع اعطا نخواهد شد. در همین خصوص رک.

Fenwick and Westllp, Patent Protection, available at: <http://www.software-protectin.com/Patent.html> 2000.

انگلیس آمده است پذیرفته و لذا دادگاه استیناف انگلیس در سال ۱۹۸۸ اظهارنامه «Merrill Lynch» که برای انجام معاملات سهام تدوین شده بود مورد پذیرش قرار داد. دادگاه استیناف نظر داد که درخواست گواهی اختراع برای یک اثر فنی که توسط رایانه‌ای تحصیل شده است که تحت کنترل یک برنامه خاص عمل می‌کند، در واقع تقاضای گواهی اختراع برای خود برنامه رایانه‌ای نیست، بنابراین متقاضی مستحق دریافت گواهی اختراع شناخته می‌شود.^{۱۱۰}

اداره اختراعات اروپا در ضمن تصمیمات خود، به تشریح بیشتر نظریه مزبور پرداخته است که ذیلاً به مواردی از آنها اشاره می‌شود:^{۱۱۱}

۱- پردازش اطلاعات فیزیکی، امری تکنیکی است؛ به عنوان مثال، اطلاعاتی که یک تصویر را نمایش می‌دهند یا اطلاعاتی که پارامترهایی را نشان می‌دهند.

۲- فرایندی که به رایانه، کارکرد فنی اعطا نماید، فنی است؛ به عنوان مثال، ذخیره نام و نشان و علامات، افزایش سرعت، بهبود امنیت، ترتیب و تشکیل سیستمهای عامل، هماهنگی و کنترل اطلاعات داخلی یا کمک در حل مسائل مرتبط با تبادل اطلاعات مانند استفاده از رایانه به جای انسان در پردازش اطلاعات محرمانه، خصوصی و حساس که میزان امنیت یا رازداری را بالا می‌برد.

۳- فرایند مرتبط با چگونگی کارکرد رایانه، فنی است؛ به عنوان مثال، خودکار کردن یک فرایند شناخته شده و قبلی، فنی و تکنیکی خواهد

110. Marett, Paut, *ibid.*, p. 118.

111. The Patentability of Business Methods at the European Patent Office. *ibid.*, pp. 3 and 4.

بود، اگر فرایند خودکار، سرعت قابل توجه داشته باشد یا موجب صرفه‌جویی در هزینه‌ها شود.

هرچند تفسیر فوق از بند ۲ ماده ۵۲ کنوانسیون و بند ۲ بخش اول قانون اختراعات انگلیس گامی به جلو به شمار می‌رود، اما با این وجود، نویسندگان آن را کافی ندانسته و ایراداتی چند بدان وارد دانسته‌اند:^{۱۱۲}

نخست این که چنین مشخصه‌ای موجب عدم قطعیت در سرنوشت اظهارنامه‌های مرتبط با برنامه‌های رایانه‌ای می‌شود و قابلیت پیش‌بینی را از بین می‌برد. به این صورت که، سرمایه‌گذاران و فعالان این صنعت همچنان این نگرانی را خواهند داشت که آیا اداره اختراعات، اظهارنامه آنها را دارای کارکرد فنی تشخیص داده و برای آن ورقه اختراع صادر خواهد نمود یا اینکه آن را رد خواهد کرد. دوم این که مشخصه فوق از شفافیت لازم برخوردار نیست. و سرانجام این که ترس از رد اظهارنامه باعث می‌شود متقاضی ورقه اختراع، برنامه رایانه‌ای خود را تحت پوشش یک سخت افزار مطرح نماید.

یکی از نویسندگان^{۱۱۳} معتقد است که اگر مشخصه «ویژگی فنی» همچنان در دستورالعمل جامعه اروپا باقی بماند، اروپا در صنعت نرم افزاری عقب خواهد ماند؛ از این رو پیشنهاد کرده است که اروپا باید از رویکرد آمریکا مبنی بر قابل حمایت دانستن هر چیز جدید و مفیدی که توسط انسان ساخته می‌شود، پیروی کند.

112. Fang, He, *ibid.*, p. 3.

113. *Ibid.*, p. 4.

۲- حقوق ایران

در حقوق ایران، پیش از این در زمینه قابلیت شمول گواهی اختراع نسبت به نرم افزارهای رایانه‌ای تردیدهایی وجود داشت، اما به تدریج این فکر مطرح شد که هرگاه نرم افزارهای رایانه‌ای، شرایط مندرج در قانون اختراع را دارا باشند، بایستی بتوانند تحت حمایت نظام اختراعات قرار بگیرند. سرانجام این فکر در ماده ۲ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹، انعکاس یافت. به موجب ماده فوق «در صورت وجود شرایط مقرر در قانون ثبت علائم و اختراعات، نرم افزار به عنوان اختراع شناخته می‌شود...». با این وجود قانونگذار ایرانی معیار حمایت را به دقت تعیین نکرده است و لذا شاید معیار پیشنهادی اداره ثبت اختراعات اروپا و محاکم انگلیسی راهنمای مناسبی در این خصوص باشد.

د - روشهای تجارت

این دیدگاه که نظام اختراعات از ابداعات تکنیکی و فنی حمایت می‌کند و تجارت امر تکنیکی و فنی به شمار نمی‌رود، موجب شده تا در نصوص قانونی مرتبط با اختراعات، روشهای تجارت صریحاً از حیطه حمایت خارج شوند؛ اما در سالهای اخیر به خصوص با رواج و رشد سریع اینترنت و پذیرش آن به عنوان رسانه‌ای قوی در ایجاد روابط تجاری، ارائه سفارشات، پرداخت صورت حسابها، ثبت معاملات و ارائه خدمات مختلف شنیداری و دیداری و ... مبنای نظری دیدگاه مذکور سست شد، تا اینکه دادگاه تجدیدنظر آمریکا در سال ۱۹۹۸ در اقدامی متهورانه اختراعی را که در ارتباط با روش تجارت بود، قابل حمایت دانست و باب جدیدی را

درخصوص قابلیت حمایت روشهای تجارت گشود.

نظر به این اهمیت، وضعیت این موضوع ابتدا از منظر رویه محاکم آمریکایی و سپس از نگاه اداره ثبت اختراعات اروپا مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- آمریکا

پیش از این آمریکا مثل سایر کشورها «روشهای تجارت» را تحت نظام اختراعات قابل حمایت نمی‌دانست؛ دلیلی که بر این امر اقامه می‌شد این بود که نظام اختراعات از ابداعات تکنیکی حمایت می‌کند و روشهای تجارت امر تکنیکی نبوده و صرفاً ایده انتزاعی به شمار می‌روند. مضافاً اینکه تعیین محتوای اینگونه روشها و همچنین پدیدآورنده آنها آسان نیست.^{۱۱۴} اما در سال ۱۹۹۸ در دعوی «State Street Bank & Trust Co.» علیه «Signature Financial Group Inc.» که به دعوی «State Street» مشهور است، دیدگاه فوق با مخالفت دادگاه تجدیدنظر ایالتی آمریکا مواجه شد و رأی داده شد که روش «Hub and Spoke» به علت داشتن یک نتیجه مفید و ملموس قابل حمایت است هرچند که نتایج مفید نظیر قیمت، سود، هزینه یا ضرر به شکل اعداد نشان داده شوند.^{۱۱۵}

در این قضیه^{۱۱۶} شرکتی که کارش خرید سهام شرکتهای دیگر بود

114. Chua, Siak Kim, Patenting Business Methods, pp. 1 and 2, available at: www.lawgazette.com.sg/2001-10/oct01-focusz.htm.

115. Carpenter, John, D., Business Methods can be Patentable, pp. 1 and 2, available at: www.cph.com/publications/methods.htm.

116. Ibid.

(Spoke) دارایی خود را در زمینه اوراق بهاداری که به شکل شرکت مدنی بود (Hub)، سرمایه‌گذاری می‌کند. سیستم خدمات مالی (موضوع اظهارنامه) حاوی مکانیسمی بود که سرمایه روزانه دو یا چند «Spoke» را که در «Hub» مشترکی سرمایه‌گذاری کرده بودند به علاوه درصد سهمی که هر «Spoke» با محاسبه تغییرات روزانه ارزش اوراق بهادار در «Hub» به دست می‌آورد تعیین می‌کرد. این سیستم که برای اداره خدمات مالی شرکت ابداع شده بود، در واقع سود تدریجی در سرمایه‌گذاری را تعیین می‌کرد.

دادگاه بدوی ایالتی، این اختراع را به علت قرارگرفتن در دسته «محاسبات ریاضی» و «روشهای تجارت» غیرقابل حمایت اعلام کرد اما دادگاه تجدیدنظر ایالتی اعلام کرد که تنها سه دسته از موضوعات یعنی ۱- قوانین طبیعت ۲- فنون و روشهای طبیعی و ۳- ایده‌های ذهنی و انتزاعی از حیطه حمایت خارج شده‌اند و اگرچه محاسبات ریاضی تا جایی که صرفاً ایده‌های انتزاعی باشند قابل حمایت نیستند، اما در این قضیه محاسبات ریاضی در اداره و اجرای اطلاعات مالی به کار می‌روند، بنابراین آنها ایده‌های انتزاعی صرف نیستند و به نتایج مفید جدید منجر می‌شوند.

همین مرجع درخصوص «روشهای تجارت» نیز اعلام کرد که سابق بر این نه آن دادگاه و نه پیشینیان او هیچکدام به «روشهای تجارت» به عنوان موضوعات استثنا شده استناد نکرده‌اند و اعلام کرد که «روشهای تجارت» به مانند دیگر فرایندها در صورت دارا بودن شرایط قانونی (تازگی، عدم وضوح و مفید بودن) قابل حمایت خواهند بود.

یکسال بعد از تصمیم فوق، تعداد اظهارنامه‌های مرتبط با روش

تجارت که به اداره اختراعات و علائم تجاری آمریکا (USPTO) تسلیم شدند، به حدود دو هزار و هشتصد و بیست و یک اظهارنامه و در سال ۲۰۰۰ به هفت هزار و هشتصد اظهارنامه، یعنی حدوداً سه برابر اظهارنامه‌های سال قبل، رسید.^{۱۱۷}

اداره فوق تعداد زیادی ورقه اختراع برای روشهای تجارت به خصوص با اینترنت صادر کرده است. جالب این است که در بیشتر موارد، اختراعات مورد نظر کلی و واضح بوده‌اند، ولی با این وجود، اداره اختراعات در احراز قلمرو و شرط عدم وضوح (گام ابتکاری)، سخت‌گیری به خرج نداده و باتسامح رفتار نموده است. ورقه اختراع «Priceline.Com» نمونه خوبی از اختراعاتی است که علی‌رغم وسعت و کلیت ادعاها و وضوح آنها صادر شده است. این ورقه به «Priceline.Com» این امکان را می‌داد تا مانع از این شود که خریداران از طریق دیگر روشهای تجارت، قیمتی را برای کالا یا خدمتی پیشنهاد کنند؛ بنابراین فروشندگان پیشنهاد خود را مطرح می‌کردند (حراجی معکوس). لازم به ذکر است که اداره اختراعات در این قضیه به راحتی از کنار شرط عدم وضوح اختراع گذشته است، زیرا در حراجی‌های آلمان قرن‌ها از این روش استفاده می‌شده است.^{۱۱۸}

شرکت آمازون نیز سیستم تجاری جدیدی را ابداع کرده بود که

117. Aronoff, David L., Business Method Patents Commerce in Dijital Goods, Intellectual Property and Trade Regulation Journal, p.1, available at: www.tmj.com/articles/article/art-190-idx.htm.

۱۱۸. بعد از صدور همین ورقه اختراع بود که «Priceline.Com» به منظور ممانعت مایکروسافت از استفاده از این روش در وب سایت خود، دعوایی را علیه آن شرکت مطرح کرد. در این مورد رک. Chus Siak Kim, *ibid.*, pp. 3 and 4.

روش سفارشهای آنلاین را تسریع می‌کرد. با استفاده از این روش خریدار می‌توانست سفارش خود را از طریق اینترنت انجام دهد.^{۱۱۹} این شرکت در سپتامبر ۱۹۹۹ ورقه اختراعی را برای فناوری تک کلیک (one-click) در وب سایت خود گرفت و متعاقب آن دعوایی را علیه رقیب خود «Baruesandnoble.Com» که به اختراع ثبت شده او تجاوز کرده بود، مطرح کرد و قرار موقتی را علیه آن شرکت اخذ نمود. طرح این دعوا و قرار موقت اخذ شده انفجار شدیدی را در عالم اختراعات ایجاد کرد که خشم و عصبانیت منتقدان را علیه آمازون و اداره اختراعات به دنبال داشت. در مارس ۲۰۰۰ اداره اختراعات در واکنش به امواج ایجاد شده و جار و جنجال‌ها، بررسیهای خود را در زمینه اظهارنامه‌های مرتبط با روشهای تجارت افزایش داد. به عنوان مثال، به بررسی کننده دوم اجازه داده شد تا تعیین نماید آیا بررسی ابتدایی به درستی صورت گرفته است یا نه. همچنین اداره اختراعات تعداد بررسی کننده‌های خود در این زمینه را افزایش داد تا کیفیت ورقه اختراع صادر شده برای روشهای تجارت را بالا ببرد.^{۱۲۰}

دادگاهها و قانونگذار آمریکایی می‌توانند از افزایش تعداد زیاد اظهارنامه‌های مرتبط با روش تجارت جلوگیری نمایند، اما آنها تا به حال چنین نکرده‌اند. دلیل این امر روشن است؛ آنها نمی‌خواهند رهبری در زمینه اینترنت و فناوری اطلاعات را از دست بدهند. همانطور که دیوان عالی فدرال آمریکا در سال ۱۹۸۰ قابلیت حمایت اختراعات بیوتکنولوژی را

119. Berman, Bruce, *From Ideas to Assets: Invention Wisely Intellectual Property*, John Wiley & Sons Inc., 2002, p. 32.

120. Aronoff, David L., *ibid.*, p. 2.

تأیید کرد و اعلام نمود: «هر چیزی در زیر کره خورشید توسط انسان ساخته می‌شود، قابل حمایت است»^{۱۲۱} امروزه نیز بنا به ملاحظات اقتصادی، ابداعات مرتبط با روشهای تجارت را قابل حمایت اعلام کرده است. بنابراین پیشرو بودن آمریکا در زمینه اینترنت و فناوری اطلاعات را نباید تصادفی دانست.^{۱۲۲}

۲- اداره اختراعات اروپا

به دنبال رشد تجارت و تصمیم دادگاه تجدیدنظر آمریکا در خصوص قابل حمایت اعلام کردن روشهای تجارت، تعداد اظهارنامه‌های تسلیمی به اداره اختراعات اروپا که در ارتباط با روش تجارت بودند، افزایش یافت. بنابر گزارش اداره اختراعات اروپا، تعداد اظهارنامه‌هایی که منتظر بررسی هستند بیش از دو برابر اظهارنامه‌های دو سال گذشته یعنی حدود چهارصد اظهارنامه است.^{۱۲۳}

کوانسیون اختراعات اروپا، روشهای تجارت صرف را قابل حمایت

۱۲۱. دعوای «Diamond علیه Chakrabarty». در این خصوص رک.

Alessandra, Maria Rossi, Software Patents: A Closer Look at the European Commission's Proposal, p.3, available at: www.epip.ruc.dk/Papers/ROSSI_Paper.pdf

۱۲۲. شایسته ذکر است که بند ۲ بخش ۱۳ قانون اختراعات سنگاپور مصوب ۱۹۹۴، روشهای تجارت را از حیطه حمایت خارج کرده بود، اما در اصلاحات ۱۹۹۶ این بند حذف شد. با حذف این بند، دو نظر مطرح شد؛ یک نظر بر این است که روشهای تجارت در صورت داشتن شرایط لازم، قابل حمایت خواهند بود، اما نظر دیگر بر این است که حذف بند مذکور صرفاً جنبه اعلامی دارد و به معنای قابل حمایت شدن روشهای تجارت نیست (Carpenter, John D. *ibid.*, p. 7). به هر حال، اصلاحات صورت گرفته این امکان را به دادگاهها و اداره اختراعات داده است که بتوانند چنین روشهایی را در صورت داشتن شرایط لازم قابل حمایت بدانند.

123. Chus, Siak Kim, *ibid.*, p. 4.

ندانسته است، اما بیشتر اظهارنامه‌ها دربرگیرنده روشهای تجارت صرف نیستند و در اجرای این روشها از وسایل فنی- به عنوان مثال شبکه‌های رایانه‌ای - استفاده می‌شود.

برخلاف اداره اختراعات آمریکا، اداره اختراعات اروپا هنوز تصمیم روشنی در خصوص قابلیت حمایت از روشهای تجارت اتخاذ نکرده است، اما نویسندگان با قیاس روشهای تجارت با برنامه‌های رایانه‌ای، چنین روشهایی را در صورت داشتن اثرات و نتایج فنی قابل حمایت می‌دانند. شایان ذکر است اداره اختراعات اروپا قبلاً برنامه‌های رایانه‌ای را در صورت داشتن اثرات و نتایج فنی قابل حمایت اعلام کرده بود.

بالاخره اینکه در نشست فنی سه جانبه‌ای که از چهاردهم تا شانزدهم ژوئن سال ۲۰۰۰ در توکیو برگزار شد، اداره اختراعات اروپا، اداره اختراعات ژاپن (JPO) و اداره اختراعات و علائم تجاری آمریکا رویه موجود در خصوص اختراعات مرتبط با روشهای تجارت را تأیید کردند. نتایج این نشست به شرح ذیل است:^{۱۲۴}

۱- برای حمایت از اختراعات مرتبط با روش تجارت که توسط رایانه انجام می‌گیرند به مشخصه فنی نیاز است.

۲- صرف خودکار کردن یک روش تجارت بشری که از تکنیک شناخته شده و قبلی اتوماسیون استفاده می‌کند، قابل حمایت نیست.

در نوزدهم می ۲۰۰۰، اداره اختراعات اروپا مجوز بررسی اظهارنامه‌های مرتبط با «روش تجارت» را به اداره فنی خود داد که نتایج آن در تصمیم «T۱۱۷۳/۹۷» منعکس شده است. اداره فوق، ادعاهای مرتبط

124. Ibid., pp. 5 and 6.

با روش تجارت را به سه دسته تقسیم کرده است:

- ۱- ادعاهای مربوط به روش صرف انجام تجارت؛ در انجام این روش‌ها از هیچ وسیله‌ای استفاده نمی‌شود. این ادعاها به استناد بند ۲ و ۳ ماده ۵۲ کنوانسیون اختراعات اروپا رد می‌شوند.
- ۲- ادعاهایی که برای اجرای حداقل بعضی از مراحل روش تجارت از رایانه، شبکه ارتباطی یا دیگر وسایل دیجیتالی برنامه‌ای مرسوم استفاده می‌نمایند (روش تجارت انجام شده توسط رایانه).
- ۳- ادعاهایی که از دیگر وسایل (غیر از رایانه)، به عنوان مثال تلفن همراه استفاده می‌نمایند.

دسته دوم و سوم برای احراز شرایط ماهوی لازم مورد بررسی قرار می‌گیرند.

نظر به سکوت قانون سال ۱۳۱۰ و ضرورتهای آتی شایسته است مجلس شورای اسلامی به هنگام تصویب نهایی طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری واقعیت مزبور را مد نظر قرار داده و راه حل مناسبی برای آن پیش‌بینی نماید.

نتیجه گیری

تحقیق حاضر کوشیده است ابتدا با استناد به قوانین موضوعه، اسناد بین‌المللی و ادبیات حقوقی، تصویری اجمالی از شرایط حمایت حقوقی از اختراعات ارائه دهد. ملاحظه شد که اختراعی قابل حمایت حقوقی است که علاوه بر رعایت تشریفات شکلی، که خود موضوعی مستقل و قابل بررسی در تحقیقی جداگانه می‌باشد، دارای سه شرط مهم و اساسی یعنی تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی باشد. با این نگاه نشان داده شد که هدف از شرط نخست حمایت از اختراعاتی است که در حوزه معلومات عموم نبوده و دانش جدیدی به عموم عرضه نمایند، در حالی که هدف از شرط گام ابتکاری حمایت از آن دسته اختراعاتی است که در آفرینش آنها یک نحوه ابتکار و خلاقیت برجسته‌ای به کار گرفته شده باشد. و سرانجام هدف از شرط اخیر هم اختصاص حمایت به اختراعاتی است که قابل به کارگیری در صنعت به معنای فراگیر آن بوده و قادر به رفع مشکلی از مشکلات فناوری باشد.

اگرچه قوانین موضوعه و اسناد بین‌المللی با صراحت یا به تلویح بر لزوم این شرایط تأکید نموده‌اند، ولی عدم ارائه تعریفی روشن از این شرایط و معرفی معیاری عینی برای سنجش و احراز آنها از یک سو و نظر به خاستگاه تاریخی این متون قانونی از سوی دیگر، احراز و تطبیق این شرایط بر مصادیق خارجی با ابهامات و دشواری مواجه است. محاکم و اداره ثبت اختراعات کشورهای صنعتی با درک این واقعیت کوششهای فراوانی برای تسهیل فهم، احراز و تطبیق آنها بر حوزه‌های نوین، نظیر فنون مرتبط با بیوتکنولوژی، نانوتکنولوژی، فناوری اطلاعات (IT)، تجارت اینترنتی و

برنامه‌های رایانه‌ای معمول داشته‌اند.

قانون ثبت علائم و اختراعات ایران علی‌رغم پیش‌بینی مقررات متعدد در رابطه با اختراعات قابل حمایت، از برخی نقیصه‌ها رنج می‌برد. از یک سو این قانون تعریفی روشن از این سه شرط به دست نمی‌دهد و از سوی دیگر فاقد معیاری برای سنجش تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی است. علاوه بر این، نحوه احراز این شرایط و تطبیق آنها بر حوزه‌های نوین فناوری هم در این قانون نامشخص است. همچنین رویه قضایی و اداره ثبت اختراع، به دلیل اعمال سیستم فاقد پیش‌آزمایشی، در ارائه این ابهامات و راه‌حلهای احتمالی توفیقی نداشته‌اند.

«طرح قانونی ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری» که با الگوگیری از قانون نمونه سازمان جهانی مالکیت فکری (وایپو) تهیه و هم‌اکنون در مجلس شورای اسلامی در دست بررسی می‌باشد، گامی بزرگ به سمت بازسازی نظام حقوق اختراعات ایران می‌باشد. این طرح قانونی کوشیده است هم تعریفی روشن از شرایط ماهوی حمایت از اختراعات ارائه نماید و هم معیار عینی برای سنجش و نحوه احراز این شرایط به دست دهد.

با این وصف طرح مزبور دارای ابهاماتی چند درخصوص موجبات زوال تازگی، نحوه احراز گام ابتکاری و امکان ثبت برنامه‌های رایانه‌ای، نوآوریهای بیوتکنولوژی، روشهای تجارت و فناوری اطلاعات می‌باشد. همانطوری که تحقیق حاضر نشان داده است، وجود افکار سنتی و عدم انس با ابداعات جدید موجب شد که حتی دادگاهها و اداره اختراعات کشورهای پیشرو سالهای متمادی از پذیرش نوآوریهای جدید امتناع و در مقابل

اظهارنامه‌هایی با موضوعات برنامه‌های رایانه‌ای، نوآوری‌های بیوتکنولوژی، روشهای تجارت و فناوری اطلاعات مقاومت نمایند. اضافه بر این، مستثنی نمودن برنامه‌های رایانه‌ای، روشهای تجارت و روشهای ریاضی از شمول حمایت در قوانین اختراعات و اسناد بین‌المللی نیز این وضعیت را تشدید نمود. با این وجود، رفته رفته ابتدا دادگاهها و بعد اداره اختراعات آمریکا در فرض فراهم بودن شرایط ماهوی، موضوعات فوق را قابل حمایت اعلام و بدین طریق به نیازهای مولود صنایع جدید پاسخ مثبت داده و بدین وسیله صاحبان چنین سرمایه و صنایعی را دلگرم و بستر مناسب برای پیشرفت هرچه بیشتر در زمینه صنایع جدید را فراهم نمودند. محاکم و اداره اختراعات اروپا نیز به تبعیت از آمریکا، موضوعات فوق را در مواردی که واجد شرایط ماهوی لازم باشند، قابل حمایت اعلام کردند.

اکنون رویه محاکم و اداره اختراعات اکثر کشورها، به سمت شناسایی حمایت از موضوعات استثنا شده، در فرض دارا بودن شرایط ماهوی است. بنابراین شایسته است اداره مالکیت صنعتی و دادگاههای کشور ما نیز از این رویکرد تبعیت نمایند. با پذیرش رویکرد فوق این سؤال مطرح می‌شود که اگر برنامه‌های رایانه‌ای، روشهای تجارت، روش فعالیتهای ذهنی و حتی کشفیات (مثل کشف استفاده جدید برای یک محصول یا ماده شناخته شده)، مانند دیگر موضوعات در صورت دارا بودن شرایط ماهوی قابل حمایت هستند، پس دیگر چه نیازی به استثنا کردن آنها در بندهای ۱ و ۲ قسمت (ج) «طرح قانونی ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری» وجود دارد؟ بنابراین شایسته است قبل از تصویب نهایی طرح مزبور، این مقررات زائد که فایده‌ای جز شبهه‌آفرینی

ندارند، از پیش نویس مزبور حذف شوند.

کوتاه سخن آنکه، شایسته است قانونگذار با اصلاح مقررات ناقص و وضع قانون برای موارد مسکوت از یک سو و دادگاهها و اداره مالکیت صنعتی با ارائه تفسیری متناسب با تحولات صنعتی از سویی دیگر بسترهای حقوقی پیشرفت در فناوری را فراهم سازند.

فهرست منابع

در تهیه این مقاله عمدتاً منابع انگلیسی به کار آمده‌اند که مشخصات کامل آنها در زیر ذکر می‌شوند:

الف - کتب و مقالات انگلیسی

- 1- Akers, Novelj, The European Patent System, World Patent Information, No. 21, 1999.
- 2- Alessandra, Maria Rossi, Software Patents: A Closer Look at the European Commission's Proposal, available at: www.epep.ruc.dk/Papers/ROSSI_Paper.pdf.
- 3- Aronoff, David L., Business Method Patents Commerce in dijital Goods, Intellectual Property and Trade Regulation Journal, available at: www.tmjb.com/articles/article/art-190-idx.htm.
- 4- Bently, Lionel & Sherman, Brad, Intellectual property Law, Oxford University Press, 2001.

- 5- Berman, Bruce, From Ideas to Assets: Invention Wisely Intellectual Property, John Wiley & Sons Inc; 2002.
- 6- Carpenter, John, D., Business Methods can be Patentable, available at: www.cph.com/publications/methods.htm.
- 7- Catherine, Colston, Principles of Intellectual Property Law, Cavendish Publishing Ltd., 1999.
- 8- Chus, Siak Kim, Patenting Business Methods, available at: www.lawgazette.com.sg/2001-10/octo1-focusz.htm.
- 9- Cornish, W. R., Intellectual Property, Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, London, Sweet & Maxwell, 4th ed., 1999.
- 10- Cornish, W. R., Cases & Materials on Intellectual Property, London, Sweet & Maxwell, 3rd ed., 1999.
- 11- European Patent Office, The Patentability of Business Methods at the European Patent Office, 2005, available at: www.iusmentis.com/patents/businessmethods/epc.
- 12- Fang, He, Whether Europe Needs to Follow the US Approach in Allowing for the Patentability of Computer Software, London School of Economics and Political Science, available at: www.netlawcn.com/second/article.asp?artno=456.
- 13- Fenwick and Westllp, Patent Protection, available at: <http://www.software Protectin.com/Patent.htm> 1 2000.

- 14- Hoffman, Gary & Others, Protection for Computer Software: An International Overview: Part One, [1988] 11, European Intellectual Property Right, (EIPR).
- 15- Jurgen, Betten, Protection for Computer Program in Germany and by the EPO, [1987] 1 European Intellectual Property Right (EIPR).
- 16- Guy, Tritton, Intellectual Property in Europe, London, Sweet & Maxwell, 1996.
- 17- UK Patent Office, available at: <http://www.patent.gov.uk/patent/legal/summaries/index.htm>.
- 18- Legal Research Service for the Boards of Appeal Department, Case Law of the Boards of Appeal European Patent Office, 4th edition, 2001, available at the European Patent Office Website.
- 19- Marett, Paul, Intellectual Property Law, London, Sweet & Maxwell, 1996.
- 20- Newman, Jonathan, The Patentability of Computer Related Invention in Europe, [1997] 12, European Intellectual Property Right (EIPR).
- 21- Raddiff, Mark F., The Future of Computer Law: Ten Challenges for The Next Decade, [1991] 10 European Intellectual Property Right, (EIPR).

- 22- Rogge, Rudiger, the Concept of Novelty and European Patent Law, IIC, Vol. 28, 1997.
- 23- Stephan, M. Mcjohn, Intellectual Property Examples and Explanations, New York, Aspen Publishing, 2003.
- 24- Sherman, Brad, The Patentability of Computer Related Invention in United Kingdom and The European Patent Office, [1991] 3, European Intellectual Property Right, (EIPR).
- 25- Simon & Schuster, Webster's New World Dictionary, 1990.
- 26- Tina Hart & Linda Fazzani, Intellectual Property Law, 2nd ed., Palgrave Publication, 2000.
- 27- WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use, WIPO Publication No. 489 (E), 2004, 2nd ed.

ب - کتب و مقالات فارسی

- ۱- امامی، نورالدین، حق مخترع، مجموعه تطبیقی شماره ۶، دانشگاه تهران، ۱۳۵۰.
- ۲- زنگنه، جمشید (مترجم)، تکنولوژی و توسعه در سومین انقلاب صنعتی (نوشته رافائل کاپلینسکی و چارلز کوپر)، مؤسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چاپ اول، ۱۳۷۲.
- ۳- فیشرانی، تیمور، خلاقیت و نوآوری در انسان و سازمانها، انتشارات ترمه، چاپ اول ۱۳۷۷.
- ۴- معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۲، چاپخانه سپهر، چاپ پانزدهم، ۱۳۷۹.

۵- یاسی پور، غلامرضا (مترجم)، دائرةالمعارف ریاضیات (جمعی از استادان دانشگاههای آلمان)، ج ۳، نشر مهاجر، چاپ اول ۱۳۷۹.

ج - قوانین و اسناد بین‌المللی

- ۱- قانون ثبت علائم و اختراعات ۱۳۱۰.
- ۲- طرح ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی، علائم و نامهای تجاری.
- 3- English Patent Act 1977, as amended on 2004.
- 4- Australian Patent Act 1990, as amended on 1998.
- 5- French Intellectual Property Code, Law No. 92-597 of July 1, 1992, as amended by Law No. 96-1106 of December 18, 1996.
- 6- Patent Law of the People's Republic of China, 1985.
- 7- Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIP's Agreement), 1994.
- 8- Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention), as amended in 2000.
- 9- Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 20 March, 1883, as amended on 28 September, 1979.

مفهوم و مبانی کنترل قضایی با تأکید بر نظام حقوقی ایالات متحده امریکا

دکتر محمدحسین زارعی*

احمد مرکز مالگیری**

چکیده

قسمت اول- مفهوم، مبانی و مدل های کنترل قضایی

۱-۱. مفهوم کنترل قضایی

۱-۲. قلمرو و مبانی کنترل قضایی

۱-۳. مدل های کنترل قضایی

۱-۳-۱. مدل غیر متمرکز کنترل قضایی

۱-۳-۲. مدل متمرکز کنترل قضایی

قسمت دوم- کنترل قضایی در ایالات متحده امریکا

۲-۱. تاریخچه، مبانی و دلایل موجهه کنترل قضایی

۲-۱-۱. سابقه

۲-۱-۲. مبانی و دلایل موجهه کنترل قضایی

۲-۱-۲-۱. کنترل قضایی و حاکمیت قانون

۲-۱-۲-۲. وجود قانون اساسی مدون و شناسایی اصل برتری قانون

اساسی

*. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** . کارشناس ارشد حقوق عمومی از دانشگاه شهید بهشتی.

- ۲-۲. کنترل قضایی و اصل تفکیک قوا
- ۲-۳. کارکردهای دیوان عالی ایالات متحده
- ۲-۳-۱. تأثیر بر سیاستگذاری عمومی
- ۲-۳-۲. کارکردهای دیوان عالی ایالات متحده در نظام فدرالیسم
- ۲-۴. آثار حقوقی مترتب بر کنترل قضایی
- نتیجه گیری

چکیده

در این مقاله سعی شده است، تأسیس کنترل قضایی در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، بطور خاص، مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد. کنترل قضایی به معنای نظارت قضایی بر مصوبات و اعمال قوای مقننه و مجریه از لحاظ مطابقت یا مغایرت با قانون اساسی، در نظام‌های حقوقی مختلف باتوجه به ویژگی‌های خاص نظام مربوطه، در اشکال متنوعی نمایان شده است.

این تنوع در دو الگوی کلی نظام کنترل قضایی غیرمتمرکز یا آمریکایی و نظام کنترل قضایی متمرکز یا اروپایی قابل بررسی است. ویژگی اصلی مدل غیرمتمرکز کنترل قضایی این است که دادگاهها در چنین الگویی از صلاحیت عام رسیدگی به موضوع انطباق با قانون اساسی برخوردارند؛ در حالی که در الگوی متمرکز کنترل قضایی، صلاحیت رسیدگی به چنین موضوعی برای یک دیوان خاص و غالباً در شکل یک دیوان یا شورای قانون اساسی شناسایی شده است.

به دلایل مختلفی، مؤسسان قانون اساسی آمریکا به ویژه فدرالیست‌ها، از واگذاری اختیار کنترل قضایی به قوه قضاییه دفاع کرده‌اند. در این مقاله به تاریخچه، مبانی و دلایل موجهه کنترل قضایی باتوجه به استدلال‌ات مطرح شده توسط موافقان و مخالفان کنترل قضایی، به شیوه ایالات متحده، پرداخته‌ایم. همچنین امروزه دیوان عالی ایالات متحده، به عنوان عالیترین مرجع کنترل قضایی، به نهادی مؤثر در جهت سیاستگذاری عمومی و بهبود کارکرد نظام فدرالیسم تبدیل شده است.

قسمت اول- مفهوم، مبانی و مدل‌های کنترل قضایی

۱-۱. مفهوم کنترل قضایی

کنترل قضایی به طور کلی به معنی کنترل مصوبات قوه مقننه، و اعمال و مصوبات قوه مجریه (در قالب آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها) توسط قوه قضاییه است. چيستی، شناسایی و کارویژه «قانون برتر» یا «قوانین برتر»^۱ و همچنین کنترل قضایی مبتنی بر قانون برتر در نظام حقوقی ایالات متحده، موضوع اصلی این تحقیق است. اما آنچه که در بحث مربوط به مفهوم کنترل قضایی قابل ذکر است، تأکید بر مفهوم کنترل قضایی به مثابه یک مفهوم، یک نظریه و یک وسیله برای تطابق اعمال و مصوبات قوای حکومتی با «قانون برتر» است.

گرچه در قوانین اساسی برخی کشورها، دادگاه‌ها از صلاحیت کنترل تصمیمات و اعمال مقامات اداری و انتظامی، مقامات عالی اجرایی (فرمانداران و رؤسای جمهور) و تصمیمات دادگاه‌های تالی (ایالتی و فدرال) برخوردارند، اما اصطلاح «کنترل قضایی» بیشتر در ارتباط با «کنترل قضایی قوانین» به کار می‌رود.^۲ توضیح این که نباید نظام کنترل قضایی مورد بررسی این تحقیق را با انواع دیگر کنترل مانند کنترل اداری، کنترل پارلمانی و کنترل سیاسی در هم آمیخت. از سوی دیگر باید بدین نکته توجه داشت که کنترل قضایی موضوع این مقاله با کنترل قضایی رایج در نظام حقوقی انگلستان متفاوت است. در انگلستان صلاحیت

1. Higher Law / Fundamental Law / Basic Law / Constitution.

2. Aranson, P.H. "Judicial Review". in Newman, P. (ed.), *The Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Vol. 2, (London: Macmillan Reference Limited, 1998), p. 388.

دادگاه‌ها در ابطال مصوبه‌های غیرقانونی قوه مجریه (مقامات اجرایی حکومت مرکزی و حکومت محلی)، بدون ارجاع به متن یا سندی با عنوان «قانون اساسی» به رسمیت شناخته شده است.^۳ در واقع این نوع کنترل قضایی به عنوان بدیلی برای کنترل قضایی در نظام ایالات متحده آمریکا قابل ذکر است که به «صلاحیت دادگاه‌ها برای کنترل مطابقت قانون عادی و تصمیمات قوه مجریه با قانون اساسی» اطلاق می‌شود. در انگلستان کنترل قضایی به «کنترل عمل اداری توسط دادگاه‌ها بر مبنای این که آن عمل در محدوده اختیارات تفویض شده به یک مقام محلی یا یک وزیر صورت پذیرفته» اطلاق می‌شود. کنترل قضایی در مفهوم مذکور «موضوعی مربوط به حقوق اداری است تا حقوق اساسی».^۴ کنترل قضایی در این مقاله به مفهوم نظارت قضایی بر مصوبات قوای حکومتی از لحاظ انطباق آنها با قانون اساسی است. این کارویژه در کشورهای اروپایی (یا

۳. در بریتانیا موضوعاتی از قبیل «قانونیت مصوبات حکومتی»، توسط قضاتی مستقل از قوه مجریه مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این کشور، مانند بسیاری از کشورهای مشترک المنافع چنین اختلافاتی در دادگاه‌های عادی رسیدگی می‌شود. گرچه بسیاری از دعاوی نیز باید نزد هیأت‌های خاص (محاکم اداری) مطرح شود، اما این محاکم به نوبه خود، تحت کنترل دادگاه‌های عادی قرار دارند؛ رک.

H.W.R.Wade and L.F.Forsyth, *Administrative Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1994), pp.25-26.

4. Barendt, E. *An Introduction to Constitutional Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1998), p.18.

البته این نکته نیز لازم به ذکر است که از زمان عضویت انگلستان در اتحادیه اروپا و تلقی «کنوانسیون اروپایی حقوق بشر» و همچنین «قانون حقوق بشر» (مصوب ۱۹۹۸) به مثابه یک «قانون اساسی» توسط دادگاه‌ها، کنترل قضایی به مفهوم مورد بحث در این تحقیق، درباره آن نظام نیز «تا حدی» قابل شناسایی است؛ برای دیدن توضیحات بیشتر در این خصوص رک.

ibid., pp.69-79; Elliott, C. and Quinn, F. *English Legal System*, (London: Longman, 2000), pp.438-443; Le Sueur, A. *Public Law*, (London: Longman, 1997), pp.680-705; Carrol, A. *Constitutional & Administrative Law*, (Edinburgh: Pitman Publishing, 1998), Part 5.

رومی - ژرمنی) بر عهده دادگاه‌های ویژه‌ای تحت عنوان «دادگاه قانون اساسی»^۵ نهاده شده است. به این ترتیب، در این کشورها دادگاه‌های عادی از رسیدگی به موضوعات مربوط به قانون اساسی منع گردیده‌اند.

۲-۱. قلمرو و مبانی کنترل قضایی

یکی از موضوعات مناقشه برانگیز درباره کنترل قضایی، قلمرو یا دامنه این نوع از کنترل بر اعمال قوای حکومتی است. گرچه این مسأله با مسائل دیگری چون روابط قوا و کیفیت اعمال اصل تفکیک قوا مرتبط است، اما آنچه در توضیح قلمرو قوا در این مبحث مورد توجه است، مسائل مربوط به کنترل اعمال قوه مقننه است. به بیان دیگر، سؤال این است که اولاً آیا قلمرو کنترل قضایی به مصوبات پارلمان نیز تسری می‌یابد، ثانیاً در صورت مثبت بودن پاسخ، حد و مرز این کنترل چیست، ثالثاً این کنترل چگونه با آموزه‌های دموکراسی در معنای حکومت اکثریت بوسیله نمایندگان منتخب مردم سازگار است. به نظر می‌رسد اگر بتوان سؤال اخیر و پاسخهای ارائه شده توسط طرفداران این شیوه کنترل قضایی (کنترل مصوبات قوای مقننه و اعمال و مصوبات قوه مجریه توسط دادگاهها) را تبیین کرد، می‌توان به دیدگاهی تقریباً روشن از قلمرو کنترل قضایی دست یافت.

معمولاً انتقاد اصلی بر اصل کنترل قضایی، کنترل و احیاناً ابطال مصوبات قوه مقننه و در نتیجه غیردموکراتیک بودن آن است. در واقع سؤال این است که چگونه می‌توان کنترل قضایی را هنگامی که منجر به

5. Constitutional Court.

خنثی کردن اهداف قانونگذار دموکراتیک می‌شود توجیه کرد. مطابق نظر مخالفین دموکراتیک بودن اصل کنترل قضایی، دادگاه‌ها باید به نظرات قانونگذاران یا اعضای قوه مجریه که به نحو دموکراتیک انتخاب شده‌اند و در مقابل پارلمان پاسخگو هستند، تن در داده، مصوبات آنها را محترم شمارند و از رسیدگی قضایی آنها اجتناب نمایند. به نظر آنان با وجود پارلمانی مرکب از نمایندگان منتخب مردم و متعاقباً مصوبات تصویب شده به شیوه دموکراتیک، کنترل قضایی فرایندی غیردموکراتیک و در تقابل با اراده تبلور یافته مردمی است. از طرف دیگر مقامات قوه مجریه نیز در کشورهای دموکراتیک از طریق فرآیند انتخابات برگزیده شده و نمایندگان مردم محسوب می‌شوند. با این وجود کنترل قضایی تصمیمات آنان انحراف از آموزه‌های دموکراسی به مثابه حکومت اکثریت است.

در مقابل ایرادات فوق، موافقین دموکراتیک بودن کنترل قضایی استدلال‌های مختلفی ارائه داده‌اند.^۷ در این جا، جهت توضیح و توجیه جایگاه کنترل قضایی در یک نظام دموکراتیک، از میان دفاعیات مزبور به دو اصل کلی اشاره می‌شود. اصل اول که خود شامل نظرات متنوعی است، مهمترین توجیه کنترل قضایی را مهار اختیارات پارلمان عنوان می‌کند. این نوع استدلال، بر «ضعف فرایند دموکراتیک» و همچنین «خطرات تکیه صرف بر پارلمان جهت دفاع مؤثر از آزادی‌های مدنی» تأکید می‌کند.^۸ یکی از استدلال‌های اصلی ارائه شده این است که انتخابی بودن نمایندگان پارلمان به

6. Barendt, op.cit., p.23.

۷. در گفتار مربوط به نسبت کنترل قضایی و تفکیک قوا بیشتر بدین موضوع خواهیم پرداخت.

8. Ibid.

معنای نمایندگی تام افکار عمومی محسوب نمی‌شود. علاوه بر این، امروزه ابزارهای تبلیغاتی به چنان حربه قدرتمندی در جهت دادن به افکار عمومی تبدیل شده‌اند که دیگر نمی‌توان به نحو مطلق و با اطمینان از برگزیده شدن نمایندگان واقعی مردم در یک انتخابات آزاد و منصفانه سخن گفت.

از سوی دیگر، همیشه نمی‌توان اعمال وفادارانه خواسته‌های مردم را از مقامات منتخب به نحو دموکراتیک انتظار داشت. اگر چنین اطمینان و تضمینی وجود داشت، هیچ توجیه دموکراتیکی برای کنترل قضایی قابل طرح نبود. اما از آنجا که مقامات منتخب همواره در تلاشند تا در جهت مشروعیت بخشیدن به اعمال خود خواهانه و جانبدارانه‌شان به نام مردم متوسل شوند، قوه قضاییه واجد نقش مهمی در نظام دموکراتیک می‌گردد.^۹ از این دیدگاه، تضمینی وجود ندارد که نمایندگان منتخب همواره بر عهد و پیمان خویش با انتخاب‌کنندگان وفادار مانده و همه قوانین مصوب آنها و به طور کلی اعمال آنها در قوه مقننه در راستای تضمین اعمال حقوق بنیادین و آزادی‌های شهروندان باشد. به بیان واضح‌تر، فرایند «دموکراتیک» بودن انتخاب اعضای قوه مقننه، ضامن «دموکراتیک بودن» غیرقابل خدشه و دائمی اعمال و تصمیمات آنان نیست.

استدلال دوم برای کنترل قضایی، توسل به «اصول»^{۱۰} است. براساس استدلال «دورکین» این فرض را که همه تصمیمات سیاسی، از جمله تفسیر قانون اساسی، باید بر مبنای نظر اکثریت اتخاذ شود باید به کنار نهاد. بر مبنای مدل «اکثریتی» چه بسا حقوق و آزادی‌هایی همچون آزادی بیان و

9. Holmes, S. "Constitutionalism", in Lipset, S.M. (ed.), *The Encyclopedia of Democracy*, (London: Rutledge, 1995), p.301.

10. Principles.

آزادی حزب، به وسیله نظرات اکثریت و اعمال نمایندگان آنان تضييع گردد؛ چرا که هر آن چه اکثریت بخواهد در قانونگذاری اعمال می‌شود و چه بسا اکثریت واجد دیدگاهی تحدیدکننده نسبت به حقوق و آزادی‌های اقلیت اعم از مذهبی، سیاسی و اجتماعی باشد. چنین ملاحظاتی سبب گردیده تا صاحب‌نظرانی همچون «دورکین» مروج مدل متفاوتی از دموکراسی تحت عنوان «دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی»^{۱۱} یا لیبرال دموکراسی گردند. در واقع به نظر «دورکین» کنترل قضایی قانون می‌تواند به عنوان «رویه مؤثری برای دفاع از حقوق بنیادین» توجیه شود. به نظر وی «دموکراسی بر این نکته که قضات حرف آخر را بزنند اصرار نمی‌کند، اما اصراری هم بر این که حرف آخر با آنها نباشد ندارد».^{۱۲} بدین ترتیب می‌توان به اعمال دموکراسی در عین شناسایی صلاحیت دادگاه‌ها در مورد تضمین قضایی حقوق و آزادی‌های بنیادین اطمینان داشت. از سوی دیگر نمی‌توان بنا بر شناسایی صرف حقوق و آزادی‌ها در قانون اساسی، از اعمال اصولی آن در رویه‌های اتخاذ شده توسط قوای حکومتی و همچنین ضمانت حقوق و آزادی‌های اساسی اطمینان خاطر داشت، چرا که اصول قانون اساسی «خود-تیین»^{۱۳} نیستند؛ بدین معنی که قانون اساسی خود اصول، ابهامات و نارسایی‌های خود را شفاف نمی‌سازد، بلکه نیازمند مرجع تفسیری برای این امر است. همچنین حق‌های مندرج در قانون اساسی «خود-تعیین»^{۱۴} نیستند، از همین رو تشخیص دامنه شمول آنها

11. Constitutional Democracy.

12. See Dworkin, R. "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise", in *Freedom's Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1996), p.7, quoted from: Barendt, op.cit., pp.23-24.

13. Self-Clarifying.

14. Self-Specifying.

و گستره اعمال و محدودیت‌های حقوق، موضوعاتی قابل بحث و جدل هستند که نیازمند مقام صلاحیتدار برای تعیین مصادیق آنها در مواضع اختلافی است. اجرای اصول مندرج در قوانین اساسی مستلزم تفسیر است و این تفسیر در نظام حقوقی ایالات متحده بر عهده قضات است. این کار ویژه را نمی‌توان فرآیندی لزوماً غیر دموکراتیک دانست؛ چرا که قوه قضاییه خود در نظامی تحت نظارت دیگر قوا راجع به تفسیر قانون اساسی تصمیم می‌گیرد. این نظارت متقابل که خود قرائتی سازگار با قواعد و اصول حقوقی و سیاسی از تفکیک قوا است، ضامن جلوگیری از تفاسیر مغایر با اصول دموکراتیک است.

۳-۱. مدل‌های کنترل قضایی

در اینجا به شرح دو مدل اصلی کنترل قضایی می‌پردازیم. به طور کلی نظریه پردازان حداقل دو مدل را برای «سازمان» کنترل قضایی در یک نظام حقوقی شناسایی کرده‌اند که عبارتند از مدل غیرمتمرکز که به «مدل آمریکایی» یا «پراکنده»^{۱۵} نیز معروف است، و مدل متمرکز که به مدل «اتریشی» یا «اروپایی» نیز شهرت دارد.^{۱۶} هر یک از مدل‌های فوق دارای مؤلفه‌ها، نهادها و رویه‌هایی خاص است.^{۱۷}

15. Diffused.

۱۶. در این قسمت از مقاله در ارتباط با شرح مدل‌های کنترل قضایی از اثر زیر بهره برده‌ایم:

Jackson, V.C. and Tushnet, M. *Comparative Constitutional Law*, Part two, (New York: New York Foundation Press, 1999), Chapter VI.

۱۷. گرچه بنا به عقیده صاحب‌نظران، مدل اروپایی خود بر گرفته از مدل آمریکایی کنترل قضایی است و تأثیرات مدل آمریکایی بر آن انکار ناپذیر و مشهود است؛ برای دیدن توضیحات بیشتر در این زمینه رک.

Ibid., pp.459-460.

۱-۳-۱. مدل غیر متمرکز کنترل قضایی

مشخصه اصلی این مدل، گستردگی صلاحیت دادگاه‌ها برای قضاوت در موضوعاتی از طیف‌های مختلف است. به ترتیبی که می‌توان دادگاه‌ها را «دارای صلاحیتی عام»^{۱۸} دانست که درباره موضوعاتی مرتبط با «کامن لا»، قوانین موضوعه، و موضوعات مربوط به قانون اساسی در دعاوی تحت رسیدگی‌شان واجد صلاحیتند.^{۱۹} به عنوان نمونه در ایالات متحده، دادگاه‌ها با ملاحظه «اصل وحدت در نظام قضایی» به اعمال کنترل قضایی می‌پردازند و قضات دادگاه‌های عادی همانند قضات دیوان عالی در مورد انطباق اعمال قوای مقننه و مجریه با قانون اساسی اظهار نظر می‌نمایند.^{۲۰} در نظام حقوقی آمریکا، «نظارت و کنترل بر مبنای قانون اساسی»^{۲۱} به عنوان یک اصل پذیرفته شده است و همه اختلافات - صرف نظر از ماهیتشان به وسیله دادگاه‌ها و رویه‌های مشابه حل و فصل می‌شوند. بنابراین هیچ رسیدگی ویژه‌ای در رابطه با موضوعات مربوط به قانون اساسی صورت نمی‌گیرد و اساساً هیچ‌گونه «اقامه دعوی بر مبنای قانون اساسی»^{۲۲} وجود ندارد، بلکه در دعاوی‌ای که با مسائلی مرتبط با قانون اساسی مطرح می‌شوند، مانند دیگر دعاوی، «اقامه دعوی» در دادگاه‌های عادی صورت می‌گیرد.^{۲۳}

18. Generalists.

19. Ibid., p.457.

۲۰. هامون، فرانسیس و واینر، سلین، «صبانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده آمریکا»، ترجمه محمد جلالی، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، تابستان ۱۳۸۳، شماره ۲، ص ۱۱۸.

21. Constitutional Review

22. Constitutional Litigation

23. See Favorea, L. "Constitutional Review in Europe", in Henkin, L. and Rosental, A.J. (ed.), *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United State Constitution Abroad*, (1990), quoted from: Ibid., p.461.

نکته قابل توجه دیگر، تقسیم بندی صلاحیت محاکم در کنترل قضایی است. بدین ترتیب که گرچه دیوان عالی از صلاحیت تطبیق قانون ایالتی با قانون اساسی فدرال برخوردار است، اما اگر در دعوی طرح شده، تطبیق یک قانون عادی ایالتی با قانون اساسی ایالت مزبور ضرورت داشته باشد، این فرایند در دیوان عالی آن ایالت صورت می گیرد و تنها اگر از رأی دیوان عالی ایالات تقاضای تجدید نظر گردد، دعوی مزبور جهت بررسی و اعلام رأی به دیوان عالی ایالات متحده ارسال خواهد شد. علاوه بر این، دیوان عالی ایالات متحده صرفاً زمانی به مطابقت قانون عادی با قانون اساسی ایالتی می پردازد که دادگاه های ایالتی یا کنگره یا مجالس مقننه قبلاً تفسیر روشنی از قانون عادی مورد اختلاف ارائه کرده باشند.^{۲۴}

دیگر مشخصه اصلی مدل آمریکایی این است که صلاحیت تفسیر قانون اساسی محدود به یک دادگاه نیست. تفسیر قانون اساسی به وسیله تعداد زیادی از دادگاه های ایالتی و فدرال به عنوان «لازمه ذاتی» فرایند دادرسی تلقی می شود.^{۲۵} در واقع قضات دادگاه های آمریکا با توجه به متن قانون اساسی به عنوان سندی بنیادین، جهت حفظ حقوق و آزادی های بنیادین، در هر دعوی بنا بر اوضاع و احوال خاص پدید آمده، درباره انطباق یا مغایرت مصوبه پارلمان یا مصوبه و تصمیمات قوه مجریه اظهار نظر کرده و تصمیم می گیرند. دیوان عالی ایالات متحده،^{۲۶} به عنوان

۲۴. رک. بهنیا، مسیح، بررسی تطبیقی آیین نامه داخلی کنگره آمریکا (سنا و نمایندگان) با آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، مجتمع آموزش عالی قم (دانشگاه تهران)، ۱۳۸۲، ص ۲۶۸.

۲۵. این مدل در کشورهای نظیر آرژانتین، استرالیا، کانادا، هند و ژاپن نیز معمول است. رک.

Ibid., p.456.

26. U.S. Supreme Court.

عالی‌ترین مرجع قضایی، وظیفه کنترل مصوبات دیگر قوا و دیگر سطوح حکومتی (ایالات) را از جهت تطبیق آنها با قانون اساسی بر عهده دارد، صلاحیتی که دیگر دادگاه‌های فدرال و ایالتی نیز از آن برخوردارند.^{۲۷}

۲-۳-۱. مدل متمرکز کنترل قضایی

مهمترین مشخصه مدل متمرکز یا اروپایی کنترل قضایی، وجود یک دادگاه ویژه تحت عنوان «دادگاه قانون اساسی» با صلاحیت «انحصاری» در خصوص «احکام مبتنی بر قانون اساسی»^{۲۸} است. چنین دادگاهی، برای اولین بار به وسیله قانون اساسی اتریش (مصوب سال ۱۹۲۰) تأسیس شد. امروزه دادگاه‌های قانون اساسی مشابهی در کشورهای نظیر آلمان، فرانسه^{۲۹} و... وجود دارد.^{۳۰} در چنین نظام‌هایی، دادگاه قانون اساسی درباره مطابقت یک قانون با قانون اساسی تصمیم می‌گیرد. در واقع دادگاه‌های قانون اساسی در این مدل برای تصمیم‌گیری راجع به موضوعات مربوط به قانون

۲۷. توضیحات مشروح‌تر درباره این موضوع را به قسمت دوم مقاله وا می‌گذاریم.

28. Constitutional Ruling.

۲۹. برای اطلاع از نظام کنترل قضایی در فرانسه رک. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل؛ بایسته‌های حقوق اساسی، (تهران: یلدا، ۱۳۷۳)، صص ۳۵-۳۴؛ همچنین رک.

Brown, L.B. and Bell, J.S. *French Administrative Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1998). pp.62-86.

۳۰. این نظام در کشورهای چون ایتالیا (۱۹۴۷)، آلمان (۱۹۴۹)، فرانسه (۱۹۸۵)، ترکیه (۱۹۶۱)، یوگسلاوی (۱۹۶۳)، پرتغال (۱۹۷۶)، اسپانیا (۱۹۷۸)، یونان (۱۹۷۹) و... تأسیس شده است؛ رک. شوالیه، ژاک، دولت قانونمند، ترجمه حمیدرضا ملک محمدی، (تهران: دادگستر، ۱۳۷۸)، ص ۸۵؛ همچنین:

Barendt, op cit., p.18.

اساسی «دارای صلاحیت خاص»^{۳۱} هستند؛^{۳۲} بدین ترتیب که تنها صلاحیت این دادگاه خاص، رسیدگی به موضوعات مذکور است.

دلایل مختلفی برای رواج مدل‌های مختلف کنترل قضایی در نظام‌های مذکور وجود دارد که به طور کلی به ویژگی‌ها و مؤلفه‌های آن نظام بازمی‌گردد. به همین ترتیب آثار حقوقی مترتب بر کنترل قضایی در هر مدل متفاوت از دیگری است. از مهمترین این دلایل، نقش متفاوت قضات در دو نظام آمریکایی و اروپایی است. توضیح این که بر اساس دیدگاه یکی از نظریه پردازان، «قضات اروپایی (نظام «سیویل لا»)^{۳۳} نوعاً قضاتی حرفه‌ای هستند که در آموزش‌های حرفه‌ای آنان بیشتر بر مهارت‌های فنی تفسیری تأکید می‌شود تا موضوعات گسترده تر دیگر». این محدودیت از دیدگاهی گسترده‌تر با «بدگمانی به اختیار ذاتی قضات» در سنت اروپای قاره‌ای و در عوض گرایش این سنت به اصل برتری پارلمان^{۳۴} در نظام «کامن لا» (در انگلستان) مرتبط است.^{۳۵} بدین معنی که گسترش اختیار

31. Specialist.

32. Jackson and Tushnet. op.cit., p.457;

۳۳. (Civil Law System)؛ نظام «سیویل لا» در مقابل نظام «کامن لا»، سنت حقوقی رایج در اروپای قاره‌ای است که در آن سنت، قانون موضوعه منبع اصلی حقوق به شمار می‌آید؛ بر خلاف سنت «کامن لا» که تمسیت نظام حقوقی از طریق آرای دادگاه‌ها و عرف صورت می‌پذیرد.

34. Parliamentary Sovereignty.

35. Jackson and Tushnet, op.cit., p.457-458;

البته لازم به توضیح است که در آثار دیگری، مدل‌های متفاوتی راجع به موضوع کنترل قضایی پیشنهاد شده است که از زاویه‌ای متفاوت به این موضوع نگرسته‌اند. مانند طرح دو مدل «تجاوز از اختیارات قانونی» (Ultra Vires) و مدل «کامن لا». مدل اول، «مبنای کنترل قضایی» را «تضمین این امر توسط دادگاه‌ها تلقی می‌کند که اختیار اعطا شده به وسیله پارلمان "حاکم"، فراتر از محدودیت‌هایی که پارلمان مقرر داشته است اعمال نشود»، و بنابراین «اصول کنترل قضایی» تنها آن اصولی هستند که «محدودیت‌های موجود بر اعمال تفویض شده از طرف پارلمان را در قصد صریح یا ضمنی پارلمان

قضات، خصوصاً در ابطال قوانین مصوب پارلمان، همواره موجبات بیم طرفداران دموکراسی را فراهم می‌آورده است. دغدغه اصلی این طیف از صاحب‌نظران سوء استفاده قضات از اختیارات خود در خدشه و نقض قوانین مصوب نمایندگان منتخب مردم بوده است. به همین دلیل است که در اروپا قضات صلاحیت تفسیر قانون اساسی را نداشته و نمی‌توانند تفسیر خود از قانون را اعمال کنند؛^{۳۶} اما در نظام حقوقی آمریکا چنانکه گفتیم وضعیت کاملاً متفاوت است.^{۳۷}

قسمت دوم - کنترل قضایی در ایالات متحده آمریکا

۱-۲. سابقه، مبانی و دلایل موجهه کنترل قضایی

کنترل قضایی مهمترین وجه تمایز قانون اساسی گرایسی آمریکایی است. گرچه دادگاه‌ها کنترل قضایی را تقریباً از ابتدای حاکمیت قانون اساسی در آمریکا اعمال کرده‌اند، اما مسائلی از قبیل توجیحات کنترل قضایی، مشروعیت «اقتدار قضایی»^{۳۸} و حدود و ثغور نفوذ تصمیمات

مشخص می‌سازند. در مدل «کامن لا» اصول کنترل قضایی به عنوان اصولی «مخلوق کامن لا» و به لحاظ قضایی اصولی جهت «تضمین اعمال مناسب اختیارات» تلقی می‌شوند. مبنای اختلاف میان دو مدل مذکور -البته در افراطی‌ترین شکلشان- «حاکمیت پارلمان» و «خلافت قضایی» (Judicial Creativity) است؛ برای دیدن توضیحات بیشتر رک.

Halpin, A. "The Theoretical Controversy Concerning Judicial Review", in Forsyth, C. (ed.), *Judicial Review and the Constitution*, (Oxford: Hart Publishing, 2000), pp.500-501.

36. Ibid., p.464.

۳۷. از دیگر عوامل رواج مدل غیرمتمرکز در نظام حقوقی ایالات متحده، شناسایی دکترین «اعتبار امر مختومه (یا قضاوت شده)» (Decisus Stare "Decided Case") است که در قسمت دوم مقاله بدان پرداخته‌ایم.

38. Judicial Power.

قضایی بر مسائل مربوط به قانون اساسی، همواره موجب طرح مناقشات و مباحث شدیدی میان قضات و حقوقدانان گردیده است.^{۳۹} کنترل قضایی کامل‌ترین توسعه خود را مدیون قانون اساسی مدون آمریکا (مصوب ۱۷۸۹) و قوانین مختلف تفسیرکننده صلاحیت دادگاه‌های فدرال است.

۱-۱-۲. سابقه

کنترل قضایی قوانین توسط قضات از لحاظ مطابقت آنها با قانون اساسی به صراحت در قانون اساسی ایالات متحده پیش بینی نشده است، بلکه نشأت گرفته از رأی صادره در دعوی معروف «مربوری علیه مدیسون»^{۴۰} است که به عقیده یکی از صاحب‌نظران می‌توان آن را «مؤثرترین رأی در تاریخ حقوق اساسی» توصیف کرد.^{۴۱} این رأی در واقع بیانگر «اصل بنیادین برتری قوه قضاییه فدرال» در ارتباط با مسائل مربوط به قانون اساسی است که در ایالات متحده به مثابه «ویژگی بنیادین نظام حقوق اساسی» مورد توجه قرار گرفته است. هرچند اصل سوم قانون اساسی ایالات متحده، به طور صریح به کنترل قضایی اشاره نکرده است، اما به موجب رأی مذکور، دادگاه‌های فدرال واجد صلاحیت «کنترل و اعلام مغایرت قوانین عادی و اعمال اجرایی قوه مجریه فدرال با قانون اساسی» شناخته شده‌اند. بر مبنای یکی دیگر از آرای دیوان عالی، «کنگره همچنین می‌تواند مجوز کنترل دادرسی‌های عالی‌ترین دادگاه هر ایالات درباره

39. Gunther, G. "Judicial Review", in Levy, L.W. and Karst, K.L. (ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Vol. 5, (New York: Macmillan Reference USA, 2000), p.1472.

40. "Marbury v. Madison".

41. Barendt, op.cit., p.19.

موضوعات مربوط به قانون فدرال»^{۴۲} را به دیوان عالی اعطا کند.^{۴۳} بنابراین، توجیه کلاسیک مارشال درباره اصل کنترل قضایی، بر مبنای اصول مدون قانون اساسی ایالات متحده استوار بوده و مطابق با اصل «قانون اساسی گرایی»^{۴۴} است.^{۴۵}

اما در این قسمت به توضیح دعوی «مربوری علیه مدیسون» و استدلالهای «قاضی مارشال» (رئیس وقت دیوان عالی) می‌پردازیم. در سال ۱۸۰۳ پس از انتخاب «توماس جفرسون» به ریاست جمهوری (از حزب مخالف فدرالیست، یعنی دموکرات جمهوریخواه)، «جان آدامز» رئیس جمهور پیشین، مدتی قبل از استقرار رئیس جمهور جدید اقدام به انتصاب دو مقام نمود: وزیر خود «مارشال» را به ریاست دیوان عالی ایالات متحده منصوب کرد و همچنین «مربوری» را به عنوان قاضی صلح در ناحیه فدرال برگزید. گرچه در هنگام آغاز به کار «جفرسون»، حکم انتصاب «مربوری» توسط سنا به تصویب رسیده بود، اما هنوز این حکم برای وی ارسال نشده بود. مربوری از دیوان عالی خواست بر اساس «قرار مندوس»^{۴۶} به رئیس دیوان دستور دهد تا حکم انتصاب او را ابلاغ کند. در

42. Federal Law.

43. "Martin v. Hunter's Lessee", 14 U.S. 304(1816); quoted from: Sadler, R.A. "Source of Constitutional Law", 12 in Sadler, R.A. (ed.), *International Encyclopedia of Laws*, (London: Kluwer Law International, 2000), p.69.

44. Constitutionalism.

45. See Gunther, op.cit., p.1472.

۴۶. (Writ of Mandamus) قرار خاصی است که به موجب آن دادگاه، فرد یا هیأتی را به ایفای وظیفه خود مجبور می‌سازد. در این دعوی مربوری از دیوان درخواست کرد که بر اساس یک قانون فدرال تحت عنوان قانون دادرسی (Judiciary Act of 1789) چنین قراری را صادر کند؛ رک. داوید، رنه و اسپینوزی، کامی ژوفره، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص سید حسین

رای «قاضی مارشال» گرچه انتصاب قطعی «مربوری» به سمت قاضی صلح پذیرفته شده است، اما با این وجود طبق این رای، دیوان عالی فاقد صلاحیت صدور «قرار مندموس» شناخته شده است، چرا که طبق قانون اساسی ایالات متحده، دیوان عالی، جز در مورد خاص، صرفاً یک دادگاه استینافی است. به نظر «مارشال» قانون مورد استناد «مرسوری» (قانون دادرسی ۱۷۸۹) که مراجعه مستقیم اشخاص به دیوان عالی و درخواست صدور دستوراتی به مقامات اداری از طرف این نهاد را میسر می‌ساخت، ناقض اصل مذکور در قانون اساسی بود. بدین ترتیب در این دعوی دیوان عالی، قانونی که بر اساس آن اختیاراتی برای دیوان مقرر شده بود را مغایر با قانون اساسی دانست و بدین ترتیب اصل کنترل قضایی از قرن نوزدهم به بعد جزء یکی از اصول مهم قانون اساسی ایالات متحده شناخته شد.^{۴۷}

در دعوی «مربوری علیه مدیسون» قاضی مارشال باید یکی از این دو گزینه را برمی‌گزید؛ اول پایبندی به لوازم یک دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی و خصوصاً شناسایی اختیارات وسیع برای دادگاه‌ها در اعمال آن (هرچند علیه نهادهای عالی قانونگذاری فدرال باشد)، و گزینه دیگر مبنی بر کاهش اقتدار قانون اساسی از طریق محدود کردن دادگاه‌ها در قالب الزام آنها به اعمال همه مصوبات قانونی کنگره فدرال. در این دعوی مارشال اظهار داشت: «مخالفت با این اصل که قضات می‌توانند، و حتی

صفایی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱)، صص ۲۸۲-۲۸۱؛ استدلال اصلی ویلیام مربوری این است که این قانون به دیوان عالی صلاحیت ذاتی صدور چنین قراری را اعطا می‌کند؛ برای دیدن توضیحات بیشتر رک. Segal, J.A. and Spaeth, H.J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, (New York: Cambridge University Press, 2001), p.21.

۴۷. شرح رای مذکور با اقتباس از این اثر ارائه شده است؛ داوید و اسپینوزی، پیشین، صص ۲۸۲-۲۸۱.



۵. وجود یک رویه محدود کننده به وسیله وضع قوانین، به عنوان مانعی مؤثر بر مفهوم اراده-محور قانون^{۵۰} (نظریه‌ای که قانون را منبعث از اراده حاکم می‌داند).

کنترل قضایی، یکی از مهمترین ابزارهای اعمال حاکمیت قانون است. بدین ترتیب که اگر مهمترین کار ویژه حاکمیت قانون را ممانعت از اعمال خودسرانه قدرت بدانیم، کنترل قضایی ابزار مؤثر چنین کنترلی محسوب می‌شود. همانطور که «دایسی» معتقد است، هر جا اختیاراتی وجود دارد، امکان اعمال خودسرانه آن نیز وجود دارد.^{۵۱} اما در صورت وجود قواعد الزام آور عام رفتاری و از قبل تعیین شده و اعمال آنها در شرایط مشابه برای همگان به نحو برابر، می‌توان ضوابطی روشن، عام و لازم الاجرا را برای ضابطه‌مندی بیشتر حکومت و کاستن از اعمال خودسرانه قدرت و اختیارات تعریف و اجرا نمود.

کنترل قضایی، ساز و کار اصلی تحدید حکومت است که به وسیله قضات در قوه قضاییه اعمال می‌شود. در اغلب کشورها علی‌رغم رواج نظام‌های متنوع سیاسی و حقوقی، کنترل قضایی مصوبات قوه مقننه و تصمیمات و مقررات قوه مجریه امری پذیرفته شده است. اهمیت کنترل

50. See Sartori, G. *The Theory of Democracy Revisited*, (New Jersey: Chatham House, 1987), p.303, quoted from: Li, B. "What is Constitutionalism?", *Perspective*, Vol. 1, No.6; Available online at: <http://www.oycf.org>.

همچنین برای دیدن توضیحاتی راجع به «حاکمیت قانون» رک. زارعی، محمدحسین، «حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی»، نامه مفید، شماره ۲۶، تابستان ۱۳۸۰، صص ۶۸-۵۱، مرکزی مالگیری، احمد، حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی، برداشت‌ها، (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، در دست انتشار).

51. See Dicey, A.V. *An Introduction to the Law of the Constitution*, Published in 1885, 10th edn. edited by Wade, E.C.S., (1959), p.188.

قضایی در نظام‌های دموکراتیک محصول طرز تفکری است که دادگاه‌ها را ضامن اصلی حاکمیت قانون می‌داند. گرچه در دموکراسی‌های امروزی، گریزی از تفویض اختیارات گسترده به مقامات قوه مجریه از طرف قوه مقننه - اغلب با کم توجهی به خطر سوءاستفاده از آنها - نیست، اما با این وجود، دادگاه‌ها نهادی تلقی می‌شوند که باید در جهت برقراری تعادل بین کارآمدی و سرعت عمل قوه مجریه و ضرورت دفاع از حقوق شهروندی در مقابل حکومت خودسرانه ایفای نقش کنند.^{۵۲} حاکمیت قانون مستلزم پاسخگویی مقامات عمومی و در معرض مجازات‌های مؤثر قرار گرفتن آنها در صورت نقض قانون است.

۲-۱-۲-۲. وجود قانون اساسی مدون و شناسایی اصل برتری قانون اساسی^{۵۳}

چنانکه گفتیم مفهوم کنترل قضایی ارتباطی همه جانبه با قانون اساسی مدون و اصل برتری قانون اساسی دارد. از چشم‌اندازی تاریخی، چنانکه «کلی» می‌نویسد، گرچه ظهور نخستین سند مدونی که عملاً در پی تعیین کارکردها و روابط میان نهادهای دولت باشد، و یا حتی سندی که قصد بنیانگذاری یک دولت را داشته باشد، در کشور سوئد (در سال ۱۷۷۲) بوده است،^{۵۴} اما در آمریکا بروز یک «بحران» منشأ اصلی ظهور قانون اساسی

52. Wade and Forsyth, op.cit., p.25.

53. Constitutional Supremacy.

۵۴. به نوشته کلی، پادشاه سوئد «گوستاو سوم» در سال ۱۷۷۲ با توسل به کودتا بر علیه اشراف، پارلمان (Riksdag) را ملزم به پذیرش قانون اساسی در شکل سندی واحد نمود. رک. کلی، جان موریس، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، (تهران: طرح نو، ۱۳۸۲)، ص ۴۱۱.





اصل حاکمیت مردم در قانون اساسی ایالات متحده نیز نمودی چشمگیر دارد. در پایان مجمع قانون اساسی آمریکا (سال ۱۷۸۷)، نمایندگان کمیته‌ای را به ریاست «موریس» برگزیدند تا همه تصمیمات مجمع را به شکلی صریح و یکدست به نگارش درآورد. از جمله تغییراتی که «کمیته موریس» در نگارش تصمیمات مجمع انجام داد این بود که این کمیته نخستین جمله مصوبه مجمع قانون اساسی را که با عبارت «ما، مردم ایالات کارولینای جنوبی، ویرجینیا، ماساچوست و ...» شروع شده بود به عبارت «ما مردم ایالات متحده» تغییر داد. با این تغییر، قانون اساسی دیگر نه میثاقی میان ایالات، بلکه به عنوان میثاقی میان مردم تبلور یافت.

با توجه به ارزشی که برای قانون اساسی در نظام حقوقی - سیاسی ایالات متحده ذکر شد، این نکته قابل درک است که صاحب‌نظران حقوقی این نظام به دنبال مناسب‌ترین راهکار جهت اجرای آن و لغو هر گونه رفتار و تصمیمات مخالف با آن برآمده باشند.^{۶۱} قانون اساسی در بر گیرنده انواعی از روش‌های غیرمستقیم برای نظارت و کنترل نمایندگان سیاسی مردم است. برای قانون اساسی‌گرایی، وجود مبنای حقوقی شفاف‌ی که برای حکومت طراحی شده است ضروری است. این مبنای حقوقی اولاً به وسیله قانون اساسی غیرقابل تفسیر از طریق قانونگذار قانون عادی و ثانیاً به وسیله

۶۱. به لحاظ تاریخی توجه به این نکته مفید به نظر می‌رسد که گرچه ظهور اولین نمونه واقعی کنترل یک قانون موضوعه توسط دادگاه از لحاظ مطابقت با قانون اساسی مدون به زمان طرح دعوی آمریکایی "Marbury v. Madison" در سال ۱۸۰۳ باز می‌گردد (موضوع بحث در گفتارهای آتی همین تحقیق)، اما بر اساس نظر «کلی» برای نخستین بار در دهه ۱۷۶۰ در فرانسه بود که گروهی از نویسندگان «روشنگری» که به «فیزیوکراتها» شهرت داشته و توجه اصلی خود را معطوف به اقتصاد کرده بودند، ادعا کردند که قضاوت پیش از اجرای قوانین می‌بایستی از مطابقت واقعی آنها با «حکام قوانین طبیعی نظام اجتماعی» و «عدالت» اطمینان حاصل کنند؛ رک. کلی، پیشین، ص ۴۱۴.

سازوکاری جهت جلوگیری از نقض آن، لازم الاجرا می‌گردد.^{۶۲} کنترل قضایی، مهمترین ابزار دفاعی برای اجرای چنین اندیشه‌ای است، چرا که به نظر قائلین به این نظریه، «برتری قانون اساسی زمانی واقعی است که اعمال آن به وسیله مراجعی کنترل شود».^{۶۳} امروزه این امر به نحو گسترده‌ای پذیرفته شده است که قانون اساسی ایالات متحده آمریکا منجر به برتری مجموعه‌ای از اصول و قوانین لازم‌الاجرا می‌گردد که تنها از طریق اعمال کنترل قضایی به شیوه مرسوم در آن نظام حقوقی قابل تضمین است.

بنابراین لازمه شناسایی قانون اساسی به عنوان قانون برتر، به رسمیت شناختن کنترل قضایی است. از این روست که مارشال در اظهار نظری، پس از اشاره به این نکته که قانون اساسی «منبع عالی حقوق حاکم» بوده و از طریق عادی غیرقابل تغییر است، این اصل که قانون اساسی بدون «منبع اساسی و حاکم بر حقوق ملت» است را اصلی بنیادین فرض نموده و قانون عادی مغایر با آن را باطل می‌داند. همچنین وی وظیفه قوه قضاییه را در موارد مغایرت میان دو قانون عادی و قانون اساسی، ترجیح قانون اساسی ذکر می‌کند؛ چنانکه می‌نویسد: «پس اگر قانونی مخالف قانون اساسی باشد، و اگر آن قانون و قانون اساسی، هر دو در مورد خاصی قابل اجرا باشند، به طوری که دادگاه ناگزیر باشد یا به موجب قانون عادی (و بدون توجه به قانون اساسی) و یا طبق قانون اساسی (و بدون رعایت قانون عادی) حکم کند، در این صورت دادگاه باید تعیین کند که کدام یک از

62. Holmes, op.cit., p.301.

63. Jackson and Tushnet, op.cit., p.460.





برداشت‌های متفاوت صاحب‌نظران مذکور از اصل تفکیک قوا و نظر پذیرفته شده مندرج در قانون اساسی، در بردارنده نکات مفیدی برای درک و فهم عمیق‌تر نظام کنترل قضایی در ایالات متحده است.

مونتسکیو در اثر مشهورش «روح القوانین» قوای سه‌گانه را در قالب قوای مقننه، مجریه و قضاییه تعریف می‌کند. دغدغه اصلی مونتسکیو در این نظریه دفاع از آزادی‌های فردی بوده است. به نظر او «وقتی قوه مقننه و قوه مجریه... در اختیار یک شخص واحد یا هیأتی که زمامدار هستند قرار گرفت دیگر آزادی وجود نخواهد داشت، زیرا باید از این ترسید که آن شخص یا آن هیأت قوانین جابرانه وضع کند و جابرانه هم به موقع اجرا گذارد و همچنین اگر قوه قضایی از قوه مقننه و مجریه مجزا نباشد باز هم آزادی وجود ندارد، چه آنکه اختیار نسبت به زندگی و آزادی افراد خودسرانه خواهد بود...»^{۷۲}

اما دو برداشت متفاوت از نظریات وی مورد توجه ما در این مقاله است. پیش‌فرض‌های متفاوت هر برداشت منجر به شکل‌گیری مدل‌های متفاوتی از کنترل قضایی نیز گردیده است: یکی تفکیک مطلق یا غیرقابل انعطاف قوا و دیگری تفکیک نسبی یا قابل انعطاف قوا. در تفکیک مطلق قوا، که بنا به نظر عده‌ای برداشت درست از نظر مونتسکیو است، قاعده این است که «هیچ شاخه‌ای نباید بیش از وظایف سه‌گانه حکومتی را اعمال کند».^{۷۳} این نظر که «ضد فدرالیست‌ها» (منتقدین قانون اساسی ایالات

ابداع جمهوری مدرن، ترجمه محمدعلی موسوی فریدنی، (تهران: شیرازه، ۱۳۸۰)، از این مقاله در توضیح اندیشه «ضد فدرالیست‌ها» در نقد قانون اساسی آمریکا بهره برده‌ام.

۷۲. مونتسکیو، شارل دو، روح القوانین، ترجمه علی اکبر مهتدی، (تهران: امیرکبیر، ۱۳۶۲)، ص ۲۹۷.

۷۳. مانتن، پیشین، ص ۶۸.

متحده) معتقد بدان بودند بر این محور استوار است که هر شاخه از حکومت تنها باید یک وظیفه را عهده‌دار گردد و وظایف و اختیارات قوای سه‌گانه با خطوطی روشن از یکدیگر تفکیک شود. اما قائلین به نظریه تفکیک نسبی قوا، تفکیک وظایف و اختیارات قوا را امری غیرممکن و نامطلوب می‌دانستند. این صاحب‌نظران، از جمله فدرالیست‌ها یا بنیانگذاران قانون اساسی آمریکا، برای تمشیت روابط قوای سه‌گانه تدبیری تحت عنوان نظام «نظارت و تعادل»^{۷۴} را مناسب‌تر دیدند.^{۷۵} در چنین نظامی روابط قوا به گونه‌ای تنظیم می‌شود که با وجود تفکیک کم و بیش روشن وظایف و اختیارات، هر یک از قوا از ابزارهایی برای کنترل و تعدیل شاخه‌دیگر بهره‌مند است. این ابزارها عمدتاً همان اختیاراتی است که در نظام تفکیک مطلق قوا جزء وظایف آن شاخه محسوب نمی‌شود. در نظام نظارت و تعادل، قدرت میان قوای سه‌گانه «تقسیم» نمی‌شود، بلکه هر قوه وظایف خاص خویش را به دور از «مداخله» دیگر قوا اعمال می‌کند. توضیح بیشتر اینکه طرفداران این نظام، میان مفهوم «دخالت»^{۷۶} و مفهوم «نظارت»^{۷۷} قائل به

74. Check and Balance.

۷۵. شاید بتوان گفت از مفهوم «نظارت و تعادل» برای نخستین بار در انگلستان در قرن هفدهم سخن گفته شد. هرینگتون (Harrington) در سال ۱۶۵۶ معتقد بود که حاکمیت قانون مستلزم ایجاد تعادل واقعی میان قوایی است که قادر به نظارت بر یکدیگر باشند. «جان لاک» را نیز می‌توان نخستین صاحب‌نظری دانست که به کارکرد قانون اساسی مبتنی بر نظام نظارت و تعادل اشاره کرده است؛ رک. خوهرروی پاک، محمدرضا، نقدی بر فدرالیسم، (تهران: شیرازه، ۱۳۷۷)، ص ۶۷؛ همچنین برای مطالعه راجع به سیر تحول مفهومی تفکیک قوا و همچنین مبانی تفکیک و تعامل قوا، رک. زارعی، محمدحسین، «حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۰، پاییز - زمستان ۱۳۸۳، صص ۲۰۲-۱۵۵.

76. Interference or Intervention.

77. Supervision or Monitoring.





بی اعتبار اعلام می کنند و لذا از این جنبه قدرت آنها بر قدرت قانونگذاری تفوق می یابد.^{۷۹} از این دیدگاه، این موضوع که دامنه صلاحیت قوه مقننه چیست، در حیطه وظایف قوه قضاییه نیست، بلکه صلاحیت قوه قضاییه محدود به تعیین مصادیق قوانین و تفسیر و اعمال آنها در موارد و قضایای خاص است.

دغدغه ضد فدرالیست ها خصوصاً انتقاداتشان بر نقش و اختیارات گسترده دیوان عالی ایالات متحده کم و بیش قابل درک است. اینکه در یک نظام دموکراتیک نماینده سالار، حدود اعمال و تأثیر این نمایندگی وابسته به اراده اکثریت آرای یک جمع نه نفره از قضات غیر انتخابی و مادام العمر باشد، مستلزم ارائه دلایل موجهه قانع کننده و مستدل است. در واقع، گرچه معمولاً ادعای قضات دیوان عالی این است که تصمیمات آنان «سیاستگذاری» محسوب نمی شود و آنها صرفاً مفسر قانونند، اما حقیقت این است که بر اساس اظهارنظر یکی از رؤسای دیوان عالی «گرچه ما همه تابع یک قانون اساسی هستیم، اما این قضات هستند که می گویند قانون اساسی چیست».^{۸۰} بدین ترتیب نقش برتر دادگاهها در نظام مورد بحث واقعی غیر قابل انکار است و این امر، از نظر ضد فدرالیست ها و منتقدان قانون اساسی آمریکا با آموزه های دموکراسی اکثریتی مغایر است.

79. See H.J. Storing, (ed.), *The Complete Anti-Federalist*, Vol II, 9, (Chicago: 1981).

به نقل از: مآتن، پیشین، ص ۶۷.

80. Ducat, C. and Chase, H. *Constitutional Interpretation*, (New York: West, 1988), p.3, quoted from: *Ibid*.

نکته دیگر مورد توجه ضد فدرالیست‌ها این بود که تصویب یک منشور حقوق^{۸۱} سبب انتقال قدرت از سیاستمداران انتخابی به قضات انتصابی می‌گردد؛ چرا که تصویب یک منشور حقوق بالتبع باعث افزایش اختیارات قضاتی خواهد شد که نقش ناظر را در اعمال این حقوق و آزادی‌ها ایفا می‌کنند و شناسایی این نقش حیاتی چه بسا برای دموکراسی مضر باشد.^{۸۲} شاید به عقیده آنها اگر ترتیبات قانون اساسی نقش کنگره را در تنظیم و تضمین اعمال حقوق و آزادی‌ها برجسته‌تر می‌نمود، دموکراسی نیز کمتر دستخوش تهدید و آسیب می‌گردید.

پس از طرح دیدگاه ضد فدرالیست‌ها اکنون به طرح پاسخ‌های فدرالیست‌ها یا طراحان قانون اساسی ایالات متحده می‌پردازیم. چنانکه گفتیم فدرالیست‌ها با برتری مطلق کنگره از طریق پذیرش بی قید و شرط مصوبات آن در نظم حقوقی، حتی در صورت مغایرت با قانون اساسی، مخالف بودند. شناسایی صلاحیت قوه قضاییه در کنترل قضایی مصوبات کنگره از لحاظ مطابقت با قانون اساسی که مهمترین اصل مورد اعتراض مخالفان قانون اساسی بود، بدین ترتیب توجیه می‌شود که این کنترل تأمین‌کننده برتری قانون اساسی بر کلیه قوانین و مصوبات حکومتی است. اگر کنگره خود قاضی رسیدگی کننده به مطابقت یا مغایرت قوانین

۸۱. (Bill of Rights)؛ به ده اصلاحیه نخستین قانون اساسی آمریکا «منشور حقوق» گفته می‌شود؛ برای دیدن توضیحات بیشتر رک.

Levy, L.W. "Bill of Rights (United State)", in Levy and Karst, op.cit., vol. 2, pp.125-178.

۸۲. Livingston, S. "Judicial Review as Dialogue", in Cotran, E. and Sherif, O. **Democracy, the Rule of Law and Islam**, (London: Kluwer Law International, 1999).

اساسی، از جمله اصول تفکیک قوا و «رعایت تشریفات قانونی»، است. به نظر مدیسون «منافع اتحاد دو شاخه ضعیف‌تر مجریه و قضاییه بر علیه قوه مقننه، بر هر گونه خدشه بر یک اصل انتزاعی [تفکیک قوا] مرجح است». حتی شناسایی صلاحیت قانونگذاری برای قوه قضاییه، براساس نقد ضد فدرالیست‌ها، کمتر از این امر قابل اعتراض است که «به قوه مجریه نیز علاوه بر قوه مقننه مجوز قانونگذاری دهیم».^{۸۶} بدین ترتیب است که فدرالیست‌ها از میان دو شر، یکی قدرت چشمگیر قوه قضاییه و دیگری به رسمیت شناختن صلاحیت قانونگذاری قوه مجریه، اولی را کم خطرتر و پر منفعت‌تر دانسته و تالی فاسدهای آن را به مراتب کمتر ارزیابی کرده‌اند.

نکته دیگری که در خصوص عدم مغایرت نقش اساسی قوه قضاییه و خصوصاً دیوان عالی با آموزه‌های دموکراتیک قابل طرح است، نقش کنگره در انتخاب قضات دیوان عالی است. بدین ترتیب که بر اساس قانون اساسی ایالات متحده گرچه رئیس جمهور، قضات دیوان عالی را برمی‌گزیند، اما انتصاب آنها با رأی مجلس سنا امکان پذیر است. این ساز و کار در واقع نمودی از نظام نظارت و تعادل در ایالات متحده است. بدین ترتیب که قوای مجریه، مقننه و قضاییه یکدیگر را کنترل می‌کنند. علاوه بر نمونه فوق در انتخاب قضات دیوان عالی، می‌توان به نمونه‌های دیگری نیز در نظام مورد بررسی اشاره کرد؛ از جمله اینکه گرچه اعلام جنگ با کنگره است، اما رئیس جمهور فرماندهی نیروهای مسلح را بر عهده دارد. همچنین رئیس جمهور می‌تواند قوانین مصوب کنگره را وتو نماید، در عوض کنگره می‌تواند این وتو را با اکثریت دو سوم نادیده

86. Quoted from: Rankova, op.cit., p.9.

بگیرد.^{۸۷} بنابراین می‌توان به نحوی همکاری قوای مجریه و مقننه را در انتخاب قضات دیوان عالی در نظام نظارت و تعادل، برآورده‌کننده اهداف اندیشه‌های دموکراتیک تلقی نمود.

از سوی دیگر ترکیب قضات دیوان عالی و همچنین شیوه انتخاب آنها در ایالات مختلف، در سالهای اخیر دستخوش تغییراتی گردیده است که می‌تواند در خصوص سازگاری قدرت قوه قضاییه در نظام حقوقی امریکا با اندیشه‌های دموکراتیک مورد توجه قرار گیرد. از جمله اینکه رئیس جمهور ملاحظاتی را در انتخاب قضات دیوان مدنظر قرار می‌دهد که در بردارنده اندیشه‌های برابری و مشارکت گروه‌ها و اقلیت‌های دینی و نژادی در ترکیب دیوان عالی است. به عنوان نمونه امروزه حضور یک قاضی یهودی و یک قاضی کاتولیک در ترکیب دیوان به مثابه یک سنت پذیرفته شده است و همچنین از سال ۱۹۶۷ همواره یکی از قضات دیوان عالی از نژاد سیاه انتخاب گردیده است. دو زن نیز تاکنون به سمت قاضی دیوان عالی برگزیده شده‌اند که دومین مورد آن مربوط به سال ۱۹۹۳ می‌باشد.^{۸۸}

از سال ۱۹۹۹ در شانزده ایالت آمریکا، همه قضات، انتخابی و در هفت ایالت اغلب قضات انتخابی هستند. در هفده ایالت نیز قضات عالی‌رتبه ابتدا نصب ولی سپس بوسیله آرای مردمی انتخاب می‌شوند. علاوه بر این، در چهار ایالت قضات طبق آیین خاصی قابل عزل هستند.^{۸۹} بر این اساس

87. See Wroe, A.J. "Separation of Powers", in Clark, P.B and Foweraker, J. (ed.), *Encyclopedia of Democratic Thought*, (London: Routledge, 2001), p.649.

۸۸. هامون و واینر، پیشین، ص ۱۱۹.

۸۹. مطابق با این آیین اگر تعداد معینی از رأی دهندگان شکواییه‌ای درخصوص عزل یک قاضی امضا نمایند، انتخابات ویژه‌ای برای تعیین تکلیف درباره ادامه خدمت یا عزل قاضی مزبور از سمت قضاوت برگزار خواهد شد. اگر اکثریتی از رأی دهندگان به عزل وی رأی دهند، قاضی مزبور از سمت خویش

است که «رنی» مدعی است در ایالات متحده امریکا، بیش از هر کشور دیگری، شاید جز سوئیس، کنترل مستقیم مردمی بر نحوه گزینش و ادامه به خدمت قضات وجود دارد.^{۹۰}

نکته دیگری را که می‌توان در پاسخ به ادعای غیردموکراتیک بودن کنترل قضایی مطرح کرد این است که دموکراسی صرفاً به معنای حکومت اکثریت نیست، بلکه دموکراسی نظامی اجتماعی - سیاسی است که در آن نظام حکومت، حقوق بنیادین انسانی را شناسایی نموده و سازوکارهای تضمین آنها را فراهم می‌نماید. در این مفهوم از دموکراسی، قضات ضامن پشتیبانی حقوق و آزادی‌های بشر و اصول غیرقابل خدشه دموکراسی‌اند، نه حافظ اراده زودگذر موقتی و هیجانات اکثریت یا خواسته‌ها و اهداف احزاب سیاسی مسلط و قدرتمند رقیب.^{۹۱}

۲-۳. کارکردهای دیوان عالی ایالات متحده

۱-۳-۲. تأثیر بر سیاستگذاری عمومی

چنانکه گفتیم، قوه قضاییه در ایالات متحده از قدرتی فوق العاده بهره‌مند بوده و بالتبع قضات نیز عملاً از اقتدار در سیاستگذاری برخوردارند. دلایل چنین اقتداری را می‌توان در پنج اصل حقوق بنیادین، بی‌اعتمادی به قدرت حکومت، فدرالیسم، تفکیک قوا و کنترل قضایی خلاصه کرد.^{۹۲} قوه

عزل خواهد گردید، اتفاقی که در سال ۱۹۷۶ برای «برد» (Bird) رئیس دیوان عالی کالیفرنیا رخ داد؛ به نقل از: رنی، آستین، حکومت، ترجمه لی لا سازگار، (تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۴)، ص ۴۶۲.
۹۰. به نقل از: همانجا.

۹۱. در ارتباط با مفاهیم دموکراسی رک. زارعی، محمدحسین، «فرایند مردمی شدن، پاسخگویی و مدیریت دولتی»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال سوم، شماره نهم، بهار و تابستان ۱۳۸۰.

92. Segal and Spaeth, op.cit., p.12.

قضاییه با انواع مختلفی از سیاستگذاری‌های قضایی نقش به‌سزایی در تمشیت و سازماندهی امور حکومتی ایفا می‌کند؛^{۹۳} عامل اصلی این سیاستگذاری، دیوان عالی و دادگاه‌های عالی ایالات هستند. تا سال ۱۹۹۹، دیوان عالی بیش از یکصد و سی و پنج قانون مصوب فدرال و بیش از یکهزار و دویست قانون ایالتی را بر اساس این اختیار بی‌تأثیر کرده است. بدین ترتیب تصمیمات دیوان عالی درباره مسائل مربوط به قانون اساسی، علاوه بر سابقه الزام‌آوری که برای همه دادگاه‌ها در ایالات متحده ایجاد می‌کند، در سطح ملی نیز تأثیرگذار است.^{۹۴}

گرچه همه دادگاه‌های فدرال و ایالتی از صلاحیت بررسی اعمال حکومت از جهت مطابقت آنها با قانون اساسی برخوردارند، اما دیوان عالی به عنوان عالی‌ترین دادگاه ایالات متحده، نقش قابل توجهی در سیاست‌های کلی و جهت‌دهی به قوه قضاییه ایفا می‌کند. این کارویژه از طریق تفسیر قانون اساسی فدرال توسط دیوان عالی ایالات متحده صورت می‌گیرد. گرچه همه دادگاه‌ها از این صلاحیت برخوردارند، اما دیوان عالی به سبب بهره‌مندی از جایگاه ممتاز و خصوصاً قضات با تجربه و ذی‌نفوذ، از تفسیر به عنوان ابزاری مؤثر برای تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندان استفاده می‌کند. برخی از اصول قانون اساسی فدرال، مانند قوانین اساسی دیگر کشورها، در قالب برخی عبارات مبهم تنظیم شده‌اند (مانند اصلاحیه چهارم

۹۳. یکی از نویسندگان، انواع سیاستگذاری قضایی را بدین ترتیب برشمرده است: سیاستگذاری‌های مربوط به قانون اساسی، سیاستگذاری جبرانی (Remedial Policymaking) سیاستگذاری مربوط به تفسیر قانون، سیاستگذاری نظارت بر اعمال اداری و سیاستگذاری تکمیلی. برای دیدن تعریف هر یک از انواع سیاستگذاری‌های مذکور و همچنین عوامل سیاستگذاران اصلی، مبنای قانونی و بررسی تاریخی آنها رک. Tarr, G.A. *Judicial Process and Judicial Policymaking*, (London: Wadsworth, 1999), p.285.

94. Ibid. pp.286-287

قانون اساسی در مورد «تعقیب و بازداشت غیرعقلایی» و یا عبارت «حمایت برابر قانونی»^{۹۵} در اصلاحیه‌های پنجم و چهاردهم قانون اساسی). اصول قانون اساسی «آن چنان که توسط دیوان عالی تفسیر شده‌اند» هنجارهای لازم الاجرائی محسوب می‌شوند که اعمال قوای مقننه و مجریه فدرال و ایالتی را چارچوب بندی می‌کنند.^{۹۶}

صلاحیت دیوان عالی ایالات متحده در مورد انطباق مصوبات قوای مقننه و قضاییه با قانون اساسی، این نهاد را دارای چنان قدرتی ساخته است که می‌توان گفت تقریباً نظرات این نهاد در همه مسائل مهم سیاسی، اجتماعی و اقتصادی در ایالات متحده نقشی پررنگ و اساسی ایفا می‌کند. گرایش دیوان عالی در طول دوره فعالیتش، متأثر از شرایط سیاسی و اجتماعی آن دوره بوده است؛ در عین حال نظرات دیوان عالی نیز به نوبه خود در جهت‌دهی به سیاست‌های کلی دولت همواره قابل توجه بوده است. برای نمونه می‌توان به رویه اتخاذ شده توسط دیوان عالی در سال‌های پس از جنگ جهانی دوم اشاره کرد که دیوان ضمن مخالفت با مداخله دولت در اقتصاد، با ارائه تفاسیری سازگار با حقوق و آزادی‌های شهروندی، ایالات عضو را در جهت اتخاذ تدابیری برابری‌گرایانه تشویق و تحریک نمود.^{۹۷}

95. "The Equal Protection of the Laws"

96. Sadler, op.cit., p.69.

۹۷. در حالی که دیوان عالی پیش از این تحول، طرفدار نظریه «جدا، اما برابر» درباره مسائل نژادی بود، اما پس از جنگ جهانی دوم با فاصله گرفتن از نظر قبلی خویش، ایالات را برای اتخاذ رویکرد برابری‌گرایانه در مورد مسائل نژادی خصوصاً اختلاط نژادی در محیط‌های آموزشی تحت فشار قرار داد؛ رک. هامون و واینر، پیشین، صص ۱۲۷-۱۲۴. همچنین به عنوان نمونه می‌توان به دو رأی در سال‌های ۱۹۵۴ و ۱۹۵۵ در دعوی "Brown v. Board of Education of Topeka" اشاره کرد که دیوان عالی قوانین و آیین‌نامه‌هایی که دسترسی به برخی مدارس را منحصر به سفیدپوستان یا رنگین پوستان می‌سازند را محکوم می‌کند؛ رک. فرومن، میشل، «حمایت از آزادی و برابری در رویه قضایی دیوان عالی ایالات متحده آمریکا»، ترجمه علی اکبر گرجی، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، تابستان ۱۳۸۳، شماره ۲، صص ۲۰۶-۲۰۵.

از نظر تاریخی، این نقش ممتاز دیوان عالی توسط دیگر نهادهای حکومتی «به لحاظ سیاسی» پذیرفته شده است؛ خصوصاً کارکرد دیوان در ارتباط با «تعریف مفهوم قانون اساسی». در ایالات متحده ساز و کار حکومتی به گونه‌ای طراحی شده است که «از نظر سیاسی قابل تصور نیست» که کنگره یا رئیس جمهور از اجرای آرای دیوان عالی راجع به قانون اساسی طفره روند.^{۹۸} با در نظر گرفتن این کارکرد گسترده و بنیادین است که دورکین دیوان عالی را «محکمه اصول» ذکر کرده است.^{۹۹}

۲-۳-۲. کارکردهای دیوان عالی در نظام فدرالیسم

یکی از مهمترین کارکردهای دیوان عالی ایالات متحده آمریکا، نقش آن به عنوان نهادی تأثیرگذار در نظام فدرالی است. دو مشخصه کلی برای قوانین اساسی کشورهای فدرال قابل ذکر است؛ اول اینکه اختیارات میان مقامات مرکزی یا فدرال و تعدادی از نهادهای ایالتی (یا محلی) توزیع می‌شود. بدین ترتیب که در نظام فدرالی، مقامات فدرال صرفاً واجد برخی از اختیارات اساسی بوده و ایالت‌ها از اختیارات فراوانی خصوصاً در زمینه

98. Ibid., pp.969-970.

99. "The Forum of Principle".

100. Richard, H and Fallon, J. **Implementing the Constitution**. (Cambridge: Harvard University Press, 2001), p.44;

نظریه دورکین یک نظریه «تفسیری» است. نظر او در مقابل منشأ گرایی (Originalism) قرار می‌گیرد که «مدعی برابری معنای قانون اساسی با واقعیت فهم تاریخی» است. دورکین دیوان عالی را واجد مقامی والا می‌داند، چرا که معتقد است تفسیر قانون اساسی دقیق‌ترین و حساس‌ترین تکلیف است؛ رک.

Ibid., p.26.

از دیدگاه دورکین بحث فلسفی درباره چستی حقوق «از اتخاذ یک نگرش تفسیری نسبت به عرف و عمل موجود در جامعه خود نشأت می‌گیرد»؛ برای دیدن توضیحات بیشتر راجع به نظریه دورکین رک. سیموندز، نیل ای، «فلسفه حقوق»، در: راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، (تهران: طرح نو، ۱۳۸۱)، صص ۵۶-۶۰.

امور داخلی برخوردارند. دیگر ویژگی مشترک قوانین اساسی کشورهای فدرال این است که در صورت بروز اختلاف میان نهادهای مرکزی و نهادهای محلی راجع به قانونگذاری و دیگر اختیارات، یک دادگاه عالی یا دادگاه قانون اساسی، به عنوان مرجع صالح برای رسیدگی و حل و فصل آن اختلاف شناخته می شود.^{۱۰۱}

همانطور که یکی از نظریه پردازان معتقد است، هر نظام فدرالی نوعی «کارتل» است که اعضا به دلایل مختلفی بدان پیوسته‌اند؛ از جمله اینکه آنها به این نتیجه رسیده‌اند که «اگر همه تابع قواعد مشابه باشند، منفعت بیشتری نصیب آنان خواهد شد». پر واضح است که این کارتل یا اتحادیه تنها با وجود «ساز و کار انتظامی قوی» قادر به ادامه حیات و کارایی مناسب است.^{۱۰۲} چنانکه گفتیم، با پذیرش اصل برتری قانون اساسی در ایالات متحده و درج آن در بند دوم از اصل ششم قانون اساسی،^{۱۰۳} محور این اتحاد، قانون اساسی شناخته می‌شود. اصل ششم قانون اساسی ایالات متحده که به «اصل برتر»^{۱۰۴} معروف است، متضمن برتری قانون اساسی و قوانین ایالات

101. Barendt, op.cit., pp.54-55.

102. See Sapiro, M. "Judicial Review in Developed Democracies", in Gløppen, S. and Gargarella, R. and Skaar, E. (ed.), **Democratization and the Judiciary**, (London: Frand Cass Publishers, 2004), p.18.

103. Article VI: "... This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance there of; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound there by, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding..."; quoted from: Than, C. and Shorts, E. (ed.), **Public Law and Human Rights 2002/3**, (London: Sweet & Maxwell, 2002), p.1092.

104. Supremacy Clause.

متحده و کلیه معاهدات منعقد شده توسط ایالات متحده نسبت به قانون اساسی یا سایر قوانین هر یک از ایالت‌ها است. قضات ایالتی، بدون ملاحظه آنچه که قانون اساسی و قوانین ایالتی مقرر داشته است، صراحتاً ملتزم به رعایت این اصل مبنی بر اعمال قانون اساسی و قوانین عادی فدرال در دادگاه‌هایشان گردیده‌اند. بنابراین «زمانی که یک مصوبه کنگره، حق یا تکلیفی را مستقیماً برای شهروندان ایالت‌ها مقرر می‌دارد، «اصل برتر» قضات ایالت‌ها را حتی با وجود مغایرت آن مصوبه با قوانین ایالتی، ملتزم به اعمال آن می‌سازد»،^{۱۰۵} البته با حفظ حق و یا فرایند اعتراض و شکایت علیه آن در دیوان عالی ایالات متحده.

در چنین نظامی، نظارت و کنترل دادگاه فدرال بر آرای صادره از دادگاه‌های ایالتی، جنبه «فوق العاده مطلوب» کنترل قضایی محسوب می‌شود. چرا که این امر نوعی فن «انتظامی»^{۱۰۶} و مراقبتی برای حفظ حدود اختیارات فدراسیون (دولت مرکزی) در نظام‌های فدرال به شمار می‌آید.^{۱۰۷} همواره یکی از دغدغه‌های اصلی حقوقدانان و سیاستمداران نظام‌های فدرال، تداخل و اختلال در وظایف و اختیارات مقامات فدرال و ایالتی بوده است. کنترل قضایی توسط دیوان عالی، خصوصاً مواقعی که در اختلافات میان مقامات فدرال و ایالتی به عنوان یک «داور» نقش خود را ایفا می‌کند، تا حدودی رفع کننده این نگرانی است؛ تا آنجا که موفقیت اصلی دیوان عالی را از طریق تصمیمات فدرالیستی دانسته‌اند.^{۱۰۸} چنانکه

105. Barendt, op.cit., p.53.

106. Regulatory.

107. See Gunther, op.cit., p.1473.

108. Shapiro, op.cit., p.7.

«دوتو کوپیل» می‌نویسد: «حکومت فدرال برای وادار ساختن ایالات به اطاعت، و ایالات برای جلوگیری از افراط در اعمال نظرهای حکومت فدرال، و بالاخره منافع عامه در مقام معارضه با منافع خاص به دیوان عالی توسل می‌جویند و اوست که روح مسالمت و مذاکره را جانشین تشنجاتی که معلول دموکراسی است می‌کند».^{۱۰۹}

باید اضافه کنیم که اصل برتری قانون اساسی مغایرتی با اعمال و کنترل همه ایالت‌ها بر صلاحیت‌ها و اختیاراتی که در قانون اساسی صراحتاً یا به طور ضمنی خارج از اختیارات دولت فدرال تعریف کرده است، ندارد.^{۱۱۰} چنانکه در دهمین اصلاحیه قانون اساسی ایالات متحده آمده است: «هیچ ممنوعیتی برای اعمال اختیاراتی که طبق قانون اساسی به دولت فدرال واگذار نشده است وجود ندارد. این اختیارات به نحوی قابل قبول، به ایالات یا مردم تعلق دارد».^{۱۱۱} براین اساس است که یک قانون فدرال تحت عنوان «قانون دادرسی»، مصوب ۱۷۸۹ مقرر کرد که «دادگاه‌های فدرال، در موضوعاتی که مشمول قانون فدرال نیستند باید قوانین ایالت معینی را اجرا کنند».^{۱۱۲} چنانکه در دعوی «شرکت راه آهن اری علیه تامپکینز»^{۱۱۳} قاضی چنین اعلام کرد که «جز در موضوعاتی که تابع قانون اساسی فدرال یا

۱۰۹. دوتو کوپیل، الکی، تحلیل دموکراسی در آمریکا، ترجمه رحمت ... مقدم مراغای، (تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۸۳)، ص ۱۹۰.

110. Aranson, op.cit., p.388.

111. Quoted from: Than and Short, op.cit., p.1094.

۱۱۲. به نقل از: تُنک، آندره، حقوق ایالات متحده آمریکا، ترجمه سید حسین صفایی، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۴)، ص ۱۸.

113. " Erie Railroad v. Tompkins".

قوانین کنگره است، حقوقی که باید در همه دعاوی اجرا شود حقوق ایالت خاص است».^{۱۱۴}

پیش بینی چنین وظایف و اختیاراتی برای دیوان عالی جهت انتظام امور در نظام فدرالی، این نهاد را به یکی از پرکارترین و کلیدی ترین بخش های حکومتی تبدیل کرده است. تفسیر دیوان عالی از برخی اصول قانون اساسی منشأ تحولات حقوق ایالات متحده، خصوصاً تفکیک بین حقوق فدرال و حقوق ایالتی بوده است.^{۱۱۵} چه بسا این نقش اساسی کنترل قضایی در نظام فدرالیسم است که سبب شده تا میزان رواج و تأثیر کنترل قضایی در این کشورها بیش از سایر کشورها باشد.^{۱۱۶}

۴-۲. آثار حقوقی مترتب بر کنترل قضایی

در این قسمت به بررسی آثار حقوقی مترتب بر کنترل قضایی و به بیان دقیق تر تأثیر حقوقی آرای صادره از مراجع صلاحیت دار جهت اعمال کنترل قضایی می پردازیم. همانطور که در مباحث پیشین دیدیم، دو مدل متفاوت از کنترل قضایی قابل توضیح است. در هر یک از این مدل ها آثار حقوقی متفاوتی از اعمال کنترل قضایی توسط نهادهای مربوط پدید می آید.

۱۱۴. به نقل از: پیشین، صص ۲۵۵-۲۵۴.

۱۱۵. رک. داوید و اسپینوزی، پیشین، ص ۲۸۳؛ همچنین رک.

Jackson and Tushnet, op.cit., p.456.

۱۱۶. نتایج حاصله از بررسی های انجام شده درباره تأثیر و قدرت کنترل قضایی در سی و شش کشور بیانگر این است که کشورهای آمریکا، هند، آلمان و کانادا (پس از سال ۱۹۸۲) از این نظر در صدر کشورهای دیگر قرار می گیرند. در این جدول کشورهایی نظیر استرالیا، اسپانیا و اتریش متوسط و کشورهایمانند ژاپن، جامائیکا، یونان و ایرلند واجد نظام ضعیف کنترل قضایی ذکر شده اند؛ رک.

Lijphart, op.cit., p.226.

مهمترین اثر حقوقی مترتب بر کنترل قضایی، به رسمیت شناخته شدن دکتترین «امر مختومه (یا قضاوت شده)» در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا است. بر اساس دکتترین «آنگلو-آمریکایی» مذکور، «رأی صادر شده توسط عالی‌ترین دادگاه در هر حوزه قضایی،^{۱۱۷} برای همه دادگاه‌های تالی در آن حوزه قضایی الزام‌آور است؛ بنابراین به مجرد این که دادگاهی، قانونی را مغایر با قانون اساسی شناخت، هیچ دادگاه دیگری قادر به اعمال آن قانون نیست».^{۱۱۸} فقدان چنین دکتترینی در سنت اروپایی، یکی از عمده دلایل جذب کشورهای دارای این نظام به مدل متمرکز کنترل قضایی است. بدین ترتیب که اگر دادگاه‌های کشورهای دارای نظام «سیویل لا» از صلاحیت صدور رأی در خصوص موضوعات مربوط به قانون اساسی، بدون تأثیر «اعتبار امر مختومه (یا قضاوت شده)»، برخوردار باشند، «اعتبار قوانین» دستخوش آشفتگی خواهد گردید. چه بسا در این صورت دادگاه‌های همعرض اقدام به صدور آرای متفاوتی در موضوع مورد بحث کرده و نظم حقوقی را مختل سازند؛ علی‌الخصوص نظم حقوقی مربوط به قانون اساسی را که بنیان حاکمیت و نظم عمومی و اعمال حقوق و آزادی‌های شهروندان است.

همانطور که گفتیم، به طور کلی در اروپا میان دسته‌های مختلفی از دعاوی (اداری، مدنی، تجاری، اجتماعی یا جزایی) تفاوت نهاده می‌شود و دادگاه‌های مختلفی در خصوص هر دسته از دعاوی، ذی‌صلاح شناخته

117. Jurisdiction.

118. Ibid., p.477.

می‌شوند. در اروپا، مطابقت یک قانون اساسی، به طور انتزاعی^{۱۱۹} و کلی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، (نه مانند ایالات متحده در متن^{۱۲۰} یک دعوی خاص)؛ بدین ترتیب که «قانونیت»^{۱۲۱} یک قانون به طور کلی مورد توجه قرار می‌گیرد، بدون ملاحظه اوضاع و احوال دقیق در هر دعوی خاص. به عبارت دیگر کنترل قضایی در نظام اروپایی دارای ویژگی کلی و انتزاعی است؛ در حالی که در نظام حقوقی ایالات متحده، کنترل قضایی واجد ویژگی «موردی»^{۱۲۲} است. این امر بدین دلیل است که در اروپا ادعای تعارض با قانون اساسی به طور کلی توسط مقامات عمومی مطرح می‌شود (دولت، اعضای پارلمان و دادگاه‌ها)، نه توسط افراد (شهروندان)؛ در نتیجه اثر رأی در نظام اروپایی به مثابه «قاعده آمره»^{۱۲۳} است، یعنی به نحو مطلق قابل اعمال بر همگان می‌باشد. وقتی در این نظام قاضی دادگاه قانون اساسی، قانونی را مغایر با قانون اساسی اعلام می‌کند، اثر این اعلام، لغو قانون مزبور و حذف آن از نظم حقوقی است. این چنین است که «کلسن» دادگاه قانون اساسی را «قانونگذار سلبی»^{۱۲۴} وصف کرده و آن را از «قانونگذار ایجابی»^{۱۲۵} یعنی پارلمان متمایز ساخته است.^{۱۲۶} بدین معنی که دادگاه قانون اساسی نه در نقش قانونگذار، بلکه در نقش کنترل‌کننده قوای

119. Abstract.

120. Context.

121. Lawfulness.

122. "Case-Base".

123. *Erga omnes*.

124. Negative Legislator.

125. Positive Legislator.

126. *Ibid.*, p.461.

حکومتی و ابطال کننده مصوبات مغایر با قانون اساسی آنها ظاهر می‌شود و آثار حقوقی آرای آن جنبه‌ای سلبی دارد تا ایجابی.

نکته دیگری که طرح آن در این بحث لازم به نظر می‌رسد ویژگی «پسینی» بودن کنترل قضایی در ایالات متحده است. بدین معنا که تنها پس از لازم الاجرا شدن قانون است که می‌توان تقاضای ابطال آن را به دیوان عالی ارائه داد و در این مرحله است که نظارت دیوان نیز اجرایی می‌گردد. در حالی که در نظام اروپایی، کنترل قضایی گاه به صورت «پیشینی» و گاه به صورت «پسینی» صورت می‌گیرد.^{۱۲۷}

دیوان عالی ایالات متحده صلاحیت ابطال مصوبات و آیین‌نامه‌های دولتی مغایر با قانون اساسی را داراست. اما در خصوص نحوه برخورد با مصوبات کنگره در زمینه مطابقت آنها با قانون اساسی، باید به این نکته توجه شود که دیوان عالی ایالات متحده از صلاحیت موقوف الاجرا ساختن (نه ابطال) مصوبات مزبور برخوردار است. به عبارت دیگر اگر قوانین

۱۲۷. به عنوان نمونه در نظام فرانسه مداخله پیشینی شورای قانون اساسی در اصل چهار و یک قانون اساسی پیش‌بینی شده است؛ بدین ترتیب که اگر در فرایند قانونگذاری در یکی از دو مجلسین، مصوبه در دستور کار، خارج از قلمرو اختیارات پارلمانی باشد، دولت (قوه مجریه) می‌تواند به عدم صلاحیت پارلمان اعتراض نماید. چنانچه مسأله مورد اختلاف، میان دولت و رئیس مجلس مورد نظر حل و فصل نگردد، قضیه می‌تواند توسط هر یک از طرفین به شورای قانون اساسی ارجاع گردد. اما مداخله پسینی شورای قانون اساسی در دو فرض قابل تصور است: اولین فرض اینکه شورای قانون اساسی تشخیص دهد که تصویب مصوبه‌ای در پارلمان از حوزه صلاحیت قوه مقننه خارج بوده است. این قانون می‌تواند به وسیله فرمان تغییر یابد (بند ۲، اصل ۳۷ قانون اساسی فرانسه مصوب ۱۹۵۸). فرض دوم در برگزیده «همه موارد عدم انطباق یک قانون با مقررات مذکور در قانون اساسی» است. در این حالت شروع به نظارت توسط شورای قانون اساسی تنها پس از تصویب قانون و قبل از توشیح آن صورت می‌گیرد؛ رک. هامون و واینر، پیشین، ص ۱۱۴.

ایالتی و فدرال از نظر دیوان عالی ایالات متحده مغایر با قانون اساسی شناخته شوند، قانون یا قوانین مذکور موقوف الاجرا گردیده و مجلس ایالتی یا کنگره فدرال می‌توانند با وضع قانون جدید نظر خویش را تأمین نمایند.

توضیح بیشتر اینکه اثر موقوف الاجرا شدن ماده یا موادی از مصوبه مجلس ایالتی یا کنگره، نه تنها بر شهروندی که به دلیل اثر سوء آن ماده یا مواد قانونی بر خود شکایت نموده، بلکه در دیگر موارد مشابه نیز لازم الاجرا است. به دیگر سخن رأی دیوان عالی سبب ایجاد رویه قضایی و لازم الاجرا در دعاوی مشابه گردیده و قضات می‌توانند با استناد به نظرات دیوان عالی در دعاوی مشابه اقدام به صدور رأی نمایند.

نتیجه گیری

۱. مفهوم کنترل قضایی و ساز و کار اعمال آن در هر نظام حقوقی با دیگر مؤلفه‌های حقوقی و سیاسی رایج در آن نظام ارتباطی و وثیق دارد. برداشت‌های مختلف از مفاهیم و هنجارهایی چون حقوق، آزادی، دموکراسی و غیره با مفهوم و رویه کنترل قضایی همچون منظومه‌ای است که این منظومه در هر نظام، شکل ویژه‌ای به خود می‌گیرد. به دیگر سخن، در تعامل با دیگر مفاهیم، هنجارها، برداشت‌ها و رویه‌های حقوقی و سیاسی است که مفهوم و رویه‌ای مانند کنترل قضایی شکل می‌گیرد و قادر به ایفای نقشی مؤثر در آن منظومه سازگار و معنادار می‌گردد.

در نظام مورد بررسی این مقاله، مؤلفه‌های قانون اساسی گرای، حقوق بشر، حکومت دموکراتیک و اصل برتری قانون اساسی به مثابه مفاهیم،

هنجارها، نظریه‌ها و رویه‌های بنیادین پشتیبان و مکمل برای نظام کنترل قضایی در ایالات متحده محسوب می‌شوند.

۲. دومین نکته مهم، توجه به نقش اصل بنیادین حقوق بشر در ساز و کار اعمال کنترل قضایی در نظام مزبور است. در سطور پیش گفته دیدیم که اصل حقوق بشر همواره به عنوان اصلی راهنما در رویه قضایی دیوان عالی مدنظر قرار گرفته است. در واقع می‌توان به نحو قانع کننده‌ای ادعا کرد که توجه دیوان عالی به حقوق و آزادی‌های اساسی باعث مشروعیت آرای آن نهاد در چنین نظامی بوده است؛ نظامی که برای دیوان عالی و به طور کلی کنترل قضایی سهمی عمده در سیاستگذاری و تمشیت امور حکومتی قائل شده است.

۳. مطلب مهم دیگر تذکر این دغدغه موجه است که معلوم نیست اگر رویه جاری کنترل قضایی در نظام ایالات متحده در هر کشور دیگری اعمال شود چه تأثیراتی، خصوصاً بر حقوق و آزادی‌های شهروندی داشته باشد. همانطور که گفتیم کارکرد گسترده نهادی چون دیوان عالی، صرفاً در نظامی دموکراتیک و پاسخگو موجه است، والا به رسمیت شناختن اختیارات گسترده برای نهادهایی مانند دیوان عالی و به طور کلی قوه قضاییه این خطر را به همراه دارد که اینگونه نهادها از اختیارات خود به عنوان نگهبان و حافظ قانون اساسی سوء استفاده کنند. موضوع این مقاله مفهوم کنترل قضایی در ایالات متحده است، با ویژگی‌ها و مختصات حقوقی، سیاسی و تاریخی خاص آن کشور. بدین جهت است که در هرگونه الگو برداری از ساز و کارهای توضیح داده شده باید به متن سیاسی و حقوقی هر نظام و کشور توجه نمود.



بررسی مبنای مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای کالا در کنوانسیون قرارداد حمل و نقل بین‌المللی کالا از طریق جاده (کنوانسیون سی.ام.آر.) و مقایسه آن با حقوق ایران و انگلیس

دکتر سید حسین سادات حسینی *

چکیده

تدوین کنوانسیون قرارداد حمل و نقل بین‌المللی کالا از طریق جاده در سال ۱۹۵۶، و الحاق ایران به آن در سال ۱۳۷۶، موجب گردید تا صاحبان کالا از حاکمیت قوانین ملی ناشی از قواعد حل تعارض اجتناب نمایند و با برخورداری از مزایای مربوط به مقررات یکسان کنوانسیون، بالاخص با آشنایی نسبت به موضوع مسؤولیت متصدی حمل و نقل احساس امنیت کنند.

جهت تبیین مسؤولیت متصدی حمل و نقل در کنوانسیون و حقوق ایران و انگلیس (مبحث دوم)، قبل از هر چیز، مبحث اول به نحوه و هدف شکل‌گیری و محدوده اجرای کنوانسیون و در عین حال به ارائه ضوابط و معیارهای شناسایی متصدی حمل و نقل اختصاص داده شده است.

* پژوهشگر.

هر چند ماده ۱۷ کنوانسیون نشان دهنده مسؤولیت بالایی برای متصدی است، ولی مبنای مسؤولیت شفاف نیست و همین امر موجب می شود که در تعیین بعضی از مصادیق مسؤولیت برای متصدی با ابهامهایی مواجه باشیم. نظریه های متعددی در خصوص مبنای مسؤولیت مورد بررسی قرار گرفته که بعضی از این نظریه ها با ارائه استدلالهایی مورد ایراد قرار گرفته و رد شده اند و نظریه هایی که تصور می رود صحیح و منطبق با واقع باشند نیز با ارائه استدلالهایی ابراز گردیده اند. همین وضعیت برای مبنای مسؤولیت متصدی در حقوق ایران و انگلیس پیش گرفته شده است. وقتی مبنای مسؤولیت در کنوانسیون، ایران و انگلیس در کنار هم قرار می گیرند، در عین داشتن مشابهت، تمایزاتی بین آنها به چشم می خورد. در مجموع می توان گفت که در هر سه منبع، میزان مسؤولیت متصدی در سطح بالایی می باشد. به جهت بالا بودن سطح مسؤولیت، متصدی بایستی بار دلیل را به منظور اثبات معافیت تحمل کند و با ارائه دفاعیات، خود را از مسؤولیت مبری کند.

مقدمه

حمل و نقل یکی از ارکان اصلی اقتصاد، تجارت، رفاه اجتماعی، امنیت، حاکمیت و سیاست است. از بین انواع روشهای حمل و نقل، حمل و نقل جاده‌ای از اهمیت زیادی برخوردار است. توجه بیشتر به این بخش در قلمرو بین‌المللی سازوکارهای حقوقی آن‌هم در سطح جهانی را می‌طلبد. یکی از این سازوکارهای حقوقی تنظیم کنوانسیونهای بین‌المللی است. در این راستا کنوانسیون سی.ام.آر.^۱ (کنوانسیون قرارداد حمل و نقل بین‌المللی کالا از طریق جاده) در ۱۹ مه ۱۹۵۶ در ژنو تنظیم و منعقد گردید که یکی از دو موضوع عمده آن، مربوط به مسؤلیت متصدی حمل و نقل است. یکنواختی قواعد مزبور و آشنایی متصدیان به مبنای مسؤلیت و آگاهی از شدت مسؤلیت موجب می‌گردد تا این متصدیان تمامی تدابیر و مراقبتها را در حمل کالا به کار گیرند و در عین حال مسؤلیت خود را علیه زیانها بیمه نمایند. الحاق ایران به کنوانسیون سی.ام.آر. در سال ۱۳۷۶، بررسی مفاد کنوانسیون به ویژه در زمینه مسؤلیت متصدی حمل و نقل را ضروری می‌نماید. تا متصدی حمل و نقل و صاحبان کالا که در عرصه حمل و نقل بین‌المللی فعالیت می‌کنند با مفاد کنوانسیون آشنا شوند^۲ و در

۱. سر واژه C.M.R. جانشین عنوان زیر است:

Convention Relative au Contrat de transport International des Marchandises par Route.

۲. قبل از الحاق به کنوانسیون، نیز از مزایای آن استفاده می‌کرده و عملاً آن را اجرا می‌نموده است. بدین ترتیب که بخش اعظمی از صادرات و واردات کالا به کشورهای اروپایی بوده و از آنجا که دولتهای اروپایی خودشان عضو کنوانسیون بوده‌اند، لذا با عنایت به ماده یک کنوانسیون که عضویت یکی از دو طرف (مبدأ یا مقصد) برای لازم الاجرا بودن کنوانسیون کفایت می‌کند، بنابراین عملاً ایران مفاد آن را رعایت می‌کرده است و اسناد مربوط به کنوانسیون در سیستم حمل و نقل بین‌المللی مبادله می‌شده است. از آنجا که با فروپاشی شوروی سابق، جمهوری‌های جدیدی به استقلال رسیدند و باب مبادلات تجاری با کشورهای مزبور باز شد، به طوری که در حال حاضر بیش از پنجاه هزار سفر برای جابجایی کالا بین

عین حال قضات و داوران با مفاد کنوانسیون، آشنا شده و در کاربرد و اعمال مقررات کنوانسیون و قانون تجارت حسب مورد در حمل و نقل بین‌المللی و داخلی دقت نظر داشته باشند.

بررسی همه جانبه موضوع مسئولیت متصدی حمل و نقل، بحث دامنه‌داری است، ولی در این نوشتار صرفاً به بخش محدودی از موضوع یعنی مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل پرداخته می‌شود. در مبحث اول که تحت عنوان کلیات می‌باشد به مواردی که برای تبیین بحث اصلی ضرورت دارد پرداخته می‌شود و در مبحث دوم، مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل مطالعه خواهد شد.

مبحث اول: کلیات

گفتار اول: هدف، و محدوده اجرای کنوانسیون سی.ام.آر.

همانگونه که در مقدمه کنوانسیون آمده، هدف از تدوین کنوانسیون که هم اکنون چهل و چهار دولت عضو آن هستند و زبان این سند انگلیسی و فرانسه است^۳، همانا یکنواخت کردن شرایط حاکم بر قرارداد حمل و نقل

جمهوری اسلامی ایران و آسیای میانه و قفقاز و ماوراء قفقاز در جریان است و چون آنها عضو کنوانسیون نیستند و اگر ایران هم عضو کنوانسیون نمی‌شد عملاً حمل و نقل کالا بین ایران و جمهوری‌های یاد شده مشمول کنوانسیون نمی‌گردید، ولی با الحاق ایران و علیرغم عدم عضویت جمهوری‌های یاد شده، حمل و نقل بین ایران و این کشورها تحت حاکمیت کنوانسیون قرار می‌گیرد؛ زیرا عضویت یک طرف قرارداد حمل و نقل برای استفاده از مزایای کنوانسیون کفایت می‌کند. انگیزه‌های مزبور به هنگام تصویب لایحه در مجلس شورای اسلامی مورد تأکید قرار گرفت (به روزنامه‌های رسمی شماره ۱۵۲۳ - مورخه ۷۶/۳/۲۸ و ۱۵۲۹۸ - مورخه ۱۳۷۶/۶/۱۶ مراجعه شود).

(مقاله از سایت اینترنتی) 3. International Legal Instruments, International Trade Center.

بین‌المللی کالا از طریق جاده به خصوص اسناد مورد استفاده برای حمل بین‌المللی و مسؤولیت متصدی حمل و نقل می‌باشد.^۴

در انگلیس، قانون حمل و نقل جاده‌ای کالا در سال ۱۹۶۵ تصویب گردید که کنوانسیون سی.ام.آر. نیز ضمیمه آن می‌باشد. با تدوین قانون مزبور، به کنوانسیون سی.ام.آر. اثر قانونی داده شد. ایران نیز در سال ۱۳۷۶ با رعایت اصل ۷۷ قانون اساسی به کنوانسیون ملحق گردید. بنابراین در حال حاضر در حوزه حمل و نقل بین‌المللی و به عبارتی در حمل و نقل بین ایران و کشورهای دیگر، کنوانسیون مزبور و در حمل و نقل داخلی ایران مقررات قانون تجارت ایران حاکم است. به جهت لاحق‌التصویب بودن کنوانسیون، مقررات قانون تجارت در باب حمل و نقل (مواد ۳۷۷ به بعد) در مواردی قابل اعمال است که مشمول کنوانسیون مزبور نگردد.

پیش شرط اعمال کنوانسیون، تعیین محدوده اجرایی آن می‌باشد. بدین منظور در کنوانسیون شش معیار در نظر گرفته شده که از جمله این معیارها عبارتند از:

- ۱- متصدی بودن طرف قرارداد؛ اعمال کنوانسیون مستلزم اینست که طرف قرارداد، متصدی حمل و نقل باشد. متصدی بودن، لزوماً به معنی مباشرت در حمل کالا نیست، بلکه متصدی می‌تواند در انجام این مهم از اشخاص دیگر نیز کمک بگیرد.^۵

4. Andrew Messent and David A.Glass, *CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road*, 3d edit., LLP London 2000, pp.. 2, 3.

5. Malcolm A.Clarke, *International Carriage of Goods by Road: CMR*; 3d edit., Sweet & Maxwell 1997, p.25.

۲- عضو کنوانسیون بودن کشور محل دریافت یا کشور محل تحویل یا هر دو.

ماده یک کنوانسیون مقرر می‌دارد:

«این کنوانسیون شامل هر قراردادی که ... محل دریافت کالا و تحویل آن مطابق قرارداد در دو کشور واقع شده و حداقل یکی از دو طرف، عضو کنوانسیون باشد... می‌شود».

۳- مقرر شدن اجرت در حمل کالا.

گفتار دوم: تعریف و ویژگیهای متصدی حمل و نقل در حقوق ایران، انگلیس و کنوانسیون سی.ام.آر.

در حقوق ایران لازمه حاکمیت قانون تجارت بر متصدی حمل و نقل همانا احراز تجاری بودن عمل حمل و نقل است. جهت تجاری شناختن عمل مزبور، تفاسیر متعددی از لفظ تصدی و متصدی مذکور در بند ۲ ماده ۲ قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «تصدی به حمل و نقل از راه خشکی و یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد» عمل تجاری محسوب می‌گردد و همچنین در ماده ۳۷۷ قانون تجارت که در مقام تعریف متصدی مقرر داشته «متصدی حمل و نقل کسی است که در مقابل اجرت، حمل اشیاء را به عهده می‌گیرد»، به عمل آمده است.

صاحبنظران کشور ما در خصوص تجاری بودن عملیات حمل و نقل، با تمسک به تفسیر لفظ تصدی، معیارهایی از قبیل تکرار، تخصص، وجود

مؤسسه یا بنگاه، انجام عمل از سوی تاجر، حرفه‌ای بودن و غیره را ارائه نموده اند.^۶

به نظر می‌رسد که بعضی از نظرات موصوف با عنایت به موارد ذیل قابل تأمل باشند:

اولاً، لفظ عهده‌دار شدن در ماده ۳۷۷ قانون تجارت به نحوی دلالت بر استقلال و ابتکار عملیات است، صرف‌نظر از اینکه عملیات حمل و نقل در قالب بنگاه صورت پذیرد یا خیر. ثانیاً، در متون انگلیسی و از جمله در متن کنوانسیون سی.ام.آر. از لفظ «Carrier» (حمل کننده) استفاده شده که به نظر می‌رسد حاکی از اینست که لازمه حمل و نقل، وجود بنگاه یا مؤسسه نیست. ثالثاً، از بند ۲ ماده ۲ و ماده ۳۷۷ قانون تجارت، تکرار و استدامت عملیات و حتی حرفه‌ای بودن متصدی و به عبارتی تاجر بودن عامل، قابل استنباط نیست. رابعاً، فلسفه حمایت از صاحب کالا از حیث ترتب مسؤولیت سنگین برای متصدی نیز ایجاب می‌کند که به صرف تجاری بودن عمل، عامل را مشمول قانون تجارت قرار دهیم تا در صورت ورود خسارت به صاحب کالا، جبران خسارت به راحتی امکان پذیر باشد. لذا، صرف عهده‌دار شدن حمل در مقابل اجرت و داشتن استقلال، برای تجاری بودن عملیات حمل و نقل کفایت می‌کند.

۶ ر.ک. زنگنه، عبدالحمید، حقوق بازرگانی، چاپ چهارم، تهران، سال ۱۳۵۱، ص ۳۳۲؛ ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت جلد چهارم، چاپ اول، نشر دادگستر، سال ۱۳۷۵، ص ۴۷؛ آذری، کیوان، "نقدی بر ماده ۳ قانون تجارت"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۰، صص ۱۱ الی ۱۲؛ اشتری، محمد، مسؤولیت مدنی متصدی حمل و نقل زمینی، پایان نامه دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق سال ۱۳۵۸، ص ۷؛ اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون قراردادهای حمل و نقل از دیدگاه حقوق تجارت، مجله کانون وکلا، شماره‌های ۱۵۹-۱۵۶ (۶-۷)، ص ۱۳۰.

در کنوانسیون سی.ام.آر. نیز از متصدی تعریفی ارائه نشده است؛ ولی باید گفت همان استدلالاتی که در حقوق ایران پیرامون متصدی مطرح شد در این کنوانسیون هم صادق می‌باشد؛ دایر بر اینکه صرف توافق فی‌مابین دارنده وسیله نقلیه (هر چند شخص حقیقی فاقد بنگاه یا مؤسسه) و صاحب کالا در مقابل اجرت و رعایت دیگر شرایط مقرر در ماده یک کنوانسیون، موضوع را مشمول کنوانسیون می‌نماید. پشتوانه نتیجه‌گیری فوق علاوه بر استدلالاتی که در حقوق ایران مطرح شد، همانا مفاد بندهای یک^۷ و دو مواد ۱ و ۴ کنوانسیون است.

در حقوق انگلیس، تصدی به حمل و نقل زمینی و دریایی به دو دسته تقسیم شده است: تصدی به حمل و نقل عمومی و تصدی به حمل و نقل خصوصی. متصدیان حمل و نقل عمومی به متصدیانی گفته می‌شود که حمل کالاهای عموم افراد را بدون تبعیض می‌پذیرند و به صورت حرفه‌ای عمل می‌کنند، ولی متصدیان حمل و نقل خصوصی به آن دسته از متصدیان گفته می‌شود که حق انعقاد قرارداد حمل کالا را با افراد به خصوص دارند و به صورت حرفه‌ای عمل نمی‌کنند.^۸

۷. ماده ۱/۱ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «این کنوانسیون شامل هر قراردادی که برای حمل کالا از طریق جاده با وسیله نقلیه به منظور کسب اجرت منعقد می‌شود و محل دریافت کالا و تحویل آن مطابق قرارداد در دو کشور مختلف واقع شده و حداقل یکی از دو طرف، عضو کنوانسیون باشد گذشته از محل اقامت و تابعیت دو طرف قرارداد می‌شود».

8. Paul Dobson, Business Law, 16th edit., Sweet & Maxwell London 1997, pp. 625-626; Encyclopaedia Britannica, 15th edit., printed in U.S.A., 1768, Vol. 3, pp. 961-962.

مبحث دوم: مبنای مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای کالا در حقوق داخلی انگلیس، ایران و کنوانسیون سی.ام.آر.
گفتار اول: کلیات

قبل از بررسی مبنای مسؤولیت متصدی حمل و نقل جاده‌ای کالا در حقوق انگلیس، ایران و کنوانسیون سی.ام.آر. ابتدا نظریه‌هایی که به طور کلی و بدون در نظر گرفتن مبنای مسؤولیت متصدی حمل و نقل مطرح می‌باشند، مورد بررسی قرار می‌دهیم:

الف - نظریه تقصیر (مسؤولیت مبتنی بر تقصیر)

موضوع تقصیر در دو جایگاه یعنی مسؤولیت قهری (غیرقراردادی) و مسؤولیت قراردادی با هم تفاوت دارد که هر کدام جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱- تقصیر در مسؤولیتهای قهری (غیرقراردادی)

بر مبنای نظریه تقصیر، در مسؤولیتهای قهری (غیرقراردادی)، تقصیر ناظر به موردی است که تعهد نقض شده از نوع تعهد یا تکلیف به مواظبت است. در ضمان قهری تقصیر به طور معمول از همین گونه است و به همین جهت به عنوان قاعده از آن سخن گفته می‌شود. زیان دیده جهت جبران خسارت بایستی تقصیر طرف مقابل را اثبات کند؛ تقصیر خلاف اصل است و زیان دیده در مقام مدعی با کمک تمامی دلایل از جمله اماره می‌تواند برای اثبات تقصیر اقدام کند و در عین حال خواننده نیازی به اثبات قوه

قاهره ندارد.^۹ اینکه این نظریه در کدام کشور پذیرفته شده یا خیر باید گفت در حقوق انگلیس تقصیر مبنای مسؤولیت نیست، مگر اینکه شخصی که رفتار او موجب ضرر شده، عرفاً مکلف به مراقبت و دقت باشد.^{۱۰}

۲- تقصیر قراردادی

در مسؤولیت قراردادی، تقصیر به معنای مرسوم در مسؤولیت قهری وجود ندارد. آنچه در این نوع مسؤولیت مطرح است عهدشکنی است، عهدشکنی امری خلاف اخلاق است و امری خطا می‌باشد. انسان معقول به پیمان خود احترام می‌گذارد و در این نوع مسؤولیت چنانچه متعهد، بی تقصیری خود را اثبات کند از آثار عهدشکنی خلاصی نمی‌یابد، بلکه باید ثابت کند که حادثه خارجی و احتراز ناپذیر مانع از وفای به عهد شده است (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی).

در مقام مقایسه تقصیر در مسؤولیت قراردادی و قهری و در مقام نتیجه گیری باید گفت: در مسؤولیت قهری وقتی زیان دیده، تقصیر طرف قرارداد را ثابت کند می‌تواند مطالبه خسارت نماید، لذا اثبات بی تقصیری و نیز اثبات علت خارجی از سوی خواننده ضرورتی ندارد، ولی در مسؤولیت قراردادی دو حالت گوناگون متصور است؛ در قراردادهایی که تعهدات آن به وسیله می‌باشد، مانند تعهد پزشک و وکیل، موضوع همانند مسؤولیت قهری است، ولی چنانچه تعهد از نوع تعهد به نتیجه باشد، مانند قراردادهای

۹. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد؛ ضمان قهری، جلد اول، مسؤولیت مدنی، ص ۱۸۵.

10. C.F.Padfield, law Made Simple, 7th ed., Made Simple Books, 1989, pp. 191, 195.

تجاری از جمله قرارداد حمل و نقل، صرف عدم انجام تعهد از سوی متعهد خود تقصیر است و فایده‌ای بر اثبات بی‌تقصیری از سوی عامل ورود زیان مترتب نیست و از مسؤولیت مبری نمی‌شود، ولی در صورت اثبات علت خارجی از مسؤولیت مبری می‌شود.^{۱۱}

ب- اماره تقصیر (فرض تقصیر)

۱- اماره تقصیر با ریشه قانونی

از آنجا که پیروی از نظریه تقصیر و اثبات تقصیر عامل ورود زیان مشکل است، به همین جهت نظریه‌ای دایر بر فرض تقصیر (اماره تقصیر) را مطرح کرده‌اند، مبنی بر اینکه زیان دیده در اثبات تقصیر متصدی به دشواری نمی‌افتد، زیرا عامل ورود زیان مقصر انگاشته می‌شود. در این صورت به عهده عامل است که ثابت کند که غفلی نکرده، مواظبتهای متعارف را معمول داشته و حادثه خارجی و قهری سبب ورود زیان شده است. این فرض به جهت اینکه مسؤولیت را قهری دانسته، ریشه قانونی دارد. در حمل و نقل دریایی که اسباب گوناگونی مانند طوفان و غیره ممکن است حوادث زیان بار و احتراز ناپذیری بوجود آورند؛ این شیوه پذیرفته شده است. پس بر این اساس نظریه مسؤولیت عامل، مبتنی بر تقصیر با معکوس بودن بار اثبات دعوی است؛ به عبارت دیگر، مبنای مسؤولیت، تقصیر مفروض است. در این فرض اثبات بی‌تقصیری برای رهایی از مسؤولیت کفایت نمی‌کند، بلکه بایستی ثابت شود که کلیه

۱۱. کاتوزیان، همان، صص ۱۱۷، ۱۱۸، ۳۵۳، ۴۹۰؛ همو، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ دوم، شرکت انتشار، سال ۱۳۷۶، صص ۱۶۸، ۱۶۹، ۱۷۰، ۱۷۴، ۱۸۳، ۱۸۴، ۱۸۵، ۱۸۶.

اقدامات و احتیاطهای لازم جهت احتراز از واقعه خسارت را نیز به کار گرفته شده است.

۲- اماره تقصیر با ریشه قراردادی

در این نظریه برای فرض تقصیر، ریشه قراردادی قائل شده‌اند. بدین ترتیب که متعهد بواسطه قرارداد، متعهد به انجام تعهدی می‌شود؛ انجام ندادن این تعهد خود تقصیر است. تفاوت فرض تقصیر قراردادی با فرض تقصیر قانونی اینست که در فرض تقصیر قانونی چنانچه متعهد ثابت نماید که تمام مواظبتهای متعارف را صورت داده است و به تعبیری بی‌تقصیری خود را ثابت کند، از مسؤلیت مبری می‌شود، ولی در فرض تقصیر قراردادی اثبات خلاف فرض مزبور امکان پذیر نیست و متعهد صرفاً در صورتی از مسؤلیت مبری می‌گردد که ثابت کند که احتراز از ورود زیان غیر ممکن بوده است، یعنی قوه قاهره آن را بوجود آورده است.^{۱۲}

ج- مسؤلیت بدون تقصیر (نظریه ایجاد خطر)

این سیستم که خطر را به عنوان مبنای مسؤلیت مدنی مورد قبول قرار داده، سیستم موسع یا سیستم عینی (نوعی) نام دارد. به موجب این نظریه، تقصیر در ایجاد مسؤلیت دخالت ندارد. همین که شخصی زیانی بار آورد باید آن را جبران کند، خواه کاری که سبب ایجاد ضرر شده است صواب باشد یا خطا؛ آنچه مهم است انتساب ضرر به بار آمده به

۱۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره، قرض، چاپ ششم، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، سال ۷۶، ص ۴۸.

فعالیت مسؤل است نه تقصیر او. خواننده صرفاً در صورت انتساب ورود ضرر به امری خارجی و احترازناپذیر و غیرقابل پیش بینی (قوه قاهره) می‌تواند فرضی را که برای مسؤلیت او شده از بین ببرد.^{۱۳}

د- مسؤلیت محض

در این نوع مسؤلیت، شخص در هر صورت مسؤل است. حتی اگر حوادث خارجی در ایجاد خسارت دخیل باشد، شخص از مسؤلیت مبری نمی‌شود، همانند غاصب.

گفتار دوم: مبنای مسؤلیت متصدیان حمل و نقل در حقوق داخلی انگلیس

به دلیل وجود دو نوع متصدی در انگلیس، یعنی متصدی حمل و نقل عمومی^{۱۴} و متصدی حمل و نقل خصوصی^{۱۶،۱۵} و به جهت تفاوت مسؤلیتهای آنان موضوع مسؤلیت در دو قسمت توضیح داده می‌شود.

الف- مسؤلیت متصدی حمل و نقل خصوصی

مسؤلیت اینگونه حمل کنندگان در حد یک امانت دار و تعهد آنها از نوع تعهد به وسیله می‌باشد اینگونه متصدیان حمل تنها مسؤل زیانهای

۱۳. کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، همان، صص ۱۹۷، ۲۰۰، ۲۲۵، ۴۴۷؛ لور راسا، میشل، مسؤلیت مدنی، ترجمه دکتر محمد اشتری، نشر حقوقدان، سال ۱۳۷۵، صص ۴۰ و ۴۱.

14.- Common Carrier.

۱۵. قبلاً تعریف هر یک و تفاوت آنها گفته شد.

16. Private Carrier.

ناشی از تقصیر خود هستند. در این خصوص زیان دیده (خواهان) لازم است که سه رکن ذیل را اثبات کند ۱- متصدی از انجام وظیفه استنکاف نموده است. ۲- خواهان متحمل زیان شده است. ۳- خواننده مکلف به مراقبت بوده است.^{۱۷}

ب- مسؤولیت متصدی حمل و نقل عمومی

متصدی حمل و نقل عمومی علاوه بر داشتن مسؤولیت ایمنی کالا و ضمانت همه خطرهای احتمالی موظف است که کالا را سالم در مقصد تحویل دهد. در حقوق انگلیس متصدی حمل و نقل عمومی به عنوان بیمه‌گر کالا می‌باشد، یعنی متصدی در هر صورت مسؤول فقدان یا خسارت است، صرفنظر از اینکه تقصیر خود او یا شخص دیگر موجب ورود خسارت شده باشد؛ به همین جهت او متعهد به نتیجه است و نوع تعهد وی مطلق یعنی سخت و شدید می‌باشد و چنانچه کالا را تحویل ندهد نقض تعهد کرده است. با این وصف حتی وقتی کالا با زور و تهدید از تصرف متصدی خارج و یا سرقت یا آتش سوزی باعث خسارت به کالا باشد، او همچنان مسؤول است. این روش (مسؤولیت مطلق) در واقع همان نظریه ایجاد خطر است. همانطوری که بعداً خواهیم دید این نظریه با حقوق تجارت ایران و کنوانسیون سی.ام.آر. مطابقت ندارد.^{۱۸}

17. Ibid., pp. 960, 961; Ss Gulshan. Mercantile Law, 1st ed., Excel Books 2003, p. 514; Paul Dobson, op.cit., p. 370.

18. Ss Gulshan, op.cit., p. 514; /Encyclopaedia, op.cit., pp. 960, 961; Clarke, op.cit., pp. 443, 444.

کاتوزیان، معاملات معوض، همان، ص ۴۳۱.

البته مسؤولیت مطلق متصدی حمل و نقل عمومی واجد چند استثناء می‌باشد، استثناهایی نظیر بلیات طبیعی، عمل دشمنان ملکه، عیب ذاتی و تقصیر یا تقلب از سوی فرستنده یا گیرنده که متصدی بایستی این موارد را اثبات نماید.^{۱۹} مسؤولیت فرورادرر همانند متصدی نیست، بلکه وظیفه او در حد سعی و تلاش معقول می‌باشد.

- مسؤولیت مطلق متصدی از طریق درج شروط تعدیل می‌گردد، یعنی مشتری می‌تواند یکی از سه سطح و میزان مسؤولیت را به شرح ذیل انتخاب نماید:

۱- سطح پائین مسؤولیت؛ در این صورت مشتری به صورت مکتوب موافقت می‌کند که حمل‌کننده هیچ مسؤولیتی نداشته باشد. ۲- دومین سطح همانا ترتب مسؤولیت برای متصدی در صورت تقصیر است که غالباً برای حیوانات زنده، شمش، پول، تمبر و سنگهای قیمتی در نظر گرفته می‌شود. ۳- بالاترین سطح مسؤولیت که در عمل بیشترین اهمیت را دارد و در حمل کالاهای تجاری مطرح می‌شود. در این سطح حمل‌کننده، مسؤول فقدان یا عدم تسلیم مناسب می‌باشد، مگر در مواردی که بلیات طبیعی، جنگ و غیره حادث شود.^{۲۰}

گفتار سوم: مبنای مسؤولیت متصدی حمل و نقل در حقوق ایران
در حقوق ایران به موجب ماده ۳۸۶ قانون تجارت: «اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسؤول قیمت آن خواهد بود، مگر اینکه

19. Clarke, op.cit., pp. 443, 444.

20. Paul Dobson, op.cit., p. 637.

ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره یا مستند به تقصیر ارسال کننده یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی که یکی از آنها داده‌اند یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری کند. قرارداد طرفین می‌تواند برای میزان خسارات، مبلغی کمتر یا زیادتر از قیمت کامل مال التجاره معین نماید». لحن ماده چنان است که بعضی را به اشتباه می‌اندازد و باعث می‌شود تا مبنای آن را به درستی دریابند. در خصوص مبنای مسؤولیت متصدی چندین احتمال قابل تصور است:

احتمال اول - مسؤولیت محض یا تضمین به نتیجه

با ملاحظه مفاد ماده ۳۸۶ قانون تجارت در می‌یابیم که مسؤولیت متصدی حمل و نقل از نوع مسؤولیت محض یا تضمین به نتیجه نیست، زیرا به متصدی حمل و نقل فرصت داده شده است تا بتواند با اثبات تقصیر ارسال کننده یا مرسل الیه و یا با اثبات امور دیگر از قبیل حوادث خارجی، خود را از مسؤولیت مبری سازد، در حالی که در مسؤولیت محض اثبات این موارد شخص را از مسؤولیت مبری نمی‌کند.

احتمال دوم - مسؤولیت بدون تقصیر یا مسؤولیت عینی (نظریه ایجاد خطر)

اگر این نظریه به عنوان مبنای مسؤولیت متصدی قرار گیرد، در این صورت حتی اگر متصدی دقت و احتیاط متعارف را به کار ببرد ولی مال التجاره به زور از ید او خارج شود و یا به سرقت برود و یا در آتش سوزی

از بین برود، وی همچنان مکلف به جبران خسارت است. به عبارتی به جهت دریافت اجرت، مستلزم ایجاد خطر برای دیگران می‌باشد. این نظریه با حقوق تجارت ایران سازگاری ندارد، زیرا اولاً استقرار اینگونه مسؤولیتها جنبه استثنائی دارد و استناد به آن نیازمند دلیل قویتری است.^{۲۱} ثانیاً با توجه به استثناهای مندرج در ماده ۳۸۶ قانون تجارت بالاخص عبارت «... مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری کند...»، به نظر می‌رسد که حوزه استثناهای مندرج در این ماده در مقایسه با حوزه استثناهای مسؤولیت عینی گسترده‌تر است. به عنوان مثال در فرضی که کالا به عنف از تصرف متصدی حمل و نقل ربوده می‌شود، اگر موضوع با دیدگاه مسؤولیت عینی مورد ارزیابی قرار گیرد، متصدی از مسؤولیت مبری نمی‌شود، زیرا مبری شدن در صورتی است که ورود ضرر را به امری خارجی، احتراز ناپذیر و غیرقابل پیش بینی منسوب کنند، ولی اگر موضوع با دیدگاه ماده ۳۸۶ قانون تجارت مورد ارزیابی قرار گیرد، متصدی از مسؤولیت مبری می‌شود، زیرا هیچ متصدی مواظبی نمی‌تواند از آن جلوگیری نماید. بنابراین نظریه مذکور یعنی مسؤولیت عینی با ماده ۳۸۶ قانون تجارت سازگاری ندارد.

احتمال سوم - مسؤولیت مبتنی بر تقصیر (نظریه تقصیر)

شرح تفصیلی این نظریه در گفتار اول آمد. اگر قرار باشد مسؤولیت متصدی حمل و نقل بر این نظریه مبتنی باشد، زیان دیده می‌بایست تقصیر متصدی را حسب مورد ثابت کند. این در حالی است که با مذاقه در مفاد

۲۱. کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، همان، ص ۸۸.

ماده ۳۸۶ قانون تجارت مشخص می‌گردد که مسؤلیت متصدی در قانون تجارت بیش از امین و وکیل می‌باشد و تعهد متصدی تعهدی است که به طور ضمنی حاوی تعهد به حفظ کالا و به عبارتی تعهد او تعهد به نتیجه می‌باشد و او تنها در صورتی از مسؤلیت معاف می‌شود که دلیل تلف کالا، ذاتی یا ناشی از تقصیر ارسال کننده یا گیرنده یا نیروی خارجی و احترازناپذیر باشد. بنابراین احتمال مربوط به مسؤلیت مبتنی بر تقصیر در خصوص مسؤلیت متصدی حمل و نقل در قانون تجارت قابل رد است. البته این نظریه برای متصدی حمل و نقل در قانون مدنی قابل اعمال می‌باشد؛ ماده ۵۱۶ قانون مدنی اعلام می‌دارد: «تعهدات متصدیان حمل و نقل ... همان است که برای امانت داران مقرر است...». لذا در قانون مدنی، متصدی حمل و نقل امین است و تقصیر او باید ثابت شود تا مسؤول قلمداد شود. در قانون مدنی برای متصدی تعهد ایمنی مطرح نیست، پس زیان دیده باید تقصیر او را اثبات کند.^{۲۲}

احتمال چهارم - مسؤلیت مبتنی بر اماره تقصیر با ریشه غیر قراردادی در گفتار اول به طور مشروح این نوع مسؤلیت بیان شد. بر اساس این نظریه زیان دیده از اثبات تقصیر معاف می‌شود و متصدی حمل و نقل مقصر انگاشته می‌شود؛ البته متصدی می‌تواند با اثبات خلاف این فرض، از مسؤلیت معاف گردد.^{۲۳} با این حال این نظریه در خصوص مسؤلیت متصدی حمل و نقل مندرج در ماده ۳۸۶ قانون تجارت صادق نیست، زیرا:

۲۲. کاتوزیان، معاملات معوض، همان، ص ۴۳۱.

۲۳. همان، ص ۴۳۰.

اولاً لحن ماده ۳۸۶ قانون تجارت. با لحن مقرراتی که فرض تقصیر را در نظر گرفته‌اند انطباق ندارد، به عنوان مثال ماده ۱۶ کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد حمل و نقل مرکب، مصوب ۱۹۸۰، چنین بیان می‌دارد: «عامل حمل و نقل مرکب... مسؤول زیان ناشی از تلف، خسارت وارد به کالا و همچنین تأخیر در تحویل آن است... مگر اینکه عامل حمل و نقل مرکب ثابت نماید که خود او، مأمورین یا نمایندگان او یا هر شخص دیگر... به طور معقول هر عملی را که جهت احتراز از واقعه و پیامدهای آن لازم بوده، به عمل آورده‌اند».

ثانیاً آقای دکتر کاتوزیان در جهت رد نظریه مزبور برای مسؤولیت متصدی حمل و نقل، عنوان می‌دارد که بخش دوم ماده ۳۸۶ قانون تجارت که ناظر به مواردی است که متصدی از مسؤولیت معاف می‌شود، عواملی را نام برده است که از نظر متصدی، خارجی به شمار می‌رود. پس کافی نیست که او بی‌تقصیری یا رعایت کامل احتیاط را از جانب خود ثابت کند، باید برای وجود علت خارجی که سبب از بین رفتن یا نقص کالا شده است، دلیل بیاورد. این امر نشان می‌دهد که قانونگذار تنها اماره بر تقصیر متصدی بوجود نیاورده است، بلکه سالم نرساندن کالای سالم را تقصیر شمرده است.^{۲۴}

تعیین نظریه‌های قابل قبول برای مبنای مسؤولیت متصدی حمل و نقل
جاده‌ای کالا در حقوق ایران

با رد چهار احتمال فوق الذکر، حال به بررسی پنج نظریه‌ای می‌پردازیم که می‌توانند در خصوص تعیین مبنای و ماهیت مسؤولیت متصدی

۲۴. کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد، همان، ص ۸۸.

حمل و نقل به طور نسبی سازگاری داشته باشند. با بررسی مشخص می‌گردد که تا اندازه‌ای نتیجه و ماحصل این پنج نظریه، یکسان بوده و با مفاد ماده ۳۸۶ قانون تجارت، تطبیق می‌کنند:

نظریه اول - اماره واقعی مسؤولیت (فرض یا اصل مسؤولیت)

عده‌ای معتقدند که ماده ۳۸۶ قانون تجارت، یک اماره مسؤولیت و به نفع صاحب کالا است. در دعوی فرستنده یا گیرنده کالا علیه متصدی لازم نیست که خواهان (زیان دیده) تقصیر متصدی باربری را ثابت کند، بلکه متصدی برای مبری شدن از مسؤولیت باید صرفاً ثابت کند که حادثه معلول یک علت خارجی بوده است که به هیچوجه نمی‌توان آن را به او مربوط دانست.^{۲۵}

نظریه دوم - اماره تقصیر (فرض تقصیر) با ریشه قراردادی

عده‌ای از مؤلفین معتقدند که مبنای پیش بینی شده در قانون تجارت برای مسؤولیت متصدی حمل و نقل، فرض تقصیر می‌باشد، البته فرض تقصیر با ریشه قراردادی. این مؤلفین به این ترتیب صرف عدم انجام تعهد از سوی متصدی حمل و نقل را تقصیر می‌دانند و با توجه به آنچه که در گفتار اول در خصوص این نظریه گفته شد، اثبات عدم تقصیر متصدی را امکانپذیر نمی‌دانند. متصدی تنها در صورتی از مسؤولیت مبری می‌گردد که ثابت کند که احتراز از ورود زیان غیرممکن بوده است، یعنی قوه قاهره یا جمیع شرایط ضرر را بوجود آورده است.^{۲۶}

۲۵. اشتری، همان، ص ۸۶.

۲۶. کاتوزیان، معاملات معوض، همان، ص ۴۳۱.

نظریه سوم - قاعده موضوعی

عده ای از مؤلفین معتقدند که بهتر است گفته شود مسؤولیت پیش بینی شده در مواد ۳۸۶ و ۳۸۷ قانون تجارت یک قاعده موضوعی است نه اماره مسؤولیت و یا فرض تقصیر؛ زیرا اگرچه مبنای این حکم نیز مثل امارات قانونی بر ظواهر و موارد غالب استوار است و معمولاً عدم اجرای تعهد ملازمه با تقصیر متصدی دارد، ولی قانونگذار در وضع این قاعده، توجهی به جنبه اثباتی آن ندارد، لذا متصدی نمی‌تواند با اثبات عدم ارتکاب تقصیر از مسؤولیت معاف شود، بلکه مقصود قانونگذار وضع قاعده مستقلی است که بر مصالح خاصی انشاء گردیده است.^{۲۷}

نظریه چهارم - وضعیت حقوقی خاص

برخی از حقوقدانان در مورد مبنای مسؤولیت متصدی حمل و نقل معتقدند که تصرف متصدی نه امانی است و نه ضمانی، بلکه از یک وضعیت حقوقی خاصی برخوردار است؛ زیرا از یک طرف، تصرف امانی هنگامی متصور خواهد بود که عدم مسؤولیت متصرف مفروض باشد، در صورتی که در مورد متصدی، مسؤولیت مفروض و اصل است و از طرف دیگر ید ضمانی هنگامی محقق می‌شود که متصرف همواره مسؤل تلف، نقص یا عیب مال مورد تصرف باشد، اعم از اینکه تقصیر یا عدم تقصیر او ثابت گردد یا اینکه هیچ یک از این دو محرز نباشد، مانند تصرف غاصب نسبت به مال مغضوب. این حقوقدانان در ادامه استدلال خود اضافه می‌کنند

۲۷. کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، چاپ پنجم، نشر دادگستر، سال ۱۳۶۰، صص

۳۰ تا ۳۳. به نقل از اشتری، همان، صص ۸۹

که از مفهوم ماده ۶۳۱^{۲۸} قانون مدنی استفاده می‌شود که اصل در تصرف، ضمانتی بودن آن است، مگر آنکه تصرف به موجب یکی از عقود باشد که قانون، در آن، ید متصرف را امانی اعلام کرده است، مانند ید مستأجر نسبت به عین مستأجره، ید ولی و قیم نسبت به اموال مولی علیه. به این جهت در غیر عقود مذکور متصرف ضامن خواهد بود، اگرچه تلف یا نقص یا عیب، مستند به فعل او نباشد. ایشان در نتیجه گیری عنوان می‌کنند که ید متصدی حمل و نقل نسبت به مال التجاره، هیچ یک از دو وضعیت بالا را ندارد، زیرا از جهتی عدم مسؤولیت او مفروض نیست و از جهت دیگر نمی‌توان او را همواره و در هر حال مسؤول دانست، چرا که قانوناً به او فرصت داده شده است که بتواند با اثبات تقصیر ارسال کننده یا مرسل الیه و یا با اثبات امور دیگری که در ماده ۳۸۶ قانون تجارت. آمده است خود را از مسؤولیت مبری سازد.^{۲۹}

۲۸. ماده ۶۳۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع، متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است. بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمی‌باشند، مگر در صورت تعدی یا تفریط، و در صورت استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسؤول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگرچه مستند به فعل او نباشد».

۲۹. شهیدی، مهدی، «مجموعه مقالات حقوقی»، مقاله برخورد مقررات قانون مدنی و تجارت، چاپ اول، نشر حقوقدان، سال ۱۳۷۵، ص ۲۰۱. حقوقدان مزبور در ادامه استدلال خود اضافه می‌نماید، در موارد برخورد مقررات مدنی و بازرگانی نسبت به قرارداد حمل و نقل، مقررات بازرگانی به عنوان قانون خاص مقدم بر مقررات مدنی است؛ ولی در موارد سکوت و اجمال، یا مواردی که صریحاً از شمول قانون تجارت خارج گردیده است، مقررات مدنی قابل اجرا خواهد بود و مواد ۵۱۶ و ۵۱۷ قانون مدنی را نمی‌توان کاملاً منسوخ دانست.

نظریه پنجم - تقصیر قراردادی

در گفتار اول پیرامون تقصیر قراردادی توضیح داده شد. در ادامه اضافه می‌نماید که:

اولاً مطابق قواعد عمومی معاملات، هرگاه کسی به موجب قراردادی ملتزم به انجام کاری شود و به تعهد خود وفا نکند، عدم اجرای قرارداد خود نوعی تقصیر است و قانون کسی را که به مفاد عقد رفتار نکند مقصر و مسؤول خسارات ناشی از آن می‌داند (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی).

ثانیاً با توجه به مورد فوق الذکر و با عنایت به اینکه در قرارداد حمل و نقل همانند قراردادهای تجاری دیگر متعهد به طور معمول حصول نتیجه را قبول می‌کند لذا نوع تعهد، تعهد به نتیجه است.

ثالثاً در این نوع تعهدات، یک تعهد ضمنی در مفاد قرارداد مطرح است که همانا سالم رسانیدن کالا به مقصد است که این تعهد ضمنی ناظر به نتیجه کار می‌باشد، به طوری که تعهد ضمنی متصدی حمل و نقل به سالم رسانیدن کالا به مقصد موجب شده است که عدم انجام آن تقصیر به شمار آید. البته ممکن است که این تعهد، از خاطر دو طرف نیز نگذشته باشد، ولی قانون آن را به عنوان قاعده تکمیلی از لوازم عقد می‌شمرد (مستفاد از مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی). نتیجه سه مورد فوق الذکر اینست که متصدی حمل در صورت عدم ایفای تعهد دایر بر سالم رساندن کالا به مقصد، به جهت تخلف از مفاد تعهد مقصر است، مگر اینکه اثبات نماید که علت خسارت ناشی از حادثه خارجی بوده است. بنابراین قاعده مزبور در راستای قانون مدنی و

قواعد عمومی قراردادها می‌باشد؛^{۳۰} یعنی مفاد ماده ۳۸۶ قانون تجارت در راستای مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی قرار می‌گیرد.

لذا دو نکته ذیل حائز اهمیت است:

۱- اثبات بی‌تقصیری و اثبات علت خارجی گاهی دو امر متفاوت است. گاهی متصدی بی‌تقصیری خود را ثابت می‌کند، به عنوان مثال اثبات می‌نماید که دستگاهها و وسایل به کار گرفته شده در حمل و نقل تمیز هستند و هیچ ایرادی ندارند. در چنین مثالی هر چند عدم تقصیر را نشان می‌دهد، ولی از مصادیق علت خارجی مذکور در ماده ۳۸۶ قانون تجارت محسوب نمی‌شود؛ بنابراین متصدی حمل با اثبات چنین امری از مسؤولیت معاف نمی‌شود.

۲- علت اینکه متصدی حمل و نقل با اثبات علت خارجی از مسؤولیت معاف می‌شود اینست که موارد معاف کننده مندرج در ماده ۳۸۶ قانون

۳۰. کاتوزیان، معاملات معوض، همان، صص ۴۱۴، ۴۱۵؛ همو، الزامهای خارج از قرارداد، همان، صص ۸۸ و ۸۹؛ همو، قواعد عمومی قراردادها، همان، صص ۱۹۴ و ۱۹۹. هر چند ظاهر در اینست که ماده ۳۸۶ قانون تجارت و ماده ۵۱۶ قانون مدنی از مبانی مختلف پیروی می‌کنند، ولی دو مبنا قابل جمع است، زیرا در ماده ۳۸۶ قانون تجارت همانند قواعد عمومی معاملات، متصدی ملزم به انجام کار و تعهد قراردادی می‌باشد و چنانچه به تعهد خود عمل نکند عدم اجرای قرارداد، خود نوعی تقصیر است، مگر اینکه علت خارجی را به اثبات برساند. بنابراین بین قانون مدنی و تجارت از نظر مبنا تفاوتی وجود ندارد، هر دو مقصر را مسؤول می‌دانند و هر دو برای کسی که به تعهد خود وفا نکرده است تقصیر را در نظر می‌گیرند. تفاوت فقط در این است که قانون تجارت تعهد به حمل کالا را به طور ضمنی حاوی تعهد به سالم رسانیدن آن نیز دانسته است و به دنبال همین فرض نیز متصدی حمل و نقل را مقصر می‌داند تا خلاف آن اثبات شود. (به نقل از کاتوزیان، معاملات معوض، همان، صص ۴۱۵، ۴۱۶). ولی در قانون مدنی عدم مسؤولیت و عدم تقصیر متصدی حمل و نقل اصل و مفروض است مگر آنکه تعدی و تفریط ثابت گردد. به عبارتی از نظر ثبوتی، مبنای هر دو تقصیر است، فقط از جنبه اثباتی تفاوت دارند؛ در قانون مدنی اثبات به عهده صاحب کالا است، ولی در قانون تجارت بر عهده متصدی است که ثابت کند علت خارجی موجب ورود خسارت شده است. به نظر می‌رسد مبنای ماده ۵۱۶ قانون مدنی قراردادی است و نه قانونی و چه بسا قول نسخ ماده ۵۱۶ قانون مدنی نیز صحیح نباشد.

تجارت به جهت اینکه خارجی و به عبارتی خارج از اراده متصدی هستند موجب می‌شوند که رابطه سببیت بین عمل متصدی و خسارت وارده از بین برود؛ به همین جهت متصدی حمل از مسؤولیت مبری می‌شود، در حالی که با اثبات عدم تقصیر، رابطه سببیت بین عمل متصدی و خسارت وارده همچنان وجود دارد، به همین جهت وی از مسؤولیت مبری نمی‌شود.

بنابراین به موجب نظریه پنجم می‌توان گفت که قاعده ایجاد شده در مواد ۳۸۶ و ۳۸۷ قانون تجارت مطابق با ماده ۲۲۷ قانون مدنی است و در هر دو یعنی هم قواعد عمومی قراردادها در قانون مدنی و هم در مواد موصوف در قانون تجارت، اگر متصدی به تعهد خود وفا نکند، مرتکب تقصیر شده است، تا زمانی که ثابت شود علت عدم انجام تعهد مربوط به علت خارجی بوده که نسبت به او رابطه سببیت وجود ندارد؛ در نتیجه مفاد ماده ۳۸۶ قانون تجارت در راستای مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی می‌باشد.

همانطور که ملاحظه شد، جهت تعیین ماهیت و مبانی مسؤولیت متصدی حمل و نقل در قانون تجارت، ابتدا چهار نظریه احتمالی مطرح گردید، ولی با ارائه استدلالهای متفاوت این چهار احتمال رد شد. سپس پنج نظریه دیگر مطرح گردید که علیرغم داشتن عناوین متعدد و تحلیلهای حقوقی متفاوت و علیرغم اینکه متضمن دیدگاههای گوناگون هستند ولی دارای آثار و نتیجه عملی یکسان می‌باشند. ولی بنظر می‌رسد تحلیل مربوط به نظریه پنجم در مقایسه با چهار نظریه دیگر بنا به جهات ذیل الذکر دارای توجیه حقوقی قوی‌تری است. اولاً تحلیل مطروحه در نظریه پنجم دارای دریچه خاصی و در برگیرنده تعهد به نتیجه می‌باشد. اینگونه تحلیل به جهت

اینکه جوهره تعهدات و قراردادهای تجاری به صورت تعهد به نتیجه است، ملموس تر است. ثانیاً از آنجا که تحلیل نظریه پنجم طوری است که قانون تجارت و قانون مدنی را در یک راستا قرار می‌دهد و به عبارتی این تحلیل در جهت تقویت نظریه وحدت حقوق خصوصی گام برمی‌دارد، دارای اهمیت زیادی است. در حقوق خصوصی ایران دو نظریه، یکی نظریه وحدت حقوق خصوصی و دیگری نظریه تعدد حقوق خصوصی مطرح است که به جهت استدلالهایی که پیرامون این موضوع شده است عمدتاً تمایل در جهت وحدت حقوقی خصوصی است. به طوری که گفته شده، حقوق تجارت ایران همان حقوق معاملات است که این با مفهوم تجارت در فقه امامیه و همچنین با تعریفهای ارائه شده در مورد حقوق تجارت سازگار می‌نماید. بنابراین آن بخش از قانون مدنی هم که حاکم بر عقود مالی معوض است (نظیر بیع - اجاره) داخل در قلمرو حقوق تجارت خواهد بود.^{۳۱}

نتیجه اینکه تحلیل نظریه پنجم به جهت اینکه از مباحث قواعد عمومی قراردادها استفاده نموده و در راستای قانون مدنی و در جهت وحدت حقوق خصوصی گام برداشته است از اهمیت بیشتری برخوردار است.

۳۱. جهت آشنایی بیشتر با بحث وحدت حقوق خصوصی به مقاله آقای کوروش کاویانی تحت عنوان «جایگاه حقوق تجارت در حقوق ایران»، مجله شماره سی و سوم دانشکده حقوق دانشگاه تهران مراجعه شود.

گفتار چهارم: مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل در کنوانسیون سی.ام.آر.

ماده ۱۷/۱ کنوانسیون سی.ام.آر. مقرر می‌دارد: «حمل کننده مسؤول فقدان تمام یا قسمتی از کالا و خسارت وارد شده به آن از تاریخ تحویل گرفتن کالا تا زمان تحویل دادن آن و همچنین مسؤول هرگونه تأخیر در تحویل کالا خواهد بود».

ماده ۱۷/۲ کنوانسیون در خصوص موارد معافیت از مسئولیت برای متصدی حمل و نقل مقرر می‌دارد:

«در صورتی که فقدان یا خسارت یا تأخیر به سبب عمل خلاف یا غفلت مدعی یا به موجب دستورهای داده شده توسط وی، غیر از دستورهایی که حمل کننده در انجام آن دچار اشتباه یا غفلت شده باشد یا به علت عیب ذاتی کالا و یا اوضاع و احوالی اجتناب ناپذیر که حمل کننده قادر به جلوگیری از آن نبوده حادث شود، حمل کننده از مسئولیت مبری خواهد بود».

ماده ۱۷/۴ کنوانسیون در خصوص دیگر موارد معافیت از مسئولیت برای متصدی حمل و نقل مقرر می‌دارد: «در صورتی که فقدان و خسارت از مخاطرات ذاتی خاص در یک یا چند مورد از موارد زیر حادث شود، حمل کننده با رعایت بندهای ۲ الی ۵ ماده ۱۸ از مسئولیت مبرا خواهد بود:

الف) استفاده از وسایل نقلیه روباز بدون پوشش، در صورتی که استفاده از چنین وسایلی به صراحت توافق شده و در برنامه قید شده باشد.

ب) بسته بندی نبودن یا وجود بسته بندی ناقص در مورد کالاهایی که در صورت نداشتن بسته بندی یا داشتن بسته بندی ناقص به دلیل طبیعتی که دارند متحمل ضایعات یا خسارات می شوند.

ج) کار تحویل یا تحویل، بارگیری، بارچینی یا تخلیه کالا توسط فرستنده یا گیرنده و یا شخصی که از طرف آنان به این کار گمارده شده، انجام شود.

د) طبیعت بعضی از کالاها که به ویژه تمام یا قسمتی از کالاها را در معرض فقدان یا خسارت، به خصوص به واسطه شکستگی، زنگ زدگی، پوسیدگی، خشکی، نشتی، نقصان معمولی، آفت یا بیدزدگی قرار می دهد.

ه) کافی یا کامل نبودن علایم و شماره‌های روی بسته‌ها.

و) حمل حیوانات زنده.»

ماده ۱۸/۱ مقرر می‌دارد: «مسؤولیت اثبات اینکه فقدان، خسارت یا تأخیر در نتیجه یکی از عوامل مندرج در بند ۲ ماده ۱۷ حادث شده است، با حمل کننده خواهد بود.»

با عنایت به ماده ۱۷/۱ که متصدی را مسؤول فقدان، خسارت یا تأخیر در دوره زمانی بین دریافت کالا در مبدأ و تحویل آن در مقصد قرار داده، در واقع متصدی دارای یک وظیفه قراردادی است، مبنی بر اینکه کالا را در وضعیت مشابه زمان دریافت به شخص ذیحق تحویل نماید، در غیر این صورت مرتکب نقض قرارداد شده است، مگر اینکه موارد مقرر در ماده ۱۷/۲ و ۱۷/۴ را به اثبات برساند تا بتواند از مسؤولیت مبری گردد. دادگاههای کشورهای متفاوت، مسؤولیت مقرر در کنوانسیون سی.ام.آر. را برای متصدی حمل و نقل با روشهای متفاوت تفسیر می‌کنند و در باره

مبانی و ماهیت این مسؤولیت اختلاف نظر دارند. در خصوص مبانی مسؤولیت احتمالات ذیل مورد بررسی است:

احتمال اول - متصدی را در هر صورت مسؤول بدانیم

به موجب این فرضیه «متصدی را می‌بایست در هر صورت مسؤول ورود خسارت دانست». مطابق این فرضیه متصدی در هر صورت می‌توانسته از ورود خسارت خودداری کند، اگر اعمالی متفاوت از اعمال صورت پذیرفته را انجام می‌داد. برای مثال اگر کالا به جهت رعد و برق یا انفجار غیرقابل پیش بینی در جاده از بین برود، باتوجه به این فرضیه متصدی در این صورت هم مسؤول است، زیرا چه بسا می‌توانست مسافرت خود را پانزده دقیقه زودتر یا دیرتر انجام دهد تا از ضرر اجتناب نماید و یا اگر سرقت مسلحانه اتفاق بیفتد چه بسا متصدی باز هم مسؤول باشد، زیرا متصدی می‌توانست از یک وسیله نقلیه که دارای افراد مسلح باشد استفاده کند تا این واقعه اتفاق نیفتد. این احتمال و به عبارتی این فرضیه قابل رد است، زیرا چنین نظریه‌ای به جهت افراطی بودن، نتیجه‌ای غیر معقول و پوچ را در پی دارد و بعید است که مؤلفین سی.ام.آر. به چنین افراطی تمایل داشته‌اند.^{۳۲}

احتمال دوم - مسؤولیت متصدی مطلق است

احتمال دیگر اینست که مسؤولیت متصدی را مطلق بدانیم، همانگونه که برای بیمه‌گر عمل می‌کنیم، یعنی متصدی حمل به طور مطلق و در همه

32. Clarke, op.cit, pp. 271, 272.

حال مسؤول حادثه است، مگر اینکه بتواند اثبات کند که خسارت ناشی از حوادث مقرر در ماده ۱۷/۲ کنونسیون بوده و یا موارد ماده ۱۷/۴ کنونسیون به وقوع پیوسته است. بر اساس این نظریه که همان نظریه خطر یا مسؤولیت بدون تقصیر یا عینی می‌باشد، به هنگام ارزیابی، رفتار متصدی از اینکه همراه با تقصیر بوده یا خیر، لحاظ نمی‌شود. دیوان عالی آلمان طی رأیی مسؤولیت متصدی را در کنونسیون یک مسؤولیت عینی تلقی کرده است.^{۳۳} این نظریه مطابق مسؤولیت متصدیان حمل و نقل عمومی در انگلیس می‌باشد؛ همانگونه که در آنجا گفته شد، اگر متصدی دقت و احتیاط متعارف را به کار ببرد، ولی کالا به زور از ید او خارج شود یا به سرقت برود یا در آتش سوزی از بین برود، همچنان مکلف به جبران خسارت است. به عبارتی به جهت دریافت اجرت، عمل متصدس مستلزم ایجاد خطر برای دیگران می‌باشد. این احتمال نیز قابل رد است. قاضی موس‌تیل^{۳۴} در دعوی سیلبر علیه ایسلندر تراکینگ.^{۳۵} این دیدگاه و اینگونه مسؤولیت را در انگلیس دیدگاه تازه‌ای ندانسته است. لذا قصد مؤلفین سی.ام.آر. بر این مبنا نبوده است.^{۳۶}

جهت رد این احتمال استدلالهای ذیل نیز حائز اهمیت هستند:

۱- اگر به تنهایی به مفاد ماده ۱۷/۱ کنونسیون توجه شود چه بسا این احتمال تقویت گردد که مسؤولیت متصدی در کنونسیون از نوع مطلق

33. Messent and Glass, op.cit, pp. 109, 110; Jan Ramberg, International Commerical Trasation, 1997, No. 34. p. 180.

34. Mustill.

35. Silber v. Islander Trucking [1985] 2 Lloy's Rep. 243. Cited in Clarke, op.cit., p. 271.

36. Clarke, op.cit., p. 271.

قراردادی تلقی گردد، ولی وقتی به مخاطرات ذاتی خاص مقرر در ماده ۱۷/۴ کنوانسیون به عنوان مصادیق مبری کننده توجه می‌شود و همچنین وقتی دفاعیات متصدی مقرر در ماده ۱۷/۲ کنوانسیون مورد ملاحظه قرار می‌گیرد، نتیجه این می‌شود که وظیفه (مسؤولیت) متصدی کمتر از مطلق می‌باشد.

۲- با توجه به استثناءها یا موارد مبری کننده مسؤولیت مندرج در ماده ۱۷/۲ کنوانسیون بالاخص عبارت^{۳۷} «اوضاع و احوالی که متصدی نمی‌توانسته از آن اجتناب کند و نتایج آن اوضاع و احوال که نمی‌توانسته از آن جلوگیری نماید»، به نظر می‌رسد که حوزه استثنای مندرج در این ماده در مقایسه با حوزه استثنای مسؤولیت مطلق گسترده‌تر باشد و به تعبیری میزان مسؤولیت متصدی حمل و نقل در ماده ۱۷ کنوانسیون در مقایسه با میزان مسؤولیت در نظریه مسؤولیت مطلق کمتر است. برای مثال اگر کالا به عنف از تصرف متصدی حمل و نقل ربوده شود، در این صورت چنانچه موضوع با دیدگاه مسؤولیت مطلق مورد ارزیابی قرار گیرد، متصدی از مسؤولیت مبری نمی‌شود، زیرا مبری شدن در مسؤولیت مطلق در صورتی است که ورود ضرر به امری خارجی، احتراز ناپذیر و غیرقابل پیش بینی منسوب باشد. ولی اگر موضوع با دیدگاه ماده ۱۷/۲ کنوانسیون مورد ارزیابی قرار گیرد، متصدی از مسؤولیت مبری می‌شود، زیرا متصدی نمی‌توانسته از آن جلوگیری کنند. بنابراین نظریه مذکور یعنی مسؤولیت مطلق با ماده ۱۷

37. "... Circumstances which the carrier could not avoid and the consequences of which he was unable to prevent".

کنوانسیون سازگاری ندارد و به عبارتی نظریه مزبور باعث تشدید مسئولیت به میزان بیش از حدود مقرر در ماده ۱۷ کنوانسیون می‌گردد.

احتمال سوم - متصدی در هر حال مسئول است به جز در موردی که خسارت ناشی از حوادثی باشد که ماهیت فورس ماژور دارند این احتمال موجب تشدید مسئولیت است و مصادیق مبرّی کننده آن بسیار محدود می‌باشد، در حالی که با عنایت به مفاد ماده ۱۷/۲ کنوانسیون، دایره مصادیق مبرّی کننده از مسئولیت بیش از موارد فورس ماژور می‌باشد. بنابراین قاضی موستیل در دعوی سیلبر علیه ایسلندر تراکینگ این نظریه را بنا به دلایل ذیل رد کرد:

۱- اگر قصد طراحان کنوانسیون بر این نظریه می‌بود و در واقع اگر آنها در نظر داشتند تا موارد معاف کننده صرفاً فورس ماژور باشد، این امر را با صراحت مطرح می‌کردند. ۲- از آنجا که قصد طراحان کنوانسیون این بوده که از مفاهیم ملی اجتناب کنند، لذا بعید است که این نظریه مدنظر آنها بوده باشد. ۳- دلیل دیگر مبنی بر اینکه توجه آنها صرفاً به فورس ماژور نبوده اینست که موارد مبرّی کننده در کنوانسیون با فورس ماژور تفاوت دارند، زیرا:

الف) در ماده ۱۷/۲ کنوانسیون، قصد طراحان کنوانسیون بر اعمال یا ترک اعمال متصدی متمرکز می‌شود، در حالی که در فورس ماژور حادثه خارج از حوزه عملیات متصدی مطرح نظر قرار می‌گیرد. برای مثال، اعتصاب در قالب فورس ماژور قرار نمی‌گیرد، ولی از مصادیق غیرقابل اجتناب مقرر

در ماده ۱۷/۲ کنوانسیون می‌باشد. ب) در فورس ماژور، حادثه بایستی هم غیرقابل اجتناب و هم غیرقابل پیش بینی باشد، ولی ماده ۱۷/۲ کنوانسیون صرفاً به حادثه غیرقابل اجتناب نظر دارد و به عامل غیرقابل پیش بینی^{۳۸} توجه ندارد. بنابراین، نظریه مزبور نیز با مفاد کنوانسیون در باب مسؤولیت سازگاری ندارد.^{۳۹}

احتمال چهارم - مسؤولیت متصدی در کنوانسیون بر نظریه تقصیر (مراقبت معقول) مبتنی است، ولی از حیث اثباتی بر نظریه فرض تقصیر مبتنی می‌باشد.

بر اساس این نظریه مسؤولیت متصدی در حد مراقبت معقول می‌باشد و در صورتی که اثبات گردد که متصدی در حد مراقبت معقول و متعارف

۳۸. البته باید توجه داشت، هر چند عنصر غیرقابل پیش بینی ظاهراً بی ربط است، ولی بی تأثیر هم نیست، زیرا اگر رویدادی خواه به عنوان یک احتمال کلی، خواه به عنوان یک رویداد نزدیک، قابل پیش بینی باشد، از متصدی انتظار می‌رود تا از آن اجتناب نماید؛ ولی باید توجه داشت اگر رویدادی در حد یک احتمال کلی قابل پیش بینی باشد، معذک در آن اوضاع و احوال خاص می‌تواند غیرقابل اجتناب باشد. مثلاً مانورهای خطرناک از طریق وسایل نقلیه در اروپا، قابل پیش بینی است ولی در موارد خاص، تصادف ممکن است غیرقابل اجتناب باشد و چه بسا متصدی در این موارد به علت نداشتن تقصیر معاف می‌گردد.

اما گاهی در یک مورد دیگر هر چند احتمال و پیش بینی، کلی می‌باشد ولی نتیجه طور دیگری است؛ زیرا در صورت پیش بینی، به میزان مؤثری می‌توانست مانع از ضرر شود، به عنوان مثال راننده می‌توانست از غارت اموال در زمان وقوع جلوگیری نماید؛ اگر او پیش بینی می‌کرد که پارک نمودن اتومبیل به هنگام شب در قسمت توقف اضطراری و در قسمت پهن جاده منجر به سرقت مسلحانه می‌شود. در مثال دوم برخلاف مثال بالا، دادگاه در جهت ارزیابی غیرقابل اجتناب بودن حادثه بایستی به معیار غیرقابل پیش بینی یا قابل پیش بینی هم توجه می‌نمود. بنابراین موضوع و معیار مربوط به قابل پیش بینی بودن یا احتمال ضرر از عواملی است که بر روی دادگاه تأثیرگذار است. به این ترتیب دادگاه می‌تواند ارزیابی کند که آیا متصدی آنچه را که مورد نیاز بوده تا به موجب ماده ۱۷/۲ از مسؤولیت مبری شود، انجام داده است یا خیر (Clarke, op.cit., pp. 273, 274).

39. Ibid., pp. 273, 274, 275.

عمل کرده، از مسؤولیت مبرّی می‌شود. این رویکرد در آلمان وجود دارد؛ به عبارتی تلقی دادگاههای آلمان اینست که مسؤولیت متصدی در کنوانسیون بر نظریه تقصیر مبتنی است به موجب این نظریه به جهت اینکه از حیث اثباتی به نفع زیان دیده باشد، متصدی مقصر فرض می‌شود و در این صورت چنانچه متصدی ثابت کند که مراقبت معقول را معمول داشته و مرتکب تقصیری نشده و به عبارتی ثابت کند که فقدان یا خسارت، ناشی از اوضاع و احوالی است که یک متصدی مراقب (با مراقبت معقول) نمی‌توانسته آن را پیش‌بینی و یا از آن اجتناب کند، از مسؤولیت مبرّی می‌شود. البته این نظریه و یا احتمال نیز رد شده است، زیرا اگر قصد طراحان بر این مبنا بود، در کنوانسیون به آن می‌پرداختند و آن را مطرح می‌کردند. لذا چه بسا متصدی مطابق متعارف و معقول عمل کند، ولی نتواند از دفاعیات منظور در ماده ۱۷/۲ کنوانسیون جهت مبرّی شدن از مسؤولیت استفاده کند.^{۴۰} کما اینکه در دعوی شرکت میثائیل گالری فوتویر علیه یابونی^{۴۱} هر چند متصدی مراقبت معقول را معمول نموده بود و به تعبیری مرتکب تقصیر نشده بود، ولی همچنان مسؤول شناخته شد. شرح دعوی به این ترتیب است: «متصدی حمل که محموله کفشی را از میلان به انگلیس حمل می‌کرد، برای اینکه خود و همکارش غذا صرف کنند، کامیون حامل کفشها را در یک پارکینگ محافظت نشده در میلان متوقف می‌کند. تنها پارکینگ کامیونی که از آن محافظت می‌شد، تا آنجا دو ساعت فاصله

40. Ibid., pp. 274, 275; Messent and Glass, op.cit. pp. 109, 110; Jan Ramberg, op.cit., No. 3, 4, pp. 180, 181.

41. Michael Gallery Footwear Ltd. v. Dominic Iaboni [1985] 2 Lloyd's Rep. 251, [1982] 2 All E.R. 200.

داشت که البته رانندگی به آنجا موجب نقض مقررات مربوط به مدت زمان رانندگی می‌شد. بوق دزدگیر کامیون روشن گذاشته شده بود، ولی دزدان آن را بی اثر کردند و کامیون را با بارش به سرقت بردند؛ در این خصوص رأی داده شد که متصدی حمل در برابر مالک کفشها مسؤولیت دارد، زیرا این تلف قابل اجتناب بوده است، به این معنا که او و همکارش می‌توانستند به نوبت از کامیون حفاظت کنند».

حال چنانچه از نظریه تقصیر تبعیت می‌شد، چه بسا متصدی از مسؤولیت مبری می‌گردید، زیرا وی مراقبت معقول را به کار گرفته بود، ولی به جهت عدم تبعیت از این نظریه، متصدی مسؤول شناخته شد. بنابراین متصدی به صرف اثبات عدم تقصیر از مسؤولیت مبری نمی‌شود، مگر اینکه ثابت کند که تلف یا خسارت غیرقابل اجتناب بوده است؛ لذا این نظریه نیز با مفاد کنوانسیون سازگاری ندارد.

نظریه‌های قابل قبول برای مبنای مسؤولیت متصدی حمل و نقل در کنوانسیون سی.ام.آر.

با رد چهار احتمال فوق الذکر، حال به بررسی نظریه‌هایی می‌پردازیم که می‌توانند در خصوص تعیین مبنا و ماهیت مسؤولیت متصدی حمل و نقل در کنوانسیون سی.ام.آر. سازگاری داشته باشند.

از مفاد مواد ۱۷/۱، ۱۷/۲ و ۱۷/۴ کنوانسیون برمی‌آید که تعهد متصدی از نوع تعهد به نتیجه می‌باشد و وی به صورت ضمنی متعه به سالم رساندن کالا است. بنابراین متصدی بایستی کالا را مشابه زمان دریافت آن در مبدأ، به شخص ذیحق در مقصد، تحویل نماید؛ در صورت فقدان،

خسارت یا تأخیر متصدی مسؤول فرض خواهد شد. جهت خلاصی از مسؤولیت کافی نیست که متصدی ثابت نماید در حفظ کالا تقصیر نکرده است، بلکه بایستی ثابت کند که علت ورود ضرر ناشی از غفلت مدعی یا به موجب دستورهای وی یا به علت عیب ذاتی کالا و یا اوضاع و احوالی اجتناب ناپذیر که حمل کننده قادر به جلوگیری از آن نبوده، می باشد. با دقت نظر در تحلیل مزبور و با رد چهار احتمال فوق‌الاشعار، به نظر می‌رسد مبنا و ماهیت مسؤولیت متصدی حمل و نقل در کنوانسیون و حقوق تجارت ایران یکسان باشد. در چنین صورتی پنج نظریه‌ای که به عنوان نظریه‌های قابل قبول در حقوق ایران در گفتار قبلی مورد بررسی قرار گرفت، می‌توانند به عنوان نظریه‌های مورد اعمال در کنوانسیون مطمح نظر قرار گیرند. به عبارتی می‌توان تحلیل‌های پنج نظریه موصوف را که از حیث نتیجه یکسان می‌باشند، جهت توجیه مسؤولیت متصدی در کنوانسیون نیز مورد توجه قرار داد.

علاوه بر این پنج نظریه، نظریه دیگری که در خصوص مبنا و ماهیت مسؤولیت متصدی در کنوانسیون مطرح گردیده و به نظر می‌رسد از حیث نتیجه مانند پنج نظریه مزبور باشد نظریه‌ای است که تحت عنوان «حداکثر مراقبت» از آن یاد می‌شود.

نظریه «حداکثر مراقبت»

این نظریه از سوی قاضی موسستیل در دعوی سیلبر علیه ایسلندر تراکینگ مطرح شد. نامبرده با رد چهار احتمال فوق‌الذکر، با ابراز این نظریه، راه میانه را پیمود و عبارت «Could not avoid» نتیجه گرفت که

این عبارت به معنی: «Could not avoid even with the utmost care» می‌باشد، یعنی با حداکثر مراقبت نیز غیرقابل اجتناب باشد. عبارت «Utmost care» یا حداکثر مراقبت به معنی مراقبت بی نهایت نیست، بلکه دلالت دارد بر اینکه چنین مراقبتی، عملی باشد و در عین حال پوچی و غیر معقولی را در پی نداشته باشد؛ نتیجه اینکه وظیفه متصدی کمتر از مطلق، اما بیشتر از مراقبت معقول و متعارف است.^{۴۲}

در انگلیس مقررات کنوانسیون سی.ام.آر. به عنوان شروط قرارداد حمل و نقل مورد ملاحظه قرار می‌گیرند؛ به عبارتی مقررات کنوانسیون سی.ام.آر. ارزش و اعتبار قانونی دارد و حمل‌کنندگان نمی‌توانند قراردادی خارج از مقررات آن منعقد کنند؛ ضمناً قضات انگلیسی مسئولیت متصدی را به موجب کنوانسیون سی.ام.آر. کمتر از مطلق و بیشتر از مراقبت معقول یعنی همان حداکثر مراقبت مورد ملاحظه قرار می‌دهند.^{۴۳}

اما در مجموع باید گفت در نظامهای مختلف حقوقی، درخصوص مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل در کنوانسیون سی.ام.آر. روشها و تمایزات متعدد قضایی اتخاذ شده که طبعاً تحصیل یک اجماع را در این باره با مشکل مواجه ساخته است.^{۴۴}

42. Clarke, op.cit., pp. 216, 274, 275.

43. Ibid., p. 215.

44. Messent and Glass, op.cit., p. 109.

نتیجه گیری

با بررسی تطبیقی مفاد کنوانسیون با حقوق ایران و انگلیس در باب مبنای مسؤلیت مشخص گردید که مبنای مسؤلیت در کنوانسیون و قانون تجارت ایران، به جز تفاوت اندک، تشابه زیادی دارند؛ به طوری که در هر دو منبع، مسؤلیت متصدی در حد بالایی است. این تشابه موجب گردید تا نظریه ابرازی در خصوص مبنای مسؤلیت مربوط به کنوانسیون، برای ماده ۳۸۶ قانون تجارت نیز اعمال گردد. در عین حال نظریه‌هایی که از سوی نویسندگان پیرامون ماده ۳۸۶ قانون تجارت بیان گردیده، جهت تبیین هرچه بهتر مبنای مسؤلیت در کنوانسیون راهگشا می‌باشد.

در مقام بیان تفاوت باید گفت به موجب ماده ۳۸۶ قانون تجارت ایران، دفاعیات متصدی در صورتی پذیرفته می‌شود که حادثه مورد نظر دارای شرایط سه گانه خارجی بودن و غیرقابل پیش بینی و غیرقابل اجتناب بودن باشد؛ تنها در این صورت است که متصدی از مسؤلیت معاف می‌گردد. این در حالی است که در ماده ۱۷ کنوانسیون به نظر می‌رسد که شرط مربوط به غیر قابل پیش بینی بودن در تحقق موارد معافیت شرط نیست و صرفاً دو شرط خارجی و غیرقابل اجتناب بودن برای اثبات معافیت کفایت می‌کند؛ هرچند بعضاً غیرقابل پیش بینی بودن جهت اثبات غیرقابل اجتناب بودن مؤثر است. این تفاوت موجب می‌شود که حجم دفاعیات و معافیتهای متصدی در کنوانسیون در مقایسه با قانون تجارت ایران بیشتر باشد. فایده دیگر بررسی تطبیقی این موضوع اینست که قانونگذار، مقررات داخلی را با تأسی از کنوانسیون اصلاح و تکمیل نماید. در عین حال نبایستی از وجود نواقص و خلأها در کنوانسیون در باب مبنای

مسئولیت متصدی غافل بود، زیرا هر چند از مفاد کنوانسیون، سطح بالای مسئولیت متصدی قابل استنباط است، ولی همچنان مبنای مسئولیت واضح و شفاف نیست. وجود ابهام در مبنای مسئولیت باعث شده که در بعضی از مصادیق معاف کننده اختلاف نظر ایجاد شود؛ همین امر موجب گردیده تا در موضوعات مبهم و واحد، محاکم با توسل به تفسیر اقدام به صدور آرای متفاوتی نمایند. لذا وجود ابهامها موجب شده تا نقش کنوانسیون جهت یکنواخت کردن مقررات به خوبی تحقق نیابد. شاید راه حل مناسب جهت رفع این خلأها این باشد که دولت‌ها سعی کنند تا با روش صحیح کنوانسیون را تفسیر نمایند؛ ضمناً محاکم و مراجع داوری در صدور آراء از رویه و تجربه قضایی سایر کشورها استفاده نمایند تا همسانی و یکنواختی حفظ شود و در عین حال دولتهای عضو با استفاده از ماده ۴۹ کنوانسیون در جهت تجدیدنظر در مقررات کنوانسیون اقدام نمایند تا با این روش نواقص و خلأهای موجود مرتفع گردد.



بخش

ترجمه

مزدوری*

Habib Qherari

ترجمه دکتر سید علی هنجنی**

بخش اول - پدیده مزدوری

۱- تصور انسان از شخص مزدور بسیار بد و منفی است، زیرا غالباً فردی بی‌اعتقاد و متخلف در ذهن تداعی می‌شود که حاضر است خود را به هر کس که پول بیشتری می‌پردازد بفروشد آنگاه تخریب و قانون‌شکنی کند. اما همیشه چنین نبوده است و تاریخ حقوق مخاصمات مسلحانه نشان می‌دهد که فرا خواندن بیگانه به مقاصد نظامی مدت‌ها روشی معمول و کاملاً مقبول بوده و تا زمانی که بیداری و تحکیم احساسات ملی آن را متروک گردانیده ادامه داشته است. این پدیده همزمان با شروع حرکت‌های استعمارزدایی از نو پدیدار شد. در آفریقا که استفاده از مزدور شدت بی‌سابقه‌ای گرفت، از این افراد علیه جنبش‌های آزادی بخش ملی و کشورهای نوپنیا استفاده می‌شد. کشورهای اخیر نیز از آنان به خصوص در نبرد علیه حرکت‌های جدایی‌طلبانه و یا مخالف حکومت که غالباً با آن روبرو بودند استفاده می‌کردند (مثلاً در کومور). مزدورها به مقتضای منافع خویش غالباً در وقت مقتضی جبهه عوض می‌کردند (برای مثال مزدورانی که برای دولت

* این متن ترجمه فصل سی و ششم با عنوان «Le mercenariat» از مأخذ ذیل می‌باشد:

Droit international pénal, CEDIN Paris X, sous la direction de Hervé ASCENSIO, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, Ed. A. Pedone, Paris, 2000, pp. 467-475.

** دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

کنگو جنگیده بودند، در سال ۱۹۶۷ به عنوان مزدور علیه همین دولت دست به سلاح بردند). گرچه آفریقا از هر جای دیگری بیشتر از مزدوری زیان دید، ولی تنها مکان عرض اندام مزدوران نبوده است. در حال حاضر مزدوری همچنان ادامه دارد و کمتر مخاصمه‌ای است که در آن شاهد استفاده از این پدیده نباشیم. همزمان، شیوه‌های مزدوری گسترده، متنوع و در نتیجه پیچیده شده است. این وضعیت تا حدی به دلیل تمایل دولتها بوده است که دیروز زیان دیده از مزدوری و امروز خود استخدام کننده مزدورند و مزایای زیادی در این کار می‌بینند. سرعت آمادگی برای انجام عملیات، کاردانی (مزدوران غالباً سربازان حرفه‌ای قبلی‌اند که از خدمت خارج شده‌اند)، وجود روش‌های مختلف استفاده از آنان غیر از روش‌های نیروهای رسمی (فرستادن گروه‌های مسلح در سرزمین سایر کشورها یا مأموریت مخفی)، و توانایی پایان دادن به عملیات آنان به فراخور حال، همگی اوصاف و امتیازهایی هستند که در نیروهای مسلح یا امنیتی رسمی یافت نمی‌شود، به ویژه زمانی که تعداد آنها کم باشد و تجربه میدان جنگ نیز نداشته باشند.

۲- آیا چنین شرایطی باید باعث شود که جامعه بین‌الملل در برابر چنین پدیده‌ای پایدار و از بسیاری جهات خطرناک واکنش نشان ندهد؟ به یقین نه؛ از آغاز دهه شصت شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل در برابر زیانهایی که پدیده مزدوری در آفریقا به بار می‌آورد، اقدام به صدور چندین قطعنامه راجع به وضعیت‌های مشخص نمود (مثلاً در زمینه خروج مزدوران و محکوم کردن عمل آنان). سازمان ملل در این باره رفته رفته به مسائل دقیق‌تری توجه نمود. برای نمونه طی قطعنامه‌ای «اقدام به استفاده از

مزدور علیه جنبش‌های آزادی بخش ملی و استقلال طلبانه، عملی جنایتکارانه قلمداد گردید و اعلام شد که (...) مزدوران خود جنایتکار و متمرّد از قانون هستند» (A/Res. ۲۴۶۵ (XXIII) مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۶۸). این موضع در قطعنامه ۳۱۰۳ (XXXIII) مورخ ۱۷ دسامبر ۱۹۷۳ نیز تأیید شد. قطعنامه اخیر ضمن محکوم کردن به کارگیری مزدور توسط نظام‌های استعماری و نژادپرست، اعلام می‌داشت که «مزدور خود باید به عنوان جنایتکار مجازات شود». به کارگیری مزدور توسط دولت‌ها را ضمناً باید ناقض اصل عدم توسل به زور یا تهدید به آن یا تجاوز برشمرد (A/Res. ۲۶۲۵ (XXV) مورخ ۲۴ اکتبر ۱۹۷۰ و A/Res. ۳۳۱۴ (XXIX) مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴ ماده ۳). از آرایه‌ای که علیه مزدوران صادر شده، چنین برمی‌آید که قطعنامه‌ها به ندرت مورد استناد قرار گرفته‌اند و این خود به علت وضعیت نامشخص اعتبار الزام‌آور و قابلیت استناد آنها در دادرسی کیفری است که در آن رعایت اصل قانونی بودن جرم و تفسیر مضیق از اصول مسلم است. قوانین داخلی کشورها راجع به مزدوری نیز، اغلب کاربرد کمی داشته‌اند یا لاقلاً کاربرد آنها چندان آسان نبوده است؛ بدین ترتیب که یا موضوع در قوانین آنها پیش‌بینی نشده بوده یا فقط آن را از بعضی جنبه‌ها به طور ناقص در نظر گرفته بوده‌اند. در ایالات متحده استخدام مزدور فقط در سرزمین آن کشور ممنوع اعلام شده است، ولی آگاهی دادن آزاد است. در انگلستان، استخدام مزدور فقط در بعضی موارد ممنوع است، یعنی زمانی که تبعه خارجی بخواهد برای دولتی خارجی علیه دولتی که با انگلستان در صلح است مزدوری کند. ملاحظه می‌شود که وضع مقررات بین‌المللی در این زمینه تا چه حد ضروری است.

۳- در قبال این مسأله، اول بار سازمان وحدت آفریقا^۱ واکنش نشان داد. این سازمان بارها مزدوری را محکوم کرده است؛ در سال ۱۹۷۲ متنی را که بعداً «کنوانسیون سازمان وحدت آفریقا راجع به حذف پدیده مزدوری» نام گرفت تدوین نمود. کنوانسیون سرانجام در ۳ ژوئیه ۱۹۷۷ در لیبرویل منعقد و در ۲۲ آوریل ۱۹۸۵ لازم‌الاجرا شد. در سطح جهانی، پروتکل شماره یک (۱۹۷۷) الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ راجع به حقوق بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، به ابتکار نیجریه طی ماده ۴۷ مزدور را از حقوق اسیر جنگی محروم نموده است. البته جنبه محدود برخورد پروتکل با پدیده مزدوری و بی‌تفاوتی آن نسبت به انگیزه عملیات باعث شد تا از سال ۱۹۷۹ تدوین «کنوانسیون بین‌المللی علیه استخدام، به کارگیری، تأمین هزینه و آموزش مزدوری» در دستور کار سازمان ملل قرار گیرد. این کنوانسیون سرانجام در ۴ دسامبر سال ۱۹۸۹ در مجمع عمومی سازمان ملل تصویب شد (A/Res. ۴۴،۳۴)، ولی تاکنون لازم‌الاجرا نشده است. کمیسیون حقوق بشر نیز طی قطعنامه شماره ۱۹۸۷/۱۶ مورخ ۹ مارس ۱۹۸۷ گزارشگر ویژه‌ای را تعیین نمود تا به بررسی مسأله به کارگیری مزدور به عنوان پدیده‌ای ناقض حقوق بشر و مانع حق ملت‌ها در تعیین سرنوشت و خودمختاری بپردازد. گزارشگر

۱. یادداشت مترجم: سازمان وحدت آفریقا [Organization of African Unity (O.A.U)] در ماه مه سال ۱۹۶۳ با شرکت سی کشور آفریقایی در شهر آدیس‌آبابا (اتیوپی) تأسیس گردید و تلاش خود را در جهت بالا بردن اتحاد و یکپارچگی کشورهای آفریقایی، هماهنگ کردن امور سیاسی، دفاع از حق حاکمیت کشورهای عضو و از بین بردن مستعمرات آفریقایی متمرکز نمود. همه کشورهای مستقل آفریقا به استثنای مغرب که در اعتراض به پذیرش دولت صحرا در این سازمان، از آن خارج شده است، در سازمان وحدت آفریقا عضویت دارند و مرکز آن نیز در شهر آدیس‌آبابا واقع است. از سال ۲۰۰۲ نام این سازمان به «اتحادیه آفریقا» تغییر یافته است (مأخذ: گیتاشناسی نوین کشورها، ص ۵۴۰).

مزدور باید هر سال به آن کمیسیون و مجمع عمومی که دستور کار آن مدت‌هاست به این مسأله اختصاص می‌یابد و در این باره مرتباً قطعنامه صادر می‌کند، گزارش دهد. کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز ضمن بررسی قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری، چندی به این مسأله روی آورد. این جریان را می‌توان بیانگر اهمیت و پایداری و جرم‌انگاری چنین مسأله‌ای دانست. به هر حال ما معتقدیم که باید اصول هادی آن را شناخت و این خود مستلزم آن است که ابتدا مفهوم مزدور را روشن کنیم.

بخش دوم - ضوابط شناخت مزدور

۴- تعریف مزدور با توجه به مجازاتهای جزایی پیش‌بینی شده دارای اهمیت به سزایی است، به خصوص آنکه در هر مخاصمه مسلحانه هر طرف معتقد است ارتش طرف مقابل مزدور به کار گرفته است. بنابراین، مسأله پیچیدگی پیدا می‌کند و باید آن را از زوایای مختلفی بررسی کرد؛ چون هم دولت متبوع مزدور مدعی صحت عمل خود است و هم دولت مجنی علیه و در نتیجه قواعد موجود حاصل توافقات مشکلی، حاکی از چنین تنش‌هایی است. اما باید دقت کرد که در مورد اغلب نکات، تعاریف کنونی با هم شباهت دارند و بر ضوابطی توأم استوارند.*

* Criteres Cumulatifs.

بند اول - ضوابط

۵- اجمالاً، این ضوابط در کنوانسیون ۱۹۸۹ ملل متحد بیان شده‌اند؛ در ماده ۱ این کنوانسیون دو تعریف مد نظر قرار گرفته است، یکی به طور کامل** برگرفته از پروتکل الحاقی شماره یک ژنو و دیگری در صدد گسترش مصادیق این تعریف برآمده است. کنوانسیون سازمان وحدت آفریقا نیز فقط در یک نکته با پروتکل اختلاف دارد (که البته مهم است). پروتکل الحاقی برای شناسایی مزدور شش شرط بیان داشته است:

* مزدور باید در کشور یا خارج از کشور به طور اختصاصی برای نبرد در مخاصمه‌ای مسلحانه استخدام شده باشد. بدین ترتیب این عنوان داوطلبان خارجی را که به طور دائم خدمت می‌کنند در بر نمی‌گیرد.

* شخص مزدور می‌بایست مستقیماً در جنگ شرکت کند. این ملاک در کنوانسیون ملل متحد وجود ندارد، ولی این کنوانسیون آن را در تعریف جرم وارد نموده است. نتیجه اینکه افرادی مانند مشاوران، صاحبان فنون نظامی و سایر متخصصان مزدور محسوب نمی‌شوند، چون عملاً در جنگ شرکت نمی‌کنند.

* مزدور کسی است که اساساً برای کسب مزایای شخصی و بنابر قول به تأمین اینگونه مزایا، توسط طرف مخاصمه یا به نام او، در جنگ شرکت می‌کند تا مزدی مادی دریافت نماید که به طور بارز از مزایای پرداختی به رزمندگان هم‌ردیف یا هم‌مشل او، و یا مزایایی که قول پرداخت آن داده شده، در نیروهای نظامی همان

** In Extenso.

طرف بیشتر است. شرط واقعی برای تشخیص یک فرد به عنوان مزدور شاید همین طمع مالی باشد؛ این ویژگی مزدور را از داوطلبی که در پی عقیده و ایده آل می‌جنگد متمایز می‌سازد.

* مزدور نباید تبعه طرفهای مخاصمه یا مقیم در سرزمین تحت کنترل آنها باشد. به این ترتیب مخالفان سیاسی و بیگانگان مقیم در سرزمین طرفهای متخاصم که ممکن است به موجب قوانین داخلی مجبور به خدمت نظامی باشند، از اطلاق این عنوان مستثنی شده‌اند.

* مزدور نباید عضو نیروهای مسلح یکی از طرفهای مخاصمه باشد. بنابراین لژیون‌های خارجی* مثلاً در فرانسه، که از نیروهای مسلح رسمی محسوب می‌شوند، مزدور به شمار نمی‌روند.

* مطابق شرط آخر، شخصی که از سوی دولتی غیر از طرفهای مخاصمه برای انجام مأموریت رسمی در نیروهای مسلح دولت مزبور فرستاده شده است، مزدور محسوب نمی‌شود. این شرط فرد اخیر را از مزدور که فعالیت او شخصی و انفرادی است متمایز می‌سازد.

۶- کنوانسیون ۱۹۸۹ تعریف دیگری عرضه داشته که به موجب آن سایر وضعیت‌ها (غیر از مخاصمه مسلحانه) در نظر گرفته شده است. این تعریف با تعریف بالا از دو نظر متفاوت است: اولاً تباری در عملی خشونت بار (نه مخاصمه مسلحانه) به منظور سرنگون کردن یک حکومت یا لطمه به نظام قانون اساسی آن کشور، یا تمامیت ارضی آن؛ ثانیاً داشتن انگیزه کسب

* Legion etrangere.

امتیاز شخصی قابل توجه و به دست آوردن مزد مادی. به نظر می‌رسد که در تعریف اخیر آنچه مربوط به کسب منفعت مادی است در مقام مقایسه با بند مربوطه در پروتکل الحاقی ژنو تا حد زیادی تعدیل شده است. منشأ این تعدیل، کنوانسیون سازمان وحدت آفریقا است که حداکثر مزد مادی را بسیار کمتر از پروتکل الحاقی در نظر گرفته است. به هر حال تعاریف بالا اصولاً پیچیده هستند و لذا حدود آنها باید با دقت بررسی شود.

بند دوم - بررسی مجدد این ضوابط

۷- از آنجایی که پروتکل الحاقی ژنو در زمینه مزدوری از قابلیت اجرایی قابل توجهی برخوردار نیست و صرفاً متنی از میان اسناد حقوق موضوعه بین‌المللی است، بررسی مجدد ضوابط شناسایی مزدور ضروری می‌نماید، به خصوص که ضوابط مذکور را باید توأم در نظر گرفت و با یکدیگر جمع کرد. این کار بسیار مشکل و راه‌گریز را باز می‌گذارد. جمع‌آوری دلیل نیز مشکل دیگری است، زیرا برای مثال چطور می‌توان اثبات کرد که «مزدور» مزدی آنچنان که ذکر آن آمد دریافت کرده است (و به طریق اولی دادن چنین مزدی قول داده شده است). وانگهی معلوم نیست که سودطلبی تنها انگیزه قطعی مزدور باشد و چه بسا انگیزه‌های دیگری نیز در کنار آن وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، دولت‌ها می‌توانند به آسانی مزدورانی را در جمع نیروهای منظم خود به خدمت گیرند و آنان را با وجود آنکه سایر شرایط جمع است، از هر تعقیبی مصون دارند. ضابطه تابعیت نیز چندان مفید فایده نیست، چون می‌توان با جعل اسناد هویت به راحتی از آن عبور کرد. ضمناً این ضابطه مسأله به کارگیری اتباع علیه

کشور خود را مورد توجه قرار نداده است. همچنین چند تابعیتی بودن، از جمله داشتن تابعیت کشور زیان دیده مزید بر علت شده و بر ابهام این ضابطه افزوده است. قلمرو مورد نظر تعاریف کنوانسیون ۱۹۸۹ نیز چندان روشن نیست و اینکه آیا «مخاصمات مسلحانه» فقط مخاصمه مسلحانه بین‌المللی را در بر می‌گیرد یا مخاصمه مسلحانه داخلی را هم شامل می‌شود، محل تردید می‌باشد. امروزه، مؤسسات خصوصی که بعضی متعلق به گروه‌های چند ملیتی می‌باشند، در زمینه حفظ امنیت بین‌المللی از طریق استخدام مزدوران سابق، به تخصص‌هایی دست یافته‌اند و خدمات خود را در این زمینه به دولت‌های نیازمند عرضه می‌کنند؛ و بدینسان وضعیتی غیرعادی به وجود می‌آید که تحلیل آن بر مبنای تعاریف موجود بسیار مشکل خواهد بود. حقوقدانان از همان آغاز به این کاستی‌ها پی برده، اعلام داشتند که ضابطه اصلی باید مشروعیت آرمان باشد و نه کسب سود. کمیسیون حقوق بشر و گزارشگر ویژه آن در حال حاضر تلاش می‌کنند تا اذهان را بر لزوم انجام تغییراتی در این تعاریف آماده نمایند. مجمع عمومی سازمان ملل نیز بر لزوم انجام این امر صحه گذارده است، چنانکه طی قطعنامه ۵۲/۱۱۲ مورخ ۱۲ سپتامبر ۱۹۹۷ دولت‌ها را جهت ارائه پیشنهاد‌های بهتر برای تعریف روشن‌تری از مزدور فرا خوانده است. به هر حال، مشکلات هر چه باشد، قدر مسلم این است که متون مورد اشاره بنیان جرم بین‌المللی تعریف شده‌ای را درنداختند و اصولی بنیادین برای به کیفر رساندن مزدوران وضع نمودند.

بخش سوم - سازماندهی کیفر مزدوری

۸- کنوانسیون ۱۹۸۹ ملل متحد در این زمینه به طور مستقیم از سوابق موجود، به خصوص کنوانسیونهای بین‌المللی راجع به مبارزه علیه تروریسم الهام گرفته است. این امر، یعنی تبعیت کنوانسیون از راه و رسم سنتی قبلی جای بسی تأمل دارد.

بند اول - جرم‌انگاری و صلاحیت

۹- به موجب کنوانسیون ملل متحد، هر مزدوری که مستقیماً در جنگ شرکت کند یا در عمل خشونت‌باری تبانی نماید مرتکب جرم شده است. همچنین مطابق مقررات کنوانسیون استخدام مزدور، تأمین مالی مزدوران و آموزش آنها جرم محسوب می‌شود. ضمناً شروع به ارتکاب چنین جرایمی یا معاونت در انجام آنها نیز جرم است (سیاست کلی تدوین‌کنندگان کنوانسیون سازمان وحدت آفریقا نیز بر همین اصول استوار است). مفاهیم معاونت و شروع به جرم با توجه به اختلافاتی که در نظام‌های حقوقی داخلی وجود دارد، به هیچ وجه تعریف و مشخص نشده است.

۱۰- دولتها می‌بایست با در نظر گرفتن کیفیت وخیم اینگونه اعمال، «مجازاتهای مناسبی» برای این جرایم وضع و اعمال نمایند. در این زمینه کنوانسیون سازمان وحدت آفریقا سختگیرتر بوده است؛ مطابق این کنوانسیون، کیفر قابل اجرا در قبال این جرایم می‌بایست سنگین‌ترین کیفری باشد که در قوانین داخلی پیش‌بینی شده و تا حد اعدام نیز پیش برود. این سختگیری با توجه به حساسیتهای موجود در قاره آفریقا نسبت به مسأله مزدوری و تاریخ این قاره قابل توجیه به نظر می‌رسد. حساسیت به

میزانی بوده که جرم مزدوری را در حد جنایت علیه صلح و امنیت در آفریقا دانسته‌اند. این در حالی است که کنوانسیون ۱۹۸۹ در این بحث وارد نشده و آن را به کمیسیون حقوق بین‌الملل و پروژۀ آن محول نموده تا ضمن تدوین قانون جرایم و مجازاتها علیه صلح و امنیت بشری، تصمیم مقتضی را اتخاذ نماید. کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۸۴، مزدوری را در شمار جرایم مربوط وارد نمود، ولی در سال ۱۹۹۶ با تغییر دیدگاه خود در این زمینه، در جریان تقلیل موارد فهرست شده، مزدوری را از شمار جرایم فوق‌الذکر حذف نمود. در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز جزو جرایم تحت صلاحیت دیوان نیامده است.

۱۱- هر دولت علاوه بر جرم‌انگاری مزدوری، موظف است صلاحیت خود را در زمینه رسیدگی به آن مقرر نماید. صلاحیت مزبور در مورد جرایم ارتكابی (الف) در سرزمین آن دولت یا در هواپیما یا کشتی ثبت شده در سرزمین او (صلاحیت سرزمینی) یا (ب) ارتكابی توسط یکی از اتباع او (صلاحیت شخصی فعال) و احتمالاً، اگر دولت مربوط تمایل داشته باشد، نسبت به افراد بی‌تابعیت که معمولاً در سرزمین او مقیم هستند اعمال خواهد گردید. چنین ترتیباتی در بسیاری از کنوانسیونهای دیگر نیز دیده شده است (مانند گروگان‌گیری، امنیت دریایی)، با توجه به اینکه در مورد مزدوری اصل صلاحیت شخصی غیرفعال پیش‌بینی نشده است. البته در این زمینه دامنه اعمال صلاحیت دادگاهها به همین جا ختم نمی‌شود، زیرا مانع کاربرد دیگر صلاحیت‌های کیفری داخلی نیست و برای مثال چنانچه شخص متهم به ارتكاب یکی از این جرایم در خارج، در سرزمین دولت دیگری یافت شود که او را مسترد نمی‌کند، در این حالت دولت مزبور نه

فقط ملزم به پیش‌بینی بلکه ملزم به اعمال صلاحیت نیز خواهد بود و در واقع صلاحیت جهانی را که به موجب آن صلاحیت دادگاه‌های کشوری که مظنون در خاک اوست باید بپذیرد. البته اصل اخیر وقتی معنی و اهمیت پیدا می‌کند که آن را در پرتو اصل «یا مسترد کن یا محاکمه کن»* در نظر بگیریم. اصل مذکور بدون شک نقشی کلیدی در نظام کیفری مربوط ایفا خواهد کرد.

بند دوم - تعقیب

۱۲- طبق کنوانسیون ۱۹۸۹ ملل متحد، دولت عضوی که متهم به یکی از جرایم فوق، در سرزمین او یافت شود، موظف است مطابق قانون داخلی خود و با رعایت مقررات آیین دادرسی، تعقیب کیفری مقتضی را معمول دارد (همین راه کار در کنوانسیون سازمان وحدت آفریقا نیز دیده می‌شود، با این تفاوت که تعهدات دولتها در این کنوانسیون سنگین‌تر است). در هر حال، تعهد دولتها در این خصوص استثنایی ندارد و فقط می‌تواند منوط به خودداری از استرداد مظنون باشد؛ به عبارت دیگر دولتها مشمول تعهدی اختیاری، ناشی از قاعده «استرداد یا محاکمه» یا به عبارتی «استرداد یا تعقیب»** می‌باشند.

۱۳- باتوجه به استفاده از تدابیر کلاسیک فوق، طبعاً مشکلات معمول نیز در میان خواهد بود. مثلاً آیا فقط خودداری از استرداد کافی است (یعنی اگر از استرداد خودداری شد، عمل در برابر دول ذیصلاح از نظر کنوانسیون

* Aut deder, aut judicare.

** Aut deder, aut prosequi.

اقامه شده یا در برابر هر دولتی؟)، یا نبود تقاضای استرداد هم کافی است و تعهد مزبور آثار حقوقی خود را جاری خواهد ساخت؟ همچنین اگر شخص مشمول تقاضای استرداد، برای توجیه عمل خود به دلایل سیاسی متوسل شود چه باید کرد؟ کنوانسیون ۱۹۸۹ در این باره ساکت است، در حالی که کنوانسیون سازمان وحدت آفریقا به صراحت چنین جرمی را از جرایم عمومی دانسته و از این جهت مشکل را حل کرده است.

۱۴- در زمینه شمول وظیفه استرداد باید گفت که دامنه آن گسترش یافته و به علت همکاری دولت‌ها آسان شده است. کنوانسیون ۱۹۸۹ در این زمینه از تمهیدات منظور در کنوانسیون‌های بسیار پیشرفته استفاده کرده است (مانند کنوانسیون رم راجع به امنیت کشتیرانی دریایی یا کنوانسیون وین ۱۹۸۸ مربوط به مواد مخدر و روان‌گردان). کنوانسیون در این باره چنین مقرر داشته: اولاً چنانچه معاهده استرداد وجود داشته باشد، جرایم مورد نظر این کنوانسیون خود به خود و بدون نیاز به اقداماتی به منزله موارد استرداد تلقی می‌شوند. ثانیاً جرایم مزبور باید در هر معاهده دیگری که راجع به استرداد تنظیم خواهد شد، ذکر شوند. ثالثاً هرگاه دولت طرف تقاضا استرداد را موکول به وجود معاهده درباره موضوع نماید و چنین معاهده‌ای موجود نباشد، به‌جا است که کنوانسیون سازمان ملل را مبنای قانونی تقاضا قرار دهد. رابعاً هرگاه دولت‌ها وجود معاهده‌ای را مبنای استرداد ندانند، جرایم مذکور را در چارچوب موارد استرداد در شرایط مقرر در قوانین داخلی دولت خود تلقی می‌کنند.»

۱۵- در تعقیب، رویه‌ای که باید اجرا شود همان است که در قانون داخلی پیش‌بینی شده است. در هر حال، حقوق اشخاص مورد تعقیب می‌بایست به

طور کامل رعایت شود. کنوانسیون ملل متحد «روشی منصفانه» پیش‌بینی می‌کند و به تضمینات و حقوق پیش‌بینی شده در نظام داخلی ارجاع می‌دهد؛ ضمناً تضمینات بین‌المللی نیز باید در نظر گرفته شوند. برای درک هر چه بهتر این مقرر (ماده ۱۱) باید دو وضعیت مخاصمه و غیرمخاصمه را از یکدیگر تفکیک نموده و آنها را جداگانه بررسی کرد.

۱۶- در حالت اول باید خاطر نشان ساخت که ماده ۴۷ پروتکل الحاقی ژنو، که کنوانسیون ملل متحد به آن اشاره ضمنی دارد، اعلام می‌دارد که مزدور از حقوق رزمنده یا اسیر جنگی برخوردار نمی‌باشد (نه اینکه نباید از این حقوق استفاده کند). بنابر همین حکم، دولت حق دارد شخص مظنون را مانند اسیر جنگی به شمار بیاورد و تمام تضمینات را شامل حال او کند (چیزی که تحت کنوانسیون سازمان وحدت آفریقا حاصل نمی‌شود چون صریحاً برخورداری از حقوق اسیر را برای مزدور مردود اعلام می‌کند. معذک اگر بخواهیم پروتکل الحاقی را به دقت اجرا کنیم، همان شخص (مزدور) نه تنها نمی‌تواند از وضعیت اسیر بهره‌مند شود، بلکه به دلیل مشارکت در جنگ و اعمالی که در آن انجام داده است، مستوجب تعقیب کیفری می‌باشد. این در حالی است که مشارکت رزمنده قانونی در جنگ و ارتکاب همان اعمال جرم تلقی نمی‌گردد و طبعاً قابل مجازات نیز نمی‌باشد. خطرات و مجازات‌هایی که پیش روی مزدور قرار دارند لزوم حداقل حمایتی را که باید شامل حال این اشخاص شود، نشان می‌دهد. ماده ۴۷ پروتکل الحاقی در این باره مطلبی بیان نداشته، ولی راه حل معمول این است که ماده ۷۵ همین پروتکل مربوط به تضمینات اساسی، مورد استناد قرار گرفته و شامل حال مزدور گردد، چنانچه به خصوص از شرایط مطلوب‌تری به

موجب پروتکل و کنوانسیون‌های چهارگانه برخوردار نباشند. به هر حال، چنین به نظر می‌رسد که باید اصل براثت را جاری نمود و آنان را تا زمان صدور رأی در دادگاهی بی‌طرف و قانونی و تابع آیین دادرسی، اسیر جنگی محسوب کرد (به ماده ۵ کنوانسیون سوم ژنو نیز رجوع شود).

چنانچه جرم محقق شد، حق تماس شخصی با خارج باید رعایت شود.

۱۷- در حالت دوم، یعنی در صورتی که مخاصمه مسلحانه‌ای وجود نداشته باشد، کنوانسیون ملل متحد موضوع را تنها به حقوق داخلی ارجاع می‌دهد و دولت‌ها را متعهد به رعایت قواعد بین‌المللی نمی‌داند. اما به هر حال در این خصوص، قواعد بین‌المللی نیز حائز اهمیت است؛ این قواعد (ولی نه همه) به قواعد مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (منع شکنجه و مجازات‌های غیرانسانی و ترذیلی، حق امنیت و آزادی فردی، حق رجوع به دادگاهی صالح، مستقل و بی‌طرف ...) مربوط می‌شود. همچنین باید قواعد مربوط به حمایت از فرد که در دیگر اسناد بین‌المللی یا منطقه‌ای مقرر شده نیز مورد توجه قرار گیرد. تضمینات اساسی مذکور ممکن است در نظام حقوق داخلی کشورها وارد شده یا نشده باشد؛ در صورت اخیر، عدم کفایت کنوانسیون ملل متحد آشکار می‌گردد. کنوانسیون سازمان وحدت آفریقا اشاره‌ای به تضمینات بین‌المللی ندارد و فقط به تضمینات معمول در دادگاه‌های دولت رسیدگی کننده اکتفا می‌کند.

مطالبه اموال فرهنگی از دیدگاه حقوق بین الملل خصوصی*

****Christian ARMBRÜSTER**

ترجمهٔ دکتر فرهاد خمایی زاده***

چکیده

گسترش معاملات بین المللی آثار هنری و افزایش جابجایی های غیرقانونی اموال فرهنگی، عوامل اصلی طرح وضعیت این اموال در سطح بین المللی می باشند. قواعد عمومی حاکم بر جابجایی اموال فرهنگی اساساً قواعد عمومی حقوق بین الملل خصوصی در زمینه قراردادهای و حقوق عینی و همین طور اصول کلی حاکم بر موضوعاتی از قبیل توصیف یا اجرای قواعد انتظامی اند. در این مقاله کاربرد حقوق بین الملل خصوصی در زمینه مطالبه اموال فرهنگی و عامل ارتباط متفاوتی با محل وقوع مال،**** یعنی قانون کشوری که اموال فرهنگی به طور غیرقانونی از آن خارج شده اند، به خصوص دعاوی ای که ماهیتی «عینی»***** عرضه می دارند مطالعه خواهد شد، زیرا تحلیلی که در دست داریم طبعاً با مسائلی اجرایی ارتباط حاصل خواهد کرد که با موضوعات مربوط به مالکیت سر و کار دارند.

*. مأخذ این مقاله به قرار ذیل است :

Revue Critique de Droit International Privé, 93 (4), oct-dec. 2004.

** استاد حقوق مدنی و حقوق بین الملل خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه «Freie» برلین.

*** استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

****. *Lex rei sitae*.

*****. *Réelle*.

مقدمه

اموالی که ارزشی هنری، تاریخی و علمی دارند همواره در معرض جابجایی و خروج از مرزها بوده‌اند. این جابجایی‌ها می‌توانند علل مختلفی داشته باشند، ولی متأسفانه غالباً به صورت غیرقانونی انجام شده‌اند. منشأ اصلی صدور غیرقانونی اموال فرهنگی را می‌توان در بدو امر در جابجایی‌های اجباری بر اثر وقوع جنگ، استعمار و سپس وجود شبکه‌های مخفیانه بازار سیاه جستجو کرد.

مقاله ما در پی بررسی دلایل چنین نقل و انتقالات غیرقانونی نیست.^۱ همچنین ما دیگر در پی دفاع یا محکوم نمودن این جابجایی‌ها چه در جریان جنگ‌های ناپلئون و چه در جریان جنگ دوم جهانی که به صورت مستمر منجر به غارت ثروت فرهنگی کشورهای متخاصم شده‌اند، نیستیم. اما ناگفته نماند که این جابجایی‌ها دارای آثار و نتایج حقوقی واقعی هستند. برای مثال می‌توان از ادعای کشور آلمان مبنی بر خارج شدن اموال فرهنگی این کشور توسط دولت شوروی به عنوان غرامت از بین رفتن اموال فرهنگی شوروی در نتیجه جنگ، نام برد، اموالی که هنوز در روسیه نگهداری می‌شوند. همچنین ما دیگر در مورد مصادره اموال یهودیان توسط رژیم نازی، «موضوع کنفرانس واشنگتن مورخ ۳ دسامبر ۱۹۹۸» که در

۱. رجوع شود به مثال‌های ذکر شده در آثار ذیل:

John Henry Merryman, "A licit international trade in cultural objects", in *La vente internationale d'oeuvre d'art, Aspects juridiques du commerce international de l'art*, ICC Publication, no. 436, vol. 1996, p. 3 (9); Eric Jame, "Etudes de droit international für den Kulturguterschutz im Internationalen Privatrecht", *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Genève, 1993, p. 717 (720 et s).

نتیجه آن اصول ناظر بر اموال هنری ضبط شده توسط نازی‌ها* وضع شد، صحبتی به میان نمی‌آوریم.^۲

در رابطه با تحولات جدیدی که در نظام بین‌المللی روی داده است، باید به خصوص از اقدامات اتحادیه اروپایی نام برد. این اتحادیه قواعد خاصی را در قالب آیین‌نامه ۳۹۱۱/۹۲ شورا،^۳ در مورد صدور اموال فرهنگی به کشور ثالث، و همچنین دستورالعمل ** CEE/۷/۹۳ شورا، در مورد استرداد اموال فرهنگی‌ای که به صورت غیرقانونی از قلمرو سرزمینی یک دولت عضو اتحادیه خارج شده‌اند،^۴ پیش‌بینی نموده است. این دو سند حقوقی در پی برقراری سازش میان اصل حفاظت از ثروتهای ملی با اصل

*. Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art.

۲. برای مثال رک.

The New York Court of Appeals, Final Decision in the Case of the Grand Jury Subpoena Duces Tecum, & The People & C. Respondent vs. The Museum of Art, Appellant. 99, N. Y. Int. 0126, decided 21 Sept, 1999.

۳. Du 9 dec. 1992, CE. Journ. Off., n L 395/1 du 31 dec. 1992.

همچنین رک. گزارش ۲۰ اوت ۲۰۰۱ کمیسیون شورا به پارلمان اروپایی و کمیته اقتصادی و اجتماعی ناظر به اجرای آیین‌نامه (CEE) به شماره ۳۹۱۱/۹۲ شورا در ارتباط با خارج نمودن اموال فرهنگی و بخشنامه (CEE/93/7) شورا در رابطه با عودت اموال فرهنگی که به طور غیرقانونی از قلمرو یک کشور عضو خارج شده‌اند.

** Directive.

۴. Du 15 mars 1993, JOCE, n L74 du 27 mars 1993, revisee par la directive CE/96/100 du 17 fev. 1997, JOCE, n L60/59. v. Guidu Carducci, La restitution interntionale des biens culturels et des objets d art voles ou illicitement exportes, Droit commun, Directive CEE, Conventions de l Unesco et de l Unidroit, Paris, 1997, p. 11 et s. ; Manlio Frigo, La circolazione internazionale dei beni culturali: Diritto internazionale diritto comunitario e diritto, Milano 2001, p. 22 et s. v. aussi Marie Cornu, "L Europe des biens culturels et le marche", JDI 2002, p. 677 (687 et s.); Francois Rigaux, " Le commerce des oeuvres d art dans le Marche commun:", Etudes de droit international en l honneur de Pierre Lalive, Geneve, 1993, p. 733 (743); Kurt Siehr, "International Art Trade and the Law" RCADI, 243 (1993-6), p. 9-292.

گردش آزاد کالاها می‌باشند. موضوع آیین‌نامه ۳۹۱۱/۹۲ نظارت پیشگیرانه‌ای است که بر صادرات اموال فرهنگی به کشور ثالث اعمال می‌شود؛ به عبارت دیگر حذف نتیجه نظارت بر مرزهای داخلی، امکان‌پذیر کردن صادرات بلامانع ثروت ملی یک دولت عضو به یک کشور ثالث می‌باشد. برعکس، دستورالعمل ۹۳/۷/CEE، در رابطه با نحوه بازگشت ثروتهایی ملی است که به طور غیرقانونی از قلمرو یکی از دولتهای عضو اتحادیه و نه از قلمروی اتحادیه، خارج شده‌اند. به موجب ماده ۱۲ دستورالعمل، قانون حاکم بر مال فرهنگی‌ای که استرداد آن تقاضا شده، قانون دولت عضوی است که آن مال به صورت غیرقانونی از آن صادر شده است (احاله خاص Renvoi special)*.

به غیر از اسناد مربوط به اتحادیه اروپا، کنوانسیون ۱۹۷۰ یونسکو (Unesco)^۵ و همچنین کنوانسیون ۱۹۹۵ مؤسسه وحدت قوانین (Unidroit)^۶ درباره اموال فرهنگی مسروقه یا اموالی که به طور غیرقانونی خارج شده‌اند مورد بررسی است. این کنوانسیون در رابطه با استرداد اموال فرهنگی

*. Renvoi spécial.

۵. کنوانسیون ناظر بر روشهای جلوگیری و ممنوع نمودن واردات و صادرات و انتقال مالکیت غیرقانونی اموال فرهنگی (۱۹۴۱-۱۱-۱۹۷۰)، سری معاهدات سازمان ملل متحد (UNTS) جلد ۸۲۳، ص ۲۳۱ و بعد. دولت فرانسه در ۲۵ آوریل ۱۹۹۷ این کنوانسیون را تصویب نموده است: JO3 mai 1997.

۶. کنوانسیون وحدت قوانین ۲۴ ژوئن ۱۹۹۵، ۳۴ موضوع قانونی بین‌المللی، ((ILM)) ۱۳۲۲ (۱۹۹۵). دولت فرانسه این کنوانسیون را امضا نموده، ولی هنوز در این کشور به تصویب نرسیده است. متن کامل کنوانسیون در همین مجله (۱۹۹۷، صص ۲۹۰-۲۸۲) درج گردیده است. رک. نظریات «Pherre Lalive» در مقاله‌ای تحت عنوان «کنوانسیون وحدت قوانین در مورد اموال فرهنگی مسروقه یا به طور غیرقانونی خارج شده»، ۲۴ ژوئن ۱۹۹۵، مجله سویسی حقوق بین‌الملل و حقوق اروپایی (RSDIE)، ۱۹۹۷ صص ۵۸-۱۳، مقاله «A. L. Droz» تحت عنوان «کنوانسیون وحدت قوانین در رابطه با استرداد بین‌المللی اموال فرهنگی مسروقه یا به طور غیرقانونی خارج شده»، رم ۲۴ ژوئن ۱۹۹۵، همین مجله، ۱۹۹۷، ص ۲۳۹ به بعد؛ همچنین «G. Carducci»، همان.

سرقت شده است، خواه به ضرر دولت باشد و یا شخص خصوصی. از سوی دیگر، هدف کنوانسیون وحدت قوانین تأمین استرداد اموال فرهنگی‌ای است که برخلاف قوانین دولت عضو کنوانسیون به طور غیرقانونی از سرزمین آن دولت خارج شده‌اند. متصرف باید اموال فرهنگی را مسترد نماید. مع‌ذک در صورت احراز حسن متصرف، وی حق دریافت غرامت دارد. در اینجا یکی از موضوعات حقوق عمومی مطرح می‌شود. کنوانسیون از همان زمان تدوین با انتقاد چند نویسنده^۷ و همچنین اهل حرفه‌ای که بواسطه تدوین کنوانسیون بی‌شک محدودیتها و مزاحمتهایی در فعالیتهایشان بوجود آمده بود، مواجه شد.^۸ برعکس، دکتترین از کنوانسیون استقبال خوبی کرد.^۹

ما در اینجا در صدد بررسی جزئیات این اسناد خاص نیستیم، بلکه بیشتر به بررسی کاربرد حقوق بین‌الملل خصوصی عام در محدوده موضوع مطالبه اموال فرهنگی بر مبنای قواعد حقوق خصوصی، خواهیم پرداخت. در این مقاله به خصوص پرونده‌هایی که ماهیتاً مربوط به حقوق عینی‌اند

7. Claude Blaizot, "Une idée genereuse mais dangereuse", *Connaissance des Arts*, \,mk 1996, p 125; Ruedi Staehlin, "Die Unidroit-Konvention: kulturelle verheerend, mit Schweizer Reich unvereinbar, wirtschaftlich ein eigentor", *Unidroit: Recht und Ethik im Handel mit Kulturgut*, 1998, p 63-82; Cf. Sp. Vrellis, *The Drafts of Unidroit Agreements and the Proposal for a Council (EEC) Directive: A Parallel Retrogression?*, *Archaeological Heritage: Current Trends in its Legal Protection*, 1995, p. 173 et s.

8. Georges Droz, *op.cit.*, p. 277.

9. Cf. Notamment Pierre Lalive, "Une convention internationale qui derange: La Convention Unidroit sur les Biens Culturels", *Melanges en l'honneur de Nicolas Valticos: Droit et justice*, Parie, 1999, pp. 177-188; Idem, "Une avance du droit international: La Convention de Rome d'Unidroit sur les biens culturels voles ou illicitement exportes", *Revue de Droit Uniforme-Uniform Law Review*, NS I(1996), pp. 40-58.

(de nature réelle) بررسی خواهند شد، زیرا بحث تحلیلی ما به صورت عمیق تری عوامل و عناصر مربوط به عامل ارتباط موضوعات مربوط به مالکیت را پوشش خواهد داد.

۱- صلاحیت دادگاه محل طرح دعوی مطالبه یک مال فرهنگی

ابتدا صلاحیت دادگاه محل طرح دعوی مطالبه اموال فرهنگی توسط دولت، نه شخص حقوقی، بررسی می‌شود.

الف- دعوی دولتی که در راستای اعمال حاکمیت (Actes iure imperii) اقامه می‌شود

بین دعوی دولتی که در راستای اعمال حاکمیت خود و دعوی دولتی که در راستای اقدام به اعمال تصدی (iure gestionis) اقامه دعوی می‌کند باید تفکیک قائل شد. اصولاً در دعوی نوع اول دادگاه رسیدگی کننده به اعمال حاکمیتی خارجی هدایت می‌شود. به موجب عرف بین‌المللی در بیشتر حالات دادگاهها چنین دعاوی ای را رد می‌کنند، زیرا پذیرش ادعایی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم متضمن اعمال حاکمیت دولتی خارجی باشد، مردود است. برعکس، امتناع از رسیدگی نباید به عدم تمایل دادگاه به کاربرد حقوق عمومی دولتی خارجی تعبیر شود.

برای اینکه بهتر دانسته شود که چرا دادگاهها دعوی دولتی خارجی را رد می‌کنند، مثالی می‌آوریم. فرض کنیم یک دولت ضبط خود به خود (اتوماتیک) اموال فرهنگی ای را که به طور غیرقانونی از خاک آن دولت خارج شده‌اند، پیش‌بینی کرده باشد. به موجب این تمهید که ناشی از قدرت

عمومی است، به صرف تحقق صدور غیرقانونی اموال فرهنگی، دولت مذکور مالک آن اموال می‌شود. آیا ممکن است در چنین حالتی دادگاه ادعای مالکیت اموال مورد بحث و به عبارت دیگر ادعای ناشی از اعمال تصدی را بپذیرد؟

رویه قضایی انگلستان قبلاً در پرونده «Attorney-General of New Zeland v. Ortiz and Others» در این رابطه اعلام موضع نموده است.^{۱۰} مال مورد مطالبه نیوزلند چوب کنده کاری شده‌ای مربوط به دوره مائوری بود که کلکسیونری انگلیسی آن را در این کشور به دست آورده و سپس به طور غیرقانونی از این کشور به نیویورک برده بود. «Ortiz» کلکسیونر دیگر این اثر هنری را در نیویورک خریداری نمود و پس از بردن آن به ژنو تصمیم می‌گیرد آن را در حراج «Sotheby» در لندن به فروش برساند. دولت نیوزلند به محض آگاهی از برگزاری این حراج به استناد حق مالکیتی که بر این اثر هنری قائل بود، خواستار تعلیق حراج شد. مبنای این ادعا از بخش ۱۲ قانون اشیاء تاریخی* نشأت می‌گرفت: «شیئی تاریخی که عامداً و برخلاف مقررات این قانون خارج شده یا در معرض

10. Attorney General of New Zealand v. Ortiz, 1982, QB. 349; 1982-2W. L. R. 10; 1982-1 Lloyds Rep. 173; 1981-125 S. G. 530; Times, July 8, 1981(QBD-Comm Ct); Reverse par Attorney General of New Zealand v. Ortiz, 1982-3W. L. R. 570; 1982-3 ALL E. R. 43; (1982) 2 Lloyds Rep. 224; (1982) Com. 1. r. 156; (1982) 79 L. S. G. 919; (1982) 126 S. J. 429 (C. A); Affirme par attorney general of New Zealand v. Ortiz, (1984) A. C. 1; (1983) 2 W. L. R. 809; (1983) 2 all. e. r. 93; (1983) 2 Lloyds Rep. 265; (1983) 133 N. L. J. 537; (1983) 127 S. J. 307 (H. L); Pour une discussion de ces questions, v. Deja, H. Muir Watt, "La revendication internationale des biens culturels: a propos de la decision americaine Eglise Autocephale". Cette Revue, 1992. 1.

*. Historic Articles Act.

خارج شدن است، باید به دولت اعلیحضرت اعلام می‌دارد». قضات دادگاه تجدید نظر انگلستان این دعوی را قابل رسیدگی اعلام نمودند،^{۱۱} ولی شکایت نیوزلند را نپذیرفتند. آنان این سؤال را طرح کردند که «... مقررات مذکور را می‌توان یا نمی‌توان در موردی به عنوان قانون جزا، قانون مالیاتی حقوق عمومی خارجی را در انگلستان به اجرا درآورد». در مقام پاسخگویی به این سؤال، قضات به این نتیجه رسیدند که نیوزلند نمی‌تواند حق خود را در انگلستان مطالبه نماید. در واقع، نیوزلند با درخواست اجرای قانونش قصد داشت حاکمیت خود را در انگلستان اعمال کند، زیرا برای مالک شدن بر مال فرهنگی مورد بحث به موجب قانون اشیاء تاریخی باید قرار ضبط و توقیف مال صورت می‌گرفت. به نظر قضات، درخواست توقیف مال در انگلستان قابل طرح نیست، «زیرا این خود قانونی کیفری است که دادگاههای انگلستان اجرا نمی‌نمایند».

باید خاطر نشان ساخت که مسأله صلاحیت رسیدگی در دادگاه کردها مطرح نشد، بلکه این دادگاه اعلام داشت که ضبط و توقیف خود به خود (اتوماتیک) در نیوزلند تحقق نیافته است. همچنین دادگاه کردها ادعای استرداد مال فرهنگی منتسب به دوره مائوری را نپذیرفت، زیرا به نظر وی نیوزلند مالکیت قانونی بر آن نداشت.

11. Attorney General of New Zealand v. Ortiz, (1982) 3 W. T. R. 570; (1982) 3 ALL E. R. 432; (1982) 2 Lloyds Rep. 224; (1982) Com. L. R. 156; (1982) 79 L. S. G. 919; (1982) 126 S. J. 429 (CA).

ب- دعوی دولت در راستای اقدام به اعمال تصدی

بدین ترتیب، اهمیت تفکیک شناسایی و اجرای اعمال مربوط به حقوق خارجی که ماهیت عمومی دارند، مشخص می‌شود. تفکیک اعمال حاکمیت و اعمال تصدی دولتی کار دشواری است. در واقع، تفکیک ادعای دولت خارجی که اعمال حاکمیت خارجی را از دادگاه درخواست می‌نماید و ادعای دولت خارجی که شناسایی عملی را خواستار است که علاوه بر اینکه ناشی از قدرتی عمومی است، قبلاً هم انجام گرفته است، مشکل است. در رابطه با حالات اخیر، به موجب عرف بین‌المللی دادگاهها به سمتی روی می‌آورند که اینگونه دعاوی را بپذیرند زیرا در این صورت دادگاهها در جهتی سوق داده می‌شوند که فقط اعمال انجام شده‌ای را (faits accomplis) به رسمیت بشناسند. هیچ دادگاهی مجاز نیست تا به اعمال ناشی از حاکمیت دولتی خارجی که در محدوده اختیارات سرزمینی خود عمل کرده است، لطمه وارد آورد. نسبت به اعمالی که باید لزوماً انجام گرفته باشند، دادگاه اصل سرزمین‌مداری را به کار می‌بندد، و اصل سرزمین‌مداری که اصلی عادی است، مانع رسیدگی دعاوی نیست. از این رو، وقتی از دادگاه فقط شناسایی قاعده حقوق خارج خواسته می‌شود، تقاضای دولت مبدأ در راستای اقدام به اعمال تصدی تلقی می‌شود، و در نتیجه قابل پذیرش خواهد بود.

۱- حق ممتاز (Le droit éminent)

به خصوص در کاربرد قانون خارجی است که دادگاهها در مورد پذیرش دعوایی تصمیم می‌گیرند. به عنوان مثالی دیگر، قضیه جمهوری

اکوادر علیه دانوسو* که در دادگاه تورن (Turin) اقامه شده، قابل تأمل است. در این قضیه، اکوادر ادعای مالکیت اشیائی فرهنگی را به میان کشید که قبل از صدور غیرقانونی تحت حمایت قانونی آن دولت قرار داشتند. این قطعات فرهنگی با ارزش که در جریان حفاری‌های انجام شده در اکوادر کشف شده بودند، توسط یک کلکسیونر دانمارکی در این کشور خریداری و سپس به طور غیرقانونی به ایتالیا برده شده بودند. دعوای اکوادر بر مبنای قوانین حمایتی آن دولت عنوان شده بود که بر مبنای قواعد حقوقی (*ex liqe*) حق ممتازی به نفع دولت قائل بود.

دادگاه تورن ضمن اعمال قوانین اکوادر، محتوای این حق ممتاز را نوعی حق مالکیت دولتی دانست که آثاری تعلیقی دارد. با وجود نبود چنین حقی عینی در نظام حقوقی ایتالیا، دادگاه، اکوادر را دارای عنوان مالکیتی واقعی اعلام کرد. دادگاه «حاکمیت کامل و انحصاری جمهوری اکوادر» را به رسمیت شناخت. قابل توجه است که دادگاه ایتالیا بر مسائل مالکیت تمرکز یافته و قابلیت ارجاع چنین ادعایی را عنوان نکرده است. باید خاطر نشان ساخت که صحبت از ادعای دولتی نسبت به اموالی فرهنگی است که همواره در تصرف اشخاصی خصوصی بوده‌اند و نه در تصرف دولت. بی‌شک، دولت اکوادر حتی از وجود اموال مورد اختلاف قبل از صدور غیرقانونی آنها اطلاع نداشته است.

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که دادگاهها در صورتی حاضر به قبول دعوای مطالبه دولتی خارجی‌اند که این دولت به حق مالکیتی واقعی استناد جوید که قبلاً به طور کامل کسب شده باشد. برعکس، دادگاهها از

*. République de l'Équateur c. Danusso et autres.

قبول کسب چنین حقی خارج از قلمرو دولت مبدأ امتناع می‌ورزند و خود را مجاز نمی‌دانند یکی از قواعد دولتی را که ماهیت عمومی دارد، به اجرا در آورند. در حالت اخیر، ادعای دولت عملی مربوط به حاکمیت تلقی می‌شود و قابل طرح در محاکم نیست.

۲- مالکیت دست دوم (La propriété aux deuxième degré)

بخشی از دکتترین کوشیده است تا به کمک طرح مقوله دولت دوم، از قید مشکلات ناشی از تفکیک اعمال حاکمیت از اعمال تصدی رها شود. در این نظریه، مالکیت دست دوم حق عینی عرفاً متفاوت با حق مالکیت موضوع حقوق مدنی است. در این مفهوم جدید، «مجموعه قوانینی که توسط دولتها برای حمایت از میراث فرهنگی و به خصوص منع صادرات وضع می‌شوند، باید چنین تلقی شوند که به هر دولت واضح این‌گونه مقررات حق مالکیتی مقدم بر حق مالکیت اشخاص اعطا می‌نمایند».^{۱۲}

رویه قضایی ایالات متحده آمریکا قبلاً مفهوم مالکیت دست دوم را خصوصاً در قضیه ایالات متحده آمریکا علیه مک کلین «McClain» رد نموده است.^{۱۳} در این قضیه قضات امریکایی می‌بایستی تصمیم می‌گرفتند که آیا دولت مکزیکی به موجب مقررات حمایت از اموال فرهنگی‌اش دارای حق مالکیت هست یا خیر. این قضات اعلام نمودند که «... محدودیتهای صادراتی دقیقاً به مثابه دیگر محدودیتهای انتظامی‌اند. این

12. G. Koumantos, "Réflexions préalables sur la protection internationale des biens culturels", Melanges M. Pedrazzini, Berne, 1990, p. 159 (167)

13. US v. Mc Clain, 545, F2d988, 1002.

محدودیتها «مالکیتی» برای دولت به وجود نمی‌آورند.^{۱۴} واقعیت این است که با اعمال تئوری مالکیت دست دوم که دکترین آن را شرح و بسط داده، دادگاهی که حاکمیت دولتی خارج را به اجرا درمی‌آورد، دقیقاً به قوانین انتظامی آن دولت خارجی گردن می‌نهد. بنابراین به نظر غیرقابل قبول می‌رسد که عنوان نمودن مالکیت دست دوم، سیستم سنتی اعطاکننده این صلاحیت بین‌المللی به مقرر دادگاه را کنار بزند.

۲- روش حل تعارض قوانین در زمینه مطالبه اموال فرهنگی

دیدیم فقط زمانی که دولت مبدأ مالکیت واقعی به دست آورده باشد می‌تواند دعوی استرداد مال را مطرح نماید. دولت مبدأ (یا شخص) در صورتی می‌تواند استرداد اموال فرهنگی‌اش را محقق سازد که دلیل معتبر مالکیت یا سندی معادل آن دال بر حق ممتاز در رابطه با اموال مذکور را ارائه نماید. کسب عنوان مالکیت می‌تواند طبق یکی از طرق تصریح شده در حقوق داخلی قابل اجرا برطبق موازین حقوقی «*ex lege*» یا از طریق مصادره باشد. در این رابطه دولت مبدأ باید ثابت کند که قبل از صدور مال به خارج تمام شرایط مالکیت محقق بوده است. به عبارت دیگر اگر دولت مبدأ بخواهد قانون حمایتی داخلی خود را به عنوان مبنای مالکیتش مورد استناد قرار دهد، باید اصل سرزمینی بودن را رعایت کند.^{۱۵} برعکس، این اصل ما را به محدوده حقوق بین‌الملل خصوصی نمی‌کشاند، بلکه بیشتر

14. US v. Mc Clain, 545, F2d988, 1002.

15. Gerhard Kegel, Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9éd., Munich, 2004, 23 II 1 (p1099).

اصلی مربوط به حقوق بین‌الملل عمومی به نظر می‌رسد که مورد بحث ما در اینجا نیست.

ضمناً باید خاطر نشان ساخت که در این چارچوب ما از یکسو با دولت یا شخصی مواجهیم که برای اثبات عنوان مالکیتش یا عناوین مشابه دیگر به قواعد حمایتی داخلی اعطا کننده حق مالکیت، استناد می‌کند و از سوی دیگر با خریداری با حسن نیت مواجهیم که در رابطه با حق مالکیتش به قواعد حل تعارض ربط دهنده حقوق مالکیت منقول به سیستم حقوقی مناسب استناد می‌نماید، امری که ما را به بررسی جنبه‌های حقوق بین‌الملل خصوصی موضوع هدایت می‌کند.

الف - ارتباط به قانون محل وقوع مال

می‌توان گفت که امروزه عملاً تمام دولتها کسب و اسقاط مالکیت منقول را تابع قانون محل وقوع فعلی مال می‌دانند. این وفاق (consensus) بین‌المللی در رابطه با اجرای قانون محل وقوع مال، محصول تحول تاریخی طولانی است؛ این وفاق به خودی خود مهم است، زیرا هماهنگی بین‌المللی راه‌حلی را محقق می‌سازد.

این قاعده قبل از هر چیز مبتنی بر این فکر است که در یک رابطه حقوقی بین‌المللی با موضوع حق مالکیت نسبت به مال، حمایت از اشخاص ثالث لزوم وجود عامل ارتباط ملموس و مشخصی برای ایشان را مطرح می‌کند؛ این عامل ارتباط نباید به اجرای قانون دیگری غیر از کشور محل وقوع مادی مال منجر شود.

۱- نظریه سنتی

در اینجا آثار اجرای قاعده محل وقوع مال در مورد مطالبه مال فرهنگی منتقل شده از کشور مبدأ به یک کشور خارجی به طور غیرقانونی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

یک مثال قدیمی فرانسوی فرض کسب مالی فرهنگی در خارج از کشور مبدأ را توسط شخص ثالث با حسن نیت روشن می‌سازد. در پرونده دوک دوفریاس (Duc de Frias) علیه بارون پیشون (Pichon Baron)^{۱۶} مالکیت شخص اخیر بر پیاله‌ای نقره‌ای متعلق به کلیسای Borgos در اسپانیا، مورد اعتراض قرار گرفت. مال مورد دعوی از کلیسا سرقت شده، سپس به فرانسه برده شده و در آنجا خوانده آن را با حسن نیت کسب نموده بود. اسپانیا طبق قوانین خودش پیاله را به دلیل تقدسش از اموال غیرقابل انتقال می‌دانست؛ مع‌ذلک، دادگاه سن به این نتیجه رسید که کسب مال توسط پیشون با حسن نیت بوده است و وی مالک آن تلقی می‌شود. در این رابطه دادگاه اعلام داشت که «رعایت منافع مربوط به نظم اجتماعی مقرر در قاعده مندرج در ماده ۲۲۷۹ قانون مدنی، موجب می‌شود که تنها قانون فرانسه بر موضوع حاکم باشد».

۲- نظریه جدید

از نظریه اخیر چنین نتیجه گرفته می‌شود که حتی اگر دولت مبدأ

16. Tribunal. civ. de la Sein, 17 avril 1885, 13. Clunet, 593 (1886); aussi Paul Lagarde, "Commerce et protection des biens culturels en droit international privé", Journées de la Société de législation comparé, 1986, p. 423 (435 et s.).

مال فرهنگی، دارای حق مالکیت باشد، در هر مورد قادر به مطالبه حق مالکیت خود در خارج نیست. به موجب قاعده «قانون محل وقوع مال»، خریدار با حسن نیت خواهد توانست حق مالکیت بر مال اعمال نماید و ممکن است ادعای دولت مبدأ رد شود، به این دلیل که قانون حمایتی این کشور قابل اجرا نیست. تفکر جدیدی در زمینه حقوق بین الملل خصوصی در پی این است که قاعده «محل وقوع مال» را با منافع مالک قبلی مال مورد مطالبه، سازش دهد. بدین منظور، دادگاهها امکان طرح استثنائاتی بر قاعده معمول حل تعارض را عنوان نموده‌اند.

- توصیف مال فرهنگی به عنوان غیرمنقول تبعی

رأی صادره‌ای از دادگاه پژوهشی مون پلیه در ۱۹۸۴ مثالی از تعدیل قاعده «محل وقوع مال» ارائه می‌دهد.^{۱۷} موضوع مربوط می‌شد به مطالبه تابلوهای نقاشی آب رنگ رومی (romanes) که از دیوارهای کلیسای کازنو (Casenoves) در فرانسه جدا شده و به سویس برده شده بودند. خوانندگان، شهرداری ژنو و بنیاد ابگ (Abegge)، مدعی مالکیت اکتسابی با حسن نیت تابلوها حسب قانون سویس شدند. دادگاه با توصیفی که انجام داد استثنایی بر روش جایابی معمول اموال مادی وارد نمود. علی‌رغم واقع بودن تابلوها در سویس، دادگاه آنها را به اعتبار تبعی بودنشان به شرح مذکور در ماده ۵۲۵ قانون مدنی فرانسه غیرمنقول توصیف نمود. این توصیف اجازه می‌داد که تابلوها بر روی همان دیوارهای کلیسا در فرانسه

17. Montpellier. 18 déc. 1984, cette Revue, 1985, 559, note Batiffol, D. 1985, 208; v. aussi Paul Lagarde, op.cit. , p. 439.

به طور فرضی جایابی شوند. همچنین دادگاه با «فرضی قانونی که موجب می شود اموال علی‌رغم ماهیت فیزیکی شان، غیرمنقول تلقی شوند»، عامل ارتباط را تغییر داد.

خاطرنشان می‌شود که روش دادگاه پژوهشی بسیار قابل انتقاد است. در وهله اول توصیف اموال مادی به منقول یا غیرمنقول طبعاً تابع قانون محل فیزیکی مال است و نه مقر دادگاه. همچنین این قانون سویس است که در این مورد باید اجرا می‌شد. به علاوه، عنوان کردن عامل ارتباط فرضی قانونی، تصنعی و خودسرانه است. سرانجام دیوان عالی کشور فرانسه تفسیر دادگاه پژوهشی در مورد غیرمنقول تلقی نمودن فرضی تابلوها را رد نمود.^{۱۸}

۲- عامل ارتباط خاص

کوشش دیگری برای تخفیف اثر قاعده «محل وقوع مال»، دکترین عامل ارتباط خاص g(Sonderanknupfug) را مطرح نموده است. این تئوری توسط دکترین آلمانی در زمان جنگ دوم جهانی بوجود آمد. به موجب این تئوری بعضی قواعد آمره که جزء قانون تعیین شده توسط عامل ارتباط نیستند می‌توانند بر این قانون تأثیر نهند. تئوری مذکور در بند ۱ ماده ۱۹ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سویس لحاظ شده است. به موجب این ماده «وقتی بر حسب مفهومی که حقوق سویس استنباط می‌کند، منافع مشروع و ارجحی ایجاب کنند، مقرر آمره‌ای در حقوقی غیر

18. Cass. Ass. Plen., D. 1988, 325, NITE Maury, JCP 1988, I. 21066 Note Barbieri, cette Revue, 1989, 100, note Droz.

از حقوقی که این قانون تعیین می‌کند، ممکن است قابل اعمال باشد، به شرطی که رابطه تنگاتنگی با این حقوق داشته باشد».

تئوری عامل ارتباط خاص همچنین برای اعلام بطلان انتقال مال فرهنگی فرانسوی به هلند، توسط سیستم قضایی هلند به اجرا درآمد. در این پرونده،^{۱۹} تمثال چوبی حضرت مریم از کلیسایی در فرانسه سرقت و سپس برای فروش به خارج منتقل شد. متجاوز از سه سال بعد از سرقت، تمثال به دست یک کلکسیونر هلندی رسید و توسط پلیس در جریان برگزاری بازار عتیقه‌جات توقیف شد. دادگاه رسیدگی کننده به درخواست کلکسیونر می‌بایستی بین استرداد مال به دولت فرانسه و یا اعلام تعلق آن به کلکسیونر هلندی تصمیم می‌گرفت. دادگاه محلی اعلام نمود که در این پرونده باید مقررات حمایتی فرانسه در رابطه با منع انتقال تمثال و عدم شمول مرور زمان را در نظر گرفت. دادگاه با توجه به اهداف این قانون فرانسوی چنین تصمیم گرفت که قانون هلند، تعیین شده توسط قاعده «قانون محل وقوع مال»، که مرور زمان سه ساله برای مطالبه مال مسروقه از سوی کلکسیونر را قابل طرح می‌داند، نباید اجرا شود. از بررسی و مطالعه تصمیمات ذکر شده می‌توان وجود سه شرط را برای اعمال تئوری عامل ارتباط خاص نتیجه گرفت:

الف - قانون کشور خارجی باید خود تمایل به اجرا داشته باشد.

ب - موضوع مطروحه باید ارتباط کافی و مستقیم با کشور دارای مقرره آمره داشته باشد.

ج - منافی مشروع و غالب، اجرای مقرره آمره خارجی را ایجاب

19. Hoog Raad, 18 janv. 1983, nr,1311 Besch. , NG 1983, Nr. 455, 1402.

نماید.

یک مقررہ حمایتی مال فرهنگی طبعاً تمایل خود بر اجرا را در صورت وقوع تخلف اعلام می‌دارد. رابطه به حد کافی مستقیم با سیستم حقوقی کشور مبدأ با توجه به محل قبلی مال فرهنگی احراز می‌شود. منافع مشروع و غالب یک حمایت بهتر از اموال فرهنگی، وجود چنین مقررہ حمایتی را ایجاب می‌نماید. با توجه به اینکه ما میلیم تا مقررات حمایتی داخلی از اموال فرهنگی مان در سطح بین‌المللی رعایت گردند، به نظر می‌رسد که بتوانیم مقررات حمایتی خارجی را مکملی برای «قانون محل وقوع مال» بدانیم.

از سوی دیگر دادگاهها غالباً سعی دارند عامل ارتباط خاص مقررات حمایتی خارجی را با عامل ارتباط معمول «محل وقوع مال» سازش دهند. هدف اصلی عامل ارتباط «محل وقوع مال»، حمایت از خریدار باحسن نیت است. ملاحظه می‌شود که عامل ارتباط خاص عدم قابلیت شمول مرور زمان و غیرقابل انتقال بودن مال گاهی با حقوق اشخاص ثالث مغایر است. عدم شمول مرور زمان و غیرقابل انتقال بودن یک مال در سیستم‌های حقوقی مثل آلمان که اموال عرصه تجاری و قابل خرید (*rex extra commercium*)، وجود ندارند. در چنین موردی دادگاهها در بعضی موارد مقررات حمایتی کشور مبدأ را اجرا نمی‌کنند. به عنوان مثال می‌توان از رد نهایی استدلال دادگاه محلی و نقض تصمیم آن بنا به درخواست «Hooge Raad» نام برد. در این پرونده تصمیم گرفته شد که برای تأمین منافع متصرف با حسن نیت تنها قانون هلند اجرا شود. بنابراین در رابطه با آثار عملی ارتباط خاص که قاعده «محل وقوع مال» را تغییر می‌دهد، ابهام بسیاری وجود دارد.

- تغییر عدم قابلیت شمول مرور زمان و عدم قابلیت انتقال یک مال فرهنگی بخشی از دکترین در بعضی موارد معتقد به ابقای دو عنصر عدم شمول مرور زمان و عدم قابلیت انتقال مال فرهنگی است، حتی در صورت خروج از مرزها. به موجب این دکترین اگر قانون محل وقوع مال، خود مفهوم «خارج از عرصه تجاری» بودن را پذیرفته باشد، اموال فرهنگی که حسب قانون کشور مبدأ «خارج از عرصه تجاری» قلمداد شده‌اند، باید به موجب قواعد حمایتی محل وقوع مال «خارج از عرصه تجاری» تلقی شوند. در این راستا دکترین مذکور معتقد است که «خارج از عرصه تجاری بودن «extracommercialite» شیء به آن خصیصه عینی می‌دهد و باید هنگام اجرای قاعده «محل وقوع مال» مدنظر قرار گیرد.

ملاحظه می‌شود که این مشکل با بحث تعارض متحرک «*conflict* ...» در حقوق بین‌الملل خصوصی در ارتباط است. باید خاطر نشان ساخت که اجرای عامل ارتباط «محل وقوع مال» بسته به تصریح و روشن سازی قاعده حل تعارض در مواردی است که مال از قلمرو چندین کشور عبور نموده است. در چنین وضعیتهایی که با چند محل وقوع مال سر و کار داریم؛ قاعده‌ای را اعمال می‌کنیم که به موجب آن ایجاد یا سقوط حق عینی تابع قانون محل تحقق وقایعی است که موجب کسب یا اسقاط حق مورد ادعا شده‌اند. هنگامی که مالی از مرز دولتی عبور می‌کند قاعده قدیمی «محل وقوع مال» به طور خود به خود حقوق مکتسبه را از بین نمی‌برد.^{۲۰} برعکس، کسب حق مالکیت باید اصولاً صرف نظر از محل استقرار فعلی مال، مورد شناسایی واقع شود.

20. Kegel, Schurig, op. cit., 19III, p. 771.

این قاعده به صورت بسیار روشن در ماده ۱۰۰ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سویس لحاظ شده است: «(۱) کسب یا اسقاط حقوق عینی منقول تابع قانون محل وقوع مال در زمان ایجاد منشأ حق یا اسقاط حق است. (۲) محتوا و اجرای حقوق عینی منقول تابع قانون محل وقوع مال منقول است.»

با یادآوری استدلال دکترینی که «خارج از عرصه تجاری» بودن را دارای خصیصه عینی می‌داند، پی می‌بریم که به چه دلیل با خارج شدن مال از مرز کشور این خصیصه پابرجا می‌ماند. به همین دلیل، زمانی که قانون محل وقوع مال فرهنگی اموالی را در نظم حقوق داخلی خود «خارج از عرصه تجاری» می‌داند، محتوا و اجرای «خارج از عرصه تجاری» بودن مخدوش نمی‌شود. بنابراین سؤال این است که چرا دکترین به خطا خصیصه عینی «خارج از عرصه تجاری» بودن را برای مال قائل شده است.

به نظر می‌رسد که در این وضعیت خاص، «خارج از عرصه تجاری» بودن دارای خصیصه عینی نمی‌باشد. در این رابطه رویه قضایی امریکایی در پرونده «US v. McClain» را یادآور می‌شویم.^{۲۱} قضات امریکایی به حق اعلام داشتند که حق مالکیت دولتی، به طور خود به خود از اجرای ساده قانون حمایتی اشیای فرهنگی ناشی نمی‌شود. اگر دولت مبدأ بخواهد برای خود حق مالکیتی در مورد یک مال ایجاد نماید، باید آن را سلب مالکیت نماید، به خود حقی ممتاز و برجسته برطبق موازین حقوقی اعطا نماید و یا اینکه به طور ساده آن را خریداری کند. بنابراین، موقعیت خاص شیئی «خارج از عرصه تجاری» تنها در چارچوب قانون حمایتی متصور است،

21. US v. McClain, 545, F. 2d988.

بدون اینکه دولت مبدأ، حقی عینی نسبت به مال را اعطا کرده باشد. بدین ترتیب دولت مزبور حقوق داخلی خود برای محدود کردن تجارت داخلی قانونی به کار خواهد برد، اقدامی شبیه یک قانون ساده انتظامی محدود کننده است.

ب - دیگر عوامل ارتباط

حال می‌پردازیم به بررسی دیگر عوامل ارتباط، غیر از «محل وقوع مال»، که توسط دکترین مطرح و دفاع شده‌اند. این عوامل ارتباط حذف قاعده حل تعارض مبتنی بر «محل وقوع مال» هستند، زیرا این قاعده، قانون مادی به شمار نمی‌رود که دارای بیشترین ارتباط مستقیم با موضوع بین‌المللی مطروحه باشد.

خاطر نشان می‌شود، قاعده جدیدی که در تمام قوانین معاصر ناظر بر حقوق بین‌الملل خصوصی لحاظ شده، تعیین مرتبط‌ترین قانون است. مثلاً در ماده ۴۶ مقدمه قانون مدنی آلمان (EGBGB) در رابطه با حقوق بین‌الملل خصوصی، شرط استثنا مقرر شده که به موجب آن قاعده «محل وقوع مال» در صورت وجود یک سیستم حقوقی دارای رابطه مستقیم‌تر با موضوع مطروحه، از دور خارج می‌شود.

۱- محل سرقت

در زمینه مطالبه اموال فرهنگی، مسأله عدم کفایت روابط سرزمینی بین کسب مال هنری مسروقه و «قانون محل وقوع مال» طبعاً صلاحیت‌دار، بسیار مورد انتقاد است. بعضی از نویسندگان توصیه می‌کنند تعدیلی نسبت

به ارتباط عادی که بر وجود رابطه‌ای فشرده‌تر با محل سرقت به عمل آید.^{۲۲} به موجب این نظریه، تأیید بر اینکه نظام حقوقی محل وقوع مال حاوی قانونی است که بیشترین قابلیت شناسایی توسط تمام اشخاص درگیر در یک معامله منقول را دارد همیشه درست نیست. در واقع مالک اولیه یک شیء مسروقه، غالباً نه هیچ ایده‌ای از اینکه مالش در کجاست دارد و، در نتیجه، در صورت پیروی از قاعده «محل وقوع مال»، نه اطلاعی از قانون حاکم بر یک فروش بعدی مال که احتمالاً سقوط عنوان مالکیتش را در پی خواهد داشت.

به نظر ما ایراد به صحت و سقم عامل ارتباط «محل وقوع مال» موجه است. یادآور می‌شویم که رویه قضایی امریکا نیز قبلاً همین شیوه را اتخاذ نموده است. در پرونده «Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon»^{۲۳} موضوع مفقود شدن دو تابلو اثر «Durer» از موزه «Weimar» آلمان متعاقب جنگ دوم جهانی مطرح بود. این تابلوهای مسروقه در سال ۱۹۴۶ در نیویورک توسط سربازی امریکایی به خواننده دعوی، «Elicofon» فروخته شده بودند. شخص خریدار که این تابلوها را با حسن نیت به دست آورده بود آنها را به مدت بیست سال در محل سکونت شخصی خود در امریکا نگهداری می‌کرد. در سال ۱۹۶۶ «Elicofon» به طور اتفاقی به مبدأ و ارزش تابلوها پی برد. متعاقب آشکار شدن موضوع، موزه آلمان

22. Sp. Vrellis, Le statut des biens culturels en droit international prive, Rapports generaux, 14 Congres international du droit compare, Athenes 1996, p. 221 et s. ; H. P. Mansel, De Weerth v. Baldinger-Kollisionsrechtliches zum Erwerb gestohlener Kunst werke, Praxis des Internationales Privat-und Verfahrensrechts (IPRax) 1988, p. 268 (271).

23. Kunstsammlungen zu. Weimar v. Elicofon, 678F, 2d 1150.

درخواست استرداد آنها را مطرح نمود.

در جریان رسیدگی به پرونده استرداد در دادگاههای نیویورک یکی از مهم‌ترین دلایل «Elicofon» کسب عنوان مالکیت حسب قانون آلمان یعنی محل انجام سرقت بود. در واقع برطبق قوانین آلمان در مورد مرور زمان مکتسبه (Ersizung)، ده سال تصرف با حسن نیت خواننده برای مالک شدن وی و مقابله با ادعای موزه «Weimar» کفایت می‌کرد. مسأله مطروحه نزد دادگاه نیویورک این بود که آیا انجام سرقت در آلمان نمی‌توانست عامل ارتباط محل کسب مالکیت را تغییر داده و قانون آلمان را صلاحیت‌دار نماید. در این رابطه دادگاه به این نتیجه رسید که قانون «محل وقوع مال» بیشترین و مستقیم‌ترین رابطه را با کسب مال توسط خواننده دارد. استدلال دادگاه به شرح زیر بود:

«در این پرونده، ربط آلمان با دعوی آن‌قدر نیست که جایگزین شدن قانون محل سرقت را توجیه نماید... این واقعیت که سرقت تابلوها در آلمان صورت گرفته کاملاً با فلسفه مرور زمان مکتسبه مبنی بر حمایت از خریداران با حسن نیت در جهت تأمین امنیت معاملات، بی‌ارتباط است. چنین مصلحتی به معاملات انجام شده در خارج از مرزها تسری نمی‌یابد».

۲- تابعیت اموال فرهنگی

جلوه دیگری از ایده پذیرش یک عامل ارتباط متفاوت از «محل وقوع مال» که توسط دکترین پیشنهاد شده، قائل به در نظر گرفتن قانون

دولت متبوع مال (lex originis) شده است.^{۲۴} خاطر نشان می‌کنیم که مؤسسه حقوق بین‌الملل نیز «قانون کشور متبوع» اموال فرهنگی را به عنوان قانون حاکم در ۱۹۹۱ مؤسسه موضوع «فروش بین‌المللی اموال هنری با دید حمایت از میراث فرهنگی» را مورد بررسی قرار داد. ماده ۲ قطعنامه توافق شده حاوی قاعده حل تعارضی در رابطه با مالکیت اموال هنری است. متن مربوطه چنین است: «انتقال مالکیت اموال هنری متعلق به میراث فرهنگی کشور مبدأ مال، تابع قانون همین کشور است».

چنین قاعده حل تعارضی که مالکیت مال هنری را تابع قانون ملی اش می‌داند می‌تواند مشکل ساز باشد. عناصر تشکیل دهنده «تابعیت» مال فرهنگی کدامند؟ مؤسسه حقوق بین‌الملل در قطعنامه صادره تعریفی از مال فرهنگی ارائه می‌دهد.^{۲۵} بنا به مضمون قطعنامه، منظور از کشور مبدأ مال هنری «کشوری است که از نظر فرهنگی مال مورد بحث مستقیم‌ترین ارتباط را با آن دارد» (ماده ۱-ب).

اتحادیه اروپا هم به تعریف کشور مبدأ مالی فرهنگی اقدام نموده است. به موجب رهنمود شماره CEE/V/۹۳، کشور مبدأ مال فرهنگی کشوری است که مقررات قانونی یا آیین‌نامه‌های اداری ملی آن کشور «مال را به عنوان ثروت ملی دارای ارزش هنری، تاریخی و باستانشناسی طبقه‌بندی نموده است».

به نظر ما نظر اتحادیه اروپا به طور کافی مسأله تابعیت مال فرهنگی

24. Erik Jyme, "Neue Anknüpfungsmaximen für den Kulturguterschutz im internationalen Privatrecht", Rechtsfragen des internationalen Kulturguterschutzes, Heidelberg, 1994, p. 35 (42).

25. <http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1991-bal-04-fr.pdf>.

را روشن نموده است. مع ذلک در مواردی که طبقه‌بندی وجود ندارد، ایجاد مشکل می‌شود. توصیف کاملاً فرهنگی موجب عدم امنیت حقوقی خواهد شد، زیرا ما نمی‌دانیم مستقیم‌ترین ارتباطات کدام‌اند. به عنوان مثال آثار هنری «Wassily Kandinsky» را ذکر می‌کنیم. وی در سال ۱۸۶۶ در روسیه متولد و در سال ۱۹۰۰ به مونیخ رفت. در آلمان همراه با «Alfred Kubin, August Macke Paul Klee» مکتب «Neue Kunstlervereinigung Munchen» را پایه‌گذاری نمود. اهمیت و تأثیر فوق‌العاده آتلیه «Der Blaue Reiter» را که توسط «Kandinsky» و دیگر هنرمندان در ۱۹۱۱ پاگذاری شد نباید فراموش کرد. در سال ۱۹۲۲ وی پروفیسور مدرسه «Bauhaus» در «Weimar» شد. در سال ۱۹۳۳ آلمان را ترک نمود و در پاریس مستقر شد. وی در ۱۹۳۹ تابعیت فرانسه را کسب و در سال ۱۹۴۴ در «Neuilly-sur-Seine» فوت کرد. رابطه فرهنگی آثار هنری او با کدام کشور بیشتر است؟ کشورهای روسیه، آلمان و فرانسه هیچ یک نسبت به یکدیگر رابطه مستقیم‌تر و بیشتری با مال فرهنگی ندارند.^{۲۶} بهتر است منتظر تصمیم مرجعی قضایی و یا اداری باشیم که به موجب آن یکی از این کشورها یکی از آثار هنری وی را طبقه‌بندی نماید تا بتوانیم بر اساس آن تابعیت مال را تعیین نماییم. از آن پس ما می‌توانیم مبنای فرهنگی چنین تصمیمی را کنترل کنیم، زیرا نمی‌توانیم تصمیم اداری آشکارا افراطی و نادرست را تأیید نماییم. نظم عمومی وسیله‌ای است که با توسل به آن می‌توانیم تابعیت اثری هنری را که بیانگر

۲۶. مشکل مشابهی در رابطه با «El Lissitzky» مطرح می‌شود:

Das Fell des Baren, Der Spiegel, 19 avril 2004.

سوء استفاده از اختیارات ناشی از حاکمیت کشور است کنار بزنیم. کنوانسیون وحدت قوانین در ماده ۵ شرایط استرداد مال فرهنگی را اعلام نموده است. مال موضوع درخواست استرداد باید خصوصیات ذکر شده در ماده ۲ را داشته باشد، یعنی خارج شدن آن موجب «ایراد خسارات مهمی» به منافع خاصی شده باشد (حفاظت مادی مال، تمامیت مالی مرکب، حفاظت اطلاعات، استفاده سنتی یا مذهبی). کافی است که دولت متقاضی «اثبات نماید که مال از نظر فرهنگی برایش ارزش زیادی دارد». در نتیجه ممکن است که مالی فرهنگی توسط دولتی مطالبه شود که دارای رابطه مستقیم با مال نیست.^{۲۷}

رأی صادره توسط «Circuit Court of Appeals Americain» مثالی از یک طبقه‌بندی نادرست را نشان می‌دهد. در پرونده «Jeanneret v. Vichy»^{۲۸} خسارات ناشی از عدم انجام تعهدی قراردادی مورد مطالبه قرار گرفته بود. خانم «Vichy» که تابلو اثر ماتیس «Matisse» را به خانم «Jeanneret» فروخته بود، تضمین نموده بود که تابلو مذکور قبلاً موضوع خروج غیرقانونی نبوده است. در واقع، تابلوی موضوع معامله (Portrait sur Fond Jaune جزئی از کلکسیون خصوصی پدر خانم «Vichy» بود که در میلان در ایتالیا جمع‌آوری شده بود. خانم «Vichy» بعد از فوت پدرش تابلو ماتیس را در مغازه آثار هنری‌اش در نیویورک یافت. با وجود عدم اطمینان از چگونگی بازگشت تابلو از ایتالیا به نیویورک روشن بود که خارج شدن تابلو بدون مجوز مقامات رسمی ایتالیایی بوده است. ایتالیا مدعی

27. Georges Droz, op.cit. , p. 260.

28. Jeanneret v. Vichy, 693F, 2D259 (2DcIR. 1982).

بود که تابلو به صورت غیرقانونی از این کشور خارج شده، زیرا جزء میراث فرهنگی ایتالیا می‌باشد. این کشور در این رابطه به نمایش تابلو ماتیس در سال ۱۹۵۲ در نمایشگاهی که هر دو سال یکبار در ونیز تشکیل می‌شد، استناد نمود. وانگهی ایتالیا نادر بودن تابلوهای ماتیس در این کشور را مطرح نمود.

دادگاه امریکایی استدلال ایتالیا در مورد تعلق تابلو به میراث فرهنگی این کشور را نپذیرفت. دادگاه با اعلام اینکه ماتیس دارای تابعیت فرانسوی بود و تأثیر زیادی در تاریخ هنری و فرهنگی ایتالیا نداشته (مثل تأثیر Raphael یا Bellini)، به این نتیجه رسید که هیچ رابطه فرهنگی واقعی و معتبری بین اثر ماتیس و ایتالیا نبوده است. دادگاه در رابطه با ادعای نادر بودن تابلوهای ماتیس در ایتالیا اعلام نمود: «جای تعجب است در شرایطی که کلکسیونرهای ایتالیایی آنقدر به ماتیس توجه ندارند که آثارش را خریداری نمایند، چطور باید به این نتیجه رسید که یکی از همین آثار که شاهکار هم به شمار نمی‌آید آنقدر اهمیت داشته باشد که جزء میراث ملی ایتالیا محسوب شود».

۳- کشوری که مال به طور غیرقانونی از آن خارج شده است

برای کاستن از جابجایی اموال فرهنگی، بسیاری از دولتها قوانین منع صادراتی وضع نموده‌اند.^{۲۹} محدودیت صادرات (و واردات) در کنوانسیون

29. Pour la France, Cf. B. Audit, "Le statut des biens culturels en droit international privé francais", RIDC1994, p. 405 et s. ; G. Carducci, op. cit. , p. 46ff; P. Delvolvé, "La protection des biens culturels en droit public francais", 3 Journées juridiques franco-helleniques, Journées de la société de législation compare, 1986, p. 249-289; Paul Lagarde, "Droit privé interne et

۱۹۷۰ یونسکو که توسط یکصد و چهار دولت از جمله فرانسه، ایتالیا، امریکا، انگلیس (۲۰۰۲) و سوئیس (۲۰۰۳) به تصویب رسیده، لحاظ شده است. یک چنین ممنوعیت صادراتی به روشنی نشان می‌دهد که دولت مورد نظر با اشیاء فرهنگی مربوطه هویت یابی می‌شود و سعی می‌کند یک رابطه مادی دائمی با اشیاء مذکور برقرار نماید. این کیفیت امکان می‌دهد عامل ارتباط با محل استقرار مال قبل از صدور غیرقانونی‌اش، وارد کنیم.^{۳۰} هنگامی که دولتی تمایل خود نسبت به باقی ماندن اموال فرهنگی در قلمروش را با وضع قانون ممنوعیت صادراتی ابراز می‌نماید، رابطه ایس کشور با مال به مراتب بیشتر از رابطه نامعلوم و مشکوک محل وقوع فعلی مال یا محل وقوع سرقت و یا فروش مجدد آن می‌باشد. قوانین ممنوعیت صادراتی مانع جایجایی مادی مال است که حسب قاعده «محل وقوع مال» به اجرای قانون خارجی متفاوتی می‌انجامد. بنابراین صدور مالی فرهنگی که به نقض چنین قانونی منتهی می‌شود، اجرای عامل ارتباط کشور محل

international: Rapport general", La protection des biens culturels (Journées polonaises) 1991, p. 95-105; Robert Lecat et Van Kirk Reeves, "Rapport national sur les règles juridiques applicables à la circulation internationale d'objets d'art", La vente internationale d'oeuvres d'art. V4, Paris, 1993; H. Perinet-Marquet, "Droit public interne, Rapport français", La protection des biens culturels, 1991, p. 391 et s.; Pour la loi allemande (Gesetz zum Schutz deutschen Kulturguts gegen Abwanderung", BGBl, 1955, I. 501), Cf. S. Schumann, G. Schmidt-Bremme, "Zur Rückführung eingeschmuggelter Kunstwerke in Herkunftsstaaten", Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, 547-577; B. Pieroth, B. Kampmann, "Aubehandelsbeschränkungen für Kunstgegenstände", Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1990, P1385 (1386; Pour la Belgique, Cf. M. Claeys Bouvaert, "Droit public interne, Rapport belge", La protection des biens culturels, 1991, p. 339 et s.; pour la Grèce, Cf. J. Voulgaris, "Commerce et protection des biens culturels en droit international privé hellénique", RIDC, n special 8, p. 445 (449).

۳۳. به زیرنویس شماره ۵ رجوع شود.

صدور را بی آنکه صدوری انجام گرفته باشد، توجیه می‌کند. عامل ارتباط کشوری که مال به طور غیرقانونی از آن خارج شده، «محل وقوع مال» را مبنا قرار می‌دهد، ولی این محل را غیرقابل تغییر می‌کند. انتقال مالی فرهنگی به کشور ثالث دیگر به منزله تغییر وضعیت محسوب نمی‌شود. برعکس اگر ما قانون محل وقوع مال (یا قانون محل فروش بعدی)^{۳۱} را اجرا کنیم، خارج کننده غیرقانونی مال می‌توانست فقط با تغییر مادی محل مال یک قانون مساعدتر را قابل اجرا نماید، نتیجه‌ای که او حتی با تمسک به شرطی قراردادی هم نمی‌تواند به آن دست یابد.^{۳۲} به طور خلاصه، اتخاذ عامل ارتباط کشوری که مال به طور غیرقانونی از آن خارج شده به ما راه‌حلی دقیق و عادلانه ارائه می‌دهد. همچنین این راه حل با رهنمود اروپایی و کنوانسیون یونسکو و وحدت قوانین که همگی بر نقش مهم کشوری که مال به طور غیرقانونی از آن خارج شده تأکید نموده‌اند، هماهنگ است. در اینجا منظور اجرای حقوق عمومی خارجی نیست، وقتی قوانین انتظامی رعایت نشده باشند، بلکه یافتن عامل ارتباطی برای حقوق خصوصی قابل اجرا مدنظر می‌باشد. متعاقباً به حقوق بین‌الملل خصوصی برای تعیین قانون قابل اجرا رجوع می‌شود. چون در اینجا احاله خاصی مطرح می‌شود حقوق بین‌الملل خصوصی کشور صادرکننده است که در وهله اول مدنظر واقع می‌شود. این دولت است که باید در مورد اجرا یا عدم اجرای احاله تصمیم بگیرد. در رابطه با منافع اشخاص ثالث کسب مال با حسن نیت مال باید به این واقعیت توجه داشت که در مورد اموال فرهنگی

31. <http://erc.unesco.org/cp/convention.asp?KO=13039&language=F>.

32. Cf. Paul Lagarde, op.cit., p. 441 et 443.

این منافع در رابطه با اموال فرهنگی کم اهمیت‌تر از سایر اموال منقول است. در رابطه با اموال فرهنگی برخلاف کالاهای معمولی که اعمال قاعده «محل وقوع مال» وضعیت روشن و ساده‌ای را برایشان برقرار می‌نماید، نیاز فوری برای تسهیل معاملات سریع وجود ندارد. این بیشتر به عهده کسانی است که در پی کسب مالی فرهنگی هستند که به دقت سابقه قبلی مال را برای اطلاع از قانون حاکم به دست آورند.

نتیجه‌گیری

عامل ارتباط «قانون محل وقوع مال» در رابطه با استرداد اموال فرهنگی منتهی به اجرای قانون دارای نزدیک‌ترین رابطه با این اموال نمی‌شود، بلکه این کشور واضح ممنوعیت صادراتی است که با وضع این ممنوعیت رابطه نزدیک‌تری را برقرار می‌نماید. پذیرش عامل ارتباط منتهی به اجرای قانون چنین کشوری (در حالت مطالبه اموال فرهنگی) به منزله اعطای یک خصیصه ماهوی به قاعده حل تعارض است. اتخاذ این عامل ارتباط منجر به اجرای سیستماتیک قانون حمایتی داخلی این کشور می‌شود. نتیجه، اعمال حمایت بهتر از مال فرهنگی خواهد بود.

توجیه یا دلیل‌آوری برای مجازات*

ترجمه دکتر علی صفاری**

مقدمه مترجم

نوشته‌ای که پیش رو دارید اثر دو تن از نویسندگان سرشناس انگلیسی و استاد حقوق در مرکز تحقیقات حقوقی و جرم‌شناسی دانشگاه شفیلد می‌باشند.^۱ آنها نه تنها دارای آثار و تحقیقات متعدد و بسیار خوبی در زمینه کیفرشناسی و مجازات می‌باشند،^۲ بلکه از لحاظ تجربی نیز با وزارت کشور انگلستان همکاری‌های تحقیقاتی و اجرایی طولانی داشته‌اند.

*. «Justifying Punishment»، عنوان فصل دوم از کتاب ذیل است که قسمتی از آن توسط مترجم، در یک ترم تحصیلی در سال ۸۱-۱۳۸۰ به عنوان درس متون حقوقی برای دانشجویان کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی و نیز به عنوان درس کیفرشناسی دوره دکتری همین رشته از چاپ ۱۹۹۲ آن ارائه گردیده و اکنون ترجمه آن به همراه برخی تصرفات و اضافات، مبتنی بر چاپ سوم کتاب در سال ۲۰۰۲، تقدیم خوانندگان محترم می‌گردد:

Cavadino, M. & Dignan, J. (2002), *The Penal System: An Introduction*, third edn., Sage Publications, London, Thousand Oaks, New Delhi, p.33-61.

ترجمه حاضر در دو قسمت از نظر خوانندگان محترم خواهد گذشت؛ قسمت اول که پیش رو دارید و قسمت دوم که در شماره آتی مجله چاپ خواهد شد.

** . استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

1. Michael Cavadino is a Senior Lecturer in law at the Centre for Criminological and Legal Research, University of Sheffield.

James Dignan is a Reader in law at the same place.

۲. به عنوان مثال کتاب «نظام کیفری» آنها که ترجمه فصل اول آن هم‌اکنون از نظر شما می‌گذرد، از اولین سال انتشار یعنی ۱۹۹۲ تا سال ۲۰۰۲ سه بار تجدید نظر و چاپ شده و در شمار منابع اصلی و قابل ارجاع در درس کیفرشناسی برای دوره‌های کارشناسی و بالاتر قرار گرفته است.

برای آشنایی با دیگر آثار نویسندگان، به فهرست منابع در انتهای کتاب ایشان مراجعه شود.

نویسندگان کتاب در این فصل، سعی نموده‌اند تا با بررسی و تحلیل جزئیاتی از نظام کیفری و شیوه تعیین مجازات حاکم بر کشور خود، (واقعیات عملی) در پرتو دلیل آوریها و توجیهات موجود (مباحث فلسفی و نظری)، اعم از سنتی و جدید، به ما نشان دهند که تا چه حدی نظام کیفری انگلستان و ولز با توجیهات فلسفی و اجتماعی مورد بحث آنها و مورد ادعای دست‌اندرکاران نظام حاکم، هماهنگی یا تعارض دارند و در نتیجه عوارض هر یک چیست.

* * * * *

مهمترین عامل بروز مشکلات جاری در سیستم کیفری، مسأله «بحران مشروعیت» است. یک نهاد اجتماعی، زمانی «مشروع» انگاشته می‌شود که از نظر اخلاقی قابل توجیه تلقی گردد. مشکل سیستم کیفری این است که چنین برداشتی نسبت به آن وجود ندارد و بسیاری از مردم چه در داخل و چه در خارج از نظام معتقدند که این نظام اخلاقاً غیرقابل دفاع یا حداقل ناقص است. اگر فقط بخواهیم بدانیم که در این مورد چه باید کرد، نیاز داریم تا تحقیق کنیم که آیا چنین دیدگاههای اخلاقی، دقیق و روشن هستند یا خیر؟ اگر چنین دیدگاههایی غیردقیق‌اند، پس راهبرد بدیهی این است که دیدگاههای مردم را بر آن داریم تا بپذیرند که با وجود این همه مشکلات، نظام کیفری غیرمنصفانه نیست و از این طریق تلاش کنیم تا دیدگاههای مزبور را تصفیه و تصحیح نماییم. اما اگر بی‌عدالتی‌های مورد نظر واقعیت دارند، پس باید بی‌عدالتی‌ها را تصحیح و تصفیه کرد. لذا نوشته حاضر به فلسفه اخلاقی مجازات می‌پردازد و سعی دارد تا نکات و مباحث فلسفی را به واقعیت نظامهای کیفری، مانند نظام امروزی انگلستان ارتباط دهد.

سؤال اخلاقی اساسی درباره مجازات، همان سؤال کهنه و قدیمی است: «چه چیزی تحمیل مجازات را بر مردم توجیه می‌کند؟» از آنجا که مجازات غالباً چیزی مضر، دردناک یا ناگوار نسبت به تحمل‌کننده (دریافت‌کننده) آن است، لذا مجازات کردن مردم نیاز به یک توجیه دارد. برای مثال، حبس منجر به ناراحتی‌های فیزیکی، رنج روانی، بی‌آبرویی، کسر شأن و ناخوشایندی کلی در کنار خیلی از مفسد و مضرات دیگر می‌گردد (مانند لطمه دیدن آینده شغلی و اجتماعی زندانی). تحمیل عمدی رنج بر مردم حداقل در بدو امر غیراخلاقی می‌نماید و نیاز به توجیه اخلاقی ویژه‌ای دارد.^۳ این درست است که در برخی موارد برحسب اتفاق تحمل‌کننده مجازات، آن را دردناک نمی‌یابد یا حتی از آن استقبال می‌کند. برای مثال برخی مرتکبین ممکن است زندان را پناهگاه خوبی در مقابل فشارهای غیرقابل تحمل دنیای خارج از زندان ببینند. اما حتی در چنین مواردی، مجازات چیزی است که تحمیل می‌شود: یعنی این یک تجاوز و دخالت بی‌مورد و ناحق در آزادی فردی است که مجازات شده و به همین دلیل نیاز به یک توجیه اخلاقی دارد.

۳. خود مجازات نفساً و ذاتاً بدون توجیه و امری قبیح است و در واقع همین توجیه اخلاقی است که مجازات را مشروع و موجه می‌سازد و این، تنها فرق میان بزه و مجازات است، یعنی برای جرم توجیهی وجود ندارد. حال آنکه این توجیه مجازات است که قبح ذاتی آن را مرتفع می‌سازد. زشت بودن ذاتی کیفر، مورد تأیید ضمنی قرآن مجید نیز هست چرا که در چندین جا در قرآن از مجازات به عنوان «سینة» یاد می‌شود. برای اطلاع بیشتر رک.

صفاری، علی، کیفرشناسی و توجیه کیفر، مجموعه علوم جنایی: گزیده مقالات آموزشی برای ارتقای دانش دست‌اندرکاران مبارزه با مواد مخدر در ایران، با همکاری کمیته معاضدت قضایی ستاد مبارزه با مواد مخدر و دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد در ایران (UNODC)، انتشارات سلسبیل، سال ۱۳۸۴، صص ۱۵۲-۸۹ (مترجم).

دو توجیهی که مکرراً برای مجازات ذکر می‌شود عبارتند از خاصیت تنبیه یا سزادهی مجازات و چیزی که ما آن را (به تبعیت از نایجل واکر^۴، اثر تقلیل‌دهندگی یا کاهش‌دهندگی مجازات [در میزان جرایم] می‌نامیم. طرفداران نظریه تنبیهی، مجازات را براساس اینکه مرتکب، سزاوار آن است توجیه می‌کنند. طرفداران نظریه کاهش‌دهندگی، مجازات را با این لحاظ که به کاهش واقعه جرم کمک می‌نماید توجیه می‌کنند. نظریات متعدد دیگری نیز وجود دارد که برخی از آنها عناصر موجود در هر دو نظریه تنبیهی و تقلیل‌دهندگی را با هم ترکیب می‌کنند. در بحث ذیل، ما از تفکیک انجام شده توسط هارت^۵ (۱۹۶۸) استفاده می‌کنیم، یعنی تفکیک بین توجیهات عام (یا اهداف موجهه عام) که برای توجیه داشتن یک نظام کیفری پیشنهاد شده، و تفکیک بین «اهداف یا اصول توزیع تخصیص کیفر»، که باید مشخص‌کننده میزان و شدت مجازات برای هر مرتکب باشد.

کاهش‌گرایی یا تقلیل‌گرایی در کیفر

کاهش‌گرایی، یک نظریه آینده‌نگر یا پیامدگرا است؛ این نظریه در پی توجیه کردن مجازات به خاطر عواقب و پیامدهای ادعایی آن در آینده است. بنابراین ادعا می‌شود که اگر مجازات بر مرتکب تحمیل یا اعمال شود، واقعه جرم کمتر از میزانی خواهد بود که اگر هیچ مجازاتی تحمیل نمی‌شد. استدلال طرفداران نظریه کاهش‌گرایی می‌تواند به وسیله آن طرز از

4 . Nigel Walker.

5 . Hart.

استدلال اخلاقی که مشهور به منفعت‌گرایی است نیز تقویت شود. این همان نظریه کلی اخلاقی است که برای اولین بار توسط بنتام (یک شخصیت قابل توجه در تاریخ تحولات تفکرات جزایی و تاریخ) به صورت سازمان‌یافته‌ای تشریح و بیان شد که می‌گوید اعمال اخلاقی، آنهایی هستند که بالاترین خوشبختی را برای بیشترین تعداد از مردم بوجود آورند. اگر واقعاً مجازات، وقوع آتی جرم را کاهش دهد، پس رنج و ناخوشایندی وارده بر یک مرتکب، به وسیله جلوگیری از ناخوشایندی سایر مردم در آینده تخفیف می‌یابد، از این رو مجازات را از نظر اخلاقی در دیدگاه منفعت‌گرایی، صحیح و حق می‌نمایاند. اما برای تقلیل گرا بودن لزومی به منفعت‌گرا بودن نیست. در واقع در پایان این فصل ما مدعی یک نظریه جایگزین (مبتنی بر حقوق بشر) خواهیم شد که اگرچه منفعت‌گرا نیست، ولی با این وجود آثار محتمل تقلیل‌دهندگی مجازات را مورد عنایت قرار می‌دهد.

چگونه می‌توان ادعا کرد که مجازات باعث کاهش جرم می‌شود؟ در پاسخ می‌توان گفت که تعدادی روشها یا شیوه‌ها برای کاهش جرم وجود دارد که ما آنها را به ترتیب مورد بحث قرار می‌دهیم.

ارعاب

ارعاب یا بازدارندگی ماهیتاً یک باور ساده است، مبتنی بر اینکه مردم در صورت ارتکاب جرم به خاطر ترس یا حالت سرزنش‌آمیز کیفر یعنی مجازاتی که آنها تحمل می‌کنند دیگر مرتکب جرمی نشوند. به قول وزیر کشور اتحادیه پادشاهی انگلستان مایکل هوارد خطاب به حزب

محافظه کار در کنفرانس سال ۱۹۹۳، «زندان کارآیی دارد... این کیفی، بسیاری از افراد را که خیال ارتکاب جرم دارند مجبور می‌نماید تا دوباره در مورد آن بیندیشند» (اخیراً ویلیام هیگ، رهبر حزب محافظه کار، نیز نظریه ارباب را، هنگامی که نظام عدالت جنایی را به «مرعوب نمودن مجرمین با شدتی جهنمی» فراخواند، مورد تأیید قرار داد. روزنامه گاردین، ۱۹ مه سال ۲۰۰۰). دو نوع ارباب وجود دارد که مشهور به ارباب «فردی» و «عمومی» است.

بازدارندگی فردی زمانی واقع می‌شود که شخصی یا فردی مرتکب جرمی شود و به خاطر آن مجازات گردد و آن را چنان ناخوشایند یا هولناک بباید که به خاطر ترس از همان اندازه ناخوشایندی یا هولناکی یا بیشتر یا بدتر از آنها جرم مورد نظر را هرگز تکرار نکند. این نظریه موجه می‌نماید، اما متأسفانه به نظر نمی‌رسد که در عمل خیلی خوب کار کند یا کارایی داشته باشد. اگر همانطوری که در این نظریه ابراز می‌گردد، بازدارندگی فردی مجازات کارایی داشت ما باید انتظار داشته باشیم که اگر برای ارباب مردم یک مجازات سخت جدید معرفی می‌کردیم، مرتکبانی که مجازات جدید را تحمل می‌کردند بایستی احتمال تکرار جرمشان نسبتاً کمتر از مرتکبین مشابه که مجازات خفیف‌تر را تحمل می‌کردند باشد. چنین بینشی اساس معرفی نظام «شوک، تند و کوتاه»،^۶ برای مراکز نگهداری مرتکبین جوان، در اوایل دهه هشتاد به وسیله دولت محافظه کار خانم تاچر بود. همانطور که به صورت گسترده‌ای به وسیله جرم‌شناسان و سایر صاحب‌نظران پیش‌بینی شده بود، مراکز نگهداری با رژیمهای خشن‌تر،

از نظر میزان تکرار جرم افرادی که قبلاً آنجا بوده‌اند موفق‌تر از مراکزی نبودند که دارای رژیمهای تعدیل نیافته بودند.^۷ تأکید می‌شود که برخی تحقیقات موجود نشان می‌دهد - کاملاً خلاف آنچه که نظریه بازدارندگی فردی مطرح می‌کند - مرتکبینی که مجازاتهای شدیدتری را تحمل می‌کنند بیشتر (نه کمتر) احتمال تکرار جرم دارند.^۸ یک تحقیق کاملاً دقیق انجام شده روی پسرانی که در لندن بزرگ می‌شوند نتیجه‌گیری کرده است که اگر پسری مرتکب جرمی شود بهترین راه برای جلوگیری از تکرار جرم او این است که او را در دفعه نخست دستگیر نکنیم!^۹

این تحقیقات و مدارک و شواهد آن به نظر معارض با فهم عمومی می‌رسد، اما چنان یافته‌هایی آن‌قدر که در نگاه اول به نظر می‌رسند، غیرقابل درک نیستند. این تحقیقات نشان نمی‌دهند که مجازات هیچگونه اثر بازدارندگی بر مرتکبین ندارند، یا هیچ مرتکبی مرعوب نمی‌شود؛ اما آنها خاطر نشان می‌سازند که به طور کلی مجازات دارای آثار دیگری نیز هست که آثار بازدارندگی آن را خنثی و یا حتی بی‌ارزش می‌سازد. این آثار ضد بازدارندگی مجازات، به عنوان «آثار برچسب‌زنی» معروفند. نظریه برچسب‌زنی مدعی است (و به وسیله تحقیقاتی که اخیراً مذکور افتاد، تأیید می‌شود) که گرفتن و مجازات نمودن مرتکبین، آنها را به عنوان مجرم «برچسب می‌زند» و بدنام می‌کند، و اینکه چنین روندی می‌تواند به طرق مختلف مانع از آن شود تا مرتکبین بتوانند با یک زندگی قانونمند هماهنگ

7. Home Office, 1984 b.

8. West, 1982: 109; Brody, 1976: 14-16.

9. West, 104-111.

شوند. آنها ممکن است جامعه قابل احترام و فرصتهای قانونی را به روی خود بسته ببینند، در حالی که فرصتهای غیرقانونی برای آنها مهیاست (اماکن و مراکز نگهداری مجرمین، مشهور به «مدارس جرم» هستند، جایی که مرتکبین می‌توانند یکدیگر را ملاقات کنند، روشهای مجرمانه را بیاموزند و وارد یک خرده فرهنگ مجرمانه شوند)، و تصور آنها از خویشتن ممکن است از شخصی مطیع قانون به شخصی منحرف یا بزهکار تغییر یابد. مجازاتهای سخت‌تر، به ویژه می‌تواند موجب ایجاد تصور مجرمانه سخت و «مردانه» از خود در یک فرد جوان شود که در آمار جنایی غالب هستند.^{۱۰}

بنابراین به نظر می‌رسد که مفهوم بازدارندگی فردی، دارای ارزش پیش پا افتاده‌ای در جهت توجیه اقدامات کیفری ما [مقصود در انگلستان است] می‌باشد. اما یک نوع دیگر از تأثیر بازدارندگی که احتمالاً امیدبخش‌تر است نیز وجود دارد، یعنی: «بازدارندگی عمومی». این باوری است مبنی بر اینکه مرتکبین، مجازات می‌شوند نه به خاطر ارباب خودشان، بلکه برای اینکه دیگران تشویق به عدم ارتکاب جرم شوند.^{۱۱} نظریه بازدارندگی عمومی غالباً در توجیه مجازاتها و بعضاً در موارد به خصوص، مورد استفاده قرار می‌گیرد. یک مثال نسبتاً مضحک، پرونده‌ای در سال ۱۹۸۳ است که در آن دادگاه تجدیدنظر در مورد محکوم علیه اظهار داشت: «حکم محکومیتی که صادر شده به دیگر مردم نیز که ممکن است قصد نمایند در اثنای یک دعوای خانوادگی مبلمان را به آتش بکشند، نشان

Taylor et al., 1973: ch.5.

۱۰. برای بحث تفصیلی در مورد تئوری برچسب‌زنی رک.

11. Pour encourager les autres.

می‌دهد که اگر چنین کنند، احتمال دارد که آنها نیز تا مدت دو سال روانه زندان شوند».

در حال حاضر تردید کمی وجود دارد که وجود یک نظام کیفری تا اندازه‌ای تأثیر بازدارندگی عمومی داشته باشد. زمانی که در جریان جنگ جهانی دوم اشغالگران نازی تمامی نیروی پلیس دانمارک را به مدت چند ماه از کشور بیرون کرد، میزان جرایم ثبت شده از نوع سرقت و غارت (ولی نه جرایم جنسی) رشد چشمگیری داشت.^{۱۲} و اگر برای مثال مقرر شود که مجازات پارک در محل دارای دو خط زرد موازی «توقف مطلقاً ممنوع»، اعدام سریع در محل وقوع جرم باشد، به احتمال قوی کاهش قابل توجهی در میزان پارک غیرمجاز بوجود می‌آید. اما صرفنظر از چنین مورد افراطی، به نظر می‌رسد اینکه چه نوع مجازات‌هایی واقعاً بر مرتکبین اعمال می‌شود تفاوت کمی در مورد بازدارندگی عمومی بوجود می‌آورند. برای مثال در بیرمنگام در ۱۹۷۳ یک جوان کیف زن در میان تبلیغات بسیاری محکوم به حبس بی‌رحمانه بیست ساله شد، ولی چنین محکومیتی هیچ فرقی در میزان وقوع جرم کیف زنی در بیرمنگام یا مناطق دیگر بوجود نیاورد.^{۱۳} به همین دلیل و به طور مشابهی، بررسی‌های انجام شده شواهد ناچیزی ارائه کرده‌اند و بلکه هیچ دلیلی نیافته‌اند که نظام‌های قضایی با سطح بسیار سخت کیفری از کاهش نرخ جرم سودی برده باشند.^{۱۴}

این بدان معنا نیست که بازدارندگی اصلاً کارایی ندارد، بلکه منظور تأثیرات محدود آن است و اینکه بیش از حد روی آن حساب

12 . Christiansen, 1975; Beyleveld, 1980: 159.

13 . Baxter & Nuttal, 1975; Beyleveld, 1980: 157.

14 . Von Hirsch et al., 1999: ch.6.

می‌شود. دلایل متعددی برای این امر وجود دارد؛ اول اینکه، اغلب مردم در بیشتر اوقات طبق ملاحظات اخلاقی از قانون اطاعت می‌کنند تا اینکه به دنبال منافع شخصی پیش پا افتاده باشد،^{۱۵} دوم اینکه احتمال ترس مردم از عکس‌العملهای اخلاقی احتمالی نزدیکان خود نسبت به ترس از کیفر رسمی بیشتر است.^{۱۶} مجدداً تأکید می‌شود که مرتکبین به احتمال قریب به یقین نسبت به مجازات، جاهل و ناآگاه هستند یا معتقدند هیچگاه دستگیر نمی‌شوند. با توجه به برخی تحقیقات اخیر، کسانی که مرتکب سرقت مقرون به تهدید و آزار از محل‌هایی همچون بانکها می‌شوند، اصلاً روی دستگیری خود حساب نمی‌کنند، حتی زمانی که دستگیر و به زندان فرستاده شده باشند، و در نتیجه اغلب آنها در مورد مجازات احتمالی خود فکر نمی‌کنند، یعنی به کیفر احتمالی خود بهایی نمی‌دهند.^{۱۷} همین واقعیت در مورد دزدان خانه‌رو نیز مصداق دارد.^{۱۸} یا مرتکب زمانی به ارتکاب جرم دست می‌زند که اصلاً فکری در مورد آن نمی‌کند یا در حالت عصبانیت یا مستی است. دلایل خوبی وجود دارد که بازدارندگی عمومی را می‌توان بهبود بخشید، هرگاه بتوان میزان احتمال کشف و دستگیری ملحوظ نظر مرتکبین بالقوه احتمالی را افزایش داد، اما شواهد کمی وجود دارد که مجازات شدیدتر بهتر از مجازاتهای اخف، مرعوب می‌نمایند.^{۱۹}

15. Selfish instrumental reasons; Tyler, 1990; Paternoster et al., 1983.

16. Willcock & Stockes, 1968.

17. Gill, 2000.

18. Bennett & Wright, 1984, ch.6.

۱۹. بنابراین معیار و ملاک در بازدارندگی عمومی، شدت و خفت کیفر نیست بلکه بالا و پایین بودن خطر و احتمال دستگیری و کیفر شدن (حتمیت و قطعیت کیفر) است که تأثیر اربعابی دارد (مترجم).

این واقعیتها به وسیله دولت محافظه کار که بعداً روی کار آمد و قبل از اعلام آقای هوارد وزیر کشور این دولت مبنی بر اینکه «زندان کارآیی دارد»، در سال ۱۹۹۰ به رسمیت شناخته شده و اعلام گردیده بود. اعلامیه ۱۹۹۰ دولت با عنوان «جرم، عدالت و محافظت عموم»^{۲۰} چنین ابراز داشت: «بدون شک برخی مرتکبین جرم هستند که با دقت، میزان خطر و آورده‌های جرم خود را محاسبه می‌نمایند. اما اغلب جرایم در یک لحظه ارتکاب می‌یابند؛ وقتی که در نظر بگیریم از طریق وجود یک پنجره باز به یک منزل یا یک درب قفل نشده فرصتی برای سرقت ایجاد می‌گردد، و این جرم توسط مرتکبی ارتکاب می‌یابد که در لحظه زندگی می‌کند. این غیرواقعی است که تنظیم مجازاتها بر این فرض استوار گردد که اغلب مرتکبین قبل از ارتکاب، احتمالات را می‌سنجند و رفتار خود را بر یک اساس و محاسبه عقلانی بنا می‌نهند. اغلب آنها چنین نمی‌کنند».

همه اینها نشان می‌دهند در حالی که بازدارندگی عمومی ممکن است به خوبی اساس یک توجیه کلی برای داشتن یک نظام کیفری قابل دفاع باشد، اما مشکل‌تر است ادعا شود که میزان کیفر اعمال شده توسط نظام ما یعنی انگلستان و ولز، با ملاحظات بازدارندگی، قابل دفاع و توجیه است. از لحاظ آثار بازدارندگی این نظام، تقریباً قطعی به نظر می‌رسد که نظام کیفری انگلیسی دچار یک «شدت یا افراط غیرقابل توجیه و گسترده»^{۲۱} است. انگلستان به نسبت جمعیتش، زندانی بیشتری در مقایسه با اغلب کشورهای اروپای غربی دارد. به عنوان مثال، انگلستان را با فنلاند

20 . Home Office, 1990a: para.2.8.

21 . Overkill.

مقایسه نمایید که در سال ۱۹۹۹ از هر یکصد هزار نفر، پنجاه و پنج نفر زندانی وجود داشت. این در حالی بود که در انگلستان و ولز یکصد و بیست و پنج نفر [در ازای هر یکصد هزار نفر] زندانی وجود داشت. برخلاف انگلستان، فنلاند در سالهای اخیر یک سیاست آگاهانه برای کاهش جمعیت زندانی خود داشته است،^{۲۲} بدون اینکه این سیاست تأثیر قابل توجهی روی نرخ جرایم آن داشته باشد که به اندازه سایر کشورهای اروپایی بوده است. همین طور کاهش اخیر جمعیت زندان در آلمان غربی منجر به افزایش جرایم عمده نشده یا خیابانها را ناامن تر نکرده است.^{۲۳}

یک نظریه پرداز منفعت گرا و معتقد به بازدارندگی کیفر مجبور است از این مطالب نتیجه بگیرد که نظام کیفری انگلیسی یک نظام غیراخلاقی است. خود ژرمی بنتام (۱۷۹۰:۱۹۷۰) قاعده «میانروی یا امساک، یا اصل حداقل هزینه کیفر» را مطرح کرد که مقرر می‌دارد مجازاتها نباید شدیدتر از حد مورد نیاز برای بوجود آوردن یک میزان بازدارندگی منفعت گرا باشد. «شدت بیش از حد» باعث رنج غیرضروری برای مرتکب می‌شود، و تمامی رنجها بد است مگر اینکه از یک رنج بزرگتر جلوگیری کند یا خوشبختی بیشتری را بوجود آورد. بنابراین بازدارندگی ممکن است داشتن یک نظام جزایی را برای یک منفعت گرا توجیه کند، ولی آن را که ما واقعاً داریم توجیه نمی‌نماید. ما بعداً استدلال خواهیم کرد که مطلب مشابهی در مورد رویکرد مورد نظر یا ترجیحی ما نیز صادق است که مبتنی بر حقوق بشر است.

22. Tornudd, 1993.

23. Feest, 1988; Flynn, 1995.

بازسازی یا اصلاح مرتکب

بازسازی یا اصلاح،^{۲۴} تفکری است مبتنی بر اینکه مجازات می‌تواند وقوع جرم را کاهش دهد، اگر به شکلی باشد که رفتار یا شخصیت فردی مرتکبین را بهبود بخشد و احتمال اینکه او در آینده مجدداً مرتکب جرم شود را کمتر کند. بازسازی به عنوان هدف اصلی نظام کیفری، یک اندیشه یا تفکر پرتطرفدار در دهه‌های ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ بود، زمانی که هدف اصلاح‌گرایانه بر اندیشه‌های کیفرشناختی حکمفرما بود. بسیاری از طرفداران بازسازی (از نوعی که معروف به مکتب اثباتی است، برای اطلاع بیشتر به انتهای بحث مراجعه شود)، از یک جنبه خصوصاً قوی این تفکر طرفداری و حمایت کردند که «شیوه یا مدل درمان» نامیده می‌شود. این روش، رفتار مجرمانه را نه به عنوان یک عمل آزادانه و قاصدانه، بلکه (مجازاً یا در معنای لفظی) به عنوان یک نشانه از نوعی مرض دماغی دیده که ناپیستی مجازات شود، بلکه باید مانند یک بیماری «درمان شود».

برای برخی از طرفداران اصلاح، خوش‌بینی مربوط به اصلاح مرتکبین جرم، شامل مجازات حبس نیز شده، با این وصف که زندانی

24 . Reform/Rehabilitation.

در نظر مؤلفین، این دو اصطلاح به یک معنی و به جای یکدیگر به کار گرفته‌اند، ولی به گفته ایشان هستند افرادی که آنها را در معانی مختلف به کار می‌برند. به عنوان مثال رک.

Bean, 1981: 46.

مشاهدات مترجم نیز حاکی از آن است که در متون جرم‌شناختی و کیفرشناختی، اغلب دو کلمه مزبور مشابه فرض می‌شوند، اما در فضاهای دیگر دارای معانی مختلفی هستند، مثلاً «Reform» به معنی نوسازی یا اصلاحات در برابر انقلاب و تغییر بنیادین نیز به کار می‌رود و کلمه «Rehabilitation» نیز در متون حقوقی و قوانین کیفری به معنی «اعاده حیثیت» و در زمینه پزشکی به معنی «بهبودی کامل» و «بازتوانی» و بازگشت به حالت اولیه نیز به کار می‌رود. برای آگاهی بیشتر به فرهنگ Black's Law و نیز فرهنگهای لغت انگلیسی به انگلیسی و حتی فارسی (مثل فرهنگ آریان‌پور) مراجعه نمایید (مترجم).

کردن، یک کیفر سزادهنده یا ارعابی نباشد، بلکه فرصتی برای فراهم نمودن درمان مرتکب و آموزش مؤثر و اصلاح وی باشد. معهذا برای اغلب طرفداران اصلاح، فهم سنتی مدتها چنین بوده که در بازسازی مرتکبین، «زندان کارآیی ندارد» و به همین دلیل نمی‌تواند با این ملاحظه توجیه گردد. آمارهای نشان‌دهنده نرخ بالای تکرار جرم پس از آزادی از زندان غالباً برای اثبات این امر مورد نقل قرار می‌گیرند، به عنوان مثال طی تحقیق وزارت کشور در مورد زندانیان آزاد شده در سال ۱۹۹۴ مشخص گردید که پنجاه و شش درصد از مرتکبین آزاد شده از زندان در این سال (و هفتاد و پنج درصد از جوانان ذکور آزاد شده از زندان) در طول دو سال دوباره محکوم شدند. پس از هفت سال، هفتاد و سه درصد از زندانیان آزاد شده مجدداً محکوم شدند.^{۲۵} آمارهایی از این دست منجر شد به اینکه دولت در بیانیه رسمی خود قبل از تصویب قانون عدالت جنایی ۱۹۹۱^{۲۶} بیان دارد که مجازات حبس «می‌تواند روش پرهزینه‌ای برای بدتر کردن افراد بد باشد».

اگرچه تفکر بازسازی زمانی بر گفتمانهای کیفری حاکم بود، ولی در اوایل دهه ۱۹۷۰ بی‌اعتبار شد، بخشی به خاطر نتایج تحقیقاتی که نشان داد اقدامات کیفری در نظر گرفته شده برای بازسازی مرتکبین، مؤثرتر از اقدامات تنبیهی، در پیشگیری از تکرار جرم نبوده‌اند. تفکر پذیرفته شده درباره بازسازی چنین می‌نمایند که «تحقیقات نشان می‌دهد هیچ چیز کارایی ندارد»، و اینکه «فرقی نمی‌کند که با مرتکبین چگونه رفتار یا برخورد شود»، اگرچه این تفکر همیشه یک اغراق و زیاده‌گویی بوده

25 . Kershaw, 1999.

26 . Home Office, 1990a: para.2.7.

است. این درست است که بررسی‌های وسیع از تحقیقات انجام شده در ایالات متحده^{۲۷} و بریتانیا^{۲۸} نشان داد که چنان تفکری به طور کلی صادق است، یعنی اقدامات متفاوت جزایی نتایج غیرجاذب مشابهی در رابطه با تکرار جرم داشته‌اند. به طور مشابهی، تحقیقات اخیر^{۲۹} دریافته‌اند که، هرگاه شخصیت‌های متفاوت مرتکبین جرم که محکوم به زندان و انواع مختلف کیفرهای اجتماعی شده‌اند مدنظر قرار می‌گیرند، به نظر نمی‌رسد که نوع کیفری که آنها دریافت کرده‌اند تفاوت قابل لمسی را ایجاد کند که آیا مجدداً مرتکب جرم می‌شوند یا خیر. در عین حال، مطالعات انجام شده از دهه ۱۹۷۰ به بعد - از جمله آنهایی که غالباً به عنوان مدارک اثباتی اعتقاد به نظریه «هیچ چیز کارآیی ندارد» نقل می‌شوند - نمونه‌هایی از برنامه‌های بازسازی را یافته‌اند که به نظر می‌رسد تا اندازه‌ای در مورد گروه‌های معینی از مرتکبین کارایی داشته است.^{۳۰} این نتیجه‌گیری (Robert Martinson آمریکایی) یعنی اینکه «هیچ چیز کارآیی ندارد» به طور گسترده‌ای مورد قبول واقع شد، نه به این دلیل که صحت آن به اثبات رسیده بود، بلکه به این خاطر که پیغامی متناسب با زمان داشت و نیز یأس‌های حاصل از انتظارات بیش‌از حد از بازسازی و اصلاح مرتکبین بود که منجر به عکس‌العمل‌های شدید علیه تفکر اصلاح‌گرا شد.

در چند سال گذشته نوعی تجدید حیات از رویکرد «اصلاح» وجود داشته است. دیدگاه جدید - گاهی همراه با رویکرد مبنی بر «راهبرد

27 . Lipton et. al., 1975.

28 . Brody, 1976.

29 . For example Kershaw, 1999.

30 . Palmer, 1975.

B»^{۳۱} در نظام عدالت جنایی- این بوده که «برخی اقدامات کارآیی دارد»، و اینکه تجربه سازمان یافته، تحقیق و تحت نظارت کامل داشتن سیاستها و اقدامات اتخاذی می تواند شیوه های مؤثری را برای برخورد با مرتکبین ایجاد کند. نوعی ادبیات رو به رشد^{۳۲} نشان می دهد که موفقیت برنامه ها و شیوه های خاص در کاهش تکرار جرایم مؤثر بوده اند. دولت کارگری فعلی (و به ویژه وزیر کشور جک استرا) بر علاقه ویژه اش به ادله ای که نشان می دهند «چه چیزی کارآیی دارد» تأکید کرده و به کارگیری نتایج به دست آمده در عمل را نیز مورد تأکید قرار داده است؛ یعنی سیاستی «مبتنی بر دلیل» در جهت کوشش برای افزایش تأثیرگذاری نظام عدالت جنایی.

ادعایی که در حال حاضر برای مؤثر بودن اقدامات اصلاحی می شود، معمولاً تعدیل یافته تر از مواردی است که در اثنای دوره حاکمیت اقدامات اصلاحی مطرح می شد. امروزه عده کمی معتقد به گونه های «درمانی» یا «طبی» هستند یا کمتر ادعا می کنند که علم می تواند یک درمان واقعی برای همه مجرمیتها فراهم آورد. بازسازی در حال حاضر به عنوان «درمان»، دارویی دیده نمی شود که تصور می شود مستقل از خواست مرتکب عمل می کند، بلکه بیشتر به عنوان اقداماتی است که

۳۱. راهبرد (B) اشاره دارد به نظر مؤلفین در مقدمه چاپ ۲۰۰۲ مبنی بر اینکه یک تقسیم بندی سه گانه ای از سیاستهای حاکم بر نظام عدالت جنایی انگلستان و ولز قابل ارائه است. راهبرد (A) اشاره به اقدامات صدرصد کیفری و سختگیرانه در جهت اجرای سیاست «قانون و نظم» دولت انگلیس دارد. راهبرد B به یک استراتژی مدیریتی یا اداری اشاره دارد که با اتخاذ یک سری اقدامات اداری و اجرایی سعی در ترمیم و بازسازی عملکرد نظام عدالت کیفری و نیز صرفه جویی تا حد ممکن می شود. استراتژی نوع (C) نیز سعی در حفظ و حراست حقوق بشر نسبت به مرتکب، بزه دیدگان و بزه دیدگان احتمالی دارد. برای آگاهی بیشتر رک.

Cavadino & Dignan, ibid, pp. 5-6.

32. For example see: Gendreau & Ross, 1987; McGuire, 1995.

مرتکب را یاری می‌کند به جای اینکه او را مجبور نماید، تا رفتار خود را بهبود بخشد؛ یا به قول نوروال موریس «تغییر تسهیل شده»، تا «شفای اجباری». بسیاری از برنامه‌های معمول در حال حاضر قصد دارند تا رفتارهای آگاهانه و مهارتهای استدلال‌پذیری مرتکبین را با رو در رو قرارداد آنها با عوارض رفتار مجرمانه و اجتماع‌ناپذیری آن بهبود بخشند، با این امید که آنها تصمیم خواهند گرفت تا دیدگاه خود را نسبت به نقض قانون تغییر دهند.^{۳۳} این رویکرد مبنی بر رفتار آگاهانه و انتخابی، اراده آزاد مرتکبین را نادیده نمی‌گیرد، بلکه به آن متوسل می‌شود. نتیجه این تفکر این است که اصلاح و بازسازی هیچ گاه قابل تضمین نیست (همانطور که تحقیقات به درستی و به خوبی تأیید می‌کنند). اما این بازسازی هنوز ارزش سعی کردن را دارد، حتی اگر ما در مورد برخی از مشوق‌ترین ادعاهای اخیر مبنی بر مؤثر بودن اصلاح مجدد باقی بمانیم. شواهد عینی ممکن است اهداف اصلاح‌گرایانه را به عنوان یک توجیه عام و پسندیده برای نظام جزایی از بین برده باشد، اما بازسازی یک هدف تقلیل‌دهنده و کاهنده جرم باقی خواهد ماند که شاید کاملاً درست باشد که در یک نظام جزایی تعقیب شود.

ناتوان‌سازی (توانگیری)^{۳۴}

برابر نظر وزیر کشور حزب محافظه‌کار آقای مایکل هوارد در سال ۱۹۹۳، کیفر حبس نه تنها به خاطر ارباب کارآیی دارد، بلکه «این

33 . For example, Ross et al., 1988.

۳۴. «Incapacitation». برخی از اصطلاح خنثی‌سازی (Neutralisation) نیز در این معنا استفاده می‌کنند که هر چند ممکن است از آن معنی دیگر مثل اخته کردن مرتکب جرم تجاوز جنسی به ذهن متبادر شود، کاربرد آن در معنای عام توانگیری مرسوم و بلامانع است (مترجم).

کیفر تضمین می‌نماید که ما در برابر قاتلان، دزدان و متجاوزان جنسی محافظت شویم، که آشکارا نوعی اشاره به شیوه کاهندگی مشهور به توانگیری یا قانون سازی می‌باشد».

ناتوان سازی به زبان ساده یعنی از تکرار جرم توسط مرتکب، چه موقتاً چه دائماً، به وسیله مجازاتی که تحمیل می‌شود جلوگیری (که معمولاً به صورت فیزیکی است) به عمل آید. عمل قطع ید دزدان در برخی جوامع چنین ناتوان سازی (در میان سایر آثار) را دارد. همین طور یکی از معدود استدلال‌ات دفاع از مجازات اعدام این است که مرتکبین معدوم هرگز مرتکب جرم مجدد بعد از مجازات نخواهند شد. مجازات‌های خفیف‌تر نیز می‌توانند برخی آثار ناتوان سازی را داشته باشند. سلب صلاحیت رانندگی حتماً در پیشگیری از تکرار جرایم رانندگی یا موتسوری توسط مرتکبین مربوطه تأثیر دارد. ممکن است مراکز نگهداری برای دور نگه داشتن اوباشان از مسابقات فوتبال استفاده شود. و حبس تضمین می‌کند که مرتکب حداقل از فرصت ارتکاب برخی جرایم در طول دوره حبس محروم شود. نه همه جرایم، بلکه بسیاری از سرقتها و تعرضات جسمی (نسبت به کارکنان زندان و سایر زندانیان) در زندان رخ می‌دهد، همانطور که جرایم مواد مخدر اتفاق می‌افتند، در حالی که خبرهایی همچون «قاچاقچیان امپراتوری بیست و سه میلیون پوندی را از داخل زندان اداره می‌کنند»، برخی فرصت‌های دیگر برای ارتکاب جرم را نشان می‌دهد که برای جنایتکاران زندانی فراهم است.^{۳۵} اما درست است که ارتکاب جرایمی همانند سرقت خانگی و خودرو، زمانی که فرد زندانی باشد بسیار مشکل‌تر می‌گردد.

حبس ابد کیفری است که به ویژه در بسیاری موارد به منظور ناتوان‌سازی به کار گرفته می‌شود. مجازات «حبس ابد» به طور دقیق‌تر می‌تواند به عنوان مجازاتی که بالقوه به اندازه عمر است توصیف گردد، چرا که اغلب زندانیان ابد نهایتاً آزاد می‌شوند؛ اما کیفر حبس ابد به این معنی است که محکومین به آن تا زمانی که اعتقاد بر خطر غیرقابل قبولی برای تکرار جرم شدید و خطرناک از سوی آنها وجود داشته باشد آزاد نخواهند شد. بنابراین مجازاتهای حبس ابد قابل تحمیل هستند و محکومین به آن در زندان نگهداری می‌شوند، حتی اگر چنین کیفری از حالتی که کیفر متناسب با شدت جرم است، بیشتر باشد.

مطمئناً ادعای قابل قبولی است که ناتوان‌سازی می‌تواند توجیهی (یا توجیه جزئی) برای برخی از مجازات‌ها مثل سلب صلاحیت رانندگی و قرارها یا احکام اعزام مرتکبین به مراکز نگهداری پاره‌وقت باشد. در مورد اینکه آیا ناتوان‌سازی می‌تواند مجازات حبس را توجیه نماید و تا چه اندازه، یک مسأله کلیدی، سؤال از وقایع خارجی است یعنی کیفر حبس با ارباب محکومین تا چه میزان در کاهش جرم مؤثر است. اگرچه در این مورد تنها تخمین‌های کلی امکان‌پذیر است، بهترین محاسبه نشان می‌دهد که آثار اربابی کیفر حبس متوسط هستند. این امر عمدتاً به این دلیل است که طول دوره اغلب «شخصیتهای مجرمانه» کوتاه است و به همین دلیل در زمانی که مرتکبین زندانی می‌شوند ممکن است خود آنها در حال ترک ارتکاب جرم یا کاهش میزان آن بوده باشند و بنابراین نمی‌توان چنین کاهشی را به حساب آثار توانگیری حبس نهاد. قابل قبول‌ترین تخمین توسط راجر

تارلینگ^{۳۶} - رئیس سابق واحد برنامه‌ریزی و تحقیقات وزارت کشور انگلیس - است: «یک تفاوت بیست و پنج درصدی در احکام زندان لازم است تا یک درصد کاهش در سطح جرم ایجاد شود». از سوی دیگر، بدون اینکه یک موج وسیع ارتکاب جرم ایجاد شود، جمعیت زندان به طور قابل توجهی می‌تواند کاهش یابد: اگر تعداد زندانیان چهل درصد کاهش می‌یافت، می‌توانستیم انتظار داشته باشیم که چنین کاهش تنها منتهی به یک افزایش یک و شش دهم درصدی در محکومیت‌های کیفری گردد.^{۳۷}

همچنین دلایل زیادی وجود ندارد که مجازات‌های توانگیر می‌توانند موفقیت چشمگیری در مورد گروه‌های انتخابی از بین مکررین جرم که احتمال تکرار جرم آنها به ویژه زیاد است، داشته باشند.^{۳۸} نه اینکه می‌توان به درستی پیش‌بینی نمود کدام مرتکبین احتمال ارتکاب جرایم به ویژه خطرناک را به صورت تکرار جرم دارند:^{۳۹} توان پیش‌بینی ما برای چنین کاری کافی نیست، آیا ما حدس‌های قابل قبول و جذاب می‌زنیم، یا آزمایش‌های روانشناختی انجام می‌دهیم یا از روش‌های آماری برای پیش‌بینی و غیره استفاده می‌کنیم. اگر سعی کنیم تا افرادی را با استفاده از این طرق انتخاب کرده و براساس پیش‌بینی‌های خود به آنها کیفری اضافی بدهیم، آنگاه تعداد زیادی از کسانی را زندانی خواهیم کرد که در واقع مرتکب تکرار جرم نخواهند بود، و این تعداد معمولاً دو برابر کسانی است که واقعاً دوباره مرتکب جرم می‌شوند. حتی اگر ممکن بود که مکررین بالقوه یا

36 . Roger Tarling (1993: 154).

37 . Brody & Tarling (1980).

38 . Tarling, 1993: 154-160; Hagell and Newburn, 1994.

39 . Levi, 1997.

کسانی که احتمال ارتکاب جرایم سنگین را دارند با چنین روشهایی مورد هدف قرار دهیم، باز با یک ایراد اخلاقی روبرو می‌شدیم که ما افراد را نه به خاطر آنچه مرتکب شده‌اند بلکه برای آنچه احتمال دارد در آینده انجام دهند کیفر می‌کنیم. یعنی کیفر برای جرایم خیالی در آینده تا یک جرم واقعی در گذشته. که البته چنین چیزی ممکن است از لحاظ اصولی برای یک فایده‌گرا غلط یا ناحق نباشد، اما برای قوانین مبتنی بر اخلاق از جمله سزاگرایی و نظریه حقوق بشر یک خدشه و ایراد جدی است.

پس، به نظر نمی‌رسد که توانگیری بتواند یک توجیه عام برای عملکرد فعلی ما در مورد کیفر حبس فراهم آورد، چه رسد به افزایش میزان کاربرد آن، یا معرفی اقدامات توانگیرانه جدید. با این حال، مسیر جاری در انگلستان و امریکا برای دولت‌ها این است که کیفرهای جدیدی با اهداف روشن توانگیرانه وضع کنند. اکثر حوزه‌های قضایی امریکا در حال حاضر قانون موسوم به «سه ضربه و تو اخراجی» را دارند، که در اجرای آن مکررین جرم برای محکومیت سوم خود به طور خودکار حبس ابد می‌شوند. به موجب این قوانین، افراد برای جرایمی همچون سرقت یک برش پیتزا - که جرم سوم جری ویلیامز بد اقبال در کالیفرنیا در ۱۹۹۵ بود -^{۱۰} به مدت عمرشان به زندان می‌روند. در انگلستان، مقررات وضع شده در قانون عدالت جنایی ۱۹۹۱ (ماده ۱-۲-۲ ب و ۲-۲-۲ ب) اجازه می‌دهد تا کیفرهای اضافی حبس در مورد مرتکبین خشن و مرتکبین جرایم جنسی تعیین شود، البته به شرطی که دادگاه تشخیص دهد که چنین افزایشی برای «حفظ جامعه در برابر خطر و ضرر شدید» لازم است. قانون جرم

40 . The Guardian, 13 October 2 1995.

(کیفرهای) ۱۹۹۷، قاعده «سه ضربه و تو اخراجی» را به همراه کیفرهای حبس نیمه اجباری برای دزدان خانه رو که بالغ هستند و برای معامله گران مواد مخدر برای بار سوم، و حبس ابد نیمه اجباری برای مرتکبین خشن جرایم شدید که برای بار دوم مرتکب جرم می شوند وارد قوانین کشور انگلیس نمود.

سزادهی یا سزاگرایی^{۴۱}

اصل سزادهی - که متخلفین مجازات می شوند به خاطر اینکه سزاوار و شایسته آنند - به بیانی نظریه مخالف تقلیل دهنده گی یا کاهندگی است. در حالی که نظریه کاهندگی نظر به آینده و پیامدهای مجازات دارد، نظریه سزادهی نگاهی واپس گرا به جرم و اثر کیفر دارد. مسأله با اهمیت برای طرفداران نظریه سزادهی این واقعیت است که مرتکب، عملی اشتباه انجام داده است که سزاوار مجازات می باشد، نه آثار آینده مجازات. طرفداران سزادهی ادعا می کنند اخلاقاً از جهاتی درست است که بدی را با بدی پاسخ داد، و اینکه دو خطا یا بد می توانند به طریقی یک چیز خوب یا درست بوجود آورند.

نظریه سزادهی گاهی اوقات با نظریه کاهندگی ترکیب شده و یک نظریه بینابین را بوجود می آورد. در نتیجه، چنین نظریات بینابینی غالباً اشعار می دارند که مجازات فقط زمانی توجیه می شود که هم سزاوار باشد و هم امکان داشتن آثار ارعابی (بازدارندگی) را دارا باشد.^{۴۲}

41 . Retributivism.

Von Hirsch, 1976: chs 5 & 6.

۴۲. برای مثال نک.

اگر قرار است مردم مجازات شوند به خاطر اینکه شایسته آنند، طبیعی است که بگوییم آنها باید با چنان شدتی مجازات شوند که شایسته آن هستند - یعنی آنها بایستی آنچه را که مطلقاً یا حقاً شایسته آنند (یعنی عدالت مطلق و دقیقاً چیزی معادل جرم خود را) دریافت کنند. طرفداران نظریه سزادهی براین اساس از چیزی که تعرفه یا درجه بندی کیفر نامیده می شود حمایت می کنند: یعنی یکسری از مجازاتها با شدت متفاوت در برابر جرایمی با درجه خطرناکی مختلف قرار گیرند. مجازات بایستی با جرم از نظر تناسب آن با میزان تقصیر اخلاقی نشان داده شده توسط مرتکب در ارتکاب آن جرم، تطابق داشته باشد. قاعده مذهبی باستانی قصاص (یک چشم در برابر یک چشم و نفس در برابر نفس نمونه ای بارز از چنان تعرفه ای است اما فقط یک مصداق است. بنابراین یک تعرفه متضمن مجازاتهای سزادهنده می تواند بسیار خفیف تر از این تعرفه باشد تا زمانی که رابطه تناسب بین جرایم و مجازاتها حفظ شود یا از دست نرود.^{۴۳}

یک نکته را بایستی روشن کرد، زیرا یک اشتباه عمومی است - قطعاً در بین دانشجویان خود ما - که تصور شود سزاگراها همان طرفداران سخت ترین مجازاتها هستند و سزاگرایی را مساوی و معادل رویکرد مبتنی بر کیفرهای بسیار سخت یا راهبرد (A) در مورد نظام عدالت جنایی قرار داد. در واقع غالباً سزاگراها (به عنوان مثال پیروان «مدل عدالت» در کیفر که بعداً بحث می شود) طرفدار کیفرهای نسبتاً خفیف هستند (اما کیفری

۴۳. شاید منظور نویسنده، سزادهی حداقلی یا منفی باشد که در برابر سزادهی حداکثری یا مثبت قرار می گیرد. در سزادهی حداقلی اولاً مجازات کردن جایز است نه لازم، ثانیاً می تواند به کمترین حدی که افاده مماثلت بکند اعمال شود، اما در سزادهی حداکثری برعکس است (مترجم).

که نهایتاً با ملاک شایستگی و تناسب توجه می‌شود). از طرف دیگر برخی طرفداران معروف راهبرد (A) - مانند مایکل هوارد - سعی کرده‌اند تا سیاستهای کیفری شدید مورد نظر خود را با توسل به تأثیر خیالی آن سیاستها در نظر خودشان بر کنترل جرم از طریق ابزارهای کاهندگی همچون ارباب و توانگیری توجه نمایند. چنین اشتباهی قابل درک است و ممکن است درجه‌ای از واقعیت روانشناسانه در پشت آن وجود داشته باشد. شاید بسیاری از طرفداران راهبرد (A) در آغاز انگیزه تنفر از مجرمین و آرزوی اینکه آنها «آنچه را شایسته هستند دریافت نمایند» را داشته‌اند، نه اینکه به دنبال برداشتن گامهای عقلانی برای کاهش جرم بوده‌اند، صرفنظر از اینکه انگیزه‌های اعلامی آنها چه بوده است. اما سزاگرایی طبیعتاً شدیدتر از سایر فلسفه‌های کیفر نیست، و در واقع دارای برخی ویژگیهای جذاب نسبت به فلسفه‌های مبتنی بر تمایل و گرایش انسانی به جرم می‌باشد.

یکی از این ویژگیهای جذاب، هماهنگی سزاگرایی با چیزی است که عموماً اذعان می‌شود یکی از اصول زیربنایی عدالت است یعنی: با موارد مشابه بایستی به طور یکسان برخورد شود (کلمه «مشابه» برای طرفداران سزادهی به معنای یکسان بودن در بعد بدیهی و تبادری «سزاواری مشابه» می‌باشد).

یکی دیگر از جوانب جالب توجه نظریه سزادهی این است که یک ارتباط طبیعی بین رویکرد سزادهی و این تفکر که مرتکبین دارای حقوقی هستند، وجود دارد. طرفداران نظریه کاهندگی (حداقل در شکل منفعت‌گرایی آن) همیشه این را مشکل یافته‌اند که مفهوم حقوق مرتکب را در اندیشه خود بگنجانند، حتی زمانی که این مفهوم باید دربرگیرنده حق

فرد کاملاً بی‌گناهی باشد که نبایستی مجازات شود (به همین دلیل اگر ما بتوانیم با مهار یک فرد بی‌گناه به نتایج کاهندگی مورد نظر برسیم و اگر این آثار، همه آن چیزی است که برای توجیه مجازات، مورد نیاز است چه اشکالی در مجازات یک فرد بی‌گناه وجود دارد؟). نظریه سزادهی چنین مشکلی را ندارد، چرا که به طور خودکار از اصل سزادهی نتیجه گرفته می‌شود که مجازات غیرمرتکب، بایستی ناحق یا نادرست باشد. ما نمی‌توانیم مجرمین را بیشتر از حدی که احساس شود سزاوار جرمشان هست مجازات کنیم (مثلاً به امید بازسازی آنها یا ارباب دیگران). مطابق اصل سزادهی، پس از اینکه مرتکب دین خود را به اجتماع پرداخت، حق دارد آزاد باشد. به عنوان مثال، در نظام مبتنی بر سزاگرایی، حبس ابد برای سرقت یک پیتزا به عنوان یک کیفر نامتناسب کنار گذاشته می‌شود. بنابراین نظریه سزادهی با درک عمومی ما مطابقت دارد که اصرار می‌ورزد آیا شخصی که مجازات می‌شود واقعاً رفتار بد یا خیلی بد یا خوبی در گذشته داشته است. احتمالاً به همین دلیل، نظریه سزادهی یک تفکر بسیار مقاوم یا عودکننده است، یعنی پس از شکست یا انتقاد، دوباره جای اول خود را می‌یابد. اگرچه برای سالیان زیادی نظریه سزادهی (حداقل در دوائر علمی)، خارج از رده و حتی ابتدایی یا ارتجاعی و سطحی در نظر گرفته می‌شد، اما در سالهای اخیر از یک احیای اساسی برخوردار شده است، خصوصاً در شکل نظریات «مدل عدالت» و «ایدئولوژی قانون و نظم» که در فصل بعدی کتاب بحث می‌شود.

اما نظریه سزادهی، عاری از مشکلات فلسفی خاص خود نیست؛ اولاً یک اشکال این است که اصولاً چگونه برای اصل سزادهی یک

زیربنای اخلاقی در نظر گرفته شود. این تئوری ممکن است منطبق با برخی از واکنشهای اخلاقی، غریزی یا ذاتی ما باشد، که به نظر می‌رسد به ما بگوید که متخلفین باید وادار به تحمل کردن رنج شوند. اما شاید این واکنشها صرفاً احساسات دفاعی نامعقول یا غیرمنطقی باشند (چیزی نزدیک به کینه‌توزی و انتقام، نه سزای عمل بد) که ما باید اخلاقاً آن را به کنترل خود درآوریم تا آنکه در آن غرق شویم. یک ایراد مرتبط با ایراد قبل این است که ارتباط اصل سزادهی با هرگونه تصور عام و کلی از اینکه چه چیز درست است و چه چیز غلط، به روشنی مشخص نیست. لاقبل نظریه کاهش‌گرایی مبتنی بر بینش منفعت‌گرایی این مزیت را دارد که صحیح یا غلط بودن کیفر مؤثر بر کاهش جرم، از خود نظریه کلی اخلاقی و سیاسی منفعت‌گرایی قابل استخراج است.

برخی از صاحب‌نظران^{۴۴} سعی نموده‌اند از طریق رجوع به بحث قرارداد اجتماعی، که فایده یا جنبه کلی و عامی از تعهدات سیاسی را مدنظر قرار می‌دهد با این ایرادات به مقابله بپردازند. این نظریه عبارت است از اینکه کلیه شهروندان مقید به نوعی قرارداد چندجانبه هستند که وظایف و حقوق دوطرفه ما را بیان می‌کنند. شرایط این قرارداد شامل قوانین سرزمینی یعنی قانون محل وقوع قرارداد می‌شود که به طور منصفانه و مساوی بر همه ما حاکم است. قانون شکن، این موازنه برابری را برهم زده است و سودی غیرعادلانه از آن دسته از ما که رفتار خوبی داشته و تابع قانون بوده‌ایم، به دست آورده است. مجازات تلافی‌جویانه به وسیله یک ضرر متناسب، این تعادل را با از بین بردن چنین سودجویی به جامعه برمی‌گرداند. این عمل

تضمین می‌نماید که خلافکاران سودی از خلافکاریشان نمی‌برند، و این قابل توجیه است، چرا که اگر ما در مجازات خلافکاران کوتاهی نماییم در حق پیروان قانون، بی‌انصافی خواهد بود.

این تعبیر جدید از تلافی‌جویی، در یک زمان بسیار تأثیرگذار بوده هرچند همیشه مورد قبول عام قرار نگرفت و حتی نهایتاً در نظر برخی از طرفداران اولیه و قبلی خود نیز بی‌اعتبار شد.^{۴۵} اما اگرچه ما فرض کنیم این نظریه، در سطح فلسفی مجرد صحیح است، بسیار مشکوک به نظر می‌رسد که بیان کنیم این تئوری قادر است نحوه اجرای فعلی مجازاتها توسط ما یا چیزی مثل آن را توجیه کند. مشکل اساسی این است که این نظریه فقط زمانی معتبر و صادق است که جامعه ما یک جامعه عادلانه باشد، که در آن همه شهروندان واقعاً مساوی‌اند؛ در غیر این صورت هیچ موازنه و برابری وجود ندارد تا مجازات بخواهد آن را در صورت به هم خوردن اعاده یا ترمیم کند. اگر - به گونه‌ای که ظاهراً به نظر می‌رسد - مرتکبین تعقیب شده عموماً از قشر محروم باشند (که به این معنا است که الزام به اطاعت از قانون، بیشتر بر دوش آنها سنگینی می‌کند تا بر دیگران)، مجازات، باعث افزایش بی‌عدالتی خواهد شد تا انجام ضد آن یعنی برقراری عدالت. در واقع، این همان نتیجه‌ای است که جفری مورفی (۱۹۷۹:۹۵) از طرفداران جدید نظریه سزاگرایی، به آن رسیده است که می‌گوید: «جوامع امروزی اغلب، اخلاقاً حق مجازات کردن را ندارند». حتی اگر یک چنین نتیجه کلی گرفته نشود، طرفداران نظریه سزاگرایی بایستی قویاً بسیاری از جنبه‌های نظام جزایی ما را مورد انتقاد قرار دهند، لاقلاً، عدم همخوانی در

45. Murphy, 1992: 24-25, 47-48; Von Hirsch, 1986: ch.5 and 1993: ch. 2.

نحوه اعمال مجازاتها بدین معنا که با اغلب مرتکبین آن‌طور که شایسته آنند، رفتار نمی‌شود. بنابراین علی‌رغم اینکه نظریه سزادهی، پرترفدار و حتی مد است، ولی این تئوری توجیه غیرقابل قبولی برای نحوه عمل ما در اجرای مجازاتها، خواهد بود.

توجیهات دیگر مجازات

نظریات کاهندگی و سزاگرایی همه توجیهات ممکن برای مجازات یا اهدافی که پیشنهاد شده مجازات می‌تواند به درستی تعقیب کند را مورد بررسی و تحلیل عمیق قرار نمی‌دهد. سه مورد از آنها را مورد بحث قرار خواهیم داد: تقبیح یا زشت‌شماری ارتکاب جرم، جبران یا ترمیم، و مفاهیم به هم پیوسته سلب صلاحیت، اعاده صلاحیت، و شرمساری همگرا (یا شرمساری بازپذیرنده یا بازسامانده در برابر شرمساری بدنام‌کننده یا واگرا).

تقبیح زشت‌شماری ارتکاب جرم

لرد دنینگ^{۳۱} هنگام ارائه دلایلی به کمیسیون سلطنتی مربوط به مجازات اعدام در سالهای ۱۹۵۰ اظهارات زیر را بیان داشت:

«مجازات جرایم خطرناک بایستی به اندازه کافی جابجایی احساسات یا رنج و ناراحتی ناشی از آنها که توسط اکثریت شهروندان احساس می‌شود را منعکس کند [مجازات بایستی به اندازه آن رنج و ناراحتی باشد که در اثر ارتکاب جرم بر مردم وارد می‌شود]. این یک اشتباه است

46 . Gowers, 1953: Para.53.

تا اهداف مجازات را بازدارندگی یا بازسازندگی یا پیشگیرندگی فرض کرد و نه چیزهای دیگر ... توجیه نهایی مجازات این نیست که مجازات بازدارنده است، بلکه یک تقبیح مؤکد و برجسته از جرم، به وسیله جامعه است.»

این اعتقاد که مجازات، تنفر اجتماعی از جرم را نشان می‌دهد و باید چنین باشد و اینکه چنین اعتقادی مجازات را به طریقی توجیه می‌کند، ایده پرطرفدارای است. این اعتقاد به طور آشکار به عنوان منطق محکومست مارکوس سرجنت^{۴۷} در سال ۱۹۸۱ عنوان گردیده که در آن یک نوجوان بیکار در مراسم رژه‌ای با اسلحه خالی به سوی ملکه شلیک کرد. اعتقاد لرد لین (قاضی القضاة) که سرجنت را به پنج سال حبس محکوم کرد، «احساس عمومی از بی‌حرمتی رخ داده بایستی نشان داده شود. تو بایستی به خاطر اقدام شرارت‌آمیز و بدخواهانه‌ای که انجام داده‌ای، مجازات شوی».^{۴۸} همینطور در بیانیه رسمی ۱۹۹۰ دولت تحت عنوان: «جرم، عدالت و حفظ جامعه»، بیان شده که «مجازات می‌تواند به طور مؤثری رفتار مجرمانه را تقبیح نماید».^{۴۹}

تقبیح ممکن است به بیشتر از یک دلیل، مورد حمایت یا دفاع قرار گیرد. چیزی که ما آن را تقبیح ابزاری می‌نامیم در واقع شکلی از نظریه کاهندگی است (که ما به خاطر سهولت در بحث آن را در این مرحله مورد گفتگو قرار می‌دهیم). این اصطلاح اشاره به تفکری است مبنی بر

47 . Marcus Serjeant.

48 . The Times, 15 September, 1981.

49 . Home Office, 1990a: para.2.4.

اینکه تقبیح می‌تواند به کاهش وقوع جرم کمک کند، تصویری که در وهله اول ممکن است به طریقی مبهم به نظر برسد، اما ریشه عقلی ممتاز و برجسته‌ای دارد. امیل دورکیم ادعا کرد که یکی از عملکردهای قانون جزا و مجازات تقویت وجدان جمعی جامعه است، تا بدان وسیله اطمینان حاصل شود که اعضای جامعه به خودداری از ارتکاب جرم ادامه دهند. دورکیم فکر می‌کرد که مجازات یک اثر آموزشی دارد. مجازات نه فقط به مردم می‌آموزد که از روی ترس و آینده‌نگری از قانون اطاعت کنند (که همان ارباب و بازدارندگی است)، بلکه مجازات همچنین پیغام اخلاقی پندآموز می‌فرستد که فعل مرتکب از نظر اجتماعی تنفرآمیز در نتیجه اشتباه است.

همانند بحث در مورد بازدارندگی عمومی مشکل است که براساس این ادله و شواهد، ادعاهای قوی‌ای درباره مؤثر بودن تقبیح در کاهش جرم مطرح نمود. تحقیقات نشان می‌دهند که بینش اخلاقی اعضای جامعه نسبت به جرم، تحت تأثیر مجازاتی که تحمیل می‌شود (یسا معتقدند که تحمیل می‌شود) نیست. وقتی که قانونی علیه یک عمل تصویب شود چنین می‌نماید که ظاهراً مردم برای ناپسند شمردن هرچه قوی‌تر آن عمل، احترام کافی نسبت به قانون دارند، اما آنها تحت تأثیر شدت مجازات اعمال شده مشروعیت و احترام کافی نسبت به دستگاه کیفری قائل نمی‌شوند.^{۵۰} این امر نشان می‌دهد که (همانند ارباب عام) تقبیح ابزاری نمی‌تواند هیچ سطح مشخصی از شدت مجازاتها را توجیه کند و سیستم جزایی نمی‌تواند (چنانچه گاهی اوقات به طور مشتاقانه‌ای چنین تصور می‌شود) راهنمای افکار عمومی درباره معیار رفتار صحیح و غلط مردم باشد.

50 . Walker & Marsh 1984; cf. Tyler, 1990: 44-47.

یک صورت متفاوت از نظریه تقبیح (و آن که ما گمان می‌کنیم لرد دنینگ و لین آن را تصدیق می‌کنند یا در ایجاد آن سهیم‌اند) آن است که ما آن را تقبیح بیانی یا تصریحی می‌نامیم. این همان تصور غیر آئینده‌نگر از مجازات است که براساس آن، و به تعبیر ساده، یک بیان یا تصریحی از تنفر جامعه نسبت به جرم است. برخی اوقات این تعبیر از کیفر در قالب اینکه جامعه، شناسایی و دلبستگی یا تعهد خودش را نسبت به ارزش‌هایش نشان می‌دهد توضیح داده می‌شود.

ادعا این است که مجازات تقبیح‌کننده توجیه می‌شود، ولو اینکه چنین مجازاتی هیچ آثار خوبی مثل پرورش وجدان عمومی و در نتیجه کاهش جرم را به همراه نداشته باشد. زمانی که مجازات در یک چنین کلمات جامد ولی روشنی بیان می‌گردد، مشکل می‌توان دید که چرا تصور می‌شود چنین بیانی یا تصریحی منتهی به یک توجیه اخلاقی ممتاز و مشخص برای مجازات می‌گردد. این [بیان از مجازات] به طور مشکوکی مانند نظریه خام سزادهی است که با اشاره به جامعه، به طور مصنوعی، مزین و متعالی شده است. احتمالاً این درست است که نهادهای رسمی یک جامعه بایستی قضاوت‌های اخلاقی را از طرف اعضای مطیع قانون آن بیان کنند، اما چرا چنین بیانی باید شکل مجازات داشته باشد؟ چرا نباید مرتکبین با تشریفات و رسماً به وسیله کلمات، تقبیح و محکوم شوند و سپس آزاد شوند. مگر اینکه احتمالاً ما طرفداران محرمانه و مخفیانه نظرات کاهندگی و یا سزادهی باشیم -؟ تقبیح یک توجیه عام غیرقابل قبول به نظر می‌رسد، برای سیستمی که حامدانه مجازات را بر مردم تحمیل و اعمال می‌کند، مگر اینکه ما هیچ اهمیتی به آزادی بشر ندهیم و در مورد تحمل رنج بشر بی‌اعتنا باشیم.

با وجود این شاید مطلبی وجود داشته باشد که در جهت تأیید مفهوم تقبیح گفته شود. چه همه امور بتواند در یک جامعه کاملاً متفاوت از اینکه هست به شکل دیگری باشد چه نتواند (به طوری که هست)، صدور حکم محکومیت و مجازات یک مرتکب ضرورتاً حامل یک پیام اخلاقی و تقبیح کننده است و ملاحظه می شود که چنین نقشی را ایفا می کند. احتمالاً همانطور که ملاحظه کردیم اعضای جامعه در حال حاضر به طور چشم گیری تحت تأثیر چنین پیامهایی نیستند، اما هنوز ابراز نظریات اخلاقی غیر صحیح، خود از نظر اخلاقی اشتباه است.^{۵۱} پیرو چنین نظری است که محکوم و مجازات کردن فردی که هیچ فعل واجد جنبه غیر اخلاقی را انجام نداده اشتباه است. و اگر مجازات کردن اصولاً صحیح باشد، نکاتی مثبت وجود دارد در اینکه سعی شود تا مرتکبین دست کم به طور تخمینی به تناسب شدت و غلظت اخلاقی جرمشان مجازات شوند. تقبیح به تنهایی ممکن است واجد یک توجیه کلی برای داشتن یک نظام کیفری نباشد، ولی این مفهوم ممکن است ما را کمک کند تا از یک اصل قابل قبول برای توزیع و تخصیص مجازاتها برخوردار باشیم.

یک نظریه که مشابه نظریه تقبیح است (ولی دارای عناصری از اصلاح و شرمساری بازپذیرنده یا بازسامانده نیز هست)، نظریه پیشنهادی آنتونی داف (۱۹۸۶) تحت عنوان «نظریه برقراری ارتباط» یا پیام رسانی کیفر است. داف کیفر را اقدامی برای گفتگوی اخلاقی با مرتکبین می بیند که از طریق آن رفتار آنها زشت شمرده شده و امید به «ندامت» آنها می رود، با این نتیجه که آنها روشهای خود را اصلاح نمایند. ما تردید داریم

که این نظریه به تنهایی بتواند توجیه قابل قبولی برای کیفر فراهم نماید، تا چه رسد به عملکرد جاری ما. اما این اندیشه که اعمال کیفر می‌تواند و باید طوری طرح‌ریزی گردد تا چنین گفتگوهای اخلاقی را بوجود آورد جذاب است. چنین برداشتی به خوبی در رویکرد مبتنی بر «رفتار آگاهانه» و همراه با درک برای اصلاح مرتکبین جرم جای می‌گیرد (بنگرید به بالا) و نیز با اندیشه‌ها و عملکردهای کیفری که ما در قسمت بعد مورد بحث قرار می‌دهیم نیز هماهنگ است. یعنی با ترمیم و شرمساری بازسامانده یا همگرا.

جبران یا ترمیم^{۵۲}

اندیشه جبران آثار ناشی از جرم توسط کیفر، تفکری است که براساس آن کسانی که مرتکب جرمی می‌شوند باید اقدامی برای جبران اشتباهی که مرتکب شده‌اند به عمل آورند و با انجام دادن چنین اقدامی اقرار به اشتباه بودن اقدام خود کنند. جبران اشتباه می‌تواند به شکل پرداخت غرامت به زیان‌دیده از جرم^{۵۳} یا انجام کار دیگری در کمک به او باشد. اگر هیچ فرد زیان‌دیده یا متضرر قابل شناسایی وجود نداشت (یا بزه‌دیده

۵۲. به نظر می‌رسد توضیح کوتاهی در مورد سه واژه «Compensation»، «Reparation» و «Restoration» لازم باشد. در اینجا اگرچه مؤلف از لفظ دوم (یعنی «Reparation» به معنی جبران، تعمیر و بازسازی) استفاده می‌کند، اما منظور همان «Restoration» یعنی عدالت ترمیمی است که گاهی به جای هم به کار گرفته می‌شوند. اما واژه «Compensation» معمولاً به معنی غرامت یا پرداخت نقدی خسارت به کار می‌رود.

برای مطالعه بیشتر رک. صفاری، علی، حمایت از بزه‌دیده و نهادهای مردمی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۰، انتشارات دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۳، صص ۲۸۹ تا ۳۲۴، پاورقی شماره ۹ (مترجم).

53. Compensating the victim of an offence.

حاضر به قبول آن نشد) جبران خسارت را می‌توان در حق جامعه، به وسیله انجام خدمات عام‌المنفعه یا پرداخت جریمه‌ای به حساب سرمایه‌های عمومی انجام داد. اندیشه جبران با مفهوم گسترده‌تر «عدالت ترمیمی» همراه شده که به دنبال ترمیم روابط بین مرتکبین، بزه‌دیدگان و جامعه در سطح کلان می‌باشد و در سالهای اخیر در صدر مباحث مربوط به مجازات مطرح شده است و ما مطالب بیشتری درباره عدالت ترمیمی و اشکال مختلف مجازاتهای جبران‌کننده در فصل پنجم برای گفتن خواهیم داشت.

جبران یک قاعده معقول و استواری است که ما قویاً از آن طرفداری می‌کنیم.^{۵۴} همانطوری که به زودی بحث خواهیم کرد یکی از امتیازات این اندیشه کیفری کمکی است که به «ساماندهی مجدد» مرتکب می‌کند. جبران فی حد ذاته می‌تواند به عنوان یک هدف قابل دسترس یا وصول دیده شود، یا به عنوان یک هدف با ارزش ولی ثانویه منظور شود که قابل تعقیب در مجازاتهایی است که با مبانی دیگر (مثل کاهندگی) توجیه می‌شوند. اگر مجازاتی بایستی اعمال شود، مطمئناً بهتر است که چنین مجازاتی مستقیماً زیان‌دیده یا جامعه را بهره‌مند سازد تا اینکه منحصرأ به مرتکب آسیب برساند یا آزادی او را محدود نماید. اما بدیهی است که قاعده جبران نمی‌تواند توجیه نظام کیفری موجود ما باشد، چرا که اکثر مجازاتها (و قابل توجه‌تر از همه زندان) دربردارنده عنصر جبرانی کمی هستند و یا اصولاً فاقد آنند، و حتی ممکن است چنین مجازاتهایی امر جبران و بازسازی توسط مرتکب را مشکل و یا غیرممکن نمایند. اگر جبران به طور هماهنگ‌تری تعقیب می‌شد، بایستی امروز نظام کیفری متمدن‌تر و اخلاقاً قابل قبول‌تری می‌داشتیم.

54. Dignan, 1994; Dignan & Cavadino, 1996; Cavadino & Dignan 1997b.

سلب صلاحیت، بازگرداندن صلاحیت و شرمساری سامانده (بازپذیرنده)^{۵۵} مایکل فو کو (۱۹۷۷:۱۳۰) درباره کیفرشناسی دانشمندان کلاسیک مثل بکاریا (که از او به زودی بیشتر بحث خواهیم کرد) می گوید که آنها «مجازات را به عنوان یک آیین یا روشی برای اعاده صلاحیت افراد به عنوان سوژه های قضایی، می دیدند». ناقضین قانون با ارتکاب جرمشان خود را در خارج از جامعه قرار داده اند، ولی هدف نهایی جریان کیفری بایستی بازگرداندن آنها به عنوان اعضای کامل به جامعه باشد. تونی باتمز (۱۹۸۳:۱۷۶-۷۷) این تفکر را با مفهوم خطای (sin-bin) در بازی هاکی روی یخ مقایسه کرده است: بازیگری که مرتکب یک خطا شده است برای مدتی از بازی اخراج (سلب صلاحیت) می شود و به طور نمادین به عنوان یک مرتکب قلمداد می گردد، ولی پس از سپری شدن یک دوره مشخص زمانی اجازه می یابد تا به عنوان یک بازیگری تمام عیار یا «سوژه تجدید صلاحیت یافته» به بازی برگردد. بنابراین، چنین سیری دارای دو مرحله است، مرحله سلب صلاحیت که در آن مرتکب به طور نمادین و آشکارا به وسیله مجازات شرمسار می شود، و مرحله تجدید یا اعاده صلاحیت، یعنی زمانی که مجازات پایان می پذیرد و مرتکب به عنوان یک شهروند تمام عیار مجدداً در جامعه سامان می یابد یا بازپذیرفته می شود.

مرحله سلب صلاحیت در این بحث شباهتهایی با تقبیح دارد، که به نظر ما ارزشی محدود به عنوان توجیهی برای مجازات دارد. از طرف دیگر اعاده یا تجدید صلاحیت مرتکب، مثل جبران خسارت و اصلاح مرتکب، ما را به عنوان هدفی که نظام کیفری باید دنبال نماید تحت تأثیر

55 . Disqualification, Requalification and Reintegrative shaming .

قرار می‌دهد. در عین حال، در حال حاضر نمی‌توان گفت که نظام ما چنین هدفی را به طور مؤثر پیگیری می‌کند. ننگ سلب صلاحیت به خوبی باقی است تا پس از نقطه‌ای که مرتکبین، مجازات رسمی خود را تحمل کنند، و غالباً جدا بودن آنها از جامعه پیروان قانون، حتی پس از اتمام کیفر ادامه می‌یابد به جای اینکه در آن سامان داده شده یا بازپذیرفته شوند. چیزی که (مطابق پیشنهاد به حق تئوری برچسب‌زنی) نه تنها برای مرتکبین بلکه برای بقیه جامعه نیز بد است، به خاطر اینکه چنین چیزی تکرار جرم را محتمل‌تر می‌کند. مشکل نظام ما این است که ما سلب صلاحیت را بیش از حد انجام می‌دهیم و توجه غیرکافی به تجدید و اعاده صلاحیت مبذول می‌داریم.

اخیراً جان بریث ویت (۱۹۸۹) یک نظریه کلی از جرم و مجازات پیشنهاد داده است که خصوصیات مشترکی با مفاهیم سلب صلاحیت و اعاده صلاحیت دارد. او مدعی است که پاسخهای اجتماعی موفق به جرم‌انهایی هستند که منتهی به «شرمساری بازسامان‌دهنده (بازپذیرنده)» مرتکب شود. با مرتکبین بایستی به روشی برخورد شود که آنها را در برابر سایر اعضای جامعه شرمسار کند. اما چنین شرمساری نباید از نوع «برچسب‌زن یا انگ‌زن» باشد که به محروم کردن آنها از اینکه اعضای پذیرفته شده اجتماع باشند بیانجامد. این شرمساری بایستی از نوعی باشد که با اتخاذ ترتیبی که آنها بپذیرند مرتکب خطا شده‌اند و همزمان با تشویق دیگران به بازپذیری آنها در جامعه، نقش سامان‌دهی و بازپذیرفتن مجدد آنها را در جامعه ایفا نماید (همانطوری که در بالا گفتیم)^{۵۶} اقدامات

۵۶. همچنین نک.

Dignan, 1994.

جبران کننده به ویژه می توانند برای تعقیب هدف شرمساری بازپذیرنده مناسب باشند؛ برای اینکه جبران خسارت، مرتکب را به طور نمادین شرمسار می نماید و موضوعات فی مابین مرتکب، زیان دیده و جامعه را در مسیر صحیح قرار می دهد). اگر چنین راهبردی یعنی اقدامات جبران کننده و ترمیمی قرار بود یک تدبیر کارآمد و مؤثر باشد— در حالی که هیأت منصفه وجود ندارد ولی به نظر می رسد یک اندیشه امیدوارکننده ای باشد.^{۵۷} شرمساری سامان دهنده روشی ارزشمند برای اصلاح مرتکبین خواهد بود و به نظر ما می تواند یک هدف کاهنده با ارزش برای پیروی در داخل یک نظام کیفری قابل دفاع از نظر اخلاقی باشد.

۵۷. منظور این است که چنین اقداماتی معمولاً نیازی به مداخله هیأت منصفه ندارند، زیرا در جرایمی که چنین اقداماتی قابل تجویز و اجراست حضور هیأت منصفه قانوناً لازم نیست، هرچند حضور آن نیز می تواند امیدوار کننده باشد (مترجم).

همراهی فعل منتسب به خواننده و فعل زیان دیده

ژنویو وینی - پاتریس ژوردن *

ترجمه: مجید ادیب **

مقدمه مترجم

فصل اول - تأثیر فعل زیان دیده بر حق جبران خسارت خود او
بخش اول - تأثیر تقصیر زیان دیده
کاهش مسؤولیت خواننده

گفتار اول - دامنه اصل کاهش مسؤولیت خواننده بر اثر تقصیر زیان دیده
که دارای ویژگیهای قوه قاهره نباشد
الف - دامنه اجرایی اصل کاهش مسؤولیت

* . Geneviev Viney et Patrice Jourdain.

استاد دانشگاه سوربن پاریس.

** . پژوهشگر.

- ۱- کلیت اصل
- ۲- رویه قضایی مبتنی بر رأی دُمار
- ۳- تأثیر «فعل بدون تقصیر» زیان دیده بر حق جبران خسارت او

ب - استثنائات وارده بر اصل کاهش مسؤولیت

- ۱- زیان دیدگان از جرایم مالی
 - ۲- زیان دیدگان از حوادث رانندگی
- گفتار دوم - اعمال کاهش مسؤولیت به علت تقصیر زیان دیده، که دارای ویژگیهای قوه قاهره نباشد
- ۱- دامنه کاهش
 - ۲- ارزیابی تقصیر زیان دیده و ویژگی سببی آن در رویه قضایی
 - ۳- تقصیر زیان دیدگان فاقد عقل
 - ۴- ارزیابی انتقادی

بخش دوم- تأثیر «عوارض پیشین» زیان دیده

- ۱- مخالفت با کاهش مسؤولیت خواننده
- ۲- ارزیابی

فصل دوم - تأثیر فعل زیان دیده مستقیم بر حق جبران خسارت
زیان دیدگان غیر مستقیم

آیا تقصیر زیان دیده مستقیم، علیه زیان دیدگان غیر مستقیم، قابل
استناد است؟

الف - نظریه های حقوقی

دلایل موافق و مخالف قابلیت استناد به تقصیر زیان دیده مستقیم،
علیه زیان دیدگان غیر مستقیم

ب - موضع رویه قضایی

قابلیت استناد به تقصیر زیان دیده مستقیم علیه زیان دیدگان
غیر مستقیم

مقدمه مترجم

منظور از «همراهی» فعل منتسب به خواننده و فعل زیان‌دیده، این است که فعل هر دوی آنها در ایراد خسارت به زیان‌دیده، تأثیر داشته باشد. عبارت «فعل زیان‌دیده»، معنایی گسترده‌تر از «تقصیر زیان‌دیده» دارد. تقصیر زیان‌دیده، هرگونه عمل تقصیرآمیز زیان‌دیده است که در ایراد خسارت به خود او نقش داشته است. اما فعل زیان‌دیده، علاوه بر تقصیر، شامل هرگونه فعل بدون تقصیر و هر نوع حالت زیان‌دیده است که در ایراد خسارت به او و یا در تشدید خسارت او نقش ایفا کرده است. در گفتار حاضر نیز، «فعل» زیان‌دیده مورد بررسی قرار گرفته است. این گفتار، ترجمه‌ای است از بخشی از کتاب «شرایط مسؤلیت»، اثر مشترک خانم ژنویو وینی و آقای پاتریس ژوردن که هر دو از استادان ممتاز دانشگاه سوربن پاریس و از برجسته‌ترین متخصصان مسؤلیت مدنی هستند. این اثر که در میان منابع علمی مربوط به مسؤلیت مدنی، از اعتبار ویژه‌ای برخوردار است، یکی از مفصل‌ترین آثاری است (در حدود یک‌هزار و دویست صفحه) که در سالهای اخیر در این زمینه به رشته تحریر درآمده و کلیه مطالب آن، با مقررات جدید و رویه قضایی نوین فرانسه، هماهنگ شده است و بدون تردید، در میان منابع جدید حقوق مسؤلیت مدنی در فرانسه، یکی از مهمترین منابع محسوب می‌شود. این کتاب در مجموعه «دوره حقوق مدنی»، زیر نظر پروفیسور ژاک گستن و در سال ۱۹۹۸ انتشار یافته است.^۱ این گفتار، با عنوان «همراهی

۱. مشخصات مأخذ مقاله عبارت است از:

Geneviève Viney et Patrice Jourdain, Sous la direction de Jacques Ghestin, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd. L.G.D.J. 1998.

عنوان مبحثی که از این کتاب، ترجمه شده است، به زبان فرانسه، به این شرح است:

LE CONCOURS ENTRE LE FAIT IMPUTÉ AU DÉFENDEUR ET LE FAIT DE LA VICTIME, p.285 à 312.

فعل منتسب به خواننده و فعل زیان‌دیده»، شامل دو فصل است: فصل اول، «تأثیر فعل زیان‌دیده بر حق جبران خسارت خود او»، مشتمل بر: بخش اول - تأثیر تقصیر زیان‌دیده و بخش دوم - تأثیر عوارض پیشین زیان‌دیده و فصل دوم، «تأثیر فعل زیان‌دیده مستقیم بر حق جبران خسارت زیان‌دیدگان غیرمستقیم». لازم به ذکر است که آقای پاتریس ژوردن، از سال ۱۹۸۸ تاکنون، در فصلنامه حقوق مدنی، رویه قضایی روز فرانسه را در زمینه مسؤلیت مدنی تحلیل می‌کند که با توجه به این تحلیلها پس از سال ۱۹۹۸ (سال انتشار کتاب شرایط مسؤلیت) تاکنون، تغییری در حقوق فرانسه، در زمینه موضوع مورد بحث، مشاهده نمی‌شود.

ضمناً به منظور آگاهی علاقمندان و پژوهشگران، کلیه ارجاعات و منابع نیز در زیرنویس‌ها درج شده است.

واژگان کلیدی:

فعل زیان‌دیده، خواننده، معافیت خواننده، کاهش مسؤلیت، تقسیم مسؤلیت، رأی دیوان عالی کشور، عارضه‌های پیشین زیان‌دیده، زیان‌دیده مستقیم و غیرمستقیم، تعهد تضامنی.

همراهی فعل منتسب به خواننده و فعل زیان‌دیده

برای آنکه این همراهی وجود داشته باشد، فعل منتسب به زیان‌دیده، علاوه بر اینکه باید برای خواننده، «پیش‌بینی‌ناپذیر و گریزناپذیر» باشد، باید در ایراد خسارت تأثیر داشته باشد. در این صورت، خواننده برای جلوگیری از آنکه محکوم به جبران کامل خسارت شود، به این وضعیت، استناد می‌کند. اما موقعیت خواننده، برحسب اینکه توسط خود زیان‌دیده مستقیم، تحت پیگرد قرار گرفته باشد و یا «زیان‌دیدگان غیرمستقیم» علیه او شکایت کنند، کاملاً به یک شکل نیست.

فصل اول - تأثیر فعل زیان‌دیده بر حق جبران خسارت خود او

مفهوم «فعل زیان‌دیده» که بتواند در مسؤولیت خواننده تأثیر داشته باشد، هم شامل تقصیر زیان‌دیده است و هم عارضه‌های پیشین او. هر یک از این دو وضعیت، آثار ویژه خاص به خود را دارد.

بخش اول - تأثیر تقصیر زیان‌دیده

کاهش مسؤولیت خواننده^۲

تعیین آثاری که شایسته است تا برای تقصیر زیان‌دیده - در صورتی که دارای ویژگیهای قوه قاهره نباشد - در نظر گرفته شود، توجه دکتورین

2. Exonération partielle du défendeur.

اگرچه ترجمه دقیق این عبارت، «معافیت جزئی خواننده» است، اما چون این معافیت جزئی، معنایی جز «کاهش مسؤولیت» ندارد و عبارت اخیر، آشناتر و روان‌تر نیز هست، لذا در ترجمه، عمدتاً از همین عبارت استفاده شده است.

حقوقی را به خود جلب نموده است.^۳

اگر فرض بر این باشد که خواننده و زیان‌دیده، به طور مشترک، باعث ایراد خسارت شده‌اند، شاید طبیعی باشد که قاعده «تعهد تضامنی» به اجرا درآید. در نتیجه، شخص ثالثی که به عنوان «مسئول»، تحت تعقیب قرار گرفته است نمی‌تواند با استناد به تقصیر زیان‌دیده، حتی به طور جزئی، از مسئولیت معاف شود. این راه‌حل، با نظریه‌ای که معتقد است چون رابطه سببیت، مطلقاً غیرقابل تقسیم است پس تعهد باید تضامنی باشد، هماهنگ است. با وجود این، طرفداران این نظریه، همگی تا این حد پیش نمی‌روند، زیرا برخی می‌پذیرند که در این صورت، میان مرحله تعهد و مرحله مشارکت عملی در پرداخت خسارت، تفاوتی وجود دارد و این به خواننده امکان می‌دهد تا غرامت کمتری بپردازد.^۴

تحلیل دیگری نیز در مورد تأثیر تقصیر زیان‌دیده در کاهش مسئولیت عامل خسارت ارائه شده است که نتیجه مشابهی دربردارد. این تحلیل، کاهش غرامت قابل پرداخت به زیان‌دیده را مجازات عملکرد

۳. به ویژه رک.

C.LAPOYADE DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime*, th. Bordeaux, 1977, préface A. Tunc.

L.JOSSERAND, *La responsabilité envers soi-même*, DH 1934, ch. p. 73.

منبع نخست که یک پایان‌نامه دکتراست، یکی از مهمترین آثاری است که تاکنون در فرانسه در مورد فعل زیان‌دیده ارائه شده است و همین که حقوقدان نامداری مانند آندره تنک، راهتمایی آن را به عهده داشته و بر آن مقدمه نوشته است نشان بزرگی از اعتبار این پایان‌نامه است (مترجم).

۴. رک.

F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, n^o 47, *Fait ou faute de la victime*, D., 1973, ch. p.207.

تقصیر آمیز خود او می‌داند و تا حدودی متکی بر ایده کیفر خصوصی است^۵ که هنوز در حقوق فرانسه، نمونه‌هایی از آن وجود دارد.^۶ این توجیه، که شاید صحیح‌تر باشد، دشوار بودن این تصور را که شخص واقعاً در برابر خودش، مسؤولیت مدنی داشته باشد در نظر می‌گیرد و معتقد است که اگر وجود مسؤولیت در برابر خود، امکان‌پذیر باشد، این مسؤولیت، فقط می‌تواند کیفری باشد. بنابراین، تقسیم، صرفاً نشان اراده «مجازات کردن» زیان دیده خطا کار است. می‌توان پذیرفت که گهگاهی شدت تقصیر ارتکاب یافته توسط زیان دیده، می‌تواند او را از حق جبران خسارت، محروم کند. در نتیجه، مسؤول به طور کامل از تکلیف جبران خسارت، معاف می‌شود.

مطالعه سیستمهای حقوقی بیگانه نشان می‌دهد که در هیچ جایی، تقصیر زیان دیده، در ارزیابی میزان غرامت، بی‌تأثیر نبوده است.^۷ با وجود این، امروز در حقوق تطبیقی، راه‌حلهای بسیاری وجود دارند که گاه جبران خسارت را به کلی منتفی می‌کنند، مگر آنکه خواننده مرتکب تقصیر عمدی شده باشد (مانند کامن‌لا) و گاه نیز خسارت را به طور کامل قابل جبران می‌دانند مگر آنکه زیان دیده مرتکب تقصیر سنگین شده باشد، مانند قانون

5. B.STARCK, *La pluralité des causes du dommages...*, ch.préc., JCP, 1970.1.2339, n° 57.
B.STARCK, H.ROLAND de BOYER, *Obligations*, t.1, *Responsabilité délictuelle*, 4^e éd., n° 1291. B.PUILLI, *Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile*, D., 1984, ch. p.58.

6. S.CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, préface G.VINEY.

به ویژه در مورد تنبیه زیان‌دیده، مراجعه شود به شماره ۲۷۵ به بعد اثر مذکور.

7. V.A.M. HONORÉ, *International Encyclopedia of comparative law*, vol. XI, *Torts*. chap. 7, n°s 146 et 147.

مدنی ۱۹۶۴ شوروی سابق. شیوه‌های بسیار متنوعی از تقسیم مسؤولیت نیز وجود دارد. به طور کلی، هنوز تقصیر زیان‌دیده، به عنوان عامل کاهش حق جبران خسارت، تا حدود زیادی توسط سیستمهای حقوقی مورد توجه قرار می‌گیرد. اما همانطور که یکی از نویسندگان اشاره می‌کند، «هرچند خطرناک است که تجارب متفاوت کشورهای مختلف را تعمیم داد، اما حداقل در جوامع مترقی، می‌توان تحولی را مشاهده کرد که می‌کوشد تا جبران خسارت را هم‌پای توسعه اقتصادی، کامل ترکند. تقصیر زیان‌دیده که نخست یک مانع مطلق در برابر جبران خسارت بود، صرفاً به یک عامل کاهش غرامت تبدیل می‌شود و در نهایت، به طور کامل، نادیده گرفته می‌شود مگر اینکه به شدت سنگین و یا مشهود باشد».^۸

آیا چنین تحولی در فرانسه هم رخ داده است؟ پاسخ به این پرسش دشوار است، زیرا دکترین حقوقی و رویه قضایی، راه کاملاً جدایی را درپیش گرفته‌اند. بسیاری از نویسندگان، تغییراتی را که بر اثر توسعه سیستم‌های تأمین اجتماعی و به ویژه بیمه، در مورد مسأله تأثیر تقصیر زیان‌دیده به وجود آمده است مورد بررسی قرار داده‌اند. آنها به ویژه نشان داده‌اند که این سیستم‌ها، دست کم در قلمرو حوادث، به نحو مؤثری از زیان‌دیده حمایت می‌کنند. امروزه مسأله تقصیر زیان‌دیده در زمینه حوادث، مشکل جدی ایجاد می‌کند و این در حالی است که این تقصیر، معمولاً از هیچ شدتی برخوردار نیست و مجازات کردن این تقصیر، از راه محروم کردن زیان‌دیده از غرامت، هیچگونه نقش مؤثری در زمینه پیشگیری از ورود خسارت، ایفا نمی‌کند. این نویسندگان معتقدند که مجازات کردن

8. V.A.M. HONORÉ, op.cit., n^o 147.

زیان دیدگانی که خود متحمل زیان شده‌اند و اغلب هم، شدیداً تحت تأثیر این زیان قرار گرفته‌اند، آن هم در حالی که مسؤول بیمه شده، متحمل آثار تقصیرهایش نمی‌شود، امری ناعادلانه است. بنابراین، آنها بر این باورند که فقط، تقصیر شدید یا تقصیر نابخشودنی^۹ زیان دیده می‌تواند خواننده را از جبران بخشی از خسارت معاف کند و لذا تقصیر ساده - دست کم، در مواردی که خواننده بیمه شده باشد - نباید بر حق جبران خسارت زیان دیده تأثیری داشته باشد.^{۱۰}

این پیشنهادها که کاملاً معقول به نظر می‌رسند در قانون ۵ ژوئیه ۱۹۸۵ راجع به جبران خسارت زیان دیدگان حوادث رانندگی، تأثیرات زیادی بر جای گذاشته‌اند. اما در قواعد عمومی مسؤولیت مدنی، تأثیر اندکی داشته‌اند. در اینجا آثار این اصل را، هم از بُعد دامنه آن و هم از بُعد اجرای آن، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۹. در مورد مفهوم تقصیر نابخشودنی رک. اصول مسؤولیت مدنی، پاتریس ژوردن، ترجمه مجید ادیب، نشر میزان، زمستان ۸۲، ص ۷۴.

۱۰. در این زمینه رک.

A.TUNC, *La sécurité routière*. Paris. LGDJ, 1966; *La responsabilité civile*, 2^e éd. 1989, Économica; *Sur un projet de loi en matière d'accidents de la circulation*, *RTD civ.*, 1967, p.82; *Les causes d'exonération de la responsabilité de plein droit de l'art. 1384, alinéa 1^{er}*, D., 1975, ch. p. 83; *Les paradoxes du régime actuel de la responsabilité de plein droit*, D., 1976, ch. p. 13; *La responsabilité civile*, Économica, 1981; *Accidents de la circulation: faute ou risque*, D., 1982, ch. p. 103; C. LAPOYADE DESCHAMPS, th. préc., notamment, p.625 à 629. Adde, dans le même sens; G.BRIÈRE DE L'ISLE, *La faute inexcusable*, D., 1970, ch. p. 73; G.VINEY, *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde*, D., 1975, ch. p. 263; *La faute de la victime d'un accident corporel: le présent et l'avenir*, *JCP*, 1984.1.3155; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, n^o 965.

گفتار اول - دامنه اصل کاهش مسؤولیت خواننده بر اثر تقصیر زیان‌دیده که دارای ویژگیهای قوه قاهره نباشد

با وجود برخی معایب اصل کاهش مسؤولیت - که البته تأثیری عمیق یا طولانی بر این اصل نداشته‌اند - رویه قضایی، دامنه گسترده‌ای برای این اصل قائل است. در عین حال، در مواردی خاص در حقوق موضوعه، استثنائاتی بر آن وارد شده است که البته یکی از این استثنائات، دامنه عملی بسیار گسترده‌ای دارد. دکترین حقوقی، انتقاداتی را بر این استثنائات نیز وارد کرده است، همانطور که اصل کاهش مسؤولیت را مورد انتقاد قرار داده است که پیشتر به آن اشاره شد.

الف- دامنه اجرایی اصل کاهش مسؤولیت

۱- کلیت اصل

مدتی طولانی است که دادگاههای مدنی این اصل را پذیرفته‌اند و روزانه آن را به اجرا درآورده‌اند.^{۱۱} شورای دولتی فرانسه^{۱۲} نیز این رویه را مورد تأیید قرار داده است. اما مدتها بود که دادگاههای کیفری با این اصل

11 . C.LAPOYADE DESCHAMPS, op.cit., p. 155 et s.

۱۲. «Conseil d'État» نهادی است که در رأس سلسله مراتب ساختار اداری قرار دارد و از صلاحیتهای قضایی و اداری برخوردار است. رسیدگی به شکایات علیه مصوبات دولتی، کنترل روند قانونی امور در دستگاه دولت، رسیدگی به تجدیدنظرخواهی علیه آرای صادره از دادگاههای اداری و رسیدگی نهایی به کلیه اعتراضات علیه هرگونه رأی صادره در مرحله نهایی، توسط کلیه محاکم اداری، از وظایف این شورا است. شورای دولتی، در مورد لوایح قانونی، آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها، اعلام نظر می‌کند. آیین‌نامه‌های مصوب قوه مجریه که برای اجرای قوانین به تصویب رسیده باشند، باید الزاماً به تأیید شورای دولتی برسند.

M. Fontaine, R.Cavalerie et J.A. Hassenforder, *Dictionnaire de droit*, Foucher, 1996, p.90

(مترجم).

مخالفت می کردند و وقتی که یک دعوی مدنی در این دادگاهها اقامه می شد، اعلام می کردند که خسارت زیان دیده مقصر، باید به طور کامل جبران شود، مگر اینکه او مستقیماً در ارتکاب جرم شرکت کرده باشد.^{۱۳} این تعارض در رویه قضایی که عمدتاً ناشی از ویژگیهای خاص قواعد دادرسی کیفری بود، عملاً عامل خسارت را - هنگامی که محکوم به جبران کل خسارت می شد - بر آن می داشت تا برای بازیافت بخشی از غرامت که پرداخت کرده است، در دادگاه مدنی اقامه دعوا کند. بنابراین، برای جلوگیری از این عیب، می بایست به این تعارض رویه، خاتمه داده می شد و به همین منظور، هیأت شعبه مختلط که متشکل از اعضای چند شعبه دیوان عالی کشور است، تشکیل شد و در ۲۸ ژانویه ۱۹۷۲، با صدور رأی خود، رویه سنتی دادگاههای مدنی را تأیید کرد. هرچند که این رأی، مربوط به یک جرم بی احتیاطی بود (مربوط به یک حادثه رانندگی ناشی از عمل راننده ای که مست بود و زیان دیدگان نیز شاهد مشروب خوری او بودند)، ولی دیوان عالی کشور در رأی خود، از یک بیان کلی استفاده کرد، لذا می توان آن را بر همه جرایم، قابل اعمال دانست. با وجود این، شعبه کیفری دیوان عالی کشور، بلافاصله، همه نکات این رأی را به اجرا درنیاورد، زیرا بارها رأی صادر کرد که در صورت ایراد ضرب و جرح عمدی متقابل، غرامت فقط در صورتی باید کاهش پیدا کند که متهم، به عذر تحریک، استناد کند.^{۱۴}

۱۳. در مورد این وضعیت رویه قضایی رک.

E.SCHAEFER, *La faute de la victime et la réparation in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, p. 377 et s; Ph. LE TOURNEAU, *La règle nemo auditur...*, LGDJ, p.66. et s.

۱۴. با وجود این، مکرراً پذیرفته شده است که تحریک در مورد جرم ایراد ضرب و جرح عمدی می تواند مسؤولیت را تخفیف دهد.

بنابراین، وحدت رویه قضایی مدنی و کیفری، فقط به مورد جرایم غیر عمدی، محدود می‌شد^{۱۵} و این مطابق پیشنهادهای دادستان کل، لیندون (Lindon) است که در ذیل رأی شعبه مختلط دیوان کشور^{۱۶} آمده بود، اما بعدها این محدودیت برداشته شد و بعد از آن، شعبه کیفری تقسیم مسؤلیت را - حتی اگر میان زیان‌دیده و مباشر جرم عمدی علیه شخص، عذر تحریک وجود نداشته باشد - می‌پذیرد.^{۱۷}

تنها محدودیتی که هنوز رویه قضایی کیفری، به دلایل خاص، در زمینه تأثیر تقصیر زیان‌دیده، در مورد اصل کاهش مسؤلیت، قائل می‌شود در مورد جرایم عمدی علیه اموال است.

بنابراین، امروزه، اصل کاهش مسؤلیت، به درجه بالایی از کلیت رسیده است و رویه قضایی، حتی در موردی که زیان‌دیده، مسؤول فعل دیگری باشد نیز قائل به این تأثیر است، مانند موردی که خواننده بتواند در برابر زیان‌دیده، به فعل فرزند کوچک او یا فعل گماشته‌اش استناد کند. بنابراین، زیان‌دیده در حالی مسؤول شناخته می‌شود که تقصیری از او به اثبات نرسیده است و این با کارکردهای کیفردهی و پیشگیرانه مسؤولیت زیان‌دیده، چندان سازگار نیست. وقتی که زیان‌دیده یک کارفرما باشد -

۱۵. اصل کاهش مسؤولیت به علت تقصیر زیان‌دیده، به وفور در مورد قتل و جرح ناشی از بی‌احتیاطی، اعمال می‌شود.

۱۶. شعبه مختلط از مراجع دیوان عالی کشور است که از دادرسان دو یا چند شعبه دیوان (۹ تا ۲۵ مستشار) تشکیل می‌شود. ارجاع به آن - که گاهی اختیاری و گاهی الزامی است - وقتی صورت می‌گیرد که یک مسأله مهم، در صلاحیت چند شعبه دیوان عالی کشور باشد یا اینکه این امکان وجود داشته باشد که در مورد یک مسأله قضایی، آرای متعارضی صادر شود.

Lexique des termes juridiques, Sous la dir. de R. Guillien, J. Vincent, S. Guinchard et G. Montagnier, 13^e éd. Dalloz, 2001, p. 95 (مترجم).

۱۷. حداقل در مورد جرم ایراد ضرب و جرح عمدی اینگونه بوده است.

که بدون آنکه مرتکب تقصیر شده باشد، مسؤول شناخته می‌شود، در صورتی این رویه قضایی بحث‌برانگیز قابل توجیه است که تقصیر زیان‌دیده، با تقصیر اشخاص تحت مسؤولیت او یکی دانسته شود.

۲- رویه قضایی مبتنی بر رأی دُمار^{۱۸}

در طی مدتی کوتاه، رأی ۲۱ ژانویه ۱۹۸۲، صادره از شعبه دوم مدنی دیوان کشور، لطمه شدیدی به اصل کاهش مسؤولیت ناشی از تقصیر زیان‌دیده وارد کرد. این رأی با تغییر دادن جهت رویه قضایی، توفانی در قواعد مسؤولیت ایجاد کرد، زیرا دیوان عالی کشور، با این رأی، مانع از آن شد که نگهدارنده یک شیء بی‌جان، بتواند با استناد به تقصیر زیان‌دیده، مسؤولیت خود را کاهش دهد. مراجع قضایی دیگر، از جمله شعبه کیفری دیوان عالی کشور، به طور گسترده از این رأی، تبعیت کردند. هرچند که این رأی، فقط به مسؤولیت بند اول ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی ربط داشت،^{۱۹} اما راه‌حل آن به طور منطقی بر مسؤولیت ماده ۱۳۵۸ قانون مدنی - که ناشی از فعل حیوان است - نیز اعمال شد، اما دیگر انواع مسؤولیت مانند مسؤولیت ناشی از فعل شخصی، مبتنی بر مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی و مسؤولیت قراردادی، مشمول این رویه قضایی قرار نگرفتند.^{۲۰} اگرچه دامنه اجرایی

18 . Desmares.

۱۹. بند ۱ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه:

«هرکس نه تنها مسؤول خسارتی است که با عمل خود به بار می‌آورد بلکه مسؤول خسارات وارده توسط اشخاص تحت مسؤولیت یا اشیای تحت نگهداری خود نیز هست».

۲۰. ماده ۱۳۸۲: «هر عمل انسان که به دیگری زیان برساند، کسی را که بر اثر عمل او زیان به بار آمده ملزم می‌کند که آن را جبران نماید».

ماده ۱۳۸۳: «هرکس علاوه بر آنکه مسؤول خسارت ناشی از عمل خود است مسؤول خسارت ناشی از سهل‌انگاری یا بی‌احتیاطی خود نیز هست».

رویه قضایی دُمار به مسؤولیت قهری نگهدارنده شیء بی جان یا حیوان محدود شده بود، اما از اهمیت قابل توجهی برخوردار بود و شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور، تردیدی در این نمی کند که تقسیم مسؤولیت را مردود اعلام کند.

اما این رویه قضایی، مورد قبول همه واقع نشده، زیرا بسیاری از دادگاهها از اجرای آن، خودداری می کردند و در دکترین حقوقی نیز چندان از آن استقبال نشد. اگرچه برخی از نویسندگان، با ابراز تردیدهای جدی درباره مبنای این رأی، خط مشی دیوان عالی کشور را تأیید کردند،^{۲۱} اما دیگران انتقادهای کم و بیش تندی را متوجه آن ساختند.^{۲۲} بسیاری از آنها، خواستار دخالت قانونگذار شدند و معتقد بودند که این رأی، در واقع زمینه ساز اصلاحات در قلمرو حوادث رانندگی بوده است که در آن، مسؤولیت بند اول ماده ۱۳۸۴، اصولاً به عنوان اولین مستند قانونی، مورد استناد قرار می گیرد.

این انتقادات و خواسته های دکترین حقوقی برای ایجاد اصلاحات قانونی، تا حدودی مورد توجه قرار گرفتند، زیرا قانون ۵ ژوئیه ۱۹۸۵، راجع

21. C.LARROUMENT et G.DURRY, note et obs. préc. G.VINEY, *L'indemnisation des victimes de dommages causés par le fait d'une chose après l'arrêt de la Cour de cassation du 21 juill. 1982*, D., 1982, ch. p. 201; *La faute de la victime d'un accident corporel: le présent et l'avenir*, JCP, 1984, 1.3155; Y. LAMBERT-FAIVER, *Aspects juridiques, moraux et économiques de l'indemnisation des victimes fautives.*, D., 1982, ch. p. 207.

22. F.CHABAS, note préc., JCP, 1982.II. 19861; *Responsabilité sans partage*, Entretiens de Nanterre, JCP, 1983, éd. E, supplément n° 45; J.BIGOT, *L'arrêt Desmares: retour au néolithique*, JCP, 1982.I.3090; E.BLOCH, *Est-ce le glas du partage de responsabilité?*, JCP, 1982.I.3091- H.MARGEAT, *La relève de la garde par le risque objectif*, Gaz. Pal., 1982, 2, doct., p. 521; J.L. AUBERT, *L'arrêt Desmares: une provocation à quelles réformes?*, D., 1983, ch. p. 1.

به حوادث رانندگی، علی‌رغم بحثهایی که ایجاد کرد - در مورد یکی از مهمترین مسائل که معافیت ناشی از تقصیر زیان‌دیده است - راه‌حلهایی در نظر گرفت. ملاحظه می‌شود که قانونگذار در زمینه‌ای دخالت کرده است که رأی دُمار با کمترین مخالفت روبرو بوده است، چرا که در این زمینه بیمه، اجباری است. به همین علت، دیوان عالی کشور، بی‌تردید با توجه به این امر که زمینه‌سازی برای اصلاحات، به ثمر رسیده است در ۶ آوریل ۱۹۸۷، جهت رویه قضایی را تغییر داد و مجدداً بر این اصل تأکید کرد که: «اگر نگهدارنده شیئی که موجب خسارت شده است ثابت کند که تقصیر زیان‌دیده، در ایراد خسارت، نقش داشته است از مسؤولیتش کاسته می‌شود». در نتیجه، امروزه رأی دُمار در روند تحول قواعد مسؤولیت مدنی در فرانسه، یک پراتز محسوب می‌شود؛ اما در عین حال، نقش بسیار مفیدی ایفا کرده است، زیرا باعث شد که قانونی درباره حوادث رانندگی به تصویب برسد.

اگرچه در نهایت، تأثیر این دوره از رویه قضایی بر اصل کاهش مسؤولیت ناشی از تقصیر زیان‌دیده، طولانی مدت نبود، اما یک رویه قضایی دیگر، ضرورت ارتکاب تقصیر از سوی زیان‌دیده برای کاهش مسؤولیت خواننده را زیر سؤال برده است.

۳- تأثیر «فعل بدون تقصیر» زیان‌دیده، بر حق جبران خسارت او

مدتی بود که ضرورت ارتکاب تقصیر از سوی زیان‌دیده، به عنوان شرط کاهش مسؤولیت خواننده، مورد انتقاد قرار می‌گرفت.

اما اینکه صرفاً یک فعل، بدون تقصیر زیان دیده بتواند باعث کاهش غرامتی باشد که برعهده عامل خسارت است، مسأله‌ای بود که تا دهه ۱۹۶۰، نه دادگاهها به طور جدی به آن توجه کرده بودند و نه دکتربین حقوقی. با وجود این، پس از صدور چند رأی، که در تحلیل آنها جای تردید وجود داشت^{۳۳} شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور، در ۱۷ دسامبر ۱۹۶۳ صراحتاً این عامل معافیت را پذیرفت. شعبه مذکور، رأیی را به این علت نقض کرد که قضات، معافیت نگهدارنده شیء را وابسته به اثبات تقصیر زیان دیده کرده بودند، «در حالی که از سوی دیگر، فعلی را احراز کرده بودند که اگر با خسارت، رابطه سببیت می‌داشت می‌توانست یک وضعیت خارجی خاص باشد که نگهدارنده را از بخشی از مسؤولیت، معاف کند». بعدها این موضع‌گیری، بارها مورد تأیید قرار گرفت.

در واقع، این رویه قضایی، مورد موافقت همه قرار نگرفت و شعبه اول و سوم مدنی دیوان عالی کشور، صراحتاً با آن مخالفت کردند که این امر، اهمیت راه‌حل جدید در سال ۱۹۶۳ را کاهش داد، زیرا نه در مورد مسؤولیت قراردادی اعمال شد و نه در مورد اموال غیرمنقول، به ویژه مسؤولیت ساختمان‌سازان. به علاوه به نظر می‌رسید که شعبه کیفری دیوان عالی کشور نیز با آن مخالف است.

اما آنچه تعجب‌آور است این است که شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور، پس از آنکه با عباراتی بسیار کلی، بر اصل کاهش مسؤولیت ناشی از فعل بدون تقصیر زیان دیده تأکید کرد، بعداً خودش دامنه اجرایی آن را محدود کرد و به ویژه اعلام داشت که خواننده فقط بر مبنای اصل مسؤولیت

23 . C.LAPOYADESCHAMPS, th. préc., p. 569 et 570.

قهری - و نه وقتی که تقصیرش به اثبات رسیده - می‌تواند از این اصل، بهره‌مند شود و به آن استناد کند. سپس از این فراتر می‌رود و فقط «نگهدارنده» شیء را که براساس بند ۱ ماده ۱۳۸۴ و ۱۳۸۵ قانون مدنی^{۲۴} مسؤول شناخته می‌شود را مجاز می‌داند تا به آن استناد کند و دیگر «مسئولان قهری» مانند مالک یک ساختمان را که براساس ماده ۱۳۸۶^{۲۵} علیه آنان شکایت شده باشد، مجاز نمی‌داند که به اصل کاهش مسؤولیت ناشی از فعل بدون تقصیر زیان‌دیده استناد کنند.

این رویه قضایی، درباره فعل بدون تقصیر زیان‌دیده مباحث مهمی را دامن زده است. این مباحث، در درجه اول، به معیار «فعل بدون تقصیر» مربوط می‌شوند، زیرا تردیدی در این نیست که همه افعال زیان‌دیده، خواننده را از مسؤولیت معاف نمی‌کند.^{۲۶} اما مهمتر از آن، مبنای اصل کاهش مسؤولیت خواننده به علت فعل بدون تقصیر زیان‌دیده، جداً مورد مناقشه قرار گرفت.^{۲۷} بیشتر نویسندگانی که این مسأله را مطالعه کردند،

۲۴. ماده ۱۳۸۵: «مالک یک حیوان یا کسی که از آن استفاده می‌کند، در طی مدتی که آن را در اختیار دارد، مسؤول خسارتی است که حیوان به بار آورده است، چه حیوان، تحت نگهداری او باشد و چه سرگردان باشد و یا فرار کرده باشد».

۲۵. ماده ۱۳۸۶: «اگر ساختمان، بر اثر نارسایی در نگهداری یا عیب در ساخت، ویران شود و خسارت به بار آورد، مالک آن، مسؤول خواهد بود».

۲۶. به ویژه رک.

A. TUNC, note D. 1964, p. 569; F. CHABAS, ch. préc., D., 1973, p. 207; B. BONJEAN, *Le fait personnel non fautif dans le droit de la responsabilité civile*, th. Grenoble, 1973; C. LAPOYADE DESCHAMPS, op.cit., p. 612 à 616; G. DURRY, bos. *RTD civ.*, 1975, p. 713; B. PUILL, *Les caractères du fait non fautif de la victime*, D., 1980, ch. p. 157; J. C. MONTANIER, note *JCP*, 1981. II.19562.

۲۷. به ویژه رک.

C. LAPOYADEDESCHAMPS, op.cit; B. STARCK, ch. préc., *JCP*, 1970.I.2339, note *JCP*, 1973.II.17450; F. CHABAS, ch. préc., D., 1973, ch. p. 207; A. TUNC, note préc., D., 1964, p. 569; G. DURRY, *L'exonération du gardien par le fait de la victime dans le domaine des accidents de la circulation*, Mélanges Weill, p. 217 et s.

صراحتاً بیان می‌کنند که این رویه قضایی نه تنها به طور مستقیم، برخلاف روند قواعد مسؤلیت مدنی است. همانطور که می‌دانیم به سمت حمایت از اشخاص آسیب‌دیده پیش می‌رود. بلکه به ویژه تقارنی که ظاهراً به نظر می‌آید میان مسؤلیتهای بدون تقصیر خواننده و زیان‌دیده وجود دارد کاملاً بر اثر بیمه، منتفی شده است، چرا که بیمه، مسؤلیت عامل خسارت را پوشش می‌دهد، نه مسؤلیت زیان‌دیده را. پذیرش اینکه «فعل بدون تقصیر زیان‌دیده» بتواند مسؤلیت خواننده را کاهش دهد، نه تنها باعث برابری دو طرف نمی‌شود، بلکه مسؤلیت زیان‌دیده را تشدید می‌کند و این در حالی است که مسؤلیت عامل خسارت، از پیش، تقریباً به طور کامل از بین رفته بود.

بنابراین رویه‌ای که در سال ۱۹۶۳ توسط شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور، آغاز شده بود به شدت قابل انتقاد بود و لذا حذف آن بسیار مطلوب بود. این رویه توسط رأی دُمار ملغی شد، زیرا این رأی هرگونه معافیت جزئی و به تعبیر دیگر، هرگونه کاهش مسؤلیت نگهدارنده، مبتنی بر رفتار زیان‌دیده را ممنوع می‌دانست. اما وقتی که دیوان عالی کشور در سال ۱۹۸۷، راه‌حل پذیرفته شده در این رأی را کنار گذاشت، رویه‌ای که معتقد به کاهش مسؤلیت بر اثر فعل بدون تقصیر زیان‌دیده بود، هرگز دوباره زنده نشد. بنابراین، امروزه باید این رویه را متروک دانست.^{۲۸}

۲۸. برای مطالعه یک تأیید اخیر و روشن بر لزوم تقصیر زیان‌دیده، برای معافیت جزئی نگهدارنده (که در این مورد، نگهدارنده یک حیوان، مطرح است) رک.
Civ. 2^e, 18 oct. 1995, Bull. civ., II, n^o 242; Resp. civ. et assur., 1995, comm., n^o 352.

ب- استثنائات وارده بر اصل کاهش مسؤولیت

۱- زیان دیدگان از جرایم مالی

اگرچه امروز شعبه کیفری دیوان عالی کشور، اصل تقسیم مسؤولیت میان مباشر یک جرم کیفری و زیان دیده را می پذیرد، اما در مورد برخی از جرایم که نفعی برای مباشر دارد از این اصل تخطی می کند، زیرا پذیرش اینکه میزان غرامت، به علت تقصیر زیان دیده، کاهش پیدا کند به مباشر جرم اجازه می دهد تا بخشی از سود ناشی از جرم را برای خود حفظ کند. بنابراین، مباشر جرم به هیچ وجه، حتی به صورت جزئی نیز نمی تواند از مسؤولیت معاف شود. با وجود این، رویه قضایی به اشکال مختلف، از تأثیر این محدودیت از اصل کاهش مسؤولیت می کاهد. از یک سو، تخطی از اصل کاهش مسؤولیت، فقط شامل جرایم عمدی علیه حق مالکیت است مانند سرقت، کلاهبرداری، خیانت در امانت و صدور چک پرداخت نشدنی. از سوی دیگر، زیان دیده باید صرفاً مرتکب تقصیر سهل انگاری شده باشد و نباید در ارتکاب جرم، مشارکت داشته باشد. در غیر از این موارد، قواعد عمومی تقسیم مسؤولیت، قابل اعمال است.

۲- زیان دیدگان از حوادث رانندگی

استثنای دیگری که بر اصل کاهش مسؤولیت، ناشی از تقصیر زیان دیده، وارد است و دامنه گسترده ای نیز دارد، مبتنی بر قانون ۵ ژوئیه ۱۹۸۵ راجع به بهبود وضعیت زیان دیدگان حوادث رانندگی می باشد. مواد ۳ تا ۶ این قانون، به خواننده (راننده یا نگهدارنده یک وسیله نقلیه موتوری) اجازه می دهند تا به تقصیر زیان دیده استناد کند و بدین ترتیب، قانونگذار

در این زمینه - دست کم نسبت به برخی از طبقات زیان دیدگان و در مورد برخی از زیانها - دامنه بسیار محدودی را در نظر گرفته است و یکی از ویژگیهای بارز قانون مذکور نیز این است که تفاوتی برای زیان دیدگان مختلف حوادث رانندگی قائل شده است.

قانون، نخست به طور ضمنی، زیانهای وارده به اموال را از زیانهای وارده به اشخاص، تفکیک می کند. در مورد دسته اول، تقصیر زیان دیده، موجب کاهش غرامت یا منتفی شدن غرامت می شود (بند اول ماده ۵)^{۲۹} که این چیزی جز اعمال قواعد عمومی نیست. در مورد دسته دوم، باید زیان دیدگان را از یکدیگر تفکیک کرد. وضعیت رانندگان زیان دیده نیز شبیه به زیان دیدگان از خسارات وارده به اموال است. آنها تا حدودی شبیه به زیان دیدگان فدا شده هستند (ماده ۴).^{۳۰} اما کسانی که راننده نباشند، نسبت به قواعد عمومی از وضعیت مناسب تری برخوردارند، زیرا اصولاً خواننده نمی تواند در برابر بسیاری از آنها به تقصیرشان استناد، کند مگر اینکه تقصیرشان، هم نابخشودنی باشد و هم علت منحصر حادثه باشد (بند ۱ ماده ۳).^{۳۱} با وجود این، اگر زیان دیدگانی که آسیب جسمانی دیده اند، زیر شانزده سال، یا بالاتر از هفتاد سال داشته باشند و یا دچار از کارافتادگی حداقل هشتاد درصدی باشند، از یک نظام استثنایی مناسب تری برخوردار

۲۹. بند ۱ ماده ۵: «تقصیر زیان دیده، جبران زیانهای مالی وارده به او را کاهش می دهد و یا منتفی می کند...».

۳۰. ماده ۴: «تقصیر راننده وسیله نقلیه موتوری زمینی، جبران زیانهای او را کاهش می دهد و یا منتفی می کند...».

۳۱. بند ۱ ماده ۳: «خسارت زیان دیدگان، به غیر از رانندگان وسیله نقلیه موتوری زمینی، بدون آنکه تقصیرشان علیه خودشان قابل استناد باشد، قابل جبران است مگر آنکه مرتکب تقصیر نابخشودنی شده باشند که علت منحصر حادثه باشد».

می‌شوند، زیرا فقط تقصیر عمدی آنها علیه‌شان قابل استناد است (بند ۲ و ۳ ماده ۳).^{۳۲}

بنابراین، قانون ۱۹۸۵ به طور قابل ملاحظه‌ای، وضعیت برخی از زیان‌دیدگانی را که دچار آسیب جسمانی شده‌اند - به غیر از رانندگان - بهبود می‌بخشد، زیرا شرایطی که در آن، تقصیر آنها علیه‌شان قابل استناد است، محدودتر از قواعد عمومی شده است. اما ملاحظه می‌شود که برخلاف آنها، رانندگان، در مقایسه با وضعیتی که پیش از لازم‌الاجرا شدن این قانون وجود داشت - و رویه قضایی دُمار نیز نشان‌دهنده آن بود - در موقعیت نامساعدتری قرار گرفته‌اند، زیرا از این به بعد، همیشه تقصیر ساده آنها نیز علیه‌شان قابل استناد است و می‌تواند مانع هرگونه جبران خسارت آنها باشد. بدین ترتیب می‌بینیم که گرچه نمی‌توان استثنائات وارده بر اصل کاهش مسؤلیت، به علت تقصیر زیان‌دیده را نادیده گرفت - چرا که عمدتاً به نفع عابران و سرنشینان وسایل نقلیه موتوری زمینی هستند - اما آن جایگاهی را که شاید انتظار می‌رفت در زمینه حوادث رانندگی برای آنها در نظر گرفته شود، پیدا نکردند. به اعتقاد ما، این استثنائات آغاز راهی هستند که دست کم در زمینه آسیبه‌های جسمی ناشی از حادثه، باید ادامه پیدا کند.

۳۲. بند ۲ ماده ۳: «اگر زیان‌دیدگان مذکور در بند پیشین، کمتر از شانزده سال، یا بیشتر از هفتاد سال داشته باشند و یا به هنگام حادثه، دارای مدرکی باشند که نشان دهد، حداقل، دچار از کارافتادگی هشتاد درصدی هستند، در هر حالتی، آسیب جسمیشان، قابل جبران خواهد بود».

بند ۳ ماده ۳: «با وجود این، در موارد مذکور در دو بند گذشته، اگر زیان‌دیده، عمداً خواسته باشد به خود زیان برساند، عامل حادثه، موظف نخواهد بود که آسیبه‌های جسمی او را جبران کند».

گفتار دوم - اعمال کاهش مسؤولیت به علت تقصیر زیان‌دیده، که دارای ویژگیهای قوه قاهره نباشد چگونه باید دامنه کاهش مسؤولیت را تعیین کرد؟ چگونه باید زیان‌دیده را که علت این کاهش است تعریف کرد؟ دادگاهها روزانه درباره اجرای این اصل، همواره با این دو مسأله روبرو هستند.

۱- دامنه کاهش

وقتی که ثابت شود که خواننده مرتکب تقصیری شده است، تعیین میزان غرامتی که او علی‌رغم تقصیر زیان‌دیده باید پردازد، در همان شرایطی که مسؤولیت میان عاملان مشترک یک تقصیر، تقسیم می‌شود صورت می‌گیرد و روشهایی که اعمال می‌شود عملاً به یک شکل است. اصولاً تقسیم برحسب شدت تقصیرها صورت می‌گیرد.^{۳۳} اما اختیار مطلقاً که به قضاوت داده شده است^{۳۴} به آنها این امکان را می‌دهد تا هرگونه عامل دیگری را نیز مد نظر قرار دهند. اگر تقصیر زیان‌دیده، در شرایطی عادی، موجب کاهش مسؤولیت خواننده می‌شود، در نظر گرفتن شدت تقصیر و نقش سببی آن، می‌تواند استثنائاً موجب معافیت کامل او شود. نمونه آن،

۳۳. رک.

C. LAPOYADE DESCHAMPS, op.cit., p. 195 à 197.

V. J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations, Le fait juridique*, n° 175.

حتی این دو نویسنده معتقدند که تنها ملاک تقسیم مسؤولیت، میزان شدت تقصیرهاست.

۳۴. با وجود این، اخیراً دیوان عالی کشور اعلام کرده است که هنگامی که چند نفر، با تقصیر مشترکشان به خودشان زیان برسانند تقسیم مسؤولیتها باید مطابق یک نسبت واحد، صورت گیرد. این امر، قدرت ارزیابی قضاوت را محدود می‌کند.

Crim, 24 juin 1992, JCP. 1992, II. 21929, note G. MÉMETEAU, *Resp. civ. et assur.*, 1992, comm., n° 416 et ch. n° 38, par A. M. PÉANO, *RTD civ.*, 1993, p. 142, obs. P. JOURDAIN.

موردی است که زیان دیده مرتکب تقصیر عمدی شده باشد و یا با تقصیر خود، مباشر را تحریک کرده باشد.^{۳۵} در چنین شرایطی، معافیت کامل خواننده، به دو طریق قابل توجیه است: یکی اینکه زیان دیده‌ای که مرتکب یک تقصیر بسیار شدید شده است باید تنبیه شود و توجیه دیگر این است که این تقصیر او سبب «انحصاری» خسارت بوده است که رابطه سببیت میان فعل زیانبار خواننده و زیان را قطع کرده است. علاوه بر این، دادگاهها در بعضی موارد، به این دلیل که علت انحصاری زیان وارده به زیان دیده، تقصیر خود او بوده است، حکم به معافیت کامل خواننده صادر می‌کنند.^{۳۶} در برخی موارد هم، آرای صادر شده است که بدون احراز ویژگی‌های قوه قاهره، خواننده را معاف کرده‌اند. توجیه ضمنی رویه قضایی مذکور، این است که تقصیر زیان دیده، سبب انحصاری یا تنها سبب خسارت بوده است. در فرضی که هیچگونه تقصیری از خواننده به اثبات نرسیده است نیز او بر مبنای مسؤلیت قهری، مسؤل شناخته شده است و رویه قضایی، پس از مدتی، پذیرفت که تقصیر زیان دیده، کاملاً خواننده را از مسؤلیت معاف می‌کند. اما از سال ۱۹۳۴ به بعد، تنها قائل به کاهش مسؤلیت خواننده شد. حال، قضات برای اندازه‌گیری میزان معافیت، از آزادی کامل برخوردارند و این به حدی اختیار آنها را افزایش داده است که دامنه مفهوم تقصیر زیان دیده، گسترده‌تر شده است.

۳۵. اما وقتی که رفتار خواننده محرک فعل زیان دیده باشد، دادگاهها هرگونه کاهش غرامت زیان دیده را مردود می‌دانند.

Civ. 2^e, 9 déc. 1992, Bull. civ., II, n^o 305, Resp. civ. et assur., 1993, comm. n^o 73.

۳۶. مفهوم مخالف آن این است که تقصیر ساده و غیرانحصاری زیان دیده، نمی‌تواند مانع ادعای او علیه خواننده تقصیر کار باشد. (Civ. 1^{re}, 24 janv. 1995, Bull. Civ., I, n^o 53). رأی اخیر مربوط به دعوی فروشنده‌گان، علیه یک سردفتر اسناد رسمی بود که از جمله، مرتکب تقصیر سنگین شده بود.

۲- ارزیابی تقصیر زیان‌دیده و ویژگی سببی آن در رویه قضایی

دیوان عالی کشور که همواره کنترل این ارزیابی را در اختیار خود نگه داشته است تاکنون همیشه تلاش کرده است تا قضاات را موظف کند که وقتی در مورد تقصیر زیان‌دیده یا هر کس دیگری تصمیم‌گیری می‌کنند همان شیوه‌ها و معیارها را ملاک قرار دهند. این روش باعث اتخاذ تصمیماتی شد که به طور کلی برای شخص آسیب‌دیده سختگیرانه است. زیرا این اجازه را می‌دهد که نه تنها اعمال مثبت و منفی ممنوع شده توسط قانون و مقررات^{۳۷} علیه او قابل استناد باشد، بلکه همچنین هرگونه نقض «تکلیف کلی مبنی بر مراقبت از ایمنی خود» نیز علیه او مورد استناد قرار گیرد. بدین ترتیب، تقصیر زیان‌دیده، همواره چه در زمینه مسؤولیت قراردادی و چه مسؤولیت قهری - به ویژه در زمینه حوادث رانندگی - به عنوان یک عامل کاهش مسؤولیت، مورد استناد قرار می‌گیرد و پذیرفته می‌شود، زیرا در این صورت، در موارد بسیار زیادی این امکان وجود دارد که یک واکنش ناشیانه یا فراموش کردن یک احتیاط که می‌توانست جلوی وقوع زیان را بگیرد و یا آن را کاهش دهد مورد استناد قرار گیرد.^{۳۸} با وجود این نمی‌توان گفت که رویه قضایی، همیشه علیه زیان‌دیده

۳۷. امروزه شاهد هستیم که مقررات الزام‌آور برای خود زیان‌دیدگان، در جهت حفاظت از خود، رو به فزونی نهاده است. نمونه بارز آن، تکلیف بستن کمربند ایمنی توسط رانندگان خودرو و کلاه ایمنی برای موتورسواران است. در این مورد رک.

Crim., 16 mars 1977, D., 1977, p. 469, note G. MORANGE.

۳۸. به ویژه رک.

Civ. 2^e, 27 oct. 1975, JCP, 1975, IV, p. 372.

شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور در این رأی خود، زیان‌دیده‌ای را به دلیل آنکه پیش از سوار شدن به خودرو، اطمینان حاصل نکرده بود که راننده‌اش گواهینامه رانندگی دارد یا نه، مقصر شناخت!

سختگیری می کند، زیرا دادگاهها غالباً دفاع مبتنی بر این ادعا را که زیان دیده مرتکب تقصیر شده است رد می کنند. به عنوان مثال، دیوان عالی کشور، همیشه مخالف آن بوده است که «پذیرش خطرات» به عنوان عامل معافیت تلقی شود، مگر اینکه یک بی احتیاطی تقصیرآمیز باشد. اما هنوز موضع دیوان عالی کشور، نسبت به کودکان زیان دیده بسیار مبهم است، زیرا اگرچه گاهی موضع متعادلی در قبال آنان اتخاذ می کند،^{۳۹} اما غالباً به ویژه در برابر کوچکترها سختگیری شگفت آوری از خود نشان می دهد.^{۴۰}

۳- تقصیر زیان دیدگان فاقد عقل

مدتها رویه قضایی معتقد بود که نمی توان به این عنوان که ممکن است یک کودک فاقد تشخیص، مرتکب تقصیری شده باشد که یک شخص ثالث، مسؤول آن اعلام شده است - جبران کامل خسارت آن کودک را مردود دانست.

مبنای رویه مذکور، این بود که نمی توان به کسی که از عقل کافی برخوردار نیست تا بتواند ماهیت اعمال خود را تشخیص دهد، تقصیری را نسبت داد. اما دیوان عالی کشور، به موضع سابق خود بازگشت و در آرای صادره از هیأت عمومی دیوان، مورخ ۹ مه ۱۹۸۴ اعلام شد که قاضی برای

۳۹. موضع دیوان عالی کشور در قبال کودکان، دچار تردید است. در یک مورد، دیوان حکم داده است که واکنش ناخودآگاه کودک، که ناشی از ترس باشد نمی تواند موجب معافیت مسؤول باشد. مشخصات رأی مذکور به شرح زیر است:

Civ. 2^e, 31 mars 1978, JCP, 1978, IV, p. 179.

۴۰. به عنوان مثال، شعبه دوم مدنی، یک کودک را که در یک سیلوی غلات افتاده و خفه شده بود، به این علت که سرپیچی کرده بود مقصر شناخت!

Civ. 2^e, 11 juillet, 1979, JCP, 1979, IV, p. 318.

اینکه بخشی از مسئولیت را به عهده کودک بگذارد ملزم نیست بررسی کند که آیا او می‌توانسته آثار عمل خود را تشخیص دهد یا نه. این راه‌حل که نشانگر حذف شرط قابلیت انتساب معنوی تقصیر است، در مورد دیوانه‌ای که زیان‌دیده واقع شده است - و پیش از این براساس ماده ۲-۴۸۹ قانون مدنی،^{۴۱} مسؤل شناخته شده بود - نیز اعمال می‌شود. اما هنوز مسلم نیست که عللی که موجب شد تا مسئولیت اشخاصی که «تحت تأثیر اختلال روانی»، خسارت به بار آورده‌اند پذیرفته شود، بتواند توجیه‌کننده آن باشد که کودکان کم سن، یا به طور کلی‌تر، اشخاص فاقد عقل، «به عنوان زیان‌دیدگان» از خساراتی که متحمل شده‌اند نیز مسؤل اعلام شوند.^{۴۲} به طور کلی، راه‌لهای پذیرفته شده، بسیار ناعادلانه‌اند و با هدف حمایت از زیان‌دیدگان خسارات جسمانی - که یکی از گرایشهای غالب در تحول حقوق مسئولیت مدنی، از یک قرن پیش تاکنون است - تعارض آشکار دارد.

۴- ارزیابی انتقادی

اصل کاهش مسئولیت (یا معافیت جزئی از مسئولیت) ناشی از تقصیر زیان‌دیده، به شدت مورد انتقاد قرار گرفته است. به ویژه این ایراد بر آن وارد شده است که ویژگیهای این به اصطلاح، «تقصیر زیان‌دیده» را

۴۱. ماده ۲-۴۸۹: «کسی که تحت تأثیر یک اختلال روانی به دیگری زیان برساند نیز باید آن را جبران کند».

۴۲. رک.

Obs. P. JOURDAIN au JCP 1984.II.20256; Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale, th. Paris II, no^{OS} 476 et s., 507 et 508; G. VINEY, La faute de la victime d'un accident corporel: le présent et l'avenir, JCP, 1984, I.3155.

– که در بیشتر موارد، چیزی جز واکنش نامناسب به تقصیر یا فعل خواننده نیست – در نظر نمی‌گیرد.^{۴۳} باید به این نکته نیز اشاره کرد که اصولاً هدف دادگاهها از توسعه مفهوم تقصیر، این بوده است تا با انعطاف بخشیدن به شرایط مسؤولیت، از زیان دیدگان حمایت کنند. اما همین توسعه مفهوم «تقصیر زیان‌دیده»، دقیقاً برخلاف این هدف است و نتایج تأسف‌باری به دنبال دارد، چرا که تشابه ظاهری میان وضعیت زیان‌دیده و عامل خسارت، به واسطه بیمه، که فقط به نفع عامل خسارت است به شدت بر هم می‌خورد. بنابراین، دلایل قانع‌کننده‌ای وجود دارد که نشان می‌دهد که به هیچ وجه، غیرمنطقی نیست که برای ارزیابی تقصیر زیان‌دیده، معیارهای مضیق‌تری نسبت به معیارهای ارزیابی تقصیر شخص ثالث اعمال شود، زیرا بدین ترتیب، راه‌حلهای عادلانه‌تری به اجرا درمی‌آید. در عین حال باید منتظر ماند تا سیستمی که بیشتر به آن اشاره شد، به اجرا درآید که بر مبنای آن فقط تقصیر «شدید» یا «نابخشودنی» شخص آسیب‌دیده می‌تواند باعث کاهش مسؤولیت خواننده شود.

امروزه این تحول به قدری طبیعی و دلخواه است که همانطور که دیدیم قانون ۵ ژوئیه ۱۹۸۵، آشکارا به این سو رفته است و به ویژه و خوشبختانه، کودکان را از شمول یک رویه قضایی که توسط دو رأی مشهور هیأت عمومی دیوان عالی کشور در ۹ مه ۱۹۸۴، ایجاد شده بود، خارج ساخته است. رویه مذکور، بیش از پیش، کودکان را از جبرانی که بسیار ضروری بود، محروم می‌ساخت. با وجود این، کاری که قانونگذار در مورد حوادث رانندگی انجام داد، در رابطه با دیگر حوادثی که کودکان هر

43. C.LAPOYADE DESCHAMPS, op.cit., p. 33 à 49.

روز در معرض آن هستند نیز باید صورت گیرد. اما ملاحظه می‌شود که دیوان عالی کشور، نه تنها در این راه گام برداشته است، بلکه به تازگی در برابر این زیان دیدگان، سختگیری شگفت‌آوری از خود نشان داده است؛ زیرا رفتارهایی را تقصیر کارانه دانسته است که کاملاً با آنچه که معمولاً از یک کودک انتظار می‌رود تطابق دارد.^{۴۴}

از نظر ما، این رویه قضایی، بسیار تأسف آور است.

بخش دوم - تأثیر «عوارض پیشین» زیان‌دیده

۱- مخالفت با کاهش مسؤلیت خواننده

دشواری این موضوع که مورد توجه خاص صاحب‌نظران بوده است،^{۴۵} جمع کردن دو لازمه بنیادین مسؤلیت است. از یک سو مسؤل باید خسارت زیان‌دیده را به طور کامل جبران نماید و از سوی دیگر او صرفاً باید خسارتی را که وارد کرده است جبران کند. حال اگر زیان‌دیده به علت نارساییهای جسمی‌اش، زمینه بسیار مساعدی برای آسیب‌پذیری

۴۴. به ویژه رک. Civ. 2^e, 28 févr. 1996 (دویدن کودکی هشت ساله به سوی دوستش که یک تابه آشپزی در دست داشت، «تقصیر» شناخته شد) و Civ. 2^e, 19 févr. 1997 (کودکی که به یک الاکلنگ در حال حرکت، نزدیک شده بود «مقصر» شناخته شد).
۴۵. در این زمینه رک.

N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, n^{os} 356 et s; J.C. MONTANIER, *L'incidence des prédispositions de la victime sur la causalité du dommage*, the Grenoble. 1978; B. STARCK, *La pluralité des causes de dommage*, ch. pré. JCP, 1970.1.2339, n^o 84; G. DURRY, obs. *RTD civ.*, notamment 1969, p.795, 1971, p. 657; J. NGUYEN THANH NHA, *L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation à réparation du défendeur à l'action en responsabilité*, *RTD civ.*, 1976, p. 1 et s; C. LAPOYADE DESCHAMPS, th. préc., p.421 et 8.

داشته باشد، در اینکه کل این خسارت ناشی از فعل منتسب به خواننده باشد، تردید وجود خواهد داشت.

با وجود این، تاکنون بیشتر سیستمهای حقوقی خارجی، به این اصل کلی که بر مبنای آن، «عامل خسارت، باید زیان دیده را همانگونه که هست تلقی کند» وفادار مانده‌اند.^{۴۶} اصل مذکور به این معناست که نمی‌توان به استناد عارضه‌های پیشین زیان دیده، جبران خسارت او را منتفی یا محدود کرد. البته این اصل، استثنائات و محدودیتهای مختلفی دارد.

در حقوق فرانسه، از این به بعد، دکترین حقوقی و رویه قضایی قبول دارند که عارضه‌های پیشین، مانعی برای اثبات رابطه سببیت میان فعل اولیه منتسب به خواننده و خسارت نهایی به شمار نمی‌رود. اگر ثابت شود که دخالت خواننده، عارضه پیشین را تشدید کرده است، همین برای اثبات رابطه سببیت کافی است.^{۴۷} بنابراین، عارضه‌های پیشین زیان دیده مانند قوه قاهره نیستند که خواننده را به طور کامل از مسؤولیت معاف کنند.

اما آیا حداقل باعث کاهش مسؤولیت خواننده می‌شوند؟

در این زمینه است که تردیدها رخ می‌نمایند. دیدگاههای متفاوتی توسط حقوقدانان ابراز شده است. بعضی از نویسندگان، عارضه‌های پیشین

۴۶. رک.

A.M. HONORÉ, *International Encyclopedia of comparative law*, vol. XI. *Torts*, chap. 7. n° 182.

۴۷. در این زمینه رک.

Civ. 2^e, 15 déc. 1986. D., 1987, p. 450, 2^e arrêt. note Y. LAMBERT-FAIVRE- Crim., 15 mars 1988, D., 1988, IR, p.124.

همچنین در مورد خودکشی زیان دیده در پی یک حادثه - که او پیش از آن، دچار افسردگی بود - رک. Civ. 2^e, 26 oct. 1972, D., 1973, somm. p. 51- Civ. 2^e, 25 avr. 1973, D., 1973, IR, p. 136, paris, 5 mai 1962, *Gaz. Pal.*, 1962.II.172, *RTD civ.*, 1963, p.357.

را یک «رویداد طبیعی کاهش دهنده مسؤولیت» تلقی می کنند،^{۴۸} در حالی که برخی دیگر با این نظر مخالفند و بر این باورند که وضعیت زیان دیده، نه یک تقصیر است و نه حتی یک فعل بدون تقصیر و لذا اصولاً نمی توان به استناد آن، مسؤولیت را تقسیم کرد.^{۴۹} با وجود این، نویسندگانی که به تازگی مطالعات عمیق تری در این زمینه انجام داده اند، تا حدود زیادی، دیدگاههای مشترکی در مورد اصول قابل اجرا در این زمینه و تفکیک های قابل اعمال، ارائه داده اند.^{۵۰} همه آنها موافقند که صرف «عارضه های پیشین» نمی تواند در حکم «فعل زیان دیده» باشد، به طوری که توجیه کننده کاهش مسؤولیت خواننده باشد. به اعتقاد آنها فقط، تقصیر طرف آسیب دیده می تواند موجب کاهش مسؤولیت خواننده شود، مثل اینکه با بی احتیاطی، خود را در معرض خطری قرار داده باشد که وضعیتش به طور طبیعی، مناسب آن نبوده باشد و یا اینکه نسبت به درمان خود، سهل انگاری کرده باشد و یا عمداً به خود آسیب رسانده باشد. اما این نویسندگان در عین حال قبول دارند که خواننده موظف نیست آثار خسارتی را که کاملاً بدون ارتباط

۴۸. رک.

NAYRAL DE PUYBUSQUE, *Prédispositions de la victime et partage de responsabilité*, *Gaz. Pal.*, 1969, 2, doc. p. 1- NAYRAL DE PUYBUSQUE et L. MELENNEC, *Suicide, traumatisme et prédispositions*, *Gaz. Pal.*, 1975, 2, doc., p. 722; A. TUNC, obs. *RTD civ.*, 1963, p. 336, n° 31, 1961, p. 314, n° 7.

49. V.N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, n° 359, p. 275, du même auteur, in AUBRY et RAU, t. VI-2, 8^e éd., n° 86; J.C.MONTANIER, op.cit., n° 220; J.NGUYEN THANH NHA, art. préc., *RTD civ.* 1976, p. 1 et 8; G.DURRY, obs. *RTD civ.* 1971, p. 657, n° 12.

۵۰. به ویژه مراجعه شود به مقاله:

J. NGUYEN THANH NAH, art. préc., *RTD civ.* 1976, p. 1 et s.

به ویژه بخش نتیجه گیری این مقاله.

با عمل او به وجود آمده است جبران کند. آنها، بدین منظور، «عارضه‌های بدون نماد خارجی» و «عارضه‌های پایدار و تثبیت شده» که قبل از فعل زیانبار و کاهش توانایی وجود داشته‌اند و ناشی از پیشرفت «اجتناب‌ناپذیر» نارسایی پیشین بوده‌اند، را از یکدیگر تفکیک می‌کنند.^{۵۱} از نظر آنها، دسته اول نباید موجب کاهش غرامت زیان‌دیده شود، اما موارد دیگر را باید از عارضه‌هایی کم کرد تا دامنه خسارت قابل انتساب به خواننده مشخص شود.

اگرچه وضعیت حقوق موضوعه، بسیار مبهم به نظر می‌رسد، ولی نظریه‌پردازیهای جدید حقوقی تأثیرات مثبتی در آن داشته است، به طوری که علی‌رغم برخی آرای متعارض که نسبتاً نادر هستند، راه‌حلهای اعمال شده، به هم نزدیک شده‌اند.

دادگاههای مدنی که بیشتر با مسأله تأثیر عارضه‌های پیشین زیان‌دیده سر و کار دارند، کاملاً با تقسیم مسؤولیت - به ویژه در صورتی که حادثه به مرگ زیان‌دیده بیانجامد - مخالفت می‌کنند. شعبه کیفری دیوان عالی کشور هم موضع مشابهی را اعلام داشته است و در بیشتر موارد، هرگونه تأثیرات عارضه‌های پیشین را بر جبران خسارت زیان‌دیده، مردود دانسته است. این آراء، در مورد نارساییهای جسمی هستند که پیش از ارتکاب فعل زیانبار وجود داشته‌اند، اما نماد خارجی نداشتند و یا حداقل موجب از کارافتادگی - که کاهش توان جسمی (زیان فیزیولوژیک) یا از دست رفتن عایدات زیان‌دیده (زیان اقتصادی) را در پی داشته باشد - نشده بودند. آرای صادره، همواره بر این امر تأکید می‌کنند که اگر عارضه

۵۱. عبارات داخل گیومه، برگرفته از منبع بالاست.

پیشین زیان دیده، فقط بر اثر حادثه یا جرم، آشکار شده و یا اثر خود را نشان داده باشند، نمی توان به علت وجود این عارضه ها، از حق جبران خسارت زیان دیده کم کرد.

با وجود این، گاه پیش می آید که وضعیت پیشین، برای کاهش حق جبران خسارت، مورد استناد قرار می گیرد.^{۵۲} اما در اینجا هدف این است که برای ارزیابی زیانی که توسط خواننده وارد شده است، از کارافتادگی پیشین که زیانی است که قبلاً زیان دیده متحمل آن شده بود، مدنظر قرار گیرد.^{۵۳}

۵۲. در مورد مرگ زیان دیده، که بخشی از آن ناشی از حادثه و بخشی نیز ناشی از عارضه های قبلی بود، رک.

Civ. 2^e, 27 oct. 1969, *Bull. Civ.* II, n^o 294. civ. 1^{re}, 1976, *JCP*, 1976, IV, p. 301.

در مورد خودکشی که ناشی از این هر دو عامل بود، رک.

Poitiers, 17 dec. 1986 *Gaz. Pal.*, 1961, I, p. 171. Angers. 28 avr. 1969 *Gaz. Pal.*, 1969, 2, somm. p. 49.

همچنین مراجعه کنید به رأی مبهمی که در ۲۸ نوامبر ۱۹۷۴ توسط شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور در مورد رأی دادگاه تجدیدنظر صادر شده بود. در پرونده مذکور، دادگاه تجدیدنظر، حکم داده بود که عامل حادثه ای که باعث شده بود عارضه مرگباری که زیان دیده از پیش دچار آن بود پیشرفت کند باید زیان را - که مرگ بود - به طور کامل جبران کند. این در حالی است که دادگاه مذکور، پذیرفته بود که زیان می بایست با توجه به شدت تومور بدخیم که زیان دیده به آن مبتلا بود ارزیابی شود. با وجود این، دیوان عالی کشور، رأی دادگاه تجدیدنظر را فاقد تعارض دانست.

Bull. civ. II, n^o 317, p. 261.

۵۳. به ویژه رک.

Crim 10 févr. 1976 d. 1976, p. 297, rapport M.E. Robert.

رأی اخیر، حکمی را تأیید کرد که براساس آن، فقط زیان فیزیولوژیک از جرم، می بایست جبران شود و برای تعیین میزان آن، می بایست آسیبهای قبلی، مورد توجه قرار گیرد.

Civ, 2^e, 11 oct 1989, *Bull. Civ.* II, n^o 178.

رأی اخیر، حوادث قبلی را که منجر به از کارافتادگی دائمی شده بود لحاظ کرد.

باید در نظر داشت که اگر از کارافتادگی، پیش از دخالت مسؤول، وجود داشته باشد و فعل زیانبار، نه تنها آن را وخیم‌تر کرده باشد بلکه «ماهیت از کارافتادگی پیشین را به کلی دگرگون کرده باشد»، رویه قضایی، دیگر از کارافتادگی پیشین را لحاظ نمی‌کند و خسارت زیان‌دیده را - آنگونه که از وضعیت جدید، به وجود آمده است - به طور کامل جبران می‌کند،^{۵۴} مانند موردی که عارضه جدید، هیچگونه تشابهی به وضعیت پیشین نداشته باشد، مثل فرد یک چشمی که بر اثر یک فعل زیانبار، به کلی نابینا می‌شود.

شعبه اجتماعی دیوان عالی کشور هم بارها در این زمینه، در رابطه با حوادث کار که آثار آن به علت عارضه‌های پیشین و یا یک نارسایی قبلی، تشدید شده باشد، رأی صادر کرده است. رویه این شعبه نیز که تردیدهایی را نشان می‌دهد،^{۵۵} نخست مبتنی بر این اصل بود که بر مبنای «فرض قابلیت انتساب»، توصیف حادثه کار، باید بر کل خسارت وارده در زمان و در مکان کار، از جمله بر آثار یک عارضه قبلی اعمال شود. اما سپس محدودیتهایی را بر این رویه به وجود آورد و نارسایی قبلی شناخته شده،

54. Crim 14 juin 1990 *Bull. crim.*, n° 244; *Resp. civ. et assur.*, 1990, comm., n° 318 *RTD civ.*, p. 126, obs. P. JOURDAIN.

رأی اخیر در مورد مرگ زیان‌دیده بود.

۵۵. در این زمینه رک.

J. J. DUPEYROUX, *Le déclin de la présomption d'imputabilité*, D., 1971, ch. p. 181, R.LINDON, concl. D., 1971, p. 181; G. DURRY, obs. *RTD civ.*, 1971, p. 657; TANIER, th. préc., 2^e partie; Y. SAINT-JOURS, *Accidents du travail: l'enjeu de la présomption d'imputabilité*, D., 1995, ch. p. 13.

قبل از حادثه یا حتی کشف شده بر اثر حادثه را از این قاعده مستثنی کرد.^{۵۶}

از سوی دیگر، شعبه اجتماعی، رویه متفاوتی نسبت به دیگر شعب دیوان عالی کشور در پیش گرفت، به این صورت که آثار خود حادثه را از آثار پیشرفت طبیعی عارضه پیشین تفکیک می کرد، زیرا آثار اخیر، به عنوان خسارتی که در آینده بوجود می آید و مجزا از خسارتی که خواننده مسؤول آن است، تلقی می شود. این راه حل، مورد تأیید هیأت عمومی دیوان عالی کشور قرار گرفت. هیأت عمومی در ۲۷ نوامبر ۱۹۷۰ اعلام کرد که «نباید خسارت زیان دیده از حادثه کار، براساس مقررات حوادث کار جبران شود مگر آنکه وخیم تر شدن وضعیت او، ناشی از حادثه باشد، به غیر از آثار وخیم شدن طبیعی عارضه ارثی او».

بنابراین، امروزه شعبه اجتماعی دیوان عالی کشور، در زمینه حوادث کار، مواضعی اتخاذ می کند که از برخی جهات، با مواضع شعبه های مدنی و کیفری در زمینه حوادث عمومی متفاوتند.

۲- ارزیابی

از نظر ما، راه حل های متفاوت شعبه های مدنی و کیفری دیوان عالی کشور قابل تأیید هستند، زیرا شعب مذکور تا حدود زیادی، پیشنهادهای معقول دکترین اخیر و در رأس آن، این اصل را که «عارضه های پیشین»

۵۶. رک.

J. C. MONTANIER, op.cit., n^o 513 à 519

در این صورت، رویه شعبه اجتماعی که تا حدودی از موضع غالب در رویه های شعب مدنی و بازرگانی فاصله می گیرد قابل مناقشه است، زیرا ناتوانی، هیچگونه آسیبی برای زیان دیده در پی نداشته است.

زیان دیده، باعث کاهش مسئولیت خواننده نخواهد شد رعایت می کنند. همانطور که وضعیت مالی شخص آسیب دیده، تعداد فرزندان او و وضعیت شغلی او، عناصر عینی وضعیت زیان دیده هستند که بر خواننده تحمیل می شوند، عارضه های پیشین زیان دیده نیز به همین عنوان، جزو عناصر عینی وضعیت زیان دیده هستند که نمی توانند باعث کاهش جبران خسارت زیان دیده شوند. حقوقدانان انگلیسی، با درستی تمام می گویند که «خواننده باید زیان دیده را همانطور که می بیند در نظر بگیرد». از نظر ما، این بسیار خطرناک است که به بیمه گران مسئولیت، اجازه داده شود تا برای کاستن از میزان غرامت، ثابت کنند که زیان دیده، دچار ضعف شدید بوده است و اگر شخص دیگری جای او بود، بهتر مقاومت می کرد. اگر چنین اجازه ای به بیمه گران داده شود و راه چنین بحثهایی باز شود بیم آن می رود که همواره اینگونه مناقشات مطرح شود و دامنه آن توسعه یابد و در نتیجه شاهد افزایش دعوایی باشیم که پرداخت غرامت را به تأخیر می اندازند و در نهایت باعث می شوند که اشخاص ضعیف تر، آثار ضعف خود را بر دوش کشند که این دقیقاً برخلاف جهتی است که یک سیستم پیشرفته جبران خسارت جسمانی - که از کمک مؤثر بیمه برخوردار می باشد - باید دنبال کند. اما مخالفت شعبه اجتماعی با اینکه عارضه قبلی یا وخیم تر شدن «حتمی» عارضه قبلی، به عهده عامل فعل زیانبار گذاشته شود، قابل قبول به نظر می رسد،^{۵۷} مشروط بر اینکه خواننده موفق شود که این عارضه قبلی یا

۵۷. از نظر ما این تفکیک خانم گوین تن نا (Nguyen Thanh Nah) قابل تأیید است که براساس آن، آسیبهای غیرحتمی و وخیم شدن طبیعی عارضه قبلی ناشی از یک روند بیماری حتمی و اجتناب ناپذیر، از یکدیگر تفکیک می شوند. از نظر او، مورد اخیر، یک خسارت مستقل و غیرقابل انتساب به خواننده محسوب می شود. در مورد اول، فرض بر این است که ثابت نشده است که بدون فعل زیانبار، بیماری قبلی به قدری پیشرفت می کرد که موجب یک ناتوانی شود.

ویژگی حتمی پیدایش آن - حتی بدون وقوع فعل زیانبار - را به اثبات برساند و در احتساب نرخ عارضه ناشی از فعل زیانبار، ناراحتی اضافی ناشی از آسیب یا بیماری پیشین، مد نظر قرار گیرد.^{۵۸} در هر حال باید احتیاط کرد تا عارضه قبلی باعث نشود که اصل جبران کامل خسارت نادیده گرفته شود. به ویژه در زمینه حوادث کار - که نویسندگان به «افول» فرض قابلیت انتساب اشاره کرده‌اند -^{۵۹} باید بیشتر احتیاط کرد. تنها، حالت‌های قبلی که زیانی باشند که زیان‌دیده، واقعاً در گذشته متحمل آن شده باشد باید به هنگام ارزیابی خسارت قابل انتساب به فعل زیانبار، احتساب شوند.

فصل دوم - تأثیر فعل زیان‌دیده مستقیم بر حق جبران خسارت زیان‌دیدگان غیرمستقیم

۱- آیا تقصیر زیان‌دیده مستقیم، علیه زیان‌دیدگان غیرمستقیم، قابل استناد است؟

اگر یکی از اشخاصی که به علت مرگ یا زخمی شدن شخص دیگری، متحمل زیان مادی و معنوی شده است علیه عامل حادثه اقامه دعوا کند، آیا در این حال، خواننده می‌تواند برای جلوگیری از محکومیت به

۵۸. به عنوان مثال، در مورد فرد یک چشم، این کافی نیست که میزان عارضه قبلی، دو برابر در نظر گرفته شود بلکه میزان آن را باید برحسب ناتوانی ایجاد شده بر اثر نابودی کامل بینایی احتساب کرد و گرامتی به زیان‌دیده اختصاص داد که کل خسارت ناشی از تفاوت میان آنچه که زیان‌دیده، پیش از حادثه می‌توانست انجام دهد و آنچه که هنوز می‌تواند بعد از آن انجام دهد را پوشش دهد.

59. V. J. J. DUPEYROUX, *Le déclin de la présomption d'imputabilité*. D., 1971, ch. p. 81; J.C. MONTANIER, th. préc., 2^e partie; Y. SAINT-JOURS, *Accidents du travail: l'enjeu de la présomption d'imputabilité*, D., 1995, ch. p. 13.

پرداخت کامل خسارت، به تقصیر (و یا حتی احتمالاً به «فعل بدون تقصیر») زیان دیده مستقیم استناد کند؟ مشکل این وضعیت، در ابهام آن است. از نظر خواننده - صرف نظر از شخصیت خواهان - مشارکت زیان دیده مستقیم در ورود خسارت، یک «فعل زیان دیده» است که اصولاً موجب کاهش مسؤولیت می شود، اما از نظر زیان دیدگان غیرمستقیم که هیچگونه مشارکتی در ورود خسارت نداشته اند، نقش زیان دیده مستقیم، مانند «فعل شخص ثالث» است که بر مبنای اصل «تعهد تضامنی» مباشران، اصولاً نباید باعث تقسیم مسؤولیتها باشد.

بنابراین، مسأله بسیار دقیق است و در همه جا، یک راه حل ندارد. به عنوان مثال، قانون مدنی آلمان، صراحتاً قابلیت استناد به تقصیر زیان دیده مستقیم، علیه زیان دیدگان غیرمستقیم را می پذیرد و لذا مسؤولیت را قابل تقسیم می داند^{۶۰} و رویه قضایی بلژیک، کانادا و امریکا نیز به همین سمت، گرایش دارند. اما حقوق انگلیس، در سال ۱۹۴۹، خلاف آن را پذیرفته است و به ویژه، افریقای جنوبی و استرالیا نیز همین شیوه را در پیش گرفته اند.^{۶۱}

در فرانسه، آثار علمی زیادی به این موضوع اختصاص یافته است^{۶۲} که بر اثر آن، آرای بسیاری از سوی مراجع قضایی صادر شده و

۶۰. ماده ۸۴۶ قانون مدنی آلمان.

61. *International Encyclopedia of comparative law*. vol. XI, Torts, chap. 9, *personal injury and death*, par Harvey MC GREGOR, n^{OS} 182 et 183.

62. F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, LGDJ, 1967, n^{OS} 154, 190 et s; Y. LAMBERT-FAIVRE, *De la responsabilité encourue envers les personnes autres que la victime initiale: Le problème dit du dommage par ricochet*, th. Lyon, 1959, p. 208 et s; C. LAPOYADEDESCHAMPS. *La responsabilité de la victime*, th. préc., p. 292 à 323: F.

رویه قضایی در این زمینه، تحولات پرفراز و نشیبی را پشت سر گذاشته است. با وجود این، دلایل متعددی وجود دارد که نشان می‌دهد این دوره تردید و بلاتکلیفی، سپری شده است. به عنوان نمونه، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، با صراحت کامل، با صدور دو رأی اصولی^{۶۳} در ۱۹ ژوئن ۱۹۸۱، قابلیت استناد به تقصیر زیان‌دیده مستقیم علیه زیان‌دیدگان غیرمستقیم را پذیرفت و بدین ترتیب، راه‌حلی را که هفده سال پیش دیوان کشور با حضور کلیه شعب در سال ۱۹۶۴ اعمال کرده بود مورد تأیید قرار

CHABAS, *Remarques sur l'obligation in solidum*. RTD civ. 1967, p. 310 et s.; J. DABIN, *Faute dommageable envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches*. *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, p. 141 et s.; O. DALCQ, *De l'opposabilité de la faute de la victime à ses ayants cause agissant à titre personnel*. *Rev. gén. ass. et resp.*, 1963, p. 7092; R. MEURISSE, *Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent-ils se voir opposer la faute de la victime?*, D., 1962, ch. p. 93; A. BESSON, *L'opposabilité aux ayants cause de la faute partiellement de la victime décédée*, *Rép. Commaillé*, 1965, p. 65; J. FOSSEREAU, *L'incidence de la faute de la victime sur le droit à réparation de ses ayants cause agissant à titre personnel*, RTD civ. 1963, p. 7 et 9; R. SAVATIER, *La veuve et l'orphelin demandant réparation à l'homme dont la faute a contribué à la mort de leur époux ou de leur père peuvent-ils négliger la part de la faute de cet époux ou de ce père dans l'accident*, D., 1964, ch. p. 155.

همچنین به مطالب مندرج در آثار مفصل‌تر، به ویژه منابع زیر مراجعه شود:

H.L. et J. MAZEAUD, *Traité*, t. II, n^o 1469; R. SAVATIER, *Traité*, t. II, n^o 540; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Obligations*, 2^e éd. t. I, Les sources, n^o 569; B. STARCK, H. ROLAND et BOYER, *Droit civil, Obligations*, t. I, *La responsabilité délictuelle*. 4^e éd., n^o 1287 et s.; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, n^{os} 323 et s.

۶۳. منظور از رأی اصولی، رأیی است که با بیانی کلی درباره یک مسأله حقوقی مورد اختلاف، تمیین تکلیف می‌کند. این رأی ممکن است مربوط به تفسیر قانون باشد یا رأساً یک راه‌حل ارائه دهد و ممکن است از سوی دیوان عالی کشور یا هر مرجع قضایی دیگر صادر شود. دلیلی که این رأی مستند به آن است به گونه‌ای است که یک برد اخلاقی (متغیری) را فراتر از پرونده مورد رسیدگی، بدان می‌دهد. اما با وجود این از نظر قضایی الزام‌آور نیست. این رأی، در برابر رأی موردی قرار می‌گیرد، زیرا منظور از آن این است که برای مسأله مربوطه، یک راه‌حل کلی ارائه دهد.

Vocabulaire juridique, Sous la dir. G. Cornu, PUF 1996, p. 674 (مترجم).

داد. حال که مسأله به این شکل فیصله یافته است، بحث تفصیلی درباره دلایل مختلف آن، بی‌فایده خواهد بود. با وجود این، نمی‌توان نظریه‌های حقوقی در این زمینه را نادیده گرفت، زیرا بیان چکیده دیدگاه‌های مختلف، برای تعیین اهمیت راه‌حلی که در نهایت پذیرفته شد ضروری است.

الف - نظریه‌های حقوقی

دلایل موافق و مخالف قابلیت استناد به تقصیر زیان‌دیده مستقیم، علیه زیان‌دیدگان غیرمستقیم

نویسندگان معتقدند که عقل سلیم، اخلاق و به ویژه انصاف، به قابلیت استناد حکم می‌کند، اما این ملاحظات به هیچ‌وجه قاطع نیستند، زیرا از یک سو نظر خواننده این است که اگر زیان‌دیده مستقیم زنده بود، تا این حد، علیه او سختگیری نمی‌شد و حال که با زیان‌دیده غیرمستقیم روبروست، بیشتر علیه او سختگیری می‌شود. از سوی دیگر، خواهان نیز عنوان می‌کند که در ورود زیان، هیچ دخالتی نداشته است و لذا از بیمه‌گر شخص ثالث می‌خواهد تا زیان او را به طور کامل جبران کند. بنابراین، براساس این دو وضعیت متفاوت، «انصاف» تفاوت می‌کند و عقل سلیم، اجازه تصمیم‌گیری قاطع را نمی‌دهد.^{۶۴}

۶۴. در این زمینه رک.

J. DUPICHOT, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, 1969, préface de J. FLOUR. n^o 252, p.282.

در واقع، کل مسأله این است که آیا زیان دیده غیرمستقیم می تواند از نظریه «تعهد تضامنی» استفاده کند و در برابر شخص ثالثی که عامل زیان بوده است و زیان دیده مستقیم هم با فعل یا تقصیر خود، در ورود آن زیان، سهیم بوده است، به این نظریه استناد کند؟ نویسندگان، برای پاسخ به این مسأله، آن را از جنبه های مختلفی مورد بررسی قرار داده اند.

۱- آنها نخست مبنای تعهد تضامنی را مورد توجه قرار دادند تا دامنه اجرایی آن را مشخص کنند. دیدگاههای موجود در این زمینه، بسیار صراحت دارند و قائلان به «عدم قابلیت تقسیم رابطه سببیت» و قائلان به نظریه موسوم به «سببیت جزئی» به شدت با یکدیگر اختلاف نظر پیدا کرده اند.

قائلان به برداشت بسیار موسع از «تعهد تضامنی» که معتقدند رابطه سببیت به هیچ وجه قابل تقسیم نیست، بدون هیچگونه تردیدی از نظریه عدم قابلیت استناد به تقسیم مسؤولیت، علیه زیان دیده غیرمستقیم، دفاع می کنند.^{۶۵} آنها عنوان می کنند که شخص ثالث، موظف است که خسارت را به طور کامل جبران کند، زیرا با وجود آنکه زیان دیده مستقیم مرتکب تقصیر شده است، «او عامل ورود کل خسارت است» زیرا «نمی توان تصور کرد که کسی، کمتر از کل خسارت را به بار آورد». براین اساس، خواننده نمی تواند برای کاهش غرامتی که باید برای جبران خسارت غیرمستقیم بپردازد، به عمل اشخاص دیگر - حتی عمل زیان دیده مستقیم - استناد کند.

۶۵. به ویژه شاباس (Chabas) و استارک (Starck) در منابع ذکر شده است.

این در حالی است که در حال حاضر، این اعتقاد که عدم مطلق قابلیت تقسیم رابطه سببیت، توجیهی برای تعهد تضامنی باشد، چندان طرفدار ندارد. اما مخالفان این توجیه، که ضرورت حمایت از زیان‌دیده در برابر خطر تعدد پیگردها را توجیه‌کننده تعهد تضامنی می‌دانند، بر این باورند که رویه قضایی می‌تواند قلمرو اجرای تعهد تضامنی را محدود کند. آنها معتقدند که دقیقاً در رابطه میان خواننده و زیان‌دیده غیرمستقیم، در صورتی که زیان‌دیده مستقیم مرتکب تقصیر شده باشد، می‌توان تعهد تضامنی را مردود دانست، چرا که از نظر آنها تعهد تضامنی مستلزم وجود «مسئولیت مشترک» است که در فرض مورد نظر، چنین مسئولیت مشترکی وجود ندارد، زیرا زیان‌دیده در قبال زیان‌دیدگان غیرمستقیم، مسؤول مرگ خود یا جراحات خود نیست. آنها بر این اساس، به اصل «همبستگی خانوادگی» - که می‌تواند مانع اجرای مسئولیت میان خویشاوندان نزدیک شود - اشاره می‌کنند و همچنین به عدم «مسئولیت شخص، در برابر خود» استناد می‌کنند که بر مبنای آن، افراد به علت زیان‌هایی که به خود وارد می‌کنند در برابر هیچ کس مسئولیت ندارند. وقتی «مشارکت» وجود نداشته باشد، نمی‌توان قائل به تعهد تضامنی شد. به علاوه، اجرای این تضمین مستلزم آن است که عاملان خسارت بتوانند به یکدیگر رجوع کنند، در حالی که اگر بپذیریم که زیان‌دیده مستقیم هیچگونه مسئولیتی در قبال زیان‌دیده غیرمستقیم ندارد، این رجوع غیرممکن است و علاوه بر این، معمولاً قائلان به نظریه موسوم به «سببیت جزئی»، در صورتی که زیان‌دیده مستقیم مرتکب تقصیر شده باشد، با تقسیم

گرامت موافق هستند. به عبارت دیگر، آنها معتقدند که می‌توان در برابر زیان‌دیده غیرمستقیم، به تقسیم مسئولیت استناد کرد.

بحث در این زمینه، به دو دیدگاه کاملاً متفاوت می‌انجامد، چرا که از یک سو، عده‌ای به «عدم قابلیت تقسیم رابطه سببیت» اعتقاد دارند و عده‌ای دیگر، معتقد به «سببیت جزئی» هستند. اما در واقع، دلایلی که دو گروه عنوان می‌کنند هیچ‌یک قانع‌کننده‌تر از دیگری نیست، زیرا هر دوی آنها به مقدماتی تکیه می‌کنند که بحث‌برانگیز و قابل مناقشه است. اینکه سببیت غیرقابل تقسیم باشد یک ادعای کاملاً بی‌مناست، زیرا تجربه روزانه، خلاف آن را نشان می‌دهد. ادعای اینکه باید یک «مسئولیت مشترک» وجود داشته باشد نیز قانع‌کننده نیست، زیرا تعدد مسؤولان، به هیچ وجه، شرط تعهد تضامنی نیست و این تعهد، به طور بسیار گسترده‌ای، حتی فراتر از قلمرو مسئولیت مدنی و به نفع برخی از بستانکاران - که دادگاهها حمایت ویژه از آنان را مفید می‌دانند - نیز به اجرا درمی‌آید.^{۶۶} به علاوه، این ادعا که زیان‌دیده مستقیم به علت مرگ یا جراحاتش، هیچگونه مسئولیتی در قبال نزدیکانش ندارد، قابل مناقشه است، زیرا صرف پیوند خویشاوندی که ممکن است میان زیان‌دیده مستقیم و زیان‌دیده غیرمستقیم وجود داشته باشد - گرچه همیشه با همدیگر، رابطه نداشته باشند - مانع اقامه دعوی مسئولیت نمی‌شود و این دعوا همواره در میان اعضای یک خانواده، مقبول واقع می‌شود.^{۶۷}

۶۶. به ویژه این تعهد، به نفع کسانی که از حق نفقه برخوردارند وجود دارد و زیان‌دیده یک حادثه، در برابر بیمه‌گر مسئولیت عامل زیان، می‌تواند به این تعهد استناد کند.

67. F. CHABAS, *Du lien de parenté ou d'alliance entre la victime et l'auteur du dommage*, Mélanges Marty, p. 291 et s; C. LARROUMET, note au JCP, 1976, II.18444.

بنابراین، به اعتقاد ما دلایلی که هر یک از قائلان به «عدم قابلیت تقسیم رابطه سببیت» و «سببیت جزئی» عنوان می‌کنند، هیچکدام قانع‌کننده نیستند. دیدگاه‌های دیگری نیز بدون توجه به این دو جهت، مطرح شده است.

۲- نویسندگان، به مسأله ارتباط میان زیان مستقیم و زیان غیرمستقیم اشاره کرده‌اند. در این زمینه نیز دیدگاه‌های متعارضی مطرح شده است. برخی از آنها بر این باورند که چون زیان‌دیده غیرمستقیم، «قائم مقام» زیان‌دیده مستقیم است «نباید از حقی بیش از حق مورث خود برخوردار باشد». بنابراین، همان استثنائاتی که اگر خود مورث، اقامه دعوا می‌کرد علیه او قابل استناد بود، به ویژه تقسیم مسؤلیت، باید علیه زیان‌دیده غیرمستقیم نیز قابل استناد باشد. اما برخی دیگر از نویسندگان معتقدند که حق جبران خسارت زیان‌دیده غیرمستقیم نسبت به حق جبران خسارت زیان‌دیده مستقیم از استقلال کامل برخوردار است.^{۶۸} بعضی دیگر نیز نظر میانه‌ای اتخاذ کرده‌اند که بر مبنای آن، اصل استقلال را می‌پذیرند اما آن را تعدیل می‌کنند و فعلی که زیان مستقیم و زیان غیرمستقیم را وارد آورده است یک فعل واحد می‌دانند. خواهیم دید که دیوان عالی کشور، برای پایان دادن به این بحث، در ۱۹ ژوئن ۱۹۸۱، همین نظر را پذیرفت.

۳- با وجود این، دیدگاه دیگری وجود دارد که گرچه کمتر مطرح می‌شود، اما احتمالاً در شکل‌گیری راه‌حل نهایی نقش مهمی ایفا کرده

۶۸. رک.

H.L. et J. MAZEAUD, *Traité*, t.II, 6^e éd., n^{os} 1877 et 1901; G. VINEY, *L'autonomie du droit à réparation de la victime initiale par rapport à celui de la victime par ricochet*, D., 1964, ch. p. 3.

است. این دیدگاه، مربوط به «رجوع احتمالی شخص ثالث به ورثه زیان دیده مستقیم» است. این رجوع که جز در صورت پذیرش «عدم قابلیت استناد» قابل تصور نیست، ممکن است در این حالت، فایده این راه حل را برای زیان دیدگان کاهش دهد و پیچیدگیهایی را بوجود آورد. اگر این راه حل، پذیرفته می شد شاید بهتر بود که این رجوع، ممنوع شود و یا موارد آن محدود گردد.^{۶۹} شاید تمایل به جلوگیری از این مشکل، در تصمیمی که هیأت عمومی دیوان عالی کشور اتخاذ کرد، تأثیر گذاشته باشد، زیرا خواهیم دید که دادگاهها در تصمیم گیری در خصوص این مسأله، به شدت دچار تردید هستند.

ب- موضع رویه قضایی

۱- قابلیت استناد به تقصیر زیان دیده مستقیم علیه زیان دیدگان غیرمستقیم
 اختلاف نظر دادگاهها و مقاومت اصحاب دعوا در برابر احکام صادره، دیوان عالی کشور را وادار کرد که موضع خود را در این زمینه، مشخص کند. شعبه کیفری دیوان که به نظر می رسد برای نخستین بار به چنین موردی رسیدگی می کرد رأی به قابلیت استناد داد، اما از ۳۱ مارس ۱۹۶۰ به بعد، رأی به عدم قابلیت استناد صادر کرد. از آنجا که شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور نیز همین راه حل را پذیرفت به نظر می آمد که راه حل مذکور تثبیت شده است، اما مخالفت سرسختانه چند دادگاه تجدیدنظر باعث شد که شعبه مختلط دیوان عالی کشور در ۲۵ نوامبر ۱۹۶۴، «قابلیت استناد» به تقصیر زیان دیده مستقیم در برابر زیان دیدگان

۶۹. مثلاً این امکان وجود داشت که به بیمه گر مسؤولیت، اجازه داده نشود تا به آن استناد کند.

غیرمستقیم را بپذیرد. در عین حال، گرچه این رأی تا بیش از ده سال مورد انتقاد واقع نشده بود، اما چون علل مبنایی خود را ذکر نکرده بود جایگاه واقعی آن، تا حدودی دچار ابهام شد. سپس شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور، بارها رأی داد که زیان‌دیده مستقیم، در قبال زیان‌دیدگان غیرمستقیم مسؤولیتی ندارد. بیشتر شارحان، این نتیجه را از آن استنباط کردند که این عدم مسؤولیت، دقیقاً توجیه‌کننده قابلیت استناد به تقصیر زیان‌دیده مستقیم است و زیان‌دیده غیرمستقیم نمی‌تواند به مسؤولیت تضامنی استناد کند، زیرا با دو بدهکار مسؤول روبرو نیست. بعدها این تحلیل مورد تأیید قرار گرفت، زیرا از زمانی که شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور، رفته رفته، سختگیری کمتری در مورد اصل عدم مسؤولیت زیان‌دیده مستقیم در برابر نزدیکانش نشان داد، تمایل خود را به کنار گذاشتن راه‌حل پذیرفته شده در سال ۱۹۶۴ توسط شعبه مختلط دیوان کشور نیز نشان داد و پس از صدور چند رأی که در مورد آنها جای تردید و سؤال وجود دارد،^{۷۰} در سال ۱۹۸۷ کاملاً از موضع شعبه مختلط فاصله گرفت؛ زیرا در آرای صادره توسط شعبه دوم مدنی آمده بود که تقصیر زیان‌دیده مستقیم علیه زیان‌دیدگان غیرمستقیم قابل استناد نیست. این تغییر جهت، مجدداً به بحثها دامن زد.^{۷۱}

۷۰. به عنوان نمونه رک.

Civ. 2^e, 5 avr. 1973, D. 1973, IR, p. 136, Crim. 26 mars 1974, D., 1974, IR, p. 109, JCP, 1974, IV, p. 177.

مورد اخیر، مربوط به زیان‌دیده مستقیم دارای عارضه‌های پیشین بود.

۷۱. پس از صدور این آراء، بسیاری از دادگاههای تجدیدنظر، وفاداری خود را به اصل قابلیت انتساب اعلام داشتند.

رئیس دیوان عالی کشور برای آنکه هرچه سریع‌تر، رویه قضایی را یکنواخت کند تصمیم گرفت تا دو پرونده را که همین مسأله در آنها مطرح شده بود به هیأت عمومی دیوان عالی کشور ارجاع دهد. با وجود آنکه در هر دو پرونده، تقصیر زیان‌دیده مستقیم به اثبات رسیده بود، دادگاههای تجدیدنظر خسارت زیان‌دیدگان غیرمستقیم را به طور کامل قابل جبران اعلام کرده بودند. استناد فرجام‌خواهی علیه دو رأی مذکور، این بوده که اصل قابلیت استناد به تقسیم مسؤلیت - که علیه زیان‌دیده مستقیم، مورد حکم قرار گرفته بود - رعایت نشده است. هیأت عمومی دیوان عالی کشور، هر دو رأی را به یک دلیل، نقض کرد. در رأی هیأت عمومی که به تاریخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۱ صادره شد^{۷۲} آمده است:

«مطابق ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی، کسی که با تقصیر خود به دیگری زیان رسانده باشد (حتی اگر این تقصیر، یک جرم کیفری باشد)، اگر ثابت کند که تقصیر زیان‌دیده در ایراد خسارت تأثیر داشته است از بخشی از مسؤلیتی که به عهده‌اش است معاف می‌شود و در این زمینه فرقی نمی‌کند که خود زیان‌دیده درخواست خسارت کرده باشد و یا یک شخص ثالث به نام خودش، جبران خسارت شخصی ناشی از مرگ زیان‌دیده یا آسیب جسمی به او را خواسته باشد و یا اینکه موضوع دعوای شخص ثالث (حتی اگر وی، وارث زیان‌دیده باشد) با موضوع دعوایی که زیان‌دیده مذکور

72. Ass. plénière, 19 juin 1981, *Mandin et Rochais c/Dame Foubert, Durovray et Garantie mutuelle des fonctionnaires c/Caisse primaire d'assurance maladie de l'Ain et Ménétrier*, 2 arrêts. D. 1982, p. 85, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS, JCP, 1982. II. 19172, rapport A. PONSARD, Gaz. Pal., 1981, 2, p. 529, note J. BORÉ, Defrénois, 1981, art. 32733, n° 89, obs. J.L. AUBERT, RTD civ. 1981, p. 857, obs. G. DURRY.

می‌توانست اقامه کند متفاوت باشد، زیرا دعوی شخص ثالث، از هر لحاظ، مبتنی بر همان فعل اولیه است.»

۲- ارزیابی

ملاحظه می‌شود که این اصل که بر مبنای آن، اگر مسئولیت میان خواننده و زیان‌دیده مستقیم تقسیم شده باشد، این تقسیم علیه زیان‌دیده غیرمستقیم نیز قابل استناد است، هیچ ابهامی ندارد. شعبه‌های مختلف دیوان عالی کشور، از جمله شعبه دوم مدنی از این موضع هیأت عمومی پیروی کردند. قانون ۵ ژوئیه ۱۹۸۵ راجع به جبران خسارت زیان‌دیدگان حوادث رانندگی نیز همین راه‌حل را پذیرفته است. مطابق ماده ۶ قانون مذکور: «اگر بر اثر زیانهای وارده به زیان‌دیده مستقیم یک حادثه رانندگی، به یک شخص ثالث هم زیان وارد شود، این زیان، با احتساب محدودیتها و ممنوعیتهای قابل اجرا بر جبران این خسارتهای قابل جبران خواهد بود». این نشانگر کلیت یافتن قاعده قابلیت استناد است.

باید به این نکته اشاره کرد که مبنای این قاعده، به هیچ وجه، عدم مسئولیت زیان‌دیده مستقیم در قبال زیان‌دیدگان غیرمستقیم نیست و هیچ یک از دو رأی که توسط هیأت عمومی دیوان عالی کشور صادر شده است کوچکترین اشاره‌ای به این مسأله ندارد، بلکه صرفاً قضیه از این قرار است که وضعیت زیان‌دیده غیرمستقیم، از لحاظ جبران خسارت، همانند وضعیت زیان‌دیده مستقیم شود. بنابراین، دو رأی مذکور، در خط تحول مورد بحث جای می‌گیرند که هدف آن، قرار دادن جبران «زیان غیرمستقیم» در تحت

همان قواعد حاکم بر جبران زیان مستقیم است.^{۷۳} این گرایش معایبی دارد و در صورت افراطی شدن می‌تواند حتی اصل استقلال خسارت غیرمستقیم را زیر سؤال ببرد و کارآیی جبران آن را مورد تهدید قرار دهد. با وجود این، باید پذیرفت که موضع آرای مورد بحث یک موضع میانه است، زیرا هر دو رأی صراحتاً اشاره می‌کنند که «دعوای شخص ثالث (زیان‌دیده غیرمستقیم) از دعوایی که زیان‌دیده مستقیم، می‌توانست اقامه کند مجزا است». از سوی دیگر می‌توان گفت که دیوان عالی کشور در این زمینه، احتیاط کرده است زیرا فقط به «تقصیر زیان‌دیده» اشاره می‌کند نه به «فعل بدون تقصیر».

بنابراین نباید اهمیت این آرا را نادیده گرفت، زیرا آرای مذکور، به عامل خسارت یعنی عملاً به بیمه‌گر او این امکان را می‌دهند تا در بیشتر موارد، خسارتی را که به زیان‌دیدگان غیرمستقیم تعلق می‌گیرد کاهش دهند. آیا این رویه، تأسف آور است یا خوشحال‌کننده؟ پاسخ به این پرسش برحسب تمایلات، منافع و استنباطهای افراد، متفاوت است. ما به نوبه خود به ذکر این نکته اکتفا می‌کنیم که راه‌حل مذکور، از لحاظ قضایی، کاملاً قابل دفاع است و از لحاظ عملی نیز - اگر بیمه مسؤلیت وجود نمی‌داشت - همینطور بود. اما با توجه به این وضعیت، تنها تأثیر راه‌حل مذکور این است که بخشی از کارآیی نهاد مسؤلیت مدنی را در زمینه حمایت از زیان‌دیدگانی که در معرض خطرات هستند از آن می‌گیرد و این در حالی است که هدف مسؤلیت مدنی، دقیقاً انجام همین حمایت است. راه‌حل

۷۳. رک.

J. FLOUR et J. L. AUBERT, *Les obligations*, 2, *Le fait juridique*, op.cit., n^o 356.

مذکور، دین مسؤول را نیز کاهش نمی‌دهد، چرا که او در هر حال حق بیمه خود را می‌پردازد. به‌علاوه، این راه‌حل هزینه‌های بیمه‌گران را نیز کم نمی‌کند و آنها نیز بر اثر ترافی که تقریباً به طور اجتناب‌ناپذیر در زمینه ارزیابی تقسیم مسؤولیتها به وجود می‌آید بخش بزرگی از آنچه را که به دست می‌آورند از دست می‌دهند.

به هر حال، این آرا که حداقل نشان می‌دهند که حقوق سنتی مسؤولیت مدنی با ضرورت‌های جبران خسارات جسمی ناشی از حادثه هماهنگی ندارد، باید حقوقدانان یا به طور کلی‌تر، شهروندان ذنفع را بر آن دارد تا از قانونگذار بخواهند که مکانیسم‌های مناسبی را برای جبران این خسارات، وضع کند.

شخص ثالث؛ ولی از نوع دیگر*

ماری لور ماتیو - ایزورش
ترجمه: سید امید ساعدی**

۱- از آنجا که راجع به قرارداد و شخص ثالث قلم فرسایی بسیار شده است، باید از خود پرسید که در نوشتار حاضر، چه مطلب جدیدی می‌توانیم به آنچه که دیگر نویسندگان دانشمند تاکنون ارائه کرده‌اند اضافه نماییم،^۱ مطلبی که ضمناً برای ارائه تلفیقی از آرا و عقاید حقوقدانان صاحب‌نظر فرانسوی از آثار آنان الهام گرفته است.^۲

* مشخصات مأخذ مقاله عبارت است از:

Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, "Une troisième personne bien singulière", Revue trimestrielle de droit civil, N^o 1, Dalloz 2003, pp.51-56.

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه سوربن - پاریس.

1. V. spécialement J. Ghestin, La distinction des parties et des tiers au contrat, JCP 1992.I.,3628; J.-L. Aubert, A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, RTD civ. 1993,623; C. Guelfucci-Thibierge, De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif, RTD civ. 1994,275; J. Ghestin, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, RTD civ. 1994, 777.

2. M.-L. Izorche, Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française, in Gli effetti del contratto nei confronti di terzi nella prospettiva storico-comparatistica, a cura di Letizia Vacca, Giapelli editore. Turin, 2001, p.71; *adde* Cahiers des Ecoles doctorales de la Faculté de droit de Montpellier, N^o 1, 2000, 453.

شخص ثالث طبق تعریف (یا لاقلاً آن‌طور که به نظر می‌رسد) عبارت است از «شخصیت سوم»، یعنی همان‌طور که در دروس تدریس می‌شود، شخصی که «بیرون از قرارداد» است. همه گرایشها به سوی چنین برداشتی از شخص ثالث است، به گونه‌ای که حتی معتبرترین لغتنامه‌ها نیز این واژه را در همان مفهوم تعریف می‌کنند.^۳ واژه «ثالث» از ریشه لاتین «Tirtius» به معنای «سوم» آمده است که خود این واژه نیز از واژه «Tres» یعنی عدد سه مشتق شده است. دکترین نیز همواره خود را ملزم به تفکیک و تمیز «طرفین قرارداد» از «اشخاص ثالث» می‌داند.

۲- با این حال جا دارد مطلب را دقیق‌تر بشکافیم و قائل به تفکیک شویم. از نظر قانون مدنی، «ثالث» واژه‌ای است که در مقابل «طرفین» قرار می‌گیرد (و یا تعریف می‌شود): «قراردادها فقط بین طرفین لازم‌الاتباع هستند؛ هیچ‌زیانی به اشخاص ثالث وارد نمی‌کنند...» و «اگرچه اصولاً نمی‌توان به نام خود تعهدی ایجاد نمود یا شرطی نمود مگر برای خود»، مع‌ذک می‌توان «ضمانت یا کفالت شخص ثالث را پذیرفت» و «نیز به نفع یک شخص ثالث شرط و تعهدی ایجاد نمود...».

دکترین، فارغ از اینکه چه تعریفی از «شخص ثالث» ارائه گردد، فرض را بر این می‌گذارد که در هیچ حالتی این «شخصیت سوم» نمی‌تواند یکی از طرفین قرارداد باشد و هیچ‌کس در اینکه بین «شخص ثالث» و «طرفین قرارداد» مرزی وجود دارد تردید نمی‌کند، ولو اینکه بعضاً می‌پذیرند که این مرز مبهم و نامشخص است. خلاصه اینکه، مناقشه صرفاً

3. Pour le Littré, le substantif "tiers" désigne "une troisième personne, et, par extension, une personne étrangère".

بر سر تعیین «محل ترسیم» مرز و حد فاصل بین شخص ثالث و طرفین قرارداد است.

از این روست که تصور اینکه این شخصیت سوم بتواند «یک طرف قرارداد» باشد به ذهن هیچ کس خطور نمی کند، چرا که قرارداد برای یک شخص ثالث یک امر خارجی بوده که او نقشی در انشای آن ندارد. با وجود این...

۳- اگر خوب به مسأله دقت کنیم ملاحظه خواهیم کرد که نفس در نظر گرفتن «شخصیت سوم» به عنوان یک سوژه خارج از قرارداد و بدیهی تلقی کردن چنین امری اساساً به تصویر و تجسم ضمنی ما از هیأت و کالبد قراردادی برمی گردد که مطابق آن به طور معمول تعداد اطراف قرارداد به دو «طرف» ختم می شود. علاوه بر این در نوشتن اینکه قرارداد (بیمان) یک عمل حقوقی دوجانبه است، تردید نمی کنیم... ما نه تنها نمی خواهیم در گفتار حاضر، قرارداد را قابل تشبیه و مقایسه با یک عمل حقوقی یک جانبه بدانیم و یا حتی آن را جمع دو عمل حقوقی یک جانبه محسوب کنیم، بلکه کاملاً بالعکس، می خواهیم فراتر رفته و بگوییم که موضوع کلاً چیز دیگری است. اگر وجه مشخصه قرارداد در تلاقی قصد و رضا - و نه الزاماً دو قصد و رضا - تجلی می یابد، چه دلیلی دارد که قرارداد نتواند بیش از «دو طرف» داشته باشد؟

۴- ممکن است در پاسخ گفته شود که این امری است بدیهی و همه می دانند که قرارداد می تواند بیش از دو طرف داشته باشد و طرح چنین مسأله ای و بیان این مطلب که قرارداد هرگز بیش از دو طرف نداشته و این شخص سوم همواره خارج از قرارداد و رابطه دو جانبه بین طرفهای

قراردادی بوده است، در واقع بازی با واژه «شخص ثالث» بوده و چیزی جز ظاهرسازی برای قلب حقیقت نیست. بله، همه می‌دانند، با این حال یک نظرسنجی ساده در بین دانشجویان در این خصوص به طور قطع با نتایج غیرقابل پیش‌بینی روبرو می‌شود، ولی این دانستن و شناخت از نوع علم مطبوع نیست، بلکه شناختی است مسموع که کاملاً درک و ملکه اذهان نشده است. شناختی است سطحی و «بی‌روح» که اغلب - اگر نگوئیم همیشه - خارج از خطوط و چارچوبهای اصلی فکری ماست. این «شناخت» و آگاهی نسبت به این موضوع چنان سست و کم وزن است که تأثیر بسیار ناچیزی بر دکتترین حاکم می‌گذارد و یا حتی اصلاً تأثیری بر آن ندارد. دکتترین حاکم، تقریباً همیشه حالات متعارف و خصوصاً ترکیب و پیکرهای قراردادی را چنان ترسیم و تصور می‌کند که گویی فقط و فقط به دو طرف محدود و خلاصه می‌شوند، ولو اینکه در طول حیات قرارداد، اشخاص دیگری جای طرفین قرارداد را بگیرند و یا حتی بدون اینکه به جای آنها بنشینند، به اطراف قرارداد اضافه شوند. با اینکه در مقدمه و کلیات کتابهای درسی حقوق که به تعهدات اختصاص یافته‌اند، می‌خوانیم که پیمان (طبیعتاً قرارداد) در واقع «توافق اراده» «دست کم» دو شخص است»^۴ ولی خیلی زود شیوه بیان مطلب تغییر کرده و تعداد اطراف قرارداد به «دو» تقلیل پیدا می‌کند، چنانکه در خصوص قرارداد یکجانبه چنین است و آن را به عنوان قراردادی که فقط بر ذمه یکی از طرفین ایجاد تعهد می‌کند معرفی می‌کنند: «فقط یکی از طرفین قرارداد مدیون و متعهد

4. J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, I. L'acte juridique, A. Colin. 9 éd. N^o. 79 (nous soulignons).

است و طرف دیگر «منحصراً» طلبکار و متعهدله می‌باشد.^۵ البته این خود نمونه‌ای است از بسیاری نمونه‌های دیگر.

اگرچه، این ترکیب و هیأت قراردادی در مورد بسیاری از قراردادهای صادق است و خود قانون مدنی فرانسه نیز به طور عمده ما را به این سمت سوق می‌دهد که قرارداد را در قالب روابط دو طرفی و دو جانبه در نظر بگیریم؛ چنانکه در این خصوص کافی است نظری بر متون مواد مربوط به عقود معین بیاندازیم تا متوجه این مطلب شویم که همواره مسأله عبارت است از فروشنده و خریدار، موجر و مستأجر، وکیل و موکل...^۶

۵- مع‌ذلک، متون قانون ناظر بر قواعد مشترک در حقوق تعهدات و قراردادهای سبک و سیاق دیگری دارند. چنانکه ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه قرارداد را به عنوان «پیمانی که به موجب آن «یک» یا «چند» شخص در برابر یک یا «چند» شخص دیگر متعهد می‌شوند» تعریف می‌کند. این تعریف نه تنها شامل مورد عادی و معمولی روابط دوجانبه می‌گردد که در آن شخص (A) در برابر شخص (B) متعهد می‌شود (و احتمالاً نیز شخص (B) در برابر شخص (A) متعهد می‌شود)، بلکه شامل حالات و فروض پیچیده‌تری نیز می‌شود که در آن برای نمونه، شخص (A) در برابر شخص (B1)، (B2)، (B3)، ... متعهد می‌گردد و یا مواردی که در آن شخص (A1)، (A2)، (A3)، ... در برابر شخص B متعهد می‌شوند و یا حتی فروض پیچیده و متنوع‌تری هم چون موردی که در آن شخص (A1) در

5. Ibid: N^o. 82; nous soulignons.

6. On pourrait, d'ailleurs, avec un peu de malice, se demander, après avoir étudié ce "singulier", se demander pourquoi ce masculin.

برابر شخص (B1) و (B2) متعهد می‌گردد و در مقابل فقط شخص (B2) در مقابل شخص (A1) قبول تعهد می‌کند و در چنین فرضی است که شخصی مانند (B1) در مقابل هیچ کس متعهد نگردیده است. ناگفته پیداست که می‌توان فروض قابل تصور را تا بی نهایت پیچیده‌تر کرد. بنابراین، همانطور که ملاحظه شد، تعریف مقرر در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه مواردی بسیار پیچیده‌تر و غنی‌تر از آنچه که به طور معمول تحت عنوان موارد صرفاً دوجانبه در نظر گرفته می‌شود را دربرمی‌گیرد. البته نباید فراموش کرد که الگوی غالب در دکتترین حاکم همانا قرارداد دو جانبه می‌باشد.

۶- ممکن است به ما ایراد شود که تمام مطالبی را که تاکنون مطرح شده است، از قبل می‌دانستیم و در نهایت امر، این مطالب تغییر و تحول عمده‌ای ایجاد نمی‌کند. اینکه یک «طرف سوم» را وارد قرارداد کنیم یا دقیق‌تر بگوییم در نظر گرفتن فرضی که در آن یک «شخص سوم» طرف قرارداد باشد، چه تفاوتی در اثر حقوقی ایجاد شده بوجود می‌آورد؟ نفس این کار چیزی جز اضافه شدن یک «طرف» دیگر به قرارداد نبوده و هر آنچه که به طور معمول در مورد قراردادهای «دو طرفی» صدق می‌کند، در این فرض نیز صادق خواهد بود. کما اینکه عقل عامه می‌گوید، آنجا که چیزی برای دو نفر باشد برای سه نفر هم خواهد بود.

۷- حتی می‌توان ادعا کرد که دو به اضافه یک همیشه به سادگی «نمی‌شود» سه، ولو اینکه خوشایند ریاضیدان غیر حقوقدان نباشد. در حقیقت، در ریاضیات برای این عمل جمع بسیار ساده، یک پیش فرض قوی وجود دارد که غالباً از آن غافلیم. ریاضیدان در یک دنیای هم جنس و همگن کار می‌کند، لذا خیلی دقت می‌کند که عمل جمع فقط بین چیزهای

«هم نوع» انجام شود. مگر نه این است که در مدرسه، از همان اوان کودکی به بچه‌ها می‌آموزیم که هیچگاه سیبها با گلابی‌ها جمع نمی‌شوند، مگر اینکه بخواهیم «میوه‌ها» را بشماریم؟! یک سیب به اضافه دو گلابی می‌شود سه میوه! چه مثال پیش پا افتاده‌ای! بله، مسلماً پیش پا افتاده است ولی همین مثال بسیار ساده این مهم را القا می‌کند که می‌توان چنین مشکلی را به وسیله «جنس» و صرف‌نظر کردن از «نوع» حل کرد، یعنی از یک زاویه و منظر عام‌تر و گسترده‌تر به موضوع بنگریم.

۸- ممکن است خواننده از خود بپرسد، صحبت کردن از دنیای هم جنس و همگن چه ارتباطی با بحث ما دارد؟ ارتباط آن در این است که ما هم در اینجا یک قرارداد «دو طرفی» را مبنای کار خود قرار داده و به آن یک «طرف سوم» اضافه می‌کنیم، همین و بس. این طرف سوم با آن دو طرف دیگر قرارداد، لااقل از حیث «طرف قرارداد بودن» هیچ فرقی ندارد. این مطلب کاملاً صحیح است؛ ولی همین «طرف سوم» از این حیث که کاشف از دنیای دیگری است، همه معادلات را دگرگون می‌کند. وضعیت حاضر با حالت مورچه‌ای که بال درآورده بود، قابل مقایسه می‌باشد. بدین بیان که مورچه مزبور تا قبل از اینکه بال درآورد، به یک دنیای دو بعدی (و طبعاً صاف و هموار) عادت کرده است ولی پس از آن، با پرواز کردن و کشف بُعد سوم به درک عظمت بیکران دنیایی که تا آن زمان هرگز نتوانسته بود آن را «از بالا» ببیند، دست می‌یابد. برای اینکه به اشتباه نیفتیم و سوء تفاهم پیش نیاید، تصریح می‌کنیم که از نظر ما اصطلاح

«از بالا» ابدأ نشانی از هرگونه احساس برتری و نخوت^۷ نیست، بلکه مسأله، صرفاً دادن ارتفاع و بلندی به یک دنیای صاف و هموار است.

۹- بهتر است به یک مثال دیگر اشاره کنیم (و البته از اینکه باز هم این مثال جنبه هندسی دارد پوزش می‌طلبیم). شاید این مثال کمی گویاتر و صریح‌تر باشد. «همه می‌دانند» که همواره میان دو نقطه متمایز، یک خط مستقیم می‌گذرد. به عبارت دیگر دو نقطه متمایز در یک سطح، همواره در یک خط مستقیم و در طول یکدیگر قرار دارند. ممکن است گفته شود: عجب مثال پیش پا افتاده‌ای! بله، ولی اگر کمی تأمل نموده و سه نقطه متمایز از هم را در نظر بگیریم، متوجه خواهیم شد که در چنین فرضی، مسأله در خط مستقیم قرار گرفتن و در طول هم بودن به یک مسأله استثنایی و خلاف معمول تبدیل می‌شود. بسیار به ندرت اتفاق می‌افتد که سه نقطه متمایز از هم بر روی یک سطح که به صورت طبیعی و تصادفی در نظر گرفته شده باشند، به صورت خط مستقیم و در امتداد یکدیگر قرار گیرند. هنگامی که دو نقطه متمایز از هم را ترسیم می‌کنیم، قرار گرفتن آنها در خط مستقیم و در طول یکدیگر «همیشه صحیح» و صادق است، به نحوی که اساساً غافل از آن نیز هستیم، ولی به مجرد ورود یک نقطه سوم بر روی سطح مورد نظر، در می‌یابیم که «ممکن» است این نقاط در طول یکدیگر قرار نگیرند. با دو نقطه «همیشه» خط مستقیم وجود دارد و آن دو در طول یکدیگرند، ولی با سه نقطه چنین نیست. صرف ورود این نقطه سوم به سطح، موجب می‌شود که شخص مهندس پی به امری ببرد که تا قبل از آن وقوف کامل بر آن نداشته بود، یعنی همان امتداد و در خط صاف

7. Comme dans la détestable expression "France d'en haut".

قرار گرفتن. به همین ترتیب، مسأله در نظر گرفتن یک «طرف سوم در قرارداد» چشم‌اندازهای بسیار جالبی را برای یک حقوقدان می‌گشاید، آن‌هم در موضوعی که تا آن زمان گمان می‌نمود که به طور کامل بر آن احاطه دارد.

۱۰- در حقیقت وارد کردن سومین طرف به قرارداد، مسائلی را برمی‌انگیزد که هرگز در چارچوب تنگ یک رابطه دو طرفی امکان طرح نمی‌یافت. این «سومین طرف» ارزش افزوده کشفی قابل ملاحظه به مطالعه و بررسی مفاهیم می‌دهد و ما می‌خواهیم شمه‌ای از آن را ارائه کنیم. مهم‌تر اینکه خود قانون مدنی، ما را فرا می‌خواند تا دست از نزدیک‌بینی برداریم، بلایی که البته عموماً گرفتار آن هستیم. ناگفته نماند، وقتی که خود قانون مدنی پیش‌بینی می‌کند که قرارداد، هنگامی که «متعاقدین به طور متقابل در برابر یکدیگر متعهد شوند، دو جانبه یا متقابل» خواهد بود ما را در نوعی نزدیک‌بینی یا کوتاه‌بینی خاصی گرفتار می‌کند.^۸ بدیهی است که اشاره صریحی به اینکه تعداد طرفهای قرارداد باید «دو» باشد نشده است، ولی همین صفت «دو جانبه» آن قدر گویا و معنی‌دار هست که ما را متوجه بازتاب و مفاد ضمنی آن بکند.

از این رو، ممکن است دچار وسواس شده و چنین تصور کنیم که مفهوم قراردادی که در آن طرفین متقابلاً نسبت به یکدیگر متعهد می‌باشند ناظر بر موردی است که در آن فقط دو طرف حضور دارند و در نتیجه این

8. De même, l'article 1380 du code civil québécois, renforce cette propension à penser le contrat comme acte ne concernant que deux parties, puisque selon ce texte, "le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les parties s'obligent réciproquement, de manière que l'obligation de chacune soit corrélative à l'obligation de l'autre".

مفهوم قرارداد با موردی که در آن «چند» طرف وجود دارد تطبیق نمی‌کند.

اما اگر تعریف مقرر در ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی فرانسه را به دقت مطالعه کنیم، متوجه خواهیم شد که این ماده صرفاً ناظر به معادلسازی و متقارن کردن «تعهدات» است، بدون اینکه مسأله عدد و تعداد آنها مطرح شود؛ یعنی در قراردادی که به طور مثال، سه طرف دارد (A, B, C)، اگر شخص (A) در مقابل شخص (B) متعهد شود، عکس آن نیز متقابلاً صحت دارد و یا اگر شخص (A) در مقابل شخص (C) متعهد شود، شخص (C) باید در مقابل شخص (A) متعهد شود کما اینکه اگر شخص (B) در مقابل شخص C متعهد می‌شود، شخص (C) نیز باید در مقابل شخص (B) متعهد شود، چرا که در غیر این صورت متعاقبین به طور متقابل در مقابل یکدیگر متعهد نخواهند بود. قرارداد سه طرفی فوق‌الاشاره، با تعریف قرارداد دوجانبه مقرر در ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی مطابقت دارد، چرا که «تعهدات» ناشی از آن قرارداد، «دو جانبه و متقابل» هستند.

۱۱- بی‌شک «هر یک» از طرفهای قرارداد باید الزاماً قبول تعهد کرده باشد، هرچند این ماده امکان موضع‌گیری صریحی را در این مورد نمی‌دهد، چنانکه صرفاً طرف «های» قرارداد را مد نظر قرار می‌دهد و نه «هر یک» از طرفهای قرارداد را به تنهایی. از این رو، می‌توان به راحتی «طرف پیمان» واقع شد، بدون اینکه «تعهدی بر ذمه خود ایجاد کرد»، کما اینکه در مورد قرارداد یکجانبه چنین است ... همه چیز به این بستگی دارد که اصطلاح «طرفهای قرارداد» را بر کسانی حمل کنیم که تعهدی به ذمه گرفته‌اند یا بر کلیه کسانی که طرف قرارداد واقع شده‌اند، فارغ از اینکه

تعهدی به ذمه دارند یا خیر. در فرض اول، قرارداد می‌تواند سه طرفه باشد و تعهدات متقابل و دوجانبه ناشی از آن فقط بین، (A) و (B) و یا بین (B) و (C) باشند. در فرض دوم، قرارداد سه طرفه نمی‌تواند یک قرارداد دوجانبه و متقابل تلقی شود، مگر به این شرط که کلیه طرفهای قرارداد در مقابل یکدیگر متعهد شده باشند.

۱۲- برای بهتر به تصویر کشیدن این مطلب، می‌توان یک طرح سه ضلعی را ترسیم کرد که در آن هر تعهد به وسیله یک خط به دو گوشه دیگر یک مثلث متصل می‌شود. مسأله متقابل بودن تعهدات با یک خط مضاعف نشان داده می‌شود. در فرض اولی که در بالا مطرح کردیم با مشکل چندانی روبرو نمی‌شویم. مثلاً اگر خطی (بین A و B) ترسیم کنیم، باید این خط دوباره (موازی) بین (B) و (A) ترسیم شود، ولی دیگر لازم نیست که کلیه رئوس سه گانه مثلث به همدیگر متصل باشند. (مثلاً در قرارداد سه طرفه‌ای که بین (A)، (B) و (C) مطرح کردیم، یک خط دوپل یا مضاعف بین (B) و (A) از یک طرف، و یک خط مضاعف دیگر بین (B) و (C) ترسیم می‌شود، ولی هیچ خطی بین (A) و (C) ترسیم نمی‌شود)، بدین ترتیب شکل سه ضلعی ما باز خواهد ماند. یعنی از دو ضلع به هم وصل شده است و ضلع سوم آن مفتوح مانده و هیچ خطی آن را متصل نکرده است. در یک برداشت دقیق‌تر و سختگیرانه‌تر از این موضوع، باید کلیه رئوس سه گانه مثلث با خطوط مضاعف به هم وصل شوند و نمای آن کامل و بسته باشد، تا قرارداد سه طرفه بتواند دوجانبه متقابل تلقی گردد.

البته می‌توان این مطلب را به قراردادهای چهار یا پنج طرفی و یا حتی «بی‌نهایت طرفی» تعمیم دهیم، یعنی به یک چند ضلعی که خطوط

بی‌شمار و نامحدودی اضلاع آن را تشکیل می‌دهند. هرگاه توانستیم از چارچوب فکری راست بین و مقابل بین خود پیشی گرفته و به یک کادر فکری سه گوشه و زاویه‌دار برسیم، از آن پس قادر خواهیم بود بر روی هر طرح کثیرالاضلاعی استدلال و استنتاج کنیم، چرا که با عبور از چارچوب فکری دو بُعدی خود و چند بُعدی دیدن امور، قادر خواهیم بود که مکانیسم و ساز و کار خلق چنین مواردی را درک کنیم.

۱۳- به محض اینکه بتوانیم قرارداد متقابل یا دوجانبه را با تعداد «بی‌نهایت» طرف قرارداد تعریف کنیم، قادر خواهیم بود به سادگی مفهوم قرارداد یکجانبه را بفهمیم. وانگهی، ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی به روشنی آن را تعریف می‌کند: قرارداد وقتی یکجانبه است که «یک یا چند شخص در برابر یک یا چند شخص دیگر متعهد شوند؛ بدون اینکه از طرف اشخاص اخیرالذکر تعهدی در برابر آنها به ذمه گرفته شده باشد». بنابراین کافی است که یکی از اضلاع شکل کثیرالاضلاع فوق با یک خط ساده (و نه مضاعف و دوگانه) نشان داده شود.

۱۴- همانطور که در بالا اشاره کردیم، تعداد اشخاص متعهد، می‌تواند از تعداد طرفهای قرارداد کمتر باشد. از مطالعه متون قانونی مربوط، متوجه این امر می‌شویم که در واقع مشخصات اصلی «قرارداد» بیشتر مطرح شده است و از این رو است که می‌توان تعداد طرفهای «پیمان» را با تعدادی نقطه نشان داد که برخی از آنها (نه الزاماً همه آنها) با خطوط مضاعف یا ساده به هم متصل شده باشند. باید از نو مفاهیم را مورد بازبینی قرار داده و از نو بیاندیشیم، زیرا شبکه خطوط ارتباطی و متصل لازم نیست که حتماً یکسان و هم شکل باشند (یعنی منحصرأ از خطوط ساده یا دوگانه تشکیل

شده باشند). چنانچه تعهدات قراردادی یا روابط عهدی^۹ را مستقل و جدای از قرارداد در نظر بگیریم، خطوط یا تعهدات مربوط، حسب مورد ممکن است ساده یا مضاعف (موازی) و یا اساساً ناموجود باشند، با وجود این، مجموعه چنین قراردادی را (که مستلزم وجود لاقلاً یک رابطه عهدیست) نمی‌توان نه به عنوان یک جانبه و نه دو جانبه و متقابل توصیف و تلقی نمود. بنابراین، اگر تعریف ارائه شده در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی را به طور موسع در نظر بگیریم، متوجه خواهیم شد که تقسیم‌بندی قرارداد به یک جانبه یا دو جانبه، در واقع تقسیم‌بندی جامعی نمی‌باشد... اگر تاکنون چنین تصور می‌شده است که قرارداد یا یک جانبه است یا دو جانبه، به این دلیل بوده که معمولاً قرارداد را به عنوان یک رابطه دو طرفی در نظر می‌گیرند، در حالی که واقعیت عینی و فروض قابل تصور آن به مراتب پیچیده‌تر از آن است... در نظر گرفتن قرارداد به عنوان عملی حقوقی که در بردارنده صرفاً دو طرف باشد که در مقابل یکدیگر متعهد شده‌اند، در واقع مصداقی است از مصادیق متنوع و گوناگون قرارداد که قابل تحقق می‌باشد و شاید حتی بتوان گفت، حداقل از لحاظ تئوریک، که چنین قرارداد عادی دوطرفه‌ای از مصادیق استثنایی قرارداد می‌باشد.

۱۵- ممکن است مطالب فوق را جالب، انتزاعی یا خسته کننده دانست و نهایتاً این پرسش مطرح شود که با توجه به اینکه غالباً و عملاً قراردادها دوطرفه و دو جانبه هستند، طرح این موضوعات چه فایده‌ای می‌تواند داشته باشد؟

9. Pour reprendre l'expression de P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999, 771.

فایده آن در این خواهد بود که ما را به بازاندیشی و تأمل در مفاهیم حقوقی وا می‌دارد، چرا که نباید از نظر دور داشت که مفاهیم بنیادین حقوق قراردادهای، اهمیت کاربردی بسیار زیادی دارند. مثلاً در حقوق قراردادهای چنین پذیرفته شده است که: «در شرط‌بندی و قراردادهای شانس غبن وجود ندارد». بسیار خوب! با در نظر گرفتن مطالبی که در فرازهای قبلی مطرح کردیم، چگونه می‌توان مفهوم قرارداد معوض (و نیز قراردادهای مغایبه‌ای و غرری) را تحلیل کرد؟ در قراردادهای معوض، «هر یک از طرفهای قراردادی» - و بنابر آنچه مطرح کردیم، احتمالاً چندین طرف - به «دادن یا انجام کاری که در واقع به عنوان عوض و معادل آنچه که «دیگری» به او داده یا برایش انجام می‌دهد» متعهد می‌شود. این طرف «دیگری» در فرضی که مطرح کردیم، الزاماً آن طرف دیگری نیست که در قرارداد دوجانبه در مقابل ذینفع قرار می‌گیرد. در چارچوب محدود و مضیق قرارداد دوجانبه نمی‌توان چاره‌ای اندیشید و طرحی نو در انداخت، در حالی که به مجرد اینکه یک «طرف سوم» به قرارداد اضافه می‌کنیم، طرح یک شمای انتقالی، عملی و ممکن می‌شود^۱ و می‌توان با استفاده از آن به مسأله معوض بودن قرارداد سه یا چند طرفه پاسخ داد. مثلاً، شخص (A) مبلغ یکصد یورو از شخص (B) دریافت می‌کند، شخص (B) نیز مبلغ یکصد یورو از شخص (C) دریافت می‌کند و این شخص (C) نیز به نوبه خود مبلغ یکصد

10. Alors que la transitivité n'a aucun sens dans un ensemble réduit à deux éléments. Cette propriété repose sur l'idée de transfert d'une relation, existant entre deux couples présentant un élément commun, aux deux éléments extrêmes: par exemple, pour deux couples de nombres (A, B) et (B, C) on peut écrire que si (A) est plus petit que (B), et (B) est plus petit que (C), alors (A) est plus petit que (C). La relation existant dans le couple (A, B), d'une part, et dans le couple (B, C) d'autre part, est transférable au couple (A, C).

یورو از شخص (A) دریافت می‌کند... در چنین فرضی می‌توان، صرفنظر از هر استدلال دیگری، متوجه شد که این قرارداد در واقع یک قرارداد معوض است بدون اینکه دوجانبه یا دو طرفه باشد...

۱۶- در این خصوص نیز می‌توان به قراردادهای بلاعوض و رایگان اشاره کرد که قانونگذار با توجه به مقررات مربوط به دعاوی ناظر بر معاملات صوری یا به قصد فرار از دین، همواره با نوعی سوءظن و بدبینی به آنها می‌نگرد. مفهوم بلاعوض و مجانی بودن قرارداد با ورود یک طرف سوم چه وضعیتی پیدا می‌کند؟ از حیث طرح دعوی ابطال قراردادهای صوری یا معاملات به قصد فرار از دین، کدام یک از قراردادهای دو طرفه یا سه طرفه فوق‌الذکر آسیب‌پذیرتر هستند؟ در قرارداد بلاعوض دو طرفه، یکی از طرفین مثلاً شخص (A)، مال یا امتیازی به طور کاملاً رایگان به دیگری یعنی شخص (B) می‌دهد. آیا باید در فرض قرارداد بلاعوض سه طرفه نیز، همانند مورد قرارداد بلاعوض دو طرفه عمل شود و همانطور که شخص (A) به شخص (B) به طور رایگان مال یا امتیازی می‌دهد، شخص (B) هم به شخص (C) و نیز شخص (A) به شخص (C) مال یا امتیازی به صورت بلاعوض بدهد تا قرارداد سه طرفه مزبور به عنوان یک قرارداد بلاعوض تلقی گردد؟ آیا می‌توان به رایگان بودن یکی از سه رابطه متصور بین (A) و (B) یا (B) و (C) و یا (A) و (C) اکتفا نمود؟ آیا به خاطر اینکه در ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی فرانسه از واژه‌های «یکی» از طرفین و «دیگری» استفاده شده و فرض قرارداد دو طرفه را در نظر گرفته است دیگر نمی‌توان آن را بر مورد قرارداد بلاعوض سه یا چند طرفه اعمال کرد؟

اینجاست که یکبار دیگر این مسأله مطرح می‌شود که آیا واقعاً یک تقسیم‌بندی^{۱۱} بین قراردادهای معوض و بلاعوض وجود دارد یا خیر؛ چرا که اگر ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی فرانسه را در نظر بگیریم متوجه خواهیم شد که قرارداد معوض را به عنوان قراردادی که در آن «هر یک از طرفهای قرارداد» - که عملاً ممکن است بیش از دو طرف باشند - ملزم به دادن مالی یا انجام کاری است، تعریف کرده است. تعاریف و راه‌حلهای موجود به آسانی قابل اعمال بر قراردادهای سه طرفه نیستند؛ مثلاً، در قراردادی که شخص (A) و (B) از یک طرف، ملزم به دادن مالی به شخص (C) هستند و در مقابل شخص (C) فقط ملزم به دادن مال به شخص (A) باشد، آیا باید قرارداد را به خاطر اینکه هر یک از طرفین مالی به دیگری می‌دهد معوض تلقی کرد؟ یا به خاطر اینکه شخص (B) مالی را به صورت بلاعوض به شخص (C) داده است، آن را بلاعوض و رایگان تلقی کرد؟ یا اینکه باید مسأله بلاعوض و معوض بودن را در یک چارچوب و رابطه چندجانبه و چندطرفه مورد بررسی قرار داد؟

۱۷- طرح پرسشهای فوق به خوبی نشان می‌دهد که ورود یک شخصیت سوم به قرارداد، آثار حقوقی بسیار مهمی بوجود می‌آورد و امیدواریم التفات خواننده را به خود جلب کرده باشد. همانطور که پیشتر خاطر نشان کردیم، مسأله مهم در واقع درک حقوقی عبور از دومین طرف قرارداد به سومین طرف آن است. اگر بتوان این مرحله را پشت سر

11. C'est-à-dire une division en classes qui soit complète, chaque élément appartenant à une classe et une seule.

گذاشت، بخش عمده‌ای از مسأله حل شده و به راحتی می‌توان آثار و احکام آن را به بیش از سه طرف قرارداد تعمیم و تسری داد.

۱۸- نگاه دیگرگونه به تعاریف کلاسیک (یا دقیق‌تر بگوییم «به طور کلاسیک خواندن تعاریف») می‌تواند امکان تجدید و بازبینی در مبانی فکری مفاهیم بنیادی حقوق قراردادها را فراهم آورد. بازنگری در این مفاهیم در عین حال که ممکن است ما را دچار تزلزل کند، موجب می‌شود تا با وسعت نظر خاصی به مسائل بنگریم. از این نظر این تأملات تزلزل‌آور هستند که ما را وادار می‌کنند تا از چارچوبهای عادی و همیشگی خود که ملکه اذهان شده و بعضاً نیز به طور ناخودآگاه و خودکار آنها را به کار می‌بریم خارج شویم. مهمتر از همه اینکه، در تعریفی که قانون مدنی از قرارداد ارائه می‌کند هیچ‌گونه الزام و اجباری به اینکه قرارداد به عنوان رابطه بین فقط دو شخص در نظر گرفته شود وجود ندارد. این کادر دو طرفی توسط قانون مدنی ارائه نشده است، بلکه توسط دکتترین، آن‌هم به خاطر مواجه بودن رویه قضایی با وضعیتهای دو طرفه بوده است که باعث محصور شدن دکتترین در حلقه تنگ این برداشت مضیق از مفهوم قرارداد شده است.

نکته اینجاست که دکتترین باید به خود آید و متوجه حصر غیرارادی خود شود و محدوده فکری خود را به فراتر از موارد و وضعیتهایی که به تدریج مطرح می‌شوند گسترش دهد. در غیر این صورت اندیشه و تفکر دکتترین به حدوث اتفاقی و تصادفی وقایعی که نزد قضات مطرح می‌شوند وابسته می‌گردد.

۱۹- اینگونه به زیر سؤال بردن مسائل تا حدی ما را دچار خلل و تزلزل می‌کند. باید هم شجاعت داشت و هم خشوع و خضوع. شجاعت برای اینکه، بسیار ساده و آسان است که بر روی موارد تکراری و متداول استدلال و اظهارنظر کرد. خشوع و خضوع نیز لازم است چرا که باید بپذیریم که درست نخواندیم، اگرچه متن قانون را جلوی چشم خود داشتیم: «قرارداد، پیمانی است که در آن یک یا «چند» شخص در برابر یک یا «چند» شخص دیگر متعهد می‌شوند»...

۲۰- ارزش و فایده تحقیق حقوقی در همین چیزهاست. از بس بر روی موارد شایع و متداولی که با آنها مواجه می‌شویم کار کرده و در چارچوب اطمینان‌بخش عادت، به استدلال می‌پردازیم، نهایتاً حواشی و جزئیات را فراموش می‌کنیم. امیدواریم توانسته باشیم خواننده را متقاعد نماییم که همین حواشی و جزئیات هستند که محل و مأوای تفکر و تعمق‌اند.^{۱۲}

12. Une thèse est en cours à l'Université Montpellier I, sous notre direction, sur la gratuité.

گزارش آموزشی

(فهرست پایان نامه‌های پذیرفته شده)

فهرست پایان‌نامه‌های پذیرفته شده

گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی

- سیاست جنایی ایران در زمینه اعمال منافی عفت
دانشجو: تورج مرادی گر صدقی
استاد راهنما: دکتر باقر شاملو
بخش اول: جنبه‌های تئوری و تقنینی سیاست جنایی ایران در قبال اعمال منافی عفت
بخش دوم: جنبه‌های عملی و اثباتی سیاست جنایی ایران در زمینه اعمال منافی عفت
- قاچاق انسان
دانشجو: حسن شیبانی
استاد راهنما: دکتر جعفر کوشا
بخش تمهیداتی: کلیات
بخش اول: عناصر تشکیل دهنده جرم قاچاق انسان
بخش دوم: قاچاق انسان جرم سازمان یافته فراملی در کنوانسیون پالرمو
- جایگاه قاعده در نظام حقوق کیفری ایران و فقه امامیه
دانشجو: رضا زهروی

استاد راهنما: دکتر حسین میرمحمدصادقی

فصل اول: مطالعه تطبیقی شبهه و اقسام آن

فصل دوم: ادله اعتبار قاعده درء و تعیین صاحب شبهه

فصل سوم: مقایسه قاعده درء با اصل برائت و اصل تفسیر به نفع

متهم

فصل چهارم: قلمرو قاعده درء و آثار آن

• اصلاح و تربیت بزهکاران در حقوق کیفری ایران

دانشجو: مجید حمیدخانی

استاد راهنما: دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی

بخش اول: اصلاح مجرمان در مقررات فراتقنینی و تقنینی

بخش دوم: اصلاح مجرمین در مقررات فروتقنینی

• بررسی مقررات حاکم بر ضبط و نحوه اجرای آن در قراردادهای تأمین

کیفری

دانشجو: عباس جعفری دولت‌آبادی

استاد راهنما: دکتر باقر شاملو

بخش نخست: کلیاتی در باب قرار تأمین کیفری

بخش دوم: ضبط اموال در قراردادهای تأمین کیفری

بخش سوم: ضبط اموال و بررسی ضمانت اجرا و آثار آن

- بررسی حدود اختیارات دادستان (در قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱)
دانشجو: حمید بادله
استاد راهنما: دکتر رضا نوربها
بخش مقدماتی
بخش دوم: بررسی حدود اختیارات دادستان در مرحله کشف جرم، تعقیب متهم و تحقیقات مقدماتی
بخش سوم: بررسی حدود اختیارات دادستان بعد از مرحله تحقیقات مقدماتی
- سیاست جنایی و الگوهای آن در چالش با توسعه نیافتگی و آثار آن با تأکید بر سیاست‌گذاری جنایی در ایران
دانشجو: امیر ایروانیان
استاد راهنما: دکتر جعفر کوشا
بخش اول: سیاست جنایی؛ مفاهیم، بنیانها و مدلها
بخش دوم: توسعه نیافتگی معمای لاینحل سیاست جنایی با نگاهی به وضعیت سیاست‌گذاری جنایی در ایران
- حمایت کیفری از حق مالکیت بر علائم تجاری
دانشجو: سید مجتبی ارادتی
استاد راهنما: دکتر جعفر کوشا

بخش نخست: مبانی نظری، فرآیند اخذ مالکیت و چگونگی تحت حمایت کیفری قرار گرفتن علائم تجاری
بخش دوم: جلوه‌های حمایت کیفری از حق مالکیت بر علائم تجاری در قوانین و مقررات جزایی

- مسئولیت کیفری مقامات مافوق و زیردستان آنان در حقوق بین‌الملل کیفری (رساله دکتری)

دانشجو: حسین آقائی جنت مکان

استاد راهنما: دکتر محمدعلی اردبیلی

فصل نخست: مسئولیت کیفری مقامات مافوق (فرماندهی)

فصل دوم: مسئولیت کیفری ماموران مادن

- بررسی فقهی - حقوقی و جرم‌شناختی فرزندکشی
دانشجو: نوروز کارگری

استاد راهنما: دکتر حسین میرمحمدصادقی

بخش نخست: مبانی فقهی، حقوقی فرزندکشی

بخش دوم: مبانی جرم‌شناختی فرزندکشی

گروه حقوق خصوصی

- حمایت از گونه‌های جدید گیاهی در حقوق مالکیت فکری با تأکید بر کنوانسیون یو.پی.اوی (U.P.O.V)
دانشجو: محمدهادی دارائی

استاد راهنما: دکتر میرقاسم جعفرزاده

فصل اول: تعاریف و کلیات

فصل دوم: نظام حمایتی یو.پی.اوی (U.P.O.V)

فصل سوم: سایر نظامها و مقایسه نظام‌های حمایتی

• اخذ تأمین در قانون آیین دادرسی مدنی

دانشجو: جواد خالقیان

استاد راهنما: دکتر عبدالله شمس

بخش اول: اخذ تأمین در تأمین خواسته

بخش دوم: اخذ تأمین در سایر موارد

• نظم عمومی، در مرحله اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی

دانشجو: محمد شریف‌زاده لاری

استاد راهنما: دکتر حمیدرضا نیکبخت

فصل اول: کلیات نظم عمومی

فصل دوم: مبانی نظم عمومی

فصل سوم: اعمال نظم عمومی

• توصیف شرط ضمن عقد و بررسی شرایط صحت آن

دانشجو: اسماعیل صغیری

استاد راهنما: دکتر عباس قاسمی حامد

بخش اول: توصیف شرط ضمن عقد

بخش دوم: شرایط صحت شرط ضمن عقد

- بررسی مبانی حقوقی حاکم بر قراردادهای ورزشی
دانشجو: وحید قاسمی عهد
استاد راهنما: دکتر حمیدرضا نیکبخت
بخش مقدماتی: کلیات
بخش نخست: تشکیل و اوصاف قرارداد ورزشی
بخش دوم: انواع و آثار قرارداد ورزشی

- ضمانت در اسناد تجاری
دانشجو: جواد نیک‌نژاد
استاد راهنما: دکتر امیرحسین فنخاری
بخش اول: کلیات
بخش دوم: شرایط ضمانت در اسناد تجاری
بخش سوم: آثار ضمانت

- گزارش اصلاحی و ماهیت آن
دانشجو: ابوالفضل دنکوب
استاد راهنما: دکتر عبدالله شمس
بخش اول: کلیات
بخش دوم: سازش، شرایط و صورتهای آن
بخش سوم: مبنا، اقسام و شرایط شکلی گزارش اصلاحی
بخش چهارم: آثار گزارش اصلاحی و شکایت نسبت به آن و
تعارض گزارش اصلاحی با اسناد

- **تعدیل قرارداد در حقوق ایران**
 دانشجو: حمید باقرزاده
 استاد راهنما: دکتر عباس قاسمی حامد
 بخش اول: مبانی تعدیل قرارداد
 بخش دوم: مصادیق تعدیل قرارداد و آثار آن

- **اداره فضولی اموال غیر**
 دانشجو: سکینه توسلی کفرانی
 استاد راهنما: دکتر منصور امینی
 بخش اول: بررسی مفهوم، ماهیت و جایگاه فقهی اداره فضولی اموال غیر
 بخش دوم: شرایط تحقق و آثار اداره فضولی مال غیر

- **عقود مکاتبه‌ای در نظام عرفی (کامن‌لا) و تطبیق آن با حقوق ایران**
 دانشجو: هادی نعیمی
 استاد راهنما: دکتر حمیدرضا نیکبخت
 بخش اول: مطالعات پیرامونی
 بخش دوم: تشکیل عقد مکاتبه‌ای

- **ایفای عین تعهد در حقوق ایران و مقایسه آن با سایر نظامهای حقوقی**
 دانشجو: غلامرضا اسفندانی
 استاد راهنما: دکتر غلامعلی سیفی زیناب

بخش اول: تعهد قراردادی و لزوم ایفای عین تعهد با مقایسه مختصر
نظامهای حقوقی
بخش دوم: کیفیت ایفای عین تعهد قراردادی

● مالکیت به نحو اشاعه

دانشجو: محمد آقاییاری

استاد راهنما: دکتر هادی وحید

بخش اول: مفهوم اشاعه

بخش دوم: آثار اشاعه و انحلال آن

● حسن نیت در قراردادها در حقوق ایران و فرانسه

دانشجو: علی انصاری

استاد راهنما: دکتر امیر حسین آبادی

بخش مقدماتی: تاریخچه اصل حسن نیت در قراردادها

بخش اول: مفهوم حسن نیت

بخش دوم: قلمرو حسن نیت

بخش سوم: هدف حسن نیت و ضمانت اجرای آن

گروه حقوق عمومی

● همانندسازی انسان و حقوق بشر معاصر

دانشجو: محمد تیموری

استاد راهنما: دکتر محمد حسین زارعی

فصل نخست: مفاهیم و مبانی
فصل دوم: بررسی منابع و مباحث ویژه حقوق بشر بین‌الملل در مورد
همانند سازی انسان

• حق دادرسی پناهندگان

دانشجو: حجت اسدی

استاد راهنما: دکتر سید علی هنجنی

فصل اول: مبانی حق دادرسی، شمول آن بر سکنه و مقیمین ایران
فصل دوم: اصول و آیین دادرسی پناهندگان در قوانین موضوعه و
شرع

• دادگاه اروپایی حقوق بشر

دانشجو: ابوالفضل اصغری

استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی

فصل اول: شکل‌گیری، ساختار و صلاحیت دادگاه
فصل دوم: مراجعین به دادگاه و معیارهای پذیرش دعوی
فصل سوم: دادخواهی و ترتیب رسیدگی در دادگاه
فصل چهارم: اصول و مفاهیم ناظر بر دادرسی و رأی دادگاه

• جایگاه و نقش آفرینی شورای عالی استانها در سلسله مراتب شوراهای

اسلامی و نهادهای حکومتی

دانشجو: علی دشتی

استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی

فصل اول: مباحث مقدماتی

فصل دوم: شورای عالی استانها و سایر شوراها محلی

فصل سوم: جایگاه شورای عالی استانها در میان قوای سه گانه

فصل چهارم: تعامل و ارتباط شورای عالی استانها با قوای سه گانه

• بررسی تطبیقی استقلال قضات در حقوق ایران و انگلستان

دانشجو: مریم سهرابی مهرازی

استاد راهنما: دکتر محمد حسین زارعی

بخش اول: مفاهیم، مبانی و کلیات استقلال قضایی

بخش دوم: شاخصهای استقلال قاضی

• سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و اهداف آن

دانشجو: مینا عابدینی

استاد راهنما: دکتر اردشیر امیرارجمند

بخش اول: تاریخچه پیدایش سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور

(سازمان برنامه و بودجه سابق)

بخش دوم: اهداف و وظایف سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور

بخش سوم: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی استانها

بخش چهارم: سازمانها، شوراها و مراکز مرتبط به سازمان مدیریت و

برنامه‌ریزی کشور

- مبانی حقوق بنیادین کار و بررسی آن با موازین بین‌المللی
 دانشجو: امیر فرجی کریمی‌پور
 استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی
 فصل اول: تعاریف و مبانی حقوق بنیادین کار
 فصل دوم: اسناد و منابع موجود حقوق بنیادین کار

- بررسی نظام حقوقی همه‌پرسی و مراجعه به آراء عمومی در ایران
 دانشجو: علی گت‌بابائی
 استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی
 بخش اول: مفهوم و اصول همه‌پرسی و پیشینه تاریخی آن در ایران
 بخش دوم: بررسی نظام حقوقی همه‌پرسی

- بررسی ماهیت قرارداد موقت کار و پیامدهای عملی آن
 دانشجو: حیدر محمدنژاد
 استاد راهنما: دکتر عراقی
 فصل اول: کلیات
 فصل دوم: انواع قرارداد در قانون کار و بررسی ماهیت قرارداد
 موقت کار و مقایسه آن با سایر قراردادهای و سایر کشورها
 فصل سوم: پیامدهای عملی قرارداد موقت کار

گروه حقوق بین‌الملل

- ناپدیدی اجباری و منع آن در حقوق بین‌الملل
دانشجو: جیران رحمانیان
استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ‌زاده
فصل اول: مفهوم ناپدیدی اجباری
فصل دوم: منع ناپدیدی اجباری در منابع حقوق بین‌الملل
فصل سوم: تعهدات دولتها در منع ناپدیدی اجباری
فصل چهارم: نظارتهای بین‌المللی بر منع ناپدیدی اجباری
- مشروعیت ساخت دیوار حائل در سرزمین‌های اشغالی فلسطین از دیدگاه حقوق بشر و حقوق بشردوستانه
دانشجو: مریم افشاری
استاد راهنما: دکتر سید علی هنجنی
فصل اول: پیشینه تاریخی
فصل دوم: صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری
فصل سوم: مشروعیت ساخت دیوار از دیدگاه حقوق بشردوستانه بین‌المللی
فصل چهارم: مشروعیت ساخت دیوار حائل از دیدگاه حقوق بشر
- جنبه‌های حقوقی اجرای موافقت‌نامه‌های دور اروگوئه نسبت به کشورهای در حال توسعه
دانشجو: امین اسماعیل‌زاده

استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ‌زاده

- بخش اول: از گات تا سازمان تجارت جهانی؛ تحول وضعیت حقوقی کشورهای در حال توسعه در تجارت جهانی
- بخش دوم: آثار مادی موافقتنامه‌های دور اروگوئه برای کشورهای در حال توسعه
- بخش سوم: نظام حل اختلاف در تجارت جهانی و کشورهای در حال توسعه

- بررسی اجرای آرای داوری خارجی علیه دولت در پرتو تئوری مصونیت محدود
دانشجو: علیرضا ابراهیم‌گل
استاد راهنما: دکتر سید جمال سیفی
بخش اول: قاعده مصونیت دولت و داوری تجاری بین‌المللی
بخش دوم: اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی و قاعده مصونیت دولتها

- حمایت دیپلماتیک از اشخاص حقوقی در حقوق بین‌الملل
دانشجو: محمد اسدی
استاد راهنما: دکتر ابراهیم بیگ‌زاده
بخش اول: شرایط تحقق حمایت دیپلماتیک از اشخاص حقوقی
بخش دوم: اجرای حمایت دیپلماتیک از اشخاص حقوقی

• بررسی مفهوم دفاع مشروع در پرتو رأی دیوان بین‌المللی دادگستری
در قضیه سگوهای نفتی
دانشجو: امیرحسین ملکی‌زاده

beside of each other, Meanwhile they have some similarities, some distinctions to be seen among them too.

But totally, we can say that in each three sources, the rate of liability of carrier is in high level. Due to being high of liability level, the carrier should sustain the burden of proof in order to proving of exemption and with presentation of its own defense, to forgive himself from the responsibility.

Compilation of CMR convention in 1956 and joining Iran to this convention in 1997 caused that the owners of goods to avoid from the jurisdiction of national laws resulting from the rules of conflict of law and by facing to the merits in related to the some regulation of convention especially making familiar to the subject of liability of carrier felt security.

For explaining of foundation of liability of carrier in CMR convention and Iran and England laws before anything, the first part has considered the manner and aim of forming as well as the limitation for execution of convention, and also the presentation of criteria of identification carrier.

Although article 17 of convention show the high liability for carrier but the foundation of liability are not clear and this causes that to be faced to some ambiguities in determination of some of meaning of liability. Various opinions regarding to the basic of liability have been searched that some of these opinions have been rejected by presentation of some reasons and it seems that some opionions to be correct and in acordance to the reality which have been presented by some reasons.

The same situation has been considered for the foundation of liability in Iran and England laws. When the foundation of liability in Iran and England and the convention to be placed



their application on the new subjects, such as computer programs, genetic inventions and the like.

This research shows that in the developed countries this necessity has been considered by the courts and legal authors. In addition to these, long experience of the Patent Offices in these countries, whose legal systems apply the pre-examination method before to issue the patent certificate, has also resulted in a rich literature.

The present paper has a twofold purpose. First is to show that how the legal authors, courts and the Patent Offices in the industrialized countries could tackle this need.

Second is to show that the Iranian patent law, which was originated in the early twentieth century developments, can not be a proper legal regime to afford the necessary legal protection for the innovations in the variety fields of technology and that the enactment of the Law Bill, which is under consideration of the Parliament, is urgent.

Key words: Invention, Novelty, Inventive Step and Industrial Application

**Substantive Requirements for
Patentable Inventions in Light of
Case law and Registration office
Of inventions**

MirGhasem JAFARZADEH

Asghar MAHMOODI

Persian Text, pp. 69-148

Abstract

An invention may only be patentable if it is new, including an inventive step and is industrially applicable. These three substantive requirements have, although with different terminologies, been accepted and emphasized by almost all national patent laws and the relevant international documents. The Iranian patent law, realizing this importance, has also followed this policy and a number of its provisions make patentability of the invention subject to meet these requirements. Despite this significance, they are not defined by this legislation. Lack of legal definition has caused a number of important questions in respect of assessment of these requirements and

◆ **LE CONCOURS ENTRE LE FAIT IMPUTE AU DEFENDEUR
ET DE LA VICTIME**

Genevieve VINEY & Patrice JOURDAIN, Translated by Majid ADIB

◆ **UNE TROISIEME PERSONNE BIEN SINGULIERE**

Marie – Laure MATHIEU – IZORCHE, Translated by Seyye Omid SAEDI

◆ **ABSTRACTS IN ENGLISH & FRENCH**

Articles

- ◆ **THE LEGAL SHORTFALLS OF BANKING LAW IN IRAN**
Mahmoud Kashani
- ◆ **SUBSTANTIVE REQUIREMENTS FOR PATENTABLE INVENTIONS IN LIGHT OF CASE LAW AND REGISTRATION OFFICE OF INVENTIONS**
MirGhasem JAFARZADEH Asghar MAHMOODI
- ◆ **JUDICIAL REVIEW: CONCEPT AND FOUNDATION WITH REFERENCE TO THE UNITED STATES LEGAL SYSTEM**
Mohammad Hossein Zarei Ahmad Markaz MALMIRI
- ◆ **CONSIDERATION OF THE FOUNDATION OF THE LIABILITY OF THE CARRIER BY ROAD IN CONVENTION ON THE CONTRACT FOR THE INTERNATIONAL CARRIAGE OF GOODS BY ROAD AND COMPARING IT WITH IRANIAN AND ENGLAND LAWS**
Hossein SADAT HOSSEINI

Translated Articles

- ◆ **LE MERCENARIAT**
Habib Qherari, Translated by Seyyed Ali HANJANI.
- ◆ **LA REVENDICATION BE DIENS CULTURELS DU POINT DE VUE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE**
Christian Armbruster, Translated by Farhad KHOMAMIZADEH
- ◆ **JUSTIFYING PUNISHMENT**
M. CAVADINO, & J. DIGNAN, Translated by Ali SAFFARI

racune de uron

Téhéran-Evine

N°: 42

2006



