



دانشکده حقوق

فصلنامه تحقیقات حقوقی

(علمی)

شماره ۱۰۳

پاییز ۱۴۰۲

صفحه آرا: مهتاب سلیمی

ویراستاران: مریم غنی زاده بافقی، مهران اره چی

طراح جلد: زهرا غنی زاده بافقی

پاییز ۱۴۰۲

قیمت: ۳۵۰۰۰۰۰ ریال

نشانی فصلنامه:

اوین، دانشگاه بهشتی، دانشکده حقوق

شماره تلفن و فاکس: ۲۲۴۳۱۷۵۹

مرکز پخش: ۲۹۹۰۲۷۴۳

لیتوگرافی، چاپ و صحافی: نشر میزان

Email: law.res.mag@gmail.com



دانشگاه شهید بهشتی
دانشکده حقوق

تحقیقات حقوقی



به نام خدا

فصلنامه تحقیقات حقوقی

فصلنامه علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا، انجمن ایرانی داور و انجمن ایرانی حقوق اداری

صاحب امتیاز: دانشگاه شهید بهشتی

ناشر: نشر میزان

مدیر مسئول: گودرز افتخار جهرمی

سر دبیر: ابراهیم بیگزاده

مدیر داخلی: اسداله یآوری

دستیاران مدیر داخلی: مریم غنی زاده بافقی، منظر وفادار

هیئت تحریریه

محمد آشوری (استاد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه تهران)

نجادعلی الماسی (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران)

محمدرضا پاسبان (دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی)

عبداله شمس (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی)

سیدحسین صفائی (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران)

هدایت اله فلسفی (استاد حقوق بین الملل، دانشگاه شهید بهشتی)

سیدمصطفی محقق داماد (استاد حقوق اسلامی، دانشگاه شهید بهشتی)

علی حسین نجفی ابرندآبادی (استاد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شهید بهشتی)

به استناد مجوز ۳/۴۷۹۶ مورخ ۸۶/۶/۱۱ کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، فصلنامه تحقیقات حقوقی، فصلنامه‌ای علمی شناخته شده است.

این فصلنامه در پایگاه استنادی جهان اسلام ISC و نیز ایران ژورنال (نظام نمایه سازی مرکز منطقه ای اطلاع رسانی علوم و فناوری) نمایه شده است و از طریق دو نشانی [www. ISC. gov. ir](http://www.ISC.gov.ir) و www.noormags.ir در دسترس جامعه علمی جهانی قرار دارد.

شیوه‌نامه نگارش و ارسال مقاله

الف) ضوابط کلی

۱. مجله تحقیقات حقوقی هر سه ماه یکبار به انتشار مقالات علمی در زمینه‌های مختلف حقوقی و مباحث مرتبط با این رشته می‌پردازد.
 ۲. ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه به نشانی:
<http://Lawresearchmagazin.sbu.ac.ir>
- امکان‌پذیر است. از همین رو خواهشمند است از هرگونه ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر مجله یا ارسال ایمیل‌های محتوی مقاله به آدرس ایمیل مجله خودداری شود.
۳. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده یا نویسندگان آن است.
 ۴. فصلنامه در پذیرش، رد و ویرایش مقالات آزاد است.
 ۵. نویسنده با ارائه مقاله به مجله، کلیه حقوق مادی آن را به دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق و مجله تحقیقات حقوقی واگذار می‌نماید.
 ۶. مقالات دریافتی پس از ارجاع به داوری قابل‌استرداد نخواهد بود.
 ۷. دانشجویان الزاماً بایستی همراه با یکی از استادان عضو هیئت علمی مقاله ارائه نمایند.
 ۸. نوع داوری فصلنامه به صورت بی‌نام و حداقل دو داور می‌باشد.

ب) شرایط محتوایی

۱. مقاله می‌بایست در حوزه‌های مرتبط با موضوع فصلنامه باشد.
۲. مقاله بایستی واجد درجه علمی تلقی گردد.
۳. نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دستاورد علمی جدید با تکیه بر نتایج عملی باشد.
۴. مقاله نمی‌بایست قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ‌شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال‌شده باشد.
۵. از آنجاکه زبان مجله فارسی است، لازم است آیین نگارش زبان فارسی کاملاً رعایت گردیده و از به کار بردن اصطلاحات خارجی که معادل دقیق و پذیرفته‌شده فارسی دارند خودداری شود.

ج) شرایط شکلی

۱. حداکثر حجم مقاله مشتمل بر کلیه‌ی صفحات اعم از عنوان، چکیده‌ها، بدنه، نتیجه‌گیری و منابع ۸۰۰۰ کلمه در قطع A4 به شرح آتی خواهد بود.
۲. فرمت دریافتی فایل مقاله Doc یا Docx (آفیس ۲۰۰۷ یا جدیدتر) خواهد بود.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold ۱۴	B Mitra
اسامی نویسندگان به فارسی	Bold ۱۱	B Mitra
متن چکیده فارسی	<i>Italic</i> ۱۲	B Mitra
تیترهای داخل متن	Bold ۱۳	B Mitra
کلیدواژه فارسی	<i>Italic</i> ۱۳	B Mitra
متن	۱۳	B Mitra
متن عربی	۱۴	M Mitra
پانویس فارسی	۱۱	B Mitra
پانویس انگلیسی	۱۰	Times New Roman
عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Mitra
منابع فارسی	۱۳	B Mitra
منابع انگلیسی	۱۱	Times New Roman

راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

چکیده‌های انگلیسی		
عنوان مقاله انگلیسی	Bold ۱۳	Times New Roman
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold ۱۱	Times New Roman
تیتر Abstract	Bold ۱۳	Times New Roman
متن چکیده انگلیسی	۱۱	Times New Roman
کلید واژه انگلیسی	۱۱	Times New Roman

۳. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد:

• صفحه اول: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی

- عنوان مقاله
- نام نویسندگان
- رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسئول، در پاورقی صفحه‌ی اول درج خواهد شد.
- پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده‌ی فارسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید.
- حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.

• صفحه دوم: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی

- عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی می‌بایست در صفحه‌ی دوم درج گردد.
- رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسئول به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد.

شش

- پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده‌ی انگلیسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به‌اختصار بیان نماید.
- حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.

• صفحه سوم: مقدمه

- در مقدمه می‌بایست حتی‌الامکان به بیان هدف، طرح مسئله، مورد تحقیق، ضرورت و مبانی توجیهی موضوع تحقیق پرداخته شود.

• صفحات بعدی: بدنه مقاله

- عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی و با رعایت شماره‌گذاری عددی باشد؛ کلیه مطالب به استثنای مقدمه و نتیجه باید حداکثر ذیل ۵ شماره آورده شود.
- یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه‌شده در مقاله باشد.
- ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده‌شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.

• صفحه آخر: فهرست منابع

- منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج‌شده و به‌صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند.
- کلیه منابع باید به زبان انگلیسی نیز نوشته شوند.

کتاب فارسی:

نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (و نام خانوادگی نویسنده‌ی بعدی، نام نویسنده)، عنوان کتاب (توپر و ایرانیک)، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر و سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها). مثال:

فلسفی، هدایت الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، ص. ۸۳.

دو نویسنده یا بیشتر:

نام خانوادگی، نام، نام و نام خانوادگی نویسنده دوم به بعد. عنوان کتاب. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).

مثال:

دمرجیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی. قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. ویرایش اول. تهران: خلیج فارس، ۱۳۸۰، ص ۱۸۳.

کتاب انگلیسی:

نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده. عنوان کتاب (ایتالیک). شماره ویرایش. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها). مثال:

Pollan, M. *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*. 2nd Ed. New York: Penguin, 2006.

دو نویسنده یا بیشتر:

نام خانوادگی، نام، و نام و نام خانوادگی نویسنده دوبه به بعد. عنوان کتاب. شمارگان چاپ. محل نشر: انتشارات، سال انتشار.

مثال:

Ward, Geoffrey C., and Ken Burns. *The War: An Intimate History, 1941–1945*. First Ed. New York: Knopf, 2007.

مقاله فارسی:

نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله به صورت **توپر**، نام نشریه، دوره/ سال، شماره مجله، صفحات شروع تا پایان (در ارجاعات شماره صفحه‌ی ارجاعی). مثال:

صفایی، سید حسین، **نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در مورد معامله: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر**، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۹۱، شماره ۵۹، صص ۴۱-۶۲.

مقاله انگلیسی:

نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده. عنوان مقاله در گیومه، نام مجله (به صورت *Italic*) شماره مجله (سال انتشار): صفحه در صورت ارجاع در پانویس. مثال:
Joshua I, W. "The Market in Plato's Republic," *Classical Philology* 104 (2009): 440.

پایان نامه و رساله فارسی:

نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/ پایان نامه، محل دانشگاه: نام دانشگاه، سال چاپ.

مثال:

پروانیان، امیر. «سیاست‌گذاری جنایی؛ مبانی، اصول راهبردی و مدل‌ها». رساله دکترا، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.

پایان نامه و رساله انگلیسی:

نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/پایان نامه، نام دانشگاه، سال چاپ.

مثال:

Choi, Mihwa. "Contesting Imaginaires in Death Rituals during the Northern Song Dynasty." PhD diss., University of Chicago, 2008.

منبع الکترونیک:

نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله (**توپر**)، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین

بازدید. مثال:

Lang, Jon, **the Protection of Commercial Trade Secrets**, 25 European Intellectual property Review No 462 (October 2003), available at:
<http://www.nsi.org/library/espionage/asta/html>(last visited on 08/03/ 2011).

۴. به منظور ثبت الکترونیک مقاله، شما نیازمند دو فایل از مقاله خود هستید؛ فایل اول با مشخصات فوق تنظیم گردیده و فایل دوم فاقد نام و مشخصات نویسنده یا نویسندگان (فارسی یا انگلیسی) خواهد بود.

۵. در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان به بعد الزامی می‌باشد.

نویسندگان محترم می‌توانند راهنمای کامل کار با سامانه‌ی و اطلاعات جامع‌تر را از سایت مجله به آدرس www.LawResearchMagazine.ir دریافت نمایند.

فهرست مطالب

نقش حسن نیت در انتقال مالکیت با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، انگلیس و آلمان

سیدمصطفی محقق داماد احمدآبادی- سیداحمد حسینی- محمدعیسائی تفرشی ۱۱

چالش‌های حقوقی کشورهای ثالث برای ورود به بازار گاز اتحادیه اروپا (مطالعه موردی ایران)

هادی قنبری بناب- محمدمهدی حاجیان- عباس کاظمی نجفآبادی- علی امامی میبدی ۵۱

سرقت ادبی در حقوق کیفری ایران

ابوالحسن شاکری- احسان تیربندی ۷۹

داوری تخییری: مطالعه تطبیقی در نظام‌های حقوقی ملی

ابراهیم شعاریان ستاری ۱۰۳

معیار تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد

رضا سیمبر- تورج نبی دوست ۱۳۵

ماهیت حقوقی دارایی مجازی

همایون مافی- میثم رامشی ۱۵۷

جایگاه شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا و مصوبات آن در نظم حقوق اساسی

بیژن عباسی- نوید شیدایی آشتیانی ۱۸۱

حقوق تنظیمی بانکی و آسیب‌های آن در نظام بانکی ایران

محمدحسین زارعی- محمدعلی متانی ۲۰۷

مطالعه‌ای در برداشت‌های گوناگون خبرگان قانون اساسی ۱۳۵۸ از مفهوم تفکیک قوا

علی دارایی- صدیقه قارلقی- علی مشهدی ۲۳۳

گذر از اماره به فرض در تعیین معیار بلوغ

اصغر دوستی- داریوش بابایی- محمدباقر عامری‌نیا ۲۶۵

مدیریت حقوقی ریسک‌های داخلی در پروژه‌های صنعتی با رویکرد مقایسه میان قراردادهای

مختلف پیمانکاری

میرشهبیز شافع- نیکو فرهی ۲۸۷

ماهیت و آثار شرط مذاکره نسبت به دادگاه و طرفین قرارداد: مطالعه‌ای تطبیقی

امیرمحمود امینی- رحیم پیلوار ۳۱۳

نقدی بر مرور زمان طرح دعوی علیه بارفراهر در نظام حقوقی ایران از منظر اسناد حقوقی بین‌المللی
محمد آرین ۳۳۷

آثار امتناع از قبض موضوع حق در فقه و حقوق تطبیقی
عاطفه ذبیحی - بهزاد پورسید ۳۶۳

اثر تحریم‌های ایالات متحده آمریکا بر ارائه خدمات حقوقی به ایران
عصمت گلشنی - سیدمهدی حسینی مدرس ۳۸۵

بررسی امکان صدور قرارهای منع دعوی در حقوق اتحادیه اروپا، چین و ایران
محمدمجد کابری - اعظم انصاری - عبدالله خدابخشی - رضا معبودی نیشابوری ۴۱۳

واکاوی نظریه‌های اجتماعی مؤثر در بروز قتل‌های سریالی
فرزین افروز - امیررضا محمودی - وحید زارعی شریف - طیبه قدرتی ۴۴۱

بازشناسی مفهوم تشریفات دادرسی و محدوده عدم رعایت آن در دادرسی‌های غیر تشریفاتی
میرمرتضی میرحسین‌زاده - محمد عالم‌زاده ۴۵۹
چکیده‌های انگلیسی ۴۸۷

نقش حسن نیت در انتقال مالکیت با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، انگلیس و آلمان

(مقاله علمی-پژوهشی)

سیدمصطفی محقق داماد احمدآبادی*

سیداحمد حسینی**

محمدعیسائی تفرشی***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۰۸

چکیده

امروزه در اکثر نظام‌های حقوقی، «حسن نیت» مفهومی شناخته شده و اثرگذار در روابط حقوقی است. یکی از مهم‌ترین جنبه‌های این اثرگذاری، تأثیر حسن نیت در انتقال مالکیت است. بدین ترتیب که اگر متصرف، حسن نیت داشته باشد و از تعلق حق دیگران به مال موضوع انتقال اطلاعی نداشته باشد، با جمع سایر شرایط، حسن نیت وی باعث می‌شود مالکیت به وی انتقال یابد و مصون از تعرض مالک واقعی باقی بماند. این رویکرد در حقوق آلمان ضمن تصریح در نصوص قانونی، با وضع اصول و قواعدی از سوی حقوق دانان تقویت شده است. در حقوق انگلیس نیز هرچند مفهوم حسن نیت به اندازه حقوق آلمان با اقبال حقوق دانان مواجه نبوده است، اختیارات وسیع دادگاه‌ها و اتخاذ رویکردهای واقع‌گرایانه و مبتنی بر موازین عدالت از ناحیه آن‌ها سبب شده تا در موارد فراوانی از متصرف باحسن نیت حمایت به عمل آید. این رویکرد به برخی از قوانین موضوعه نیز تسری یافته است. در حقوق داخلی نیز مفهوم حسن نیت به رسمیت شناخته شده و در برخی قوانین موضوعه به آن تصریح شده است. به نظر می‌رسد با توجه به پویایی فقه شیعه به‌منزله پایه و اساس احکام و قواعد در حقوق داخلی از یک سو و فقدان هرگونه مبایت میان مبانی فقهی و موازین حسن نیت از سوی دیگر، می‌توان از رویکردهای حاکم بر نظام حقوقی آلمان و انگلیس برای تقویت آن دسته از نهادهای حقوقی داخلی که اعمال آن‌ها منجر به حمایت از متصرف باحسن نیت مال غیر می‌شود، بهره جست و علاوه بر آن، اقدام به تغییر برخی رویکردهای سنتی کرد که اعمال آن‌ها منجر به تضرر متصرف باحسن نیت مال غیر می‌شود.

کلید واژگان:

حسن نیت، تصرف، مال غیر، انتقال مالکیت.

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

mdamad@ias.ac.ir

** دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

ahmadhosseini.1390@gmail.com

*** استاد دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

tafreshi27@gmail.com

مقدمه

حسن نیت از نظر لغوی معادل عبارت عربی «حسن النیه» و عبارت انگلیسی «Good faith» است. از نظر اصطلاحی، تعاریف متعددی از حسن نیت ارائه شده است. عده‌ای حسن نیت را معادل صداقت و درست‌کاری و اعتقاد صادقانه و بدون فریب می‌دانند.^۱ عده‌ای دیگر آن را به معنای اشتباه صادقانه تعریف کرده‌اند.^۲ در جای دیگر آمده: «حسن نیت عبارت است از کسب آگاهی از تصرف و مالکیت شیء از طریق وسایل مشروع، فارغ از تقلب و سایر عیوب»^۳ و ... که به جهت جلوگیری از اطالة کلام از ذکر تمام آن‌ها پرهیز می‌شود. هرچند «سهل ممتنع» بودن حسن نیت از نگاهی گذرا به تعاریف ارائه شده پیداست، اما می‌توان گفت امروزه حسن نیت مفهوم شناخته شده‌ای در حقوق بسیاری از کشورهای جهان است. حقوق داخلی نیز از این قضیه مستثنی نیست. البته بدیهی است که پذیرش حسن نیت به مثابه اصل یا نهاد حقوقی با لحاظ تمام ابعاد و آثار و احکام ناشی از آن در نظام‌های حقوقی مختلف به یک میزان نیست. در نظام حقوقی آلمان، حسن نیت مورد توجه اکید قانون‌گذار و بالتبع جامعه حقوقی این کشور واقع شده است. در حقوق داخلی نیز تلاش‌های درخور توجهی از سوی حقوق دانان برای تشریح مفهوم حسن نیت و شناسایی آن به منزله یک اصل حقوقی و نفی هرگونه مباینیت میان آن و مبانی فقهی حاکم بر حقوق داخلی صورت گرفته است. البته، هرگز نمی‌توان اهمیت و جایگاه آن در حقوق داخلی را هم‌تراز کشوری نظیر آلمان دانست. حقوق انگلیس را نیز می‌توان حد میانه این طیف از نظر توجه به حسن نیت دانست.

حسن نیت در حوزه قراردادهای (که بعضاً با عنوان «حسن نیت تکلیفی» از آن یاد شده)، عمدتاً در سه مرحله انعقاد، تفسیر و اجرای قرارداد بررسی شده است. در مرحله انعقاد قرارداد، حسن نیت ناظر بر رفتار طرفین در مذاکرات قراردادی و تبادل اطلاعات میان طرفین قرارداد است. حسن نیت در تفسیر قرارداد نیز بدین معناست که در تفسیر عبارات قرارداد و کشف اراده مشترک طرفین، همواره باید اصل حسن نیت مورد توجه قرار گیرد. در مرحله اجرای قرارداد نیز با توجه به

۱. عظیمی، خدیجه، «بررسی تطبیقی اصل اعتماد در فقه امامیه و حسن نیت در کامن‌لا و اسناد بین‌المللی»، پایان‌نامه، قم: دانشگاه قم، ۱۳۹۰، ص ۱۶.

2. Stuchmcke, A. Essential tort law. 2nded. England: Cavendish publishing. 2001. p106

۳. ماده ۷۲۳ قانون مدنی هندوراس.

الزامات حاصل از اصل حسن نیت، انتظار می‌رود که طرفین قرارداد در اجرای تکالیف قراردادی، حداکثر تلاش را بکنند و منافع طرف مقابل را نیز مدنظر قرار دهند. در خارج از حوزه قراردادی نیز اشاره به حسن نیت، اغلب در خصوص مسئولیت صورت گرفته است. اما آنچه نگارنده در این مقاله قصد پرداختن به آن را دارد و شاید کمتر مورد توجه حقوق دانان واقع شده، عبارت است از نقش حسن نیت در خصوص انتقال مالکیت که برخلاف سه مرحله اشاره شده، به جای تمرکز بر بایدها و نبایدهای رفتاری، بیشتر ناظر بر وضعیتی است که بر انتقال گیرنده یا متصرف مال غیر عارض می‌شود (حسن نیت وضعی) و با جمع شرایطی، موجبات حمایت از وی را فراهم می‌آورد. در این راستا، تلاش می‌شود تا با مطالعه تطبیقی نظام حقوقی آلمان و انگلیس این موضوع بررسی شود که آیا حسن نیت نقشی در انتقال مالکیت دارد یا خیر؟ با فرض مثبت بودن پاسخ، این ایفای نقش چگونه خواهد بود؟ چگونه می‌توان راهکارهای موجود در این نظام‌ها را در حقوق داخلی به کار بست؟ بدیهی است موضوع، ارتباط تنگاتنگی با حق تعقیب مالک نسبت به مال خویش خواهد داشت؛ بدین ترتیب که چنانچه با فرض وجود هرگونه خلل در صحت انتقال مالکیت، حق تعقیب مال و بازپس‌گیری آن را برای مالک اولیه به رسمیت بشناسیم، موضوع با حقوق اشخاص با حسن نیتی که بدون اطلاع از این امر، مال را انتقال گرفته‌اند (با فرض اینکه نظر بر حمایت از وی و مالک شمردن او داشته باشیم)، در تضاد قرار خواهد گرفت و لازم است به فراخور موقعیت، در این باره تعیین تکلیف کرد.

از آنجا که انتقال مالکیت در حوزه اموال منقول و غیرمنقول بعضاً دارای تفاوت‌هایی از حیث شرایط و آثار و احکام است، لذا مطالب این مقاله در دو بخش ارائه می‌شوند: بخش اول به نقش حسن نیت در انتقال مالکیت اموال منقول و بخش دوم به نقش حسن نیت در انتقال مالکیت اموال غیرمنقول اختصاص داده می‌شود. در هر بخش نیز با تفکیک بین انتقال ارادی و غیرارادی مالکیت، به ترتیب وضعیت حقوق آلمان، انگلیس و ایران بررسی می‌شود تا پاسخ مناسبی به پرسش‌های فوق داده شود.

۱. نقش حسن نیت در انتقال مالکیت اموال منقول

هرچند در برخی موارد تلاش شده تا احکام و قواعد حاکم بر انتقال مالکیت اموال غیرمنقول (از جمله مقررات ثبتی) نسبت به اموال منقول نیز تسری یابد، لکن باید پذیرفت که همچنان

انتقال مالکیت در این دو دسته، مشمول احکام و قواعد خاص خود است. به همین دلیل، نگارنده انتقال مالکیت اموال منقول را به صورت مجزا بررسی می کند.

۱.۱. انتقال ارادی مالکیت

عقود ناقل مالکیت، بخش چشمگیری از مباحث مربوط به انتقال مالکیت را در بسیاری از نظام های حقوقی به خود اختصاص داده اند. البته، در کنار این عقود، به برخی اعمال حقوقی که در شمول عنوان عقد به آن ها ایراداتی وارد شده (نظیر وصیت، هبه و...) نیز اشاره شده است. اما به نظر می رسد بتوان ارادی بودن انتقال مالکیت را در چارچوب اعمال حقوقی عنصر مشترک آن ها دانست. لذا در هر دو بخش از این مقاله، با تفکیک بین انتقال ارادی و غیرارادی مالکیت، شرح مختصری از وضعیت موجود در هر یک از نظام های حقوقی مورد مطالعه ارائه می شود.

۱.۱.۱. حقوق آلمان

در حقوق آلمان، تأکید چشمگیری بر حسن نیت و لزوم حمایت از آن صورت گرفته و از آن به منزله اصل یاد شده و ماده ۲۴۲ قانون مدنی این کشور صراحتاً به این امر پرداخته است. البته، سایر مواد این قانون و نیز نصوص قانونی دیگری به حمایت از اشخاص باحسن نیت اشاره کرده اند، لکن اهم آن ها را باید در قانون مدنی جست. در کنار تدوین قوانین نسبتاً جامع، حقوق دانان نیز دیدگاه ها و اصولی مطرح کرده اند که یکی از مبانی آن ها حمایت از اشخاص باحسن نیت است. بنابراین، نگارنده با تأکید بر نقش حسن نیت در انتقال مالکیت، ابتدا به قانون مدنی این کشور و سپس به اصول و دیدگاه های حقوقی مذکور می پردازد.

۱.۱.۱.۱. قانون مدنی

قانون گذار آلمانی در ماده ۹۲۹ قانون مدنی بیان داشته: «برای انتقال مالکیت اموال منقول، لازم است که مالک در خصوص تحویل مال به انتقال گیرنده اقدام کند و طرفین درباره انتقال مالکیت توافق کنند...» سپس در بند یک ماده ۹۳۲ قانون مذکور بیان شده: «بر اثر انتقال مذکور در ماده ۹۲۹، شخص انتقال گیرنده مالک خواهد شد؛ حتی اگر انتقال دهنده مالک نباشد؛ مگر اینکه انتقال گیرنده در زمان انتقال، باحسن نیت نباشد...» و بلافاصله در بند ۲ همین ماده، در مقام توضیح مفهوم انتقال گیرنده باحسن نیت، با عباراتی سلبی بیان داشته: «شخص انتقال گیرنده در صورتی که در زمان انتقال، از عدم مالکیت انتقال دهنده اطلاع داشته باشد یا بر اثر تقصیر سنگین

خود، در خصوص عدم مالکیت انتقال دهنده بی اطلاع مانده باشد، باحسن نیت نخواهد بود»، لذا می توان موضع قانون گذار آلمانی در خصوص نقش حسن نیت در انتقال مالکیت اموال منقول را به وضوح ملاحظه کرد.

در واقع، انتقال گیرنده با توجه به الزامات عرفی حاکم بر معاملات اموال منقول و با توجه به اماره تصرف مذکور در ماده ۱۰۰۶ قانون مدنی، با انجام بررسی متعارف درباره مالکیت انتقال دهنده و احراز آن، می تواند اقدام به خرید مال از وی کند و از مراجعات احتمالی اشخاص ثالث با ادعای مالکیت به مال موضوع انتقال، درمان باشد؛ زیرا قانون مدنی آلمان به تأسی از نظریه اعتماد به ظاهر قرارداد و همچنین اصل جدا بودن قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت از نفس انتقال مالکیت که در ادامه مختصراً به آن اشاره خواهد شد، به حمایت از انتقال گیرنده باحسن نیت پرداخته است.

قبلاً اشاره شد که در خصوص برخی اموال منقول، تلاش شده تا با فاصله گرفتن از اماره ید، اقدام به ایجاد نظام ثبتی و احراز مالکیت از طریق آن شود. در حقوق آلمان می توان این رویکرد را در خصوص کشتی ها ملاحظه کرد. ماده ۹۳۲ قانون مدنی آلمان بیان داشته در صورتی که شخص باحسن نیتی اقدام به خرید یک کشتی ثبت نشده کند و آن را تحویل بگیرد، مالکیت به وی منتقل می شود؛ حتی اگر انتقال دهنده، مالک واقعی نبوده باشد. بنابراین، می توان چنین برداشت کرد که اگر قبلاً مالکیت کشتی به ثبت رسیده باشد، انتقال گیرنده در صورتی باحسن نیت خواهد بود که به محتوای دفتر ثبتی مربوطه مراجعه کند. با این اوصاف، باز هم نگاه مقنن به حمایت از انتقال گیرنده باحسن نیت است و صرفاً طریق تشخیص این حسن نیت محدود شده است. بدیهی است در خصوص کشتی هایی که مالکیت آن ها به ثبت نرسیده، احراز مالکیت بر اساس اماره تصرف و سایر قرائن خواهد بود.

البته حمایت از انتقال گیرنده باحسن نیت نیز همانند بسیاری از قواعد حقوقی، با برخی استثنائات مواجه شده است. مقنن آلمانی در ماده ۹۳۵ بیان داشته که مقررات ماده ۹۳۲ درباره تحصیل مالکیت از سوی انتقال گیرنده باحسن نیت، در موردی که مال از مالک واقعی سرقت شده یا به هر طریقی گم شده باشد، اجرا نخواهد شد؛ مگر اینکه مال مطابق ماده ۹۷۹ همین قانون از طریق مزایده به فروش رفته باشد یا مال مورد نظر، پول و اسناد قابل انتقال باشد. به نظر می رسد

این دو حالت استثنایی از آن جهت مورد توجه قانون‌گذار آلمانی واقع شده که خروج مال از تصرف مالک واقعی، بدون اراده وی اتفاق افتاده و در این دو حالت، ترجیح قانون‌گذار بر حمایت از حق تعقیب مالک واقعی بوده است. سیاق عبارات ماده و وارد کردن برخی استثنائات بر همین دو مورد نیز گویای لزوم تفسیر مضیق این دو مورد و عدم امکان تسری آن به سایر حالاتی است که شاید مال مربوطه، بدون اراده مالک واقعی از تصرف وی خارج شده باشد.

۱.۱.۱.۲. اصل جدا بودن قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت از قرارداد ناظر بر انتقال مالکیت^۱

بر اساس این اصل که از این پس به اختصار، اصل «جدا بودن» نامیده می‌شود، حقوق آلمان قراردادهای ناقل مالکیت را به طور کلی شامل مجموعه‌ای از دو قرارداد مجزا می‌داند که یکی ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت و دیگری ناظر بر نفس انتقال مالکیت است.^۲ جدایی این دو قرارداد از یکدیگر به اندازه‌ای است که حتی شاید در فرض بطلان و بی‌اعتباری هر دو قرارداد، سبب بی‌اعتباری هر یک، متفاوت از دیگری باشد^۳ و بر اساس اصل جزئی‌تری با نام اصل «تجربیدی بودن»^۴ که نشئت گرفته از همین اصل است، اعتبار قرارداد راجع به انتقال مالکیت، ارتباطی به اعتبار قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت ندارد. به نظر می‌رسد مبنای این اصل را باید در رویکرد کلی حقوق آلمان به ایجاد امنیت و قطعیت در معاملات دانست که مورد اشاره حقوق‌دانان آلمانی نیز واقع شده است.^۵ نتیجه مهم اجرای این دو اصل چنین است که اگر قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت، فسخ یا بی‌اعتباری آن مشخص شود، در حالی که انتقال مالکیت پیرو این قرارداد صورت گرفته باشد، نمی‌توان اصل مال را که در ید اشخاص ثالث است، استرداد کرد و فقط طرفین قرارداد در برابر یکدیگر پاسخ‌گو خواهند بود. لذا انتقال‌دهنده نمی‌تواند بر اساس ماده ۹۸۵ قانون مدنی^۶ علیه شخص ثالث طرح دعوا کند، بلکه می‌تواند بر اساس ماده ۸۱۲ قانون مذکور که مبتنی بر دارا شدن ناعادلانه است، اقدام کند؛ زیرا بر اثر

1. principle of separation

2. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. *German Law of Contract*. 2nded. USA: Hart Publishing, 2006. p27-28

3. Ibid. p30

4. principle of abstraction

5. Ibid

۶. ماده ۹۸۵ قانون مدنی آلمان بیان داشته: «مالک می‌تواند از متصرف بخواهد که مال را به او پس دهد.»

بی اعتباری قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال، در واقع دلیلی بر انتقال مالکیت به طرف مقابل باقی نمانده و دارایی وی به صورت ناعادلانه افزایش یافته و باید معادل مال مربوطه را پس دهد.^۱ برخی حقوق دانان افزوده اند که ممکن است حکم فوق در نگاه اولیه عجیب به نظر برسد، ولی با نگاه به وضعیتی که شاید برای اشخاص ثالث ایجاد شود، این تعجب منتفی می شود،^۲ زیرا این حکم در واقع برای ایجاد امنیت در معاملات است و هزینه آن بعضاً به مالک اولیه تحمیل خواهد شد که حق تعقیب مال خود را از دست می دهد و او قربانی اشخاص ثالث می شود. در واقع، علی رغم کشف بطلان قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت یا فسخ آن با اثری قهقرایی،^۳ صحت قرارداد ناظر بر انتقال مالکیت، مصون از تعرض باقی می ماند و لذا اشخاص ثالث از ادعاهای مالک اولیه در امان خواهند بود. البته، هرچند عبارات حقوق دانان در تشریح این اصول به صورت مطلق به کار رفته، با در نظر داشتن رویکرد قانون مدنی و تأکید بر اصل حسن نیت در ماده ۲۴۲ آن، به نظر می رسد که عدم امکان استرداد اصل مال را باید صرفاً محدود به حالتی دانست که ثالثی که مال را بعد از قرارداد اولیه انتقال گرفته، با حسن نیت بوده و از بی اعتباری قرارداد اولیه بی اطلاع باشد.

۱.۱.۱.۳. اعتماد به ظاهر قراردادها و اسناد (نظم عمومی معاملات)

در انعقاد قراردادها همواره ممکن است اراده واقعی یکی از طرفین قرارداد با معنای ظاهری آنچه در قالب متن قرارداد تحریر می شود، تفاوت هایی داشته باشد که در لحظه انعقاد قرارداد مورد توجه طرفین واقع نشود. در چنین حالتی، سؤال این است که آیا هر یک از طرفین قرارداد، می تواند با اثبات اراده واقعی خود، قراردادی را که حسب ظاهر با اراده واقعی وی متفاوت است، باطل بداند؟ در حقوق آلمان بحثی در باب اعتماد متعهدله به ظاهر عبارات قرارداد و اراده نوعی طرف مقابل در استفاده از آن عبارات مطرح است که بر اساس آن، اعتماد به ظاهر قراردادها و معنایی که نوعاً از آن ها برداشت می شود، امکان نمی دهد تا با عذر مطابقت نداشتن ظاهر قرارداد با اراده واقعی طرف قرارداد، حکم به بطلان آن داد و بدین وسیله اعتماد در روابط تجاری و نظم

1. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit. p29

2. Ibid. p30

۳. بررسی های نگارنده نشان می دهد که در حقوق آلمان برخلاف حقوق داخلی، فسخ دارای اثر قهقرایی است: Dannemann, G. *German Law of Unjustified Enrichment and Restitution*. 1st ed. England: Oxford University Press. 2009p70&237

عمومی معاملاتی حفظ می‌شود.^۱ این رویکرد، وجه دیگری نیز دارد که بر اساس آن، به‌طور کلی، تلاش می‌شود تا از اعتبار اسناد رسمی و مالکیت‌های ثبت‌شده، حمایت شود و نه تنها با ادعای مغایرت آن با اراده واقعی طرفین، بلکه به دلایل دیگری که منجر به بطلان قراردادها می‌شود نیز نتوان به اعتبار این اسناد خدشه وارد کرد.

تا آنجا که بررسی‌های نگارنده نشان می‌دهد، موضوع حاضر، برخلاف اصل جدا بودن و اصل تجریدی بودن قرارداد ناظر بر انتقال مالکیت، در تألیفات حقوقی آلمان تحت عنوان قاعده یا اصل معینی مشخص نشده و البته دارای مخالفانی نیز هست؛^۲ اما این امر به‌منزله بی‌اساس بودن دیدگاه مذکور نیست. در واقع، هرچند بر اساس اصول مذکور، بی‌اعتباری یا انحلال قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت، خللی در اعتبار انتقال مالکیت صورت‌گرفته ایجاد نمی‌کند، حمایت حقوق آلمان از اعتماد به ظاهر قرارداد، ابزار دیگری برای حفظ اعتبار انتقالات صورت‌گرفته در خصوص مالکیت اموال محسوب می‌شود که یقیناً یکی از مبانی آن، حمایت از ثالث باحسن‌نیتی است که شاید به هر دلیلی از بی‌اعتباری قراردادها و اسناد قبلی متضرر شود. بنابراین، با در نظر داشتن جمیع مطالب فوق، می‌توان ادعا کرد که نظام حقوقی آلمان با بهره‌گیری از نصوص قانونی مذکور، اصول پیش‌گفته و حمایت از اعتماد به ظاهر قراردادها و اسناد، فضای منسجمی را ایجاد کرده که در آن، ضمن برقراری نظم عمومی معاملاتی، از اشخاص باحسن‌نیتی که اقدام به دریافت مال در قالب یکی از عقود ناقل مالکیت کرده‌اند، حمایت می‌شود.

۱.۱.۲. حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، برخلاف حقوق آلمان، نمی‌توان از پذیرش حسن‌نیت به‌مثابه یک اصل حقوقی سخن گفت، زیرا در مورد پذیرش حسن‌نیت در حقوق این کشور و به‌خصوص در حوزه قراردادها، انتقاداتی مطرح شده است و آن را موجب از بین رفتن نظم معاملات در سطح جامعه دانسته‌اند.^۳ با وجود این، قوانین متعددی به‌صورت موردی اقدام به حمایت از اشخاص باحسن‌نیت

1. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit. p263-264

2. Ibid. P263-264

که ساوینی را به‌مثابه یکی از مخالفان این دیدگاه معرفی کرده است.

3. Harisson, R. *Good Faith in Sales*. 1sted. London: Sweet & Mawell. 1997. p685-688

کرده‌اند. در کنار این قوانین، برخی رویکردهای خاص حقوق انگلیس که بعضاً از ویژگی‌های نظام کامن‌لا نشئت گرفته‌اند، باعث حمایت از اشخاص باحسن نیت می‌شود. به همین دلیل، نگارنده ضمن اشاره مختصر به اهم قوانین مذکور، برخی از این رویکردها را نیز بیان می‌کند.

۱.۱.۲.۱. قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹^۱

هرچند بند یک ماده ۲۱ این قانون به تبعیت از قاعده «هیچ کس چیزی را که ندارد، نمی‌تواند بدهد»^۲ بیان داشته: «در حدود این قانون، در جایی که شخص فروشنده، مالک نیست و با اجازه یا رضایت مالک نیز مال را نفروخته، خریدار مالکیتی بهتر از آنچه فروشنده داشته به دست نخواهد آورد...»، اما در ادامه، مقرراتی در همین قانون آمده که به وضوح از خریدار با حسن نیتی که از فقدان مالکیت یا اختیار فروشنده در فروش بی‌اطلاع بوده، حمایت کرده و مالکیت وی را محترم شمرده‌اند:

ماده ۲۳ این قانون بیان داشته: «وقتی که فروشنده دارای مالکیتی ابطال‌پذیر باشد و قبل از زوال مالکیت خود آن مال را بفروشد، خریدار مالکیت کامل آن را به دست خواهد آورد؛ مشروط بر اینکه با حسن نیت بوده و از نقص مالکیت فروشنده، بی‌اطلاع باشد.»

ماده ۲۴ قانون مذکور نیز در باب معامله معارض بیان داشته: «جایی که شخص فروشنده، همچنان کالا را در تصرف خود دارد یا تصرف نسبت به آن یا اسناد مثبت مالکیت آن را مجدداً به دست می‌آورد، تحویل یا انتقال کالا یا اسناد مثبت مالکیت آن از سوی وی یا نماینده تجاری او بر اثر قرارداد [دیگری در قالب] بیع، رهن یا هرگونه انتقال دیگر به شخص دیگری که باحسن نیت بوده و از بیع قبلی بی‌اطلاع است، همان اثری را خواهد داشت که اگر انتقال یا تحویل کالا با اجازه مالک بود، آن آثار را بر جای می‌گذاشت»؛ لذا در چنین شرایطی، خریدار اولیه، حق تعقیب خود را نسبت به کالای موضوع معامله از دست خواهد داد.

بدیهی است که در همه این حالات خریدار مکلف به بررسی‌های منطقی در خصوص مالکیت بایع است و در صورت عدم بررسی، نمی‌توان وی را مشمول عنوان خریدار باحسن نیت دانست. تأکید ماده ۲۴ مذکور بر تصرف بایع در خصوص مبيع در زمان انعقاد عقد بیع در کنار توجه به حکومت اماره تصرف درباره اموال، منقول، مؤید این دیدگاه است.

1. sale of goods Act 1979
2. nemo dat rule

مواد پیش گفته، نمایانگر رویکرد مقنن انگلیسی به حمایت از خریدار باحسن نیتی است که از ایرادات مالکیتی مال موضوع بیع اطلاعی ندارد. در مقام جمع این مواد با عبارات مقنن در بند یک ماده ۲۱ به نظر می‌رسد باید عبارات ماده اخیر را محدود به حالتی دانست که خریدار، باحسن نیت نباشد. البته چنانکه برخی حقوق دانان نیز اشاره کرده‌اند، نمی‌توان انکار کرد که برخلاف حقوق آلمان، در حقوق انگلیس به دلیل وجود قواعد کامن لا از یک سو و تصویب قوانین متعدد از سوی دیگر، ممکن است ابهاماتی در رویکرد حقوق انگلیس مشاهده شود و توجیه نصوص قانونی و رفع تعارض ظاهری آن را با سایر قوانین یا قواعد حاکم بر کامن لا دشوار کند.^۱

۱.۱.۲.۲. قانون اجاره به شرط تملیک مصوب ۱۹۶۴^۲

ماده ۲۷ قانون اجاره به شرط تملیک بیان داشته که اگر در خصوص وسایل موتوری، قرارداد اجاره به شرط تملیک یا قرارداد بیع مشروطی منعقد شود و مستأجر یا خریدار قبل از اینکه مالکیت کالا به او انتقال یابد، اقدام به فروش آن به شخص باحسن نیتی کند که از وجود قرارداد اجاره به شرط تملیک یا بیع مشروط اطلاعی نداشته، مالکیت وسیله به وی منتقل خواهد شد. البته، اختیارات وسیع دادگاه‌ها در حقوق انگلیس باعث شده تا در برخی موارد خاص، از این ماده تبعیت نشود. در پرونده «شوگان فاینانس علیه هادسون»^۳ قرارداد اجاره به شرط تملیک میان خواهان و مستأجر به دلیل اشتباه اساسی باطل اعلام شد و خواهان توانست خودرویی را که از سوی مستأجر به خواننده داده شده بود، مسترد کند؛ زیرا دادگاه معتقد بود در مواردی که اشتباه اساسی در قرارداد اتفاق افتد، نمی‌توان به ماده ۲۷ مذکور استناد کرد.^۴

اما به هر حال، همان‌طور که بعضی حقوق دانان اشاره کرده‌اند، برخی بی‌عدالتی‌های ناشی از اعمال قاعده «هیچ کس چیزی را که ندارد، نمی‌تواند بدهد»، در حق اشخاص ثالث باحسن نیتی که بدون اطلاع از فقدان مالکیت انتقال‌دهنده، اقدام به دریافت مال از وی کرده‌اند و سلب مالکیت از آن‌ها، باعث شده تا قانون‌گذار انگلیسی در مواردی نظیر آنچه اشاره شد، در مقام حمایت از این اشخاص باحسن نیتی برآید.^۵

1. Markinsen, Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit. P30

2. Hire purchase Act 1964

3. Shogun Finance Ltd v Hudson [2004] 1 AC 919

4. Ibid. p299-300

5. Richards, P. *Law of Contract*. 9th ed. England: Pearson, Longman. 2009. p260

۱.۱.۲.۳. قانون حقوق اموال^۱

بند ۲ ماده ۱۰۴ قانون مذکور بیان داشته در صورتی که مرتهن به دلیل عدم پرداخت مطالبات خویش، اقدام به فروش مال مرهونه کند و بعداً معلوم شود که شرایط لازم برای فروش مال مرهونه، محقق نشده است، این امر خللی در مالکیت خریداری که مال را دریافت کرده، ایجاد نخواهد کرد و کسی که از این امر خسارت دیده، باید به مرتهن مراجعه کند. در واقع، در چنین حالتی، علی‌رغم عدم رعایت شرایط لازم برای فروش مال مرهونه، عملاً حق تعقیب راهن (مالک) نسبت به مال از بین می‌رود. از سوی دیگر، بند یک ماده ۴۵ همین قانون نیز اشاره کرده که خریدار باید فرض را بر صحت اسناد و مدارک مالکیتی فروشنده بگذارد؛ مگر اینکه خلاف آن برای وی محرز شود؛ لذا با توجه به مطالب پیشین، به نظر می‌رسد حمایت از خریدار را باید محدود به حالتی دانست که وی با حسن نیت بوده و از فقدان شرایط لازم برای فروش مال مرهونه، بی‌اطلاع باشد، زیرا اگر نادرستی اسناد مالکیتی فروشنده برای وی محرز شود، دیگر اجازه اعتماد به اسناد مربوطه را ندارد.

۱.۱.۲.۴. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

در حقوق انگلیس، الزام به ایفای عین تعهد، راهکار اول در برخورد با نقض قرارداد نیست؛ بلکه این ضمانت اجرا برگرفته از موازین انصاف است. یعنی دادگاه زمانی با «صلاحدید»^۲ خود، الزام متعهد به ایفای عین تعهد را برمی‌گزیند که راه حل اولیه در برخورد با نقض قرارداد که همانا پرداخت خسارت است، مناسب نباشد.^۳ این دیدگاه به نصوص قانونی نیز راه یافته است؛ بند یک ماده ۵۲ قانون بیع کالا بیان داشته که در صورت استنکاف بایع از تحویل مبیع، چنانچه دادگاه صلاح بداند می‌تواند با درخواست خریدار، بایع را مکلف به ایفای عین تعهد مبنی بر تحویل مبیع کند. به نظر می‌رسد یکی از مهم‌ترین عوامل تأثیرگذار در اعمال این صلاحدید از ناحیه دادگاه، حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت خواهد بود؛ لذا این رویکرد در موارد متعددی به صورت غیرمستقیم منجر به حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت می‌شود. نمونه‌ای از آن در ماده ۲۴ قانون مذکور درباره معامله معارض ملاحظه شد. چنانچه خریدار اول بتواند فروشنده را ملزم به

1. Law of property Act 1925

2. Discretion

3. Monaghan. Nicola, Chris Monaghan, *Beginning Contract Law*. 1sted. London: Routledge. 2013. p142

تحويل عين كالای خریداری شده کند، این امر مستلزم بازپس گیری اصل مال از خریدار دوم و در نتیجه، اعتقاد به بطلان قرارداد دوم است. لذا لزوم حمایت از خریدار دوم به منزله خریدار باحسن نیت، باعث شده تا این حالت به صراحت مورد اشاره مقنن قرار گیرد و یقیناً یکی از دلایل تصویب این ماده، اجتناب از ایفای عين تعهد است.

برخی حقوق دانان ضمن اشاره به تعقیب پذیر بودن مال برای مالک و امکان مطالبه عين تعهداتی که به آن تعلق می گیرد، استثنای این امر را حالتی دانسته اند که شخص ثالث باحسن نیتی آن را به دست آورده باشد، بی آنکه اطلاعی درباره عدم مالکیت انتقال دهنده یا محدودیت های مشابه داشته باشد.^۱

در پرونده «رویسکات تراست علیه راجرسون»^۲، خواهان با توجه به اظهارات نادرست یک واسطه فروش، اقدام به انعقاد قرارداد اجاره به شرط تملیک بامشتری کرده بود. مستأجر برخلاف مفاد قرارداد اقدام به انتقال خودرو به ثالث کرد؛ آنگاه خواهان اقدام به طرح دعوی مطالبه خسارت علیه واسطه مربوطه کرد و موفق به اخذ حکم به محکومیت وی شد.^۳ سلب حق تعقیب خواهان که مطابق با قرارداد اجاره به شرط تملیک، دارای حق عینی نسبت به اصل مال بوده و نیز تبدیل آن به حق مطالبه خسارت در راستای پرهیز از ایفای عين تعهد، کاملاً مشهود است.

۱.۱.۲.۵. جلوگیری از بطلان قراردادها

تا قبل از قرن بیستم، نگرش دادگاه های انگلیس در دعوی قراردادی بدین ترتیب بود که اگر اشتباه مؤثری در انعقاد قرارداد اتفاق می افتاد، آن را باطل و تعهدات قراردادی را ساقط شده می دانستند. ولی این نگرش در قرن بیستم تغییر کرد و دادگاه ها حداکثر تلاش خود را برای جلوگیری از باطل دانستن قرارداد بر اثر اشتباه کردند. علت این تغییر، این نگرش بود که حقوق اشخاص ثالث باحسن نیت تا حد ممکن حفظ شود، زیرا اگر یک قرارداد بر اثر اشتباه باطل اعلام شود، این بطلان از ابتداست و فروشنده می تواند کالا را از ایادی باحسن نیت بعدی نیز مسترد کند. بنابراین، دادگاه ها تلاش کردند که از باطل دانستن قرارداد تا حد ممکن خودداری کنند.^۴

1. Stone, R. *Contract Law*. 5th ed. England: Cavendish Publishing. 2003. p53-57

2. Royscot Trust Ltd v Rogerson [1991] 2QB 297

3. Monaghan. Nicola, Chris Monaghan. Op.Cit. p80

4. Richards, P. Op.Cit. p241-242

همین وضعیت درباره امکان ابطال قرارداد بر اثر اکراه^۱ و تأثیر ناروا^۲ بر طرف مقابل هنگام انعقاد قرارداد حاکم است.^۳

در پرونده «لويس عليه أوري»^۴، خواهان قصد فروش خودروی خود را داشت و وقتی با یک کلاهبردار مواجه شد که خود را بازیگری معروف جلوه داده بود، پس از بررسی مدارک شناسایی او، در مقابل دریافت چک اقدام به فروش خودرو به وی کرده بود، ولی چک پرداخت نشد و شخص کلاهبردار، خودرو را به ثالث باحسن نیت (خوانده) فروخت و فرار کرد. در اینجا خواهان با اعتقاد به بطلان قرارداد به دلیل اشتباه در هویت و در نتیجه عدم انتقال مالکیت به کلاهبردار، اقدام به طرح دعوا برای استرداد کالا می‌کند؛ لکن دادگاه با این استدلال که طرفین با هم مواجهه داشته‌اند و اقدام خواهان باید تا قبل از انتقال به ثالث باحسن نیت صورت می‌گرفته که در مورد دعوا این اتفاق نیفتاده، دعوای خواهان را نپذیرفت.^۵

لذا هرچند حسن نیت در حقوق انگلیس به اندازه آلمان مورد توجه واقع نشده و در قالب یک اصل حقوقی تدوین نشده، ملاحظه می‌شود که در کنار قوانین مورد اشاره، دادگاه‌های انگلیس نیز با اختیارات خود در مقام حمایت از شخص باحسن نیتی برآمده‌اند که بی‌اطلاع از ایراد احتمالی در مالکیت کالا یا امکان انحلال قراردادهای پیشین، اقدام به خرید مال مربوطه می‌کند.

۱.۱.۳. حقوق ایران

در حقوق داخلی پذیرش حسن نیت دور از ذهن نیست و حتی برخی فقها بر تأکید دین اسلام به لزوم رعایت حسن نیت اشاره کرده‌اند^۶ و در تألیفات حقوقی نیز اشاراتی را می‌توان یافت که حمایت از حسن نیت متصرف مال غیر را لازم دانسته‌اند.^۷ اما نمی‌توان انکار کرد که فاصله زیادی بین دیدگاه حاکم بر حقوق آلمان و انگلیس با حقوق داخلی در این باره وجود دارد. مقرراتی در

1. Duress

2. Undue influence

3. Ibid. p283&302-303

4. Lewis v Averay[1972]1QB 198

5. Harpwood, v. *Modern Tort Law*. 7th ed. London: Routledge Cavendish. 2009. p366

۶. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دسوارى*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸، ص ۳۳.

۷. کاتوزیان، ناصر، *حسن نیت در حقوق ایران*، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، سال ۱۳۹۲، دوره ۴۳، شماره ۳، ص ۱۷۱-۱۷۳.

حقوق داخلی هست که با پشتوانه فقهی خود^۱ در باب ضمانت اجراهای ناظر بر تصرف در اموال دیگران، فرقی بین متصرف باحسن نیت و غیر آن قائل نیست. لذا در ادامه با توجه به اصول و قواعدی که در حقوق کشورهای خارجی مورد مطالعه برای حمایت از متصرف باحسن نیت مال غیر و انتقال مالکیت به وی ملاحظه شد، تلاش می‌شود تا با شناخت وضعیت حقوق داخلی در برخورد با موضوع و در نظر داشتن همه جوانب، امکان و نحوه استفاده از این راهکارها، اصول و قواعد در حقوق داخلی بررسی شود.

۱.۱.۳.۱. اصل جدا بودن

در بحث حقوق آلمان دیدیم که تلقی وصف تجریدی برای قراردادهای ناقل مالکیت، مبنی بر اصل جدا بودن، چگونه می‌تواند در جهت حمایت از حقوق اشخاص ثالث باحسن نیت، انتقال مالکیت به آن‌ها را تضمین کند و منجر به صیانت از نظم عمومی معاملاتی شود. در حقوق داخلی نیز وصف تجریدی اسناد تجاری با رعایت شرایط لازم در صدور آن‌ها مورد پذیرش قرار گرفته است.^۲ اما این امر تاکنون لباس قانونی به خود نپوشیده^۳ و علاوه بر اینکه در حد دکترین حقوقی و نهایتاً رویه قضایی باقی مانده، در همان چارچوب اسناد تجاری محدود شده است. همچنین، علی‌رغم اشاره برخی حقوق دانان^۴ به وسعت مفهوم دین و شمول آن نسبت به همه اموال از یک‌سو، و فقدان خصوصیت برای وجوه در خصوص حمایتی که از انتقال‌گیرنده باحسن نیت اسناد تجاری به عمل می‌آید از سوی دیگر، این حمایت به سایر اموال تسری داده نشده است.

از طرفی، هرچند برخی حقوق دانان به قابلیت تلقی عقود تملیکی به مثابه دسته‌ای از عقود عهدی اشاره کرده‌اند،^۵ باید پذیرفت که پذیرش دو قرارداد مجزا از یکدیگر در خصوص انتقال

۱. فخرالدین ابوعبدالله محمدبن احمدبن ادريس حلی، **سرائر الحاوی**، جلد ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق. ص ۳۲۶.

۲. شهیدی تبریزی، میرزا فتح، **هدایه الطالب**، جلد ۲، قم: انتشارات دارالکتاب، بی.تا. ص ۲۲۰.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **فلسفه اعلی در علم حقوق**، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴. ص ۳۳.

۴. عبدی پور فرد، ابراهیم، **حقوق تجارت (اسناد تجاری)**، جلد ۳، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶. ص ۵۷.

۵. محقق داماد، سیدمصطفی، **نظریه عمومی نفی دشواری**، ص ۱۹-۲۰.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **فلسفه حقوق مدنی**، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳. ص ۱۹۵-۱۹۶.

مالکیت (قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت و قرارداد ناظر بر انتقال مالکیت) و سپس تلقی وصف تجریدی برای قراردادهای ناظر بر انتقال مالکیت، همانند حقوق آلمان، با مبانی نظام حقوقی ما فاصله دارد؛ لذا به نظر می‌رسد چنانچه قرار بر رفع این خلأ و پذیرش محدود این امر در حقوق داخلی باشد، دخالت مستقیم قانون‌گذار در راستای وضع احکام ثانویه لازم خواهد بود؛ امری که تحقق آن بعید به نظر می‌رسد.

۱.۱.۳.۲. اعتماد به ظاهر قراردادها و اسناد (نظم عمومی معاملاتی)

در بحث حقوق آلمان ملاحظه شد که علاوه بر محدودیت در اثبات امور مغایر با ظاهر قرارداد در قالب کشف اراده واقعی طرفین، حفظ نظم عمومی معاملاتی و حمایت از ثالث با حسن نیت، ایجاب می‌کند که اعتماد متعارف وی به ظاهر قراردادها و اسناد ابرازی محترم دانسته شود. در حقوق داخلی نیز اشارات مهمی به لزوم در نظر داشتن مصالح اجتماعی و نظم عمومی در برخورد با قرارداد^۱ و حتی احصای عناصر لازم برای صحت آن‌ها^۲ صورت گرفته و مبنای پذیرش اصل صحت و بسیاری دیگر از اصول و قواعد حاکم بر قراردادها را همین امر دانسته‌اند.^۳

در کنار این توجهات حقوق‌دانان، یکی از ابزارهای قانون‌گذاران در راستای ایجاد اعتماد به ظاهر اسناد و برقراری نظم عمومی معاملاتی، تلاش برای تحقق نظام ثبتي است. این نظام بعضاً به اموال منقول نیز تسری داده می‌شود و انتقال مالکیت یا جریان آثار آن منوط به ثبت رسمی آن است. صرف‌نظر از اختلاف‌نظرهایی که در خصوص تبدیل یا عدم تبدیل عقد رضایی به تشریفاتی در چنین حالتی بین حقوق‌دانان وجود دارد، بدیهی است که علی‌رغم تأکید حقوق‌دانان^۴ بر حاکمیت اراده در ایجاد آثار عقود، قانون‌گذار می‌تواند از باب مصالح اجتماعی و حفظ نظم عمومی معاملاتی، ضمن ایجاد نظام ثبتي و اعتباربخشی به اسناد رسمی، اعتماد به آن‌ها را محترم بداند و از اشخاص ثالث با حسن نیتی که به این اسناد اعتماد کرده‌اند، حمایت کند.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، ص ۷۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، ص ۶۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، ص ۲۳۲ و ۲۳۶.

۴. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)*، جلد ۱، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶، ص ۱۳۲ و ۱۳۳.

بدیهی است در این بین، تصویب احکام ثانویه که حسب ظاهر با اصول و قواعد فقهی حاکم بر معاملات تضاد دارد، اجتناب‌ناپذیر است.

باید انصاف داد که هرچند قانون‌گذار ایرانی در این زمینه بی‌توجه نیست و تصویب مقرراتی نظیر ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، ماده ۱۰۳ قانون تجارت و مواد ۱، ۸، ۲۰ و ۲۴ قانون دریایی مؤیدی بر این امر است، این تلاش کافی نبوده و مستلزم جدیت بیشتری از سوی قانون‌گذار است؛ زیرا منطقاً یکی از نتایج اعتباربخشی به اسناد رسمی باید چنین باشد که اگر شخص ثالث باحسن‌نیتی بدون اطلاع از ایرادات موجود در خصوص مالکیت مال، با اعتماد به ظاهر اسناد اقدام به خریداری آن کرد، مالک اولیه نتواند با ایراد به قراردادهای قبلی، به مالکیت وی تعرض و اعتبار اسناد مذکور را خدشه‌دار کند. اما تاکنون قانون‌گذار در این باب صراحتی به خرج نداده است. همین خلأ نیز در زمینه ایجاد مانع برای امکان اثبات اموری مغایر با ظاهر قرارداد نیز احساس می‌شود. به نظر می‌رسد با عنایت به مطالب فوق، مانعی برای چنین اقدامی از سوی مقنن وجود نداشته باشد.

۱.۱.۳.۳. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

الزام به ایفای عین تعهد در فقه دارای سابقه طولانی است^۱ و دامنه گسترده‌ای را در حقوق داخلی در بر می‌گیرد.^۲ این در حالی است که در بحث حقوق انگلیس، ملاحظه شد الزام متعهد به ایفای عین تعهد، عمدتاً به‌مثابه «صلاح‌دید» در اختیار دادگاه قرار دارد و این‌گونه نیست که خواهان بتواند به‌منزله «حق» آن را از دادگاه بخواهد. یکی از اموری که برای اعمال این صلاح‌دید، مورد توجه دادگاه قرار می‌گیرد، تداخل احتمالی حقوق خواهان با حقوق اشخاص ثالث باحسن‌نیت است. بنابراین، یکی از راهکارهای حمایت از ثالث باحسن‌نیت و مصون داشتن مالکیت وی از تعرض، اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد است.

نگارنده معتقد است می‌توان با بهره‌گیری از ظرفیت‌های حقوق داخلی، تا حد چشمگیری از این تفکر حاکم بر حقوق انگلیس بهره جست و با اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد به حمایت

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱ ص ۱۹۴-۱۹۵.

۲. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دسوازی*، ص ۱۰۵-۱۰۶.

از اشخاص ثالث باحسن نیتی پرداخت که مال موضوع تعهد به ایشان انتقال یافته است و ایفای عین تعهد می‌تواند به حقوق آنان لطمه وارد کند.

باید توجه داشت که دیدگاه غالب در حقوق داخلی مبنی بر لزوم مطالبه ایفای عین تعهد و ایجاد حق فسخ به منزله استثنا، آن هم بعد از اثبات عدم امکان انجام تعهد از سوی متعهد و اشخاص ثالث، به درستی مورد انتقاد برخی حقوق دانان قرار گرفته و رویه‌ای را که در محاکم داخلی بر این اساس شکل گرفته، فاقد مبنای عقلی و قانونی و شرعی دانسته‌اند.^۱ برخی دیگر نیز اصرار بر ایفای عین تعهد را مغایر با سودمندی اقتصادی دانسته‌اند.^۲ لذا لازم است در این زمینه متناسب با نیازهای روز جامعه رویکردی اتخاذ شود که تا حد ممکن از آثار نامطلوب الزام به ایفای عین تعهد کاسته شود. یکی از راهکارهای مفید حقوق داخلی برای اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد، توجه به قاعده نفی عسروخرج است. برخی حقوق دانان نفی عسروخرج را پاسخ به نیاز جامعه دانسته‌اند.^۳ در واقع، هرچند اجرای عین تعهد می‌تواند نتایج مطلوبی داشته باشد، اگر این امر مشقتی سنگین برای متعهد به همراه داشته باشد و ضرر وارده بر متعهدله به دلیل ترک ایفای عین تعهد سنگین نباشد، می‌توان از قاعده نفی عسروخرج برای اجتناب از الزام به ایفای عین تعهد بهره جست.^۴ عقلایی بودن این قاعده به حدی است که برخی فقها علی‌رغم اشاره به اینکه ایفای عین تعهد از حمایت سیره عقلای برخوردار است،^۵ بیان کرده‌اند که در حال حاضر که مراجعه به دادگاه با مشقت‌های خاص خود مواجه است، نباید متعهدله را به پذیرش ضرر ناشی از مراجعه به دادگاه و تلاش برای الزام به ایفای عین تعهد وادار کرد و باید حق فسخ را در عرض الزام به ایفای عین تعهد برای وی در نظر داشت.^۶ به نظر نگارنده یکی از مواردی که دادگاه باید

۱. پارساپور، محمدباقر و صادقی، محمود و ریاحی، علی‌اصغر، **تقدم حق الزام به اجرای تعهد بر حق فسخ در آرای دادگاه‌های ایران و نقد آن**، مجله حقوق خصوصی، سال ۱۳۹۷، دوره ۱۵، شماره ۲، ص ۲۴۱.

۲. انصاری، علی و یادینی، حسن و دامن جانی، احدشاهی، **انجام عین تعهد در تقابل با قابلیت جمع فسخ قرارداد و پرداخت خسارات؛ سنجش کارایی در نظام ضمانت اجرای قراردادهای**، مجله حقوق خصوصی، سال ۱۳۹۶، دوره ۱۴، شماره ۲ ص ۱۸۰ و ۱۸۱.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **فلسفه حقوق مدنی**، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۲۶۴.

۴. محقق داماد، سیدمصطفی، **نظریه عمومی نفی دشواری**، ص ۷۹-۸۵.

۵. محقق داماد، سیدمصطفی، **نظریه عمومی شروط**، جلد ۱، ص ۲۴۲.

۶. همان. ص ۲۴۸-۲۴۹.

در ارزیابی امکان استفاده از قاعده نفی عسرو حرج به آن توجه کند، حسن نیت متصرفی است که الزام به ایفای عین تعهد می‌تواند به حقوق او لطمه وارد کند.

۱.۱.۳.۴. جلوگیری از بطلان قراردادها

در روابط قراردادی، همواره بطلان قرارداد اولیه و تسری این امر به قراردادهای بعدی، می‌تواند حقوق ثالث با حسن نیتی را که از بطلان قرارداد قبلی اطلاع نداشته، در معرض خطر قرار دهد. در مطالعه حقوق انگلیس ملاحظه شد که دادگاه چگونه در برخی موارد با نگاه به لزوم حمایت از ثالث با حسن نیت و با استفاده از ابزار تفسیر، در جهت جلوگیری از بطلان قراردادها گام بر می‌دارد. در حقوق داخلی نیز تلاش‌های بسیاری از سوی حقوق دانان^۱ و مقنن در این راستا صورت گرفته که می‌توان ادعا کرد یکی از مبانی آن‌ها، حمایت از مالکیت ایجاد شده برای ثالث با حسن نیت است.

۱.۱.۳.۴.۱. بطلان نسبی

بر اساس دیدگاه سنتی حاکم بر حقوق داخلی، بطلان قراردادها، مطلق و در برابر همگان اثرگذار است، اما «...بطلان نسبی دست‌کم در حقوق تجارت نمونه‌های فراوان دارد؛ چندان که نمی‌توان از این اصطلاح و آثار آن در حقوق ما بی‌اعتنایی گذشت».^۲ بررسی قوانین موضوعه نشان می‌دهد که قانون‌گذار در برخی موارد از دیدگاه سنتی عدول می‌کند و بنا به ضرورت، بطلان نسبی را می‌پذیرد. بر این اساس، بطلان یک قرارداد در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نخواهد بود و در نتیجه، حقوق شخص ثالث مذکور محفوظ باقی می‌ماند. شاید نتوان ادعا کرد که مبانی اصلی وضع این مقررات، حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت است، اما نگارنده اعتقاد دارد یکی از اهدافی که قانون‌گذار در وضع این مقررات دنبال می‌کرده، حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت و مصون ماندن حقوق آن‌ها از تعرض بوده است. برای مثال، چنانچه معاملات انجام شده بین شرکت و مدیران، بدون رعایت ماده ۱۲۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۱، ص ۱۴۰، ۱۰۰ و ۴۶۱.

– محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۱۰۴-۱۰۵.

– محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۲، ص ۱۴۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶، ش ۴۶۹.

تجارت انجام شود، ممکن است با عدم تصویب در مجمع عمومی عادی مواجه و باطل تلقی شود و لازم باشد مالی که بر اثر این معامله انتقال یافته و با سلسله‌ایادی به اشخاص ثالث منتقل شده، پس گرفته شود. اما ماده ۱۳۰ لایحه قانونی مذکور در قالب مصداقی از بطلان نسبی، امکان استناد به این بطلان را در برابر ثالث باحسن نیت منتفی دانسته و حقوق ایشان را محترم شمرده است. تصریح این ماده به حمایت نکردن از ثالثی که در تدلیس یا تقلب شرکت کرده، حکایت از صحت این برداشت دارد.

مقررات دیگری از جمله مواد ۱۳۵ و ۲۷۰ لایحه قانونی مذکور و مواد ۱۰۰، ۱۷۷ و ۱۹۸ قانون تجارت وجود دارد که بطلان نسبی را پذیرفته‌اند و می‌توان حالاتی را نظیر آنچه ذکر شد، تصور کرد که اعمال این مقررات، باعث مصون ماندن قرارداد اشخاص ثالث از تعرض شود. البته هرچند ظاهر عبارات این مواد اطلاق دارد، باید توجه داشت در مواردی که انتقال‌گیرنده از بطلان شرکت یا عملیات آن اطلاع دارد و با این اوصاف باز هم مبادرت به انعقاد قرارداد می‌کند (یا به عبارتی فاقد حسن نیت است)، عمل او مشمول قاعده اقدام است و نمی‌تواند از حمایت این مواد قانونی بهره‌مند شود.

۱.۱.۳.۴.۲. برطرف کردن موجبات بطلان

بطلان قرارداد، به منزله بی‌اعتباری آن از ابتداست. بر این اساس، چنانچه قرارداد باطل باشد، نمی‌توان با اقداماتی نظیر تنفیذ در عقود غیر نافذ، مانع موجود برای اثربخشی قرارداد را برطرف کرد؛ بلکه طرفین باید توافق جدیدی را ایجاد کنند. اما بررسی قوانین داخلی نشان می‌دهد که در برخی موارد، قانون‌گذار این دیدگاه را کنار نهاده و اجازه رفع موجبات بطلان قرارداد را داده است! ماده ۲۷۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مقرر کرده: «در صورتی که قبل از صدور حکم بطلان شرکت یا بطلان عملیات یا تصمیمات آن در مرحله بدوی، موجبات بطلان مرتفع شده باشد، دادگاه قرار سقوط دعوای بطلان را صادر خواهد کرد.» مشابه این حکم را در ماده ۸۶ قانون تجارت نیز می‌توان یافت.

هرچند نمی‌توان حمایت از اشخاص ثالث باحسن نیت را مبنای اصلی وضع چنین مقرراتی دانست؛ اما نباید تأثیر این مقررات در حمایت از اشخاص ثالث باحسن نیت نادیده گرفته شود. در شرایطی که بطلان یک شرکت می‌تواند صحت بسیاری از عقود ناقل مالکیتی را که شرکت با

اشخاص ثالث منعقد کرده، به خطر اندازد و موجبات استرداد اموال انتقال داده شده را فراهم کند، در نظر گرفتن امکان برطرف کردن موجبات بطلان، تأثیر مهمی در جلوگیری از تهدید حقوق اشخاص ثالث باحسن نیتی دارد که اطلاعی از بطلان شرکت نداشته‌اند. لذا انتظار اقدامات مشابه در موارد دیگر از سوی قانون‌گذار، انتظار گزافی نیست.

۱.۱.۳.۴.۳. اداره عقود

بر اساس این نظریه، علی‌رغم اینکه عقد بر اساس قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای باطل است، به جهت رعایت مصالح اجتماعی اقدام به اداره عقد می‌شود و امکان بقای آن فراهم می‌آید.^۱ از جمله مصادیق اعمال این نظریه را می‌توان در عقود فضولی و اکراهی دید که به جای بطلان، حکم به عدم نفوذ آن‌ها داده شده است. یکی از حقوق‌دانان در این باره بیان داشته: «... قانون‌گذار می‌گوید ما این عمل را که صورت عقد دارد، به اراده قانونی خود بر پا نگه داشتیم تا پس از رفع اکراه، تکلیف آن روشن شود و من نظر به بطلان این عمل پیش از رفع اکراه نمی‌دهم؛ زیرا صلاح جامعه را چنین تشخیص می‌دهم. چه ممکن است متعاقبین بر اثر وقوع این عقد قبل از رفع اکراه، بر اساس آن عقد اعمال دیگری انجام دهند و شاید اکراه‌کننده مال را به ثالثی که از این جریان بی‌اطلاع بوده است، منتقل کند و او هم به دیگران انتقال دهد؛ لذا مشکلاتی پیدا خواهد شد، اگر این عقد را بدون این دوراندیشی‌ها باطل بشماریم!»^۲ در این عبارات، توجه به لزوم حمایت از اشخاص ثالث باحسن نیتی که مال موضوع عقد اکراهی، با سلسله ایادی به آن‌ها رسیده، آشکار است.

در ماده ۶۸۰ قانون مدنی نیز آثاری از پذیرش این نظریه ملاحظه می‌شود؛ چراکه بر اساس این ماده تا زمانی که خبر عزل وکیل به وی نرسد، اقدامات وی در حق موکل نافذ خواهد بود. این در حالی است که قاعدتاً با عزل وکیل، اقدامات وی فضولی است و محکوم به بطلان یا دست‌کم عدم نفوذ خواهد بود. اما مصالح اجتماعی و ضرورت حمایت از اشخاص ثالث باحسن نیتی که بدون اطلاع از عزل وکیل از جانب موکل، مالی را از او خریداری می‌کنند، ایجاب کرده تا مقنن چنین ماده‌ای وضع کند و موکل را به آثار این قرارداد، از جمله انتقال مالکیت به

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۲، ص ۳۰۸ و ۳۱۱

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، ص ۲۹۸

ثالث باحسن نیت ملزم بداند. بدیهی است در صورتی که به هر دلیلی طرف مقابل از عزل وکیل اطلاع داشته باشد، نمی تواند از ماده مذکور بهره ای ببرد.

اداره عقد در فقه نیز سابقه دارد^۱ و این امر شبهه تضاد نظریه مذکور با موازین فقهی را از ذهن می زداید. از توجه به مراتب فوق و تأثیر ضروریات اجتماعی در صحت عقود و شروط^۳، بعید نیست بتوان با توسعه این نظریه، در حالتی که ثالث باحسن نیتی مال را با سلسله ایادی دریافت کرده، با اعتبار کردن حسن نیت به منزله سببی برای انتقال مالکیت^۴ حکم به انتقال مالکیت به وی داد و قرارداد وی را صحیح دانست.

در نتیجه، با توجه به امضایی بودن احکام معاملات در اسلام^۵ می توان در کنار توجه به موازین فقهی و بهره گرفتن از ظرفیت های حقوق داخلی، راهکارهای مذکور در نظام های مورد مطالعه را در حقوق داخلی استفاده کرد تا حسن نیت انتقال گیرنده موجب انتقال مالکیت به وی شود. در این بین، وضع احکام ثانویه به جهت حفظ نظم عمومی معاملات، جلوگیری از بطلان قراردادهای اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد از سوی دادگاه ها می تواند از مقبولیت بیشتری نسبت به اجرای اصل جدا بودن برخوردار باشند.

۱.۲. انتقال غیرارادی مالکیت

قبلاً منظور از انتقال ارادی مالکیت توضیح داده شد. آنچه در این قسمت به آن اشاره می شود، ناظر بر حالتی است که بدون وجود عقود ناقل مالکیت یا هر نوع اراده انشایی از ناحیه مالک، انتقال مالکیت به شخص باحسن نیت صورت می گیرد.

۱.۲.۱. حقوق آلمان

حق تعقیب مالک نسبت به مال خویش در حقوق آلمان به رسمیت شناخته شده است. با در نظر داشتن این امر، مالک می تواند در خصوص استرداد مال خود از متصرفان احتمالی اقدام کند.

۱. حسینی عاملی، سیدجواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، جلد ۷. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۳۲۶ ه.ق، ص ۴۷۴-۴۷۵ و ۴۳۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱. ص ۷۴.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۲، ص ۲۰۳.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۲، ص ۲۲۳.

۵. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۴۴۲.

اما می‌توان حالتی را ملاحظه کرد که شخص باحسن نیتی، متصرف مال منقول متعلق به دیگری شده است و در نهایت این امر منجر به انتقال مالکیت مال مربوطه به وی شود.

اماره تصرف مذکور در ماده ۱۰۰۶ قانون مدنی آلمان بیان داشته که در اموال منقول، فرض بر مالکیت شخص متصرف است. بلافاصله مقنن در بند یک ماده ۱۰۰۷ بیان داشته: «شخصی که مال منقولی را سابقاً در تصرف داشته است، می‌تواند از متصرف فعلی بخواهد که مال را به او پس دهد؛ مشروط بر اینکه متصرف فعلی مال را با حسن نیت تصرف نکرده باشد.»

اهمیت این ماده قانونی زمانی پدیدار می‌شود که به ماده ۹۳۷ نیز توجه شود. این ماده بیان داشته در صورتی که شخصی مال منقولی را به مدت ده سال در تصرف مالکانه داشته باشد، مالکیت آن را به دست خواهد آورد و صراحتاً انتقال مالکیت را منوط به باحسن نیت بودن دانسته است. بنابراین، از یک سو، حسن نیت متصرف، مانع از مراجعه متصرف قبلی به وی می‌شود و از سوی دیگر، با گذشت زمان مذکور و با اعمال این ماده، عملاً مالکیت به متصرف باحسن نیت منتقل می‌شود؛ بدون اینکه اراده‌ای از سوی مالک قبلی وجود داشته باشد.

بنابراین، می‌توان ادعا کرد که در حقوق آلمان، حسن نیت، نقش مهمی در انتقال غیرارادی مالکیت اموال منقول ایفا می‌کند.

۱.۲.۲. حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، عمده مصادیق تأثیر حسن نیت بر انتقال مالکیت در قوانین موضوعه، مربوط به انتقال ارادی مالکیت است؛ لذا در این قسمت توجه نگارنده معطوف به دیدگاه حقوق انگلیس مبنی بر اجتناب از ایفای عین تعهد است.

در مطالب پیشین به نگرش حقوق انگلیس مبنی بر اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهدات اشاره شد. این دیدگاه محدود به تعهدات قراردادی نیست. در واقع، بر اساس یک دیدگاه در حقوق انگلیس که با استقبال چشمگیری مواجه شده، افراد، وظایفی عمومی و کلی^۱ در خصوص اموال دیگران مبنی بر رعایت مراقبت در قبال آن‌ها و خودداری از هرگونه تعدی به آن‌ها دارند.^۲

1. in rem duties

2. Newman, C, M. «Bailment and the Property/Contract Interface». United States: George Mason University Legal Studies Research Paper Series. 2015.p3-9

نقض این تعهدات از طریق تصرف مغایر با مالکیت مالک، به منزله وقوع غصب^۱ است که برای تحقق آن نیازی به عمد و عدوان نیست.^۲ اما جالب اینجاست که حتی با وقوع غصب، ممکن است غاصب از رد مال خودداری و در خصوص پرداخت خسارت به مالک اقدام کند.^۳ علت را باید در نگرش حقوق انگلیس در قبال ایفای عین تعهد یافت، زیرا «در حقوق انگلیس، به صرف تقاضای خواهان، دادگاه حکم به ایفای عین تعهد صادر نخواهد کرد...»^۴

از طرفی، در موارد متعددی به تأثیر عدالت و حسن نیت در اتخاذ تصمیم دادگاه اشاره شده است.^۵ لذا توجه به مجموع این دو امر در کنار یکدیگر، نگارنده را به این نتیجه می‌رساند که یکی از مهم‌ترین عوامل مورد توجه دادگاه‌های انگلیس در اعمال صلاحدید خود و اتخاذ تصمیم درباره درخواست ایفای عین تعهد از ناحیه خواهان (استرداد کالا) و انتخاب بین پذیرش این درخواست (و در نتیجه، ادامه مالکیت خواهان) یا رد آن (و سلب مالکیت از خواهان در قبال عین مال و انتقال آن به خوانده)، حسن نیت خوانده به منزله متصرف است. بدین ترتیب، حسن نیت نقش خود را در انتقال مالکیت، از مجرای اعمال صلاحدید دادگاه ایفا می‌کند.

۱.۲.۳. حقوق ایران

در بخش قبل ملاحظه شد که چگونه می‌توان با بهره‌گیری از نهادهای حقوقی داخلی و توجه به راهکارهای نظام‌های خارجی مورد مطالعه، به حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت در حوزه قراردادهای پرداخت و مالکیت ایشان را محترم شمرد. در این قسمت، مطالب صرفاً درباره آن دسته از راهکارهایی بیان می‌شود که قابل اعمال در حوزه خارج از قراردادهای اعمال حقوقی است.

1. tort of conversion

2. Elliot, Catherine, Frances Quinn. *tort law*. 8th ed. England: Longman Pearson. 2011.p5

۳. معتمدی، جواد و جواد گوهریان، بررسی ضمانت اجرای غصب در نظام حقوقی کامن‌لا، ماهنامه قانون، سال ۱۳۹۰، شماره ۱۱۷. ص ۱۴۰.

۴. داراب‌پور، مهرباب، ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد، مجله تحقیقات حقوقی، سال ۱۳۷۹، شماره ۲۹-۳۰، ص ۲۰۴.

5. Harpwood, v. Op.Cit. p114-116&239

-Richards, P. Op.Cit. p259-260 &268

و همچنین قاعده ۱(۱) از مقررات آیین دادرسی ۱۹۹۸.

۱.۲.۳.۱. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

قبلاً ملاحظه شد که اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهدات در اعمال حقوقی، چگونه می‌تواند منجر به حمایت از ثالث با حسن نیت شود و مالکیت وی را مصون از تعرض نگاه دارد. الزام به ایفای عین تعهد در خصوص تعهدات غیر قراردادی نیز پذیرفته شده است؛^۱ تعهداتی که ممکن است ناشی از حکم قانون یا واقعه‌ای نظیر غصب باشند.^۲ لذا رد عین در مسئولیت مدنی را می‌توان یکی از مصادیق الزام به ایفای عین تعهد دانست.^۳ قبلاً اشاره شد که حق تعقیب مالک ارتباط تنگاتنگی با این موضوع دارد: «از آنجا که حق عینی سلطه مستقیم بر یک شیء است، صاحب حق می‌تواند این شیء را در دست هر شخصی که مالکیت این حق به او انتقال نیافته باشد، پیگیری و تعقیب کند.»^۴ لذا مقررات ناظر بر ضمان نسبت به اعیان با سخت‌گیری خاصی همراه است.^۵ به این موضوع در فقه نیز اشاره شده است^۶ و حتی برخی فقها ضمان به چیزی غیر از استرداد عین را تا زمان وجود آن، غیر عاقلانه خوانده‌اند.^۷

اما از سوی مقابل باید توجه داشت که بعضاً ممکن است رد عین با حقوق شخص با حسن نیتی که بر مال تصرف یافته، در تضاد قرار گیرد. نگارنده معتقد است همچون مباحث پیشین درباره روابط قراردادی، راهکارهایی برای حمایت از تصرفات اشخاص با حسن نیت در مال غیر وجود دارد.

۱.۲.۳.۱.۱. تلف حکمی

عبارت «تلف حکمی» در ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مورد اشاره مقنن واقع شده است. در ماده ۳۱۱ قانون مدنی نیز مقنن پس از اشاره به لزوم رد عین مال مغضوب به مالک، یکی از استثنائات این حکم را عدم قابلیت استرداد عین به هر «علت دیگری» دانسته است. به نظر نگارنده می‌توان با تفسیری واقع‌بینانه از علل عدم قابلیت استرداد و توسعه مصادیق

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۷۴.

۲. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۲، ص ۶۸-۶۹.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۲۰۱.

۴. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۲، ص ۸۰.

۵. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، ص ۱۴۶-۱۴۷.

۶. مروج جزائری، سید محمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم: مؤسسه دارالکتاب، بی‌تا، ص ۳۲۲.

۷. نجفی، شیخ محمدحسن، *جواهر الکلام*، جلد ۳۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م، ص ۱۰۴.

تلف حکمی، در مواردی که شخص متصرف مال غیر، باحسن نیت است، از وی حمایت کرده و با منتفی دانستن حق تعقیب عین مال، موجبات انتقال مالکیت مال موضوع تصرف در برابر پرداخت غرامت به مالک را فراهم کرد؛ امری که در فقه نیز سابقه دارد و برای مثال استفاده از نخ غصبی در پیراهن را از مصادیق تلف حکمی دانسته‌اند^۱ و بر تفسیر مضیق قاعده «یؤخذ الغاصب بأشق الاحوال» نیز تأکید شده است.^۲ نگارنده معتقد است دادگاه می‌تواند با لحاظ عرفی بودن ملاک تلف حکمی^۳ و رعایت قاعده «عدل و انصاف» که در مباحث گذشته به آن اشاره شد، در مواردی که متصرف مال غیر، باحسن نیت باشد و بدون علم به واقع، اقدام به تصرف مال دیگری کرده و رد عین با بروز مشکلاتی برای وی همراه باشد، ضمن تلقی موضوع به تلف حکمی و محکومیت وی به پرداخت قیمت، او را از رد عین معاف کند؛ امری که در برخی کشورهای عضو حقوق اسلامی پذیرفته شده است.^۴ بدیهی است پس از پرداخت غرامت، متصرف، مالک خواهد شد.^۵ جالب اینجاست که برخی فقها اشاره کرده‌اند در صورت تلف حکمی مال موضوع تصرف، متصرف می‌تواند مالک را ملزم به دریافت بدل کند و مالک نمی‌تواند اصرار بر استرداد عین داشته باشد.^۶

۱.۲.۳.۱.۲. نفی عسرو حرج

در مباحث گذشته اشاره شد که اعمال قاعده نفی عسرو حرج چگونه می‌تواند مانع از اصرار بر ایفای عین تعهد شود و در برخی موارد منجر به حمایت از اشخاص باحسن نیتی شود که بر مال موضوع تصرف مستولی شده‌اند. یکی از فقههای معاصر با اشاره به قاعده «رعایت عدم اختلال نظام حقوقی» بیان داشته که گاهی ممکن است انجام کاری عقلاً غیر مقدور نباشد، لکن انجام آن سبب اختلال در جامعه و نظام حقوقی شود که در چنین شرایطی باید آن را ترک کرد.^۷ به نظر می‌رسد رد اصل مال در حالی که در تصرف شخص ثالث باحسن نیت قرار گرفته، با رعایت

۱. مقدس اردبیلی، *مجمع الفائدة والبرهان*، جلد ۱۰، قم: مؤسسه نشر اسلامی، بی‌تا، ص ۵۲۱.

۲. مروج جزائری، سید محمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، ص ۶۰۶-۶۰۷.

۳. همان، ص ۶۱۶.

۴. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۲۱۱.

۵. مروج جزائری، سید محمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، ص ۶۲۴.

۶. همان، ص ۶۱۶.

۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۳۶۰.

سایر شرایط که باید حسب مورد و از سوی دادگاه ارزیابی شود، می‌تواند از مصادیق نهی مذکور در این قاعده باشد.

لذا ملاحظه می‌شود که حقوق داخلی این ظرفیت را دارد تا با فاصله گرفتن از دیدگاه سنتی مبنی بر لزوم اجرای حق تعقیب مال در همه شرایط و اوضاع و احوال، در صورت امکان جبران خسارت مالک از طریق مقتضی، شرایط را برای حمایت از شخص متصرف باحسن نیت فراهم آورد و همان گونه که برخی حقوق دانان اشاره کرده‌اند، باورهای به‌جامانده از پیشینیان را تغییر دهد.^۱

۲. نقش حسن نیت در انتقال مالکیت اموال غیرمنقول

ایجاد نظام ثبتی در خصوص اموال غیرمنقول و تأثیر اثباتی یا ثبوتی ثبت در انتقال مالکیت این اموال و کمرنگ شدن اماره تصرف در این خصوص، مستلزم بررسی جداگانه نقش حسن نیت در انتقال مالکیت این اموال است. لذا در این بخش با همان ترتیب بخش اول و با خودداری از تکرار مطالب مشترک، به طرح مباحث پرداخته خواهد شد.

۲.۱. انتقال ارادی مالکیت

همانند بخش قبل، ابتدا به مواردی اشاره می‌شود که ارادی بودن انتقال مالکیت، عنصر مشترک آن‌ها است.

۲.۱.۱. حقوق آلمان

قانون مدنی آلمان تلاش کرده تا از انتقال گیرنده باحسن نیت در خصوص اموال غیرمنقول نیز حمایت کند. علاوه بر این، اصول حقوقی اشاره شده در بخش قبل نیز همین کارکرد را نیز با اندکی تفاوت درباره اموال غیرمنقول دارند.

۲.۱.۱.۱. قانون مدنی

ماده ۸۹۲ مقرر کرده: «جهت حمایت از شخصی که حقی نسبت به زمین از طریق قرارداد یا سایر طرق به دست می‌آورد، فرض بر صحت مفاد دفتر املاک است؛ مگر اینکه اعتراضی نسبت به آن در دفتر املاک ثبت شده باشد یا بی‌دقتی در این مندرجات برای شخص به‌دست آورنده

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۲، ص ۳۰۶.

حقوق مذکور محرز باشد...». بنابراین، چنانچه انتقال گیرنده از نادرستی مفاد دفتر املاک اطلاع نداشته باشد و اقدام به انتقال گرفتن مال غیرمنقول کند، مالک نبودن انتقال دهنده در عالم واقع، مانع از مالکیت وی نخواهد شد؛ مشروط بر اینکه دارای حسن نیت باشد؛ یعنی از عدم مالکیت انتقال دهنده بی اطلاع باشد و این بی اطلاعی، ناشی از تقصیر سنگین نباشد.^۱ در واقع، وجود نظام ثبتی باعث شده تا احراز مالکیت از این طریق صورت پذیرد؛ همان نقشی که اماره تصرف در خصوص اموال منقول ایفا می کرد؛^۲ و فرض بر حسن نیت کسی است که به این ظاهر اعتماد دارد و اقدام به معامله با مالک ثبتی می کند.

۲.۱.۱.۲. اصل جدا بودن

اصل مذکور با توضیحاتی که راجع به آن در خصوص انتقال مالکیت در اموال منقول گذشت، در انتقال ارادی مالکیت اموال غیرمنقول نیز جریان دارد. علاوه بر مطالب مذکور، لازم به ذکر است در قراردادهای ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت اموال غیرمنقول، بر اساس ماده ۸۷۳ قانون مدنی، رعایت تشریفات خاصی لازم است. اما گاهی علی رغم عدم رعایت تشریفات مربوطه (و در نتیجه بطلان قرارداد)، طرفین به مرجع ثبتی مراجعه و نسبت به ثبت انتقال مالکیت اقدام می کنند. در چنین حالتی، حقوق دانان با توجه به اصل جدا بودن، انتقال مالکیت را محقق دانسته اند و پرداختن به بطلان قرارداد ناظر بر ایجاد تعهد به انتقال مالکیت را جایز نمی دانند؛^۳ گویی ثبت انتقال در دفتر املاک، نقیصه قرارداد مذکور را برطرف و ترمیم می کند!^۴

۲.۱.۱.۳. اعتماد به ظاهر قراردادها

همانند اموال منقول، در خصوص اموال غیرمنقول نیز علت سخت گیری حقوق آلمان در ثبت انتقالات، ایجاد اعتماد و امنیت در معاملات است.^۵ این امر سبب می شود کسی که به مندرجات دفتر املاک اعتماد کرده، بتواند فارغ از ایرادات ممکن در مالکیت ایادی سابق، مالکیت خود را محرز بداند.^۶

1. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit. p286

2. Ibid.p35

3. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit.p85

4.cure

5.Ibid.p36

6. Dannemann, G. *German Law of Unjustified Enrichment and Restitution*. 1st ed. England: Oxford University Press. 2009. p132-145

در واقع، ثبت معاملات در دفتر املاک باعث می‌شود این دیدگاه در قالب اعتماد به مندرجات دفتر املاک مطرح و اثر خود را در تحصیل مالکیت برای انتقال گیرنده با حسن نیت بروز دهد.

۲.۱.۲. حقوق انگلیس

انتقادات مطرح شده درباره پذیرش حسن نیت به مثابه یک اصل در حقوق انگلیس، مختص اموال منقول نیست، اما همانند اموال منقول، در اموال غیرمنقول نیز مقنن انگلیسی تلاش کرده تا به صورت موردی از اشخاص با حسن نیت انتقال گیرنده، حمایت کند. به علاوه، خودداری از اصرار بر ایفای عین تعهد و جلوگیری از بطلان قراردادها می‌تواند در حمایت از اشخاص با حسن نیت مؤثر باشد. در ادامه به شرح اهم قوانین مرتبط و رویکردهای مذکور در حمایت از انتقال گیرنده با حسن نیت در اموال غیرمنقول پرداخته می‌شود.

۲.۱.۲.۱. قانون ثبت املاک^۱

قانون گذار انگلیسی کوشیده تا در حوزه املاک، نظام ثبتی ایجاد کند و از این طرف، انسجام نسبی را در معاملات این حوزه رقم بزند. هرچند مستفاد از ماده ۱۲۳ این قانون، چنین است که در بعضی مناطق، ثبت اراضی و املاک اجباری نیست، اما در همین ماده به بی اعتباری انتقالاتی که ثبت نشده باشند، اشاره شده است. ماده ۲۶ قانون مذکور نیز تأثیر محدودیت‌های نقل و انتقال املاک را نسبت به دیگران، منوط به ثبت در دفتر املاک دانسته است. با در نظر داشتن این دو ماده و همچنین مواد ۲۵ و ۲۷ همین قانون که در آن‌ها به لزوم ثبت معاملات با رعایت تشریفات قانونی تأکید شده است، می‌توان نگرش قانون گذار را در ایجاد نظام ثبتی نسبت به معاملات غیرمنقول به وضوح ملاحظه کرد؛ هرچند که این امر به اندازه حقوق آلمان جدی و یکپارچه نیست. وضع ماده ۲۶ سبب می‌شود از اشخاص با حسن نیتی که با تکیه بر مندرجات دفتر املاک بی اطلاع از محدودیت‌های نقل و انتقالات ثبت نشده، اقدام به معامله با مالک ثبتی کرده‌اند، حمایت به عمل بیاید و مالکیت آن‌ها محترم شمرده شود. به همین منظور، مقنن در بند یک ماده ۵۸ قانون مذکور بیان داشته که اگر علی‌رغم ثبت انتقال ملک در دفتر املاک به شخصی، مالکیت در عالم واقع هنوز به وی منتقل نشده باشد، ثبت در دفتر املاک باعث می‌شود که وی مالکیت را به دست آورد. در واقع، به نظر می‌رسد منظور از عدم انتقال مالکیت، علی‌رغم ثبت

1. land registration [Act2002](#)

انتقال در دفتر املاک، ناظر به حالاتی باشد که بر اساس توافق طرفین، هنوز شرایط لازم برای انتقال مالکیت محقق نشده است؛ لکن به هر دلیلی طرفین به دفتر املاک مراجعه می کنند و این انتقال را که قرار بوده در آینده انجام شود، به ثبت می رسانند. در این حالت، بی اطلاعی اشخاص ثالث با حسن نیت از این امر باعث می شود تا اعتماد آن ها به ظاهر دفتر املاک و در نتیجه، مالکیت ایشان، محترم باشد.

۲.۱.۲.۲. قانون حقوق اموال

مواد ۴۵ و ۱۰۴ این قانون که قبلاً توضیح مربوط به آن ها گذشت، ظاهراً تفکیکی بین اموال منقول و غیرمنقول قائل نشده اند؛ لذا مطالب مذکور در حوزه اموال غیرمنقول نیز جاری است که از تکرار آن ها پرهیز می شود.

۲.۱.۲.۳. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

برخی حقوق دانان اجمالاً اشاره کرده اند که در قراردادهای ناظر بر انتقال یک قطعه زمین، همواره امکان ایفای عین تعهد فراهم است؛ به این دلیل که زمین همواره در دسترس قرار دارد.^۱ اما ایشان بلافاصله اذعان به انتقادپذیر بودن نتایج این نگرش کرده اند؛^۲ لذا به نظر می رسد که دیدگاه مورد بحث در حقوق انگلیس، تفاوتی بین قراردادهای راجع به اموال منقول و غیرمنقول قائل نیست. در تأیید این امر، ماده ۴۹ «قانون حقوق اموال» درباره قراردادهای ناظر به انتقال هر نوع حقوق درباره زمین صراحتاً به امکان رد درخواست ایفای عین تعهد اشاره کرده و پذیرش درخواست را منوط به عادلانه دانستن آن از ناحیه دادگاه کرده است.

در بخش راجع به اموال منقول ملاحظه شد که اتخاذ این دیدگاه در حقوق انگلیس چگونه می تواند منجر به حمایت از ثالث با حسن نیت، از جمله در خصوص معامله معارض شود که به جهت رعایت اختصار در کلام از تکرار آن ها پرهیز می شود.

۲.۱.۲.۴. جلوگیری از بطلان قراردادها

در بحث درباره اموال منقول اشاره شد که تلاش برای جلوگیری از بطلان قراردادها چگونه می تواند منجر به حمایت از ثالث با حسن نیت و مصون ماندن مالکیت آن ها از تعرض شود. عمده

1. Stone, R. Op.Cit. p216

2. Ibid. p217-218

مثال‌هایی که در این باب مطرح شده، در باب اموال منقول است، لکن نگارنده دلیلی برای تفکیک بین اموال منقول و غیرمنقول از این حیث نمی‌بیند. آنچه مختصراً شرح داده شد، نشان می‌دهد که علی‌رغم نپذیرفتن حسن نیت در مقام یک اصل در حقوق انگلیس و طرح برخی انتقادات به آن، مصادیق فراوانی را می‌توان یافت که در آن‌ها، حسن نیت نقش بسزایی در انتقال مالکیت دارد.

۲.۱.۳. حقوق ایران

در این قسمت، همانند بخش اول و با پرهیز از تکرار مطالب مشابه تلاش می‌شود تا ضمن بررسی مختصر وضعیت حقوق داخلی در مواجهه با موضوع و در نظر داشتن جمیع جوانب، امکان و چگونگی استفاده از راهکارها، اصول و قواعد مذکور در کشورهای خارجی مورد مطالعه بررسی شود.

۲.۱.۳.۱. اصل جدا بودن

قبلاً اشاره شد که پذیرش دو قرارداد مجزا از یکدیگر، یکی ناظر بر ایجاد تعهد بر انتقال مالکیت و دیگری ناظر بر نفس انتقال مالکیت، با مبانی حاکم بر قراردادها در حقوق داخلی فاصله دارد. این وضعیت در خصوص اموال غیرمنقول نیز جریان دارد و اگر قرار بر استفاده از این راهکار باشد، نیاز به دخالت مستقیم قانون‌گذار احساس می‌شود. به نظر می‌رسد در خصوص اموال غیرمنقول، به جهت اعمال نظام ثبتی در حقوق داخلی، حداقل از نظر اجرایی با سهولت بیشتری مواجه خواهیم بود.

۲.۱.۳.۲. اعتماد به ظاهر قراردادها و اسناد (نظم عمومی معاملاتی)

در بخش اول ملاحظه شد که اعتباربخشی قانون‌گذار به اسناد رسمی چگونه می‌تواند منجر به ایجاد نظم عمومی معاملاتی و حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت شود. تصویب مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک در کنار مقررات دیگر در حوزه اموال غیرمنقول، نظام ثبتی منسجمی را در حقوق داخلی ایجاد کرده و به‌وضوح حکایت از دیدگاه مقنن مبنی بر ارتقای اعتبار اسناد رسمی و حفظ نظم عمومی معاملاتی دارد. بدیهی است در چنین فضایی، دادگاه باید از شخص ثالثی که با اعتماد به ظاهر این اسناد اقدام به معامله اموال غیرمنقول کرده است، حمایت لازم را به عمل آورد و اجازه تعرض به مالکیت وی را به بهانه‌های مختلف از جمله بطلان قراردادهای قبلی ندهد. ذکر این نکته ضروری است که حمایت مدنظر نگارنده، صرفاً برای

اشخاص ثالث با حسن نیت است؛ لذا اگر ثالث به هر دلیلی از نادرستی مندرجات دفتر املاک اطلاع داشته باشد و باز هم اقدام به معامله بر اساس آن کند، اعتماد وی به ظاهر اسناد، مورد حمایت نیست و مالکیت وی محترم شمرده نخواهد شد.

یکی از ملزومات اعتباربخشی به اسناد رسمی، جلوگیری از ابطال آن‌ها به وسیله اسنادی عادی است که مندرجات آن‌ها در تضاد با مفاد سند رسمی قرار دارد. این موضوع با لحاظ محدودیت‌هایی در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه پذیرفته شده است: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید به طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند، مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه، اعتبار شرعی دارند، در برابر اشخاص ثالث استنادپذیر نیستند و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.» استنادناپذیر بودن سند عادی در برابر اشخاص ثالث باعث می‌شود تا نتوان بر اساس آن اقدام به ابطال سند رسمی کرد.

نگارنده معتقد است توجه به این ماده در کنار مقررات ثبتی اشاره شده، فضای لازم را برای حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت در حوزه عقود ناقل مالکیت فراهم می‌آورد و در چنین شرایطی دادگاه باید با تفسیر مضیق استثنای مذکور در ماده ۶۲ مذکور، به تقویت این حمایت بپردازد.

۲.۱.۳.۳. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

در بخش اول ملاحظه شد که خودداری از اصرار بر ایفای عین تعهدات قراردادی و استفاده از نهاد تلف حکمی و اعمال قاعده نفی عسرو حرج چگونه می‌تواند منجر به حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیتی شود که نسبت به مال موضوع قرارداد متصرف شده‌اند. نگارنده معتقد است از این حیث تفاوتی بین اموال منقول و غیرمنقول نیست و به منظور رعایت اختصار از تکرار مطالب خودداری می‌شود.

۲.۱.۳.۴. جلوگیری از بطلان قراردادها

در بخش اول، ذیل همین عنوان اشاره شد که جلوگیری از بطلان قراردادها، چه در قالب یک سیاست اتخاذی از سوی دادگاه در تفسیر قراردادها و چه به مثابه اقدام قانون‌گذار در پذیرش بطلان نسبی به جای بطلان مطلق و پذیرش امکان رفع موجبات بطلان، می‌تواند منجر به

حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت در روابط قراردادی و مصون ماندن مالکیت آنها شود. نگارنده دلیلی بر اختصاص مطالب مذکور یا دامنه مواد قانونی مورد اشاره در بخش اول به حوزه اموال منقول نمی بیند.

۲.۲. انتقال غیرارادی مالکیت

در این قسمت، به ترتیب پیشین به بررسی موضع نظام های حقوقی مورد مطالعه در خصوص انتقال غیرارادی مالکیت اموال غیرمنقول پرداخته می شود.

۲.۲.۱. حقوق آلمان

بررسی های نگارنده نشان می دهد که در قوانین موضوعه آلمان، پرداختن به تأثیر حسن نیت در انتقال غیرارادی مالکیت، محدود به حوزه اموال منقول است و در حوزه اموال غیرمنقول، این دادگاه ها هستند که با در نظر داشتن موازین حسن نیت و جمیع اوضاع و احوال در هر پرونده، به حمایت از متصرف با حسن نیت پرداخته اند؛ حمایتی که در نهایت، منجر به انتقال غیرارادی مالکیت به وی می شود.

در پرونده BGHZ 62, 388 (21.6.1974) V ZR 164/72 مقداری از یک قطعه زمین، متعلق به خواهان و بخش دیگر آن متعلق به خوانده بود. خوانده قصد ساخت پارکینگ در قسمت خود را داشت که اشتباهاً حدود بیست مترمربع به محدوده ملک خواهان تجاوز کرده بود. خواهان اقدام به طرح دعوا علیه خوانده برای رفع تصرف و بازپس گیری ملک خود کرد، لکن دادگاه با این استدلال که این امر مستلزم صرف هزینه زیاد برای خوانده و تخریب ورودی پارکینگ و تغییر آن است و از طرفی، تجاوز هم غیرعمدی بوده، دعوای خواهان را نپذیرفت.^۱

مهم ترین جنبه اقدام دادگاه در پرونده فوق را می توان سلب حق تعقیب مالک نسبت به مال خویش در موردی دانست که مالک ملک مجاور، بدون اطلاع از تجاوز خویش به ملک همسایه، اقدام به تصرف و احداث بنا در بخشی از آن کرده است؛ لذا در واقع، حسن نیت خوانده، در کنار مشقت ناشی از تخریب بنای ساخته شده، باعث شده تا آن بخش از ملک همسایه که وی تصرف کرده، داخل در مالکیت وی لحاظ شود و عملاً انتقال مالکیت از خواهان به خوانده به طریق غیرارادی صورت گیرد. البته، امکان مطالبه خسارت برای خواهان در چنین فرضی بدیهی است.

1. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. Op.Cit.p414

۲.۲.۲. حقوق انگلیس

بررسی قوانین موضوعه در حقوق انگلیس، نشانه‌هایی از حمایت مستقیم یا غیرمستقیم از متصرف باحسن نیت مال غیر را نشان می‌دهد که در نهایت، منجر به ایجاد مالکیت برای متصرف می‌شود. علاوه بر این، موضع مشهور حقوق انگلیس در قبال ایفای عین تعهد که تاکنون بارها به آن اشاره شده نیز در این باره مؤثر خواهد بود.

۲.۲.۲.۱. قانون ثبت املاک

بند ۵(۴) جدول ۶ ناظر بر ماده ۹۷ قانون ثبت املاک که ظاهراً درباره تصرف معارض نسبت به ملک مجاور در املاک ثبت نشده است، بیان داشته اگر شخصی نسبت به ملک مجاوری که حد و مرز آن به صورت دقیق با ملک خودش مشخص نبوده، تصرف داشته و این تصرف به مدت حداقل ده سال قبل از درخواست همسایه برای ثبت مالکیت نسبت به ملک خود ادامه داشته است. در این مدت، متصرف تصور می‌کرده که در ملک خودش متصرف است. با جمع چنین شرایطی متصرف در جایگاه مالک شناخته می‌شود و مطابق بند ۱۸(۳) جدول ۱۲ ناظر بر ماده ۱۳۴ همین قانون، دادگاه وی را مالک شناخته و دستور ثبت نام وی در مقام مالک در دفتر املاک را خواهد داد. در واقع، در نظر داشتن مفهوم مالکیت قبل از ثبت آن در دفتر املاک، باعث شده تا در چنین موردی امکان بحث از تصرف در ملک دیگری قبل از ثبت رسمی مالکیت مطرح شود. در این حالت، با جمع سایر شرایط مذکور، تصور متصرف مبنی بر اینکه در ملک خودش تصرف می‌کند، نشان از حسن نیت وی دارد و در نهایت، منجر به مالک شناخته شدن وی نسبت به میزان تجاوز به ملک مجاور می‌شود و انتقال غیرارادی مالکیت را رقم می‌زند.

۲.۲.۲.۲. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

آنچه در خصوص این دیدگاه در بحث انتقال غیرارادی مالکیت در حقوق انگلیس در مطالب پیشین ذکر شد، در اموال غیرمنقول نیز جریان دارد که از تکرار آن‌ها پرهیز می‌شود. بنابراین، ملاحظه می‌شود که حقوق انگلیس ولو اینکه در ایجاد یک نظام ثبتی منسجم در زمینه اموال غیرمنقول به اندازه آلمان موفق نبوده، از متصرف باحسن نیت حمایت‌هایی به عمل آورده و همین امر در مواردی منجر به انتقال غیرارادی مالکیت به وی می‌شود.

۲.۲.۳. حقوق ایران

در این قسمت با بهره‌گیری از مطالب پیشین به مواردی اشاره خواهد شد که امکان حمایت از متصرف با حسن نیت مال غیرمنقول متعلق به غیر و انتقال غیرارادی مالکیت مال مذکور به وی را فراهم می‌کند.

۲.۲.۳.۱. اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد

تصرف ملک دیگری بدون موجب قانونی، تعهد به رفع تصرف از آن را به همراه خواهد داشت. خلع ید از ملک مورد تصرف عدوانی، جزء مصادیق الزام به ایفای عین تعهد دانسته شده است.^۱ هرچند برخی حقوق دانان امکان سلب حق تعقیب مالک را نسبت به ملک خود مردود دانسته‌اند،^۲ در جای دیگر متذکر شده‌اند که تصور ناتوانی حقوق ما در بهره‌گیری از حقوق غرب، برداشتی سطحی از حقوق و عدالت است.^۳ این در حالی است که تفاوت‌های نظری کشورهای عضو خانواده کامن‌لا و حقوق نوشته در خصوص ایفای عین تعهد، در حال از بین رفتن است و بیشتر نظام‌های رومی‌ژرمنی نیز تمایل به مطالبه خسارت به جای الزام به ایفای عین تعهد یافته‌اند^۴ و این موضوع در کشورهای تابع حقوق اسلامی نیز با پیش‌گامی رویه قضایی مصداق یافته است.^۵ لذا نگارنده معتقد است در حقوق داخلی نیز می‌توان از دادگاه‌ها و مقنن انتظار داشت که به تدریج به تقویت این تفکر بپردازند. بدیهی است یکی از عواملی که در اتخاذ چنین دیدگاهی از سوی دادگاه مؤثر خواهد بود، حسن نیت متصرف مال غیر است. بدین ترتیب که در چنین مواردی، دادگاه با اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهد و بهره‌گیری از تلف حکمی و قاعده نفی عسرو حرج و پرداخت خسارت به مالک از سوی متصرف، موجبات انتقال مالکیت ملک موضوع تصرف را به متصرف با حسن نیت فراهم آورد.

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۲۰۳.

۲. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، ص ۱۳۳.

۳. همان، ص ۱۹.

۴. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دشواری*، ص ۷۸.

۵. همان، ص ۸۰.

۲.۲.۳.۲. لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۷

یکی از مصادیق بارز حمایت مقنن ایرانی از متصرف باحسن نیت مال غیر را می توان در این قانون یافت. مشابه چنین اقدامی در حقوق انگلیس و آلمان نیز ملاحظه شد.

در ماده واحد مذکور، با لحاظ شرایطی که تشریح جزء به جزء آن ها از حوصله این مقاله خارج است، امکان پرداخت قیمت ملک مورد تصرف از ناحیه متصرف به مالک، در مقابل انتقال مالکیت بخش مورد تصرف فراهم شده است. از بین این شرایط، آنچه در خصوص بحث حاضر بسیار مهم است، فقدان قصد تجاوز در متصرف و بی اطلاعی وی از واقعیت است که با مفهوم حسن نیت انطباق دارد. جالب اینجاست که در تبصره سوم این ماده، برخلاف قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین موضوعه، امکان تسری حکم ماده واحد به پرونده های مختومه و اعاده دادرسی بر اساس آن در نظر گرفته شده است.

نگارنده معتقد است این امر علاوه بر تجلی اراده مقنن در حمایت از متصرف باحسن نیت در ملک دیگری، حکایت از توجه قانون گذار به سختی ها و مشکلات ناشی از اجرای احکام خلع ید و قلع بنا در چنین مواردی دارد. لذا با پذیرش چنین دیدگاهی از سوی مقنن، امکان مناسبی فراهم آمده تا دادگاه ها رویکردی عادلانه و واقع گرایانه در هر پرونده در پیش بگیرند و در خصوص اخذ ملاک از این حکم قانونی و توسعه آن اقدام کنند.

نتیجه گیری

حسن نیت در نظام های حقوقی مورد مطالعه، کم و بیش در انتقال مالکیت تأثیرگذار است. این اثرگذاری در حقوق آلمان، علاوه بر نصوص قانونی، از طریق اجرای اصل جدا بودن و نیز حمایت از اعتماد به ظاهر قراردادها صورت می گیرد. در نتیجه، اعمال نصوص مربوطه و اصول و قواعد مذکور، چنانچه انتقال گیرنده در روابط قراردادی یا متصرف در روابط غیر قراردادی، با حسن نیت باشد، مالکیت وی مورد احترام و مصون از تعرض مالک اصلی خواهد بود. در حقوق انگلیس نیز همین نتیجه، البته با جامعیت کمتری نسبت به حقوق آلمان، از طریق برخی نصوص قانونی و اجتناب از اصرار بر ایفای عین تعهدات و جلوگیری از بطلان قراردادها به مثابه سیاست قضایی دادگاه ها حاصل می شود. در حقوق داخلی، غیر از اصل جدا بودن، استفاده از این راهکارها و مبانی اصلاً دور از دسترس نیست. این راهکارها می توانند هم به مثابه عاملی برای تقویت مبانی نهادهایی نظیر تلف حکمی در حقوق داخلی به کار گرفته شوند و هم ایده های جدیدی از جمله اعطای صلاحدید به دادگاه ها در خصوص پذیرش درخواست الزام به ایفای عین تعهد را برای حقوق داخلی به ارمغان آورند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتابها

۱. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۳.
۵. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی، (تشکیل قراردادها و تعهدات)*، جلد ۱ تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶.
۶. عبدی پور فرد، ابراهیم، *حقوق تجارت (اسناد تجاری)*، جلد ۳ تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶.
۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸.
۸. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط*، جلد ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۹.
۹. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی نفی دسواری*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸.
۱۰. کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶.

مقاله‌ها

۱۱. انصاری، علی و بادینی، حسن و دامن جانی، احدشاهی، *انجام عین تعهد در تقابل با قابلیت جمع فسخ قرارداد و پرداخت خسارات؛ سنجش کارایی در نظام ضمانت اجرای قراردادها*، مجله حقوق خصوصی، سال ۱۳۹۶، دوره ۱۴، شماره ۲ صص ۱۷۹-۱۹۸.
۱۲. پارساپور، محمدباقر و صادقی، محمود و ریاحی، علی اصغر، *تقدم حق الزام به اجرای تعهد بر حق فسخ در آرای دادگاههای ایران و نقد آن*، مجله حقوق خصوصی، سال ۱۳۹۷، دوره ۱۵، شماره ۲، صص ۲۴۱-۲۵۹.

۱۳. داراب‌پور، مهرباب، **ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد**، مجله تحقیقات حقوقی، سال ۱۳۷۹، شماره ۲۹-۳۰، صص ۱۹۱-۲۳۷.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، **حسن نیت در حقوق ایران**، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، سال ۱۳۹۲، دوره ۴۳ شماره ۳، صص ۱۶۷-۱۸۶.
۱۵. معتمدی، جواد و جواد گوهریان، **بررسی ضمانت اجرای غصب در نظام حقوقی کامن‌لا**، ماهنامه کانون، سال ۱۳۹۰، شماره ۱۱۷، صص ۱۳۹-۱۵۳.

پایان‌نامه

۱۶. عظیمی، خدیجه، «بررسی تطبیقی اصل اعتماد در فقه امامیه و حسن نیت در کامن‌لا و اسناد بین‌المللی»، پایان‌نامه، قم: دانشگاه قم، ۱۳۹۰.

ب) منابع عربی

۱۷. حسینی عاملی، سیدجواد، **مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌العلامه**، جلد ۷. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۲۲۶ ه.ق.
۱۸. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، **هدایه الطالب**، جلد ۲، قم: انتشارات دارالکتاب، بی‌تا.
۱۹. فخرالدین ابوعبدالله محمدبن احمدبن ادريس حلی، **سرائرالحاوی**، جلد ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۰. مروج جزائری، سید محمدجعفر، **هدی الطالب فی شرح المکاسب**، قم: مؤسسه دارالکتاب، بی‌تا.
۲۱. مقدس اردبیلی، **مجمع‌الفائده والبرهان**، جلد ۱۰، قم: مؤسسه نشر اسلامی، بی‌تا.
۲۲. نجفی، شیخ محمدحسن، **جواهرالکلام**، جلد ۳۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.

قوانین

۲۳. قانون اجاره به شرط تملیک انگلیس، مصوب ۱۹۶۴.
۲۴. قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹.
۲۵. قانون ثبت املاک انگلیس، مصوب ۲۰۰۲.
۲۶. قانون حقوق اموال انگلیس، مصوب ۱۹۲۵.

۲۷. قانون مدنی آلمان، مصوب ۲۰۰۲ با اصلاحات بعدی.

۲۸. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۰۷ با اصلاحات بعدی.

۲۹. قانون مدنی هندوراس، مصوب ۱۹۰۶.

۳۰. قواعد دادرسی مدنی انگلیس، مصوب ۱۹۹۸.

ج) منابع انگلیسی

Books

31. Dannemann, G. *German Law of Unjustified Enrichment and Restitution*. 1st ed. England: Oxford University Press. 2009
32. Elliot. Catherine, Frances Quinn. *tort law*. 8th ed. England: Longman Pearson. 2011
33. Harisson, R. *Good Faith in Sales*. 1st ed. London: Sweet & Mawell. 1997
34. Harpwood, v. *Modern Tort Law*. 7th ed. London: Routledge Cavendish. 2009
35. markinsen. Basil, Hannes Unberath, Angus Johnston. *German Law of Contract*. 2nd ed. USA: Hart Publishing. 2006
36. Monaghan. Nicola, Chris Monaghan, *Beginning Contract Law*. 1st ed. London: Routledge. 2013
37. Richards, P. *Law of Contract*. 9th ed. England: Pearson, Longman. 2009
38. Stone, R. *Contract Law*. 5th ed. England: Cavendish Publishing. 2003
39. Stuchmcke, A. *Essential tort law*. 2nd ed. England: Cavendish publishing. 2001.

Articles:

40. Newman, C, M. «Bailment and the Property/Contract Interface». United States: *George Mason University Legal Studies Research Paper Series*. 2015. p1-41

چالش‌های حقوقی کشورهای ثالث برای ورود به بازار گاز اتحادیه اروپا (مطالعه موردی ایران)

(مقاله علمی-پژوهشی)

هادی قنبری بناب*

محمد مهدی حاجیان**

عباس کاظمی نجف‌آبادی***

علی امامی میبیدی****

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۲۱

چکیده

یکی از مسائل مهم در زمینه صادرات گاز از طریق خط لوله به اتحادیه اروپا، شناخت بازار و قوانین و مقررات موجود در این اتحادیه و نیز الزامات کشورها در مواجهه با این مقررات است. در مقاله حاضر قوانین، مقررات و دستورالعمل‌های حقوقی موجود در خصوص بازار گاز اتحادیه اروپا و سپس قوانینی که در ایران درباره موضوع صادرات گاز وجود دارد، تجزیه و تحلیل شده است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد بسته سوم حقوقی گاز اتحادیه اروپا پایه و اساس موضوعات حقوقی و قراردادی بازار گاز این اتحادیه را شکل داده که در جهت تحقق قوانین مندرج در این بسته، دستورالعمل‌های حقوقی مختلفی از جمله دستورالعمل تفکیک مالکیت، دسترسی طرف‌های ثالث به تسهیلات و امکانات ذخیره‌سازی گاز و دستورالعمل نهادهای نظارتی وجود دارد. قوانین مربوط به حق دسترسی طرف ثالث به شبکه، تنظیم تعرفه، تفکیک مالکیت و شفافیت کاملاً در خصوص خطوط لوله بین اتحادیه اروپا و کشورهای ثالث از جمله ایران برای خطوط موجود و آینده تا مرزهای اتحادیه اروپا از جمله آب‌های سرزمینی و مناطق اقتصادی انحصاری اعمال می‌شود؛ پیشنهاد می‌شود کشورهای ثالث در صورت مغایرت قوانین و دستورالعمل‌های حقوقی داخلی خود با سه قانون فوق‌الذکر، در خصوص بازنگری و اصلاح قوانین اقدام کنند.

کلید واژگان:

بسته سوم حقوقی گاز، دستورالعمل‌های حقوقی، تفکیک مالکیت، تعرفه، دسترسی به شبکه، پیشنهاد اصلاحی کمیسیون.

* دانشجوی دکتری مدیریت قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی (نویسنده مسئول)

h.ghanbari@atu.ac.ir

** استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

mahdihajian@yahoo.com

*** استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

abaskazemi@gmail.com

**** استاد دانشکده اقتصاد دانشگاه علامه طباطبایی

emami@atu.ac.ir

مقدمه

مصرف گاز طبیعی به دلایل فراوانی از جمله پراکندگی توزیع آن در جهان، اندک بودن هزینه‌های استخراج، مشاهده‌پذیر بودن قیمت آن با سایر انواع انرژی با توجه به ارزش حرارتی آن، ایجاد آلاینده‌های زیست‌محیطی کمتر در مقایسه با سایر سوخت‌های فسیلی به‌طور چشمگیری در حال افزایش است.^۱

گاز طبیعی بعد از نفت خام و زغال‌سنگ پرمصرف‌ترین انرژی در سطح جهان است و سهم این شق از انرژی به ۲۴٪ در سال ۲۰۱۸ افزایش پیدا کرد و میزان مصرف و تولید جهانی آن با رشد بیش از ۵٪ در همان سال رونق چشمگیری را شاهد بود که این روند رشد مصرف و تولید طی سی سال گذشته بی‌سابقه بوده است. جمهوری اسلامی ایران با موقعیت ژئوپولیتیک و ژئواستراتژیک خاص خود در منطقه جنوب غرب آسیا، به‌ویژه در خلیج فارس و دریای عمان دارای نقش بسیار مهم و تأثیرگذاری در صنایع نفت و گاز جهان است. بر اساس آخرین برآوردهای صورت‌گرفته در سال ۲۰۱۸، ایران با برخورداری از ۳۱/۹ تریلیون مترمکعب ذخایر اثبات‌شده گاز، پس از روسیه (۳۸/۹ تریلیون مترمکعب) در جایگاه دوم کشورهای دارنده گاز طبیعی جهان قرار گرفته است.^۲

بر اساس گزارش بی پی (۲۰۱۹) میزان رشد مصرف انرژی گاز طبیعی سریع‌تر از نفت و زغال‌سنگ است و با سبقت گرفتن از زغال‌سنگ به دومین منبع انرژی جهانی تبدیل خواهد شد و سهم آن از انرژی اولیه از ۲۴٪ کنونی به حدود ۲۸٪ تا سال ۲۰۴۰ خواهد رسید.

میزان مصرف گاز اروپا در سال ۲۰۰۸ برابر با ۶۲۵/۶ تریلیون مترمکعب و در سال ۲۰۱۸ برابر با ۵۴۹ تریلیون مترمکعب بوده است که بیانگر کاهش یک درصدی میزان مصرف گاز طبیعی در اروپا در بازه زمانی ده‌ساله است. میزان مصرف گاز طبیعی در اروپا در سال ۲۰۱۸

۱. جعفرزاده، امیر؛ شاکری، عباس؛ مؤمنی، فرشاد؛ عبدلی، قهرمان؛ تحلیل همکاری میان ایران و ترکمنستان در صادرات گاز به اروپا از طریق خط لوله نوباکو: چارچوب نظریه بازی همکارانه، پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران، شماره ۱۲، پاییز ۱۳۹۳، ص ۱۱۷.

2. <https://www.energycentral.com/c/ec/gas-directive-and-its-application-eu-third-country-pipelines>, 16 Nov. 2019.

نسبت به سال ۲۰۱۷ (در حدود ۵۶۰/۴ تریلیون مترمکعب) به میزان ۲/۱٪ کاهش نشان می‌دهد.^۱

بیشتر پیش‌بینی‌های مربوط به دهه آینده به دلیل کاهش تولید گاز داخلی اتحادیه اروپا، تقاضای چشمگیری برای گاز و افزایش احتمالی واردات خط لوله و ال.ان.جی در اروپا را پیش‌بینی می‌کند. در این بازه زمانی، تغییر سوخت نیروگاه‌های کشورهای عضو اتحادیه اروپا از زغال‌سنگ به گاز طبیعی می‌تواند گزینه‌ای برای کربن‌زدایی بخش نیروگاهی این کشورها باشد که به‌طور گسترده‌ای به زغال‌سنگ وابسته است. مثلاً در آلمان، با توجه به برنامه‌ریزی‌های صورت گرفته جهت کاهش مصرف زغال‌سنگ در بخش نیروگاهی در سال ۲۰۳۰ به نصف میزان مصرف فعلی، انتظار می‌رود گاز طبیعی سهم خود را در بخش برق تا سال ۲۰۳۰ افزایش دهد.^۲

با توجه به نیاز روزافزون کشورها به گاز طبیعی به‌مثابه سوختی پاک و نیز ضرورت امنیت عرضه این منبع انرژی به کشورهای مصرف‌کننده آن، این امر بیش‌ازپیش مورد توجه کشورهای مختلف به‌خصوص کشورهای توسعه‌یافته قرار گرفته است.^۳ اتحادیه اروپا هم‌اکنون بزرگ‌ترین واردکننده انرژی در جهان است و بر اساس پیش‌بینی‌های به‌عمل‌آمده وابستگی این اتحادیه به واردات نفت خام و گاز طبیعی به شکل مداوم رو به افزایش است.^۴ اروپا بیشتر نفت و گاز مورد نیاز خود را از روسیه، آفریقای شمالی و سپس خلیج فارس تأمین می‌کند.^۵ در نتیجه، وابستگی اروپا به انرژی روسیه، امنیت انرژی این منطقه را با چالش‌های جدی روبه‌رو کرده است و با توجه به تقاضای فزاینده انرژی در اروپا در آینده، مشکل امنیت انرژی در این منطقه شدت خواهد

1. IEA, (2019), international Energy Agency, www.iea.org/weo

2. Agora Energiewende (2018) - Agora Energiewende (2018) 'Energiewende2030: The Big Picture. Megatrends, Targets, Strategies and a 10-Point Agenda for the Second Phase of Germany's Energy Transition' https://www.agora-energiewende.de/fileadmin2/Projekte/2017/Big_Picture/134_Big-Picture_EN_WEB.pdf

۳. جعفرزاده، امید، «سیاست‌های بهینه صادرات گاز در بازار گاز اروپا- آسیا با توجه به خط لوله صلح با رویکرد تئوری بازی‌ها»، پایان‌نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹.

۴. سعیده، وثوقی و همکاران، **راهبرد متقابل انرژی در روابط روسیه و اتحادیه اروپا**، فصلنامه مطالعات اوراسیای مرکزی و قفقاز، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴.

۵. امیری، علی؛ کرمی، افشین؛ **تحلیل روابط سیاسی ایران و روسیه در عرصه بازار گاز اروپا**، مطالعات اوراسیای مرکزی، بهار و تابستان ۱۳۹۶، ص ۱۸.

یافت. با نگاهی به آسیب‌پذیری اتحادیه اروپا به دلیل اتکا بر روسیه در جایگاه تأمین‌کننده مسلط گاز، این اتحادیه متوجه لزوم پرداختن جدی به مسئله متنوع‌سازی ورودی‌های انرژی شده است.^۱ بنابراین، اتحادیه اروپا نه تنها از لحاظ زیست‌محیطی به دنبال بهره‌گیری از سوخت پاک همچون گاز طبیعی جهت کاهش میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای است، بلکه به‌منظور فراهم کردن امنیت انرژی به دنبال متنوع‌سازی انرژی است. از آنجا که کشور ایران یکی از عمده ذخایر گازی در سطح دنیا را دارد، برنامه‌ریزی صحیح در جهت صادرات گاز امری اساسی به نظر می‌رسد. در مقوله صادرات گاز ج.ا.ایران به اتحادیه اروپا عوامل متعدد اقتصادی، سیاسی، حقوقی، جغرافیایی و ... مطرح است؛ لیکن در این پژوهش صرفاً جنبه‌ها و چارچوب‌های حقوقی بحث و بررسی می‌شود.

اتحادیه اروپا همواره به دنبال آزادسازی بازار گاز و فراهم کردن شرایط رقابتی برابر برای تمام کشورهای عضو بوده است. در این راستا و به‌منظور تحقق اهداف اتحادیه در خصوص موارد مذکور سه بسته و چارچوب حقوقی در سال‌های ۱۹۹۰، ۲۰۰۳ و ۲۰۰۹ تدوین و به کشورهای عضو ابلاغ کرد.

جدیدترین قانون بازار اتحادیه اروپا تحت عنوان «بسته سوم» به‌منظور بهبود عملکرد بازار انرژی داخلی و برطرف کردن مشکلات ساختاری، ایجاد بازار رقابتی و آزاد کردن و فراهم ساختن شرایط برابر برای تمام کشورهای عضو در سال ۲۰۰۹ به تصویب رسید و در سال ۲۰۱۹ اصلاح شد. جدایی تأمین‌کنندگان و تولیدکنندگان گاز از بهره‌برداران شبکه، تقویت استقلال ناظران، تأسیس آژانس همکاری بین ناظران انرژی، همکاری بین اپراتورهای سیستم انتقال گاز طبیعی در خصوص عبور از مرز و افزایش شفافیت در بازارهای خرده‌فروشی، عمده مقوله‌های مطرح در این بسته حقوقی است که برای هر یک از موارد مذکور ساختار و چارچوب حقوقی خاصی طراحی شده و نوع ارتباطات و تعامل هر یک از عوامل دخیل در بازار گاز اروپا تبیین شده است.^۲

۱. سازمند، بهاره؛ شمس، سعیده، جایگاه منابع انرژی دریای خزر در راهبرد آسیای مرکزی و قفقازی اتحادیه اروپا، فصلنامه مطالعات اوراسیای مرکزی و قفقاز، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.
2. Commission Staff Working Document Ownership Unbundling, the Commission's practice in assessing the presence of a Conflict of Interests including in case of financial investors, European Commission, Brussels, 8.5.2013.

در تحقیق حاضر، پس از بررسی بسته سوم حقوقی بازار گاز اتحادیه اروپا و کلیه قوانین، مقررات و دستورالعمل‌های حقوقی مرتبط با تجارت گاز در اتحادیه اروپا از جمله قانون اتحادیه اروپا در خصوص شرایط دسترسی به شبکه انتقال گاز طبیعی (۲۰۰۹/۷۱۵)، قانون اتحادیه اروپا در خصوص توازن گاز در شبکه‌های انتقال (۲۰۱۴/۳۱۲)، قانون اتحادیه اروپا در خصوص تخصیص سازه‌های تخصیص ظرفیت در سیستم‌های انتقال گاز (۲۰۱۷/۴۵۹)، قانون اتحادیه اروپا در خصوص ایجاد آژانس همکاری‌های ناظران انرژی (۲۰۰۹/۷۱۳)، مقررات اتحادیه اروپا در خصوص اقدامات لازم درباره امنیت عرضه گاز (۲۰۱۰/۹۹۴)، قانون اتحادیه اروپا در خصوص تدوین ساختار تعرفه هماهنگ (۲۰۱۷/۴۶۰)، قانون اتحادیه اروپا در خصوص ایجاد کد شبکه درباره قوانین تبادل داده و نهایتاً اصلاحیه بسته سوم حقوقی گاز اتحادیه اروپا (۲۰۱۹/۶۹۲) بررسی الزامات مرتبط با صادرات گاز از کشورهای ثالث به بازار گاز آن اتحادیه استخراج شده است.

در تحقیق حاضر، به دنبال پاسخ‌گویی به سؤالات زیر هستیم:

۱. الزامات حقوقی ورود ایران به بازار گاز اتحادیه اروپا کدام‌اند؟
۲. قوانین و مقررات اتحادیه اروپا چه شرایطی را جهت ورود به بازار گاز این اتحادیه لازم می‌داند؟
۳. چه قوانین و مقرراتی در ایران در جهت صدور گاز به سایر کشورها وجود دارد؟

۱. قوانین و مقررات اتحادیه اروپا

۱.۱. بسته حقوقی گاز

بسته حقوقی سوم بازار انرژی اتحادیه اروپا با هدف بهبود عملکرد بازار انرژی داخلی و برطرف کردن مشکلات ساختاری موجود تهیه شده است. این بسته مواردی از جمله تفکیک و جدایی عرضه‌کنندگان انرژی از بهره‌برداران انرژی، تقویت استقلال ناظران، ایجاد آژانس همکاری‌های ناظران انرژی، همکاری‌های فرامرزی بین اپراتورهای سیستم انتقال و ایجاد شبکه‌هایی در اروپا برای اپراتورهای سیستم انتقال را مدنظر قرار داده است:

۱.۱.۱. جدایی عرضه‌کنندگان انرژی از بهره‌برداران شبکه

این ماده به معنای جدا بودن تأمین‌کنندگان انرژی از بهره‌برداری از شبکه انتقال انرژی است. در صورتی که شرکتی در بهره‌برداری از شبکه انتقال انرژی فعالیت کند و هم‌زمان تولیدکننده یا

فروشنده انرژی نیز باشد، ممکن است انگیزه‌ای جهت ایجاد مانع در دسترسی رقابتی به زیربنا بیابد که نتیجه آن جلوگیری از رقابت عادلانه در بازار و افزایش قیمت برای مصرف‌کنندگان است. بر اساس بسته سوم حقوقی اتحادیه اروپا جدایی عرضه از بهره‌برداری از شبکه انتقال با توجه به ترجیح هر یک از کشورهای عضو به یکی از سه روش زیر باید محقق شود:

- جدایی مالکیت^۱: تمام شرکت‌های یکپارچه انرژی، شبکه‌های انتقال گاز خود را بفروشند. در این حالت، هیچ شرکت تولیدکننده و عرضه‌کننده گاز طبیعی حق در اختیار داشتن سهم چشمگیر یا دخالت در بهره‌برداری از سیستم انتقال گاز را ندارد.
- بهره‌بردار یا اپراتور سیستم مستقل^۲: شرکت‌های عرضه‌کننده انرژی ممکن است به‌طور رسمی هنوز مالک گاز طبیعی باشند. لیکن باید تمام فعالیت‌های مرتبط با بهره‌برداری، نگهداری و سرمایه‌گذاری در شبکه را به شرکت مستقل دیگری واگذار کنند.
- اپراتور سیستم انتقال مستقل^۳: شرکت‌های عرضه‌کننده انرژی می‌توانند مالک و همچنان اپراتور گاز باشند. لیکن باید این فعالیت‌ها را از طریق شرکت‌های تابعه انجام دهند. تمام تصمیمات مهم باید مستقل از شرکت مادر اتخاذ شود.

کمیسیون اتحادیه اروپا جهت تحقق مدل‌های مختلف جدایی عرضه از بهره‌برداری شبکه دستورالعمل‌هایی را تدوین کرده است:

۱.۱.۲. جدایی مالکیت

قوانین مربوط به تفکیک جدایی مالکیت در ماده ۹ بسته حقوقی گاز بیان شده است. بر اساس ماده ۹(۱)(b)(i) بسته حقوقی گاز یک فرد نمی‌تواند فعالیت‌های تولید یا عرضه گاز را کنترل و هم‌زمان در سیستم انتقال یا بهره‌برداری سیستم انتقال گاز کنترل یا اعمال نفوذ کند. علاوه بر این، طبق ماده ۹(۱)(b)(ii) بسته حقوقی گاز یک فرد نمی‌تواند یک اپراتور سیستم انتقال یا یک سیستم انتقال را هم‌زمان با فعالیت‌های تولید یا عرضه کنترل کند.

مفهوم «کنترل» باید از مقررات شورای اتحادیه اروپا (EC) No 139/2004 به تاریخ ۲۰ ژانویه ۲۰۰۴ گرفته و تفسیر شود. طبق ماده ۳ (۲) EC کنترل، شامل حقوق، قراردادهای هر

1. Ownership Unbundling(OU)
 2. Independent System Operator(ISO)
 3. Independent Transmission System Operator (ITO)

وسيله‌ای ديگرى مى‌شود كه به‌طور جداگانه يا تركيبى، با توجه به ملاحظات حقوقى يا قانونى و اعمال نفوذ در فعاليت‌هاى شركت شكل مى‌گيرد.

ماده (۲) ۹ بسته حقوقى گاز بيان مى‌كند كه استفاده از «هر حق» شامل موارد زير است: (۱) استفاده از حق رأى؛ (۲) اختيار تعيين اعضاى هيئت نظارت، هيئت‌مديره يا كننده‌هاى قانونى شركت و (۳) در اختيار داشتن اكثريت سهام. با وجود اين، ماده (۲) ۹ از داشتن حقوق مالى صرفاً منفعلانه مربوط به سهام جزئى، يعنى حق دريافت سود سهام بدون هيچ‌گونه حق رأى يا حقوق انتصابى متصل به آن‌ها را مستثنا نمى‌كند.

ماده (d) و (c)(۱)(۹) بسته حقوقى گاز دو الزام اضافى را ارائه مى‌دهد: طبق بند (ج) همان شخص حق انتخاب اعضاى هيئت نظارت، هيئت‌مديره يا كندگى قانونى شركت اپراتور سيستم انتقال يا يك سيستم انتقال و به‌طور مستقيم يا غيرمستقيم كنترل يا هرگونه حق توليد يا فعاليت‌هاى عرضه را ندارد. در بند (د) موضوع اختلاف منافع اعضاى هيئت‌مديره با ممنوعيت عضويت يك شخص از عضويت در هيئت‌مديره هر يك از شركت‌هاى اپراتور سيستم انتقال و توليدكننده يا تأمين‌كننده بيان شده است.^۱

۱.۱.۳. اپراتور سيستم مستقل

بر اساس مفاد (۱) ۱۴ و ۳ بسته حقوقى گاز، شركت مستقل بهره‌بردار از شبكه از سوي مالكان سيستم انتقال گاز پيشنهاد مى‌شود و به‌وسيله كشور عضو اتحاديۀ اروپا و بر اساس شرايطى كه مقام نظارتى معين مى‌كند، انتخاب، تأييد و گواهى مى‌شود و نهايتاً كميسيون اروپا آن را تصويب مى‌كند.

به‌منزله بخشى از فرايند گواهى، بر اساس ماده ۱۴ نهاد نظارتى بايد از تحقق شرايط زير اطمينان حاصل كند:

- كانديد اپراتور شبكه بايد قوانين جدائى مالكيّت در بسته حقوقى را بپذيرد.
- كانديد اپراتور شبكه اظهار كند كه بر اساس ماده ۱۳ بسته حقوقى در خصوص مسائل فاينانس، فنى، فيزيكى و تأمين نيروى انساني جهت انجام دادن كارها خودمختار است.

1. Commission Staff Working Document Ownership Unbundling, the Commission's practice in assessing the presence of a Conflict of Interests including in case of financial investors, official journal of the EU, SWD(2013) 177 final, 2013.

- کاندید اپراتور شبکه با پذیرش طرح توسعه ده‌ساله شبکه که مقام نظارتی، مانیتور (کنترل) می‌کند، تعیین شده است.
 - مالک شبکه انتقال بیان می‌کند که توانمندی آن با تعهدات اعلام‌شده مطابقت دارد.
- فرایند کلی گواهی در ماده ۱۰ بسته حقوقی گاز ذکر شده است. در صورتی که تصدیق یا گواهی برای اپراتور سیستم مستقل که به دست شخصی خارج از کشور عضو اتحادیه کنترل می‌شود، علاوه بر رعایت شرایط مندرج در ماده ۱۴ بسته حقوقی گاز، رعایت فرایند گواهی مربوط به کشور ثالث که در ماده ۱۱ بسته حقوقی بیان شده نیز لازم است.
- از لحاظ کاری، اپراتور سیستم مستقل به‌مثابه یک اپراتور سیستم انتقال است؛ لذا باید تمام تعهدات مربوط به اپراتورهای سیستم انتقال را که در بسته حقوقی گاز بیان شده است، بپذیرد. این بدین معنا است که هر اپراتور سیستم مستقل، مسئول اعطا و مدیریت دسترسی طرف ثالث به شبکه از جمله جمع‌آوری هزینه‌های دسترسی، هزینه‌های تراکم و پرداخت‌های مربوط به سازوکار جبران بین اپراتورهای سیستم انتقال با توجه به مقررات بسته حقوقی است. اپراتور سیستم مستقل همچنین مسئول بهره‌برداری، تعمیر و نگهداری و توسعه سیستم انتقال گاز است. مالک سیستم انتقال گاز مسئولیتی در قبال اعطا و مدیریت دسترسی طرف ثالث ندارد و از لحاظ سرمایه‌گذاری نیز اپراتور سیستم مستقل دارای مسئولیت تمام و کمال جهت تضمین توانایی بلندمدت سیستم انتقال برای برآورده کردن تقاضاهای معقول از طریق برنامه‌های سرمایه‌گذاری است. در بسته حقوقی گاز آمده که در زمان توسعه سیستم انتقال، اپراتور سیستم مستقل مسئول برنامه‌ریزی از جمله تحصیل اختیار لازم برای ساخت زیربنای جدید است و مالک سیستم انتقال مسئولیت و امتیازی از لحاظ برنامه‌ریزی سرمایه‌گذاری ندارد.

۱.۱.۴. اپراتور انتقال مستقل

- در صورتی که در زمان لازم‌الاجرا شدن بسته حقوقی سوم گاز از تاریخ ۳ سپتامبر ۲۰۰۹، سیستم انتقال متعلق به شرکت عمودی ادغام‌شده باشد، کشور عضو مربوطه ممکن است تصمیم بگیرد که قوانین جدایی مالکیت را به کار نگیرد، ولی ممکن است یک اپراتور انتقال مستقل بر اساس قوانین مندرج در بسته حقوقی ایجاد کند.

در زمان لازم‌الاجرا شدن بسته حقوقی در صورتی که سیستم انتقال متعلق به شرکت عمودی ادغام شده نباشد، قانون جدایی مالکیت حاکم خواهد بود و مدل اپراتور انتقال مستقل در چنین مواردی به کار گرفته نمی‌شود. تحت مدل اپراتور انتقال مستقل، اپراتور سیستم انتقال به‌مثابه بخشی از شرکت عمودی ادغام شده قرار می‌گیرد. با وجود این، قوانین مفصلی جهت اطمینان از جدایی مؤثر ارائه شده است. مفاد اصلی مدل اپراتور انتقال مستقل در مواد ۲۳-۱۷ بسته حقوقی گاز ذکر شده است.

اپراتور انتقال مستقل باید خودمختار باشد. در ماده (۱) ۱۷ بسته حقوقی به‌روشنی بیان شده است که اپراتور انتقال مستقل باید از لحاظ مالی، فنی، فیزیکی، نیروی انسانی لازم جهت انجام تعهدات مجهز باشد. فعالیت‌های انتقال گاز در ماده (۲) ۱۷ بسته حقوقی گاز توصیف شده است. علاوه بر آن، در ماده ۱۳ بسته حقوقی گاز نیز تمام فعالیت‌های اپراتور سیستم انتقال بیان شده است. بسته حقوقی، تعهدات کلی در جهت خودمختار بودن اپراتور انتقال مستقل ارائه می‌کند. در خصوص دارایی‌ها، ماده (۱) ۱۷ بسته حقوقی بیان می‌کند که اپراتور انتقال مستقل باید مالکیت دارایی‌ها را داشته باشد. این تعهد نه تنها شامل شبکه، بلکه شامل سایر دارایی‌های لازم جهت انجام فعالیت انتقال گاز است.

اپراتور انتقال مستقل اجازه انتقال بخشی از مسئولیت‌های خود در خصوص انتقال گاز را به غیر ندارد؛ یعنی انتقال بخشی از فعالیت‌ها و مسئولیت‌ها به اپراتورهای انتقال مستقل دیگر (مثلاً مسئولیت بهره‌برداری از سیستم به یک اپراتور انتقال مستقل و نگهداری به اپراتور انتقال مستقل دیگر و ...) امکان‌پذیر نیست. بر اساس ماده (g) ۱۷(۲) بسته حقوقی گاز، اپراتور انتقال مستقل اجازه تشکیل جوینت وینچر از جمله با یک یا تعدادی از اپراتورهای سیستم انتقال در جهت نیل به هدف ایجاد بازار منطقه‌ای و تسهیل فرایند آزادسازی بازار را دارد.^۱

۱.۱.۵. تصدیق اپراتورهای سیستم انتقال گاز اتحادیه اروپا

طبق ماده ۱۰ بسته حقوقی گاز ۷۳/۲۰۰۹ / EC2 و ماده ۳ مقررات گاز ۲۰۰۹/۷۱۵، اپراتور سیستم انتقال گاز تنها می‌تواند پس از طی فرایند تصدیق فعالیت خود را آغاز کند. فرایند تصدیق

1. The Unbundling Regime, Interpretative Note on Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, official journal of the EU, 2010.

بر اساس مواد مذکور برای تمام اپراتورهای سیستم انتقال در مرحله اولیه آغاز فعالیت و در هر زمانی جهت ارزیابی مجدد اپراتورهای سیستم انتقال استفاده می‌شود.

هدف فرایند تصدیق این است که آیا متقاضی اپراتور سیستم انتقال با مقررات تفکیک یا جدایی مندرج در بسته حقوقی ماده (۲) ۱۰ یا ماده ۱۱ و ماده ۹ مطابقت دارد. ارجاع به ماده ۹ بدین معنا است که در جریان فرایند تصدیق باید مشخص شود کدام فرد یا افراد در کنترل اپراتور سیستم انتقال متقاضی فعالیت می‌کنند و اینکه آیا مقررات قانونی در خصوص وظایف اپراتور سیستم انتقال بسته به مدل جدایی، مورد توجه قرار گرفته است.

این دستورالعمل نیازمند مقام نظارتی ملی برای تصمیم‌گیری اولیه جهت تصدیق و گواهی ظرف چهار ماه پس از اعلان از سوی اپراتور سیستم انتقال است؛ سپس مقام نظارتی ملی طبق ماده (۳) ۱۰ بسته حقوقی گاز باید بدون تأخیر تصمیم اولیه و همچنین تمام اطلاعات مربوط به این تصمیم را جهت بررسی به کمیسیون ارسال کند. هنگامی که کمیسیون نظر خود را اعلام کرد، این دستورالعمل‌ها مقام نظارتی ملی را ملزم می‌سازد تا در تصمیم‌گیری در خصوص تصدیق، نظر کمیسیون را مدنظر قرار دهد.

بر اساس این دستورالعمل، کمیسیون باید ظرف دو ماه از زمان دریافت تصمیم اولیه، دیدگاه‌های خود را به مقام نظارتی ملی اعلام کند. کمیسیون ممکن است نظر آژانس همکاری‌های ناظران انرژی را در خصوص تصمیم اولیه درخواست کند که در این صورت، مهلت زمانی تا دو ماه دیگر تمدیدپذیر است. در صورت اعلام نکردن نظر ظرف دو ماه از سوی کمیسیون، تصمیم اولیه اتخاذ شده به منزله تصمیم تأیید شده کمیسیون تصمیم نهایی خواهد بود.

بر اساس ماده (۱۰) ۹ بسته حقوقی گاز، کمیسیون پس از دریافت تصمیم اولیه، به جای صدور نظر، تصمیم‌گیری مربوط به صدور گواهینامه را تصویب می‌کند. در این صورت، مقام نظارتی ملی باید تصمیم کمیسیون در خصوص تصدیق را بپذیرد.^۱

1. Commission staff working paper on certification of Transmission System Operators of networks for natural gas in the European Union, SEC(2011) 1095 final, official journal of the EU, 2011.

۱.۱.۶. نهادهای نظارتی^۱

بازار انرژی رقابتی نمی‌تواند بدون حضور ناظران مستقل که از اجرای قوانین اطمینان حاصل کنند، شکل بگیرد. در بسته حقوقی سوم، در الزامات ناظران ملی تغییراتی به شرح زیر حاصل شده است:

ناظران باید از منافع صنعت و دولت مستقل باشند و هویت حقوقی و بودجه مستقل خود را داشته باشند. دولت‌های ملی نیز باید منابع کافی را برای انجام عملیات ناظران تأمین کنند. ناظران می‌توانند تصمیمات تعهدآوری را در قبال شرکت‌ها صادر کنند و برای شرکت‌هایی که به تعهدات قانونی خود عمل نمی‌کنند، مجازاتی را در نظر بگیرند. اپراتورهای شبکه گاز و تأمین‌کنندگان انرژی باید داده‌های صحیح به ناظران ارائه کنند. ناظران کشورهای مختلف اتحادیه اروپا باید با یکدیگر در جهت ترویج رقابت، بازار آزاد و سیستم شبکه انرژی کارآمد و مطمئن همکاری کنند.

بسته حقوقی سوم گاز اتحادیه اروپا قوانین جدیدی را در خصوص مقامات نظارتی ملی ارائه کرده است. ماده ۳۹ بسته حقوقی گاز، استقلال مقامات نظارتی را افزایش داده و مفاد ۴۰ و ۴۱ اهداف، وظایف و اختیارات جدیدی را برای مقامات نظارتی ملی در نظر گرفته است. بر اساس ماده (۱) ۳۹ بسته حقوقی گاز «هر کشور عضو، یک مقام نظارتی را در سطح ملی تعیین می‌کند». واضح است که طبق قوانین جدید تمام مأموریت‌ها و وظایف ذکرشده در قوانین بسته حقوقی و مقررات گاز باید به یک مقام نظارتی ملی واگذار شود.

در دومین بسته حقوقی گاز، به کشورهای عضو اجازه داده شده بود تا چندین مقام نظارتی در یک کشور عضو تعیین شود که در بسته حقوقی جدید این امکان فراهم نیست. بنابراین، بر اساس قوانین جدید، کشور عضو نمی‌تواند یکی از وظایف نظارت مندرج در قوانین و مقررات را به مقام نظارتی ملی و وظیفه دیگر را به مقام نظارتی دوم آن کشور عضو واگذار کند؛ بلکه همان‌طور که بیان شد، هر کشور عضو تنها می‌تواند مقام نظارتی واحدی داشته باشد که عهده‌دار کلیه وظایف و مسئولیت‌های مندرج در قوانین و مقررات است.^۲

1. The Regulatory Authorities

2. The Unbundling Regime, Interpretative Note on directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, EC staff working paper, official journal of the EU, 2010.

۱.۱.۷. آژانس همکاری ناظران انرژی

به منظور کمک به همکاری بین ناظران ملی و اطمینان از عملکرد درست و یکنواخت بازار انرژی داخلی، اتحادیه اروپا اقدام به تأسیس آژانس همکاری ناظران انرژی^۱ کرد. آژانس مذکور مستقل از کمیسیون، دولت‌ها و شرکت‌های انرژی است و اقدامات زیر را دنبال می‌کند:

۱. تهیه پیش‌نویس دستورالعمل بهره‌برداری از خطوط لوله گاز مرزی؛
۲. بررسی اجرای برنامه‌های توسعه شبکه در سراسر اروپا؛
۳. تصمیم‌گیری درباره مسائل فرامرزی، اگر ناظران ملی نتوانند به توافق برسند یا آن‌ها از آژانس بخواهند مداخله کند؛
۴. نظارت بر عملکرد بازار داخلی از جمله قیمت خرده‌فروشی و حقوق مصرف‌کننده.^۲

۱.۱.۸. همکاری‌های فرامرزی

اپراتورهای سیستم انتقال ملی مسئول انتقال گاز طبیعی در خط لوله و برق در شبکه حمل هستند. با توجه به ماهیت فرامرزی بازار انرژی در اروپا، کشورهای عضو باید در جهت مدیریت مطلوب شبکه‌های اتحادیه اروپا با یکدیگر همکاری کنند. این کار از طریق سازمان اپراتورهای سیستم انتقال برق^۳ و سازمان سیستم انتقال گاز^۴ صورت می‌پذیرد.

این سازمان‌ها با توسعه استانداردها و پیش‌نویس کدهای شبکه، به هماهنگ کردن جریان برق و گاز در سراسر سیستم‌های مختلف انتقال کمک می‌کنند و برنامه‌ریزی سرمایه‌گذاری‌ها در شبکه جدید را هماهنگ می‌سازند و بر توسعه جدید ظرفیت انتقال نظارت می‌کنند. این امر، شامل انتشار یک طرح سرمایه‌گذاری ده‌ساله در سطح اروپا برای کمک به شناسایی شکاف سرمایه‌گذاری در هر دو سال نیز می‌شود.

۱.۲. مقررات کمیسیون در خصوص ساختار هماهنگ تعرفه انتقال گاز

با توجه به مقررات (EC) شماره ۲۰۰۹/۷۱۵ پارلمان اروپا و شورا در تاریخ ۱۳ جولای ۲۰۰۹ درباره شرایط دسترسی به شبکه‌های انتقال گاز طبیعی و لغو مقررات (EC) شماره ۱۷۷۵/۲۰۰۵ و

1. Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER)

2. Commission Evaluation of the activities of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators(ACER) under article 34 of Regulation (EC) 713/2009, C(2014) 242 final, official journal of the EU, 2014.

3. ENTSO-E

4. ENTSO-G

به‌ویژه ماده (۱۱) ۶ آن، مقررات ۴۶۰/۲۰۱۷ در خصوص لزوم ایجاد کد شبکه در خصوص ساختارهای تعرفه انتقال هماهنگ برای گاز در ۱۶ مارس ۲۰۱۷ به تصویب رسید.

این مقررات کد شبکه‌ای را ایجاد می‌کند که قواعد مربوط به ساختار تعرفه هماهنگ انتقال گاز از جمله قوانین مربوط به روش مرجع قیمت‌گذاری، الزامات مشاوره و انتشار و همچنین محاسبه قیمت‌های ذخیره برای محصولات با ظرفیت استاندارد را شامل می‌شود. این مقررات درباره تمام نقاط ورودی و کلیه نقاط خروجی به شبکه‌های انتقال گاز به استثنای فصل‌های سوم، پنجم و ششم ماده ۲۸، ماده (۲) ۳۱ و (۳) و فصل ۹ اعمال می‌شود که فقط برای نقاط اتصال داخلی به کار می‌رود. فصل‌های سوم، پنجم و ششم ماده ۲۸ و فصل ۹ برای نقاط ورودی از کشورهای ثالث یا نقاط خروجی به کشورهای ثالث یا هر دو مورد در صورتی اعمال می‌شود که مقام نظارتی ملی تصمیم به اعمال مقررات (اتحادیه اروپا) شماره ۴۵۹/۲۰۱۷ در آن نقاط بگیرد.^۱ تعرفه‌ها یا شیوه محاسبه تعرفه‌ها، اعمال شده از سوی اپراتورهای سیستم انتقال و تأیید شده به‌وسیله نهاد نظارتی ملی مطابق با ماده (۶) ۴۱ دستورالعمل ۷۳/۲۰۰۹ EC و همچنین تعرفه‌های منتشر شده مطابق ماده (۱) ۳۲ این دستورالعمل باید شفاف باشد و نیاز به یکپارچگی سیستم و بهبود آن را در نظر بگیرد و هزینه‌های واقعی متحمل شده را منعکس کند؛ در عین حال، شامل بازگشت مناسب سرمایه برای سرمایه‌گذاری انجام شده نیز باشد.

کشورهای عضو ممکن است تصمیم بگیرند که تعرفه‌ها از طریق ترتیبات مبتنی بر بازار مانند مزایده‌ها تعیین شود؛ مشروط بر اینکه چنین تمهیداتی و درآمدهای ناشی از آن از جانب نهاد نظارتی ملی تأیید شود.

تعرفه‌ها برای کاربران شبکه، غیر تبعیض‌آمیز است و به‌طور جداگانه برای هر نقطه ورود به سیستم یا خروج از سیستم انتقال استفاده می‌شود. سازوکارهای تخصیص هزینه و روش تعیین نرخ در خصوص نقاط ورود و خروج باید به تأیید مقامات نظارتی ملی برسد. تعرفه‌های دسترسی به شبکه نباید نقدینگی بازار را محدود سازد و نباید تجارت در مرزهای سیستم‌های انتقال مختلف را از شکل طبیعی خود خارج کند. در مواردی که اختلاف در ساختارهای تعرفه‌ای یا سازوکارهای توازن، تجارت در سیستم‌های انتقال را مختل می‌کند، علی‌رغم ماده (۶) ۴۱

1. Commission Regulation 2017/460 establishing a network code on harmonised transmission tariff structures for gas, Official Journal of the EU, 2017.

دستورالعمل EC / ۷۳/۲۰۰۹، اپراتورهای سیستم انتقال باید با همکاری نزدیک با مقامات نظارتی ملی ذی‌ربط، به‌طور فعال هم‌گرایی ساختارهای تعرفه‌ای را دنبال کنند.^۱ در موضوع تعرفه انتقال گاز، مباحث پیچیده و متعددی از جمله تعرفه‌ها و خدمات مربوط به انتقال گاز و غیر از انتقال گاز، ارزیابی تخصیص هزینه، قیمت‌گذاری مرجع، قیمت رزرو، قیمت تسویه و ... خارج از حوصله مقاله حاضر مطرح است.

۱.۳. دسترسی طرف‌های ثالث در خصوص اپراتورهای سیستم انتقال

اپراتورهای سیستم انتقال باید اطمینان حاصل کنند که خدمات را به‌صورت غیر تبعیض‌آمیز به همه کاربران شبکه ارائه می‌کنند. همچنین آن‌ها باید مطمئن شوند که خدمات دسترسی طرف‌های ثالث را به‌صورت ثابت و متغیر فراهم می‌آورند و به کاربران شبکه، خدمات کوتاه‌مدت و بلندمدت ارائه می‌کنند. در خصوص ارائه خدمات غیر تبعیض‌آمیز، اپراتورهای سیستم انتقال باید خدمات یکسانی را به مشتریان مختلف تحت شرایط قراردادی برابر، حتی با استفاده از قراردادهای انتقال یکپارچه یا کدهای شبکه مشترک مورد تأیید مقامات صلاحیت‌دار مطابق با رویه مندرج در ماده ۴۱ دستورالعمل EC / ۷۳/۲۰۰۹ ارائه کنند.

در زمان مقتضی خدمات دسترسی کشورهای ثالث با ارائه ضمانت‌های مناسب به کاربران شبکه ارائه می‌شود. این ضمانت‌ها باید متناسب، شفاف و غیر تبعیض‌آمیز باشند و مانعی در جهت ورود به بازار نباشند.

دستورالعمل خدمات دسترسی طرف‌های ثالث مربوط به اپراتورهای سیستم انتقال در ضمیمه (۱) مقررات اتحادیه اروپا شماره ۷۱۵/۲۰۰۹ (EC) مصوب شده که در ادامه به بخشی از این موارد اشاره می‌شود:

۱. اپراتورهای سیستم انتقال باید حداقل یک دوره یک‌روزه، خدمات ثابت یا متغیر ارائه دهند.
۲. قراردادهای حمل‌ونقل هماهنگ‌شده و کدهای شبکه مشترک باید به شکلی طراحی شوند که تجارت و استفاده مجدد از ظرفیت قراردادهای از سوی کاربران شبکه را بدون ممانعت از انتشار ظرفیت تسهیل کند.

1. Regulation 715/2009 of the European Parliament, and Council, Official Journal of the EU, 2009.

۳. درخواست‌های اطلاعات که نیاز به هزینه‌های فوق‌العاده یا بیش‌ازحد از جمله مطالعات امکان‌سنجی دارند، ممکن است به‌طور جداگانه حساب شود؛ مشروط بر اینکه هزینه‌های آن به‌درستی اثبات شود.

۴. اپراتورهای سیستم انتقال باید با سایر اپراتورهای سیستم انتقال در نگهداری شبکه‌های مربوطه به‌منظور به حداقل رساندن هرگونه اختلال در ارائه خدمات انتقال به کاربران شبکه و اپراتورهای سیستم انتقال در مناطق دیگر و به‌منظور اطمینان از منافع برابر و امنیت عرضه همکاری کنند.

۵. اپراتورهای سیستم انتقال باید حداقل سالانه، در مهلت از پیش تعیین‌شده، کلیه برنامه‌ها و طرح‌های نگهداری از شبکه را که ممکن است بر حقوق کاربران شبکه از قراردادهای حمل‌ونقل و اطلاعات بهره‌برداری مربوطه تأثیر بگذارد، منتشر کنند. این امر شامل انتشار فوری و بدون تبعیض هرگونه تغییر در دوره‌های نگهداری برنامه‌ریزی‌شده و اطلاع‌رسانی در خصوص تعمیر و نگهداری‌های غیرمترقبه است. طی دوره نگهداری، اپراتورهای سیستم انتقال اطلاعات باید به‌طور مرتب اطلاعات به‌روز شده درباره جزئیات و مدت مورد انتظار و تأثیر تعمیر و نگهداری را منتشر کنند.

۱.۴. دسترسی طرف ثالث به تسهیلات و امکانات ذخیره‌سازی گاز

در بسته حقوقی سوم گاز و مقررات گاز اتحادیه اروپا اصلاحاتی درباره بسته حقوقی و مقررات قبلی در خصوص دسترسی طرف ثالث به مخازن ذخیره‌سازی صورت گرفته است. ماده ۳۳ بسته حقوقی گاز، کشورهای عضو را ملزم کرده تا معیارهایی در خصوص رژیم دسترسی به مخازن ذخیره‌سازی تعریف و منتشر کنند. علاوه بر آن، ماده ۱۵ بسته حقوقی، اپراتورهای سیستم ذخیره‌سازی را ملزم کرده تا حداقل از نظر حقوقی و عملکردی جدا و مستقل باشند و نهایتاً اینکه مواد ۱۵، ۱۷، ۱۹، ۲۰ و ۲۲ مقررات گاز اتحادیه اروپا استانداردهای حقوقی تعهدآوری را برای خدمات دسترسی طرف ثالث، تخصیص ظرفیت، مدیریت تراکم و شفافیت در تسهیلات ذخیره‌سازی تدوین کرده است.

وظایف اپراتورهای سیستم انتقال که در ماده (۴) بسته حقوقی بیان شده، عبارت است از مسئولیت بهره‌برداری، اطمینان از نگهداری سیستم انتقال و در صورت نیاز، توسعه سیستم انتقال

و ارتباط با سایر سیستم‌ها، اطمینان از توانایی بلندمدت سیستم در برآورده کردن تقاضای معقول برای حمل و نقل گاز. در میان این وظایف، فقط اپراتور سیستم انتقال گاز به طور معقول نیازمند استفاده از گاز ذخیره‌سازی شده است، زیرا اپراتور سیستم انتقال نیازمند این امکانات ذخیره‌سازی در جهت اطمینان از ثبات و امنیت سیستم است؛ مثلاً، اپراتور سیستم انتقال باید اطمینان حاصل کند که رفتار مشتریان و حمل‌کنندگان منجر به کاهش فشار گاز نخواهد شد که می‌تواند مانعی در جهت عملکرد صحیح شبکه و اختلال در عرضه شود. این بدین معنا است که علاوه بر وظایف فوق‌الذکر، حفظ و نگهداری ثبات سیستم از جمله تدارک انرژی مورد نیاز برای انجام وظایف محوله را باید جزو وظایف اپراتور سیستم انتقال تلقی کرد.

همان‌طور که ذکر شد، ماده (۹) ۲ اجازه ایجاد امکانات ذخیره‌سازی منحصراً جهت استفاده اپراتور سیستم انتقال را فراهم کرده است، ولی تخصیص بخشی از امکانات ذخیره‌سازی که با هدف تولید فراهم شده، جهت استفاده اپراتورهای سیستم انتقال ممنوع است و در واقع، سیاست همه یا هیچ را در پیش گرفته است؛ یا تمام امکانات منحصراً به اپراتور سیستم انتقال تعلق دار یا امکانات ذخیره‌سازی متعلق به تولید است.^۱

۲. قوانین و مقررات ایران

حضور فعال ایران در بازارهای جهانی گاز و کسب شرکای تجاری در این زمینه می‌تواند به توسعه سهم ایران از این تجارت در نقاط دیگر جهان چه در زمینه تجارت گاز طبیعی از طریق خط لوله و چه از طریق مبادلات از طریق گاز طبیعی مایع‌شده (ال. ان. جی) کمک کند و سبب پررنگ‌تر شدن نقش صنعت گاز ایران و به تبع آن، افزایش قدرت دیپلماسی کشور در عرصه جهانی شود.

بر همین اساس، شرکت ملی نفت ایران با توجه به ذخایر عظیم هیدروکربوری به‌ویژه گاز طبیعی، در راستای تثبیت حضور فعال در بازار تجارت جهانی گاز، در سال ۱۳۸۱ اقدام به تأسیس شرکت ملی صادرات گاز ایران با مأموریت توسعه پروژه‌های صادرات گاز طبیعی کرد که اهم

1. Commission Staff Working Paper Interpretative Note on Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, Third-party Access to Storage, official journal of the EU, 2010.

فعالیت‌های این شرکت، برنامه‌ریزی، بازاریابی و مذاکره جهت عقد قراردادهای تجارت گاز و توسعه سرمایه‌گذاری در زمینه‌های مرتبط با این صنعت در ایران و جهان است.^۱

در اواخر سال ۱۳۹۵ اعلام شد که شرکت ملی صادرات گاز منحل می‌شود و به صورت مدیریتی در زیرمجموعه شرکت ملی نفت ایران قرار می‌گیرد. البته، بخش صادرات گاز با لوله، در زیرمجموعه شرکت ملی گاز جای می‌گیرد. از نظرگاه وظیفه، کل وظایف مربوط به ال. ان. جی در شرکت ملی نفت ایران باقی می‌ماند و وظایف مربوط به صادرات گاز با خط لوله شامل واردات، صادرات یا معاوضه گاز همراه با مدارک و اسناد مربوطه به شرکت ملی گاز ایران منتقل می‌شود و از این پس، دیگر شرکت ملی نفت ایران در این امور دخالت و ورود مستقیم نمی‌کند. البته، مواردی که صادرات گاز مستقیماً با خط لوله از منابع تولیدی در دریا صورت گرفته یا مواردی که طبق قرارداد تولید گاز، صادرات گاز، الزاماً بخشی از زنجیره تولید از بالادستی تا مصرف باشد، از شمول این بند مستثنا است. همچنین قرارداد صادرات گاز به عمان کماکان از طریق شرکت ملی نفت ایران پیگیری می‌شود.^۲

قوانین مربوط به صادرات گاز ایران عمدتاً در اسناد بالادستی نظام دیده می‌شود. در سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران درباره «انرژی» مصوب ۱۳۷۷/۱۰/۲۳ به افزایش ظرفیت تولید گاز، متناسب با حجم ذخایر کشور به منظور تأمین مصرف داخلی و حداکثر جایگزینی با فرآورده‌های نفتی و بهره‌برداری از موقعیت منطقه‌ای و جغرافیایی کشور برای خریدوفروش و فراوری و پالایش و معاوضه و انتقال نفت و گاز منطقه به بازارهای داخلی و جهان مورد تأکید قرار گرفته است.^۳

بر اساس چشم‌انداز (افق ۱۴۰۴)، اهداف عمده شرکت ملی گاز ایران، قرار گرفتن در رتبه سوم تولیدکنندگان جهانی گاز طبیعی، کسب سهمی معادل هشت تا ده درصد از تجارت جهانی و کسب رتبه اول فناوری گاز در منطقه تعریف شده است. همچنین، در اهداف استراتژیک شرکت گاز، افزایش صادرات گاز طبیعی به بازارهای منطقه‌ای و بین‌المللی با استفاده از خطوط لوله و

1. <http://www.nigec.ir/portal/home/?generaltext/>

2. <https://www.khabaronline.ir/news/>

3. <http://www.nigc.ir/index.aspx?siteid=1&fkeyid=&siteid=1&pageid=204>

سایر روش‌ها، همکاری با کشورهای منطقه در تمام اجزای زنجیره تأمین گاز طبیعی و تجارت و ترانزیت گاز و تأثیرگذاری بر تجارت گاز در منطقه تأکید شده است.^۱

در مأموریت شرکت گاز بیان شده که شرکت ملی گاز ایران تلاش خواهد کرد با ایجاد مزیت‌های رقابتی و بهره‌گیری از موقعیت ژئوپولیتیک کشور حضور فعالی در فرصت‌های مناسب تجارت جهانی گاز داشته باشد. همچنین، در ماده ۱۳ سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی ابلاغی بهمن ۱۳۹۲ در جهت مقابله با ضربه‌پذیری درآمد حاصل از صادرات نفت و گاز از طریق انتخاب مشتریان راهبردی، ایجاد تنوع در روش‌های فروش، مشارکت دادن بخش خصوصی در فروش، افزایش صادرات گاز، افزایش صادرات برق، افزایش صادرات پتروشیمی، افزایش صادرات فرآورده‌های نفتی و در ماده ۱۴ افزایش ذخایر راهبردی نفت و گاز کشور به‌منظور اثرگذاری بر بازار جهانی نفت و گاز و تأکید بر حفظ و توسعه ظرفیت‌های تولید نفت و گاز، به‌ویژه در میدان‌های مشترک تأکید شده است.^۲

ماده ۴۸ قانون برنامه پنج‌ساله ششم (۱۳۹۶-۱۴۰۰) توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ایران به موضوع انرژی پرداخته است. بر اساس بند ج ماده ۴۸، وزارت نفت موظف شده است تمهیدات لازم را برای استفاده از ظرفیت‌ها و توانمندی‌های شرکت‌های بخش خصوصی و تعاونی و نهادهای عمومی غیردولتی برای سرمایه‌گذاری در فعالیت‌های اکتشاف، تولید و بهره‌برداری (نه مالکیت) میدان‌های نفت و گاز به‌ویژه میدان‌های مشترک در چارچوب سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهار قانون اساسی به عمل آورد. همچنین وزارت نفت موظف است ذخایر راهبردی نفت و گاز را به‌منظور اثرگذاری بر بازار جهانی نفت و گاز با تأکید بر حفظ و توسعه ظرفیت‌های تولید نفت و گاز به‌ویژه در میدان‌های مشترک تا پایان سال اول اجرای قانون برنامه افزایش دهد.^۳

1. <http://www.nigc.ir/index.aspx?siteid=1&fkeyid=&siteid=1&pageid=204>.

2. <http://www.maslahat.ir/index.jsp?siteid=3&fkeyid=&siteid=3&pageid=583>.

3. <https://lorestan.mporg.ir/FileSystem/View/File.aspx?FileId=79da6f57-b4d3-40d2-8efb-6040e46eb870>

۳. الزامات حقوقی

در مقاله حاضر، به دنبال پاسخ‌گویی به این سؤال اصلی هستیم که اگر شرایط فنی، اقتصادی، سیاسی و ... جهت صادرات گاز به بازار گاز اتحادیه اروپا فراهم باشد، چه الزامات حقوقی برای ورود ایران به بازار گاز اتحادیه اروپا وجود دارد.

جدا بودن تأمین‌کنندگان انرژی از بهره‌برداران از شبکه انتقال انرژی یکی از این الزامات است. بر اساس قوانین اروپا، در صورتی که شرکتی در بهره‌برداری از شبکه انتقال انرژی فعالیت کند و هم‌زمان تولیدکننده یا فروشنده انرژی نیز باشد، ممکن است مانعی در رقابت عادلانه در بازار و افزایش قیمت برای مصرف‌کنندگان باشد. بر اساس بسته سوم حقوقی اتحادیه اروپا، جدایی عرضه از بهره‌برداری از شبکه انتقال با توجه به ترجیح هر یک از کشورهای عضو به یکی از سه روش جدایی مالکیت، اپراتور سیستم مستقل و اپراتور سیستم انتقال مستقل باید محقق شود.

بسته سوم انرژی اتحادیه اروپا، جدایی ساختاری بین فعالیت‌های اپراتور سیستم انتقال از یک‌سو و فعالیت‌های تولید و عرضه گاز از سوی دیگر را با هدف اجتناب از تضاد منافع، استقلال اپراتورهای سیستم انتقال گاز در تصمیم‌گیری، اطمینان از شفافیت و نبود تبعیض در استفاده‌کنندگان از شبکه انتقال ارائه کرده است.

تفکیک فعالیت‌ها به این معناست که تعرفه انتقال، توزیع و تأمین باید برای هر فعالیتی جداگانه محاسبه شود. از طرف کمیسیون اروپا الزامی جدی وجود دارد تا از انتقال تعرفه‌های تنظیم‌شده گاز به مصرف‌کنندگان نهایی جلوگیری به عمل آید و صرفاً تعرفه‌های حمل‌ونقل گاز (انتقال و توزیع) و تعرفه‌های ذخیره‌سازی تنظیم شود. الزامات مربوط به تعرفه‌های تعیین‌شده به‌طور مفصل در مقررات شماره ۲۰۰۹/۷۱۵ پارلمان اروپا و شورا به تاریخ ۱۳ ژوئیه ۲۰۰۹ در خصوص شرایط دسترسی به شبکه‌های انتقال گاز طبیعی شرح داده شده است. ماده ۱۳، مقررات الزامات مربوط به تعرفه‌های دسترسی به شبکه‌ها را تعیین می‌کند. ضروری است که تعرفه‌های انتقال و توزیع گاز شفاف باشد و به نیازمندی‌های لازم جهت یکپارچگی سیستم و بهبود آن توجه کند و همچنین قیمت واقعی را انعکاس دهد.

هنگام طراحی روش تعرفه‌ای، باید اصول اساسی قیمت‌گذاری گاز شامل کارایی اقتصادی، جبران هزینه، سادگی و شفافیت، عدم تبعیض، مقرون‌به‌صرفه بودن و پذیرش سیاسی مدنظر قرار گیرد.

اگرچه همه کشورهای اصول قیمت‌گذاری فوق‌الذکر را مدنظر قرار دادند، کشورهای عضو اتحادیه اروپا با توجه به پیش‌زمینه کلی ارائه‌شده در بسته حقوقی بازار گاز، ساختارهای تعرفه‌ای مختلفی را توسعه داده‌اند. این تفاوت‌ها از انتخاب مدل کلی تعرفه یا طیف وسیعی از کالاهایی که به بازار ارائه می‌شود گرفته تا اصول تعیین و قیمت‌گذاری محصولات موردی را شامل می‌شود.

همچنین، دو رویکرد متفاوت در خصوص تنظیم قیمت گاز وجود دارد: قانون نرخ بازده^۱ (یا هزینه به‌علاوه درصد به‌خصوصی از سود^۲) و قانون تشویقی^۳ (حداکثر قیمت^۴ یا حداکثر درآمد^۵). بر اساس قانون نرخ بازده، ناظر میزان درآمد مجاز را برای شرکت تعیین می‌کند؛ به‌گونه‌ای که هزینه‌های معقول بهره‌برداری را تحت پوشش قرار دهد. علاوه بر آن، بازگشت سرمایه (دارایی‌های) لازم برای ارائه خدمات تعیین‌شده را به همراه داشته باشد. بر اساس قانون حداکثر درآمد، درآمدی که شرکت ممکن است به دست آورد، از قبل (معمولاً برای سه، چهار یا پنج سال) تعیین می‌شود و شرکت ممکن است از هرگونه صرفه‌جویی در هزینه‌ها در طول دوره نظارتی بهره‌مند شود. به همین ترتیب، قانون حداکثر قیمت به این معنا است که حداکثر قیمت برای یک دوره ثابت سه تا پنج‌ساله تعیین می‌شود و شرکت برای کاهش هزینه‌های خود و بهبود کارایی تشویق می‌شود. برای دوره بعدی کنترل قیمت، درآمدها یا قیمت‌ها بر اساس هزینه‌های شرکت و نرخ بازگشت مجدداً محاسبه می‌شود. در اتحادیه اروپا اکثریت بزرگی از کشورها برای محاسبه تعرفه‌های انتقال و توزیع از اصول قیمت‌گذاری تشویقی (حداکثر قیمت یا حداکثر درآمد) استفاده می‌کنند.^۶

در ماده ۳۳ بسته حقوقی گاز، کشورهای عضو ملزم شده‌اند تا معیارهایی را در خصوص رژیم دسترسی به مخازن ذخیره‌سازی تعریف و منتشر کنند. در مواد ۱۵، ۱۷، ۱۹، ۲۰ و ۲۲ مقررات گاز اتحادیه اروپا استانداردهای حقوقی تعهدآوری برای خدمات دسترسی طرف ثالث، تخصیص ظرفیت، مدیریت تراکم و شفافیت در تسهیلات ذخیره‌سازی تدوین شده است؛ لذا کشورهای

1. rate of return regulation

2. Cost Plus

3. Incentive regulation

4. price caps

5. revenue caps

6. <http://www.inogate.org/documents/Gas%20pricing.pdf>.

ثالثی که می‌خواهند از مخازن ذخیره‌سازی موجود در اتحادیه اروپا استفاده کنند، باید این قوانین را در نظر داشته باشند.

مقررات EC/۷۱۵/۲۰۰۹ با هدف تنظیم قوانین غیر تبعیض‌آمیز برای شرایط دسترسی به سیستم‌های انتقال گاز طبیعی با در نظر گرفتن ویژگی‌های خاص بازارهای ملی و منطقه‌ای با هدف اطمینان از عملکرد صحیح بازار داخلی گاز، تنظیم قوانین غیر تبعیض‌آمیز در خصوص شرایط دسترسی به امکانات LNG و تأسیسات ذخیره‌سازی با در نظر گرفتن ویژگی‌های خاص بازارهای ملی و منطقه‌ای و تسهیل ظهور بازار عمده‌فروشی با عملکرد خوب و شفاف با سطح بالایی امنیت در عرضه گاز و تهیه سازوکارهایی برای هماهنگی قوانین دسترسی به شبکه برای مبادلات مرزی در گاز تهیه و به تصویب رسید.

ماده ۱۴ مقررات EC/۷۱۵/۲۰۰۹ و ضمیمه شماره (۱) این مقررات به موضوع دسترسی اشخاص ثالث به شبکه انتقال می‌پردازد. اپراتورهای سیستم انتقال باید اطمینان حاصل کنند که خدمات غیر تبعیض‌آمیزی را برای تمام استفاده‌کنندگان از شبکه از جمله اشخاص ثالث فراهم می‌کنند. بر این اساس، اپراتورهای سیستم انتقال باید خدمات دائمی یا موقت حداقل برای بازه زمانی یک روز ارائه و قراردادهای حمل‌ونقل هماهنگ و کدهای شبکه مشترک را به طریقی طراحی کنند که تجارت و استفاده مجدد از ظرفیت از سوی کاربران شبکه بدون هیچ‌گونه مانعی در آزادسازی ظرفیت شبکه تسهیل شود. همچنین، اپراتورهای سیستم انتقال باید حداقل سالانه، با مهلت از پیش تعیین شده، کلیه دوره‌های برنامه‌ریزی شده جهت تعمیر و نگهداری از شبکه را که ممکن است بر حقوق کاربران شبکه در قراردادهای انتقال تأثیر بگذارد، منتشر کنند.^۱

بسته سوم حقوقی گاز اتحادیه اروپا موضوعات مربوط به انتقال گاز از کشورهای ثالث به اتحادیه اروپا را نیز شامل می‌شود، اما این قضیه مبهم است و می‌توان به گونه‌ای تفسیر کرد که خطوط لوله گاز از این کشورها تحت پوشش مقررات انرژی اتحادیه اروپا قرار نگیرد و باعث سوءاستفاده شود.

همان‌طور که بیان شد، بسته سوم حقوقی گاز، اتصال خطوط لوله سیستم انتقال گاز در کشورهای عضو با کشورهای ثالث را به صورت شفاف و روشن بیان نکرده است. این مسئله منجر

1. Regulation (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the natural gas transmission networks and repealing Regulation (EC) No 1775/2005, Official Journal of the European Union, 2009

به بروز اختلاف و مشاجره سیاسی درباره اعمال این قوانین در خصوص خطوط لوله جدید انتقال گاز روسیه به اتحادیه اروپا شد. طرف‌های درگیر تمایل دارند از اجرای قوانین سخت‌گیرانه اتحادیه اروپا درباره این خطوط لوله اجتناب کنند. مثلاً، در سال ۲۰۱۴ دولت بلغارستان قانونی را به تصویب رساند که بر اساس آن، بخشی از ۶۰ کیلومتر خط لوله انتقال گاز South Stream از روسیه تا نقطه اتصال به شبکه بلغارستان در ساحل آن کشور را «خط لوله گاز دریایی» در نظر گرفته و این خط لوله را از شمول قانون اتحادیه اروپا مستثنا کرده است. شرکت گازپروم روسیه نیز مدعی استثنا شدن خطوط لوله Nord Stream 1 (NS1) و Nord Stream 2 (NS2) از شمول قوانین اتحادیه اروپا بود و این خطوط را خطوط لوله دریایی نامیده است.^۱

ماه جولای ۲۰۱۹، سند اصلاحیه بسته سوم حقوقی پیشنهادی کمیسیون اروپا به تصویب رسید. این سند در واقع، شامل قوانین اساسی در خصوص خطوط انتقال گاز است که دو یا چند کشور عضو را به خطوط لوله گاز به/ از کشورهای ثالث متصل می‌کنند. سند اصلاحیه می‌کوشد بسیاری از مقررات اصلی دستورالعمل گاز را درباره خطوط لوله ورودی اتحادیه اروپا از کشورهای ثالث، خطوط لوله موجود و آینده تا مرزهای قانونی اتحادیه اروپا (از جمله آب‌های سرزمینی و مناطق اقتصادی انحصاری) اعمال کند و بر آن‌ها تأثیر بگذارد.

1. <https://www.energycentral.com/c/ec/gas-directive-and-its-application-eu-third-country-pipelines>

نتیجه‌گیری

بسته حقوقی سوم بازار انرژی اتحادیه اروپا با هدف بهبود عملکرد بازار انرژی داخلی و برطرف کردن مشکلات ساختاری موجود تهیه شد. این بسته، پنج مقوله اصلی تفکیک و جدایی عرضه‌کنندگان انرژی از بهره‌برداران انرژی، تقویت استقلال ناظران، ایجاد آژانس همکاری‌های ناظران انرژی، همکاری‌های فرامرزی بین اپراتورهای سیستم انتقال و ایجاد شبکه‌هایی در اروپا برای اپراتورهای سیستم انتقال و افزایش شفافیت در بازار خرده‌فروشی را مدنظر قرار داده است.

بسته سوم انرژی اتحادیه اروپا، جدایی ساختاری بین فعالیت‌های اپراتور سیستم انتقال از یک سو و فعالیت‌های تولید و عرضه گاز از سوی دیگر را با هدف اجتناب از تضاد منافع، استقلال اپراتورهای سیستم انتقال گاز در تصمیم‌گیری، اطمینان از شفافیت و عدم وجود تبعیض در استفاده‌کنندگان از شبکه انتقال ارائه کرده است. قوانین مربوط به جدایی سیستم انتقال گاز در بسته حقوقی دوم گاز ۲۰۰۳ نیز ذکر شده بود؛ لیکن منجر به جدایی مؤثری نشد. بنابراین، در بسته حقوقی سوم ۲۰۰۹ سه (۳) مدل جدایی مالکیت، مدل اپراتور سیستم مستقل و مدل اپراتور انتقال گاز مستقل پیش‌بینی شده است.

در بسته حقوقی سوم گاز و مقررات گاز اتحادیه اروپا، اصلاحاتی نسبت به بسته حقوقی و مقررات قبلی در خصوص دسترسی طرف ثالث به مخازن ذخیره‌سازی صورت گرفته است. ماده ۳۳ بسته حقوقی گاز، کشورهای عضو را ملزم کرده تا معیارهایی در خصوص رژیم دسترسی به مخازن ذخیره‌سازی تعریف و منتشر کنند. علاوه بر آن، ماده ۱۵ بسته حقوقی، اپراتورهای سیستم ذخیره‌سازی را ملزم کرده تا حداقل از نظر حقوقی و عملکردی جدا و مستقل باشند و نهایتاً اینکه مواد ۱۵، ۱۷، ۱۹، ۲۰ و ۲۲ مقررات گاز اتحادیه اروپا، استانداردهای حقوقی تعهدآوری را برای خدمات دسترسی طرف ثالث، تخصیص ظرفیت، مدیریت تراکم و شفافیت در تسهیلات ذخیره‌سازی تدوین کرده‌اند.

از طرفی، در کشورمان مقررات بالادستی نظام شامل سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران در خصوص نفت و گاز، چشم‌انداز و اهداف استراتژیک شرکت ملی گاز ایران در افق ۱۴۰۴، بیانیه مأموریت شرکت ملی گاز ایران، سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی و برنامه‌های پنج‌ساله فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی بحث صادرات گاز را همچون یکی از محورهای کلیدی توسعه پایدار بیان کرده‌اند. ولی قانون، مقررات و دستورالعمل حقوقی خاصی جهت صادرات گاز

در کشور وجود ندارد و با توجه به پیچیدگی دستورالعمل‌های حقوقی بازار گاز اتحادیه اروپا، لزوم تهیه و تدوین قوانین و دستورالعمل‌های حقوقی جامع و کامل احساس می‌شود.

با تصویب اصلاحیه بسته سوم حقوقی و نص صریح مفاد آن، قوانین مربوط به بسته حقوقی سوم گاز درباره حق دسترسی شخص ثالث به شبکه، تنظیم تعرفه، جدایی مالکیت و شفافیت کاملاً در خصوص خطوط لوله بین اتحادیه اروپا و کشورهای ثالث از جمله روسیه و ایران برای خطوط لوله انتقال گاز تا مرزهای اتحادیه اروپا (از جمله آب‌های سرزمینی و مناطق اقتصادی انحصاری) اعمال می‌شود که باید در تدوین دستورالعمل‌های حقوقی کشورمان در خصوص صادرات گاز به اتحادیه اروپا مدنظر قرار گیرد.

الزام به رعایت قوانین مربوط به سه مقوله حق دسترسی شخص ثالث به شبکه، تنظیم تعرفه، جدایی مالکیت و شفافیت در خصوص خطوط موجود اتحادیه اروپا نیز باید اعمال شود. کشورهای عضو موظف شدند کلیه اقدامات مناسب را برای رفع ناسازگاری موافقت‌نامه‌های بین دولتی موجود مابین کشورهای عضو و کشورهای ثالث به عمل بیاورند و در زمان ممکن حتی در خصوص فسخ موافقت‌نامه‌های بین دولتی اقدام کنند.

پیشنهاد می‌شود کشورهای ثالثی که قصد ورود به بازار گاز اتحادیه اروپا را دارند، باید قوانین داخلی خود را با سه قانون فوق‌الذکر تطبیق دهند و در صورت وجود مغایرت در قوانین، در خصوص بازنگری و اصلاح قوانین اقدام لازم را به عمل آورند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

مقاله‌ها:

۱. امیری، علی؛ کرمی، افشین؛ تحلیل روابط سیاسی ایران و روسیه در عرصه بازار گاز اروپا، مطالعات اوراسیای مرکزی، بهار و تابستان ۱۳۹۶، ص ۱۸.
۲. جعفرزاده، امیر؛ شاکری، عباس؛ مؤمنی، فرشاد؛ عبدلی، قهرمان؛ تحلیل همکاری میان ایران و ترکمنستان در صادرات گاز به اروپا از طریق خط لوله نوباکو: چارچوب نظریه بازی همکارانه، پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران، شماره ۱۲، پاییز ۱۳۹۳، ص ۱۱۷.
۳. جعفرزاده، امید، «سیاست‌های بهینه صادرات گاز در بازار گاز اروپا - آسیا با توجه به خط لوله صلح با رویکرد تئوری بازی‌ها»، پایان‌نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹.
۴. سازمند، بهاره؛ شمس، سعیده، جایگاه منابع انرژی دریای خزر در راهبرد آسیای مرکزی و قفقازی اتحادیه اروپا، فصلنامه مطالعات اوراسیای مرکزی و قفقاز، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.
۵. سعیده، وثوقی؛ زارعی هدک، معصومه؛ زارعی هدک، محمد، راهبرد متقابل انرژی در روابط روسیه و اتحادیه اروپا، فصلنامه مطالعات اوراسیای مرکزی و قفقاز، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴.
۶. عریادی، محمد؛ خداپرست، یونس، الزامات تحقق سیاست‌های برنامه ششم توسعه در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز، مجله اکتشاف و تولید نفت و گاز، شماره ۱۴۸، ص ۲۹.

ب) منابع انگلیسی

Articles

7. Hancher, Leigh & Marhold, Anna, "A common EU framework regulating import pipelines for gas? Exploring the Commission's proposal to amend the 2009 Gas Directive", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2019.

8. Petrash, Jeffrey M., "Long-term Natural Gas Contracts: Dead, Dying, or Merely resting", *Energy law Journal*, 2006.

Documents

9. Commission Staff Working Document Ownership Unbundling, the Commission's practice in assessing the presence of a Conflict of Interests including in case of financial investors, European Commission, SWD(2013) 177 final, Brussels, 8.5.2013.
10. Commission staff working paper on certification of Transmission System Operators of networks for electricity and natural gas in the European Union, SEC(2011) 1095 final, Brussels, 21.9.2011.
11. Commission staff working paper Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in Electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, Brussels, 22 January 2010.
12. Commission Evaluation of the activities of the Agency for the Cooperation of Energy Regulations (ACER) under article 34 of Regulation (EC) 713/2009, C(2014) 242 final, Brussels, 22.1.2014.
13. COMMISSION STAFF WORKING PAPER on the Possibility of Neighboring Countries and their Transmission System Operators to Participate in ACER and in the ENTSOs, Brussels, 2011.
14. Commission Staff Working Paper Interpretive note on Directive 2009/73/EC concerning common rules for the International market in natural Gas, retail markets, European Commission, Brussels, 2010.
15. Regulation (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the natural gas transmission networks and repealing Regulation (EC) No 1775/2005, Official Journal of the European Union, 2009.
16. The Unbundling Regime, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in Electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, European Commission staff working paper, Brussels, 22 January 2010.
17. The Unbundling Regime, Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in Electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in

natural gas, European Commission staff working paper, Brussels, 22 January 2010.

18. Interpretative Note on Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, Third-party access to Storage Facilities, European Commission, Brussels, 22 January 2010.
19. Commission Regulation 2017/460 establishing a network code on harmonised transmission tariff structures for gas, Official Journal of the EU, 2017.

Web Sites

20. <http://www.nigec.ir/portal/home/?generaltext/171069/171499/172654/>
21. <https://www.khabaronline.ir/news/622507/>.
22. <http://www.maslahat.ir/index.jsp?siteid=3&fkeyid=&siteid=3&pageid=516>.
23. <http://www.nigc.ir/index.aspx?siteid=1&fkeyid=&siteid=1&pageid=204>.
24. <http://www.maslahat.ir/index.jsp?siteid=3&fkeyid=&siteid=3&pageid=583>.
25. <https://www.mporg.ir/FileSystem/View/File.aspx?FileId=f4afa150-ee8b-4237-b169-f16f8b2c532b>.
26. <https://www.energycentral.com/c/ec/gas-directive-and-its-application-eu-third-country-pipelines>, 16 Nov. 2019.
27. <http://www.inogate.org/documents/Gas%20pricing.pdf>.
28. IEA, (2019), international Energy Agency, www.iea.org/weo
29. Agora Energiewende (2018) - Agora Energiewende (2018) 'Energiewende2030: The Big Picture. Megatrends, Targets, Strategies and a 10-Point Agenda for the Second Phase of Germany's Energy Transition' https://www.agora-energiewende.de/fileadmin2/Projekte/2017/Big_Picture/134_Big-Picture_EN_WEB.pdf
30. <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/94202?keyword>
31. <https://lorestan.mporg.ir/FileSystem/View/File.aspx?FileId=79da6f57-b4d3-40d2-8efb-6040e46eb870>
32. <http://pubdocs.worldbank.org/en/887251581002821897/Revised-2014-2018-flare-volumes-estimates.pdf>
33. <https://lorestan.mporg.ir/FileSystem/View/File.aspx?FileId=79da6f57-b4d3-40d2-8efb-6040e46eb870>
34. <http://pep.moe.gov.ir/>
35. <https://lorestan.mporg.ir/FileSystem/View/File.aspx?FileId=79da6f57-b4d3-40d2-8efb-6040e46eb870>.

سرقت ادبی در حقوق کیفری ایران

(مقاله علمی-پژوهشی)

ابوالحسن شاکری*

احسان تیربندی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۸/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۱۷

چکیده

از زمان‌های دور، برخی‌ها از آثار یا نوشته‌های دیگران به نام خود بدون رضایت صاحبان آن‌ها استفاده می‌کردند. اکنون قانون‌گذار با شرایطی این رفتار را جرم سرقت ادبی و قابل مجازات دانسته است. موضوع این جرم آثار یا نوشته‌های دیگران است که مفهوم خاصی داشته باشند؛ اعم از اینکه قبلاً به ثبت رسیده یا نرسیده باشند. محتوی نرم‌افزاری که در فضای مجازی منتشر شده باشد نیز می‌تواند موضوع جرم سرقت ادبی باشد. از مهم‌ترین خصوصیات مقوم این جرم، نشر نوشته‌های دیگران به نام خود یا شخص ثالث در نشریات است؛ اعم از اینکه این نشریه مجوز نشر داشته یا مجوز نشر نداشته باشد یا اینکه این نشریه داخلی یا خارجی باشد یا در داخل یا خارج از کشور منتشر شود. نشر اثر بر مبنای ایده‌ها یا الهامات گرفته‌شده از دیگری را نمی‌توان جرم سرقت ادبی محسوب کرد؛ مگر اینکه عیناً از آن‌ها اقتباس شده باشد. در این مقاله تلاش شده تا با روش توصیفی-تحلیلی به بیان و رفع ابهامات و چالش‌های مرتبط با موضوع مقاله پرداخته شود.

کلید واژگان:

سرقت ادبی، نوشته، اثر، نشریه، جرم.

* دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی و عضو هیئت علمی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول)

a.shakeri@umz.ac.ir

** تیربندی، احسان، دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی مؤسسه آموزشی ادیب مازندران
tirbandpey.ehsan@yahoo.com

مقدمه

جرائم، مخالف نظم جامعه و معمولاً نزد عرف قبیح هستند. قباحث برخی از آن‌ها ذاتی، یعنی نزد هر انسانی صرف‌نظر از زمان و مکان ناپسند است. قباحث برخی دیگر قراردادی یا نسبی و لزوماً تابع زمان و مکان خاصی است. سرقت، از جمله جرائمی است که قباحث آن ذاتی است. بر این اساس، باید در همه زمان‌ها و مکان‌ها سرقت را مخالف وجدان فردی و جمعی جامعه و موجب عقوبت دانست^۱ تا بدین‌وسیله عدالت اجرا شود. در تاریخ کشور ایران قباحث سرقت و مجازات سارق در دوره ساسانیان قبل از ورود اسلام به ایران مورد توجه بود؛ زیرا «سارقی را که حین ارتکاب جرم دستگیر می‌کردند، به محکمه می‌کشیدند و شیء دزدیده‌شده را به گردن او می‌آویختند و به زنجیرش می‌بستند و به زندان می‌افکندند. این زنجیرها برای جلوگیری از فرار محبوسان نبود، بلکه نشانه اجرای عدالت بود» (راوندی، ج ۱، ۱۳۹۳، ۱۲۸۵). سرقت در اسلام هم مورد توجه واقع شد. آیه ۳۷ سوره مائده^۲ و آیات ۷۰ تا ۷۵ سوره یوسف قرآن به موضوع سرقت پرداخته‌اند؛ لذا قانون مجازات اسلامی مبتنی بر آموزه‌های اسلامی است. ماده ۲۶۷ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ سرقت را این‌گونه تعریف کرده است: «سرقت، عبارت از ربودن مال متعلق به غیر است.» مطابق با این ماده، موضوع سرقت، مال است که با کمی تکلف می‌توان موضوع بحث را که در واقع برخی سوءرفتارها و استفاده‌های پژوهشی، علمی و ادبی متعلق به دیگران است، از آن جهت که این تعلق تعرض به حقوق دیگران است و ارزش مالی هم دارد، بر اساس عناصر اصلی جرم سرقت تقابل و تحلیل کرد که با تسامح قابل پذیرش است. برخی مفهوم این رفتار را مشمول عنوان عدوان می‌دانند، نه سرقت (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷، ۲۴۳)، اما با توجه به منطوق قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ در ماده شش، به انتخاب عنوان «سرقت ادبی»، با توجه به ارکانی که برای جرم سرقت ادبی لحاظ می‌شود، سرقت ادبی را هم می‌توان داخل در مفهوم سرقت محسوب کرد.

۱. عده‌ای نیز نظر بر این دارند که هیچ عملی اوصاف خوب یا بد ذاتی ندارند. از این رو، در بعضی کشورها مانند ژاپن سرقت ادبی جرم محسوب می‌شود و از سوی دانشجویان در موارد کمی اتفاق می‌افتد، اما این جرم تخلفی اخلاقی به شمار نمی‌آید (Wheeler, 2009, 17).

۲. «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ».

سرقت ادبی، عقبه طولانی دارد. در گذشته، مرتکب سرقت ادبی^۱ «غارتگر» نام داشت. این اصطلاح را نخستین بار «مارکوس والرئوس مارتیلیوس»^۲، شاعر رومی، در سده نخست میلادی به کار برد، زیرا وی به کسانی که اشعارش را به نام خود عرضه می‌کردند، لقب غارتگر^۳ می‌داد (Black، ۲۰۱۷: ۳). در قرن شانزدهم میلادی برای مفهوم سرقت ادبی، واژه انگلیسی Plagiarize به کار گرفته شد^۴ تا بدین وسیله از حقوق صاحبان اثر و نوشته حمایت کنند. سابقه سرقت ادبی در ایران نیز قابل توجه است. در حوزه ادبیات فارسی، اصطلاحی که در نگاه اول با مفهوم سرقت در مباحث علمی و ادبی نزدیک باشد، «سلخ» است. سلخ به این معنا است که شاعر معنی و لفظ را فراگیرد و ترکیب الفاظ آن را بگرداند و بر چهتی دیگر آدا کند (رازی، ۱۳۷۳، ۳۹۷-۴۰۱). بنابراین، سلخ در سخن منظوم است. برخی صاحب‌نظران ادبیات فارسی بر این باورند که موضوع سرقت ادبی اختصاص به سخن منظوم ندارد، بلکه اعم از نظم و نثر است که شامل همه انواع سخن از کتاب و مقاله و گفتارهای وعظ و خطابه و سخنرانی نیز می‌شود (همایی، ۱۳۹۴: ۳۷۷) که اعم از نظم و نثر و حتی سخن است. اصطلاح دیگری که در حوزه ادبیات، معادل مفهوم سرقت ادبی در نظر گرفته‌اند، «اِتِّیَحال»^۵ است؛ به معنای «سخن دیگری را بر خویش بستن و به خود نسبت دادن، بدون تغییر و تصرف در لفظ و معنی آن یا به تصرفی اندک» (معین، ۱۳۸۸: ۳۶۳) که اگر مکتوب باشد، به موضوع جرم سرقت ادبی نزدیک است. صاحب‌نظران معدودی در خصوص موضوع بحث از اصطلاح سرقت استفاده کردند که از جمله آن‌ها صاحب کتاب «الفارق بین المصنف والسارق» است (سیوطی، ۱۹۹۸: ۱۸-۲۱)؛ علی‌رغم وجود این سوابق در حوزه ادبیات فارسی ایران و اصل بر توجه قانون‌گذار به آن‌ها، از نظر حقوقی نمی‌توان هیچ‌کدام از آن‌ها را جرم سرقت ادبی دانست؛ حداقل اینکه قانون‌گذار تصریحی در قوانین به آن‌ها نداشته است.

ضرورت مقابله با سرقت ادبی و حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان موجب شده است که کنوانسیون‌های بسیاری در سطوح بین‌المللی در این خصوص تشکیل شود. از مهم‌ترین آن‌ها

1. Plagiarism

2. Marcus valerius martialis

3. plagiaries

4. "Plagiarize." *Merriam-Webster.com Dictionary*, Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/plagiarize>. Accessed 9 Dec. 2021.

۵. «در شعر من نیایی مسروق و منتحل***در نظم من نبینی ایطا و شایگان» (رشیدالدین و طواط، ۱۳۳۹: ۳۸۸).

می‌توان به کنوانسیون پرن^۱ (۱۸۸۶) اشاره کرد که آخرین تجدیدنظر آن در سال ۱۹۷۱ و تصحیح آن در سال ۱۹۷۹ در پاریس انجام شد. قابل توجه است که هنوز ایران به عضویت این کنوانسیون در نیامده است.^۲ برخی از ناموران فرهنگی و ادبی ایران حداقل در صد سال گذشته همواره از نبود حمایت قانونی برای جلوگیری از سرقت آثارشان ناراضی بودند.^۳ تحقیقاً همه این عوامل باعث شد تا در ایران نیز به‌منظور حمایت از صاحبان اثر، قوانین متعددی به تصویب برسد؛ مانند قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان^۴ در سال ۱۳۴۸ (و اصلاحات ۱۳۸۹)، قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲، قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹ و قانون مبارزه با تقلب در تهیه آثار علمی مصوب ۱۳۹۶. در هیچ‌یک از این قوانین، اصطلاح یا عبارت «سرقت ادبی» به کار نرفت، اما برای اولین بار در تبصره بند ۹ ماده ۶ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴، به سرقت ادبی تصریح و این‌گونه تعریف شد: «ماده ۶: نشریات جز در مورد اخلاف به مبانی و احکام اسلام و حقوق عمومی و خصوصی که در این فصل مشخص می‌شوند آزادند. بند ۹: سرقت‌های ادبی و همچنین نقل مطالب از مطبوعات و احزاب و گروه‌های منحرف و مخالف اسلام (داخلی و خارجی) به‌نحوی که تبلیغ از آن‌ها باشد. تبصره: سرقت ادبی عبارت است از نسبت دادن عمدی تمام یا بخش قابل توجهی از آثار و نوشته‌های دیگران به خود یا غیر، ولو به‌صورت ترجمه.»

مباحث مربوط به سرقت ادبی از منظر جرم‌شناسی و همین‌طور از حوزه مطالعات حقوق مالکیت فکری مباحث خاص خود را دارند که این مقاله منصرف از آن‌ها است. این مقاله به ارکان جرم سرقت ادبی با نظر بر طرح مباحث و تازه‌های حقوقی جرم سرقت ادبی، با روش‌شناسی توصیف و تحلیل عناصر جرم می‌پردازد که داخل در حوزه مطالعات حقوق جزای اختصاصی است؛ مانند اینکه: آیا انتشار نوشته یا اثر دیگران از طریق محتوای نرم‌افزاری را

1. Berne convention

۲. در خصوص منافع و زیان‌های ناشی از پیوستن ایران به این کنوانسیون رجوع شود به «درباره نشر کتاب و حق مؤلف» زیر نظر نصرالله پورجوادی، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۱.

۳. بنگرید به این گله‌مندی: «در ایران هم الحمدالله دوج و دوشاب به یک قیمت است. آنان که حاصل یک عمر زحمات ما را علناً می‌دزدند و به نام خود منتشر می‌کنند، بیشتر ارج و قرب دارند تا کسی که آن‌ها را یافته و به خرج خود در دسترس عموم گذاشته است. هیچ قانونی هم نیست که دزد معانی را سیاست کند» (افشین وفایی و دیگران؛ ۱۳۹۰: ۴۰۳).

۴. که در این نوشتار به‌صورت مختصر «قانون حمایت حقوق مؤلفان» خوانده می‌شود.

می‌توان جرم سرقت ادبی دانست؟ آیا نشر نوشته‌ای بر مبنای ایده دیگری را می‌توان جرم سرقت ادبی محسوب کرد؟ آیا نشر نوشته به نام خود بر مبنای الهامات گرفته‌شده از اثر منتشرشده دیگری، جرم سرقت ادبی است؟ که باید با لحاظ آموزه‌های فقهی و حقوقی پاسخ آن‌ها را مطرح کرد؛ لذا با نظر به مقومات جرم، مباحث تحت عناوین «آثار و نوشته‌ها»، «تعلق آثار و نوشته‌ها به دیگران»، «عدم رضایت صاحب اثر یا نوشته»، «انتساب آثار و نوشته‌ها به خود»، «نشریه به‌عنوان وسیله ارتکاب جرم»، «عمدی بودن» و در انتها «مجازات مرتکب جرم سرقت ادبی» به‌مثابه ضمانت اجرای ارتکاب این جرم بررسی شدند.

۱. آثار و نوشته‌ها

موضوع سرقت ادبی «آثار و نوشته‌ها» در تبصره بند ۹ ماده ۶ قانون مطبوعات منصوص است. در این قانون، «نوشته» تعریف نشد، لذا برای تعریف آن، ابتدا باید به فرهنگ لغت توجه کرد که مشترک عموم مردم است. «نوشته» در لغت معنای «به روی کاغذ آوردن اندیشه و مطلب، به‌وسیله مداد یا قلم» است (معین، ۱۳۸۶: ۱۹۹۴). تحقیقاً در عرف با لحاظ فضای مجازی، این تعریف باید توسعه پیدا کند تا نوشته‌های الکترونیکی و مواردی از این قبیل مانند نوشته در فضای مجازی را نیز شامل شود. در ماده ۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان که در بند یک از «نوشته» یاد کرده، از آثار تحت حمایت هم نام برده است.^۱ در نگاه اول، این‌گونه به نظر می‌رسد که بین اثر و نوشته، رابطه عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر نوشته‌ای اثر محسوب می‌شود، ولی هر اثری نوشته محسوب نمی‌شود. در این صورت، باید قائل بر این بود که در کلام قانون‌گذار «نوشته» زاید است، در حالی که لزوماً می‌تواند این‌چنین نباشد؛ چراکه عموماً در «اثر» نوآوری است، ولی این‌گونه نیست که در نوشته نیز حتماً نوآوری باشد؛ مثلاً بسیاری از جزوه‌ها و کتاب‌ها که دارای مفاهیم مشابه و فاقد بداعت و نوآوری هستند، اما با وجود تشابه در مفهوم، از این جهت که عیناً مورد استفاده قلم نویسندگان قرار نمی‌گیرند، سرقت ادبی محسوب نمی‌شوند.

۱. «۱- کتاب، رساله، جزوه، نمایشنامه و هر نوشته دیگر علمی و فنی و ادبی و هنری؛ ۲- شعر، ترانه، سرود و تصنیف که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شده باشد؛ ۳-...».

واژه «اثر» در فرهنگ فارسی به معنای «نتیجه» یا «محصول کار هنرمندی که دلالت بر وجود او کند» است (معین، ۱۳۵۳: ۱۴۰). همچنین می‌توان از مفهوم تبصره ماده ۶ قانون مطبوعات که بیان می‌دارد «... نسبت دادن تمام یا بخش قابل توجهی از آثار ...» استفاده کرد که اثر مورد سرقت باید مفهوم خاصی داشته باشد؛ بنابراین، آنچه از راه دانش، هنر یا ابتکار پدید آید، بدون در نظر گرفتن طریقه یا روشی که در بیان، ظهور یا ایجاد آن به کار رفته است، «اثر» نامیده می‌شود. قانون حمایت حقوق مؤلفان به ابتکاری بودن اثر توجه کرده است. اثر ابتکاری محصول اندیشه و تلاش مستقل است؛^۱ حتی اگر ترکیبی از چند اثر باشد. ابتکاری بودن یک اثر، مستقل از تازگی یا ارزش هنری داشتن اجزای آن است. اگر دو فیلم‌نامه‌نویس یکی پس از دیگری درباره یک ایده یا داستان (مثلاً داستان قرآنی) فیلم‌نامه بنویسند، اثر هر یک با توجه به اینکه برآمده از پدیدآورنده مستقل و خاصی است، اصیل تلقی می‌شود؛ هرچند فیلم‌نامه دوم تازگی نداشته باشد؛ لذا تازگی شرط ضروری برای حمایت از آثار نیست (جعفری، ۱۳۹۳: ۱۹). بر این اساس، «بینامتنیت»^۲ به معنای شکل یافتن متنی جدید بر اساس متون معاصر یا قبلی، به‌طوری که متن جدید فشرده‌ای از تعدادی متون که مرز بین آن‌ها محو شده و ساختارش به شکلی تازه باشد و از متون قبلی چیزی جز ماده آن باقی نماند^۳ (عزام، ۱۳۸۷: ۲۹) به وجود می‌آید. اثر از این جهت اندیشه‌ای بدیع نیست، ولی چون ابتکاری و از حقوق مؤلف به شمار می‌رود، می‌تواند موضوع جرم سرقت ادبی باشد که متفاوت با مفهوم سرقت علمی است که جایگاه و

۱. این خاطره از یونگ نیز اشاره به بحث دارد: «نیچه در کتاب چنین گفت زرتشت به نقل تقریباً کلمه به کلمه ی واقع ای که در دفتر یادداشت یک کشتی در سال ۱۶۸۶ نوشته شده بود پرداخته است. برحسب اتفاق من این واقع را در اثری که سال ۱۸۳۵ انتشار یافته بود خواندم (نیم قرن پیش از آن که نیچه کتابی خود را بنویسد). وقتی من این بخش از یادداشت را در چنین گفت زرتشت یافتیم از شیوه نگارش کاملاً متفاوت آن با شیوه نگارش نیچه جا خوردیم و به این نتیجه رسیدیم که نیچه گرچه اشاره نکرده اما آن کتاب را خوانده است. بنابراین برای خواهر وی که هنوز زنده بود نامه ای نوشتم و او تایید کرد که وقتی برادرش ۱۱ ساله بوده باهم کتاب را خوانده - اند. من فکر می‌کنم با توجه به این موضوع نمی‌توان پذیرفت که نیچه مرتکب سرقت ادبی شده باشد و بر این باورم که این بخش از یادداشت ۵۰ سال بعد ناگهان در ذهن خودآگاه وی راه یافته است.» (یونگ، کارل گوستاو، انسان و سمبول‌هایش، ترجمه محمود سلطانی، نشر جامی، چاپ ۱۱، ۱۳۹۷، ص ۴۳).

2. Intertextuality

۳. به‌طور ساده می‌توان گفت که: «بینامتنیت به نحوه تأثیر متن‌ها در شکل‌گیری یکدیگر» می‌پردازد (نامور مطلق، ۱۳۹۵: ۱۰).

عنوان قانونی ندارد. «سرقت علمی» معادل دیگری از واژه Plagiarism دانسته شده است^۱ و آن را این گونه تعریف کردند: «برگرفتن و استفاده از ایده، فکر، لغات و ابتکارات متعلق به دیگری به نام خود» (شاکری، ۱۳۹۸: ۶۵۸). با این توصیف از سرقت علمی و خصوصاً واژه‌های ایده، فکر و ابتکارات، باید قائل بر آن بود که گستره سرقت علمی قلمرو وسیعی دارد. موضوع سرقت علمی اعم از ایده و فکر است که امکان تحقق غیرعمدی بودن این نوع سرقت نیز وجود دارد؛ ولی موضوع سرقت ادبی محدود به نوشته و اثر است که عمداً و بدون استناد، به نام نویسنده دیگری واقع می‌شوند. همچنین باید توجه داشت که اصطلاح سرقت علمی در قوانین موضوعه یافت نمی‌شود. در قانون «پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی» مصوب ۱۳۹۶، به تقلب در تهیه اثر علمی اشاره شده که غیر از سرقت علمی است. برخی برای سرقت علمی «دو عنصر کپی غیرمجاز و انتساب به خود» برشمرده‌اند (همان: ۶۷۳) که کپی غیرمجاز عناصر و مقومات سرقت ادبی را ندارد.

در اینکه ایده می‌تواند موضوع سرقت ادبی باشد، محل بحث است. منظور از ایده، فکری است که هنوز مفهوم آن در خارج از ذهن تجسم و عینیت نیافته است. برخی بر این نظر هستند که ایده نیز می‌تواند موضوع سرقت ادبی باشد. در فرهنگ لغات انگلیسی به سرقت ادبی ایده توجه شده است: «تصاحب و تملک ایده‌ها، نتایج و عبارات بدون ذکر و اعتبار پدیدآورنده»^۲ (Hornby, ۲۰۰۴، ۹۶۲). این نوع رفتار به دلالت التزامی باید به‌طور عمده صورت گیرد تا سرقت ادبی شناخته شود. در حقیقت، استفاده از ایده دیگری را باید به تسامح سرقت ادبی ایده دانست، زیرا در آن، استفاده از عین عباراتی که متضمن ایده دیگری باشد، واقع نمی‌شود. در مقابل، برخی نظر بر جرم نبودن سرقت ایده دارند. همچنان که از مجموعه مفاهیم ماده ۲ و ۳ کنوانسیون برن نیز به دست می‌آید، اثری تحت حمایت قوانین قرار دارد که به عینیت رسیده و به‌گونه‌ای عینی و مادی عرضه شده باشد. این نظر هم‌سو با قانون کپی‌رایت ایالات متحده^۳ است که برداشت از ایده شخص دیگری را جرم سرقت ادبی محسوب نمی‌کند. موضوع سرقت ادبی

۱. برخی ترجمه Plagiarism را به سرقت ادبی دقیق‌تر و موجه‌تر از سرقت علمی دانسته‌اند (شریف‌زاده، ۱۴۰۰: ۱۱۴).

۲. "Copy another person's ideas, words or work and pretend that they are your own."

۳. Section 102 "In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work"

ممکن است بخشی از اثر مانند مقدمات و بحث‌های اولیه باشد، ولی متضمن هیچ‌گونه ایده‌ای نباشد (Bouville, 2008: 311)؛ به شرطی که عیناً همان مقدمات و بحث‌های اولیه به کار رود. بنابراین، چنانچه مفهوم مقدمه و مباحث اولیه متن نویسنده‌ای با مفهوم و مباحث اولیه متنی متعلق به شخص دیگر برابر باشد، سرقت ادبی واقع نشده است؛ چراکه این مباحث، ابتکاری یا متضمن ایده خاصی نیستند. در قانون ایران، در تعریف سرقت ادبی به ایده توجه نشده است. از ماده ۶ قانون مطبوعات این‌گونه برمی‌آید که نمی‌توان صرف ایده را که هنوز به مرحله پدید آمدن نرسیده است، تحت حمایت قانون قرار داد. در این خصوص قابل توجه است که باید بین استفاده از ایده و نشر متن متضمن ایده، تفاوت قائل شد؛ لذا نشر یا استفاده از ایده دیگری به نام خود در حقوق ایران جرم سرقت ادبی نیست، اما اگر سرقت ادبی در بخشی از نوشته یا اثری باشد که متضمن ایده‌ای است، به اعتبار استفاده غیرمجاز از اثر، سرقت ادبی صورت گرفته است. بر این اساس، اگر در ایران، شخصی بر اساس ایده مذکور در اثری به نتایجی برسد یا بر اساس آن آثاری را خلق کند، مرتکب جرم سرقت ادبی نشده است.

۲. تعلق آثار و نوشته‌ها به دیگران

از عناصر جرم سرقت، اعم از اینکه مجازات آن حد یا تعزیر باشد، تعلق مال به دیگری است. برای تحقق جرم سرقت ادبی آثار یا نوشته باید به دیگری متعلق باشد، اعم از اینکه دیگری در مقام پدیدآورنده اثر یا نوشته، ایرانی باشد یا خارجی، زنده یا حتی مرده باشد. پدیدآورنده اثر یا نوشته همیشه یک شخص خاص نیست، بلکه ممکن است اثر یا نوشته متعلق به چند شخص باشد که به استناد ماده ۶ قانون حمایت از حقوق مؤلفان «اثری که با همکاری دو یا چند پدیدآورنده به وجود آمده باشد و کار یکایک آن‌ها جدا و متمایز نباشد، اثر مشترک نامیده می‌شود و حقوق ناشی از آن حق مشاع پدیدآورندگان است»؛ بنابراین، منظور از «دیگری» مذکور در تبصره بند ۹ ماده ۶ قانون مطبوعات دلالت بر شخص ثالثی غیر از استفاده‌کننده دارد؛ اعم از اینکه یک شخص یا بیش از آن^۱، اعم از حقیقی یا حقوقی باشند. در این موارد این‌گونه آثار مشترک را می‌توان متعلق به همه پدیدآورندگان اثر دانست. اثر مشترک مانند هر مال مشاع

۱. به طنز، از ویلسون منزر نقل شده: «دزدیدن از یک نویسنده، سرقت ادبی است، اما اگر از چند نویسنده بدزدید، اسمش می‌شود تحقیق!» (هیرمندی، ۱۳۸۹: ۴۳۰).

احکام خاص خود را دارد؛ از جمله آن‌ها این است که تصرف در آن با رضایت سایر شرکا، مجاز است و تحقق جرم از سوی شریک نسبت به مال مشاع ممکن است (حبیب‌زاده و شاملو، ۱۳۸۱: ۵۱)؛ لذا با توجه به اینکه می‌توان مال مشاع را موضوع سرقت دانست، امکان تحقق جرم سرقت ادبی نیز در اثر مشترک برای هر یک از شرکایی وجود دارد که بدون ذکر نام شریکش اثر مشترک را فقط به نام خود نشر دهد.

سرقت ادبی باید از اثری صورت گیرد که ابداع پدیدآورنده آن و دارای اصالت باشد؛ یعنی خود اثر، اثری سرقت‌شده از اثر دیگری نباشد؛ کسی که خود سرقت اولیه را انجام داده، حق شکایت یا ادعای خصوصی ندارد. «وقتی می‌گوییم کسی حق دارد، در واقع صلاحیتی برای او قائل می‌شویم» (موحد، ۱۳۹۶: ۶۳)، و الا وی اساساً فاقد این امتیاز قانونی است. در خصوص آثار گردآوری‌شده، به معنای مجموعه‌ای از اثرهای هر یک از صاحبان آن که متمایز از یکدیگر هستند، مانند کتابی که از مجموع چند مقاله متعلق به اشخاص مختلف پدید آمده است، اگر فقط بخشی از یک مقاله مورد سرقت قرار گیرد، نمی‌توان برای دیگر صاحبان مقاله‌ها این حق را قائل شد و آن‌ها را «دیگری» نامید، زیرا اثر هر یک از پدیدآورندگان در متن یا متون مشخص جداگانه‌ای است. هر یک از صاحبان مقاله از یک کتاب فقط برای مقاله خود دارای حقوق قانونی مثلاً شکایت از سرقت ادبی دارد، نه دیگران که در ایجاد آن اثر دخالتی نداشتند. صرف نشر در یک کتاب مشترک نمی‌تواند برای دیگر صاحبان اثر حقی ایجاد کند.

۳. رضایت نداشتن صاحب اثر یا نوشته

از حقوق غیرمادی صاحب اثر، حق او در کنترل، انتشار یا عرضه اثر خود به عموم است. تا زمانی که مؤلف به اعلان اثر خویش مبادرت نکند، هر شخصی باید حرمت افشای آن را از نشر نگه دارد؛ بنابراین، صاحب اثر حق دارد در خصوص زمان، شیوه و شرایط عرضه اثر خویش به عموم تصمیم‌گیری کند (گربادو، ۱۳۸۰: ۴۳)، والا رضایت صاحب اثر وجود ندارد که عدم آن خصوصیت مشترک جرائم علیه اموال مثل سرقت است. در اینکه جرم سرقت ادبی، علیه اموال محسوب می‌شود، به نظر برخی، سخن تمام و کامل نیست؛ از این جهت که اگر متعلق سرقت ادبی مربوط به شخص خاص باشد، این جرم خصوصیات جرائم علیه اموال را دارد؛ اما اگر متعلق جرم مربوط به شخص خاصی نباشد، برخی آن را مصداق عدوان دانسته‌اند (جعفری لنگرودی،

۱۳۹۷: ۲۴۳) که منظور خروج از مباحث جرم و مجازات و صرفاً سوءاستفاده مدنی است، زیرا وقتی اثر به شخص خاصی اعم از حقیقی یا حقوقی منتسب نباشد، بحث رضایت منتفی است؛ لذا از حوزه مباحث جزایی جرائم علیه اموال خارج می‌شود.

معمولاً پدیدآورندگان اثر یا نوشته اشخاص حقیقی هستند. ممکن است گفته شود اشخاص حقوقی بنا بر ماهیت خاص خود که وجود اعتباری دارند، نمی‌توانند پدیدآورنده اثر یا نوشته‌ای باشند؛ پس بزه‌دیده جرم سرقت ادبی هم نمی‌تواند شخص حقوقی باشد؛ ولی با نگاه به متن قانون در تبصره بند ۹ ماده ۶ قانون مطبوعات در تعریف سرقت ادبی، قانون‌گذار از عبارت «آثار و نوشته‌های دیگران» نام برده است که اطلاق بر اشخاص حقوقی هم دارد؛ مخصوصاً اینکه ممکن است اثری به شخص حقوقی منتقل و مالک آن شود.

رضایت ممکن است مستقیم یا غیرمستقیم باشد؛ بنابراین، چنانچه ثابت شود شخصی با رضایت غیرمستقیم صاحب اثر یا نوشته‌ای تمام یا بعضی از آن‌ها را به نام خودش یا شخص ثالثی اعلام کند و نشر دهد، جرم سرقت ادبی واقع نشده است. هرچند رضایت در زمان نشر غیر از رضایت در زمان شکایت است، ولی از اثر واحدی برخوردارند؛ لذا اگر اعلام رضایت صاحب اثر، بعد از استفاده از اثر یا نوشته و وقوع جرم سرقت ادبی ولی قبل از شکایت باشد، نباید مرتکب را تحت تعقیب جزایی قرار داد، چراکه در زمان شکایت، رضایت صاحب اثر به نشر اثر یا نوشته وجود دارد.

۴. انتساب آثار و نوشته‌ها به خود

رفتار مادی جرم سرقت ادبی، نسبت دادن آثار یا نوشته دیگری به خود یا حتی شخص ثالث است؛ هرچند معمولاً هیچ اثری منحصرراً از قلم و فکر امضاکننده آن تراوش نمی‌کند، ابداع و ایجاد مطلق و بی‌سابقه، اگر به کلی نایاب نباشد، قطعاً کمیاب است (زرین کوب، ۱۳۶۹: ۹۸)، ولی وقتی که عیناً به اقتباس یا نمایه نرسد، نمی‌توان آن را سرقت ادبی دانست؛ بنابراین، چنانچه مفهوم مورد نظر صاحب نوشته، با کلمات یا عبارات دیگری نوشته شود و نشر یابد، نمی‌توان آن را سرقت ادبی دانست. همین‌طور است اگر نوشته و اشعار شخصی منبع الهام باشد، استفاده از آن را نباید جرم سرقت ادبی دانست، ولی اگر نوشته دیگران به صورت ترجمه به نام خود یا ثالث در نشریه منتشر شود، با لحاظ تبصره بند ۹ ماده ۶ قانون مطبوعات، جرم سرقت ادبی واقع می‌شود؛

ولی در آثار غیر نوشتاری آنچه اهمیت دارد، بیان و ارائه اثر است، بدون اینکه لازم باشد عیناً یا دقیقاً به همان کم یا کیفی باشد که صاحب اثر ایجاد کرده است.

منشأ سرقت ادبی ممکن است خصایص سوء اخلاقی و روانی از جمله حسادت به پیشرفت و توان علمی دیگران، عقده نارسبستی^۱ و علاقه به اظهار فضل و مطرح شدن میان اهل علم باشد. طبق تحقیقات به عمل آمده، تخلفات فناورانه و سرقت ادبی درصد بیشتری از تخلفاتی را شکل می‌دهند که در این افراد مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است (Hogan, 2012: 11). در نظر برخی روان‌شناسان «فرد با بزرگی از احساس دردآور پوچی‌هایی می‌یابد. این منظور با توسل به تصوراتی مانند خود را نابغه، دانشمند، مخترع و هنرمند فرض کردن حاصل می‌شود» (چهرقانی، ۱۳۸۲: ۴۶). تحقیقات به سبختی می‌توان این اختلال را داخل در اختلالات روانی رافع مسئولیت به نام جنون دانست که در تعریف مذکور در ماده ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی آمده است؛ چون مرتکب هنوز قوه تمییز خود را از دست نداده و می‌تواند واقعیت‌ها و ارزش‌ها را تمییز دهد.

اگر شخصی اثر یا نوشته متعلق به دیگری را به نام خود یا شخص ثالثی بشناساند، هرچند ممکن است در مورد اخیر از مزایای مادی یا معنوی آن منتفع نشود، ولی چون انتفاع مادی یا معنوی از اثر یا نوشته، شرط تحقق جرم سرقت ادبی نیست، تأثیری در مقام ندارد و می‌توان وی را سارق ادبی محسوب کرد. اما شخص ثالثی که اثر به او نسبت داده شده، حتی اگر از حقوق مادی و معنوی آن بهره‌مند شود، چون وی هیچ‌یک از عملیات مادی سرقت ادبی را مرتکب نشده است، نمی‌تواند مرتکب این جرم محسوب شود؛ حتی اگر آگاه به این رفتار شخص ثالث باشد و او را از این کار منع نکند. اما اگر کسی بدون رضایت پدیدآورنده، اثر او را به نام خود او منتشر کند، یعنی ثالث، خود صاحب اثر یا نوشته باشد، هرچند این عمل طبق ماده ۲۳ قانون حمایت حقوق مؤلفان^۲ جرم خاصی است، چون این اثر به شخص پدیدآورنده آن منسوب شده، این عمل را نباید سرقت ادبی محسوب کرد.

1. Narcissism

۲. ماده ۲۳ قانون حمایت از حقوق مؤلفان: «هرکس تمام یا قسمتی از اثر دیگری را که تحت حمایت این قانون است ... به نام پدیدآورنده آن بدون اجازه او ... نشر یا پخش یا عرضه کند، به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد.»

۵. انتشار در نشریه

معمولاً جرائم در شرایط و اوضاع و احوال یا با وسیله خاص واقع می‌شوند. چه بسا آن‌ها به صراحت نصّ قانون از مقومات جرم باشند؛ یعنی بدون آن‌ها جرم واقع نمی‌شود، مانند جرم سرقت ادبی که مستند به ماده ۶ قانون مطبوعات وقوع آن به وسیله نشریه ممکن است، مفهوم مخالف آن است که جرم سرقت ادبی با سخنرانی، دکلمه، حرکات پانتومیم یا هر آنچه غیر از نشریه باشد مانند نوشته‌های خطی واقع نمی‌شود. پس اگر صاحب انتشارات بدون رضایت صاحب اثر، نوشته یا اثری را از وی چاپ کند، در صورتی که اثر وی سابقاً چاپ نشده بود، سرقت ادبی محسوب نمی‌شود، بلکه صرفاً به استناد ماده ۲۳ قانون حمایت مؤلفان می‌توان عمل وی را تحت عنوان «چاپ و نشر و توزیع بدون مجوز اثر دیگری» جرم دانست که به استناد دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۸۰۱۳۴۰ صادره از شعبه ۱۰۹ دادگاه عمومی رویه قضایی نیز به شمار می‌آید. بر این اساس، در فرضی که چند شخص با یکدیگر در نوشتن اثری (مانند مقاله) مشارکت کنند، اما نام یکی از این نویسندگان از سوی باقی افراد حذف شود و در اثر نهایی که به چاپ می‌رسد نام وی وجود نداشته باشد، این عمل را مطابق مصوبه وزارت بهداشت با عنوان «راهنمای کشوری اخلاق در انتشار آثار پژوهشی» به سال ۱۳۹۹، باید سوء رفتار پژوهشی دانست، نه سرقت ادبی؛ زیرا شرط سرقت از اثری که سابقاً در نشریه‌ای چاپ شده است، در این حالت وجود ندارد.

«نشریه» در قانون تعریف نشده است. نشریه در لغت به معنی ورقه یا مجموع اوراق چاپی است که آن‌ها را انتشار دهند (عمید، ۱۳۷۹: ۱۹۰۶). با لحاظ تعریف سرقت ادبی در قانون مطبوعات این انتظار است که وسیله این جرم، مطبوعات باشد؛ ولی در این قانون از نشریه تحت عنوان وسیله ارتکاب جرم تصریح شده است که اطلاق بر مطبوعات هم دارد، زیرا مطابق با ماده یک قانون مطبوعات: «مطبوعات در این قانون عبارت‌اند از نشریاتی که به طور منظم با نام ثابت و تاریخ و شماره ردیف در زمینه‌های گوناگون خبری، انتقادی، اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، کشاورزی، فرهنگی، دینی، علمی، فنی، نظامی، هنری، ورزشی و نظایر این‌ها منتشر می‌شوند.» بر این اساس، نشریاتی که خصوصیات فوق را نداشته باشند، مطبوعات محسوب نمی‌شوند، هرچند ممکن است نشریه باشند. به تعبیر دیگر، نشریات بر دو قسم است: برخی داخل در تعریف مطبوعات هستند، ولی برخی نشریات، داخل در تعریف مطبوعات نیستند، زیرا خصوصیات

تعریف شده در قانون مطبوعات را ندارند؛ چراکه مستند به تبصره ۲ ماده یک قانون مطبوعات: «نشریه‌ای که بدون اخذ پروانه از هیئت نظارت بر مطبوعات منتشر شود، از شمول قانون مطبوعات خارج و تابع قوانین عمومی است.» صرف اطلاق عرفی نشریه بر منتشره‌ای کافی است که آن منتشره نشریه محسوب شود؛ در این صورت، نشر بدون مجوز نوشته یا اثر دیگران در آن به نام خود یا دیگری جرم سرقت ادبی است؛ هرچند این نشریه مطبوعه نباشد؛ والا قانون‌گذار در تعریف سرقت ادبی از کلمه «مطبوعات» استفاده می‌کرد یا اینکه «نشریه» مذکور در تعریف سرقت ادبی را مقید به اوصاف خاص مانند داشتن مجوز می‌کرد. بر این اساس، نشر بدون مجوز اثر یا نوشته‌ای از دیگران در هر نشریه داخلی و خارج از کشور که خصوصیات اضافی مذکور در قانون مطبوعات به‌مثابه نشریه را هم ندارند، وقوع جرم سرقت ادبی را منتفی نمی‌سازد. مطابق با ماده یک قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای (مصوب ۱۳۷۹)^۱ حق نشر، عرضه، اجرا و حق بهره‌برداری مادی و معنوی نرم‌افزار رایانه‌ای متعلق به پدیدآورنده آن است. با توجه به اینکه نشریه الکترونیکی در فضای مجازی نمایه می‌شود و مستند به تبصره ۳ ماده یک قانون مطبوعات کلیه نشریات الکترونیکی مشمول مواد این قانون هستند، از این جهت تفاوتی میان انتشار الکترونیکی اثر در فضای مجازی و انتشار آن در فضای واقعی با نشر کاغذی یا امثال آن نیست؛ لذا انتشار محتوی نرم‌افزاری دیگران به نام خود یا ثالث در بستر فضای مجازی که طبق مقررات یا عرف زیر عنوان نشریات الکترونیکی قرار گیرند نیز سرقت ادبی محسوب می‌شود.

انتشار اثر در برخی کشورها تحت حمایت مقررات دیگری به نام کپی‌رایت قرار دارد. سال ۱۷۱۰ میلادی از این جهت نقطه عطفی در تاریخ حقوق نشر است که انگلیسی‌ها در تدوین و تصویب نخستین لایحه‌های قانونی آن پیشگام بودند (آذرنگ، ۱۳۹۷: ۱۰۲). قانون کپی‌رایت ایالات متحده آمریکا در سال ۱۷۹۰ تصویب شد که از مقررات مشابه انگلیسی الگوبرداری کرده بود. در این قانون چندین تغییر و اصلاح ایجاد شد که مهم‌ترین آن‌ها، قانون حق چاپ (کپی‌رایت) در سال ۱۹۷۶ است (E lakhan and Khurana, 2008:7). در ماده ۱۰۱ قانون

۱. «حق نشر، عرضه، اجرا و حق بهره‌برداری مادی و معنوی نرم‌افزار رایانه‌ای متعلق به پدیدآورنده آن است. نحوه تدوین و ارائه داده‌ها در محیط قابل پردازش رایانه‌ای نیز مشمول احکام نرم‌افزار خواهد بود.»

کپی‌رایت آمریکا آمده است: «تنها در صورتی که کار برای اولین بار منتشر شده باشد»^۱ قانون از آن اثر حمایت می‌کند و کپی کردن و استفاده از آن اثر را خلاف حقوق پدیدآورنده می‌داند. در واقع، کپی‌رایت زیرمجموعه حقوق مالکیت است که موضوع آن آثار ادبی مانند کتاب داستان، شعر، نمایش‌نامه، روزنامه‌های رایانه‌ای، پایگاه داده‌ها، فیلم، قطعات موسیقی، آثار هنری مانند نقاشی، طراحی، عکس و مجسمه و ... است. حقوق ناشی از کپی‌رایت این حق را به دارنده خود می‌دهد تا بتواند اراده خویش را در تکثیر اعمال و از آثار مادی آن استیفا کند (سالاری و صالحی راد، ۱۳۹۰: ۸۲). در مجموعه قوانین ایران به عبارت یا جرم کپی‌رایت اشاره‌ای نشده است، بنابراین، اساساً نمی‌توان کسی را تحت عنوان ارتکاب جرم کپی‌رایت محاکمه کرد، اما در این خصوص تشابهاتی میان مقررات مربوط به کپی‌رایت و قانون حمایت از حقوق مؤلفان و قانون مطبوعات دیده می‌شود. سرقت ادبی تنها شامل بخشی از این مقررات است که با هدف حفظ این حقوق تنظیم شده است. در ایران صرف کپی کردن به معنی چاپ کردن آثار دیگری حتی بدون رضایت وی تا زمانی که به حد تکثیر در مصداق مفهوم نشریه نرسد، جرم سرقت ادبی محسوب نمی‌شود، چراکه انتشار اثر دیگری از طریق نشریه جرم است.

با توجه به گسترش روزافزون مراکزی که اقدام به تهیه آثاری به اسم شخص دیگر می‌کنند و این آثار عموماً خود، از آثار دیگر گرفته شده و نوآوری در آن‌ها نیست، بلکه غالباً برای ارائه آن اثر به مراکز دانشگاهی یا مراکزی است که شخص به دنبال موفقیت بدون رنج است، قانون‌گذار را بر آن داشته که قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی را به تصویب برساند. در ماده واحده قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی آمده است: «تهیه، عرضه یا واگذاری آثاری از قبیل رساله، پایان‌نامه، مقاله، طرح پژوهشی، کتاب، گزارش یا سایر آثار مکتوب یا ضبط‌شده پژوهشی-علمی یا هنری اعم از الکترونیکی و غیرالکترونیکی توسط هر شخص حقیقی یا حقوقی به قصد انتفاع و به‌عنوان حرفه یا شغل یا هدف ارائه کل اثر یا بخشی از آن توسط دیگری به‌عنوان اثر خود، جرم بوده»، اما این اشخاص، مرتکب جرم سرقت ادبی محسوب نمی‌شوند؛ چراکه رفتار آن‌ها اقدام در یک نشریه نبوده و همچنین در این جرم خاص عناصر دیگری از قبیل قصد انتفاع و انجام آن به‌عنوان حرفه یا شغل، باید وجود داشته باشد.

1. Section 101: "a work is a "United States work" only if— (1) in the case of a published work, the work is first published"

۶. عمد در نسبت دادن

برای تحقق جرم، صرف فعل یا ترک فعل که منجر به نقض قانون شود، کافی نیست؛ بلکه رفتار مجرمانه باید متأثر از حالت سوء روانی مرتکب باشد که از آن تحت عنوان قصد در ارتکاب جرم نام برده می‌شود. به تصریح تبصره بند ۹ ماده ۶ قانون مطبوعات سرقت ادبی با «نسبت دادن عمدی» واقع می‌شود؛ حتی اگر عبارت مذکور در کلام مقنن نمی‌آمد، با لحاظ تفسیر مضیق قوانین به نفع متهم، تصور اینکه وی به تقصیر، اثر یا نوشته دیگری را به نام خود یا ثالث مورد استفاده و نشر قرار دهد، جرم تلقی نمی‌شد. مطابق با ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی عمد متضمن آگاهی (علم به موضوع) و قصد مرتکب در رفتار مجرمانه است؛ از این رو، مرتکب جرم سرقت ادبی باید عالم به رفتار مجرمانه خود بوده و قصد ارتکاب جرم سرقت ادبی را داشته باشد تا مستحق مجازات شود. تحقیقاً علم به حکم یعنی علم به قانون مفروض است؛ چراکه مستفاد از ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی جهل به حکم مسموع نیست. در آمریکا ذکر عبارات، نوشته‌ها، اندیشه‌ها و ایده‌های دیگران بدون استناد، حتی اگر غیرعمدی هم باشد، جرم است^۱ که از این جهت متفاوت با حقوق ایران است؛ زیرا در حقوق ایران عموماً مرتکب زمانی مجرم است که در رفتار خود قصد داشته باشد، مگر اینکه قانون استثنائاً تقصیر را مقوم جرم اعلام کند.

هرگاه دو نفر اثری ابداع کنند که نسبت به هم مقدم و مؤخر باشد و حتی عیناً مطابق یکدیگر باشد، هر دو اثر اصیل و ابتکاری تلقی می‌شوند، زیرا بدون اطلاع از وجود اثر مقدم، اثر مؤخر به وجود آمده است. به این رفتار با کمی تسامح، «توارد» گفته می‌شود. توارد در اصطلاح «گذشتن مضمون یا تعبیری در خاطر شاعری مثل آنچه در ذهن شاعری دیگر گذرد به غیر اخذ و سرقت» است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۵)، در واقع، توارد به معنی مانند بودن شعر دو شاعر، هم در لفظ و هم در معنا بدون اطلاع داشتن هیچ‌کدام از یکدیگر است. عبارت صحیح‌تر آن توارد خاطرن (به صیغه تثنیه عربی) است که در اصل به معنی رسیدن دو نفر به یکدیگر در یک جا و از یک سرچشمه آب گرفتن است (مرتضایی، ۱۳۹۳: ۶۷). در توارد هیچ‌یک از دو طرف از همدیگر اطلاع و آگاهی ندارند، لذا غیرعمدی است. با لحاظ اینکه در تبصره ماده ۶ قانون مطبوعات که

1. The University of North Carolina defines plagiarism as "the deliberate or reckless representation of another's words, thoughts, or ideas as one's own without attribution,..." <https://writingcenter.unc.edu/tips-and-tools/plagiarism/>

در تعریف جرم سرقت ادبی از کلمه «عمداً» استفاده شده و سرقت ادبی جرم عمدی است، توارد را طبق مواد ۱۴۴^۱ و ۱۴۵^۲ قانون مجازات اسلامی به علت نبود عمد نمی‌توان سرقت ادبی محسوب کرد؛ در این صورت، ممکن است دو فرد به‌طور مستقل به یک اثر یا نتیجه‌ای واحد برسند. در صورتی که اثر آن‌ها از روی اثر دارای حق مؤلف برداشت نشده باشد، جرمی واقع نشده است؛ بنابراین، بعد از انتشار اثرها اگر یکی از آن دو فرد متوجه این موضوع شود که هر دو اثر مانند یکدیگرند، شخصی که بعد از انتشار، مطلع شده، مجاز نیست مانع انتشار بعدی آن اثر شود، چون جرم و مسئولیتی واقع نشده است.

قابل توجه است که ماده ۱۲ آیین‌نامه قانون مطبوعات به تعریف جرم سرقت ادبی تخصیص یافته است؛ چراکه در این ماده مقرر شده «نقل مطالب از رسانه‌ها و احزاب و گروه‌های منحرف و مخالف اسلام (داخلی و خارجی) به‌منظور بررسی، تحقیق، نقد و رد مطالب بلامانع است»، هرچند تاکنون ملاک دقیقی برای شناسایی مخالف و منحرف از غیر مخالف و غیر منحرف شناسایی نشده است. شاید گفته شود ظاهر و مدلول ماده مزبور صرفاً در مقام بیان جواز نقل مطلب از منابع گروه‌های منحرف و مخالف اسلام است؛ لذا در این موارد با وجود عمد در نسبت دادن آثار و نوشته‌های دیگران از منابعی که مخالف آموزه‌های اسلامی هستند، بدون ذکر منابع نمی‌تواند مختص تعریف جرم سرقت ادبی باشد، ولی خبر جمله مذکور این ماده، یعنی نقل مطالب و بلامانع بودن، کافی است که این نوع رفتار را از اطلاق جرم سرقت ادبی خارج کند. البته این مهم مقید به این است که اولاً، مبتدا یعنی نقل مطالب مقید به نقل از رسانه و احزاب و گروه‌های منحرف و مخالف نظام باشد و ثانیاً، نقل مطالب به‌منظور بررسی و تحقیق باشد، والا صرف نقل مطالب از رسانه‌های منحرف و مخالف اسلام بدون انتساب به صاحب آن حتی برای تحقیق و بررسی موجب نمی‌شود که این رفتار را از جرم سرقت ادبی خارج کند.

۱. «در تحقق جرائم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در رفتار مجرمانه احراز شود. در جرائمی که وقوع آن‌ها بر اساس قانون منوط به تحقق نتیجه است، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود.»
 ۲. «تحقق جرائم غیرعمدی، منوط به احراز تقصیر مرتکب است. در جنایات غیرعمدی اعم از شبه‌عمدی و خطای محض مقررات کتاب قصاص و دیات اعمال می‌شود.»

۷. مجازات مرتکب جرم سرقت ادبی

جرائم، جزئی از آسیب‌های اجتماعی جدی و مهم هستند. به همین دلیل، درک ابعاد و شیوه‌های ارتکاب جرم و اندازه مجازات و تأثیراتی که بر جامعه در پیشگیری از وقوع جرم یا تأدیب مجرم دارد، واجد اهمیت است. بدون اتکا به یک سیاست کیفری علمی و مؤثر امید آنکه سیاست‌های کاهش جرائم و آسیب‌ها به نتیجه برسد، معقول نیست (عبدی-کلهر، ۱۳۸۸: ۳۱). قانون‌گذار با وضع مجازات خاص علیه مرتکب سرقت ادبی، به سیاست کیفری خاصی نظر داشته است. اینکه مرتکب سرقت ادبی متحمل مجازات سرقت حدی نمی‌شود، بحثی نیست؛ زیرا در «حقوق ایران تنها عین مال، نه حقوق و منافع موجود در مال قابل دزدیده شدن است» (میر محمدصادقی، ۱۳۹۲: ۲۴۹). مطابق با نص تبصره یک ماده ۶ قانون مطبوعات که جرم سرقت ادبی را تعریف کرده، مجازات آن را در تبصره بند ۱۰ ماده ۶ این قانون با این مقرر آورده است: «متخلف از مواد مندرج در این ماده مستوجب مجازات مقرر در ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی خواهد بود و در صورت اصرار، مستوجب تشدید مجازات و لغو پروانه است»؛ مجازات مقرر در ماده اخیرالذکر عبارت‌اند از: «... علاوه بر اعاده حیثیت در صورت امکان، باید به حبس بیش از دو ماه تا دو سال یا شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم شود.»

هرچند ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی را اصلاح کرد و به موجب آن، ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) یعنی جرم نشر اکاذیب، داخل در ماده ۱۰۴ قانون مزبور قرار گرفت که در نتیجه آن، نشر اکاذیب موضوع جرم ماده ۶۹۸ تعزیرات قابل گذشت قلمداد شد؛ ولی بر این اساس نمی‌توان جرم سرقت ادبی را قابل گذشت دانست، چراکه موضوع جرم سرقت ادبی غیر از موضوع جرم ماده ۶۹۸ تعزیرات یعنی نشر اکاذیب است و اصل هم بر غیرقابل گذشت بودن جرائم است؛ مگر اینکه تصریح به خلاف آن شده باشد. لذا همچنان باید به غیرقابل گذشت بودن جرم سرقت ادبی نظر داشت، اما این امر مانع قاضی به استفاده از دیگر تأسیسات ارفاقی مذکور در قانون مثل تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات یا آزادی مشروط برای مرتکب جرم سرقت ادبی نیست.

تحقیقاً مجازات حبس و شلاق مذکور در ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی که بر مجرمان سرقت ادبی تحمیل می‌شود، ناظر بر اشخاص حقیقی است، نه اشخاص حقوقی؛ چراکه صرفاً

اشخاص حقیقی هستند که متحمل مجازات شلاق یا حبس می‌شوند. لذا این ابهام مطرح است که گویا اشخاص حقوقی مرتکب جرم سرقت ادبی نمی‌شوند. علی‌رغم اینکه در قانون مطبوعات راجع به جرم و مجازات شخص حقوقی به‌مثابه مرتکب سرقت ادبی بحثی نشده، ولی با استفاده از تبصره ماده ۳۵ قانون مطبوعات، دادگاه می‌تواند در جرائم مطبوعاتی، مجازات حبس و شلاق را به یکی از مجازات جزای نقدی، تعطیلی نشریه در مدت معین یا محرومیت موقت از مسئولیت‌های مطبوعاتی تبدیل کند. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که در ماده ۱۴۳ با شرایطی ارتکاب جرم از سوی اشخاص حقوقی را پیش‌بینی کرده، با لحاظ اینکه نسبت به قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ موخرالتصویب است، می‌توان قائل بر این بود که با شرایط تحقق جرم مذکور در قانون مطبوعات، مجازات اشخاص حقوقی مطابق با ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی تعیین می‌شود که از جمله آن‌ها انحلال شخص حقوقی و ممنوعیت موقت تا پنج سال از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی است.

با وقوع هر جرم و انتساب آن به شخص خاص، دادگاه علاوه بر مجازات اصلی که قانون‌گذار مشخصاً برای مرتکب آن جرم در نظر گرفته، ممکن است با شرایطی مجازات مضاعفی با عناوین مجازات تبعی و تکمیلی نیز بر مرتکب جرم تحمیل شود. طبق ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی که شرط تحمیل مجازات تکمیلی آن است که جرم ارتكابی «مجازات تعزیری از درجه شش تا درجه یک» باشد و اکنون با وضع ماده ۴ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، به دست می‌آید که چون مجازات جرم سرقت ادبی مطابق قانون مطبوعات تعزیری است، دادگاه به محکوم کردن مجرم سرقت ادبی به تحمل یک یا چند مجازات از مجازات تعیین‌شده در ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی مخیر است. مجازات تبعی نیز با لحاظ شرایط مذکور در ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی بدون ذکر در حکم صادره بر مجرم تحمیل می‌شود و مجرم را برای مدتی معلوم از حقوق اجتماعی مذکور در ماده ۲۶ این قانون محروم می‌کند. بر این اساس، از آنجا که مجازات سرقت ادبی حبس از دو ماه تا دو سال یا ۷۴ ضربه شلاق است که مصداق هیچ‌یک از بندهای مذکور در ماده ۲۵ این قانون نیست، پس مجرم سرقت ادبی را نمی‌توان برای هیچ مدتی از حقوق اجتماعی محروم کرد که با لحاظ عمدی بودن این جرم و حساسیت جامعه، محل تأمل است.

نتیجه‌گیری

دسترسی آزادانه اشخاص به مقالات و کتب و آثار دیگران و امکان انتشار بعضی یا تمام آن‌ها به نام خود یا شخص ثالث موجب می‌شود که به اعتماد عمومی و نظام علمی و فرهنگی جامعه صدمه جدی وارد آید؛ لذا قانون‌گذار ابتدا با تصویب قانون مطبوعات ۱۳۶۴ و نهایتاً با انجام اصلاحات در این قانون در سال ۱۳۷۹ در بند ۹ ماده ۶، سرقت ادبی را با شرایطی جرم و قابل مجازات دانسته است. وسیله ارتکاب وقوع این جرم نشریه است. نشریه اخص از رسانه و اعم از کتاب یا روزنامه یا هر چیز دیگری با محتوی غالباً نوشته است که ممکن است مجوز قانونی نشر داشته یا غیرقانونی منتشر شود و اعم از اینکه متن آن فارسی یا غیرفارسی باشد، در داخل یا در خارج از کشور انتشار یابد، حتی شامل نوشته‌هایی هم می‌شود که در فضای مجازی منتشر می‌شوند؛ بنابراین، محتوای نرم‌افزاری که در فضای مجازی منتشر شده باشد نیز موضوع جرم سرقت ادبی است؛ چراکه این محتوا می‌تواند عرفاً مصداق نوشته یا اثر باشد. موضوع جرم سرقت ادبی، آثار یا نوشته‌های دیگران است که لزوماً با نوآوری همراه یا مفهوم خاص علمی، فرهنگی، هنری، ادبی داشته باشند. استفاده از آثار خود یا ارجاع ندادن شخص صاحب اثر در اثر جدید به آثار قبلی خودش جرم سرقت ادبی تلقی نمی‌شود؛ مگر اینکه این اثر یا نوشته مشترک با دیگران نیز باشد و دیگران (در صورت تعدد) حتی یک شخص از آن‌ها نیز رضایت به نشر آن نداده باشد. تمام حقوق صاحب نوشته‌ها و آثار قهراً یا با توافق اعم از کتبی یا شفاهی به دیگری حتی شخص حقوقی قابل نقل و انتقال یا اسقاط است.

نشر اثر بر مبنای الهامات و ایده‌های به زبان یا کلام آمده دیگری را نمی‌توان جرم سرقت ادبی محسوب کرد، زیرا ایده‌ها تجسم مادی ندارند؛ مگر اینکه عیناً در نشریه‌ای منتشر شوند. سرقت ادبی مثل هر جرم مالی دیگر، وقوع آن منوط به عدم رضایت است؛ پس با رضایت قبلی صاحب اثر یا نوشته چنین جرمی واقع نمی‌شود. حتی اگر این رضایت یا همان گذشت، بعد از جرم، ولی قبل از شکایت باشد نیز نمی‌توان مرتکب نشر را تحت تعقیب جزایی قرار داد. از آنجا که مرتکب جرم سرقت ادبی مطابق با تبصره ۲ ماده ۶ قانون مطبوعات ۱۳۷۹ مشمول مجازات مذکور در ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی است، جرم سرقت ادبی، به اعتباری جرم غیر قابل گذشت محسوب می‌شود؛ چراکه با وضع ماده ۱۰ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ۱۳۹۹ که

نظر بر اصلاح ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی دارد، جرائم خاصی از جمله جرم موضوع ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی قابل گذشت اعلام شد، نه جرائم دیگری که مجازات آن‌ها مشمول مجازات ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی است؛ البته تعقیب جزایی مرتکب جرم سرقت ادبی نیاز به شکایت شاکی دارد، ولی چون این جرم قابل گذشت اعلام نشده، با لحاظ اینکه این جرم تعزیر درجه ۶ است، مستند به ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی مشمول مرور زمان پنج‌ساله است.

جرم سرقت ادبی با قصد واقع می‌شود که فرع بر علم و اراده مرتکب است. فرض بر علم مرتکب به قانون محتوای جرم سرقت ادبی است، ولی باید علم مرتکب به عناصر موضوعی مقوم این جرم ثابت شود و قصد خاص نشر آثار و نوشته‌های دیگران را در نشریه داشته باشد. غالباً مرتکب جرم سرقت ادبی شخص حقیقی است، ولی شاید نوشته یا اثر دیگران با دستور اشخاص حقوقی در نشریه‌ای منتشر شود. در این صورت، شخص حقوقی مطابق با ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی مجازات می‌شود، اما مجازات شخص حقیقی مرتکب جرم سرقت ادبی مطابق با ماده ۶۹۸ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحات ۱۳۷۹، از یک ماه تا یک سال حبس یا تا ۷۴ ضربه شلاق است و میزان دقیق آن با نظر قاضی تعیین می‌شود؛ مضافاً ممکن است مرتکب سرقت ادبی با اختیار قاضی دادگاه به یک یا چند مجازات تکمیلی مندرج در ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی نیز محکوم شود، ولی چون مجازات جرم سرقت ادبی تعزیر درجه ۶ است، مجازات تبعی محرومیت از حقوق اجتماعی برای هیچ مدتی بر مرتکب محکوم به سرقت ادبی تحمیل نمی‌شود.

منابع و مأخذ:

قرآن کریم

الف) کتاب‌های فارسی

۱. افشین وفایی، محمد، شهریار شاهین‌دژی، *نامه‌های خاموشان*، تهران، ج ۱، نشر سخن، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فن استدلال در منطق حقوق اسلام*، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۷.
۳. *درباره نشر کتاب و حق مؤلف*، زیر نظر نصرالله پورجوادی، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۴. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه دهخدا*، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
۵. راوندی، مرتضی، *تاریخ اجتماعی ایران*، جلد اول، تهران، انتشارات نگاه، چاپ هفتم، ۱۳۹۳.
۶. رشیدالدین وطواط، *دیوان*، تصحیح سعید نفیسی، تهران، انتشارات بارانی، چاپ اول، ۱۳۳۹.
۷. زرین کوب، عبدالحسین، *نقد ادبی*، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ نهم، ۱۳۸۹.
۸. عبدی، عباس، سمیرا کلهر، *جرم؛ مجرم و مجازات در ایران*، تهران، نشر علم، ۱۳۸۸.
۹. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی*، تهران، انتشارات اشجع، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۱۰. گرباود، الکساندر، مترجم غلامرضا لایقی، *الفبای حقوق پدیدآورنده (کپی‌رایت)*، تهران، انتشارات خانه کتاب، ۱۳۸۰.
۱۱. معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ بیست‌وپنجم، ۱۳۸۸.
۱۲. موحد، محمدعلی، *در هوای حق و عدالت؛ از حقوق طبیعی تا حقوق بشر*، تهران، نشر کارنامه، چاپ پنجم، ۱۳۹۶.
۱۳. میرمحمد صادقی، حسین، *جرائم علیه اموال و مالکیت*، تهران، نشر میزان، چاپ سی‌وپنجم، ۱۳۹۲.

۱۴. نامور مطلق، بهمن، *بینامتنیت*، تهران، انتشارات سخن، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۱۵. همایی، جلال‌الدین، *فنون بلاغت و صناعات ادبی*، تهران، انتشارات سخن، ۱۳۹۴.
۱۶. هیرمندی، رضی، *فرهنگ گفته‌های طنزآمیز*، تهران، نشر فرهنگ معاصر، چاپ پنجم، ۱۳۸۹.

کتاب‌های عربی:

۱۷. السیوطی، جلال‌الدین، *الفارق بین المصنف و السارق*، نشر عالم الکتب، بیروت، چاپ اول، ۱۹۹۸ م.
۱۸. رازی، شمی‌الدین محمدبن قیس، *المعجم فی معاییر اشعار العجم*، تهران، انتشارات فردوس، ۱۳۷۳.
۱۹. عزام، محمد، *النص الغائب*، قم، مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان، ۱۳۷۸.

مقاله‌ها:

۲۰. آذرنگ، عبدالحسین، «مجله فرهنگی هنری بخارا، سال بیست‌ودوم، بهمن و اسفند ۱۳۹۷، شماره ۱۲۹، صص ۱۰۴-۹۲».
۲۱. جعفری، علی، *بررسی حقوقی ضابطه اصالت آثار ادبی و هنری*، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، بهار ۱۳۹۳، شماره ۶۵، صص ۳۶-۱۵.
۲۲. حبیب‌زاده، محمدجعفر، باقر شاملو، *سرقت مال مشاع*، نامه مفید، بهار ۱۳۸۱، شماره ۲۹، صص ۵۲-۳۹.
۲۳. چهرقانی، رسول، *نارسیسم یا خودشیفتگی در شعر خاقانی*، آموزش زبان و ادب فارسی، ۱۳۸۲، سال هفدهم، شماره ۶۸، صص ۴۹-۴۵.
۲۴. شاکری، زهرا، *سرقت علمی و ضمانت اجراهای مقابله با آن*، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، زمستان ۱۳۹۸، شماره چهار، دوره ۴۹، صص ۶۷۵-۶۵۵.
۲۵. شریف‌زاده، رحمان، *رویکرد فازی و ادبی به سرقت ادبی*، راهبرد فرهنگ، شماره ۵۴، پاییز ۱۴۰۰، ۱۳۴-۱۱۱.

۲۶. صالحی، جواد، معصومه سالاری راد، **کپی‌رایت و مؤلفه‌های آن؛ جلوه‌ای از مالکیت فکری**، فصلنامه معرفت حقوقی، پاییز ۱۳۹۰، شماره اول، ص ۹۰-۶۷.
۲۷. مرتضایی، سیدجواد، **از توارد تا سرقت ادبی**، فنون ادبی، (پیاپی ۱۰) بهار و تابستان ۱۳۹۳، سال ششم، شماره ۱، ص ۶۸-۵۹.

ب) منابع انگلیسی:

28. A.S.Hornby, **OXFORD Advance learner's DICTIONARY**, Tehran, Mahtab, 2002
29. Bouville, Mathieu, **plagiarism word and idea**, Volume 14, September 2008, 311-322.
30. Black, Rita, **The commodification of literature in Martial's Epigrams**, Honors Thesis Collection, may 2017, 1-70.
31. E Lakhan, Shaheen, Meenakshi K Khurana, **Intellectual property, copyright, and fair use in education**, Journal of Academic Leadership, Volume 6, Issue 4, 2008, 1-11.
32. Hogan, Joseph, **Academic Integrity: A Study of Attitudes and Behaviors focused on Technology & Narcissism**, Information Systems Undergraduate Honors Theses. 2012, 1-29.
33. Wheeler, Greg, **Plagiarism in the Japanese universities: Truly a cultural matter?**, Journal of Second Language Writing, Volume 18, Issue 1, March 2009, 17-29.

داوری تخییری: مطالعه تطبیقی در نظام‌های حقوقی ملی

(مقاله علمی-پژوهشی)

ابراهیم شعاریان ستاری*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۳۰

چکیده

داوری، به‌ویژه در حوزه تجارت بین‌الملل، مرسوم‌ترین و کارآمدترین شیوه حل و فصل اختلافات تلقی می‌شود. گسترش داورى به‌طور کلی و نقش کلیدی اصل حاکمیت اراده در فرایند داورى سبب شده است تا ابعاد مختلفی از این شیوه حل اختلاف ابداع شود و انواع مختلف آن، با توجه به نیازهای حوزه‌های مختلف تجارت یا در پرتو میزان نفوذ و قدرت چانه‌زنی هر یک از طرفین، ظهور یابد. یکی از مهم‌ترین انواع داورى که همواره نیز محل مناقشه بوده و موافقان و مخالفان خود را دارد، «داوری تخییری» است. موافقت‌نامه‌های داورى تخییری متضمن حق انتخاب میان داورى و دادرسی برای هر دو طرف یا تنها یکی از آنان است. ماهیت، اعتبار و نفوذ چنین موافقت‌نامه‌هایی و نیز ابعاد مختلف این نوع داورى در هیچ‌یک از منابع اصلی به تفصیل و به شکل جامع بررسی نشده است. در ادبیات حقوقی ایران نیز این نوع داورى چندان به بحث گذاشته نشده و تمایز آن از سایر انواع داورى، به‌ویژه داورى اختیاری، به دقت تحلیل نشده است. از همین رو، در این مقاله تلاش شده است تا با بررسی ماهیت، اعتبار و انواع مختلف داورى تخییری، ابعاد ناشناخته آن تحلیل و به پرسش‌های بی‌پاسخ این نوع داورى پاسخ داده شود.

کلید واژگان

داوری تخییری متوازن، داورى تخییری نامتوازن، اعتبار، تجزیه دعاوی، تغییر مرجع رسیدگی.

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه تبریز

مقدمه

داوری به‌مثابه یکی از شیوه‌های مرسوم و پرتعداد حل‌وفصل اختلافات تجاری، اقسام متعددی دارد که برخی از تقسیم‌بندی‌های آن متداول و سنتی است، اما برخی دیگر را می‌توان انواع خاص داوری نامید که برای تأمین هدف خاصی ظهور یافته‌اند. یکی از تقسیم‌بندی‌های معمول داوری تقسیم‌بندی به داوری اختیاری^۱ و اجباری^۲ است. این تقسیم‌بندی مبتنی بر ارزیابی میزان تأثیر حاکمیت اراده بر انتخاب داوری به‌منزله شیوه حل‌وفصل اختلاف و تعیین عناصر ساختاری و اجرایی فرایند داوری است. داوری اختیاری در مقام یک اصل به معنای انتخاب ارادی داوری، شیوه حل‌وفصل اختلاف یا اختلافات ناشی از یک یا چند رابطه حقوقی معین است که طرفین با انعقاد موافقت‌نامه داوری به شکل شرط داوری یا موافقت‌نامه مستقل به آن موجودیت و اعتبار می‌بخشند. در حقیقت، اگر طرفین با طیب خاطر و آزادی کامل اراده بر داوری توافق کنند، داوری اختیاری به معنای واقعی کلمه محقق می‌شود. در مقابل، داوری اجباری استثنای اصل اختیاری بودن داوری و مراد از آن الزام قانونی بر ارجاع اختلافات مربوط به یک یا چند رابطه حقوقی خاص به داوری است. داوری اجباری ناظر به وضعیتی است که قانون‌گذار رسیدگی به برخی از دعاوی را بدون نیاز به جلب رضایت طرفین در صلاحیت مرجع داوری قرار داده است. داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان (۱۳۸۹) و داوری اتاق تعاون مقرر در قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (۱۳۷۰) از مصادیق داوری اجباری در نظام حقوقی ایران است.

در کنار داوری اختیاری و اجباری، نوع دیگری از داوری با عنوان «داوری تخییری»^۳ وجود دارد و البته محتمل است برخی بدون در نظر گرفتن تمایز میان داوری اختیاری و تخییری، آن دو را یکسان تلقی کنند. شناخت ماهیت واقعی داوری مورد نظر طرفین مهم است، زیرا هر یک از داوری اختیاری و اجباری از یک‌سو و داوری تخییری از سوی دیگر، دارای قواعد مختص خود هستند، از احکام متفاوتی تبعیت می‌کنند و آثار متفاوتی دارند.

1. Voluntary Arbitration or Non-Mandatory Arbitration
2. Mandatory or Compulsory Arbitration
3. Optional Arbitration or Split Clauses

هدف از پژوهش حاضر، تبیین ماهیت، انواع و ویژگی‌های داوری تخییری و تمیز آن از داوری اختیاری است. اگرچه داوری تخییری در نظام حقوقی ایران چندان توسعه نیافته است، در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی نه تنها اعتبار شروط داوری تخییری محرز است، بلکه این نوع داوری خود انواع و اقسام گوناگونی نیز دارد. این تحقیق می‌کوشد تا ضمن بیان اقسام مختلف داوری تخییری، زوایای مختلف آن را نیز به تصویر بکشد.

۱. مفهوم داوری تخییری و تمیز آن از داوری اختیاری

داوری تخییری نوعی از داوری است که به موازات تعیین شیوه اصلی حل اختلاف از میان داوری و دادرسی، برای طرفین یا یکی از آن‌ها حق اقامه دعوا در مرجع دیگر را نیز به رسمیت می‌شناسد. به دیگر سخن، ذی‌نفع شرط داوری تخییری می‌تواند در زمان حدوث اختلاف، یکی از مراجع داوری یا دادگاه را برای اقامه دعوی برگزیند. در متون حقوقی فارسی داوری تخییری با داوری اختیاری^۱ خلط شده و برای آن عبارات «شرط داوری اختیاری»^۲ به کار رفته است. استعمال واژه «اختیاری» نه تنها با ماهیت داوری تخییری و اعطای اختیار گزینش مرجع رسیدگی مغایرت دارد، بلکه با داوری اختیاری به معنای مصطلح کلمه نیز متعارض است. شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مواجهه با چنین توافقی نیز از اصطلاح «تخییر» استفاده کرده است.^۳

۲. انواع داوری تخییری

داوری تخییری ممکن است مبتنی بر آزادی انتخاب مرجع رسیدگی برای هر دو طرف یا تخییر دوجانبه^۴ و متوازن برقرار شود^۵ یا فقط برای یکی از طرفین به‌طور یک‌جانبه پیش‌بینی

۱. سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، اعتبار شروط یک‌طرفه تعیین صلاحیت داوری در داوری

تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۰، بهار - تابستان ۱۳۹۸، ص ۳۵۹.

۲. خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی: بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی، جلد ششم، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷، ص ۱۸.

۳. این رأی در بخش بعدی مقاله و در بررسی موضع حقوق ایران ارزیابی شده است.

4. Bilateral or Symmetric (Optional) Arbitration Clause

5. Westfäl-Larsen & Co A/S v. Ikerigi Compania Naviera SA (The Messiniaki Bergen) [1983] 1 All ER 382; See also Thermodyn v. M-Real Alizay, French Supreme Court, Cass Civ. 1ère, 12 June 2013, in: Willems, J. Y. *The Arbitrator's Jurisdiction at Risk: The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements*, 1 May 2019, pp. 8-9, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3362746; June 5, 2022

شده باشد که از آن تحت عنوان شرط داوری تخییری یک‌جانبه^۱ یا نامتوازن^۲ یاد می‌شود.^۳

۲.۱. داوری تخییری متوازن و اثر آن بر صلاحیت مرجع رسیدگی

در موافقت‌نامه‌های داوری تخییری متوازن یا دوجانبه برای هر دو طرف حق انتخاب میان داوری و دادگاه پیش‌بینی شده است.^۴ اگر تخییر به هر دو طرف یا همه طرفین^۵ منتسب باشد، تساوی سلاح‌ها و اختیارات میان طرفین برقرار است و اعتبار چنین موافقت‌نامه‌هایی در هیچ‌یک از نظام‌های حقوقی، مورد مناقشه نیست^۶، زیرا در این وضعیت چالش ناعادلانه بودن قابل طرح نیست و تناظر و تقابل تعهدات نیز نفی نمی‌شود.

سؤال این است که اگر حق تخییر به هر دو طرف اعطا شده باشد و یکی از طرفین به داوری و دیگری به دادرسی رجوع کند، تکلیف طرفین و مراجع رسیدگی چیست؟ به‌ویژه آنکه در این فرض امکان تشتت آرا و لازم‌الاجرا بودن هر دو رأی به دلیل اعمال اختیار قانونی و قراردادی هر یک از طرفین وجود دارد. بر اساس اینکه تراضی بر داوری در اصل مستلزم الزام‌آور بودن ارجاع اختلافات مشمول به داوری است و داوری تخییری یکی از استثنای این اصل است، یکی از نویسندگان^۷ اشاره می‌کند که بیشتر دادگاه‌ها و دیوان‌های داوری حتی با شروط داوری و مقررات مربوط بر اساس همان اصل، قضاوت و تصمیم‌گیری می‌کنند. به اعتقاد ایشان، در چنین مواردی یا باید طرفین به هنگام بروز اختلاف به داوری رجوع کنند و از اقامه دعوا در دادگاه اجتناب ورزند، یا اینکه باید به هر یک از طرفین حق انتخاب برای اقامه دعوا در داوری یا دادگاه قائل شد؛ به‌گونه‌ای که اگر یکی از طرفین به داوری رجوع کند، طرف مقابل باید تابع تصمیم وی

1. One-Sided or One-Way or Nonmutual or Unilateral Optional Arbitration Clause

2. Asymmetric (Optional) Arbitration Clause

۳. برخی در طرح موضوع از عنوان «شرط حل اختلاف یک‌جانبه» یا «شروط یک‌طرفه تعیین صلاحیت داوری» به‌جای عنوان دقیق «شرط داوری تخییری یک‌جانبه» استفاده کرده‌اند. کاربرد «شرط حل اختلاف یا تعیین صلاحیت یک‌جانبه» این معنا را به ذهن متبادر می‌کند که این شرط تنها برای یکی از طرفین تعریف در نظر گرفته شده است و معنای تخییر از آن استنباط نمی‌شود تا بدین ترتیب از سایر انواع داوری‌ها تمیز شود. رک: سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، پیشین، ص ۳۵۹؛ جعفری ندوشن، شهاب، لادن زرین، **بررسی تطبیقی اعتبار شروط حل اختلاف یک‌جانبه**، دوفصلنامه حقوق قراردادهای و فناوری‌های نوین، دوره اول، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹، ص ۲۵۷.

4. Willems, J. Y. *op. cit.*, p. 9.

5. Bilateral Optional Arbitration Clause or Multi-Lateral Option Clauses

6. See e.g., Cass Civ 1, June 12 2013, [2013] I Bull Civ, 121.

7. Born, G. B. *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 789.

باشد. مبنای چنین استنتاجی آن است که توافق بر داوری تخییری در بستری کاملاً غیر الزام‌آور توجیه تجاری برای طرفین ندارد و نمی‌توان پذیرفت که انتخاب شیوه حل اختلاف از میان داوری و دادرسی به هنگام بروز اختلاف انجام گیرد. مطابق این رویکرد، مقررۀ غیر الزام‌آوری که در قالب داوری تخییری هیچ التزامی برای رجوع به داوری برای طرفین در پی ندارد، عبث است و مزیتی برای طرفین ندارد؛ مگر اینکه عبارات کاملاً صریحی خلاف این امر وجود داشته باشد. در بیشتر موافقت‌نامه‌های داوری تخییری با استعمال عباراتی نظیر «طرفین می‌توانند اختلافات خود را به داوری ارجاع کنند»، بر تخییر در انتخاب داوری یا دادرسی اشاره می‌شود؛ ضمن اینکه در تدوین شروط داوری تخییری نباید از واژگانی با بار معنایی احتمالی^۱ استفاده کرد. وانگهی، برای تقلیل موارد تفسیر باید مفاد مربوط از صراحت و قطعیت کافی برخوردار باشند. ترجمان ابهام‌ها در موارد عدم احراز حق تخییر مستلزم تفسیر اراده طرفین است که در صورت تردید، باید به قواعد تفسیر موافقت‌نامه داوری مراجعه کرد.^۲ مطابق رویکرد له داوری، هر اختلافی راجع به قلمرو موافقت‌نامه داوری باید به نفع داوری تفسیر شود. بنابراین، به‌طور کلی، در داوری تخییری متوازن، مبنا داوری است و تفاوتی ندارد که یکی از طرفین پیش یا پس از اقدام طرف دیگر برای اقامۀ دعوا در دادگاه، به داوری متوسل شود. به عبارت دیگر، با وجود شرط داوری تخییری متوازن طرفین هیچ تعهدی برای رجوع به داوری ندارند، اما به‌محض انتخاب داوری از جانب یکی از طرفین، تعهد به داوری لازم‌الاتباع خواهد بود؛ حتی اگر طرف دیگر پیش‌تر اقدام به اقامۀ دعوا در دادگاه کرده باشد.^۳ پذیرش این رویکرد نه‌تنها با نگرش له داوری هم‌سو است، از آن جهت نیز ثمربخش است که مانع از طرح دعاوی موازی یا مرتبط در مراجع مختلف می‌شود. مبرهن است که اگر یکی از طرفین پیش از آنکه طرف مقابل به داوری رجوع کند، در دادگاه اقامۀ دعوا کند، مرتکب نقض شرط داوری نشده است. این رویکرد در یکی

۱. مانند واژه May.

۲. شعاریان، ابراهیم، ساناز نیک‌زمان اصل، رویکردها و ضوابط حاکم بر تفسیر موافقت‌نامه داوری

داخلی و بین‌المللی، مطالعات حقوقی معاصر، دوره ۱۱، شماره ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۹، صص ۸۸-۱۵۱.

3. Patil, S. "Unilateral Option Clauses: The Way Forward", *Christ University Law Journal*, Vol. 7, No. 2, 2018, p. 46.

از پرونده‌های سال ۲۰۱۶^۱ اتخاذ شد که در آن مطابق شرط داوری مقرر در قرارداد، هر یک از طرفین می‌توانست اختلاف حادث را به داوری ارجاع کند. در این پرونده بر اساس ماده (۲) ۶ آیین داوری جزایر ویرجین انگلیس (BVI)^۲ اعلام شد که هرچند خواهان با اقامه دعوا در دادگاه مرتکب نقض موافقت‌نامه داوری تخییری نشده است، طرف مقابل می‌تواند با مطالبه توقف جریان دادرسی، اختلاف را به داوری ارجاع کند.

پیش‌تر نیز در پرونده دیگری در سال ۲۰۰۷^۳ دادگاه منطقه‌ای فلوریدا اظهار داشت که علی‌رغم استدلال خواهان مبنی بر تخییری بودن داوری با استناد به عبارت «می‌توانند»، استعمال این عبارت به طرفین حق اجتناب از داوری را اعطا نمی‌کند. در این پرونده، دادگاه به پرونده دیگری در سال ۱۹۸۲^۴ استناد می‌کند که مطابق استدلال مقرر در آن، واژه «May» در شرط داوری با عبارات الزام‌آور برای رجوع به داوری تفاوتی ندارد و همان بار معنایی لازم‌الاتباعی را در پی دارد که واژه «Shall» واجد آن است. در نتیجه، هر یک از طرفین که به داوری رجوع کند، می‌تواند بر حل‌وفصل اختلاف از طریق داوری اصرار ورزد. به همین ترتیب، در پرونده دیگری^۵ اعلام شده است که استفاده از واژه «می‌توانند» برای کنار نهادن فرضی که طرفین آزادانه می‌توانند آیین‌های داوری مقرر در قرارداد را کنار بگذارند، کافی نیست. در پرونده‌های دیگری نیز استدلال شده است که باید واژه «May» و توانستن را به بایستن «Must, Shall» و «...» تعبیر کرد.^۶

۲.۲. داوری تخییری نامتوازن و اثر آن بر صلاحیت مرجع رسیدگی

مبرهن است که داوری تخییری، اعم از متوازن و نامتوازن، به جهت اعطای حق انتخاب آزادانه میان داوری و دادرسی از انعطاف‌پذیری بیشتری برخوردار است، زیرا ذی‌حق تخییر

1. Judgment of Anzen Limited and others (Appellants) v. Hermes One Limited (Respondent) (British Virgin Islands), From the Court of Appeal of the Eastern Caribbean Supreme Court (British Virgin Islands), 18 January 2016.

2. British Virgin Islands Arbitration Ordinance 1976 (Cap 6) (BVI Act)

3. Conax Florida Corp v. Astrum Ltd 499 F Supp 2d 1287 (2007).

4. Ziegler v. Knuck, 419 So 2d 818, 819 (Fla App 1982).

5. Allis-Chalmers Corp v. Lueck, 471 US 202, 204 n 1, 1985.

6. Deaton Truck Line, Inc. v. Local Union 612, 314 F 2d 418, 422 (5th Cir 1962).

در این پرونده مقرر شده است که واژه «May» باید به نحوی تفسیر شود که به هر یک از طرفین متضرر اختیار الزام به داوری را اعطا کند.

می‌تواند با سنجیدن اوضاع و احوال حاکم بر روابط قراردادی خود، نوع اختلاف و حتی شدت و ضعف آن، شیوه مناسب حل اختلاف را برگزیند. اگر ذی‌نفع به دنبال شیوه حل اختلاف سریع و غیررسمی باشد، داوری شیوه مناسبی است. در مقابل، دادرسی در دادگاه به جهت امکان دسترسی به سازوکارهای شکلی، نظیر درخواست‌های مقدماتی، تأمین دلیل گسترده و تجدیدنظرخواهی، می‌تواند شیوه مرجع برای حل برخی دیگر از اختلافات باشد؛ چراکه اغلب این سازوکارها همواره در داوری قابل اعمال نیستند.^۱ بر همین اساس، امروزه داوری تخییری، به‌ویژه داوری تخییری یک‌جانبه، در حوزه ساخت‌وساز و معاملات بانکی و مالی کاربرد بیشتری دارد تا ارائه‌کنندگان تسهیلات و خدمات بتوانند با سنجش اوضاع و احوال حاکم و با حصول اطمینان از استرداد منابع مالی خود، حسب مورد، به داوری یا دادرسی تمسک جویند. درج شروط داوری تخییری نامتوازن در قراردادهای اجاره، قراردادهای کار و قراردادهای اجاره کشتی نیز در حال گسترش است.^۲

آغاز جریان دادرسی از سوی غیرذی‌نفع شرط داوری تخییری یک‌جانبه مانع از استناد ذی‌نفع به حق خود برای رجوع به داوری نخواهد بود. در نتیجه، دادگاه باید صلاحیت خود را برای رسیدگی به دعوای اقامه‌شده به نفع جریان داوری رد کند. اما اگر ذی‌نفع شرط داوری تخییری یک‌جانبه، در مقام خواهان اقدام کند، می‌تواند بنا به صلاحدید خود در دادگاه یا داوری اقامه دعوا کند. در هر صورت، طرف مقابل به انتخاب وی ملتزم خواهد بود.^۳ در داوری تخییری یک‌جانبه، ذی‌نفع شرط داوری ضمن اینکه از حق انتخاب بین دو مرجع رسیدگی (داوری و دادرسی) برخوردار است، شاید واجد این حق نیز باشد که اگر دادرسی را انتخاب کند، حق انتخاب بین دادگاه‌های ملی مختلف را داشته باشد.^۴ شایان ذکر است که تخییر در انتخاب داوری یا دادرسی ممکن است در خصوص برخی اختلافات خاص برای ذی‌حق تخییر پیش‌بینی شود و نه تمام اختلافات ناشی از رابطه حقوقی پایه.^۵

1. Van Zelst, B. "Unilateral Option Arbitration Clauses: An Unequivocal Choice for Arbitration under the ECHR?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, Vol. 25(1), p. 79.

2. Draguiev, D. "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability", *Journal of International Arbitration*, Vol. 31, No. 1, 2014, p. 21.

3. Van Zelst, B. *op. cit.*, p. 78.

4. Girsberger, D. & Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3rd ed., Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016, p. 70.

5. *Ibid.*

۲.۲.۱. انواع شرط داوری تخییری نامتوازن: شرط داوری یک‌جانبه و شرط دادرسی یک‌جانبه

بر سر شرط داوری تخییری نامتوازن از حیث اولویت و شیوه اصلی حل و فصل اختلاف ممکن است به دو شکل توافق حاصل شود: شرط داوری یک‌جانبه و شرط دادرسی یک‌جانبه. شرط داوری تخییری نامتوازن به شکل شرط داوری یک‌جانبه^۱ به وضعیتی اطلاق می‌شود که دادرسی شیوه پیش‌فرض حل و فصل اختلاف تعیین می‌شود، اما به یکی از طرفین حق تخییر در انتخاب داوری به‌مثابه سازوکار استثنائی حل اختلاف اعطا می‌شود.^۲ در این فرض، برای یکی از طرفین تنها امکان طرح دعوا در دادگاه وجود دارد، اما طرف مقابل می‌تواند به داوری یا دادگاه رجوع کند.

در مقابل، شروط دادرسی یک‌جانبه^۳ اولاً و بالذات متضمن حل و فصل اختلاف از طریق داوری هستند، اما یکی از طرفین می‌تواند دعوای خود را در دادگاه اقامه کند.^۴ به بیان دیگر، در این فرض ذی‌نفع می‌تواند حل و فصل اختلاف را از طریق داوری یا دادرسی دنبال کند، اما برای طرف مقابل تنها حل اختلاف از طریق داوری میسر است. در اغلب شروط داوری نامتوازن، داوری به‌منزله شیوه اصلی حل اختلاف تعیین می‌شود و برای یکی از طرفین حق رجوع به دادرسی محفوظ می‌ماند.^۵

۲.۲.۲. اثر اعمال حق تخییر ذی‌نفع شرط داوری تخییری نامتوازن

ذی‌نفع شرط داوری تخییری نامتوازن می‌تواند حق انتخاب خود را هنگام اقامه دعوا و در مقام خواهان یا پس از آغاز جریان رسیدگی از جانب طرف مقابل و در مقام خوانده اعمال کند. در فرض اخیر، فرایند رسیدگی آغاز شده به دست غیر ذی‌نفع، با اعمال حق تخییر ذی‌نفع باید متوقف شود، منوط بر اینکه ذی‌نفع تخییر به‌موقع اقدام لازم را به عمل آورد.^۶ بنابراین، اگر غیر ذی‌نفع یک موافقت‌نامه داوری نامتوازن جریان دادرسی را آغاز کند، ذی‌نفع می‌تواند با استناد به داوری از دادگاه بخواهد که اختلاف را به داوری ارجاع کند. همچنین،

1. Unilateral Arbitration Agreements

2. Malyuta, P. "Compatibility of Unilateral Option Clause with the European Convention on Human Rights", *University College London Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 8, Issue 1, 2019, pp. 1 & 3.

3. Unilateral Litigation Agreements

4. *Ibid.*

5. Friedland, P. D. *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2nd ed., New York: JurisNet, LLC, 2007, p. 115.

6. *Ibid.*

اگر غیر ذی‌نفع یک شرط دادرسی یک‌جانبه جریان داوری را آغاز کند، ذی‌نفع می‌تواند با استناد به حق تخییر خود دادرسی را انتخاب کند و از دیوان داوری بخواهد که با رد صلاحیت از خود، جریان داوری را متوقف سازد.^۱ در عمل، تفاوت معناداری میان شرط داوری یک‌جانبه و شرط دادرسی یک‌جانبه برای غیر ذی‌نفع وجود ندارد؛ سرانجام انتخاب نهایی مرجع رسیدگی با ذی‌نفع است.^۲

نظر به اینکه داوری تخییری هنوز به بلوغ کامل نرسیده و زوایای گوناگون آن تحلیل نشده است، چگونگی اعمال حق تخییر و اثر آن ابهام دارد. در یکی از پرونده‌های راهبردی در نظام حقوقی انگلیس^۳ با اعمال حق تخییر بعد از اقامه دعوا از سوی غیر ذی‌نفع در دادگاه، وی استدلال کرد که ذی‌نفع شرط داوری تخییری تعهد به حضور در دادگاه و دفاع دارد و ذی‌نفع تنها در مقام خواهان می‌تواند حق تخییر خود را به‌طور مستقیم اعمال کند. این استدلال بر استعمال واژه «Bringing» به جای واژه «Refering» بنا شده است. دادگاه انگلیس در رد این استدلال، نخست اعلام می‌کند که استناد به تفاوت معنایی واژگان مذکور، نوعی بازی با کلمات است. دوم آنکه، شرط داوری تخییری نامتوازن یک شرط نامحدود و دائمی نیست و اگر غیر ذی‌نفع که تنها می‌تواند در دادگاه اقامه دعوا کند، جریان دادرسی را آغاز کند و ذی‌نفع در این جریان دادرسی گامی بردارد و اقدام به دفاع ماهوی کند، مبین تسلیم در برابر صلاحیت دادگاه و اسقاط حق تخییر است. مضاف بر این، اگر ذی‌نفع به نحو دیگری با ادله معقول این باور را در غیر ذی‌نفع ایجاد کند که از حق تخییر خود چشم‌پوشی کرده است، امکان اعمال حق تخییر منتفی خواهد شد. به عبارت دیگر، اگر قرائن و اماراتی در بحث‌های پیش از جریان رسیدگی مبنی بر اسقاط حق تخییر وجود داشته باشد، باید به آن توجه کرد و حکم به اسقاط حق تخییر داد. بدین ترتیب، اگر ذی‌نفع به دنبال ابقای حق تخییر خود باشد، باید به محض آغاز جریان دادرسی، تقاضای رد صلاحیت از دادگاه، توقف جریان رسیدگی و ارجاع دعوا به داوری را مطرح کند و دادگاه مکلف به توقف رسیدگی و رد صلاحیت از خود است.

1. Debenture Trust Corp plc v. Elektrim Finance BV and others [2005] 1 All ER (Comm) 476 [493]; Malyuta, P. *op. cit.*, p. 4; Van Zelst, B. *op. cit.*, pp. 78-80.

2. Malyuta, P. *op. cit.*, p. 22.

3. NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd [2004] EWHC (Comm.) (English High Ct.).

در پرونده مذکور، قاضی اعلام می‌کند که برای جلوگیری از تضرر غیر ذی‌نفع و نیز حذف هرگونه عنصر غافلگیرکننده علیه ذی‌نفع، غیر ذی‌نفع باید پیش از اقامه دعوا در دادگاه، با ذی‌نفع در خصوص مرجع رسیدگی رایزنی و شور کند.^۱ در این فرض، مشکلی که شاید گریبان‌گیر طرف غیر ذی‌نفع باشد، پاسخ‌گو نبودن ذی‌نفع است.

۳. چالش‌های داوری تخییری نامتوازن

پذیرش داوری تخییری به‌منزله یکی از انواع داوری‌های خاص و نو در میان صاحب‌نظران و نظام‌های حقوقی با چالش‌هایی مواجه است که گاه مبنای نفی اعتبار آن‌ها واقع می‌شوند. این چالش‌ها تنها ناظر بر اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن است، زیرا ادعا می‌شود که در این شیوه، توازن قراردادی به هم می‌خورد و اصل برابری طرفین مخدوش می‌شود.

۳.۱. ناعادلانه بودن

ناعادلانه^۲ بودن موافقت‌نامه داوری تخییری یک‌جانبه یکی از ادله مخالفان اعتبار آن است. این استدلال بر توجه نکردن به اصل حاکمیت اراده در طراحی توافق بر داوری و نوع آن بنا شده است. شرط داوری تخییری یک‌جانبه^۳ بخشی از معامله طرفین و انعکاسی از قدرت چانه‌زنی خاص ایشان است؛ به‌ویژه اینکه در خصوص طرفین ماهر در انعقاد قرارداد، رابطه تجاری شکل گرفته حاکی از آن است که طرفین چنین شیوه‌ای را که نماد بارز اعمال اصل حاکمیت اراده در تعیین سازوکار حل‌وفصل اختلافات است،^۴ برگزیده‌اند؛ مگر در مواردی که پیش‌بینی چنین شرطی بر اساس قانون حاکم ناعادلانه باشد.^۵ همچنین، اگرچه شرط داوری تخییری یک‌جانبه ذاتاً نامتعادل است، در قراردادهای تجاری همواره شروط نامتعادل و نامتوازی وجود دارد. به نظر می‌رسد موافقت‌نامه داوری نامتوازن به‌اندازه شروط نامتوازن ناظر بر تعهدات قرارداد پایه اهمیت ندارد، زیرا شرط داوری فقط راجع به مرجع حل اختلاف است و ارتباطی به تعهدات متقابل قراردادی پایه ندارد تا ناعادلانه بودن آن اهمیت زیادی داشته باشد. با این حال، نظم عمومی یا

1. Nesbitt, S. & Henry Quinlan, "The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses", *Arbitration International*, Vol. 22, Issue 1, 2006, p. 148.

2. Unconscionability

3. Unilateral Option Clause

4. *Ibid.*, p. 148.

5. Born, G. B. *op. cit.*, p. 867.

ملاحظات دیگر در برخی حوزه‌های قضایی ممکن است مستلزم آن باشد که انواع خاصی از مقرره‌های یک‌جانبه راجع به دسترسی به آیین‌های حل و فصل اختلاف، ناعادلانه تلقی شوند.^۱ به‌طور کلی، مبانی چندانی وجود ندارد که مثبت ناعادلانه بودن موافقت‌نامه‌های داوری نامتوازن باشد. حق یکی از طرفین برای انتخاب یک‌جانبه از میان دو مرجع خنثی (داوری یا یک دادگاه ملی) برای اقامه دعوا، مزیت شکلی مهمی است و اعطای چنین مزیتی به یکی از طرفین منجر به مضرات ناعادلانه برای طرف مقابل نمی‌شود.^۲

۳.۲. رعایت نکردن اصل تقابل

دومین استدلال در نقد داوری تخییری نامتوازن رعایت نکردن اصل تقابل^۳ یا معوض بودن است. مطابق دکترین تعهد متقابل یا باید هر دو طرف ملتزم به امری شوند یا اینکه بر هیچ‌یک الزامی بار نشود.^۴ برخی از محاکم ایالات متحده با استناد به این دکترین از اجرای شرط داوری تخییری یک‌جانبه اجتناب کرده‌اند. حوزه چهارم دادگاه تجدیدنظر ایالات متحده اعلام کرد قرارداد ساخت‌وسازی که متضمن شرط داوری تخییری یک‌جانبه است، قابل اجرا نیست، زیرا در چنین موافقت‌نامه‌هایی تقابل و برابری عوضین محقق نمی‌شود.^۵ بر اساس تصمیم اتخاذی دادگاه عالی کالیفرنیا،^۶ آن قبیل از شروط داوری که حداقل میزان تعهد متقابل در آن‌ها رعایت نشده باشد، ناعادلانه هستند؛ مگر آنکه تجارت موجود بتواند این فقدان تقابل را توجیه کند. به نظر دادگاه بدون وجود توجیه معقول برای فقدان تقابل، داوری بیش از آنکه یک مرجع خنثی برای حل اختلاف باشد، ابزاری برای افزایش مزایای ذی‌نفع شرط داوری تخییری نامتوازن خواهد بود.^۷

1. Cheung, Kevin, **Unilateral Option Clauses to Arbitration: The Debate Continues**, February 25, 2020, available at:

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/25/unilateral-option-clauses-to-arbitration-the-debate-continues/>; June 5, 2022

2. Born, G. B. *op. cit.*, p. 867, Endnote No. 1269.

3. The Principle of Mutuality

4. Nassar, Yassar, **Are Unilateral Option Clauses Valid?**, October 13, 2018, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/13/are-unilateral-option-clauses-valid/>; June 5, 2022

5. Noohi v. Toll Bros. Inc., 708 F.3d 599 (4th Cir. 2013). See also United States ex rel. Birkhead Elec., Inc. v. James W. Ancel, Inc., WDQ-13-2498 (D. Md. Jun. 5, 2014).

6. Armendariz v. Found. Health Psychcare Servs., Inc., 6 P.3d 669, 692 (Cal. 2000).

7. Drahozal, C. R. "Nonmutual Agreements to Arbitrate", *the Journal of Corporation Law*, Vol. 27, 2002, p. 552.

در پرونده دیگری^۱ دادگاه عالی مریلند اظهار داشت که شرط داوری تخییری نامتوازن در یک قرارداد فرعی ساخت‌وساز اجرائشده نیست، زیرا فاقد عوض متقابل است و در مقابل تعهد پیمانکار فرعی، تعهدی برای پیمانکار اصلی ایجاد نمی‌کند. همین رویکرد در نظام حقوقی هند از سوی دادگاه عالی دهلی اتخاذ شده است.^۲

۴. موضع نظام‌های حقوقی ملی

امروزه اغلب نظام‌های حقوقی با سعه صدر انواع خاص داوری، از جمله داوری تخییری را به رسمیت می‌شناسند، اما برخلاف موافقت‌نامه‌های داوری تخییری متوازن، هنوز هم اعتبار توافق بر داوری تخییری نامتوازن در برخی نظام‌های حقوقی به رسمیت شناخته نمی‌شود. در مقابل، برخی دیگر از نظام‌های حقوقی با اتخاذ رویکرد حمایتی از داوری و پاسخ مستدل و منفی به چالش‌های مطروح، اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری را تصدیق کرده‌اند.

۴.۱. نظام‌های حقوقی مخالف اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن

برخی نظام‌های حقوقی، اعتبار توافقی‌های داوری تخییری نامتوازن را نفی می‌کنند. علت عمده مخالفت، ناعادلانه بودن یا نقض برابری طرفین در چنین موافقت‌نامه‌هایی است.

۴.۱.۱. نظام حقوقی فرانسه

یکی از آرای صادره از دیوان عالی فرانسه، این قبیل شروط را به دلیل اینکه به اندازه کافی دقیق و پیش‌بینی‌شدنی نیستند، فاقد اعتبار دانسته است.^۳ همچنین، دیوان عالی فرانسه در پرونده‌ای دیگر^۴ مقرر داشته که شرط تخییری یک‌جانبه شرط ارادی^۵ است و اجرای قرارداد را منوط به اعمال اراده یکی از طرفین کرده و از همین رو فاقد اعتبار است.^۶ استدلال اصلی دیوان

1. United States ex rel. Birkhead Elec., Inc. v. James W. Ancel, Inc., (2014) WL 2574529 (D. Md. June 5, 2014).

2. Union of India v. Bharat Engineering Corporation ILR 1977 Delhi 57.

3. Cour de cassation, 25 March 2015, Decision No. 415 (13-27. 264).

4. *Mme X v. Banque Privée Edmond de Rothschild Europe (Societe)* [2013] I.L.Pr. 12 (26 September 2012).

5. Potestative Condition

6. Scherer, Maxi & Sophia Lange, *The French Rothschild Case: A Threat for Unilateral Dispute Resolution Clauses?*, July 18, 2013, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/07/18/the-french-rothschild-case-a-threat-for-unilateral-dispute-resolution-clauses/>; June 5, 2022

عالی فرانسه در اعلام اعتبار نداشتن یک شرط تعیین صلاحیت^۱ یک‌جانبه، استناد به ماده ۲۳ مقررۀ شماره ۴۴/۲۰۰۱ شورای اتحادیۀ اروپا به تاریخ ۲۲ دسامبر ۲۰۰۰ راجع به صلاحیت، به رسمیت شناختن و اجرای احکام در امور مدنی و تجاری (مقررۀ بروکسل)^۲ بوده است. نقدی که بر رویکرد اتخاذی در پروندۀ «روتچیلد» وارد شده است اینکه دیوان عالی فرانسه دقت کافی به قسمت اخیر ماده ۲۳ مقررۀ بروکسل نداشته که مطابق آن تعیین صلاحیت انحصاری است؛ «مگر اینکه طرفین به نحو دیگری تراضی کرده باشند.» از همین رو، ماده ۲۳ مقررۀ بروکسل حق طرفین را برای تصریح به انتخاب غیرانحصاری در موافقت‌نامه‌های تعیین صلاحیت به رسمیت می‌شناسد.^۳ پروندۀ روتچیلد منجر به اصلاح مقررۀ بروکسل شد^۴ که مقررۀ اصلاحی از ۱۰ ژانویۀ ۲۰۱۵ اجرایی شده است. این مقررۀ برخلاف سلف خود (مقررۀ بروکسل ۲۰۰۱) که موضوع اعتبار شروط تعیین صلاحیت را مطرح نمی‌کرد، در ماده ۲۵ اصلاحی مقرر می‌دارد که موضوع اعتبار شروط مورد بحث باید بر اساس قوانین دولت‌های عضو که دادگاه‌های آن‌ها بر اساس شرط یک‌جانبه صالح شناخته شده‌اند، ملاحظه شود.

البته رویکرد نظام حقوقی فرانسه در خصوص اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری چندان روشن نیست. پیش از رأی صادره در پروندۀ روتچیلد، دیوان عالی در پرونده‌های دیگر^۵ رویکرد متناقضی اتخاذ کرده بود. در این پرونده‌ها دیوان عالی فرانسه اعلام کرده بود که با دلالت قصد مشترک طرفین بر اعطای حق تخییر تنها به یکی از طرفین، چنین شرطی (شرط داوری تخییری یک‌جانبه) را نمی‌توان سزاوار ایراد و اعتراض دانست.

پس از پروندۀ روتچیلد نیز دیوان عالی فرانسه در پروندۀ دیگری^۶ به اعتبار شروط تعیین صلاحیت یک‌طرفه^۷ رأی داد؛ منوط بر آنکه پیش از آغاز جریان رسیدگی هر یک از طرفین بتواند حوزه قضایی خاصی را که ممکن است برای رسیدگی به اختلافات بالقوه صلاحیت داشته باشد،

1. Jurisdictional Clause

2. Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22nd December, 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels Regulation)

3. Scherer, Maxi & Sophia Lange, *op. cit.*

4. Regulation No. 1215/2012 (Recast Brussels Regulation)

5. Societe Sicaly v. Societe Grasso Stacon NV, 1974 I No. 143 p. 122 Cass. Civ. See also Societe Coignet v. COMIT, Bull. 1990 I No. 273, p. 193, Cass. Div.

6. Apple Sales International v. eBizcuss, Cass. 1ere Civ., 7 October 2015, 14-16.898.

7. Asymmetrical Jurisdiction Clauses

تعیین کند. در این پرونده، دیوان عالی اعلام کرد که شرط صلاحیت یک‌جانبه، الزام به قابلیت پیش‌بینی مقرر در ماده ۲۵ نسخه اصلاحی مقرر بروکسل را تأمین می‌کند و اگر شروط تعیین صلاحیت یک‌طرفه با این معیار مطابقت داشته باشند، اجراشدنی خواهند بود. اگرچه رأی اخیر اختصاص به شروط داوری تخییری یک‌جانبه ندارد، می‌توان در تحلیل رویکرد دادگاه‌های فرانسه درباره موضوع مشابه در داوری نیز به آن استناد کرد. برخی نویسندگان^۱ معتقدند که رأی اخیر در راستای روشن‌گری راجع به تصمیم اتخاذی در پرونده روتچیلد صادر شده است؛ به این معنا که انتخاب دادگاه صالح به صلاحدید ذی‌نفع شرط یک‌جانبه منوط نشده، بلکه پیش‌تر تعیین می‌شود که کدام دادگاه صالح به رسیدگی به اختلافات احتمالی است. به عبارت دیگر، دیوان عالی فرانسه در تصمیم اتخاذی خود در سال ۲۰۱۵ از دکتترین اعمال تخییر یک‌جانبه به دکتترین «قابلیت پیش‌بینی»^۲ عزیمت کرده است که سبب می‌شود انتخاب مرجع صالح در کنترل انحصاری ذی‌نفع شرط تخییری نباشد. بدین ترتیب، برخی نویسندگان^۳ در پرتو تصمیم اتخاذی اخیر دیوان عالی فرانسه معتقدند که موافقت‌نامه‌های داوری تخییری یک‌جانبه را باید در این کشور معتبر دانست؛ مشروط بر اینکه حق انتخاب اعطاشده به ذی‌نفع به شکل عینی محدود و پیش‌بینی‌شدنی باشد.

۴.۱.۲. نظام حقوقی لهستان

موضع نظام حقوقی لهستان در خصوص اعتبار شروط داوری تخییری نامتوازن با استناد به نقض اصل برابری طرفین منفی است. در سال ۲۰۰۵ مقررات داوری این کشور که در بخش پنجم قانون آیین دادرسی مدنی لهستان گنجانده شده است،^۴ بازنگری شد. مقررات بخش داوری عیناً از قانون نمونه «آنسیترال» اقتباس شده، اما یک استثنا دارد؛ به تصریح بند ۲ ماده ۱۱۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی لهستان^۵ اگر مفاد موافقت‌نامه داوری ناقض اصل برابری طرفین^۶ باشد،

1. Tarh-Akong Eyongnd, D. "Enforcement of Asymmetrical Arbitration Clauses in Nigeria: A Peep into Other Jurisdictions", *BiLD Law Journal*, Vol. 5, No. 2, 2020, p. 47.

2. Predictability

3. Ashford Fciarb, P. "Is an Asymmetric Disputes Clause Valid and Enforceable?", *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 86, Issue 3, 2020, p. 361.

4. The Fifth Part of the Polish Code of Civil Procedure (CCP), Arts. 1154-1217.

5. The Procedural Civil Code of the Republic of Poland

6. The Principle of Equality of the Parties

فاقد اعتبار است؛ به‌ویژه اگر تنها برای یکی از طرفین حق انتخاب مرجع داوری یا دادرسی اعطا شده باشد. این مقرر یک مانع قانونی مستقیم در برابر شروط داوری یک‌جانبه در لهستان است.

۴.۱.۳. نظام حقوقی روسیه

روسیه با استناد به ناعادلانه بودن شروط داوری تخییری نامتوازن، در قبال اعتبار این شروط رویکردی منفی اتخاذ کرده است. در این کشور شروط مذکور تنها در صورتی واجد اعتبار هستند که حق تخییر به خواهان اعطا شده باشد؛ فارغ از اینکه خواهان کدام یک از طرفین باشد. در ۲۶ دسامبر ۲۰۱۸ هیئت‌رئیسۀ دادگاه عالی روسیه با انتشار «خلاصه مجموعه رویۀ قضایی راجع به مساعدت قضایی و کنترل بر داوری داخلی و بین‌المللی»^۱ اعلام کرد که شرط تخییری یک‌جانبه، اصول رقابت‌پذیری و برابری حقوق طرفین را نقض می‌کند و نامعتبر است. بنابراین، طرفین در انتخاب مرجع مورد تراضی در شرط حل اختلاف تخییری دارای حقوق برابر هستند.^۲ همین رویکرد در دادگاه عالی داوری تجاری فدراسیون روسیه^۳ نیز اتخاذ شده است.^۴ با این حال، رویۀ قضایی اخیر در روسیه حاکی از آن است که دادگاه‌های این کشور به‌جای سلب اعتبار از تمام موافقت‌نامۀ داوری تنها بخش نامتوازن موافقت‌نامۀ داوری را ابطال می‌کنند.^۵

۴.۲. نظام‌های حقوقی موافق اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن

موافقان داوری تخییری نامتوازن هیچ‌یک از ادله مخالفان را در توجیه عدم اعتبار این شروط نمی‌پذیرند. رواج شروط یک‌جانبه در بازارهای مالی و تضمین امکان اجرایی بودن تعهدات مدیون در سایر کشورها از رهگذر این شروط، مؤید اعتبار آن‌ها است. همچنین احتمال دارد که امتیاز

1. A Digest of Court Practice Relating to Judicial Assistance and Control over Domestic and International Arbitration

2. Gridasov, Alexander & Maria Dolotova, **Unilateral Option Clauses: Russian Supreme Court Puts an End to the Long-Lasting Discussion**, Herbert Smith Freehills LLP, May 7, 2019, available at:

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/07/unilateral-option-clauses-russian-supreme-court-puts-an-end-to-the-long-lasting-discussion/>; June 5, 2022

3. Supreme Arbitrazh (Commercial) Court of the Russian Federation

4. Decision of Presidium of Supreme Arbitrazh Court in: CJSC Russian Telephone Co. v. Sony Ericsson Mobile Telecommunications Russia LLC., case No. 1831/12, A40-49223/11-112-401, June 19, 2012.

5. Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 46-KG16-29, Nov. 29, 2016; Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 310-EC14-5919, Case No. A62-1635/2014, May 27, 2015.

شرط داوری یک‌جانبه، طی مذاکرات پیش‌قراردادی، در مقابل امتیاز اعطایی به طرف دیگر در قرارداد پایه پیش‌بینی شده باشد. بنابراین، در تبیین اصل تقابل اکتفا به ظاهر شرط نامتوازن بدون توجه به قرارداد پایه کافی نخواهد بود.

بدین ترتیب، اغلب حوزه‌های قضایی با وضع مقررات داوری و تغییر رویکردهای حاکم به این شروط اعتبار می‌بخشند. نمونه بارز آن، ماده (۶) ۱۴ مقررات داوری بازار جهانی ابوظبی (۲۰۱۵)^۱ است که به اعتبار شروط داوری تخییری نامتوازن تصریح دارد.

۴.۲.۱. نظام حقوقی انگلیس

نمود بارز تأیید اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن، رویه قضایی انگلیس است. از سال ۱۹۸۶ و متعاقب رسیدگی به پرونده «پیتالیس»^۲ اصل تقابل کنار گذاشته شد و لازم نیست طرفین بر اساس یک شرط حل اختلاف از حقوق برابر برخوردار باشند. بنابراین، موافقت‌نامه‌های داوری تخییری یک‌جانبه معتبر شناخته می‌شوند و اعطای حق انتخاب مرجع رسیدگی به یکی از طرفین مشکلی ایجاد نمی‌کند.^۳ مطابق تصمیمات اتخاذی اخیر در انگلیس احترام به اصل حاکمیت اراده در کیفیت حل‌وفصل اختلافات اولویت دارد و شرط داوری تخییری به‌اندازه‌ای ناعادلانه تلقی نمی‌شود که با آن مقابله شود.^۴ برای نمونه، در یکی از پرونده‌ها، دادگاه عالی انگلیس در حمایت از شرط داوری تخییری نامتوازن، حکم به توقف جریان دادرسی در دادگاه انگلیسی داد و استدلال کرد که ذی‌نفع مختار به انتخاب داوری نیست و حتی اگر طرف مقابل پیش‌تر اقدام به اقامه دعوا در دادگاه کرده باشد، انتخاب ذی‌نفع برای رجوع به داوری مقدم خواهد بود.^۵

۴.۲.۲. نظام حقوقی سنگاپور

در نظام حقوقی سنگاپور برای نخستین بار دادگاه تجدیدنظر این کشور در دعوایی^۶ اقدام به تأیید اعتبار یک شرط داوری تخییری کرد. این دادگاه اعلام کرد که در تعیین و اثبات اعتبار

1. The Abu Dhabi Global Market (ADGM) Arbitration Regulations 2015, Amendment No. 1 2020
 2. *Pittalis v. Sherefettin* [1986] 1 QB 868 [Hereinafter *Pittalis*].
 3. Bevan, Alex, **Optional Arbitration Agreements: The English Position**, Published at 30/11/2011, available at: <https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/optional-arbitration-agreements-the-english-position>: June 5, 2022
 4. Girsberger, D. & Nathalie Voser, *op. cit.*, p. 70.
 5. *NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd* [2004] EWHC (Comm.) (English High Ct.).
 6. *Dyna-Jet Pte Ltd v. Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd* [2017] SGCA 32.

موافقت‌نامه داور، نامتوازن بودن شرط داور و تخییری بودن کامل داور بدون اینکه تعهدی فوری برای رجوع به داور به طرفین تحمیل کند، فاقد اهمیت است.

۴.۲.۳. نظام حقوقی استرالیا

در نظام حقوقی استرالیا مقرر شده که عبارات «موافقت‌نامه ارجاع اختلافات موجود یا آتی به داور» در ماده ۴ قانون داور تجاری ۱۹۸۵^۱ در معنای طبیعی و متداول خود به‌اندازه کافی موسع است تا موافقت‌نامه‌هایی را نیز در برگیرد که مطابق آن‌ها اگر داور به‌منزله شیوه حل اختلاف انتخاب شود یا برخی وقایع به وقوع بپیوندند یا برخی شرایط محقق شوند، طرفین ملزم به رجوع اختلافات خود به داور هستند؛ حتی اگر تنها یکی از طرفین حق انتخاب داشته باشد یا تنها یکی از طرفین در موقعیتی قرار گرفته باشد که واقعه موردنظر تحت کنترل او باشد یا اینکه شرط مورد نظر را بتواند محقق کند.^۲

۴.۲.۴. نظام حقوقی ایتالیا

در نظام حقوقی ایتالیا اگرچه پرونده‌های متعددی، همانند پرونده روتچیلد در فرانسه، به مقررۀ بروکسل استناد کرده‌اند، استنتاج‌های دادگاه‌های ایتالیا کاملاً مغایر با رویکرد دادگاه‌های فرانسه است. به اعتقاد دادگاه‌های ایتالیا مقررۀ بروکسل حاوی نکته‌ای نیست که بتواند اعتبار و اثربخشی شروط نامتوازن را تحت‌الشعاع قرار دهد.^۳ از همین رو، با استناد به ماده ۱۳۳۱ قانون مدنی ایتالیا به شروط داور تخییری یک‌جانبه در این کشور ترتیب اثر داده می‌شود.

۴.۲.۵. نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا

شمار آرای صادره در مخالفت با اعتبار شروط تخییری نامتوازن در نظام حقوقی ایالات متحده چشمگیر است، اما رویکرد غالب، تأیید اعتبار این شروط است. به‌طور کلی، رویکرد ایالات متحده در قبال این موضوع، متقارن و هماهنگ است. اغلب ایالت‌ها در برخی قراردادهای خاص، نظیر قراردادهای کار، حقوق مصرف‌کننده و استخدام، از اجرای شروط داور تخییری یک‌جانبه اجتناب می‌کنند، اما در حوزه معاملات تجاری اعتبار این شروط را به رسمیت می‌شناسند و آن‌ها

1. Commercial Arbitration Act 1985

2. PMT Partners Pty Ltd v. Australian Nat'l Parks & Wildlife Serv., [1995] 184 CLR 302, ¶18 (Australian High Ct.).

3. Corte di Cassazione judgement No. 2906, October 22, 1970. See also Grinka in liquidazione v. Intesa San Paolo, Corte di Cassazione judgement in case No. 5705, April 11, 2012.

را به همان ترتیبی که پیش‌بینی شده‌اند، اجرا می‌کنند.^۱ با این حال، در یکی از پرونده‌ها دادگاه عالی مونتانا^۲ اعلام کرد که موافقت‌نامه‌های داوری نامتوازن با هدف قانون داوری فدرال^۳ مطابقت ندارد و چنین شروطی به دلیل ناعادلانه و غیرمنطقی بودن، اجرائی نیستند. این ناعادلانه بودن از ماهیت نامتوازن داوری و تمایل طبیعی به رعایت برابری و منع رفتار نابرابر با طرفین ناشی می‌شود. بنابراین، اگر در اوضاع و احوال یکسان یکی از طرفین در جایگاه بهتری قرار می‌گیرد، ناعادلانه تلقی می‌شود.^۴

۴.۳. اعتبار شروط داوری تخییری در نظام حقوقی ایران

در قوانین موضوعه و رویه قضایی ایران تصریحی به این نوع از داوری یا مفاهیم مشابه به شکل بارز دیده نمی‌شود. از همین رو، ممکن است در اعتبار این شروط در نظام حقوقی ایران رویکردهای متفاوت اتخاذ شود. برخی نویسندگان^۵ ضمن توجه به این نوع داوری، ولو با عنوان نادقیق داوری اختیاری، آن را در نظام حقوقی ایران قابل دفاع می‌دانند و برخی دیگر^۶ با طرح ایرادات بالقوه،^۷ احتمال تشست آن را پیش‌بینی کرده‌اند.

نخستین مانع بالقوه در برابر اعتبار موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن در نظام حقوقی ایران مردد بودن عنوان شده است. گفته می‌شود که یکی از شرایط اساسی اعتبار موافقت‌نامه داوری به‌مثابه یک قرارداد، معین بودن موضوع معامله (بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی) است، در

1. Tarh-Akong Eyongnd, D. *op. cit.*, p. 48.

2. Global Client Solutions, LLC v. Ossello, 382 Mont. 345, 367 P.3d 361, 2016 MT 50 (Mont. 2016).

3. Federal Arbitration Act (FAA)

4. See also Bragg v. Linden Research, Inc., 487 F. Supp. 2d 593, 605-11 (E.D. Pa. 2007) (California law); Ticknor v. Choice Hotels International Inc., 265 F.3d 931, 939-40 (9th Cir. 2001) (Montana law).

۵. خدابخشی، عبدالله، پیشین، صص ۹-۱۸؛ جعفری ندوشن، شهاب، لادن زرین، پیشین، صص ۶۶-۲۶۵.

۶. سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، پیشین، صص ۷۷-۳۷۵.

۷. ایراد معلق بودن شرط یک‌طرفه تعیین صلاحیت داوری و اختیاری شدن اجرای قرارداد که از سوی برخی (همان، ص ۳۷۶) مطرح شده است، موجه به نظر نمی‌رسد؛ چراکه در یک عقد معلق تحقق اثر عقد باید ناظر به وقوع یک واقعه خارج از کنترل طرف عقد باشد. در حالی که امکان تعیین صلاحیت از سوی طرف عقد اولاً، تعلیق در اثر عقد نیست، ثانیاً، انتخاب با اراده طرف عقد انجام می‌گیرد و ربطی به حادثه خارج از کنترل ندارد. ایراد اختیاری شدن اجرای تعهد نیز از اساس منتفی است، زیرا شرط داوری از هر نوعی که باشد، برای طرف قرارداد این اختیار را اعطا می‌کند که از ارجاع اختلاف خویش به مرجع تعیین شده خودداری کند؛ چرا که اصولاً اشخاص الزامی برای استیفای حقوق خود از طریق رجوع به مرجع صالح ندارند.

حالی که در موافقت‌نامه داوری تخییری نامتوازن تا زمانی که ذی‌نفع اقدام به انتخاب مرجع صالح نکرده، موضوع موافقت‌نامه داوری تخییری مردد است.^۱ در پاسخ به این اشکال، به علم اجمالی در داوری تخییری یک‌جانبه استناد شده است که رفع غرر کرده و اعتبار این نوع موافقت‌نامه‌های داوری را توجیه می‌کند.^۲

رد ایراد مذکور به‌نحوی که بیان شد میسر نمی‌شود، بلکه معین بودن موضوع معامله، در معنای مردد نبودن، به‌منزله یکی از شروط اساسی اعتبار قرارداد در نظام حقوقی ایران رد می‌شود، زیرا مذاقه در بند ۳ ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴، در جایگاه قانون مادر، نشان می‌دهد که شرط اعتبار عقد «وجود موضوع» برای عقد است و بنا به ادله متعدد قانون‌گذار مدنی ایران در مقام بیان شرایط مورد معامله و لزوم معین بودن موضوع نبوده است.^۳

دوم، داوری تخییری با تعهد تخییری^۴ شباهت دارد. تعهد تخییری آن است که متعهد یا متعهدله در انتخاب و اجرای یکی از دو موضوع تعهد مختار است؛ به‌نحوی که با اجرای هر یک از آن‌ها، به‌طور کامل بری می‌شود. اگرچه قانون مدنی ما حکمی در باب تعهدات تخییری ندارد، برخی نویسندگان^۵ در تأیید اعتبار این نوع تعهدات معتقدند آنچه به نفوذ تعهد صدمه می‌زند، غرر ناشی از معاوضه است نه تعیین فرد موضوع تعهد و اگر موضوع عقد قابل تعیین باشد، برای اجرای آن کافی است. علاوه بر این، اصل تسهیل در روابط معاملاتی و ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی اقتضا می‌کند تعهدات تخییری منشأ اثر و اعتبار باشند؛ به‌ویژه در عقود عهدی که مسئله تملیک هم‌زمان با انعقاد عقد موضوعیت نمی‌یابد.^۶ شایان توجه است که تعهد تخییری و مردد بودن نهادهایی متمایز و مجزا هستند.

۱. سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، پیشین، ص ۳۷۵.

۲. همان، ص ۳۷۶.

۳. برای ملاحظه سایر ادله در این راستا رک: شعاریان، ابراهیم، ابراهیم ترابی، **حقوق تعهدات: مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی**، چاپ دوم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵، صص ۴۰-۲۳۰.

4. Alternative Obligation or Alternative Reference

۵. کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات**، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان ۱۳۸۹.

۶. شعاریان، ابراهیم، ابراهیم ترابی، پیشین، ص ۴۸۱.

موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن به صور مختلف در نظام حقوقی ایران معتبر تلقی شده‌اند. برخی^۱ با استناد به ضرورت‌های زندگی اجتماعی و به دنبال آن اعتبار معاملات اضطراری، صرف نبود تعادل وضعیت قراردادی طرفین در مذاکرات را نافی اعتبار توافقی‌های انجام‌گرفته نمی‌دانند. به‌علاوه، موافقت‌نامه‌های داوری تخییری یک‌جانبه مستوجب سلب حق دادخواهی و دسترسی به عدالت طرف ضعیف‌تر نیستند، بلکه متضمن حق انتخاب‌های بیشتر برای ذی‌نفع هستند. برخی دیگر^۲ با عنایت به پذیرش حاکمیت اراده طرفین در انتخاب داوری و نفی ایرادات بالقوه در خصوص داوری تخییری یک‌جانبه، حکم به اعتبار چنین موافقت‌نامه‌هایی داده‌اند. محاکم نیز به‌صورت غیرمستقیم به چنین موافقت‌نامه‌هایی ترتیب اثر داده‌اند که نمونه بارز آن رویکرد شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۸۰۵ به تاریخ ۱۳۹۳/۶/۲۵ است. مطابق این رویکرد، چنانچه خواهان حق تخییر در انتخاب دادرسی یا داوری داشته باشد، پس از مراجعه به دادگاه، دیگر حق مراجعه به داوری را ندارد و در صورت صدور رأی از سوی داور، این رأی فاقد اعتبار است.^۳

با عنایت به اصل حاکمیت اراده که طرفین می‌توانند هر نوع توافقی را که مغایر با قانون و نظم عمومی نباشد، میان خود مقرر کنند، می‌توان تراضی بر داوری تخییری را تجویز کرد. در مقررات مربوط به داوری در قوانین آیین دادرسی مدنی سابق و کنونی و نیز قانون داوری تجاری بین‌المللی، نه‌تنها دلیلی بر سلب حق چنین توافقی وجود ندارد، بر آزادی اراده طرفین در انتخاب داوری نیز تأکید شده است و مشروط کردن انتخاب مرجع صالح به اعمال اراده یکی از طرفین، خود جلوه‌ای از اعمال اراده و آزادی قراردادی است.

۵. امکان تغییر موضع پس از اعمال حق تخییر

با تأیید اعتبار موافقت‌نامه داوری تخییری حق انتخاب از میان داوری و دادرسی وجود دارد، اما پرسش آن است که بعد از انتخاب، آیا امکان تغییر موضع وجود دارد یا خیر؟ به نظر می‌رسد ذی‌نفع اصولاً نمی‌تواند تغییر موضع دهد؛ مگر آنکه تغییر موضع موجه باشد، مانند آنکه داوری

۱. جعفری ندوشن، شهاب، لادن زرین، پیشین، ص ۲۶۵.

۲. سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، پیشین، ص ۳۷۷.

3. Available at: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/7881>

ICC مورد تراضی قرار گرفته باشد، اما به دلیل وجود تحریم‌ها سازمان از ارائه خدمات داوری امتناع کند و امکان پرداخت هزینه‌های داوری وجود نداشته باشد. در چنین فرضی، ذی‌نفع می‌تواند بعد از اخطار داوری و اعلام ادله و توجیهات، موضع خود را تغییر دهد. سلب امکان تغییر موضع بدون توجیه معقول بدان سبب است که اعطای اختیار گزینش مرجع رسیدگی متضمن فرصتی است که ذی‌حق با ارزیابی نوع اختلاف، مزایا و معایب هر دو شیوه حل اختلاف، دست به انتخاب زند. اعطای چنین فرصتی به ذی‌حق سبب می‌شود تا خواهان دعوی بتواند با نقض اصول بنیادین دادرسی و با گمانه‌زنی مجدد در خصوص وضعیت دو شیوه حل اختلاف، طرف مقابل را بازیچه منافع و تصمیم‌های آنی خود سازد و موقعیت وی را بیش از پیش تضعیف کند. افزون بر این، تجویز تغییر شیوه حل اختلاف از دادرسی به داوری یا برعکس با اصل حسن نیت، اصل سرعت، مقرون به صرفه بودن و عادلانه بودن حل اختلاف تناقض آشکار دارد. مطابق رأی صادره از شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۸۰۵ به تاریخ ۱۳۹۳/۶/۲۵، چنانچه خواهان حق تخییری داشته باشد، پس از مراجعه به دادگاه، دیگر حق مراجعه به داوری را ندارد و در صورت صدور رأی از سوی داور، این رأی فاقد اعتبار است.^۱ به استدلال دادگاه، با وجود شرط داوری تخییری و مراجعه ابتدایی به دادگاه موجبی برای مراجعه مجدد به داوری وجود ندارد. چنانچه ذی‌حق قصد رجوع به داوری داشت، باید مراتب را به دادگاه رسیدگی‌کننده اعلام می‌کرد که چنین اقدامی صورت نگرفته و دادگاه پس از رسیدگی مبادرت به انشای رأی کرده است. بنابراین، رسیدگی هم‌زمان دو مرجع به موضوع واحد فاقد وجاهت قانونی است و نظریه ابرازی داوران به لحاظ اظهارنظر دادگاه قابل اعتنا نخواهد بود. در همین راستا، برخی نویسندگان^۲ با تأکید بر نبود امکان عدول ذی‌نفع از داوری و مراجعه متعاقب به دادگاه، اشاره می‌کنند که در نظام حقوقی ایران نباید وضعیت مذکور در داوری تخییری را با انتخاب ذی‌نفع از میان اداره ثبت یا دادگاه در مورد اسناد لازم‌الاجرا قیاس کرد و بر آن بود که شخص ذی‌نفع می‌تواند بعد از انتخاب داوری از آن سرباز زند و به دادگاه مراجعه کند.

1. Available at: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/7881>

۲. خدابخشی، عبدالله، پیشین، صص ۱۹-۲۰.

۶. امکان تجزیه دعاوی

حق انتخاب از میان دو مرجع رسیدگی، این سؤال را در پی دارد که آیا بر اساس موافقت‌نامه داوری تخییری ذی‌نفع می‌تواند ادعاهای خود را تفکیک کند و بخشی از آن‌ها را به داوری و بخشی دیگر را به دادگاه ارجاع دهد؟ اگر طرفین به‌صراحت حدود اعمال حق تخییر را تعیین کرده باشند، به آن ترتیب اثر داده می‌شود. ممکن است رضا بر امکان تجزیه دعاوی به‌واسطه تفسیر قرائن و امارات موجود در موافقت‌نامه داوری استنباط شود. اما اگر تعیین تکلیف صریح یا ضمنی در موافقت‌نامه داوری وجود نداشته باشد، به نظر می‌رسد که باید میان دو فرض، قائل به تفکیک شد: تجزیه دعاوی واحد و اقامه دعاوی متفاوت و متعدد.

در فرضی که دعاوی واحد قابل تجزیه باشد، به نظر نمی‌توان تجزیه دعا را تجویز کرد؛ زیرا طرح هر یک از اجزا در دو مرجع حل‌وفصل اختلاف که از اصول و قواعد متفاوتی پیروی می‌کنند، می‌تواند به صدور آرای متعارض منجر شود. به‌علاوه، طرف مقابل نیز در مقام دفاع دچار سردرگمی خواهد شد؛ زیرا باید از مقررات متفاوت ادله اثبات دعا در دو مرجع دیگرگون تبعیت کند و بنا به الزامات مجزا، ضرر مضاعف برای صرف زمان و هزینه‌های نامتعارف، از جمله داشتن وکیل، متحمل شود.

در فرض طرح دعاوی متعدد، دو حالت متصور است: اقامه هم‌زمان دعاوی متعدد و عدم تقارن زمانی اقامه دعاوی متعدد. در وضعیت اخیر، اقدام مطابق اراده طرفین برای اعطای تخییر به ذی‌نفع و تجویز تجزیه دعاوی با مشکلی مواجه نیست و ذی‌نفع می‌تواند بعد از اقامه یکی از دعاوی در دادگاه، دعوایی را که با فاصله زمانی، مثلاً چند سال بعد، رخ می‌دهد، به داوری ارجاع کند. در مقابل، فرض طرح هم‌زمان دعاوی متعدد با چالش‌های متعددی نظیر تحمیل هزینه‌های مضاعف و پیچیدگی‌های ناشی از هم‌زمانی جریان داوری و دادرسی و صدور آرای متناقض مواجه است. همین مبانی موجب پیدایش وحدت رسیدگی‌ها (دادرسی توأمان) در رسیدگی‌های قضایی و نهاد ادغام در داوری‌ها شده است. تکوین نهادهای وحدت رسیدگی و ادغام با نظم عمومی، نظم دادرسی و احقاق حق مرتبط است^۱ و همین امر در کنار ضرورت تفسیر مضیق قلمرو تخییر

۱. هرمزی، خیرالله، جمع و تفکیک بین دعاوی و مقایسه آن با تجزیه یک دعوی به چند دعوی در حقوق ایران و فرانسه، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره بیست‌وسوم، ۱۳۹۷، ص ۱۹۲.

به واسطه وضعیت استثنائی داوری تخییری می‌تواند مانع از اعمال اختیار تام طرفین برای ترسیم شیوه‌ای کاملاً اختصاصی در موافقت‌نامه‌های داوری باشد؛ به‌ویژه که رسیدگی توأمان اصولاً در قوانین آیین دادرسی مدنی جنبه الزام‌آور دارد و نمونه بارز آن ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران است. بنابراین، با توجه به ضرورت رسیدگی واحد، اعم از رسیدگی واحد قضایی و ادغام تجزیه دعوی در فرض مذکور با مصالح عمومی، حقوقی و مبانی احقاق حق منافات دارد. به قیاس اولویت، اگر دو مرجع همسان، مثل دو دادگاه یا دو داوری، وحدت رسیدگی قضایی یا ادغام داوری‌های مرتبط را بنا به ضرورتی منطقی تلقی می‌کنند، در رسیدگی دو مرجع ناهمسان این امر اولویت دارد. مضاف بر اینکه به نظر نمی‌رسد مراد طرفین از انتخاب داوری تخییری اعطای حق انتخاب موسع باشد. پذیرش تخییر موسع و امکان تجزیه دعوی از سوی ذی‌حق، منجر به تقویت هرچه بیشتر موضع وی و تضعیف بیشتر موقعیت طرف مقابل می‌شود. بر همین اساس، ظاهراً حق تخییر به‌منزله انتخاب یک مرجع برای همه دعوی است. برخی نویسندگان ایرانی^۱ نیز با این رویکرد هم‌آواز هستند که پس از انتخاب ذی‌نفع، هر دو طرف بر شیوه انتخابی مکلفاند و تمام اختلافات باید در آن مرجع مطرح شود و ذی‌نفع نمی‌تواند هم‌زمان یکی از دعاوی را در دادگاه و دیگری را در داوری طرح کند.

با وجود این، وحدت رسیدگی و ادغام منوط به حصول شرایط ویژه‌ای از جمله ارتباط (کامل) میان دعاوی متعدد و وجود اشتراکات موضوعی و حکمی است. بنابراین، تحدیدات رسیدگی‌های توأمان و ادغام باید در نفی امکان تجزیه دعوی متعدد هم‌زمان نیز اعمال شود. از همین رو، تجویز انتخاب میان داوری و دادرسی تنها در دعاوی هم‌زمان نامرتب و دعاوی غیر هم‌زمان ممکن است. در دعاوی هم‌زمان مرتبط ذی‌نفع می‌تواند فقط در یکی از مراجع تمام دعاوی را طرح کند؛ در غیر این صورت، به دلیل وجود ارتباط میان دعاوی، رأی صادره مقدم در یکی از مراجع بر رأی صادره مؤخر از مرجع دیگر تأثیر خواهد داشت و عملاً احقاق حق با مشکل مواجه خواهد شد.

۱. خدابخشی، عبدالله، پیشین، ص ۱۹.

۷. محدودیت‌های استفاده از شرط داوری تخییری

ماهیت استثنائی، نبود توازن و ابهامات اجرایی شروط داوری تخییری نامتوازن، اعمال تخییر را با تحدیداتی مواجه کرده است. نظر به مبانی قانونی منع اضرار به غیر و احقاق حقوق قانونی همراه با سوءنیت و سوءاستفاده، اعطای حق تخییر همواره باید در چارچوب اصل کلی منع سوءاستفاده از حق و رعایت حسن نیت قرار گیرد. در حقوق انگلیس^۱ تصریح شده که ذی‌نفع تخییر، واجد حق نامحدود و دائمی نیست و اعمال تخییر نباید منجر به سوءاستفاده شدید شود. تغییر مرجع رسیدگی بعد از اعمال حق تخییر نیز بنا به دو نظریه «اتکا»^۲ و «استاپل»^۳ نیز منع می‌شود. مطابق نظریه اتکا، اگر ذی‌نفع با اعمال حق تخییر به داوری رجوع کرده باشد و طرف مقابل با اتکا به انتخاب وی، در راستای پیشبرد فرایند داوری اقدام کند، طرف مقابل می‌تواند با استناد به اتکای خود به انتخاب اولیه ذی‌نفع، مانع از تغییر مرجع رسیدگی و سوءاستفاده از حق تخییر شود.

مطابق نظریه استاپل، غیر ذی‌نفع می‌تواند با استناد به رفتارهای پیشین ذی‌نفع، مانع از اعمال حق تخییر او شود. برای مثال، اگر ذی‌نفع داوری را برگزیند و به نحوی از انحا خود را پایبند به داوری نشان دهد، تغییر موضع از داوری به دادگاه به‌واسطه رفتار پیشین وی با مانع مواجه خواهد شد؛ حتی اگر طرف مقابل به آن اتکا نکرده باشد.

1. NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd., [2005] 1 Lloyds Rep. 509.

2. Reliance Theory

See the definition in: Chen-Wishart, M. *Contract Law*, 4th ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 19. Smits, J. M. *Contract Law: A Comparative Introduction*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 69.

3. Estoppel Theory

See the definition in: Fauvarque-Cosson, B. & Denis Mazeaud (eds), *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2008, p. 556.

نتیجه‌گیری

یکی از مهم‌ترین آثار رشد فزاینده شیوه‌های فرادادرسی حل اختلاف، به‌ویژه داوری، گسترش قلمرو حاکمیت اراده است که به تبع آن، کاربران داوری به موازات تقسیم‌بندی‌های سنتی از این شیوه حل اختلاف، هم‌سو با اقتضاها و بایستگی‌های تجارت‌ها و سرمایه‌گذاری‌های مدرن و مترقی، نگاره‌های نوین از انواع داوری ترسیم می‌کنند. استقرار و تثبیت اقسام جدید داوری، تبیین و تشریح مفاهیم و احکام اختصاصی مربوط، امکان و میزان تسری هر یک از احکام عام و کلی داوری بر آن‌ها، از جمله مسائلی هستند که نیازمند تعمق و مذاقه در بستر نظر و عمل است که تحقق این مهم مستلزم طرح نظریه‌های مختلف با چشم‌اندازهای متفاوت در گذر زمان است.

داوری تخییری به‌مثابه یکی از اقسام نوپا و نوپیدای داوری، علی‌رغم طرح در موارد محدود در رویه‌های قضایی و داوری و اندک آثار پژوهشی، زوایای مبهم و ابعاد مجهولی دارد که تاکنون به آن پرداخته نشده است. از همین رو، در این نوشتار موضوعات و ابعاد ناگفته داوری تخییری تحلیل شده و به رشته تحریر درآمده است. مهم‌ترین این موضوعات عبارت‌اند از: امکان تغییر موضع ذی‌نفع پس از اعمال حق تخییر، امکان تجزیه دعوی واحد و دعاوی مختلف و طرح هر بخش از دعوا یا هر یک از دعاوی در مرجع رسیدگی متفاوت، کیفیت تفسیر اراده طرفین در موارد ابهام و محدودیت‌های استفاده از شرط داوری تخییری (اعم از محدودیت‌های قبل از انتخاب مرجع رسیدگی و پس از انتخاب مرجع) بر اساس نظریه‌های مختلف. در خلال مطالعه این موضوعات، نباید از پیچیدگی مضاعف ناشی از انواع داوری‌های تخییری غافل شد، زیرا تعیین معیار برای تشخیص حق تقدم ذی‌نفع یا ذی‌نفع‌ها در انتخاب شیوه حل و فصل اختلافات در کنار تفسیر مناسب ادبیات موافقت‌نامه‌های داوری تخییری، توجه به نگرش له داوری، ضرورت ممانعت از طرح دعاوی موازی یا مرتبط و پیش‌فرض بودن داوری یا دادرسی به‌منزله شیوه حل اختلاف، حسب مورد در انواع داوری‌های تخییری متوازن و نامتوازن یکی از موضوعات شایان توجه است. از سوی دیگر، موافقت‌نامه‌های داوری تخییری نامتوازن به دلیل اعطای قدرت انتخاب یک‌جانبه به یکی از طرفین، با استدلال‌هایی چون مخدوش بودن توازن قراردادی و اصل برابری طرفین، ناعادلانه بودن و رعایت نکردن اصل تقابل، همواره محل انتقاد گروهی از صاحب‌نظران بوده است. برخی از نظام‌های حقوقی ملی نیز بر همین اساس اعتبار چنین موافقت‌نامه‌هایی را به رسمیت نمی‌شناسند. در مقابل، برخی دیگر از نظام‌های حقوقی ملی، نظیر

انگلیس و سنگاپور، ضمن رد مستدل دلایل مخالفان، حکم به اعتبار چنین موافقت‌نامه‌هایی داده‌اند. در این میان، در نظام حقوقی ایران، اگرچه داوری تخییری نهاد شناخته‌شده‌ای نیست، برخی از اندک نویسندگانی که این نوع داوری را مطالعه کرده‌اند، با طرح ایرادات بالقوه این نوع داوری، از جمله مردد بودن موضوع و معلق بودن شرط، در اعتبار این موافقت‌نامه‌ها در حقوق ایران مردد هستند. حال آنکه این پژوهش ضمن رد ایرادات بالقوه مطروح، با تکیه بر اصل حاکمیت اراده و فقدان مقررات قانونی در ممنوعیت چنین توافق‌هایی، اعتبار این نوع موافقت‌نامه‌های داوری را در نظام حقوقی ایران تصدیق می‌کند.

در نهایت، به نظر می‌رسد که برای تثبیت و استقرار داوری تخییری، تنویر ابعاد و احکام موضوع و تقویت رویکرد پذیرش اعتبار موافقت‌نامه‌های راجع به این نوع داوری، نظام‌های حقوقی ملی باید به تدوین و وضع مبانی قانونی صریح مبادرت کنند و سازمان‌های داوری نیز در بازنگری‌های پیش‌رو در قواعد داوری خود، مقرراتی را راجع به داوری تخییری و نحوه مدیریت فرایندهای داوری مربوط پیش‌بینی کنند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب‌ها:

۱. خدابخشی، عبدالله، **حقوق دعاوی: بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی**، جلد ششم، چاپ اول، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۹۷.
۲. شعاریان، ابراهیم، ابراهیم ترابی، **حقوق تعهدات: مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی**، چاپ دوم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵.
۳. کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات**، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.

مقاله‌ها:

۱. جعفری ندوشن، شهاب، لادن زرین، **بررسی تطبیقی اعتبار شروط حل اختلاف یک‌جانبه**، دوفصلنامه حقوق قراردادها و فناوری‌های نوین، دوره اول، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹، صص ۲۷۵-۲۵۷.
۲. سربازیان، مجید، سروش رستمزاد اصلی، **اعتبار شروط یک‌طرفه تعیین صلاحیت داوری در داوری تجاری بین‌المللی**، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۰، بهار - تابستان ۱۳۹۸، صص ۳۸۰-۳۵۷.
۳. شعاریان، ابراهیم، ساناز نیک‌زمان اصل، **رویکردها و ضوابط حاکم بر تفسیر موافقت‌نامه داوری داخلی و بین‌المللی**، مطالعات حقوقی معاصر، دوره ۱۱، شماره ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۹، صص ۱۸۸-۱۵۱.
۴. هرمزی، خیرالله، **جمع و تفکیک بین دعاوی و مقایسه آن با تجزیه یک دعوی به چند دعوی در حقوق ایران و فرانسه**، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره بیست‌وسوم، ۱۳۹۷، صص ۲۱۶-۱۹۱.

ب) منابع انگلیسی:

Books

1. Born, G. B. *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
2. Chen-Wishart, M. *Contract Law*, 4th ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.
3. Fauvarque-Cosson, B. & Denis Mazeaud (eds), *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2008.
4. Friedland, P. D. *Arbitration Clauses for International Contracts*, 2nd ed., New York: JurisNet, LLC, 2007.
5. Girsberger, D. & Nathalie Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3rd ed., Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
6. Katouzian, N. *General Theory of Obligations*, 5th ed., Tehran: Mizan, 2010.
7. Khodabakhshi, A. *Litigation Law: Requirements of Comparative Arbitration Law*, Vol. 6, 1st ed., Tehran: Entesharco, 2018.
8. Shoarian E. & Ebrahim Torabi, *the Law of Obligations: A Comparative Study of Catala Poject (Reforming the French Law of Obligations) with Irainian Law and International Instruments*, Tehran: the SD Institute of Law Research and Study, 2016.
9. Smits, J. M. *Contract Law: A Comparativr Introduction*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

Articles

1. Ashford Fciarb, P. "Is an Asymmetric Disputes Clause Valid and Enforceable?", *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 86, Issue 3, 2020.
2. Draguiev, D. "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability", *Journal of International Arbitration*, Vol. 31, No. 1, 2014.
3. Drahozal, C. R. "Nonmutual Agreements to Arbitrate", *the Journal of Corporation Law*, Vol. 27, 2002.

4. Hormozi, Kh. "The Aggregation and Separation of Claims and Comparing with Disjoining an Action in Iranian and French Law", *Journal of Private Law*, Vol. 6, Issue 23, 2018, pp. 191-216. (in Persian)
5. Jafari Nodoushan, Sh. & Laleh Zarrin, "Comparative Study on the Validity of Unilateral Dispute Settlement Clauses", *Journal of Modern Technologies Law*, Vol. 1, Issue 1, 2020, pp. 257-275. (in Persian)
6. Malyuta, P. "Compatibility of Unilateral Option Clause with the European Convention on Human Rights", *University College London Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 8, Issue 1, 2019.
7. Nesbitt, S. & Henry Quinlan, "The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses", *Arbitration International*, Vol. 22, Issue 1, 2006.
8. Patil, S. "Unilateral Option Clauses: The Way Forward", *Christ University Law Journal*, Vol. 7, No. 2, 2018.
9. Sarbazian, M. & Soroush Rostamzad Asli, "Validity of Unilateral Jurisdiction Clauses in the International Commercial Arbitration", *International Law Review*, Vol. 36, Issue 60, 2019, pp. 357-380. (in Persian)
10. Shoarian, E. & Sanaz Nikzaman Asl, "Approaches and Criteria Governing the Interpretation of Arbitration Agreement: A Comparative Study in Domestic and International Arbitration", *Journal of Contemporary Legal Studies*, Vol. 11, Issue 21, 2020, pp. 155-188. (in Persian)
11. Tarh-Akong Eyongnd, D. "Enforcement of Asymmetrical Arbitration Clauses in Nigeria: A Peep into Other Jurisdictions", *BiLD Law Journal*, Vol. 5, No. 2, 2020.
12. Van Zelst, B. "Unilateral Option Arbitration Clauses: An Unequivocal Choice for Arbitration under the ECHR?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, Vol. 25(1).

Electronic Resources

1. Bevan, Alex, **Optional Arbitration Agreements: The English Position**, Published at 30/11/2011, available at: <https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/optional-arbitration-agreements-the-english-position>: June 5, 2022
2. Cheung, Kevin, **Unilateral Option Clauses to Arbitration: The Debate Continues**, February 25, 2020, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/25/unilateral-option-clauses-to-arbitration-the-debate-continues/>: June 5, 2022

3. Gridasov, Alexander & Maria Dolotova, **Unilateral Option Clauses: Russian Supreme Court Puts an End to the Long-Lasting Discussion**, Herbert Smith Freehills LLP, May 7, 2019, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/07/unilateral-option-clauses-russian-supreme-court-puts-an-end-to-the-long-lasting-discussion/> : June 5, 2022
4. Nassar, Youssef, **Are Unilateral Option Clauses Valid?**, October 13, 2018, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/13/are-unilateral-option-clauses-valid/>: June 5, 2022
5. Scherer, Maxi & Sophia Lange, **The French Rothschild Case: A Threat for Unilateral Dispute Resolution Clauses?**, July 18, 2013, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/07/18/the-french-rothschild-case-a-threat-for-unilateral-dispute-resolution-clauses/>: June 5, 2022
6. Willems, Jane Y. **The Arbitrator's Jurisdiction at Risk: The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements**, 1 May 2019, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3362746: June 5, 2022

Cases

1. Apple Sales International v. eBizcuss, Cass. 1ere Civ., 7 October 2015, 14-16.898.
2. Allis-Chalmers Corp v. Lueck, 471 US 202, 204 n 1, 1985.
3. Armendariz v. Found. Health Psychcare Servs., Inc., 6 P.3d 669, 692 (Cal. 2000).
4. Bragg v. Linden Research, Inc., 487 F. Supp. 2d 593, 605-11 (E.D. Pa. 2007) (California law).
5. Cass Civ 1, June 12 2013, [2013] I Bull Civ, 121.
6. Conax Florida Corp v. Astrium Ltd 499 F Supp 2d 1287 (2007).
7. Corte di Cassazione judgement No. 2906, October 22, 1970.
8. Cour de cassation, 25 March 2015, Decision No. 415 (13-27. 264).
9. Deaton Truck Line, Inc. v. Local Union 612, 314 F 2d 418, 422 (5th Cir 1962).
10. Decision of Presidium of Supreme Arbitrazh Court in: CJSC Russian Telephone Co. v. Sony Ericsson Mobile Telecommunications Russia LLC., case No. 1831/12, A40- 49223/11-112-401, June 19, 2012.
11. Debenture Trust Corp plc v. Elektrim Finance BV and others [2005] 1 All ER (Comm) 476 [493].

12. Dyna-Jet Pte Ltd v. Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd [2017] SGCA 32.
13. Global Client Solutions, LLC v. Ossello, 382 Mont. 345, 367 P.3d 361, 2016 MT 50 (Mont. 2016).
14. Grinka in liquidazione v. Intesa San Paolo, Corte di Cassazione judgement in case No. 5705, April 11, 2012.
15. Judgment of Anzen Limited and others (Appellants) v. Hermes One Limited (Respondent) (British Virgin Islands), From the Court of Appeal of the Eastern Caribbean Supreme Court (British Virgin Islands), 18 January 2016.
16. *Mme X v. Banque Privée Edmond de Rothschild Europe (Societe)* [2013] I.L.Pr. 12 (26 September 2012).
17. NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd [2004] EWHC (Comm.) (English High Ct.).
18. NB Three Shipping Ltd v. Harebell Shipping Ltd., [2005] 1 Lloyds Rep. 509.
19. Noohi v. Toll Bros. Inc., 708 F.3d 599 (4th Cir. 2013).
20. *Pittalis v. Sherefettin* [1986] 1 QB 868 [Hereinafter *Pittalis*].
21. PMT Partners Pty Ltd v. Australian Nat'l Parks & Wildlife Serv., [1995] 184 CLR 302, ¶18 (Australian High Ct.).
22. Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 46-KG16-29, Nov. 29, 2016.
23. Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 310- EC14-5919, Case No. A62-1635/2014, May 27, 2015.
24. Societe Coignet v. COMIT, Bull. 1990 I No. 273, p. 193, Cass. Div.
25. Societe Sicaly v. Societe Grasso Stacon NV, 1974 I No. 143 p. 122 Cass. Civ.
26. Thermodyn v. M-Real Alizay, French Supreme Court, Cass Civ. 1ère, 12 June 2013.
27. Ticknor v. Choice Hotels International Inc., 265 F.3d 931, 939-40 (9th Cir. 2001) (Montana law).
28. Union of India v. Bharat Engineering Corporation ILR 1977 Delhi 57.
29. United States ex rel. Birkhead Elec., Inc. v. James W. Ancel, Inc., WDQ-13-2498 (D. Md. Jun. 5, 2014).
30. United States ex rel. Birkhead Elec., Inc. v. James W. Ancel, Inc., (2014) WL 2574529 (D. Md. June 5, 2014).
31. Westfal-Larsen & Co A/S v. Ikerigi Compania Naviers SA (The Messiniaki Bergen) [1983] 1 All ER 382.
32. Ziegler v. Knuck, 419 So 2d 818, 819 (Fla App 1982).

معیار تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد

(مقاله علمی-پژوهشی)

رضا سیمبر*

تورج نبی دوست**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۱۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۲۴

چکیده

با توجه به خلأ قانونی موجود در حقوق داخلی و سکوت قانون‌گذار در تبیین جنبه‌های حقوقی شروط غیرمنصفانه و معیار تشخیص آن‌ها، این پژوهش به بررسی معیار تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد پرداخته است. از جمله مصادیق شروط غیرمنصفانه می‌توان به شرط عدم مسئولیت و شرط وجه التزام و قراردادهای الحاقی و استاندارد اشاره کرد و ملاک‌هایی را برای تشخیص این شروط برشمرد. معیار تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد ریشه در ویژگی‌های شروط قراردادی غیرمنصفانه، شامل آثار، ضمانت اجرا، اثرات شروط قراردادی غیرمنصفانه و نیز در مبانی شروط غیرمنصفانه، مانند انصاف و عدالت و حسن‌نیت و نقش آن‌ها در قرارداد و شروط قراردادی و نیز اصل آزادی قراردادی و تعارض اصل لزوم با نظریه غیرمنصفانه و نظریات شرط ضمنی، خلاف حسن‌نیت، نقض اساسی، قاعده لاضرر، غبن فاحش و... دارد. برای ارزیابی غیرمنصفانه بودن یا نبودن شروط، مؤلفه‌هایی دیگر مانند مورد مذاکره قرار نگرفتن شروط، قدرت معاملاتی نابرابر، عدم تعادل در حقوق و تعهدات طرفین قرارداد به زیان طرف ضعیف‌تر، میزان آزادی مشروط‌علیه در پذیرش و عدم پذیرش شروط و شفاف نبودن شروط از جمله معیارهای شناسایی شروط غیرمنصفانه است. بر اساس قانون داورى تجارى بین‌المللى، ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، قانون دریایی ایران (در ماده ۱۷۹)، قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲، کلیه شروط غیرمنصفانه که به حقوق طرف مقابل ضرر آورد، فاقد اثر حقوقی است. در نهایت، علی‌رغم غنای فقهی در این زمینه، قوانین موجود در زمینه «شروط غیرمنصفانه و معیارهای تشخیص آن» ناکارآمد هستند.

کلید واژگان:

معیار تشخیص، غیرمنصفانه بودن شروط، قرارداد، قانون، اثرات شروط، حسن‌نیت.

* استاد رشته علوم سیاسی و رئیس دانشکده علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت

rezasimbar@hotmail.com

** کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت مرکز بین‌المللی بندر انزلی (نویسنده مسئول)

samand98tab@gmail.com

مقدمه

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها از اصول مسلم و مورد اتفاق در بیشتر نظام‌های حقوقی است. در حقوق ایران این اصل به موجب ماده ۱۰ ق.م. پذیرفته شده است. ماده ۱۳ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۷ دی ۱۳۸۲ درباره شروط مندرج در قراردادهای الکترونیک چنین مقرر داشته: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست.» از نواقص قانون تجارت الکترونیک این است که فقط به ممنوعیت درج شروط غیرمنصفانه در قرارداد و بی‌اعتباری آن بسنده کرده، بدون اینکه تعریفی کلی از آن بیان کند یا مصادیق آن را برشمارد و معیاری برای شناسایی و تشخیص این شروط ارائه دهد. با دقتی شدن در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی که مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست» می‌توان معیارهایی برای تشخیص این شروط به دست آورد. یکی از طرفین (معمولاً فروشنده) از موقعیت برتری برخوردار است. این موقعیت برتر اعم از داشتن شرایط اقتصادی برتر، شرایط اجتماعی - سیاسی برتر یا تخصص در زمینه خاص و ... است. طرف «اعمال» که در این ماده به کار رفته است می‌توان متوجه شد که از نظر قانون‌گذار، خریدار در شروط غیرمنصفانه در حالتی قرار دارد که فروشنده به راحتی می‌تواند شروط مد نظر خود را به او تحمیل کند. این شرط به نحو تحمل‌ناپذیری به نفع طرف قوی و به ضرر طرف ضعیف است و تعادل قراردادی را به کلی به هم می‌زند. دادگاه هم این نبود تعادل را درک می‌کند. در اینجا ممکن است تصور شود که می‌توان با استفاده از خیار غبن این معامله را فسخ کرد، ولی این درست نیست، زیرا از جمله شرایط خیار غبن این است که مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه نباشد، والا خیار فسخ نخواهد داشت (ماده ۴۱۸ قانون مدنی). در اینجا نیز فرد در عین علم و آگاهی به شرط، به آن پیوسته است. رضایت به این قرارداد با شرط مندرج در آن ناشی از حالت اضطرار طرف ضعیف است؛ به گونه‌ای که چاره‌ای جز انعقاد قرارداد نیست. در واقع، اگر فرد در حالت عادی و طبیعی می‌بود، هرگز این شرط را قبول نمی‌کرد. نوعی سوءاستفاده از حق در این خصوص مشاهده می‌شود؛ به عبارت دیگر، در اینجا طرف قوی با سوءاستفاده از قدرت برتر خود

و حالت اضطراب دیگری، چنین شرطی را در قرارداد درج کرده است. اولین بار قانون‌گذار در سال ۱۳۴۳ در ماده ۱۷۹ قانون دریایی جمهوری اسلامی ایران از این اصطلاح بدین منظور استفاده کرده که «هر قرارداد کمک نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شود و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده می‌شود.» با دقیق شدن در این ماده نیز می‌توان معیارهایی را برای تشخیص شروط غیرمنصفانه برشمرد؛ از جمله اینکه موقعیت برتری یکی از طرفین، ناچار بودن به انعقاد قرارداد طرف ضعیف در حالت اضطرابی و مواردی از این دست، تعادل قراردادی را به کلی به هم می‌زند؛ به گونه‌ای که دادگاه نیز این فقدان تعادل را درک می‌کند. شرایط این چنین قراردادهایی به نحو تحمل‌ناپذیری به نفع طرف قوی و به ضرر طرف ضعیف است و نوعی سوءاستفاده از حق در این موارد مشاهده می‌شود. به عبارت دیگر، طرف قوی با سوءاستفاده از قدرت برتر خود و حالت اضطراب دیگری، چنین شرطی را در قرارداد درج کرده که در برخی موارد کل قرارداد غیرمنصفانه می‌شود. اختیار تشخیص عادلانه بودن یا نبودن شروط قرارداد بر عهده دادرس است؛ البته برای تشخیص این امر باید تمام شرایط قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد را لحاظ کند. همچنین ملاحظه محتوای سایر شروط یا شروط سایر قراردادها در فرضی که مابین چندین قرارداد ارتباط وجود دارد، برای ارزیابی خصوصیت مزبور لازم است، زیرا در اوضاع و احوال خاص ممکن است شروط غیرمنصفانه باشد، ولی همان شرط در شرایط دیگری چنین وصفی را دارا نباشد.

قانون‌گذار در سال ۱۳۸۲ در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی از اصطلاح شروط غیرمنصفانه استفاده کرده است. در این ماده آمده است: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست.» قانون‌گذار در این ماده فقط غیر مؤثر بودن شرط را بدون اینکه بر اصل قرارداد تأثیر بگذارد، به منزله ضمانت اجرای آن مقرر کرده است. حال، جای طرح این پرسش است که منظور قانون‌گذار از به کار بردن اصطلاح «غیر مؤثر» در این ماده چیست؟ غیر مؤثر و عدم تأثیر، از اصطلاحات حقوقی نیست و حاکی از عدم اطلاع کافی قانون‌گذار از اصطلاحات و تعبیرات حقوقی است. در زبان حقوقی برای اینکه بگویند یک قرارداد از ابتدا فاقد اثر است، از اصطلاح «بطلان» استفاده می‌شود. در اینجا نیز با توجه به اینکه قانون‌گذار در برخی موارد این دو اصطلاح را در

کنار یکدیگر به کار برده و همان مفهوم بطلان را اراده کرده، می‌توان استنباط کرد که منظور از عدم تأثیر، بطلان شرط است. برای مثال، در بند ۸ ماده ۵۴ قانون دریایی جمهوری اسلامی ایران که در ذیل به بحث گذاشته می‌شود، این دو اصطلاح کنار یکدیگر استعمال شده‌اند. در این ماده (۴۶ قانون تجارت الکترونیکی) قانون‌گذار به اختیار دادرسی در تشخیص منصفانه یا غیرمنصفانه بودن شرط تصریح نکرده است، ولی می‌توان با وحدت ملاک گرفتن از ماده ۱۷۹ قانون دریایی جمهوری اسلامی ایران گفت که تشخیص منصفانه یا غیرمنصفانه بودن شرط در اینجا نیز با دادرسی است که با کمک قرائن و امارات و در نظر گرفتن تمام شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، در این خصوص اظهارنظر خواهد کرد. به علاوه، در این ماده تقاضای یکی از طرفین قرارداد را برای صدور حکم از سوی قاضی لازم ندانسته، ولی با وجود ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان گفت که دیگر نیازی به تصریح ندارد. البته می‌توان بین این دو قائل به تفکیک شد و در خصوص ماده قانونی مورد بحث گفت که حتی اگر هیچ‌یک از طرفین متوجه نشوند و استناد به غیرمنصفانه بودن شرط نکنند، ولی قاضی این امر را احراز کند، می‌تواند شرط یا حتی کل قرارداد را باطل اعلام کند. این تفسیر نادرست است و اجتهاد در مقابل نص ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی است و پذیرفتنی نیست. چنان‌که دکتر شمس^۱ بیان کرده، «از زاویه عملی آیین دادرسی، حتی معامله باطل در صورتی بی‌اثر است که بطلان آن از سوی ذی‌نفع از مرجع صالح درخواست و حکم قطعی مربوط صادر شود.» با توجه به مطالب مذکور می‌توان این سؤالات را مطرح کرد که معیار تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد چیست؟ ضمانت اجراهای قانونی در خصوص شروط غیرمنصفانه و قواعد عمومی قابل اعمال در موارد سکوت چیست؟ نقش و تأثیر اراده طرفین در شروط غیرمنصفانه قراردادهای خصوصی چیست؟

۱. معیارهای غیرمنصفانه بودن شروط

عوامل متعددی وجود دارد که موجب می‌شوند یک قرارداد ناعادلانه محسوب شود و برچسب غیرمنصفانه بودن بگیرد. چنین امری می‌تواند ناشی از شیوه غیرعادلانه برای انعقاد قرارداد باشد؛ یعنی وضعیتی که در آن قرارداد تشکیل شده است، منجر به ایجاد وضعیت خلاف انصاف شده

۱. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین*، جلد ۳، چاپ چهل و هفتم، تهران، انتشارات دراک، ۱۴۰۱.

باشد؛ مثلاً، اعمال نفوذ ناروای شخصی موجب ایجاد قرارداد غیرمنصفانه شود. همچنین قرارداد می‌تواند به این دلیل که شروط آن مطلوب یک طرف است، غیرمنصفانه باشد. بنابراین، معیارهای غیرمنصفانه بودن قرارداد هم می‌تواند مربوط به وضعیت انعقاد قرارداد (سببی) یا مربوط به نتیجه قرارداد و شروط (مسبب) باشد. البته، این دو کاملاً تفکیک‌پذیر نیستند و در اغلب مواقعی که شروط غیرمنصفانه وجود دارد، وضعیت نامساعد زمان انعقاد قرارداد منجر به درج شروطی می‌شود که تعادل قرارداد را بر هم می‌زنند. در سند حقوق مشترک، به بعضی از این معیارها اشاره شده است. این معیارها عمدتاً قابلیت تفسیرپذیری فراوانی دارند و همین امر موجب می‌شود تا وضعیت‌های گوناگون زیادی را در بر بگیرند؛ لکن از معایب این گونه معیارها انتزاعی بودن آنهاست و می‌تواند موجب پدید آمدن اختلافات در خصوص تفسیر و کاربرد آنها در قراردادها شود.^۱

۱.۱. مبانی شروط قراردادی غیرمنصفانه

جامعه به‌مثابه یک کل تجزیه‌ناپذیر در تأسیس نهادها یا از بین رفتن آنها متأثر از بسترها و مبانی مختلفی است. اینکه نهادی تحت حمایت قانون‌گذار قرار گیرد، علاوه بر زمینه‌های قضایی و حقوقی، از بسترهای اخلاقی هم تأثیر می‌پذیرد. در نظام‌های مبتنی بر حقوق دینی از جمله کشورمان، قواعد شرعی نیز مؤثر بر ایجاد یا زوال نهادهای اجتماعی است. بنابراین، برای بحث از اعتبار شرط غیرمنصفانه، ناگزیر از بررسی مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی آن هستیم. البته، باید توجه داشت که زمینه‌های سه‌گانه اخلاقی، حقوقی و فقهی به‌منزله سه بستر جداگانه قابل طرح نیست و این سه، تأثیر و تأثر متقابل دارند. در واقع، رفتار اجتماعی به‌وسیله نظامی پیچیده از قواعد و ضوابط متعدد و مختلف تنظیم شده که در عین تعدد و گوناگونی دارای وحدت اساسی هستند و با وجود تنوع، با یکدیگر ارتباط کامل دارند.^۲

۱.۱.۱. مبانی اخلاقی در تشخیص شروط قراردادی غیرمنصفانه

عدالت معاوضی که از آن به عدالت تصحیحی یا تعویضی هم تعبیر می‌شود، در روابط معاملاتی کاربرد دارد. طبق دیدگاه ارسطو عدالت در روابط معاملاتی اشخاص اگرچه به معنای

1. Pavillon, C. *Private Standards of Fairness in European Contract Law*. European Review of Contract Law, 2014, 10(1), p. 88.

۲. دل وکیو، ژرژ، *فلسفه حقوق*، ترجمه جواد واحدی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶، ص ۳۳.

معینی است و ظلم به معنای نابرابری، مطابق تناسب عددی عمل می‌کند، نه تناسب هندسی. به‌طور خلاصه، عدالت توزیعی در تقسیم مشاغل و مزایا بین افراد لحاظ می‌شود و عدالت معاوضی عدالتی است که در معاملات وجود دارد.^۱

نتیجه نظریه عدالت معاوضی (ارسطو) در بحث شروط غیرمنصفانه این است که اولاً، نباید با تمسک به ظاهر قانون از بروز بی‌عدالتی در قرارداد چشم‌پوشی کرد و عدالت و انصاف بر ظهور قانونی ترجیح دارد. ثانیاً، اقتضای عدالت معاوضی تفسیر قرارداد به نفع طرف ضعیف و حمایت از وی در مقابل طرف قدرتمند است که حاصل این مطلب عدم الزام‌آور بودن شرط غیرمنصفانه بر اساس دیدگاه عدالت معاوضی است.^۲

۱.۱.۲. جایگاه انصاف در تشخیص شروط قراردادی غیرمنصفانه

بر اساس این دیدگاه، انصاف قاعده و قانون را به‌طور کلی از بین نمی‌برد، بلکه در موردی خاص از اجرای آن جلوگیری می‌کند. از این رو، نقش انصاف بیشتر در دادرسی نمایان می‌شود که دادرسی بدون جزم‌اندیشی قانونی و با تمسک به انصاف از بروز نتیجه خلاف اخلاق و وجدان جلوگیری می‌کند.^۳ بنابراین، دادرسی می‌بایست بر اساس وقایع خاص و موردی صورت می‌گرفت و انصاف یاری‌دهنده دادرسی در اجرای موردی عدالت بود.

بنابراین، دادرسی رأی خود مبنی بر الزام به انجام امری یا خودداری از آن را، نه بر اساس قانون و رویه قضایی، بلکه طبق آنچه وجدان وی آن را حق یا باطل تشخیص می‌داد، صادر می‌کرد. این اندیشه تا آنجا پیش رفت که قانون‌گرایی شدید را از موارد منجر به بروز خطا و اشتباه برشمرد و وفاداری صرف به لفظ قانون را در مواردی موجب عمل برخلاف مقصود قانون‌گذار و روح قانون دانست. بر این اساس، انصاف برخاسته از قصد و منظور نهفته در قانون است، نه واژگان آن.^۴

۱. ارسطو (ارسطاطالیس)، *اخلاق نیکوماخوس*، ترجمه محمدحسین لطفی، تهران: انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۷۸.

۲. خندانی، سید پدram و خاکباز، محمد، *تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادها*، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۲، شماره ۸، ص ۷۱.

۳. کلی، جان، *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*، ترجمه محمد راسخ، تهران: انتشارات نی، چاپ سوم، ۱۴۰۰، ص ۲۳۹.

۴. کاظم‌پور، سید جعفر. *راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد*، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۲، ص ۱۷۴.

۱.۱.۳. نقش حسن نیت در تشخیص شروط قراردادی غیرمنصفانه

در حقوق ایران، حسن نیت به منزله اصل پذیرفته شده در قراردادها و به صورت صریح شناخته نشده است. برخی حقوق دانان معتقدند با مطالعه موارد لزوم رعایت اصل حسن نیت در حقوق خارجی، می توان عرف و عادت را که ضابطه ای برای تعیین روابط قراردادی طرفین در حقوق ایران است، جز در موارد استثنایی وارد در برخی از آرای قضایی، جانشین حسن نیت دانست.^۱ بنابراین، هرچند حقوق ایران اصل حسن نیت را صراحتاً شناسایی نکرده و حتی در ماده ۲۱۹ قانون مدنی که برگرفته از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه است، برخلاف منبع اصلی، حسن نیت را ذکر نکرده است، ولی همچون نظام فقهی می توان نتایج این اصل را از طریق اصول و قواعد دیگر و در متون قانونی استخراج کرد.^۲

مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی که طرفین قرارداد را ملزم به نتایج عرفی و عادی قرارداد می کند و متعارف بودن امری را به منزله تصریح در قرارداد دانسته است، از جمله موادی است که به عقیده حقوق دانان، عرف و عادت را می توان جانشین حسن نیت دانست.^۳

ارتباط حسن نیت با شرط غیرمنصفانه هم کاملاً روشن است. اصل لزوم رعایت حسن نیت در قرارداد اجباب می کند تا طرفین با رفتار صادقانه به انعقاد و اجرای قرارداد بپردازند، حال آنکه در قراردادهای متضمن شرط غیرمنصفانه، طرف قوی با علم به ضعف طرف مقابل و سوءاستفاده از وضعیت ضعیف قراردادی وی برخلاف رفتار صادقانه و حسن نیت اقدام می کند. بنابراین، اقدام طرف قوی قرارداد در تحمیل شرط غیرمنصفانه بر طرف ضعیف، ناقض حسن نیت شمرده می شود. برخی نیز با تخریح مناط^۴ از اصل حسن نیت به این نتیجه رسیده اند که قوانین و مقررات مرتبط با حسن نیت در وجدانی بودن و اخلاقی بودن اقدامات طرفین قرارداد مشترک هستند و موضوعات مطروحه در آنها فاقد خصوصیت است. در نتیجه، می توان این شاخص را به سایر

۱. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی؛ آثار قراردادهای و تعهدات*، جلد ۳، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ نهم، ۱۴۰۰، ص ۱۱۳.

۲. حاجی پور، مرتضی، *نقش حسن نیت در قرارداد*، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، ۱۳۹۰، شماره ۴، ص ۹۷.

۳. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی؛ آثار قراردادهای و تعهدات*، جلد ۳، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ نهم، ۱۴۰۰، ص ۱۱۳.

۴. تخریح مناط به معنی تعیین علت حکم در اصل (مقیس علیه) به صرف مناسبت است.

موارد نیز تسری بخشید و درباره شرط غیرمنصفانه این گونه از این ملاک استفاده کرد که با توجه به ضرورت اخلاقی بودن روابط حقوقی و جلوگیری از بروز ظلم و ستم از یک سو و غیراخلاقی بودن و ظالمانه بودن شرط غیرمنصفانه از سوی دیگر، در غیراخلاقی بودن و نامنصفانه بودن شرطی که یک طرف قرارداد با سوءاستفاده از قدرت برتر خود در شرایط اضطراری بر طرف ضعیف تحمیل کرده است، تردیدی باقی نمی ماند.^۱

ماده ۴۵ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در همین خصوص مقرر می دارد: «اعمال ذیل که منجر به اخلاص در رقابت می شود، ممنوع است... ۱. سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط به یکی از روش های زیر: ... ۲. تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه...»^۲.

ضرورت رعایت حسن نیت در قراردادها از جمله مبانی تعهد به اطلاع رسانی مرتبط با بحث شروط غیرمنصفانه، به گونه ای است که اگر فرد دارای اطلاعات سکوت کند، این سکوت فریبده مخالف حسن نیت است. مصداق بارز تعهد به اطلاع در قراردادهای بیمه که قراردادهای با حداکثر حسن نیت هستند، وجود دارد که طی آن، بیمه گذار باید تمام اطلاعات مهم را در اختیار بیمه گر قرار دهد.^۳

ضعف قراردادی دو شکل عمده دارد: اقتصادی و دانش. ضعف اقتصادی در جایی اتفاق می افتد که یک شخص ملزم است بر روی شروط تعیین شده به وسیله شخص مقابل بدون گفت و گو، چانه زنی یا تأثیر بر آن ها توافق کند. بنابراین، طرف ضعیف شخصی فاقد قدرت کافی برای تصمیم گیری و کنترل محتوای توافق است. این امر نقض کننده الزام به اخلاقی بودن و عادلانه بودن معاملات است. بنابراین، شخص ضعیف تر به آن معامله احتیاج دارد و نمی تواند راه دیگری برای تأمین نیازش پیدا کند. ضعف دانش ناشی از تفاوت تجارب و اطلاعات میان طرفین

۱. کاظم پور، سید جعفر. *راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد*، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۲، ص ۲۱۰.

۲. تقی زاده، ابراهیم و احمدی، افشین، *جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی*، دوره ۳، ۱۳۹۴، شماره ۱۰، ص ۱۷.

۳. ابراهیمی، یحیی، *بررسی تطبیقی حسن نیت*، مجله حقوقی بین المللی، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، شماره ۴۱، ص ۷۶.

است. رضایت طرف قرارداد به دلیل فقدان اطلاعات و تجربه می‌تواند ناقص باشد و می‌تواند از طریق عدم امکان دسترسی به اطلاعات و مفاد قرارداد باشد یا نشئت گرفته از کافی نبودن درک این مفاد. حالت اول عینی است، در حالی که حالت دوم شخصی محسوب می‌شود.

این شرایط منجر به نابرابری قدرت چانه‌زنی میان طرفین قرارداد می‌شود. وضعیت مصرف‌کننده در این زمینه توجیه‌کننده اهمیت کنترل استفاده از شروط غیرمنصفانه به منظور تحقق عدالت است؛ به نحوی که موضوع شروط غیرمنصفانه به گونه‌ای که امروزه مطرح می‌شود، با حقوق مصرف و مصرف‌کننده در حقوق قراردادهای وارد شده است. اما باید توجه داشت که حمایت نباید به اندازه‌ای باشد که تولیدکنندگان را دچار بی‌انگیزگی کند.^۱

۱.۲. معیارهای شروط قراردادی غیرمنصفانه

معیارهای شروط قراردادی غیرمنصفانه عبارت‌اند از: سوءاستفاده از شرایط تحت اضطرار، دخالت در صحت شروط غیرمنصفانه در توسل به نظم عمومی، و... که در زیر به آن‌ها پرداخته شده است:

۱.۲.۱. سوءاستفاده از شرایط تحت اضطرار

دکتر صفایی^۲ در قبال سکوت قانون‌گذار در سوءاستفاده از شرایط تحت اضطرار به مثابه معیاری برای شروط قراردادی غیرمنصفانه بیان داشته‌اند که مرز میان اکراه و اضطرار در این زمینه باید برداشته شود؛ در نتیجه، شروط قراردادی تحت اضطرار غیر نافذ است.

۱.۲.۲. دخالت در صحت شروط غیرمنصفانه در توسل به نظم عمومی

بر اساس ماده ۹۷۵ قانون مدنی توسل به نظم عمومی که بیان می‌کند «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد» را می‌توان صحیح دانست و شرایط ناعادلانه برخلاف نظم عمومی می‌تواند معیاری برای شروط قراردادی غیرمنصفانه باشد.

۱. قدیر، محسن، ساریخانی، عادل، احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه، فصلنامه شیعه‌شناسی، دوره ۹، پاییز ۱۳۹۰، شماره ۳۵، ص ۲۰.

۲. صفایی، سیدحسین (۱۴۰۱)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، تهران: نشر میزان، صص ۱۱۲ به بعد.

۱.۲.۳. جایگاه قاعده لاضرر به منزله معیار تشخیص شروط قراردادی غیرمنصفانه

بر اساس قاعده لاضرر، ضرر غیرمتعارف موجب برداشته شدن لزوم قرارداد می‌شود. در شروط قراردادی هم موجب ضرر غیرمتعارف می‌تواند فسخ شود.

۱.۲.۴. معیار قرار گرفتن حسن نیت در غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی

حسن نیت نیز علی‌رغم عدم تأکید بر پذیرش قانونی در حقوق ایران^۱ در غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی دارای اعتبار است و می‌توان ضرورت حسن نیت را در تفاسیر قراردادی با شروط غیرمنصفانه به کار برد.

۱.۲.۵. عدم مانعیت اصل لزوم در تجدیدنظر یا فسخ شروط قراردادهای غیرمنصفانه

بدون تردید در قراردادهای اصل بر لزوم است؛ یعنی چنانچه بین جواز و لزوم قراردادی تردید باشد، اصل بر لزوم آن قرارداد است؛ مگر اینکه دلیلی بر جواز آن وجود داشته باشد. از طرفی مدعی جایز بودن قرارداد باید بار اثبات آن را بر عهده بگیرد.

منظور و بنای عقلا و قانون‌گذار از انعقاد قرارداد، حفظ و پایبندی به مفاد آن است. لازمه شئون تجاری و مبادلات اقتصادی، پایبندی و احترام به عهد و پیمان است و طرفین خود را ملزم به قرارداد و مفاد آن می‌دانند. قانون مدنی در ماده ۲۱۹ مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است؛ مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.» حقوق و عدالت تا زمانی اصل ثبات و لزوم در قرارداد را قابل دفاع می‌داند که موجب فشار خارج از عرف و عدالت به یک طرف قرارداد نشود. به این ترتیب، تعارضی بین الزام‌آور بودن قرارداد و امکان تجدیدنظر یا فسخ شروط قراردادهای وجود نخواهد داشت. به عبارتی، نه حقوق و نه عدالت، اصل لزوم در قراردادهای را انکار نمی‌کند، اما محدودیت‌هایی برای اعمال بدون قید و شرط اصل مذکور وجود دارد که برخی قوانین و دادگاه‌ها در موضوعات خاص و مختلف ایجاد کرده‌اند. دادگاه نباید در قراردادهای خصوصی دخالت کند؛ نقش مذاکره‌کننده را ایفا کند و نحوه توزیع حقوق و مسئولیت‌های قراردادی را مختل کند. در هر امر حقوقی باید به اندازه کافی رعایت عدالت و انصاف بشود تا به بهانه اجرای اصل لزوم و رعایت آن ظلمی روا نشود و ضرری متوجه کسی نشود. این طرز دیدگاه به قراردادهای منافاتی با

۱. انصاری، علی، *تئوری حسن نیت در قراردادهای*، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۲، ص ۳۷۳.

یکدیگر ندارد و در حقیقت، مکمل یکدیگر هستند. نظریه غیرمنصفانه بودن شروط قراردادی تأثیر اصل احترام به معاهدات و اصل لزوم را بیشتر می‌کند؛ تا حدودی که از سخت‌گیری‌های اصل لزوم بکاهد و قابلیت اجرای آن را افزایش دهد و آن را منصفانه سازد.^۱

۲. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران

در حقوق ایران مقرره‌ای که به‌طور عام به مقابله با شروط غیرمنصفانه اختصاص یافته باشد، وجود ندارد. معذک با توجه به قواعد عمومی قراردادها می‌توان برخی مصادیق این شروط را نامعتبر دانست. به‌علاوه، در برخی قوانین خاص نیز به‌صراحت به این شروط اشاره شده است.

۲.۱. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه با توجه به قواعد عمومی قراردادها

در قواعد عمومی قراردادها به‌طور عام مقرره‌ای نداریم که به شروط غیرمنصفانه اشاره کرده باشد. به همین دلیل، برای بررسی شروط غیرمنصفانه از منظر قواعد عمومی قراردادها بین انصاف ماهوی و شکلی تفکیک قائل می‌شویم و سپس مصادیق این شروط را در نظام حقوقی ایران بررسی می‌کنیم.

۲.۱.۱. غیرمنصفانه بودن شروط بر اساس معیارهای شکلی

غیرمنصفانه بودن شکلی ممکن است ناشی از عدم رعایت اصل شفافیت باشد یا به دلیل نقض حق انتخاب مصرف‌کننده و امکان اثرگذاری بر محتوای قرارداد که در ادامه، موضع قواعد عمومی قراردادها در خصوص آن‌ها بررسی می‌شود.

۲.۱.۲. غیرمنصفانه بودن شروط بر اساس معیارهای ماهوی

منظور از غیرمنصفانه بودن ماهوی حالتی است که حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد به‌گونه‌ای نامتعادل بین طرفین قرارداد تقسیم شده باشد. در نظام حقوقی ما تعادل بین عوضین قرارداد در قراردادهای معوض شرط صحت قرارداد دانسته نشده است و نبود تعادل بین عوضین اثری بر صحت قرارداد ندارد. با این حال، وجود عوض ناچیز در قرارداد نیز پذیرفته نمی‌شود و تغییر ماهیت قرارداد یا بطلان قرارداد را به همراه می‌آورد. همچنین، قانون مدنی برای تضمین

۱. گندمکار، رضا حسین، «بررسی تطبیقی شروط غیرمنصفانه در نظام حقوقی ایران، انگلیس و حقوق اروپایی»، دانشگاه قم، دانشکده مجازی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، ۱۳۸۹، ص ۶۶.

تبادل عوضین در رابطه قراردادی خیار غبن را پیش‌بینی کرده که بر اساس آن شخص مغبون می‌تواند برای جبران عدم تعادلی که در آثار قرارداد ایجاد شده، عقد را فسخ کند. بنابراین، مقررات راجع به غبن در حقوق ما تا حدودی قابل مقایسه با غیرمنصفانه بودن ماهوی است.^۱

۲.۲. ضابطه شخصی شروط غیرمنصفانه

قاضی برای اینکه تشخیص دهد آیا این شرط برخلاف عدالت و انصاف است، باید به وضعیت خاص (انتظارات و دغدغه‌های) مصرف‌کننده در مقابل فروشنده نظر داشته باشد؛ با این توضیح که دادرس در هر پرونده که با ادعای غیرمنصفانه بودن شرطی منعقد شده است، باید به‌طور جزئی به بررسی وضعیت خاص هر یک از طرفین قرارداد بنشیند و سپس، بر اساس شخصیت و ویژگی‌های شخصی هر یک تصمیم‌گیری کند که این شرط می‌تواند مصداقی از یک شرط غیرمنصفانه در قرارداد باشد یا خیر.

۳. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه در قوانین ایران

از برخی مواد قانونی که به‌نحوی از شروط غیرمنصفانه یاد کرده‌اند، معیارهایی قابل استنباط است که در ذیل بررسی می‌شوند.

۳.۱. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه در قانون تجارت الکترونیکی

ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک استفاده از شروط غیرمنصفانه را در قرارداد غیر مؤثر اعلام می‌کند. در خصوص ماهیت شروط غیرمنصفانه که در قانون تجارت الکترونیک ایران بیان شده است، اختلاف نظر بسیار به چشم می‌خورد؛ چون در زمینه مفهوم انصاف، اصل پذیرش انصاف از سوی قضات در حوزه قراردادهای در حقوق ایران بین حقوق‌دانان اتفاق نظر نیست؛ لذا اگر بخواهیم در خصوص تعریف و ماهیت این شروط در حقوق ایران بحث کنیم، چند نکته را نباید از نظر دور داشت: قانون تجارت الکترونیک ایران - همان‌گونه که از صورت مذاکرات مجلس در زمان تصویب آن برمی‌آید - کاملاً برگرفته از قانون نمونه آنسیترال^۲ است و در ایران مسبوق به سابقه نیست؛

۱. عادل، مرتضی و شمس‌الهی، محسن، **شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده**، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۷، اسفند ۱۳۹۷، شماره ۲۵، ص ۲۰.

2. United nation commission on international trade law

پس، برای تفسیر نقاط مبهم آن نمی‌توان معانی اصطلاحات را در حقوق کشورهای عضو نادیده گرفت. در خصوص مفهوم انصاف و مراد از شروط غیرمنصفانه نمی‌توان به‌طور مطلق بحث کرد؛ چه‌بسا شرطی در یک قرارداد کاملاً غیرمنصفانه جلوه کند و در قرارداد دیگری (با لحاظ شرایط آن قرارداد) عین انصاف باشد (نسبی بودن انصاف).

از نواقص قانون تجارت الکترونیک این است که فقط به ممنوعیت درج شروط غیرمنصفانه در قرارداد و بی‌اعتباری آن بسنده کرده است؛ بدون اینکه تعریفی کلی از آن بیان کند یا اینکه به مصادیق آن اشاره کند و معیاری برای شناسایی و تشخیص این شروط ارائه دهد. با دقیق شدن در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی که مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست» می‌توان معیارهایی را برای تشخیص این شروط به دست آورد: (۱) یکی از طرفین (معمولاً فروشنده) از موقعیت برتری برخوردار است. این موقعیت برتر اعم از داشتن شرایط اقتصادی برتر، شرایط اجتماعی-سیاسی برتر یا تخصص در زمینه خاص و ... است؛ (۲) طرف ضعیف ناچار به انعقاد قرارداد است؛ به عبارت دیگر، در حالت اضطراری قرار دارد. از لغت «اعمال» که در این ماده به کار رفته است می‌توان متوجه شد که از نظر قانون‌گذار خریدار در شروط غیرمنصفانه در حالتی قرار دارد که فروشنده به راحتی می‌تواند شروط مد نظر خود را به او تحمیل کند؛ (۳) این شرط به‌نحو تحمل‌ناپذیری به نفع طرف قوی و به ضرر طرف ضعیف است و تعادل قراردادی را به کلی به هم می‌زند. دادگاه هم این عدم تعادل را درک می‌کند. در اینجا ممکن است تصور شود می‌توان با استفاده از خیار غبن این معامله را فسخ کرد، ولی این درست نیست؛ زیرا از جمله شرایط خیار غبن این است که مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه نباشد، والا خیار فسخ نخواهد داشت (ماده ۴۱۸.ق.م.) و در اینجا نیز فرد در عین علم و آگاهی به شرط، به آن پیوسته است؛ (۴) رضایت به این قرارداد با شرط مندرج در آن ناشی از حالت اضطرار طرف ضعیف است؛ به‌گونه‌ای که چاره‌ای جز انعقاد قرارداد نیست و در واقع اگر فرد در حالت عادی و طبیعی می‌بود، هرگز این شرط را قبول نمی‌کرد؛ (۵) نوعی سوءاستفاده از حق در این حالت مشاهده می‌شود؛ به عبارت دیگر، در اینجا طرف قوی با سوءاستفاده از قدرت برتر خود و حالت اضطرار دیگری، چنین شرطی را در قرارداد درج کرده است.

۳.۲. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه در قانون دریایی ایران

چنان که بیان شد، اولین بار قانون‌گذار در سال ۱۳۴۳ در ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران از این اصطلاح بدین منظور استفاده کرده که «هر قرارداد کمک نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شود و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده می‌شود.» با دقیق شدن در این ماده نیز می‌توان معیارهایی را برای تشخیص شروط غیرمنصفانه استخراج کرد: (۱) یکی از طرفین از موقعیت برتری برخوردار است؛ (۲) طرف ضعیف در حالت اضطراری ناچار به انعقاد قرارداد است؛ (۳) شرایط این قرارداد به نحو تحمل‌ناپذیری به نفع طرف قوی و به ضرر طرف ضعیف است و تعادل قراردادی را به کلی به هم می‌زند؛ به گونه‌ای که دادگاه نیز این عدم تعادل را درک می‌کند؛ (۴) رضایت به این قرارداد با شرایط مندرج در آن ناشی از حالت اضطرار طرف ضعیف است؛ به گونه‌ای که چاره‌ای جز انعقاد قرارداد نیست. در واقع، اگر فرد در حالت عادی و طبیعی بود، هرگز این شرط را قبول نمی‌کرد؛ (۵) نوعی سوءاستفاده از حق در این حالت مشاهده می‌شود؛ به عبارت دیگر، در اینجا طرف قوی از قدرت برتر خود و حالت اضطرار دیگری سوءاستفاده کرده و چنین شرطی را در قرارداد گذاشته که در برخی مواقع کل قرارداد غیرمنصفانه می‌شود؛ (۶) اختیار تشخیص عادلانه بودن یا نبودن شروط قرارداد بر عهده دادرس است. البته برای تشخیص این امر باید تمام شرایط قرارداد و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد را لحاظ کند. همچنین، ملاحظه محتوای سایر شروط یا شروط سایر قراردادها در فرضی که مابین چندین قرارداد ارتباط وجود دارد، برای ارزیابی خصوصیت مزبور لازم است، زیرا در اوضاع و احوال خاص ممکن است شروط غیرمنصفانه باشد، ولی همان شرط در شرایط دیگری چنین وصفی را دارا نباشد.

۴. معیار تشخیص شروط غیرمنصفانه در اتحادیه اروپا و حقوق انگلیس و آمریکا

جلوگیری از ایجاد شکاف بیشتر بین طرف قوی که برخوردار از وضعیت مسلط است و طرف ضعیف کم‌برخوردار، به منزله آرمان عدالت خواهان، در نهایت منجر به تصویب دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا شد. دولت‌های عضو هر یک مفهومی از بطلان مطلق، بطلان نسبی یا حمایتی را به مثابه ضمانت اجرای غیرمنصفانگی شروط قراردادی به رسمیت شناخته‌اند.

بند یکم ماده ۶ دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا به ادامه حیات حقوقی قرارداد منهای شرط غیرمنصفانه در صورتی که آن قرارداد قابلیت بقا را بدون شرط داشته باشد، توجه دارد؛ لیکن بیان موسع دستورالعمل به وضوح توضیح نمی‌دهد چگونه دولت‌های عضو باید شکلی از ماهیت غیر الزام‌آور را برقرار سازند؛ در حالی که گروهی آن را به بطلان مطلق حمل کرده و اظهار داشته‌اند در چنین حالتی، مثل این است که شرط اساساً مورد نگارش و توافق طرفین واقع نشده، در نتیجه آثار حقوقی به دنبال نخواهد داشت.^۱

در حقوق انگلیس یکی از قوانینی که قابل استناد است، دستورالعمل ۹۳/۱۳ شورای اروپا با عنوان «شروط غیرمنصفانه در قرارداد با مصرف‌کننده» است. مطابق ماده ۳ این دستورالعمل، «شرط غیرمنصفانه شرطی است که به صورت مجزا و جداگانه میان طرفین مورد مذاکره واقع نشده باشد و به خلاف حسن نیت است و عدم تعادل عمده‌ای در حقوق و تکالیف قراردادی، به زیان مصرف‌کننده ایجاد کند.» مطابق تعریف فوق، شرط غیرمنصفانه باید واجد سه شرط زیر باشد: ۱) به صورت جداگانه و منفرد مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نگرفته باشد؛ ۲) خلاف قاعده حسن نیت باشد؛ ۳) در حقوق و تکالیف ناشی از قرارداد، نابرابری عمده‌ای به زیان مصرف‌کننده ایجاد کند. ملاحظه می‌شود که مهم‌ترین شرط برای غیرمنصفانه یا تحمیلی محسوب شدن یک شرط آن است که به صورت جداگانه و منفرداً مورد مذاکره واقع نشده باشد؛ بنابراین، اگر شرطی به صورت جداگانه و بنا به مورد توافق طرفین قرار گرفته باشد، دیگر غیرمنصفانه به شمار نمی‌رود. در ماده ۱۱۰،۴ اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز در این موضوع اشاره شده است که «اگر شرطی، جداگانه مورد مذاکره واقع نشده و در عین حال، مخالف مقتضیات حسن نیت و معامله منصفانه باشد و موجب نابرابری‌های عمده در حقوق و تعهدات قراردادی طرفین شود، طرف زیان‌دیده می‌تواند این شرط را با لحاظ طبیعت اجرای تعهدات قراردادی... ابطال کند.» تفاوتی که در حکم این ماده با ترتیبات مقرر در دستورالعمل مورد بررسی به چشم می‌خورد، این است که بند یکم ماده ۶ دستورالعمل مورد بحث، دولت‌های عضو اتحادیه را مکلف ساخته است تا بر اساس حقوق داخلی خود ترتیبی اتخاذ کنند که شرط موصوف بدون

۱. صفایی، سیدحسین و شمالی، نگار. مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای غیرمنصفانگی شروط قراردادی در ایران، ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا، نشریه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۸، شماره ۸۶، ص ۲۳.

اینکه لطمه‌ای به صحت قرارداد وارد سازد، برای مصرف‌کننده الزامی ایجاد نکند. در حالی که طبق اصول مورد بحث، بی‌اعتباری شرط، حتماً مستلزم ابطال (الغاء) شرط از سوی زیان‌دیده (مصرف‌کننده) است.^۱ با این اوصاف، قبل از هر چیز، دادگاه‌های ملی در انطباق با سیستم حمایتی ارائه‌شده از سوی دستورالعمل ۹۳/۱۳ باید بررسی کنند که مصرف‌کننده در برابر فروشنده یا عرضه‌کننده در موقعیت وضعی قرار داشته یا از قدرت چانه‌زنی و سطح دانش برخوردار بوده یا نه؟^۲ قانون مبتنی بر اتحادیه اروپا تا حد زیادی در طول دوره انتقال بعد برگزیت از سال ۲۰۲۰ (البته با مبنای قانونی متفاوت برای چنین اعمالی) به قوت خود باقی مانده است و در دوره کوتاه‌مدت ۲۰۲۰ تا ۲۰۲۲، قانون حمایت از مصرف‌کننده بریتانیا و مواردی مانند شروط غیرمنصفانه تغییر چشمگیری نکرده است.^۳

در حقوق آمریکا که بیشتر متکی به رویه قضایی و احکام صادره از دادگاه‌ها است، این واقعیت مورد توجه دادگاه‌ها قرار گرفت که در برخی قراردادهای انصاف و وجدان بیدار حکم می‌کند تا از نابرابری و عدم تعادل و تحمیل زیان و خسارت ناروای سنگین به طرف ضعیف، به‌ویژه مصرف‌کنندگان جلوگیری شود. از این حیث، نظریه غیرمنصفانه بودن و گزاف بودن شروط قراردادی در نظام حقوقی «کامن لا» و حقوق آمریکا پذیرفته شد. پذیرش این نظریه با تصویب ماده ۲-۲-۳۰ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، به دادگاه‌ها این اختیار را داد که در صورت تشخیص ناعادلانه بودن یا گزاف بودن قرارداد با شروط قراردادی، از اجرای آن به‌صورت جزئی یا کلی جلوگیری کنند یا تنفیذ و اجرای شرط غیرعادلانه را محدود سازند. در این میان، دادگاه‌های آمریکا ضمن تفسیر شروط قراردادی به نفع طرف ضعیف‌تر، بررسی می‌کنند که آیا شروط مذکور بر اساس معیارهای نوعی و شخصی غیرمنصفانه و گزاف هستند یا خیر؟^۴

۱. خدانی، سید پدram، «حمایت از مصرف‌کننده در قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ با توجه به حقوق روز اتحادیه اروپا»، پایان‌نامه دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۴، ص ۱۱۳.

2. Della Brianza and Others. *Unfair terms in consumer contracts: national procedural principles cannot impede the rights that individuals derive from EU law*, Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 17 May 2022. P 2.

3. Turner, Robert, *The effect of Brexit on UK consumer protection law*, 2021, Jan 11 2021

۴. شیروی، عبدالحسین، *حقوق تجارت بین‌المللی*. تهران: نشر سمت، چاپ سیزدهم، ۱۴۰۰، ص ۲۸.

نتیجه گیری

در سده های گذشته اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی به مثابه یکی از اصول اولیه حاکم بر قراردادها تقریباً در همه نظام های حقوقی پذیرفته بود، زیرا اعتقاد بر این بود که بهترین وسیله برای توزیع ثروت، توافق طرفین است و رضای آن ها بهترین وسیله برای سلامت توزیع ثروت به شمار می رود. در پی دگرگونی های عظیم و فراگیر اقتصادی و اجتماعی، قراردادهای خصوصی تحت تأثیر همین تحولات، دیگر پاسخ گوی نیازهای جامعه و تأمین کننده عدالت قراردادی نبودند. نابرابری طرفین در قدرت چانه زنی، انحصار در تولید کالا یا ارائه خدمات، توزیع نامناسب اطلاعات و شرایط مربوط به شخص و بازار منجر به قدرت معاملی نابرابری در طرفین عقد می شد و لذا کم کم نیاز به دخالت دولت و اعمال محدودیت بر اصل آزادی قراردادی را ضروری ساخت. منتها نابرابری خاص و جدیدی پا به عرصه وجود گذاشت که سابقاً وجود نداشته یا وجودش چشمگیر نبوده است. این نابرابری ها که نشئت گرفته از جامعه اقتصادی جدید بود، «کمتر ناشی از عدم تعادل عوضین، بلکه غالباً ناشی از تحمیل سامانمند شروط یک طرفه و ناعادلانه به طرف ضعیف قرارداد است»؛ به این صورت که یک طرف به پشتوانه قدرتی که داشت، شروطی را به طرف ضعیف معامله تحمیل می کرد و فرد ضعیف بنا به قدرت چانه زنی نابرابر به منظور تأمین نیازهای خویش مجبور به انعقاد قرارداد حاوی شروط گزاف و ناعادلانه می شد.

انصاف و عدالت در معاملات و قراردادها حکم می کند که طرفین از حقوق و تکالیف مساوی و برابری برخوردار باشند و تعادل بین ارزش کالاها و خدمات ارائه شده حفظ شود. واقع بینی ایجاب می کند که نقش انصاف و عدالت را به مثابه آرمانی الهام بخش قلمداد کنیم. انصاف بیان می کند اگر شخصی با ستم ناروا و بی عدالتی آشکار برخورد کرد، نتواند از این حادثه بگریزد و انجام وظیفه را بر ندای وجدان ترجیح دهد. او باید تمام تلاش و مساعی خود را به کار ببندد تا از آثار ناشایست رعایت نشدن انصاف تبری جوید و از انصاف به منزله یک منبع در کنار عوامل دیگر استفاده کند و به ندای وجدان خویش پاسخ دهد و هر آنچه منصفانه ببیند، انجام دهد. در ایران متأسفانه در زمینه مقابله با شروط غیرمنصفانه، قانون یا قوانین خاصی پیش بینی نشده است و برای جلوگیری از این شروط فقط می توان به قواعد کلی همچون قاعده لاضرر و غرر استناد کرد. اما در حقوق «کامن لا» احترام به قراردادهایی که افراد به اختیار با یکدیگر منعقد می کنند تا از

آن طریق نیازهای خود را برطرف سازند و به مقاصد مشترک خود نائل شوند، یک اصل پذیرفته شده بوده است. این تلقی وجود داشته که نظم و همکاری اجتماعی در پرتو آزادی قراردادی بهتر تأمین خواهد شد و در نتیجه، مسئولیت تصمیم‌گیری در خصوص مفاد و نتایج قرارداد باید به طرفین قرارداد واگذار شود. البته، احترام به قراردادهای خصوصی تا زمانی مطرح است که قراردادهای مزبور به اختیار و از روی اراده آزاد طرفین منعقد شده باشد. بنابراین، اگر قرارداد مزبور در نتیجه اکراه، اشتباه، تدلیس یا نفوذ ناروا منعقد شده باشد، دادگاه می‌تواند در آن دخالت کند.

در حقوق ایران نیز به‌طور پراکنده در برخی مواد به شروط غیرمنصفانه اشاره شده است: - ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ مقرر می‌دارد: «... اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده مؤثر نیست.» از ظاهر این ماده چنین استنباط می‌شود که شرط غیرمنصفانه باطل است، ولی مبطل کل قرارداد نخواهد بود.

بر اساس قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲، کلیه شروط غیرمنصفانه که به حقوق طرف مقابل ضرر آورد، فاقد اثر حقوقی است. تشخیص منصفانه یا غیرمنصفانه بودن شرط نیز به عهده دادگاه خواهد بود.

- ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران مصوب ۲ آبان ماه ۱۳۴۳، همین فرض را بدین عبارت پیش‌بینی کرده است: «هر قرارداد کمک نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شود و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، به تقاضای هر یک از طرفین به وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده می‌شود.» چنانچه ملاحظه می‌شود، در حقوق ایران نیز در مواردی امکان ابطال و تغییر قرارداد وجود دارد. در این موارد، امکان تغییر یا ابطال قرارداد، گذشته از وجود اضطرار، منوط به غیرعادلانه بودن و غیرمنصفانه بودن شروط آن است، زیرا بر اساس ماده ۲۰۶ ق.م.ا. معاملة اضطراری معتبر است؛ چه در آن سوءاستفاده‌ای باشد و چه نباشد. در واقع، مبنای قانون‌گذار، برای بطلان و تغییر را باید در غیرمنصفانه بودن و ناعادلانه بودن این شروط و قراردادهای دانست.

۱. ماده ۲۰۶ ق.م.ا. «اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند، مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود.»

فارغ از این چند ماده و مواد دیگری که در قوانین خاص و به‌طور گذرا به شرط غیرمنصفانه اشاره کرده‌اند و ملاک و معیاری برای تشخیص آن به دست نمی‌دهند، باید مبحث شرط غیرمنصفانه را با مبانی حقوق ایران و نهادهای مشابه سنجید تا در صورت اعتبار آن در حقوق ایران، ضوابط شناسایی آن هم روشن شود و تا تصویب یک قانون جامع مورد استفاده قرار گیرد. در خصوص ضمانت اجرای مناسب جهت اعمال بر شروط غیرمنصفانه باید توجه کرد که بطلان عقد حاوی «شروط غیرمنصفانه» نمی‌تواند ضمانت اجرای مناسبی باشد؛ چراکه در این صورت، مشروط‌له نیز می‌تواند با استناد به این بطلان، از زیر بار اجرای تعهد خود شانه خالی کند که این امر به ضرر مشروط علیه است، زیرا موضوع قرارداد مورد نیاز وی است و بطلان عقد مشکلات مشروط علیه را دوچندان می‌کند. عدم نفوذ شرط یا عقد نمی‌تواند ضمانت اجرای مناسبی باشد؛ چراکه طرف ضعیف‌تر یا در قراردادهای مصرف‌کننده طرف غیرمتخصص، همان‌گونه که در حین قرار داد ناچار از پذیرفتن شرط است، اکنون نیز ناچار از تنفیذ است؛ زیرا اجرای قرارداد مطلوب وی است، نه عدم اجرای آن و مشروط‌علیه در زمان تنفیذ باید عقد را با «شرط غیرمنصفانه» درون آن تنفیذ یا کل عقد را رد کند. دربارهٔ اختیار فسخ عقد نیز مطابق استدلال فوق منافع مشروط‌علیه تأمین نمی‌شود. بطلان «شرط غیرمنصفانه» و عدم سرایت این بطلان به عقد می‌تواند ضمانت اجرای مناسب باشد، اما تنها در مواردی که شرط امری فرعی و تفکیک‌پذیر از عقد باشد؛ زیرا در غیر این صورت، مشروط‌له را اجبار به اجرای قراردادی کرده‌ایم که مد نظر وی نبوده است.

در نهایت، بر اساس مطالعات انجام‌شده در حقوق ایران، بر این عقیده‌ایم که علی‌رغم غنای فقهی در این زمینه، قوانین موجود در زمینه «شرط غیرمنصفانه و معیارهای تشخیص آن» ناکارآمد هستند. لذا پیشنهاد می‌شود قانون جامعی در راستای حمایت از طرف ضعیف قرارداد و مبارزه با «شرط غیرمنصفانه» تدوین و تصویب شود. دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیهٔ اروپا یکی از مصداق‌های تقنینی قابل استفاده در این زمینه است. در ساده‌ترین شکل، دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیهٔ اروپا دربارهٔ شرایط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌کننده، قوانینی برای حمایت از مصرف‌کننده تدوین کرده که برای حمایت از مصرف‌کننده در رابطهٔ او با تجار و تولیدکنندگان طراحی شده است. این سیستم با ارائهٔ ساختارهای حقوقی از مصرف‌کننده محافظت می‌کند که

به موجب آن، کنترل‌هایی برای به چالش کشیدن شرایط خاص وجود دارد و ممکن است مصرف‌کنندگان ملزم به قرارداد با آن‌ها باشند. اغلب اوقات، مصرف‌کننده در برابر فروشنده یا تأمین‌کننده، هم از نظر قدرت چانه‌زنی و هم سطح دانش قراردادی، در موقعیت ضعیفی قرار دارد. دستورالعمل‌های این‌چنینی ایجاب می‌کند که «مصرف‌کنندگان کالا و خدمات باید در برابر سوءاستفاده از قدرت از جانب فروشنده یا تأمین‌کننده، به‌ویژه در برابر قراردادهای یک‌طرفه و شروط غیرمنصفانه و ناعادلانه در قراردادهای، محافظت شود و نیز معیارهای صحیحی جهت تشخیص این شروط اتخاذ شود.» بدون بررسی مؤثر دادگاه‌های ملی درباره ناعادلانه بودن شرایط قرارداد و معیارهای تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد مربوطه، نمی‌توان رعایت حقوق اعطاشده به وسیله دستورالعمل ۱۳/۹۳ را تضمین کرد.

ضمانت اجرای شروط غیرمنصفانه در قراردادها و معیار تشخیص آن‌ها در حقوق ایران از معضلی جدی رنج می‌برد و آن عبارت است از فقدان تدابیر مشخص، مؤثر و شایسته که قادر به تأمین انتظارات مطرح‌شده از تشخیص غیرمنصفانه بودن شروط قرارداد باشد که این خود، معلول فقر مشهود منابع موجود از حیث تشریح راهکار قابل اعمال است.

اختلاف نابرابری‌های سنتی موجود در قراردادها با نابرابری متأثر از وجود شروط غیرمنصفانه، توجیه کارآمدی اعمال روش‌های سنتی در شروط اخیر را با دشواری روبه‌رو ساخته و تغییر واقعی وضعیت حقوق ایران در حوزه مقابله با شروط غیرمنصفانه را در گرو اقدام تقنینی و اعمال حمایت حداکثری از زیان‌دیده از شرط کرده است.

پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار ایران با توجه به تحولات حقوقی در تنظیم قراردادها و با استفاده از اصول و قواعد حقوقی و روح قوانین موجود، همچون دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا و قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، ضمن مبادرت به تصویب یا الحاق ماده یا مواد قانونی در زمینه تشخیص، بطلان و بی‌اعتباری شروط غیرمنصفانه، غیرعادلانه، گزاف و خلاف وجدان و همچنین شروط سلب و تحدیدکننده مسئولیت، در جهت نیل به اهداف و آرمان‌های عدالت‌خواهی و مساوات بین اشخاص گامی بلند بردارد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب‌ها:

۱. ارسطو (ارسطاطالیس)، *اخلاق نیکوماخوس*، ترجمه محمدحسین لطفی، تهران، انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۲. انصاری، علی، *تئوری حسن نیت در قراردادها*، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۲.
۳. شعاریان، ابراهیم، *حقوق مدنی تطبیقی*، دانشگاه تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۶.
۴. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی: آثار قراردادها و تعهدات*، جلد ۳، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ نهم، ۱۴۰۰.
۵. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین*، جلد ۳، چاپ چهل و هفتم، تهران، انتشارات دراک، ۱۴۰۱.
۶. شیروی، عبدالحسین، *حقوق تجارت بین الملل*، تهران: انتشارات سمت، چاپ سیزدهم، ۱۴۰۰.
۷. صفایی، سیدحسین، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: انتشارات میزان، ۱۴۰۱.
۸. کاظم پور، سید جعفر. *راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد*، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۲.
۹. کلی، جان، *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*، ترجمه محمد راسخ، تهران: انتشارات نی، چاپ سوم، ۱۴۰۰.

مقاله‌ها:

۱۰. ابراهیمی، یحیی، *بررسی تطبیقی حسن نیت*، مجله حقوقی بین المللی، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، شماره ۴۱.
۱۱. تقی زاده، ابراهیم و احمدی، افشین، *جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی*، دوره ۳، ۱۳۹۴، شماره ۱۰.

۱۲. حاجی پور، مرتضی، **نقش حسن نیت در قرارداد**، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، ۱۳۹۰، شماره ۴.
۱۳. خندانی، سید پدram و خاکباز، محمد، **تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادها**، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۲، شماره ۸.
۱۴. صفایی، سیدحسین و شمالی، نگار. **مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای غیرمنصفانگی شروط قراردادی در ایران، ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا**، نشریه تحقیقات حقوقی، تابستان ۱۳۹۸، شماره ۸۶.
۱۵. عادل، مرتضی و شمس‌الهی، محسن، **شروط غیرمنصفانه در قراردادهای مصرف‌کننده**، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۷، اسفند ۱۳۹۷، شماره ۲۵.
۱۶. قدیر، محسن، ساریخانی، عادل، **احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه**، فصلنامه شیعه‌شناسی، دوره ۹، پاییز ۱۳۹۰، شماره ۳۵.

پایان نامه‌ها:

۱۷. خندانی، سید پدram، «حمایت از مصرف‌کننده در قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ با توجه به حقوق روز اتحادیه اروپا»، پایان‌نامه دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۴.
۱۸. گندمکار، رضا حسین، «بررسی تطبیقی شروط غیرمنصفانه در نظام حقوقی ایران، انگلیس و حقوق اروپایی»، دانشگاه قم، دانشکده مجازی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، ۱۳۸۹.

ب) منابع انگلیسی:

19. Della Brianza and Others. 'Unfair terms in consumer contracts: national procedural principles cannot impede the rights that individuals derive from EU law', Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 17 May 2022.
20. Pavillon, C. *Private Standards of Fairness in European Contract Law*. European Review of Contract Law, 2014, 10(1), p 88.
21. Turner, Robert, 'The effect of Brexit on UK consumer protection law', www.twobirds.com, 2021, Jan 11 2021.

ماهیت حقوقی دارایی مجازی

(مقاله علمی-پژوهشی)

همایون مافی*

میثم رامشی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۱۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۳۰

چکیده

توسعه فضای مجازی و معاملات شکل گرفته در بستر این فضا طی چند سال گذشته، سبب شکل‌گیری مفهوم دارایی مجازی شده است. یکی از موضوعات مهمی که در پذیرش دارایی مجازی در نظام‌های حقوقی باید به آن توجه شود، مشخص شدن ماهیت این قبیل دارایی‌هاست. در خصوص ماهیت حقوقی دارایی‌های مجازی، رویکردهای مختلفی در نظام‌های حقوقی مطرح شده است؛ لیکن سه رویکرد، مقبولیت بیشتری یافته است. برخی از نظام‌های حقوقی، دارایی مجازی را پول تلقی می‌کنند و آن را همچون ابزاری جهت پرداخت در معاملات به کار می‌برند؛ برخی دیگر، آن را به مثابه اوراق بهادار قابل مبادله و قابل سرمایه‌گذاری پذیرفته‌اند و برخی دیگر آن را همچون کالا قبول کرده‌اند و مشمول مقررات مربوط به بیع کالا می‌دانند. حال این سؤال مطرح می‌شود که کدام رویکرد در خصوص ماهیت حقوقی دارایی مجازی در نظام حقوقی ایران پذیرفتنی است؟ در پاسخ باید گفت، اگرچه تاکنون به دارایی مجازی در نظام حقوقی ایران توجه جدی نشده است، تحلیل این ماهیت دارایی در زمره اموال مطابقت بیشتری با نظام حقوقی حاکم دارد.

کلید واژگان:

دارایی مجازی، کالا، پول، اوراق بهادار، مال.

* استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

mafi@ujss.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

m.rameshi@ujss.ac.ir

مقدمه

توسعه روزافزون انواع ارزشهای مجازی و گسترش معاملات مبتنی بر آن از یک سو و رویکردهای متفاوت راجع به ماهیت آن از سوی دیگر، سبب شکل‌گیری مفهومی تحت عنوان «دارایی مجازی»^۱ شد. این مفهوم، نخستین بار، کانون توجه کارگروه ویژه اقدام مالی^۲ در ویرایش سند قانونی خود در سال ۲۰۱۸ و متعاقب آن در توصیه‌نامه سال‌های ۲۰۱۹ و ۲۰۲۰ قرار گرفت و مقرراتی حول آن‌ها بیان شد.^۳

با توجه به اینکه مفهوم دارایی‌های مجازی در چند سال اخیر مطرح شده است، کشورها رویکردهای مختلفی را در زمینه سیاست‌گذاری درباره آن اتخاذ کرده‌اند. اگرچه طی چند سال اخیر، برخی کشورها مبادرت به تصویب مقرراتی در خصوص دارایی‌های مجازی کرده‌اند، در خصوص ماهیت حقوقی آن همچنان رویکرد واحدی اتخاذ نشده است. با وجود این، با بررسی مقررات موجود در کشورهای مختلف راجع به دارایی مجازی، می‌توان گفت به‌طور کلی چند دیدگاه عمده در نظام‌های حقوقی راجع به ماهیت حقوقی دارایی مجازی مطرح شده است: ۱- دارایی مجازی به‌مثابه پول؛ ۲- دارایی مجازی به‌مثابه اوراق بهادار؛ ۳- دارایی مجازی به‌مثابه کالا و ۴- دارایی مجازی به‌مثابه یکی از اقسام اموال.

در ایران اگرچه مفهوم ارز مجازی سابقه بیشتری دارد و چندین مقرر و دستورالعمل نیز در این خصوص به تصویب رسیده،^۴ تاکنون به مفهوم دارایی مجازی توجه نشده است. لذا قبل از پذیرش این قسم از دارایی و قانون‌گذاری در این حوزه، باید این سؤال مطرح شود که ماهیت دارایی مجازی در نظام حقوقی ایران چیست؟ آیا می‌توان این قسم دارایی‌ها را با مقررات موجود تطبیق داد یا ضرورت تدوین و تصویب مقررات مختص به این دارایی‌ها وجود خواهد داشت؟

در پاسخ به سؤالات فوق، با توجه به اینکه تحلیل ماهیت حقوقی دارایی مجازی، منوط به تبیین مفهوم این قسم از دارایی‌هاست، در این نوشتار، ابتدا به بررسی مفهوم دارایی مجازی

1. Virtual Asset

۲. Financial Action Task Force (FATF) - گروه ویژه اقدام مالی (FATF)، سازمانی بین‌دولتی است که در سال ۱۹۸۹ با ابتکار جی۷ با نگرش به سیاست‌های توسعه برای مبارزه با پول‌شویی بنیاد گذاشته شده است.

۳. خلیلی پاجی، عارف، ارزهای مجازی (جهانی‌شدن بزهکاری و سیاست جنایی)، تهران: میزان، ۱۴۰، ص ۳.

۴. برای مثال ر.ک: پیش‌نویس سند «الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها» مصوب ۱۳۹۷/۱۱/۰۸ بانک مرکزی.

خواهم پرداخت و در ادامه، رویکردهای مطروح در خصوص ماهیت حقوقی دارایی مجازی را تحلیل و بررسی خواهم کرد و در نهایت، ماهیت قابل تطبیق با مقررات حاکم بر نظام حقوقی ایران بیان خواهد شد.

۱. مفهوم دارایی مجازی

«دارایی»^۱ در لغت به معنای «مکنت، مال و ثروت»^۲ و «آنچه از خواسته و کالا که مال انسان باشد، سرمایه، ثروت، تمول»^۳ آمده است. در اصطلاح حقوقی، «مجموع حقوق و تکالیف مالی شخص اعم از دیون و مطالبات و عیون (منقول و غیرمنقول) را دارایی شخص گویند»^۴. برخی دیگر دارایی را مفهوم مالی دانسته‌اند و معتقدند صرفاً حقوق و تکالیف مالی را می‌توان از اجزای دارایی محسوب کرد.^۵

با ظهور ارزهای مجازی، گروه ویژه اقدام مالی رهنمودهایی را در ژوئن ۲۰۱۵ منتشر کرد که بر ارزهای مجازی تمرکز داشت؛^۶ لیکن مفهوم «دارایی مجازی» نخستین بار در توصیه‌نامه منتشر شده از سوی این گروه در سال ۲۰۱۸، مطرح شد که شامل ارزهای مجازی، توکن‌های دیجیتال و واسطه‌های دارایی مجازی بود.^۷ این گروه، در سال‌های ۲۰۱۹، ۲۰۲۰ و ۲۰۲۱ نیز دستورالعمل‌های جدیدی مبتنی بر شناسایی و تبیین قواعد حاکم بر دارایی مجازی تهیه و منتشر کرد. در راهنمای ۲۰۱۹ گروه ویژه اقدام مالی، دارایی‌های مجازی از پول فیات (پول ملی)، متمایز است و گسترده‌تر از اصطلاح قبلی خود، ارز مجازی، تعریف شده است. این دارایی‌ها دارای ویژگی‌های کلیدی زیر هستند:

1. Asset

۲. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، جلد ۸، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ص ۷۵۴.

۳. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی*، تهران: نشر آگاه، ۱۳۹۰، ص ۲۱۹.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد سوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۱۸۷۰.

۵. کاتوزیان، ناصر، *اموال و مالکیت*، تهران: میزان، ۱۳۹۱، ص ۲۷.

6. FATF Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Currencies, 2015. available at: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf> (last visited on 21/10/ 2019)

7. FATF: Risk-based Approach Guidance for the Securities Sector, 2018. available at: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/rba-securities-sector.html>. (last visited on 18/06/ 2020)

- بازنمایی دیجیتالی ارزش محسوب می‌شوند؛
 - قابلیت انتقال یا معامله به صورت دیجیتالی دارند؛
 - قابل استفاده برای اهداف پرداخت یا سرمایه‌گذاری هستند.^۱
- از آنجا که توصیه‌های گروه ویژه اقدام مالی، استاندارد بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است، کارشناسان مالی و تنظیم‌کنندگان مقررات در سراسر جهان بر عبارت «دارایی مجازی» تمرکز کردند و برخی کشورها نیز در تدوین قوانین و مقررات مربوط به دارایی مجازی، صریحاً از تعریف گروه ویژه اقدام مالی درباره دارایی مجازی اقتباس کرده‌اند. برای مثال، در ماده یک قانون دارایی‌های مجازی (ارائه‌دهندگان خدمات) کیمن^۲ مصوب ۲۰۲۰^۳ و ماده ۲ قانون دارایی مجازی (ارائه‌دهندگان خدمات) ایسلند مصوب ۲۰۲۰^۴ عیناً تعریف مذکور پذیرفته شده است.
- علاوه بر تعاریف قانونی فوق، در تعریف دارایی مجاز گفته شده «یک رکورد الکترونیکی است که در آن، فرد حق یا منافع دارد. این اصطلاح شامل دارایی یا بدهی اساسی نیست، مگر اینکه دارایی یا بدهی خود یک ثبت الکترونیکی باشد»^۵ مطابق این تعریف، می‌توان گفت دارایی‌های مجازی، دارایی‌های ناملموس واجد ارزش هستند که می‌توانند به صورت دیجیتالی معامله یا منتقل شوند یا برای اهداف پرداخت یا سرمایه‌گذاری به کار روند.^۶ می‌توان رمزارزها و توکن‌های دیجیتال^۷ را مهم‌ترین قسم دارایی مجازی در مفهوم مطروح در این نوشتار معرفی کرد.

1. FATF Guidance for a Risk-Based Approach for Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers, 2019. available at:

<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf>. (last visited on 19/03/ 2022)

۲. جزایر کیمن (Cayman Islands) بخشی از مستعمرات فرادریایی بریتانیا است که در **دریای کارائیب** قرار دارد.

3. Virtual Asset (Service Providers) Act, 2020 (VASP Act)

4. VIRTUAL ASSET (SERVICE PROVIDERS) REGULATIONS, 2020

5. Hinman.W, **Digital Asset Transactions: When Howey Met Gary (Plastic)**, Remarks at the Yahoo Finance All Markets Summit: Crypto (June 14, 2018), available at: <https://www.sec.gov/news/speech/speech-hinman-061418>. (last visited on 22/03/ 2021)

6. Rainer.B and Christin. N, «Bitcoin: Economics, Technology, and Governance», *Journal of Economic Perspectives*, 29, 2015, (2): 213-38.

۷. توکن کالایی غیرمادی و دارای ارزش مالی است که می‌تواند نماینده کالای دیجیتالی یا مادی در فضای مجازی باشد و تصاحب آن به منزله کسب مالکیت کالای مادی یا غیرمادی یا دارا بودن حقی بر آن باشد که توکن‌های دارایی و توکن‌های ارزی در قلمرو این تعریف قرار می‌گیرد. ر.ک: ناصر، مهدی و رضوی، محمدحسن، **تحلیل حقوقی کارکرد قراردادهای هوشمند در نقل و انتقالات دیجیتالی در بازارهای مالی**، پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۹۳، زمستان ۱۳۹۷، ص ۴۹.

۲. تحلیل ماهیت حقوقی دارایی مجازی به مثابه پول

مهم‌ترین رویکردی که در خصوص ماهیت حقوقی دارایی مجازی مطرح شده است، تحلیل این قسم از دارایی‌ها به مثابه پول است. در ادامه، امکان پذیرش این رویکرد بررسی می‌شود.

۲.۱. بررسی اوصاف دارایی مجازی و اوصاف پول

در تعریف پول گفته می‌شود چیزی است که همچون واسطهٔ تبادل، سنجش ارزش یا وسیلهٔ پرداخت پذیرفته می‌شود.^۱ بنابراین، در تعریف پول، کارکرد آن اهمیت دارد که به‌طور عمده شامل سه نوع است: ۱- وسیلهٔ مبادله؛ ۲- واحد حساب و سنجش قیمت‌ها؛ ۳- ذخیرهٔ ارزش.^۲ علاوه بر این، برخی خصوصیات دیگر مانند قابلیت حمل و تقسیم‌پذیری را از دیگر اوصاف پول می‌دانند.^۳ در خصوص کارکردهای دارایی مجازی، مطابق راهنمای ۲۰۱۹ گروه ویژهٔ اقدام مالی، این دارایی‌ها از پول فیات (پول ملی) متمایز هستند که به‌صورت دیجیتالی قابلیت معامله یا انتقال دارند و می‌توانند برای اهداف پرداخت یا سرمایه‌گذاری استفاده شوند. حال به تحلیل تطابق اوصاف دارایی مجازی با سه وصف و کارکرد اصلی پول می‌پردازیم.

الف) وسیلهٔ مبادله - مهم‌ترین کارکرد پول، استفاده از آن همچون وسیلهٔ مبادله است؛ بدین معنا که می‌توان با پول کالا و خدمت خریداری کرد یا پس از فروش کالا و خدمت، در مقابل آن پول دریافت کرد. این وصف در خصوص دارایی مجازی نیز صدق می‌کند؛ بدین نحو که امروزه می‌توان از دارایی مجازی به‌مثابه ابزاری جهت پرداخت در مبادلات استفاده کرد. گروه ویژهٔ اقدام مالی نیز در توصیه‌نامهٔ ۲۰۱۹ خود صراحتاً به قابلیت استفاده از دارایی مجازی برای اهداف پرداخت اشاره می‌کند؛ لیکن در کشور ایران، اگرچه رغبت به مبادلهٔ دارایی مجازی و به‌ویژه رمزارزها افزایش یافته، این تمایل، صرفاً ناظر به سرمایه‌گذاری است، نه همچون وسیله‌ای برای خرید کالا و خدمات. بنابراین، اگرچه از حیث کارکرد استفاده به‌منزلهٔ وسیلهٔ مبادله، دارایی مجازی و پول مشابهت دارند، در ایران تاکنون این کارکرد پذیرفته نشده است.

۱. یوسفی، احمدعلی، **هیئت پول**، قم: پژوهشکدهٔ فرهنگ و اندیشهٔ اسلامی، ۱۳۸۷، ص ۳۴.

2. Mankiw. N and Taylor.M., *Economics*, South-Western: Cengage Learning, 2011: 618

3. Jevons. S, *Money and the Mechanism of Exchange*, New York: Library of Economics and Liberty, 1876:314

ب) واحد حساب- امروزه قیمت‌ها برحسب پول سنجیده می‌شوند و پول معیاری است که مردم برای اندازه‌گیری و ثبت عددی اقتصادی استفاده می‌کنند. این کارکرد پول به دلیل پشتوانه داشتن پول نزد بانک‌های مرکزی و اعتبار و ارزشی است که دولت‌ها به پول فیات می‌دهند؛ اما این کارکرد در خصوص دارایی مجازی صدق نمی‌کند؛ چراکه دارایی مجازی از سوی دولت‌ها ایجاد نشده و دولت‌ها و بانک‌های مرکزی کشورها نیز بر آن‌ها نظارت ندارند؛ لذا نمی‌توان از آن‌ها همچون معیاری جهت محاسبه قیمت‌ها استفاده کرد. ممکن است در آینده کشورها به سمتی پیش روند که دارایی مجازی را نیز همانند پول به مثابه ابزاری جهت محاسبه قیمت‌ها تلقی کنند، اما در حال حاضر، با توجه به نحوه انتشار و مبادله دارایی مجازی، این کارکرد را نمی‌توان در خصوص این قسم از دارایی‌ها به کار بست.

ج) ذخیره ارزش- پول یکی از دارایی‌های مالی است که می‌توان از آن همچون وسیله ذخیره ثروت و ارزش و موردی برای انتقال قدرت خرید از حال به آینده استفاده کرد. اگرچه ظاهراً این وصف در خصوص دارایی‌های مجازی نیز صدق می‌کند و می‌توان از آن‌ها به مثابه وسیله‌ای برای حفظ ارزش استفاده کرد، وجود نوسان قیمت در دارایی‌های مجازی موجب می‌شود تا این دارایی‌ها کارکرد ذخیره ارزش را نداشته باشند. علاوه بر این، همان‌گونه که در سطور فوق گفته شد، در حال حاضر دارایی‌های مجازی عمدتاً از حمایت دولت‌ها برخوردار نیستند و پشتوانه‌ای همانند پشتوانه پول فیات ندارند و مشخص نیست در آینده چه رویکردی در نظام جهانی راجع به آن‌ها اتخاذ شود.

د) نمایش دیجیتالی ارزش- یکی از اوصاف دارایی مجازی، دیجیتالی بودن آن است که در تعاریف صورت گرفته از آن با عنوان «بازنمایی دیجیتالی ارزش» یاد می‌شود. این وصف در خصوص پول فیات وجود ندارد و یکی از وجوه تمایز پول فیات و دارایی مجازی، دیجیتالی بودن نمایش آن است. در خصوص تطابق دارایی مجازی و پول الکترونیکی باید گفت علی‌رغم اینکه در ظاهر دارایی مجازی و پول الکترونیکی هر دو نمایش دیجیتالی ارزش هستند، اما پول الکترونیکی، ارزش پولی واحدهای پول منتشره از سوی دولت یا بخش خصوصی است که به شکل الکترونیکی روی یک وسیله الکترونیکی ذخیره شده است و با اجازه مصرف‌کننده درگیر معاملات پرداختی، می‌تواند به وسیله الکترونیکی دیگری انتقال

یابد.^۱ بنابراین، تفاوت دارایی مجازی با پول الکترونیکی در این است که پول الکترونیکی، معرف دیجیتالی پول دارای پشتوانه است که به منظور انتقال الکترونیکی ارزش موجود در پول واقعی استفاده می‌شود؛^۲ اما دارایی‌های مجازی از سوی پول ناچیزی که ایجاد شده و به صورت الکترونیکی نگهداری می‌شود، پشتیبانی نمی‌شوند و می‌توانند برای انتقال ارزش به صورت دیجیتالی معامله شوند.

۲.۲. تمایز دارایی مجازی و پول از حیث مرجع وضع اعتبار

امروزه رویکرد غالب در خصوص ماهیت پول در حقوق ایران، اعتباری بودن مالیت آن است؛ بدین معنا که پول صرفاً ارزش مبادله‌ای محض دارد و مالیت، منشأ و پشتوانه آن، اعتبار است و اعتبار نیز در مرتبه تعیین واحد سنجش ارزش و مقدار آن، از سوی قانون وضع می‌شود.^۳ بر اساس این نظریه، پول به مثابه مال بدون ارزش معین، ایجاد می‌شود و پس از آن، با اعطای مالیت معین و انتشار خارجی آن و با گردش در اقتصاد واقعی و نسبتی که با تولید ملی پیدا می‌کند، ارزش ثانوی و متغیر آن پدیدار می‌شود.^۴ حال آیا در خصوص دارایی‌های مجازی نیز می‌توان گفت که دارای پشتوانه ارزشمند هستند و به منزله پول بدون پشتوانه واقعی ایجاد شده‌اند؟ در پاسخ باید گفت دارایی‌های مجازی در مفهوم مصطلح کنونی، اصولاً پشتوانه مشخص و معینی ندارند و صرفاً روشی برای انتقال ارزش و سرمایه‌گذاری تلقی شده‌اند که از سوی گروهی از افراد جامعه اعتبار یافته‌اند و پشتوانه معینی را نمی‌توان برای آن شناخت. علاوه بر این، منشأ مالیت پول‌های اعتباری، اعتبار دولت‌ها است؛ لیکن دارایی مجازی، اعتبار دولت‌ها را ندارد و

۱. عبدی‌پور، ابراهیم، تحلیل ماهیت حقوقی پول الکترونیکی، حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۱۶، تابستان ۱۳۸۹، ص ۵۵. همچنین ر.ک: کهزادی بهزاد و گچلو، جعفر، آثار اقتصادی گسترش پول الکترونیکی با تأکید بر سیاست‌های پولی، مجله برنامه‌بودجه، شماره ۸۳، ۱۳۸۲، ص ۶.

۲. فره‌وشی، فهیمه، پول‌های مجازی؛ چالش نوین نظام عدالت کیفری، تحولات قضایی، شماره اول، پاییز ۱۳۹۶، ص ۲۲.

۳. آقا نظری، حسن و غفوری، حسین، قدرت خرید؛ مقوم ثلث پول‌های اعتباری، جستارهای اقتصادی، شماره ۱۳، ۱۳۸۹، ص ۱۲۴.

۴. سبحانی، حسن و درودیان، حسین، ارزیابی انتقادی رویکردهای موجود در هستی‌شناسی پول، اقتصاد اسلامی، شماره ۵۷، ۱۳۹۴، ص ۱۱۴.

یکی از علل مهم مخالفت برخی دولت‌ها با این فناوری و پول محسوب کردن دارایی مجازی، حفظ اقتصاد ملی و پایه پولی و ارزی داخلی آن‌ها است.

۲.۳. امکان تطبیق قوانین ایران بر دارایی مجازی به مثابه پول

بر اساس نظام‌های پولی و ارزی کشورها، واحدهای پولی قابل مبادله از سوی نهادهای مرکزی همچون بانک مرکزی و به دستور و مطابق با سیاست‌های پولی آن کشور تولید و منتشر می‌شوند که در قوانین ایران نیز این موضوع صادق است. در بند «الف» ماده ۳ قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۵۱ مقرر شده «امتیاز انتشار پول رایج کشور در انحصار دولت است و این امتیاز با رعایت مقررات این قانون منحصرأ به بانک مرکزی ایران واگذار می‌شود». همچنین، بند «الف» ماده واحده قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیردولتی مصوب ۱۳۷۹، سیاست‌گذاری پولی، اعتباری، ارزی، چاپ اسکناس، ضرب سکه، حفظ ذخایر ارزی، نظارت بر بانک‌ها و صدور مجوز فعالیت بانکی را جزو وظایف دولت دانسته است. بنابراین، مطابق با قوانین عام پولی و بانکی ایران، برای اینکه مالی، خاصیت پولی داشته باشد، باید از سوی شورای عالی پول و اعتبار و بانک مرکزی به مثابه پول شناسایی شود. آیا بر اساس قانون خاصی این شناسایی در خصوص دارایی مجازی صورت گرفته است؟ در پاسخ باید گفت وضعیت این قسم از مبادلات تاکنون به نحو صریح مشخص نشده است و در وضعیت فعلی قانون‌گذاری در فضای داخلی نمی‌توان برای دارایی مجازی، ماهیت پولی قائل شد و مادامی که حاکمیت، دارایی مجازی را به مثابه ابزار پولی شناسایی نکند، نمی‌توان به آن رسمیت قانونی اعطا کرد.

۲.۴. رویکرد پولی راجع به ماهیت حقوقی دارایی مجازی در حقوق تطبیقی

برخی کشورها از طریق تصویب مقررات، به صورت صریح یا ضمنی، مبادرت به پذیرش دارایی مجازی در نظام‌های حقوقی خود به مثابه پول کرده‌اند. در کشور سوئیس، نهاد تنظیم‌کننده مستقل بازارهای مالی در این کشور^۱ در فوریه ۲۰۱۸ دستورالعمل دارایی مجازی را برای ارائه اطلاعات به فعالان بازار در خصوص چارچوب نظارتی منتشر کرد که در سال ۲۰۱۹ اصلاح شد. در این دستورالعمل، سه نوع دارایی مجازی به رسمیت شناخته شده است: ۱- توکن‌های پرداخت؛

1. Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA)

۲- توکن‌های سودمند؛ ۳- توکن‌های دارایی. رویکرد کلی این دستورالعمل، پذیرش توکن‌های دارایی همچون اوراق بهادار است؛ لیکن با سایر توکن‌های مبتنی بر بلاک‌چین همانند پول رفتار می‌شود. بنابراین، رویکرد عمده در خصوص دارایی مجازی در کشور سوئیس، رویکرد پولی است.^۱ کشور مکزیک نیز از جمله کشورهایی است که رویکرد پولی در خصوص دارایی دیجیتال در آن رویکرد غالب است.^۲ بانک مرکزی مکزیک، در مارس ۲۰۱۹ مقرراتی را پیشنهاد کرد که طبق آن، دارایی‌های مجازی به کار رفته از سوی مؤسسات فناوری مالی مجاز می‌شوند.^۳ در فرانسه نیز در سال ۲۰۱۹ پارلمان این کشور برنامه اقدام برای رشد و تحول تجارت^۴ را به تصویب رساند که مقرراتی راجع به دارایی‌های مجازی ایجاد کرد. این مقرر در خصوص ماهیت حقوقی دارایی مجازی مقررهای ندارد، اما در مارس ۲۰۲۰، دادگاه تجارت فرانسه حکم داد که ارزشهای رمزنگاری به منزله یکی از اقسام دارایی مجازی، پول هستند.^۵

۳. تحلیل ماهیت حقوقی دارایی مجازی به مثابه اوراق بهادار

در این قسمت به بررسی رویکرد اوراق بهادار محسوب کردن دارایی مجازی و امکان تطبیق آن بر اساس مقررات موجود در این خصوص در نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

۳.۱. بررسی اوصاف دارایی مجازی و اوصاف اوراق بهادار

در تعریف اوراق بهادار گفته شده «ورقه با ارزش و قابل مبادله‌ای است که به جهت اعتبار دولت یا سندیت از یک دارایی فیزیکی (مشهود) ارزش مبادلاتی پیدا کرده است.»^۶ به عبارت

1. FINMA, **Supplement to the Guidelines 1** (Sept. 11, 2019), <https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitungstable-coins.pdf?la=en>. see also: FINMA Publishes 'Stable Coin' Guidelines (Sept. 11, 2019), available at:

<https://www.finma.ch/en/news/2019/09/20190911-mm-stable-coins> (last visited on 10/03/ 2022)

2. Guerra, Mexico: **Amendment to Anti-Money Laundering Law Pertaining to Cryptocurrencies**, L. Libr. Cong. (May 22, 2018), available at: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/mexico-amendment-to-anti-money-laundering-law-pertaining-to-cryptocurrencies/>. last visited on 29/07/2022)

3. **Central Bank of Mexico's New Guidelines Will Not Result in a Crypto Ban**, Merkle (Mar. 15, 2019), available at: <https://themerkle.com/central-bank-of-mexicos-new-guidelines-will-not-result-in-a-crypto-ban/> (last visited on 14/05/ 2020)

4. PACTE

5. Adrian Zmudzinski, **French Commerce Court Likens Bitcoin to Currency in Recent Ruling**, Cointelegraph (Mar. 6, 2020), available at: <https://cointelegraph.com/news/french-commerce-court-likens-bitcoin-to-currency-in-recent-ruling>. / (last visited on 07/04/ 2022)

۶. ع. گلریز، حسن، *بورس اوراق بهادار*، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۴، ص ۳۶.

دیگر، اوراق بهادار، یک ابزار مالی دارای ارزش پولی است که قابلیت تبدیل به پول نقد و قابلیت نقل و انتقال دارد و دارنده آن دارای حقوق مشخص است و می‌توان اوصاف زیر را برای اوراق بهادار در نظر گرفت:

۱. ابزار مالی هستند و در گروه دارایی‌های مالی جای می‌گیرند؛
 ۲. دارای ارزش پولی هستند و می‌توان در مبادلات از آن‌ها همچون ابزار پرداخت استفاده کرد؛
 ۳. قابلیت تبدیل شدن به پول را دارند و عموماً به سهولت قابل نقل و انتقال و مبادله هستند؛
 ۴. حاکی از حقوق و امتیاز مشخصی برای دارنده آن است که به آن شخص، حق مالکیت در اموال یا مشارکت در سرمایه‌گذاری و ... را اعطا می‌کند.
- حال به تحلیل تطابق اوصاف اوراق بهادار و اوصاف دارایی مجازی با توجه به راهنمای ۲۰۱۹ گروه ویژه اقدام مالی می‌پردازیم؛

الف) نمایش دیجیتالی ارزش - یکی از اوصاف دارایی مجازی، دیجیتالی بودن آن است که در تعاریف صورت گرفته، با عنوان «بازنمایی دیجیتالی ارزش» از آن یاد می‌شود. این وصف در خصوص اوراق بهادار نیز صدق می‌کند؛ چراکه امروزه عمدتاً گواهی اوراق بهادار به صورت الکترونیکی صادر می‌شود و دیگر روش سنتی صدور گواهی کاغذی چندان مرسوم نیست. این وصف مهم‌ترین ویژگی مشترک اوراق بهادار و دارایی مجازی است.

ب) قابلیت مبادله - یکی از اوصاف دارایی‌های مجازی این است که می‌توان آن‌ها را به صورت دیجیتالی معامله یا منتقل کرد که این وصف در خصوص اوراق بهادار نیز عیناً صدق می‌کند. اگرچه در خصوص برخی اوراق بهادار مانند سهام بانام، حسب ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از مقررات قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، نقل و انتقال آن باید در دفتر مربوط به این گونه سهام به ثبت برسد، در خصوص سایر اقسام اوراق بهادار، این الزام دیده نمی‌شود. امروزه، عمده اوراق بهادار و قسم شایع آن، یعنی سهام شرکت‌های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار، به صورت الکترونیکی منتقل می‌شود؛ بنابراین، از این حیث نیز بین اوراق بهادار و دارایی مجازی مطابقت وجود دارد.

ج) وسیله پرداخت و سرمایه‌گذاری - امروزه می‌توان از دارایی مجازی همچون ابزاری جهت پرداخت در مبادلات استفاده کرد و گروه ویژه اقدام مالی نیز در توصیه‌نامه ۲۰۱۹ خود

صراحتاً به قابلیت استفاده از دارایی مجازی برای اهداف پرداخت و سرمایه‌گذاری اشاره می‌کند. این کارکرد دارایی مجازی، می‌تواند در خصوص اوراق بهادار نیز صدق کند؛ یعنی استفاده از اوراق بهادار به‌مثابه وسیله مبادله؛ بدین‌نحو که با استفاده از اوراق بهادار، کالا و خدمت را خریداری می‌کنند یا اگر کالا و خدمتی فروخته می‌شود، در مقابل آن اوراق بهادار دریافت می‌کنند.

در نتیجه، می‌توان گفت که دارایی مجازی از حیث کارکردی، شباهت زیادی به اوراق بهادار دارد. این موضوع برخی کشورها را بر آن داشته تا مقررات مربوط به اوراق بهادار را در خصوص دارایی‌های مجازی اعمال کنند؛ لیکن امکان پذیرش این قسم از دارایی‌ها به‌مثابه اوراق بهادار در نظام حقوقی ایران نیازمند بررسی است.

۳.۲. امکان تطبیق قوانین ایران بر دارایی مجازی به‌مثابه اوراق بهادار

در این بخش، به بررسی امکان اعمال قانون بازار بورس اوراق بهادار و قانون تجارت الکترونیکی بر دارایی‌های مجازی خواهیم پرداخت.

۳.۲.۱. جایگاه دارایی مجازی در قانون بازار بورس اوراق بهادار

در ماده ۲۴ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ آمده است: «اوراق بهادار هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد. شورا اوراق بهادار قابل معامله را تعیین و اعلام خواهد کرد.» طبق این قانون، شورای عالی بورس و اوراق بهادار از این اختیار برخوردار خواهد بود که در صورت پذیرش دارایی مجازی در حقوق ایران، دارایی‌های مجازی قابل تبدیل به پول دنیای واقعی را همچون ابزار مالی طبقه‌بندی کند. در این صورت، امور مربوط به سیاست‌گذاری مربوط به سرمایه‌گذاری در دارایی‌های مجازی در حوزه اختیارات این شورا قرار خواهد گرفت. با این رویکرد، می‌توان دارایی مجازی را نوعی سند بهادار دیجیتال دانست و قانون‌گذاری آن را مستند به قانون فوق‌الذکر به شورای عالی بورس واگذار کرد. با وجود این، باید توجه کرد که این رویکرد در حال حاضر در خصوص همه اقسام دارایی‌های مجازی ممکن است پذیرفتنی نباشد و نمی‌توان همه اقسام دارایی‌های مجازی اوراق بهادار را در چارچوب یک قاعده کلی تلقی کرد؛ لیکن می‌توان یکی از اقسام شایع آن‌ها، یعنی توکن‌های صادره در عرضه اولیه شرکت‌ها و کسب‌وکارها را در صورتی

که از نوع توکن‌های بهادار باشد، با مفهوم اوراق بهادار مطابقت داد و از جمله آن محسوب کرد؛ همچنان که در پیش‌نویس دستورالعمل منتشره بانک مرکزی در سال ۱۳۹۷ تحت عنوان «الزامات و ضوابط حوزه رمزارزها»، این نوع رمزارزها ورقه بهادار تلقی شده و از قوانین بورس تبعیت کرده است. در حقیقت، خریدار این توکن‌ها در پروژه سرمایه‌گذاری می‌کنند و در سود حاصل از آن سهیم می‌شوند.

۳.۲.۲. جایگاه دارایی مجازی در قانون تجارت الکترونیک

شاید بتوان گفت دارایی‌های مجازی با توجه به آنکه فاقد جنبه فیزیکی هستند و وجود و اعتبار آن‌ها در فضای مجازی محقق می‌شود، از جنس «داده پیام» هستند. به عبارت دیگر، دارایی‌های مجازی به لحاظ محتوا و ماهیت، چیزی بیش از «داده» و «اطلاعات» نیستند که با زبان ریاضی و با استفاده از تکنیک‌های رمزنگاری خلق می‌شوند. به همین دلیل است که گاهی از آن‌ها به «دارایی دیجیتال» تعبیر می‌شود. بنابراین، دارایی‌های مجازی را می‌توان طبق بند الف ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک، نوعی داده پیام دانست. این بند مقرر می‌دارد: «داده پیام هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهومی است که با وسایل الکترونیکی، نوری یا فناوری‌های جدید اطلاعات، تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود.» در صورت پذیرش این رویکرد، بدین علت که این دارایی‌ها از جنس داده پیام هستند و با عنایت به اینکه شناسایی داده پیام‌ها و سیستم اطلاعاتی مطمئن، نقش بسیار مهمی در مبادلات و تجارت الکترونیکی ایفا می‌کند، بدین طریق می‌توان مبادلات مربوط به دارایی مجازی را مشمول قانون تجارت الکترونیک دانست؛ لیکن این رویکرد تا زمانی که قانون‌گذار صریحاً آن را نپذیرد، قابلیت تسری به دارایی مجازی را نخواهد داشت.

۳.۳. رویکرد اوراق بهادار راجع به ماهیت حقوقی دارایی مجازی در حقوق تطبیقی

از میان کشورهای که دارایی مجازی را همچون اوراق بهادار پذیرفته‌اند، ایالات متحده آمریکا پیشگام بوده است. در این کشور، کمیسیون بورس و اوراق بهادار بر اساس دو قانون اوراق بهادار^۱ و قانون مبادله^۲ به تنظیم مقررات مرتبط با اوراق بهادار می‌پردازد و اگر دارایی مجازی

1. Securities Act
2. change Act

خاصی در قالب اوراق بهادار طبقه‌بندی شود، معاملات یا معاملات مربوط به آن دارایی مجازی تابع الزامات این قوانین خواهد بود.^۱ در سال ۲۰۱۹، کمیسیون مذکور به چندین ناشر اجازه داده است تا دارایی‌های مجازی متناسب با چارچوب قانونی عرضه اوراق بهادار را ارائه دهند که در این صورت، اگر دارایی مجازی خاصی به‌مثابه اوراق بهادار تعیین شود، مشمول مقررات مذکور قرار می‌گیرد.^۲ در ژاپن، آژانس خدمات مالی^۳ بر اساس دستورالعمل ۲۰۱۹ گروه ویژه اقدام مالی، قانون خدمات پرداخت و قانون مبادله ابزارهای مالی را در سال ۲۰۱۹ اصلاح کرد.^۴ این اصلاحات که چگونگی گنجاندن راهنمایی‌های جدید گروه ویژه اقدام مالی در طرح‌های نظارتی ملی را نشان می‌دهد،^۵ دارایی مجازی را به‌منزله شکل قانونی پرداخت به رسمیت شناخت و اصطلاح «ارز مجازی» را با اصطلاح «دارایی رمزنگاری» جایگزین کرد.^۶ در مارس ۲۰۱۹، آژانس خدمات مالی ژاپن اصلاحات دیگری را در قانون خدمات پرداخت ارائه داد که در اصلاحات مذکور، توکن بهادار همچون اوراق بهادار طبقه‌بندی می‌شود و از این رو، توکن‌ها قانونی هستند.^۷

۴. حلیل ماهیت حقوقی دارایی مجازی به‌مثابه کالا

محصولات و مواد مختلفی که تولیدکننده به بازار عرضه کند و در برابر دریافت پول، یکی از نیازهای انسان را تأمین و رفع کند، «کالا» نام دارد.^۸ در قوانین ایران از کالا تعریفی ارائه نشده

1. iancarlo.C, **Regulators are Looking at Cryptocurrency**, Commentary (Jan. 24, 2018), available at: <https://www.wsj.com/articles/regulators-are-looking-at-cryptocurrency-1516836363>. / (last visited on 07/11/ 2021))

2. **ess Release, SEC, SEC Charges Former Bitcoin-Denominated Exchange and Operator with Fraud** (2018). available at: <https://www.sec.gov/news/press-release/2018-23/>. (last visited on 06/11/2020)

3. Financial Services Agency FSA)

4. ishashi.O., **Japan Hopes to Set Global Crypto Law Benchmark with Latest Regulatory Update**, *Cointelegraph* (June 5, 2019), available at: <https://cointelegraph.com/news/japan-hopes-to-set-global-crypto-law-benchmark-with-latest-regulatory-update>(last visited on 14/10/ 2020)

5. elms.k, **Japan to Provide G20 With Solution for Crypto Regulation**, (Apr.23, 2019), available at: <https://news.bitcoin.com/japan-g20-cryptocurrency-regulation/> 21(last visited on 19/02/2022)

6. ichael.S and Nathan.A, **Virtual Currency Rrgulation Review**, London: Published in the United Kingdom by Law Business Research 2020: 64.

7. **mentdment to Payment Services Act and Financial Instruments and Exchange Act; Regulatory Approaches to Cryptoassets**: Japan, Library of Congress (2020), available at: <https://www.loc.gov/law/help/cryptoassets/japan.php>. (last visited on 08/02/ 2021)

۸. دادگر، یدالله، *مبانی علم اقتصاد*، قم: انتشارات بوستان کتاب، ۱۳۸۶، ص ۸۷.

است، لیکن می‌توان گفت کالا دو وصف عمده دارد: قابلیت لمس و قابلیت جابه‌جایی. بنابراین، برای کالا محسوب کردن دارایی مجازی، بررسی این دو وصف ضروری است.

۴.۱. ملموس بودن کالا

معیار ملموس بودن برای تعیین کالا مهم است.^۱ ملموس بودن معمولاً به این صورت تعریف می‌شود که «دارای فرم فیزیکی باشد یا توانایی درک شدن به وسیله حواس را داشته باشد».^۲ این مفهوم در بحث فعلی نقش بسزایی دارد. حتی می‌توان گفت که ملموس بودن مانع اصلی برای طبقه‌بندی دارایی مجازی به مثابه کالا است. مفهوم واضح این تصمیم این است که برای اینکه با دارایی مجازی همچون کالا رفتار شود، باید در محیطی ملموس موجود باشد؛ لیکن به نظر می‌رسد که اگرچه نوعی ملزومات ملموس در واقع برای کالا محسوب شدن یک شیء لازم است، به دلیل توسعه روزافزون فضای دیجیتال و شکل‌گیری اقسام دارایی‌ها و کالاهای جدیدی در این محیط، ضروری است مفهوم حقوقی ملموس بودن کالا، به‌منظور مطابقت با عصر دیجیتال به‌روز شود.

۴.۲. قابلیت جابه‌جایی کالا

قابلیت جابه‌جایی محصول، معیار مناسبی برای قابلیت وارد کردن آن در طبقه‌بندی کالاها برای اهداف فروش است. شیء در صورتی کالا محسوب می‌شود که قابل جابه‌جایی باشد. قابلیت جابه‌جایی مستقیماً مربوط به نیاز تحویل کالا پس از فروش است و تحویل نیز به معنای انتقال اختیاری تصرف مالکیت از یک شخص به شخص دیگر است.^۳ در مقررات مربوط به بیع کالا نیز از جمله مقررات کنوانسیون بین‌المللی بیع کالا، اگرچه صریحاً لازم نیست که برای کالا بودن، شیء منقول باشد، اما مفاد مختلف آن بیانگر وجود واقعی چنین الزامی است.^۴

1. Smith. F and Woods. L, "A Distinction without a Difference: Exploring the Boundary between Goods and Services in the World Trade Organization and the European Union", *Columbia Journal of European Law*, 12 (1). 2005: 1-51.

2. Black. H.C, **Black's Law Dictionary**, London:, West Group, Minnesota, 1991:1456

3. Ziegel.J. and Samson.C, **Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Toronto: publisher not identified, 1981:154

4. Honnold. J, **Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention**, London: Kluwer Law International, 2009:51

۴.۳. امکان تطبیق قوانین ایران بر دارایی مجازی به مثابه کالا

در حقوق ایران، تعریفی از کالا در قوانین و مقررات وجود ندارد، لیکن همان گونه که گفته شد، ملموس بودن و قابلیت جابه جایی، دو معیار اصلی کالا محسوب کردن شیء است؛ در حالی که وصف عمده دارایی مجازی، ناملموس بودن آن است. از سوی دیگر، نقل و انتقال کالا عمدتاً مشمول مقررات بیع می شود و چنانچه دارایی مجازی را کالا محسوب کنیم، باید مشمول مقررات بیع قرار گیرد؛ در حالی که بدیهی است هیچ یک از قوانین مربوط به بیع کالا تا قبل از ظهور مفهوم دارایی مجازی، قصد نداشته اند بر معاملات مربوط به دارایی مجازی حکومت کنند. بنابراین؛ این ادعا که قوانین بیع مرسوم برای حکومت بر معاملات دارایی مجازی کفایت ندارند، چندان عجیب نیست. عمده ایراد نیز این است که قواعد حاکم بر بیع کالا بر معیارهایی مانند تسلیم مبیع، معین بودن مورد معامله و ... استوار است که تناسبی با معاملات مربوط به دارایی مجازی ندارد. بنابراین، این رویکرد در حقوق ایران پذیرفتنی نخواهد بود.

۴.۴. رویکرد کالا راجع به ماهیت حقوقی دارایی مجازی در حقوق تطبیقی

در انگلستان، گروهی ویژه با مرجع راهبردار امور مالی انگلستان^۱، خزانه داری انگلستان و بانک انگلیس در مارس ۲۰۱۸ تشکیل شد که سیاست ها و پیامدهای نظارتی بلاک چین و مجموعه های رمزنگاری و همچنین فرصت ها و خطرات آن ها را ارزیابی می کند.^۲ این نهاد در آوریل ۲۰۱۸ بیانیه ای صادر کرد که مطابق آن، ارزهای رمزنگاری شده به مثابه «ارز» یا «کالا» شناخته شدند. در سال ۲۰۱۹، نهاد مذکور با انتشار بیانیه ای با عنوان «ضمیمه ۲۲/۱۹: دستورالعمل های مرتبط با دارایی های مجازی»، دارایی های دیجیتال را به سه دسته اصلی تقسیم کرد: توکن های اوراق بهادار، توکن های پول الکترونیکی و توکن های غیرقانونی (از جمله توکن های مبادله ای).^۳ بنابراین، اگرچه در حقوق انگلستان در ابتدای شکل گیری مفهوم ارزهای رمزنگاری شده، رویکرد غالب تقسیم بندی آن ها در گروه ارز یا کالا بوده است؛ به تدریج با توسعه

1. Financial Conduct Authority (FCA)

2. FCA, **Guidance on Cryptoassets: Feedback and Final Guidance to CP 19/3 (2019)**, available at: <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps19-22.pdf>. (Last Updated: 24 Sept 2020). (last visited 17/01/ 2021)

3. Cryptocurrency Derivatives: **FCA Statement on the Requirement for Firms Offering Cryptocurrency Derivatives to be Authorised**, FCA (2019), available at: <https://www.fca.org.uk/news/statements/cryptocurrency-derivatives> (last visited on 14/09/ 2021)

مطالعات درباره ارزشهای رمزنگاری شده و شکل‌گیری مفهوم دارایی مجازی، این نوع دارایی را عمدتاً در زمره اوراق بهادار تلقی کرده و از رویکرد کالامحوری فاصله گرفته است.

۵. تحلیل ماهیت حقوقی دارایی مجازی به مثابه مال

در فرهنگ لغت، «مال» به «آنچه در ملک باشد، آنچه ارزش مبادله داشته باشد، دارایی و خواسته»^۱ تعریف شده است و حقوق دانان تعاریف متعددی از مال ارائه کرده‌اند. برخی در تعریف مال صرفاً بر معیار ارزش داشتن آن تأکید کرده‌اند؛^۲ برخی دیگر، علاوه بر ارزش داشتن مال، قابلیت دادوستد را نیز در تعریف آن ملحوظ کرده‌اند؛^۳ در نظر برخی نیز، مفهوم مال از مفاهیم انتزاعی است که از تحلیل روانی و عرف و بنای عقلا و کشف ارتکازات ذهنی آن‌ها در خصوص اشیا خارجی ناشی می‌شود.^۴ با عنایت به تعاریف مذکور می‌توان گفت هر چیزی که قابل تملک و مبادله یا تقویم به وجه رایج کشور و دارای ارزش اقتصادی باشد، مال محسوب می‌شود.

۵.۱. بررسی اوصاف دارایی مجازی و اوصاف مال

بین سه اصطلاح «شیء»، «مال» و «ملک»، تفاوت وجود دارد. «مال» عبارت است از هر چیزی که مفید و قابل اختصاص یافتن به شخص باشد. «ملک» عبارت است از هر شیئی که در تصرف و سلطه شخص باشد؛ اما از «شیء» تعریفی به عمل نیامده که شاید دلیلش بدیهی بودن مفهوم آن است؛ لیکن واژه «چیز» معادل آن محسوب می‌شود. در گذشته، واژه «مال» ویژه کالای مادی بود، ولی در طول زمان و در روابط بین اشخاص، معانی مختلفی به خود گرفته و عرف، تعیین‌کننده معنای مال شده است؛ به گونه‌ای که عرف معنی مال را از معنای لغوی آن فراتر برده است و امروزه منفعت و حقوق مبادله‌پذیر را نیز مال می‌دانند. بسیاری از ارزش‌های مالی غیرمادی مثل علائم تجاری و مالکیت‌های فکری بعضاً دارای ارزش بیشتری از اموال مادی هستند.^۵

۱. معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، جلد سوم، تهران: نشر امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۹، ص ۵۱۴.

۲. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: مجد، ۱۳۸۹، ص ۲۸۴.

۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، جلد اول، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۷، ص ۱۹.

۴. مطهری، مرتضی، *نظری به نظام اقتصادی اسلام*، تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۸۸، ص ۱۳۰.

۵. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۳۸۲.

در خصوص مال محسوب کردن دارایی مجازی، با توجه به مفهوم مال در حقوق ایران، باید گفت در صورتی می‌توان این دارایی‌ها را مال محسوب کرد که مفید و قابل اختصاص یافتن به شخص باشد. در خصوص وصف قابلیت اختصاص به اشخاص، درباره این دارایی‌ها تردیدی نیست، ولی مفید بودن آن‌ها ممکن است محل تردید باشد. در خصوص وصف مفید بودن برای تلقی شدن شیء به مثابه مال، باید گفت مفید بودن هر چیزی از این نظر است که نیازی از انسان، خواه مادی یا معنوی را برآورده کند؛ حال آنکه درباره دارایی‌های مجازی، ممکن است گفته شود نیازی از انسان را برآورده نمی‌کنند.

در پاسخ به استدلال فوق می‌توان گفت اگرچه در خصوص دارایی مجازی در حال حاضر نمی‌توان ارزش ذاتی قائل شد، اما بدین علت که این دارایی‌ها مانند اسکناس و پول‌های فیات می‌توانند همچون وسیله‌ای برای رفع نیازهای انسان به کار روند، ارزش اعتباری دارند و مال قلمداد می‌شوند. علاوه بر این، مال مفهومی نسبی است و برحسب زمان و مکان مفهوم آن متغیر خواهد بود؛ اما به‌طور کلی، به هر چیزی که ارزش اقتصادی دارد یا حقوقی که قابلیت استفاده و بهره‌برداری از مال را داشته باشد، اطلاق می‌شود. بنابراین، با توجه به اینکه در معیار ارزش اقتصادی، منفعت عقلایی و مشروع کفایت می‌کند، به جهت مقبولیت دارایی مجازی در جوامع، می‌توان گفت این قسم دارایی‌ها دارای ارزش اقتصادی تلقی می‌شوند و مالیت دارند.

۵.۲. جایگاه دارایی مجازی در طبقه‌بندی اموال

در صورتی که دارایی مجازی را مال بدانیم و برای آن مالیت قائل شویم، این نکته که در کدام طبقه‌بندی اموال قرار می‌گیرد، از اهمیت برخوردار است. اگرچه به استناد مفاد مواد ۱۱ به بعد قانون مدنی در یک تقسیم‌بندی کلی، مال به اموال منقول و اموال غیرمنقول تقسیم می‌شود؛ لیکن تقسیم‌بندی‌های دیگری از مال نیز می‌توان ارائه داد؛ از جمله تقسیم مال به اموال عینی (مادی) و اعتباری (غیرمادی). در تعریف مال مادی گفته شده «مالی است که با ابعاد مادی یا حداقل پایگاه ملموس و قابل احساس مادی دارد. این اموال فضا را اشغال می‌کنند و دارای طول و عرض هستند، مانند میز، ماشین و خانه».^۱ اموال غیرمادی، اموالی هستند که وجود مادی در

۱. محمدی، پژمان و اسدی، روح‌الله، **ماهیت انتقال مالکیت اموال غیرمادی غیرفکری**، پژوهش حقوقی، شماره ۱، ۱۳۹۱، ص ۵.

خارج ندارند؛ ولی جامعه به وجود آن‌ها اعتبار داده و قانون آن‌ها را شناخته است، مانند حق تألیف.^۱ بنابراین، لازم نیست مال حتماً محسوس و مادی باشد، زیرا ممکن است اموال غیرمادی و ناملموس نیز از منظر عرف ارزش اقتصادی داشته باشند و دادوستد شوند.^۲

در نتیجه، چنانچه از تقسیم‌بندی سنتی خارج شویم و بتوانیم اموال را به دو گروه اموال مادی و اموال غیرمادی تقسیم کنیم، می‌توان دارایی مجازی را در گروه اموال غیرمادی قرار داد. اموال غیرمادی را نیز می‌توان به دو گروه اموال فکری و اموال غیرفکری تقسیم کرد که باید دارایی مجازی را در گروه اموال غیرفکری طبقه‌بندی کرد. با این رویکرد، می‌توان دارایی مجازی را نوعی مال دانست که به شکل منفعت و خدمات در جامعه برای تسهیل در مبادلات و انتقال ارزش و سرمایه‌گذاری در جریان است.

۵.۳. امکان تطبیق قوانین ایران بر دارایی مجازی به مثابه مال

در قوانین ایران، تا قبل از تصویب قانون مبارزه با پول‌شویی، تعریفی در قوانین از واژه مال وجود نداشته است؛ لیکن در بند «ب» ماده یک قانون مبارزه با پول‌شویی اصلاحی ۱۳۹۷ و بند ۳۲ ماده یک آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پول‌شویی، «مال، هر نوع دارایی، وجوه یا منابع اقتصادی اعم از مادی یا غیرمادی، محسوس یا نامحسوس، منقول یا نامنقول، نقد یا غیرنقد، مشروع یا غیرمشروع و هر نوع منفعت یا امتیاز مالی یا وجوه اعم از نقد و غیرنقد و همچنین کلیه اسناد قانونی مبین حق اعم از کاغذی یا الکترونیکی نظیر اسناد تجاری، سهام، یا اوراق بهادار»، تعریف شده است. در خصوص اینکه آیا دارایی‌های مجازی در چارچوب تعریف مذکور قرار می‌گیرند یا خیر، تاکنون نظر صریحی نه از سوی حقوق‌دانان و نه از سوی قانون‌گذار ابراز نشده و این موضوع موجب ابهاماتی بر امکان شمول تعریف مذکور بر دارایی مجازی شده است؛ لیکن به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق تعریف فوق، بتوان دارایی مجازی را در گروه اموال مذکور در این ماده قرار داد.

۱. انصاری، علی و ذوالفقاری، سهیل، **توثیق اموال غیرمادی در حقوق ایران**، مطالعات فقه و حقوق، سال ۴، شماره ۶، ۱۳۹۸، ص ۸۸.

۲. محمودی، اصغر، **ماهیت حقوق مالکیت فکری و جایگاه آن‌ها در حقوق اموال**، دانش حقوق مدنی، شماره ۲، پاییز ۱۳۹۱، ص ۱۰۰. همچنین ر.ک: داراب‌پور، مهرباب، **حقوق اموال و مالکیت؛ تصرف و وقف**، تهران: جنگل، ۱۳۹۱، ص ۳۹.

علاوه بر قانون مبارزه با پول‌شویی که می‌توان از تعریف مال در آن، برای مال محسوب کردن دارایی مجازی استفاده کرد، برخی از مقررات قانون مدنی را نیز می‌توان برای پذیرش این رویکرد به کار برد. برای مثال، در ماده ۱۰ قانون مدنی مقرر شده، اراده طرفین معامله در صورتی که مخالف با قوانین آمره و شرع مقدس نباشد، برای طرفین الزام‌آور و دارای ضمانت اجرای توافق‌شده بین طرفین است. با عنایت به اینکه معامله دارایی‌های مجازی میان کاربران به‌مرور زمان هنجارهایی را در عرف با خود به همراه می‌آورد و به نسبت هر جامعه تا زمانی که از چارچوب قانونی و شرعی آن خارج نشود، به رسمیت شناخته خواهد شد، لذا بر اساس اصل آزادی اراده که در قوانین مدنی همه کشورها گنجانده شده است، تعیین مبیع و ثمن به اراده طرفین قرارداد واگذار شده و با تبعیت از این اصل می‌توان چنین برداشت کرد که هر زمان دارایی‌های مجازی در جایگاه هر یک از مبیع و ثمن در قراردادی گنجانده شود، مفاد آن قرارداد همانند سایر قراردادها لازم‌الاجرا است. با این تحلیل و بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی، دارایی مجازی را می‌توان مال محسوب کرد که در چارچوب مقررات قانون مذکور، قابلیت مبادله خواهد داشت.

نتیجه‌گیری

با توجه به اینکه دارایی‌های مجازی دارای وجوه مختلفی هستند، یعنی هم‌زمان هم کارکردهای انتقال وجه و هم کارکردهای کالای سرمایه‌ای را دارند و ممکن است افرادی از قابلیت‌های فنی دارایی‌های مجازی برای پول‌شویی، سفته‌بازی یا فرار مالیاتی استفاده کنند، شناخت دقیق ماهیت حقوقی دارایی‌های مجازی، قانون‌گذار را در تدوین قوانین متناسب و کاربردی رهنمون می‌سازد؛ لیکن به دلیل تنوع اقسام دارایی مجازی، تعیین ماهیت برای همه اقسام آن دشوار می‌نماید و برای تمام آن‌ها نمی‌توان ماهیتی یکسان قائل بود و شناخت صحیح، مستلزم تفکیک دارایی‌های مجازی و بررسی جداگانه آن‌ها است. با بررسی رویکردهای موجود در خصوص ماهیت دارایی مجازی و تطبیق آن با مقررات موجود در نظام حقوقی ایران، می‌توان گفت اگرچه این قسم از دارایی‌ها را می‌توان گونه‌ای از اموال دانست که ذاتی غیرمادی و ناملموس دارند و در اجتماع و اقشار مردم از ارزش مبادله‌ای برخوردار هستند و در مال بودن آن‌ها تردیدی وجود ندارد و مالیت آن‌ها، هم در عرف و هم مطابق شرع پذیرفتنی است؛ لیکن قانون‌گذار می‌تواند این قسم از اموال را بسته به نوع و کارکردی که دارند، به‌مثابه دارایی دیجیتال یا پول یا اوراق بهادار شناسایی کند.

با عنایت به آنچه در این نوشتار در خصوص دارایی مجازی بیان شد، باید گفت با توجه به استقبال از این قسم دارایی‌ها در نظام‌های حقوقی، امروزه قواعد حاکم این نوع دارایی در دنیا نزدیک به مرز بلوغ است و قانون‌گذاری و توجه به آن‌ها در سطح جهانی و کارگروه ویژه اقدام مالی، نشان‌دهنده آن است که این دارایی‌ها نزدیک‌تر از همیشه به چرخه مبادلات هستند؛ لذا ضروری است در ایران نیز همگام با جامعه جهانی، دارایی مجازی همچون موضوعی مهم مورد شناسایی حقوقی قرار گیرد. اگرچه این شناسایی تاکنون در ایران به‌طور ناقص و بدون دخالت قانون‌گذار صورت گرفته و به انتشار چند اطلاعیه و مصوبه در زمینه رمزارزها اکتفا شده، ضروری است مجلس شورای اسلامی در جایگاه قانون‌گذار رسمی کشور، قانون جامع و کاملی را تدوین و تصویب کند تا اولاً، وضعیت حقوقی مبادلات مربوط به دارایی‌های مجازی مشخص شود و ثانیاً، فعالان این حوزه، با تکالیف و حقوق خود آشنا شوند. ضروری است در این قانون، اقسام مختلف دارایی‌های مجازی از یکدیگر تفکیک و ماهیت و آثار حقوقی هر حوزه به تفکیک مشخص شود و قواعد حاکم بر آن‌ها بر اساس مبانی فقهی و حقوقی حاکم بر نظام حقوقی ایران تبیین شود؛ لیکن تا زمان تصویب چنین قانونی، می‌توان این قسم از دارایی‌ها را در گروه اموال قرار داد.

منابع

الف) منابع فارسی

کتاب‌ها:

۱. امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، جلد اول، تهران: کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۸۷.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد سوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۳. خلیلی پاچی، عارف، **ارزهای مجازی (جهانی‌شدن بزهکاری و سیاست جنایی)**، تهران: میزان، ۱۴۰.
۴. دادگر، یدالله، **مبانی علم اقتصاد**، قم: انتشارات بوستان کتاب، ۱۳۸۶.
۵. داراب‌پور، مهرباب، **حقوق اموال و مالکیت؛ تصرف و وقف**، تهران: جنگل، ۱۳۹۱.
۶. دهخدا، علی‌اکبر، **لغت‌نامه**، جلد ۸، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
۷. شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادهای و تعهدات**، تهران: مجد، ۱۳۸۹.
۸. عمید، حسن، **فرهنگ فارسی**، تهران: نشر آگاه، ۱۳۹۰.
۹. کاتوزیان، ناصر، **اموال و مالکیت**، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادهای**، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
۱۱. گلریز، حسن، **بورس اوراق بهادار**، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۴.
۱۲. مطهری، مرتضی، **نظری به نظام اقتصادی اسلام**، تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۸۸.
۱۳. معین، محمد، **فرهنگ فارسی**، جلد سوم، تهران: نشر امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۹.
۱۴. یوسفی، احمدعلی، **هیئت پول**، قم: پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷.

مقاله‌ها:

۱۶. آقا نظری، حسن و غفوری، حسین، **قدرت خرید؛ مقوم مثلث پول‌های اعتباری**، جستارهای اقتصادی، شماره ۱۳، ۱۳۸۹.
۱۷. انصاری، علی و ذوالفقاری، سهیل، **توثیق اموال غیرمادی در حقوق ایران**، مطالعات فقه و حقوق، سال ۴، شماره ۶، ۱۳۹۸.

۱۸. سبحانی، حسن و درودیان، حسین، **ارزیابی انتقادی رویکردهای موجود در هستی‌شناسی پول**، اقتصاد اسلامی، شماره ۵۷، ۱۳۹۴.
۱۹. عبدی‌پور، ابراهیم، **تحلیل ماهیت حقوقی پول الکترونیکی**، حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۱۶، تابستان ۱۳۸۹.
۲۰. فره‌وشی، فهیمه، **پول‌های مجازی؛ چالش نوین نظام عدالت کیفری**، تحولات قضایی، شماره اول، پاییز ۱۳۹۶.
۲۱. کهزادی بهزاد و گچلو، جعفر، **آثار اقتصادی گسترش پول الکترونیکی با تأکید بر سیاست‌های پولی**، مجله برنامه‌بودجه، شماره ۸۳، ۱۳۸۲.
۲۲. محمدی، پژمان و اسدی، روح‌الله، **ماهیت انتقال مالکیت اموال غیرمادی غیرفکری**، پژوهش حقوقی، شماره ۱، ۱۳۹۱.
۲۳. محمودی، اصغر، **ماهیت حقوق مالکیت فکری و جایگاه آن‌ها در حقوق اموال**، دانش حقوق مدنی، شماره ۲، پاییز ۱۳۹۱.
۲۴. ناصر، مهدی و رضوی، محمدحسن، **تحلیل حقوقی کارکرد قراردادهای هوشمند در نقل‌وانتقالات دیجیتالی در بازارهای مالی**، پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۹۳، زمستان ۱۳۹۷.

ب) منابع انگلیسی

کتاب‌ها:

25. Black. H.C, *Black's Law Dictionary*, London:, West Group, Minnesota, 1991.
26. Honnold. J, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, London: Kluwer Law International, 2009.
27. Jevons. S, *Money and the Mechanism of Exchange*, New York: Library of Economics and Liberty, 1876.
28. Mankiw. N and Taylor.M., *Economics*. 2nd ed, South-Western: Cengage Learning, 2011.
29. Michael.S and Nathan.A, *Virtual Currency Rrgulation Review*, London: Published in the United Kingdom by Law Business Research 2020.

30. Ziegel.J. and Samson.C, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*], Toronto: publisher not identified, 1981.

مقاله‌ها:

31. Rainer.B and Christin. N, "Bitcoin: Economics, Technology, and Governance", *Journal of Economic Perspectives*, 29, 2015.
32. Smith. F and Woods. L, "A Distinction without a Difference: Exploring the Boundary between Goods and Services in the World Trade Organization and the European Union", *Columbia Journal of European Law*, 12 (1). 2005.

منابع الکترونیک:

33. Adrian Zmudzinski, **French Commerce Court Likens Bitcoin to Currency in Recent Ruling**, *Cointelegraph* (Mar. 6, 2020), available at: <https://cointelegraph.com/news/french-commerce-court-likens-bitcoin-to-currency-in-recent-ruling>. / (last visited on 07/04/ 2022)
34. Amendment to Payment Services Act and Financial Instruments and Exchange Act; **Regulatory Approaches to Cryptoassets**: Japan, Library of Congress (2020), available at: <https://www.loc.gov/law/help/cryptoassets/japan.php>. (last visited on 08/02/ 2021)
35. **Central Bank of Mexico's New Guidelines Will Not Result in a Crypto Ban**, *Merkle* (Mar. 15, 2019), available at: <https://themerke.com/central-bank-of-mexicos-new-guidelines-will-not-result-in-a-crypto-ban/>. / (last visited on 14/05/ 2020)
36. **Cryptocurrency Derivatives: FCA Statement on the Requirement for Firms Offering Cryptocurrency Derivatives to be Authorised**, FCA (2019), available at: <https://www.fca.org.uk/news/statements/cryptocurrency-derivatives> (last visited on 14/09/ 2021)
37. **FATF Guidance for a Risk-Based Approach for Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers, 2019**. available at: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf>. (last visited on 19/03/ 2022)
38. **FATF Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Currencies**, 2015. available at: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/>

- reports/ Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf (last visited on 21/10/ 2019)
39. **FATF: Risk-based Approach Guidance for the Securities Sector**, 2018. available at: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/rba-securities-sector.html>. (last visited on 18/06/ 2020)
40. **FCA, Guidance on Cryptoassets: Feedback and Final Guidance to CP 19/3** (2019), available at: <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps19-22.pdf>. (Last Updated: 24 Sept 2020). (last visited on 17/01/ 2021)
41. **FINMA, Supplement to the Guidelines 1** (Sept. 11, 2019), available at: <https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitungstable-coins.pdf?la=en>. see also: **FINMA Publishes ‘Stable Coin’ Guidelines** (Sept. 11, 2019), available at: <https://www.finma.ch/en/news/2019/09/20190911-mm-stable-coins> (last visited on 10/03/ 2022)
42. Giancarlo.C, **Regulators are Looking at Cryptocurrency**, Commentary (Jan. 24, 2018), available at: <https://www.wsj.com/articles/regulators-are-looking-at-cryptocurrency-1516836363>. / . (last visited on 07/11/ 2021)
43. Guerra, Mexico: **Amendment to Anti-Money Laundering Law Pertaining to Cryptocurrencies**, L. Libr. Cong. (May 22, 2018), available at: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/mexico-amendment-to-anti-money-laundering-law-pertaining-to-cryptocurrencies/>. (last visited on 29/07/2022)
44. Helms.k, **Japan to Provide G20 With Solution for Crypto Regulation**, (Apr. 23, 2019), available at: <https://news.bitcoin.com/japan-g20-cryptocurrency-regulation/> 21 (last visited on 19/02/ 2022)
45. Hinman.W, **Digital Asset Transactions: When Howey Met Gary (Plastic)**, Remarks at the Yahoo Finance All Markets Summit: Crypto (June 14, 2018), available at: <https://www.sec.gov/news/speech/speech-hinman-061418>. (last visited on 22/03/ 2021)
46. Hishashi.O., **Japan Hopes to Set Global Crypto Law Benchmark with Latest Regulatory Update**, Cointelegraph (June 5, 2019), available at: <https://cointelegraph.com/news/japan-hopes-to-set-global-crypto-law-benchmark-with-latest-regulatory-update> (last visited on 14/10/ 2020)
47. **Press Release, SEC, SEC Charges Former Bitcoin-Denominated Exchange and Operator with Fraud** (2018). available at: <https://www.sec.gov/news/press-release/2018-23/>. (last visited on 06/11/2020).

جایگاه شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا و مصوبات آن در نظم حقوق اساسی

(مقاله علمی-پژوهشی)

بیژن عباسی*
نوید شیدایی آشتیانی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۲۶

چکیده

یکی از وجوه مهم مفهوم مشروطیت عبارت است از این که اصول و بنیادهایی فراتر از قوانین عادی وجود داشته باشد و بر اساس نظامی سلسه‌مراتبی، قوانین مغایر با آن اصول، از سوی نهادهایی مشخص، شناسایی و قابلیت تصویب نیابند یا از اعتبار ساقط شوند. در این شرایط، وجود نهادی که قادر باشد بدون داشتن معاذیر قانونی، مصوباتی هم‌شان یا حتی فراتر از قانون موضوعه، تصویب کند و به اجرا گذارد، نقض غرض غایی سند بنیادین قانون اساسی به شمار می‌رود. تأسیس و فعالیت تقنینی چندساله نهاد موسوم به «شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا» در کشور، مصداقی از همین وضعیت به نظر می‌رسد. شورای مزبور طبقاً با استناد به «وضعیت استثنایی» حاکم بر کشور شکل یافته، لکن در عمل، نظم ساختاری مقرر در قانون اساسی را با تحدید صلاحیت مجلس شورای اسلامی نقض یا محدود و جریان قانون‌گذاری در کشور را از ریل معهود خارج کرده است. علاوه بر این، با توجه به نظارت‌ناپذیری مصوبات این شورا که در این مقاله بیشتر بررسی خواهد شد، نظام سلسه‌مراتب قوانین و مقررات دچار اختلال شده است.

کلید واژگان:

شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا، نظارت، تفکیک قوا، اصل ۷۹، وضعیت استثنایی.

* استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.

babbasi@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران.

navid.sheidaei@ut.ac.ir

مقدمه

در اکثر دولت‌های مدرن، قانون اساسی، متنی مکتوب است که بر اساس آن ساختار سیاسی و نهادی کشور سامان می‌یابد و امور کشور بر اساس آن، تنظیم و اداره می‌شود. این در حالی است که گاهی در عمل، نظام سیاسی کشور تلاش می‌کند برخی امور را در برخی شرایط به شیوه‌ای غیرحقوقی و بر اساس نهادهایی خارج از نظم متداول و از پیش معین قانون اساسی به پیش ببرد. این مسئله چه اقتضای شرایط استثنایی و خاص پیش آمده باشد و چه در دیدگاهی انتقادی، گریز از قانون اساسی و گریز از نظارت‌های متداول بین قوا، موجب پرسش‌هایی بسیار مهم در خصوص ماهیت نهادهای برآمده از این اقدامات و نیز موقعیت مصوبات ناشی از آن‌ها در نظام حقوق اساسی هر کشوری خواهد بود. تجربه بیش از چهل ساله جمهوری اسلامی ایران و عملکرد حاکمیت در نسبت با قوانین اساسی مصوب آن، نشان می‌دهد این مسئله، یعنی تأسیس نهادهایی خاص برای تصمیم‌گیری‌های عام و فراگیر بدون پیش‌بینی صریح قبلی قانون اساسی و به شکلی خارج از سامانه نظارت و تعادل، چندین نوبت تجربه شده است. جدیدترین تجربه نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران در این خصوص عبارت است از: «شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا».

ضرورت بحث در خصوص تشکیل این نهاد، شناسایی جایگاه آن و نیز ماهیت مصوبات آن از آنجاست که به بیان برخی متفکران، ژان بُدن - متفکر مفهوم حاکمیت - مهم‌ترین مشخصه حاکمیت را که در واقع دیگر ویژگی‌های آن را نیز شامل می‌شود، «وضع قانون» است.^۱ لذا بحث از موقعیت و ماهیت نهادی که با اوصافی که خواهد آمد، به وضع مصوبات الزام‌آور می‌پردازد؛ در واقع، جست‌وجوی چیستی و مسئله حاکمیت در کشور است تا روشن شود، کنار گذاشتن اصل ۷۱ قانون اساسی و دادن اختیار شبه‌تقنینی به نهادی نظارت‌ناپذیر، چه مشکلات و معضلاتی را برای نظم حقوق اساسی کشور به وجود آورده است. این مقاله به دنبال توضیحات فوق، در چهار بند بر آن است تا به برخی پرسش‌های مهم در این خصوص بپردازد؛ زمینه و مقدمات تأسیس شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا چیست؟ (بند اول)؛ مصوبات آن در نظم حقوق اساسی موجود

۱. طباطبایی، سیدجواد، تاریخ اندیشه سیاسی جدید در اروپا، جلد نخست: از نوزایش تا انقلاب فرانسه، دفتر سوم: نظام‌های نوآیین در اندیشه سیاسی، تهران: مینوی خرد، ۱۳۹۵، ص ۵۲-۵۴.

کشور چه جایگاهی دارد؟ (بند دوم)؛ آیا مصوبات این شورا بر اساس قوانین و ساختار فعلی قابلیت نظارت‌پذیری نظیر نظارت بر دیوان عدالت اداری را دارا است؟ (بند سوم) و نهایتاً اینکه چه ایرادات ماهوی و کارکردی بر شکل‌گیری، عملکرد و اقدامات تقنینی این شورا وارد است؟ (بند چهارم)

پیش از این و از زوایای مختلف، بررسی‌هایی در خصوص نهادهای شبه‌تقنینی مشابه نظیر شورای عالی انقلاب فرهنگی صورت گرفته است؛ لکن در خصوص موضوع این مقاله (شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا) بحثی بدین شکل انجام نشده و این نوشته که با روش تحقیق توصیفی-تحلیلی و با روش گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای نوشته شده است، می‌تواند فتح بابی در این خصوص باشد.

۱. سابقه تشکیل شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا، ساختار و اعضا

در پی خروج ایالات متحده آمریکا از برجام در سال ۱۳۹۷ و وضع تحریم‌های مجدد علیه کشور، نظام سیاسی کشور تصمیم به تشکیل نهادی مرکزی برای مدیریت یکپارچه و همه‌جانبه اقتصادی کشور و تصمیم‌سازی در این خصوص گرفت. برخلاف ماهیت تصمیم‌ساز این نهاد و قرار گرفتن مصوبات آن در جایی از منظومه قوانین و مقررات کشور که طبعاً حقوق و تکالیفی را برای شهروندان وضع می‌کند، نه تنها هیچ قانون مدونی در نهاد تقنین کشور در خصوص تشکیل آن وجود ندارد، هیچ مستند دیگری نیز اعم از صورت‌جلسه‌ای برای تشکیل آن یا مقررهای در خصوص اعضای این ستاد، شکل تصمیم‌گیری و ابلاغ مصوبات آن و همچنین ضمانت اجرای تخلف از مقررات آن تا به حال منتشر نشده است. لذا جهت بررسی عبارت مندرج در عنوان این مبحث، در وضعیت عدم دسترسی به منابع رسمی‌تر، باید به آنچه از بیانات شفاهی مقامات سیاسی در رسانه‌ها و پایگاه‌های خبری در این خصوص قابل دسترسی است، اکتفا کنیم.

۱.۱. سوابق تشکیل نهادهای تصمیم‌گیری مشابه در نظم اساسی جمهوری اسلامی ایران

در این بخش، صرفاً به نهادهایی پرداخته می‌شود که به لحاظ مؤلفه‌های مورد بحث، با شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا مشابهت داشته باشند؛ اولاً، بر اساس شرایط اضطراری مثل تحریم و جنگ ایجاد شده باشند و ثانیاً- علی‌الظاهر- بدون سابقه تقنینی در

معنای عام تشکیل شده باشند و ثالثاً، به لحاظ ماهیت مصوبات و نظارت‌پذیری، محل بحث و ابهام (بوده) باشند. لذا بحث حاضر نسبت به شوراهای (عالی) اداری متعدد موجود در کشور نظیر شورای عالی اشتغال، شورای عالی استاندارد، شورای عالی اداری، شورای عالی رفاه و تأمین اجتماعی، شورای عالی بورس و نظایر آن، خروج موضوعی دارد.^۱ به سه دلیل، شوراهای عالی همچون موارد نام‌برده شده با شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا تفاوت دارد و لذا این شورا در چارچوب این نهادهای اسماً مشابه، قابل بررسی نیست:

۱. شوراهای عالی نظیر اشتغال و استاندارد با قانونی از نوع قوانین موضوعه و بر مبنای اختیار مصرح قانون اساسی تشکیل شده‌اند. به‌طور مثال، شورای عالی بورس بر اساس قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۴ مجلس شورای اسلامی) و شورای عالی مناطق آزاد تجاری و صنعتی و ویژه اقتصادی بر اساس مصوبه سال ۹۲ هیئت‌وزیران (بر مبنای اصول ۱۲۷ و ۱۳۸ قانون اساسی) تشکیل شده‌اند. حال آنکه در خصوص شورای مورد بحث این مقاله، چنین مستندی در دست نیست.

۲. این شوراها هر کدام در حوزه‌ای معین صلاحیت ورود و تصمیم‌گیری دارند. به‌طور مثال، شورای عالی بورس صرفاً در حوزه بازار سرمایه صلاحیت تصمیم‌گیری و مصوبه‌گذاری دارد؛ حال آنکه در تشکیل شورای عالی هماهنگی اساساً دیدگاه این بوده است که نهادی با اختیارات گسترده تصمیم‌گیری در حوزه‌های متعدد با هدف مدیریت وضعیت تحریمی ایجاد شود.

۳. ریاست این شوراها و سازکار تصمیم‌گیری در آن‌ها به‌نحو پیشینی از سوی قانون یا مصوبه بیان شده است. برای مثال، ریاست شورای عالی اشتغال بر عهده رئیس‌جمهور^۲ و ریاست شورای عالی بورس بر عهده وزیر اقتصاد است؛^۳ حال آنکه در خصوص شورای

۱. صرف‌نظر از تفاوت این قبیل شوراها با شورای مورد بحث در این مقاله، مسئله تعدد بیش از اندازه این قبیل شوراها، قانون‌گذار را بر آن داشته است که طی قانونی نسبت به تعیین تکلیف آن‌ها اقدام کند. قانون «تعیین وضعیت شوراهای عالی» (مصوب ۱۳۸۷/۰۱/۲۰ مجلس شورای اسلامی) در همین خصوص به وجود آمده است؛ هرچند که به نظر نمی‌رسد این قانون توانسته باشد گرهی از این مشکل باز کند.

۲. ماده یک قانون تشکیل شورای عالی اشتغال مصوب ۱۳۷۷ مجلس شورای اسلامی، قابل دسترسی در: <https://rc.majlis.ir/fa/law/show93131>

۳. تبصره یک ماده ۳ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۴ مجلس شورای اسلامی، قابل دسترسی در <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/97786>

عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا این مسئله وضع روشنی ندارد و لذا ریاست آن و نیز سازوکار تصمیم‌گیری و رأی‌گیری در آن، مبهم است.

با عبور از شوراهای عالی که ماهیت و اوصاف متفاوتی با موضوع مورد بحث این مقاله دارند، اینک به نهادهایی با ماهیتی بسیار شبیه به شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا می‌پردازیم. بررسی‌ها گویای آن است که تشکیل نهادهایی خارج از مجرای قوانین عادی، سابقه کوتاهی ندارد. اولین نهادی که در این خصوص به لحاظ تشابه با شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران سه قوه می‌توان بررسی کرد، «شورای عالی پشتیبانی جنگ» است. سال ۱۳۶۵ و در بحبوحه جنگ ایران و عراق، امام خمینی (ره) دستور تأسیس شورای عالی پشتیبانی جنگ را برای تنظیم روابط قوای سه‌گانه و هماهنگی و رسیدگی به وضعیت پشتیبانی جبهه‌ها و تأمین و تدارک نیروها صادر کرد و به همگان دستور داده شد تا از این شورا حمایت کنند. در یکی از صریح‌ترین اظهار نظرها، رهبری وقت جمهوری اسلامی در این خصوص که در پاسخ به سؤال رئیس‌جمهور وقت و رئیس این ستاد بیان شده و چنان‌که از متن سؤال برمی‌آید، دغدغه جایگاه این ستاد و مصوبات آن در نظام حتی در دوره بحرانی جنگ نیز محل توجه بوده، آمده است:

«محضر مبارک رهبر کبیر انقلاب اسلامی، حضرت آیت‌الله‌العظمی امام خمینی - مدظله‌العالی با اهدای سلام و تحیت و تقدیم احترام، همان‌گونه که خاطر عالی مستحضر است، شورای عالی پشتیبانی جنگ به کارگیری هرچه بهتر امکانات در خدمت جنگ و اقدامات مؤثر در بسیج نیروها و امکانات به جبهه تشکیل شده و حضرت‌عالی اجازه فرمودید که مصوباتی به نفع جنگ وضع کند، حتی در مواردی که با قانون منطبق نباشد و این مصوبات تا پایان جنگ برای دستگاه‌های مختلف لازم‌الاجرا است. گرچه در پاسخ مبارک آن حضرت به نامه شورای عالی اذن شفاهی قبلی مجدداً مورد تأیید قرار گرفت، لکن به لحاظ حفظ مبنای قانونی مصوبات خواهشمند است در صورت مصلحت نظر مبارک را در این زمینه مرقوم فرمایید. »

سید علی خامنه‌ای - رئیس شورای عالی پشتیبانی جنگ

باسمه تعالی

مصوبات شورای عالی پشتیبانی جنگ تا پایان جنگ لازم‌الاجرا است

۶۶/۱۱/۱۹ روح‌الله الموسوی الخمینی^۱

۱. صحیفه امام خمینی (ره) ج ۲۰، ص ۴۷۶، قابل دسترسی در <https://farsi.rouhollah.ir/library/sahifeh-imam-khomeini/vol/20/title/245>

متن سؤال و جواب هرچند کوتاه است، اما به لحاظ عبارات آن قدر گویا هست که ذهنیت موجود در خصوص آن ستاد را نشان دهد. نهادی که به تصریح سؤال رئیس ستاد و تأیید مقام رهبری در پاسخ، اختیار وضع مقرراتی حتی مغایر با قانون کند. صلاحیت صدور این مجوز عام، محل بحث جدی به نظر می‌رسد که در بخش‌های بعدی مقاله به آن خواهیم پرداخت.

یکی دیگر از نهادهای مشابهی که در سال‌های اخیر و بنا به اقتضائات مشابه در نظام حقوقی کشور شکل گرفته، ستادی است که در شرایط مشابه تحریمی در سال ۱۳۹۲، تحت عنوان «ستاد تدابیر ویژه مقابله با تحریم» شکل گرفت. البته همانند شورای عالی مورد بحث، از سابقه تقنینی این ستاد نیز مستند خاصی در دست نیست تا روشن شود با چه سازکاری شکل گرفت و به فعالیت پرداخت، لکن خوشبختانه برخی ابهامات قانونی در خصوص مصوبات آن ستاد و جایگاه آن در نظم حقوق اساسی کشور، در قوانین بعدی نظیر قانون بودجه سال ۱۳۹۲ کل کشور و نیز قانون رفع موانع تولید و ارتقای نظام مالی کشور (مصوب ۱۳۹۴ مجلس) بیان و تا حد ممکن برطرف شده است. بررسی این سوابق با نگاهی به زمینه شکل‌گیری مشابه آن، جالب‌توجه است، چرا که اولاً، بیانگر سابقه نظام حکمرانی کشور در ایجاد نهادهایی خلق‌الساعه و خارج از نظم مدون قانون اساسی است و ثانیاً، در مقام مقایسه روشن می‌شود که نظام حکمرانی به‌مرور و در شکل جدید (شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا) به حداقل اقتضائات قانونی نیز پایبندی نداشته است.

الف) یکی از مواد قانونی که اثر ستاد تدابیر ویژه مقابله با تحریم در آن دیده می‌شود، قانون بودجه سال ۱۳۹۲ کشور است. بند ۱۳۹ این قانون بیان می‌دارد:

«در سال ۱۳۹۲ ستاد تدابیر ویژه مقابله با تحریم موظف است کلیه مصوبات خود را که دارای آثار اقتصادی، مالی و تجاری و مرتبط با این قانون است، طی بیست و چهار ساعت پس از تصویب کتباً برای کلیه اعضای اصلی شورای عالی امنیت ملی ارسال کند. هریک از اعضا اگر مصوبه را خلاف قانون یا مصلحت کشور تشخیص دهند، می‌توانند لغو آن را از رئیس شورا تقاضا کنند. در این صورت، مصوبه ستاد تدابیر در جلسه شورای عالی امنیت ملی مطرح و در صورت تصویب با رعایت اصل یک‌صد و هفتادوششم (۱۷۶) قانون اساسی قابل اجرا است. چنانچه هیچ عضوی طی پنج روز از تاریخ دریافت مصوبه ستاد تدابیر، تقاضای لغو آن را نکند،

مصوبه قابل اجرا است. مفاد این بند رافع مسئولیت قانونی ستاد تدابیر ویژه و اعضای آن نیست.^۱

چنان که پیداست، این ماده قانونی بر آن بوده است تا جایگاه این ستاد و نیز تصمیمات آن را به نحوی در نظم حقوق اساسی کشور وارد کند. در غیر این صورت، اصل تأسیس آن بدون سابقه در قانون اساسی کماکان محل بحث خواهد بود؛ زیرا در واقع در این ماده برای بخشی از سازکار فعالیت ستادی قانون وضع شده که قبل از آن در هیچ قانونی از تأسیس، صلاحیت‌ها و سایر شرایط مربوط به آن صحبتی به میان نیامده است.

علاوه بر این، با توجه به اینکه سازوکار تصمیم‌گیری در شورای عالی امنیت ملی در اصل ۱۷۶ قانون اساسی روشن است، ترتیباتی که این ماده برای ارسال مصوبات به «اعضای» شورای عالی امنیت ملی (و نه خود شورا و کل آن در مقام یک نهاد حاکمیتی) بیان کرده است، نوعی خروج از قانون اساسی به شمار می‌رود.

ب) به نظر می‌رسد با توجه به ایرادات مزبور در خصوص بند ۱۳۹ قانون بودجه سال ۱۳۹۲ که شرح آن در بند قبل بیان شد، قانون‌گذار در پی آن بوده است تا به نحوی مقبول‌تر، این نهاد را در نظم حقوق اساسی کشور جای‌گذاری کند. ماده ۵۸ قانون رفع موانع تولید و ارتقای نظام مالی کشور در این خصوص بیان می‌دارد:

«تا رفع کامل تحریم‌ها علیه ملت ایران مصوبات هریک از شوراهای فرعی شورای امنیت ملی که دارای آثار اقتصادی، تجاری، مالی و مرتبط با سرمایه‌گذاری، تولید، صادرات و واردات است، باید تا چهل و هشت ساعت پس از تصویب برای کلیه اعضای ثابت شورای عالی امنیت ملی ارسال شود. چنانچه هریک از اعضای مذکور تا ده روز کاری ایرادی نگیرند، مصوبه قابل اجرا است و در صورت وصول ایراد طی مدت مذکور، شورای فرعی موظف به رفع آن است در غیر این صورت، مصوبه باید به تصویب شورای عالی امنیت ملی برسد مصوبات شورای فرعی نباید خلاف قوانین موضوعه کشور باشد.»^۲

منظور از قانون‌گذار در عبارات پیش از متن ماده، مجموع مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان است. بررسی سوابق نشان می‌دهد، در پیش‌نویس قانون، مجلس ابتدا عین همان ماده

۱. قانون بودجه ۱۳۹۲ کل کشور، قابل دسترسی در <https://shenasname.ir/laws/budget/1324-1392>

۲. قابل دسترسی در <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/929088/>

مزبور در قانون بودجه سال ۹۲ را تکرار کرده بود؛ لکن با توجه به اینکه بر اساس استنباط شورای نگهبان، این ستاد زیر نظر و بر اساس مصوبه شورای عالی امنیت ملی تشکیل شده است، این بار با توجه به اینکه در اصل ۱۷۶ قانون اساسی، مجلس تنها در خصوص شوراهای فرعی شورای عالی امنیت ملی حق قانون گذاری دارد، شورای نگهبان ورود مجلس به قانون گذاری در این خصوص را خلاف اصل ۱۷۶ دانست. لذا قوه مقننه، در متن نهایی مصوب به جهت آنکه حداقل اختیاری برای قانون گذاری مجلس در این خصوص باقی بماند، به جای «ستاد تدابیر ویژه تحریم» از «شوراهای فرعی شورای عالی امنیت ملی» استفاده کرده است.^۱ لذا به وسیله این ماده، در واقع قانون گذار این ستاد را که کماکان از نقصان مبنای قانونی برای تأسیس رنج می برد، در جایی از نظم حقوق اساسی کشور یعنی به مثابه یکی از شوراهای فرعی شورای عالی امنیت ملی، جای داده است.^۲

۱.۲. سابقه تشکیل شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا و اعضای آن

بررسی منابع غیررسمی نشان می دهد، تشکیل نهادی مرکزی برای تصمیم گیری اجماعی در خصوص هدایت مسائل اقتصادی با توجه به تشدید شرایط تحریمی^۳ به ایده و پیشنهاد مقام رهبری صورت گرفته است.^۴ لذا بیش از این قول و به نوعی دستور شفاهی بر تشکیل چنین

۱. مقدسی، مهدی، اکبری، احسان، جایگاه حقوقی مصوبات شورای عالی امنیت ملی در نظام حقوقی

اساسی ایران، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، زمستان ۱۳۹۶، شماره ۴، ص ۸۷۹-۸۸۰

۲. نهادهایی نظیر شورای عالی انقلاب فرهنگی و نیز شورای عالی فضای مجازی نیز نظر به ساختار، ویژگی ها و کارکردهایشان در صدور مصوبات الزام آور - خارج از نظم متداول تصویب قوانین - به مثابه مصادیقی از بحث قابل ذکر هستند.

۳. به گفته سخن گوی وقت دولت «این جلسات در جهت تشریک مساعی میان قوای سه گانه برای مقابله با شرارت های اقتصادی رژیم آمریکا» تشکیل شده است. ن.ک: mshrgh.ir/860159

۴. «اینجا دو سه هفته پیش یک جلسه ای تشکیل دادیم درباره مسائل اقتصادی کشور؛ رؤسای محترم سه قوه حضور داشتند، مسئولان فعال اقتصادی در بخش های دولت و مجلس و قوه قضائیه حضور داشتند؛ بحث نسبتاً خوبی در آنجا شد، حرف هایی زده شد. البته بنده اقتصاددان نیستم؛ حرف ها متکی به حرف های کارشناس ها بود؛ مطالبی را گفتیم، یک ترتیبات شکلی قرار شد که انجام بگیرد. دوستان همین ها را باید دنبال کنند؛ الآن من توصیه می کنم -رؤسای سه قوه تشریف دارند، همان آقایانی که در آن جلسه حضور داشتند، الآن همه اینجا هستند- [اگر] همان چیزهایی را که آن شب صحبت شد و تصمیم گیری شد و تأکید شد، با جدیت دنبال کنید، قطعاً مسائل اقتصادی پیش خواهد رفت؛ ما تردید نداریم. من، بعداً اطلاع پیدا کردم که دوستان اقتصاددان دولت هم تأیید کردند همان چیزی را که آن شب اینجا صحبت شد و گفته شد و در جلسه به صورت تصمیم اعلام شد.» به نقل از پایگاه اطلاع رسانی مشرق قابل دسترسی در: mshrgh.ir/860159 ←

نهادی که به نظر می‌رسد بعد از آن به این نام یعنی «شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا» نامیده شده است، مستند دیگری در دست نیست.

از آنچه در عمل در جلسات شورای مورد بحث روی داده است، به نظر می‌رسد شورا متشکل از دوازده نفر از مقامات عالی‌رتبه نظام از قوای سه‌گانه است. بر این اساس، «رئیس‌جمهور، رئیس قوه قضائیه، رئیس مجلس، معاون اول قوه قضائیه، دادستان کل کشور، معاون اول رئیس‌جمهور، وزیر امور اقتصادی و دارایی، رئیس سازمان برنامه و بودجه، معاون اقتصادی رئیس‌جمهور، رؤسای کمیسیون‌های اقتصادی و برنامه و بودجه مجلس و رئیس مرکز پژوهش‌های مجلس» اعضای شورای عالی هماهنگی سران قوا را تشکیل می‌دهند.^۱ نقص عدم شفافیت در ساختار و اداره این شورا زمانی آشکار می‌شود که در برخی گزارش‌ها از جلسات شورا، به حضور برخی اشخاص و مقامات دیگر نیز اشاره شده و در عین حال روشن نیست که حضور این اشخاص به فراخور دستور کار جلسه بوده است یا اینکه ایشان از اعضای ثابت این شورا به شمار می‌روند.^۲ لذا با قاطعیت نمی‌توان از تمام اعضای این شورا نام برد. هرچند این مسئله خللی در بحث اصلی مدنظر این مقاله ایجاد نخواهد کرد.

۲. ماهیت مصوبات شورا و موقعیت آن در نظم حقوق اساسی ایران

اگر از سطحی از بررسی موضوع مصوبات شورای عالی هماهنگی که به پاسخ پرسش تقنینی یا سیاست‌گذاری بودن ماهیت آن می‌پردازد عبور کنیم، به جهت نوع این مصوبات که غالباً ناظر به یک موضوع خاص و نه راهبردی کلی است (همچون مصوباتی که در این مقاله به فراخور بحث مورد اشاره قرار گرفته است)، باید قائل به آن شد که مصوبات این شورا در سطح

→ همچنین، پور ابراهیمی، رئیس کمیسیون اقتصادی وقت مجلس بیان داشت: «شورای هماهنگی سران قوا با تدبیر و هوشمندی مقام معظم رهبری تشکیل شد تا بتواند شرایط ویژه و حمایت‌های ویژه‌ای را برای دولت فراهم کند تا دولت در بخش اقتصاد موفق عمل کند. مقام معظم رهبری فرمودند که از جمع‌بندی تصمیم این شورا حمایت می‌کند؛ بنابراین، این نوع حمایت از دولت کم‌نظیر است و دولت باید قدر این مسئله را بداند. این مسئله به‌خودی‌خود می‌تواند سرمایه دولت برای حرکتش باشد.» به نقل از پایگاه خبری میزان قابل دسترسی در:

<https://www.mizan.news/fa/news/>

۱. به نقل از خبرگزاری میزان. قابل دسترسی در <https://www.mizan.news/fa/news/44171>

۲. به نقل از خبرگزاری میزان در هفتمین جلسه شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران سه قوه، علاوه بر ۱۲ نفر مزبور در فوق، رئیس دفتر رئیس‌جمهور، معاون سیاسی دفتر رئیس‌جمهور و نیز معاون اقتصادی رئیس‌جمهور نیز در جلسه حاضر بوده‌اند.

سیاست‌گذاری قابل بررسی نیست و با توجه به برخی آثار و ویژگی‌های آن باید قابلیت اطلاق قانون یا مقررۀ دولتی را در خصوص آن بررسی کرد.^۱ لذا قدر متیقن این است که مصوبات شورای عالی هماهنگی یک تصمیم لازم‌الاجرا تلقی می‌شود، اما اینکه این تصمیم لازم‌الاجرا دارای چه ماهیتی است و در چه گروهی از مصادیق قانون به معنای اعم (قوانین موضوعۀ مجلس، مقررات دولتی و نظایر آن) جای می‌گیرد، باید از منظری نزدیک‌تر مطالعه شود. در این خصوص، چند فرض قابل بررسی است که با شرح بیشتری در ادامه به بررسی هر یک می‌پردازیم:

۱. قانون: به موجب اصل ۵۸ قانون اساسی «اعمال قوۀ مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان مردم تشکیل می‌شود.» به علاوه، بر اساس اصل ۷۱ مجلس در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون‌گذاری کند. همچنین بر اساس اصل ۸۵ سمت نمایندگی نیز قائم به شخص است و قابل واگذاری نیست؛ لذا بر اساس اصول فوق، صرفاً مجلس شورای اسلامی وضع قانون می‌کند و این مهم قابل واگذاری به دیگر اشخاص یا نهادهای موازی نیز نیست. لذا صرف‌نظر از اینکه مصوبات این شورا فاقد برخی ویژگی‌های ذاتی و درونی قانون است که برخی نویسندگان نظیر لون فولر بیان کرده‌اند،^۲ بر اساس تحلیل قانونی فوق، نمی‌توان تصمیمات این شورا را که در محاورات سیاسی و حتی حقوقی-قضایی تحت عنوان «مصوبه» از آن یاد می‌شود، تقنین به معنایی که قانون اساسی تعریف می‌کند، تلقی کرد.

۲. مقررات دولتی: وضع مقررۀ از سوی نهادی غیر از پارلمان که بر اساس مجوز واگذارشدۀ پارلمان انجام می‌گیرد، عملی «شبه‌تقنینی»^۳ است^۴ که در کشور ما غالباً و بر

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص تمایزهای سیاست‌گذاری، قانون‌گذاری و مقررۀ گذاری، ر.ک: حسینی، سیدمحمد و همکاران، *بررسی تحلیلی ماهیت مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی*، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۴، ص ۱۸۹-۲۱۴ و نیز زارعی محمدحسین و همکاران، *شورای عالی انقلاب فرهنگی در ترازوی استقلال قوا*، فصلنامه مطالعات حقوقی، پاییز ۱۳۹۸، شماره ۳، ص ۱۰۵-۱۴۱

۲. موحد، محمدعلی، *در هوای حق و عدالت از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: کارنامه*، ۱۳۹۶، ص ۲۷۶ و ۲۷۷.

3. Quasi-legislation

۴. امامی محمد، استوارسنگری کوروش، *حقوق اداری (جلد دوم)*، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۳۸ و ۳۹.

اساس ترتیبات مقرر در قانون اساسی، از سوی قوه مجریه صورت می‌گیرد. بر اساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی، هر یک از وزیران یا هیئت‌وزیران حق دارد در خصوص تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی یا آیین‌نامه‌های مستقل مربوط به تأمین و اجرای قوانین، اقدام کند. همچنین، تصویب برخی امور دولت، مطابق این اصل می‌تواند به کمیسیون مرکب از چند وزیر واگذار شود. در اینجا سؤال این است که آیا با توجه به اینکه شورای عالی هماهنگی با حضور رئیس‌جمهور و چند تن از وزرا تشکیل می‌شود، آیا می‌توان مصوبات آن را همچون آیین‌نامه و تحت عنوان کلی مقررات دولتی به شمار آورد؟

نخست آنکه به لحاظ شکلی و بر اساس نظرات تفسیری شورای نگهبان، تشکیل کمیسیون‌هایی که غیر از وزرا در آن حق رأی دارند و در خصوص صدور آیین‌نامه اقدام کنند، خلاف اصل ۱۳۸ قانون اساسی است؛ لذا صرف حضور وزرا در این شورا را نمی‌توان مصداق ذیل مقررۀ مذکور در اصل ۱۳۸ قانون اساسی دانست. دوم آنکه به لحاظ ماهوی نیز وضع مقررات از سوی دولت یا در راستای اجرای قوانین است یا به صورت مستقل در راستای انجام وظایف قانونی و در چارچوب قوانین که در خصوص تشکیل شورای عالی هماهنگی و مصوبات آن، منتفی است؛ زیرا اساساً مصوبات این شورا اقدام به وضع مقررات لازم‌الاجرا و عام‌الشمول به صورت مستقل از قوانین موضوعه و گاه در تعارض با آن است. فی‌الواقع، فلسفۀ تشکیل چنین شورایی نیز برخورداری از حق اتخاذ تصمیماتی فوری و استثنایی است که حتی با فرض مخالفت با قوانین و مقررات اجرایی نیز مجری باشد. سومین دلیل در صدق نکردن مقررات دولتی در خصوص مصوبات شورای عالی هماهنگی، رویۀ قضایی دیوان عدالت اداری است. رویۀ قضایی دیوان عدالت اداری در نپذیرفتن دادخواست‌های مکرر، ابطال برخی مقررات دولتی وضع‌شده بر اساس مصوبات شورای عالی هماهنگی به علت مغایرت با قانون، خود بیانگر نگاه دیوان و نظام قضایی به جایگاه فرادستی مصوبات شورای عالی هماهنگی نسبت به مقررات دولتی است. توجه به دو مورد از جدیدترین آرای دیوان عدالت اداری در این خصوص راهگشاست:

– اجمالاً اینکه وزیر صنعت، معدن و تجارت طی بخش‌نامه‌ای در شهریورماه ۹۸ خطاب به رئیس‌کل گمرکدر خصوص بر صادرات بر سنگ آهن، سنگ مس، سنگ روی و ...، عوارض وضع پ کرده است. شاکی‌ها از جمله انجمن تولیدکنندگان و صادرکنندگان سنگ آهن ایران، در دادخواستی به دیوان عدالت با استناد به ماده ۳۷ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور^۱ و نیز ماده ۲۳ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور^۲ که هر دو، وضع هرگونه عوارض بر صادرات را ممنوع اعلام کرده‌اند، خواستار ابطال بخش‌نامه مذکور به علت مغایرت با قوانین مورد بحث شده‌اند. دیوان ضمن استماع دفاعیات وزارت صمت، دادخواست ابطال بخش‌نامه مذکور را نپذیرفته است:

«با وجود حکم مقرر در ماده ۲۳ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور که قانون مؤخر نسبت به ماده ۳۷ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر بوده و آخرین اراده قانون‌گذار در خصوص منع وضع عوارض نسبت به صادرات کالاهای مجاز و غیریارانه‌ای محسوب می‌شود، شورای عالی هماهنگی اقتصادی به‌موجب بند ۴ مصوبه به تاریخ ۱۳۹۷/۵/۲۷ خود که بر اساس بند ۲ مصوبه جلسه به تاریخ ۱۳۹۸/۶/۲۳ این شورا تا پایان سال ۱۳۹۸ اعتبار داشته و به تأیید مقام معظم رهبری نیز رسیده، مقرر داشته است که: «به‌منظور جلوگیری از کاهش عرضه و افزایش قیمت کالاها در بازار داخلی، وزیر صنعت، معدن و تجارت می‌تواند در چارچوب دستورالعملی که به تصویب رئیس‌جمهور می‌رسد، صادرات برخی کالاها را در شرایط اضطراری، برای محدوده زمانی معین مشروط یا محدود کند.» در راستای اجرای حکم مقرر در بند فوق، «دستورالعمل مدیریت صادرات» از سوی معاونت اقتصادی رئیس‌جمهور تهیه و پس از تأیید توسط رئیس‌جمهور به شماره ۱۰۷۳۷ م/۹۸ به تاریخ ۱۳۹۸/۴/۹ به وزیر صنعت، معدن و تجارت ابلاغ شده و به‌موجب بند ۳ این دستورالعمل مقرر شده است که: «در مورد کالاهایی که صادرات آنها موجب کمبود جدی و اختلال در بازار داخلی می‌شود، با پیشنهاد دستگاه اجرایی مربوطه یا ستاد تنظیم بازار و تصویب کارگروه هماهنگی سیاست‌های صادراتی، عوارض صادرات و مابه‌التفاوت دریافت خواهد شد...». در همین راستا، کارگروه هماهنگی سیاست‌های صادراتی در

۱. «...وضع هرگونه عوارض بر صادرات کالاها و خدمات غیریارانه‌ای و مواد خام و کالاهای با ارزش افزوده پایین مازاد بر نیاز داخلی یا فاقد توجیه فنی و اقتصادی برای فراوری در داخل با لحاظ حفظ درصدی از سهم بازار جهانی به تشخیص وزارتخانه صنعت، معدن و تجارت ممنوع است...».

۲. «هرگونه وضع مالیات یا عوارض برای صادرات کالاهای مجاز و غیریارانه‌ای و جلوگیری از صادرات هرگونه کالا به‌منظور تنظیم بازار داخلی ممنوع است...».

جلسه مورخ ۱۳۹۸/۶/۳ خود، اقدام به وضع عوارض صادرات در خصوص برخی مواد معدنی کرده و وزیر صنعت، معدن و تجارت در قالب بخش نامه مورد شکایت به شماره ۶۵۴۲/م/ص به تاریخ ۱۳۹۸/۶/۲۶ آن را جهت اجرا به گمرک جمهوری اسلامی ایران ابلاغ کرده است و از این رو، صدور بخش نامه مورد اعتراض در چارچوب صلاحیتها و اختیارات وزیر صنعت، معدن و تجارت صورت گرفته است و از سوی دیگر، با توجه به تأییدیه مقام معظم رهبری در خصوص مصوبات شورای عالی هماهنگی اقتصادی در خصوص اعمال محدودیت برای صدور برخی کالاها در شرایط اضطراری که در چارچوب اختیارات حاصل از اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران صورت گرفته، مغایرتی میان مقررۀ مورد اعتراض و موازین حقوقی مورد استناد از سوی شاکیان وجود ندارد. لذا مستنداً به بند (ب) ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری رأی به رد شکایت صادر و اعلام می شود...»^۱

– یکی دیگر از دادنامه‌ها در این خصوص، دادنامه‌ای است که به دنبال شکایت شخصی در دیوان و به خواستۀ ابطال بخش نامه بانک مرکزی^۲ مبنی بر وضع محدودیت‌هایی خاص در خصوص نقل و انتقال چک‌های تضمین شده (نظیر عدم امکان ظهرنویسی و تأدیۀ وجه از سوی بانک صرفاً به ذی‌نفع چک) به جهت مغایرت با قانون تجارت و قانون جدید صدور چک، صادر شده است. دیوان در این دادنامه نیز ضمن پذیرش مغایرت بخش نامه با قوانین عادی مزبور، با ادبیات مشابهی و با استناد به اینکه بخش نامه اصداری، مستظهر به مصوبات شورای عالی هماهنگی اقتصادی بوده، شکایت مزبور را رد کرده است.^۳

بررسی این دو رأی و نیز آرای مشابه صادره از دیوان عدالت اداری، بیانگر آن است که اولاً، دیوان مصوبات شورای عالی هماهنگی را از قسم مقررات دولتی نمی‌داند؛ زیرا برای اعتباربخشی به بخش نامه وزیر صمت و بانک مرکزی، منبع اختیار حاصله برای وی جهت صدور بخش نامه را مصوبۀ شورای عالی هماهنگی می‌داند که نشان می‌دهد شأنی حداقل هم‌عرض قوانین موضوعه

۱. دادنامه شماره ۱۰۹-۹۹۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۱۰۸- هیئت تخصصی به تاریخ ۹۹/۳/۲۴، قابل دسترسی در: <https://divan-edalat.ir/nht-detail/13169>

۲. بخش نامه شماره ۹۷/۳۱۸۱۷۵ به تاریخ ۹۷/۹/۱۱ بانک مرکزی قابل دسترسی در: <https://www.cbi.ir/simplelist/17741.aspx>

۳. دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۱۰۸- هیئت تخصصی به تاریخ هشتم تیر ۱۳۹۹.

برای مصوبات شورای مذکور قائل است و ثانیاً، معتبر دانستن صلاحیت ورود شورای عالی به وضع مقرراتی خلاف قانون نشان می‌دهد این شورا و مصوبات آن از موقعیتی فراتر از مجلس و قوانین مصوب آن برخوردار است. ثالثاً، از متن رأی صادره از سوی دیوان چنین برمی‌آید که گویی نوعی تردید و ابهام در خصوص اصل صلاحیت این شورا وجود دارد و لذا دیوان برای موجه کردن و مشروعیت بخشی به مصوبه مورد بحث، قید «به تأیید مقام رهبری» رسیدن را اضافه کرده و آن را مستند به اختیارات حاصله از اصل ۵۷ قانون اساسی دانسته که بیانگر فعالیت قوای سه‌گانه زیر نظر ولایت مطلقه فقیه است.

۳. حکم حکومتی: قانون اساسی هیچ‌کجا از نهادی تحت عنوان حکم حکومتی یاد نکرده است، اما توصیف نهادی چون شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا که هیچ سابقه‌ای در قانون اساسی نداشته و تشکیل آن با نظر و دستور مقام رهبری صورت گرفته است، جز از طریق توجه به مبانی و مفاهیم مندرج در نظریه ولایت مطلقه فقیه شدنی نیست. احکام حکومتی یا احکام ولایی به‌طور خلاصه احکامی هستند که ولی فقیه، در دو بخش مباحات (منطقه الفراغ شرع) و نیز صدور دستور خاص به اجرای احکام اولیه یا ثانویه صادر می‌کند. این احکام ناشی از اختیارات عام ولی فقیه در اداره جامعه است و بر اساس آن، وی می‌تواند حسب مورد و جهت حفظ نظام و تأمین مصالح اجتماعی در خصوص صدور این نوع از احکام اقدام کند.^۱ صرف‌نظر از رویکرد تجویزی و هنجاری، اتخاذ رویکردی توصیفی در تحلیل مآوقع جریان‌ات منتج به شکل‌گیری این شورا و نهادهای مشابه، نشان می‌دهد به هر صورت پذیرش ولایت مطلقه فقیه به این معناست که وی جایگاهی فراتر از قانون اساسی دارد. به نظر می‌رسد بر اساس آنچه در عمل روی داده، در صورتی که تشخیص مقام رهبری، س محدود کردن اختیارات یا تعطیل کردن موقت برخی صلاحیت‌های قوا باشد، این امر ممکن است. با توجه به اینکه بررسی‌ها نشان داد مصوبات شورای عالی هماهنگی سران قوا، مصداق قواعد لازم‌الاجرای صریحاً مقرر در قانون اساسی یعنی قانون موضوعه مجلس و نیز آیین‌نامه‌های دولتی نیست، لذا

۱. ارسطو، محمدجواد، تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران؛ تأملاتی در فقه سیاسی و مبانی فقهی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مجد ۱۳۹۸، ص ۲۵۱-۲۷۲.

بر اساس دلالت‌های عملی و نظری ولایت مطلقه فقیه در اصل ۵۷ قانون اساسی، می‌توان تشکیل شورای عالی هماهنگی و مصوبات آن را مصداق احکام حکومتی دانست. پذیرش این رویکرد در تحلیل مصوبات شورای عالی هماهنگی متضمن آثار و توالی نامطلوبی است که در بخش‌های بعدی مقاله به آن پرداخته شده است. در اینجا باید اجمالاً اشاره کرد که پذیرش چنین وضعیتی در حقوق اساسی یک کشور به معنای از کار انداختن سازوکار نظارت و تعادل و نیز آثار مطلوبی است که تفکیک قوا و عدم تمرکز قدرت در یک نهاد سیاسی می‌تواند در یک نظام سیاسی داشته باشد.

۴. نظارت‌پذیری مصوبات شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا در

دیوان عدالت اداری: مطابق اصل صد و هفتادوسوم قانون اساسی، دیوان عدالت اداری به‌منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم به آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها تشکیل شده است؛ در واقع نظارت دیوان عدالت اداری به‌مثابه رکنی قضایی و بی‌طرف، عالی‌ترین شکل نظارت در سیستم نظارت و تعادل تلقی می‌شود که طی آن و بر اساس اصل سلسله‌مراتب قوانین و مقررات، هرگونه مقررۀ خلاف قانون، الزاماً باید از سوی دیوان عدالت ابطال و ملغی‌الاثرب شود. بنابراین لازم است قابلیت نظارت دیوان عدالت اداری بر مصوبات شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا از نزدیک‌تر مورد بررسی قرار گیرد. لازم به ذکر است بر اساس آنچه از مفاد اصل مورد اشاره در قانون اساسی و نیز مواد مرتبط در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری برمی‌آید، به نظر می‌رسد اصل بر صلاحیت دیوان در رسیدگی به دادخواست مغایرت با قانون کلیۀ مصوبات (اداری) است؛ مگر آنچه استثنا شده باشد (نظیر مصوبات شورای عالی امنیت ملی یا مجلس خبرگان رهبری مذکور در تبصره ماده ۱۲ قانون دیوان).^۱ لذا خروج یکی از مقررات از نظارت قضایی دیوان عدالت اداری، نیازمند دلیل است.

یکی از دادنامه‌هایی که دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۸ و در قالب «قرار» صادر کرده است، تحقیقاً می‌تواند پاسخ‌گوی سؤال ما در خصوص نظارت‌پذیری مصوبات این شورا در دیوان

۱. امامی، محمد، سلیمانی، مهستی، ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری، مجله حقوقی دادگستری، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۸۲، ص ۲۹.

عدالت اداری باشد. در پی شکایت شخصی به هیئت عمومی دیوان عدالت، موضوع بر اساس ماده ۸۵ دیوان که بیان می‌دارد «در مواردی که به تشخیص رئیس دیوان، رسیدگی به درخواست ابطال مصوبه موضوعاً منتفی باشد، مانند موارد استرداد درخواست از سوی متقاضی یا وجود رأی قبلی دیوان در مورد مصوبه، رئیس دیوان قرار رد درخواست را صادر می‌کند...»، ریاست دیوان، شکایت را به معاون قضایی ارجاع کرده است. از شرح گردش کار پرونده و اشاره آن به ماده ۸۵ برمی‌آید که دادخواست ابطال این مصوبه پیش از این نیز به دیوان ارائه شده است که متأسفانه از این سوابق مستندی در دست نیست. اما متن قرار صادره خود می‌تواند در روشن شدن موضع دیوان عدالت اداری و استدلال‌های قابل توجه آن در این خصوص راهگشا باشد. در متن قرار صادره آمده است:

«... نظر به اینکه مقام معظم رهبری در بیانات به تاریخ ۹۸/۸/۲۶، با اشاره به اینکه مصوبات شورای مذکور به پشتوانه کارشناسی متکی است، حمایت خود را از مصوبه اعلام و بر اجرای آن تأکید کردند؛ بنابراین، موضوع از مصادیق مقررات احصاشده در ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری محسوب نمی‌شود و موجبی برای رسیدگی در هیئت عمومی وجود ندارد و به استناد ماده ۸۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ قرار رد دادخواست صادر و اعلام می‌شود. قرار صادره قطعی است.»^۱

وجود ابهامات فراوان در خصوص جایگاه شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا و نیز مصوبات آن، به‌نحو روشنی در قرار مختصر صادره از دیوان عدالت اداری خود را به نمایش گذاشته است؛ اولاً، دیوان با توجه به همین ابهامات در خصوص شورای مذکور، با اشاره به تأییدات مقام رهبری در خصوص مصوبه مربوطه تلویحاً در استقلال و ماهیت قانونی آن تردید کرده است و در واقع آن را به جهت وجود تأیید و تأکید رهبری بر اجرا، به رسمیت شناخته و شکایت را رد کرده است. ثانیاً، اشاره به بیانات شفاهی مقام رهبری برای قانونیت بخشی به مصوبه‌ای از یک نهاد ظاهراً قانون‌گذار نیز با منطق حقوقی سازگاری ندارد. مصوبه، اگر خود قانونی باشد، باید مبنای آن به‌روشنی بیان شود؛ اگر مستظهر به تأیید رهبری نیز باشد، مبنای آن باید تبیین شود که از نوع احکام حکومتی یا سایر مفاهیم قانونی مشابه تلقی می‌شود. در غیر این

۱. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۳۳۱۱ به تاریخ ۱۳۹۸/۱۲/۱۹ صادره از سوی معاون قضایی دیوان عدالت اداری.

صورت، معنا و مصادیق «منابع حقوق و قانون» (اعم از مصوبات مجلس، آیین‌نامه‌های دولتی و ...) روشن است و طبعاً صرف قول شفاهی رهبری بر تأیید یک امر نمی‌تواند منبع حقوق تلقی شود. در خاتمه این بند باید اشاره کرد که در کنار نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مصوبات این شورا، می‌توان از اشکال دیگر نظارت، نظیر نظارت عامی که شورای نگهبان از حیث مغایرت با اصول قانون اساسی و احکام شرع دارد (موضوع اصل ۹۱ قانون اساسی) سخن به میان آورد. با توجه به اینکه قانون اساسی رویه بررسی مصوبات مجلس از سوی قانون اساسی را پیش‌بینی کرده است، در خصوص نهادهایی مثل شورای عالی هماهنگی که به نظر می‌رسد مصوباتی با ماهیتی فراقانونی و به پشتوانه تأیید مقام رهبری را به اجرا می‌گذارند، چه در مقام تحلیل حقوقی و چه در عمل، این مصوبات در شورای نگهبان مورد بررسی و تطبیق با قانون اساسی و شرع قرار نمی‌گیرند. اساساً منطق تشکیل چنین نهادهایی نیز که در واقع برای اتخاذ تدابیر فوری با اختیار نقض قوانین و مقررات جاری شکل یافته‌اند، بیانگر همین نظارت‌ناپذیری مصوبات آن است.

۴. نگاه انتقادی به تشکیل شورا و مصوبات آن در نسبت با مبانی نظارت و تعادل

بر اساس مباحثی که تاکنون در خصوص شرایط تأسیس شورای عالی هماهنگی و نیز ماهیت مصوبات آن مطرح شد، تشکیل این شورا و اقدام آن به صدور مصوبه، از زاویه مفهوم نظارت و کنترل و خصوصاً مبانی این مسئله، قابل ارزیابی انتقادی به نظر می‌رسد. به اعتقاد حقوق‌دانان اساسی، مفهوم نظارت دارای دو رکن مهم و تکمیل‌کننده یکدیگر است: اول، حکومت قانون و دوم، تفکیک قوا. این دو در واقع عناصر پیشینی و مؤلف نظارت هستند. لذا صحبت از نظارت تنها در صورت امعان نظر و تأمین این دو مسئله در یک نظام حقوقی معنا دارد و نظام حقوق اساسی بدون توجه به این دو، ناقص و ناکارآمد خواهد بود. این دو اصل، چنان‌که پیش‌تر بیان شد، مکمل یکدیگر هستند. با تدوین قانون اساسی، امور عمومی بر اساس قواعد کلی، روشن و از پیش‌گفته و معطوف به آینده جریان پیدا می‌کند. اما با توجه به اینکه وجود قوانین و حکومت آن‌ها برای تحقق عدالت اجتماعی و جلوگیری از انحصار و اقتدارگرایی کافی نیست، اصل تفکیک قوا برای جلوگیری از تمرکز قدرت در یک بخش از شبکه قدرت به میان می‌آید تا مانع

استبداد شخصی و گروهی شود.^۱ با توجه به اینکه لازم است این دو مفهوم مهم و بنیادین در عمل به درستی اجرا شود، سامانه «کنترل و نظارت»^۲، نتیجه عملی این دو به نظر می‌رسد. بر این اساس، لازم است هر یک از نهادهای دخیل در حاکمیت بتواند با شرایط مقرر، حدود اختیارات و صلاحیت‌ها و نیز عملکرد بخش دیگر را بازبینی و کنترل کند، زیرا قوانین حاکم بر اساس اصل حکومت قانون و نیز قوای ذی‌صلاح در مقام عمل به قانون و تفسیر آن، مستعد سوءاستفاده و نیل به تعدی به اصول حکومت قانون و تفکیک قوا هستند:

۱. هرچند به نظر می‌رسد مستمسک توجیهی تشکیل شورای مورد بحث و نیز نهادهای نظیر آن، بروز وضعیت‌های اضطراری و استثنایی نظیر جنگ و تحریم است، اما استفاده نکردن از سازکار اصل ۷۹ قانون اساسی که شرایط قانونی برقراری و تمدید وضعیت‌های استثنایی را ولو به نحوی نسبتاً مجمل و بدون بیان اختیارات قانونی دولت در این شرایط بیان کرده است، ضمن متروک کردن این اصل مهم که سابقه مفهومی و تجربی روشنی در حقوق اساسی کشورهای مختلف دارد،^۳ اختلالات غیرقابل اغمازی را از زاویه مفهوم نظارت در نظم حقوق اساسی کشور به وجود آورده است. برای ایضاح بهتر موضوع باید بیان داشت که تأسیس شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا و مصوبات آن، خلاف مبانی نظارت یعنی حکومت قانون و تفکیک قواست. در نظم سیاسی و نهادی مقرر در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اختیارات تصمیم‌گیری قوا کلاً یا جزئاً از قابلیت نظارت و بازبینی از سوی قوه یا نهادی دیگر برخوردار است. به‌طور مثال، مصوبات مجلس از حیث مطابقت با قانون اساسی، در شورای نگهبان بازبینی می‌شود. همچنین، مقررات دولتی نظیر آیین‌نامه‌ها، از حیث مطابقت با قوانین عادی، علاوه بر نظارت قضایی دیوان عدالت اداری، مورد نظارت رئیس مجلس نیز قرار می‌گیرد. بر این اساس، نوعی نظارت و تعادل نسبی در حقوق اساسی ایران پیش‌بینی شده است. این در حالی

۱. راسخ، محمد، **نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی**، تهران: دراک، ۱۳۹۸، ص ۲۸-۲۹

2. Check and balance

3. For instance: 1-France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008, see article 16,35,36, available at:

https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en

2- Basic Law for the Federal Republic of Germany (Last amended on 28 March 2019), available at: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>

است که بررسی‌های انجام‌شده در مباحث قبلی این مقاله خصوصاً در آرای صادره از دیوان عدالت اداری نشان داد مصوبات شورای عالی هماهنگی، به‌طور کلی خالی از مبانی نظارت است؛ مصوبات این شورا نه مانند قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، از حیث تطابق با قانون اساسی ذیل نظارت دادرسی اساسی (شورای نگهبان) قرار دارد و نه دیوان عدالت اداری می‌تواند آن را با قوانین موضوعه تطبیق دهد و بر آن نظارت کند. لذا مصوبات این شورا کاملاً نظارت‌گریز و مغایر با اهداف حکومت قانون و تفکیک قوا به‌منزله مبانی نظارت به نظر می‌رسد. مصوبات شورای مورد بحث، در صورت عدم اصلاح ساختاری و کارکردی این نهاد، به سرنوشت مصوبات نظارت‌ناپذیر شورای عالی انقلاب فرهنگی دچار خواهد شد.

۲. هرچند شورای عالی هماهنگی با حضور رئیس مجلس و رؤسای برخی کمیسیون‌های آن تشکیل می‌شود و اقدام به تصمیم‌گیری می‌کند، در عمل، تأسیس چنین نهادی که صلاحیت وضع مقررات و هنجارهایی لازم‌الاجرا و قدر متیقن، هم‌شأن قوانین مصوب مجلس را داراست، چیزی جز وضع محدودیتی فراتر از آنچه اصول قانون اساسی برای امر تقنین مجلس برشمرده و نوعی تعطیلی نسبی قوه قانون‌گذاری به نظر نمی‌رسد. مؤید این نکته این است که طبیعتاً اعطای اختیارات به چنین نهادی به‌منزله ممکن نبودن ورود مجلس شورای اسلامی به قانون‌گذاری در این حوزه است، شاهد مثال عینی، آنکه این مسئله از دید نمایندگان وقت مجلس یازدهم شورای اسلامی نیز مغفول نماند. و ایشان طی نامه‌ای در مردادماه ۱۳۹۹ به رئیس مجلس خواستار پیگیری وی در خصوص نظام‌نامه شورای عالی هماهنگی شده و دغدغه خود را در خصوص حذف تلویحی مجلس از فرایندهای تصمیم‌گیری در کشور اعلام کردند.^۱

۱. از متن نامه: «... به نظر می‌رسد جز مواردی که در سطح هماهنگی رویکردها و تدابیر سه قوه قابل طرح است یا مجوزهای مصداقی برای یک مورد تحریمی خاص، نیازی به مصوباتی که می‌تواند با قید فوریت مسیر قانونی خود را در مجلس شورای اسلامی طی کند، باقی نمی‌ماند و ضروری است مسیر آغاز تصمیمات کلان به مدار معمول خویش بازگردد. مزیت مسیر مجلس شورای اسلامی آن است که هم مجال شنیدن نظرات کارشناسی و نقدهای پیش از تصویب فراهم‌تر است و هم پاسخ‌گویی و نظارت برای مرحله پس از تصویب. متأسفانه طی هفته‌های اخیر شاهد هستیم که حتی در شرایط عادی دولت اصرار دارد تا نیازهای قانونی خود را از طریق شورای عالی پیش ببرد و عملاً نقش تقنینی و نظارتی مجلس را نادیده بگیرد. این رویه، ضمن آنکه مغایر قانون است، این»

از متن این نامه نیز برمی‌آید که دغدغه غلبه استثنا (تصمیم‌گیری و قانون‌گذاری با اختیارات ویژه از سوی نهادی غیر از پارلمان) بر اصل (روال عادی قانون‌گذاری در کشور) مورد توجه نمایندگان قرار گرفته است؛ زیرا نهادی که حداکثر باید به صورت موردی و فوق‌العاده و در مسائل فوری و ضروری تصمیم‌گیری کند، به سمت تبدیل شدن به نهادی موازی یا حتی بالاتر از مجلس، در حال حرکت است. باید در اینجا اشاره کرد که هرچند چالش قاعده و استثنا در نظریه مشروطه، کماکان مورد بحث است و به‌زعم برخی نویسندگان به لحاظ حقوقی لاینحل باقی مانده و افق نهایی بحث را باید نه در نظام حقوقی (صورتی) مشروطیت، بلکه در ذیل مفهوم قانون اساسی ماهوی (نظام واقعی مشروطه) جست‌وجو کرد^۱، لکن در خصوص نظام حقوق اساسی داخلی ایران و در موضعی از بررسی مسئله که ما در آن قرار داریم، تلاش برای برقراری حداقل تضمینات شکلی، می‌تواند مبدأ تغییرات مثبت باشد.^۲

۳. اجمالاً و با استمداد از ادبیات برخی صاحب‌نظران، ریشه‌های نظری و تاریخی این چالش در نظام حقوق اساسی کشور را می‌توان ناشی از «شکاف پارادایمی» و تأخیر در تأیید نهادها و مفاهیم جدید در کشور دانست که به‌نوبه خود منجر به عدم استقرار کامل مشروعیت نهادهایی چون قانون، مجلس، نمایندگی و تفکیک قوا و نیز ابهام در اعتماد به آن‌ها در اداره کشور و النهایه موازی‌سازی و موازی‌کاری شده است.^۳ به‌علاوه، تشکیل

→ نگرانی را تشریح می‌کند که تصمیمات اخذشده از پشتوانه کارشناسی لازم برخوردار نباشد و تبعات سنگینی را برای اقتصاد کشور به بار آورد که نمونه آن را در تصمیم به افزایش قیمت بنزین در آبان ماه ۱۳۹۸ شاهد بودیم.» قابل دسترسی در خبرگزاری مجلس شورای اسلامی: <https://www.icana.ir/Fa/News/4535829>

۱. لاکلین مارتین، ترجمه محمد راسخ، **نظریه مشروطه (درآمدی بر مباحث حقوق عمومی)**، مجله مجلس و راهبرد، تابستان ۸۶، شماره ۵۶، ص ۱۷۶ تا ۱۷۸.

۲. مسئله لزوم رعایت صلاحیت‌های ذاتی هر یک از قوا و عدم تداخل عملکرد شوراهای عالی با این صلاحیت ذاتی، در بند ۱۴ «سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری» نیز مورد تصریح قرار گرفته است. در این سیاست‌ها، «رعایت صلاحیت ذاتی قوای سه‌گانه در قوانین مربوط به تشکیل نهادهایی از قبیل شوراهای عالی؛ بازنگری در قوانین موجود این نهادها؛ پیش‌بینی سازوکار کارآمد قانونی لازم برای تضمین عدم مغایرت مصوبات آن‌ها با قوانین عادی» مورد تأکید قرار گرفته است. لکن از آنجا که تشکیل برخی از این نهادها -چنان‌که در این مقاله به آن اشاره شد- با توصیه و تأکید مرجع عالی وضع همین سیاست‌ها صورت گرفته است، رعایت و اجرایی شدن این سیاست‌ها در عمل دشوار به نظر می‌رسد.

۳. برای تفصیل بیشتر ر.ک: فیرحی، داود، **دولت مدرن و بحران قانون چالش قانون و شریعت در ایران معاصر**، تهران: نی، ۱۴۰۰، فصل دوم.

شورای مورد بحث به شرح بند اول و دوم با اصل تفکیک قوا سازگار به نظر نمی‌رسد. به نظر نگارنده، یکی از دلایل تشکیل این نهاد و نهادهای مشابه در سازوکار اداره کشور بعد از انقلاب اسلامی، تصور و ذهنیت غلطی است که در خصوص تفکیک قوا در حاکمیت جمهوری اسلامی وجود دارد. از میل به تجمع قوای سه‌گانه و تصمیم‌سازی و مقررگذاری خارج از ریل مقرر در قانون اساسی، به نظر می‌آید ذهنیت درستی درباره تفکیک قوا وجود ندارد. غرض از تفکیک قوا حتی در حالت نسبی بودن آن، تقسیم حاکمیت به سه شعبه هم‌عرض نیست که با تجمع مجدد آن‌ها در یک نهاد، مصوبه خروجی قابلیت الزام و اثربخشی بیش از روال عادی قانون‌گذاری در مجلس یا حسب مورد دولت داشته باشد. به تعبیر توماس هابز، تقسیم حاکمیت به تزلزل و فروپاشی آن منجر می‌شود. تفکیک قوا توزیع قدرت ضمن یکپارچگی اقتدار است.^۱ فلسفه تفکیک قوا آن است که امر تقنین، اجرا و قضا از یکدیگر به‌طور مطلق یا نسبی تفکیک شود. توجه به ماهیت واحد، تفکیک‌ناپذیر و انتقال‌ناپذیر حاکمیت^۲ نیز ذهن را به این نکته رهنمون می‌سازد که هر یک از قوا در امر محول‌شده به خود، دارای صلاحیت کافی است و تجمع قوای سه‌گانه جهت اتخاذ تدابیر شبه‌تقنینی، امری زائد و مضر به حال نظم حقوق اساسی کشور به حساب می‌آید.

۴. به اعتقاد برخی نویسندگان، یکی از اصول و شروط شکل‌گیری دولت مشروطه و حکومت قانون، حداقل در سطح شکلی که در قالب جنبش قانون اساسی‌گرایی قرن هجدهم نیز متجلی شده است،^۳ انتقال از حکمرانی شفاهی و عرفی به حکمرانی نوشته و مبتنی بر ساختارها و سازمان‌دهی از پیش معین است.^۴ در واقع، یکی از الزامات حکومت قانون آن است که تصمیمات بر اساس یک نظم از پیش معین و مکتوب بوروکراتیک اتخاذ و

۱. هابز توماس، ترجمه حسین بشیریه، **لویاتان**، تهران: نی، ۱۳۹۹، ص ۱۹۹-۱۹۸.

۲. ر.ک: طباطبایی، سیدجواد، پیشین، ص ۴۳.

۳. قاضی شریعت‌پناهی، سیدابوالفضل، **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۴۰ تا ۴۲.

۴. لاگلین مارتین، **مبانی حقوق عمومی**، تهران: نی، ۱۳۹۲، ص ۷۸ و نیز شریف شاهی، محمد، **بر بن مشروطیت نظریه دولت مشروطه و سرگذشت قانون اساسی در ایران**، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹، ص ۱۳۵.

منتشر شود. این در شرایطی است که شورای عالی هماهنگی سران قوا و مصوبات آن به کلی خارج از این نظم مکتوب، اولاً، بر اساس یک قول و دستور شفاهی شکل می‌گیرد، ثانیاً، سازوکار تصمیم‌گیری در این نهاد، عضویت در آن و نیز اعضای آن، پشت پرده ابهام و اجمال باقی می‌ماند و ثالثاً، مصوبات آن نیز برخلاف دیگر قوانین و مقرراتی که موجد تکالیف عام برای عموم جامعه هستند، از طریق روش‌های متعارف یا هر روش دیگری انتشار نمی‌یابد و در دسترس عموم قرار نگرفته و نمی‌گیرد.^۱ تکلیف قانونی مقرر در مواد ابتدایی قانون مدنی در خصوص انتشار قوانین، نه یک امر صوری و تشریفاتی زائد، بلکه لازمه‌ای شکلی است تا بر اساس آن اقتضائات مربوط به حکومت قانون به شرح پیش‌گفته رعایت شود. حال آنکه در خصوص مصوبات این شورا چنین لوازمی رعایت نمی‌شود و از این منظر محل ایراد جدی به نظر می‌رسد.

۱. راسخ، محمد، حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: نی، ۱۳۹۳، ص ۸۴.

نتیجه‌گیری

تجربه مکرر تشکیل نهادهای مشابه شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا، مؤید این معناست که نظام قانونی و سیاسی کشور برای وضعیت‌های استثنایی و شبه‌استثنایی، برنامه مدون قانونی ندارد. لذا در چنین شرایطی، سریع‌ترین و در دسترس‌ترین گزینه، تشکیل نهادی اجماعی است که کارکردهای از پیش معین نهادهایی چون مجلس، دیوان عدالت اداری و حتی شورای نگهبان را دچار اختلال می‌کند، کنار می‌گذارد و در نتیجه، نظم حقوقی موجود را به هم می‌زند. تکرار در تشکیل چنین نهادهایی موجب می‌شود مفهوم قانون جایگاه خود را به مثابه هنجاری که نظم اجتماعی را شکل می‌دهد و حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان را تضمین می‌کند، از دست بدهد و رأی و برداشت شخصی جایگزین آن شود. در این راستا پیشنهاد می‌شود:

۱. قانون اساسی در اصل ۷۹، با محوریت پیش‌بینی محورهای کلی وضعیت‌های اضطراری در کشور و نیز شکل اداره کشور در مدت برقراری وضعیت اضطراری با واگذاری اختیارات به قوه مجریه در عین مسئول دانستن آن اصلاح شود. همچنین، در برقراری این وضعیت‌ها با توجه به محدودیت‌های فعلی اصل ۷۹، به جای تشکیل نهادهای موازی از ظرفیت‌های بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی نیز می‌توان استفاده کرد.

۲. با توجه به دشواری قانونی فرایندی اصلاح قانون اساسی، با استفاده از ظرفیت قانون عادی، قانونی عادی با موضوع انواع وضعیت‌های اضطراری، حقوق و اختیارات ناشی از آن، حقوق و آزادی‌های قابل تعلیق و محدودیت و نیز وضع ضمانت اجرای مشخص در خصوص مصوبات ناشی از آن و همچنین، جزئیات لازم در خصوص نظام اداری-مالی کشور به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد تا نظام حکمرانی کشور در بحران‌هایی که اقتضای زندگی در دنیای کنونی و خصوصاً موقعیت خاص جمهوری اسلامی ایران است، با چالش‌هایی پیش از این مواجه نشود و حقوق عمومی و بنیادین شهروندان نیز در پناه حاکمیت قانون محفوظ و برقرار بماند.

۳. در چارچوب پیشنهادی برای چشم‌اندازی کوتاه‌مدت و اصلاحی اولیه، پیشنهاد می‌شود حداقل تشریفات مهم شکلی نظیر انتشار رسمی مصوبات این شورا انجام پذیرد و نیز سازوکاری برای نظارت بر این مصوبات در نظر گرفته شود. به علاوه، ضروری است بدو

تصمیم‌گیری‌های این شورا به موارد استثنایی و نه عموم مسائل جاری کشور محدود شود تا جایگاه مجلس شورای اسلامی به مثابه مجرای اصلی قانون‌گذاری در کشور محفوظ بماند.

در پیش‌بینی ترتیبات جدید جهت شناسایی و برقراری وضعیت‌های اضطراری، باید مسئولیت اداره کشور و تصمیم‌گیری در خصوص آن به قوه مجریه واگذار شود و برخلاف رویه فعلی، سایر قوا، خصوصاً قوه قضائیه به منزله قوه‌ای غیرسیاسی از فرایند تصمیم‌گیری و اجرا برکنار بماند و به نقش‌های اصلی خود بازگردند. این امر علاوه بر اینکه به بهبود اداره کشور در وضعیت‌های استثنایی و همچنین پرداخت هر قوه به امر تخصصی خود کمک می‌کند، بستری است تا مسئولیت تصمیم‌گیری‌ها و پاسخ‌گویی در قبال این تصمیمات و نیز نظارت بر آن‌ها هر چه بیشتر تسهیل شود و انتظام پیدا کند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب‌ها

۱. ارسطا، محمدجواد، *تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران؛ تأملاتی در فقه سیاسی و مبانی فقهی قانون اساسی ج.ا.ایران*، تهران: مجد ۱۳۹۸.
۲. امامی محمد، استوار سنگری کوروش، *حقوق اداری (جلد دوم)*، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۳. جونز، ویلیام توماس، ترجمه علی رامین، *خداوندان اندیشه سیاسی*، جلد دوم، قسمت اول، تهران: امیرکبیر، ۱۳۹۴.
۴. راسخ، محمد، *حق و مصلحت مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، تهران: نی، ۱۳۹۳.
۵. راسخ، محمد، *نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی*، تهران: دراک، ۱۳۹۸.
۶. شریف شاهی، محمد، *بر بن مشروطیت نظریه دولت مشروطه و سرگذشت قانون اساسی در ایران*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹.
۷. طباطبایی، سیدجواد، *تاریخ اندیشه سیاسی جدید در اروپا، جلد نخست: از نوزایش تا انقلاب فرانسه، دفتر سوم: نظام‌های نوآیین در اندیشه سیاسی*، تهران: مینوی خرد، ۱۳۹۵.
۸. فیرجی، داوود، *دولت مدرن و بحران قانون چالش قانون و شریعت در ایران معاصر*، تهران: نی، ۱۴۰۰.
۹. قاضی شریعت‌پناهی، سیدابوالفضل، *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۱۰. لاک، جان، ترجمه حمید عضدانلو، *رساله‌ای درباره حکومت*، تهران: نی، ۱۳۹۹.
۱۱. لاگالین مارتین، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: نی، ۱۳۹۲.
۱۲. موحد، محمدعلی، *در هوای حق و عدالت از حقوق طبیعی تا حقوق بشر*، تهران: کارنامه، ۱۳۹۶.

۱۳. هابز توماس، ترجمه حسین بشیریه، *لویاتان*، تهران: نی، ۱۳۹۹.

مقاله‌ها:

۱۴. امامی، محمد، سلیمانی، مهستی، *ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان*

عدالت اداری، مجله حقوقی دادگستری، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۸۲، ص ۹-۳۸.

۱۵. جاوید محمدجواد، نامی محسن، *جایگاه فرامین مقام رهبری در حقوق اساسی*

جمهوری اسلامی ایران، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۵-۲۸.

۱۶. حسینی، سیدمحمد و همکاران، *بررسی تحلیلی ماهیت مصوبات شورای عالی*

انقلاب فرهنگی، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۴، ص ۱۸۹-۲۱۴.

۱۷. زارعی محمدحسین و همکاران، *شورای عالی انقلاب فرهنگی در ترازوی استقلال*

قوا، فصلنامه مطالعات حقوقی، پاییز ۱۳۹۸، شماره ۳، ص ۱۰۵-۱۴۱.

۱۸. سلطانی سیدناصر، *شورای عالی انقلاب فرهنگی؛ نمونه‌ای از یک اصل نانوشته*

قانون اساسی؟، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۶۳-۱۴۸۵.

۱۹. لاگلین مارتین، ترجمه محمد راسخ، *نظریه مشروطه (درآمدی بر مبانی حقوق*

عمومی)، مجله مجلس و راهبرد، تابستان ۸۶، شماره ۵۶، ص ۱۴۵-۱۸۶.

۲۰. مقدسی، مهدی، اکبری، احسان، *جایگاه حقوقی مصوبات شورای عالی امنیت ملی*

در نظام حقوق اساسی ایران، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، زمستان ۱۳۹۶، شماره

۴، ص ۸۷۳-۸۹۳.

ب) منابع انگلیسی

21. Locke j. **Second treatise of government**, available at: <https://english.hku.hk/staff/kjohnson/PDF/LockeJohnSECONDTREATISE1690>.
22. **Basic Law for the Federal Republic of Germany** (Last amended on 28 March 2019), available at <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>
23. **France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008**, available at: https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en

حقوق تنظیمی بانکی و آسیب‌های آن در نظام بانکی ایران

(مقاله علمی-پژوهشی)

محمدحسین زارعی*

محمدعلی متانی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۹/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۰۶

چکیده

مقاله حاضر در پرتو نظریه‌های منفعت عمومی و خصوصی، به تبیین مداخلات تنظیمی دولت در حوزه بانکی می‌پردازد و چالش‌های این مداخله را در نظام حقوقی مورد مذاقه قرار می‌دهد. از این منظر، پس از بررسی مبانی نظری حاکم بر حقوق تنظیمی بانکی، انواع ابزارهای دولت در تنظیم ساختار بازار و رفتار بازیگران در حوزه بانکی مورد بررسی قرار می‌گیرد و ذیل هر یک موضع نظام حقوقی ایران نیز به بحث گذاشته می‌شود. با توجه به اینکه وجود نهاد تنظیم‌گر مستقل و متخصص در حوزه بانکی یکی از مهم‌ترین ارکان نظام تنظیمی بانکی کارآمد است، برخی الزامات نهادی و ساختاری آن نیز بررسی می‌شود. در نهایت، به برخی از مهم‌ترین چالش‌های نظام تنظیمی بانکی در ایران اشاره می‌شود.

کلید واژگان

حقوق تنظیمی، تنظیم بانکداری، بانک مرکزی، ابزارهای تنظیم، نهاد تنظیم‌گر، کمیته بال.

* دانشیار حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

m_zarei@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

ma.matin46@yahoo.com

مقدمه

مشخصه اصلی اقتصاد آزاد این است که بازیگران بازار اجازه داشته باشند تصمیمات خود را آزادانه انتخاب کنند؛ ولی در تمام نظام‌های اقتصادی، کارگزاری به نام دولت وجود دارد که به تناسب نظام اقتصادی ایفای نقش می‌کند.^۱ شکل‌گیری ایده «حکمرانی تنظیمی» ناشی از تجربه‌های اقتصادی است که واقعیت‌های بازار بر نهادهای مقررات‌گذار تحمیل کرده و هدف آن، بهبود ساختار نظارت و تنظیم و فاصله گرفتن از رویکرد سنتی دستور و نظارت به‌سوی رویکردهای مشارکتی میان بخش خصوصی و عمومی است.^۲ شماری از پژوهش‌ها، تردیدی در مداخله حکومت در بازار نمی‌گذارد و اختلاف به حدود این مداخله برمی‌گردد.^۳ برخی مطالعات نیز بیانگر این واقعیت است که دولت دیگر در جایگاه تنها عامل تنظیم امور عمومی مطرح نیست و عوامل و بازیگرانی خارج از دولت همچون شهروندان، انجمن‌ها و نهادهای غیردولتی متشکل از گروه‌های مختلف مردم در کنار این نهادها در اداره امور عمومی نقش‌هایی تعیین‌کننده یافته‌اند.^۴ بررسی مدل‌های اقتصادی بیانگر این امر است که حکمرانی خوب بر نقش نظارتی دولت تأکید می‌ورزد. بر این اساس، دولت ملزم است تا سازوکارهای مورد نیاز برای فعالیت بخش خصوصی را فراهم کند و تحقق این امر تشکیل نهادهای تنظیم‌گر است.

ایجاد نهادهای تنظیم‌گر گرچه به دست دولت انجام می‌شود، برای انجام وظایف خود نیازمند استقلال است تا صلاحیت‌هایی همچون وضع مقررات، وضع جریمه، صدور و ابطال مجوزها و تعلیق مؤسسات اقتصادی را اعمال کند. پس در اقتصاد آزاد، فرض بر این است که مردم بدون دخالت دولت، زندگی اقتصادی و اجتماعی خود را تمشیت و هدایت کنند؛ بنابراین، هرگونه مداخله از سوی دولت در مناسبات اقتصادی و اجتماعی شهروندان، استثنایی و خلاف اصل است؛

۱. زارعی، محمدحسین و عرفان، شمس، **درآمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات‌گذاری اقتصادی**، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۲، ش ۶۲، ص ۲۲۵.

۲. زارعی، محمدحسین و حسنوند، محمد و سلمانی سبینی، مرضیه، **مفهوم حکمرانی تنظیمی، جستارهای حقوق عمومی**، ۱۳۹۶، ش ۱، ص ۱۴۴.

۳. راسخ، محمد و حسینی کرابی، سید مجتبی، **مفهوم رگولاسیون در قلمرو حقوق**، دانشنامه حقوق اقتصادی، ش ۸، ۱۳۹۴، ص ۳۷.

۴. یآوری، اسدالله، **درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی**، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲، ۱۳۹۳، ص ۶۴۵.

لذا باید توجیه شود، اما فضای مبتنی بر کارکرد بازار نیز با نارسایی‌هایی روبه‌رو است؛ چراکه نمی‌تواند منابع را به نحو بهینه و آن‌طور که باید و شاید بین بخش‌ها اختصاص دهد. انواع اصلی نارسایی‌های بازار عبارت‌اند از انحصار، تأمین نکردن کالاهای عمومی، عوارض بیرونی، اطلاعات ناقص و نامتقارن، انحصار طبیعی و مسئله نابرابری.^۱ این‌ها از جمله موضوعاتی هستند که ضرورت وجودی تنظیم و نهاد تنظیم‌گر را ایجاد می‌کنند. در ایران ایجاد نهاد تنظیم‌گر بازار پولی پدیده قدیمی و باسابقه نیست و شاید بتوان ایجاد بانک مرکزی در سال ۱۳۳۹ را سرآغاز تأسیس نهاد تنظیم‌گر پولی دانست. در همین زمینه می‌توان تصویب قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ را گامی دیگر در راستای مداخله دولت در جهت تنظیم بازار بانکی و پولی قلمداد کرد؛ به‌ویژه قسمت دوم این قانون که به وظایف و اختیارات و ارکان بانک مرکزی می‌پردازد و ابزارها و سازوکارهای این بانک را برای مداخله در بازار پولی و بانکی توضیح می‌دهد. این قانون طی سالیان گذشته با اصلاحات و الحاقات متعددی مواجه شده است که از جمله آخرین آن‌ها می‌توان به قانون الحاق یک تبصره به ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۹۴ مجلس شورای اسلامی اشاره کرد که در پاسخ به بحران اخیر ایجادشده در مؤسسات مالی اعتباری، اختیارات نظارتی بانک مرکزی در خصوص مؤسسات مذکور را گسترش داد.

ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ در حقیقت، بیانگر نوع نگرش نظام به فعالیت‌های اقتصادی کشور است؛^۲ بنابراین، آهنگ اقتصاد ملی به‌سوی اقتصاد بازار به‌جای اقتصاد دستوری و بخش‌نامه‌ای^۳ و افزایش سهم بخش غیردولتی در اقتصاد کشور با رویکرد گسترش و ارتقای کارایی بنگاه‌های اقتصادی، افزایش رقابت‌پذیری در اقتصاد ملی و ... است که هدف نهایی سیاست اصل ۴۴ محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد کشور در دوره گذار از اقتصاد ایستا (درونی و انحصاری) به اقتصاد پویا (غیردولتی و رقابتی) به سر می‌برد و نظر به ویژگی‌های خاص صنعت بانکداری که هرگونه نقصان در ناکارآمدی عملکرد این بخش، زمینه‌های بروز اختلال در سایر

۱. آون، هیوز، *مدیریت دولتی نوین*، (ترجمه الوانی، سید مهدی)، چاپ چهارم، مروارید، ۱۳۹۵، صص ۵۵۵ - ۵۵۲.

۲. آل عمران، رؤیا، و آل عمران، سید علی، *خصوصی‌سازی و سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی*، اقتصاد، ش ۱۲، ۱۳۹۰، صص ۸۸ - ۷۳.

۳. کنعانی، محمدطاهر، *آزادسازی و تسهیل بازرگانی خارجی بر اساس اصل ۴۴ قانون اساسی*، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، ش ۲، ۱۳۹۰، ص ۲۰۱.

بخش‌ها را فراهم می‌آورد، نیازمند حقوق تنظیمی و نهادهای تنظیم‌گر مربوط، منطبق با استانداردهای جهانی است. با عنایت به اینکه بانک‌ها همیشه نهادی شکننده در نظر گرفته شده‌اند که بر محیطی سالم و مطمئن^۱ نیاز به کمک دولت دارند - که معمولاً این وظیفه را بانک مرکزی از طرف دولت انجام می‌دهد - و نیز با توجه به اینکه در بحران‌های اقتصادی سال‌های اخیر ایران به دلایلی چون رشد قارچ‌گونه مؤسسات مالی و اعتباری و اعطای تسهیلات و سودهای غیرمعارف، بنگاهداری بانک‌ها و مؤسسات مالی، نبود وجود نظارت‌های کافی بر اعطای تسهیلات بانکی، مسئله نقش بانک مرکزی بر بازار پولی و بانکی همواره محل مناقشه است، این مقاله درصدد تبیین مبانی حقوق تنظیمی بانکی و اعمال آن در تحلیل مشکلات تنظیم‌گری نظام بانکی در ایران است.

۱. مبانی نظری مقررات تنظیمی

واژه «Regulation» در جریان اصلی علم اقتصاد از نیمه دهه ۱۹۳۰ با رواج سیاست‌های اقتصادی کینزی^۲ باب شد و بر تعدیل و تثبیت نوسانات اقتصادی کلان با ابزارهای مالی و پولی دلالت دارد.^۳ برای این واژه، معادل فارسی متنوعی به کار رفته است؛ مانند قاعده‌مندی، سامان‌دهی حقوقی، نظام‌دهی، مقررات‌گذاری، تنظیم‌گری و ...؛ در نتیجه، در این زمینه اتفاق نظری وجود ندارد، ولی معنای اصطلاحی آن عبارت‌اند از: عمل یا فرایند کنترل به‌وسیله مقرر،^۴ تنظیم کردن، در جایگاه حکومتی که به‌وسیله تدوین مقررات و تأسیس سازمان‌های حکومتی تحت عنوان نهادهای تنظیم‌گر به تنظیم‌گری می‌پردازد تا مقررات و آیین‌نامه‌هایی تدوین کند و به شرح آنچه مشاغل و بنگاه‌ها می‌باید رعایت کنند یا از آن منع شوند و نحوه عملکرد آن‌ها اقدام کرد.^۵

1. Safe and Sound.

2. Keynesian

۳. اطهری، کمال، *نظریه انتظام: تعامل جزء و کل*، تحول همه‌جانبه اقتصاد سیاسی، سال اول، ش ۲، ۱۳۸۵، ص ۱۴۹.

4. Garner, B. A., *Black's Law Dictionary*, 9th ed United States of American: West Publishing Co. 2009, p, 1398.

5. Oran, D., *Oran's Dictionary of the Law*, 3rd, ed, United States: West Legal Studies, 2000, P 414.

۱.۱. نظریه منفعت عمومی در حوزه مقررات تنظیمی^۱

طبق رویکرد پیگو (۱۹۳۸)^۲ در خصوص مقررات تنظیمی، هر کجا بازار ناقص باشد، دست نامرئی آدام اسمیت^۳ دیگر عمل نمی‌کند. از نظر وی نقایصی که مانع عملکرد کارآمد بازار می‌شود و ضرورت ایفای نقش دولت در بهبود وضعیت رفاه اجتماعی را برمی‌انگیزد، عبارت‌اند از: ۱. انحصارات که نقض‌کننده رقابت است؛ ۲. نبود تقارن اطلاعات که در حوزه بانکی زمینه‌ساز دو مشکل مخاطرات اخلاقی^۴ و انتخاب نامناسب است. این مشکل در صنعت بانکداری می‌تواند زمینه‌ساز ورشکستگی بانک‌ها و همه‌گیر شدن آن‌ها به سبب بی‌اعتمادی سپرده‌گذاران به آن و هجوم آن‌ها برای برداشت سپرده‌هایشان شود؛ ۳. نقصان حقوق مالکیت و قراردادهای که منجر به افزایش هزینه اجرای قراردادهای می‌شود؛ ۴. بروز آثار جانبی^۵ که باعث می‌شود سطح پایین‌تری از کالای دارای پیامد اجتماعی مثبت (همچون بانک‌های اطلاعاتی درباره وام‌گیرندگان) یا سطح بالاتری از کالای دارای پیامدهای اجتماعی منفی (همچون اعتباردهی بیش‌ازحد از سوی بانک) ایجاد شود.^۶

با تأکید بر اجتناب‌ناپذیری شکست‌های بازاری و توانمندی دولت در رفع این شکست‌ها نظریه منفعت عمومی در حوزه مقررات تنظیمی شکل گرفت.^۷ طبق این نظریه، اعمال تنظیمات در بخش بانکی از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ زیرا با تنظیم بانک‌ها افراد با اطمینان بیشتری مایل به سپرده‌گذاری در بانک‌ها به عوض وارد ساختن پول خود در امور غیر مولد خواهند بود.^۸

۱.۲. نظریه منفعت خصوصی در حوزه مقررات تنظیمی^۹

این نظریه، اعتقادی به لزوم تأثیرگذاری دولت بر بهبود شرایط ندارد. در واقع، آنان معتقد به نوعی مغالطه ایدئال‌گرایانه^{۱۰} در توصیف عملکرد دولت و تنظیم‌گران از سوی طرفداران نظریه

1. Public Interest Theory of Regulation.

2. Pigou (1938)

3. Adam Smith (1776)

4. Moral Hazard

5. Externalities.

۶. پیشین.

7. Shetfer and Vishny (1998)

8. Barth et al (2006), p 29.

9. Private Interest View of Regulation

10. Nirvana Fallacy.

منفعت عمومی هستند. در این خصوص، مطالعات پلزمن (۱۹۸۶)^۱ و برخی دیگر گویای آن است که مقررات تنظیمی کالایی است که می‌توان با تحلیل عرضه و تقاضای آن دریافت که منافع ناشی از تولید آن برای کدام‌یک از دو طرف بیشتر است.^۲ در واقع، با به‌کارگیری این مفهوم در حوزه بانکی، می‌توان گفت طرف‌داران این نظریه معتقدند که دولت‌ها اقدام به حقوق تنظیمی بانک‌ها می‌کنند تا از این طریق تأمین مالی مخارج دولتی و اهداف سیاسی ایشان تسهیل شود و امکان تأثیرگذاری بر سیاست‌گذاران و بروکرات‌ها افزایش یابد؛ لذا این دسته از اقتصاددانان با تأکید بر این نکته که از مواهب عملکرد تنظیم‌شده بانک‌ها، تنها گروه خاصی منتفع می‌شوند، با تنظیم‌گری بانک‌ها در شکل مرسوم آن مخالف هستند.

۲. حقوق تنظیمی در نظام بانکی با تأکید بر ایران

دولت‌ها عمدتاً در نظام بانکی به طرق مختلف تنظیم‌گری می‌کنند. دامنه این تنظیم‌گری از اعمال نظر در مرحله ورود بانک‌های جدید به صنعت بانکداری تا شرایط فعالیت و حتی خروج از آن تسری می‌یابد. نحوه تنظیم‌گری را به‌طور کلی می‌توان این‌گونه دسته‌بندی کرد: ۱- اعمال تنظیم بر ورود؛ ۲- اعمال تنظیم بر نوع فعالیت؛ ۳- اعمال تنظیم احتیاطی؛ ۴- اعمال نظارت؛ ۵- منضبط کردن بانک‌های مشکل‌دار (علنی‌سازی، جریمه نقدی یا اخراج).^۷ برخی از این ابزارها مربوط به ورود و برخی مربوط به نوع فعالیت و برخی دیگر مربوط به تنظیم احتیاطی در حوزه بانکی است.

۲.۱. تنظیم‌گری ورود به بازار

یکی از روش‌های تأثیرگذاری دولت‌ها بر صنعت بانکداری، اعمال حقوق تنظیمی در خصوص ورود بانک‌های جدید است. این نحو تنظیم از جمله روش‌های اولیه تنظیم‌گری در صنعت

1. Peltzman (1986)

2. Ibid, p 38.

3. Freixas, X & Rochet, J. C., 2008, *Microeconomic of Banking*, The MIT Press, pp 310 – 314.

4. Barth, James & Caprio, Carard & Levin, Ross, *Reconsidering Banks Regulation*, Cambridge University Press, First Published, 2006, p 47.

5. Ibid.

6. Ibid.

7. Singh, D, *Banking Regulation of UK and US*. Financial Markets 2007, pp 127 – 132.

بانکداری است و موجب تنظیم ساختار بازار در حوزه بانکداری می‌شود. در قرون وسطی، ورود به صنعت بانکداری تنها از طریق دسترسی به مجوزهای خاص سلطنتی یا عضویت در گروه‌های خاص مدنی امکان‌پذیر بود. در شرایط کنونی نیز، طبق آنچه نظریه منفعت عمومی بر آن تأکید دارد، با اعمال کنترل‌های دقیق بر تأسیس بانک‌های جدید، می‌توان ثبات صنعت بانکداری را افزایش داد و اقتصاد را از تأثیرات نامطلوب ورشکستگی و رقابت مخرب مصون داشت. در واقع، تأسیس بانک‌های جدید از دو طریق می‌تواند زمینه‌ساز بی‌ثباتی در صنعت بانکداری شود: اول، ورود بانکداران متقلب^۱ به عرصه فعالیت‌های بانکی، سپرده‌گذاران را در معرض مخاطره کلاهبرداری قرار می‌دهد؛ دوم، زمانی که ورود بیش‌ازحد بانک‌های جدید به عرصه صنعت بانکداری باعث شود که شدت گرفتن رقابت میان بانک‌ها شود و نرخ سود وام‌ها به حدی کاهش یابد که پایین‌تر از سطح متناسب با نرخ بازده سرمایه باشد، که ممکن است بی‌ثباتی در اقتصاد را پدید آورد.^۲

در مقابل، دیدگاه منفعت خصوصی راجع به تنظیم ورود به بازار کاملاً متفاوت است. طبق این دیدگاه، با وجود برخی توجیهات مبنی بر ضرورت حاکمیت حقوق تنظیمی بر ورود، بانکداران، خود تمایل به تشدید موانع ورود دارند تا از این طریق رقابت محدود شود. تنظیم‌گران نیز ممکن است به پاسخ‌گویی به چنین تقاضایی متمایل باشند؛ چراکه از این طریق هم می‌توانند به لحاظ سیاسی کنترل بیشتری بر این صنعت داشته باشند و هم آنکه امکان کسب برخی زمینه‌های رانتی برای آنان وجود خواهد داشت. در عین حال، بسیاری از سیاست‌گذاران حامیان خود را از موقعیت انحصاری در صنعت بانکداری برخوردار می‌کنند. در مقابل، در صنعت بانکداری باز و آزاد، بخش عمده‌ای از سود فعالان در این صنعت به دلیل تشدید رقابت و نبود امکان تحصیل سودهای بادآورده از بین می‌رود.

در نظام حقوقی ایران، سازوکارهای قانونی مختلفی برای تنظیم ساختار بانکی پیش‌بینی شده است که هدف آن تضمین کارایی اقتصادی، کاستن از مخاطرات رفتاری و در عین حال، حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و سپرده‌گذاران در حوزه بانکداری است.

1. Kohn, Meir, *Early Deposit Banking, draft chapter of finance business, and Government before the industrial revolution*, dartmouth codbege, @<http://www.dartmouth.edu/mkohn/> 1999.

2. Hellmann, Thomas, Kevin Murdoch and Joseph Stiglitz, *liberalization, moral Hazard in Banking and prudential Regulation are Capital Requirements Enough?* *American economic Review*, 90 (1), 2000, pp, 147, 165.

۱. الزامات ورود- بررسی قوانین موجود، من جمله ضوابط تأسیس بانک غیردولتی مصوب

۱۳۷۹، حاکی از تنظیم ورود به صنعت بانکداری با ابزارهایی همچون میزان اولیه سرمایه، احراز صلاحیت‌های فردی همچون حسن شهرت مالی و حرفه‌ای متقاضیان، نوع سهام و مالکیت آن‌ها و ... است. مطابق با ماده یک قانون فوق، تأسیس بانک خصوصی، بدو، نیازمند اخذ مجوز اولیه از بانک مرکزی است؛ لیکن موافقت اولیه بانک مرکزی به منزله تأسیس بانک نیست و موافقت نهایی، پس از صدور مجوز ثبت از سوی بانک مرکزی به منظور ثبت بانک در مرجع ثبت شرکت‌ها صورت می‌گیرد؛ اما لازمه تأسیس شعب، دریافت مجوز فعالیت از بانک مرکزی است.

۲. الزامات حداقل سرمایه- وفق ماده ۱۲ ضوابط تأسیس بانک غیردولتی مصوب ۱۳۷۹،

حداقل سرمایه اولیه برای تأسیس بانک، ۲۰۰ میلیارد ریال است که باید تماماً تعهد شود و حداقل ۵۰ درصد آن پیش از صدور مجوز اولیه نزد بانک مرکزی ایران سپرده شود؛ لیکن بر اساس مقررۀ شورای پول و اعتبار ناظر بر تعیین حداقل سرمایه اولیه بانک‌های غیردولتی مصوب ۱۳۸۹، این رقم به چهار هزار میلیارد ریال تغییر پیدا کرد.

۳. الزامات ایجاد و تعطیلی شعب، باجه یا نمایندگی- بر اساس بند «و» ماده ۳۰

قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، ایجاد یا تعطیل شعبه یا باجه یا نمایندگی بانک‌ها در داخل یا خارج کشور طبق آیین‌نامه‌ای خواهد بود که به تصویب شورای پول و اعتبار می‌رسد. همچنین مطابق با بند ۹ ماده ۱۳ لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها مصوب ۱۳۵۸ اتخاذ سیاست کلی درباره تأسیس و تعطیل شعبه یا هر واحد بانکی دیگر در هر نقطه از ایران یا خارج از کشور از جمله وظایف و اختیارات شورای عالی بانک‌ها^۱ است. بانک مرکزی از طریق اداره کل نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و ایجاد شعب، نظارت می‌کند.

۴. مالکیت- مطابق با بند «الف» ماده ۳۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ و

همچنین ماده ۲ ضوابط تأسیس بانک‌های غیردولتی مصوب ۱۳۷۹، تشکیل بانک صرفاً

۱. وفق مصوبۀ مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۸۶، به منظور ارتقای کارایی و هماهنگی اختیارات و مسئولیت در مدیریت بانک‌ها، شورای عالی بانک‌ها منحل و وظایف آن به هیئت‌مدیره بانک‌ها واگذار شد.

به صورت شرکت سهامی عام و با سهام با نام امکان پذیر است. همچنین، وفق مواد ۵ و ۱۳ ضوابط اخیرالذکر، اشخاص حقوقی که بخشی از سرمایه آن‌ها متعلق به دولت و شرکت‌های دولتی یا نهادهای عمومی است یا به صورت مستقیم یا غیرمستقیم تحت مدیریت بخش دولتی یا نهادهای عمومی قرار دارند، نمی‌توانند در بانک‌های غیردولتی سهام‌دار باشند. انتقال بیش از ۱۰ درصد سهام بانک دفعتاً واحد یا به تدریج به یک شخص حقیقی یا حقوقی دیگر موقوف به اطلاع سایر سهام‌داران و تأیید قبلی بانک مرکزی است. همچنین، مطابق با ماده ۱۵ ضوابط مزبور، هیچ‌یک از بانک‌ها اعم از دولتی و غیردولتی و مؤسسات اعتباری غیر بانکی نمی‌توانند در هیچ زمان بیش از یک درصد از سهام بانک را دارا باشند، مگر با مجوز بانک مرکزی.

۲.۲. تنظیم‌گری نوع فعالیت بانک‌ها

از منظر نظریه منفعت عمومی، مشارکت بانک‌ها در فعالیت‌های مختلف بنا به دلایل زیر نیازمند تنظیم‌گری است:

الف) مشارکت بانک در رشته‌های مختلف فعالیت‌ها زمینه‌ساز بروز تضاد منافع است. برای مثال، ممکن است مواردی مشاهده شود که طی آن بانک‌ها درصدد انتقال مخاطره بیشتر به سمت سرمایه‌گذاران کمتر مطلع باشند تا از این طریق به بنگاه اقتصادی مورد نظر در بازپرداخت وام کمک کرده باشند.^۱

ب) گستردگی فعالیت‌های مالی و ترکیب امور بانکی و بازرگانی، به حجم گسترده و پیچیده‌ای از اطلاعات نیاز دارد که ایجاد و دسترسی به آن مستلزم ایجاد پایگاه‌های عظیم اطلاعات است.^۲

ج) در برخی موارد، مؤسسات مالی بزرگ به لحاظ سیاسی و اقتصادی به حدی قدرتمند می‌شوند که نظارت بر آن‌ها دشوار می‌شود.^۳

د) مؤسسات بزرگ مالی ممکن است از طریق سوءاستفاده از قدرت مسلط بازاری و تعیین

1. Edwards, Franklin R, "Banks and Securities Activities: Legal and Economic Perspective on the glass steagall Act" in L. Goldberg and L.J.White, eds, the deregulation of Banking Securities Activities, 1979, p, 280.

2. Laeven, luc, "The political economy of deposit insurance", *journal of financial services research*, 26, 2004, p, 210.

3. Barth Jeames & Caprio, Carad & Levine, Ross, Ibid.

یک‌جانبه سود سپرده و تسهیلات باعث کاهش رقابت و به همان نسبت کاهش کارایی در بخش مالی شوند.^۱

در نظام بانکی ایران نیز مطابق با ماده ۲ قانون بانکداری مصوب ۱۳۳۴، بانک‌ها علاوه بر قبول سپرده و افتتاح حساب جاری و اعطای امتیاز، می‌توانند طبق اساسنامه خود در حدود مقررات قانون مزبور، در خصوص انجام یک یا چند رشته از عملیات مذکور در بندهای «الف» این قانون اقدام کنند؛ لیکن در فصل سوم و در ذیل ماده ۱۰ در بیان حدود عملیات بانک‌ها، به ممنوعیت برخی از عملیات برای بانک‌ها اشاره شده است. به همین نحو، ماده ۶۵ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۳۹ و همچنین ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ مشعر بر عدم جواز شماری از عملیات برای بانک‌ها هستند. در بیان تمایز و تعارض میان قوانین مذکور و قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۱۳۶۲ می‌توان گفت، وفق بند یک از هر سه ماده مذکور «خریدوفروش کالا به‌منظور تجارت» از جمله عملیات ممنوعه برای بانک‌ها به شمار می‌رود. همچنین بر اساس ماده ۱۰ قانون بانکداری مصوب ۱۳۳۴، بانک‌ها از خریدوفروش اموال غیرمنقول منع شده‌اند. به‌موجب بخش‌نامه^۲ بانک مرکزی نیز بانک‌ها مجاز به خرید املاک و مستغلات به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم نیستند، و این به معنای این است که بانک‌ها نمی‌توانند بنگاهداری کنند.

۲.۳. اعمال تنظیم احتیاطی

۲.۳.۱. کفایت سرمایه

پس از آنکه الزامات مبتنی بر ورود به صنعت بانکداری تأمین شد، بانک‌ها ملزم خواهند بود تا حداقل سرمایه مورد نیاز برای ورود به فعالیت را تأمین کنند و در عین حال، حداقل نسبت سرمایه به دارایی آنان متناسب با گسترش حوزه عملکرد، رشد یابد. تنظیم سطح سرمایه یکی از محوری‌ترین روش‌های تنظیم‌گری دولت در امور بانکی است؛ چراکه می‌تواند بر درجه مخاطره‌پذیری فعالیت‌های بانک‌ها تأثیر گذارد و در عین حال، در برابر زیان‌های غیرمنتظره،

1. Shleifer, Andrei and R. Vishny, *Corruption quarterly journal of economic*, 108, 1991, pp, 599- 617.

۲. مصوبه شماره ۲۱۶۴۶/ت ۹۶۶۹ به تاریخ ۱۳۸۷/۲/۱۷ که طی بخش‌نامه شماره ۸۸/۷۷۴۴۴ به تاریخ ۱۳۸۸/۴/۱۰ ابلاغ شد.

پوششی ضربه‌گیر پدید آورد. در واقع، به هر میزان که حجم تعهدات در بانک محدودتر باشد، صاحبان بانک انگیزه بیشتری برای مشارکت در امور پرمخاطره خواهند داشت؛ لذا الزامات مبتنی بر حداقل سرمایه می‌تواند عاملی مهم در تعیین درجه مخاطره‌پذیری بانک‌ها باشد.

بسیاری از صاحب‌نظران نظریه منفعت عمومی بر وجوه مثبت الزامات حداقل سرمایه در تحدید رفتارهای توأم با مخاطره بانک‌ها تأکید دارند. از نظر آن‌ها با برخورداری از بیمه‌های سپرده، تنظیم نسبت کفایت سرمایه در بانک از نقش مؤثری در هم‌سو کردن انگیزه‌های بانکداران با سپرده‌گذاران و وام‌گیرندگان برخوردار است.^۱ در مقابل، طرفداران نظریه منفعت خصوصی بر این باورند که حتی بدون تعیین حداقل کفایت سرمایه، بانک به‌خوبی قادر است سطح بهینه سرمایه خود و نوع فعالیت‌ها (به لحاظ درجه مخاطره‌پذیری) را تعیین کند.^۲

کفایت سرمایه و در نظر گرفتن آن به‌مثابه شاخص مهمی از سلامت مالی، همواره مورد توجه قانون‌گذاران و تحلیلگران بوده است. کمیته «بال» نسبت کفایت سرمایه به ریسک را ۸ درصد اعلام کرده و رعایت آن را از سال ۱۹۹۳ برای کلیه بانک‌هایی که در حوزه تجارت برون‌مرزی فعالیت چشمگیری دارند، الزامی می‌داند. در ایران نیز آیین‌نامه‌های مربوط به کفایت سرمایه در سال ۱۳۸۲ به تصویب شورای پول و اعتبار رسیده و به بانک‌ها ابلاغ شده است. کارکرد اصلی این آیین‌نامه، حمایت بانک در برابر زیان‌های غیرمنتظره و نیز حمایت از سپرده‌گذاران و اعتباردهندگان است. به دلیل حفاظتی که این نسبت در برابر زیان‌های وارده ایجاد می‌کند، حفظ و نگهداری سرمایه کافی و متناسب با مخاطرات موجود منبع اصلی اعتماد عمومی به هر بانک به‌طور اخص و سیستم بانکی به‌طور اعم است.

۲.۳.۲. ایجاد تور ایمنی برای سپرده‌گذاران

بخش مهم چارچوب تنظیمی، تور ایمنی^۳ است که در اختیار بانک‌ها قرار می‌گیرد. در واقع، مادامی که سپرده‌گذاران بر این اعتقاد باشند که سپرده آن‌ها از طریق یک تور ایمنی تحت حمایت

1. Berger, Allen, Roichard j. herring, and Giorgio P. Szego, "The Role of Capital in Financial Institutions", *Journal of Money Credit and Banking and Finance*, 1995, pp, 257 – 276.

2. Koehn, M. and A.M. "Santomero, Regulation of Bank Capital and Portfolio Risk", *Journal of Finance*, 1980, pp, 1235-1250.

3. Safety Net Support

قرار دارد، انگیزه کمی برای سرکشی به عملکرد بانک‌ها خواهند داشت. تور ایمنی دارای دو مؤلفه کلیدی است: ۱- حضور وام‌دهندگان آخرین مرحله؛ و ۲- برخورداری از نظام بیمه سپرده.

۲.۳.۲.۱. حمایت ضمنی (بانک مرکزی، وام‌دهنده آخرین مرحله)

مادامی که وام‌دهندگان آخرین مرحله (معمولاً بانک مرکزی) خود را متعهد به حمایت از بانک‌های بدهکار بدانند، تنها بستانکاران بیمه‌نشده ضرر خواهند کرد و بنابراین، امکان حفظ نظم در بازار بانکی برقرار است.

۲.۳.۲.۲. نظام بیمه سپرده

بخش دیگر تور ایمنی، نظام بیمه سپرده است که به دو دلیل طرفداران نظریه منفعت عمومی بر آن تأکید دارند: ۱- حمایت از بانک‌ها در برابر برداشت‌های بی‌رویه؛ ۲- حمایت از سپرده‌گذاران کوچک. در این خصوص باتاچاریا، بوت و تاکور (۱۹۹۸)^۱ در مطالعه‌ای نشان داده‌اند که هجوم به سمت بانک‌ها و برداشت بی‌رویه از آن تا حد زیادی نتیجه عدم تقارن اطلاعات است. با اینکه پایش مستمر بانک بسیار پرهزینه است، بهترین راه ایجاد امنیت خاطر در سپرده‌گذاران به شمار می‌آید و به تبع آن نیاز بانک به تعیین پاداش مخاطره برای جذب سپرده‌ها کمتر می‌شود. در مقابل، دیدگاه منفعت خصوصی در این باره آن است که بیمه سپرده‌ها، دقیقاً همان چیزی است که بانک‌های پرریسک به آن نیازمندند تا از این طریق بدون پرداخت پاداش مخاطره، سپرده بیشتری را جذب کنند.

در ایران از ملی شدن بانک‌ها در سال ۱۳۵۸ تا تصویب قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیردولتی در سال ۱۳۷۹، ضرورتی در ایجاد نظام حمایت از سپرده‌ها احساس نمی‌شد؛ چراکه عموم بانک‌ها دولتی بودند و دولت و بانک مرکزی خود را موظف به تضمین سپرده‌ها می‌دانستند؛ لیکن تأسیس بانک‌های خصوصی، منجر به بروز نگرانی سپرده‌گذاران در خصوص تضمین سپرده‌ها شد. بر اساس بند «ط» قانون برنامه چهارم توسعه، وزارت امور اقتصادی و دارایی مکلف به انجام اقدامات قانونی لازم در جهت ایجاد نظام بیمه سپرده‌ها تا پایان سال اول برنامه چهارم شد؛ لیکن تا پایان برنامه چهارم اقدام جدی در این راستا صورت نپذیرفت. در ماده

1. Bhattacharya, Sudipo, "Arnoud W.A. Boot and Anjan, V. Thakor, the economics of Bank Regulation", *Journal of money credit and banking*, 30 (4)1998, pp, 145-770.

۹۲ قانون برنامه پنجم توسعه، اجمالاً به این موضوع اشاره شد، ولی در قانون برنامه ششم این موضوع نادیده انگاشته شده است.

۲.۴. تنظیمات نظارتی

۲.۴.۱. تنظیمات نظارتی در استانداردهای بین‌المللی

ضعف‌های بانکی در کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه می‌تواند برای ثبات داخلی و بین‌المللی خطرآفرین باشد؛ لذا برخی از سازمان‌های رسمی از قبیل کمیته بال، راه‌های تقویت ثبات مالی جهان را بررسی کرده‌اند. این کمیته که در این زمینه رأساً از طریق تماس با مقام‌های نظارتی در سراسر جهان اقدام می‌کند، در سال‌های اولیه، به‌منظور برقراری روابط با کشورهای غیر از گروه ۱۰، فعالیت خود را به تقویت و استحکام نظارت احتیاطی در کلیه کشورهای معطوف کرد. ضمن اینکه اقدامات اولیه وی ناظر بر استقرار اصول نظارتی در کشورهای عضو بوده است و در این خصوص دو سند: ۱- مجموعه جامع برای نظارت مؤثر بانکی (اصول محوری کمیته بال)؛ و ۲- خلاصه دستورالعمل‌ها، توصیه‌ها و استانداردها را منتشر می‌کند^۱ که اصول محوری نظارت مشتمل بر ۲۵ اصل اساسی است. این اصول عبارت‌اند از: - پیش‌شرط نظارت مؤثر (۱)؛ - صدور مجوز و ساختار (۲ - ۵)؛ - مقررات احتیاطی و الزامات (۶ - ۱۵)؛ - روش نظارت (۱۶ - ۲۰)؛ - الزامات اطلاعاتی (۲۱)؛ - اختیارات رسمی ناظران (۲۲)؛ - بانکداری برون‌مرزی (۲۳ - ۲۵).

۲.۴.۲. تنظیمات نظارتی در بانکداری ایران

بانک‌ها وظایف گوناگونی دارند که نظارت کمی و کیفی بر آن‌ها بر عهده بانک‌های مرکزی است. نظارت بر بانک‌ها از چالش‌برانگیزترین کارکردهای بانک مرکزی است. برخی اهداف بانک مرکزی عبارت‌اند از: گسترش خدمات مالی قابل اطمینان و وسیع جهت پاسخ‌گویی به نیازهای اقتصاد؛ حصول اطمینان از اینکه بانک‌ها در برابر نیازها و شکایات مشتریان، کارآمد، قابل اطمینان و تأثیرپذیر هستند؛ کسب اطمینان از اینکه فعالیت بانک با استانداردهای مهم بانکداری هماهنگ است و حصول اطمینان از اینکه عملکرد بانک‌ها مطابق با سیاست‌های پولی و اعتباری

۱. بیانیه کمیته بال، ۲۰۰۲.

است.^۱ بانک مرکزی ایران وظیفه تنظیم نظام پولی و اعتباری کشور، نظارت بر عملکرد بانک‌های کشور، تنظیم مقررات مربوط به معاملات ارزی و ریالی، نظارت بر صدور و ورود ارز و پول رایج کشور، حق انتشار اسکناس، حفظ ارزش پول و جلوگیری از نوسانات شدید اقتصادی را از جمله وظایف اصلی خود می‌داند.^۲ این بانک در ایران با تصویب قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۳۹ شکل گرفت و در حال حاضر ساختار آن در مقام مسئول تنظیم و اجرای سیاست پولی و اعتباری بر اساس سیاست کلی اقتصاد کشور در قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ شرح داده شده است.^۳ بر اساس ماده ۱۶ قانون مذکور، ساختار آن عبارت‌اند از: ۱- مجمع عمومی؛ ۲- شورای پول و اعتبار؛ ۳- هیئت عامل؛ ۴- نظارت اندوخته بر اسکناس؛ ۵- هیئت نظار. این هیئت در راستای نظارت که به موجب بند «ب» ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، وظیفه نظارت بر بانک و مؤسسات اعتباری کشور را دارد، در راستای انجام این وظیفه قانونی، اداره نظارت بر بانک‌های تجاری و اداره نظارت بر بانک‌های تخصصی تحت مدیریت کل نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری تشکیل شده و به فعالیت مشغول است، این ادارات بر اساس بند ۱۰ ماده ۱۴ قانون مذکور مسئولیت رسیدگی به حساب‌ها و عملیات شبکه بانکی کشور را به عهده دارند؛ البته طبق ماده ۹۷ قانون برنامه پنجم توسعه، شورای پول و اعتبار طی سال‌های برنامه موظف به اصلاح ساختار بانک مرکزی در جهت تقویت نظارت بر نهادهای پولی و مالی به منظور تحقق اهداف کلان اقتصادی کشور بود؛ لذا بانک مرکزی اداره کل نظارت را با ارتقا به معاونت نظارت در سال ۱۳۹۰ تبدیل کرده است و به طرق ذیل اعمال نظارت می‌کند:

۱- روش نظارت مستقیم (بازرسی در محل)؛^۴ ۲- روش نظارت غیرمستقیم (بازرسی خارج از محل)؛^۵ ۳- نظارت بر کفایت سرمایه، هماهنگی و اشتراک.^۶

1. Sheng Andrew, *Bank Supervision Principles and Practice*, Economic Development Institute (EDI) of the World Bank, Washington, D. C, 1990.

۲. سلطانی، محمد، *حقوق بانکی*، میزان، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۵۶.

۳. پیشین.

4. On-site inspection

5. Off-site monitoring

6. Sheny, Andrew, Ibid.

۲.۵. منضبط کردن مؤسسات مشکل‌دار (علنی‌سازی و جریمه نقدی یا ابطال مجوز)

علنی‌سازی سوءمدیریت در بازار با استفاده از انتقاد علنی یا ابلاغیه‌های عمومی، بیانگر اهمیت حسن شهرت یک کسب‌وکار در حوزه صنعت بانکداری است^۱ و این یک اقدام انضباطی به شمار می‌آید. انتقاد علنی باعث شرمندگی می‌شود و ابلاغیه عمومی نام آن‌ها را افشا می‌کند و آگاهی عموم از استانداردهایی را که باید رعایت کنند، ارتقا می‌دهد^۲ و باعث بازدارندگی می‌شود که مرحله بعدی آن پیگرد قانونی است. فرایند علنی‌سازی، خاطی را برای کل صنعت مربوطه مشخص می‌کند^۳ و در موارد شدیدتر سوءمدیریت و عدم رعایت مقررات تنظیمی، جرائم نقدی در نظر گرفته می‌شود.^۴ در صورتی که اقدامات فوق کارساز نباشد، مجوز صادره ابطال و مؤسسه مذکور منحل می‌شود. ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور نیز در این راستا موارد انحلال را بیان کرده است.

۳. ضرورت وجود نهاد واحد و مستقل حقوق تنظیمی در امور بانکی

یکی از مهم‌ترین ارکان تنظیم‌گری نظام بانکی، طراحی نهاد تنظیم‌گر مستقل، متخصص و بی‌طرف در نظام حقوقی و اقتصادی است. در واقع، نهاد تنظیم‌گر نظام بانکی و اعتباری باید به‌مثابه داور مستقل و بی‌طرف اجرای دقیق و منصفانه قواعد رقابت در بازار را پایش کند و مانع از بروز رفتارها و رویه‌های ضد رقابتی در بازار شود. همچنین، وضع مقررات و استانداردهای لازم جهت فعالیت بانک‌ها و نظارت بر اجرای صحیح آن‌ها از دیگر وظایف این نهاد است. از دیگر دلایل وجودی نهاد مذکور و استقلال آن می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف - وظیفه نهاد تنظیم‌گر علاوه بر ملاحظه منافع سیاسی کشور، ملاحظه منافع اداری و مشتریان نیز هست؛ ب - جلوگیری از مداخلات حزبی و جناحی در امور پولی و مالی و همچنین ممانعت از فعالیت‌های ممنوعه و سوءاستفاده از اختیارات و نیز قطع ارتباطات خارج از حوزه قانون؛ ج - موفقیت نهاد اجرایی منوط به دقت و صراحت قوانین حاکم بر آن، به معنای برخورداری از سه ویژگی شفافیت، قابلیت حصول و قابلیت انطباق با اهداف مورد نظر است؛^۵ د - اطمینان بازار و

1. Singh, D, Ibid.

2. Ibid.

3. Ibid.

4. Ibid.

5. Diver, C. S., "The Optimal Precision of Administrative Rules", *The Yale Law Journal*, Vol.93, No.1, 1983, p.67.

آگاهی عمومی، از جمله اهداف نهادهای خدمات مالی است؛ و - اثربخشی و کارآمدی حقوق؛ ه - رفع موانع موجود بر سر راه فضای رقابتی و برقراری توازن میان بخش‌های مختلف بازار، از وظایف نهاد تنظیمی شمرده می‌شود که تحقق این اقدامات مستلزم استقلال این نهاد است. همچنین، اجتناب از تأسیس نهادهای تنظیمی متعدد و در مقابل، ایجاد یک نهاد تنظیمی مستقل، در برقراری توازن در بازار پولی و مالی مؤثرتر است؛ زیرا که از یک سو، وجود نهاد واحد تنظیمی، فرایند پایبندی به قوانین را تسهیل می‌کند و تعارضات میان نهادهای تنظیمی مختلف و نظارت‌های هم‌عرض را از بین می‌برد و از سوی دیگر، مؤسسات پولی و مالی به‌جای پاسخ‌گویی به چندین نهاد، صرفاً با یک نهاد روبه‌رو هستند و تنها در مقابل آن پاسخ‌گو خواهند بود. نهاد مزبور نیز در مقابل اقدامات خود پاسخ‌گو است و از این طریق صحت و سلامت فرایند کاری بانک‌ها و مؤسسات مالی تضمین خواهد شد.^۱

۵. چالش‌های حقوق تنظیمی در نظام بانکی ایران

نظام بانکی ایران در انجام وظایف خویش موفق نبوده و چالش‌ها و آسیب‌های متعددی دارد که در ذیل به شرح آن‌ها می‌پردازیم:

۱. زیاد بودن هزینه‌های معاملاتی - مهم‌ترین نهاد غیررسمی (سنت، ایدئولوژی) مؤثر

بر نظام بانکی در ایران حرمت «ربا» در نظام اقتصادی است که منجر به عدم قطعیت در سرمایه‌گذاری و افزایش هزینه‌های معاملاتی در نظام اقتصادی می‌شود. تقریباً در بیشتر آثار متفکران مسلمان، «بهره»^۲ مترادف واژه ربا به کار رفته است. همچنین حرمت ربا به‌منزله حذف بهره در نظام اقتصادی مورد تأیید اسلام است.^۳ حرمت ربا عملکرد دو بازار پولی و سرمایه در تعیین نرخ بهره و به‌تبع آن عملکرد اقتصاد کشور را تحت‌الشعاع قرار داده است. مثلاً، در نظریات متفکران مسلمان به دلیل تأثیرپذیری از مفهوم بهره قراردادی (بهره بازار)، پول، نه سرمایه، محور بحث قرار گرفته است.^۴

1. Brown, Ashley C. and Jon Stern, Bernard Tenenbaum, Define Gencer, *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*, The World Bank, Washington, D.C. 2006, PP. 59 - 63.

2. Interest.

۳. فرزین وش، اسدا... و ندری، کامران، ربا، بهره قراردادی و بهره طبیعی، تحقیقات اقتصادی، ش ۶۰ ص ۱۵۰.

۴. پیشین، ص ۱۶۳.

از طرف دیگر، تصمیم به سرمایه‌گذاری چه در طرف تقاضا و چه در طرف عرضه نیازمند مبنایی از پیش مشخص است. در عقود بانکی چنین مبنایی وجود ندارد. حال اینکه اگر نرخ سود مورد انتظار تنها مشخص‌کننده افق سرمایه‌گذاری باشد و نه برای درج در قراردادهای مالی، در این صورت عرضه‌کننده وجوه، حداقل با دو مسئله روبه‌رو است: ۱- نااطمینانی ناشی از تحقق افق سرمایه‌گذاری؛ ۲- مخاطرات ناشی از عدم اعمال و اجرای صحیح قراردادها به دلیل نبود مبنایی از پیش مشخص درباره منافع حاصل از قرارداد. این دو موضوع، سلطه هزینه مبادله را افزایش و انگیزه برای مبادله را کاهش می‌دهد.^۱

۲. بنگاهی عمل کردن بانک‌ها - رسالت و کار اصلی بانک‌ها، واسطه وجوه است؛ یعنی باید پس از تجهیز منابع، آن را در اختیار فعالان اقتصادی و متقاضیان دریافت تسهیلات قرار داد. طی سال‌های اخیر بانک‌ها واسطه خوبی بین مردم و سرمایه‌گذاران و فعالان اقتصادی نبوده‌اند.^۲ بخش اعظم وام‌های اعطایی بانک‌ها در اختیار بخش تولید قرار نگرفته و عمدتاً در جریان معاملات واسطه‌ای و دلالی و جریان خریدوفروش کالاها و خدمات به کار رفته است. بدیهی است که این امر باعث افزایش تقاضا برای کالاها و خدمات و در نهایت، موجب افزایش تورم شده است.^۳ حتی برخی بانک‌ها بخش عمده‌ای از سرمایه خود را صرف بنگاهداری می‌کنند که یکی از چالش‌های اصلی نظام بانکی در چند سال اخیر است.

۳. وجود قوانین و مقررات متعارض - در حال حاضر، دو قانون، یکی مبتنی بر بانکداری متعارف و دیگری مبتنی بر بانکداری بدون ربا بر نظام بانکی کشور حاکم است؛ یعنی یکی مشوق مبادلات مبتنی بر ربا و دیگری مشوق مبادلات مبتنی بر نبود ربا. این دو در خلاف جهت هم حرکت می‌کنند؛ یعنی روح حاکم بر دو قانون مذکور متضاد است. قانون عملیات بانکداری بدون ربا دارای چند ویژگی مهم است: ۱- حذف نرخ بهره و جایگزینی دریافت سود ناشی از مشارکت با بانک در قالب عقود؛ ۲- بانک رابط میان

۱. متوسلی، محمود و آقابابی، رضا، پیشین، ص ۱۱۰.

۲. محسنی، حسین، چالش‌های نظام بانکی کشور، بانک و اقتصاد، ش ۱۰۸، ۱۳۸۹، ص ۱۷.

۳. پیشین.

عرضه‌کننده، سرمایه و متقاضی آن تحت عنوان وکیل و موکل است؛^۳ تحقق رابطه موضوع بند «۲» بانک مرکزی حداقل نرخ سود مورد انتظار را تعیین می‌کند؛^۴ توجه نکردن به کنترل حجم پول، ویژگی‌های مذکور نشان می‌دهد که قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) به‌ظاهر ویژگی‌هایی از قبیل حذف بهره و از دست رفتن کارکرد بازار پول از اقتصاد را در خود دارد؛^۱ اما تأکید این قانون بر تعیین حداقل نرخ سود از سوی بانک مرکزی، نشان‌دهنده آن است که برای تحقق مبادله در عمل، لازم است قیمت مورد مبادله مشخص شود. از سوی دیگر، ایده اساسی قانون بانکداری بدون ربا، بر انجام مشارکت‌ها و سرمایه‌گذاری‌ها از سوی نظام بانکی تأکید دارد و به‌موجب آن، کارکرد بازار پولی و سرمایه در اقتصاد توأمان بر دوش نظام بانکی گذارده شده است؛ اما در عمل کارکرد مذکور چندان جنبه عملی نیافته است.^۲

۴. استقلال نداشتن نهاد ناظر بر نظام پولی - نظارت ناظر زمانی مؤثر است که در قبال طرفین مبادله و منافع آن استقلال داشته باشد - چنان‌که دلایل آن قبلاً بیان شد - ولی با مالکیت دولت بر نظام بانکی، استقلال معنایی ندارد. دو معیار اصلی برای ارزیابی استقلال بانک مرکزی در ایران، نرخ تورم و بدهی دولت به بانک مرکزی است.^۳ با توجه به ترکیب اعضای شورای پول و اعتبار به‌مثابه مهم‌ترین رکن تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری بانک که اکثراً از نمایندگان دولت هستند و نیز سیاست‌گذاری پولی به‌وسیله مجلس شورای اسلامی، همچون کاهش نرخ سود تسهیلات بانکی و همچنین تعیین نحوه مصرف بخشی از منابع بانک در قالب تسهیلات تکلیفی، سخن گفتن از استقلال بانک مرکزی فاقد معنی است؛ بنابراین، اساسی‌ترین عنصر نظارتی و حقوق تنظیمی در نظام بانکی مخدوش است.

۱. نیلی، مسعود، مقایسه تطبیقی قانون عملیات بانکی بدون ربا با کارکردهای اقتصاد مدرن، مجموعه مقالات پانزدهمین همایش بانکداری اسلامی، صص ۲۰۹ - ۲۳۲.

۲. غنی‌نژاد، موسی، بررسی نظریه‌های مربوط به بانکداری بدون بهره، مجموعه مقالات پانزدهمین همایش بانکداری اسلامی، مؤسسه عالی بانکداری، ۱۳۸۳، صص ۲۳۵ - ۲۷۳.

۳. کمیجانی، اکبر، دیدگاه‌های نظری و پیش‌نیازهای لازم برای نیل به استقلال بانک مرکزی با هدف مهار تورم و ثبات قیمت‌ها، مجموعه مقالات پانزدهمین همایش بانکداری اسلامی، مؤسسه عالی بانکداری، ۱۳۸۳، صص ۳ - ۴۳.

نقش منفعل نهاد ناظر، این نهاد را در ایجاد تحول در شیوه‌های نظارتی منطبق با استانداردهای جهانی بی‌انگیزه کرده است. برای مثال، استانداردهای بین‌المللی کفایت سرمایه بانک پیش از دهه ۹۰ میلادی از سوی کمیته بال اعلام و در اواسط دهه مذکور لازم‌الاجرا شده است؛ ولی در ایران در سال ۲۰۰۴ (۱۳۸۲ شمسی) شورای پول و اعتبار آن را تصویب و به بانک ابلاغ کرده است؛ در حالی که در همین سال در خصوص استانداردهای قبلی کمیته بال تجدیدنظر صورت گرفته و استانداردهای جدیدی از سال ۲۰۰۷ لازم‌الاجرا شده است.

۵. نبود سازوکارهای حسابرسی کارآمد و شفاف - حساب‌برسان رسمی یا سازمان

حسابرسی کل کشور صورت‌های مالی بانک‌ها را هرساله ارزیابی می‌کند و گزارش نتایج این ارزیابی‌ها در اختیار مجمع عمومی بانک قرار می‌گیرد. بر اساس بخش‌نامه بانک مرکزی^۱ (ضوابط ناظر بر حداقل استانداردهای شفافیت و انتشار عمومی اطلاعات به‌وسیله مؤسسات اعتباری) صورت‌های مالی و حسابرسی‌شده بانک‌های غیردولتی باید به‌صورت عمومی منتشر شود؛ اما متأسفانه صورت‌های مالی حسابرسی‌شده بانک‌های دولتی در دسترس عموم قرار نمی‌گیرد. ضمن اینکه نظرات حساب‌برسان در خصوص بسیاری از بانک‌ها (به‌ویژه بانک‌های خصوصی)، موارد تخلف بانک به‌صورت کاملاً کلی درج می‌شود و اشاره‌ای به میزان انحراف بانک از نسبت‌های مقرر نمی‌شود.^۲

۶. نبود شفافیت و پاسخ‌گویی نهاد ناظر بر نظام پولی (بانک مرکزی) -

شفاف‌سازی عملکردها و پاسخ‌گو بودن به عموم مردم موجب می‌شود تا بانک‌های مرکزی قاعده‌مند و منظم عمل کنند. همین مسئله از میزان ابهامات درباره آینده سیاست‌های پولی و متغیرهایی چون نرخ تورم و رشد اقتصادی می‌کاهد. پرواضح است که عموم مردم، پس از حصول اطمینان درباره نرخ بهره و تورم، در خصوص سرمایه‌گذاری در کارهای مولد اقتصادی انگیزه بیشتری پیدا می‌کنند. چنین اطمینانی این اجازه را به سیاست‌گذاران پولی و مالی می‌دهد تا متغیرهایی چون رشد اقتصادی و تورم را تحت کنترل خود درآورند و به اهداف مورد نظر خود نزدیک شوند.^۳

۱. بخش‌نامه شماره ۹۳/۱۲۰۲۹۳ به تاریخ ۱۳۹۳/۵/۲ بانک مرکزی.

۲. معاونت پژوهش‌های اقتصادی، دفتر مطالعات اقتصادی، تک‌موضوعی، ۲۲۰، ش مسلسل ۱۵۱۸۷، ۱۳۹۵، ص ۱۲.

۳. سجادی، سید امیر، «تهادهای تنظیمی و نقش آن‌ها در ایران از منظر حقوق اقتصادی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۹۲، صص ۸۴ و ۸۵.

نتیجه‌گیری

در این مقاله با بررسی ماهیت اعمال حقوق تنظیمی در صنعت بانکداری و انواع روش‌های تنظیم در این صنعت مشخص شد که دولت‌ها عمدتاً در صنعت بانکداری به طرق مختلف تنظیم‌گری می‌کنند. دامنه این تنظیم از مرحله ورود بانک‌های جدید به صنعت بانکداری، فعالیت و حتی خروج از آن تسری دارد. در ارزیابی حقوق تنظیمی بانکی دو رویکرد منفعت عمومی و منفعت خصوصی حاکم است. طرفداران نظریه منفعت عمومی با استناد به مضامینی همچون عدم تقارن اطلاعات، نقصان مالکیت و قراردادهای ... معتقد به اجتناب‌ناپذیری بروز شکست‌های بازاری در صنعت بانکداری و ضرورت حقوق تنظیمی در جبران شکست‌های بازاری هستند؛ ولی طرفداران نظریه منفعت خصوصی با طرح ایده مغالطه ایدئال‌گرایانه در توصیف عملکرد تنظیم‌گران از سوی طرفداران نظریه منفعت عمومی و تنظیم بانک‌ها که تنها گروه خاصی منتفع می‌شوند، با حقوق تنظیمی بانکی، بدون نهادی مستقل و ناظر و همچنین اطمینان یافتن از اینکه تدوین بسته‌های تنظیمی در صنعت بانکداری با تخصص کافی انجام شده است، مخالف‌اند. همچنین ابعاد نظام بانکی در ایران را بررسی و تحلیل کردیم که بر اساس آن، نظام بانکی کشور به علت بافت سنتی و ناهماهنگی با آخرین استانداردهای جهانی و همچنین عدم اتخاذ و اجرای سیاست‌های راهبردی، تاکنون با مشکلات عدیده‌ای مواجه بوده است؛ چراکه قانون عملیات بانکی بدون ربا در سال ۱۳۶۲ و با اهداف ربازدایی از سیستم بانکی و استقرار نظام پولی و اعتباری به تصویب رسید؛ لیکن امروز و پس از گذشت قریب به چهار دهه از تصویب قانون فوق، در عمل شاهد رعایت نشدن اصول بانکداری اسلامی و شائبه ربوی بودن نظام دریافت و پرداخت سود و نیز ادامه روند بانکداری سنتی (ربوی) علی‌رغم حاکمیت قانون مذکور بر نظام بانکی هستیم که خود حاکی از ناموفق بودن الگوی بانکداری اسلامی در کشور است.

از سوی دیگر تعارضات موجود میان برخی قوانین حاکم بر نظام بانکی همچون قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ و قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ که یکی مبتنی بر اصول اقتصادی لیبرال و دیگری متکی بر الگوی بانکداری اسلامی (غیر ربوی) است، نشانگر نبود انطباق کامل مفاد قوانین فوق با یکدیگر است که این امر منجر به بروز برخی معضلات برای نظام بانکی شده است؛ لذا با توجه به مطالب فوق، به نظر می‌رسد راه‌حل برون‌رفت از

مشکلات و نارسایی‌های جاری، بدو، استقلال بانک مرکزی در جایگاه نهاد مسئول تنظیم‌گری و نظارت و اجرای سیاست‌های پولی و اعتباری، و ایجاد چارچوبی منظم برای تنظیم‌گری دولت و سپس شفاف‌سازی و رفع ابهام از قوانین و مقررات پولی و بانکی، تقویت ساختار نظارتی، لزوم شفافیت و افشای اطلاعات مالی، ضمانت سپرده‌ها و در کل لزوم اعمال اصلاحات زیرساختی همگام با آخرین الگوهای موفق جهانی باشد.

به هر ترتیب، همان‌گونه که از نظر گذشت، مقاله حاضر، صرفاً به تحلیل بخشی از حقوق تنظیمی بانکی پرداخته است؛ حال آنکه گستردگی حوزه حقوق تنظیمی قطعاً نیازمند کاوش‌ها و بررسی‌های بیشتر است.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب‌ها:

۱. آون، هیوز، *مدیریت دولتی نوین*، (ترجمه الوانی، سید مهدی)، چاپ چهارم، مروارید، ۱۳۹۵.
۲. خسروی، حسن، *آسیب‌شناسی نحوه ارائه اعتبارات بانکی*، چاپ اول، مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، ۱۳۸۶.
۳. سلطانی، محمد، *حقوق بانکی*، میزان، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۵۶.

مقاله‌ها:

۴. آل عمران، رؤیا، و آل عمران، سید علی، *خصوصی‌سازی و سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی*، اقتصاد - ماهنامه بررسی مسائل و سیاست‌های اقتصادی، ش ۱۲، ۱۳۹۰.
۵. اظهاری، کمال، *نظریه انتظام: تعامل جزء و کل*، تحول همه‌جانبه اقتصاد سیاسی، سال اول، ش ۲، ۱۳۸۵.
۶. جهان‌بین، سید عبادا...، و محمدحسین زارعی، *نگرشی بر ضرورت‌های مقررات‌گذاری مطلوب در صنعت بیمه کشور (با نگاهی به استانداردهای IAIS)*، پژوهش‌نامه بیمه، ۱۳۹۳، ش ۴ (مسلسل ۱۱۶).
۷. حیدری، هادی، *آسیب‌شناسی طرح پیشنهادی مجلس برای تحول در نظام بانکی کشور*، تازه‌های اقتصاد، ۱۳۹۰، ش ۱۳۲.
۸. راسخ، محمد، و سید مجتبی حسینی کرابی، *مفهوم رگولاسیون در قلمرو حقوق*، دانش‌نامه حقوق اقتصادی (دانش و توسعه سابق)، ۱۳۹۴، ش ۸.
۹. زارعی، محمدحسین، و عرفان شمس، *درآمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات‌گذاری اقتصادی*، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۲، ش ۶۲.

۱۰. زارعی، محمدحسین، و محمد حسنوند، مرضیه سلمانی سبینی، **مفهوم حکمرانی تنظیمی**، جستارهای حقوق عمومی، ۱۳۹۶، ش ۱.
۱۱. علیزاده، لیلا، **تحولات اخیر در بانکداری مرکزی**، تازه‌های اقتصاد، ۱۳۸۹، ش ۱۲۹.
۱۲. غنی‌نژاد، موسی، **بررسی نظریه‌های مربوط به بانکداری بدون بهره**، مجموعه مقالات پانزدهمین همایش بانکداری اسلامی، مؤسسه عالی بانکداری، ۱۳۸۳.
۱۳. کرمی قهی، ولی‌ا...، **تحولات سیستم بانکی و عملکرد سیاست‌های پولی در اقتصاد ایران طی دو دهه اخیر**، تازه‌های اقتصاد، ۱۳۷۱، ش ۲۸.
۱۴. کمبجانی، اکبر، **دیدگاه‌های نظری و پیش‌نیازهای لازم برای نیل به استقلال بانک مرکزی با هدف مهار تورم و ثبات قیمت‌ها**، مجموعه مقالات پانزدهمین همایش بانکداری اسلامی، تجربه دو دهه بانکداری اسلامی و چالش‌های پیش رو (ابعاد نظری، ساختاری و اجرایی)، مؤسسه عالی بانکداری ایران، ۱۳۸۳.
۱۵. کنعانی، محمدطاهر، **آزادسازی و تسهیل بازرگانی خارجی بر اساس اصل ۴۴ قانون اساسی**، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، ش ۲، ۱۳۹۰.
۱۶. متوسلی، محمود، و رضا آقا بابایی، **آسیب‌شناسی نظام بانکی ایران از منظر نهادگرایی**، تحقیقات اقتصادی، ۱۳۸۵، ش ۷۲.
۱۷. محسنی، حسین، **چالش‌های نظام بانکی کشور**، بانک و اقتصاد، ش ۱۰۸، ۱۳۸۹.
۱۸. نیلی، مسعود، **مقایسه تطبیقی قانون عملیات بانکی بدون ربا با کارکردهای اقتصاد مدرن**، مجموعه مقالات پانزدهمین همایش بانکداری اسلامی.
۱۹. یآوری، اسد...، **درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی**، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۳، ش ۲.

پایان‌نامه‌ها:

۲۰. سجادی، سید امیر، «**نهادهای تنظیمی و نقش آن‌ها در ایران از منظر حقوق اقتصادی**»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۹۲.

(ب) منابع انگلیسی:

Books:

21. Barth, James. R and Gerard Caprio and Ross Levin, *Rethinking Bank Regulation*, Cambridge University Press, 2006.
22. Broszner, Randall and Philip Strahan, *obstacles to Optimal Policy: the Interplay of Politics and Economic spin Shaping Bank Supervision, and Regulation Reforms*, in Frederics Mishkin, ed, *Prudentied Supervision: What works and what Doesn't* (Chicago, university of Chicago Press), 2001.
23. Brown, Ashley C. and Jon Stern, Bernard Tenenbaum, Defne Gencer, *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*, The World Bank, Washington, D. C. 2006.
24. Claudio, Borio and William C. Hunter, George G. Kaufman, Kostas Tsatsaronis, *Market Discipline Across Countries and Industries*, The MIT Press, 2004.
25. Cole, David and Betty Slade, *Reform of Financial Systems*, 1991.
26. Edwards, Frankilin R, *Banks and Securities Activities: Legal and Economic Perspective on the Glass –Steagall Act*, in L. Goldberg and L.J. White, eds, *the Deregulation of Banking Securities Activities*, 1979.
27. Freixas Xavier, and Jean Charles Rochet, *Microeconomics of Banking*, 2ndEd. The MIT Press, 2008.
28. Hellmann, Thomas, use - vin Murdoch and J. Seph Stiglitz, *Liberalization, Moral Hazard in Banking and Prudential, Regulation: Are Capital Requirements Enough?* *American Economic Review*, 90 (1), 2000.
29. Jordana, J., and David Levi - Faur. *The Politics of Regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance*, Cheltenham, UK. Northampton, MA, USA: Edwar Elgar, 2004.
30. Kaufman, George G. Helping, *To Prevent Banking Crises: Taking the State out of State Banks, Review of Pacific Basin Financial Market and Policies*, 1999.
31. Kornai, Janos, *Resource Constrained vs. Demand – Constrained System*, *Econometrica*, 1979.
32. Menard Claude, and Mary Shirley, *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, 2005.

33. Mishan, E. J., *Welfare Economics: An Assessment*. North – Holand Publishing Company, 1969.
34. *OECD Glossary of Statistical Terms*, 2008.
35. Singh, D., *Banking Regulation of UK and US Financial Markets*, Ashgate, 2007.
36. Sheny, Andrew, *Bank Supervision Principles and Practice*. Economic Development Institute (EDI) of the World Bank, Washington D.C, 1990.
37. Shleifer, Andrei, and R. Vishny, *Corruption*, *Quarterly Journal of Economic*, 108, 1993.
38. Sheng Andrew, *Bank Supervision Principles and Practice*, Economic Development Institute (EDI) of the World Bank, Washington, D. C, 1990.
39. Stigler. G. J., "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science* Vol. 2, No. 1, 1971.
40. Wild, S. E, *Webster's New World Law Dictionary*, Hoboken, New Jersey: Wiley Publishing, inc, 2006.

Articles:

41. Abate, F. R. "Oxford American Dictionary of Current English", New York: *Oxford University Press*, 1999
42. Barth, James & Caprio, Carard & Levin, Ross, 2006, "Reconsidering Banks Regulation", *Cambridge University Press*, First Published.
43. Berger, Allen, Richard J. Herring and Gigio P. Szeyo, "The Role of Capital in Financial Institutions", *Journal of Banking and Finance*, 1995.
44. Bhattacharya, Sudipto and Anjan V. Thakor, "Contemporary Banking Theory", *Journal of Financial Intermediation* 3, 1993.
45. Bhattacharya, Sudipo, Arnoud W.A. Boot and Anjan, v. Thakor, "The Economic of Bank Regulation", *Jurnal of Money Credit and Banking*, 30 (4), 1998.
46. Diver, C. S, "The Optimal Precision of Administrative Rules", *The Yale Law Journal*, Vol. 93, No. 1, 1983.
47. Freixas, X & Rochet, J. C., 2008, "Microeconomic of Banking", *The MIT Press*
48. Garner, B. A., "Black's Law Dictionary", ed. United States of America: *West Publishing Co.*, 2009.
49. Hellmann, Thomas F., and Kevin C. Murdock, Joseph E. Stiglitz, "Liberalization, Moral Hazard in Banking, and Prudential Regulation:

Are Capital Requirements Enough?", *The American Economic Review*, Vol. 90, No. 1, 2000.

50. Kaufman, G. "Helping to Prevent Banking Crises: Taking the State Out of State Banks", *Review of Pacific Basin Financial Markets and Policies*, Vol. 2, No. 1.
51. Kohn, M., "Early Deposit Banking", Working Paper 99-03, 1999, *Department of Economics Dartmouth College*.
52. Koehn, M., and A.M., Santomero, "Regulation of Bank Capital and Portfolio Risk", *Journal of Finance*, 1980.
53. Leaven, Luc, "The Political Economy of Deposit Insurance", *Journal of Financial Services Research*, 26, 2004.
54. North D. C., and John J. Wallis, "Integrating Institutional Change and Technical Change in Economic History", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 150, No. 4.
55. Oran, D., Oran's Dictionary of the Law, 3rd, ed, United States: *West Legal Studies*, 2000
56. Peltzman, S., "Toward a More General Theory of Regulation ", *The Journal of Law and Economics*, Vol. 19, No. 2, 1976.
57. Posner, R. A., "Theories of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science* Vol. 5, No. 2, 1974.

URL:

58. Koha, Meir, **Early Deposit Banking, draft Chapter of Finance, Business and Government Before the Industrial Revolution**, Darmouth college, @ <http://www.dartmouth.edu/mkohn/1999>.

مطالعه‌ای در برداشت‌های گوناگون خبرگان قانون اساسی ۱۳۵۸ از مفهوم تفکیک قوا

(مقاله علمی-پژوهشی)

علی دارایی*
صدیقه قارلقی**
علی مشهدی***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۱۹

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۱۴

چکیده

تنظیم حقوقی قدرت سیاسی، شاخصه‌ی شکلی حقوق اساسی قلمداد می‌شود. اصل تفکیک قوا یکی از اصول بنیادینی است که می‌تواند قدرت سیاسی را تنظیم کند. از این منظر، مهم است که خبرگان قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ چه نگرش‌ها و قرائت‌هایی از مفهوم تفکیک قوا داشته‌اند. شناخت آرای خبرگان قانون اساسی درباره‌ی اصل تفکیک قوا در مجلس خبرگان قانون اساسی پیوند وثیقی با گنجاندن و وضع این اصل در قانون اساسی دارد. بر این اساس، در نگاشته‌ی پیش رو نویسندگان کوشیده‌اند در سایه‌ی بررسی نظری مبانی اصل تفکیک قوا در غرب و نظام‌های حقوقی اسلامی، دیدگاه‌ها و برداشت‌های خبرگان قانون اساسی را در مجلس خبرگان قانون اساسی با آن نسبت‌سنجی کنند تا بدین‌سان، درک وسیع و ژرفی از مفهوم تفکیک قوا در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی و اصول تصویبی مرتبط به دست آورند. این پژوهش با روشی توصیفی-تحلیلی نتیجه گرفته است که در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی یازده برداشت گوناگون از مفهوم تفکیک قوا وجود داشته است. بر پایه‌ی این یازده برداشت گوناگون، به‌استثنای دو برداشت، خبرگان قانون اساسی نگرش نوینی به محتوای مفهوم تفکیک قوا نداشتند و از همین رو، اصول ساختاری تفکیک قوا به‌طور نسبی و متفاوت در قانون اساسی جلوه‌گر شد. به تعبیری، مبانی و فواید تفکیک قوا از سوی خبرگان قانون اساسی به‌طور کلی مردود نشد، اما به‌صورت تمام و کمال نیز در قانون اساسی تجلی نیافت. در فرجام پژوهش، پیشنهادی به نهاد بازنگری قانون اساسی ایران جهت تکمیل و اصلاح اصول مذکور در راستای اهداف غایی مفهوم تفکیک قوا ارائه شده است.

کلید واژگان:

مفهوم تفکیک قوا، استقلال قوا، خبرگان قانون اساسی، مشروح مذاکرات قانون اساسی.

* کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه تبریز (نویسنده مسئول)

ali66.daraee93@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه قم.

gharloghi.sedighe@gmail.com

*** دانشیار و عضو هیئت علمی حقوق عمومی دانشگاه قم

droitenviro@gmail.com

مقدمه

تنظیم قدرت سیاسی و نحوه توزیع قدرت بین نهادهای سیاسی و نیز اختصاص یافتن صلاحیت بدان‌ها یک کفه ترازوی حقوق اساسی محسوب می‌شود. بر این پایه، گزاف نیست اگر ادعا شود مباحث و مسائل اصل تفکیک قوا و قوای سه‌گانه در زمره اساسی‌ترین محتوای این دانش به شمار می‌آید. این موضوع قادر است تا افسار اقتدار نامحدود نیروهای مستبد را محدود کند و از این طریق مسیری را فراروی حقوق و آزادی شهروندان بگشاید.^۱ به همین سبب، میشل تروپه معتقد است که اصل تفکیک قوا پایه‌ای‌ترین اصل در نظام‌های حقوق اساسی معاصر به شمار می‌رود.^۲

از منظر تاریخی، مواضع حکومت‌های مطلقه سبب‌ساز توسعه اقتدار و تحدید حداکثری آزادی‌های مردم شد. نتیجتاً باور به ضرورت کنترل قدرت سیاسی موجب شد تا اصل تفکیک قوا از سوی اندیشمندان سیاسی و حقوقی به شکل امروزی در غرب مطرح شود.^۳ رأی این فیلسوفان گام‌به‌گام در قرون متوالی بیان شد و با نقد آرای آنان به‌وسیله فیلسوفان بعدی، به‌طور تدریجی با تضارب آرا، اصل ساختاری تفکیک قوا و اصول بنیادین قوای سه‌گانه اصلاح و تکمیل شد و امروزه برداشت‌های جدید باور به قوای پنج‌گانه نیز دارند.

برای نخستین بار در ایران با آغاز ایران مدرن و نوسازی‌های حقوقی، روشن‌فکران و نواندیشان دینی و عرفی عصر مشروطه با طرح مفاهیم مرتبط با قانون اساسی به‌ویژه تفکیک قوا و روابط آن‌ها در قلمرو اندیشگی جامعه، ذهنیت کلیت مشروطه‌خواهان و حاکمان (خصوصاً مظفرالدین شاه تفکیک قوا را پذیرفته بود) را با این مفهوم آشنا ساختند و پس از آن، با وضع و تصویب متمم قانون اساسی مشروطه، اصل تفکیک قوا در این قانون پذیرفته شد. در اصل ۲۷ و ۲۸ قانون مزبور، قوای کشور به سه شعبه مقننه و قضائیه و اجرائیه با تشریح صلاحیت آن‌ها تجزیه شده بود و این قوای ثلاثه، ممتاز و منفصل از همدیگر بودند.

۱. علوی، پرویز و نادعلی، صادقان، *ریشه‌های فکری اصل تفکیک قوا، اهمیت و دسته‌بندی نظام‌های*

سیاسی بر پایه تفکیک قوا، حقوق، تابستان ۱۳۸۹، شماره ۲، ص ۲۷۱.

2. M. Troper, (2008). *Séparation des pouvoirs. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, pp 552-553.

3. J. Waldron, (2013). *Separation of powers in thought and practice*. BCL Rev, 54.p 434.

با امان نظر به اینکه مقولات نظری تفکیک قوا از مسلم‌ترین و بااهمیت‌ترین قواعد و مسائل هنگام تدوین و تصویب قانون اساسی به شمار می‌رود که در حقیقت تفکیک قوا روشی برای نیل به ارزش‌های حقوق اساسی است، پیگیری و تحقیق درباره این مقولات در مشروح مذاکرات منتهی به تصویب قانون اساسی ۱۳۵۸ در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی آن روزگار باید از ضروری‌ترین پژوهش‌ها در حقوق اساسی معاصر ایران قلمداد شود؛ چنان‌که دغدغه این پژوهش همین ضرورت است. بر این اساس، بی‌تردید این موضوع مهم است که قانون‌گذاران اساسی در مقطع ۱۳۵۸ که موفق به غلبه حقوقی بر قانون اساسی مشروطه شدند، چه دیدگاه‌هایی به اصل تفکیک قوا داشتند. همچنین، آنچه ضرورت مسئله این مقاله را دوچندان می‌کند، نگرش‌های متفاوتی است که درباره تفکیک قوا میان خبرگان قانون اساسی به چشم می‌خورد که در ادامه فرایند پژوهش به آن‌ها پرداخته می‌شود و مورد تحلیل و ارزیابی قرار می‌گیرند.^۱ نتیجتاً همین موضوع منجر به بروز برداشت‌های گوناگون بین حقوق‌پژوهان و نیز مقامات سیاسی کشور شده است. بر این اساس، روشن می‌شود منشأ اصلی اختلاف‌نظرهایی که امروزه درباره اصل تفکیک و استقلال قوا وجود دارد، به سبب وجود دیدگاه‌های مختلف خبرگان قانون اساسی بوده که به بروز اشکالات و اختلال در کارکرد صحیح و کارآمدی قوا منتهی شده است.

متأسفانه به تبع پژوهش‌های اندک درباره مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی ۱۳۵۸، تحقیقات در حوزه تفکیک قوا در این مجلس نادر است. در این خصوص، حامد نیکونهاد در پژوهش خود درباره قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران^۲ و علی بهادری جهرمی نیز درباره استقلال قوا در حقوق اساسی ایران^۳ نقبی به اندیشه خبرگان قانون اساسی ۱۳۵۸ زده‌اند. نویسندگان با روشی توصیفی-تحلیلی، پس از تشریح مبانی نظری تفکیک قوا به بررسی آن در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ۱۳۵۸ در قالب موافقان و منتقدان اصل مذکور پرداخته‌اند.

۱. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به صفحات ۵۳۷ تا ۵۴۴ صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی.
 ۲. نیکونهاد، حامد، **جایگاه و صلاحیت قوه مجریه در نظام حقوق اساسی ایران در پرتو اندیشه قانون‌گذار اساسی**، منتشرشده در: *مجموعه مقالات/اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱، صص ۱۴-۱۳.
 ۳. بهادری جهرمی، علی، **مفهوم و جایگاه استقلال قوا در حقوق اساسی ج.ا.ا.**، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۰، شماره ۳۳، ص ۹۵.

۱. تبیین مبانی تفکیک قوا در حقوق اساسی غرب با نگاهی به جنبه نظری آن در نظام‌های حقوقی اسلامی

پیش از آنکه دیدگاه‌های خبرگان قانون اساسی را ارزیابی کنیم، لازم بود برای درک بهتر مفهوم اصل بنیادین تفکیک قوا و نیز آشنایی پیشین با نظریه‌های محققان و فقها در خصوص تفکیک قوا در ایران و فقه و نیز چگونگی مواجهه نویسندگان قانون اساسی با اصل تفکیک قوا که اغلب رویکردی فقه‌محورانه و متمرکزانه به تفکیک قوا داشته‌اند، مختصری از این مهم از سر گذرانده شود. در حقیقت، با مطالعه این قسمت، بهتر می‌توان رویکرد خبرگان قانون اساسی را به مقوله تفکیک قوا و نوع نگرش آنان در سایه مفهوم حقیقی آن در غرب سنجید. مبتکر نوین تفکیک قوا و مسائل قوای سه‌گانه، «منتسکیو» بود. در این خصوص، عده‌ای از فیلسوفان حقوق با نگرشی کلان، سهم امور بنیادین دیگر را صرف‌نظر از نظام تفکیک قوا و چگونگی نهادینه شدن قوای سه‌گانه و نوع روابط آن‌ها در تعیین نوع نظام‌های سیاسی مرجع و مهم قلمداد کردند. «روسو»، نقش و تأثیر اراده عمومی را در پیدایش انواع حکومت‌ها بیش از هر چیز دیگری می‌دانست.^۱ «لاک» جایگاهی عالی برای قوه قانون‌گذاری در قیاس با سایر قوا در نظر داشت.^۲ میل در تعیین حکومت، منزلت ویژه‌ای به انتخاب مردم قائل بود؛ به گونه‌ای که از نظر او این روش والاترین نظام‌های سیاسی را می‌سازد.^۳

برخلاف دیدگاه‌های غربی به تفکیک قوای سه‌گانه، برداشت‌های نظریه‌پردازان حکومت‌های اسلامی به قوای حکومتی متفاوت است. در فرهنگ اسلامی (تسنن و تشیع) عمدتاً به علت ولایت عام حاکم قوا از یکدیگر تفکیک‌ناپذیرند و زیر سیطره حاکمان قرار دارند؛ گرچه دیدگاه‌های نوین متفکران مسلمان قوای سه‌گانه و تفکیک آن را به‌طور نسبی به رسمیت شناخته‌اند.^۴ برخی محققان معتقدند که در روزگار باستان نوعی از تفکیک قوای سه‌گانه در اشکال مختلف به‌ویژه در حکومت‌های هخامنشیان و اشکانیان وجود داشته است.^۵ در ایران معاصر،

۱. روسو، ژان ژاک، *قرارداد اجتماعی*، غلامحسین زیرک‌زاده، تهران: قاصدک صبا، ۱۳۹۱، صص ۱۲۹-۱۲۸.

۲. لاک، جان، *دو رساله حکومت*، فرشاد شریعت، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۴، ص ۲۷۴.

۳. میل، جان استوارت، *حکومت انتخابی*، علی رامین، تهران: نی، ۱۳۹۴، ص ۲۷۴.

۴. فیرچی، داوود، *نظام سیاسی و دولت در اسلام*، تهران: سمت، ۱۳۹۱، صص ۶۴-۵۵.

۵. جاوید، محمدجواد، فریما، جمالی، *فرهنگ سیاسی ایران و درآمدی بر وضع حقوق عمومی؛ مطالعه موردی مسئله تفکیک قوا در ایران باستان*، تحقیقات فرهنگی، تابستان ۱۳۹۰، شماره ۱۴، صص ۱۸۱-۱۸۰.

مشروطه‌خواهان عمدتاً غیرفقیه و بعضاً فقیه، اصل تفکیک قوا را طرح کردند و آن را پی گرفتند و در قانون اساسی مشروطیت نیز گنجانده^۱ در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز هرچند که به‌طور نسبی رسمیت قوای سه‌گانه و استقلال قوا مشاهده می‌شود، اما همان‌طور که خواهیم دید، قرائت‌های گوناگونی از آن‌ها در مجلس خبرگان وجود داشته است.

از سوی دیگر، از منظر مفهومی، لازمه محدودسازی قدرت سیاسی، اعمال تفکیک قوا و صلاحیتی شدن قوا از طریق تعیین چارچوب برای هر قوه است تا این مهم را برآورده سازد. از این رو، می‌توان وجود قوه‌ای را که به‌منظور اجرای قوانین و تصمیمات اداری محقق شود، پیش‌بینی کرد. قوه اجرایی اصولاً صالح به امور اجرایی و اداری است و بدین منظور باید از کلیه قوا و نهادها استقلال داشته باشد تا بتواند صلاحیت‌های خویش را اجرا کند. با این حال، امروزه اجماعی میان عالمان حقوق مبنی بر مقررات‌گذاری قوه مجریه در امور اجرایی و جزئی اداری وجود دارد و نظریه انعطاف‌ناپذیر تفکیک مطلق قوا به علت عدم امکان اجرای کامل آن در عالم عمل و واقعیات پذیرفته نشده است.^۲

۲. تبیین و تحلیل دیدگاه‌های گوناگون خبرگان قانون اساسی درباره اصل تفکیک قوا

گرچه اصل تفکیک قوا را نویسندگان در پیش‌نویس قانون اساسی پیش‌بینی کردند و خبرگان با این اصل موافق بودند، لیکن، تعداد چشمگیری از نمایندگان قوه مؤسس این اصل محدودکننده، قدرت را نپذیرفتند یا با پیشنهادها و قیود دیگر تلفیق و تحدید کردند. اضافه بر این‌ها، اصلی که تا حدی حامل اندیشه تفکیک قوا تصویب شد، به‌طور جامع‌ومانع و صریح این اصل را بیان نمی‌کند.^۳ این خود نشانگر نبود تجلی برداشت نوین و تمام‌عیار از اصل تفکیک قوا و

۱. مرادخانی، فردین، **پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران**، مجله حقوقی دادگستری، زمستان ۱۳۹۴، شماره ۹۲، ص ۱۹۶.

2. E. Carolan, (2009). The new separation of powers: a theory for the modern state. Oxford University Press on Demand., P. L. Strauss, (1984). The place of agencies in government: Separation of powers and the fourth branch. Columbia Law Review, 84(3), p 573.

۳. اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت امر و امامت امت، بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند و ارتباط میان آن‌ها به وسیله رئیس‌جمهور برقرار می‌شود.

نبود اتفاق نظر بر سر اصل تفکیک قوا در نگرش نمایندگان قوه مؤسس بوده است، زیرا از یک طرف، مفهوم کلی استقلال و تفکیک قوا پذیرفته شده، اما از طرف دیگر، با نظارت ولی فقیه محدود و ناقص و تلفیق شده است. در ادامه به بررسی و ارزیابی برداشت‌های گوناگون (یازده برداشت) از مفهوم تفکیک قوا همت گمارده می‌شود. همان‌طور که خواهیم دید، برداشت‌های سازگار با اصل تفکیک و استقلال قوای سه‌گانه (به‌استثنای استقلال قوه قضائیه و تأثیرگذاری قوا بر یکدیگر) بیش از برداشت‌های موافق و سازگار با این اصل بنیادین نمایان شدند.

ناگفته نماند که بعضی از برداشت‌های خبرگان قانون اساسی ریشه در سنت‌های سابق تاریخی داشتند که در قانون اساسی مشروطه و نیز دیدگاه‌های اندیشمندان و فقهای عصر مشروطه و نیز فقهای مدافع حاکمیت فقاقت جلوه‌گر شدند. در ادامه، برداشت‌های مختلف خبرگان قانون اساسی سنخ‌شناسی و تشریح می‌شود و تطابق بعضی برداشت‌ها با اندیشه‌ها و سنت‌های دوره مشروطه بدین‌سو بررسی می‌شوند.

۲.۱. برداشت طولی مخالف با تفکیک قوا

قرائت فوق، با نگرشی طولی از بالا به تفکیک قوا و قوای سه‌گانه با مفهوم تفکیک قوا مخالفت می‌کند. ضیایی، اصل تفکیک قوا را بی‌معنی می‌داند، چون حاکمیت در اسلام از آن خداست و قوای تقنینی، قضایی و اجرایی در طول همدیگرند و نه در عرض هم. از این رو، استقلال قوا خطرناک است و شاید مقامات قوا از وظیفه خویش عدول کنند که در این صورت، باید محکوم و دادگاهی شوند. به گمان وی، قوه مجریه باید هماهنگ با قوه قضائیه مواردی را اجرا کند. در ادامه نگاه طولی، او معتقد است که بالاتر از قدرت رئیس‌جمهور قدرت فقیه اعلم است و اوست که باید ناظر بر دولت‌ها باشد. اگر این دیدگاه را با تفکیک قوا تطبیق دهیم، درمی‌یابیم که با مبانی تفکیک قوا -پیشگیری از تجمع و استبداد مقامات بر دیگر نهادها- سازگار است. ضیایی می‌گوید: «قوه مقننه یا قوه مجریه یا قوه قضائیه یا قوای دیگری ... در اسلام همان قوانین اسلام است ... وقتی قوه مقننه به‌عنوان تطبیق باشد، قهراً از همان ناحیه هم به قوه قضائیه ارجاع می‌شود و قوه مجریه مأمور است در چارچوب قوه قضائیه مواردی را اجرا کند. خودش نیست تا این توهم برای ما پیش آید که اگر قوه مجریه مستقل باشد، خطرناک دارد. قوه مجریه‌ای که از مورد وظیفه خود خارج شد، باید محاکمه شود؛ بنابراین، تفکیک قوا و

استقلال قوا معنی ندارد ... قدرت مافوق رئیس‌جمهور فقیه اعلم است و او باید ناظر بر امور دولت‌ها باشد.^۱

باور به طولی بودن مناسبات میان قوا و اولویت داشتن حاکمیت خدا و در رأس بودن فقیه اعلم، ریشه در باور برخی فقهای شریعت‌گرا با محوریت ولی‌فقیه دارد. در این دیدگاه، برخی از فقهای معاصر معتقدند که تشکیل حکومت باید بر پایه دین اسلام و مذهب تشیع باشد که در رأس آن ولی‌فقیه قرار دارد و بر سه قوه نظارت می‌کند. در این نگرش، قوا قدرت مستقلی از خود ندارند و زیر نظر ولی‌فقیه عمل می‌کنند و در چارچوب نهاد رهبری متمرکز شده‌اند.^۲

۲.۲. برداشت شورایی با مدیریت رهبری

این برداشت، نگرشی جمعی با اداره‌ای شورایی به تفکیک قوا دارد که بر اساس آن، همه شوراهای با اداره رهبری مدیریت می‌شوند. نماینده‌ای همانند رشیدیان بر این باور بود که همه قوا و نهادها در کشور باید به صورت شورایی تشکیل و مدیریت شوند، اما وی همه شوراهای را زیر نظر شورای رهبری می‌دانست که به طور یکپارچه با نظارت شورای رهبری اداره شوند تا شوراهای پراکنده نباشند. شیوه اداره قوا مطابق پیشنهاد رشیدیان می‌تواند دموکراتیک قلمداد شود، اما نتیجه نظرات ایشان ناخواسته با اصل تفکیک قوا همخوانی ندارد. رشیدیان در خصوص اصل پیشنهادی شورا چنین گفت: «پیشنهاد می‌کنم این شوراهای در یک فصل، در یک جا بیایند و مقدم بر همه، شورای رهبری باشد که قانون انتخابات، مجلس شورای ملی، شورای ده، روستا، شهر و شهرستان، همه آنها زیر نظر به اصطلاح شورای رهبری که تمام ارگان مملکت به او متکی خواهد بود، در بیاید و به این صورت، ما دیگر بحث‌های پراکنده نخواهیم داشت و همه بحث‌ها یکجا می‌آید و مسئله روشن خواهد شد ...».^۳

قرائت شورایی از یک سو ریشه در اندیشه مارکسیستی دارد که باورمند به شورایی اداره کردن امور کشور است و در دو دوره نظام پهلوی‌ها به تدریج رشد کرده بود. البته در همان دوره، نظام

۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد

اول، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۵۸.

۲. خمینی، سید روح‌الله، ولایت فقیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۴.

۳. همان، صص ۳۳۳-۳۳۴.

مارکسیستی شوروی نیز به صورت شورایی اداره می‌شد. از سوی دیگر، این قرائت ریشه در باور برخی فقهای شیعه نظیر مکتب شیخ انصاری دارد که معتقد به شورایی بودن مبنای حاکمیت جامعه اسلامی یا رهبری فقیه در نظام سیاسی هستند؛ لکن نهاد رهبری را فردمحور نمی‌دانند و همچنین در این دیدگاه حاکم باید با تبعیت از شورا حکومت کند.^۱

۲.۳. برداشت طولی ابزاری

برداشت طولی ابزاری، نگاهی از بالا به قوا دارد، اما قوا را ابزار کار می‌داند. بنی‌صدر که از معدود نمایندگانی بود که با مفاهیم حقوقی آشنایی داشت، به دلایلی که خود مدنظر داشت با تفکیک قوا مخالفت کرد. از نظر ایشان، تنها قوه، قوه خداوند است و اوست که از طریق پیامبر پیامش را به بشر منتقل می‌کند؛ همچنین، به زعم وی، اگر قوا از همدیگر منفک شود، ممکن است علیه ملت شوند و دمار از روزگارش درآورند. نگرانی وی درخور تأمل است، اما همان‌طور که گفته شد، کارکردهای اصل تفکیک قوا بسیار سودمند است و در راستای قواعد بنیادین حقوق اساسی گام برمی‌دارد و می‌تواند محدودیت‌ساز قدرت باشد. به نظر می‌رسد سخنان بنی‌صدر و امثال او نمایانگر این است که اکثر نمایندگان برداشت حقوقی و نوینی از اصل تفکیک قوا نداشتند. وی بر این عقیده است که «هیچ قوه‌ای در جهان با استقلال نمی‌تواند عمل کند. اگر معنی قوه‌ای را که در اینجا فهمیدیم تشکیلات و سازمان دادن برای انجام یک برنامه و هدفی باشد، حتی قوه پیامبران هم مستقل نیست و متکی به خداست ... و حالا این حق حاکمیت (حاکمیت ملی) را می‌خواهید اعمال کند. این محتاج قوایی است. تعداد این قوا را هرچه می‌خواهید شما بشمارید، اما این‌ها مقابل ملت و مستقل از ملت نیستند، بلکه ابزار کار ملت هستند.»^۲

۲.۴. پیامد سه برداشت نخست

بر اساس این برداشت‌ها، شاید خبرگان قانون اساسی برداشتی نسبی از استقلال و تفکیک قوا داشتند، اما قرائتی مطابق با ماهیت این اصل و مفهوم مدرن آن در سر نداشتند. این استنباط و داوری، به روشنی از طرح ابتدایی اصل مربوطه مبنی بر وجود پنج قوه در کشور، تمرکز نکردن بر

۱. فیرحی، داوود، **شیعه و دموکراسی مشورتی در ایران**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بهار ۱۳۸۴، شماره ۶۴، ص ۱۴۷.

۲. همان، ص ۵۳۷.

مباحث تخصصی اصل تفکیک قوا، مطرح نکردن فلسفه اصل مذکور دال بر جلوگیری از استبداد و حمایت از حقوق و آزادی‌های مردم از سوی اکثر سخنرانان و مهم‌تر از همه، مسئولیت برقراری ارتباط میان قوا به دست رئیس‌جمهور هویداست.^۱

۲.۵. برداشت انکار و بی‌نیازی از رئیس‌جمهور

در مجلس خبرگان بر سر ریاست قوه اجرایی، موافقان و مخالفانی داشت. با وجود اینکه اصول مربوط به قوه مجریه و قواعد آن اغلب وضع و تصویب شد، مخالفان چشمگیری داشت که ریاست جمهوری اختصاصی این قوه را انکار می‌کردند و معتقد به عدم نیاز به چنین مقامی بودند. به نظر تعدادی از این نمایندگان، با وجود رهبری که خود رئیس قوه اجرایی است، لزومی به وجود ریاست جمهوری جدا از آن نیست. در واقع، می‌توان گفت که این نمایندگان، مخالف دو رکنی کردن قوه مجریه بودند؛ گرچه در نهایت قوه مجریه دو رکنی به شکلی نسبی (اختصاص بعضی صلاحیت‌ها به رهبر و بعضی دیگر به رئیس‌جمهور) در متن قانون اساسی جلوه‌گر شد. مهم‌ترین دیدگاه‌های مغایر با قوه مجریه، به‌خصوص ریاست آن را موسوی تبریزی بیان کرد. به عقیده او: «رئیس قوه مجریه نباید شخصی جدا از امام خمینی باشد، چون هیچ فردی مطابق با معیارهای تعیین‌شده پیدا نمی‌شود که بر این جایگاه تکیه زند. در غیر این صورت، باید ریاست جمهوری، به‌صورت شورایی مدیریت شود؛ بنابراین، رهبری فعلی، ریاست قوه مجریه را نیز بر عهده دارد.» همچنین به نظر ایشان، اختیاراتی که به رئیس‌جمهور تفویض شده، با مبانی و موازین دینی منطبق نیست.^۲ روشن است که مطابق برداشت موسوی تبریزی ریاست قوه مجریه جایگاهی جداگانه و مستقل از سایر مراجع و قوا نیست و این قوه باید به ریاست رهبری کنونی اداره شود. سخنی که نه‌تنها به‌طور کامل عملی نشد، بلکه به‌وضوح استقلال رئیس قوه مجریه و فلسفه تشکیل وجودی آن مقام را تخریش می‌کرد. امری که اساساً ممکن نبود؛ زیرا یک مقام باید مسئولیت دو نهاد مهم را بر عهده بگیرد. برداشت‌های وی از تجلی جایگاه رهبر در مقام ریاست جمهوری و سایر نهادها به شکلی اظهار شد که گویی ایشان صلاحیت انحلال کل قوا را

۱. بهادری جهرمی، علی، پیشین، صص ۹۴-۹۵.

۲. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پیشین، ص ۸۵.

دارند، اما اعطای صلاحیت به رئیس‌جمهور خطرناک است؛ هرچند که برداشت وی در نهایت پذیرفته نشد. ایشان چنین اظهار داشت: «اگر امروز بخواهد رئیس‌جمهور باشد که حق مطلب هم همین است ... در مورد ایشان احتیاجی نبود که ما اینجا جمع بشویم، چون هرچه ایشان به‌عنوان قانون اساسی یا قانون بگویند، ۹۵ درصد ملت ایران آن را قبول دارند و تمام اختیارات مانند انحلال مجلس، عزل نخست‌وزیر و قوای ثلاثه مملکت در دست ایشان باشد. چون هیچ ایرادی ندارد ... اگر بخواهید رئیس‌جمهور از همین افراد عادی مملکت با آن شرایطی که هست باشد ... آن‌وقت این اختیارات را به دست رئیس‌جمهوری دادن با این کیفیت این سر از همان طاغوتی درمی‌آورد بعد از مرور چند زمانی.»^۱

مخالفت‌های خبرگان قانون اساسی با جایگاه ریاست جمهوری در صور گوناگونی نمود می‌یافت. نماینده‌ای چون موسوی جزایری از عدم نیاز به ریاست جمهوری می‌گفت. به گفته وی: «رئیس‌جمهور در صورت پذیرش، شخصیت دوم کشور خواهد بود که زیر نظر شورای رهبری فعالیت خواهد کرد.»^۲ فاتحی قائل به تلفیق رهبری و ریاست جمهوری بود که به‌صورت شورایی عمل کند و نه با اقتدار قانونی و استقلال خویش. از منظر وی، رهبری همان ریاست جمهوری است که هم جنبه مردمی دارد (چون از سوی مردم انتخاب شده است) و هم جنبه دینی و فقهی (زیرا مطابق روایات پس از امام زمان (عج) منصوب می‌شود). چنین مقامی به گمان وی بنیاد اتحاد نمایندگان قوه مؤسس و ملت را می‌سازد. با وجود این، در دوره‌های بعد همین که ریاست جمهوری به تأیید فقها و به شیوه شورایی ترتیب یافت، تثبیت می‌شود. به نظر او: «برادران من تذکر دادند برای تعیین رئیس‌جمهور از دو طریق یا دو کانال می‌توان وارد شد. یکی از نظر شورا که از نظر اسلام می‌فرماید ... در تعیین رئیس‌جمهور مشورت کنید که از طریق برگزاری انتخابات عمومی تعیین می‌شود و این اشکالی ظاهراً نداشته باشد ... و راه دیگر از لحاظ ولایت فقیه است که از طرف حضرت بقیه‌الله الاعظم امام زمان (عج) در زمان غیبت افرادی که واجد شرایط اجتهاد شدند، یعنی مجتهدین جامع‌الشرایط اختیار دارند، نظام اجتماعی و حکومت اسلامی را رهبری و ارشاد کنند و قوای اجرایی را به دست گرفته، برنامه موقتی اسلامی را در جامعه تحقق بخشند ... پس به عقیده ما رهبر و رئیس‌جمهور تام‌الاختیار ما، امام است. و امامت امام، اساس

۱. همان، ص ۸۶-۸۵.

۲. همان، ص ۸۰.

وحدت ما را شکل می‌بخشد. اما در دوره‌های بعد از طریق شورا و انتخابات با تأیید فقها هر زمان می‌توان حکومت رئیس‌جمهور را تثبیت کرد و بر ما است که این رسالت تاریخی خود را فراموش نکنیم ...»^۱

۲.۶. برداشت یکسان‌انگاری رئیس‌جمهور و رهبر (فقاها) در قوه مجریه

برداشت یکسان‌انگار که تکمله‌ای بر برداشت پیشین است، اما از نظر مواضع خبرگان و محتوای برداشت‌ها با یکدیگر تفاوت دارد، جایگاه رهبری یا فقاها و ریاست جمهوری را یکی می‌انگارد که این خود به اختلاط نهاد اجرایی و نهاد رهبری در گفتار تعداد زیادی از قانون‌گذاران اساسی ظهور یافت. نمونه‌هایی که آورده می‌شود، نشانگر یکسان‌انگاشتن ریاست جمهوری با رهبری و خلط مفهوم و کارکرد جداگانه و استقلال آن‌ها است. عضو دیگری از مجلس خبرگان، به ریاست قوه مجریه به دست رهبری باورمند بود. به عقیده ایشان، تنها والی است که بر کرسی حکومت می‌نشیند، ریاست قوه مجریه را بر عهده دارد و مردم نیز به فرمان او ملزم و مطیع می‌شوند. به باور ربانی املشی در عین حال که «همه، اصل تفکیک قوا را چیز مطلوبی نمی‌دانند، مقام ولایت در اسلام قوه مجریه است ... یعنی والی و حاکم است که بر کرسی ولایت می‌نشیند و فرمان می‌دهد نسبت به مقررات موسمی و موقت و بر همه مردم مسلمان اطاعت او واجب می‌شود.»^۲ حتی کرمانی که با حسن‌نیت به ریاست جمهوری و اقتدار قانونی آن می‌اندیشید، راهکارهایی پیشنهاد داد که می‌تواند در عمل به اختلاط جایگاه‌ها و مقام‌ها منجر شود. به عقیده ایشان، مناسب‌ترین راه‌حل برای انتخابی بودن رئیس‌جمهور و احتمالاً تحدید قدرت او این است که «شرط رئیس‌جمهور شدن را فقاها قرار بدهیم ... رئیس‌جمهوری هم با اختیاراتی که بعدش می‌رسد، آنجا می‌نویسیم این رئیس‌جمهور باید مورد تصویب و تأیید مراجع مسلم قرار بگیرند.»^۳ با این حال، شرط مورد نظر او جزء ضوابط رئیس‌جمهور شدن در قانون اساسی مقرر نشد.

مشابه دو برداشت پیشین، در سنت مشروطه نیز در شکلی متفاوت نمود یافته بود. طبق قانون اساسی مشروطه، شاه جزئی از قوه مجریه و در رأس هرم قوه مجریه قرار داشت. همچنین، برخی

۱. همان، صص ۷۱-۷۰.

۲. همان، ص ۶۲.

۳. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، صص ۱۱۲۴-۱۱۲۳.

از فقه‌های دوران نظام مشروطه باور داشتند که پادشاه در رأس قوه مجریه قرار دارد و مسئول اجرائیات قانون است.^۱ در حقیقت، مشابه قرائت‌های مشهود در مجلس خبرگان قانون اساسی که رئیس‌جمهور را شخص مستقلی نمی‌دانستند و رهبر یا امام بایستی در رأس قوه مجریه باشد، در سنت مشروطه نیز پادشاه که مقام نخست رسمی کشور و جزئی از قوه مجریه بود و در رأس آن قرار داشت، همچون اعطای اختیارات به ولی‌فقیه در قانون اساسی نوپدید اسلامی، بعضی از وظایف مهم این قوه را انجام می‌داد.

۲.۷. برداشت فرا قوه‌ای

افزون بر طرح دیدگاه‌های فوق، خبرگان قانون اساسی توجهی به جایگاه و گستره تشکیلاتی قوه مجریه نیز داشتند. بر مبنای دیدگاه پاره‌ای از خبرگان قانون اساسی، قوه مجریه کلیتی فراتر از رئیس‌جمهور و هیئت‌وزیران و نهادهای زیرمجموعه آنان است. به عقیده برخی از آنان، «همه امور داخلی و خارجی جزئی از قوه مجریه محسوب می‌شود».^۲ بر پایه این دیدگاه، کلیه امور اجرایی علاوه بر ریاست جمهوری و وزرا، نهاد رهبری، ارتش و فرماندهی کل قوا نیز در شمار قلمرو قوه مجریه به حساب می‌آید. در منظومه فکری این خبرگان، شأن اجرایی رهبر که در رأس نظام سیاسی قرار گرفته است، اقتضای عملیات اجرایی دارد. بر این اساس، مقام فقاها در راستای اعمال اختیارات خود ویژگی اجرایی دارد. به عبارتی دیگر، «رهبر، علاوه بر اعمال رهبری کشور، بعضی از عملیات اجرایی نظیر نصب و عزل مقامات را بر عهده دارد».^۳ بنا بر این دیدگاه‌ها، قوه اجرایی کشور دایره وسیعی از نهادهای ریاست جمهوری، وزارت، رهبری و قوای نظامی یا عنوان قوه مجریه منفک از سایر قوا و نهادها محسوب می‌شود. با این حال، چنانچه دیدگاه‌های اخیر را با قواعد بنیادین تفکیک قوا تطبیق دهیم، درمی‌یابیم که به سبب خصلت دینی-مذهبی و فقهی نظام حقوقی-سیاسی ایران، گستره قوه مجریه از منظر خبرگان قانون

۱. مرادخانی، فردین، **پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران**، مجله حقوقی دادگستری، زمستان ۱۳۹۴، شماره ۹۲، ص ۱۸۶.

۲. همان، ج ۱، صص ۵۷۱ و ۵۷۰ و ۵۶۵ و ۵۵۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، **گذری بر تدوین پیش‌نویس قانون اساسی**، حقوق اساسی، پاییز و زمستان ۱۳۸۲، شماره ۱، صص ۱۲۷-۱۲۶.

اساسی ۱۳۵۸ بسیار فراتر از محدوده تفکیک قوای کلاسیک است؛ بنابراین، از این منظر، تفکیک قوای موجود گونه‌ای متفاوت از تفکیک قوای غربی قلمداد می‌شود.

با وجود طرح برداشت‌های ناسازگار با اصل تفکیک قوا، اغلب این برداشت‌ها از قوه مجریه در قانون اساسی پیش‌بینی نشد و آن‌هایی که به تصویب رسید، محدود شده و کم‌اثر بود؛ اما برخی صاحب‌نظران حقوق بر این باورند که قانون اساسی نهایی ۱۳۵۸ در قیاس با پیش‌نویس ارائه‌شده آن، از اختیارات رئیس قوه اجرایی بسیار کاسته است، زیرا عده‌ای از اعضای قوه مؤسس نمی‌خواستند ریاست جمهوری به شخص خاصی برسد؛ لذا وظایف و اختیارات این مقام مهم را کاهش دادند. به باور آنان کاهش اختیارات رئیس‌جمهور پیامد منفی در پی داشت، چون موجب شد، درون مصادر حاکمیتی تضاد ایجاد شود. به همین دلیل بود که اختیارات ریاست جمهوری و نخست‌وزیری ادغام شد تا بر وظایف رئیس‌جمهور افزوده شود. به سبب اینکه رئیس‌جمهور مسئول اجرای قانون اساسی است، اختیارات اندک او این مسئولیت را ناتوان و ناکارآمد می‌سازد. بنا بر گفته یکی از اعضای کمیسیون حقوقی پیش‌نویس قانون اساسی (ناصر کاتوزیان)، در پیش‌نویس پیشین که به مجلس خبرگان قانون اساسی ارائه شده بود، رئیس‌جمهور دارای اختیارات نسبی و لازم برای انجام مسئولیت اجرای قانون اساسی بود، اما با تصویب قانون اساسی نهایی، وظایف قبلی به‌صورت ناقص درآمد.

۲.۸. برداشت یکسان‌انگاری مجلس و شورای نگهبان قانون اساسی

افزون بر طرح برداشت‌های فوق‌الذکر در مجلس خبرگان قانون اساسی، شورای نگهبان قانون اساسی پیش‌بینی شده بود که مطابق آن، صلاحیت تطبیق قوانین مصوب مجلس با احکام شرع و قانون اساسی را بر عهده دارد. اما این نیز پیش‌بینی شد که مجلس بدون وجود شورای نگهبان قانونی نیست. البته، چنین برداشتی الزاماً تخریشی در تفکیک قوای کلاسیک ایجاد نمی‌کند، ولی قوه مقننه دو رکنی را تک‌رکنی می‌کند. با وجود این، باز هم تلقی نادرستی از قوه مقننه می‌شود، زیرا ماهیت کارکرد شورای نگهبان نظارتی است نه تقنینی.

موافقان این اصل دلایل خاص خود را داشتند. بهشتی در مقام موافق اصل مزبور دلایل خویش را چنین اقامه کرد: «یک اصلی لازم بود که نشان دهد مجلس شورای ملی و شورای نگهبان باید با هم باشند تا قوه قانون‌گذاری کاملی باشد.» از سوی دیگر، دلیل دوم بهشتی برای

موافقت با اصل مذکور این بود که «باید شورای نگهبان حتماً باشد که بتواند تشخیص انطباق و عدم انطباق مصوبات آن را با قانون اساسی و موازین اسلامی بدهد.»^۱

سبحانی در مقام مخالفت با اصل مذکور با این استدلال نقد خود را ابراز کرد: «مجلسی که باید شش حقوق‌دان عضو شورای نگهبان را مطابق اصل تعیین‌شده، تأیید کند، چگونه بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد؟ اگر ما بگوییم مجلس شورای ملی بدون شورای نگهبان قانونی نیست، چگونه مجلسی که خودش قانونی نیست، شش نفر را برای شورای نگهبان انتخاب می‌کند؟ یک مقامی که قانونی نیست، چگونه می‌آید عده‌ای را انتخاب می‌کند؟ مگر آنکه مسئله نسبت پیش بیاید که قانون نسبی باشد. یک مرتبه می‌گوییم نسبت به انتخاب آن‌ها و بار دیگر می‌گوییم نسبت به مصوبات قانونی آن‌ها. درباره قسمت اول اشکالی ندارد، ولی درباره مصوبات بی‌اعتبار است. اگر این تعبیر عوض شود و عبارت مفهوم را برساند، بهتر است.»^۲ به همین دلیل بود که در تصویب نهایی این اصل اعتبارنامه نمایندگان و شش نفر حقوق‌دان، اعتبار قانونی مجلس استثنا شد؛ لکن بی‌اعتباری مجلس شورا بدون وجود شورای نگهبان به قوت خود باقی ماند. با وجود استثنای مذکور، به نظر می‌رسد چنانچه دو نهاد با سازمان و کارکرد متفاوت، قوه مقننه کشور را بسازند، مفهوم استقلال پارلمان و فلسفه وجودی آن را مخدوش می‌کنند، چون تأسیس و عملکرد مجلس، ارتباط و ملازمه‌ای با کنترل و ملزوم کردن قانونیت یک قوه با نهادهای دیگر ندارد. در مواردی که نهاد ناظری مثل دادرسی اساسی که در قانون اساسی به‌طور نسبی شورای نگهبان است و صلاحیت‌های خاصی غیر از امر تقنین را داراست،^۳ بر قوه‌ای پیش‌بینی می‌شود، این کنترل و نظارت مشروط به تشکیل و فعالیت اجرایی نهاد دیگر نمی‌شود. همچنین، قوه مقننه غیر از نهاد ناظر یا دادرسی اساسی است و بر این پایه، یکسان انگاشتن دو نهاد تقنینی و دادرسی اساسی به‌مثابه قوه مقننه منشأ حقوقی موجهی ندارد. با این حال، برخی از محققان، به تأسی از قرائت مذکور در مجلس مؤسسان، عقیده دارند که قوه مقننه ایران تک مجلسی، اما دو رکنی است و شورای نگهبان رکن دوم قوه مقننه محسوب می‌شود.^۴

۱. صورت نهایی مشروح مذاکرات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، ص ۱۰۷۸.

۲. همان.

۳. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، *دادگاه‌های قانون اساسی*، تهران: جنگل، ۱۳۹۴، صص ۱۰۸ به بعد.

۴. نظریور، مهدی، *آشنایی با نظام جمهوری اسلامی ایران*، تهران: معاونت آموزش نیروی مقاومت بسیج، ۱۳۸۱، ص ۶۳.

۲.۹. برداشت تعمیم صلاحیت قوه مقننه به برخی نهادها

برداشت مذکور، صلاحیت قوه مقننه را به برخی نهادهای دیگر اعطا می‌کند؛ امری که در مفهوم تفکیک قوا به سهولت پذیرفتنی نیست. در این برداشت در مجلس خبرگان قانون اساسی در خصوص اختلاط صلاحیت نهاد تقنینی مجلس شورا و مجلس خبرگان رهبری وجود داشت. در پیش‌نویس قانون اساسی مقرر شد تا تعیین شرایط انتخابات و تعداد اعضای مجلس خبرگان رهبری در نخستین دوره تشکیل این مجلس از سوی شورای نگهبان و در سایر دوره‌ها به‌وسیله خود مجلس خبرگان انجام شود. بنی‌صدر انتقاداتی بر این اصل مطرح کرد: «من می‌خواهم ببینم شما به شورای نگهبان چطور اختیار قانون‌گذاری داده‌اید. اقلاً می‌نوشتید آیین‌نامه، یک چیزی بود. این یک سابقه‌ای می‌شود و معلوم می‌شود که ما دو مجلس قانون‌گذاری داریم.»^۱

بنی‌صدر در راستای نظراتش، پیشنهادی درباره تعیین تکلیف این اصل ارائه داد. پیشنهاد او مجلس شورای ملی به‌جای شورای نگهبان بود، چون وظیفه‌اش تقنین است. پیشنهاد او در جای خود محل تأمل است. وی در این خصوص گفت: «می‌خواستم جواب بدهید که چرا این را در اختیار مجلس اول گذاشتید؟ اگر احتمال این بوده است که مجلس در روزهای اول این را تصویب نکند، می‌شود در اینجا قید کرد در اولین روز رسمیش این را تصویب بکند، چون تعبیرش این است که سوءظن به نمایندگان مردم ممکن است باشد.»^۲ پس از این پیشنهاد او با مخالفت نایب‌رئیس مواجه شد. وی ادامه استدلال‌ات خود را چنین مطرح کرد: «زیرا آیین‌نامه نوشتن و قانون نوشتن از شئون مجلس شورای ملی هست و این هم که از جمله قوانین الهی نیست که بگوییم فقها فقط می‌توانند بفهمند. نظام‌نامه نوشتن کار مجلس است. این را باید بر عهده مجلس گذاشت.»^۳

مقدم مراغه‌ای پیشنهادی مشابه با پیشنهاد بنی‌صدر ابراز کرد. وی به‌طور کلی بر این عقیده بود: «گروهی که می‌خواهد مقررات مربوط به مجلس خبرگان، انتخابات و همه چیزش را تعیین کند، لااقل از طرف مردم نمایندگی داشته باشد.»^۴

۱. صورت نهایی مشروح مذاکرات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲، ص ۱۱۰۱-۱۱۰۰.

۲. همان، صص ۱۱۰۳-۱۱۰۲.

۳. همان، ص ۱۱۰۳.

۴. همان، ص ۱۱۰۰.

نماینده‌ای چون فاتحی در میانه مباحث بنی‌صدر و بهشتی موافقت خود را با اصل مذکور بیان کرد، چون به نظر او فرقی نمی‌کند که دو نفر مجتهد یا چند نفر حقوق‌دان این صلاحیت را انجام دهند و به همین علت هیچ اشکالی در این قانون‌گذاری نمی‌بیند؛ البته به‌زعم کرمی در اینجا فقط منظور این است که فقیه شورای نگهبان چنین اقدامی را ترتیب دهد؛ چراکه حقوق‌دان شورای نگهبان هیچ سنخیتی با خبرگان فقه ندارد. نهایتاً نایب‌رئیس دلیل تفویض صلاحیت تقنین بر عهده شورای نگهبان قانون اساسی را بیان کرد. از سخنان ایشان می‌توان پی برد که این کار از روی اضطراب انجام شده است. مطابق سخنان وی: «به سبب اینکه اگر بر عهده شورای انقلاب (همان‌طور که قانون انتخابات قوه مؤسس را تصویب کرد) واگذار شود، ممکن است سال‌ها به درازا بکشد و چون ساختار و ترکیب اعضای شورای نگهبان و مجلس خبرگان مشابه است، در اولین دوره می‌تواند چنین مقرراتی وضع کند. از این رو، نباید بر کار حل‌نشده‌ای، مشکل دیگر بیفزاییم و همین اصل را پیشنهاد کرده‌ایم»^۱

تحلیلی که از آرای فوق می‌توان ارائه داد این است که تصریح اعطای صلاحیت تقنینی به دو نهاد اساسی و نظارتی، آشکارا در تعارض با صلاحیت قانون‌گذاری مجلس قرار دارد، زیرا از سویی، صلاحیت قانون‌گذاری به شورای نگهبان که نهاد ناظر انتخابات است واگذار شده، در صورتی که این مرجع، دادرس اساسی محسوب می‌شود و صلاحیت تقنین درباره انتخابات و مقررات داخلی سایر مراجع را ندارد. به همین علت، به باور برخی محققان دادرس اساسی صلاحیت ندارد که در جایگاه قانون‌گذار قرار بگیرد و از منظر حقوقی بهتر است نهاد تقنینی اصلی چنین صلاحیتی را داشته باشد؛ زیرا علاوه بر اینکه صلاحیت مقررات‌گذاری برای شورای نگهبان با اصول حقوق عمومی منافات دارد، مقننان اساسی نیز تمایل چندانی به مقررات‌گذاری این شورا نداشتند.^۲ همچنین، با مبنا قرار دادن نظر مذکور می‌توان اعطای صلاحیت به مجلس خبرگان رهبری را نیز نقد حقوقی کرد، زیرا علاوه بر اینکه صلاحیت اصلی تقنین بر عهده قوه مقننه است، تصویب مقررات داخلی نهادی که قرار است به دست مردم برگزیده شوند، به‌وسیله خود آن نهاد، با تخدیش نهاد قانون‌گذاری و انتخابات و نظارت مواجه می‌شود. از سوی دیگر،

۱. همان، ص ۱۱۰۳.

۲. تقی‌زاده، جواد، مرتضی، نجابت‌خواه، و میثاق، ذاکر عباسی، امکان‌سنجی صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان، فقه و حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۵، ص ۸.

تقنین در صلاحیت خاص پارلمان است. به علاوه، این مسئله درباره هر مرجعی ممکن است پیش آید و ارتباطی به مرجع خاص ندارد؛ چه درون نظام حقوقی ایران و چه بیرون از آن. همچنین، به باور برخی محققان، اعطای چنین صلاحیت‌های تقنینی به نهادهای غیرتقنینی، مشروطیت نظام سیاسی ایران را با ابهام مواجه کرده و از معیار مشروطیت آن عدول شده است.^۱ با همه این مباحثات در مجلس خبرگان قانون اساسی و ایرادات حقوقی که مطرح شد، اصل فوق با اکثریت مطلق حضار به تصویب رسید.

۲.۱۰. برداشت سازگار استقلال قوه قضائیه با مفهوم تفکیک قوا

همان‌طور که مشاهده خواهیم کرد، صرف‌نظر از بعضی نظرات موافق اصل تفکیک قوا و استقلال سه قوه که تأثیر چشمگیری بر تصویب اصول مربوطه نداشتند، تنها مصداق و مورد اصل تفکیک قوا در مجلس خبرگان قانون اساسی ۱۳۵۸ استقلال قوه قضائیه و انفکاک آن از سایر قوا است. این امر متأثر از منشأ دینی و فقهی استقلال قضا است که از منبع اسلام و فقه برمی‌خیزد. بدین‌سان، همان‌طور که پیش از این تشریح شد، تفکیک و استقلال قوای مقننه و مجریه به معنای اخص در مجلس خبرگان قانون اساسی متجلی نشده است. این امر به نظر می‌رسد، به سبب اقتضای ماهیت خاص نظام حقوقی-سیاسی اسلامی و نیز تحت‌الشعاع قرار گرفتن قوای مقننه و مجریه در محدوده صلاحیت‌ها و اختیارات موسع ولی فقیه باشد.

آن‌طور که اهل نظر آگاه‌اند و نیز از گفته‌های قانون‌گذاران اساسی در مشروح مذاکرات هویداست، کوشش‌ها برای وضع و تصویب قانون اساسی عمدتاً منشأ و ریشه دینی و فقهی داشت. بر همین مبنا، بسیاری از اصول مطرح‌شده و مصوب قانون اساسی منبعی دینی یا فقهی داشت یا حداقل برای آن یافت می‌شد. استقلال قوه قضائیه نیز از این قاعده مستثنا نبود. در اسلام و فقه تأکید فراوانی بر استقلال نهاد قضاوت و قاضی در رسیدگی به اختلاف طرفین دعوا شده است. از همین رو، می‌توان گفت همان‌طور که استقلال قوه قضائیه در محتوای خویش به‌طور کلی استقلال دادرس را نیز به همراه دارد، اصل مسلمی در شرع و مسائل فقهی محسوب

۱. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، محمد شهاب، جلیلود، بررسی معیار «مشروطیت» در دولت مدرن و جمهوری اسلامی ایران، دولت‌پژوهی، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۱۶، صص ۱۷۱ و ۱۶۴.

می‌شود.^۱ قانون‌گذاران اساسی که تعداد زیادی از آنان فقیه بودند، بر این امر تأکید داشتند و آن را پذیرفتند. بر همین اعتبار، استقلال قوه قضائیه (و در پی آن استقلال قاضی) را در اصول ۱۵۶ و ۱۶۴ قانون اساسی^۲ پیش‌بینی کردند و آن را جزء اصول مسلم به حساب می‌آوردند. مضافاً تجربه محکومیت کیفری بسیاری از انقلابیون و برخی از خبرگان ق.ا در نظام سابق بی‌تأثیر بر تأکید و مسلم انگاشتن قوه قضائیه نبوده است.

اصل استقلال قوه قضائیه که به استقلال کلان این قوه اشاره دارد، بدون هیچ بحث بنیادین و مفصل درباره آن، به‌استثنای ابراز اختلافات جزئی بر سر الفاظ اصل، بدون ائتلاف وقت طولانی به تصویب رسید.^۳ همچنین، هنگام طرح و تصویب اصل منع تغییر و عزل و نصب قضات که به شکل غیرمصرح استقلال دادرس را القا می‌کند، اختلافی درباره استقلال قاضی روی نداد. تنها دو نفر از مقننان ایرادهای موردی بر این اصل وارد کردند؛ مثلاً رحمانی معتقد بود که «منع تغییر قضات می‌تواند تبعیض بین قضات، دیکتاتوری قضات و بن‌بست قوه قضائیه را در پی داشته باشد.»^۴ با این حال، به‌رغم انتقادات وی، اصل مزبور در زمان کوتاهی تصویب شد.^۵

اصل سومی که با اصرار عده کمی از نمایندگان مخصوصاً گلزاده غفوری به رأی گذاشته شد، اصل یک‌صد و چهل و چهارم پیش‌نویس بود. به‌موجب این اصل، قوه قضائیه از لحاظ اداری، مالی و قضایی مستقل است و به همین علت باید بودجه‌اش به‌طور مستقل و مستقیم و جداگانه از سوی قوه اجرایی به مجلس برای تصویب ارسال شود. نگارش اصل مذکور و طرح آن به دست عده‌ای از قانون‌گذاران نقد شد، زیرا قانون بودجه به‌طور جداگانه در لایحه‌ای تهیه و تدوین می‌شود و ریز بودجه کلیه دستگاه‌ها در آن پیش‌بینی می‌شود و پس از تصویب مجلس به‌صورت قانون

۱. زعفری، زهرا، جواد پنجه‌پور، و احمد عابدینی، **جایگاه قضا در فقه امامیه در مقایسه با قوانین جمهوری اسلامی ایران**، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، مرداد ۱۳۹۷، شماره ۵۷، صص ۲۰۷-۲۲۶.

۲. اصل یک‌صد و پنجاه و ششم: قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل ... و اصل یک‌صد و شصت و چهارم: عدم تغییر قاضی و نصب و عزل او مگر در شرایط خاص.

۳. **صورت نهایی مشروح مذاکرات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، ج ۳، صص ۱۵۸۴-۱۵۷۳.

۴. همان، ص ۱۶۳۹.

۵. همان، ۱۶۴۰.

تجلی می‌یابد. بر این اساس، نیازی به تدوین و ارسال آن به مجلس به‌صورت مجزا به علت استقلال متعدد قوه قضائیه نیست.

به همین علت بود که سید محمد خامنه‌ای در مقام مخالف، با تأکید بر استقلال قوه قضائیه الفاظ استقلال و مستقیم را فاقد معنای لازم و غیرضروری دانست. منتظری نیز با اشاره به مسلم دانستن استقلال قوه قضائیه ارسال بودجه مجزا را به مجلس غیرضروری قلمداد کرد. برخی همچون سید عبدالکریم موسوی اردبیلی نظرات گلزاده غفوری را تلویحی عرفانی و فوق آرمانی دانست، در حالی که به‌زعم او واقعیت‌ها را بنگریم، بهتر است. بنا بر همین دلایل، اصل مزبور تصویب نشد و برای اصلاح به کمیسیون بازگشت.^۱ تأکید بر استقلال قوه قضائیه و نگرانی از خدشه‌دار شدن آن، در مذاکرات اصل تشکیل دیوان عدالت اداری نمود یافت. در این اصل به این موضوع تصریح شد که طرح شکایت مردم از دولت و رسیدگی دیوان باید با حفظ استقلال قوه قضائیه باشد. برخی خبرگان قانون اساسی قید اخیر را بی‌نیاز دانستند، چون فعالیت دیوان زیر نظر و وابسته به قوه قضائیه را امری بدیهی می‌شمردند، اما برخی دیگر آن را لازم می‌دانستند. با وجود این‌ها، قید حفظ استقلال قوه قضائیه پذیرفته نشد و اصل مذکور بدون این قید به تصویب رسید.^۲

۲.۱۱. برداشت تعمیم صلاحیت قوه قضائیه به برخی نهادها

برداشت دهم، سرایت صلاحیت دادرسی به نهاد زیر نظر قوه مقننه از سوی خبرگان قانون اساسی است. اصل پیشنهادی که مرتبط با برداشت قلمداد می‌شود، اصل ۷۳ پیشنهادی است. مطابق این اصل، هر فرد حقیقی یا حقوقی اگر شکایتی از طرز کار قوای سه‌گانه داشته باشد، می‌تواند شکایت خود را در کمیسیون اصل نود مطرح کند. گرچه گفت‌وگوها و انتقادهای مستقیمی که حاوی مفهوم تفکیک قوا در خصوص این اصل باشد، از سوی خبرگان اقامه نشد، مذاکرات و انتقاداتی از جانب معدودی از نمایندگان طرح شد که می‌تواند در زمره دیدگاه‌های سازگار با تفکیک قوا تلقی شود. موسوی اصفهانی معتقد بود چنانچه قوه قضائیه از قوه مجریه مستقل باشد، چگونه مجلس از آن‌ها سؤال می‌کند و جواب می‌خواهد؟ افزون بر این، ایشان گفت: «اگر قرار است دادگاه اداری طبق قانون اساسی بر حسن جریان امور نظارت داشته باشد،

۱. همان، ۱۵۹۷-۱۵۹۴.

۲. همان، صص ۱۶۵۳-۱۶۵۲.

چه نیازی است که دوباره در این اصل این مطلب را می‌آورید؟» نایب‌رئیس به هر دو انتقاد وی پاسخ داد. در پاسخ به نقد نخست موسوی اصفهانی ایشان بر این باور بود که طی فصول آینده ارتباطی با قوه مجریه برقرار خواهد کرد و بدین طریق با همدیگر مرتبط می‌شوند. (وزارت دادگستری) در جواب نقد دوم بهشتی با رویکردی مبهم اعتقاد داشت: «ما می‌خواهیم طرحی را برای امر طبیعی که خودبه‌خود ایجاد می‌شود، در نظر بگیریم. به تعبیری بهتر، مراجعه مردم به نمایندگان (امر طبیعی) تا وقتی که یک نظام جدیدی پیش بیاید و این زمینه را ضعیف کند یا از بین ببرد، روشی نو وضع کنیم.^۱ مشکینی مشابه ایراد نخست موسوی اصفهانی، اما با مبنا و منشأ متفاوتی طرح کرد. وی با اعتقاد به اینکه در اسلام هر فرد محق است چنانچه شکایتی از بسیاری از نهادهای حکومتی داشته باشد، در دادگاه صالح اقامه کند؛ بنابراین، اصل مذکور که ریشه اسلامی ندارد، باید حذف شود. مکارم شیرازی در مواجهه به نقد مشکینی به عدم منافات اصل فوق با اسلام تأکید کرد. ایشان گفت: «احقاق حق می‌تواند دو راه داشته باشد. یک راه رجوع به دادگاه صلاحیت‌دار است و راه دیگر رجوع به نمایندگان مجلس که در واقع ضمانت اجرای معنوی رسیدن به حقوق است که مانع از طرح در مراجع صالح نیست.»^۲

با این حال، گرچه رسیدگی کمیسیون اصل نود مشابه نهاد آمبودزمان شناخته می‌شود و سازوکاری برای نظارت پارلمان بر سایر قوا در راستای نظارت دموکراتیک و با ریشه مردمی و گشودن سازوکاری غیرقضایی و کم‌مدت برای طرح احقاق حق افراد علیه طرز کار نادرست قوای سه‌گانه است، لکن به نظر می‌رسد در ظاهر امر با اصل تفکیک قوا مغایرت داشته باشد؛ خصوصاً آنکه در قوانین کنونی از نظر استقلال سازمانی، شخصی و کارکردی مستقل از مجلس نیست و این کمیسیون از سوی قوه مقننه که خود نیز زیر نظارت کمیسیون مذکور است، نظارت همه‌جانبه‌ای دارد و از استقلال جامع و قابل قبولی برخوردار نیست؛^۳ مسئله‌ای که در نگرش خبرگان قانون اساسی به‌طور کافی درباره آن مذاکره نشد و مغفول ماند. افزون بر این‌ها، شاید بتوان کم‌اثر بودن این نهاد و ناکارآمدی آن را در پی عوامل اخیر تلقی کرد و با افزودن صلاحیت

۱. پیشین، ج ۲، ص ۹۲۶.

۲. همان، صص ۹۲۸-۹۲۷.

۳. موسی‌زاده، ابراهیم، بررسی تطبیقی کمیسیون اصل نود و نهاد آمبودزمان (نهاد بازرسی و نظارت)، دیدگاه‌های قضایی، بهار ۱۳۹۱ شماره ۵۷، صص ۱۷۱-۱۶۷.

قوی‌تر به قوه قضائیه یا اصلاح ساختار کمیسیون اصل نود در قوانین مربوطه، استقلال لازم و کارکرد مؤثر کمیسیون اصل نود را تقویت و بازسازی کرد.

۲.۱۲. برداشت تأثیرگذاری قوا بر یکدیگر

قوای سه‌گانه در دیدگاه‌های خبرگان قانون اساسی علاوه بر قرائت‌های فوق، کارکردی تأثیرگذار بر یکدیگر نیز داشتند. بعضی از این قرائت‌ها افزون بر اینکه تفکیک مطلق قوا و تفکیک نسبی قوا را به ذهن متبادر می‌کنند، اغلب الزاماً ناسازگاری هدفمند و مشخصی با مفهوم تفکیک قوا نداشتند. از این منظر، سه نوع قرائت از دل اندیشه خبرگان قانون اساسی استخراج و استنباط شد تا پرتویی بیشتر بر گوناگونی و پراکندگی ذهنیت خبرگان قانون اساسی در خصوص تفکیک قوا بیفکنیم. بر این مبنا، سه برداشت به شرح زیر در خصوص تأثیرات قوا بر یکدیگر تشریح و تحلیل می‌شوند.

۲.۱۲.۱. برداشت تعامل‌گرا یا رابطه‌گرا

قرائت تعامل‌گرا یا رابطه‌گرا به وجود نوعی تعامل و رابطه در خصوص کارکرد هر قوه نسبت به همدیگر اشاره دارد. برخی از خبرگان قانون اساسی معتقد به وجود نوعی تعامل یا رابطه مبتنی بر وظایف اختصاصی خود بودند که از قواعد مطرح در گستره تفکیک نسبی قوا است که البته اشکال این برداشت، به‌طور متفاوت متجلی می‌شد. در راستای این برداشت و طی تصویب اصل ۷۴ (تقدیم لوایح دولت به مجلس) طاهری خرم‌آبادی در جهت ارسال لایحه به مجلس نظر به رابطه مستقیم از قوه قضائیه با قوه مقننه داشت: «در گروه شش راجع به قوه قضائیه این‌طور تصویب شد که ما وزیر دادگستری نداشته باشیم و نماینده قوه قضائیه مستقلاً لوایحی را که تنظیم می‌کند، تقدیم مجلس کند؛ بنابراین، اگر این‌طور تصویب شود، برای آن مسئله در اینجا پیش‌بینی نشده است.» در پاسخ اظهارنظر فوق، نایب‌رئیس باور داشت که «به هر حال باید در رابطه با مجلس، مسیرهای مشخصی پیش‌بینی شود؛ زیرا ممکن است در آینده گفته شود لایحه را قوه قضائیه تهیه می‌کند، ولی از طریق دولت یا از طریق کمیسیون دادگستری به مجلس می‌دهد که در این صورت مسئله تمام است.»^۱ (مشروح مذاکرات، ص ۸۴۱/ج ۲)

۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۸۴۱.

تنوع دیدگاه‌های خبرگان ق.ا درباره برداشت تعامل‌گرا یا رابطه‌گرا هنگام تصویب اصل نود، تبلور بیشتری یافت، زیرا طبق بخش آخر این اصل نمایندگان مجلس بعد از طرح شکایت از طرز کار قوا باید پاسخ کافی را از سایر قوا بخواهند و این مهم تأثیرات مهمی بر قوای دیگر می‌گذارد. در خصوص اثرگذاری و جنبه ضمانت اجرایی این اصل، عده‌ای از خبرگان بر این باور بودند که پیش‌بینی پاسخ خواستن از سایر قوا به‌طور واقعی متجلی نمی‌شود: «این اصل جنبه تشریفاتی دارد و در زمان گذشته هم بود، زیرا ضمانت اجرایی ندارد.» لیکن برخی دیگر پاسخ مناسب و منطقی بر این نقد مطرح کردند: «اگر مجلس جواب ندهد، طبعاً اعتماد مردم سلب شده و پایگاه مردمی مجلس از بین می‌رود و مردم در انتخابات به این نمایندگان رأی نمی‌دهند. اگر وزیر جواب نداد، مقدمات سؤال و استیضاح وزیر فراهم می‌شود.» از سوی دیگر، برخی از خبرگان با بیان نظری نادقیق که یادآور تفکیک مطلق قوا است، اعتقاد داشتند: «اینکه مردم به مجلس شکایت کنند و آن‌ها قوه قضائیه را بازخواست نمایند، با استقلال قوا منافات دارد، زیرا وزیر مسئولی وجود ندارد که از او سؤال شود.» متقابلاً برخی دیگر با اظهار دیدگاهی که یادآور تفکیک نسبی قوا است، پاسخ دادند: «رابطه‌ای بین مجلس و قوه قضائیه خواهد بود و از طریق یک رابطه با هم مرتبط خواهند شد.»^۱

۲.۱۲.۲. برداشت افزایش-کاهش نظارت

مطابق قواعد بنیادین حقوق اساسی، در نظام سیاسی باید سیستمی حاوی نظارت، کنترل و تعادل قوا وجود داشته باشد. بر این اساس، خبرگان قانون اساسی به این مهم توجه داشتند، لکن چالشی بین نظارت واقعی که حد قابل قبولی از سیستم نظارت و تعادل را داشته باشد و نظارت حداقلی قوا بر همدیگر وجود داشت؛ به‌گونه‌ای که می‌توان از افزایش و کاهش نظارت قوا بر یکدیگر در ذهنیت خبرگان ق.ا سخن گفت.

هنگام تصویب اصل ۸۸ میان خبرگان ق.ا در خصوص سؤال از وزرا و منتفی شدن سؤال از آنان اختلاف پیش آمد که نهایتاً انجام سؤال مورد موافقت اکثریت خبرگان قرار گرفت. برخی اعضا با باوری نادرست، درباره کاهش نظارت بر قوه مجریه اعتقاد داشتند که «با وجود اختیار استیضاح هر یک از وزرا نیازی به حق سؤال نیست. افزون بر آن، اصل به‌اندازه‌ای مطلق و

۱. همان، صص ۹۲۹-۹۲۵.

گسترده و مبهم تنظیم شده است که نتیجه‌ای جز درگیری، تضییع وقت و به تأخیر انداختن امور نیست.^۱ اما در مقابل، برخی از خبرگان در راستای تحقق نظارت و مسئولیت‌پذیری بر این باور بودند که «حق سؤال مرحله‌ای از بازخواست وزرا درباره حوزه فعالیت آنان و دفاع از حقوق مردم است.»^۲ در راستای تحقق افزایش نظارت بیشتر بر قوه مجریه برخی از خبرگان بر این عقیده بودند که «علاوه بر وزیر باید بتوان از هیئت‌وزیران نیز سؤال کرد، چون بعضی از امور مملکتی، به تصمیم هیئت‌وزیران بستگی دارد نه یک وزیر.»^۳ این نظر دقیق و حقوقی را خبرگان ق.ا. نپذیرفتند.

علاوه بر این‌ها، در راستای تصویب اصل ۷۰ در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به‌درستی و در چارچوب یکی از بنیان‌های حقوق اساسی (نظیر نظارت و پاسخ‌گویی) هدف این اعضا از تصویب این اصل (علاوه بر وجود اقلیتی که الزام رئیس‌جمهور به حضور در مجلس را لازم نمی‌دانستند) اعمال نظارت قوه مقننه بر مجریه به‌طور حداکثری بوده است.^۴ لکن در شورای بازنگری ق.ا. دعوت از رئیس‌جمهور به مجلس با تصویب اکثریت نمایندگان حذف شد. به باور یکی از اعضای شورای بازنگری قانون اساسی ۱۳۶۸ علت حذف دعوت از رئیس‌جمهور در این اصل این بود که چون در اصل ۸۸ و ۸۹، کیفیت سؤال از رئیس‌جمهور و استیضاح وی آمده است، از این رو، دعوت از رئیس‌جمهور در اینجا موردی ندارد.^۵ شاید اعضای شورای بازنگری قانون اساسی بر این عقیده بوده‌اند تا مسئولیت و پاسخ‌گویی مضاعفی را بر رئیس‌جمهور با عنایت به امکان استیضاح ایشان اعمال نکنند. گرچه این باور با نظری که اختیارات رئیس‌جمهور را به نسبت تکالیف و مسئولیت‌های وی متعادل و کافی نمی‌داند، توجیه‌پذیر است، ولی به نظر می‌رسد دعوت از رئیس‌جمهور و پاسخ‌گویی او در راستای اصل شفافیت و نظارت و مسئولیت‌پذیری قوه مجریه در برابر قوه مقننه است که در اصل پیش از بازنگری پیش‌بینی شده بود و حذف آن رابطه منطقی با استیضاح رئیس‌جمهور ندارد و این دو مورد از همدیگر منفک هستند و الزاماً یکی نیستند.

۱. همان، صص ۸۹۵ و ۸۹۶.

۲. همان، ص ۸۹۹.

۳. همان، ص ۸۲۰ و ۸۲۱.

۴. ورعی، سیدجواد، *مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانون‌گذار*، قم: انتشارات دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، ۱۳۸۵، ص ۴۱۴.

۲.۱۲.۳. برداشت پیشنهاد-جبران

بعضی از برداشت‌های تأثیرگذار بر قوا، پیشنهادی بودند که اعضای مجلس بررسی نهایی از سوی قوه مقننه به قوه مجریه در جهت جبران آن پیشنهاد مقرر می‌کردند که البته برداشتی علمی و کارساز است. بدین طریق، در راستای تصویب اصل ۷۵ (اصلاح لوایح دولت به دست نمایندگان مجلس در خصوص تقلیل درآمد یا افزایش هزینه) فلسفه این اصل از سوی نایب‌رئیس این‌گونه بیان شد: «اگر کسی که به‌صورت روزانه و مستمر با مسائل درآمد و هزینه سروکار دارد، اگر قوه مقننه می‌خواهد به قوه مجریه پیشنهادی بدهد که مستلزم این است که باید هزینه را بالا برد یا درآمدی را کم کند، باید به او بگوید که جای خالی را کجا پر کند و نمی‌تواند بگویند ما تصویب کردیم حالا خودت جایش را پیدا کن! این قابل عمل نیست.»^۱

۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۸۴۷.

نتیجه‌گیری

صحیح است که مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی، صرفاً دربرگیرنده مذاکرات کمیسیون‌های این مجلس نیست و تنها با مراجعه به مشروح مذاکرات جلسات اصلی نمی‌توان میزان اطلاعات و پابندی اعضا نسبت به مفاهیم مختلف حقوقی را تشخیص داد. با این حال، به نظر می‌رسد از منظر رسمی تنها مرجع مدون محققان متن صورت نهایی مشروح مذاکرات قانون اساسی باشد. در حقیقت، منبع منسجم برای ردگیری دیدگاه‌های خبرگان قانون اساسی فعلاً در دسترس ما نیست و مذاکرات کمیسیون‌های داخلی مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در اختیار محققان نیست؛ گرچه اگر منتشر می‌شد، از بسیاری از اجمال‌ها و تناقض‌ها رفع ابهام و افسون‌زدایی می‌شد.

با این حال، آن‌طور که در پژوهش آمد، آرای خبرگان قانون اساسی به اصل تفکیک قوا و قوای سه‌گانه مخالفت‌ها و موافقت‌های دور و نزدیکی البته به‌استثنای استقلال قوه قضائیه و تأثیرگذاری قوا به همدیگر داشت. برخی با رد کلیت اصل تفکیک قوا همه قوا را زیر نظر ولی فقیه می‌دانستند و برخی دیگر آن‌طور که در اصول مصوب متجلی شد، به‌طور نسبی با تفکیک قوا و استقلال قوا موافق بودند. به این معنا که اصل تفکیک قوا به دست مقننان اساسی اساساً رد نشد، اما با پیشنهادهای دیگر در مجلس خبرگان تلفیق شد و نتوانست به‌طور خالص تصویب شود. با این حال، به نظر می‌رسد که با پذیرش نظریه ولایت فقیه و امامت امت از سوی مقننان اساسی و گنجاندن آن در قانون اساسی، موجب شد به‌طور خودکار نظارت رهبری بر قوای سه‌گانه قرار گیرد و در نتیجه ناخواسته با هدف غایی و فلسفه وجودی تفکیک قوا ناسازگار شود.

از سوی دیگر، تفسیرهایی نظیر اعمال نظارت رهبر بر همه قوا و ریاست جمهوری و نیز رد استقلال ویژه قوه مقننه به‌مثابه اصلی‌ترین مرجع قانون‌ساز که همگی در تصویب نظارت رئیس‌جمهور بر قوا، عالی‌ترین مقام رسمی کشور (رهبر) قبل از رئیس‌جمهور و پذیرش صلاحیت شورای نگهبان قانون اساسی مبنی بر مطابقت مصوبات مجلس با شرع تبلور یافتند، در راستای پذیرش دیدگاه‌های شکننده مخالف تفکیک قوا و کاهش جایگاه و صلاحیت‌های قوای سه‌گانه بودند. می‌توانیم بر این برداشت‌ها، سازوکار کم‌اثر و ناکارآمد کمیسیون اصل نود و عدم تدبیراندیشی در خصوص کارکردها و استقلال این نهاد را بیفزاییم. با وجود این، به نظر می‌رسد

در مجلس خبرگان ق.ا پذیرش نسبی جهان جدید و لزوم برقراری ضروریات و مقتضیات حکمروایی نوین (اصل تفکیک قوا و کارکرد خاص هر قوه) از سوی مدونان قانون اساسی درک شده بود، اما پاره‌ای دیگر از خبرگان قانون اساسی ضمن مخالفت با این درک جدید، خواستار اعمال نظارت قوه ولایت فقیه بر هر سه قوه و ناخواسته تضعیف کارکرد تفکیک قوا بودند که در این صورت، وجود آرای منافی فوق را پیش‌بینی‌پذیر می‌کرد. به همین سبب، مفهوم نسبی اصل تفکیک قوا مردود نشد، اما به‌طور تمام و کمال نیز در قانون اساسی تجلی نیافت. بنابراین، از این منظر می‌توان ادعا کرد که با توجه به تلاش بسیاری که اکثر اعضای مجلس خبرگان قانون اساسی به نظارت ولی فقیه بر قوا و مینا قرار دادن فقه و دین اسلام در امر تقنین و همچنین توجه اندکی که به اصول و مفاهیم بنیادین حقوق اساسی و نیز مبانی نظری اندیشه سیاسی داشته‌اند، به نظر می‌رسد علت اینکه از استعمال اصطلاح «تفکیک قوا» خودداری کرده‌اند، در واقع این بوده است که مراد از «استقلال قوا» در نگرش خبرگان قانون اساسی همان معنای غایی «تفکیک قوا» نبوده است. با وجود این‌ها، نویسندگان برای اینکه نشان دهند اصل تفکیک قوا در اندیشه خبرگان قانون اساسی چه مفهوم و برداشت‌هایی داشته است، به‌ناچار به کنکاش و تأملی در اصل تصویبی ۵۷ قانون اساسی و اصول مرتبط با قوای سه‌گانه و صلاحیت‌های آنان پرداختند، زیرا دست‌کم می‌توان گفت که مفهوم استقلال قوا از اصل تفکیک قوا نشئت گرفته و به‌لحاظ نظری در قلمرو مفهوم اخیر جای می‌گیرد.

در مقام تفسیر و تحلیل علل فوق می‌توان گفت همان‌طور در بخش نظری مقاله دیدیم، در فرهنگ سیاسی جوامع اسلامی با پذیرش تأسیس قوای سه‌گانه و استقلال آن‌ها از همدیگر به علت ضروریات زمانه، ولایت عام ولی فقیه نیز پذیرفته شد تا با نظارت بر قوا ضامن عدم انحراف سازمان‌های مختلف از وظایف اصیل اسلامی باشد (طبق مقدمه قانون اساسی و اصل ۵۷). در واقع، سیستم تفکیک قوا و بنیان‌های قوا در قانون اساسی ایران، بر پایه نظام امت و امامت و مرکزیت قوا زیر نظر ولی فقیه استوار شده است.^۱ به دیگر سخن، خبرگان قانون اساسی در عین پذیرش استقلال قوا، بر این عقیده‌اند که قوای سه‌گانه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران،

۱. جوان آراسته، حسین، **تفکیک قوا در نظام سیاسی اسلام و جمهوری اسلامی ایران**، فقه و مبانی حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره ۱، ص ۶۴.

زیر نظر ولی فقیه استوار شده و بر این اساس، بعضی از اختلاط صلاحیت‌ها رخ داده و در قانون اساسی نمود یافته است. البته، افزودنی است که برخی مفسران حقوق اساسی بر این باورند که بنیان قانون اساسی بر اساس نظریه نمایندگی استوار شده و از این منظر مجلس مؤسسان باید تبلور خواسته‌ها و حقوق انتخاب‌کنندگان خود باشند و نباید از ریشه انتخابی خود عدول کنند و به منشأ انتصابی و آسمانی در ساختار قوای کشور تمسک جویند.

آنچه در متن فوق‌الذکر آشکار است، رد مفهوم مدرن تفکیک قوا در اندیشه خبرگان قانون اساسی را نمایان می‌کند؛ لکن اگر رویکرد بی‌طرفانه و تحلیل علمی را اساس تحقیق قرار دهیم، نویسندگان در پی و در مقام بیان چرایی رد مفهوم تفکیک قوای واقعی و تمایل به استقلال قوا و مهم‌تر، رویکرد مبهم خبرگان قانون اساسی به ماهیت و اندیشه واقعی تفکیک قوا و نیز نسبت‌سنجی اصل تفکیک قوا با رویکرد فقها و حقوق‌دانان به آن در جوامع شرقی و اسلامی بوده‌اند.

پاره‌ای از پژوهشگران مدل تفکیک قوا و نوع استقرار و روابط قوای سه‌گانه را طبق قانون اساسی تحلیل کرده‌اند. برخی با پذیرش استقلال قوا، نظام حقوقی-سیاسی ایران را دارای همکاری و تعامل قوا دانسته‌اند که بر محور وفاق حرکت می‌کند^۱ (نظری که بعضاً از زبان مقامات سیاسی کشور بیان می‌شود و با نسبت‌سنجی اصل تفکیک قوا چندان سازگار نیست). عده‌ای دیگر با رد مدل اولیه و ماهوی تفکیک قوا معتقدند که می‌توان با نگاهی انسان‌شناسانه، مطابق زمینه‌های فرهنگی و اعتقادی در ایران-پذیرش دین اسلام و وجود رهبر- مدل کنونی استقلال قوا را پذیرفت.^۲ استدلال محققان دیگر نسبت به پذیرش استقلال قوا مثبت است، اما آن را در محدوده نظارت ولی فقیه می‌دانند. اما این نظارت رهبر نامحدود و مطلق نیست. در واقع، با انتخابی بودن دومرحله‌ای رهبری و صلاحیت‌های تفویض‌شده به ایشان مطابق قانون اساسی، نقش ولی فقیه در نظارت بر قوای سه‌گانه چارچوب‌دار و محدودشده خواهد بود.^۳

۱. تیلا، پروانه، تفکیک تعاملی قوا و وفاق محوری نهادهای حاکم در پرتو قانون اساسی جمهوری

اسلامی ایران، اطلاع‌رسانی ریاست جمهوری، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۳، شماره ۱۰، ص ۱۰.

۲. حبیب‌زاده، توکل، اسماعیل، آجلو، نقد مبانی انسان‌شناسی اصل تفکیک قوا، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، شماره ۳۶، ص ۱۲۳.

۳. منصور نژاد، محمد، تفکیک قوا، ولایت مطلقه فقیه و استقلال قوا، حکومت اسلامی، بهار ۱۳۷۸، شماره ۱۱، صص ۵۸-۵۹.

اصل تفکیک قوا و شناسایی کارکرد قوای سه‌گانه از قواعد مسلم حقوق اساسی -تحدید و تنظیم حقوقی قدرت سیاسی در راستای تمرکززدایی و استبداد قدرت سیاسی و حفظ حقوق و آزادی‌های بشری- به شمار می‌رود و نتیجتاً از بدیهیات و ضروریات امر حکمروایی در جهان امروزی به حساب می‌آید؛ چراکه تجربه حکمرانی‌های دور و نزدیک در تاریخ این دیار و سایر سرزمین‌ها، توسیع بی‌حد و حصار اقتدار سیاسی و تضییع و نقض حق‌ها و آزادی‌های افراد و همچنین اختلال کارکرد قوا و ناکارآمدی آن‌ها را اثبات کرده است. بدین اعتبار، چون نیک بنگریم، پذیرفتنی می‌نماید که شورای بازنگری قانون اساسی ایران باید در نخستین اقدام بازنگری در قانون اساسی، تکمیل و اصلاح اصول مرتبط با تفکیک قوای سه‌گانه و کارکرد بنیادین هر قوه را در زمره اصلی‌ترین اقدامات لازم قرار دهد تا نظام حقوقی-سیاسی ایران به ایده‌های غایی اصل تفکیک قوا و کارکردهای نوین قوا نزدیک‌تر شود؛ گرچه برخی صاحب‌نظران معتقدند که چنین امری در حقوق اساسی ایران شذنی نیست. اما به باور ما در صورت اصلاح رویه‌ها و شناخت قوا به وظایف ذاتی خویش و انجام عملکردها طبق حدود صلاحیتی خود، قرابت به محتوای تفکیک قوای کارآمد، دور از ذهن نیست و تحقق‌شدنی است.

منابع

الف) فارسی

کتاب‌ها

۱. روسو، ژان ژاک، **قرارداد اجتماعی**، غلامحسین زیرک‌زاده، تهران: قاصدک صبا، ۱۳۹۱، صص ۱۲۸-۱۲۹.
۲. **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد اول، دوم و سوم، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
۳. فیرحی، داوود، **نظام سیاسی و دولت در اسلام**، تهران: سمت، چ ۹، ۱۳۹۱، صص ۶۴-۵۵.
۴. گرجی ازندریانی، علی اکبر، **دادگاه‌های قانون اساسی**، تهران: جنگل، ۱۳۹۴، صص ۱۰۸ به بعد.
۵. لاک، جان، **دو رساله حکومت**، فرشاد شریعت، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۴، ص ۲۷۴.
۶. میل، جان استوارت، **حکومت انتخابی**، علی رامین، تهران: نی، ۱۳۹۴، ص ۲۷۴.
۷. نظریور، مهدی، **آشنایی با نظام جمهوری اسلامی ایران**، تهران: معاونت آموزش نیروی مقاومت بسیج، ۱۳۸۱، ص ۶۳.

مقاله‌ها

۸. بهادری جهرمی، علی، **مفهوم و جایگاه استقلال قوا در حقوق اساسی ج.ا.ا.**، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۰، شماره ۳۳، صص ۸۷-۱۲۰.
۹. تقی‌زاده، جواد و مرتضی، نجابت‌خواه، و میثاق ذاکر عباسی، **امکان‌سنجی صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان**، فقه و حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۵، صص ۱-۲۰.

۱۰. تیلا، پروانه، تفکیک تعاملی قوا و وفاق محوری نهادهای حاکم در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اطلاع‌رسانی ریاست جمهوری، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۳، شماره ۱۰، صص ۱-۱۰.
۱۱. جاوید، محمدجواد، فریما، جمالی، فرهنگ سیاسی ایران و درآمدی بر وضع حقوق عمومی؛ مطالعه موردی مسئله تفکیک قوا در ایران باستان، تحقیقات فرهنگی، تابستان ۱۳۹۰، شماره ۱۴، صص ۱۶۳-۱۸۴.
۱۲. جوان آراسته، حسین، تفکیک قوا در نظام سیاسی اسلام و جمهوری اسلامی ایران، فقه و مبانی حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره ۱، صص ۵۱-۶۷.
۱۳. حبیب‌زاده، توکل، اسماعیل، آجرلو، نقد مبانی انسان‌شناسی اصل تفکیک قوا، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، شماره ۳۶، صص ۹۹-۱۲۶.
۱۴. زعفری، زهرا، جواد، پنجه‌پور، جواد و احمد، عابدینی، جایگاه قضا در فقه امامیه در مقایسه با قوانین جمهوری اسلامی ایران، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، مرداد ۱۳۹۷، شماره ۵۷، صص ۲۰۷-۲۲۶.
۱۵. علوی، پرویز، نادعلی صادقیان، ریشه‌های فکری اصل تفکیک قوا، اهمیت و دسته‌بندی نظام‌های سیاسی بر پایه تفکیک قوا، حقوق، تابستان ۱۳۸۹، شماره ۲، صص ۲۵۹-۲۷۴.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، گذری بر تدوین پیش‌نویس قانون اساسی، حقوق اساسی، پاییز و زمستان ۱۳۸۲، شماره ۱، صص ۱۱۵-۱۳۸.
۱۷. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، محمد شهاب، جلیوند، بررسی معیار «مشروطیت» در دولت مدرن و جمهوری اسلامی ایران، دولت‌پژوهی، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۱۶، صص ۱۴۵-۱۷۴.
۱۸. مرادخانی، فردین، پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران، مجله حقوقی دادگستری، زمستان ۱۳۹۴، شماره ۹۲، صص ۱۶۹-۱۹۱.

۱۹. منصورنژاد، محمد، تفکیک قوا، ولایت مطلقه فقیه و استقلال قوا، حکومت اسلامی، بهار ۱۳۷۸، شماره ۱۱، صص ۴۰-۶۳.
۲۰. موسی‌زاده، ابراهیم، بررسی تطبیقی کمیسیون اصل نود و نهاد آموذزمان (نهاد بازرسی و نظارت)، دیدگاه‌های قضایی، بهار ۱۳۹۱ شماره ۵۷، صص ۱۵۷-۱۸۰.
۲۱. نیکونهاد، حامد، جایگاه و صلاحیت قوه مجریه در نظام حقوق اساسی ایران در پرتو اندیشه قانون‌گذار اساسی، منتشرشده در: مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱، صص ۱۳-۱۴.
۲۲. هداوند، مهدی، حکمرانی خوب، توسعه و حقوق بشر، حقوق اساسی، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، شماره ۴، صص ۵۱-۸۶.

ب) منابع لاتین

Books

23. Carolan, E. (2009). *The new separation of powers: a theory for the modern state*. Oxford University Press on Demand.
24. Troper, M. (2008). *Séparation des pouvoirs*. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, LGDJ, 552-553.

Articles

25. Strauss, P. L. (1984). "The place of agencies in government: Separation of powers and the fourth branch". *Columbia Law Review*, 84(3), 573-669.
26. Waldron, J. (2013). "Separation of powers in thought and practice". *BCL Rev*, 54.

گذر از اماره به فرض در تعیین معیار بلوغ

(مقاله علمی-پژوهشی)

اصغر دوستی*
داریوش بابایی**
محمدباقر عامری نیا***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۱۶

چکیده

بلوغ به مثابه موضوعی فقهی- حقوقی و با توجه به وجود قوانین متفاوت درباره آن، ذهن را با این سؤال مهم درگیر کرده که آیا سن بلوغ در حقوق قراردادهای و عقد نکاح دو مقوله متفاوت است یا خیر؟ تعارضات موجود بین مواد قانونی مربوط به سن بلوغ، ضرورت انجام تحقیق مستقل در این خصوص را به منظور یافتن راه حل رفع آن تعارضات ایجاب کرده و بر این اساس، در پژوهش پیش رو به این موضوع با رویکرد تفاوت بین اماره و فرض و کاربرد آن دو مفهوم در تعیین سن بلوغ و با ذکر سوابق فقهی و قانون گذاری در حقوق ایران پرداخته شده است و در نهایت منجر به اثبات وحدت مفهوم بلوغ در حقوق قراردادهای و عقد نکاح با امکان جمع هر دو معیار سن بلوغ به نحو مستقل با رویکرد استحالة مفهوم بلوغ از فرض سابق به اماره و ایجاد فرض جدید با حکومت اهلیت می شود.

کلید واژگان:

بلوغ، فرض، اماره، اهلیت.

* دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران
asdoosti@ut.ac.ir

** استادیار گروه حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران
Dr.babaei56@yahoo.com

*** دانشیار گروه حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران
mohamadamerinia@gmail.com

مقدمه

هر مرد، به محض ازدواج با توجه به عهده‌دار شدن ریاست خانواده خود (ماده ۱۱۰۵ ق.م) با ضمانت اجرای شرعی منعکس در قوانین متفاوت (ماده ۱۱۰۶ ق.م و ماده ۶۴۲ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵) مکلف به پرداخت نفقه همسر (غذا، پوشاک، مسکن و ...) و تأمین معاش خانواده خود است و انجام این امر مهم نیازمند اشتغال به کار و انجام معاملات برای کسب درآمد است. بلوغ و اهلیت متعاملین از شرایط صحت انجام معاملات است. حال این سؤال مطرح می‌شود اگر پسر بالغ پانزده ساله‌ای که با تجویز ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اقدام به ازدواج کرده باشد و برای پرداخت نفقه همسر و تأمین معاش خانواده خود مبادرت به معامله کند، معاملات وی صحیح و از نظر قانونی معتبر است یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا به صرف رسیدن به سن بلوغ برای انجام معامله قانوناً دارای اهلیت نیز هست؟ اگر پاسخ منفی باشد و این شخص به لحاظ مالی متمکن نباشد، پس به چه نحو باید نفقه همسر را پرداخت و معاش خانواده را تأمین کند و بدین ترتیب، چگونه عهده‌دار ریاست خانواده خود باشد؟ و اصولاً چرا قانون، مجوز ازدواج به او داده است؟ همان پسر پانزده ساله اگر بخواهد طلب پدر متوفای خود را به منزله تنها وارث از بدهکار پدرش بگیرد، آیا مدیون می‌تواند به استناد کم سن و سال بودن از پرداخت طلب متوفی به او امتناع کند؟ در این صورت، آیا از نظر قانونی پسر مذکور در مقام ورثه جهت طرح دعوی مطالبه می‌تواند مبادرت به طرح دعوی مطالبه به طرفیت بدهکار پدر خود کند و آیا در این دعوا بدهکار در جایگاه خوانده می‌تواند بدون طرح دعوا چه به صورت دعوی مرتبط و چه دعوی تقابل، قانوناً به صرف دفاعیات خود متمکن از دفاع موجه محکمه‌پسند باشد یا خیر؟ آیا با توجه به قوانین معتبر حال حاضر می‌توان انتظار داشت یک فرد با وجود رسیدن به سن بلوغ پانزده سال بتواند در دارایی خود تصرف کند یا خیر؟ نظر به اینکه قانون‌گذار در تصویب قوانین مربوط به بلوغ، معیار رسیدن به سن معین را مدنظر قرار داده است، سؤال‌های فوق با در نظر داشتن این نکته مهم مطرح می‌شود که آیا در سوابق مذکور معیار دیگری برای احراز بلوغ وجود دارد یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن جواب، علت وجود معیارهای متفاوت در این خصوص چیست؟ و کدامیک از این معیارها در تعیین حدوث بلوغ در یک فرد بر سایر معیارها ارجحیت دارد؟ به نظر می‌رسد سؤال اخیر مدخل مناسبی برای شروع این پژوهش باشد.

۱. اماره و فرض قانونی و کارکردهای آن

اماره از نظر فقهی آن است که حکایت از کشف چیزی کند که این کاشفیت قطعی نیست؛ همانند تصرف که نشان از مالکیت متصرف دارد.^۱ بر طبق تعریفی که قانون مدنی در ماده ۱۳۲۱ ارائه می‌دهد، اماره اوضاع و احوالی است که قانون‌گذار آن را در اختیار قاضی قرار داده تا دلیل بر امری شناخته شود. وفق ماده ۳۵ همان قانون: «تصرف به‌مثابه مالکیت دلیل مالکیت است؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت شود»، و اما فرض قانونی عبارت است از منظور کردن وضعیت یا واقعه‌ای به شکل خاص به‌منظور رعایت مصلحتی اجتماعی و حل بعضی از مشکلات و اخذ بعضی از نتایج.^۲ منظور از فرض حقوقی این است که در برخی موارد که راه‌حل‌های حقوقی موجود پاسخ‌گوی مشکلات و بن‌بست‌های پیش رو نیست، نیازمند اتخاذ روشی برای برون‌رفت از وضعیت فوق خواهیم بود،^۳ هرچند روش مزبور با واقعیت انطباق نداشته باشد و صرفاً کارکردی در حد عبور از مشکلات مربوطه داشته باشد و از طریق توسل به این روش حقوقی، ملاک‌هایی به‌مثابه فصل‌الخطاب در قالب فرض قانونی مطرح شود. از کارکردهای مهم فرض قانونی آن است که ضمن حفظ انسجام نظام حقوقی قواعد جدیدی را وارد آن می‌کند.^۴ تفاوت بین اماره و فرض این است که همان‌طور که در ماده ۳۵ قانون مدنی قید شده، اثبات خلاف اماره ممکن است، ولی اثبات خلاف فرض ممکن نیست.

۲. معیارهای احراز بلوغ فرد با توسل به اماره و فرض

با در نظر گرفتن سوابق فقهی درباره احراز حدوث بلوغ برای یک انسان، با دو معیار متفاوت مواجه هستیم. یکم، معیار احراز بلوغ با بروز علائم تکوینی خاص به‌مثابه اماره و دوم، معیار رسیدن به سن معین به‌منزله فرض.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۵ صص ۷۷.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ج چهارم، ۱۳۸۱، ص ۶۰۸.

۳. دلشاد معارف، ابراهیم، *ماهیت و اثر فرض حقوقی*، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، زمستان ۸۸، ص ۱۷۶.

۴. شکوهی‌زاده، رضا، *کارکرد فرض قانونی در نظام‌های حقوقی*، فصلنامه علمی دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۲، بهار ۱۳۸۹، ص ۱۶۱.

۲.۱. معیار احراز بلوغ با بروز علائم تکوینی خاص به مثابه امارات

گروهی از فقها بلوغ را با معیارهای تکوینی ارزیابی می‌کنند و این‌گونه معیارها را اماره بلوغ می‌دانند. علائم تکوینی، آن دسته از علائمی است که معمولاً کودکان طی مراحل رشد جسمی خود با آن مواجه می‌شوند که عرف، آن را بلوغ طبیعی می‌داند. برخی مفسران قرآن بلوغ نکاح را کسب توانایی ازدواج از سوی هر فرد می‌دانند.^۱ از نظر برخی فقهای شیعه تنها معیار بلوغ در زن و مرد همانا احتلام است و سایر معیارها کاشف از بلوغ حلم است؛^۲ لذا با صرف نظر کردن از ذکر این علائم نباید از تأثیر عوامل زیست‌محیطی و فیزیولوژیکی که از فردی به فرد دیگر تفاوت دارد، غافل ماند؛ به‌طوری که ممکن است این تفاوت‌ها حتی در اعضای یک خانواده نیز یکسان نباشد.^۳ دیگر اینکه حتی بروز آن علائم مثل رشد موهای بعضی از جاهای مورد نظر در بدن برخی افراد بر اثر اختلالات هورمونی مرضی، نمی‌تواند حاکی از بلوغ آن‌ها محسوب شود. همین امر موجب شده تا توسل به علائم تکوینی در احراز بلوغ تفوق نداشته باشد. به همین جهت، گروهی از فقها به دنبال راه حل دیگری برای احراز بلوغ در هر فرد شدند؛ به نحوی که امکان اثبات خلاف آن نرود و بر این اساس، راه حل دیگری را جهت احراز بلوغ به صورت تردیدناپذیر مطرح کنند. این راه حل تعیین سن برای احراز بلوغ است؛ به نحوی که دادرس در رسیدگی و صدور حکم به موضوع از بلا تکلیفی ناشی از تفاوت کمی و کیفی علائم بلوغ در بعضی افراد دیگر در واقع امر خلاص شود.

۲.۲. معیار رسیدن به سنّ معین به مثابه فرض قانونی

گروهی دیگر از فقها و نیز مرحوم مصطفی عدل که از تدوین کنندگان قانون مدنی بوده است، در کتاب خود^۴ سن را ملاکی برای بلوغ دانسته و کسی را که به سن معین برسد، بالغ فرض کرده و به صورت قراردادی آن را سن بلوغ تعیین کرده است. جنسیت فرد و شرایط اقلیمی و فرهنگی

۱. طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع‌البیان، فی تفسیر القرآن*، (دوره ۱۰ جلدی)، چاپ اول، بیروت، مؤسسه الاعلامی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ه.ق، ذیل سورة نساء، آیه ۶.

۲. شهید اول، الشیخ شمس‌الدین محمد بن مکی العاملی، *اللمعه الدمشقیه*، قم، انتشارات دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۱۱ ه.ق صص ۳۶۳ و ۳۶۹؛ محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۳ ه.ق، صص ۱ و ۴۵.

۳. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ج دوم، ۱۳۸۸، صص ۲۱-۲۰.

۴. عدل، سید مصطفی، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ چهارم، ۱۴۰۰، ۱۲۴-۱۲۳.

می‌تواند در این امر تأثیرگذار باشد. تعیین سن معین از امور بسیار مهمی است که به عهده قانون‌گذار گذاشته شده و می‌تواند مانع از شکل‌گیری برخی مشکلات شود.^۱

۲.۳. سن بلوغ در دختران

مشهور فقهای امامیه قائل به سن نه‌سالگی برای سن بلوغ دختران هستند.^۲ برخی از فقهای معاصر رسیدن دختران به بلوغ فکری برای انجام برخی عبادات و معاملات را در نه‌سالگی دور از ذهن تصور کرده‌اند^۳ و گروهی از آن‌ها معتقدند که بلوغ دختران در ابواب مختلف فقهی متفاوت خواهد بود.^۴ ابوحنیفه از فقهای اهل سنت معتقد است سن بلوغ در دختران چنانچه نشانه‌های جسمی بلوغ در آن‌ها ظاهر نشود، هفده سال خواهد بود.^۵ شافعی و احمدبن حنبل در شرایط ذکرشده پانزده سال تمام قمری را سن بلوغ برای دختران می‌دانند، اما مالک ابن انس قائل به سن مشخصی برای بلوغ نیست.^۶

۲.۴. سن بلوغ در پسران

قول مشهور بین فقهای امامیه درباره بلوغ پسران پانزده سال تمام قمری است،^۷ اما گروهی دیگر قائل به چهارده‌سالگی هستند.^۸ شافعی^۹، پانزده سال تمام قمری را برای بلوغ پسران تعیین کرده و قول مشهور مالکیه هجده سال قمری^{۱۰} است؛ هرچند بنا بر قولی در مذهب مالکی، برخی سن را ملاکی برای بلوغ نمی‌دانند.^{۱۱}

۱. صفایی، سیدحسین و قاسم‌زاده، سید مرتضی، *اشخاص و محجورین*، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۲ ص ۲۱۲.
۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، مکتبه الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۹۴ ق.ج ۲۶، صص ۳۸-۳۹.
۳. فیض کاشانی، ملاحسن، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه عمومی آیت‌الله مرعشی، ۱۴۰۱ ه.ق، ج ۱، ص ۱۶.
۴. صادقی تهرانی، رساله توضیح المسائل، *اجتهاد و تقلید، مراحل بلوغ*، قم، انتشارات شکرانه، ۱۳۹۸.
۵. فرغانی مرغینانی، *متن بدایه المبتدی فی فقه الإمام أبی حنیفه*، قاهره، ج ۱، ص ۲۰۲، ۱۹۳۶ م.
۶. منهجی آسیوطی، *جواهر العقود*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۹۹۶ م، ج ۱، ص ۱۳۳.
۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، همان.
۸. سبحانی، جعفر، *البلوغ والتلیه رساله فی تأثیر الزمان و المكان الی استنباط الاحکام*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۸ صص ۳۳-۳۶.
۹. محمدبن احمد قرطبی، *تفسیر القرطبی*، ج ۵، ص ۳۴.
۱۰. طوسی، محمدبن حسن، *الخلاف*، ج ۳، ص ۲۸۳، قم ۱۴۱۱.
۱۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المعنی*، ج ۴، ص ۳۴۶، بی‌تا.

۳. سابقه قانون‌گذاری برای تعیین سن بلوغ در حقوق ایران

بلوغ یکی از مباحث مهم کلیدی در معاملات، ازدواج و مسئولیت کیفری است که به سوابق قانون‌گذاری در خصوص آن‌ها به شرح آتی اشاره می‌شود.

۳.۱. سابقه قانون‌گذاری در خصوص سن بلوغ در معاملات

به‌طور معمول بلوغ در امور مدنی ذیل عنوان اهلیت بررسی می‌شود که صفتی است در مقابل حجر. قانون مدنی تعریفی از اهلیت ارائه نمی‌دهد. ماده ۲۱۱ این قانون بلوغ و عقل و رشد را شرط دارا شدن اهلیت بیان می‌کند. بر اساس ماده‌واحدۀ رشد متعاملین مصوب ۱۳ شهریور ۱۳۱۳ افراد کمتر از هجده سال شمسی، غیر رشید محسوب می‌شدند و مطابق ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ هر کس که دارای هجده سال تمام نبود، در حکم غیر رشید محسوب می‌شد؛ مع‌ذلک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام رشد کسی در محکمه به اثبات می‌رسید، از تحت قیمومت خارج می‌شد. بر اساس مواد مذکور، دختران و پسران قبل از رسیدن به سن هجده‌سالگی فاقد اهلیت بودند و پس از رسیدن به سن هجده‌سالگی برای انجام معاملات اهل محسوب می‌شدند. مطابق ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ اشخاصی که به سن هجده‌سالگی می‌رسیدند، خارج از دایره شمول جنون و عدم رشد بودند؛ مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت می‌شد. بر اساس اصلاحات انجام‌شده در ماده ۱۲۱۰ عبارت «هجده سال» جای خود را به واژه «بلوغ» داد و ماده مزبور در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ با تغییرات انجام‌شده اصلاح شد و در تبصره یک همین ماده، سن بلوغ در پسران پانزده سال تمام قمری و در دختران نه سال تمام قمری تعیین شد که تغییرات به‌عمل‌آمده برگرفته از فقه امامیه و در جهت انطباق با آن بوده است.^۱

۳.۲. سابقه قانون‌گذاری برای تعیین سن ازدواج

از زمان تصویب قانون مدنی در سال ۱۳۱۳ تاکنون قانون‌گذار چندین ملاک را برای تعیین سن ازدواج مشخص کرده است که به سیر این تحولات نگاهی مختصر خواهیم کرد. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ رسیدن به سن ازدواج برای دختران را پانزده سال و برای پسران

۱. صفایی، سید حسین، شرح و نقدی بر ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید اصلاح موادی از قانون مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، دوره ۲۵، شماره ۱۱۶۱، دی ۱۳۶۹، ص ۱۰۴.

هجده سال تعیین کرده است؛ البته در صورت پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه به شرطی که سن دختر کمتر از سیزده و سن پسر کمتر از پانزده سال نباشد، ازدواج امکان پذیر بود و بدون رعایت روند فوق، ازدواج دختر و پسر مشمول این ماده، حتی با اذن ولی نیز معتبر نبود. ماده ۱۰۴۲ همان قانون ازدواج دختران و پسران را حتی بعد از رسیدن به سن قانونی مشروط به اذن و اجازه ولی کرده بود؛ اما قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ نیز به موضوع سن ازدواج پرداخته و وفق ماده ۲۳ این قانون: «ازدواج زن قبل از رسیدن به سن هجده سال تمام و مرد قبل از رسیدن به بیست سال تمام، ممنوع است. معذک در مواردی که مصالح اقتضا کند، استثنائاً در مورد زنی که سن او از پانزده سال تمام کمتر نباشد و برای زندگی زناشویی استعداد جسمی و روانی داشته باشد، به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه شهرستان ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود. زن یا مردی که برخلاف مقررات این ماده با کسی که هنوز به سن قانونی برای ازدواج نرسیده، مزاجت کند، حسب مورد به مجازات مقرر در ماده ۳ قانون ازدواج مصوب سال ۱۳۱۶ محکوم خواهد شد.» بعد از انقلاب، این ماده از سوی دولت موقت لغو و ازدواج برای دختران و پسران به ترتیب مشروط به داشتن حداقل پانزده و هجده سال تمام قمری شد. در سال ۱۳۶۱ قانون گذار ماده ۱۰۴۱ را بدین شرح: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است» اصلاح کرد و یک تبصره به آن افزود: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است؛ به شرط رعایت مصلحت مولی علیه.» تصویب این ماده با انتقادات زیادی از جانب حقوق دانان مواجه شد، زیرا از نظر آنان تعیین سن برای احراز بلوغ صرفاً می تواند در چارچوب یک اماره مطرح شود و با توجه به شرایط جسمی و اقلیمی نمی تواند معیار ثابتی برای احراز تلقی شود. ضمناً تبصره ذیل ماده به طور آشکاری با حکم ماده، نه به شکل استثنا و تخصیص، بلکه به شکلی است که موجب توهّم نسخ و نیز وجود تناقض در آن می شود.^۱ در سال ۱۳۷۰ تبصره ماده ۱۰۴۱ بدون تغییر بنیادین به تصویب رسید: «عقد نکاح قبل از بلوغ، با اجازه ولی، به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح است.» در سال ۱۳۷۵ قانون مجازات اسلامی ضمن صحه گذاشتن بر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی با وضع ضمانت اجرا برای متخلفان مجازات تعیین کرده است. بر اساس ماده ۶۴۶ این قانون: «ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن ولی ممنوع است. چنانچه مردی با دختری که به حد بلوغ

۱. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی خانواده، تهران*، انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۰، ج ۱، ص ۷۶.

نرسیده، برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و تبصره ذیل آن ازدواج کند، به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌شود.» از آنجا که تعیین سن ازدواج موجب بروز مشکلاتی در جامعه شد، قانون‌گذار در سال ۱۳۷۹ بار دیگر در ماده ۱۰۴۱ تجدیدنظر کرد که با مخالفت شورای نگهبان مواجه شد و نهایتاً مجمع تشخیص مصلحت در سال ۱۳۸۱ ماده ۱۰۴۱ را به شرح زیر تصویب کرد: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن پانزده سال تمام شمسی، منوط است به اذن ولی؛ به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.» مطابق مصوبه مجمع تشخیص مصلحت، دختران و پسران کمتر از سن مقرر در ماده ۱۰۴۱، برای ازدواج خود علاوه بر کسب اذن ولی باید موافقت دادگاه را نیز جلب کنند. در تغییرات به‌عمل‌آمده در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱، به دو نکته توجه شده است: نکته یکم، تعیین سن معقول‌تر برای ازدواج دختران و پسران؛ نکته دوم، اذن ولی و نظارت دادگاه به ازدواج‌های پیش از سن مقرر (سیزده و پانزده) در همان ماده. سن بلوغ تعیین‌شده در تبصره این ماده (سیزده سال و پانزده سال)، با بلوغی که در تبصره یک ماده ۲۱۰ مقرر شده متفاوت بوده و بین بلوغ نکاح و بلوغ شرعی تمایز قائل شده است.^۱ از نظر گروهی از حقوق‌دانان، بنا به برداشت‌هایی از فقه امامیه صرف رسیدن به سن بلوغ برای ازدواج کفایت نمی‌کند و دختر و پسر لازم است قبل از ازدواج توانایی تشخیص مصلحت خود را داشته باشند.^۲

۳.۳. سابقه قانون‌گذاری برای تعیین سن مسئولیت کیفری

بر اساس ماده ۳۶ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ شخص دارای بیش از پانزده سال تمام، بالغ محسوب می‌شود و مطابق بند ۲ ماده ۳۳ قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۳۵۲ افراد تا هجده سال طفل محسوب می‌شوند. بر اساس تبصره یک ماده ۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱، طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده و نیز تبصره یک ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ همین تعریف را برای طفل ارائه می‌دهد که مرجع این حکم از دو قانون فوق، مقررات موجود در قانون مدنی در خصوص سن بلوغ بوده است. ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بلوغ را در کنار عقل و اختیار، شرط داشتن مسئولیت کیفری بیان

۱. کاتوزیان، ناصر، همان ص ۷۸.

۲. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، ۱۳۸۴، نشر میزان ۱۳۸۴، ص ۶۸.

می‌کند. ماده ۱۴۷ همان قانون مقرر می‌دارد: «سن بلوغ، در دختران و پسران، به ترتیب نه و پانزده سال قمری است.»

۴. رابطه بین تبصره یک ماده ۱۲۱۰ ق.م و ماده ۱۰۴۱ ق.م

درباره معیار سنی بلوغ ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱/۴/۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام مقرر می‌دارد: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن پانزده سال تمام شمسی منوط به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح است.» تبصره یک ماده ۱۲۱۰ مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ مجلس شورای اسلامی بیان می‌دارد: «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.» هرچند که موضوع دو ماده فوق‌الذکر تعیین معیار سنی برای بلوغ است، تفاوت‌های اساسی نیز با هم دارند؛ با این توضیح که اولاً، ملاک محاسبه سن از سال قمری به سال شمسی تبدیل شده؛ به بیانی دیگر، سال قمری که مشتمل بر ۳۵۵ روز است کنار گذاشته شده و به جای آن سال شمسی مشتمل بر ۳۶۵ روز ملاک خواهد بود که این جابه‌جایی شامل حال پسران و دختران به‌طور یکسان است. ثانیاً، سن بلوغ دختران از نه سال (قمری)، به سیزده سال (شمسی)، افزایش یافت و تغییر اخیر فقط شامل حال دختران است. تفاوت‌های مذکور به‌گونه‌ای است که چنین برداشت می‌شود این دو ماده در تعارض با یکدیگر هستند. به‌منظور رفع تعارض از دو متن فوق در قانون مدنی، آنچه ذهن را به خود مشغول می‌کند، مطرح و ارزیابی می‌شود.

۴.۱. نسخ تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی

نسخ تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی متکی بر این استدلال‌هاست که: اولاً، بلوغ در افراد موضوعی است که با تعیین شدن آن، افراد از نظر حقوق خصوصی واجد قابلیت‌های خاص با آثار حقوقی مربوطه می‌شوند که مهم‌ترین آن اهلیت برای انعقاد عقد است و نکاح نیز یکی از عقود به شمار می‌آید. ثانیاً، ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱/۴/۱ در باب نکاح، آخرین اراده قانون‌گذار در خصوص تعیین معیار سنی برای بلوغ هر فرد است و دیگر اینکه مرجع تصویب آن مجمع تشخیص مصلحت نظام است؛ در نتیجه، از نظر مراتب قانون‌گذاری بالاتر از مجلس شورای اسلامی است. ثالثاً، اوصاف بلوغ در ماده یادشده از نظر تبدیل سال قمری به شمسی و

افزایش سن ازدواج دختران از نه سال به سیزده سال با توجه به مفهوم مخالف ماده مزبور، قابل جمع با تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ نیست که مقدم بر ماده ۱۰۴۱ آن هم در مجلس شورای اسلامی تصویب شده است؛ در نتیجه، ماده ۱۰۴۱ مدنی به طور ضمنی تبصره یک ماده ۱۲۱۰ از همان قانون را نسخ کرده است. با این اوصاف، به استناد مفهوم مخالف ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، در شرایط عادی سن بلوغ برای دختران سیزده سال شمسی است، نه نه سال قمری و برای پسران پانزده سال شمسی است، نه پانزده سال قمری. اما باید توجه داشت که در فراز دوم از ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱/۴/۱، امکان ازدواج قبل از سن سیزده سال برای دختران و پانزده سال برای پسران منوط به وجود اذن ولی و رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه مجاز شده است. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا فرد زیر سیزده سال نیز می‌تواند بالغ محسوب شود یا خیر؟

۴.۲. عدم نسخ تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی

وجود اقلیم‌های زیستی مختلف در کشور ما، ذهن را با این فکر درگیر می‌سازد که اولاً، بلوغ در بعضی از افراد قبل از سیزده سال آن هم با معیار سال قمری نیز وجود دارد. ثانیاً، با وجود این، احراز بلوغ هر فرد زیر سیزده سال از جهت رعایت سلامت جسمی و روحی آن‌ها ضرورت دارد و در نتیجه نمی‌توان از این موضوع بی‌اعتنا گذشت. از این جهت، وجود تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی ضرورت دارد؛ به‌خصوص اینکه بروز بلوغ در زیر سیزده سال در افراد، مسبوق به سابقه است. این امر در حدی است که نه تنها فقیهان نیز در بررسی‌های فقهی خود از آن بی‌اعتنا نگذاشته‌اند، فتوا به بلوغ دختر در نه سال قمری نیز داده‌اند. قانون‌گذاران نیز در امر قانون‌گذاری درباره تعیین سن بلوغ برای افراد از این نظر و فتوای فقهی استقبال کرده‌اند. با این اوصاف، عدم نسخ تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی تقویت می‌شود. بنابراین، باید از ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی تفسیری ارائه شود که در نفی تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی نباشد.

۴.۳. تفسیر تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی

قانون‌گذار در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ با تصویب تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، پانزده سال قمری برای پسران و نه سال برای دختران را فرض قانونی بلوغ تعیین کرد و برخلاف اماره، با توجه به طبیعت فرض، قانوناً استدلال برخلاف آن در مقام دادرسی در دادگاه پذیرفتنی نبود؛ حال

آنکه در عالم واقع در بیشتر موارد وصف بلوغ در مورد دختر نه ساله به دلیل عدم آمادگی روحی و شرایط جسمانی توصیفی ناوارد و نامعقول می‌کرد. در نتیجه، در چنین مواردی دادرسی در مقام رسیدگی و تصمیم‌گیری با تعذر قانونی مواجه می‌شد. بنابراین، قانون‌گذار می‌باید دست به تدبیری می‌زد تا اولاً، ضمن حفظ معیار فقهی نه و پانزده سال قمری به‌مثابه سن بلوغ، این معیار را از حالت فرض قانونی به حالت اماره قانونی تبدیل کند تا قانوناً امکان اثبات خلاف آن به‌طور مثال از طریق توسل به معاینه‌ها و آزمایش‌های پزشکی و روان‌کاوی میسر باشد و در نتیجه، با اقناع وجدان کافی بتواند در مقام دادرسی به موضوع مربوطه، مبادرت به اتخاذ تصمیم و صدور حکم کند. ثانیاً، فرض قانونی جدیدی که منطبق بر واقعیات زیستی و فرهنگی غالب برای تعیین معیار سن بلوغ باشد، تعیین کند.

۴.۴. گذر از فرض قانونی قدیم به اماره و تعیین فرض قانونی جدید

مجمع تشخیص مصلحت در سال ۱۳۸۱ ماده ۱۰۴۱ را به شرح زیر تصویب کرد: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن پانزده سال تمام شمسی، منوط است به اذن ولی؛ به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.» با تصویب این قانون اولاً، فرض قانونی نه سال قمری برای دختر و پانزده سال قمری برای پسر به شرح مذکور در تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی تبدیل به اماره بلوغ شد و فرض قانونی سیزده سال تمام شمسی برای دختر و پانزده سال شمسی برای پسر، معیار بلوغ تعیین شد. با این اوصاف، تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی با تغییر ماهیت از فرض قانونی به اماره قانونی حفظ شد. دلایل صحت این نظر عبارت‌اند از اینکه اولاً، منطوق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی با تصریح به امکان ازدواج دختر قبل از سن سیزده سال شمسی و پسر قبل از رسیدن به پانزده سال شمسی با رعایت شرایطی، مفهوم مخالف آن یعنی امکان ازدواج پسر بعد از رسیدن به پانزده سال شمسی و دختر بعد از رسیدن به سیزده سال شمسی بدون هرگونه پیش‌شرط را نیز ایجاد و در نتیجه، سن بلوغ دختر و پسر را به‌صورت قطعی و فرض قانونی تعیین کرده است؛ با این توضیح که بر اساس ماده ۱۰۴۳ اصلاحی قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴، برخلاف نسخه مصوب ۱۳۶۱، فقط باید به دعوی تجویز ثبت نکاح رسیدگی کند، نه تجویز واقع کردن عقد نکاح؛ یعنی در زمان طرح دعوی مزبور، سبب دعوا یا همان وقوع نکاح، بدون اذن یا رضایت ولی دختر، به‌صورت

غیررسمی صورت گرفته باشد. بنابراین، نفس وقوع نکاح بدون ثبت در دفتر رسمی ثبت ازدواج نه نیاز به اذن و نه نیاز به رضایت ولی بعد از وقوع نکاح دارد.^۱ بر این اساس، ادعای خلاف آن در هیچ مرجع قانونی قابل استماع و پذیرش نیست، چون اصولاً اثبات خلاف فرض و جاهت قانونی ندارد. با اوصاف فوق برای احراز بلوغ هر فرد، دو روش به کار گرفته شده است. یکم، روش کشف امارات، یعنی ظهور علائم و نشانه‌های تکوینی- فیزیکی. آنچه مسلم است ظهور این علائم و نشانه‌ها به‌طور قطع و یقین منجر به احراز ورود به مرحله بلوغ نمی‌شد، زیرا خلاف آن علائم نیز با توجه به طبیعت اماره که امکان اثبات خلاف آن وجود دارد، ثابت می‌شد و به همین دلیل، در برهه‌های متفاوت بر تعداد آن علائم افزوده شده تا بلوغ هر فرد بدون تردید احراز شود. این وضعیت موجب شد که مشکل احراز بلوغ در افراد لاینحل باقی بماند. بنابراین، به‌ناچار باید از روش توسل به امارات گذر و به تکنیک حقوقی متوسل می‌شد که فصل الخطاب در برون رفت از این مشکل باشد؛ به‌نحوی که خلاف آن اثبات‌شدنی نباشد. ثانیاً، تعیین سن بلوغ به‌مثابه فرض حقوقی/ قانونی برای احراز بلوغ، یعنی تعیین سنی که در آن، بلوغ هر فرد مفروض باشد و اثبات خلاف قانوناً پذیرفتنی نباشد. با توسل به این روش، قانون‌گذار در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ با تصویب ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی ضمن تصریح به این نکته که هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از سن بلوغ به‌مثابه جنون یا عدم رشد محجور کرد، در تبصره یک همان ماده، سن بلوغ را در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری تعیین کرد، ولی با وجود این، نکته بسیار مهمی که باید در تفسیر فراز اول ماده مذکور به آن توجه کرد، این است که امکان اثبات محجوریت متصل به صغر و حادث بعد از سن بلوغ منتفی نشده است، آن هم در دو مورد جنون و عدم رشد از قید شدن (عدم رشد) در کنار (جنون) به‌منزله یکی دیگر موارد اثبات محجوریت بعد از رسیدن به سن بلوغ چنین استنباط می‌شود که منظور قانون‌گذار از آوردن عبارت (عدم رشد)، توقف رشد و نمو و تکوین یک فرد از نظر قوای دماغی قبل از ورود به سن بلوغ یا جنون و زوال قوای دماغی حادث بعد از سن بلوغ بنا به دلایل عدیده مثل بروز بیماری و وقوع حوادث است و نه عدم رشد در معنای عدم اهلیت. در این معنی است که در این ماده از قانون مدنی، عدم رشد از

۱. حق‌پرست، شعبان، یوسف‌زاده، صمد، تحول مفهوم رضایت ولی نسبت به دختر باکره بالغ در ازدواج و آثار آن، فصلنامه حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، سال چهارم، شماره ۱۲، پاییز ۱۳۹۴، صص ۳۱ و ۳۲.

نظر ماهیت و آثار، از جنس و هم‌سطح جنون قرار گرفته است. بعدها در مقام عمل به‌وضوح روشن شد که تعیین نُه سال تمام قمری برای دختر و پانزده سال تمام قمری برای پسر به‌مثابه سن بلوغ در امر ازدواج دختر و پسر و انجام معامله و اشتغال به کار پسر دارای پانزده سال که با ازدواج خود قانوناً و در مقام رئیس خانواده، مکلف به پرداخت نفقه و تأمین معاش خانواده خود شده، با واقع امر بلوغ به طرز مسامحه‌ناپذیر بسیار فاصله دارد. این وضعیت قانون‌گذار را بر آن داشت تا با گذر از معیار نُه سال قمری برای دختر و دوازده سال تمام قمری برای پسر به‌مثابه سن بلوغ و تبدیل آن به اماره بلوغ دیگر، با رعایت مفهوم مخالف ماده ۷۹ قانون کار مصوب ۱۳۶۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام که به کار گماردن افراد پانزده سال را مجاز کرده، فرض قانونی جدیدی را برای سن بلوغ معین کند و دایره مفهوم آن را به نحو حکومت (در معنای آن از نظر علم اصول فقه) به اهلیت توسعه داده و با آن منطبق کند. بدین منظور، ابتدا با تصویب ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی و تعیین هجده سال به‌مثابه رشد، قانون ماده‌واحد سن رشد متعالمین مصوب سال ۱۳۱۳ را نسخ کرد. پس از آن، به‌موجب ماده ۳۱ قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ ماده ۱۲۰۹ مصوب سال ۱۳۱۴ قانون مدنی را حذف کرد و بدین‌وسیله به تجویز طرح دعوا از سوی خود به طرفیت دادستان به خواسته احراز رشد خاتمه داد و در نهایت، با تصویب ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱/۴/۱ و به استناد مفهوم مخالف آن، در عمل سن بلوغ و اهلیت را برای دختران سیزده سال شمسی و برای پسران پانزده سال شمسی به‌مثابه فرض قانونی تعیین کرد. در نتیجه، با توجه به طبیعت فرض به‌مثابه یک تکنیک قانونی/حقوقی اثبات خلاف آن پذیرفتنی نیست و این همان مطلبی است که فراز اول ماده ۱۲۱۰ بدان پرداخته است. این ماده مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس را نمی‌توان بعد رسیدن به سن بلوغ به‌مثابه جنون یا عدم رشد مجبور کرد.» پس، در نهایت هر کس که به سن بلوغ می‌رسد، رشید نیز محسوب می‌شود؛ مگر اینکه از لحاظ تکوین قوای دماغی در مرحله صغر متوقف شود یا اینکه بعد بلوغ تکوینی از هر لحاظ دچار عارضه جنون و سایر عوارض مخل قوای دماغی شود.

بنابراین، دانستیم که قانوناً به‌محض اینکه دختر یا پسر برخوردار از سلامت لازم و کافی، به ترتیب به سن بلوغ سیزده و پانزده سال شمسی رسید، نمی‌توان او را مجبور کرد، اما به‌طور مثال، اگر ادعا شود که دختر یا پسری هنگام ورود به سن بلوغ فاقد رشد تکوینی و سلامت لازم

و کافی متعارف است و در نتیجه با وجود داشتن سیزده و پانزده سال قانوناً قابلیت اتصاف به وصف بلوغ نیست و در نتیجه هنوز محجور است، این ادعا با ارائه دلیل یا دلایل محکمه‌پسند قابل اثبات است و نیز اگر دلیل یا دلایل محکمه‌پسند بر حدوث جنون بعد از رسیدن هر دختر یا پسر به سن بلوغ وجود داشته باشد. در حالت اخیر برخلاف حالت اول، از نظر قانونی اعتبار هر عمل و اقدام حقوقی یا تکلیف قانونی فردی را که به سن بلوغ رسیده، قبل از حادث شدن جنون بر او نمی‌توان زیر سؤال برد. برای مثال، شخصی با توجه به ظاهر یک نفر دیگر، اقدام به خرید مالی از او می‌کند که در تصرف اوست. سپس، بنا به هر دلیل از معامله پشیمان می‌شود، ولی نه موفق به توافق با فروشنده برای اقاله معامله می‌شود و نه وجود شرایط توسل به خیارات قانونی را در مانحن فیه احراز می‌کند تا معامله را فسخ کند، اما به طریقی متوجه این امر می‌شود که فروشنده برخلاف ظاهرش پانزده سال بیشتر ندارد و در نتیجه، به استناد همین موضوع، ادعای بطلان و عدم اعتبار معامله به سبب حجر می‌کند. فروشنده در مقام خوانده دعوا پاسخ می‌دهد که بنده پانزده سال سن دارم و بر این اساس، بالغ هستم و هر کس که بالغ باشد از مرحله حجر خارج می‌شود و رشید هم هست و در نتیجه، معامله صحیح است. بعد از رسیدن یک فرد به سن بلوغ نیز نمی‌توان او را محجور کرد و بر این اساس، دعوای خواهان بی‌اساس و باطل است. در این مسئله خواهان یا باید ثابت کند که خوانده با وجود داشتن سن بلوغ، به دلیل آسیب مغزی منجر به معلولیت ذهنی قبل پانزده سالگی یا عدم رشد تکوینی از نظر قوای دماغی یا جنون متصل به صغر در زمان معامله، به مرحله بلوغ عقلی نرسیده است. در همین مقام است که ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی در ابتدا مقرر می‌کند که: «... مگر اینکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد»؛ یعنی خواهان باید در دعوا ثابت کند که خوانده در زمان انجام معامله بالغ نبوده و در نتیجه محجور بوده است و محجور به استناد ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی نمی‌توانسته تصرف ناقل در اموال خود کند. در غیر این صورت، ماده ۱۲۱۰ در همان ابتدا به صراحت فرض را بر این امر گذاشته است که هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به مثابه جنون یا عدم رشد محجور کرد و در نتیجه، رشید شدن یک فرد با رسیدن او به سن بلوغ به صورت هم‌زمان و مفروض و دارای اهلیت کامل است و نسخ قانون ماده واحده قانون راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳ شهریور ۱۳۱۳ شمسی با تصویب ماده ۱۲۰۹ مصوب سال ۱۳۱۴ شمسی قانون مدنی و حذف

این ماده به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب به تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ مؤید صحت این نظر است. به نظر می‌رسد علت نسخ دو قانون مزبور این بود که هر دو برخلاف آیه ۶ سوره مبارکه نساء بودند، زیرا در این آیه دو حالت تصور شده است:

حالت اول اینکه فرد صغیر که به سن ازدواج نرسیده است، باید از سوی شخصی که اموال صغیر در دست اوست آزمایش شود تا احراز کند قادر به تصرف معقول در اموال خود است. اگر این وضعیت را در حال حاضر انطباق دهیم، بدین معنی است که اگر صغیر به تجویز ماده واحد قانون راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳ شهریورماه ۱۳۱۳ شمسی که نسخ شده برای مطالبه مالش به او مراجعه کرد، مدیون در مقابل این اقدام مبادرت به طرح دعوا برای آزمایش صغیر کند، نه اینکه صغیر برای احراز رشد خود به طرفیت دادستان مبادرت به طرح دعوی رشد کند.

حالت دوم این است که یتیم به حد بلوغ برسد و بتواند ازدواج کند. مفهوم مخالف این مطلب این است که فراز اول آیه مورد استناد بیان می‌دارد که نیازی به آزمایش نیست، زیرا به حدی رسیده است که در اموال خود تصرف معقول کند تا در صورت ازدواج قادر به پرداخت نفقه همسر و تأمین معاش زندگی مشترک باشد. در این حالت، رشد در بلوغ مستتر است. بنابراین، باید اموال فرد مزبور را به او داد. این آیه می‌فرماید: «وَأُتِلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ/ و یتیمان را بیازمایید تا زمانی که به حد ازدواج برسند، پس اگر در آنان رشد لازم را یافتید، اموالشان را به خودشان بدهید.» مفهوم مخالف ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی مصوب ۱۳۸۱/۴/۱ نیز در همین راستا است که قانون‌گذار در جهت رعایت قاعده ملازمه اذن در شیء با اذن در لوازم آن، با مجاز کردن پسر بالغ (دارای پانزده سال شمسی) برای ازدواج، اهلیت معاملاتی را نیز برای او را به منظور فراهم کردن لوازم ازدواج از طریق اقدام به معاملات اقتصادی برای عمل به الزامات و تعهدات مالی خود بعد از ازدواج نسبت به تأمین نفقه همسر و معاش زندگی مشترک قائل شده است؛ در غیر این صورت، قانوناً فرد دیگری عهده‌دار تأمین نفقه همسر و معاش زندگی او که از نظر قانونی بالغ و دارای اهلیت است، متصور نیست. بدیهی است که ماده ۷۹ قانون کار مصوب ۱۳۶۸/۷/۲ به منزله قانون آمره نیز مؤید صحت مطالب فوق است، زیرا پانزده سال را حداقل سن مجاز برای اشتغال به کار بیان کرده و مقرر داشته که: «به کار گماردن افراد کمتر از پانزده سال تمام ممنوع است.» بنابراین، افراد دارای

پانزده سال سن، نیاز به داشتن اجازه ولی یا قیم برای اشتغال و اذن آن‌ها برای اداره اموال و منافع حاصل از سعی خود ندارد و از این جهت، این‌گونه افراد به دلیل خروج از دایره شمول مفهوم حجر، مشمول ماده ۸۵ قانون امور حسبی نیستند که مقرر می‌دارد: «ولی یا قیم می‌تواند در صورتی که مقتضی بداند، به محجور اجازه اشتغال به کار یا پیشه‌ای بدهد و در این صورت اجازه نام‌برده شامل لوازم آن کار یا پیشه هم خواهد بود» و ماده ۸۶ قانون همان قانون که اشعار می‌دارد: «محجور ممیز می‌تواند اموال و منافع را که به سعی خود او حاصل شده است، با اذن ولی یا قیم اداره کند». با این اوصاف، استدلال فوق مبتنی بر رسیدن یک فرد عادی سالم از نظر طی مراحل تکوین جسمی و دماغی به صورت کامل و در نتیجه بلوغ اوست، نه فرد صغیر یا مجنون که به ترتیب یا هنوز به کمال جسمی و دماغی خود نرسیده یا فرایند تکوین جسمی و دماغی او قبل از رسیدن به بلوغ متوقف شده و در نتیجه، برخلاف فرد بالغ تحت حضانت ولی خود باقی خواهد ماند. با این پیش‌زمینه، سرانجام قانون‌گذار ایرانی با تأخیر بدون دلیل در تاریخ ۱۳۹۹/۹/۲۳ با تصویب ماده واحد لایحه تصویب مقاوله‌نامه حداقل سن، مصوب سازمان بین‌المللی کار به شماره ۱۳۸ سال ۱۹۷۳ میلادی که بند سه از ماده دو آن پانزده سال را حداقل سن اشتغال معین کرده، مقرر می‌دارد: «... حداقل سنی که پیرو بند یک این ماده تعیین شده است، کمتر از سن پایان دوره تحصیل اجباری و در هر صورت کمتر از پانزده سال نخواهد بود.» و پانزده سال را سن اشتغال ابراز و مورد تأکید قرارداد.

با این اوصاف، حال برای مثال اگر مردی فوت کند که همسرش قبل از خود فوت کرده و از او فقط یک فرزند مشترک ذکور دارای پانزده سال شمسی در مقام تنها ورثه باقی‌مانده باشد و این فرزند در مقام وارث بالغ و رشید جهت وصول طلب مورث خود به بدهکار او مراجعه کند، ولی طلبکار برخلاف واقع، سن او را کمتر و در حد صغیر ارزیابی کند و از پرداخت بدهی وارث مزبور امتناع کند، در مقام رسیدگی به دعوای مطالبه او از قبل مورث به طرفیت بدهکار با توجه به سن پانزده سال خواهان به مثابه فرض بلوغ و رشد، به استناد فلسفه تعیین شدن پانزده سال شمسی به منزله سن بلوغ و رشد به صورت هم‌زمان به استناد ملاک ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و نفی اثبات محجوریت یک فرد که بالغ شده، به صراحت فراز نخستین ماده ۱۲۱۰ همان قانون و برچیده شدن ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی و به تبع آن عدم قابلیت رأی وحدت رویه شماره ۳۰ به تاریخ

۱۳/۱۰/۱۳۶۴ مربوط به آن و نسخ ماده واحده قانون رشد متعاملین دادگاه قانوناً ناچار از اجابت خواسته خواهان است، اما چنانچه طلبکار به استناد مطالبه طلب از سوی ورثه طلبکار طی اظهارنامه رسمی، ابتکار عمل را به دست گرفته و مبادرت به طرح دعوی اثبات عدم رشد ورثه مذکور برای دریافت طلب مورث خود به دلیل عدم تکوین عقلی (در حکم صغر) کند یا همین دعوا را به صورت دعوی تقابل یا دعوی اصلی مرتبط با دعوی ورثه طرح کند، دادگاه قانوناً ناچار به رسیدگی به ادعا و دلایل بدهکار است. با شق اخیرالذکر طرح دعوا دو نکته مهم مشخص می‌شود. اولین نکته این است که منظور قانون‌گذار از آوردن عبارت «... اموال صغیری که بالغ شده است ...» ادعا در مقابل ادعا در مقام رسیدگی به ادعای صغیر بودن در مقابل ادعای بلوغ و رشد هم‌زمان طرف دیگر است، نه چیز دیگر. در این حالت نمی‌توان کسی را تصور کرد که هم صغیر باشد و هم بالغ. دومین نکته این است عنوان دعوی که در نفی اهلیت استیفای یک نفر دیگر قابلیت طرح دارد، دعوی اثبات عدم رشد است، نه دعوی اثبات رشد؛ زیرا همان‌طور که گفتیم، رشد در خصوص شخصی که به سن بلوغ رسیده مفروض است؛ مگر اینکه سبب دعوا عدم تکوین عقلی یا توقف رشد عقلی متصل به صغر یا در نتیجه حادثه و بروز علل پزشکی باشد.

۵. بلوغ در نظام حقوق کیفری حال حاضر

در قانون مجازات اسلامی مصوب مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۹۲ با الهام از مقررات شرع، دو نوع نظام تعیین مسئولیت کیفری و مجازات برای افراد وجود دارد. یکم: تعیین مسئولیت کیفری و مجازات بر مبنای بلوغ فرد با توسل به نه سال قمری برای دختر و پانزده سال قمری برای پسر (ماده ۱۴۷ ق.م.ا) به مثابه فرض که منبعث از مقررات شرع و عبارت‌اند از حدود قصاص و دیات که از نظر نوع، تعداد، عنوان جرم و نوع و میزان مجازات ثابت و لایتغیر و تخفیف‌ناپذیر و مهم‌تر از همه در هیچ زمان و مکانی تعطیل‌شدنی نیست. خلاف این فرض در خصوص فردی متعارف که با طی کامل مراحل تکوین قوای دماغی به مرحله بلوغ رسیده، اثبات‌شدنی و پذیرفتنی نیست، اما برای فرد غیرمتعارف که تکوین مراحل قوای دماغی او قبل از رسیدن به بلوغ متوقف شده و در نتیجه به مرحله بلوغ از زندگی خود نرسیده یا بعد از بلوغ به دلیل جنون و عارضه‌های مرضی دچار زوال عقل شده و شبهه وجود این وضعیت در فرد از جهت رعایت قاعده درء قابل اثبات و پذیرش در دادگاه است (ماده ۹۱ ق.م.ا). دوم: تعیین مسئولیت کیفری و

مجازات بر مبنای بلوغ فرد با توسل به نُه سال شمسی برای دختر و پانزده سال شمسی برای پسر (مواد ۸۸ و ۸۹ ق.م.ا) به منزله فرض که منبعث از مقتضیات زمانی، مکانی و فرهنگی است و عبارت‌اند از جرائم تعزیری و اقدامات تأمینی و تربیتی که با وضع قانون جدید از نظر نوع، تعداد، عنوان جرم و میزان و نوع مجازات قابل تغییر تبدیل و حذف و جرم‌زدایی و با نظر قاضی محکمه قابل تقلیل و تبدیل و معافیت از مجازات هستند (مواد ۳۷ و ۳۹ ق.م.ا).

نتیجه‌گیری

برای احراز بلوغ هر فرد، ظهور علائم و نشانه‌های تکوینی به‌مثابه اماره، به‌طور قطع و یقین منجر به احراز ورود به مرحله بلوغ نمی‌شد. این وضعیت موجب شد که مشکل احراز بلوغ در افراد لاینحل باقی بماند؛ بنابراین، باید از روش توسل به امارات گذر کرد و به روشی حقوقی متوسل شد که فصل‌الخطاب در برون‌رفت از این مشکل باشد؛ به‌نحوی که خلاف آن اثبات‌شدنی نباشد. قانون‌گذار با توسل به روش تعیین سن بلوغ به‌مثابه فرض حقوقی / قانونی برای احراز بلوغ، در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ با تصویب ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی ضمن تصریح به این نکته که هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از سن بلوغ به‌مثابه جنون یا عدم رشد محجور کرد، در تبصره یک همان ماده سن بلوغ را در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری تعیین کرد، ولی با وجود این، نکته بسیار مهمی که باید در تفسیر فراز اول ماده مذکور به آن توجه کرد، این است که امکان اثبات محجوریت متصل به صغر و حادث بعد از سن بلوغ منتفی نشده است؛ آن هم در دو مورد جنون و عدم رشد. از قید شدن «عدم رشد» در کنار «جنون» به‌منزله یکی دیگر از موارد اثبات محجوریت بعد از رسیدن به سن بلوغ چنین استنباط می‌شود که منظور قانون‌گذار از آوردن عبارت «عدم رشد»، توقف رشدونمو و تکوین یک فرد از نظر قوای دماغی قبل از ورود به سن بلوغ یا جنون و زوال قوای دماغی حادث بعد از سن بلوغ بنا به دلایل عدیده، مثل بروز بیماری و وقوع حوادث است و نه عدم رشد به معنای عدم اهلیت. بعدها در مقام عمل به‌وضوح روشن شد که تعیین نه سال تمام قمری برای دختر و پانزده سال تمام قمری نیز برای پسر به‌مثابه سن بلوغ در امر ازدواج دختر و پسر و انجام معامله و اشتغال به کار پسر دارای پانزده سال که با ازدواج خود قانوناً و در مقام رئیس خانواده، مکلف به پرداخت نفقه و تأمین معاش خانواده خود شده، با واقع امر بلوغ به‌طرز مسامحه‌ناپذیر بسیار فاصله دارد. این وضعیت، قانون‌گذار را بر آن داشت که با گذر از فرض نه سال قمری برای دختر و پانزده سال تمام قمری برای پسر به‌مثابه سن بلوغ و تبدیل آن به اماره بلوغ دیگر، با رعایت مفهوم مخالف ماده ۷۹ قانون کار مصوب ۱۳۶۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام که به کار گماردن افراد پانزده سال را مجاز کرده، فرض قانونی جدیدی را برای سن بلوغ معین کند و دایره مفهوم آن را به نحو حکومت (در معنای آن از نظر علم اصول فقه) به اهلیت توسعه داده و با آن منطبق کند. بدین منظور، ابتدا با تصویب

ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی و تعیین هجده سال به مثابه رشد، قانون ماده واحده سن رشد متعاملین مصوب سال ۱۳۱۳ را نسخ کرد. پس از آن، به موجب ماده ۳۱ قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ ماده ۱۲۰۹ مصوب سال ۱۳۱۴ قانون مدنی را حذف کرد و بدین وسیله، به تجویز طرح دعوا از سوی خود به طرفیت دادستان به خواسته احراز رشد نیز خاتمه داد و در نهایت با تصویب ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱/۴/۱ و به استناد مفهوم مخالف آن، سن بلوغ و اهلیت را برای دختران سیزده سال شمسی و برای پسران پانزده سال شمسی به مثابه فرض قانونی جدید تعیین کرد. به این مطلب در فراز اول ماده ۱۲۱۰ پرداخته شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «هیچ کس را نمی‌توان بعد رسیدن به سن بلوغ به مثابه جنون یا عدم رشد محجور کرد.» پس، در نهایت، هر کس که به سن بلوغ می‌رسد، رشید نیز محسوب می‌شود. به علاوه، با توجه به پیشینه و تحولات قانون‌گذاری در خصوص تعیین سن اشتغال، سرانجام قانون‌گذار ایرانی با تأخیر بدون دلیل در تاریخ ۱۳۹۹/۹/۲۳ با تصویب ماده واحده لایحه تصویب مقاوله‌نامه حداقل سن، مصوب سازمان بین‌المللی کار به شماره ۱۳۸ سال ۱۹۷۳ میلادی که بند سه از ماده دو آن پانزده سال را حداقل سن اشتغال معین کرده، مقرر می‌دارد: «... حداقل سنی که پیرو بند یک این ماده تعیین شده است، کمتر از سن پایان دوره تحصیل اجباری و در هر صورت کمتر از پانزده سال نخواهد بود» و پانزده را سال سن اشتغال ابراز کرد و مورد تأکید قرار داد.

منابع:

الف) کتب فارسی:

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران*، ج اول، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، ج چهارم، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
۴. صادقی، تهرانی، *رساله توضیح المسائل*، اجتهاد و تقلید، مراحل بلوغ، قم، انتشارات شکرانه، ۱۳۹۸.
۵. صفایی، سیدحسین و قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *اشخاص و محجورین*، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۲.
۶. صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴.
۷. عدل، سیدمصطفی، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ چهارم، ۱۴۰۰، ۱۲۳-۱۲۲.
۸. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
۹. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی خانواده*، ج اول، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۴۰۰.

ب) کتب عربی:

۱۰. طبرسی، فضل بن حسن، *مجمع البیات فی تفسیر القرآن*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ه. ق.
۱۱. شهید اول، الشیخ شمس‌الدین محمدبن مکی العاملی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، (دوره سه جلدی)، چاپ اول، قم، انتشارات داوری، ۱۴۱۱ ه. ق.
۱۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۲۶، تهران، مکتبه الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۹۴ ه. ق.

۱۳. فیض کاشانی، ملاحسن، **مفاتیح الشرائع**، قم، کتابخانه عمومی آیت الله مرعشی، ۱۴۰۱ ه.ق.
۱۴. فرغانی مرغینانی، **متن بدایه المبتدی فی فقه الإمام أبی حنیفه**، ج ۱، قاهره، ۱۹۳۶ م.
۱۵. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام**، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۳ ه.ق.
۱۶. منهجی آسیوطی، **جواهر العقود**، ج ۱، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۹۹۶ م.
۱۷. جعفر سبحانی، **البلوغ والتلیه رساله فی تأثیر الزمان و المكان الی استنباط الاحکام**، قم، ۱۴۱۸.
۱۸. قرطبی، محمد بن احمد بن ابی بکر بن فرح، **تفسیر القرطبی**، دالفکر بیروت، ۱۳۸۴ ه.ق.
۱۹. طوسی، محمد بن حسن، **الخلاص**، ج ۳، قم، ۱۴۱۱ ه.ق.
۲۰. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، **المغنی**، دار احديث، قاهره، ج ۴، بی تا.

مقالات:

۲۱. حق پرست، شعبان، یوسف زاده، صمد، **تحول مفهوم رضایت ولی نسبت به دختر باکره بالغ در ازدواج و آثار آن**، فصلنامه حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، سال چهارم، شماره ۱۲، پاییز ۱۳۹۴، صص ۳۵-۹.
۲۲. دلشاد معارف، ابراهیم، ماهیت و اثر فرض حقوقی، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، زمستان ۸۸، صص ۱۹۰-۱۷۳.
۲۳. شکوهی زاده، رضا، **کارکرد فرض قانونی در نظام های حقوقی**، فصلنامه علمی دانشنامه های حقوقی، شماره ۲ بهار ۱۳۸۹، صص ۱۶۵-۱۴۵.
۲۴. صفایی، سید حسین، **شرح و نقدی بر ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید اصلاح موادی از قانون مدنی**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، دوره ۲۵، شماره ۱۱۶۱، دی ۱۳۶۹، صص ۱۲۵-۱۰۳.

مدیریت حقوقی ریسک‌های داخلی در پروژه‌های صنعتی با رویکرد مقایسه‌ی میان قراردادهای مختلف پیمانکاری

(مقاله علمی-پژوهشی)

میرشهبیز شافع*

نیکو فرهی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۱۴

چکیده

پروژه‌های صنعتی ذاتاً پیچیده‌اند و در تمام مراحل، از مرحله امکان‌سنجی گرفته تا مرحله راه‌اندازی، همواره با ریسک‌های متعددی روبه‌رو هستند و همیشه این نگرانی وجود دارد که پروژه‌ها نهایتاً به اهداف موردنظر خود دست نیابند. از این جهت، مدیریت ریسک به‌مثابه یکی از مهم‌ترین عوامل موفقیت پروژه‌ها شناخته می‌شود که می‌بایست از ابتدایی‌ترین مراحل آغاز به کار پروژه مدنظر قرار بگیرد و برای آن برنامه‌ریزی شود. این نوشته به بررسی ابزارهای حقوقی مدیریت ریسک‌های داخلی پروژه با رویکرد ایجاد انگیزه در پیمانکار جهت حداکثرسازی تعاون و همکاری با کارفرما می‌پردازد و این ابزارها را در قراردادهای پیمانکاری EPC، GC و EPCM در پروژه‌های صنعتی غیرعمرانی بررسی می‌کند و به دنبال پاسخ به این پرسش است که کدام‌یک از این ابزارهای حقوقی با سهولت بیشتری می‌توانند موجب نوعی تعامل میان طرفین قرارداد و در نهایت، برقراری توازن منطقی در تخصیص ریسک‌های داخلی پروژه شوند. در پاسخ، به نظر می‌رسد که هم‌راستاسازی منافع پیمانکار با منافع کارفرما، تخصیص بهینه و عادلانه ریسک میان طرفین و ایجاد شرایط برد-برد برای هر دو طرف، از جمله راهکارهای مدیریت ریسک است که با استفاده از ابزارهای حقوقی همچون شیوه انتقال پروژه، شیوه پرداخت به پیمانکار و شروط قراردادی قابل تحقق است. مدل قراردادی EPCM به‌منزله یکی از شیوه‌های نوین انتقال پروژه شناخته می‌شود که در آن، اصل بر همکاری و عدم رقابت پیمانکار با کارفرماست. بررسی جوانب مختلف این نوع قرارداد نشان می‌دهد که انتخاب شیوه مناسب انتقال پروژه به همراه دیگر ابزارهای حقوقی، چگونه به مدیریت کارآمدتر ریسک‌ها کمک می‌کند.

کلید واژگان:

مدیریت حقوقی ریسک، تخصیص بهینه ریسک، شروط قراردادی، شیوه پرداخت، شیوه انتقال پروژه.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

mirshahbiz@hotmail.com

** دانشجوی دوره دکتری حقوق نفت و گاز دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

nikoo.farrahi@gmail.com

مقدمه

وقتی صحبت از مدیریت حقوقی ریسک به میان می‌آید، قرارداد منعقد شده میان طرفین به منزله ابزار تعیین‌کننده روابط و تنظیم‌کننده حقوق و تعهدات طرفین اهمیت می‌یابد و شناخت مواردی همچون نحوه تخصیص ریسک در انواع قراردادهای، شروط مندرج در قرارداد و شیوه پرداخت مطرح می‌شود. یکی از مهم‌ترین گام‌ها در راه مدیریت ریسک‌های پروژه، انتخاب شیوه مناسب انتقال پروژه و تنظیم صحیح قراردادهای پیمانکاری به نحوی است که همکاری طرفین در مقابله با ریسک‌ها را در پی داشته باشد. امروزه، مباحث مربوط به مدیریت ریسک در پروژه از دیدگاه سنتی خود فاصله گرفته و وارد عصری جدید شده است؛ عصری که در آن، ذی‌نفعان پروژه‌ها به اهمیت ایجاد تعامل و همکاری میان کارفرما و پیمانکار پی می‌برند و درصدد ایجاد رابطه‌ای قراردادی مبتنی بر نظریه برد-برد برمی‌آیند. مطالعات متعدد نشان داده‌اند که استفاده از قراردادهای مبتنی بر همکاری در مقایسه با قراردادهای سنتی، اجرای پروژه را به مراتب کارآمدتر می‌سازد. شیوه‌های مدیریت ریسک در این دست از قراردادهای بسیار پیشرفته است؛ به نحوی که باعث شفافیت بیشتر قرارداد، درک بیشتر از انتظارات و درخواست‌های کارفرما و همچنین رضایت بیشتر طرفین از همکاری با یکدیگر می‌شود.^۱

هدف از این نوشته کمک به کارفرمایان در به موفقیت رساندن پروژه با استفاده از ابزارهای حقوقی است. بدین منظور، مدل نوینی از قراردادهای پیمانکاری تحت عنوان قراردادهای EPCM^۲ معرفی شده است که به جای تقویت روحیه رقابت و سودجویی شخصی، در راستای ایجاد تعامل و افزایش همکاری بین کارفرما و پیمانکار استفاده می‌شود. معرفی این مدل قراردادی در این نوشته، در مقایسه با دیگر مدل‌های متداول قراردادی همچون EPC^۳ و پیمانکاری عمومی صورت می‌گیرد.

بحث مدیریت ریسک، از جمله مباحث تخصصی رشته مهندسی عمران، به‌ویژه گرایش مدیریت ساخت است و مطالعات بسیاری در این زمینه به شناسایی ریسک‌ها و مدیریت فنی آن‌ها

1. Klakredd O. J., Pollack J., Crawford L., "Preparing for Successful Collaborative Contracts", *Sustainability*, Vol. 13, Issue 1, 2021.

2. Engineering, Procurement and Construction Management

3. Enginenig, Procurement, Construction

پرداخته‌اند.^۱ مطالعاتی نیز درباره مدیریت ریسک از بعد مدیریت منابع انسانی و نحوه تعامل اشخاص درگیر در پروژه با هدف کاهش ریسک‌های پروژه نگاشته شده است؛^۲ حال آنکه مدیریت ریسک‌های پروژه با در نظر گرفتن مجموعه جوانب فنی، مدیریتی و حقوقی به مدیریت کارآمد ریسک‌ها می‌انجامد و مدیریت ریسک صرفاً از دیدگاه فنی یا مدیریتی و بدون ملاحظه مباحث حقوقی نتیجه مطلوبی به همراه نخواهد داشت. برخی مطالعات حقوقی نیز به بحث مدیریت ریسک پرداخته‌اند. یکی از این مطالعات در خصوص مدیریت ریسک در صنعت نفت و گاز از طریق شروط قراردادی است که در آن ضمن بررسی ریسک‌های این صنعت، به شروط قراردادی مربوط به توزیع ریسک نیز پرداخته شده است؛^۳ با این تفاوت که مطالعه مذکور با رویکرد همکاری و ایجاد تعامل میان طرفین قرارداد نگاشته نشده و مقایسه میان انواع قراردادهای پیمانکاری در این مطالعه صورت نگرفته است. مطالعه‌ای دیگر ضمن دسته‌بندی ریسک‌های حوزه نفت و گاز، به مدیریت فنی، مالی، بازرگانی، قراردادی، حقوقی و زیست‌محیطی ریسک‌ها پرداخته است.^۴ این مطالعه نیز فاقد جنبه ایجاد تعامل و همکاری میان طرفین است. مطالعه‌ای نیز به بحث مشارکت عمومی و خصوصی و نحوه تخصیص ریسک در این نوع از قراردادها پرداخته است.^۵ این مقاله با ارائه تقسیم‌بندی از ریسک‌های قراردادهای مشارکت عمومی-خصوصی، نحوه تخصیص آن‌ها به یکی از طرفین را بررسی می‌کند و به مدیریت ریسک از طریق قراردادهای پیمانکاری نمی‌پردازد. نوشته حاضر با ارائه رویکردی متفاوت نسبت به مدیریت ریسک و مقایسه آن در انواع قراردادهای پیمانکاری، تأثیر انتخاب عوامل مختلف در مدیریت کارآمد ریسک‌ها را بررسی می‌کند.

1. Renault B. Y., Agumba J. N., "Risk Management in the Construction Industry: a New Literature Review", *MATEC Web Conferences* 66, 2016.

2. Xia N., Zou P. X. W., Griffing M. A., Wang X., Zhong R., "Towards Integrating Construction Risk Management and Stakeholder Management: A Systematic Literature Review and Future Research Agendas", *International Journal of Project Management*, Vol. 36, 2018, PP. 701-715.

۳. حاجیان، محمدمهدی، سلیمی، سیده شیدا، مدیریت و توزیع کارآمد ریسک در قراردادهای نفت و گاز از طریق شروط قراردادی، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۴، زمستان ۱۳۹۹، ص ۲۱۳-۲۴۹.

۴. ابراهیمی، سید نصرالله، جانانلو، فرخ، مدیریت تفلسی ریسک در تنظیم قراردادهای بین‌المللی، مطالعات حقوقی انرژی، دوره ۱، شماره ۱، تابستان ۱۳۹۴، صص ۱۷-۳۶.

۵. علیجانی، محسن، جنیدی، لعل، تخصیص ریسک در قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی، فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی، دوره ۳، شماره ۸، پاییز ۱۳۹۹، صص ۹۳-۱۱۷.

۱. شناخت ریسک، انواع و عوامل مؤثر در مدیریت آن

از آنجا که مسئله مدیریت حقوقی ریسک نسبت به مسئله کلی‌تر مدیریت ریسک در پروژه‌های صنعتی، موضوعی خاص‌تر محسوب می‌شود و دامنه محدودتری دارد، نخست ضروری است تا برای تبیین هرچه بهتر موضوع، نگاهی اجمالی به مفهوم ریسک در پروژه، انواع و اهمیت تخصیص بهینه آن در قرارداد بپردازیم.

۱.۱. تعریف ریسک و مدیریت آن

تاکنون تعاریف متعددی از واژه «ریسک» ارائه شده است.^۱ تمام این تعاریف حاوی این نکته هستند که ریسک واقعه‌ای ناخواسته یا پیش‌بینی نشده است که می‌تواند بر اهداف پروژه تأثیر بگذارد. کلیه پروژه‌ها ذاتاً دارای ریسک هستند؛ ریسک‌هایی که هیچ‌گاه نمی‌توان آن‌ها را حذف کرد. در بهترین حالت می‌توان آن‌ها را مدیریت کرد تا تأثیرشان بر نتایج مورد انتظار پروژه کاهش یابد.^۲ وجود هرگونه عدم قطعیت در پروژه، ریسک به حساب می‌آید و به‌محض شناسایی، اقدام در جهت مقابله با آن ضروری است.^۳ تعریف مدیریت ریسک عبارت است از: «فرایند شناسایی وقایع بالقوه آسیب‌زننده به پروژه که دست‌اندرکاران پروژه با شناسایی و مدیریت آن، در خصوص دست یافتن پروژه به اهداف مورد نظر اطمینان حاصل می‌کنند.»^۴ با آگاهی دربارهٔ قیمت ریسک، تصمیم‌گیری در خصوص تدابیر کاهش تأثیرات ریسک و توجیه‌پذیری اقتصادی آن میسر می‌شود.^۵

1. Project Management Institute, PMBOK Guide, 3rd edition, p. 373.

2. Mbachu J., Taylor S., "Contractual Risks in the New Zealand Construction Industry: Analysis and Mitigation Measures", *International Journal of Construction Supply Chain Management*, Volume 4, No. 2, 2014, PP. 22-33.

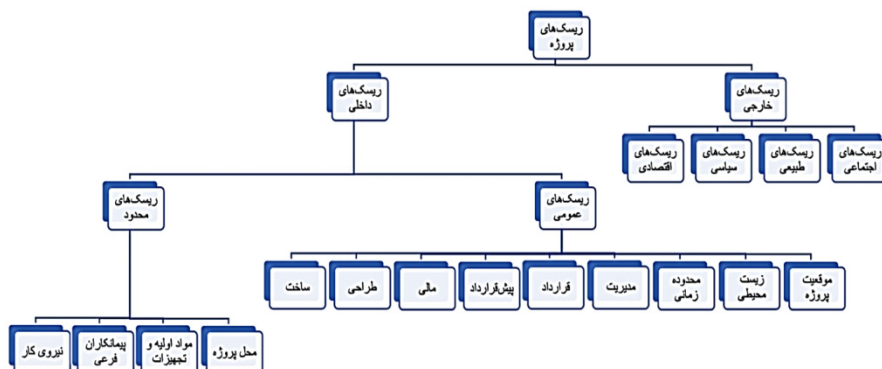
3. Power M., "Organized uncertainty – Designing a world of risk management", *Oxford University Press*, 2007, p. 5.

4. Committee for Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), "Enterprise Risk Management — Integrated framework", Executive Summary, *AICPA Inc.* COSO II report, p. 16.

5. Jaysaudha K., vidivelli B., "Analysis of Major Risks in Construction Projects", *ARPJ Journal of Engineering and Applied Sciences*, Vol. 11, No. 11, 2016, PP. 6943-6950.

۱.۲. انواع ریسک‌های قراردادی

تقسیم‌بندی‌های زیادی برای ریسک‌ها متصور است و مطالعات گوناگون هریک به‌نحوی ریسک‌ها را دسته‌بندی کرده‌اند.^۱ هر پروژه در اهداف خود دارای سه مقوله اصلی هزینه، زمان و کیفیت است و هر واقعه‌ای که بر این سه مقوله تأثیر منفی بگذارد، ریسک محسوب می‌شود. یکی از کارآمدترین تقسیم‌بندی‌هایی که تاکنون از ریسک‌ها ارائه شده است، آن‌ها را به دو بخش تقسیم می‌کند: (۱) ریسک‌هایی که با مدیریت منابع داخلی پروژه ارتباط دارند و (۲) ریسک‌هایی که به محیط خارجی پروژه مربوط هستند و اساساً از کنترل عوامل پروژه خارج‌اند. عوامل داخلی را بیشتر می‌توان کنترل کرد و بسته به هر پروژه متفاوت خواهند بود؛ در حالی که عوامل خارجی اصولاً برای تمام پروژه‌ها یکسان هستند.^۲ هدف این مقاله، مدیریت حقوقی ریسک‌های داخلی پروژه است و ریسک‌های خارجی خروج موضوعی دارند.



شکل ۱: انواع ریسک‌ها و تقسیم‌بندی آن‌ها

۱.۳. تخصیص بهینه و عادلانه ریسک در قرارداد

تخصیص بهینه ریسک به معنای توزیع مناسب ریسک میان طرفین قرارداد است. بر اساس یکی از مطالعات در خصوص استراتژی‌های کاهش تأثیرات ریسک، توزیع ریسک میان طرفین، رایج‌ترین استراتژی شناخته شده است که از مرحله برگزاری مناقصه از سوی کارفرمایان و

1. Sohrabinejad A., Rahimi M., "Risk Determination, Prioritization, and Classifying in Construction Project Case Study: Gharb Tehran Commercial Administrative Complex", *Journal of Construction Engineering*, Vol. 2015, P.3.
2. Tah J. H. M. Tah, Carr V., "Knowledge-Based Approach To Construction Project Risk Management", *Journal of Computing in Civil Engineering*, Vol. 15, Issue 3, 2001.

پیمانکاران به کار گرفته می‌شود.^۱ در اغلب موارد با تلاش کارفرما برای انتقال ریسک به پیمانکار، هزینه اجرای پروژه نیز افزایش می‌یابد. این موضوع در نهایت می‌تواند منجر به نوعی عدم توازن میان تعهدات طرفین شود و حتی اجرای قرارداد را با مانع روبه‌رو کند.^۲

به‌منظور تخصیص بهینه و عادلانه ریسک در قراردادهای پیمانکاری، چند قاعده ساده وجود دارد که می‌تواند کمک‌کننده باشد.

قاعده اول: هر ریسک باید بر عهده آن شریکی قرار گیرد که بیشترین توانایی را در کنترل آن دارد.

قاعده دوم: ریسکی که همه شرکا بتوانند آن را کنترل کنند، باید بین شرکا به اشتراک گذاشته شود و هر یک سهمی مشخص از آن را بر عهده گیرد.

قاعده سوم: هر ریسک به آن شریکی اختصاص یابد که با کمترین هزینه ممکن توانایی تحمل آن را دارد.

قاعده چهارم: ریسکی که هیچ‌یک از شرکا به‌موجب قواعد فوق نمی‌توانند آن را بر عهده بگیرند، باید بر عهده آن شریکی قرار گیرد که آغازکننده چنین ریسکی بوده است.^۳

طرفین می‌توانند با کمک این قواعد هر ریسک را به شایسته‌ترین فرد ممکن در قرارداد انتقال دهند و بدین ترتیب از مجموع هزینه‌های پروژه بکاهند. نمونه قراردادهای فیدیک (FIDIC) یا فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور، به‌مثابه الگویی بین‌المللی، و شرایط عمومی پیمان به‌مثابه الگوی داخلی، هر یک به‌نوبه خود تلاش می‌کنند تا بهترین تخصیص ریسک را به کارفرمایان و پیمانکاران ارائه کنند؛ با این تفاوت که رویکرد شرایط عمومی پیمان به دلیل داشتن جنبه عمومی بیشتر به نفع کارفرما است و تأمین منافع عمومی را دنبال می‌کند.^۴ با این توضیحات، می‌توان با بررسی ابزارهای حقوقی مدیریت ریسک‌های داخلی پروژه در پاسخ به پرسش محوری پژوهش کوشش کرد.

1. Toner M., Baccarini D., "Risk Pricing in Construction Tenders- How, Who, What", *Australian Journal of Construction Economics and Building*, Vol. 8, 2012, PP. 1-11.
2. Peckiene A., Komarovska A., Ustinovicus L., "Overview of Risk Allocation Between Construction Parties", *Procedia Engineering* 57, 2013, p. 890.
3. Lam K.C., Wang D., Patricia T. K. Lee Y. T. Tsang, "Modelling Risk allocation Decision in Construction Contracts", *International Journal of Project Management*, Vol. 25, 2007, pp. 485- 493.

۴. سلیمی، سیده شیدا، اصغریان، مجتبی، **مطالعه تطبیقی ریسک‌های فنی و مهندسی در قراردادهای ای.پی.سی صنعت نفت ایران و فیدیک**، مطالعات حقوقی، دوره سیزدهم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۰، صص ۱۶۹-۱۲۵.

۲. ابزارهای حقوقی مدیریت ریسک‌های داخلی

به‌منظور مدیریت حقوقی ریسک‌های داخلی در پروژه‌های صنعتی، ابزارهایی از جمله انتخاب شیوه انتقال پروژه، انتخاب شیوه پرداخت و شروط قراردادی در اختیار جامعه حقوقی است.^۱ در ادامه به بررسی هر یک از این موارد می‌پردازیم.

۲.۱. شیوه انتقال پروژه

کارفرمایان به‌منظور پیشبرد پروژه‌ها و با توجه به توانمندی نیروی داخلی خود نیازمند برون‌سپاری تمام یا بخشی از امور پروژه هستند. امروزه انواع گوناگونی از قراردادهای پیمانکاری تحت عنوان «شیوه‌های انتقال پروژه»^۲ استفاده می‌شوند. انتخاب شیوه مناسب انتقال پروژه می‌تواند هزینه‌های اجرای پروژه را به‌طور میانگین تا ۵ درصد و همچنین مدت‌زمان اجرای پروژه را تا ۳۰ درصد کاهش دهد.^۳

انواع شیوه‌های انتقال پروژه که موضوع مطالعه این مقاله هستند، عبارت‌اند از قراردادهای EPC، قراردادهای GC^۴ و قراردادهای EPCM. گرچه قراردادهای پیمانکاری انواع متعدد دیگری نیز دارند، این سه نوع قرارداد جهت بررسی و مقایسه در این مقاله انتخاب شده‌اند. قراردادهای EPCM به‌منزله مدلی جدید از قرارداد، اخیراً در پروژه‌های صنعتی توجه زیادی را به خود جلب کرده است. این مدل قراردادی با هدف افزایش انگیزه پیمانکار در همکاری با کارفرما و هماهنگ‌سازی منافع طرفین به کار می‌رود. اصلی‌ترین وجه تمایز قراردادهای EPCM با قراردادهای EPC، در نحوه تخصیص ریسک است. قراردادهای EPCM نوعی قرارداد خدمات حرفه‌ای هستند که در آن‌ها انجام کلیه مراحل طراحی به پیمانکار EPCM واگذار می‌شود.^۵ پس از اتمام مرحله طراحی و تأیید کارفرما، پیمانکار EPCM در مقام نماینده کارفرما اقدام به برگزاری مناقصه و تهیه و تدارک کالاها و تجهیزات مورد نیاز پروژه می‌کند. پس از اتمام مرحله

1. Moazzami M., Dehghan R., Ruwanpura J. Y., "Contractual Risks in Fast-Track Projects", *Procedia Engineering*, Vol. 14, 2011, PP. 2552-2557.

2. Project Delivery Methods

۳. عاطفی‌فرد، مسعود، خیری، مهدی، داوودی، سعید، آزاد فلاح، علی، بهنیا، سعید، **بررسی اجمالی انواع قراردادهای عمرانی**، کنفرانس سالانه تحقیقات در مهندسی عمران، معماری، شهرسازی و محیط‌زیست پایدار، دوره دوم، ۱۳۹۵.

4. General Contracting

5. Prieto A. H., *Profitability Analysis Between EPC and EPCM Project Models*, Lappeenranta University of Technology, Industrial Engineering and Management, 2018.

تدارکات، پیمانکار EPCM وارد مرحله ساخت می‌شود و به نمایندگی از کارفرما، مرحله ساخت را مدیریت می‌کند. با تحلیل قرارداد EPCM به اجزای آن، می‌توان چنین استدلال کرد که بخش مهندسی در زمره قراردادهای اجاره محسوب می‌شود و مسئولیت این بخش بر عهده پیمانکار است؛ در حالی که در مرحله تدارکات و ساخت، صرفاً وظایف مدیریتی بر عهده پیمانکار قرار می‌گیرد و پیمانکار با هیچ تولیدکننده یا سازنده‌ای به مثابه اصیل، قرارداد منعقد نمی‌کند، بلکه قرارداد را به نمایندگی کارفرما منعقد می‌کند و کارفرما اصیل محسوب می‌شود.^۱ قراردادهای EPCM برخلاف قراردادهای EPC و GC دارای نمونه قرارداد داخلی و بین‌المللی نیستند. به همین علت آشنایی با این مدل قراردادی در مقایسه با دیگر مدل‌ها کمتر است.^۲

انواع شیوه‌های انتقال پروژه عموماً در دو حوزه مسئولیت طراحی و شیوه پرداخت با یکدیگر تفاوت دارند. بدین ترتیب، نحوه تخصیص ریسک نیز در آن‌ها متفاوت خواهد بود که در ادامه به آن‌ها خواهیم پرداخت.

۲.۱.۱. مسئولیت طراحی

یکی از مهم‌ترین ریسک‌ها در هر پروژه، ریسک‌های مرتبط با طراحی است. کیفیت طراحی بر کیفیت پروژه و بهره‌وری آن تأثیر بسیاری دارد. هرچند هزینه طراحی حدود ۱۰ درصد کل هزینه ساخت پروژه را تشکیل می‌دهد، طراحی ناقص می‌تواند کل پروژه را با شکست مواجه سازد. الزامات و تصمیمات صورت گرفته در طول مرحله طراحی، بر هزینه‌های پروژه و نیز اتمام به موقع آن تأثیر اساسی خواهد گذاشت. متخصصان حوزه پیمانکاری بر این باورند که طراحی ناقص، عامل اصلی بروز دعاوی ناشی از قرارداد است؛ به نحوی که بیش از ۵۰ درصد تغییرات در شرح کار منتسب به نقص موجود در طراحی است. همچنین، نقص در طراحی یکی از مهم‌ترین عوامل تأخیر در اتمام پروژه‌ها است.^۳

در خصوص مسئولیت طراحی، اساساً با دو وضعیت مواجه هستیم:

الف) «کارفرما» مسئولیت طراحی و آماده‌سازی نقشه‌ها و سایر مدارک همراه با جزئیات مربوط به

1. Loots P., Henchie N., "Worlds Apart: EPC and EPCM Contract Risk issues and Allocation", *Economics*, 2007.

2. Philip L., Charrett D., *The Application of Contracts in Developing Offshore Oil and Gas Projects*, 1st Ed., London, Informa Law from Routledge, 2019.

3. Minato A. T., "Design Documents Quality in the Japanese Construction Industry, Factors Influencing and Impacts on Construction Process", *International Journal of Project Management*, Vol. 21, 2003, PP. 537-546.

طراحی برای برگزاری مناقصه را بر عهده دارد. قراردادهای EPCM مصداق وضعیتی هستند که در آن، پیمانکار طراحی را انجام می‌دهد، ولی مسئولیت وی صرفاً محدود به رعایت استانداردها و احتیاط متعارف است و مسئول نهایی طراحی، کارفرما است. در پیمانکاری عمومی نیز کارفرما مسئولیت طراحی (از جمله مسئولیت نقشه‌ها، مشخصات، صورت‌حساب‌ها) را بر عهده دارد و ریسک ناهماهنگی بین طراحی، ساخت و راه‌اندازی پروژه با کارفرما است.

ب) در حالت دوم، تنها کسی که مسئول طراحی و اجرای کار شناخته می‌شود، «پیمانکار» است و کارفرما صرفاً درخواست‌ها و مستلزمات پروژه را به‌طور کلی تهیه می‌کند و به مناقصه می‌گذارد. بدین ترتیب، کارفرما، اهداف، حوزه کاری و دیگر معیارهای فنی خود را تعیین می‌کند و پیمانکاری که مسئولیت طراحی را بر عهده می‌گیرد، هزینه ریسک‌های محتمل با آن را نیز در پیشنهاد قیمت خود محاسبه می‌کند. قراردادهای EPC مصداق حالتی است که در آن پیمانکار مسئولیت طراحی را بر عهده می‌گیرد.^۱

به‌موجب کتاب زرد فیدیک، تمام ریسک‌های همراه با طراحی - به‌جز آن بخش از طراحی که کارفرما انجام داده - بر عهده پیمانکار است. در صورت ایراد داشتن طراحی، این مسئولیت پیمانکار است که کلیه نواقص را برطرف کند. در مقابل، پیمانکار EPCM موظف است به‌موجب قوانین مسئولیت مدنی «مهارت و احتیاط مناسب و معقولی»^۲ را در ارائه خدمات خود به کار گیرد. به عبارت دیگر، پیمانکار EPCM تنها موظف است مهارت و احتیاطی متعارف داشته باشد و حتی در صورت ناکارایی طراحی تا وقتی که طراحی خود را بر اساس استانداردهای رایج و تأییدشده انجام دهد، مقصر شناخته نخواهد شد. پس، تا زمانی که قرارداد حاوی شرط «طراحی متناسب با هدف پروژه»^۳ نباشد، تکلیف پیمانکار رعایت «مهارت و احتیاط مناسب و معقول» در طراحی خواهد بود.^۴ هدف استفاده از شرط «طراحی متناسب با هدف پروژه» در قرارداد تضمین نتیجه مطلوب طراحی است. به‌کارگیری عبارت مذکور مسئولیت پیمانکار EPCM را از حوزه قصور وارد حوزه مسئولیت محض می‌کند. بدین ترتیب، کارفرما دیگر نیازی به اثبات قصور و خطای

1. Klee L., *International Construction Contract Law*, Second edition, Delivery Methods under FIDIC Forms of Contract, 2018, P. 85.

2. Reasonable Skill and Care

3. Fit for Purpose Designs, Clause 4.1 of 2017 FIDIC Books.

4. Ibid.

پیمانکار نخواهد داشت و این پیمانکار خواهد بود که در صورت نرسیدن به نتیجه مطلوب از پروژه، می‌بایست مقصر نبودن خود را اثبات کند. در این صورت، پیمانکار EPCM مسئول جبران کلیه خسارات ناشی از نقص در طراحی خواهد بود که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم - بسته به توافق طرفین در قرارداد - به پروژه وارد می‌شود.^۱ استفاده از عبارت «طراحی متناسب با هدف پروژه»، به مدیریت حقوقی ریسک‌های مرتبط با طراحی کمک می‌کند و باعث تخصیص عادلانه ریسک در قراردادهای پیمانکاری می‌شود.

از سوی دیگر، همان‌طور که در کتاب‌های نقره‌ای، زرد و طلایی فیدیک بدان اشاره شده است، پذیرش ریسک‌های مرتبط با طراحی از سوی پیمانکار در قراردادهای EPC امری متداول است. ماده (۴) ۱۷ فیدیک، پیمانکار را متعهد می‌سازد که کارفرما را در خصوص آسیب‌های ناشی از طراحی و «تناسب نداشتن طراحی با اهداف پروژه» در مقابل اشخاص ثالث بری‌الذمه کند.^۲ پیمانکاران عمومی، برخلاف پیمانکاران EPC و EPCM، طراحی پروژه را بر عهده ندارند و متعاقباً تعهدی نیز در قبال آن و ایجاد هماهنگی میان طراحی و ساخت نخواهند داشت.

از آنجا که ابعاد و جزئیات پروژه پس از انجام مرحله مطالعات و مهندسی مشخص می‌شود، قراردادهای EPC که پیش از انجام طراحی مفهومی منعقد می‌شوند، اصولاً از دقت زیادی برخوردار نیستند.^۳ به همین دلیل، برخی کارفرمایان قراردادهای EPC را به‌صورت E+PC برگزار می‌کنند تا از بروز چنین مشکلاتی جلوگیری به عمل آورند؛ بدین ترتیب که ابتدا با برگزاری مناقصه، مهندسی و طراحی را به پیمانکار منتخب واگذار می‌کنند و پس از اتمام مهندسی، اجرای کار را به مناقصه می‌گذارند. از جمله ایرادات چنین سازوکاری این است که در عمده موارد، اجرای کار نیز به پیمانکاری واگذار می‌شود که مهندسی را انجام داده است؛ زیرا این پیمانکار بیشترین اشراف و اطلاعات را در خصوص پروژه موردنظر دارد و در حقیقت، مناقصه‌ای که برگزار می‌شود، عادلانه نخواهد بود و این احتمال وجود دارد که پروژه از وجود پیمانکاری صلاحیت‌دار برای

1. Sahu R., "The EPCM Delivery Model: A Contractor's Perspective", *International In-house Counsel Journal*, Vol. 9, 2016.

2. Udrescu E. E., "Fitness for Purpose' Obligation in Construction Contracts", *Revista Romana de Arbitraj Journal*, Vol. 12, 2018.

۳. بهادری، شیرکو، آسیب‌شناسی قراردادهای EPC و EPCF در صنعت نفت ایران، ماهنامه علمی اکتشاف و تولید نفت و گاز، شماره ۱۶۵، خرداد ۱۳۹۸، صص ۹-۱۳.

مرحله اجرا محروم شود.^۱ در مقابل در مدل EPCM، کارفرما از ابتدای شروع به کار پروژه و حتی در مواردی در مرحله امکان‌سنجی، پیمانکار را از طریق برگزاری مناقصه یا انجام مذاکرات به کار می‌گیرد و علاوه بر انجام مطالعات، طراحی و مهندسی، با روشن‌سازی ابعاد مختلف پروژه و تخمین هزینه‌های آن، مدیریت سایر مراحل را نیز به وی واگذار می‌کند. افزایش دقت در طراحی، صرفه‌جویی در هزینه‌ها، کاهش احتمال بروز اختلاف، کاهش احتمال تعلیق کار و کاهش مدت‌زمان اتمام پروژه از جمله مزایای استفاده از مدل EPCM نسبت به مدل EPC در مدیریت ریسک‌های داخلی است.

۲.۱.۲. شیوه‌های پرداخت

انتخاب شیوه پرداخت در قرارداد، یکی از سازوکارهای مدیریت ریسک است. با انتخاب بهترین شیوه پرداخت بر اساس نیازهای پروژه، می‌توان ریسک‌ها را تا حد زیادی کنترل کرد.^۲ قاعده کلی درباره سازوکار پرداخت این است که هرچه هزینه‌های پروژه نامشخص‌تر و مبلغ پیشنهادی پیمانکار بیشتر باشد، ریسک پیمانکار نیز بیشتر خواهد بود. به‌طور کلی، سه شیوه پرداخت ذیل، صرف‌نظر از نوع قرارداد قابل تصور است:

۲.۱.۲.۱. شیوه قیمت مقطوع^۳

در شیوه قیمت مقطوع، پیمانکار تعهد می‌کند کل کار را صرف‌نظر از هزینه‌های واقعی پروژه بر اساس یک مبلغ کلی و از پیش تعیین‌شده انجام دهد. با توجه به اینکه در این شیوه امکان تفکیک پروژه به واحدهای قابل اندازه‌گیری وجود ندارد، پیمانکار تمام هزینه‌ها به اضافه هزینه ریسک‌ها را بر اساس درصد پیشرفت کار از کارفرما دریافت می‌کند و کارفرما کمترین ریسک را متحمل می‌شود. این شیوه پرداخت در قراردادهای EPC کاربرد بیشتری دارد. از نظر برخی صاحب‌نظران، سازوکار پرداختی در قراردادهای قیمت مقطوع به‌نحوی است که باعث ایجاد حداقل تعامل و همکاری میان طرفین می‌شود. دلیل این امر انگیزه فراوان پیمانکار در کاهش هزینه‌ها و افزایش حاشیه سود خود است.^۴

1. Richard J. L., "Typical Problems Leading to Delays, Cost Overruns, and Claims on Process Plant and Offshore Oil and Gas Projects", *Long International*, 2022.

2. Moazzami M., Dehghan R., Ruwanpura J. Y., "Contractual Risks in Fast-Track Projects", *Procedia Engineering*, Vol. 14, 2011, PP. 2552-2557.

3. Lump Sum

4. Klakedd O. J., Pollack J., Crawford L., "Preparing for Successful Collaborative Contracts", *Sustainability*, Vol. 13, Issue 1, 2021.

۲.۱.۲.۲. شیوه پرداخت آحادها^۱

کلیه پرداخت‌ها در این شیوه بر حسب واحد انجام کار (مترمربع، کیلوگرم و ...) صورت می‌پذیرد. معمولاً فعالیت‌هایی که به شیوه آحادها پرداخت می‌شوند، اموری مشخص و کم‌ریسک هستند و به همین دلیل کارفرمایان ترجیح می‌دهند هزینه اضافی بابت ریسک به طرف مقابل پرداخت نکنند؛ هرچند که در نهایت، خود کارفرما ریسک کار را عهده‌دار است. استفاده از این شیوه در خصوص فعالیت‌هایی که به‌طور دقیق قابل شمارش نیستند (مانند طراحی، سختی کار، هزینه‌های بالاسری و ...) کاربرد ندارد. استفاده از این روش بیشتر در قراردادهای پیمانکاری عمومی رایج است.^۲

۲.۱.۲.۳. شیوه بازپرداخت هزینه^۳

در این روش، پرداخت به پیمانکار بر اساس هزینه‌های ساخت به اضافه درصدی از سود مورد توافق طرفین صورت می‌گیرد. برای مثال، کارفرما هزینه نیروی انسانی را به اضافه سود به پیمانکار پرداخت می‌کند. این شیوه پرداخت، مناسب مواردی است که پروژه ابهام دارد و نمی‌توان آن را به‌قدر کافی تشریح کرد. از سوی دیگر، این شیوه برای اموری نظیر طراحی و اموری که هزینه مشخصی ندارند، مناسب نیست. این نوع پرداخت که بیشتر در قراردادهای خدماتی و مدیریتی استفاده می‌شود، با وجود اینکه هزینه کمتری برای کارفرما دارد، ریسک‌ها را برای وی باقی می‌گذارد. در این روش پرداختی، پیمانکار انگیزه چندانی برای کاهش ریسک‌های پروژه، صرفه‌جویی در هزینه‌ها و بهبود کیفیت کار ندارد؛ لذا کارفرمایان برای مقابله با بی‌انگیزگی طرف مقابل از «شیوه بازپرداخت هزینه به اضافه تشویقی»^۴ استفاده می‌کنند. در این حالت، مبالغی تحت عنوان تشویقی به پیمانکار تعلق می‌گیرد و بدین ترتیب، ریسک‌های پروژه گرچه همچنان بر عهده کارفرماست، به دلیل انگیزه فراوان طرف مقابل تا حد زیادی کاهش پیدا می‌کند. در صورتی که قرارداد منعقد EPCM باشد و طراحی را نیز پیمانکار EPCM انجام داده باشد،

1. Unit Price

۲. دادگر، علیرضا بختیاری، گودرزی، محمدرضا، بررسی روش‌ها و انواع قراردادهای چندعاملی اجرای پروژه‌های عمرانی به لحاظ فنی، مالی و نحوه پرداخت، سومین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های نوین عمران، معماری و شهرسازی، تیر ۱۳۹۰.

3. Cost Plus

4. Cost Plus Incentive Fee

هزینه بخش طراحی جداگانه و به صورت قیمت مقطوع یا درصدی از قیمت تخمینی قرارداد مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد و باقی امور از جمله مدیریت تأمین منابع و مدیریت ساخت به شیوه بازپرداخت هزینه به اضافه سود تشویقی خواهد بود.^۱

در قراردادهای EPCM معمولاً با تخمین هزینه‌ها و تعیین «بودجه هدف» از سوی پیمانکار در آغاز به کار پروژه، فرمول تشویقی جهت کاهش هزینه‌ها و مدت زمان اتمام پروژه مورد توافق قرار می‌گیرد. بدین ترتیب، هرچه هزینه‌های واقعی پروژه از بودجه هدف کمتر شود، سود و پاداش پیمانکار نیز افزایش می‌یابد. از آنجا که کاهش مدت زمان پروژه اصولاً با کاهش هزینه رابطه مستقیمی دارد، پیمانکار با مدیریت و کاهش زمان خودبه‌خود به کاهش هزینه نیز کمک خواهد کرد. علاوه بر کاهش هزینه و زمان، عنصر «الزامات کیفی» که مشخصات فنی، کیفیت ساخت، الزامات عملکرد و ... را شامل می‌شود نیز بر پاداش پیمانکار تأثیر مستقیم می‌گذارد. شیوه پرداخت هزینه به اضافه پاداش، شیوه‌ای نوین محسوب می‌شود که بیشتر دارای رویکرد مشارکتی است تا مقابله‌ای. این شیوه باعث افزایش چشمگیر همکاری پیمانکار EPCM و کارفرما در موفقیت پروژه می‌شود. در این دست از قراردادها، با ترکیب تیم کارفرما و پیمانکار، تیم یکپارچه پروژه^۲ با انگیزه یکسان ایجاد می‌شود؛ امری که در قراردادهای قیمت مقطوع میسر نیست.^۳

۲.۲. شروط قراردادی

به عقیده صاحب نظران، شیوه انتقال پروژه و نوع قرارداد به‌تنهایی نمی‌تواند تعیین‌کننده میزان سود طرفین باشد؛ بلکه شروط قراردادی نیز تأثیر بسزایی در تعیین سهم هریک از طرفین از پروژه دارند. شروط قراردادی هرچند نمی‌توانند ریسک‌های همراه با پروژه را از بین ببرند، می‌توانند با ایجاد تعادل میان طرفین قرارداد، عواقب ناشی از ریسک‌ها را کاهش دهند و از بروز اختلاف، انجام مذاکرات مجدد یا حتی خاتمه زودهنگام قرارداد که خود ریسک محسوب می‌شود، جلوگیری کنند. استفاده هدفمند و مؤثر از شروط قراردادی به‌منظور کاهش تعارض منافع و

1. Berends T.C., "Cost plus Incentive Fee Contracting- Experiences and Structuring", *International Journal of Project Management*, 2000, P.P. 165-171.

2. Integrated Project Team

3. Berends T. C., "Cooperative Contracting on Major Engineering and Construction Projects", *The Engineering Economist*, Vol. 53, 2006, P.P. 35-51.

هماهنگ‌سازی انگیزه طرفین از جمله سازوکارهای موجود برای مدیریت حقوقی ریسک‌ها است.^۱ شروط متعددی به‌منظور توزیع ریسک میان طرفین در قراردادهای پیمانکاری استفاده می‌شود. از جمله این شروط می‌توان به شرط برائت ذمه، شرط وجه التزام، حق تعلیق، حق خاتمه قرارداد، شروط مربوط به دریافت تضامین، بیمه و ... اشاره کرد که بررسی آن‌ها در این نوشته میسر نیست. شروطی همچون شرط تعدیل قیمت، شرط سهم خالص، شرط تحدید مسئولیت و شرط تغییر در شرح و مقادیر کار از جمله شروط مهمی هستند که در جهت مدیریت حقوقی ریسک و تخصیص عادلانه آن در قرارداد به کار گرفته می‌شوند:

۲.۲.۱. شرط تعدیل قیمت^۲

بروز تغییرات نامتعارف همچون نوسان قیمت ارز، تجهیزات و ماشین‌آلات، مواد اولیه و دستمزد نیروی انسانی، ریسک و مخاطره‌ای است که پیمانکاران در کشورهایی با اقتصاد متزلزل را نگران می‌سازد. در پروژه‌های صنعتی زمان‌بر که به‌صورت ریالی منعقد می‌شوند، نگرانی در خصوص افزایش قیمت‌ها و برهم خوردن توازن قراردادی بیشتر است. ریسک افزایش قیمت کالاها از جمله ریسک‌هایی است که بر روند اجرای پروژه تأثیر منفی می‌گذارد و می‌تواند علاوه بر افزایش هزینه‌ها، زمان اتمام پروژه را نیز به تأخیر اندازد. در صورت افزایش قیمت‌ها، سود پیمانکار کاهش و ریسک افت کیفیت پروژه افزایش می‌یابد. ریسک افزایش قیمت‌ها در دسته ریسک‌های داخلی و عمومی (مالی) پروژه قرار می‌گیرد. استفاده از شرط تعدیل در قراردادهای پیمانکاری می‌تواند به‌نحوی مطلوب، ریسک تورم و افزایش قیمت را تعدیل کند و از طرفی نیز سبب هماهنگی قیمت قرارداد با قیمت بازار شود. در صورت استفاده از این شرط، پیمانکار ریسک افزایش قیمت و کاهش ارزش پول را از پیشنهاد قیمت خود در مناقصه حذف می‌کند و لذا قیمت قرارداد کاهش می‌یابد. مطالعات نشان داده است که استفاده از شرط تعدیل قیمت، علاوه بر اینکه به تخصیص عادلانه ریسک‌های مالی پروژه کمک می‌کند، باعث افزایش روحیه همکاری و کاهش اختلافات میان کارفرما و پیمانکار نیز می‌شود.^۳

1. Mohammadi M. H., Hajian M. M., Emami Meibodi A., "Managing Contractual Risks of Capital Applicant in Oil and Gas Upstream Development Contracts within the Framework of Moral Hazard Model", *Applied Economics Studies, Iran (AESI)*, Vol. 10, No. 40, Winter 2022, P.P. 14-22.

2. Price Adjustment or Escalation Clause

3. Sadeghi B., Kashani H., "Defining Mitigation Strategies for Recurring EPC Contract Risks", *Construction Research Congress*, 2016, PP. 2773-2782.

شرط تعدیل قیمت در قراردادهای خصوصی با توجه به تعریف طرفین از تغییر قیمت‌ها در قرارداد درج شده است و طرفین تعیین می‌کنند با وقوع چند درصد افزایش در قیمت‌ها، پیمانکار می‌تواند درخواست تعدیل قیمت را به کارفرما ارائه کند. در قراردادهای پیمانکاری دولتی - به موجب شرایط عمومی پیمان، قوانین و نیز بخش‌نامه‌های دولتی - از آنجا که دولت در مقام کارفرما بر قرارداد نظارت دارد، شرط تعدیل قیمت با محدودیت همراه است؛ در حالی که در نمونه قراردادهای فیدیک به‌ویژه قراردادهای EPC، دست طرفین در تعیین بهترین روش تعدیل بر اساس اصل آزادی قراردادها باز است و می‌توانند روش مطلوب خود را انتخاب کنند. شرایط عمومی پیمان در بند «ه» ماده ۲۹، استفاده از شرط تعدیل قیمت را به شرایط اختصاصی واگذار کرده است. بنابراین، شرایط عمومی، تعدیل قرارداد را به‌مثابه قاعده عمومی نپذیرفته است.^۱ نحوه محاسبه تعدیل به دلیل تلفیق با مصالح و منافع اجتماعی، تابع قوانین و نیز بخشنامه‌های صادره از سوی دولت است. در صورت توافق طرفین بر تعدیل در شرایط خصوصی قرارداد، صورت وضعیت تعدیل از طرف پیمانکار به کارفرما تقدیم می‌شود تا مبالغ دریافتی پیمانکار بر اساس شاخص تعدیل اعلامی از سوی سازمان برنامه‌بودجه تعدیل شود. این شاخص‌ها هر سه ماه یکبار از سوی سازمان برنامه‌بودجه اعلام می‌شود.^۲ در پیمان‌های ریالی فاقد شرط تعدیل نیز راهکارهایی به‌منظور برقراری توازن در قرارداد در صورت افزایش نرخ ارز در نظر گرفته شده است. به‌موجب «بخشنامه نحوه جبران آثار تغییر قیمت ارز در پیمان‌های فاقد تعدیل»، مبلغ جبرانی به پیمانکار با انتخاب یکی از روش‌های پیشنهادی از سوی بخش‌نامه مربوطه امکان‌پذیر خواهد بود. این بخش‌نامه ناظر به حالتی است که قرارداد پیمانکاری در خصوص تعدیل و شرایط آن ساکت باشد.^۳ بنابراین، از میان انواع شیوه‌های تعدیل قراردادی، تنها روش شرط شاخص یا

۱. رستمی، ولی، **تعدیل در قراردادهای اداری**، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۵، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴، صص. ۲۱۵-۲۳۶.

۲. فرهادی، کریم، پروین، خیرالله، حبیبی، محمدحسن، **تأثیر تعدیل قراردادهای دولتی و تقویت طرف ضعیف قرارداد بر ارتقای استاندارد و کیفیت پروژه‌های دولتی**، فصلنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره اول، بهار ۱۳۹۸، صص. ۱۴۷-۱۶۱.

۳. راستاد، مجتبی، **تعدیل ناشی از اجرای قانون در قراردادهای پیمانکاری**، کنفرانس ملی تحقیقات علمی جهان در مدیریت، حسابداری، حقوق و علوم اجتماعی، ۱۳۹۶.

فرمول تعدیل در قراردادهای پیمانکاری دولتی پذیرفته شده است.^۱ در صورتی که در قرارداد پیمانکاری شرط عدم تعدیل صراحتاً درج شده باشد، استفاده از بخش‌نامه مذکور مقدور نخواهد بود.^۲ از آنجاکه در قراردادهای EPCM تمام هزینه‌های پروژه را کارفرما پرداخت می‌کند و ریسک تغییر قیمت‌ها بر عهده کارفرماست، پیمانکار مستقیماً از افزایش هزینه‌ها متضرر نمی‌شود. اما با بروز تغییر در قیمت‌ها، بودجه هدفی که پیمانکار EPCM تعیین کرده و مبنای محاسبه سود تشویقی برای اوست، از هزینه‌های واقعی پروژه فاصله می‌گیرد و در نتیجه، سود پیمانکار کاهش می‌یابد. بنابراین، برای حفظ انگیزه پیمانکار در این نوع قراردادهای، می‌بایست فرمولی در قرارداد به‌منظور مقابله با ریسک افزایش قیمت‌ها درج شود تا سود پیمانکار EPCM با تغییر قیمت‌ها دستخوش تغییرات چندانی نشود.^۳

در قراردادهای پیمانکاری عمومی با شیوه پرداخت آحادها، ریسک تغییر قیمت‌ها بر عهده کارفرما باقی می‌ماند و بهای هر واحد در رشته‌های مختلف را سازمان برنامه‌وبودجه تعیین می‌کند.^۴

۲.۲.۲. شرط تغییر در شرح کار یا مقادیر کار^۵

شرط تغییر در شرح کار یا مقادیر کار از جمله شروطی است که در غالب قراردادهای پیمانکاری یافت می‌شود. این شروط در خصوص تغییر در میزان کار، خدمات یا مصالح ضروری در روند اجرای پروژه، اعمال می‌شوند. این شرط ناظر به افزایش یا کاهش مقادیری است که در فهرست‌بها یا در متن شرایط اختصاصی قرارداد عنوان شده است. درج این شرط در قرارداد به طرفین اطمینان می‌دهد تا در صورتی که پروژه با ریسکی پیش‌بینی نشده مواجه شود، با تمسک به این شرط ریسک را مدیریت کنند و پروژه را به اهداف خود برسانند.^۶ هرچند تغییر در شرح کار یا مقادیر کار، خود، ریسک شناخته می‌شود، مطالعات نشان داده است که در برخی شرایط اعمال

۱. رحیمی، حبیب‌الله، علیزاده، سعیده، ماهیت و مبنای تعدیل در حقوق ایران و فیدیک، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، زمستان ۱۳۹۶، شماره ۲۱.

۲. ذوالفقاری، سیدمحمد، بررسی حقوقی تعدیل قیمت در قراردادهای صنعت نفت، ماهنامه اکتشاف و تولید نفت و گاز تیر ۱۳۹۴، شماره ۱۲۴.

3. Berends T.C., "Cost plus Incentive Fee Contracting- Experiences and Structuring", *International Journal of Project Management*, 2000, P.P. 165-171.

4. Loots P., Henchie N., "Worlds Apart: EPC and EPCM Contract Risk issues and Allocation", November 2007.

5. Work Scope and Work Quantity Variations

6. Singh A. R., Tiwari S., "EPC and EPCM: The Misunderstood Construction Contracts", *Journal of Civil Engineering and Environmental Technology*, Vol. 2, 2015, pp. 51-55.

چنین تغییراتی در مراحل ابتدایی‌تر پروژه، از افزایش هزینه و زمان جلوگیری به عمل می‌آورد.^۱ این شرط از جمله شروطی است که مستلزم انجام مذاکره و همکاری میان طرفین به‌منظور عبور از انواع ریسک‌های داخلی پروژه از جمله ریسک‌های طراحی و اجراست.

وفق ماده ۱۳ (۱) کتاب قرمز فیدیک، مهندس مشاور (کارفرما) می‌تواند هر زمان قبل از صدور گواهی تحویل کارها، دستور تغییر را صادر کند. در مقابل، پیمانکار عمومی نیز موظف است هر یک از تغییرات درخواستی را اجرا کند؛ مگر اینکه بلافاصله طی اعلامیه‌ای به مهندس مشاور اعلام کند که الف) به سهولت قادر به تأمین کالا یا اجناس مورد نیاز برای این تغییر نیست؛ ب) چنین تغییری منجر به تغییر اساسی در توالی یا پیشرفت کار می‌شود. بدین ترتیب، مهندس مشاور باید به‌محض دریافت اطلاعیه پیمانکار اقدام به لغو، تأیید یا تغییر دستور کند. طبق نمونه قرارداد فیدیک، علاوه بر مهندس مشاور در جایگاه نماینده کارفرما، پیمانکار نیز می‌تواند تغییر کارها را درخواست کند و با تأیید مهندس مشاور تغییرات اعمال شوند.^۲ برخلاف شرایط عمومی پیمان که به‌موجب آن پیمانکار موظف است دستورهای کارفرما مبنی بر تغییرات تا سقف ۲۵ درصد مبلغ اولیه قرارداد را اجرا کند، در نمونه قراردادهای فیدیک این مهندس مشاور است که تغییرات را به نمایندگی از کارفرما درخواست می‌کند.

درج شرط تغییر در شرح و مقادیر کار، در قراردادهای EPCM نیز رایج است و کارفرمایان اعمال این شرط از سوی پیمانکار EPCM را راحت‌تر می‌پذیرند؛ زیرا این نوع قرارداد بر پایه همکاری بنا شده و منافع طرفین در یک راستا قرار گرفته است. در قرارداد EPCM، پیمانکار (جز در مواردی استثنایی همچون نقص در طراحی) ریسک مربوط به هزینه‌های ناشی از اعمال تغییر در قرارداد را نمی‌پذیرد و این ریسک بر عهده کارفرما است. پیمانکار EPCM صرفاً با مدیریت کارآمد خود می‌تواند از بروز وضعیتی که سبب اعمال تغییر در قرارداد می‌شود، جلوگیری به عمل آورد.^۳ قراردادهای EPCM به دلیل داشتن انعطاف زیاد در پروژه‌هایی با پیچیدگی‌ها و ریسک‌های پنهان فراوان، در مقایسه با قراردادهای EPC عملکرد بهتری از خود نشان می‌دهند.^۴

1. Ndhiokubwayo R., Haupt T., "Variation Orders on Construction Projects: Value Adding or Waste?" *International Journal of Construction Project Management*, Vol. 1, 2009, PP.

2. Breyer W., "Fair and Reasonable: The Determination of Prices for Variations in FIDIC Contract", *Construction Law Journal*, Vol. 29, 2013, PP. 31_32.

3. Levy S. M., "Design-Build Project Delivery, *Managing the Building Process from Proposal through Construction*", McGrawHill, New York, 2006.

4. Akhtar M., *Dealing with EPC Project Management Problems and Challenges, A case Study on Petrochemical, Oil and Gas EPC Projects in Middle East*, Society of Petroleum Engineers, 2020.

۲.۲.۳. شرط سهم خالص^۱

در قراردادهایی که پیمانکار اصلی آن «جوینت‌ونچری» از چند شرکت پیمانکاری است، دو حالت جهت تعیین مسئولیت هر یک از اعضای این مشارکت متصور است: در حالت نخست، اعضای مشارکت «منفرداً و متضامناً» در قبال کارفرما مسئولیت دارند و کارفرما می‌تواند در خصوص تمام مسئولیت و تعهدات قراردادی به هر کدام از آن‌ها که می‌خواهد، مراجعه کند. در حالت دوم، شرط سهم خالص همچون ابزاری در قرارداد به کار می‌رود تا تقسیم مسئولیت بین طرفین منصفانه‌تر و عادلانه‌تر باشد. اثر شرط سهم خالص این است که هر یک از طرفین تنها به نسبت سهم خود در قصور، مسئول پرداخت خسارت خواهد بود؛ حتی اگر به هر دلیلی نتواند سهم خود از خسارت وارده را از سایر طرف‌های قرارداد مطالبه کند. در صورت درج نشدن این شرط در قرارداد، کارفرمای پروژه اصولاً می‌تواند بابت هر خسارت، به تمام اشخاص درگیر در پروژه مراجعه کند و خواستار کل مبلغ خسارت شود. اما با درج شرط سهم خالص در قرارداد، عملاً این امکان از کارفرما سلب می‌شود و وی تنها می‌تواند سهم واقعی هر یک از پیمانکاران را از قصور و ورود خسارت، از وی مطالبه کند. بنابراین، با به کار بردن این شرط در قرارداد، ریسک ورشکستگی پیمانکاران به‌مثابه یکی از ریسک‌های داخلی پروژه بر عهده کارفرما خواهد بود و کارفرما نمی‌تواند در صورت ورشکستگی یکی از عوامل ورود ضرر، خسارت خود را از دیگران مطالبه کند.^۲

در حال حاضر، استفاده از شرط «سهم خالص» در قراردادهای پیمانکاری محدودیت دارد، ولی استفاده از آن به‌خصوص در قراردادهای EPCM رو به فزونی است. در این نوع قرارداد، پیمانکار EPCM که صرفاً خدمات حرفه‌ای ارائه می‌کند و ریسک‌پذیری محدودی دارد، خواستار مسئولیتی محدودتر است و در صورت ورود ضرر، می‌خواهد صرفاً سهم خود از ضرر را جبران کند. این امر را می‌توان در نمونه قرارداد خدماتی مشاور-کارفرمای فیدیک (کتاب سفید) نیز مشاهده کرد. ماده ۳، ۱، ۶ (ج) این کتاب شامل نمونه‌ای ابتدایی از «شرط سهم خالص» است که به‌موجب آن، کارفرما می‌تواند از مشاور - در صورتی که عملکرد ضعیفی داشته باشد - به نسبت

1. Net Contribution Clause

2. Choat R., Bailey J., "A Fair Share? Proportionate Liability and Net Contribution Clauses", *Construction Law International*, Vol. 4, No. 3, 2009.

سهامش در ورود ضرر مطالبه خسارت کند.^۱ محدود کردن مسئولیت پیمانکار EPCM به میزان قصور وی از طریق درج شرط سهم خالص در قرارداد، ابزاری حقوقی جهت مدیریت ریسک ورشکستگی پیمانکاران فرعی است.

از سوی دیگر، در قراردادهای EPC و کلید در دست با داشتن پیمانکاری که مسئولیت تام دارد و در صورت ورود خسارت، کارفرما تنها او را مسئول می‌شناسد، شرط سهم خالص کارایی لازم را ندارد. آنچه در قراردادهای EPC مرسوم است، استفاده از خلاف شرط سهم خالص است. قراردادهای EPC غالباً با تحمیل ریسک‌های فراوان به پیمانکار، وی را در جهت منفعت‌طلبی و فاصله‌گیری از اهداف پروژه قرار می‌دهند؛ امری که نهایتاً به نفع هیچ‌یک از طرفین نخواهد بود.^۲ پیمانکاران عمومی نیز به موجب ماده ۱۰۱۴ (الف) کتاب قرمز فیدیک، در صورت تشکیل جوینت‌ونچر یا هر گروه غیرشرکتی مشترکاً و منفرداً در قبال کارفرما مسئول شناخته شده‌اند. به موجب این ماده، در صورت ورود هرگونه خسارت، هر یک از پیمانکاران مسئول تمام خسارات وارده خواهد بود. به عبارتی، نمونه قراردادهای فیدیک برای پیمانکاران عمومی نیز خلاف شرط سهم خالص را پیش‌بینی کرده است.^۳

۲.۲.۴. شرط تحدید مسئولیت^۴

شرط تحدید مسئولیت شرطی است که به موجب آن سقفی برای خساراتی که پیمانکار مسئول آن است، تعیین می‌شود و پیمانکار بیشتر از این مبلغ در قبال کارفرما مسئولیت نخواهند داشت. صرف‌نظر از علت خسارت، اکثر قراردادهای EPC سقفی برای جمع کل مسئولیت پیمانکار تعیین می‌کنند. بعضاً نیز برای هر ریسک به‌طور مشخص سقفی در قرارداد تصریح می‌شود. این سقف مسئولیت در برخی مواقع به حدی زیاد است که تمام ریسک‌های پروژه و حتی کل مبلغ پروژه را پوشش می‌دهد. در قراردادهای EPCM نیز درج شرط تحدید مسئولیت رایج است و اکثراً مبلغ سقف تعیین‌شده معادل مبلغ پوشش بیمه‌ای پیمانکار EPCM در نظر گرفته می‌شود. سقف مسئولیت پیمانکاران EPCM اگرچه بسیار کمتر از کل مبلغ پروژه است، اما

1. Loots P., Henchie N., "Worlds Apart: EPC and EPCM Contract Risk issues and Allocation", *The Mayer Brown Practices*, November 2007.

2. Ibid.

3. Ibid.

4. Limited Liability Clause

این مبلغ معمولاً از حق الزحمه دریافتی این پیمانکاران بیشتر است. در قراردادهای پیمانکاری عمومی نیز معمولاً سقف مسئولیت پیمانکار عمومی در مقایسه با سقف مسئولیت پیمانکار EPC کمتر است و ریسک‌های کمتری را در بر می‌گیرد. محدود کردن مسئولیت پیمانکاران متناسب با سود دریافتی آن‌ها و ریسک‌های موجود در پروژه، امری است که تخصیص ریسک در قرارداد را عادلانه‌تر می‌سازد و به مدیریت بهتر ریسک کمک می‌کند.^۱

1. Sink C. M., "Mega Project Construction Contracts: An Owner's Perspective", 55 *Rockey Mountain Mineral Law Institute*, 2009, P. 21B-14.

نتیجه‌گیری

با توجه به تعریفی که کارفرما از پروژه و ریسک‌های آن به عمل می‌آورد، مدیریت حقوقی ریسک در وهله نخست مستلزم انتخاب شیوه انتقال پروژه است که کارفرما از بین قراردادهای EPC، EPCM و GC برای اجرای پروژه خود انتخاب می‌کند. در هر یک از این قراردادهای پیمانکاری، روابط طرفین و تعهدات آن‌ها در قبال یکدیگر - چه در ابعاد حقوقی و چه از جنبه‌های فنی و مهندسی - به شکلی خاص تعریف شده و تخصیص ریسک نیز در هر یک از این قراردادها به نحوی منحصر به فرد صورت می‌پذیرد. در صورتی که تخصیص ریسک در قرارداد به صورت بهینه و عادلانه انجام شود و منافع هر دو طرف به یک میزان مدنظر قرار گیرد، انگیزه پیمانکار در رعایت مصلحت کارفرما و جلب رضایت وی بیشتر می‌شود و ریسک‌های داخلی پروژه تا حد زیادی تحت کنترل درمی‌آیند.

بخشی از ابزارهای استفاده شده برای مدیریت ریسک‌ها، ابزارهای حقوقی هستند که شامل شیوه انتقال پروژه، شیوه پرداخت و شروط قراردادی می‌شود. ابزارهای حقوقی شیوه پرداخت و شروط قراردادی جهت مدیریت ریسک در کلیه قراردادهای پیمانکاری از جمله قراردادهای EPC، EPCM و GC قابل اعمال هستند. شروط قراردادی نیز در تخصیص بهینه ریسک اهمیت دارند. تنظیم نامناسب برخی از شروط قراردادی بدون در نظر گرفتن قواعد تخصیص عادلانه ریسک، منجر به انتقال غیرمنصفانه ریسک به طرف دیگر می‌شود. اتخاذ چنین سازوکاری در قرارداد نتیجه‌ای جز افزایش هزینه و هدر رفتن منابع پروژه نخواهد داشت. از سوی دیگر، شروطی همچون شرط تعدیل قیمت، شرط تغییر در شرح یا مقادیر کار، شرط سهم خالص و شرط تحدید مسئولیت در صورتی که به طور صحیح تنظیم شوند، تعادل را به قرارداد بازمی‌گردانند و می‌توانند در جهت مدیریت انواع ریسک‌های داخلی که ممکن است پروژه با آن‌ها مواجه شود، عملکرد خوبی داشته باشند. به طور کلی، قراردادهای مبتنی بر تعاون و همکاری با شروط قراردادی مناسب، نسبت به سایر انواع قراردادها در مدیریت ریسک‌های داخلی پروژه موفق‌تر عمل می‌کنند.

انتخاب شیوه مناسب انتقال پروژه، خود یکی از اساسی‌ترین ابزارهایی است که در مدیریت ریسک به کار می‌رود. انواع شیوه‌های انتقال پروژه در دو مورد مسئولیت طراحی و شیوه پرداخت با یکدیگر تفاوت دارند. یکی از شیوه‌های انتقال پروژه که استفاده از آن در نوشته حاضر پیشنهاد

شده است، قراردادهای EPCM به‌مثابه قراردادهای خدمات حرفه‌ای هستند که نوعی قرارداد مبتنی بر همکاری محسوب می‌شوند. اگرچه شیوه انتقال پروژه باید با توجه به مجموعه شرایط و اوضاع و احوال پروژه همچون اوضاع سیاسی، اقتصادی، اجتماعی، مالی، وضعیت بازار، توانمندی تیم داخلی کارفرما، تعداد پیمانکاران علاقه‌مند به شرکت در مناقصه و بسیاری موارد دیگر از سوی کارفرما انتخاب شود، مدل EPCM در پروژه‌هایی که با پیچیدگی‌ها و ریسک‌های پیش‌بینی‌ناپذیر فراوانی همراه هستند، گزینه بهتری برای کارفرما خواهد بود. انعطاف زیاد مدل EPCM در تعیین قیمت پروژه و همچنین سهولت تغییر در شرح یا مقادیر کار در این مدل قراردادی، باعث شده است تا مدل EPCM پاسخ‌گوی نیازهای پروژه‌های پیچیده باشد. علاوه بر این، طراحی در مدل EPCM در مقایسه با مدل EPC از دقت بیشتری برخوردار است؛ امری که می‌تواند بر مدیریت هزینه‌ها، کاهش مدت‌زمان و افزایش کیفیت اجرای پروژه تأثیر بگذارد. شیوه پرداختی «بازپرداخت هزینه به اضافه سود تشویقی» که در مدل EPCM استفاده می‌شود، شیوه‌ای مناسب برای افزودن بر انگیزه پیمانکار در همکاری با کارفرماست. این شیوه پرداخت، در مقایسه با دیگر شیوه‌ها بیشترین کارایی را در جلب همکاری پیمانکار دارد.

منابع

الف) منابع فارسی

۱. ابراهیمی، سید نصرالله، جانانلو، فرخ، مدیریت تفلسی ریسک در تنظیم قراردادهای بین‌المللی، مطالعات حقوقی انرژی، دوره ۱، شماره ۱، تابستان ۱۳۹۴.
۲. بهادری، شیرکو، آسیب‌شناسی قراردادهای EPC و EPCF در صنعت نفت ایران، ماهنامه علمی اکتشاف و تولید نفت و گاز، شماره ۱۶۵، خرداد ۱۳۹۸.
۳. حاجیان، محمدمهدی، سلیمی، سیده شیدا، مدیریت و توزیع کارآمد ریسک در قراردادهای نفت و گاز از طریق شروط قراردادی، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۴، زمستان ۱۳۹۹.
۴. دادگر، علیرضا بختیاری، گودرزی، محمدرضا، بررسی روش‌ها و انواع قراردادهای چندعاملی اجرای پروژه‌های عمرانی به لحاظ فنی، مالی و نحوه پرداخت، سومین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های نوین عمران، معماری و شهرسازی، تیر ۱۳۹۰.
۵. ذوالفقاری، سید محمد، بررسی حقوقی تعدیل قیمت در قراردادهای صنعت نفت، ماهنامه اکتشاف و تولید نفت و گاز، تیرماه ۱۳۹۴، شماره ۱۲۴.
۶. راستاد، مجتبی، تعدیل ناشی از اجرای قانون در قراردادهای پیمانکاری، کنفرانس ملی تحقیقات علمی جهان در مدیریت، حسابداری، حقوق و علوم اجتماعی، ۱۳۹۶.
۷. رحیمی، حبیب‌الله، علیزاده، سعیده، ماهیت و مبنای تعدیل در حقوق ایران و فیدیک، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، زمستان ۱۳۹۶، شماره ۲۱.
۸. رستمی، ولی، تعدیل در قراردادهای اداری، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۵، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴.
۹. سلیمی، سیده شیدا، اصغریان، مجتبی، مطالعه تطبیقی ریسک‌های فنی و مهندسی در قراردادهای ای.پی.سی صنعت نفت ایران و فیدیک، مطالعات حقوقی، دوره سیزدهم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۰.

۱۰. عاطفی‌فرد، مسعود، خیری، مهدی، داوودی، سعید، آزاد فلاح، علی، بهنیا، سعید، **بررسی اجمالی انواع قراردادهای عمرانی**، کنفرانس سالانه تحقیقات در مهندسی عمران، معماری، شهرسازی و محیط‌زیست پایدار، دوره دوم، ۱۳۹۵.
۱۱. علیجانی، محسن، جنیدی، لعلیا، **تخصیص ریسک در قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی**، فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی، دوره ۳، شماره ۸، پاییز ۱۳۹۹.
۱۲. فرهادی، کریم، پروین، خیرالله، حبیبی، محمدحسن، **تأثیر تعدیل قراردادهای دولتی و تقویت طرف ضعیف قرارداد بر ارتقای استاندارد و کیفیت پروژه‌های دولتی**، فصلنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره اول، بهار ۱۳۹۸.

ب) منابع انگلیسی

13. Akhtar M., "Dealing with EPC Project Management Problems and Challenges, A case Study on Petrochemical, Oil and Gas EPC Projects in Middle East", *Society of Petroleum Engineers*, 2020.
14. Berends T.C., "Cooperative Contracting on Major Engineering and Construction Projects", *The Engineering Economist*, Vol. 53, 2006.
15. Berends T.C., "Cost plus Incentive Fee Contracting- Experiences and Structuring", *International Journal of Project Management*, 2000.
16. Breyer W., "Fair and Reasonable: The Determination of Prices for Variations in FIDIC Contract", *Construction Law Journal*, Vol. 29, 2013.
17. Choat R., Bailey J., "A Fair Share? Proportionate Liability and Net Contribution Clauses", *Construction Law International*, Vol. 4, 2009.
18. Committee for Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), "Enterprise Risk Management — Integrated framework", Executive Summary, AICPA Inc. COSO II report.
19. Hosie, J., "EPC Contracts Controlling cost blowouts on mining developments", *The Mayer Brown Practices*, 2015.
20. Jaysaudha K., vidivelli B., "Analysis of Major Risks in Construction Projects", *ARPN Journal of Engineering and Applied Sciences*, Vol. 11, 2016.
21. Klakedd O. J., Pollack J., Crawford L., "Preparing for Successful Collaborative Contracts", *Sustainability*, Vol. 13, Issue 1, 2021.

22. Klee L., *International Construction Contract Law*, Second edition, Delivery Methods under FIDIC Forms of Contract, 2018.
23. Lam K.C., Wang D., Patricia T. K. Lee Y. T. Tsang, "Modelling Risk allocation Decision in Construction Contracts", *International Journal of Project Management*, Vol. 25, 2007.
24. Levy S. M., "Design-Build Project Delivery, Managing the Building Process from Proposal through Construction", McGrawHill, New York, 2006.
25. Loots P., Henchie N., "Worlds Apart: EPC and EPCM Contract Risk issues and Allocation", *Economics*, 2007.
26. Marques R. C., Berg S., "Risks, Contracts, and Private-Sector Participation in Infrastructure", *Journal of Construction Engineering and Management*, Vol. 137, 2011.
27. Mbachu J., Taylor S., "Contractual Risks in the New Zealand Construction Industry: Analysis and Mitigation Measures", *International Journal of Construction Supply Chain Management*, Vol. 4, 2014.
28. Minato A. T., "Design Documents Quality in the Japanese Construction Industry, Factors Influencing and Impacts on Construction Process", *International Journal of Project Management*, Vol. 21, 2003.
29. Moazzami M., Dehghan R., Ruwanpura J. Y., "Contractual Risks in Fast-Track Projects", *Procedia Engineering*, Vol. 14, 2011.
30. Mohammadi M. H., Hajian M. M., Emami Meibodi A., "Managing Contractual Risks of Capital Applicant in Oil and Gas Upstream Development Contracts within the Framework of Moral Hazard Model", *Applied Economics Studies, Iran (AESI)*, Vol. 10, 2022.
31. Ndihokubwayo R., Haupt T., "Variation Orders on Construction Projects: Value Adding or Waste?" *International Journal of Construction Project Management*, Vol. 1, 2009.
32. Peckiene A., Komarovska A., Ustinovicus L., "Overview of Risk Allocation Between Construction Parties", *Procedia Engineering* 57, 2013.
33. Philip L., Charrett D., *The Application of Contracts in Developing Offshore Oil and Gas Projects*, 1st Ed., London, Informa Law from Routledge, 2019.
34. Power M., "Organized uncertainty — Designing a world of risk management", *Oxford University Press*, 2007.

35. Prieto A. H., *Profitability Analysis Between EPC and EPCM Project Models*, Lappeenranta University of Technology, Industrial Engineering and Management, 2018.
36. Project Management Institute, PMBOK Guide, 3rd edition.
37. Renault B. Y., Agumba J. N., "Risk Management in the Construction Industry: a New Literature Review", *MATEC Web Conferences* 66, 2016.
38. Richard J. L., "Typical Problems Leading to Delays, Cost Overruns, and Claims on Process Plant and Offshore Oil and Gas Projects", *Long International*, 2022.
39. Sadeghi B., Kashani H., "Defining Mitigation Strategies for Recurring EPC Contract Risks", *Construction Research Congress*, 2016.
40. Sahu R., "The EPCM Delivery Model: A Contractor's Perspective", *International In-house Counsel Journal*, Vol. 9, 2016.
41. Singh A. R., Tiwari S., "EPC and EPCM: The Misunderstood Construction Contracts", *Journal of Civil Engineering and Environmental Technology*, Vol. 2, 2015.
42. Sink C. M., "Mega Project Construction Contracts: An Owner's Perspective", *55 Rocky Mountain Mineral Law Institute*, 2009.
43. Sohrabinejad A., Rahimi M., "Risk Determination, Prioritization, and Classifying in Construction Project Case Study: Gharb Tehran Commercial Administrative Complex", *Journal of Construction Engineering*, Vol. 2015.
44. Tah J. H. M. Tah, Carr V., "Knowledge-Based Approach To Construction Project Risk Management", *Journal of Computing in Civil Engineering*, Vol. 15, 2001.
45. Toner M., Baccarini D., "Risk Pricing in Construction Tenders- How, Who, What", *Australian Journal of Construction Economics and Building*, Vol. 8, 2012.
46. Udrescu E. E., "Fitness for Purpose' Obligation in Construction Contracts", *Revista Romana de Arbitraj Journal*, Vol. 12, 2018.
47. Xia N., Zou P. X. W., Griffing M. A., Wang X., Zhong R., "Towards Integrating Construction Risk Management and Stakeholder Management: A Systematic Literature Review and Future Research Agendas", *International Journal of Project Management*, Vol. 36, 2018.

ماهیت و آثار شرط مذاکره نسبت به دادگاه و طرفین قرارداد: مطالعه‌ای تطبیقی

(مقاله علمی-پژوهشی)

امیر محمود امینی*

رحیم پیلوار**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۰۶

چکیده

مذاکره، یکی از شیوه‌های حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلاف است و به لحاظ حقوقی، ماهیتی مستقل از طرق مشابهی همچون داوری، میانجی‌گری و سازش دارد. ضرورت مذاکره این است که چون مفادش قبل از ورود به مراجع قضایی انجام می‌پذیرد، می‌تواند در تسریع روند حل و فصل اختلاف و کاهش حجم پرونده‌ها در دادگاه‌های ایران و حفظ اطلاعات تجاری-اقتصادی طرفین قرارداد شیوه‌ای کم‌هزینه، مؤثر و کارا باشد. نوآوری این موضوع بدین جهت است که بحث مذاکره تا به حال در خصوص اثری که نسبت به طرفین و تکلیفی که دادگاه‌های ایران در برخورد با آن دارند، مستقلاً بحث و بررسی نشده است. پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتاب‌خانه‌ای و آرای دادگاه‌های داخلی و خارجی انجام گرفته است. نتایج پژوهش نشان می‌دهد اگر شرط مذاکره را نوعی شرط فعل منفی یا شرط نتیجه سلب حق به صورت جزئی در نظر بگیریم، تا زمانی که مذاکره انجام نپذیرد، هیچ‌یک از طرفین ابتدائاً حق رجوع به دادگستری را ندارد و ضمانت اجرای نقض آن، صدور قرار عدم استماع دعوی از سوی دادگاه خواهد بود. در خصوص تکلیف طرفین حین انجام مذاکره هم می‌توان گفت صرف به رسمیت شناختن چنین شرطی برای اجرای دقیق آن کفایت نمی‌کند؛ بلکه نیاز به همکاری مداوم و رعایت حسن نیت از سوی طرفین قرارداد در فرایند مذاکره نیز الزامی است.

کلیدواژه‌گان:

مذاکره، حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات، تعهد به نتیجه، تعهد به وسیله

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران
am.amini344@gmail.com

** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران
rahimpilvar@ut.ac.ir

مقدمه

تنوع و پیچیدگی‌های معاملات تجاری با سرعت روزافزون خود، اختلافات بسیاری را شکل داده‌است؛ در حالی که روابط اقتصادی، تاب تحمل رسیدگی‌های طولانی‌مدت در مراجع قضایی را ندارد. بنابراین، نیاز به راهکاری است که در عین سریع‌بودن، موجب حل‌وفصل اختلافات با کم‌ترین هزینه شود. «مذاکره»^۱ عملی پیش‌گیرانه جهت کم‌کردن هزینه‌ها و خطرات احتمالی در آینده است. البته، نتیجه‌بخش بودن این فرایند بدون رعایت حسن نیت ممکن نیست.

حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلاف که باهدف پایان‌دادن به دعوا از طریق توافق و گفت‌وگو به اجرا درمی‌آید، صرفاً شامل سازش^۲ یا میانجی‌گری^۳ نیست. ممکن است طرفین صرفاً با هدف به تعویق انداختن طرح دعوی و استمرار موقت روابط تجاری خود، اقدام به انعقاد «تفاهم‌نامه توافق»^۴ کنند. در مورد اخیر، طرفین توافق می‌کنند به‌صورت مستقیم به دادگستری مراجعه نکنند؛ اما ممکن است در خصوص حل‌وفصل قطعی اختلاف خود نیز به نتیجه‌ای نرسند. بنابراین، اگر در قراردادی شرط مذاکره، درج شده‌باشد، علی‌القاعده یکی از طرفین قرارداد نمی‌تواند پیش از توسل به این شرط، اقدام به طرح دعوی کند. همان‌طور که بیان شده، «علی‌رغم تأکید بر حل‌وفصل اختلافات از طریق سازش و مذاکره در فقه اسلامی و رواج آن در عرصه قراردادهای داخلی و خارجی، هنوز وضعیت حقوقی چنین توافقاتی در خصوص درجه التزام و پایبندی طرفین نسبت به حل‌وفصل ابتدایی اختلاف از طریق مذاکره در حقوق ایران کاملاً تبیین نشده‌است.» (شیروی و کاظمی، ۱۳۹۶: ۲۱۹) و آن‌چه تاکنون بحث شده، بیشتر ناظر بر بررسی کلی روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات بوده‌است.

در این زمینه می‌توان به مقالاتی هم‌چون «بررسی شرط مذاکره در حل‌وفصل اختلافات تجاری با توجه به رویه قضایی بین‌المللی» نوشته شیروی و کاظمی (۱۳۹۷)، «فرایند مذاکره مجدد قراردادهای سرمایه‌گذاری، ۱۳۹۶» و «مذاکره مجدد در قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی، ۱۳۹۱» هر دو نوشته شیروی و شعبانی و «شرط مذاکره مجدد (هاردشیپ)» نوشته بیگدلی

1. Negotiation
2. Conciliation
3. Mediation
4. Protocole d'accord

(۱۳۸۶) اشاره کرد. صرف نظر از تفاوت میان مذاکره به مثابه روشی برای حل و فصل اختلاف و شرط مذاکره مجدد به منزله نهادی برای تعدیل قرارداد (علی رغم هم پوشانی ها)، تاکنون بحث شرط مذاکره در حقوق داخلی و چگونگی وظیفه دادگاه های ایران در برخورد با این شرط مورد مذاقه قرار نگرفته است؛ لذا بررسی این موضوع و نگارش این مقاله بدین جهت که به بررسی حقوق داخلی با بهره گیری از تجربیات و منابع حقوق کشورهای خارجی می پردازد، اهمیت پیدا می کند.

از این رو، پرسش اصلی این مقاله این است که ماهیت و آثار مذاکره نسبت به دادگاه و طرفین قرارداد چیست؟ در پاسخ، این فرضیه بررسی می شود که تا قبل از اجرای این شرط، طرفین حق مراجعه به مراجع قضایی را ندارند و ضمانت اجرای آن می تواند صدور قرار عدم استماع دعوا باشد. در ضمن، باید دانست که صرف شرکت در جلسات مذاکره بدون قصد واقعی و حسن نیت برای پیش برد مسائل، تفاوتی با عدم اجرای شرط ندارد. بر همین اساس، مقاله حاضر جهت تبیین بهتر موضوع از سه قسمت تشکیل شده است: پس از ارائه تعریف مختصری از مفاهیم اساسی، در قسمت دوم، به اختصار ماهیت شرط مذاکره بررسی می شود. سپس در قسمت آخر، پس از نشان دادن آثار این شرط نسبت به اقامه دعوی اصلی و طاری، ضمانت اجرای نقض شرط بررسی می شود.

۱. نهاد مذاکره

در این قسمت ابتدا تعاریف ارائه شده از مذاکره بیان می گردد. سپس، چیستی و ماهیت این نهاد بررسی می شود. در آخر نیز با بررسی نهادهای مشابه به تمایزات و تشابهات این نهاد با سایر طرق حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف پرداخته می شود.

۱.۱. تعریف شرط مذاکره

می توان این نهاد را شیوه ای دانست که متعاملین بر آن اند اختلافات خود را بدون دخالت شخص ثالث، به عنوان تسهیل کننده اختلاف، حل و فصل کنند؛ فرایندی که از راه گفت و گو و ارتباطات مستقیم برای حصول توافق میان اطراف دارای منافع متعارض، طراحی شده است. شرط فعل مثبتی که به صورت ماهیتی تابع، ضمن عقد اصلی مورد توافق قرار می گیرد و بر مبنای آن

طرفین اختلاف ملزم هستند از طریق گفت‌وگو اختلاف خود را حل‌وفصل کنند (شیروی و کاظمی، ۱۳۹۶: ۲۱۸).

اما نهاد «مذاکره مجدد» به معنی اخص که بعضاً با نهاد مدنظر این مقاله هم‌پوشانی دارد، نهاد مستقلی است. در واقع، مذاکره مجدد نهادی است درباره تغییر اساسی عوامل و شرایط حاکم بر قرارداد به مثابه گزینه‌ای که برای هر دو طرف قرارداد قابل اعمال است (Tijani Mato, ۲۰۱۲: ۳۳). در تعریفی دیگر، بیان شده که مذاکره مجدد فرایندی است که به موجب آن، طرفین اختلاف تلاش می‌کنند قرارداد منعقدشده را با شرایط جدید حادث شده تطبیق دهند. برخی، مذاکره مجدد را این گونه تعریف کرده‌اند: «مذاکره مجدد به معنی تلاش مشترک طرفین برای تطبیق قرارداد با شرایط جدید از طریق تغییر مفاد آن است» (Horn, 1985: 20). گروهی نیز بر این باورند که مذاکره مجدد در واقع اندراج شرطی است که طی اجرای قرارداد در صورت وقوع حادثه‌ای، طرفین وادار می‌شوند تا به مذاکره و بازبینی آن بپردازند (Gotenda, 2003: 1462).

۱.۲. ماهیت شرط مذاکره

همان‌طور که اجمالاً اشاره شد، مذاکره در معنی مدنظر، یکی از شیوه‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات و به دیگر سخن، روش خصوصی حل‌وفصل اختلافات است. برای درک دقیق‌تر آن نیاز است تا با نهادهای مشابه مقایسه شود.

۱.۲.۱. وجه تمایز داوری با شرط مذاکره

داوری نیز مانند مذاکره، نهادی خارج از دادگاه در رسیدگی به اختلافات است، اما در داوری، شخص ثالث تصمیم‌گیرنده وجود دارد؛ درحالی که در شرط مذاکره، شخص ثالثی ورود نمی‌کند و طرفین با حضور فعال خود سعی در برطرف کردن اختلاف دارند. در داوری تحت شرایطی می‌توان به رأی داور اعتراض و بعضاً آن را ابطال کرد^۱، اما در مذاکره، تصمیم گرفته شده چون برگرفته از اراده آزاد طرفین است، لازم‌الاتباع می‌شود و انحلال آن تنها از راه اقاله امکان می‌یابد. در ضمن، اتمام مدت قرارداد تأثیری بر اعتبار شرط داوری ندارد و پس از انقضای مدت قرارداد اگر اختلافی باشد، شرط داوری علی‌رغم اتمام قرارداد اصلی باید اجرا شود؛ اما در مذاکره اگر مدت قرارداد پایان یابد، دیگر موضوعی برای مذاکره وجود ندارد. در این خصوص به رأی که

۱. ر.ک. به مواد ۳۳ و ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی.

در رابطه با شرط داوری صادر شده، اشاره می‌کنیم: «...اگرچه مدت قرارداد از حیث زمان ساخت آن به پایان رسیده، ولی نزاع بر سر کیفیت تقسیم، پابرجاست و ابتدا می‌بایست به حکمین مراجعه شود.»^۱

۱.۲.۲. وجه تمایز میانجی‌گری با شرط مذاکره

در میانجی‌گری شخص ثالث بی‌طرفی وجود دارد که می‌کوشد منافع طرفین را به هم نزدیک کند، اما در مذاکره، شخص ثالثی وجود ندارد. در میانجی‌گری نظر شخص میانجی‌گر برای طرفین قرارداد الزام‌آور نیست، اما در مذاکره نظر نهایی و توافق طرفین هم‌چون قانون بر اطراف مذاکره‌کننده حاکم است. تفاوت بعدی در سرعت میانجی‌گری است. از آن‌جا که اصولاً شخص میانجی‌گر بی‌طرف است و ذی‌نفع نیست، پس از بررسی مسئله و استماع دیدگاه‌های طرفین، نظر نهایی خود را اعلام می‌کند؛ اما در مذاکره به دلیل تضاد منافع طرفین، رایج است که رسیدن به توافق نهایی بیشتر طول بکشد.

۱.۲.۳. وجه تمایز سازش با شرط مذاکره

در مذاکره، هدف حفظ رابطه تعاملی سابق است و الزاماً اختلافی وجود ندارد؛ اما سازش اساساً برای حل یک اختلاف یا دعوا است. سازش در یک اختلاف ممکن است ناشی از قرارداد نباشد، اما مذاکره منشأ قراردادی دارد. در سازش، هدف، حفظ قرارداد یا برقراری کاراتر توافقات گذشته نیست، بلکه هدف فقط خاتمه‌دادن به نزاع است؛ در حالی که شرط مذاکره برای ادامه حیات قرارداد و انعطاف‌دادن به آن است و قرارداد را برای رویارویی با شرایط پیش‌بینی‌نشده آماده می‌کند (شیروی، ۱۳۹۴: ۵۸).

۱.۳. فواید شرط مذاکره

این شیوه باعث کنترل حجم دعاوی و فراوانی آن می‌شود. مذاکره نه تنها به تمرکززدایی منطقی قضایی کمک می‌کند، با اقتضائات خصوصی‌سازی و قراردادی شدن دادرسی نیز هماهنگ است. معکوس‌سازی دعاوی با استفاده از مذاکره، نوعی بازمهندسی از نظام مراجعات جامعه است که طی آن، جاذبه حل اختلاف از طریق دادگاه کمتر می‌شود. با استفاده از شرط

۱. دادگاه تجدیدنظر استان تهران، شعبه ۵۹، صدور رأی نهایی ۱۳۹۱/۱۰/۱۳، شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۱۲۹۵-برگرفته از سایت: <http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Search.aspx>

مذاکره، متعاملین می‌توانند با کنترل و مدیریت هزینه‌ها و همچنین توجه به نقش خود در قامت تنها عاملان حل اختلاف در راستای بهبود یا برطرف کردن اختلاف پیش‌آمده اقدام کنند. این شیوه زمان را برای اطراف عقد ذخیره می‌کند؛ زیرا به دلیل نبود تشریفات قضایی، دسترسی راحت‌تری به یکدیگر دارند و برگزاری جلسات مذاکره سهل‌تر است (شیروی و کاظمی، ۱۳۹۶: ۲۱۸).

صرف‌نظر از فواید عنوان‌شده برای روش‌های جایگزین حل‌وفصل اختلافات نظیر سرعت، محرمانگی، انعطاف‌پذیری می‌توان گفت در مذاکره، کم‌هزینه‌بودن، محرمانگی بیشتر برجسته است و در صورت موفقیت به استحکام روابط تجاری طرفین هم کمک می‌کند.

۲. آثار شرط مذاکره نسبت به طرفین دعوا

حال باید بررسی کرد که آیا این شرط تعهدی به وسیله است یا به نتیجه. ارزش عملی هر قرارداد و شروط ضمن آن، معمولاً به میزان الزام‌آور بودن آن است. مفید فایده بودن تعهدات به‌طور چشمگیری ارتباط مستقیمی با میزان الزام‌آور بودن آن‌ها دارد. اگر تعهدی از نظر تمام اصول حقوقی صحیح باشد، اما نتوان الزام متعهد را به انجام آن خواست، به‌سختی می‌توان فایده‌ای عملی بر آن بار کرد. سؤالی که مطرح می‌شود، میزان الزام‌آور بودن این شرط است. به دیگر سخن، باید بررسی کرد که آیا مذاکره باید ثمربخش باشد یا خود مذاکره کردن ثمره‌نهایی و خواست غایی طرفین قرارداد است.

در خصوص حدود الزام‌آور بودن شرط مذاکره شاید به نظر آید از آن‌جا که قانون‌گذار ما حکم آن را مشخص نکرده، با استناد به مواد ۲۲۹ و ۲۲۷ ق.م. باید کل این فرایند را تعهدی به نتیجه دانست؛ چراکه با استناد به مواد مذکور در حقوق ایران اصل بر تعهد به نتیجه است. اما نمی‌توان به این ظاهر اعتماد کرد و باید به ماهیت و طبیعت عمل مذاکره نیز توجه داشت. باید اذعان کرد که مهم‌ترین عنصر در تشخیص نوع تعهد، مفاد قرارداد و قصد مشترک طرفین است. یعنی اگر در قرارداد ذکر شده باشد یا از قصد مشترک طرفین چنین استنباط شود که آنان خواهان این بودند که در مذاکره حتماً تعدیل هم رخ دهد (شرط مذاکره مجدد)، در چنین فرضی هم انجام شرط مذاکره و هم تعدیل، تعهداتی به نتیجه خواهند بود؛ زیرا در این صورت، صرف تلاش برای مذاکره کردن کفایت نمی‌کند، چون قصد مشترک طرفین به نتیجه معین، یعنی تعدیل، گره خورده است. اما هرگاه چنین قصدی نباشد و از مفاد قرارداد هم نتوان چنین تفسیری را برداشت

کرد، باید گفت که نفس مذاکره، مطلوب طرفین است. برای درک دقیق‌تر سازوکارهای این شرط بررسی پرونده‌ای در این زمینه حائز اهمیت است.

در سال ۱۹۴۸ میلادی شرکت نفتی امین اوایل^۱ به مدت شصت سال یک قرارداد نفتی با دولت کویت امضا کرد و در سال ۱۹۶۱ میلادی این قرارداد اصلاح و ماده ۹ جدیدی بدان افزوده شد. این ماده بیان می‌داشت اگر اوضاع و احوال تغییر کند و بر اثر آن این امکان به وجود بیاید که منافع دولت کویت افزایش یابد، طرفین باید دوباره مذاکره کنند و قرارداد متناسب با شرایط جدید اصلاح شود. به دنبال جنگ شش‌روزه اعراب و اسرائیل در سال ۱۹۷۳، قیمت نفت به طرز فزاینده‌ای افزایش یافت و شرکت‌های نفتی از این تغییر سود هنگفتی کردند. در سال ۱۹۷۴ میلادی برخی از کشورهای حوزه خلیج فارس در خصوص تعدیل قراردادهای اعطای امتیاز تصمیماتی گرفتند که به «فرمول ابوظبی»^۲ معروف شد و بر اساس آن مالیات و حق امتیاز دولت باز هم افزایش می‌یافت. دولت کویت این موضوع را مصداقی از تغییر اوضاع و احوال به نفع خودش تعبیر کرد و در سال ۱۹۷۵ به شرکت «امین اوایل» اطلاع داد که باید فرمول ابوظبی را بپذیرد، اما این شرکت امتناع می‌کرد.

پس از مذاکرات طولانی بین طرفین، دیوان داوری اصول کلی: ۱- آگاهی از منافع طرف مقابل؛ ۲- تلاش مستمر برای حصول به توافقی قابل قبول؛ ۳- تحمل مساوی هزینه‌های مذاکره برای هر دو طرف را برشمرد که همه آن‌ها ریشه در حسن نیت طرفین داشت. رأی دیوان داوری چنین بود: «...تصویب فرمول ابوظبی در دولت‌های حوزه خلیج فارس، مرتبط با قرارداد فی‌مابین دولت کویت و شرکت امین اوایل است، زیرا نمونه‌ای از رویه عملی دولت‌های نفتی حوزه خلیج فارس در زمینه قراردادهای اعطای امتیاز محسوب می‌شود که دربردارنده نفع دولت‌های مذکور است.» فرمول ابوظبی یکی از مصادیق ماده ۹ اصلاحیه سال ۱۹۶۱ بود که نیاز به مذاکره مجدد برای عادلانه کردن قرارداد به نفع دولت کویت داشت.^۳ دیوان این تعهد را فراتر از تعهد به وسیله دانست، زیرا بیان داشت که طرفین در زمینه قیمت قرارداد جدید نیز باید به مذاکره مجدد بپردازند تا در جهت تأمین منافع دولت کویت، قرارداد تعدیل شود. بنابراین، نمی‌توان همواره تعهد

1. American Independent Oil Company (AMINOIL)

2. Abu Dhabi formula

3. Government of the State of Kuwait, V. the American Independent Oil Company; ad hoc Arbitration Tribunal, 21 ILM (1982), para.24.

به مذاکره مجدد را تعهدی به وسیله یا نتیجه دانست و در این میان، برای تشخیص نوع تعهد، مهم‌ترین عنصر، مفاد قرارداد و قصد مشترک طرفین است.

دیوان رسیدگی‌کننده به این پرونده معتقد بود که تعهد به انجام مذاکره مجدد بی‌محتوا نیست و اگر این تعهد در قالب چارچوب حقوقی مشخص باشد، دارای الزامات و تکالیف حقوقی دقیقی است (Berger, 2003: 1364).

در نتیجه، با توجه به استدلال‌ات فوق و بررسی پرونده مذکور در خصوص آثار درج شرط مذاکره می‌توان چنین بیان کرد که درج چنین شرطی آثار الزام‌آوری چون انجام آن پیش از ورود به مرحله قضایی، رعایت حسن نیت، تلاش متعارف برای رسیدن به نتیجه و حل مشکل و تحمل برابر هزینه‌های مذاکره برای هر دو طرف دارد.

۳. ضمانت اجرای نقض شرط

شرط مذاکره، دو نوع مختلف از تعهدات، یعنی تعهداتی از جنس تعهد به نتیجه، هم‌چون ارائه اطلاعات به طرف مقابل و حضور در جلسات و تعهداتی به وسیله مانند رسیدن به تفاهم را به همراه دارد. دشواری عمده در اعمال ضمانت اجرا نسبت به شروط حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات، در تعیین مصادیق نقض این تعهدات نهفته است. «هیچ شرط قراردادی نمی‌تواند از پیش، رسیدن به توافق قطعی را بر عهده طرفین قرار دهد؛ چراکه شاید چنین شرطی به منزله انصراف کلی از حق توسل به دادگستری و در نتیجه باطل باشد، اما طرفین ملزم‌اند با مشارکت صادقانه و همراه با حسن نیت، حصول چنین توافقی را ممکن سازند؛ هرچند در عمل هیچ‌گاه نتیجه‌ای حاصل نشود»^۱ (Lagarde, 2000: 389). در مقابل، امکان اعمال ضمانت اجرا در خصوص شروطی که طرفین را مستقیم و بدون دخالت اشخاص ثالث، ملزم به تلاش برای

۱. البته قانون مدنی فرانسه مصوب ۲۰۱۶، برخلاف ق.م. سابق فرانسه که تنها از حسن نیت در اجرای قرارداد سخن گفته بود (بند ۳ ماده ۱۱۳۴ ق.م. سابق فرانسه) (Terré, F. et Simler, P. et Lequette, Y. (2005), Les obligations, Dalloz, Paris, p. 186. در ماده ۱۱۰۴ ق.م. جدید مقرر کرده: «قراردادها باید با حسن نیت مورد مذاکره قرار گیرند، منعقد شوند و به اجرا درآیند. این مقرر مرتبط با نظم عمومی است». بنابراین، در مذاکره راجع به انعقاد قرارداد نیز طرفین باید حسن نیت را رعایت کنند. اما همچنان ممکن است این ایراد مطرح شود که مذاکره راجع به انعقاد قرارداد، با مذاکره برای سازش یا مذاکره متفاوت است. اما از آنجا که مذاکره جهت تعدیل نیز ممکن است منتج به انعقاد قرارداد جدید شود، مذاکره در چارچوب شروط حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلافات را می‌توان مشمول تعهد موضوع این ماده دانست.

حصول سازش می‌کند، از این نیز دشوارتر است؛ چراکه برخی معتقدند برای شروطی که «طرفین ملزم می‌شوند پیش از مراجعه به دادگاه، اختلاف خود را با مذاکره و به‌صورت مسالمت‌آمیز حل‌وفصل کنند، به‌سختی می‌توان ضمانت اجرایی یافت. هیچ تعهدی به نتیجه‌ای در این شروط یافت نمی‌شود. اثبات نقض تعهد به وسیله نیز بدون وجود قرائن خارجی دشوار است. به همین دلیل، برخی حقوق‌دانان فرانسوی، به‌رغم اقرار به عدم امکان تصور تعهد بدون ضمانت اجرا، اجرای چنین شروطی را شبه‌ممتنع^۱ می‌دانند» (Ancel & Cottin, 2003: 1388).

برخی بر این باورند که «اعمال ضمانت اجرای قراردادی سنتی، در خصوص شرط مذاکره لااقل از دیدگاه نظری ناممکن است، زیرا ارزیابی خسارات ناشی از این تخلف به‌آسانی ممکن نیست. به‌علاوه، احراز تقصیر نیز در این موارد دشوار است؛ چراکه سنجش احتمال به نتیجه رسیدن سازش یا مذاکره با توسل به معیارهای اطمینان‌بخش، ممکن نیست. به‌طور خاص، در فرضی که حکم دادگاه درنهایت به نفع طرفی صادر می‌شود که از مشارکت در فرایند مصالحه امتناع کرده‌است، نمی‌توان بخت‌چندانی برای موفقیت فرایند مربوطه قائل شد» (Lagarde, 2000: 377)؛ اما نباید چنین پنداشت که چون ارزیابی خسارت امری دشوار است، پس ضمانت اجرایی ندارد و این با موازین حقوقی سازگار نیست.

با تعبیر شرط مذاکره به‌مثابه شرط ترک فعل (عدم اقامه دعوی در دادگاه قبل از انجام مذاکره برای مدت محدود)، در صورت اقدام یکی از طرفین به اقامه دعوی، طرف مقابل می‌تواند بابت این اقدام مطالبه خسارت کند (Grignon, 1998: 115) و چنانچه شرط را به‌مثابه شرط نتیجه سلب حق جزئی بپذیریم، یعنی آن‌که طرفین شرط کردند رجوع ابتدایی به دادگاه بدون طی فرایند مذاکره به‌صورت موقت از ایشان سلب شود^۲، در این صورت، اقدام یکی از طرفین برای اقامه دعوی بدون طی این فرایند در ابتدای امر، نفوذ حقوقی نداشته و نه‌تنها دادگاه با ترتیب اثر دادن به قرارداد و شروط ضمن آن به‌منزله قانون طرفین، ملزم به صدور قرار عدم استماع دعوی خواهد بود، بلکه طرف نقض‌کننده شرط باید خسارات ناشی از نقض شرط را پرداخت کند. این خسارت می‌تواند محدود به محکومیت به جبران هزینه‌های دادرسی باشد یا از آن فراتر رود (Ancel, 1999: 771).

1. quasi-impossibilité d'implication

۲. مفهوم ماده ۹۵۹ ق.م.

۳.۱. نقض مستقیم اصل شرط مذاکره و ضمانت اجرای آن

در قانون راههایی برای الزام و اجرای عین تعهد پیش‌بینی شده که یک‌به‌یک بررسی می‌شود تا مشخص شود کدام می‌تواند ضمانت اجرای نقض این شرط باشد:

الف) حق حبس: بدین معنا که «در عقود معوض هر یک از طرفین بعد از ختم عقد، حق دارد مالی را که به طرف منتقل کرده، به او تسلیم نکند تا طرف مقابل هم متقابلاً حاضر به تسلیم بشود؛ به‌طوری که در آن واحد (ی‌دا ی‌ید) تسلیم و تسلّم به عمل آید و این عمل تسلیم و تسلّم مقارن را فقها تقابض گویند...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۲۱). همان‌طور که واضح است، چنین راه‌کاری، فایده‌ای در الزام طرفین به مذاکره ندارد. برای مثال، نمی‌توان به یکی از طرفین عقد گفت تا مذاکره نکنی من هم از چنین اقدامی خودداری خواهم کرد و این سبب الزام او به انجام مذاکره شود.

ب) موضوع ماده ۲۳۸ ق.م. که شخص ثالثی به خرج ملتزم کار مورد نظر را انجام دهد. راه‌حلی که این ماده بدان اشاره می‌کند نیز نمی‌تواند راه‌گشای مشکل الزام به مذاکره باشد؛ چراکه انجام این شرط، قائم به شخص و از عهده ثالث خارج است.

ج) موضوع ماده ۲۳۹ ق.م. مقرر می‌دارد در فرض عدم امکان اعمال ماده ۲۳۸ ق.م. طرف مقابل حق فسخ دارد؛ بدین معنا که اگر نتوان متعهد به مذاکره را به انجام فرایند مذاکره ملزم کرد، از آن‌جاکه این عدم امکان سبب ورود ضرر به مشروط‌له است، لازم‌الوفا بودن تعهد اصلی مرتفع می‌شود و مشروط‌له دارای حق فسخ می‌شود (حائری شاه باغ، ۱۳۹۶: ۲۲۰).

د) جبران خسارت: اگر شخصی که از عدم انجام مذاکره آسیب می‌بیند، بتواند این خسارت مستقیم را اثبات کند، با توجه به قواعد عمومی مسئولیت مدنی، مستحق جبران خسارت با نظر کارشناس است.

با بررسی راه‌حل‌های متفاوت، برگزیدن دو راه‌حل اخیر یعنی دادن حق فسخ یا جبران خسارت با جلب نظر کارشناس منطقی‌تر و مطابق با اصول و موازین حقوقی است.

در آخر باید اذعان داشت که اگر بپذیریم در فرض درج شرط مذاکره هم‌چنان یکی از طرفین می‌تواند مستقیماً به مراجع قضایی رجوع کند، با شرطی بی‌فایده مواجه خواهیم شد. بدین توضیح که چه شرط مذاکره درج شده‌باشد و چه درج نشده‌باشد، یکی از طرفین بدون انجام شرط هم حق رجوع به محاکم را دارد. اگر این نتیجه پذیرفته‌شود، شرطی بی‌فایده در قرارداد درج شده که

باطل است و به مشروط‌آله حق فسخ قرارداد اصلی را خواهد داد (امامی، ۱۳۹۲: ۳۳۱). بنابراین، پذیرش حق رجوع یکی از طرفین به دادگستری قبل از انجام شرط مذاکره، قرارداد را در معرض انحلال قرار خواهد داد. امری که با لزوم استحکام معاملات و امنیت قراردادی در تضاد است. به همین دلیل پذیرش لازم‌الوفا بودن شرط مذاکره و قائل شدن ضمانت اجرای حقوقی برای آن بیشتر با اصول حقوقی و امنیت معاملات سازگار است.

۳.۲. نقض غیرمستقیم شرط مذاکره

نقض غیرمستقیم بدان معناست که طرفین برای مذاکره حاضر می‌شوند و شروع به صحبت درباره منافع خود می‌کنند؛ اما نیت واقعی آن‌ها رسیدن به توافق نیست و حسن نیتی در این میان وجود ندارد. به همین دلیل، باید دید که مذاکره بدون حسن نیت چه ضمانت اجرایی را برای ناقض آن در پی خواهد داشت. برای مشخص شدن این موضوع، ابتدا باید روشن شود که قانون‌گذار یا دکتین حقوقی تا چه میزان این اصل حقوقی را پذیرفته‌اند و برای آن اعتبار قائل‌اند.

۳.۲.۱. لازم‌الرعايه بودن اصل حسن نیت

«حسن نیت برای نزدیک کردن اصول حقوقی با موازین عدالت و انصاف شکل گرفته است؛ به‌گونه‌ای که مبنای بسیاری دیگر از تعهدات است» (دیلمی، ۱۳۸۹: ۲۸). ضمن این‌که «رعایت اصل حسن نیت در اجرای قراردادها را می‌توان از لوازم عرفی آن به شمار آورد» (صفایی، ۱۳۸۵: ۱۶۰) که بر اساس آن، طرفین قرارداد باید یکدیگر را با حسن نیت درک و اختلافات احتمالی را حل‌وفصل کنند (شیروی و شعبانی، ۱۳۹۱: ۱۷۱). در قانون ایران اصلی به نام حسن نیت صراحتاً به رسمیت شناخته نشده‌است؛ اما نبود نص کلی را نمی‌توان دلیلی قاطع بر عدم لزوم رعایت آن دانست؛ چراکه وصف تجریدی اسناد تجاری نیز هرچند مبنای قانونی ندارد، اما در میان حقوق‌دانان پذیرفته شده‌است و رویه قضایی نیز آن را رعایت می‌کند (جنیدی و شریعتی نسب، ۱۳۹۲: ۱۵).

با بررسی مواد قانونی و استقرا در آن لزوم رعایت حسن نیت نمایان می‌شود؛ مانند: الف) تبصره ماده ۱۰۹ ق.آ.د.م. که قانون برای ایدای طرف یا غرض‌ورزی وی ضمانت اجرا تعیین کرده‌است. وقتی ایدای طرف مقابل و عدم رعایت حسن نیت دارای ضمانت اجراست، طبیعتاً در این مورد اصل حسن نیت از سوی قانون‌گذار پذیرفته شده که برای نقض آن ضمانت اجرا تعیین کرده‌است. ب) مواد ۱۱ و ۱۲ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ در خصوص تقلب و بیانات کذب که نقطه

مقابل حسن نیت است، ضمانت اجرای بطلان عقد و عدم استرداد وجوه پرداختی را مقرر کرده است. (ج) ماده ۸ ق.م.م. یکی از معدود مواردی است که صراحتاً از واژه «حسن نیت» در قانون ایران استفاده کرده و عدم رعایت آن سبب مسؤول شناخته شدن شخص می‌شود. (د) مواد ۳ و ۳۵ قانون تجارت الکترونیک نیز صراحتاً به لزوم رعایت حسن نیت اشاره دارد. بنابراین، با استقرا در مواد قانونی مختلف می‌توان نتیجه گرفت که قانون‌گذار نیز به تدریج در پی به رسمیت شناختن اصل حسن نیت به مثابه اصلی لازم‌الاجرا و دارای ضمانت اجرا است.

علاوه بر مواد قانونی یادشده، نظر دکتربین حقوقی نیز بر لزوم رعایت حسن نیت صحه می‌گذارد. به‌طور مثال، برخی معتقدند حکم ماده ۳۸۷ ق.م. مبنی بر این‌که تلف مبیع قبل از قبض از مال بایع است، به دلیل رعایت حسن نیت در اجرای قرارداد و منسوب به اراده ضمنی طرفین است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۵۵). بعضی نیز بر این باورند که حکم ماده ۲۴۰ ق.م. مبنی بر ایجاد حق فسخ برای مشروطه به سبب ممتنع شدن اجرای شرط ریشه در لزوم رعایت حسن نیت دارد؛ چراکه رضایت مشروطه به انعقاد معامله منوط به تحقق آن شرط بوده‌است و با انتفاء امکان اجرای شرط، وی حق فسخ معامله را خواهد داشت (اصغری آق‌مشهدی و ابوبی، ۱۳۸۷: ۱۵).

علاوه بر قانون و دکتربین حقوقی، در فقه نیز رد پای لزوم رعایت حسن نیت دیده می‌شود. در تأسیسات فقهی هم‌چون وکالت، وصایت، ولایت و تولیت در وقف رعایت مصلحت و غبطه از طرف نماینده الزامی است و رعایت نکردن آن، نفوذ حقوقی را از عمل انجام‌شده می‌گیرد. مصلحت می‌تواند تعبیر دیگری از حسن نیت از سوی نماینده باشد؛ زیرا اقدام برخلاف مصلحت نمی‌تواند با حسن نیت همراه باشد (سیمایی صراف، ۱۳۹۳: ۶۵).

۳.۲.۲. ضمانت اجرای نقض اصل حسن نیت در مذاکره

باید توجه داشت که اراده اشخاص اساس قراردادهاست و بدون قصد، عمل حقوقی شکل نخواهد گرفت. ماده ۱۹۱ ق.م. مؤید همین نظر است که بیان می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء...». از طرفی قاعده فقهی «الْعُقُودُ تَابِعُهُ لِلْقَصْدِ» نیز تأییدکننده این نظر است که اراده باطنی، سازنده اعمال حقوقی است و آنچه از اصالت و حقیقت برخوردار است، قصد و نیت درونی شخص است که اگر اراده ظاهر با باطن مغایر باشد، قصد و اراده باطن حاکم است (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۱: ۲۳۱). در خصوص فرایند انجام مذاکره نیز طرفین عقد موظف‌اند با قصد

باطنی و حسن نیت برای رسیدن به سازش، به صورت فعال و مستمر در آن شرکت کنند و به چارچوب مذاکرات و توافقاتی که در عقد بوده است، احترام بگذارند (Peter, 1995: 247). با این حال، تکلیف طرفین قرارداد به مذاکره، به صرف حضور در جلسه خاتمه نمی‌یابد، بلکه مذاکره باید بر مبنای اصولی همچون قاعده «نه سود، نه زیان» مبتنی باشد (Peter, 1995: 247).

موضوع مهم دیگری که باید بدان توجه کرد، جدی بودن و مصمم بودن طرفین برای رسیدن به نتیجه است؛ چراکه هدف متعاقبین باید حل مشکل پیش‌آمده باشد. «طرفین علاوه بر گوش کردن به نظرات طرف مقابل باید حاضر باشند در برخی موارد که انصاف ایجاب می‌کند، از خواسته‌های خود برای رسیدن به توافق دست بکشند» (Nassar, 1994: 181). در این زمینه اگر تکلیفی جز مذاکره صرف، بدون رعایت موارد یادشده وجود نداشته باشد، باید وجود و عدم این شرط را یکی بدانیم؛ زیرا اصولاً شخصی که در موقعیت بهتری قرار دارد و تغییر اوضاع و احوال، او را در جایگاه بهتری قرار داده است، اگر الزامی نباشد، بسیار بعید است که به دنبال منافع مشترک و بررسی خواسته‌های طرف مقابل باشد. بنابراین، منطقی است که بگوییم تعهد برای مذاکره، شرط ضمنی دیگری در دل خود دارد و آن این است که طرفین علاوه بر شرکت در جلسات مذاکره، موظف‌اند با حسن نیت و به قصد برطرف شدن اختلاف یا عدم توازن پیش‌آمده به طرح پیشنهادهای واقع‌بینانه بپردازند. بنابراین، اگر شخص مذاکره‌کننده بدون حسن نیت اقدام به مذاکره کند، می‌توان گفت که او اصلاً وارد مذاکره نشده و ضمانت اجرای این کار نیز نمی‌تواند الزام به انجام مذاکره با رعایت حسن نیت باشد؛ زیرا حسن نیت امری درونی است. اجبار و الزام نفسیات درونی شخص یا تغییر آن به گونه‌ای دلخواه امری بعید است. از طرفی باید توجه داشت که مذاکره، تعهدی است قائم به شخص و اشخاص ثالث نمی‌توانند به جای طرف قرارداد، درباره قراردادی که مربوط به آن‌ها نیست، به گفت‌وگو بپردازند. به همین دلیل، ضمانت اجرای جبران خسارت و دادن حق فسخ به طرفی که از عدم حسن نیت طرف دیگر خسارت می‌بیند، منطقی است. بنابراین، «اگر مذاکرات طرفین منجر به توافق نشود این امر می‌تواند ریشه در سوءرفتار و سوءنیت طرفین داشته باشد که به زیان‌دیده حق مطالبه خسارت را می‌دهد و با استناد به تخلف از شرط، متعهد می‌تواند عقد را فسخ کند» (Momborg Uribe, 2011: 231).

دیوان عالی کشور فرانسه نیز در تاریخ ۲۲ آوریل ۱۹۹۷ در رأیی مقرر کرده که تشخیص تقصیر در قطع مذاکرات امری ماهوی و در صلاحیت قضات دادگاه است (De Coninck, 2002: 24-25).

داوری این موضوع را که طرفین تا چه حد باید از منافع خود کوتاه ببایند تا مشخص شود حسن نیت دارند، باید به عرف تجاری مربوط به آن قرارداد خاص واگذار کرد و نمی‌توان سنگ محک دقیقی ارائه داد که برای تمام قراردادهای قابل‌اعمال باشد؛ یعنی همان راه‌حلی که ماده ۲۴۲ ق.م. آلمان ارائه داده‌است. این ماده مقرر می‌دارد: «متعهد وظیفه دارد قرارداد را با حسن نیت و با توجه به عرف مشترک اجرا کند.» در حقوق ایران می‌توان عرف را که ملاکی برای تعیین روابط معاملی متعاقدين است، جز در برخی موارد استثنایی، جانشین حسن نیت دانست. مثلاً ماده ۲۲۰ ق.م. که طرفین را ملزم به نتایج عرفی قرارداد کرده و ماده ۲۲۵ ق.م. که متعارف بودن امری را هم‌پایه ذکر در عقد معرفی کرده، می‌تواند از مصادیق اعمال اصل حسن نیت باشد. قدری توجه در این موضوع مشخص می‌کند که برای تعیین تعهدات، حقوق و روابط متعاقدين عرف نسبت به حسن نیت، ضابطه‌ای نهایی و دقیق‌تر است؛ زیرا پس از پذیرش حسن نیت، آن‌گاه که نوبت به تشخیص مصداق حسن نیت می‌رسد، عرف باید به‌مثابه مرجع نهایی داوری کند (شهیدی، ۱۳۹۵: ۱۱۳).

۴. آثار شرط مذاکره

پس از بحث درباره ماهیت شرط مذاکره و جست‌وجو در این خصوص که مذاکره مستقل از داوری، میانجی‌گری و سازش است، حال زمان بررسی آثار شرط مذکور نسبت به دادگاه و نسبت به طرفین دعوا فرا می‌رسد.

۴.۱. آثار شرط مذاکره نسبت به دادگاه

باید بررسی شود که اگر در قراردادی شرط مذاکره پیش‌بینی شده، اما یکی از طرفین بدون انجام آن به دادگستری رجوع کند، دادگاه باید وارد رسیدگی شود یا قرار عدم استماع دعوا صادر کند. بنابراین، برای درک بهتر و دقیق‌تر با این آثار، ابتدائاً لازم است مبانی قرار عدم استماع دعوا مشخص شود و پس از آن، به بیان تکلیف دادگاه پرداخت. در قسمت دوم، به بررسی اثر شرط نسبت به اقامه دعوی طاری پرداخته می‌شود. سپس، این فرض بیان می‌شود که اگر به‌طور

مثال، در برابر اقامه دعوی خواهان مبنی بر فسخ قرارداد، خوانده دعوی تقابل مبنی بر الزام به انجام مذاکره اقامه کند، تکلیف دادگاه چیست.^۱

۴.۱.۱. مبنای صدور قرار عدم استماع دعوا

بنا به اعتقاد برخی، این قرار فقط زمانی صادر می‌شود که رسیدگی به ماهیت دعوا به علت مانعی که وجود دارد، قانوناً مجاز نباشد یا بیهوده باشد (شمس، ۱۴۰۱: ۲۴۱). از آن‌جا که قرارداد بین متعاملین در حکم قانون بین آن‌ها است، می‌توان گفت تا زمانی که مفاد شرط انجام نپذیرد، مانعی قانونی وجود دارد و باید حکم به قرار عدم استماع دعوا داد. همچنین باید توجه داشت که ماده ۲ ق.آ.د.م. و سایر مواد و قوانین مربوط به قرار عدم استماع دعوا تمثیلی است و حصری نیست و ماده ۲ مذکور به‌منزله مستند قانونی قرار عدم استماع دعوا، به‌صورت کلی وضع شده است. در ضمن، باید خاطرنشان کرد موانعی که از رسیدگی به ماهیت دعوا جلوگیری می‌کند و اسباب و موجبات صدور قرار عدم استماع دعوا است، صرفاً موانع قانونی نیست؛ بلکه جهات و موجباتی که سبب صدور قرار عدم استماع دعوا می‌شود به فراخور مبنای آن می‌تواند حتی قراردادی باشد (سربازیان و سیاوش‌پور، ۱۳۹۸: ۶۹). این‌که مانع قراردادی، یکی از اسباب و جهات صدور قرار عدم استماع دعوا شناخته می‌شود، مبنای احترام به اصل حاکمیت اراده دارد و در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است.

برای تأیید نظر فوق می‌توان به رأیی جدیدالاصدار اشاره کرد. در پرونده شماره ۱۴۰۰۶۸۹۲۰۰۰۲۶۱۳۱۴۷ ارجاعی به شعبه ۱۴۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران (مجمع ویژه رسیدگی به دعاوی تجاری) شرکت خواهان با ادعای ورود خسارت، اقامه دعوی خسارت علیه خوانده کرد. وکیل شرکت خوانده ایراد عدم رعایت شرط مذاکره از سوی خواهان را بیان کرد که در ماده ۱۶ قرارداد فی‌مابین اصحاب دعوی به توافق و امضای آنان رسیده بود. در این ماده مقرر

۱. برخی برای دادگاه پیشنهادهایی بیان کرده‌اند: «۱. تأخیر انداختن یک نوبت جلسه رسیدگی به‌منظور تلاش برای مذاکره (مستنداً به ماده ۹۹ ق.آ.د.م.) و در واقع حمل شرط مذاکره بر درخواست و رضایت طرفین برابر این ماده؛ ۲. دعوت یا ارشاد به استفاده از ظرفیت ماده ۹۹ این قانون چنان‌چه دادگاه قصد ندارد شرط را چنان‌که گفته شد، حمل بر آن ماده کند؛ ۳. اختصاص بخشی از وقت جلسه رسیدگی به انجام مذاکره و تعیین تکلیف آن؛ ۴. ارجاع موقتی دعوا به مرجعی مانند شورای حل اختلاف یا بخش‌های میانجی‌گری و سازش در اتاق بازرگانی به‌منظور فراهم شدن بستر مذاکره یا حتی نصب میانجی‌گر قراردادی یا سازش‌گر قراردادی یا مذاکره‌کننده قراردادی با دعوت طرفین به این کار (ر.ک: محسنی، ۱۴۰۱: ۱۱).

شده بود: «در صورت بروز هرگونه اختلاف، هیئتی متشکل از نمایندگان تعیین خواهد شد و درباره بررسی و رفع مشکل اقدام خواهند کرد. در صورت عدم رفع مشکل، هر یک از طرفین می‌تواند موضوع را از طریق مراجع ذیصلاح پیگیری کند.» دادگاه با استناد به این ماده ضمن صدور رأی عدم استماع دعوا بیان داشت: «... شرط مذاکره، لازم‌الوفاست و مادامی که توافق اصلی پابرجاست، طرفین باید به آن عمل کنند؛ زیرا عدم رعایت این شرط به معنای بی‌اعتنایی به توافقات قراردادی طرفین است (ر.ک: محسنی و اسماعیلی، ۱۴۰۱: ۵).

بنابراین، برخی دادگاه‌های ایران برای عدم رعایت شروط حل‌وفصل اختلاف، ضمانت اجرای عدم استماع دعوی قائل‌اند. در رویه قضایی فرانسه نیز می‌توان ردپایی برای صحت صدور قرار عدم استماع دعوا در چنین مواردی پیدا کرد. «دیوان عالی کشور فرانسه در دعوای پوپر^۱ علیه تریپر^۲ اعلام کرد که با توجه به اراده ضمنی طرفین، وقتی آن‌ها توافق می‌کنند که اختلاف خود را از طریق فرایند مذاکره حل‌وفصل کنند، تا زمانی که تلاش‌های آن‌ها به شکست نینجامیده‌است، دعوای خود را نزد دیوان دآوری یا دادگاه مطرح نکنند» (درویشی هویدا، ۱۳۹۳: ۲۱۶). شعبه مشترک دیوان فرانسه نیز در رأیی ضمانت اجرای عدم رعایت شروط حل‌وفصل اختلافات را صدور قرار عدم استماع دعوا دانسته‌است (Guinchard et al. 2014: 289).

۴.۱.۲. اثر شرط مذاکره نسبت به دفاع ماهوی یا اقامه دعوی تقابل

اثر شرط مذاکره یا سایر شروط مسالمت‌آمیز حل‌وفصل اختلاف، ایجاد مانع موقتی در توسل طرفین اختلاف به مراجع قضایی است. اگر این وقفه موقتی سبب ایجاد راه‌حلی مناسب برای حل اختلاف نشود، به این دلیل که طرفین تغییری در روند حاکم بر حل‌وفصل اختلافات خود ایجاد نکرده‌اند، صلاحیت عام نظام دادرسی قضایی، احیا می‌شود. اثر ایراد دعوای تقابل در مهلت مقرر، برخورداری از مزایای قانونی آن و پیامد مناسب عدم رعایت مهلت یادشده، محروم شدن از مزایای آن است (حسن‌زاده، ۱۳۹۲: ۴۸).

اگر یکی از طرفین بدون انجام فرایند مذاکره، اقامه دعوا کند و طرف دیگر دعوای متقابل الزام به انجام مذاکره کند یا به‌مثابه ایراد مطرح کند، یعنی در صورت بروز اختلاف، تا زمانی که طرفین فرایند انجام شرط را طی نکرده‌باشند، نظام قضایی باید در راستای احترام به اراده

1. Poier
2. Tripier

نخستین طرفین، تا زمان احراز اجرای تشریفات مذاکره و عدم وصول طرفین به توافق، نه تنها وارد رسیدگی نشود، بلکه در صورت عدم ورود طرفین قرارداد به فرایند مذاکره، آن‌ها را به اجرای تشریفات مذاکره آن هم با رعایت مقررات مرتبط مثل ابلاغ و اصول حاکم بر آن مثل رعایت حسن نیت ملزم کند» (شیروی و کاظمی، ۱۳۹۶: ۲۲۶).

در ابتدای این پژوهش در خصوص تمایز شرط مذاکره و سازش بحث شد و تمایز اساسی این بود که در مذاکره الزاماً اختلافی وجود ندارد؛ اما سازش اساساً برای حل اختلاف یا دعوا است؛ لذا تفاوتی از حیث لازم‌الوفا بودن ندارند. اگر رویه قضایی انجام شرط سازش را الزامی بداند، با همان استدلال باید انجام شرط مذاکره را نیز الزامی بداند. از حیث لازم‌الوفا بودن می‌توان وحدت ملاک گرفت و گفت همان‌طور که شرط سازش، شرط فعل حقوقی و لازم‌الاجراست، شرط مذاکره نیز از این ویژگی برخوردار است.

در رویه قضایی ایران در نمونه‌ای، دادگاه بدوی به استناد شرط سازش، دعوی طرح‌شده را نپذیرفته و قرار عدم استماع دعوی صادر کرده‌است. شرط موضوع این دعوی، طرفین را ملزم می‌کرد تا پیش از مراجعه به دادگستری، به هیئتی با ترکیب خاص مراجعه و در صورت عدم حصول توافق به دادگستری رجوع کنند. با این حال، دادگاه تجدیدنظر چنین اثری را برای شرط سازش به رسمیت نشناخت. شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر تهران مقرر داشت: «...پیش‌بینی روال خاص برای سعی در سازش در قرارداد قبل از طرح دعوی، نافی صلاحیت عام دادگستری در رسیدگی به اختلاف طرفین حتی بدون انجام روال پیش‌بینی‌شده، نیست، زیرا شرط مقرر در قرارداد شرط داوری نیست، بلکه شرط اقدام به مصالحه است و چنین شرطی نافی صلاحیت محاکم در رسیدگی به دعوی نیست» (رای مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۱ شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر تهران).^۱

با توجه به آرا فوق شاید باید چنین پنداشت که از نظر برخی دادگاه‌ها برای شروط حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات ضمانت اجرایی وجود ندارد، اما ایراد مهمی که می‌توان طرح کرد، این است که مطابق اصول تفسیر، نباید مفاد قراردادها به نحوی تفسیر شود که اجرای تعهدات قراردادی تماماً در اختیار متعهد قرار گیرد. به عبارت دیگر، اگر بخواهیم آرای فوق را ملاک عمل برای موارد مشابه قرار دهیم، از این پس اجرای شروط مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلاف به جز داوری، کاملاً در اختیار اراده یکی از طرفین خواهد بود که اگر خواست اجرا کند و اگر نخواست

۱. نک: پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳: ۲۲.

مستقیماً به دادگاه رجوع کند و طبق عمومات مسلم حقوق مدنی، هرگاه انجام تعهد تماماً در اختیار و به‌دل‌خواه یکی از طرفین باشد، به علت غرری بودن و ایجاد جهل، آن تعهد از اساس باطل است (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۲۴-۱۲۵). با توجه به این استدلال و مبانی قرار عدم استماع، به نظر می‌رسد دادگاه در مواجهه با چنین مواردی به‌جای رسیدگی به دعوا، باید قرار عدم استماع دعوا صادر کند؛ چراکه این کار اولاً احترام به اراده و خواست طرفین قرارداد است و ثانیاً سبب تشویق طرفین به اجرای تمام تعهدات و شروط قراردادی می‌شود و ثالثاً کاهش حجم پرونده‌ها در مراجع قضایی را در پی دارد و رابعاً با اصول حقوقی سازگارتر است و باعث می‌شود درج چنین شروطی در قرارداد عبث و بیهوده به نظر نرسد.

در این خصوص، بررسی رویه قضایی کشور فرانسه خالی از لطف نیست. در پرونده‌ای، دو شرکت تجاری شرط میانجی‌گری را که بر اساس آن، یکی از طرق حل‌وفصل مسالمت‌آمیز اختلاف و شرط فعل است و از این جهت تفاوتی با شرط مذاکره ندارد، در قرارداد درج می‌کنند. بر اساس این شرط، در صورت ایجاد اختلاف در خصوص قرارداد، دو طرف باید بکوشند اختلاف را به‌صورت مسالمت‌آمیز حل‌وفصل کنند. در صورت نرسیدن به توافق، در طول مدت شصت روز، دو طرف به‌اتفاق یکدیگر اقدام به انتخاب یک میانجی می‌کنند که او هم شصت روز برای یافتن راه‌حلی مسالمت‌آمیز مهلت دارد. در صورت بی‌نتیجه بودن اقدامات میانجی، اختلاف نزد مراجع قضایی قابل طرح است. یکی از اطراف عقد، بعد از اقدام بی‌حاصل برای توسل به میانجی‌گری، اجرای قرارداد را از دادگاه مطالبه می‌کند. طرف مقابل هم فسخ قضایی قرارداد^۱ را به‌منزله دعوی متقابل از دادگاه می‌خواهد. دادگاه تجدیدنظر، این دعوی را غیرقابل‌پذیرش اعلام می‌کند؛ به این دلیل که هیچ‌چیز در پرونده مانع از اعمال شرط میانجی‌گری از سوی خواننده دعوی اصلی در خصوص فسخ قرارداد وجود ندارد. مطابق این رأی، خواننده در خصوص ادعای فسخ قرارداد، نخست باید به آیین مقرر در قرارداد یعنی انجام شیوه میانجی‌گری متوسل شود؛ همان‌گونه که خواهان در خصوص اختلافات ناشی از اجرای قرارداد چنین کرده‌است (Kebir, 2017: 2).

بنابراین، با توجه به آرای صادرشده از برخی مراجع قضایی فرانسه، می‌توان چنین استنباط کرد که نظام قضایی این کشور برای شروط حل‌وفصل اختلاف، ماهیتی الزام‌آور می‌شناسد و تا زمانی که به آن وفا نشود، استماع دعوی از سوی دادگاه ممکن نیست.

1. Résiliation judiciaire de contrat

با توجه به این که قوانین و آرای قضایی فرانسه به منزلهٔ ماحصل عقل جمعی حقوق دانان فرانسوی در مواقعی منبع الهام بخش حقوق ایران بوده است، می توان گفت دست کم به مثابه مصداقی از استنباط عقلا، بتواند مورد توجه حقوق ایران قرار بگیرد.

۴.۱.۳. رجوع به دادگستری پس از وقوع اختلاف و سکوت خوانده

ممکن است پس از شکل گیری اختلاف میان طرفین و اقامهٔ دعوی از سوی یکی از آن ها قبل از اجرای شرط مذاکره، طرف مقابل به جای استناد به شرط مذاکره سکوت اختیار کند. در این حالت، سؤال پیش می آید که آیا دادگاه باید رأساً خود به شرط مذاکره استناد کند و قرار عدم استماع دعوی صادر کند یا باید وارد رسیدگی شود.

در پاسخ باید اذعان داشت که اولاً، در این حالت، قانون، رویهٔ قضایی و حتی دکترین حقوقی ساکت است و شک پیش می آید که حکم چیست؛ اما می توان استدلال کرد که در موارد شک باید به اصل رجوع کرد و اصل هم بر صلاحیت عام دادگستری است. ثانیاً، باید در نظر داشت که دکترین حقوقی در خصوص طرح دعوی با وجود شرط داوری و سکوت خوانده، اعلام نظر کرده اند. از آن جاکه شرط داوری و مذاکره از حیث این که هر دو جزئی از شروط حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف و نوعی شرط فعل اند، می توان از نظر دکترین در خصوص شرط داوری دربارهٔ شرط مذاکره نیز بهره برد و بیان کرد همان طور که اگر در قراردادی شرط داوری باشد و یکی از طرفین قبل از اجرای داوری اقامهٔ دعوی کند و طرف مقابل هم ساکت بماند، دادگاه باید وارد رسیدگی شود (کریمی و پرتو، ۱۳۹۵: ۱۴۵)، در خصوص شرط مذاکره نیز وضع بر همین منوال است. ثالثاً، نباید از یاد برد که قاضی در دعاوی حقوقی، قاضی نشسته است و خود نباید به دنبال تحصیل دلیل برای یکی از طرفین یا استناد به وجود شرط مذاکره و در نهایت صدور قرار عدم استماع دعوی به نفع یکی از طرفین باشد. این کار دادگاه را از حالت بی طرفی خارج می کند. رابعاً، می توان استدلال کرد که پس از ابلاغ به خوانده، اگر وی به وجود شرط استناد نکند، او از اجرای شرط به صورت ضمنی انصراف داده است؛ چراکه اصولاً مانعی برای اقامهٔ دلیل از سوی خوانده وجود ندارد و او در مقام دفاع و بیان دلایل خود است و این سکوت در مقام بیان دلایل، نشانهٔ عدم خواست وی برای اجرای شرط است. با توجه به دلایل بیان شده، می توان بیان داشت که در فرض مذکور، صلاحیت عام دادگستری باز می گردد و دادگاه باید وارد رسیدگی شود.

نتیجه‌گیری

شرط مذاکره نهادی مستقل از نهاد داوری، میانجی‌گری و سازش تلقی می‌شود و ویژگی‌های مختص خود را دارد؛ چراکه برخلاف داوری، شخص ثالثی وجود ندارد که رأی لازم‌الاجرا صادر کند؛ برخلاف میانجی‌گری هم شخص ثالثی وجود ندارد که سعی در نزدیک کردن منافع طرفین اختلاف داشته‌باشد؛ برخلاف سازش هم همواره ناشی از یک اختلاف نیست. شرط مذاکره سعی در برطرف کردن اختلاف یا به حداقل رساندن آن با رعایت اصولی چون انصاف و حسن نیت دارد. آثار شرط مذاکره نسبت به دادگاه این است که اگر مذاکره را نوعی شرط فعل منفی یا شرط نتیجه سلب حق به‌صورت جزئی در نظر بگیریم، یعنی طرفینی که این شرط را در عقد گنجانده‌اند موقتاً و تا قبل از اجرای آن مستقیماً حق مراجعه به دادگستری را ندارند یا ابتدائاً حق رجوع مستقیم به دادگستری را به‌صورت محدود از خود سلب کرده‌اند، در این صورت، ضمانت اجرای نقض آن، صدور قرار عدم استماع دعوا از سوی دادگاه است. ضمناً صرف شرکت در جلسات مذاکره به معنای ایفای این شرط نیست، بلکه نیاز به همکاری مداوم و نشان دادن حسن نیت در فرایند آن است. در غیر این صورت، این شرط ناتمام خواهد بود. عدم رعایت اصل حسن نیت می‌تواند ضمانت اجرایی هم‌چون جبران خسارت یا ایجاد حق فسخ قرارداد برای طرفی که از عدم رعایت حسن نیت آسیب می‌بیند، به همراه داشته‌باشد.

منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. پژوهشگاه قوه قضائیه. *مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)*. تیر-مرداد-شهریور ۱۳۹۲، تهران: انتشارات قوه قضائیه، ص ۲۹۹.
۲. پژوهشگاه قوه قضائیه. *مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)*. اسفند ۱۳۹۱، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی (جلد اول)*، ۱۳۹۲، چاپ سی و چهارم، تهران: انتشارات اسلامی.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. *ترمیمولوژی حقوق*. ۱۳۹۲، چاپ بیست و پنجم، تهران: گنج دانش.
۵. حائری (شاه باغ)، سید علی. *شرح قانون مدنی*. ۱۳۹۶، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
۶. درویشی هویدا، یوسف. *نسیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات*. ۱۳۹۳، چاپ دوم، تهران: انتشارات میزان.
۷. دیلمی، احمد. *حسن نیت در مسئولیت مدنی*، ۱۳۸۹، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۸. شمس، عبدالله. *دوره پیشرفته آیین دادرسی مدنی*، ۱۴۰۱، جلد دوم، چاپ چهل و هشتم، تهران: دراک.
۹. شهیدی، مهدی. *آثار قراردادها و تعهدات*، ۱۳۹۵، چاپ هفتم، تهران: مجد.
۱۰. شیروی، عبدالحسین. *داوری تجاری بین‌المللی*، ۱۳۹۴، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
۱۱. صفایی سید حسین. *دوره مقدماتی حقوق مدنی*. ۱۳۸۵، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
۱۲. کاتوزیان، امیرناصر. *قواعد عمومی قراردادها*، ۱۴۰۱، جلد اول، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش.
۱۳. کاتوزیان، امیرناصر. *نظریه عمومی تعهدات*، ۱۴۰۰، چاپ دهم، تهران: میزان.
۱۴. کاتوزیان، امیرناصر. *قواعد عمومی قراردادها*. ۱۳۹۵، جلد سوم، چاپ دهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا. *حقوق داوری داخلی*، ۱۳۹۵، چاپ چهارم، تهران: نشر دادگستر.

مقالات

۱۶. اصغری آقمشهدی، فخرالدین، ابویی، حمیدرضا. **حسن نیت در انعقاد قراردادها در حقوق انگلیس و ایران**، اندیشه‌های حقوق خصوصی، ۱۳۸۷، سال پنجم، شماره دوازدهم، صفحات ۱-۲۰.
۱۷. بیگدلی، سعید. **شرط مذاکره مجدد هاردشیپ**، فصل‌نامه حقوقی گواه، ۱۳۸۶، شماره ۸۹، صفحات ۸-۳.
۱۸. جنیدی، لعبا، شریعتی نسب، صادق. **وصف تجریدی در حقوق ایران با تأکید بر رویه قضایی**، مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۹۲، دوره ۴۳، شماره ۱، بهار، صفحات ۱-۱۶.
۱۹. حسن‌زاده، مهدی. **اقامه دعاوی طاری در خارج از مهلت**، پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۲، دوره ۲، شماره ۴، صفحات ۳۹-۶۲.
۲۰. حسینی، راحله، تقی‌پور، بهرام، عباسی سرمندی، مهدی، و امیری، فاطمه. **مذاکره مجدد در قراردادهای بالادستی صنعت نفت از منظر حقوق و اخلاق**. پژوهش‌های اخلاقی، ۱۳۹۷، سال ۹، شماره ۲، صفحات ۱۴۴-۱۲۳.
۲۱. سربازیان، مجید، سیاوش‌پور، اسماعیل. **مبانی صدور قرار عدم استماع دعوا در مواجهه با چالش‌های حقوقی پیرامون آن**، فصل‌نامه تعالی حقوق، ۱۳۹۸، شماره ۶، صفحات ۶۰-۸۴.
۲۲. سیمایی صراف، حسین. **بررسی تطبیقی حسن نیت در فقه، حقوق خارجی و اسناد بین‌المللی**، آموزه‌های فقه مدنی، ۱۳۹۳، دوره ۱۰، صفحات ۵۱-۷۴.
۲۳. شیروی، عبدالحسین؛ شعبانی، فریده. **مذاکره مجدد در قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی**. فصل‌نامه مطالعات اقتصاد انرژی، سال ۱۳۹۱، شماره ۳۴، صفحات ۱۶۱-۱۸۴.
۲۴. شیروی، عبدالحسین؛ شعبانی، فریده. **فرایند مذاکره مجدد در قراردادهای سرمایه‌گذاری**، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۶، سال ۲۱، شماره ۳، صفحات ۱۲۴-۱۱۰.
۲۵. شیروی، عبدالحسین؛ کاظمی، محمدجواد. **بررسی شرط مذاکره در حل‌وفصل اختلافات تجاری با توجه به رویه قضایی بین‌المللی**، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۶، دوره ۸۲، شماره ۱۰۴، زمستان، صفحات ۲۱۷-۲۴۰.

۲۶. محسنی، حسن؛ اسماعیلی، حسین. آثار آیینی شرط مذاکرات دوستانه بر حق دادخواهی، فصلنامه حقوقی رأی، ۱۴۰۱، دوره ۱۱، شماره ۳۹، صفحات ۱۰۰-۱۱۱.
۲۷. پرونده داخلی: دادگاه تجدیدنظر استان تهران، شعبه ۵۹، صدور رأی نهایی ۱۳۹۱/۱۰/۱۳، شماره رأی نهایی: ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۱۲۹۵- برگرفته از سایت:
28. <http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Search.aspx>

(ب) منابع لاتین

کتاب

29. De Coninck B. (2002). *Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles*. In: M. Fontaine (dir.), *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruylant: Bruxelles 2002, p. 17-137.
30. Gotenda, J. *Renegotiation and Adaptation Clause in Investment Contracts, Revisited*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003; 36 (1461), pp. 1461-1473.
31. Grignon, P. *L'obligation de ne pas agir en justice*. in *Mélanges Christian Mouly, Paris, Litec*, 1998; vol. 2, pp: 115-130.
32. Guinchard, S. & Chainais, C. & Ferrand, F. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européen*, 2014; 32 éd. Dalloz, Paris.
33. Horn, N. *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, 1st edition, London: Kluwer. 1985.
34. Nassar, N. "Sanctity of Contracts Revisited: A study in the theory and practice of Long-Term Commercial Transactions", Dordrecht; London. 1994.
35. Peter, W. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, second revised and enlarged edition, Kluwer law international. 1995.
36. Rakhtyani, R. & Rohman, A. N. & Salim, A. *Renegotiation in Business Contracts Due to the Covid-19 Pandemic, Nature Human Behaviour*, 2022; 1 (1): 82-91.
37. Russi, L. *Chronicles of Failure: From a Renegotiation Clause to Arbitration of Transnational Contracts*, SSRN Electronic Journal, Conn. J. Int'l L. 77.2008.
38. Terré, F & Simler, P & Lequette, Y. *Les obligations*, Dalloz, Paris. 2005.

مقالات

39. Ancel, P. & Cottin, M. "L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation", *Recueil Dalloz*, 2003. pp.1386-1391.
40. Ancel, P. "Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat", *RTD. Civ*, 1999: pp: 771-810.
41. Berger, K. "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts the Role of Contract Drafters and Arbitrators", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003; 36: 1364.
42. Bernardini, P. "Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments", *Journal of World Energy Law & Business*, 2008; 1: pp: 101-102.
43. Kebir, M. "Clause de médiation préalable: inapplication au demandes reconventionnelles", *Dalloz. Actualité*. 2017.
44. Kolo, A. & Wälde, T. "Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Project: Applicable Legal Principles and Industry Practices", *the Journal of Word Investment and Trade*, 2003; 1 (1), pp: 1-55.
45. Lagarde, X (2000). "L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation", *Rev. arb*. 2000.
46. Ng'ambi, Sangwani Patrick (2014). "Efficient and Flexible: The Case for Renegotiation Clauses in Concession Agreements", *Zambia Law Journal*, 2000; pp: 1-27.
47. Tijani Mato, H. (2012). "The Role of Stability and Renegotiation in Transnational Petroleum Agreements", *Journnal of Politics and Law*, University of Abuja, Nigeria, 2012; Vol 5, No 1, pp: 33-42.

رساله (ها)

48. Abdullah hamad, S. "Renegotiation clause in international petroleum contracts", Master's thesis, Neareast university, School of social science. 2017.
49. Momberg Urbin, R. A. (2011). "The Effect of Change of Circumstances on the Force of Contracts", PhD thesis. 2011.

پرونده بین المللی

50. Government of the State of Kuwait, V. the American Independent Oil Company; (1982). ad hoc Arbitrational Tribunal, 21 ILM.

نقدی بر مرور زمان طرح دعوی علیه بارفرابر در نظام حقوقی ایران از منظر اسناد حقوقی بین‌المللی

(مقاله علمی-پژوهشی)

محمد آرین *

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۲۰

چکیده

امروزه، بارفرابری نقشی کلیدی در توسعه و ثبات صنعت حمل‌ونقل بین‌المللی کالا ایفا می‌کند. بارفرابران دیگر همانند گذشته صرفاً نماینده صاحب کالا برای راهبری عملیات حمل نیستند، بلکه بیشتر در قامت متصدی حمل ترکیبی، طیف گسترده‌ای از خدمات از جمله حمل کالا را به مشتریان ارائه می‌دهند. در ایران، شورای عالی هماهنگی ترابری در سال ۱۳۷۷ آیین‌نامه‌ای را با عنوان «آیین‌نامه تأسیس و فعالیت شرکت‌های حمل‌ونقل بین‌المللی» تصویب کرد که بند ۳ ماده ۲۱ آن مرور زمان طرح دعوی علیه بارفرابر را ۹۰ روز تعیین کرده است. وضع چنین بازه کوتاه‌مدتی برای طرح دعوا نه تنها صاحبان کالا را برای وصول خسارت در فرض تلف کالا یا آسیب بدان با مشقت جدی مواجه خواهد ساخت، این پرسش‌های جدی را نیز به ذهن متبادر می‌کند که آیا چنین مقرره‌ای هم‌سو با ضابطه پذیرفته‌شده در اسناد حقوقی بین‌المللی از جمله قواعد نمونه فیاتا راجع به خدمات بارفرابری است؟ آیا شورای عالی هماهنگی ترابری قانوناً مجاز به وضع چنین مرور زمانی است؟ آیا حکم این مقرره با وجود ماده ۳۹۳ قانون تجارت اعتبار دارد؟ بررسی اسناد بین‌المللی مختلف حاکم در زمینه فعالیت بارفرابری حکایت از وجود بازه زمانی نه ماهه برای طرح دعوی علیه بارفرابر دارد. همچنین، وضع مرور زمان نیازمند مداخله قانون‌گذار است و شورای عالی هماهنگی ترابری صلاحیت چنین اقدامی را ندارد. در نهایت، حکم بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه در تعارض با حکمی است که در ماده ۳۹۳ قانون تجارت بیان شده است.

کلید واژگان:

مرور زمان، بارفرابر، حمل‌ونقل بین‌المللی، شورای عالی هماهنگی ترابری

* استادیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
M_arian59@yahoo.com

مقدمه

امروزه، حمل و نقل کالا یکی از کلیدی‌ترین ارکان تجارت در سطح بین‌المللی محسوب می‌شود؛ به نحوی که ایجاد وقفه در آن نه تنها تبعات اقتصادی مخربی به همراه خواهد داشت، حتی می‌تواند پیامدهای سیاسی و اجتماعی ناخوشایندی نیز به دنبال داشته باشد. به همین دلیل، توسعه پایدار صنعت حمل و نقل کالا نقش مستقیمی در شکوفایی و توسعه اقتصادی در سطح ملی و بین‌المللی دارد. یکی از بازیگران اصلی در این صنعت، شرکت‌هایی هستند که در قامت «بارفرابر»^۱ اقدام به طراحی و مهندسی عملیات حمل کالا در سطح بین‌المللی می‌کنند. طراحانی که به مثابه پل ارتباطی بین صاحب کالا و متصدی حمل، طیف وسیعی از خدمات مختلف را ارائه و راهبری می‌کنند؛ به نحوی که کالا به شکل مطلوبی در اختیار خریدار یا ذی‌نفع نهایی قرار گیرد. از حیث عملیاتی، ارائه خدمات بارفرابری می‌تواند توأم با خطراتی همچون مفقودی، تلف شدن یا آسیب‌دیدگی کالای در اختیار بارفرابر باشد. به همین دلیل، تعیین چارچوب قانونی حاکم بر وظایف و مسئولیت‌های بارفرابر یکی از موضوعات چالش‌برانگیزی شمرده می‌شود که همیشه در کانون توجه سیاست‌گذاران حوزه حمل و نقل کالا بوده است. گرچه در حال حاضر در سطح بین‌المللی کنوانسیون برای ضابطه‌مند کردن فعالیت بارفرابری وجود ندارد، در بسیاری از کشورها خصوصاً آن‌هایی که صنعت حمل و نقلشان در سطح بین‌المللی سرآمد است، سیاست‌گذاران ملی تلاش کرده‌اند تا با وضع قوانین خاص، ارائه خدمات بارفرابری را تا حدودی قانون‌مدار کنند. آن‌ها در این میسر، از قواعد نمونه همچون «قواعد نمونه فیاتا در خصوص خدمات بارفرابری مصوب ۱۹۹۶»^۲ به‌منزله ابزاری مؤثر برای دستیابی به این هدف استفاده کرده‌اند.

در ایران، شورای عالی هماهنگی ترابری در راستای اجرای بند ۱۳ از ماده ۷ قانون تغییر نام وزارت راه به وزارت راه و ترابری، آیین‌نامه‌ای را ذیل عنوان «آیین‌نامه تأسیس و فعالیت شرکت‌های حمل و نقل بین‌المللی» در آبان‌ماه سال ۱۳۷۷ تصویب کرد که مواد ۲۰ و ۲۱ آیین‌نامه موصوف، به‌طور مبسوط به تبیین و تشریح وظایف و حقوق شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات بارفرابری می‌پردازد. نکته حائز اهمیت در این باره این است که بخش چشمگیری از این آیین‌نامه

1. Forwarder

2. FIATA Model Rules for Freight Forwarding Services of 1996.

خصوصاً ضوابط حاکم بر فعالیت بارفرابری، از قواعد نمونه فیاتا در خصوص خدمات بارفرابری اقتباس شده است.

به عنوان یکی از حقوق بارفرابر، بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه چنین مقرر می‌کند که «مهلت مجاز جهت اقامه دعوی علیه فورواردر ۹۰ روز بعد از تاریخ تحویل کالا یا تاریخی است که کالا می‌باید تحویل می‌شد (در صورت فقدان آن) یا تاریخی که عرفاً یا حسب شرایط قرارداد یا سند حمل گیرنده می‌توانسته است کالا را مفقود شده تلقی کند.» درج مهلت ۹۰ روزه به عنوان مرور زمان طرح دعوا علیه بارفرابر، در وهله نخست این سؤال را به ذهن متبادر می‌کند که آیا بازه ۹۰ روزه هم‌سو با استاندارد پذیرفته شده در اسناد بین‌المللی از جمله قواعد نمونه فیاتا است؟ سؤال دیگری که باید پاسخ داده شود این است که آیا از منظر قانونی شورای عالی هماهنگی ترابری واجد صلاحیت برای وضع مرور زمان است؟ در نهایت، این پرسش نیاز به بررسی دارد که آیا این مقرر در تعارض با حکم مندرج در ماده ۳۹۳ قانون تجارت در خصوص مرور زمان طرح دعاوی علیه متصدی حمل و نقل است؟ پاسخ به سؤالات فوق هدفی است که در این نوشتار در دو بخش مجزا به شرح ذیل دنبال خواهد شد.

۱. مرور زمان طرح دعوی علیه بارفرابر در قوانین ایران و اسناد بین‌المللی

پیش از ورود به بحث مرور زمان طرح دعوا علیه بارفرابر، لازم به توضیح است که بارفرابر با توجه به ماهیت خدماتی که به مشتری خود ارائه می‌دهد، می‌تواند در دو نقش کاملاً متفاوت ظاهر شود. توضیح اینکه در شکل سنتی، بارفرابر در قامت نماینده مشتری (غالباً فرستنده کالا)^۱ اقدام به ارائه خدمات مختلفی می‌کند که کوتاهی در انجام دادن هر یک از آن‌ها از سوی بارفرابر صرفاً در چارچوب قواعد ناظر بر نمایندگی برای نام‌برده ایجاد مسئولیت می‌کند. در چند دهه اخیر به واسطه تغییر ماهیت صنعت حمل و نقل خصوصاً پس از ظهور حمل کانتینری^۲ به تدریج این رویکرد نو پدیدار شد که دخالت بارفرابر در فرایند حمل کالا می‌تواند فراتر از نماینده صرف باشد؛

۱. در اغلب اوقات، بارفرابر در قامت نماینده فرستنده کالا (Shipper) عمل می‌کند، اما در پاره‌ای اوقات بسته به شرایط حاکم می‌تواند به عنوان نماینده متصدی حمل واقعی یا حتی نماینده گیرنده کالا (Consignee) نیز عمل کند؛ البته در صورتی که تحویل کالا به صورت EXWORKS باشد.

2. Containerized Shipping

به همین دلیل، مسئولیت وی نباید محدود به نمایندگی باشد. در نقش جدید، بارفرابر عملاً در قامت متصدی یا پیمانکار حملی ظاهر می‌شود که یا خود عملیات حمل را (جزئاً یا کلاً) انجام می‌دهد یا از طریق زنجیره‌ای از پیمانکاران فرعی عملیات حمل کالا تا مقصد را هدایت و راهبری می‌کند.^۱ این نقش جدید بارفرابر بیشتر در حمل ترکیبی^۲ کالا قابل لمس است؛ چراکه بارفرابر در جایگاه پیمانکار یا اپراتور حمل ترکیبی^۳ با برون سپاری تمام یا بخشی از فرایند حمل به شرکت‌های حمل و نقل (پیمانکاران فرعی) نقشی به مراتب فراتر از نمایندگی صرف بازی می‌کند.^۴ حال در ادامه، با توجه به این مقدمه، مرور زمان طرح دعوی علیه بارفرابر به‌طور جداگانه در قوانین و مقررات ایران و اسناد بین‌المللی بررسی خواهد شد.

۱.۱. قوانین و مقررات ایران

در ایران تاکنون قانون خاصی برای ضابطه‌مند کردن فعالیت بارفرابری تصویب نشده است. به همین دلیل، برای شناخت قواعد ناظر بر این حرفه باید به جست‌وجو در قوانین و مقررات مرتبط پرداخت. به‌طور کلی، در نظام حقوقی ایران اولین قانونی که در این زمینه می‌توان به آن توجه کرد، قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ است. باب هشتم این قانون ذیل عنوان «قرارداد حمل و نقل» از مواد ۳۷۷ تا ۳۹۴ مقرراتی را جهت ضابطه‌مند کردن تصدی‌گری عملیات حمل وضع کرده است. اینکه آیا احکام مندرج در این مواد را می‌توان به فعالیت بارفرابری نیز تسری داد، موضوعی قابل بحث به نظر می‌رسد که به تفصیل در بخش دوم این نوشتار بدان پرداخته خواهد شد. در خصوص مرور زمان طرح دعوی خسارت علیه متصدی حمل و نقل، ماده ۳۹۳ قانون تجارت چنین اظهار می‌دارد که «نسبت به دعوی خسارت علیه متصدی حمل و نقل مدت

1. Tetley William, *Marine Cargo Claims*, 4th ed., Thomson (Carswell) Publications, 2008, pp. 1694-1696; Glass David A., *Freight Forwarding and Multimodal Transport Contracts*, 2nd edition, Routledge Publication, 2012, pp. 59-56; Hoeks Marian, *Multimodal Transport Law: The Law Applicable to the Multimodal Contract for the Carriage of Goods*, Kluwer Law International, 2010, pp. 52-57; Neame Craig, Ocean Logistics, in George Eddings et. al. (eds.), *Shipping Law Review*, 7th edition, Law Business Research Ltd., 2020, pp. 43-44; Leung William, "The Dual Role of the Freight Forwarder: Vastfame Camera Ltd v Birkart Globistics Ltd, 2005 High Court of Hong Kong 117, Stone J, 5 October 2005; 2005 AMC 2864 (High Court of Hong Kong, 2005)", *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol. 38, No. 1, 2007, pp. 97-98.

2. Multimodal or Combined Transport

3. Multimodal Transport Operator (MTO)

4. Derkach Ella and Sergii Pavliuk, "International Law on the Multimodal Carriage of the Goods: Recent Trends and Perspectives", *International Journal of Legal Studies*, Vol. 2, No. 2, 2017, p. 272.

مرور زمان یک سال است. مبدأ این مدت در صورت تلف یا گم شدن مال/التجاره یا تأخیر در تسلیم روزی است که تسلیم بایستی در آن روز به عمل آمده باشد و در صورت خسارات بحری (آواری) روزی که مال به مرسل‌الیه تسلیم شده.»

فارغ از بحث درباره قلمرو اعمال ماده ۳۹۳ قانون تجارت، شورای عالی هماهنگی ترابری در سال ۱۳۷۰ آیین‌نامه‌ای را با عنوان «مجموعه ضوابط حاکم بر حمل‌ونقل بین‌المللی» تصویب کرد که ذیل آن برای اولین بار اقدام به تفکیک وظایف، مسئولیت‌ها و حقوق بارفرابر از وظایف، مسئولیت‌ها و حقوق متصدی حمل‌ونقل جاده‌ای کالا کرد. به موجب بند ۱ از بخش «الف» از فصل دوم آیین‌نامه موصوف، مسئولیت فورواردر در برابر صاحب کالا چنین تبیین شده بود که «شرکت‌های حمل‌ونقل بین‌المللی (فورواردر) با توجه به ضوابط کنوانسیون که قرارداد حمل یا بارنامه را در چارچوب [آن] تنظیم و مبادله یا صادر کرده و با رعایت قانون تجارت در مقابل صاحب بار یا صاحبان کالا مسئولیت دارد. بدیهی است شرایط توافق شده در قرارداد نباید از حداقل مسئولیت‌های مقرر در بارنامه بر اساس کنوانسیون‌های مربوطه کمتر باشد.» این مقرر برای تعیین چارچوب مسئولیت بارفرابر از یک سو توجه به ضوابط کنوانسیون که قرارداد حمل یا بارنامه بر اساس آن منعقد شده و از سوی دیگر، رعایت مفاد قانون تجارت را لازم دانسته است؛ لذا واضح است که تدوین‌کنندگان آیین‌نامه موصوف صرفاً در مقام تعیین حدود مسئولیت بارفرابر در نقش متصدی حمل (نه نماینده) بوده‌اند. آیین‌نامه موضوع بحث فاقد هرگونه حکمی در باب تعیین مرور زمان طرح دعوا علیه بارفرابر است. این سکوت می‌تواند بر این منطق استوار باشد که چون در کنوانسیون مربوطه ناظر بر قرارداد حمل (یا بارنامه) یا در قانون تجارت مرور زمان طرح دعوا علیه متصدی حمل معین است و با توجه به اینکه آیین‌نامه صرفاً درصدد تعیین مسئولیت بارفرابر در نقش متصدی حمل است، لذا درج حکم خاص در باب تعیین مرور زمان طرح دعوی علیه بارفرابر موضوعیت نداشته است.

در سال ۱۳۷۷، شورای عالی هماهنگی ترابری با اقتباس از قواعد نمونه فیاتا راجع به خدمات بار فرابری مصوب سال ۱۹۹۶، آیین‌نامه دیگری را تحت عنوان «آیین‌نامه تأسیس و فعالیت شرکت‌های حمل‌ونقل بین‌المللی کالا» تصویب کرد که در آن، قواعد حقوقی ناظر بر فعالیت

بارفرابری دستخوش تغییر واقع شد.^۱ ماده ۲۰ این آیین‌نامه برخلاف آیین‌نامه سال ۱۳۷۰ با تفکیک بین نقش‌های مختلف بارفرابر ذیل بند ۱۸، مسئولیت نام‌برده را در مقام کارگزار یا نماینده مشتری «... به‌دقت و مراقبت در انجام وظایف محوله از طرف مشتری به‌ویژه انتخاب عوامل و پیمانکاران حمل و امثالهم محدود ...» کرده است؛ حال آنکه بند ۱۹ ماده اشاره شده مسئولیت بارفرابر را در مقام متصدی حمل چنین تشریح کرده است که «فورواردر چه عملاً و با وسایل خود مبادرت به حمل کالا کرده یا عملیات حمل را به پیمان‌گذارنده باشد و چه با صدور سند حمل قبول مسئولیت کرده ... مسئول شناخته می‌شود.» همچنین در بند ۲۷ از ماده ۲۰ آیین‌نامه جدید مقرره‌ای درج شده است که همچون مقرره مندرج در آیین‌نامه سال ۱۳۷۰ ناظر به تعیین میزان مسئولیت بارفرابر در نقش متصدی حمل است؛ با این تفاوت که در مقرره جدید دیگر رعایت قانون تجارت لازم نیست و «شرکت‌های فورواردر با توجه به ضوابط کنوانسیون که قرارداد حمل یا بارنامه را در چارچوب آن تنظیم، صادر و مبادله کرده‌اند، در مقابل مشتری مسئولیت دارند.»

شورای عالی هماهنگی ترابری در بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه جدید اقدام به تعیین مرور زمان برای طرح دعوی علیه بارفرابر کرده است. بند اشاره شده در این باره چنین مقرر می‌کند که «مهلت مجاز جهت اقامه دعوی علیه فورواردر ۹۰ روز بعد از تاریخ تحویل کالا یا تاریخی است که کالا می‌باید تحویل می‌شد (در صورت فقدان) یا تاریخی که عرفاً یا حسب شرایط قرارداد یا سند حمل گیرنده می‌توانسته است کالا را مفقود شده تلقی کند.» درج مهلت ۹۰ روزه به‌عنوان مرور زمان طرح دعوی علیه فورواردر از منظر عملیاتی مهلت بسیار اندکی به نظر می‌رسد؛ مخصوصاً وقتی به این نکته توجه شود که مهلت موصوف از نظر آیین‌نامه قابل اعمال در کلیه دعاوی مطروحه علیه بارفرابر خواهد بود؛ خواه در نقش متصدی حمل عمل کرده باشد، خواه در قامت نماینده مشتری. برای ارزیابی کم و کیف این مسئله لازم است که ابتدا اسناد بین‌المللی مرتبط با فعالیت بارفرابری از جمله قواعد نمونه فیاتا به‌دقت واکاوی شود تا در پرتو آن بتوان در

۱. منبعی بهداد، فورواردر یا بروکر؟ مسئله این است، ماهنامه پیام دریا، شماره ۲۵۲، شهریور و مهر ۱۳۹۷، ص. ۹۴.

قسمت دوم این نوشتار مرور زمان تعیین شده در آیین نامه تأسیس و فعالیت شرکت های حمل و نقل بین المللی کالا را تحلیل و نقد کرد.

۱.۲. اسناد بین المللی

فعالیت بارفرابری کماکان جایگاه سنتی خود را در صنعت حمل و نقل کالا حفظ کرده است؛ با این حال، امروزه به این فعالیت بیشتر در حمل ترکیبی کالا توجه می شود؛ به گونه ای که بارفرابران در نقش متصدیان حمل ترکیبی اقدام به هدایت و راهبری عملیات حمل به طور مستقیم یا غیرمستقیم می کنند؛ به همین دلیل، بخش چشمگیری از اسناد بین المللی ناظر بر حمل ترکیبی را نیز می توان درباره فعالیت بارفرابری اعمال کرد. البته ذکر این نکته نیز لازم است که برخی سازمان های بین المللی به طور خاص اقدام به ضابطه مندسازی فعالیت بارفرابران فارغ از بحث حمل ترکیبی کرده اند که در ادامه این بخش اسناد مربوطه بررسی خواهد شد. تلاش برای وضع ضوابط یکسان در سطح بین المللی در حوزه حمل ترکیبی کالا به طور جدی از دهه ۱۹۶۰ میلادی با ظهور حمل کانتیری^۱ در دستور کار شمار چشمگیری از سازمان ها و مؤسسات بین المللی قرار گرفت.^۲ تاکنون اسناد مختلفی در قالب پیش نویس کنوانسیون، کنوانسیون یا قواعد نمونه تدوین شده که اغلب آن ها به دلایلی که بحث درباره آن ها در چارچوب این پژوهش نمی گنجد، به سرانجام نرسیده اند. لازم به توضیح است که در راستای تحقق رسالت این پژوهش، در ادامه صرفاً مسئله مرور زمان طرح دعوا علیه بارفرابر در چارچوب اسناد بین المللی موصوف بررسی و کندوکاو خواهد شد.

۱.۲.۱. مؤسسه بین المللی یکسان سازی حقوق خصوصی (یونیدروا)

اولین اقدام در راستای یکنواخت سازی مقررات حاکم بر فعالیت بارفرابری در سال ۱۹۶۷ از سوی مؤسسه بین المللی یکسان سازی حقوق خصوصی (یونیدروا)^۳ صورت گرفت؛ با این توضیح که مؤسسه مذکور در این سال پیش نویس کنوانسیونی را به زبان فرانسوی ذیل عنوان «قرارداد

1. Besong Christine, "Towards a Modern Role for Liability in Multimodal Transport Law", A Thesis Submitted for Doctor of Philosophy, University of London, 2007, pp. 164-165.

۲. به منظور اطلاع از تلاش های صورت گرفته قبل از دهه ۱۹۶۰ میلادی برای وضع قواعد بین المللی در زمینه حمل ترکیبی رجوع کنید به:

Bokareva Olena, *Uniformity of Transport Law through International Regimes*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2019, pp. 36-37.

3. "International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)".

نمایندگی برای نمایندگان بارفرابری مربوط به حمل بین‌المللی کالا»^۱ ارائه کرد. این پیش‌نویس حاصل تلاش سیزده‌ساله مؤسسه موصوف برای ارائه متنی منسجم جهت یکنواخت‌سازی ضوابط حاکم بر فعالیت بارفرابری بود. علی‌رغم تلاش‌های صورت‌گرفته، پیش‌نویس تهیه‌شده به دلیل مخالفت گسترده اعضای سازمان فیاتا هیچ‌گاه برای تصویب در یک کنفرانس بین‌المللی ارائه نشد.^۲

۱.۲.۲. کمیته بین‌المللی دریایی (سی.ام.آی)^۳

با فاصله اندکی از اقدام مؤسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی، کمیته بین‌المللی دریایی اقدام به تدوین متن پیش‌نویس کنوانسیون در خصوص حمل ترکیبی کرد که ذیل عنوان «قواعد توکیو»^۴ در سال ۱۹۶۹ منتشر شد. مشکلات عدیده‌ای همچون تعریف قلمرو اعمال کنوانسیون، ماهیت الزام‌آوری قواعد، تعریف چارچوب مسئولیت متصدی حمل ترکیبی و ... سبب شد تا تدوین‌کنندگان پیش‌نویس کنوانسیون اشاره‌شده، از ارائه آن به یک کنفرانس بین‌المللی جهت تصویب امتناع کنند. علی‌ای‌حال، در متن این سند تعیین مرور زمان برای طرح دعوا علیه متصدی حمل ترکیبی مورد توجه تدوین‌کنندگان قرار گرفته بود؛ با این توضیح که پاراگراف دوم از ماده ۹ قواعد توکیو در این خصوص چنین مقرر کرده بود که «متصدی حمل ترکیبی طبق قوانین این کنوانسیون از کلیه مسئولیت‌ها بری خواهد شد؛ مگر اینکه دعوی ظرف یک سال

پس از تحویل کالا یا تاریخی که کالا باید تحویل داده می‌شد، اقامه شود...»^۵

۱.۲.۳. کمیته بین‌المللی دریایی و یونیدورا

در ادامه تلاش‌های قبلی، یونیدورا در ژوئن سال ۱۹۶۹ میزگردی را در شهر روم ایتالیا برگزار کرد که بر اساس آن، کمیته مشترکی بین این مؤسسه و کمیته بین‌المللی دریایی تشکیل شد. تلاش مشترک این دو نهاد بین‌المللی سرانجام در سال ۱۹۷۰ به ادغام اسناد قبلی تهیه‌شده به‌وسیله آن‌ها و تدوین متن ترکیبی در زمینه حقوق حمل‌ونقل ترکیبی منتهی شد که تحت

1. "Draft Convention on Contract of Agency for Forwarding Agents relating to International Carriage of Goods".

2. Ramberg Jan, "Unification of the Law of International Freight Forwarding", *Uniform Law Review*, Vol. 3, No. 1, 1998, pp. 8-9.

3. Comité Maritime International (CMI).

4. CMI Draft Convention on Combined Transport (the 'Tokyo Rules' of 1969).

5. The Report of International Maritime Committee (CMI), Documentation, 1969, III, p. 66.

Available at <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/1969-DOCUMENTATION-III.pdf> last visited on Aug. 8, 2022.

عنوان قواعد «توکیو-روم» یا قواعد «روم»^۱ شهرت یافت.^۲ بند ۱ ماده ۱۶ قواعد توکیو-روم کیفیت اعمال مرور زمان را این گونه تبیین کرده بود که «متصدی حمل ترکیبی از تمام مسئولیت‌ها به موجب قواعد این کنوانسیون بری خواهد شد؛ مگر اینکه دعوی ظرف نه ماه از زمان تحویل کالا اقامه شود. در صورت تلف شدن کامل کالا، این مهلت دو ماه پس از اینکه کالا در اختیار متصدی حمل ترکیبی گذاشته شد، آغاز خواهد شد.»^۳

۱.۲.۴. سازمان بین‌الدولی مشورتی دریایی/کمیسیون اقتصادی برای اروپا

طی سلسله جلسات مشترکی که در سال ۱۹۷۱ بین سازمان بین‌الدولی مشورتی دریایی^۴ و کمیسیون اقتصادی برای اروپا^۵ برگزار شد، قواعد روم مورد بازنگری قرار گرفت و پیش‌نویس کنوانسیون جدیدی راجع به حمل‌ونقل ترکیبی کالا موسوم به «کنوانسیون تی.سی.ام»^۶ در تاریخ ۱۹ نوامبر ۱۹۷۱ تهیه شد.^۷ برخلاف آنچه انتظار می‌رفت، مفاد این سند از یک‌سو به دلیل توجه نکردن به منافع کشورهای در حال توسعه به شدت با مخالفت این دسته از کشورها روبه‌رو شد و از سوی دیگر، به دلیل وجود پاره‌ای از کاستی‌ها، متصدیان حمل‌ونقل کشورهای توسعه‌یافته نیز از آن انتقاد کردند و همانند تلاش‌های قبلی بی‌نتیجه باقی ماند.^۸ در زمینه مرور زمان طرح دعوی علیه متصدی حمل ترکیبی، بند ۱ ماده ۱۵ کنوانسیون تی.سی.ام. با ادبیاتی مشابه بند ۱

1. UNIDROIT and CMI combined draft of 1970 ('Tokyo-Rome Rules' also known as the 'Rome Draft').

۲. برای اطلاع بیشتر در خصوص قواعد توکیو رجوع کنید به:

Moore J. C., "The Tokyo Convention on Combined Transport (Tokyo Rules)", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 1, No. 1, 1969, pp. 85-91.

3. The Report of International Maritime Committee (CMI), Documentation, 1970, II, p. 94. Available at <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/1970-DOCUMENTATION-II-TOKYO.pdf> last visited on Aug. 8, 2022.

4. Inter-Governmental Maritime Consultative Organization (IMCO).

5. Economic Commission for Europe (ECE).

6. TCM Draft Convention on the International Combined Transport of Goods' 1971 (or 'TCM Draft').

7. Cheng Chia-Jui, *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, P. 369.

8. Mankabady Samir, "The Multimodal Transport of Goods Convention: A Challenge to Unimodal Transport Conventions", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32, No. 1, 1983, p. 122. See also Massey Eugene. A., "Prospects for a New Intermodal Regime: A Critical Look at the TCM", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 3, No. 4, 1972, pp. 725-758; Fitzgerald Gerald F., "Proposed Convention on the International Combined Transport of Goods: Implications for International Civil Aviation", *The Canadian Yearbook of International Law*, 1973, pp. 165-192.

ماده ۱۶ قواعد روم مقرر کرده بود که چنانچه دعوا ظرف مهلت نه ماه از تاریخ تحویل کالا مطرح نشود، متصدی حمل ترکیبی از تمام مسئولیت‌ها بری خواهد شد.^۱

۱.۲.۵. اتاق بازرگانی بین‌المللی

پس از تلاش‌های ناموفق به شرح بندهای قبلی برای وضع قواعد الزام‌آور در حوزه حمل‌ونقل ترکیبی، اتاق بازرگانی بین‌المللی برای رفع خلأ قانونی موجود، در نوامبر سال ۱۹۷۳ اقدام به تهیه و انتشار قواعد متحدالشکل ناظر بر سند حمل ترکیبی^۲ کالا کرد. لازم به ذکر است که قواعد نمونه موصوف با استقبال متصدیان حمل‌ونقل روبه‌رو نشد؛ زیرا بر اساس آن‌ها متصدی حمل مسئول آثار ناشی از تأخیر در حمل کالا شناخته می‌شد؛ لذا اتاق بازرگانی بین‌المللی در نسخه جدیدی^۳ که در سال ۱۹۷۵ منتشر کرد، این چالش را از میان برداشت. طبق قاعده شماره ۱۹ از مجموعه قواعد موضوع بحث «متصدی حمل ترکیبی از کلیه مسئولیت‌ها بری می‌شود؛ مگر آنکه دعوا ظرف نه ماه پس از الف) تاریخ تحویل کالا یا ب) تاریخی که در آن می‌بایست کالا تحویل داده می‌شد ... اقامه شود.»

۱.۲.۶. سازمان ملل متحد

با توجه به ضرورت وجود قواعد متحدالشکل بین‌المللی در زمینه حمل‌ونقل ترکیبی کالا و تلاش‌های ناموفق سازمان‌های بین‌المللی مختلف، سرانجام بنا بر قطعنامه شماره ۱۷۳۴ (LIV) شورای اقتصادی-اجتماعی سازمان ملل متحد به تاریخ ۱۰ ژانویه ۱۹۷۳، از آنکنداد^۴ درخواست شد تا کارگروهی را جهت تهیه متن کنوانسیون بین‌المللی در زمینه قواعد حاکم بر حمل ترکیبی

۱. برای ملاحظه متن پیش‌نویس کنوانسیون تی. سی. ام. رجوع کنید به:

Report of the Fourth Session of the Joint IMCO/ECE Meeting to study the draft Convention on the Combined Transport Contract (TCM Convention), London, November 15-19, 1971 (CTC IV/18 Rev. 1, TRANS/374, January 24, 1972); ICAO Doc. 9007 LC/166 9/6/72 Summary of the Work of the Legal Committee during its 19th Session (Montreal, May 22 — June 2, 1972)

2. ICC Uniform Rules for a Combined Transport Document (ICC Publication No. 273 - November 1973). See Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 1974, pp. 29-38.

برای اطلاع بیشتر در این خصوص رجوع کنید به:

Giles O. C., "Combined Transport", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 24, No. 3 (Jul., 1975), pp. 379-392

3. ICC Uniform Rules for a Combined Transport Document of 1975 (ICC Publication No 298). See Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 1976, pp. 148-156.

برای اطلاع بیشتر در این خصوص رجوع کنید به:

Giles O. C., "Combined Transport: Further Modification", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 25, No. 2 (Apr., 1976), pp. 443-444.

4. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD).

تشکیل دهد.^۱ پس از هفت سال تلاش مستمر کارگروه مذکور و برگزاری پنجاه و سه جلسه، نهایتاً در کنفرانس دیپلماتیک ژنو در تاریخ ۲۴ مه سال ۱۹۸۰ کنوانسیون راجع به حمل چندوجهی بین‌المللی کالا^۲ به امضا رسید.^۳ با وجود گذشت بیش از چهل سال، این کنوانسیون هنوز لازم‌الاجرا نشده است. بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون اشاره شده در خصوص نحوه اعمال مرور زمان در دعاوی علیه متصدی حمل ترکیبی چنین مقرر کرده است که «هر دعاوی مرتبط با حمل ترکیبی بین‌المللی بر اساس این کنوانسیون چنانچه فرایند قضایی یا داورى [آن] ظرف مدت دو سال آغاز نشده باشد، مشمول مرور زمان خواهد شد...».

۱.۲.۷. آنکتاد و اتاق بازرگانی بین‌المللی

از آنجا که کنوانسیون فوق‌الذکر به دلایلی که شرح آن‌ها در این مقال نمی‌گنجد، لازم‌الاجرا نشد و از سوی دیگر نیاز به یکسان‌سازی ضوابط ناظر بر فعالیت بارفرابری کماکان در سطح بین‌المللی احساس می‌شد، در سال ۱۹۹۲ اسناد جدیدی در قالب شروط یا قواعد نمونه از سوی برخی سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط منتشر شد. ابتدا سازمان آنکتاد با همکاری اتاق بازرگانی بین‌المللی در ژانویه سال ۱۹۹۲ سند مشترکی را ذیل عنوان «قواعد ناظر بر اسناد حمل ترکیبی»^۴ منتشر کرد. قاعده دهم این سند ذیل عنوان مرور زمان چنین عنوان کرده است که «مرور زمان نه ماه در نظر گرفته شده است. قواعد لاهه-ویزبی مهلت یک‌ساله و کنوانسیون حمل ترکیبی کالا مهلت دوساله را در نظر گرفته‌اند. مهلت نه‌ماهه باید به‌منظور اطمینان از اینکه متصدی حمل ترکیبی امکان کافی برای طرح دعوا علیه متصدی حمل‌کننده را داشته باشد، اعمال شود. در صورت فقدان هرگونه مقرره قانونی برای حمایت از امکان رجوع متصدی حمل ترکیبی به متصدی حمل‌کننده همان‌طور که اشاره شد، باید یک مهلت زمانی کمتر از مهلتی که طبق قوانین لازم‌الاجرا در خصوص متصدی حمل‌کننده اعمال می‌شود، در نظر گرفته شود.»

1. Resolution No. E/RES/1734(LIV) (Recommendations of the United Nations/IMCO Conference on International Container Traffic), adopted by the Economic and Social Council during its 54th session, 8-10 January and 17 April-18 May 1973. Available at https://digitallibrary.un.org/record/214921?ln=zh_CN last visited on Aug. 20, 2022.

2. UN Convention on International Multimodal Transport of Goods (1980).

3. Mankabady Samir, above note 26, pp. 123-124. See also Driscoll William J., "The Convention on International Multimodal Transport: A Status Report", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 9, No. 4, July 1978, pp. 442-443.

4. UNCTAD/ICC Rules for Multimodal Transport Documents, 1992 ("The UNCTAD/ICC Rules"). Available at https://unctad.org/system/files/official-document/tradewp4inf.117_corr.1_en.pdf last visited on Aug. 20, 2022.

۱.۲.۸. فدراسیون بین‌المللی اتحادیه‌های فورواردرها (فیاتا)

یکی دیگر از سازمان‌های فعال در زمینهٔ یکنواخت‌سازی قواعد حاکم بر حمل‌ونقل ترکیبی فدراسیون بین‌المللی اتحادیه‌های فورواردرها موسوم به «فیاتا» است. این سازمان ابتدا در سال ۱۹۷۱ اقدام به تدوین و انتشار شروط حاکم بر «بارنامهٔ حمل ترکیبی»^۱ کرد که از منظر حقوقی به‌منزلهٔ شروط نمونه در صورت توافق طرفین بارنامه الزام‌آور بودند. در سال ۱۹۹۲ با توجه به ضرورت اعمال برخی اصلاحات، فیاتا اقدام به تدوین نسخهٔ بازنگری‌شدهٔ شروط مذکور کرد. در حال حاضر، نسخهٔ جدید^۲، توجه شرکت‌های بین‌المللی فعال در زمینه ارائه خدمات بارفرابری را به خود جلب کرده است.

در صدر این سند ذیل عنوان تعاریف، اصطلاح بارفرابر این‌گونه تعریف شده است: «بارفرابر به معنای متصدی حمل ترکیبی است که اقدام به صدور بارنامه کرده و نام وی به‌عنوان متصدی حمل در روی آن قید شده و مسئولیت اجرای قرارداد حمل ترکیبی را در مقام متصدی قبول می‌کند.» شرط هفدهم سند موصوف در راستای تبیین کیفیت اعمال مرور زمان این‌گونه اظهار می‌دارد: «در صورت فقدان توافق صریح دیگری، بارفرابر از تمام مسئولیت‌ها به‌موجب این شروط رهایی خواهد یافت؛ مگر اینکه دعوی ظرف نه ماه پس از تحویل کالا یا تاریخی که کالا باید تحویل داده می‌شد یا تاریخی که بر اساس شرط ۴-۶ ... کالای تلف‌شده قلمداد می‌شود، طرح شود.» طبق شرط ۴-۶ «اگر کالا ظرف ۹۰ روز متمادی پس از تاریخ تحویل، آن‌گونه که در شرط ۳-۶ تعیین شده، تحویل داده نشده باشد، در صورت فقدان دلیل مخالف، مدعی می‌تواند کالا را تلف‌شده قلمداد کند.»

با توجه به اینکه شروط استاندارد فوق‌الذکر صرفاً ناظر بر فعالیت بارفرابر در مقام متصدی حمل ترکیبی بود، فیاتا در سال ۱۹۹۶ اقدام به انتشار سند دیگری موسوم به «قواعد نمونه راجع به خدمات بارفرابری»^۳ کرد که در آن به مسئولیت بارفرابر در دو نقش نماینده و متصدی حمل توجه شده است. پاراگراف دوم از قاعدهٔ دهم این سند با ادبیاتی عین آنچه در شرط هفدهم شروط استاندارد سال ۱۹۹۲ درج شده بود، مرور زمان طرح دعوا علیه بار فرابر را نه ماه تعیین

1. FIATA Combined Transport Bill of Lading 1971.

2. "Standard Conditions Governing FIATA Multimodal Bill of Lading (1992)". Available at https://fiata.org/fileadmin/user_upload/documents/Diverses/FIATA_Documents_and_Forms.pdf last visited on Aug. 20, 2022.

3. "FIATA Model Rules for Freight Forwarding Services". Available at https://fiata.org/fileadmin/user_upload/documents/Explanatory_Note_to_the_Revision_of_FIATA_Model_Rules_for_Freight_Forwarding_Services.pdf last visited on Aug. 21, 2021.

کرده است. همچنین طبق قاعده ۸-۳-۱- این سند نیز چنانچه کالا ظرف ۹۰ روز متمادی از تاریخی که باید تحویل داده می‌شد، تحویل نشود، مدعی می‌تواند کالا را تلف‌شده در نظر گیرد. همان‌طور که ملاحظه شد، مهلت نه‌ماهه به‌عنوان مرور زمان طرح دعوا علیه بارفرابر یک استاندارد پذیرفته‌شده در سطح بین‌المللی در حرفه بارفرابری است که در قواعد یا شروط استاندارد مورد استفاده انجمن‌های خدمات فورواردی در کشورهای مختلف نیز از آن اقتباس شده است. فی‌الواقع، تعیین چنین مهلتی به‌عنوان مرور زمان بر این منطق یا دلیل استوار شده است که چون در کنوانسیون‌های بین‌المللی ناظر بر حمل کالا از طریق زمین، هوا یا دریا مرور زمان طرح دعوا علیه متصدی حمل مربوطه یک یا دو سال تعیین شده است و از آنجا که بارفرابر عموماً برای راهبری و مدیریت حمل کالا از یک نقطه کره خاکی به نقطه دیگر از خدمات یک یا چند متصدی حمل استفاده می‌کند، مرور زمان طرح دعوا علیه بارفرابر از سوی مشتری باید به‌گونه‌ای تعیین شود که بارفرابر نیز به‌نوبه خود فرصت یا امکان رجوع به متصدی حمل‌کننده کالا برای وصول خسارت را داشته باشد. به همین دلیل، مرور زمان برای طرح دعوا علیه بارفرابر باید از نظر منطقی کمتر از یک سال باشد تا بدین‌وسیله بارفرابر بتواند متناسب با روش حمل و کنوانسیون مربوطه، برای حفظ حقوق خود در بازه زمانی باقی‌مانده اقدام به طرح دعوا علیه متصدی حملی کند که کالا در ید وی تلف شده یا آسیب دیده است.^۱ لذا با توجه به منطق فوق‌الذکر، همان‌طور که بررسی شد، سازمان‌های بین‌المللی همچون آنکتاد، اتاق بازرگانی بین‌المللی و فیاتا مهلت نه‌ماهه را عرفاً مهلت معقولی برای طرح دعوا علیه بارفرابر قلمداد کرده‌اند تا چنانچه نام‌برده ظرف این مهلت با طرح دعوی از سوی مشتری خود مواجه شود، بتواند در بازه باقی‌مانده قبل از انقضای مرور زمان، علیه متصدی حملی که از خدمات وی برای جابه‌جایی کالا استفاده کرده، طرح دعوا کند.

لازم به ذکر است که به معقولانه بودن مهلت نه‌ماهه به‌عنوان مرور زمان طرح دعوا علیه بارفرابر در برخی از پرونده‌های قضایی در سطح ملی نیز توجه شده است. در این خصوص، لازم به ذکر است که در سال ۲۰۰۳ دادگاه تجدیدنظر انگلستان در پرونده "*Granville Oil & Chemicals Ltd. v Davis Turner & Co. Ltd*"^۲ با این سؤال مواجه شد که آیا مرور زمان

1. David A. Glass, above note 5, p. 198.

2. *Granville Oil & Chemicals v Davis Turner* [2003] EWCA Civ 570, [2003] 2 Lloyd's Rep 356.

نُه‌ماهه مندرج در بند B شرط ۳۰ از شروط استاندارد بیفا^۱ به‌عنوان ضوابط حاکم بر قرارداد منعقد بین تجدیدنظرخواه (بارفرابر) و تجدیدنظر خوانده (گیرنده کالا) از منظر مقررات مندرج در قانون شروط قراردادی غیرمنصفانه مصوب ۱۹۷۷^۲ عادلانه محسوب می‌شود؟ دادگاه تجدیدنظر پس از رسیدگی به دفاعیات طرفین، اعلام کرد که حکم دادگاه که تعیین مهلت نُه‌ماهه به عنوان مرور زمان طرح دعوا علیه بارفرابر را با توجه به اینکه طرفین قرارداد از قدرت چانه‌زنی برابر برخوردار بوده‌اند، معقول و منصفانه محسوب کرد.^۳

۲. نقد مرور زمان مندرج در بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه

همان‌طور که قبلاً در مقدمه نیز اشاره شد، حکم مندرج در بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه تأسیس و فعالیت شرکت‌های حمل‌ونقل بین‌المللی کالا مصوب سال ۱۳۷۷ از سه منظر مختلف می‌تواند محل نقد جدی قرار گیرد. از منظر اول، این سؤال مطرح می‌شود که آیا اساساً شورای عالی هماهنگی ترابری واجد جایگاه قانونی برای وضع مرور زمان طرح دعوی علیه بارفرابر است؟ به عبارت دیگر، آیا وضع مرور زمان از سوی شورای اشاره‌شده در جایگاه یک نهاد دولتی دارای مشروعیت است؟ مرور زمان تعریف‌شده در مقررۀ مذکور از منظر دیگری نیز می‌تواند مورد سؤال واقع شود؛ با این توضیح که آیا این مرور زمان در تعارض با حکم ماده ۳۹۳ قانون تجارت است؟ به تعبیر دیگر، آیا مرور زمان یک‌سالۀ تعیین‌شده در ماده ۳۹۳ قانون تجارت صرفاً در خصوص متصدی حمل‌ونقل (کریر) قابل اعمال است یا اینکه حکم این ماده را می‌توان به بارفرابر نیز تسری داد؟ در نهایت، پرسش سومی که ذهن هر مخاطب کنجکاوی را به تکاپو وادار می‌کند این است که تدوین‌کنندگان آیین‌نامه مذکور بر اساس چه مبانی نظری یا عملی اقدام به تعیین بازۀ ۹۰ روزه برای طرح دعوی علیه بارفرابر کرده‌اند؟ آیا این بازۀ زمانی هم‌سو با استاندارد شناخته‌شده در صنعت حمل‌ونقل در سطح بین‌المللی است؟ پاسخ به سؤالات فوق‌الذکر، هدفی است که در ادامه بدان پرداخته خواهد شد.

1. BIFA (British International Freight Association) Standard Trading Conditions.

2. "Unfair Contract Terms Act of 1977".

3. David A. Glass, above note 38, p. 198

۲.۱. نقد جایگاه قانونی شورای عالی هماهنگی ترابری برای وضع مرور زمان

برای پاسخ دادن به این سؤال که آیا از منظر قانونی شورای عالی هماهنگی ترابری در جایگاهی قرار دارد که بتواند اقدام به وضع مرور زمان برای طرح دعوی علیه بارفرابرها کند، لازم است بدو ماهیت مرور زمان واکاوی شود. در قانون مدنی ایران برخلاف قانون مدنی فرانسه، هیچ صحبتی از مقولۀ مرور زمان نشده است. در مادۀ ۲۲۱۹ قانون مدنی فرانسه (قبل از اصلاحات سال ۲۰۰۸) در خصوص مرور زمان چنین حکمی مقرر شده بود که «مرور زمان وسیلۀ تملک یا برائت ذمه است، به واسطۀ گذشتن مدتی طبق شرایطی که قانون معین کرده است».^۱ همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در این تعریف، تجویز مرور زمان بر اساس شرایط تعیین‌شده از سوی قانون ملاک عمل قرار گرفته است. در نظام قانونی ایران بعد از مشروطیت به‌طور پراکنده و موردی در برخی قوانین، مرور زمان به رسمیت شناخته شده بود، لیکن اولین بار به‌طور منسجم در سال ۱۳۱۸ ه. ش. در قانون آیین دادرسی مدنی با اقتباس از حقوق فرانسه و تطبیق آن با حقوق اسلام موادی در خصوص تجویز مرور زمان گنجانده شد. به‌طور خاص، مادۀ ۷۳۱ قانون مذکور در تعریف مرور زمان چنین اشعار می‌کرد: «مرور زمان، عبارت از گذشتن مدتی است که به‌موجب قانون پس از انقضای آن مدت دعوی شنیده نمی‌شود.»

مستنبط از مواد مرتبط در قانون مدنی سابق فرانسه و قانون آیین دادرسی مدنی سابق ایران، لازم به ذکر است که وضع مرور زمان به‌موجب حکم قانون (نه تصویب‌نامه یا آیین‌نامه) دارای وجهت قانونی است؛ زیرا اثر اعمال مرور زمان اسقاط حق است و اسقاط حق بدون تجویز قانون‌گذار جایز نیست. جالب است توجه شود که مردود بودن وضع مرور زمان در قالب آیین‌نامه در نظام حقوقی ایران دارای سابقۀ تاریخی حائز اهمیت است. در این زمینه، چنین گزارش شده است که «اولین قدم بطرف قبول قاعدۀ مرور زمان در سال ۱۳۳۴ قمری برداشته شد. در آن سال، تصویب‌نامه‌ای از هیئت‌وزیران گذشت ... وزارت دادگستری وقت این تصویب‌نامه را به دادگاه‌ها ابلاغ کرد، ولی این تصویب‌نامه چند عیب و نقطه‌ضعف داشت که از اهمیت آن

1. French Civil Code. Available at <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006447284/1804-03-25/> last visited on Aug. 21, 2022.

می‌کاست و مانع حتمی‌الاجرا بودن آن می‌گردد، از این قرار: *اولاً تصویب‌نامه بود و نه قانون و اسقاط حقوق بدون قانون جایز نیست...»*^۱

گرچه در حال حاضر، ماده ۷۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی به‌موجب نامه شورای نگهبان به شماره ۷۲۵۷ به تاریخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۷ مغایر با شرع اسلام تشخیص داده شده و اساساً مشروعیت نهاد مرور زمان از منظر حقوق اسلامی در دوره بعد از انقلاب اسلامی محل بحث و جدل‌های فراوان بوده است که پرداختن بدان‌ها موضوع بحث این نوشتار نیست، اما با توجه به فلسفه وجودی این نهاد و سابقه تقنینی مذکور باید اذعان کرد که شورای عالی هماهنگی ترابری اساساً فاقد صلاحیت قانونی برای وضع مرور زمان در زمینه طرح دعوا علیه بارفرابرها است و وضع هرگونه مرور زمان در این باره باید بر اساس قانون مجلس شورای اسلامی باشد؛ لذا بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه موضوع بحث فاقد وجاهت قانونی است.

۲.۲. ماده ۳۹۳ قانون تجارت و اعتبار حکم مندرج در بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه

علاوه بر عدم صلاحیت قانونی شورای عالی هماهنگی ترابری برای وضع مرور زمان طرح دعاوی علیه بارفرابر، مسئله مرور زمان بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه از منظر ماده ۳۹۳ قانون تجارت نیز قابل نقد است. این ماده چنین مقرر می‌کند که «نسبت به دعوی خسارت علیه متصدی حمل‌ونقل مدت مرور زمان یک سال است...» همان‌طور که قبلاً اشاره شد، تسری احکام قانون تجارت در باب قرارداد حمل‌ونقل به فعالیت بارفرابری محل مناقشه است. در این باره چنین ادعا شده است: «از ماده ۳۸۸ قانون تجارت چنین استنباط می‌گردد که متصدی حمل‌ونقل می‌تواند خود مباشرت به حمل‌ونقل کالا بنماید یا اینکه حمل را به وسیله اشخاص دیگری انجام دهد. به عبارت دیگر، متصدی حمل‌ونقل در این قانون اعم از فورواردر و حمل‌کننده می‌باشد. وظایفی که در این قانون جهت متصدی حمل مشخص شده است، وظایف فورواردر هم می‌باشد. بنابراین، قانون تجارت هیچ تفکیکی بین وظایف فورواردر و حمل‌کننده به عمل نمی‌آورد و تکالیفی که جهت فورواردر مشخص شده، همان تکالیفی است که حمل‌کننده به عهده دارد...»^۲

۱. متین دفتری احمد، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، جلد سوم، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸، صص. ۲۳-۲۷.

۲. شهبازی شهباز و دیگران، *نقش فورواردر در حمل‌ونقل بین‌المللی*، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، چاپ دوم، ۱۳۷۷، ص. ۶۹.

گرچه در نگاه اول این طور به نظر می‌رسد که استنباط فوق‌الاشاره منطبق با ماهیت فعالیت بارفرابری باشد، مذاقه در متن ماده ۳۸۸ قانون تجارت مسئله دیگری را آشکار می‌کند. ماده مزبور حاوی این حکم است که «متصدی حمل و نقل مسئول حوادث و تقصیراتی است که در مدت حمل و نقل واقع شده، اعم از اینکه خود مباشرت به حمل و نقل کرده یا حمل و نقل کننده دیگری را مأمور کرده باشد. بدیهی است در صورت اخیر، حق رجوع او به متصدی حمل و نقلی که از جانب او مأمور شده، محفوظ است.» مفاد این ماده در مقام بیان مسئولیت متصدی حمل قراردادی^۱ است و در این راستا مقرر می‌کند که متصدی حمل اعم از اینکه عملیات حمل را خود مباشرتاً انجام دهد یا از طریق برون سپاری به متصدی حمل دیگر (متصدی حمل واقعی یا عامل حمل و نقل)^۲ عملیات را انجام دهد، کماکان در قبال صاحب کالا دارای مسئولیت است و پس از جبران خسارت از صاحب کالا حق رجوع به عامل حمل و نقل را خواهد داشت؛ لذا حکم ماده ۳۸۸ قانون تجارت تاب این تفسیر را ندارد که بر اساس آن، مفهوم متصدی حمل، حرفه بارفرابری را به طور کامل در برگیرد؛ زیرا اولاً، در زمان تصویب قانون تجارت ایران در سال ۱۳۱۱، اساساً به حرفه بارفرابری همچون یک رشته شغلی مستقل آن گونه که امروزه هست، توجه نمی‌شد، بلکه همان طور که قبلاً نیز اشاره شد، این حرفه از دهه ۱۹۶۰ میلادی و پس از ظهور حمل کانتینری به تدریج جایگاه خود را همچون یک حرفه مستقل تأثیرگذار در صنعت حمل و نقل بین‌المللی کالا به دست آورد. ثانیاً، بر اساس آنچه در صدر این نوشتار تبیین شد، اساساً بارفرابر می‌تواند در دو نقش متفاوت فعالیت کند. در نقش سنتی، بارفرابر در قامت نماینده صاحب بار اقدام به راهبری عملیات حمل می‌کند، بدون اینکه قرارداد حملی با صاحب کالا منعقد کند؛ اما در نقش جدید، بارفرابر در قامت متصدی حمل، متقبل حمل کالا می‌شود و می‌تواند عملیات حمل را خود انجام دهد یا اقدام به برون سپاری آن از طریق استخدام متصدی حمل دیگری کند. بر این اساس، حکم مواد ۳۸۸ و ۳۹۳ قانون تجارت بارفرابری را که صرفاً در مقام نماینده اقدام به راهبری عملیات حمل می‌کند، در بر نمی‌گیرد.

تحلیلی که در بالا ارائه شد، نباید این شائبه را ایجاد کند که حکم مندرج در بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه اساساً هیچ تعارضی با ماده ۳۹۳ قانون تجارت ندارد؛ با این توضیح که وقتی بارفرابر در

1. "Contracting Carrier".

2. "Actual Carrier" or "Performing Carrier".

نقش متصدی حمل (نه نماینده صاحب بار) قبول مسئولیت می‌کند، حکم مندرج در بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه می‌تواند در تعارض با مفاد ماده ۳۹۳ قانون تجارت تعارض قرار گیرد، اما سؤال این است که این تعارض چگونه حادث می‌شود؟

برای تبیین این تعارض لازم است که دیگر مواد آیین‌نامه موضوع بحث به‌طور مجمل کندوکاو شود. بدو نکته قابل توجه این است که آیین‌نامه موصوف از حیث موضوعی به‌گونه‌ای تدوین شده که ضوابط تعریف‌شده در آن، ناظر به فعالیت بارفرابری و فعالیت کریری (تصدی حمل‌ونقل) بین‌المللی است. آیین‌نامه در مواد ۲۰ و ۲۱ وظایف و حقوق بارفرابر و در مواد ۲۲ و ۲۳ وظایف و حقوق متصدی حمل را به تفکیک تبیین کرده است. در بندهای ۱۸ و ۱۹ از ماده ۲۰، تدوین‌کنندگان آیین‌نامه ضمن تفکیک دو نقش بارفرابر (نماینده و متصدی حمل)، مسئولیت هر یک از نقش‌های مذکور را به‌طور جداگانه تشریح کرده‌اند. ماده ۲۱ آیین‌نامه که ناظر بر بیان حقوق بارفرابر است، در بند ۳ به‌طور کلی (بدون تفکیک نقش‌ها) اقدام به وضع مرور زمان ۹۰ روزه برای طرح دعوی علیه بارفرابر کرده است. با توجه به کلی بودن حکم موضوع بند ۳ ماده ۲۱ که شامل هر دو نقش بارفرابر می‌شود، وقتی بارفرابر در مقام متصدی حمل (نه نماینده) اقدام به انعقاد قرارداد حمل می‌کند، طرح دعوی علیه وی مشمول دو مرور زمان متعارض (مرور زمان یک‌ساله مندرج در ماده ۳۹۳ قانون تجارت و مرور زمان ۹۰ روزه مندرج در بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه) می‌شود. آنگاه این پرسش مطرح می‌شود که در چنین وضعیتی که بارفرابر در قامت متصدی حمل، مسئولیت حمل محموله را تا مقصد پذیرفته است، چنانچه محموله آسیب ببیند یا اساساً تلف شود، کدام یکی از دو مرور زمان مذکور باید مبنای طرح دعوا از سوی صاحب محموله علیه بارفرابر قرار گیرد؟

در این باره می‌توان گفت که در مقام تعارض بین یک مقرره آیین‌نامه‌ای با مقرره قانونی، بدیهی است که حکم متعارض مندرج در آیین‌نامه تاب مقاومت در برابر حکم انشائیه در قانون را ندارد. بر این اساس، در فرضی که بارفرابر در قامت یک متصدی حمل اقدام به پذیرش مسئولیت حمل کالا کرده است، طرح دعوا علیه وی بابت مطالبه خسارات وارده، تابع حکم مندرج در ماده ۳۹۳ قانون تجارت است. نکته‌ای که در راستای جامعیت بحث باید بدان توجه شود، این است که در برخی متون و نوشته‌ها به‌صورت صریح یا ضمنی چنین ادعایی مطرح شده

که حکم مندرج در ماده ۳۹۳ قانون تجارت طبق تصمیم شورای نگهبان مغایر با موازین شرعی است^۱ و بدین لحاظ دیگر تعارضی در بین نخواهد بود. چنین ادعایی با مفاد نظریه شورای نگهبان به شماره ۷۲۵۷ به تاریخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۷ سازگاری ندارد، زیرا حکم مندرج در نظریه موصوف فقط مغایرت مواد ۷۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی به بعد را با موازین شرع اعلام کرده و در خصوص ماده ۳۹۳ قانون تجارت واجد حکمی نیست؛ به همین دلیل، نمی‌توان با تفسیر موسع نظریه مذکور حکم آن را به سایر قوانین نیز تسری داد. از سوی دیگر، رویه قضایی ایران نیز جایگاهی برای ادعای مذکور قائل نیست و آرای صادره از دادگاه‌های بدوی و مراجع قضایی بالاتر حکایت از لازم‌الاجرا بودن حکم ماده ۳۹۳ قانون تجارت دارد.^۲

۲.۳. جایگاه حکم مندرج در بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه از منظر اسناد بین‌المللی

در قسمت دوم از بخش اول نوشتار حاضر به تفصیل، مرور زمان طرح دعوا علیه بارفرابر چه در نقش نماینده و چه در نقش متصدی حمل ترکیبی بررسی شد. پس از آن، مشخص شد که اغلب اسناد بین‌المللی قائل به مرور زمان نه‌ماهه برای طرح دعوا علیه بارفرابر هستند. همان‌طور که اشاره شد، منطق وضع چنین بازه‌ای به‌عنوان مرور زمان ریشه در این واقعیت عملی دارد که در کنوانسیون‌های شناخته‌شده در زمینه حمل بین‌المللی کالا مهلت یک یا دوساله به‌عنوان مرور زمان طرح دعوا علیه متصدی در نظر گرفته شده است. با توجه به اینکه بارفرابران عموماً برای حمل ترکیبی کالا از خدمات یک یا چند متصدی حمل استفاده می‌کنند، مرور زمان طرح دعوا علیه بارفرابر از سوی صاحب محموله باید به نحوی تعیین شود که بارفرابر نیز به‌نوبه خود فرصت کافی برای رجوع به متصدی حملی که کالا در ید وی آسیب دیده یا تلف شده، داشته باشد؛ لذا مرور زمان برای طرح دعوا علیه بارفرابر باید از نظر منطقی کمتر از یک سال باشد. این‌که مرور زمان طرح دعوا علیه بارفرابر منطقی‌اً باید کمتر از یک سال باشد، بدان معنا نیست که می‌توان هر بازه زمانی را مثل آنچه در بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه وضع شده، به‌عنوان مرور زمان

۱. جباری منصور و مجید حسن‌نژاد، بررسی تطبیقی معافیت‌های غیر قراردادی متصدی حمل و نقل هوایی در مقررات بین‌المللی و حقوق ایران، پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره چهارم، پاییز ۱۳۹۲، صص. ۱۵۷-۱۵۸.

۲. برای مثال، رجوع کنید به: (۱) دادنامه شماره ۱۵ مورخ ۱۳۷۰/۱۲/۱۴ صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی شیراز؛ (۲) دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۳۳۵۰۰۷۴۰ به تاریخ ۱۳۹۱/۶/۲۸ صادره از سوی شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

تعیین کرد. فی الواقع، گرچه وضع بازه زمانی بسیار کوتاه می‌تواند در راستای منطق اشاره شده منفعت حداکثری را برای بارفرابر به دنبال داشته باشد، اما در این میان آنچه قربانی این هدف خواهد شد، منافع و حقوق مکتسبه صاحب کالایی است که بار وی در ید بارفرابر آسیب دیده یا تلف شده و نامبرده به دلیل کوتاه بودن مدت مرور زمان، ممکن است مهلت کافی برای طرح دعوا علیه بارفرابر به دست نیاورد و بدین طریق با گذشت این مهلت کوتاه برای همیشه امکان احقاق حق از نامبرده سلب شود. چنانچه مفاد آیین‌نامه تأسیس و فعالیت شرکت‌های حمل‌ونقل بین‌المللی کالا به‌دقت واکاوی شود، مشخص است که فلسفه وضع آیین‌نامه مزبور حمایت از مصرف‌کننده خدمات بارفرابری (صاحب کالا) از طریق ضابطه‌مند کردن حرفه بارفرابری است. حال چرا باید در این آیین‌نامه مدت مرور زمان به قدری کوتاه تعیین شود که اساساً این فلسفه وجودی زیر سؤال رود؟ اهمیت این سؤال بنیادین زمانی بیشتر لمس می‌شود که به این نکته توجه شود که بخش چشمگیری از مفاد آیین‌نامه از قواعد نمونه فیاتا راجع به خدمات بارفرابری مصوب سال ۱۹۹۶ اقتباس شده است و همان‌طور که بررسی شد، قواعد مذکور مهلت نه‌ماهه را به‌عنوان مرور زمان لحاظ کرده است.

برای یافتن پاسخ سؤال فوق‌الذکر، نویسنده تلاش کرد تا از طریق برقراری ارتباط با شورای عالی هماهنگی ترابری و سازمان راهداری در مقام متولی اصلی تدوین آیین‌نامه موضوع بحث به سوابق تدوین آیین‌نامه در سال ۱۳۷۷ دسترسی پیدا کند، ولی متأسفانه پس از پیگیری‌های فراوان مشخص شد که هیچ سابقه مکتوبی در این زمینه در حال حاضر موجود نیست. در هر حال، آنچه مسلم است این است که حکم مندرج در بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه به هیچ وجه هم‌سو با ضابطه شناخته شده در اسناد بین‌المللی نیست. نکته آخر اینکه در شرایط فعلی ایران با توجه به تحریم‌های گسترده دولت آمریکا علیه همه بخش‌های اقتصادی ایران از جمله بخش حمل‌ونقل، استفاده از خدمات شرکت‌های بارفرابری به طرز چشمگیری برای خنثی کردن تحریم‌ها افزایش یافته و حکم بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه عملاً بستری را فراهم کرده تا بارفرابران به دلیل کوتاه بودن بازه مرور زمان به راحتی بتوانند از مسئولیت‌های حرفه‌ای خود چه در کسوت نماینده و چه در کسوت متصدی حمل‌رہایی یابند.

نتیجه‌گیری

با تولد حمل کانتینری در دهه ۱۹۶۰، بارفرابری به عنوان یک حرفه تأثیرگذار، تدریجاً جایگاه منحصربه‌فردی را در صنعت حمل‌ونقل بین‌المللی کالا در اختیار گرفت؛ به نحوی که بارفرابران با عبور از نقش سنتی خود به عنوان نماینده صاحب کالا، با پوشیدن رختی نو در قامت متصدی حمل ترکیبی مسئولیت عملیات حمل را پذیرا شدند. پذیرش چنین مسئولیتی در عمل سیاست‌گذاران حوزه حمل‌ونقل را ناچار به تدوین مقررات خاص در قالب اسناد بین‌المللی یا قوانین داخلی برای ضابطه‌مند کردن رفتار بارفرابران کرد. یکی از این ضوابط، تعیین مرور زمان طرح دعاوی علیه بارفرابران است که در اکثریت قریب به اتفاق اسناد بین‌المللی بر اساس یک منطق عملیاتی، مرور زمان نه‌ماهه به رسمیت شناخته شده است.

در ایران، شورای عالی هماهنگی ترابری با اقتباس از قواعد نمونه فیاتا راجع به خدمات بارفرابری مصوب سال ۱۹۹۶، آیین‌نامه‌ای را در سال ۱۳۷۷ برای تأسیس و فعالیت شرکت‌های حمل‌ونقل بین‌المللی کالا تصویب کرد که در بند ۳ ماده ۲۱ آن برای طرح دعوا علیه بارفرابر ۹۰ روز به عنوان مرور زمان در نظر گرفته شده است. در خصوص جایگاه قانونی این بند، طبق بررسی‌های انجام‌شده در پژوهش حاضر، این نتیجه حاصل شد که اقدام شورای موصوف ذیل بند ۳ ماده ۲۱ آیین‌نامه نه‌تنها با رویه موجود در اسناد بین‌المللی هم‌خوانی ندارد، بلکه اساساً اقدام مذکور به دلیل فقدان صلاحیت این شورا محل نقد جدی است. اضافه بر این، با توجه به نقش دوگانه بارفرابر، مفاد مقرر مزبور ماهیتاً در تعارض با ماده ۳۹۳ قانون تجارت قرار دارد؛ به همین دلیل، از منظر قانونی حکم این مقرر فاقد وجهت قانونی است.

از منظر سیاست‌گذاری تقنینی، مواد قانونی مندرج در قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ ذیل باب هشتم در حال حاضر پاسخ‌گوی نیازها و چالش‌های رو به رشد حرفه بارفرابری نیست و همان‌طور که اشاره شد، اساساً در زمان تصویب قانون تجارت، به حرفه مذکور در صنعت حمل‌ونقل توجه چندانی نمی‌شد؛ به همین دلیل، در حال حاضر نیاز به قانون‌گذاری جدید و اصولی در این حوزه به شدت احساس می‌شود؛ لذا لازم است که مجلس شورای اسلامی در قالب قانونی خاص ضمن اصلاح مرور زمان تعیین‌شده برای طرح دعوی علیه بارفرابر، سایر مفاد آیین‌نامه اشاره‌شده را با توجه به گذشت بیش از دو دهه مورد بازنگری کارشناسانه قرار دهد و زمینه را برای تعالی حرفه بارفرابری و حمایت از حقوق مکتسبه صاحبان کالا فراهم کند.

منابع

الف) منابع فارسی

کتاب‌ها و مقاله‌ها

۱. جباری منصور و مجید حسن نژاد، بررسی تطبیقی معافیت‌های غیر قراردادی متصدی حمل‌ونقل هوایی در مقررات بین‌المللی و حقوق ایران، پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره چهارم، پاییز ۱۳۹۲، صص. ۱۴۱-۱۶۷
۲. شهبازی شهباز و دیگران، نقش فورواردر در حمل‌ونقل بین‌المللی، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، چاپ دوم، ۱۳۷۷.
۳. متین دفتری احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد سوم، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸، صص. ۲۳-۲۷.
۴. منیعی بهداد، فورواردر یا بروکر؟ مسئله این است، ماهنامه پیام دریا، شماره ۲۵۲، شهریور و مهر ۱۳۹۷، صص. ۹۴-۹۷.

قوانین و مقررات

۵. آیین‌نامه تأسیس و فعالیت شرکت‌های حمل‌ونقل بین‌المللی مصوب ۱۳۷۷.
۶. قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱.

ب) منابع انگلیسی

کتاب‌ها و مقاله‌ها

7. Besong Christine, "Towards a Modern Role for Liability in Multimodal Transport Law", A Thesis Submitted for Doctor of Philosophy, *University of London*, 2007.
8. Bokareva Olena, *Uniformity of Transport Law through International Regimes*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2019.
9. Cheng Chia-Jui, *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

10. Derkach Ella and Sergii Pavliuk, "International Law on the Multimodal Carriage of the Goods: Recent Trends and Perspectives", *International Journal of Legal Studies*, Vol. 2, No. 2, 2017, pp. 269-285.
11. Driscoll William J., "The Convention on International Multimodal Transport: A Status Report", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 9, No. 4, July 1978, pp. 441-460.
12. Fitzgerald Gerald F., "Proposed Convention on the International Combined Transport of Goods: Implications for International Civil Aviation", *The Canadian Yearbook of International Law*, 1973, pp. 165-192.
13. Giles O. C., "Combined Transport: Further Modification", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 25, No. 2 (Apr., 1976), pp. 443-444.
14. Giles O. C., "Combined Transport", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 24, No. 3 (Jul., 1975), pp. 379-392.
15. Glass David A., *Freight Forwarding and Multimodal Transport Contracts*, 2nd edition, Routledge Publication, 2012.
16. Hoeks Marian, *Multimodal Transport Law: The Law Applicable to the Multimodal Contract for the Carriage of Goods*, Kluwer Law International, 2010.
17. Leung William, "The Dual Role of the Freight Forwarder: Vastfame Camera Ltd v Birkart Globistics Ltd, 2005 High Court of Hong Kong 117, Stone J, 5 October 2005; 2005 AMC 2864 (High Court of Hong Kong, 2005)", *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol. 38, No. 1, 2007, pp. 97-109.
18. *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1974, pp. 29-38.
19. *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1976, pp. 148-156.
20. Mankabady Samir, "The Multimodal Transport of Goods Convention: A Challenge to Unimodal Transport Conventions", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32, No. 1, 1983, pp. 120-140.
21. Massey Eugene. A., "Prospects for a New Intermodal Regime: A Critical Look at the TCM", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 3, No. 4, 1972, pp. 725-758.
22. Moore J. C., "The Tokyo Convention on Combined Transport (Tokyo Rules)", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 1, No. 1, 1969, pp. 85-91.

23. Neame Craig, Ocean Logistics, in George Eddings et. al. (eds.), *Shipping Law Review*, 7th edition, Law Business Research Ltd., 2020, pp. 43-44.
24. Ramberg Jan, "Unification of the Law of International Freight Forwarding", *Uniform Law Review*, Vol. 3, No. 1, 1998, pp. 5-13.
25. Report of the Fourth Session of the Joint IMCO/ECE Meeting to study the draft Convention on the Combined Transport Contract (TCM Convention), London, November 15-19, 1971 (CTC IV/18 Rev. 1, TRANS/374, January 24, 1972); ICAO Doc. 9007 LC/166 9/6/72 Summary of the Work of the Legal Committee during its 19th Session (Montreal, May 22 —June 2, 1972).
26. Resolution No. E/RES/1734(LIV) (Recommendations of the United Nations/IMCO Conference on International Container Traffic), adopted by the Economic and Social Council during its 54th session, 8-10 January and 17 April-18 May 1973.
27. Tetley William, *Marine Cargo Claims*, 4th ed., Thomson (Carswell) Publications, 2008.
28. The Report of International Maritime Committee (CMI), Documentation, 1969, III.
29. The Report of International Maritime Committee (CMI), Documentation, 1970, II.

اسناد بین‌المللی

30. BIFA (British International Freight Association) Standard Trading Conditions.
31. CMI Draft Convention on Combined Transport (the 'Tokyo Rules' of 1969).
32. Convention on International Multimodal Transport of Goods (1980).
33. Draft Convention on Contract of Agency for Forwarding Agents relating to International Carriage of Goods".
34. FIATA Combined Transport Bill of Lading 1971
35. FIATA Model Rules for Freight Forwarding Services of 1996.
36. FIATA Model Rules for Freight Forwarding Services".
37. French Civil Code.
38. ICC Uniform Rules for a Combined Transport Document (ICC Publication No. 273 -November 1973).
39. ICC Uniform Rules for a Combined Transport Document of 1975 (ICC Publication No 298).UN

40. Standard Conditions Governing FIATA Multimodal Bill of Lading (1992)".
41. TCM Draft Convention on the International Combined Transport of Goods' 1971
42. UNCTAD/ICC Rules for Multimodal Transport Documents, 1992 ("The UNCTAD/ICC Rules").
43. Unfair Contract Terms Act of 1977.
44. UNIDROIT and CMI combined draft of 1970 ('Tokyo-Rome Rules' also known as the 'Rome Draft')

پرونده‌ها

45. *Granville Oil & Chemicals v Davis Turner* [2003] EWCA Civ 570, [2003] 2 Lloyd's Rep 356.

آثار امتناع از قبض موضوع حق در فقه و حقوق تطبیقی

(مقاله علمی-پژوهشی)

عاطفه ذبیحی*

بهزاد پورسید**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۱۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۱۶

چکیده

در ضمن اجرای تعهدات قراردادی و امتناع دائن از قبض موضوع تعهد، در پی اقدام مدیون به انجام تعهد خود مبنی بر تسلیم موضوع حق (اعم از کالا یا ثمن)، قائل شدن به برائت ذمه وی به مجرد تسلیم یا لزوم قبض حاکم و آثار هر یک با توجه به مواضع قانون‌گذار در موضوعات مشابه محل تأمل است. از این رو، پژوهش حاضر با هدف تعیین وسعت دایره تکالیف قانونی مدیون پس از امتناع دائن، مترصد بررسی آثار امتناع متعهدله به روش توصیفی - تحلیلی است. برای حصول بدین مطلوب، در این پژوهش تضمین‌های پیش‌بینی شده برای مستنکف اعم از انتقال ضمان معاوضی، اجبار متعهدله به قبول و حق فسخ را در فقه امامیه، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق برخی کشورها از قبیل فرانسه، انگلیس، سوئیس بررسی شده است. در صورت امتناع دائن از وظیفه قبض موضوع حق، به تبع سقوط اعتبار رضای وی برای قبض دیگری، تکلیف تسلیم به دائن از عهده مدیون برداشته می‌شود؛ اما نظر به اینکه رها کردن مال به منزله اتلاف آن است، وی با تصرف دادن آن به حاکم و در صورت نبود حاکم با ابداع، از ضمان تلف معاف شده و می‌تواند خسارات ناشی از امتناع را از دائن مطالبه نماید.

کلید واژگان:

تسلیم کالا، قبض ثمن، ضمانت اجرا، استنکاف متعهدله، حاکم.

* دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق (ع)

a.zabihi@isu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق علیه السلام، (نویسنده مسئول)

behzad_1433@yahoo.com

مقدمه

در قراردادهایی که موجب حق یا مالی بر ذمه اطراف قرارداد است، متعاقدين تعهداتی را بر عهده گرفته و ملزم به اجرای صحیح آن هستند. برای نمونه، در عقد بیع، با بیع متعهد می‌شود مبیع را به مشتری تسلیم یا اقباض کند و مشتری نیز در مقابل، متعهد به تسلیم ثمن به با بیع می‌شود. در خصوص تعهدات طرفین عقد در زمینه قبض ثمن و مثن، این سؤال مطرح می‌شود که اگر وظیفه مدیون، ادای دین و فارغ کردن ذمه خویش است، آیا دائن نیز در مقابل، ملزم به پذیرش و دریافت آن در زمانی که موضوع حق به وی تسلیم می‌شود، خواهد بود و در فرض وجود این الزام، چه آثاری بر امتناع ذی حق یا مالک از دریافت حق خود مترتب می‌شود؟

نظر به ظاهر مواد قانونی، تصریحی در زمینه تعهد دائن به قبض در قانون مدنی وجود ندارد. همچنین قانون‌گذار ضمانت اجرایی برای دائن ممتنع پیش‌بینی نکرده است. تنها در ماده ۲۷۳ ق.م. به ظاهر براءت ذمه مدیون، منوط بر تصرف حاکم در موضوع حق شده است که پذیرش چنین قاعده‌ای نیز برخلاف رویه پیش‌بینی‌شده در مواد ۲۲۱ و ۲۲۲ ق.م خواهد بود. به عبارت دقیق‌تر، در این باب نه تنها فرد مستنکف از انجام دادن الزامات ناشی از عقد، ملزم به ایفای تعهد نمی‌شود، مسئولیت حفظ موضوع حق و مؤونه تسلیم مجدد آن به حاکم، به مدیونی که به وظیفه قانونی خود در تسلیم عمل کرده است، تحمیل می‌شود. از این رو، پژوهش حاضر، آثار امتناع از قبض حق را مورد بررسی و تدقیق قرار داده است تا از رهگذر بازبینی متون فقهی و مطالعه تطبیقی در حقوق برخی کشورها و نیز کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به این مسئله پاسخ گوید. به‌منظور تعیین حدود تعهدات مدیونی که شرایط تسلیم را به نحو صحت فراهم کرده، در فرض امتناع دائن، لازم است زمان انتقال ضمان به دائن ممتنع از دریافت حق و همچنین لزوم یا عدم لزوم مراجعه مدیون به حاکم پس از امتناع دائن از قبض بررسی شود.

موضوعات قابل بحث که در کتب فقهی مورد توجه فقها قرار گرفته، به این ترتیب است: آیا قبول و قبض کالا بر مشتری به هنگام تسلیم آن از سوی با بیع واجب است یا جایز؟ سقوط ضمان از عهده مشتری چه زمانی است؟ (تخلیه و تعین یا قبض حاکم)، در صورت لزوم قبض حاکم، آیا حاکم ابتدا ملزم به اجبار مشتری به قبض است یا به محض امتناع او حق قبض دارد؟ در ادامه به بررسی موضوعات مذکور پرداخته می‌شود. شایان ذکر است بر اساس آرای فقها و حقوق‌دانان در

ارائه معنای متفاوت از تسلیم و قبض و همچنین ظاهر قانون مدنی، نگارنده، تسلیم و قبض را دو عنوان مجزا محسوب کرده است؛ به این ترتیب که عمل فروشنده در دادن مبیع، «تسلیم» و فعل خریدار در استیلا و تصرف مبیع، مصداق «قبض یا تسلیم» است که در ادامه واژه‌های تسلیم و قبض با مفاهیم مذکور به کار برده خواهد شد.

۱. وجوب یا عدم وجوب قبض بر مدیون

قانون مدنی در زمینه لزوم قبض حق از سوی دائن تصریحی ندارد. این عدم تصریح در کنار مشاهده سبقه فقهی بحث و وجود اختلاف آرای میان فقها درباره وجوب یا جواز قبض، موجب می‌شود نتوان به راحتی درباره وجوب قبض بر دائن اظهار نظر کرد. بنا بر نظر غالب فقها^۱ با رسیدن اجل و مطالبه دائن، مشتری ملزم به تسلیم ثمن است و بر بایع اخذ آن واجب. حجیت این حکم از این جهت دانسته شده است که با بقای ثمن نزد مشتری، ذمه وی مشغول می‌ماند که این امر، مصداق ضرر و به قرینه حدیث لاضرر منتفی است. همچنین بقای در ذمه، مصداق ظلم و مخالف با قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم» است.^۲

برخی به استناد منتفی بودن ضرر، بر وجوب قبض مناقشه کرده‌اند؛ با این استدلال که ضرر مذکور از دو طریق قابل ارتفاع است. به این ترتیب که اگر قبض حاکم را پس از امتناع لازم بدانیم، با قبض ثمن از سوی حاکم به تبع امتناع بایع، ضرر مرتفع می‌شود و از منظر قائلین به عدم لزوم قبض حاکم، با تشخیص و تعیین موضوع حق (عزل) به هنگام تسلیم به مشتری، ضرر منتفی خواهد بود.^۳ البته در این استدلال نیز به این ترتیب تردید شده است که عزل و قبض حاکم با قبض مالک در یک رتبه قرار ندارند و بدل قبض محسوب نمی‌شوند؛ بلکه صرفاً در مقام اضطرار نوبت به این دو می‌رسد و اضطرار هم حرمت را رفع نمی‌کند.^۴ از منظر حقوق دانان نیز قبول صاحب حق پس از تسلیم از سوی متعهد، بر ذی حق واجب است؛ چراکه امتناع از قبول،

۱. حلی، حسن، *تذکره الفقهاء*، قم: آل البیت (ع)، بی تا، ج ۱۳، ص ۲۳.

۲. اراکی، محمدعلی، *کتاب البیع*، قم: در راه حق، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۳۴۷.

۳. همان.

۴. طباطبایی قمی، تقی، *عمده المطالب*، قم: محلاتی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۱۱.

موجب ضرر متعهد است و قاعده لاضرر، جواز امتناع را رفع کرده است. به علاوه، چون پس از امتناع متعهدله، متعهد باید آن را حفظ کند و این تکلیف هیچ گونه موجبی ندارد.^۱

در حقوق کشورهای دیگر نیز عموماً قبض در زمره تعهدات دائن قرار گرفته است. کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ پس از بیان وظایف کلی خریدار در ماده ۵۳ و ۶۰ دو وظیفه «انجام مقدمات معمول لازم برای قبض» و «تحويل گرفتن کالا» را در زمره تکالیف خریدار بیان کرده است؛^۲ لذا خریدار موظف است برای تسلیم با بایع همکاری کند؛ چراکه تعهد بایع به تسلیم با تعهد مشتری به قبض کاملاً مرتبط و متوقف بر دیگری دانسته می شود.^۳ این تعهد هم از زمانی ایجاد می شود که بایع کالا را در دسترس او قرار داده باشد.^۴ به موجب ماده اخیر، اعمال مقدماتی و مهیاسازی که باید خریدار انجام دهد، بر دو پایه و عنصر استوار است: اولاً، اینکه باید ضروری و مؤثر در خود قبض باشند و ثانیاً، انجام دادن آن ها از قبیل پرداخت عوارض گمرکی یا مخارج تخلیه بار به طور معمول و معقولی از خریدار انتظار برود.^۵ دو تکلیف فراهم کردن مقدمات تسلیم و نیز قبض کردن کالای تسلیم شده در ماده ۹۱ قانون تعهدات سوئیس نیز به مثابه وظایف طلبکار برشمرده شده است که در صورت سرباز زدن از هر یک، طلبکار مستنکف محسوب می شود و آثار استنکاف چون انتقال ضمان یا حق فسخ به نسبت نوع موضوع تعهد بر آن مترتب خواهد شد.

ماده ۲۷ قانون بیع کالای انگلیس مصوب ۱۹۷۹ نیز قبول مبیع و پرداخت ثمن را از تعهدات اصلی خریدار برشمرده و در عین حال، سخنی از قبض مبیع به میان نیاورده است. اما در تفسیر این قانون به استناد اینکه عدم قبض به منزله رد و نپذیرفتن آن است، قبض مبیع یکی از مهم ترین جنبه های قبول دانسته شده است؛^۶ چه اینکه اثبات انطباق یا عدم انطباق مبیع با مفاد مورد توافق در عقد بیع نیز در صورت قبض میسر می شود.

۱. حائری شاه باغ، علی، *شرح قانون مدنی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۵۹.

2. Lista.A. *International Commercial Sales*. New York: Informa Law from Routledge. 2017. P371.

3. Huber.P. Mullis.A. *The CISG*. Germany: European Law Publishers. 2007. P108.

4. Honnold.J. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. Kluwer Law and Taxation Publishers. 1991. P430.

۵. داراب پور، مهرباب، *تفسیری بر حقوق بیع بین المللی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۳۱۰.

6. Benjamin, 1997/9-003: 430

در حقوق ایران در بند ۴ ماده ۳۶۲ ق.م. در بیان آثار بیع، قانون‌گذار به الزام مشتری به تأدیة ثمن اکتفا کرده و تصریحی در زمینه لزوم قبض کالا در مواد قانونی مشاهده نمی‌شود و تنها به‌طور ضمنی این اثر از ماده ۳۸۷ ق.م. قابل استنباط است؛ چراکه مطابق با تفسیر حقوق‌دانان اجرای قاعده تلف مبیع قبل از قبض در صورت مراجعه بایع به مشتری و سپس حاکم یا قائم‌مقام او (در صورت امتناع مشتری) است^۱ که اگر مبنای مداخله حاکم را ولایت بر ممتنع بپنداریم، از این عبارت ملزم بودن مشتری به قبض مبیع به دست می‌آید. برخی دلالت التزامی ماده ۳۶۲ در زمینه لزوم تسلیم مبیع از سوی بایع را دلیل بر تعهد مشتری به قبض دانسته‌اند؛ زیرا تسلیم با تسلّم و قبض ملازمه دارد. با چنین تفاسیری می‌توان تعهدات خریدار در حقوق ایران را منطبق بر کنوانسیون دانست. اما در خصوص تعهدات فرعی به‌رغم اینکه حقوق ایران تصریحی در زمینه تعهد خریدار بر تسهیل و فراهم کردن مقدمات قبض ندارد، انجام آن از باب لوازم عرفی قبض و نیز از باب مقدمه واجب لازم دانسته شده است.^۲

۲. ضمانت اجرای امتناع از دریافت حق در حقوق داخلی

هدف از طرح بحث وجوب و عدم وجوب قبول، بیان حکم تکلیفی عمل ممتنع نیست؛ بلکه مقصود تعیین آثار وضعی این حکم است؛ چراکه اگر قبول و قبض بر مشتری ممتنع، واجب باشد، نمی‌توان این تخطی را بدون تضمین رها کرد؛ لذا باید مشخص شود که چه ضمانت اجرایی برای آن قابل پیش‌بینی خواهد بود. با توجه به قواعد عمومی حاکم بر قراردادها در مواد مختلف قانون مدنی، احتمال ترتب آثاری چون انتقال ضمان، سقوط خیار تأخیر ثمن و سقوط رضای مالک در قبض غیر و اجبار ممتنع به قبض از سوی حاکم در حقوق ایران قابل فرض است که هر کدام از آن‌ها بررسی خواهد شد.

۲.۱. بررسی زمان انتقال ضمان تلف به متعهده ممتنع از دریافت حق

در زمینه حکم تلف مبیع و ضمان در جایی که مدیون، موضوع دین را به دائن تسلیم می‌کند و دائن از قبض آن امتناع می‌ورزد، در میان فقها دو رویکرد عمده وجود دارد:

۱. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۴۶۱.

۲. صفایی، حسین و دیگران، *حقوق بیع بین‌المللی*، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ص ۱۹۱.

الف) سقوط ضمان به صرف امتناع^۱: طبق این دیدگاه در صورتی که صاحب حق از انجام وظیفه قبض حق خود امتناع کند و مالی که نزد مدیون بر اثر این امتناع باقی می ماند بدون تفریط از جانب مدیون تلف شود، ضمانی بر عهده مدیون وجود ندارد. برخی از دلایلی که برای اثبات این دیدگاه بیان شده از این قبیل است:

۱. دین با تعیین مصداق از سوی مدیون، تعیین پیدا می کند و چنانچه بعد از تعیین، تلف شود،

تلف به عهده مدیون نخواهد بود.^۲

۲. مفهوم «قبض» که در عقود معتبر است، در صورتی که مشتری متمکن از قبض باشد و قبض نکند، محقق می شود. واژه قبض در روایت «کلّ مبيع تلف قبل قبضه» نیز به معنای گرفتن به معنای حقیقی نیست، زیرا عرف از چنین تعبیری چیزی جز تسلط و تمکن را برداشت نمی کند.^۳

۳. عدم قبض مبيع از سوی مشتری به رغم فراهم بودن شرایط قبض، به مثابه آن است که وی مشمول قاعده اقدام است.^۴

ب) طبق دیدگاه دوم، ضمان تلف تا زمان قبض حاکم یا نائب او بر عهده مدیون باقی خواهد بود.^۵ در صورت تعدّر حاکم، مدیون می تواند در حضور شاهد، مال را تعیین کند و کنار بگذارد و پس از آن، تلف مال بدون تفریط مدیون، از کیسه دائن خواهد بود.^۶

تفاوت دو دیدگاه مزبور موجب شده در خصوص دایره شمول قاعده تلف مبيع نیز میان فقها تفاوت آرا مشاهده شود. برخی درباره قاعده تلف مبيع بر این عقیده اند که یکی از شروط جریان حکم قاعده این است که بایع برای تسلیم مبيع به مشتری یا در صورت امتناع مشتری از تحویل

۱. طوسی، محمد، *النهاية*، لبنان: دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰، ص ۳۸۸، مفید، محمد، *المقنعة*، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳، ص ۵۹۵، حلی، جعفر، *تسرايع الاسلام*، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۰، خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم: داوری، بی تا، ج ۷، ص ۴۷.

۲. صیمری، مفلح، *غایة المرام*، لبنان: دارالهادی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۵۰.

۳. خمینی، روح الله، *کتاب البیع*، تهران: تنظیم و نشر آثار امام، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۶۲۱.

۴. نوحی، حمیدرضا، *قواعد فقهی در آثار امام خمینی*، تهران: عروج، ۱۳۸۶، ص ۲۸۸.

۵. عاملی، زین الدین، *الروضة البهیة* (المحشی - کلانتر)، قم: داوری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۲۶.

۶. صیمری، مفلح، *غایة المرام*، لبنان: دارالهادی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۵۱.

گرفتن، به حاکم یا قائم مقام او مراجعه نکرده باشد.^۱ در عین حال، به عقیده برخی دیگر موضوع قاعده تلف مبیع قبل از قبض مواردی است که امکان تحویل گرفتن متاع از سوی مشتری فراهم نباشد که در این حالت، بایع ضامن است؛ اما در صورتی که مشتری از قبض آن امتناع ورزد، از موضوع این قاعده خارج است. دیدگاه اخیر، رجوع به حاکم را لازم ندانسته و قاعده را منصرف از صورت تسلیم بایع و امتناع مشتری دانسته است.^۲

به تبع تصریح قانون گذار در ماده ۳۸۷ ق.م. حقوق دانان نیز مراجعه نکردن به حاکم پس از امتناع مشتری را یکی از شروط اعمال قاعده تلف مبیع قبل از قبض ذکر کرده اند^۳ که البته این تفسیر از ماده مذکور بدون مخالف نیز نمانده است. روایت تفسیری دیگری که از ماده مزبور صورت گرفته، بر این اساس است که به قرینه مواد ۳۸۷ و ۳۸۸ که از واژه «تسلیم» به جای «قبض» استفاده کرده، انتقال ضمان معاوضی را باید از آثار تسلیم دانست؛ لذا در فرض امتناع خریدار از قبض مبیع تسلیم شده، به دلیل تحقق «تسلیم» محلی برای اجرای ماده ۳۸۷ موجود نخواهد بود. مبتنی بر دیدگاه اخیر، چنین استدلال شده است که طرفین هر قراردادی، ملتزم به ایفای تعهدات خود هستند و بقای ضمان به عهده فردی که به تعهدات خود پایبند باشد، خلاف موازین عدالت و انصاف است. به موجب قاعده اقدام و ضرورت تضمین امنیت معاملات، خریدار مستنکف را باید مسئول اقدام زیان آور خود دانست.^۴ این تفسیر گرچه از پشتوانه استدلالی قابل قبولی برخوردار است، با منطوق عبارت ذیل ماده ۳۸۷ تعارض دارد.

در جهت توجیه این تعارض، چنین استدلال شده است که «این شبهه ناشی از شیوه نگارش ماده قانونی است که با اندک توجهی مرتفع می شود؛ به این نحو که مقنن بدون اشاره به «قبض» از واژه «تسلیم» استفاده کرده و به حکم منطوق و ظاهر عبارت، قانون گذار هرگز در مقام بیان ولایت حاکم بر مشتری در «قبض» مبیع از جانب وی نیست؛ بلکه تنها به بایع حق می دهد تا

۱. عبداللهی، عبدالکریم، *قواعد مدنی از فقه*، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۸، ص ۷۵.

۲. (خارج فقه آیه الله جعفر سبحانی، بررسی قاعده «کل مبیع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»، سه شنبه ۹۲/۱۱/۱۵).

۳. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۴۶۲، طاهری، حبیب الله، *حقوق مدنی*، قم: اسلامی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۱۰۸.

۴. عربیان، اصغر، خدابخشی، حسن، *تفاوت و آثار عملی قبض و تسلیم در عقود معاوضی*، پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، ش ۸، ص ۱۹۱.

برای اثبات ادعای خود مبنی بر اقدام به تسلیم و امتناع مشتری به حاکم رجوع کند؛ زیرا در این ماده بایع تنها مکلف به رجوع به حاکم شده، نه اینکه حتماً مبیع را به قبض حاکم درآورد. موضوعیت داشتن قبض برای مشتری یا حاکم به ولایت از ممتنع، مستلزم آن است که در صورت عدم دسترسی به حاکم، بایع در رساندن مبیع به مشتری هزینه‌های مازاد بر تعهد یا ضررهای احتمالی را متحمل شود»^۱.

گرچه در نگاه نخست ممکن است این تفسیر از ماده قانونی، توجیه‌پذیر به نظر برسد، این شبهه با توجه به ماده ۲۷۳ ق.م. به کلی مرتفع می‌شود. ماده مذکور برائت ذمه مدیون در مقابل ممتنع را منوط به «تصرف دادن موضوع حق» کرده است؛ لذا استناد به واژه «تسلیم» در استدلال فوق جایگاهی نخواهد داشت. گرچه در خصوص موضع قانون‌گذار نسبت به لزوم رجوع به حاکم نمی‌توان تردید داشت، اما به نظر می‌رسد تحمیل این تکلیف مازاد بر مدیونی که به وظیفه قانونی خود در زمینه تسلیم عمل کرده، چندان سازگار با عدالت نباشد. مضاف بر اینکه بار اثبات امتناع صاحب حق نیز بر عهده متعهد دانسته شده است.^۲ چه بسا همین استدلال پشتوانه وضع ماده ۴۱۰ قانون تجارت باشد. این ماده برخلاف قانون مدنی، صرف استکفاف طلبکار از قبول دین را سبب سقوط تعهد برشمرده است. این ناهمگونی مواد قانونی در وضع ماده ۶ قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ نیز قابل مشاهده است؛ چراکه این ماده حتی «امتناع» را هم برای رجوع به حاکم لازم ندانسته است. همچنین، در قبول چک، مبنای قرار گرفتن ماده ۲۷۳ ق.م. در باب امتناع طلبکار از قبول منتفی دانسته شده است.^۳ حتی در رأی برخی دادگاه‌ها نیز این موضع مقنن قانون مدنی مورد توجه قرار نگرفته است. به‌رغم اینکه قانون‌گذار تسلیم به حاکم را در صورت امتناع لازم دانسته است، در دادنامه ش ۹۳۰۰۱۹ مورخ ۹۳/۱/۲۳ صادره از شعبه ۱۰۵۲ دادگاه عمومی جزایی تهران^۴ مشاهده می‌شود امتناع شاکی از دریافت اموال مسروقه خسارت‌دیده، موجب منتفی شدن رد مال می‌شود. بر این اساس، با توجه به اینکه انتقال ضمان

۱. همان.

۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ج ۴، ص ۳۰.

۳. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: میزان، ۱۳۸۵، ص ۲۳۹.

۴. نقل در: <http://www.ijri.ir>

به مشتری به صرف امتناع وی در میان فقها نیز به شکل مستدل مورد توجه است، ورود مجدد قانون‌گذار در این موضوع و تعیین موضع دقیق قابل توجیه باشد.

۲.۲. ثبوت یا سقوط خيار تأخير ثمن

از جمله آثاری که بر امتناع مشتری قابل ترتب است، می‌توان به بحث ثبوت یا سقوط خيار تأخير ثمن برای بايع در مقابل آن اشاره کرد که از قبض مبيع امتناع کرده است. برای مدعی سقوط خيار که برخی فقها عنوان کرده‌اند^۱، دو دلیل قابل طرح دانسته شده است.^۲ اولاً، مفهوم قبض، با تخلیه محقق می‌شود؛ لذا با تسلیم، خيار بايع ساقط خواهد بود. ثانیاً، پیش‌بینی حق خيار برای بايع به منظور رفع ضرر و ضمان بايع ناشی از تلف مبيع قبل از قبض است که به مجرد تسلیم از سوی بايع و تحقق قبض، ضمان به مشتری منتقل می‌شود و این ضرر منتفی است. اما دیدگاه مقابل که قائل به ثبوت خيار تأخير برای بايع است^۳، هر دو دلیل را قابل رد دانسته؛ چراکه قبض، با مجرد تخلیه حاصل نمی‌شود و از سوی دیگر، ثبوت خيار، مبتنی بر ضرر نیست؛ بلکه علت و مدرک خيار، اخبار و روایاتی است که دلالت بر ثبوت خيار تا تحقق قبض دارد.^۴ در تبیین موضع قانون‌گذار در این زمینه چنین اظهار شده است که اگر مشتری ثمن را تأدیه نکرده باشد و پس از تسلیم مبيع نیز از دریافت آن امتناع ورزد، در این حالت فروشنده ابتدائاً و بدون نیاز به اجبار خریدار حق فسخ قرارداد را مطابق ماده ۴۰۲ ق.م. خواهد داشت.^۵ به نظر می‌رسد این دیدگاه خالی از اشکال نباشد، زیرا با استناد به ظاهر ماده ۴۰۳ ق.م که صرف احراز قصد بايع به التزام به بيع از طریق مطالبه ثمن را دلیل بر سقوط خيار دانسته است، می‌توان قول به سقوط خيار را به قانون‌گذار ایرانی نسبت داد. بنابراین، استناد بايع به خيار تأخير ثمن در صورت امتناع مشتری از قبض کالا ممکن نیست و بر اساس مواد قانونی، امکان فسخ معامله منتفی خواهد بود.

۱. انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۲۲.

۲. رشتی، حبیب‌الله، *فقه الإمامیه - قسم الخيارات*، قم: داوری، ۱۴۰۷، ص ۵۵۲.

۳. خمینی، روح‌الله، *کتاب البیع*، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۵۹۳.

۴. رشتی، ص ۵۵۲.

۵. صفایی، حسین و دیگران، *حقوق بیع بین‌المللی*، ۱۳۹۰، ص ۲۰۹.

۲.۳. سقوط اعتبار رضای مالک در قبض مال او از سوی دیگری

یکی از آثار امتناع، سقوط اعتبار رضای مالک در قبض مال او از سوی دیگری دانسته شده؛ چراکه بقای حق غیر بر ذمه مدیون، مصداق ضرر بر مدیون است که به استناد قاعده لاضرر منتفی است؛ لذا رضای مالک برای قبض از سوی حاکم و ... به واسطه امتناع معتبر نخواهد بود.^۱ امتناع متعهدله از دریافت موضوع تعهد بدون ابراء ذمه متعهد، ملازمه با رضای مالک بر بودن مال نزد مدیون دارد؛ لذا باید آن را مصداق امانت قراردادی دانست. بر این اساس، مدیون به مثابه امین است و حق تصرف در مال را ندارد و به محض تصرف، ید مأذونه به ید غیرمأذونه تبدیل می شود و در صورت تلف، ضامن به شمار می رود. همان طور که این حکم در خصوص تعذر حاکم نیز بیان شده است، به این شرح که در صورت تعذر حاکم از قبض، حکم امانت بر ثمن جاری دانسته شده، مشتری حق تصرف در آن را ندارد و نمائات آن نیز به بایع تعلق می گیرد.^۲

با توجه به مواد ۲۲۱ و ۲۲۲ ق.م، باید اظهار داشت مدیون در صورت امتناع دائن برای سپردن مال به دیگری نیازی به اذن مالک ممتنع ندارد. ظاهر ماده ۲۷۳ ق.م نیز بیانگر آن است که رجوع به حاکم برای قبض به منزله یک تکلیف برای مدیون قید نشده و صرفاً مسیری برای رهایی مدیون از ضمان است. در عین حال، با توجه به سبقه فقهی و مواد مذکور، شاید بتوان چنین نتیجه گرفت که مدیون با عزل موضوع حق مثلاً با سپردن به انبار عمومی یا هر شکل ابداع دیگری به شرطی که بتواند ایفای تعهد تسلیم از سوی خود و امتناع دائن را ثابت کند، از قید ضمان تلف رها می شود. البته، دیدگاه مقابل به استناد مواد ۲۷۱ و ۲۷۳ ق.م بر این عقیده است که تسلیم مورد تعهد به اشخاصی غیر از دائن، وکیل او یا اشخاصی چون ولی و قیم که حق قانونی دارند و حاکم یا قائم مقام او موجب سقوط تعهد و براءة ذمه متعهد نمی شود، مگر اینکه دائن بعداً به این تأدیه رضایت دهد.^۳ ولی به نظر می رسد اگر دائن ممتنع را از این قاعده کلی مستثنا بپنداریم، مناسب تر باشد.

۱. شهیدی، میرزا فتاح، *هدایه الطالب الی أسرار المکاسب*، تبریز: اطلاعات، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۴۰۶.

۲. عاملی، زین الدین، *الروضة البهیة*، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۲۰.

۳. طاهری، حبیب الله، *حقوق مدنی*، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۴۴.

۲.۴. اجبار دائن ممتنع به قبض حق از سوی حاکم

صرف نظر از اینکه تسلیم مال به حاکم پس از امتناع صاحب حق از قبض برای مدیون الزامی باشد، وی مجاز است برای بری کردن ذمه خود از دین، مال را به حاکم تسلیم کند. حال در فرضی که به تبع امتناع دائن، مال به قبض حاکم داده می شود به منظور تعیین کیفیت عملکرد حاکم این سؤال مطرح است که آیا قبض به مباشرت مدیون لازم است یا اینکه قبض غیر کفایت می کند. در صورت اول، وظیفه حاکم در وهله اول اجبار دائن به قبض خواهد بود و در فرض دوم، به مجرد امتناع، حاکم می تواند قبض کند. آرای فقها در این زمینه مختلف است و این امر به دلیل اختلاف در مدرک و مستند حکم به اعتبار استناد به هر یک از سه دلیل قاعده ولایت حاکم بر ممتنع یا عموم ادله ولایت حاکم یا قاعده لاضرر دانسته شده است.^۱ البته این تقسیم بندی به نسبت نوع مدرک، با نظر به منابع فقهی خدشه پذیر است.

الف) به استناد به قاعده ولایت حاکم بر ممتنع، مباشرت در قبض و اجبار به آن لزومی ندارد.^۲ البته جریان قاعده مورد بحث در این فرض مبتنی بر آن دانسته شده که قبول دائن را شرط درستی پرداخت دین بدانیم.^۳ بنابراین، چنانچه صرف امتناع دائن موجب سقوط ضمان مدیون باشد، موضوعی برای قاعده به وجود نمی آید.

ب) به استناد عموم ادله ولایت حاکم، قدر متیقن از این ادله، امتناع پس از اجبار است. همچنین اظهار شده است که در حالت امتناع، قبض اختیاری ساقط است نه اصل قبض (خارج فقه آیت الله جوادی، مبحث بیع، ۱۳۹۲/۹/۱۸، سایت مدرسه فقهت). منشأ اختلاف، قلمرو ولایت حاکم است که اغلب معتقدند چنین موردی را در بر نمی گیرد؛ یعنی همان طور که وی نمی تواند طلبکار را به ابراء ذمه بدهکار وادار سازد، حق ندارد او را به قبض مورد تعهد اجبار کند.

ج) به استناد قاعده لاضرر به طور کلی می توان قائل به نفی اعتبار اصل قبض شد؛ لذا با تعیین دین و عزل (کنار گذاشتن) موضوع حق از سوی مدیون، ضرورتی به قبض حاکم نخواهد بود و ذمه مدیون با عزل بری می شود. همچنین استدلال شده با توجه به اینکه مراد از قبض،

۱. شهیدی، میرزا فتح، *هدایه الطالب الی أسرار المکاسب*، ۱۳۷۵، ج ۳، ۴۰۵.

۲. محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، تهران: علوم اسلامی، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۲۲۴.

۳. اسماعیلی، محسن، *قاعده ولایت حاکم بر ممتنع*، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۷۸، ش ۱۱، ص ۸۰.

رضای باطنی است و در قبض نیازی به انشای خارجی وجود ندارد، همانند عقد انشایی نیست که حاکم به نیابت از ممتنع آن را اجرا کند. پس با امتناع دائن از قبض، اعتبار قبض ساقط می‌شود.^۱

در حقوق ایران گرچه با توجه به مواد ۲۷۳ و ۳۸۷ ق.م قبض حاکم بدون کمترین مقدمه‌ای ممکن دانسته شده، به قرینه ماده ۳۷۶ ق.م چنین اظهار شده است که اگر خریدار به تعهد خود در قبض مبیع عمل نکند، ابتدا فروشنده باید اجبار وی به انجام تعهد را درخواست کند و در مرحله بعد حق فسخ به منزله راهکار نهایی در اختیار وی خواهد بود.^۲ این اجبار در نظر حقوق دانان دیگر نیز لازم دانسته شده، به این ترتیب که ابتدا باید حاکم «متعهدله» را وادار به قبول کند؛ در غیر این صورت، با تسلیم به حاکم یا قائم مقام او ذمه متعهد بری و عهده او ساقط خواهد شد.^۳

به نظر می‌رسد این توجیه نیز پذیرفتنی باشد که در خصوص تعهدات قراردادی میان تعهد به تأدیة ثمن یا تسلیم مبیع و امتناع از قبض حق باید تفکیک قائل شد. در خصوص تسلیم کالا و تأدیة ثمن، عدم ایفای تعهد مانع رسیدن مستحق به حق خود می‌شود، اما در امتناع از قبض، ممتنع از گرفتن حقی که متعلق به خود اوست استنکاف می‌کند و اگر هم ضرری به تبع باقی ماندن موضوع حق نزد متعهد از جهت نگهداری و ... متوجه مدیون می‌شود، با قبض حاکم ضرر تداوم نمی‌یابد و از سوی دیگر، متضرر می‌تواند خسارات احتمالی وارده بر اثر امتناع را هم به قرینه مواد ۲۲۱ و ۲۲۲ ق.م از ممتنع دریافت کند؛ لذا قائل شدن به عدم ترتب «اجبار متعهد به قبول» بر قبض حاکم چندان دور از ذهن نخواهد بود که این تفسیر با ظاهر مواد ۲۷۳ و ۳۸۷ نیز هماهنگ است.

۳. ضمانت اجرای امتناع در حقوق تطبیقی

برخلاف حقوق ایران که تکلیف دائن به قبض و به تبع آن، ضمانت اجرای امتناع از دریافت حق برای مستنکف به شکل مصرح مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته، در حقوق کشورهای دیگر کمابیش تضمین‌هایی پیش‌بینی شده است. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، پس از اینکه در ماده

۱. شهیدی، میرزا فتاح، *هدایة الطالب الی أسرار المکاسب*، ۱۳۷۵، ج ۳، ۴۰۵.

۲. صفایی، حسین و دیگران، *حقوق بیع بین‌المللی*، ۱۳۹۰، ص ۲۰۹.

۳. طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی*، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۴۴.

۶۰ تحویل گرفتن کالا را تکلیف خریدار بیان می‌کند، «حق تقاضای ایفای تعهد برطبق قرارداد یا کنوانسیون»، «حق اعلام فسخ قرارداد» و «مطالبه خسارات» را ضمانت اجرای امتناع از قبض در بند ۱ ماده ۶۱ ذکر کرده و در مواد بعدی هر یک را به تفصیل تبیین می‌کند.

ماده ۶۲ این کنوانسیون به فروشنده این امکان را می‌دهد که اگر خریدار از اجرای تعهدات خود از جمله تسلیم کالا خودداری کرد، صدور دستور اجرا از سوی دادگاه را پیگیری کند.^۱ به موجب ماده ۶۴ نیز امکان فسخ برای فروشنده به تبع امتناع خریدار از قبض، در صورتی است که پرداخت ثمن صورت نگرفته باشد. همچنین ماده ۶۹ قبض و امتناع از قبض را معیار انتقال ضمان معرفی کرده است. بر این اساس، ریسک هرگونه تلف یا نقص کالا پس از امتناع خریدار بر عهده خود خریدار است و بایع ضامن نخواهد بود.^۲

خسارت ناشی از نقض قرارداد هم از جمله عدم‌النفعی که طرف دیگر بر اثر نقض متحمل شده، به موجب ماده ۷۴ کنوانسیون قابل مطالبه است. از سوی دیگر، فروش مبیع به دیگری و جبران خسارت از این طریق راهکاری است که در ماده ۸۸ برای بایع پیش‌بینی شده است. با وجود این طریق، اجرای اجباری تعهد قبض واجد اهمیت کمتری توصیف شده است.^۳ به موجب ماده اخیر، اگر خریدار در قبض مبیع تأخیر نامعقول کند، فروشنده می‌تواند کالا را به ثالث بفروشد و خسارت خود را از محل فروش بردارد؛ اما اگر کالا فاسدشدنی است یا نگهداری آن مستلزم صرف هزینه نامتعارف و نامعقول باشد، بایع الزام به فروش مجدد کالا خواهد داشت.^۴

به موجب ماده ۳۳۵ ق.م.مصر نیز وقتی دائن از قبول دین امتناع کرد، عواقب ناشی از تلف و هلاک شیء بر عهده دائن است. جریان سوددهی متوقف می‌شود و مدیون اجازه خواهد داشت که شیء را به خرج دائن ایداع کند و خسارت متحمله از این عمل را نیز از دائن بگیرد. ضمانت اجرای امتناع دائن بر اساس قانون مصر، انتقال ضمان معاوضی است؛ گرچه این قانون نیز مدیون را پس از امتناع دائن از قبول وفا، محق بر ایداع موضوع حق به حاکم دانسته است. در عین حال، به قرینه مواد ۳۳۵ و ۴۳۷ ق.م.مصر ضمان به صرف امتناع و ثبت و اعلان رسمی این امتناع از

۱. داراب‌پور، مهرباب، *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۳۱۶.

2. Huber.P. Mullis.A. *The CISG*. Germany: European Law Publishers 2007. P115.

3. Honnold.J. *Uniform Law for International Sales*. Boston. 1991. 347: p495.

4. Schlechtriem.P. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Translated by G. Thomas. UK: Oxford University Press. 1998. 15:p485.

سوی مأمور و نه تسلیم به حاکم منتقل می‌شود. به علاوه، اگر دین از زمره نقودی باشد که سود به آن تعلق می‌گیرد، با امتناع، جریان تعلق سود متوقف می‌شود. در عین حال، مدیون ممتنع مسئول خسارات ناشی از امتناع ناموجه همچون اجرت محل نگهداری کالا نیز خواهد بود.^۱ مقصود از ایداع به نسبت نوع مال متفاوت است.

ماده ۹۱ قانون تعهدات سوئیس^۲ طلبکاری را که بدون علت قانونی از دریافت بدهی عرضه شده به او خودداری کند یا از انجام امور مقدماتی برای تسلیم، سرباز زند، مستنکف شمرده است. ضمانت اجرای مترتب بر استنکاف در این قانون میان کالا و دین متفاوت است. آثار این استنکاف در موردی که موضوع تعهد، تسلیم شیء است، در ماده ۹۲، جواز ایداع موضوع تعهد به هزینه و مسئولیت طلبکار و در نتیجه براءت ذمه مدیون است. طبق قانون این کشور ایداع به حاکم و قبض او موضوعیت ندارد؛ لذا گرچه در صدر بند ۲ ماده ۹۲^۳ مقرر می‌دارد قاضی مستقر در محل تأدیة دین، در خصوص محل ایداع موضوع تعهد تصمیم می‌گیرد، در ادامه در موردی که موضوع تعهد تسلیم کالا باشد، حتی بدون تصمیم دادگاه، می‌توان آن را به انبار کالا سپرد. اما در موردی که موضوع تعهد تسلیم شیء نباشد، به موجب ماده ۹۵ در صورت استنکاف طلبکار از قبول آن، بدهکار می‌تواند بر طبق مقررات جاریه درباره متعهد مستنکف، قرارداد را فسخ کند. در حقوق آلمان نیز در صورت قبول نکردن تعهد، مهلتی برای قبول به متعهدله داده می‌شود و در صورت قبول نکردن تا پایان مهلت، وی مستنکف محسوب می‌شود و نسبت به فسخ قرارداد یا دریافت خسارت مختار خواهد بود.^۴

به موجب ماده ۱۳۴۵ ق.م.فرانسه مصوب ۲۰۱۶، در مواردی که مدیون ملزم به تسلیم کالا یا انجام مورد تعهد است و طلبکار بدون دلیل مشروع از دریافت، امتناع می‌ورزد یا مانع اجرای تعهد می‌شود، مدیون می‌تواند برای قبض یا تجویز اجرای تعهد اعلان رسمی کند. این اعلان و اخطاریه، ریسک را به طلبکار منتقل می‌کند و ایجاد منافع به نفع طلبکار را متوقف می‌سازد.

۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *انتقال و سقوط تعهدات*، ترجمه علیرضا امینی و...، تهران: ترجمه و نشر کتاب، بی تا، ص ۲۴۰.

2. Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911 (Status as of 1 April 2017).

3. Amended by Annex No 5 to the Civil Jurisdiction Act of 24 March 2000, in force since 1 Jan 2001 (AS 2000 2355; BBl 1999 2829).

4. International Association of Legal Science. International Encyclopedia of Comparative Law. Volume 16 (chapter8: Verner Lorenz). 1980, J. C. B. MOHR. 16:p116.

به موجب بند ۱ ماده مذکور، در صورت رفع نشدن مانع ظرف دو ماه، در خصوص دیون، مدیون می تواند آن را در صندوقی به نام «Caisse des dépôts et consignations»^۱ واریز کند و در موردی که موضوع تعهد تسلیم کالا است، آن را نزد فردی که مجاز به این کار است به امانت بگذارد. چنانچه به ودیعه سپردن کالا ناممکن یا بسیار دشوار باشد، در پی کسب اذن دادگاه مبنی بر فروش با توافق خصوصی یا حراج عمومی، مدیون می تواند کالا را بفروشد و پس از کسر هزینه های فروش، قیمت آن را به صندوق مذکور واریز کند. هزینه های اعلان، سپرده یا ودیعه گذاری به عهده طلبکار است. در قانون پیشین این کشور مهلت دوماهه مذکور پیش بینی نشده بود.

در کنوانسیون بیع بین المللی کالا اعمال حق فسخ بایع منوط به حکم دادگاه نیست. در حقوق انگلیس نیز در صورتی فروشنده به تبع نقض تعهد از طرف خریدار، حق فسخ پیدا می کند که نقض تعهد جنبه اساسی داشته باشد.^۲

از میان راهکارهای پیش بینی شده در حقوق کشورهای دیگر، ضمانت های اجرایی سقوط تعهد مدیون به صرف امتناع دائن، امکان فسخ قرارداد و مطالبه خسارت که محملی قانونی در حقوق داخلی ندارد، نیازمند بررسی بیشتر است.

در زمینه امکان ساقط دانستن تعهد مدیون مقارن با امتناع دائن از پذیرش موضوع تعهد، ابتدا پاسخ گویی به این سؤال لازم است که در حقوق ایران پیرو تفکیک دو مفهوم قبض و تسلیم، ایفای تعهد از سوی متعهد با کدام یک از عناوین «قبض» و «تسلیم» محقق می شود؟ به عبارتی، آیا قبض حقیقی دائن در سقوط تعهد مدیون شرطیت دارد یا اینکه به صرف تسلیم از سوی مدیون ولو در فرض امتناع دائن از قبض، عنوان «وفای به عهد» محقق می شود و به موجب ماده ۲۶۴ ق.م تعهد مدیون ساقط خواهد شد؟ پاسخ به این سؤال در گرو تعیین ماهیت «وفای به عهد» است. در این زمینه، پنج دیدگاه مطرح شده و ماهیت ایفا در اقوال حقوق دانان از قبیل

۱. مؤسسه ای ویژه که وظیفه اداره سپرده ها و محموله ها، ارائه خدمات مربوط به سرمایه هایی که مدیریت آن ها به آن سپرده شده و انجام وظایف دیگر با همان ماهیت که به طور قانونی به آن واگذار شده را بر عهده دارد: art. L. 518-2 of the French Monetary and Financial Code (extract). See further www.caissedesdepots.fr/.
2. Benjamin, 1997/109: 810.

«قرارداد»^۱، «بیع»^۲، «ایقاع»^۳، «واقعه حقوقی یا فعل مادی»^۴، و در نهایت، «قول به تفصیل» دانسته شده است. مبتنی بر قسم اخیر ماهیت ایفا بسته به مفاد و طبیعت تعهد متفاوت می‌شود؛ لذا ایفا گاه مستلزم عمل حقوقی اعم از عقد (مانند تعهد به فروش مال) و ایقاع و گاه واقعه (در مواردی که فقط جنبه اجرایی ساده دارد)^۵ است. دیدگاهی که میان تسلیم کلی فی‌الذمه و غیر آن تفکیک قائل شده و تسلیم عین کلی را عمل حقوقی دوطرفه شمرده، ذیل همین دیدگاه پنجم قرار می‌گیرد.^۶ دکتر شهیدی ماهیت وفای به عهد را در صورتی که موجب انتقال حق یا تملیک شود، عمل حقوقی یک‌طرفه و ایقاع دانسته و در غیر این صورت، عمل قضایی یا واقعه حقوقی می‌شمارد و در هر حال، اراده متعهدله را در تحقق عنوان ایفا فاقد اثر می‌پندارد.^۷

صرف‌نظر از ایقاع یا واقعه حقوقی بودن تسلیم، برای تعیین ضمانت اجرای امتناع دائن از قبض در بحث حاضر اثبات اینکه ایفا «عمل حقوقی دوطرفه» نیست و اراده و اقدام دائن موضوعیتی در تحقق ایفا و سقوط تعهد مدیون ندارد، کفایت می‌کند. در مورد عین معین می‌توان اذعان داشت که قبض شرطیتی در ایفا تعهد ندارد؛ لذا به‌صرف ایجاد شرایط تسلیم، تعهد مدیون ساقط خواهد بود. اما در خصوص کلی فی‌الذمه در آرای حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. شاید

۱. این دیدگاه که ایفا را پدیده‌ای مرکب از یک واقعه مادی و توافق طرفین توصیف می‌کند، در میان حقوق دانان برخی کشورها مثل فرانسه و مصر مطرح است. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *انتقال و سقوط تعهدات*، ج ۳، ص ۶۳۴.
۲. این قول را صاحب جواهر به شیخ طوسی نسبت داده است. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، ۱۳۶۲، ج ۲۴، ص ۵۳.
3. Malaurie es Aynes, 1986: 601
۴. اکرمی، زهرا، *ماهیت وفای به عهد در فقه و حقوق*، فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۹۵، شماره ۱، ص ۱۴، تمایل نظریات مطرح در حقوق سوئیس به عمل حقوقی نبودن وفای به عهد دانسته شده است. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ۱۳۹۵، ج ۴، ص ۹، مرحوم کاشف‌الغطا در نقد کلام صاحب عروه (که وفا به غیر جنس را به‌رغم نیاز به رضای دائن ایقاع می‌شمارد)، آن را صرفاً عملی واجب و لازم‌الاداء توصیف کرده است، نجفی کاشف‌الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجله*، نجف: المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹، ج ۱، ص ۲۷۹.
۵. کاتوزیان، ناصر، *ایقاع*، تهران: یلدا، ۱۳۷۰، ج ۴۷، ص ۹۲.
۶. ایشان تسلیم در این تعهد را معامله جدید و تملیک دانسته است؛ اما در عین حال، در مورد واقعه حقوقی یا ایقاع بودن تسلیم عین معین سکوت کرده‌اند. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۳۱۸.
۷. شهیدی، مهدی، *سقوط تعهدات*، تهران: مجد، ۱۳۸۵، ص ۲۱ و ۴۵، ایفای تعهد اگر به انتقال حق یا تملیک باشد، عملی حقوقی و نیازمند انشاست؛ مثل تسلیم کلی؛ اما در غیر آن، واقعه حقوقی است و نیازی به قصد انشا ندارد؛ مثل تسلیم مورد ودیعه به صاحب آن. بهرامی احمدی، حمید، *کلیات عقود و قراردادها*، ج ۳، تهران: میزان، ۱۳۸۱، ص ۲۸۱، برخی نیز بدون تعیین ماهیت ایفا صرفاً تصریح به عدم شرطیت و تأثیر قصد تسلیم و رضا و اراده متعهدله در سقوط تعهد کرده‌اند. طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی*، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۳۴.

نظر صاحب عروه در این زمینه قابل تأمل باشد که در ایفا به غیر جنس گرچه رضای دائن را شرط می‌داند، ماهیت ایفا را ایقاع توصیف کرده است.^۱ نظر به اینکه در میان حقوق دانان نیز این دیدگاه مطرح است که ماهیت «رضا» امر غیر انشایی و صرفاً یک واقعۀ حقوقی است^۲، شاید مناسب‌تر باشد که در تسلیم کلی فی‌الذمه حداقل دربارهٔ متعهدله رضا را شرط بدانیم و نه قصد و اراده که این شرط اذن و رضا هم به مجرد امتناع عامدانه از تعهد قبض ساقط شده است؛ لذا چنان که برخی تصریح کرده‌اند^۳، باید عنوان «تسلیم» از جانب متعهد را محقق دانسته و قائل به سقوط تکلیف از عهدهٔ او شویم. در این صورت، ضمانت اجرای استتکاف از انجام تعهد باید بر دائن جاری شود.

در حقوق انگلیس، فعل متعهد برای انجام تعهد مطابق قرارداد معادل «ایفای تعهد حقیقی» به شمار می‌آید و امتناع متعهدله از قبول، مانع تحقق عنوان ایفا نمی‌شود^۴ و تعهد ساقط می‌شود.^۵ البته این سقوط تعهد منوط به آن است که آمادگی متعهد برای انجام تعهد کاملاً منطبق با قرارداد باشد؛ از این رو، در پروندهٔ «Ismail Bhai v. Adam Osman» دادگاه اظهار می‌دارد که تسلیم ناقص، مصداق «وفای به عهد» محسوب نمی‌شود.^۶ مقایسهٔ حقوق آلمان و حقوق سوئیس^۷ نیز حاکی از عدم لزوم اجبار متعهدله به قبول است و اقدام متعهد برای انجام تعهد مطابق قرارداد، مصداق «سقوط تعهد»^۸ است.^۹ البته، برخلاف حقوق کشورهای مزبور که تصریح قانون‌گذار به اینکه تسلیم دائن از جمله اسباب سقوط تعهد است، در متون قانونی مشاهده نمی‌شود، مادهٔ ۳۶۰۶ قانون پنیسلوانیا^{۱۰} در ردیف اسباب سقوط تعهدات از آن نام برده است.

۱. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، *العروة الوثقی*، بیروت: الأعلیٰ للطبوعات، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۸۴.
۲. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، تهران: عصر حقوق، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۱. تفکیک دو عنصر قصد و رضا در قانون مدنی دلیل بر تفاوت ماهیت و اثر آن دو دانسته شده است، همان: ۴۵، به تعبیر دیگر، قبض از عناوین قصدیه دانسته نشده است، محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۹۲.
۳. احمدی، حسین علی، *ماهیت حقوقی اجرای تعهد قراردادی*، مجلهٔ کانون وکلا، ۱۳۷۳، شماره ۹-۸.
4. Cheshire. *Fifoot, and Furmston's. Law of Contract*. UK: Oxford University Press. 2012. P696.
5. Bamford.C. *Principles of International Financial Law*. UK: Oxford University Press. 2011.p12.
6. Meena R.L. *Law of Contract*. New Dehli: Universal Publishing CO. 2008.p174.
7. Switzerland: Guhl (-Merz and Kummer). *Das Schweizerische Obligation enrecht* (ed. 6 Zurich 1972), p234.
8. Discharge of Performance
9. International Association of Legal Science. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Volume 16 (chapter8: Verner Lorenz). 1980, J. C. B. MOHR. 16:p116.
10. Pennsylvania General Assembly, CHAPTER 36: DISCHARGE AND PAYMENT, <https://www.legis.state.pa.us>

در خصوص سقوط تعهد مدیون به مجرد امتناع از قبض، این نکته شایان ذکر است که «تعهد به تسلیم موضوع حق به دائن است» که با امتناع ساقط می‌شود؛ اما باید توجه داشت اگر نتیجه عملی سقوط تعهد و عدم ضمان مدیون نسبت به تلف، این باشد که وی می‌تواند مال را رها کند و هیچ مسئولیتی در قبال آن نداشته باشد، این اقدام به واقع امر، نوعی اتلاف خواهد بود. برای مثال، در موردی که مشتری کالایی را خریداری می‌کند، اما به هنگام تحویل درب منزل، از گرفتن آن خودداری می‌کند، اگر قائل به عدم ضمان به نحو اطلاق شویم، باید فروشنده را مجاز بدانیم که کالا را درب منزل در خیابان رها کند؛ در حالی که صرف پیش‌بینی امکان سرقت کالا از جلوی منزل از سوی فروشنده، این عمل را در حکم اتلاف قرار می‌دهد. بنابراین، انتقال کلی ضمان و انتفای مسئولیت در برابر دائن در صورتی خواهد بود که مدیون آن را در محلی متعارف ابداع کند تا امکان مراجعه دائن برای دریافت مال خود وجود داشته باشد که این فرایند، مورد تصریح قانون‌گذار ایرانی نیز بوده است.

در باره حق فسخ نیز گرچه این حق می‌تواند سریع‌ترین راهکار برای رهایی مدیون و جلوگیری از تضرر او باشد، اصل لزوم قرارداد، مقتضی آن است که در مواردی که دفع ضرر از طرق دیگر غیر از فسخ، امکان‌پذیر باشد، از قائل شدن به امکان فسخ قرارداد پرهیز شود. همچنین پیش‌بینی حق فسخ در فقه امامیه محدود به موارد مشخص است؛ لذا به نظر می‌رسد در موارد تردید باید به قدر متیقن اکتفا کرد. در عین حال، اگر هیچ راهی برای دفع ضرر وجود نداشته باشد، جریان قاعده لاضرر را باید ملاک عمل قرار داد؛ به این ترتیب که این قاعده، لزوم قرارداد را برمی‌دارد و امکان فسخ پدید می‌آید. این در حالی است که در فرض مسئله، دفع ضرر با تسلیم مبیع به حاکم میسر می‌شود؛ لذا قائل شدن به حق فسخ به استناد قاعده لاضرر چندان مطلوب نخواهد بود. به نظر می‌رسد منوط شدن امکان فسخ به نقض اساسی قرارداد در حقوق برخی کشورها نیز مؤیدی بر این مطلب است که راهکار فسخ نمی‌تواند برای دفع هر ضرری تجویز کردنی باشد.

در نهایت، در خصوص امکان مطالبه خسارت باید اذعان داشت این تضمین حقوقی بر اساس قواعد عام قابل اجرا است و باید این مورد را نیز در ردیف ضمانت اجرای حقوق داخلی برای امتناع دائن از قبض موضوع تعهد تصریح کرد.

نتیجه‌گیری

پس از اجرای صیغه و انعقاد قرارداد، هر یک از متعاهدین در مقام انجام تعهدات مندرج در قرارداد ملزم به تسلیم و تسلّم عوضین به یکدیگر می‌شوند. زمانی که بایع قیام به تسلیم می‌کند، باید مشتری را ملزم به قبول موضوع حق دانست. این تکلیف در کنار وظیفه فراهم کردن مقدمات تسلیم در حقوق کشورهای مورد بحث یعنی فرانسه، انگلیس، سوئیس و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز به مثابه تعهدات خریدار مورد تصریح قرار گرفته است. به‌رغم عدم تصریح قانون‌گذار ایرانی، حتی اگر این تکلیف، از مواد ۳۸۷ و ۳۶۲ ق.م قابل اصطیاد دانسته نشود، انجام آن را باید از باب لوازم عرفی قبض و نیز از باب مقدمه واجب لازم شمرد. نظر غالب فقها با قول وجوب قبض همراه می‌شود.

در زمینه ضمانت اجرای محتمل برای امتناع دائن از دریافت موضوع حق، می‌توان اظهار داشت تضمین‌های حقوقی پیش‌بینی‌شده از مجموعه قوانین کشورهای مورد مطالعه و نیز کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ضمانت‌های اجرایی از قبیل انتقال ضمان معاوضی به مجرد امتناع، حق تقاضای ایفای تعهد بر طبق قرارداد یا کنوانسیون، حق اعلام فسخ قرارداد و مطالبه خسارات ناشی از امتناع متعهدله است. در زمینه انتقال ضمان برخلاف اتفاق نظر قوانین مذکور بر انتقال ضمان به تبع امتناع، ماده ۳۸۷ قانون ایران قبض حاکم را برای انتقال لازم شمرده است که شرطیت مداخله حاکم، علاوه بر ایجاد شبهه عدم رعایت عدالت نسبت به متعهدی که به وظیفه خود در انجام تعهد عمل کرده، با رویه قانون‌گذار در موضوعات مشابه نیز در تعارض است. شرطیت و عدم شرطیت قبض برای انتقال ضمان منجر به تقابل دو دیدگاه مذکور در میان فقها نیز شده است.

ضمانت اجرای دیگر برای امتناع دائن در کنار سقوط خيار تأخیر ثمن بایع، سقوط اعتبار رضای وی در قبض مال از سوی دیگری است که بر این اساس، باید نتیجه گرفت که مدیون با عزل موضوع حق یا ودیعه گذاشتن آن نزد ثالث (حاکم یا غیر او) به شرطی که بتواند ایفای تعهد تسلیم از سوی خود و امتناع دائن را ثابت کند، از قید ضمان تلف رها می‌شود. امکان مطالبه خساراتی که به‌منظور تسلیم موضوع تعهد به حاکم یا هر نوع خسارت دیگر ناشی از امتناع به مدیون وارد می‌شود نیز در شمار ضمانت اجرای حقوق داخلی قرار می‌گیرد. با اتخاذ این رویه و اصلاح قانون از یک‌سو از تحمیل مؤونه زاید بر دائن ممانعت به عمل می‌آید و از سوی دیگر، زمینه استیفای حقوق او بیشتر فراهم می‌شود.

منابع:

الف) منابع فارسی

کتاب‌ها

۱. امامی، حسن، **حقوق مدنی**، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۵.
۲. انصاری، مرتضی، **کتاب المکاسب**، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم، ۱۴۱۵.
۳. بهرامی احمدی، حمید، **کلیات عقود و قراردادها/ج ۳**، تهران: میزان، ۱۳۸۱.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **حقوق تعهدات**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۳.
۵. حائری شاه باغ، علی، **شرح قانون مدنی**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲.
۶. حلی، جعفر، **سرائع الإسلام**، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸.
۷. **تذکره الفقهاء**، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، بی تا.
۸. داراب پور، مهرباب، **تفسیری بر حقوق بیع بین المللی**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۴.
۹. رشتی، میرزا حبیب الله، **فقه الإمامیه - قسم الخیارات**، قم: داورى، ۱۴۰۷.
۱۰. سنه‌پوری، عبدالرزاق احمد، **انتقال و سقوط تعهدات**، ترجمه علیرضا امینی و...، تهران: ترجمه و نشر کتاب، بی تا.
۱۱. **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۸.
۱۲. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی**، تهران: مجد، ۱۳۸۴.
۱۳. **اصول قراردادها و تعهدات**، تهران: عصر حقوق، ۱۳۷۹.
۱۴. **سقوط تعهدات**، تهران: مجد، ۱۳۸۵.
۱۵. صفایی، حسین، **حقوق مدنی - تعهدات و قراردادها**، تهران: مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱.
۱۶. صفایی، حسین و دیگران، **حقوق بیع بین المللی**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
۱۷. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، **العروة الوثقی**، بیروت: الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹.
۱۸. طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط**، تهران: المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷.

۱۹. **النهائية**، لبنان: دارالكتاب العربي، ۱۴۰۰.
۲۰. عاملی، زین‌الدین، **الروضة البهيّة (المحشّی - کلانتر)**، قم: داورى، ۱۴۱۰.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، **ایقاع**، تهران: یلدا، ۱۳۷۰.
۲۲. **قواعد عمومی قراردادها**، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۲۳. محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه**، تهران: علوم اسلامی، ۱۴۰۶.
۲۴. شیخ مفید، محمد، **المقنعة**، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳.
۲۵. موسوی خمینی، روح‌الله، **کتاب البیع**، تهران: تنظیم و نشر آثار امام، ۱۴۲۱.
۲۶. موسوی خویی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهة (المکاسب)**، قم: داورى، بی‌تا.
۲۷. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین، **تحریر المجله**، نجف: المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹.
۲۸. نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، لبنان: إحياء التراث العربی، ۱۳۶۲.

مقالات:

۲۹. احمدی، حسین علی، **ماهیت حقوقی اجرای تعهد قراردادی**، مجله کانون وکلا، ۱۳۷۳، شماره ۸-۹.
۳۰. اکرمی، زهرا، **ماهیت وفای به عهد در فقه و حقوق**، فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۹۵، شماره ۱.
۳۱. جوانمردی، ناهید، **ماهیت وفای به عهد و مصادیق آن**، پژوهش حقوق و سیاست، ۱۳۸۰، شماره ۴.
۳۲. عربیان، اصغر، خدابخشی، حسن، **تفاوت و آثار عملی قبض و تسلیم در عقود معاوضی**، پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، شماره ۸.

ب) منابع انگلیسی:

Books

33. Honnold.J. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. Kluwer Law and Taxation Publishers.1991.

34. Bamford.C. *Principles of International Financial Law*. UK:Oxford University Press.2011.
35. Cheshire. *Fifoot, and Furmston's. Law of Contract*. UK:Oxford University Press.2012.
36. Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30March1911 (Status as of 1 April2017).
37. Honnold.J. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Boston.1991.
38. Huber.P. Mullis.A. *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*. Germany: European Law Publishers2007.
39. International Association of Legal Science. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Volume 16 (chapter8: Verner Lorenz).1980, J.C.B.MOHR.
40. Jultiot de la Morandiere: *Droit Civil*.1966.
41. Lista.A. *International Commercial Sales: The Sale of Goods on Shipment Terms*. New York: Informa Law from Routledge.2017.
42. Meena R.L. *Law of Contract*. New Dehli: Universal Publishing CO.2008.
43. Michael.G.Bridge. *Benjamin s Sale of Goods*. London: Sweet& Maxwell.1997.
44. Pennsylvania General Assembly.CHAPTER 36:DISCHARGE AND PAYMENT.at: <https://www.legis.state.pa.us>.
45. Planiol et Ripert: *Droit civil Francais*, t.7.Par Esmein, Radouant et Gabold1958.
46. Schlechtriem.P. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Translated by G. Thomas. UK: Oxford University Press. 1998.
47. SWITZERLAND: Guhl (-Merz and Kummer). *Das Schweizerische Obligation enrecht* (ed.6 Zurich1972).
48. Weill.A. *Droit Civil*. Paris: les obligations.1975.

اثر تحریم‌های ایالات متحده آمریکا بر ارائه خدمات حقوقی به ایران

(مقاله علمی-پژوهشی)

عصمت گلشانی*

سیدمهدی حسینی مدرس**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۱۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۱۲

چکیده

با گسترش تحریم‌های ایالات متحده علیه ایران، بسیاری از ارائه‌دهندگان خدمات حقوقی حتی در کشورهای اروپایی از ارائه خدمات حقوقی به اتباع ایرانی یا رسیدگی به اختلافاتی که به‌نحوی به ایران مربوط می‌شده، خودداری کردند. به‌طور خاص، این خودداری از سوی سازمان‌های داورى بیشتر مورد توجه واقع شد.

پرسش اصلی پژوهش حاضر این است که آیا تحریم‌های ثانویه آمریکا می‌تواند دلیلی بر ارائه نکردن خدمات حقوقی از سوی سازمان‌های داورى و به‌تبع آن خدمات مالی مؤسسات مالی فعال در روندهای داورى باشد؟

بر اساس سه فرمان اجرایی صادره از سوی رئیس‌جمهور ایالات متحده آمریکا علیه ایران، از یک سو ارائه خدمات حقوقی و مالی از جانب سازمان‌های داورى و مؤسسات مالی فعال در روندهای داورى، آن‌ها را در معرض ریسک تحریم و اعمال ضمانت اجرای نقض تحریم‌ها قرار می‌دهد و از سوی دیگر، مجوز عام مقرر شده در قسمت‌های a و d ماده ۵۶۰،۵۲۵ «مقررات تحریم‌ها و معاملات ایران» شامل ارائه خدمات حقوقی می‌شود. اما حتی این امر نیز قطعی نیست؛ به‌طوری که این استثنا نیز مطابق بند یکم قسمت d ماده ۵۶۰،۵۲۵ مقررات فوق‌الذکر و نیز سایر قوانین و مقررات محدود و مقید شده است.

در نتیجه، این سه فرمان اجرایی و استثنای مجوز عام، ارائه خدمات حقوقی و مالی به اتباع ایرانی یا اختلافاتی را که به‌نحوی به ایران مربوط می‌شده، صراحتاً ممنوع نکرده است؛ لیکن عملاً آن را بر اساس ارزیابی هزینه-فایده‌ای کرده که از سوی سازمان‌های داورى و مؤسسات مالی انجام می‌گیرد؛ حتی اگر این خودداری از ارائه خدمات منجر به امکان طرح دعوی مطالبه خسارت علیه آن‌ها شود.

کلیدواژگان:

تحریم، خدمات حقوقی، داورى، تحریم‌های ثانویه، سازمان داورى، مؤسسات مالی، مجوز عام، ایران، ایالات متحده آمریکا.

* استادیار گروه حقوق پردیس خواهران دانشگاه امام صادق (ع)

Esmat.Golshani@isu.ac.ir

** استادیار گروه حقوق اقتصادی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران (نویسنده مسئول)

Mahdi.Modarres@gmail.com

مقدمه

خدمات حقوقی، جزئی جدایی‌ناپذیر از حوزه تجارت بین‌الملل هر کشور محسوب می‌شود. این خدمات شامل مواردی همچون وکالت، مشاوره، داوری سازمانی، داوری موردی، دادرسی‌های دادگاهی و خدمات جانبی دادرسی مثل کارشناسی، ترجمه و ...^۱ می‌شود.

در یک سیاست تجاری متوازن و موفق، هر نظام حقوقی می‌کوشد که دسترسی مناسبی را برای اشخاص حقیقی و حقوقی فعال در تجارت بین‌الملل به خدمات حقوقی بین‌المللی فراهم کند. نظام حقوقی ایران نیز با تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی (۱۳۷۶)، قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، الحاق به «کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم‌شده در نیویورک» (۱۳۸۰)، ایجاد سازمان‌های داوری، و ... دسترسی به خدمات حقوقی بین‌المللی را برای بازرگانان تسهیل کرد.

با گسترش تحریم‌های وضع‌شده علیه ایران در سال‌های اخیر - به‌ویژه تحریم‌های ثانویه ایالات متحده - بسیاری از ارائه‌دهندگان خدمات حقوقی حتی در کشورهای اروپایی از ارائه خدمات حقوقی به اتباع ایرانی یا در خصوص پرونده‌هایی که یک طرف دعوای قراردادی از اتباع ایران بوده یا پرونده به‌نحوی به ایران مربوط می‌شده، خودداری کردند. این در حالی است که هیچ‌یک از تحریم‌های اتحادیه اروپا و کشور مقر آن‌ها مستقیماً ارائه این خدمات را ممنوع نمی‌کرد. برای مثال، مهم‌ترین و پرکاربردترین سازمان‌های داوری مستقر در کشورهای اروپایی بدون ذکر علت و ارائه توضیح از رسیدگی به دعوای مرتبط با ایران خودداری کرده‌اند.^۲ همچنین، اکثر قریب به اتفاق مؤسسات حقوقی معتبر که حائز رتبه‌های عالی بودند، از ارائه خدمات وکالت و مشاوره به اتباع ایرانی یا در خصوص دعوای مرتبط با ایران خودداری می‌کردند؛ آن هم نه به

۱. در مقدمه شماره ۱۹ «مقرره ۲۰۲۲/۱۹۰۴ شورای اروپا مصوب ۶ اکتبر ۲۰۲۲» که تحریم‌های اتحادیه اروپا علیه روسیه را گسترش می‌دهد، تعریف جامعی از خدمات حقوقی ارائه شده است.

۲. رضوانیان، اویس، **مسئولیت حقوقی سازمان‌های داوری ناشی از استنکاف از رسیدگی به اختلافات ارجاعی**، پژوهش حقوق خصوصی، پاییز ۱۳۹۷، دوره ۶ شماره ۲۴، ص ۳۹.

دلیل تعارض منافع احتمالی، بلکه به سبب آنچه «پپچیدگی‌های پیش‌بینی‌نشده‌ی ارائه خدمات حقوقی به شرکت‌های ایرانی» از سوی این مؤسسات اعلام می‌شد.^۱

با وجود اینکه تحلیل ارائه‌شده در این مقاله به‌طور عام به اثر تحریم‌ها بر هرگونه خدمات حقوقی تعمیم‌پذیر و تطبیق‌پذیر است، به دو دلیل، تمرکز مقاله حاضر بر خدمات حقوقی در حوزه حل‌وفصل اختلافات از طریق داوری سازمانی استوار است. نخست آنکه برخلاف سایر ارائه‌دهندگان خدمات حقوقی که می‌توانند خودداری از ارائه خدمات حقوقی را به آزادی قراردادی در انتخاب طرف قرارداد منتسب سازند،^۲ سازمان‌های داوری با اعلام عمومی شرط داوری خود یک ایجاب کلی را ارائه داده‌اند که با درخواست شروع فرایند حل اختلاف از سوی یک طرف اختلاف این التزام به ارائه خدمات حقوقی برای آن سازمان‌ها ایجاد می‌شود. دوم آنکه داوری، در چارچوب یکی از مهم‌ترین و پرکاربردترین نهادهای ارائه‌دهنده خدمات حقوقی در سطح بین‌المللی قرار دارد و داوری سازمانی، به‌طور اخص، در دعاوی تجاری بین‌المللی اهمیت و گستره کاربرد فراوانی پیدا کرده است.

در چنین وضعیتی هرگاه یک اختلاف حقوقی ناشی از تحریم‌ها یا مربوط به آن، به یک نهاد داوری ارجاع شود، این نهاد در تصمیم برای ارائه خدمات حقوقی حل‌وفصل اختلافات باید به این پرسش پاسخ دهد که آیا دعاوی قراردادی خصوصی دربردارنده یا مشمول تحریم یا طرف‌های تحریم‌شده، قابلیت رسیدگی از طریق داوری را دارند یا نه؟

به این پرسش از دو جنبه می‌توان پاسخ داد. نخست از حیث تمرکز بر ماهیت تحریم‌ها که می‌توان آن را نوعی «داوری‌پذیری موضوعی» نامید و دوم از حیث ریسک‌هایی که در صورت

۱. این نتیجه بر اساس تجربه مذاکره و راهبری دریافت خدمات حقوقی برای اشخاص خصوصی و عمومی ایران که نیاز به خدمات حقوقی در کشور اتریش، هند، ایتالیا، دانمارک و ترکیه داشتند، طی سال‌های ۲۰۱۸ تا ۲۰۲۲ به دست آمده است. درخواست خدمات حقوقی از سوی ده مؤسسه برتر حقوقی - بر اساس قدر مشترک سایت‌های معتبر رتبه‌بندی مؤسسات حقوقی (اولویت شماره ۱) - هر کشور ندرتاً با موفقیت روبه‌رو می‌شود. معمولاً مؤسسات حقوقی که در رده‌های پایین‌تر قرار می‌گرفتند، حاضر بودند چنین خدماتی را به شرکت‌های ایرانی ارائه دهند.

۲. سایر ارائه‌دهندگان خدمات حقوقی مانند وکلا و مشاوران حقوقی قانوناً آزاد هستند تا اقدام به انعقاد قرارداد ارائه خدمات حقوقی بکنند یا از آن امتناع ورزند و نمی‌توان آن‌ها را ملزم به ارائه خدمات حقوقی به شخص معینی کرد؛ هرچند در صورتی که دلیل این خودداری از ارائه خدمات حقوقی را تحریم‌های ایالات متحده اعلام کنند، مشمول ضمانت اجراهای قوانین بلوکه‌کننده اتحادیه اروپا می‌شوند.

ارائه خدمات حقوقی، خود سازمان‌های داوری و مؤسسات مالی درگیر در روند داوری^۱ با آن مواجه می‌شوند.

از منظر نخست - که البته از حوزه این پژوهش خارج است - با توجه به اینکه دعاوی متضمن تحریم‌ها به مسئله اعمال یا عدم اعمال قواعد آمره برتری که منافع عمومی را تأمین می‌کنند، مربوط می‌شوند.^۲ داوری که با چنین پرونده‌ای روبه‌رو می‌شود، قبل از ورود به امور ماهوی، باید به این پرسش پاسخ دهد که آیا اساساً این دعوی از سوی وی قابل رسیدگی است یا خیر و او صلاحیت رسیدگی دارد یا نه؟ به بیان کلی، بحث به این امر مربوط است که چه موضوعاتی قابل ارجاع به داوری است و چه موضوعاتی قابل ارجاع به داوری نیست.^۳ به طور خاص، آیا دعاوی مربوط به قواعد آمره برتر، داوری‌پذیرند یا نه؟^۴ در قالب پاسخی کوتاه می‌توان گفت که اگرچه برخی تحریم‌ها باعث می‌شوند انواع خاصی از دعاوی نپذیرفتنی شود و/یا طرح دعاوی به وجود آمده از قراردادهایی را که تحت تأثیر این تحریم‌ها هستند، ممنوع می‌کنند، در جایگاه یک اصل، تحریم اقتصادی چنین محدودیتی را برای طرح دعاوی دربردارنده یک یا چند طرف تحت تحریم، در داوری ایجاد نمی‌کنند.^۵

۱. منظور از مؤسسات مالی درگیر در رسیدگی داوری، مؤسساتی هستند که وجوه و دارایی‌های مؤسسات داوری را اداره می‌کنند و تراکنش‌های مالی مرتبط با ارائه خدمات حقوقی -مانند دریافت هزینه‌های دادرسی و ... - را انجام می‌دهند.

۲. با توجه به اینکه توصیف ماهیت تحریم‌ها یک امر تخصصی و گسترده است که امکان پرداختن به آن در این پژوهش نیست و محل پژوهش‌های دیگری قرار دارد، در خصوص توصیف تحریم‌ها به مثابه «قواعد آمره برتر»، ن.ک: گلشنی، عصمت؛ تأثیر تحریم‌ها بر قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶، صص ۸۱-۸۷؛ جعفرزاده، میرقاسم؛ گلشنی، عصمت؛ و حسینی مدرس، سید مهدی، جایگاه «شرط شایستگی اعمال» در تأثیر تحریم‌های موضوعه از سوی کشورهای ثالث، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۴۰۰، ۲۵ (۲)، صص ۵۳ و ۵۴ و پانویس‌های مندرج در این صفحات.

۳. لئو، جولیان دی‌ام، میستلیس، لوکاس ای، کرول، استفان ایم، **داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی**، ترجمه محمد حبیبی مجنده، قم، انتشارات دانشگاه مفید، پاییز ۱۳۹۱، چ ۱، ص ۲۰۳.

۴. پاسخ تفصیلی به این مسئله در مقاله دیگری از همین نویسندگان با عنوان «قابلیت داوری (داوری‌پذیری) دعاوی قراردادی متأثر از تحریم‌های تجاری» طرح شده است.

5. Azeredo da Silveira, Mercédeh, den Hartog, Stephan, Asset Freezes and the Payment of Advances on Costs: Are the Proceedings Bound to End Before They Have Even Begun?, Kluwer Arbitration Blog, October 19th, 2021, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/10/19/asset-freezes-and-the-payment-of-advances-on-costs-are-the-proceedings-bound-to-end-before-they-have-even-begun/>

اما از منظر دوم- که موضوع اصلی مقاله حاضر است - باید به اثر مسدود شدن دارایی‌های مؤسسات دآوری و مؤسسات مالی درگیر در فرایند دآوری بر تصمیم آن‌ها برای ارائه خدمات حقوقی پرداخت. به عبارت دیگر، به تبیین و تحلیل نپذیرفتن دآوری یک اختلاف از سوی یک سازمان دآوری به سبب محدودیت‌هایی که عملاً در نتیجه بخشی از تحریم‌ها با آن مواجه می‌شود، خواهیم پرداخت. در چنین وضعیتی، مؤسسه دآوری با مسئله ارزیابی ریسک‌ها و هزینه-فایده انجام دآوری روبه‌رو می‌شود.

برای پاسخ دادن به پرسش مطرح‌شده از منظر دوم، در این مقاله تمرکز بر آثار تحریم‌های ثانویه ایالات متحده آمریکا بر ایران خواهد بود. در گام نخست ابتدا مفهوم تحریم‌های ثانویه روشن می‌شود (شماره ۱) و سپس تحریم‌های ثانویه جاری آمریکا علیه ایران که می‌تواند بر ارائه خدمات حقوقی به ایران تأثیر بگذارد، تبیین می‌شود (شماره ۲). در گام دوم، در پاسخ به پرسش مقدر مطرح‌شده و اینکه ریسک تحریم‌های ثانویه آمریکا علیه ایران بر سازمان‌های دآوری و بانک‌ها و مؤسسات مالی مرتبط با آن‌ها چه اثراتی می‌گذارد، ابتدا به این پرسش پاسخ داده خواهد شد که: «آیا فعالیت‌های سازمان‌های دآوری و مؤسسات مالی فعال در روند دآوری، در قلمرو تحریم‌های ثانویه آمریکا علیه ایران قرار می‌گیرد؟» (شماره ۳)؛ سپس اثر مجوزهای عام و کلی ایالات متحده در خصوص ارائه خدمات حقوقی بر تصمیم سازمان‌های دآوری و مؤسسات مالی مذکور درباره دعوی که دربردارنده اتباع ایران است، تحلیل خواهد شد (شماره ۴)؛ و در نهایت، عوامل تأثیرگذار بر ارزیابی ریسک‌ها و هزینه-فایده از سوی سازمان‌های دآوری و مؤسسات مالی مذکور، در خصوص انجام دادن یا ندادن دآوری، بررسی خواهند شد (شماره ۵).

یافته‌های این پژوهش -اعم از توصیفی و تحلیلی- از دو جهت اهمیت دارند: نخست، ضرورت آشنایی با رویکرد مؤسسات دآوری و مالی و مبانی حقوقی ملاحظاتی که در پذیرش یا عدم پذیرش دآوری دعوی مرتبط با اتباع ایران دارند. این آشنایی در تدارک دفاع مؤثر از حقوق اتباع ایرانی یا منافع مرتبط با ایرانیان اهمیت بسیاری دارد. دوم، از جانب اتباع و بازرگانان ایرانی و آگاهی‌هایی که باید هنگام انعقاد قراردادهای تجاری و درج شرط یا موافقت‌نامه دآوری داشته باشند تا بتوانند ارزیابی صحیحی از ریسک‌های حقوقی قراردادهای و مراودات تجاری بین‌المللی خود به عمل آورند.

۱. مفهوم تحریم‌های ثانویه

«تحریم‌های یک‌جانبه»^۱ که به‌طور یک‌طرفه از سوی یک کشور به‌صورت انفرادی علیه کشوری دیگر وضع می‌شوند، خود به سه دسته تحریم‌های اولیه^۲، ثانویه^۳ و ثالثیه^۴ تقسیم می‌شوند.^۵ اگر تنها به روابط دو طرف (کشور واضع تحریم و کشور هدف تحریم) مربوط شود، به‌طوری‌که کشور واضع تحریم، از برقراری روابط تجاری یا تبادل خدمات یا سایر روابط اقتصادی و اجتماعی با کشور دیگر یا فقط اشخاص معینی از آن کشور امتناع کند، این تحریم اصطلاحاً «تحریم اولیه یا ابتدایی»^۶ خوانده می‌شود. دامنه شمول این تحریم محدود است؛ مانند ممنوعیت تحریم معامله اتباع آمریکایی با اتباع ایرانی که در تحریم‌های آمریکا مقرر شده است.^۷

1. Autonomous/Unilateral Sanctions

در واقع، در این نوع تحریم، کشور وضع‌کننده تحریم بر اساس تصمیم یک‌طرفه خود تحریم را اعمال می‌کند. در این بین، آمریکا بیشترین سهم در وضع تحریم‌های یک‌جانبه در میان کشورهای جهان را به خود اختصاص داده است.

2. Primary Sanctions

3. Secondary Sanctions

4. Tertiary Sanction

تحریم‌های ثالثیه، مستقیماً علیه اشخاصی هستند که خارج از کشورهای واضع و هدف تحریم‌اند و هیچ روابطی هم با کشور هدف ندارند، ولی با اشخاص و مؤسساتی رابطه دارند که آن‌ها هم در خارج از کشور هدف هستند؛ یعنی با کشور هدف روابط غیرمستقیم دارند.

(Azeredo da Silveira, M. *Trade Sanctions and International Sales- An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2014, p. 166, n. 268.)

۵. لازم به ذکر است که مشروعیت تحریم‌های یک‌جانبه در حقوق بین‌الملل محل تردید جدی است؛ به‌ویژه در خصوص تحریم‌های ثانویه که به‌صورت فراسرزمینی اعمال می‌شوند؛ زیرا نقض اصول صلاحیت و عدم مداخله در امور داخلی سایر کشورها موجب نقض حاکمیت دولت تحریم‌شده می‌شود. همچنین، نقض تعهدات دولت واضع تحریم در خصوص حقوق تجارت بین‌الملل، معاهدات تجارت و مودت، معاهدات سرمایه‌گذاری و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است.

Douhan, Alena F. **Secondary sanctions, civil and criminal penalties for circumvention of sanctions regimes and overcompliance with sanctions**, Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights to the Human Rights Council, 2022, Paras. 2, 11, 15, 16 and 39.

۶. ابراهیمی، سید نصرالله، اوپار حسین، شادی، **آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی از**

منظر فورس ماژور، دو فصلنامه علمی- پژوهشی دانش حقوق مدنی، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، ش ۲، ص ۶.

۷. مانند تحریم‌های مقرر در مجموعه تنقیح‌شده «مقررات تحریم‌ها و معاملات ایران» ITSR (Iranian Transactions And Sanctions Regulations) در ۲۲ اکتبر ۲۰۱۲ با عنوان «مقررات معاملات ایران» ITR (Iranian Transactions Regulations) در اداره کنترل دارایی‌های خارجی وزارت خزانه‌داری ایالات متحده آمریکا به تصویب رسید و آخرین بار در تاریخ یکم جولای ۲۰۲۲ اصلاح شد.

<https://www.ecfr.gov/current/title-31/subtitle-B/chapter-V/part-560>

در تحریم‌های اولیه، دولت واضح، اتباع خود را از انجام معامله و برقراری مراوده با اتباع و اشخاص حقیقی و حقوقی کشور مورد تحریم یا اشخاص وابسته به آن‌ها منع می‌کند؛ لذا این نوع تحریم به نوعی اعمال صلاحیت حاکمیتی کشور واضح بر اتباع خویش است. در واقع، تحریم‌های اولیه معمولاً اشخاص حقیقی و حقوقی تحت صلاحیت کشور واضح تحریم یا اشخاص حقیقی و حقوقی را که در حوزه کالاها و فناوری‌هایی تحت صلاحیت کشور واضح تحریم به فعالیت می‌پردازند، از درگیر شدن در معاملات تجاری و/یا مالی با کشور هدف منع می‌کنند.

اما در تحریم‌های ثانویه، کشورهای واضح تحریم تهدید به اعمال ضمانت اجرا بر اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی می‌کنند که تحت صلاحیت کشور واضح تحریم نیستند، بلکه درگیر معاملاتی هستند که هیچ ارتباطی با کشور واضح تحریم ندارد، اما روابط تجاری و/یا مالی خود را با کشور هدف تحریم ادامه می‌دهند.

به‌ویژه، تحریم‌های ثانویه آمریکا اساساً «طراحی شده‌اند تا شرکت‌های خارجی را مجبور کنند بین تجارت با آمریکا از یک‌سو و تجارت با کشورهای تحت تحریم از سوی دیگر، یکی را انتخاب کنند.»^۱

در تحریم‌های ثانویه - که به دسته «تحریم‌های غیرمستقیم» نیز تعلق دارند - کشور واضح تحریم، دامنه تحریم را گسترش می‌دهد و از برقراری روابط بازرگانی، مالی و سایر روابط با کشورها یا اشخاص حقیقی یا حقوقی که با کشور هدف تحریم دارای روابط هستند، خودداری می‌کند؛^۲ یا افرادی با تابعیت کشور ثالث را از برقراری ارتباط با کشور هدف منع می‌کند. این تحریم‌ها به‌طور مستقیم علیه اشخاص و مؤسساتی هستند که در خارج از کشورهای واضح و هدف تحریم قرار دارند، ولی به‌صورت مستقیم، روابطی با کشور هدف دارند. در واقع، در تحریم‌های ثانویه، دولت واضح نه تنها اتباع خود را با تهدید به ضمانت اجرا ملزم به رعایت تحریم‌ها می‌کند، بلکه آن را به اتباع سایر کشورها نیز توسعه می‌دهد؛ بدین صورت که در صورت نقض تحریم‌ها برای آن‌ها ضمانت اجرایی از قبیل مجازات، منع دسترسی به بازار و ارز کشور

1. Low, Lucinda A. and William M. McGlone, "Avoiding Problems under the Foreign Corrupt Practices Act, US Antiboycott Laws, OFAC Sanctions, Export Controls, and the Economic Espionage Act", in: Sandstrom and Goldsweig (eds), *Negotiating and Structuring International Commercial Transactions*, 2nd, 2003, pp. 217-218.

۲. ابراهیمی، همان.

واضح، ممنوعیت ورود به آن کشور و گسترش تحریم‌ها به ناقضان تحریم را در نظر می‌گیرد.^۱ تحریم‌های آمریکا، سوئیس و چین از جمله این تحریم‌ها است. بنابراین، وقتی ایالات متحده آمریکا مؤسسات دآوری یا مالی غیر ایرانی را تهدید می‌کند که در صورت ارائه خدمات حقوقی و مالی مرتبط - مانند نقل و انتقال پول برای پرداخت هزینه‌های دآوری - به ایران و اتباع آن، تحت شمول ممنوعیت‌های تحریمی خاصی قرار می‌گیرد یا دارایی‌های آن مؤسسات دآوری و مالی در آمریکا مسدود می‌شود، می‌توان نام چنین رفتاری را تحریم‌های ثانویه آمریکا بر مؤسساتی دانست که خود تحت تحریم مستقیم نیستند و در ایران (به‌منزله کشور هدف تحریم) نیز واقع نشده‌اند.

ایالات متحده آمریکا تحریم‌های ثانویه را مکرراً به کار برده است. دو نمونه مشهور آن، قانون هلمز-برتون^۲ که کلیتون، رئیس‌جمهور وقت آمریکا، آن را متعاقب غرق شدن دو هواپیمای خصوصی آمریکا از سوی دولت کوبا، در ۱۲ فوریه ۱۹۹۶ امضا کرد و نیز «قانون تحریم‌های ایران و لیبی»^۳ است که وی در پنجم اوت ۱۹۹۶، برای «بازداشتن ایران و لیبی از حمایت از تروریسم بین‌المللی و دستیابی به جنگ‌افزارهای کشتار جمعی» امضا کرد. به‌موجب این قانون، آمریکا تهدید کرد که مجازاتی را بر مؤسساتی وضع می‌کند که به‌هیچ‌وجه ارتباطی با آمریکا ندارند، اما از تجارت با کشورهای کوبا، ایران و لیبی خودداری نمی‌کنند. نمونه اخیر آن نیز قانون سزار ۲۰۱۹ ایالات متحده علیه دولت سوریه است^۴ که به‌موجب آن، تحریم‌های ثانویه حتی می‌تواند شامل فعالان خدمات بشردوستانه و کارمندان آنها نیز بشود که در بازسازی زیرساخت‌های سلامت بعد از جنگ با دولت سوریه همکاری دارند.

۲. تحریم‌های ثانویه حال حاضر آمریکا بر ایران

رژیم تحریم‌های آمریکا علیه ایران، تاریخی طولانی و پیچیده دارد. آمریکا به‌موجب صلاحیت‌های تقنینی مختلف، از سال ۱۹۷۹ و متعاقب تسخیر سفارت آمریکا و گروگان‌گیری دیپلمات‌های آمریکایی در ایران، انبوهی از محدودیت‌ها را بر فعالیت‌ها و مراودات با ایران وضع

1. Douhan, op. cit. Para. 13.

2. Helms-Burton Act (LIBERTAD) (1996)

3. Iran and Libya Sanctions Act (ILSA) (1991)

4. The Caesar Syria Civilian Protection Act of 2019 (the Caesar Act).

کرده است. در حال حاضر، یک شبکه پراکنده و پیچیده متشکل از هر دو نوع تحریم‌های اولیه و ثانویه از سوی آمریکا علیه ایران در جریان است.

دفتر کنترل دارایی‌های خارجی وزارت خزانه‌داری آمریکا (اُفک)^۱ - که مسئولیت وضع اولیه تحریم‌های مالی آمریکا را بر عهده دارد - مکرراً فهرستی را با عنوان «فهرست اتباع به‌طور ویژه [خاص] مشخص‌شده و اشخاص مسدودشده» (معروف به فهرست اِس.دی.ان)^۲ به‌روزرسانی می‌کند.^۳

فهرست اِس.دی.ان، اشخاص، شرکت‌ها و مؤسساتی را شامل می‌شود که دارایی‌هایشان بلوکه و مسدود شده است. این بلوکه شدن دارایی‌ها به دو دلیل ممکن است رخ دهد:

۱. در صورتی که این اشخاص حقیقی و حقوقی برای یا به نفع یک کشور تحت تحریم عمل کنند یا تحت مالکیت یا کنترل چنین کشوری باشند.

۲. در صورتی که این اشخاص حقیقی و حقوقی، متعاقب یک برنامه تحریمی غیر اختصاص‌یافته به کشورها، مورد تحریم قرار گرفته باشند؛ مثل تحریم‌هایی که تروریست‌ها و قاچاقچیان مواد مخدر را هدف قرار می‌دهند.

اشخاص آمریکایی از انجام معاملاتی که دربردارنده هر شخص حقیقی یا حقوقی مندرج در فهرست اِس.دی.ان باشد، ممنوع‌اند. منظور از اشخاص آمریکایی، اشخاص ذیل هستند:

۱. هر شهروند آمریکایی؛

1. The Office of Foreign Assets Control of the US Department of the Treasury (OFAC)
2. Specially Designated Nationals and Blocked Persons List (the "SDN List")

این فهرست از سوی اداره کنترل دارایی‌های خارجی آمریکا یا اوفک به‌مثابه اداره زیرمجموعه وزارت خزانه‌داری آمریکا نگهداری و به‌روزرسانی می‌شود و محتوای آن فهرستی از افراد و شرکت‌هایی است که تحت مالکیت یا کنترل کشورهای هدف تحریم هستند یا برای آن‌ها یا به‌کندگی از طرف آن‌ها فعالیت می‌کنند. این فهرست همچنین شامل افراد، گروه‌ها و اشخاصی نظیر تروریست‌ها (شامل سازمان‌های تروریستی، تروریست‌های فردی و حامیان دولتی تروریسم) و قاچاقچیان مواد مخدر است که ذیل برنامه‌های تحریمی مربوط به کشور خاصی قرار نگرفته‌اند. این افراد و سازمان‌ها از انجام امور تجاری با ایالات‌متحده، شرکت‌های آمریکایی یا اشخاص حقیقی آمریکایی ممنوع یا محدود شده‌اند.

فهرست ویژه هم شامل افراد و شرکت‌های تحت تحریم اولیه و هم افراد و شرکت‌های تحت تحریم ثانویه است. برای تمایز این تقسیم‌بندی، در فهرست ویژه، افراد و شرکت‌های مشمول تحریم‌های ثانویه با برچسب subject to secondary sanctions مشخص شده‌اند.

3. OFAC, Specially Designated Nationals and Blocked Persons List, available at <<https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/specially-designated-nationals-and-blocked-persons-list-sdn-human-readable-lists>>.

۲. هر فرد خارجی که اقامت دائم آمریکا را دارد؛
 ۳. هر شخص حقوقی تشکیل شده طبق قوانین آمریکا (این مورد شامل شعبه‌های خارجی شخص حقوقی هم می‌شود)؛
 ۴. هر شخص مستقر در آمریکا.
- به‌علاوه، اشخاص حقیقی و حقوقی غیر آمریکایی (از جمله مؤسسات مالی خارجی) نیز در موارد ذیل در معرض ریسک تحریم‌های ثانویه آمریکا قرار می‌گیرند: اگر در معاملاتی درگیر شوند که دربردارنده هر شخص حقیقی یا حقوقی مندرج در فهرست اِس.دی.اِن باشد، یا اگر به‌طور چشمگیری این‌گونه معاملات را تسهیل کنند.
- در همین راستا، دونالد ترامپ^۱، رئیس‌جمهور وقت آمریکا، بعد از خروج اجرایی از برنامه جامع اقدام مشترک (موسوم به برجام)^۲، مجموعه‌ای از فرمان‌های اجرایی^۳ را در سال ۲۰۱۸ صادر کرد که سه نمونه از آن‌ها درباره ایران اهمیت می‌یابد:
۱. فرمان اجرایی شماره ۱۳۸۴۶ به تاریخ ششم اوت ۲۰۱۸: این فرمان اجرایی در درجه نخست بخش‌های انرژی، کشتی‌رانی و بانکداری ایران را هدف قرار می‌دهد.
 ۲. فرمان اجرایی شماره ۱۳۸۷۱ به تاریخ هشتم مه ۲۰۱۹ که تحریم‌هایی را در خصوص آهن (فلزات)، فولاد، آلومینیوم و مس وضع می‌کند.
 ۳. فرمان اجرایی شماره ۱۳۹۰۲ به تاریخ دهم ژانویه ۲۰۲۰ بر بخش‌های ساخت‌وساز (عمرانی)، معدن، تولید، نساجی و مالی اقتصاد ایران متمرکز شده است. در واقع، فرمان اجرایی اخیر به‌طور خاص وزیر خزانه‌داری آمریکا را مجاز می‌کند تا با مشورت وزیر امور خارجه، اشخاص حقیقی و حقوقی فعال در بخش‌هایی از اقتصاد ایران اعم از عمران، معدن، ساخت‌وساز و نساجی یا همکاران اقتصادی آن‌ها را تحت تحریم قرار دهد.
- فرمان‌های اجرایی مذکور، محدودیت‌های معتناهایی را بر اشخاص حقیقی و حقوقی غیر آمریکایی وضع می‌کنند؛ مثلاً، در خصوص انتقال منابع مالی و وجوهی که از ایران سرچشمه می‌گیرند و/یا انتقالاتی که از سوی اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی یا از طرف آن‌ها از سوی اشخاص دیگر انجام می‌شوند، محدودیت ایجاد می‌کنند.

1. Donald Trump
 2. The Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA)
 3. Executive Orders (EO)

۳. احتمال شمول تحریم‌های ثانویه آمریکا بر ارائه خدمات حقوقی به ایران

دو پرسش اصلی که در این قسمت با آن مواجه هستیم، این است که: (۱) در صورتی که یک سازمان دآوری در دعوایی، به اتباع ایران خدمات حقوقی ارائه دهد، آیا آن سازمان دآوری با این کار تحت شمول تحریم‌های ثانویه آمریکا قرار خواهد گرفت یا خیر؟ (۲) به همین شکل آیا مؤسسات مالی که تراکنش‌های مالی مربوط به پرداخت هزینه‌های دآوری (مثل حق‌الثبت دآوری و پیش‌پرداخت هزینه دآوری) و وصول آن از سوی سازمان دآوری را انجام می‌دهند، با ارائه این خدمات مالی خود را در معرض و تحت شمول تحریم‌های ثانویه آمریکا قرار می‌دهند؟

توضیح اولیه اینکه هر سه فرمان اجرایی که در قسمت قبل به آن‌ها اشاره شد، اجازه وضع تحریم‌های بلوکه‌کننده بر اشخاص و مؤسساتی را می‌دهند که به کشور هدف تحریم کمک مادی می‌کنند. در نتیجه، اگر یک سازمان دآوری، ارائه خدمات دآوری در دعوایی را بر عهده بگیرد که دربردارنده یک کشور تحت تحریم است و طبق روند معمول دآوری، تأدیة پیش‌پرداخت هزینه دآوری را از اتباع این‌گونه کشورها بخواهد، این پرسش پیش می‌آید که آیا با این کار، آن سازمان دآوری خودش را در معرض تحریم‌های بلوکه‌کننده آمریکا قرار می‌دهد و لذا دارایی‌های آن سازمان در آمریکا مسدود می‌شود یا خیر؟

برای مثال، ممکن است یک سازمان دآوری مدیریت دعوایی را به عهده بگیرد که یکی از طرفین آن دعوای یکی از اشخاص ذیل است:

- اشخاصی که به‌صراحت در فرمان اجرایی ۱۳۸۴۶ از آن‌ها نام برده شده است، مانند شرکت ملی نفت ایران، شرکت بازرگانی نفت ایران یا بانک مرکزی ایران؛^۱
- هر شخص حقیقی یا حقوقی ایرانی که نامش در فهرست اس.دی.ان درج شده باشد؛^۲
- هر شخص حقیقی یا حقوقی دیگری که نامش در فهرست اس.دی.ان درج شده باشد و دارایی و اموال و منافعش در اموال و دارایی‌ها متعاقب فرمان اجرایی ۱۳۸۴۶ مسدود شده است.^۳

1. EO 13846: Section 1(a)(ii):

2. EO 13846: Section 1(a)(iii)(A)

3. EO 13846: Section 1(a)(iii)(B)

در این‌گونه موارد، با استناد به تفسیر قاعده مندرج در قسمت a ماده یک فرمان اجرایی شماره ۱۳۸۴۶^۱، ممکن است ادعا شود که سازمان داورِ مذکور با پذیرش این‌گونه داورِها خودش را در معرض ریسک تحریم‌های بلوکه‌کننده قرار می‌دهد.

به همین شکل، بر اساس تفسیر مضیق از قسمت (iv) a ماده یک فرمان اجرایی شماره ۱۳۸۷۱^۲ و قسمت (iii) a ماده یک فرمان اجرایی شماره ۱۳۹۰۲^۳، ممکن است استدلال شود که اداره هرگونه دعوا از سوی مؤسسات داورِ، اگر دربردارنده هر یک از اشخاص ذیل باشد، در قلمرو فعالیت‌های قابل تحریم قرار می‌گیرد:

هر شخصی که اموال یا منافعش در اموال، متعاقب هر یک از این فرمان‌های اجرایی مسدود شده است، می‌تواند شخصی باشد که در بخش‌های آهن (فلزات)، فولاد، آلومینیوم و مس فعالیت می‌کند، یا شخصی که در بخش‌های ساخت‌وساز، معدن، تولید، نساجی و مالی شرکت‌های ایرانی فعال است.

در خصوص مؤسسات مالی نیز سه فرمان اجرایی فوق‌الذکر، مؤسسات مالی غیر آمریکایی را با ریسک قرار گرفتن در فهرست «تحریم‌های حساب کارگزاری و حساب پی.تی.ای»^۴ (موسوم به فهرست کپتا)^۵ تهدید می‌کنند. این تحریم‌ها افتتاح یا حفظ حساب‌های کارگزاری بین‌بانکی^۶ یا

1. EO 13846: Section 1(a)

2. EO 13871: Section 1(a)(iv)

3. EO 13902: Section 1(a)(iii)

4. Correspondent Account or Payable-Through Account Sanctions (CAPTA List)

۵. این فهرست شامل اطلاعات و مشخصات مؤسسات مالی خارجی مشمول تحریم یا اقدامات محدودکننده است که افک آن را تهیه و به‌هنگام‌رسانی می‌کند. این فهرست مستند به قوانین و مقررات متعددی در نظام حقوقی ایالات‌متحده است که اهم آن عبارت‌اند از:

- Section 510.210 of the North Korea Sanctions Regulations, 31 CFR part 510.
- Section 5 of the Ukraine Freedom Support Act, as amended by section 226 of the Countering America's Adversaries Through Sanctions Act of 2017, Public Law 115-44.
- Sections 1244, 1245, and 1247 of the Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012, Public Law 112-239.
- Sections 561.201, 561.203, and 561.204 of the Iranian Financial Sanctions Regulations, 31 CFR part 561.
- Section 566.201 of the Hizballah Financial Sanctions Regulations, 31 CFR part 566.
- Sections 2 and 6 of Executive Order 13846 of August 6, 2018, "Reimposing Certain Sanctions With Regard to Iran"
- Directive 2 under Executive Order 14024 of April 15, 2021, "Blocking Property With Respect To Specified Harmful Foreign Activities of the Government of the Russian Federation"

6. Correspondent Account→

حساب‌های پی.تی.ای^۱ از سوی یک مؤسسه مالی خارجی^۲ را که در این فهرست جای دارد، در آمریکا منع می‌کنند یا مشمول شرایط محدودکننده‌ای قرار می‌دهند.

برای مثال، فرمان اجرایی ۱۳۸۴۶ مقرر می‌دارد که: تحریم‌های کپتا ممکن است بر هر مؤسسه مالی وضع شود تا مشخص شود عاقدانه تراکنش‌های مالی چشمگیری را برای اشخاص ذیل انجام داده یا آن‌ها را تسهیل کرده است:^۳

- هر شخص ایرانی مندرج در فهرست ای.اس.دی.ان؛
 - هر شخص دیگری که نامش در فهرست ای.اس.دی.ان درج شده باشد و اموال و دارایی‌ها و منافعش در اموال و دارایی‌ها متعاقب فرمان اجرایی ۱۳۸۴۶ مسدود شده است.^۴
- به‌طور مشابه، قسمت (iii) ماده ۲ فرمان اجرایی شماره ۱۳۸۷۱^۵ و قسمت (ii) ماده ۲ فرمان اجرایی شماره ۱۳۹۰۲^۶، اجازه وضع تحریم‌های «کپتا» را بر آن دسته از مؤسسات مالی خارجی می‌دهد که عاقدانه تراکنش‌های مالی چشمگیری را برای یا از طرف هر شخصی که اموال، دارایی‌ها و منافعشان در اموال و دارایی‌های متعاقب این دو فرمان اجرایی مسدود شده است، انجام داده‌اند یا تسهیل کرده‌اند.

توضیح لازم در خصوص مفهوم «تراکنش‌های مالی» اینکه هرگونه انتقال ارزش که از سوی مؤسسه مالی انجام شود، یک نوع معامله مالی است. تراکنش‌های مالی در خصوص پرداخت هزینه‌های دآوری به‌ویژه شامل دستور انتقال مستقیم پول و دریافت آن از طرف یا به‌وسیله

→ حساب کارگزاری، حسابی است که یک مؤسسه بانکی برای مؤسسه بانکی دیگر افتتاح می‌کند تا تراکنش‌های مالی از قبیل دریافت یا پرداخت مشتریان طرف آن مؤسسه و به نام آن مؤسسه با استفاده از این حساب انجام دهند. این‌گونه حساب‌ها بر اساس موافقت‌نامه‌های متقابل بین دو بانک ایجاد می‌شوند (تعریف از قانون: CFR 1010.605(c) ایالات متحده آمریکا و نیز قانون ۳۱ U.S. Code § 5318A(e)(۱)). به این نوع حساب‌ها «نوسترو اکانت» (NOSTRO account) هم می‌گویند.

(European Central Bank. "Glossary of Terms Related to Payment, Clearing and Settlement Systems 2009).

1. Payable-through account (PTA)

حساب پی.تی.ای نوعی حساب سپرده است که بانک‌های آمریکایی معمولاً برای مؤسسات مالی خارجی افتتاح می‌کنند و به مشتریان این مؤسسات اجازه می‌دهد که مستقیماً اقدام به صدور چک از این حساب‌ها بکنند و تمام تراکنش‌های دریافت و پرداخت را از این حساب انجام دهند (تعریف از قانون: ۳۱ U.S. Code § 5318A(e)(۱))

2. Foreign Financial Institutions (FFIs)

3. EO 13846: Section 2(a)

4. EO 13846: Section 2 (a)(ii)

5. EO 13871: Section 2(a) (iii)

6. EO 13902: Section 2(a) (ii)

اشخاص معین می‌شوند؛ لذا می‌توان گفت در صورتی که در چارچوب روند داوری، یک بانک غیر آمریکایی هزینه‌های ثبت‌نام و پیش‌پرداخت‌های مربوط به روند داوری را از سوی شخصی بپذیرد که تابع کشور تحت تحریم است، احتمالاً در قلمرو این فرمان‌های اجرایی و ضمانت اجرای آنها مندرج در آنها قرار می‌گیرد.

۴. آیا مجوز عام صادره در خصوص خدمات حقوقی، بر سازمان‌های داوری و مؤسسات مالی مرتبط با آنها اعمال می‌شود؟

اما در مقابل محدودیت‌های ایجادشده به‌موجب سه فرمان اجرایی فوق‌الذکر، فهرستی از «خدمات حقوقی مجاز» هم وجود دارند که در «مقررات تحریم‌ها و معاملات ایران» تعریف شده و در واقع نوعی استثنا بر محدودیت‌های مذکور است. بر این اساس، این بار این پرسش مطرح می‌شود که اگر خدمات حقوقی ارائه‌شده از سوی مؤسسات داوری و تراکنش‌های انجام‌شده برای چنین خدماتی از سوی مؤسسات مالی در چارچوب فرایند داوری بین‌المللی، در قلمرو خدمات حقوقی مجاز قرار بگیرند، آیا می‌توان گفت که ارائه این خدمات بر اساس حقوق آمریکا مجاز و خارج از شمول تحریم‌های آمریکاست؟

توضیح اینکه ایالات متحده آمریکا در قوانین، مقرره‌ها، فرمان‌ها، دستورالعمل‌ها و مجوزهای مختلف یک «مجاز عام» را برای برخی فعالیت‌ها در نظر گرفته است و لذا محدودیت‌های مقررشده در فرمان‌های اجرایی، تا حدی اعمال می‌شوند که با این مجوز عام در تعارض نباشند. یکی از این مجوزهای عام، مربوط به «ارائه خدمات حقوقی» می‌شود.

دلیل اینکه «خدمات حقوقی» برخلاف سایر خدمات ضروری به‌صراحت از شمول تحریم‌ها خارج شده‌اند، اجتناب ایالات متحده از اتهام نقض صریح «حق بنیادین دسترسی به عدالت و دادخواهی» و «حق دفاع» به‌مثابه یکی از مهم‌ترین مصادیق حقوق بشری، کشورها و افراد موضوع تحریم است که در ماده ۸ «اعلامیه جهانی حقوق بشر» و ماده ۱۴ «میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی» به آن اشاره است. چنین سیاستی را نیز می‌توان در نظام تحریم‌های اتحادیه اروپا علیه روسیه مشاهده کرد. در نظام تحریم‌های اتحادیه اروپا علیه روسیه نیز برای اولین بار ارائه خدمات حقوقی به‌تصریح و به‌صورت کلی ممنوع اعلام شده، لیکن خدمات حقوقی

کاملاً ضروری از این امر مستثنا شده است^۱ تا این قاعده ناقض حق بنیادین دسترسی به عدالت و حق دفاع - موضوع ماده ۴۷ منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا و ماده ۶ معاهده اروپایی حقوق بشر - نباشد. قسمت a ماده ۵۲۵ و ۵۶۰ «مقررات تحریم‌ها و معاملات ایران»^۲ مجوز عامی را برای ارائه خدمات حقوقی به اشخاص دولت ایران، مؤسسات مالی ایرانی، اشخاص تحریم‌شده و اشخاص در ایران مقرر داشته است.^۳ مصادیق متعددی از این خدمات را نیز در بندهای مختلف این قسمت ذکر می‌کند که شامل خدمات مشاوره حقوقی در خصوص تطبیق با مقررات تحریم‌های ایالات متحده،^۴ وکالت در رسیدگی‌های اداری، قضایی و داوری داخلی ایالات متحده در جایی که در جایگاه خوانده حضور دارند،^۵ وکالت در طرح دعوی و اقدام حقوقی به‌منزله خواهان در مراجع اداری قضایی و داوری داخلی ایالات متحده،^۶ کنندگی در برابر ادارات دولتی و فدرال،^۷ شروع و رسیدگی حقوقی در داخل یا خارج از ایالات متحده شامل رسیدگی‌های اداری، قضایی و داوری و رسیدگی در برابر مراجع بین‌المللی^۸ و مشاوره حقوقی برای حل و فصل توافقی و مسالمت‌آمیز دعوی اخیر.^۹ بنابراین، فعالیت‌های مرتبط با آغاز و اداره فرایندهای حقوقی (شامل روندهای داوری) در داخل یا خارج از آمریکا مجاز دانسته شده است و رسیدگی‌های داوری، صراحتاً از شمول محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های اعمال‌شده علیه اتباع ایرانی به‌موجب یک مجوز عام خارج شده است.

در خصوص شمول این مجوز عام به تراکنش‌های مالی مربوط به این خدمات حقوقی شامل پرداخت اجرت خدمات حرفه‌ای و بازپرداخت هزینه‌های انجام‌شده، ابهام وجود دارد.

۱. در ماده ۱ (۱۲) «مقرره ۲۰۲۲/۱۹۰۴ شورای اروپا مصوب ۶ اکتبر ۲۰۲۲» که ماده ۵۸ «مقرره ۲۰۱۴/۸۳۳» در خصوص اقدامات محدودکننده علیه اعمال روسیه که موقعیت در اوکراین را بی‌ثبات می‌کند» مقرر شده که ممنوعیت ارائه خدمات حقوقی نباید بر ارائه خدمات کاملاً ضروری برای اعمال حق دفاع در رسیدگی‌های قضایی و اطمینان از دسترسی به عدالت از طریق رسیدگی‌های قضایی داوری یا اداری اعمال بشود.

۲. این مجموعه شامل قوانین و مقررات تنقیح‌شده است (31 CFR 560.525) که دولت فدرال منتشر می‌کند.

۳. § 560.525 (a)

۴. § 560.525 (a)(1)

۵. § 560.525 (a)(2)

۶. § 560.525 (a)(3)

۷. § 560.525 (a)(4)

۸. § 560.525 (a)(5)

۹. § 560.525 (a)(6)

از یک طرف، مستند به قسمت a ماده ۵۲۵ و ۵۶۰ «مقررات تحریم‌ها و معاملات ایران» و نیز شفاف‌سازی که افک انجام داده است، معاملات و فعالیت‌های مجاز طبق این مجوز عام، همان‌طور که شامل هزینه‌ها و وجوه قضایی می‌شود، شامل پرداخت‌های منطقی و متعارف برای هزینه خدمات حقوقی نیز می‌شود.^۱ بنابراین، این مجوز قانونی احتمالاً به پرداخت هزینه ثبت‌نام (حق‌الثبت)، وکالت، مشاوره و پیش‌پرداخت‌ها هم تسری می‌یابد. بند ۲ قسمت d ماده ۵۲۵ و ۵۶۰ «مقررات تحریم‌ها و معاملات ایران» نیز مجوز کلی قبول پرداخت‌های فوق‌الذکر را از طرف بعضی از اشخاص در ایران صادر کرده است؛ البته مقید به آنکه از محل حساب‌ها یا دارایی‌های مسدود شده نباشد.^۲ این قید هرچند در نظریه، چنین پرداخت‌هایی را ناممکن نمی‌کند، اما امکان عملی انجام آن را بسیار محدود می‌سازد؛ یعنی این شخص باید پرداخت‌هایی را که مجاز شناخته شده، برای خدماتی که آن هم مجاز شناخته شده، از محل دارایی‌های خود انجام بدهد که تاکنون از سوی ایالات متحده مسدود نشده است! با این شرایط، پیدا کردن منابع مالی برای چنین پرداختی برای اشخاص تحت تحریم ایالات متحده آمریکا بسیار دشوار به نظر می‌رسد.

از طرف دیگر، طبق بند یک قسمت d ماده ۵۲۵، ۵۶۰ «مقررات تحریم‌ها و معاملات ایران» هنوز هم ممکن است قبول پرداخت‌های فوق‌الذکر از طرف بعضی اشخاص، برای مثال، دولت ایران، بانک مرکزی، مؤسسات مالی ایرانی را مشمول نظام صدور مجوز موردی تلقی کرد.^۳ یعنی هنوز لازم باشد که برای قبول چنین پرداخت‌هایی مجوز اخذ شود و در صورت عدم اخذ این مجوز، اصل تحریم اعمال شود.

به این نکته نیز باید توجه داشت که حتی همین مجوزهای مربوط به تراکنش‌های مالی خدمت حقوقی - جز در مواردی که استثنا شده یا به شکل دیگری اجازه داده شده - شامل اشخاص مذکور در فهرست ای.اِس.دی.این در خصوص حمایت ایران از تروریسم بین‌المللی و اشاعه جنگ‌افزارهای کشتار جمعی نمی‌شود.

بنابراین، علی‌رغم وجود مجوز عام فوق‌الذکر در خصوص خدمات حقوقی، نمی‌توان انکار کرد که ریسک بالقوه قرار گرفتن در معرض تحریم‌های ثانویه آمریکا به شدت بر بانک‌ها و

1. OFAC, Frequently Asked Questions, n. 856, available at: <<https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/faqs/856>>.

2. § 560.525 (d)(2)

3. § 560.525 (d)(1)

سازمان‌های داوری سنگینی می‌کند و آن‌ها را ناچار می‌سازد تا این ریسک را در یک معادله هزینه-فایده مدیریت کنند.

به‌خصوص، مؤسسات مالی کاملاً از ریسک بالقوه و در حال گسترش تحریم‌های ثانویه آمریکا -که چندلایه و بسیار پیچیده شده است- آگاه هستند و می‌دانند که نقض چنین تحریم‌هایی می‌تواند آن مؤسسه مالی را از امکان افتتاح حساب‌های کارگزاری یا حساب‌های پی‌تی‌ای محروم کند یا در موارد خاصی آن را در فهرست اس.دی.ان قرار دهد. اغلب مؤسسات مالی بخشی به نام تطبیق^۱ دارند که ریسک قرار گرفتن در معرض تحریم‌ها را در هر مورد خاص بررسی و تحلیل می‌کند. بنابراین، بانک‌ها در نقش فعالان محافظه‌کار بازار، اغلب ترجیح می‌دهند که از انجام یا تسهیل معاملات با طرف‌های ایرانی خودداری کنند؛ حتی اگر آن طرف‌ها تحت تحریم نباشند. همچنین، اغلب ترجیح می‌دهند هرگونه وجهی را که ممکن است به ایران مرتبط شود، اداره و پردازش نکنند.^۲ چنین رویکردی «فرامتابعت»^۳ داوطلبانه نامیده می‌شود و شامل محدودیت‌های خودتحمیلی^۴ است که فراتر از محدودیت‌های وضع‌شده از سوی تحریم‌ها به شمار می‌آید.^۵

اما در خصوص سازمان‌های داوری، رویه، نسبت به مؤسسات مالی کمی متفاوت است. سازمان‌های داوری از گذشته تاکنون به‌طور کلی اظهار کرده‌اند که تحریم‌ها موانعی پیچیده و بغرنج بر مدیریت روندهای داوری هستند، ولی به‌طور کامل مانع اداره دعا از سوی سازمان‌های داوری نمی‌شوند. به عبارت دیگر، دیوان‌های داوری خود اذعان می‌کنند که تحریم‌ها کار را سخت و پیچیده می‌کند، اما مانعی رفع‌نشده و اجتناب‌ناپذیر برای انجام داوری نیست^۶ و رویکرد فرامتابعت در آن‌ها کمتر از مؤسسات مالی است. به نظر می‌رسد این رویکرد سازمان‌های داوری

1. Compliance Department

۲. از جمله ببینید: زارع، ساسان؛ اسماعیلی اتویی، سلمان، **مدل‌سازی مدیریت ریسک بین‌الملل در بانکداری جمهوری اسلامی ایران با توجه به مؤلفه‌های امنیت ملی جمهوری اسلامی و شرایط تحریم**، فصلنامه آفاق امنیت، سال ۷، زمستان ۱۳۹۳، ش ۲۵، صص ۲۲۹ و ۲۳۰-۲۳۱ و ۲۳۳.

3. Overcompliance

۴. این محدودیت‌های خودتحمیل همیشه به شکل خودداری از ارائه یک خدمت نیست. گاهی به شکل درخواست اسناد و تأییدیه‌ای است که تهیه آن‌ها بسیار دشوار است. گاهی هم به شکل ارائه نرخ بالاتر برای خدمات، دریافت هزینه اضافه یا تأخیر در ارائه خدمت خودنمایی می‌کند.

5. Douhan, op. cit. paras. 17 and 25.

6. Azeredo da Silveira, M. den Hartog, S. «US Secondary Sanctions Against Iran: Why Arbitral and Financial Institutions Should Be Cautious», Kluwer Arbitration Blog, November 11th, 2021, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/11/us-secondary-sanctions-against-iran-why-arbitral-and-financial-institutions-should-be-cautious/>

در راستای سیاست کلی گسترش صلاحیت دیوان‌های داوری است که تاب‌آوری سازمان‌های داوری را در مقابل ریسک قرار گرفتن در معرض تحریم‌ها افزایش می‌دهد.

۵. تحلیل هزینه-فایده

در کنار تمام تحلیل‌های حقوقی انجام‌شده در قسمت‌های پیشین، باید اذعان داشت که در عمل، هم سازمان‌های داوری و هم بانک‌ها و به‌طور کلی مؤسسات مالی درگیر در فرایند پرداخت و وصول هزینه‌های داوری، هنگام ارزیابی پرونده‌هایی که در آینده در خصوص اتباع ایران مطرح می‌شود، به‌دقت ریسک تحریم‌های ثانویه را تحت نظارت خود قرار می‌دهند و پایش می‌کنند.

ارزیابی ریسک‌های فوق‌الذکر و انجام تحلیل هزینه-فایده^۱ گاه ممکن است سازمان داوری یا مؤسسه مالی مربوطه را به این نتیجه برساند که از ارائه خدمات حقوقی و مالی به اشخاصی که تحت تحریم‌های ایالات متحده آمریکا هستند، خودداری کنند تا از قرار گرفتن در معرض ریسک تحریم‌های ثانویه آمریکا بر خودشان جلوگیری کنند. به عبارت دیگر، به‌جای تهیه گزارش‌های تحلیلی هزینه‌بر که نمی‌توانند با قطعیت عدم وجود ریسک را در ارائه خدمات احراز کنند، به‌طور کلی از ارائه هرگونه خدمتی به تابعان کشور هدف تحریم خودداری کنند.

تصمیم به اتخاذ رویکرد فرامتابعت می‌تواند به دلایلی مانند اجرای فرایند کاهش ریسک، به حداقل رساندن احتمال نقض غیرعامدانه تحریم، اجتناب از ریسک‌های اعتباری یا تجاری یا صرفاً به دلیل کاهش هزینه‌های لازم برای احراز متابعت (فرایند تطبیق) باشد.^۲

فرامتابعت می‌تواند بسیار بیشتر از خود تحریم‌ها بر کشورهای هدف تأثیر بگذارد. از یک‌سو، با گسترش کمی و پیچیده‌تر شدن نظام تحریم‌های اولیه و ثانویه (کاهش شفافیت) در سال‌های اخیر، ترس تحت تحریم قرار گرفتن (ترس از ضمانت اجرا) موجب شده تا تمایل به فرامتابعت افزایش چشمگیری بیابد.^۳ از سوی دیگر، فرامتابعت اثری بیش از خود تحریم دارد و در مواردی حتی پس از خاتمه تحریم‌ها نیز ادامه پیدا کرده است.^۴ در سال ۲۰۱۵، اتاق بازرگانی بین‌المللی

1. Douhan, op. cit. paras. 2, 3, and 17.

2. Ibid., parsa. 14, 16, 17, and 18.

۳. برای مثال، بانک‌های بزرگ بین‌المللی حتی پس از برطرف شدن تحریم‌ها علیه ایران در سال ۲۰۱۶ فعالیت‌های خود را در ایران دوباره شروع نکردند. در این خصوص رک:

Ibid., para. 21.

(آی.سی.سی) تا جایی پیش رفت که خودش را ملزم به عمل کردن مطابق با تحریم‌های ایالات متحده آمریکا دانست. این سازمان اعلام کرد: «در سال‌های اخیر، بیش از هر زمانی نسبت به گذشته، دولت‌ها و سازمان‌های فراملی، به تحریم‌های بین‌المللی به‌مثابه ابزار سیاست خارجی و حاکمیت اقتصاد بین‌المللی متوسل شده‌اند. آی.سی.سی هم در مقام سازمان بازرگانی بین‌المللی، مانند دیگر فعالان عرصه تجارت و توسعه بین‌المللی، مشمول چنین مقرره‌ها و اقداماتی شده است ... بخش خدمات حل اختلاف آی.سی.سی، به سبب فعالیت‌های بین‌المللی‌اش، ملزم است که مطابق با مقررات تحریم‌کننده جاری عمل کند؛ مثل تحریم‌هایی که به‌وسیله سازمان ملل، اتحادیه اروپا و افک وضع شده است. این رژیم تحریمی به‌طور یکسان برای همه نهادهای حل اختلاف به‌ویژه در اتحادیه اروپا، سوئیس و ایالات متحده آمریکا قابل اعمال است.»^۲ طبق این اعلام رسمی، آی.سی.سی رسماً خود را به رعایت مقررات تحریم‌های وضع‌شده از سوی دفتر کنترل دارایی‌های خارجی وزارت خزانه‌داری آمریکا ملزم دانسته است.

این در حالی است که در تمام سازمان‌های داوری، چنین رویکردی وجود ندارد. برای مثال، اتاق داوری بین‌المللی سوئیس^۳ ارائه خدمات داوری به پرونده‌هایی با طرف ایرانی را متوقف نکرده است.^۴

البته باید توجه داشت که یکی از عواملی که می‌تواند بر تصمیم‌گیری دیوان‌های داوری بر پذیرش یا عدم پذیرش هدایت حل اختلاف این‌گونه دعاوی تأثیرگذار باشد، مسئله وجود تحریم‌های ثانویه آمریکاست و اینکه آیا انجام خدمات داوری، سازمان داوری را در معرض چنین تحریم‌هایی قرار می‌دهد یا خیر؟ والا، در صورت عدم شمول تحریم‌های ثانویه بر سازمان‌های داوری، این سازمان‌ها اصولاً از پذیرش دعاوی قراردادی مرتبط با اتباع ایرانی، به‌صرف اینکه آن اتباع مشمول تحریم‌های ایالات متحده آمریکا هستند، استتکاف نمی‌کنند.

در توضیح ارزیابی‌های هزینه-فایده‌ای که سازمان‌های داوری در این خصوص انجام می‌دهند، باید دو جنبه متقابل را در نظر گرفت: فواید قبول و انجام داوری در چنین پرونده‌هایی، و هزینه‌های مترتب بر عدم پذیرش داوری.

1. International Chamber of Commerce (ICC)

2. ICC, News: International Economic Sanctions, 1 July 2015, available at: <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/international-economic-sanctions/>>.

3. Swiss Chambers Arbitration Institution (SCAI)

۴. رضوانیان، پیشین، ص ۴۴.

در خصوص فوایدی که پذیرش رسیدگی به دعوای دربردارنده تحریم از سوی سازمان داوری برای آن سازمان به دنبال دارد، علاوه بر مناسبات و جنبه‌های مالی، باید اذعان کرد که صرف پذیرش دعوای مختلف به‌خودی‌خود، موجب اعتبار سازمان داوری می‌شود؛ به عبارت دیگر، هرچه یک سازمان داوری بیشتر داوری کند، اعتبار بیشتری می‌یابد.

اما در خصوص هزینه‌های مستقیم و غیرمستقیم عدم پذیرش دعوا از سوی سازمان داوری، اولاً باید متذکر شد که این امر باعث می‌شود هیچ جایگزینی برای حل دعوا باقی نماند و وصول حق با مانع مواجه شود؛ چراکه از یک طرف، طرفین با انعقاد موافقت‌نامه داوری حق مراجعه به دادگاه‌ها و مراجع قضایی داخلی را از خود سلب کرده‌اند و از سوی دیگر، در صورت عدم توافق طرفین، امکان حل اختلاف از سوی سازمان داوری دیگری نیز وجود نخواهد داشت (که در اکثر قریب به اتفاق موارد چنین توافقی بعد از بروز اختلاف حاصل نمی‌شود).

در همین راستا، این عقیده در سطح جهانی وجود دارد که وقتی یک سازمان داوری، قواعد داوری سازمانی خود را به‌صورت عمومی منتشر می‌کند، با این کار یک ایجاب عمومی را محقق ساخته و لذا انعقاد موافقت‌نامه داوری از سوی طرفین اختلاف به معنای پذیرش این ایجاب است و سازمان داوری را متعهد می‌کند.^۱ لذا در صورت استنکاف از پذیرش داوری، امکان طرح دعوای مطالبه خسارت علیه سازمان داوری محتمل خواهد بود.^۲ ثانیاً، عدم پذیرش دعوا از سوی سازمان داوری موجب می‌شود نه تنها اعتبار آن سازمان خدشه‌دار شود، بلکه به اعتبار نهاد داوری در سطح بین‌المللی و تلاش‌های صورت‌گرفته برای ترویج نهاد داوری به‌ویژه در سال‌های اخیر، لطمه وارد آید و اعتماد فعالان حوزه تجارت بین‌الملل به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف را کاهش دهد.

از طرف دیگر، اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی که قراردادهای بین‌المللی آن‌ها به هر شکل تحت شمول تحریم‌های آمریکا قرار می‌گیرد نیز باید هنگام درج شرط داوری در قرارداد خود از

1. Tribunal de grande instance de Paris, *Cekobanka v. CCI*, 8 October 1986, *Arbitration Review*, 1987, p. 367; République de Guinée v. Chambre arbitrale de Paris, Tribunal de grande instance. Judgments of 30 May 1986, 30 October 1986, and 28 January 1987, Paris, *Arbitration Review*, 1987, p. 371; Kleiman, E. "The SNF v. International Chamber of Commerce case and the obligation to conduct arbitration proceedings with "Expected Dispatch"", *Stockholm International Arbitration Review*, 2010, p 21; Ceskilovenska Obchodni Banka A.S. (Cekobanka) v. Chambre de commerce internationale, Tribunal de grande instance de Paris (8 October 3, 1986), *Arbitration Review*, 1987; Fouchard, Philippe, "Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique", *Arbitration Review*, 1987, p. 225.

۲. جهت اطلاعات تفصیلی در مورد امکان مطالبه خسارت در موارد این‌چنینی، ر. ک. به: رضوانیان، پیشین.

این امر مطلع باشند. توصیه به رعایت این‌گونه احتیاط‌ها در بخش‌نامه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست‌جمهوری ایران خطاب به کلیه وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های اجرایی به‌صراحت دیده می‌شود که در آن به همه دستگاه‌های دولتی توصیه شده در قراردادهای خود از انتخاب آی.سی.سی. به‌منزله مرجع حل اختلاف خودداری کنند.^۱

۱. متن کامل بخش‌نامه به شرح ذیل است:

«احتراماً، با اشاره به بخش‌نامه معاون اول محترم رئیس‌جمهور به شماره ۵۱۹۵۳/۲۹۴۲۶ به تاریخ ۱۳۹۴/۳/۱۰، نظر به چند مورد تصمیم ناموجه و رفتار غیرمسئولانه دیوان داورى بین‌المللى اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC International Court of Arbitration) که به‌وضوح به حقوق طرف‌های ایرانی لطمه وارد کرده است، بدین‌وسیله به کلیه دستگاه‌های دولتی توصیه می‌نماید که در تعیین شیوه حل‌وفصل اختلافات، در قراردادهای/توافقاتی که با طرف‌های خارجی خواهند داشت، از داورى بین‌المللى تحت مدیریت و قواعد داورى ICC و انتخاب این سازمان به‌عنوان مقام صالح برای داورى سازمانی اجتناب کنند و در صورت امکان در قراردادهای موجود نیز که در آنها به‌شرط حل‌وفصل اختلافات طرفین از طریق دیوان داورى مزبور اشاره شده است، بازنگری نموده و با هماهنگی این مرکز، داورى تحت قواعد آنسیترال (UNCITRAL) و یا سایر مراکز داورى بین‌المللى را انتخاب فرمایند.» (بخش‌نامه شماره ۵۰۵۸ مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست‌جمهوری به تاریخ ۱۳۹۷/۰۹/۲۶)

نتیجه‌گیری

با توجه به مواجه شدن ایران با تحریم‌های مختلف از سوی ایالات متحده آمریکا، طبیعتاً دعاوی قراردادی متعددی در سطح بین‌المللی از سوی یا به طرفیت اتباع ایرانی در سازمان‌های داوری مطرح می‌شود که برخاسته از این تحریم‌ها یا مرتبط با آن‌ها هستند.

پرسش اصلی این است که اگر مرجع حل و فصل اختلافات قرارداد یک سازمان داوری باشد، آیا تحریم‌های ثانویه آمریکا می‌تواند محملی بر عدم ارائه خدمات حقوقی و مالی از سوی سازمان‌های داوری و به تبع آن مؤسسات مالی فعال در روندهای داوری قلمداد شود؟

در تحریم‌های ثانویه، کشور واضع تحریم از برقراری روابط بازرگانی، مالی و سایر روابط با کشورها یا اشخاص حقیقی یا حقوقی که با کشور هدف تحریم دارای روابط هستند، با اینکه خود آن اشخاص نه در کشور هدف تحریم و نه در کشور واضع تحریم فعالیت می‌کنند و نه به صورت اولیه هدف تحریم هستند، ممانعت به عمل می‌آورد. لذا ادامه ارائه خدمات حقوقی و مالی از سوی سازمان‌های داوری و مؤسسات مالی فعال در روندهای داوری به اتباع ایرانی می‌تواند مشمول تحریم‌های ثانویه آمریکا قرار گیرد.

سه فرمان اجرایی صادره از سوی آمریکا علیه ایران، اجازه وضع تحریم‌های بلوکه‌کننده بر اشخاص و مؤسساتی را می‌دهد که به ایران به مثابه کشور هدف تحریم کمک می‌کنند؛ لذا ارائه خدمات حقوقی و مالی از سوی سازمان‌های داوری و مؤسسات مالی فعال در روندهای داوری، آن‌ها را در معرض ریسک تحریم‌های مندرج در این سه فرمان اجرایی قرار می‌دهد؛ به خصوص درباره مؤسسات مالی که ارائه خدمات مالی در چنین پرونده‌هایی، ریسک قرار گرفتن در معرض تحریم‌های کپتا را برای آن‌ها در پی خواهد داشت.

گرچه بر اساس قسمت‌های a و d ماده ۵۶۰،۵۲۵ «مقررات تحریم‌ها و معاملات ایران»، یک مجوز عام برای ارائه خدمات حقوقی وجود دارد، حتی این امر نیز قطعی نیست و متعاقب بند یک قسمت d ماده ۵۶۰،۵۲۵ همان مقررات محدود شده است.

ضمن اینکه ارزیابی هزینه-فایده انجام شده از سوی سازمان‌های داوری یا مؤسسات مالی مربوطه، در عمل ممکن است آن‌ها را به این نتیجه برساند که به طور کلی از ارائه خدمات حقوقی و مالی به اشخاص تحت تحریم‌های آمریکا خودداری کنند تا از قرار گرفتن در معرض ریسک

تحریم‌های ثانویه آمریکا بر خودشان جلوگیری به عمل آورند (رویکرد فرامتابعت). این موضوعی است که اتباع ایران هنگام انعقاد موافقت‌نامه داوری در قرارداد باید به آن توجه داشته باشند. به نظر می‌رسد که دولت ایالات متحده آمریکا با علم به وقوع فرامتابعت، عامدانه قواعد حقوقی موجد تحریم‌های ثانویه و نیز مجوزهای عام معافیت خدمات حقوقی و مالی مرتبط با آن را به صورت کلی و مبهم وضع می‌کند تا بتواند ضمن اعمال فشار حداکثری و محدود کردن دسترسی دولت و اتباع ایرانی به خدمت حقوقی، مسئولیت ناشی از نقض «حق دسترسی به عدالت و دادخواهی» و «حق دفاع» را از خود سلب کند.

در «گزارش مخبر ویژه شورای حقوق بشر در خصوص آثار منفی اقدامات یک‌جانبه قهری بر بهره‌مندی از حقوق بشر» به اثر تحریم‌های ثانویه و فرامتابعت بر «حق دسترسی به عدالت و دادخواهی» و «حق دفاع» اشاره نشده است. این در حالی است که انتظار می‌رفت در سفر اخیر گزارشگر به ایران^۱ در کنار ارائه مستندات مربوط به اثر تحریم‌ها بر تأمین دارو و ... مستندات چشمگیری که در بخش دولتی و خصوصی در این موضوع وجود دارد، به ایشان ارائه شود.^۲

۱. خانم النا دوهان از ۷ تا ۲۸ خرداد ۱۴۰۱ برای تهیه گزارش خود به ایران سفر کرد.

۲. در تاریخ بازبینی این مقاله (نوامبر ۲۰۲۲) هنوز این مأموریت مخبر ویژه به اتمام نرسیده و این امکان فراهم است که این موارد به خانم النا دوهان ارائه شود.

منابع:

قوانین، مقررات و کنوانسیون‌ها:

1. 31 CFR 510- North Korea Sanctions Regulations
2. 31 CFR 560- Iranian Transactions And Sanctions Regulations (ITSR)
3. 31 CFR 561- Iranian Financial Sanctions Regulations. (IFSR)
4. 31 CFR 566- the Hizballah Financial Sanctions Regulations,
5. 31 CFR 1010.605- Definitions.
6. 31 U.S. Code § 5318A- Special measures for jurisdictions, financial institutions, international transactions, or types of accounts of primary money laundering concern
7. Caesar Syria Civilian Protection Act (the Caesar Act) (2019).
8. Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000).
9. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950).
10. Council Regulation (EU) 2022/1904 of 6 October 2022.
11. Council Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014.
12. Executive Order 13846 of August 6, 2018: Reimposing Certain Sanctions With Respect to Iran, Federal Register, Vol. 83, No. 152, Tuesday, August 7, 2018.
13. Executive Order 13871 of May 8, 2019: Imposing Sanctions With Respect to the Iron, Steel, Aluminum, and Copper Sectors of Iran, Federal Register, Vol. 84, No. 91, Friday, May 10, 2019.
14. Executive Order 13902 of January 10, 2020: Imposing Sanctions With Respect to Additional Sectors of Iran, Federal Register, Vol. 85, No. 9, Tuesday, January 14, 2020.
15. Public Law no. 104-114 - Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996 (also know as Helms-Burton Act).
16. Public Law no. 104-172 - The Iran and Libya Sanctions Act of 1996 (ILSA).
17. Public Law no. 112-239 -The Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012.
18. Public Law no. 115-44 -The Ukraine Freedom Support Act (2014), as amended by section 226 of the Countering America's Adversaries Through Sanctions Act of 2017.

19. The International Covenant on Civil and Political Rights (1966). The Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA) (2015).
20. Universal Declaration of Human Rights (1948).

آراء، اسناد و نظرات رسمی:

21. Cekobanka v. CCI, Tribunal de grande instance de Paris, 8 October 1986, *Arbitration Review*, 1987, 367-368.
22. République de Guinée v. Chambre arbitrale de Paris, Tribunal de grande instance. Judgments of 30 May 1986, 30 October 1986, and 28 January 1987, Paris, *Arbitration Review*, 1987, p. 371.
23. Ceskilovenska Obchodni Banka A.S. (Cekobanka) v. Chambre de commerce internationale, Tribunal de grande instance de Paris (8 October 3, 1986), *Arbitration Review*, 1987.
24. Directive 2 under Executive Order 14024 of April 15, 2021, "Blocking Property With Respect To Specified Harmful Foreign Activities of the Government of the Russian Federation"
25. ICC, News: International Economic Sanctions, 1 July 2015, available at: <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/international-economic-sanctions/>>. (last visited 2022-11-25)
26. OFAC, Frequently Asked Questions, n. 856, available at: <<https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/faqs/856>>. (last visited 2022-11-25)
27. OFAC, Specially Designated Nationals and Blocked Persons List (the "SDN List"), available at <<https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/specially-designated-nationals-and-blocked-persons-list-sdn-human-readable-lists>>. (last visited 2022-11-25)
۲۸. بخش‌نامه شماره ۵۰۵۸ مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری به تاریخ ۱۳۹۷/۰۹/۲۶

الف) منابع فارسی:

۲۹. ابراهیمی، سید نصرالله، اوپار حسین، شادی، آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی از منظر فورس مازور، دوفصلنامه علمی- پژوهشی دانش حقوق مدنی، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، ش ۲، صص ۱-۱۸.

۳۰. جعفرزاده، میرقاسم؛ گلشنی، عصمت؛ و حسینی مدرس، سید مهدی، جایگاه «شرط شایستگی اعمال» در تأثیر تحریم‌های موضوعه از سوی کشورهای ثالث، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۴۰۰، ۲۵ (۲)، صص ۵۱-۷۵.
۳۱. رضوانیان، اویس، مسئولیت حقوقی سازمان‌های داوری ناشی از استنکاف از رسیدگی به اختلافات ارجاعی، پژوهش حقوق خصوصی، پاییز ۱۳۹۷، دوره ۶، شماره ۲۴، صص ۳۷-۶۵.
۳۲. زارع، ساسان؛ اسماعیلی اتویی، سلمان، مدل‌سازی مدیریت ریسک بین‌الملل در بانکداری جمهوری اسلامی ایران با توجه به مؤلفه‌های امنیت ملی جمهوری اسلامی و شرایط تحریم، فصلنامه آفاق امنیت، سال ۷، زمستان ۱۳۹۳، ش ۲۵، صص ۲۱۳-۲۴۵.
۳۳. کریمی، عباس، حقوق داوری داخلی، تهران، مؤسسه انتشارات دادگستر، ۱۳۹۱.
۳۴. گلشنی، عصمت، تأثیر تحریم‌ها بر قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، رساله دکتری رشته حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی تهران، ۱۳۹۶.
۳۵. لثو، جولیان دی‌ام، میستلیس، لوکاس ای، کرول، استفان ام، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه محمد حبیبی مجنده، قم، انتشارات دانشگاه مفید، پاییز ۱۳۹۱، چ ۱.

ب) منابع خارجی:

36. Azeredo da Silveira, M. *Trade Sanctions and International Sales- An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2014.
37. Azeredo da Silveira, M. den Hartog, S. "Asset Freezes and the Payment of Advances on Costs: Are the Proceedings Bound to End Before They Have Even Begun?", Kluwer Arbitration Blog, October 19th, 2021, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/10/19/asset-freezes-and-the-payment-of-advances-on-costs-are-the-proceedings-bound-to-end-before-they-have-even-begun/> (last visited 2022-11-25)
38. Azeredo da Silveira, M. den Hartog, S. **US Secondary Sanctions Against Iran: Why Arbitral and Financial Institutions Should Be Cautious**, Kluwer Arbitration Blog, November 11th, 2021, available at:

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/11/us-secondary-sanctions-against-iran-why-arbitral-and-financial-institutions-should-be-cautious/> (last visited 2022-11-25)

39. Douhan, Alena F. **Secondary sanctions, civil and criminal penalties for circumvention of sanctions regimes and overcompliance with sanctions**, Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights to the Human Rights Council, 15 July 2022.
40. European Central Bank. "Glossary of Terms Related to Payment, Clearing and Settlement Systems." (2009).
41. Fouchard, Philippe, "Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique", *Arbitration Review*, 1987.
42. Kleiman, E. "The SNF v. International Chamber of Commerce case and the obligation to conduct arbitration proceedings with "Expected Dispatch"", *Stockholm International Arbitration Review*, 2010.
43. Low, Lucinda A. and William M. McGlone, "Avoiding Problems under the Foreign Corrupt Practices Act, US Antiboycott Laws, OFAC Sanctions, Export Controls, and the Economic Espionage Act", in: Sandstrom and Goldsweig (eds), *Negotiating and Structuring International Commercial Transactions*, 2nd, 2003.

بررسی امکان صدور قرارهای منع دعوی در حقوق اتحادیه اروپا، چین و ایران

(مقاله علمی-پژوهشی)

محمد مجد کابری *

اعظم انصاری **

عبدالله خدا بخشی ***

رضا معبودی نیشابوری ****

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۸

چکیده

قرار منع دعوی یک نهاد زاییده سنت نظام «کامن‌لا» است که با هدف منع یک طرف اختلاف از اقامه دعوا یا پیگیری آن در یک دادگاه خارجی صادر می‌شود. اگرچه قرار منع دعوا علیه خواهان دعوای اقامه شده در دادگاه خارجی و نه علیه دادگاه خارجی صادر می‌شود. نظام‌های حقوقی رومی‌رمنی دیدگاه بدبینانه‌ای به آن دارند؛ زیرا چنین قراری با مداخله در حاکمیت یک کشور دیگر، نزاکت بین‌المللی را نقض می‌کند. هدف این نوشتار بررسی امکان صدور قرار منع دعوی در حقوق اتحادیه اروپا، حقوق چین و حقوق ایران است. این مقاله نشان می‌دهد که مطابق حقوق اتحادیه اروپا، دادگاه‌های کشورهای عضو از صدور چنین قراری علیه خواهان دعوا در یک کشور عضو دیگر اتحادیه ممنوع هستند. با این حال، دادگاه‌های کشورهای عضو در صورتی که مطابق حقوق داخلی خود توانایی صدور چنین قراری داشته باشند، می‌توانند قرار مزبور را علیه خواهان یک دعوا در دادگاه کشور ثالث صادر کنند. در چین دادگاه‌ها اجازه صدور چنین قراری را ندارند؛ با این حال، اخیراً برخی دادگاه‌های چین قرار مزبور را علیه خواهان‌ها در دادگاه‌های خارجی صادر کرده‌اند. در حقوق ایران نیز دادگاه‌های ایرانی می‌توانند در برخی اوضاع و احوال علیه طرف دعوی در دادگاه خارجی، قرار منع دعوا صادر کنند.

کلید واژگان:

اعتماد متقابل، دادرسی موازی، دادگاه خارجی، صلاحیت انحصاری، نزاکت بین‌المللی.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد
kabry.mo@mail.um.ac.ir

** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول)
aansari@um.ac.ir

*** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد
dr_khodabakhshi@um.ac.ir

**** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد
maboudi@um.ac.ir

مقدمه

در موردی که اختلافی راجع به یک رابطه حقوقی بین‌المللی رخ می‌دهد، یکی از طرفین اختلاف ممکن است دعوایی را در دادگاه یک کشور اقامه کند و سپس خوانده بکوشد تا همان دعوی یا دعوای مرتبط با آن را در دادگاه کشور دیگری مطرح کند. دلیل طرح دعوای دوم ممکن است تغییر قانون حاکم باشد، زیرا تعیین دادگاه صالح، بر قانون حاکم بر اختلاف اثر می‌گذارد و در نتیجه با تغییر دادگاه رسیدگی‌کننده به اختلاف، ممکن است نتیجه دعوا کاملاً تغییر کند. به همین دلیل، خوانده دعوی اول ممکن است ترجیح دهد در دادگاه کشور دیگری اقامه دعوی کند. همچنین ممکن است هدف خوانده از اقامه دعوی در کشور دیگر ضرر رساندن به خواهان یا آزار وی باشد. با این توضیح که اقامه دعوی دوم در کشور دیگر ممکن است منجر به صدور رأیی شود و در نتیجه، از اجرای رأی دادگاهی که دعوای اول در آن مطرح شده، جلوگیری شود.^۱ در این‌گونه موارد مسئله دادرسی موازی در دعاوی بین‌المللی به وجود می‌آید که یکی از راهکارهای مقابله با آن در حقوق کشورهای کامن‌لا صدور «قرار منع دعوی»^۲ است. دادگاه‌های کشورهای کامن‌لا می‌توانند قرار منع دعوی صادر کنند تا طرف اختلاف را از اقامه دعوی یا پیگیری آن در دادگاه کشور دیگری منع کنند. در مقابل کشورهای خانواده حقوقی رومی ژرمنی چنین قراری را تجاوز به صلاحیت دادگاه‌های خود و در نتیجه، مخالف با حاکمیت دولت می‌دانند و به شدت با سنت کامن‌لا در خصوص صدور چنین قراری مخالف هستند. این نوشتار به قرارهای منع دعوی که از دادگاه‌های ملی یک کشور علیه طرف دعوی در دادگاه ملی کشوری دیگر صادر می‌شود، اختصاص دارد. از این رو، قرارهای منع دعوی که در جهت حمایت از داوری از دادگاه‌های ملی و دیوان‌های داوری صادر می‌شوند، مورد بحث نیست.^۳ هدف این پژوهش تبیین رویکرد نظام‌های حقوقی اتحادیه اروپا و چین درباره امکان صدور قرار منع دعوی

۱. برای مثال، در بند ۵ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی ایران یکی از شرایط شناسایی و اجرای احکام خارجی در ایران این است که «از دادگاه‌های ایران حکمی مخالف دادگاه خارجی صادر نشده باشد».

2. Anti-suit injunction

۳. برای مطالعه در این خصوص رک: سربازیان، مجید؛ هاشمی، سیدرضا و صالحی، مذکور. آثار صدور قرار منع اقامه یا پیگیری دعوا در داوری تجاری بین‌المللی. مجله حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، الف، شماره ۲، صص ۳۸۹-۴۱۱ و سربازیان، مجید؛ هاشمی، سیدرضا و صالحی، مذکور. قرار منع اقامه یا پیگیری دعوا صادره از دادگاه‌های ملی در داوری تجاری بین‌المللی. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، ب، شماره ۲۶، صص ۲۱۲-۱۸۵.

است. پژوهش حاضر به سه بخش تقسیم می‌شود: در بخش اول، تعریف، مفهوم و دلایل صدور قرار منع دعوی از سوی کشورهای کامن‌لا بیان می‌شود. در بخش دوم، مسئله صدور قرار منع دعوی از سوی دادگاه‌های کشورهای عضو اتحادیه اروپا و دادگاه‌های چین بررسی می‌شود. در ابتدا حقوق اتحادیه اروپا و سپس حقوق چین واکاوی می‌شود. در ادامه، رویکرد نظام حقوقی ایران در این زمینه تبیین و در پایان نتیجه‌ای از مباحث مطرح‌شده ارائه می‌شود.

۱. تعریف، مفهوم و دلایل صدور قرار منع دعوی

در حقوق کشورهای کامن‌لا قرار منع دعوی همچون ابزاری برای جلوگیری از دادرسی موازی استفاده می‌شود. از لحاظ تاریخی در حقوق انگلستان، در ابتدا قرارهای منع دعوی از سوی برخی دادگاه‌های انگلستان علیه برخی دیگر از دادگاه‌های انگلستان استفاده می‌شد. سپس، قلمروی اعمال آن به اسکاتلند، ایرلند و مستعمرات بریتانیا و بعد به سایر نقاط جهان گسترش یافت.^۱ همچنین در ایالات متحده آمریکا، قرارهای منع دعوی به مثابه ابزار داخلی برای محدود کردن دادرسی‌های موازی بین دادگاه‌های ایالت‌های مختلف استفاده می‌شد و البته، متعاقباً در دعاوی خارجی نیز به کار می‌رفت. در قرن نوزدهم، دیوان عالی توانایی دادگاه‌های ایالات متحده را برای منع اشخاص از اقامه یا پیگیری هر دعایی در خارج از کشور، به رسمیت شناخت.^۲ در تعریف قرار منع دعوی می‌توان گفت دستوری است که از دادگاه یک کشور، علیه یک طرف دعوا صادر می‌شود تا وی را از اقامه دعوا در کشوری دیگر منع کند یا او را به عدم پیگیری دعوی مزبور در آن دادگاه، در صورتی که قبلاً اقامه کرده باشد، ملزم کند.^۳ بنابراین، قرار مزبور ممکن است قبل از اقامه دعوی در کشوری دیگر و بروز دادرسی موازی صادر شود که در این صورت، از آن با عنوان «قرار منع اقامه دعوی» یاد می‌شود. همچنین قرار مزبور ممکن است بعد

1. Stacher, M. **International Antisuit Injunctions: Enjoining Foreign Litigations and Arbitrations - Beholding the System from Outside**, Cornell Law School Graduate Student Papers, 2005. available at: https://scholarship.law.cornell.edu/lps_papers/8, last visited 17 June 2022, p.4

2. Contreras, J. and Eixenberger, M. The Anti-Suit Injunction – a Transnational Remedy for Multi-Jurisdictional Sep Litigation. *Cambridge Handbook of Technical Standardization Law - Patent, Antitrust and Competition Law*, University of Utah College of Law Research Paper No. 209, 2017, p.2.

3. Dowers, N. "The Anti-Suit Injunction and the EU: Legal Tradition and Europeanisation in International Private Law". *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2 (2013):960.

از اقامه دعوی در کشوری دیگر و بروز دادرسی موازی صادر شود که در این صورت، اصطلاح «قرار منع پیگیری دعوی» بر آن صدق می‌کند.

برای توضیح عملکرد قرار منع دعوی بهتر است مثالی ارائه شود. فرض کنید راجع به یک اختلاف قراردادی که موضوع آن صادرات کالاها از ایران به انگلستان است، دعوایی از سوی طرف انگلیسی در دادگاه لندن علیه طرف ایرانی اقامه شود. خواننده ایرانی در دادگاه به دفاع از خود می‌پردازد، اما پس از اینکه متوجه می‌شود به احتمال زیاد نتیجه دعوا به نفع او نخواهد بود، دعوا را در دادگاه ایرانی مطرح می‌کند تا طرف انگلیسی را آزار دهد، تمرکز وی را از دعوای اول به دعوای دوم معطوف سازد و احتمال صدور آرای متعارض را در آن اختلاف افزایش دهد. این امر در نهایت منجر به این می‌شود که طرف انگلیسی نتواند با توجه به بند ۵ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی ایران، رأی صادره به نفع خویش را در ایران اجرا کند؛ یا مثلاً طرف ایرانی به دعوای اقامه شده در انگلستان پاسخی ندهد و وارد این دعوی نشود و در دادگاه ایران (که مثلاً دادگاه محل انعقاد قرارداد مذکور است) دعوای خود را مطرح کند، چون منافع وی را بیشتر تأمین می‌کند. در این گونه موارد، دادگاه انگلستان می‌تواند بنا به درخواست خواهان، قرار منع دعوی صادر کند تا در صورتی که طرف ایرانی هنوز دعوی را در ایران اقامه نکرده است، او را از اقامه دعوی منع کند یا در صورتی که وی دعوی را در دادگاه ایران مطرح کرده است، او را از پیگیری آن منع کند.

شایان ذکر است در صورتی که قرار منع دعوی از دادگاه یک کشور علیه طرف دعوی در دادگاه کشوری دیگر صادر شود، طرف ذی‌نفع قرار مزبور، از دادگاه کشوری که مخاطب قرار در آنجا دعوی اقامه کرده یا قصد اقامه دعوی دارد، اجرای قرار مزبور را خواستار می‌شود. در این حالت، دادگاهی که از آن اجرای قرار منع دعوی خواسته شده است، یا قرار مزبور را اجرا می‌کند یا اجرا نمی‌کند. اگر دادگاه مزبور قرار منع دعوی را اجرا کند، این بدان معنا است که جریان رسیدگی به اختلاف را متوقف خواهد کرد یا کلاً دعوا را به نفع دادگاه صادرکننده قرار، رد خواهد کرد و در این صورت، هدف قرار منع دعوی به‌طور کامل محقق می‌شود. به عبارت دیگر، در این فرض خواهان دعوا ملزم می‌شود که این دعوا را رها کند و به دعوای مطرح در دادگاه صادرکننده قرار منع برگردد و در نتیجه، از ادامه دادرسی موازی جلوگیری می‌شود. اما اگر دادگاه مزبور قرار منع دعوی را اجرا نکند و رسیدگی را متوقف نکند یا کلاً دعوا را رد نکند، در این صورت، انتظار می‌رود خود مخاطب قرار منع دعوی، دعوی را رها کند و به دعوای مطرح شده در دادگاه

صادرکننده قرار منع برگردد. اگر مخاطب قرار، دعوا را رها نکند، دادرسی موازی ادامه خواهد یافت و مخاطب قرار با ضمانت اجرای عدم متابعت از قرار منع دعوی در کشور دادگاه صادرکننده قرار مواجه می‌شود. در این خصوص، برخی نویسندگان اظهار کرده‌اند که اگر طرف دعوی بعد از صدور قرار منع دعوی، بر دادرسی در دادگاه خارجی اصرار ورزد، این امر منجر به محکومیت وی به حبس یا پرداخت جریمه پولی از سوی دادگاه صادرکننده قرار می‌شود.^۱ به بیانی دیگر، طرفی که از قرار مزبور اطاعت نمی‌کند، به دلیل ارتکاب جرم «توهین به دادگاه»^۲ در کشور صادرکننده قرار منع، مجازات می‌شود.^۳

استفاده از قرارهای منع دعوی این مزیت را دارد که مانع دادرسی موازی می‌شود و در نتیجه دعوا را در یک دادگاه متمرکز می‌کند. از این رو، قرار مزبور از (۱) صدور آرای متعارض؛ (۲) تحمیل هزینه اضافی بر طرفین اختلاف در دعاوی موازی و (۳) افزایش تعداد دعاوی در دادگاه‌ها جلوگیری می‌کند. بنابراین، قرارهای منع دعوی کارآمدی دادرسی را تضمین می‌کنند.^۴ در زمینه «توافق‌های انتخاب دادگاه»^۵ نیز قرارهای منع دعوی فوایدی دارند و در خصوص اجرای توافق‌های انتخاب دادگاه ممکن است کمک کنند.^۶ با این توضیح که هرگاه طرفین قرارداد برای رسیدگی به اختلافات موجود یا آتی بر صلاحیت دادگاه کشور معینی توافق کنند، اما یکی از طرفین، توافق مزبور را نقض و دعوای خود را در دادگاه صلاحیت‌دار کشور دیگری مطرح کند، صدور قرار منع دعوی در این‌گونه موارد، طرف نقض‌کننده توافق را ملزم می‌کند تا به تعهدات خود پایبند باشد و از پیگیری دعوی در دادگاه غیرمنتخب خودداری کند.

قرار منع دعوی همیشه چالش‌برانگیز بوده است، زیرا نتیجه چنین قراری این است که یکی از طرفین اختلاف، دیگر نتواند دعوی را در دادگاه کشور دیگر اقامه کند یا اگر دعوی را اقامه کرده است، باید آن را رها کند و در نتیجه، دادگاه خارجی از رسیدگی به دعوی به‌طور غیرمستقیم

1. Wilson, E. M., "Let Go of that Case - British Anti-Suit Injunctions against Brussels Convention Members", *Cornell International Law Journal*, 36 (2003): 214

2. Contempt of the court

۳. برای مطالعه درباره ضمانت‌اجرای عدم متابعت از قرار منع دعوی رک: سربازیان؛ هاشمی و صالحی، ۱۳۹۸ الف، پیشین، صص ۴۰۴-۴۰۷.

4. Stacher, M. International Antisuit Injunctions: Enjoining Foreign Litigations and Arbitrations - **Beholding the System from Outside**, *Cornell Law School Graduate Student Papers*, 2005. available at: https://scholarship.law.cornell.edu/lps_papers/8, last visited 17 June 2022: 5

5. Choice of court agreements

6. Keyes, M. *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*. Switzerland: Springer International Publishing, 2020: 380

منع می‌شود. از این رو، گاهی این قرار، مخالف با رعایت نزاکت شناخته شده است. با این حال، طرف‌داران قرار منع دعوی مدعی هستند که دلیل اصلی صدور چنین قرار، کنترل دادگاه‌های خارجی نیست؛ بلکه کنترل طرف دعوی است که با سوءنیت عمل می‌کند و رسیدگی «آزاددهنده و ظالمانه‌ای»^۱ را شروع می‌کند یا ادامه می‌دهد.^۲ بنابراین، قرار منع دعوی در حاکمیت دادگاه خارجی دخالت نمی‌کند و ناقض قواعد نزاکت نمی‌شود. با این حال، این ادعا صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در عمل (حداقل در دعاوی مدنی)، دادگاه تنها در حالتی می‌تواند حاکمیت خود را اعمال کند که دعوا از سوی یکی از طرفین اختلاف اقامه شده باشد. به این ترتیب، با منع یکی از طرفین اختلاف از اقامه دعوی، حاکمیت و استقلال دادگاه خارجی ضرورتاً تحت تأثیر قرار می‌گیرد.^۳ به عبارت دیگر، درست است که مخاطب این قرار طرف دعوی است و دادگاه خارجی مخاطب قرار نیست، اما تجاوز به صلاحیت دادگاه کشور دیگر و حاکمیت آن نیز مشهود است.^۴ لذا ممکن است این گونه تعبیر شود که صدور قرار منع دعوی توهینی به توانایی دادگاه‌های کشور مقابل در رسیدگی به اختلاف است.^۵ در هر حال، به دلایل راجع به نزاکت بین‌المللی، قرار منع دعوی به راحتی صادر نمی‌شود و تهاجمی‌ترین ضمانت اجرا به شمار می‌آید.^۶ قرار منع دعوی ضمانت اجرای شدیدی است که به ندرت درخواست می‌شود و حتی به ندرت صادر می‌شود.^۷ این قرار یک ضمانت اجرای اختیاری است و طبق صلاحیت دادگاه و در مواردی صادر می‌شود که تحقق عدالت صدور چنین قرار را اقتضا کند.^۸ برای نمونه، دادگاه‌های انگلستان در تمام مواردی که به نظر دادگاه، عادلانه و مناسب باشد، چنین قرار را صادر می‌کنند.^۹ شایان ذکر

1. Vexatious or oppressive

2. McLachlan, C. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden/Boston: MartinusNijhoff Publishers, 2009: 157

3. Kruger, T. "The Anti-Suit Injunction in European Judicial Space: *Turner v Grovit*", *International and Comparative Law Quarterly*, 53 (2004): 1035

4. Teitz, L. E. Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation, *Roger Williams University Law Review*, 2004, available at: <https://ssrn.com/abstract=3592497>, last visited 17 June 2022: 21

5. Vertigan, E. K. "Foreign Antisuit Injunctions: Taking a Lesson from the Act of State Doctrine", *The George Washington Law Review*, 76 (2007): 160

6. Douglas, M. "Anti-Suit Injunctions in Australia". *Melbourne University Law Review* (advance), 41(2017): 2

7. Wilson, op.cit: 212

8. Fisher, G. "Anti-Suit Injunctions to Restrain Foreign Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement", *Bond Law Review*, 22 (2010):1

9. Wilson, op.cit: 213

است به دلیل اختیار زیادی که دادگاه‌ها در اعمال چنین ضمانت‌اجرائی دارند، نمی‌توان فهرستی معین و ثابت از مواردی ارائه داد که دادگاه‌ها می‌توانند چنین قرار را صادر کنند.^۱

دشوارترین موضوع در تصمیم‌گیری برای صدور قرار منع دعوی، برقراری توازن میان تحقق عدالت و رعایت نزاکت بین‌المللی است. از آنجا که قرار منع دعوی خطر تجاوز به حاکمیت کشور دیگر را به دنبال دارد، این نوع قرار با احتیاطی خاص صادر می‌شود.^۲ برای نمونه، طبق رویه قضایی انگلستان، وقتی دادگاه می‌خواهد تصمیم بگیرد که قرار منع دعوی را صادر کند یا خیر، توجه به نزاکت را بر فواید اجتناب از دادرسی موازی ترجیح می‌دهد. از آنجا که در انگلستان «دادرسی‌های موازی در کشورهای مختلف به‌خودی‌خود غیر قابل قبول تلقی نشده است»، دادگاه انگلستان برای توقیف دعوای خارجی در حال رسیدگی به موازات دعوای انگلیسی، به‌سادگی چنین قرار را صادر نخواهد کرد. دادگاه انگلستان، این قرار را تنها در موردی صادر خواهد کرد که دعوای خارجی ظالمانه و آزاردهنده باشد. بنابراین، اگرچه سازوکار قرار منع دعوی برای منع دادرسی موازی می‌تواند استفاده شود، از منظر دادگاه‌های انگلستان وجود دادرسی موازی به‌تنهایی عامل تعیین‌کننده‌ای برای صدور چنین قرار نیست.^۳ دادگاه ممکن است بیشتر مایل باشد که از سازوکار صدور قرار منع دعوی در موردی استفاده کند که یک شرط انحصاری صلاحیت وجود دارد و دعوای خارجی با نقض توافق مزبور اقامه شده است. در این‌گونه موارد دادگاه آسان‌تر متقاعد می‌شود که دعوای اقامه‌شده با نقض توافق طرفین بر انتخاب دادگاه، به حق قراردادی و منصفانه طرف دیگر تجاوز کرده و با سوءنیت اقامه شده است و از این رو، اقدامی ظالمانه و آزاردهنده به شمار می‌آید.^۴ به دیگر سخن، اگر شرط انحصاری صلاحیت وجود داشته باشد که صلاحیت رسیدگی را به دادگاه‌های انگلستان اعطا می‌کند، دادگاه این قدرت ذاتی را دارد تا مانع دعوای خارجی شود؛ بدون اینکه به مقتضیات نزاکت توجه کند. در مقابل، در موردی که چنین شرطی وجود ندارد، برای اینکه به نزاکت بین‌المللی تجاوز نشود، دادگاه ممکن است استانداردهای بالاتری را بخواهد تا با درخواست صدور قرار منع دعوی موافقت کند. با این حال، حتی در صورتی که طرفین اختلاف طبق توافق، صلاحیت انحصاری به دادگاه‌های

1. Ambrose, C. "Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?", *International and Comparative Law Quarterly*, 52 (2003): 404

2. Tang, Z S. *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*. New York: Routledge, 2014: 196-197

3. Tang, op.cit: 155

4. Ibid: 196-197

انگلستان اعطا کنند، به دلیل لزوم رعایت نزاکت، دادگاه‌های انگلستان صرفاً به وجود توافق صلاحیت استناد نمی‌کنند، بلکه ترجیح می‌دهند مبانی دیگری نیز بیابند تا از تصمیم ایشان در صدور قرار منع دعوی حمایت کنند. برای مثال، در دعوایی^۱ طرفین بر صلاحیت انحصاری دادگاه‌های انگلستان توافق کردند. یکی از طرفین اختلاف با نقض توافق مزبور، دعوی را دادگاه ایالت تگزاس مطرح کرد. دادگاه انگلستان قرار منع دعوی علیه طرف نقض‌کننده توافق صادر کرد تا او را از پیگیری دعوی در تگزاس منع کند. دادگاه انگلستان مقرر کرد متقاضی صدور قرار حق دارد که دعوی وی در انگلستان طبق شرط صلاحیت استماع شود و دادرسی خارجی به‌شدت نامناسب است. دادگاه همچنین اعلام کرد که دعوا، ارتباط واقعی با تگزاس ندارد؛ چراکه اموال موضوع دعوا در انگلستان بودند و قانون انگلستان بر تعهدات مربوطه حاکم بود. همچنین، بخشی از اختلاف در خصوص تعهد مدیران انگلیسی به شرکت‌های انگلیسی بود. دادگاه ادامه داد: طرفی که دعوی را در تگزاس اقامه کرد، هدفش مطالبه خسارت تنبیهی در دادگاه یک کشور نامرتبط با دعوا بود که این امر اقدامی ظالمانه است. به این ترتیب، دادگاه انگلستان نه تنها بر مبنای حق طرف دعوا برای اجرای شرط صلاحیت، بلکه بر مبنای عوامل دیگری که ظالمانه بودن دادرسی خارجی را اثبات می‌کرد، قرار منع دعوی صادر کرد.^۲ شایان ذکر است که در برخی موارد دادگاه‌های یک کشور طبق قواعد نظام حقوقی خود صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به موضوع دعوا دارند؛ همانند دادگاه کشور محل وقوع مال غیرمنقول که صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به اختلافات راجع به آن را دارد. در این‌گونه موارد دادگاه‌ها به صلاحیت انحصاری قانونی در مقایسه با صلاحیت انحصاری ناشی از توافق طرفین توجه بیشتری خواهند کرد. برای مثال، چنانچه اختلاف راجع به مال غیرمنقول واقع در انگلستان باشد، اما طرفین اختلاف برای رسیدگی به آن بر صلاحیت انحصاری دادگاه کشور دیگری توافق کنند، در صورتی که دعوی در دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول اقامه شود، قطعاً قرار منع دعوا علیه دعوی اقامه‌شده در دادگاه منتخب طرفین صادر خواهد شد.^۳

1. Royal Bank of Scotland v Hicks, [2011] EWHC 287 (Ch).

2. Tang, op.cit: 156-158

۳. از سوی دیگر، اگر طرفین بر صلاحیت انحصاری دادگاه‌های انگلستان برای رسیدگی به اختلاف مربوط به مال غیرمنقول واقع در کشور دیگر توافق کنند، دادگاه انگلستان به جای اجرای توافق انحصاری صلاحیت، رسیدگی را به نفع دادگاه خارجی دارای صلاحیت انحصاری متوقف خواهد کرد Ibid: 166. شایان ذکر است که در حقوق ←

۲. رویکرد حقوق اتحادیه اروپا و چین در صدور قرار منع دعوی

در این بخش، رویکرد دو نظام حقوقی اتحادیه اروپا و چین در خصوص صدور قرار منع دعوی بررسی می‌شود. بررسی رویکرد حقوق اتحادیه اروپا به مثابه یک نظام حقوقی نسبتاً جوان و البته پیشرو در اغلب حوزه‌های حقوقی از جمله در روابط خصوصی بین‌المللی مفید به نظر می‌رسد. همچنین مقررات این نظام حقوقی در کشورهای اروپایی اعم از رومی ژرمنی و کامن‌لا اعمال می‌شود که از لحاظ بررسی راهکارهای جدید در حوزه دعاوی خصوصی بین‌المللی در دنیا دارای اهمیت است. حقوق چین نیز به مثابه نظام حقوقی یکی از قدرتهای برتر اقتصادی در دنیای معاصر که به علت حجم مبادلات تجاری بسیار زیاد فعالان اقتصادی در این کشور و برقراری روابط تجاری بین‌المللی گسترده در سرتاسر جهان با مسائل حقوق بین‌الملل خصوصی از جمله موضوع قرار منع دعوی مواجه بوده، شایسته واکاوی است. در این بخش از مقاله ابتدا حقوق اتحادیه اروپا و سپس حقوق چین بررسی می‌شود.

۲.۱. حقوق اتحادیه اروپا

در اروپا اولین سند در زمینه صلاحیت قضایی و شناسایی و اجرای آرا «کنوانسیون بروکسل راجع به صلاحیت، شناسایی و اجرای آرا در موضوعات مدنی و تجاری»^۱ است که در ۱۹۶۸ از سوی کشورهای عضو «جامعه اقتصادی اروپا»^۲ منعقد و در ۱۹۷۳ لازم‌الاجرا شد. بعد از انعقاد پیمان ماستریخت در ۱۹۹۲ و تشکیل اتحادیه اروپا و همچنین بعد از انعقاد معاهده آمستردام در ۱۹۹۷ و پیوستن کشورهای جدیدی به اتحادیه اروپا، نیاز به وضع مقررات یکسانی در زمینه صلاحیت، شناسایی و اجرای آرا احساس شد. از این رو، «مقرره بروکسل یک ۴۴/۲۰۰۱ راجع به صلاحیت، شناسایی و اجرای آرا در موضوعات مدنی و تجاری»^۳ تصویب شد. مقرره بروکسل یک برخلاف کنوانسیون، نیاز به طی مراحل قانونی برای تصویب و اعمال آن در کشورهای عضو اتحادیه نداشت، بلکه به طور مستقیم در کشورهای عضو اعمال می‌شد. پس از مدتی از اجرای

→ ایران صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ایران برای رسیدگی به دعاوی راجع به اموال غیرمنقول واقع در ایران مورد تصریح قانون‌گذار ایران در بند ۷ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ قرار گرفته است.

1. The 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.

۲. آلمان، فرانسه، ایتالیا، هلند، بلژیک و لوکزامبورگ.

3. Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels I).

مقرره بروکسل یک، در ۲۰۱۲ مقرره بروکسل یک جدید راجع به صلاحیت، شناسایی و اجرای آرا در موضوعات مدنی و تجاری^۱ تصویب شد که از دهم ژانویه ۲۰۱۵ در تمام کشورهای عضو اتحادیه اروپا لازم‌الاجرا و جایگزین مقرره بروکسل یک شده است.^۲

اسناد اروپایی فوق درباره امکان استفاده از ابزار کامن لا قرار منع دعوی از سوی دادگاه‌های کشورهای عضو اتحادیه، حکمی ندارند. بنابراین، درباره امکان صدور چنین قرار از دادگاه‌های کشورهای عضو اتحادیه اروپا اختلاف نظر وجود دارد. با این توضیحات، مناسب است تا بررسی شود که در فرض اقامه دعاوی موازی در دادگاه یک کشور عضو اتحادیه و دادگاه یک کشور دیگر، آیا دادگاه‌های کشورهای عضو اتحادیه اروپا می‌توانند قرار منع دعوی صادر کنند؟ برای بررسی این موضوع باید بین قرار منع دعوی صادره از دادگاه یک کشور عضو اتحادیه علیه طرف دعوی در دادگاه یک کشور عضو دیگر از یک سو، و قرار منع دعوی صادره از دادگاه یک کشور عضو اتحادیه علیه طرف دعوی در دادگاه یک کشور ثالث تفکیک کرد.

۲.۱.۱. امکان صدور قرار منع دعوی از دادگاه‌های یک کشور عضو اتحادیه اروپا علیه طرف دعوی در دادگاه یک کشور عضو دیگر

در این فرض، بحث این است که در صورت اقامه دعاوی موازی در دادگاه‌های دو کشور عضو اتحادیه اروپا، آیا دادگاه یک کشور عضو می‌تواند علیه طرف اختلاف در کشور عضو دیگر، قرار منع اقامه یا پیگیری دعوا صادر کند؟ این مسئله در زمان اعمال کنوانسیون بروکسل مطرح شد. در دعوی ترنر و گروویت،^۳ ترنر علیه گروویت در انگلستان اقامه دعوی کرد.^۴ در مقابل، گروویت علیه ترنر در دادگاه اسپانیایی اقامه دعوا کرد. ترنر با ادعای اینکه دعوی در اسپانیا تنها با هدف آزار وی اقامه شده است، از دادگاه انگلستان خواست قرار منع دعوی صادر کند تا خوانده را از پیگیری دعوا در اسپانیا منع کند. مسئله امکان صدور این قرار به مجلس اعیان رسید.

1. The Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters ('Brussels I Recast').

2. Tang, op.cit: 178

3. Turner v Grovit [2004] ECR I-3565.

۴. شایان ذکر است که با استناد به ماده ۵۰ «معاهده اتحادیه اروپا» در خصوص امکان خروج کشورهای عضو از اتحادیه اروپا، در تاریخ ۲۳ ژوئن سال ۲۰۱۶ تقریباً ۵۲٪ شهروندان انگلیسی برای خروج انگلستان از اتحادیه اروپا رأی دادند و در تاریخ ۲۹ مارس ۲۰۱۷ دولت انگلستان رسماً تصمیم خود را برای خروج از اتحادیه اروپا اعلام کرد (Rehn and Schubert and Mewes, 2017, p.1).

مجلس اعیان مقرر داشت که امکان صدور قرار منع دعوی طبق حقوق انگلستان وجود دارد و صدور این قرار امر ناصوابی نیست. با این حال، مجلس اعیان موضوع را به «دیوان دادگستری اتحادیه اروپا»^۱ ارجاع داد^۲ تا دیوان اعلام نظر کند که آیا صدور چنین قرارى از دادگاه‌های پادشاهی متحده (در نقش یکی از کشورهای عضو اتحادیه) برای منع خوانده از اقامه یا پیگیری دعوا در دادگاه یک کشور دیگر عضو اتحادیه با قواعد کنوانسیون بروکسل تعارض دارد یا خیر؟^۳

دیوان دادگستری اتحادیه اروپا ضمن تأکید بر اهمیت «اعتماد متقابل»^۴ بین نظام‌های حقوقی ملی کشورهای عضو اتحادیه مقرر داشت که قرار انگلیسی منع دعوی، شک و تردید بر ساختار اعتماد متقابل ایجاد می‌کند. اعتماد متقابل به این معنی است که هر دولت اهلیت دیگر نظام‌های حقوقی را به رسمیت می‌شناسد تا در اهداف ادغام [نظام‌های حقوقی] مشارکت کنند. به‌جز دیوان دادگستری اروپا هیچ مقامی با قدرت کنترل برتر تعیین نشده است، لذا کشورهای عضو نباید مجاز باشند که صلاحیت قضایی کشورهای عضو دیگر را تحت تأثیر قرار دهند؛ حتی اگر این تأثیر به‌صورت غیرمستقیم باشد. علاوه بر این، تنها نظام‌های حقوقی کاملاً لا قرار منع دعوی را به رسمیت می‌شناسند و صدور چنین قرارى باعث عدم تعادل می‌شود. همچنین، اگر طرف دعوا با تهدید مجازات از اقامه دعوی در دادگاه خارجی ممنوع شود، نتیجه آن سلب صلاحیت دادگاه خارجی خواهد بود. بنابراین، نظر قطعی دیوان دادگستری بر این بود که قرار منع دعوی در روابط با دیگر کشورهای عضو اتحادیه اروپا، قابل تحمل نیست.^۵

به این ترتیب، می‌توان گفت دیوان دادگستری اروپا بر لزوم احترام به ارزیابی دادگاه‌های کشورهای عضو از صلاحیت خود، تأکید دارد. نتیجه اینکه کشورهای عضو نمی‌توانند با توسل به قواعد حقوق داخلی به دادگاه‌های خود این توانایی را بدهند که اوامر منع‌کننده‌ای همانند

1. The European Court of Justice (ECJ).

۲. دیوان دادگستری اروپا تضمین‌کننده اجرای قوانین و مقررات و تحقق فهم و استنباط مشترک از آن‌ها در کلیه کشورهای عضو است. بنابراین، دیوان دادگستری اروپا اختلافات راجع به تفسیر معاهده اتحادیه اروپا و قوانین و مقررات را حل و فصل می‌کند. چنانچه دادگاه‌های ملی در خصوص اعمال قوانین اتحادیه شک و تردید داشته باشند، موظف هستند نظر دیوان را جست‌وجو کنند (شیروی، عبدالحسین. حقوق تطبیقی (ویراست دوم). تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۴: ۲۶۵).

3. Teitz, op.cit: 50, Dowers, op.cit: 965, Kruger, op.cit: 1031-1032

4. Mutual Trust

5. Kruger, op.cit: 1034

قرارهای منع دعوی علیه یک دعوی در یک کشور عضو دیگر صادر کنند.^۱ مفهوم اعتماد متقابل که دیوان بر آن تأکید دارد، این است که کشورهای عضو اتحادیه اروپا نه تنها به دادگاه‌های یکدیگر احترام می‌گذارند، بلکه اعتماد بی‌چون و چرا نیز دارند.^۲ شایان ذکر است این پرونده راجع به استفاده از قرار منع دعوی انگلیسی در خصوص کنوانسیون بروکسل بود. گرچه مقرره بروکسل یک، جایگزین کنوانسیون بروکسل شده است، مقرره مزبور ساختار و قواعد اساسی کنوانسیون را حفظ کرد. از این رو، رأی صادره در اعمال مقرره بروکسل یک هم مؤثر ماند.^۳ در مقرره بروکسل یک جدید نیز در این خصوص تغییراتی ملاحظه نشده است. بنابراین، رأی صادره در دعوی ترنر در اعمال مقرره بروکسل یک جدید نیز لحاظ می‌شود. در نتیجه، صدور قرارهای منع دعوی از دادگاه یک کشور عضو علیه طرف دعوی در دادگاه یک کشور عضو دیگر، طبق مقرره بروکسل یک جدید نیز ممکن نیست.^۴

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که اگر مبنای صلاحیت دادگاه کشور عضو اتحادیه اروپا، مقررات اتحادیه اروپا نباشد، آیا باز هم دادگاه یک کشور عضو نمی‌تواند علیه طرف دعوی در دادگاه کشور عضو دیگر قرار منع دعوی صادر کند؟ عبارات رأی پرونده ترنر و گروویت بسیار موسع است و تعیین نمی‌کند که آیا مبنای صلاحیت دادگاه کشور عضو که علیه آن قرار منع دعوی صادر می‌شود، اهمیت دارد یا خیر. اثر چنین رویکردی این است که برای حمایت از اعتماد متقابل، قرارهای منع دعوی در کشورهای عضو اتحادیه ممنوع هستند، صرف نظر از اینکه مبنای صلاحیت دادگاه کشور عضو که علیه آن قرار منع دعوی صادر شده، مقررات اتحادیه اروپا یا قانون ملی آن کشور عضو باشد.^۵ در هر حال، ممکن است این ادعا مطرح شود که اعتماد متقابل و همکاری قضایی در موضوعات مدنی و تجاری ریشه در مقررات بروکسل دارد. به نظر چنین ادعایی منصفانه است. اگر دادگاه یک کشور عضو بر مبنای قانون ملی خود صلاحیت رسیدگی به دعوا دارد، منع رسیدگی به چنین دعوایی از طریق صدور قرار منع دعوی، طبق مقررات بروکسل، بازبینی و بررسی صلاحیت دادگاه کشور عضو دیگر محسوب نمی‌شود. افزون

1. Buonaiuti, F M. "Lis Alibi Pendens and Related Actions in Civil and Commercial Matters Within The European Judicial Area". Yearbook of Private International Law, 11 (2009): 524

2. Kruger, op.cit: 1035

3. Kruger, op.cit: 1030

4. Mundi, J. **Anti-suit injunctions after Brexit**, 2021. available at: <https://blog.jusmundi.com/anti-suit-injunctions-after-brexit/>, last visited 17 June 2022.

5. Tang, op.cit: 203

بر این، در حالتی که کشور عضو مطابق قوانین ملی خود صالح به رسیدگی به دعوا باشد، مقررات بروکسل سایر کشورهای عضو را به رعایت اصل اعتماد متقابل در برابر آن کشور ملزم نمی‌سازد. از این رو، مادام که مبنای صلاحیت دادگاه کشور عضو برای رسیدگی به دعوا قانون داخلی و نه مقررات بروکسل است، صدور قرار منع دعوی در چنین حالتی نه بر اطمینان و قابلیت پیش‌بینی - که طبق مقررات بروکسل فراهم شده - و نه بر اعمال یکنواخت قواعد صلاحیت قضایی اتحادیه اثر خواهد داشت. با این حال، احتمالاً نظر مخالف نیز وجود داشته باشد؛ با این توضیح که در برخی موارد مقررات بروکسل به کشور عضو اجازه می‌دهد که قانون داخلی را اعمال کند.^۱ پس، در این صورت اعمال قانون داخلی نیز بخشی از احکام مقررات محسوب می‌شود. همچنین، باید توجه داشت که حتی بدون لحاظ قواعد صلاحیتی مقررات بروکسل، در همه حوزه‌هایی که همکاری قضایی میان کشورهای عضو اتحادیه برقرار است، اعتماد متقابل بین آن‌ها وجود دارد. برای مثال، کشورهای عضو ملزم هستند که به‌طور متقابل و صرف‌نظر از مبنای صلاحیت رسیدگی به اختلاف (قانون داخلی کشور عضو یا مقررات بروکسل)، آرای صادره از دادگاه‌های همدیگر را شناسایی و اجرا کنند. این امر نشان‌دهنده توسعه اعمال اصل اعتماد متقابل به مواردی است که صلاحیت دادگاه کشور عضو بر مبنای قانون داخلی و نه بر مبنای مقررات بروکسل باشد.^۲ از این رو، می‌توان نتیجه گرفت که دادگاه کشور عضو اتحادیه نمی‌تواند قرار منع دعوی علیه طرف دعوی در دادگاه کشور عضو دیگر صادر کند؛ خواه مبنای صلاحیت دادگاه اخیر مقررات اتحادیه اروپا یا قانون ملی خود باشد.

۲.۱.۲. امکان صدور قرار منع دعوی از دادگاه‌های یک کشور عضو اتحادیه اروپا علیه طرف دعوی در دادگاه یک کشور ثالث

در این فرض، بحث این است که در صورت اقامه دعاوی موازی در دادگاه یک کشور عضو اتحادیه اروپا و دادگاه یک کشور ثالث، آیا دادگاه کشور عضو اتحادیه اروپا می‌تواند علیه طرف دعوی در کشور ثالث قرار منع دعوی صادر کند؟ در پرونده اسکایپ و ژولتید،^۳ دادگاه انگلستان درباره امکان صدور قرار منع دعوی از سوی دادگاه‌های انگلستان علیه طرف دعوی در دادگاه

۱. ماده ۴ از مقررۀ بروکسل یک و ماده ۶ از مقررۀ بروکسل یک جدید.

2. Tang, op.cit: 203

3. Skype v Joltid, 2011, ILPr 8

یک کشور ثالث همانند ایالات متحده بیان داشت که اثر رأی دیوان دادگستری اروپا در پرونده ترنر و گروویت باید به قلمرو اتحادیه اروپا محدود باشد؛ یعنی موردی که تمام کشورهای عضو، جزئی از بازار داخلی هستند و اعتماد متقابل بین کشورهای عضو وجود دارد. همچنین، رأی صادره در پرونده ترنر و گروویت درباره استفاده از قرار منع دعوی برای منع دعوی در یک کشور ثالث چیزی بیان نکرده است؛ چراکه نه مرتبط با منافع اتحادیه است و نه اعتماد متقابل وجود دارد.^۱ از این رو، به نظر می‌رسد اگر صدور قرار منع دعوی طبق قانون ملی دادگاه کشور عضو، مجاز باشد، دادگاه مزبور می‌تواند علیه طرف دعوی در دادگاه کشور ثالث قرار منع دعوی صادر کند؛ صرف‌نظر از اینکه مبنای صلاحیت دادگاه کشور عضو اتحادیه (دادگاه صادرکننده قرار)، مقررات اتحادیه اروپا یا قانون ملی آن باشد.

بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که در اتحادیه اروپا دادگاه کشور عضو اتحادیه اروپا هرگز نمی‌تواند علیه طرف دعوی در یک کشور عضو دیگر قرار منع دعوی صادر کند، اما دادگاه کشور عضو اتحادیه اروپا می‌تواند طبق قواعد داخلی خود قرار منع دعوی علیه طرف دعوی در یک کشور ثالث صادر کند.

۲.۲. حقوق چین

در نظام حقوقی چین در مجموعه قوانین موضوعه حکمی در خصوص قرار منع دعوی مشاهده نمی‌شود. مع‌هذا، در سال‌های اخیر رویکرد دادگاه‌های چینی در خصوص این قرار دگرگون شده است. برای مثال، در یک اختلاف راجع به نقض حق اختراع بین شرکت هواوی و شرکت کانورسانت،^۳ شرکت هواوی در ۲۵ ژانویه ۲۰۱۸ در دادگاه چینی علیه شرکت کانورسانت دعوایی اقامه کرد. در مقابل، کانورسانت دعوای دیگری را در دادگاه دوسلدورف آلمان در ۲۰ آوریل ۲۰۱۸ علیه شرکت هواوی اقامه کرد. در ۱۶ سپتامبر ۲۰۱۹، دادگاه چینی رأی به نفع شرکت هواوی صادر کرد. شرکت کانورسانت در ۱۸ نوامبر ۲۰۱۹ در دیوان عالی چین به رأی مزبور اعتراض کرد. همچنین، در ۲۷ اگوست ۲۰۲۰، دادگاه آلمان شرکت هواوی را مسئول دانست. بنا به درخواست هواوی، دیوان عالی چین قرار داد که شرکت کانورسانت را از

1. Tang, op.cit: 203-204

3. *Huawei v Conversant*, (2019) Zui Gao Fa Zhi Min Zhong 732, 733 and 734 No 1.

درخواست اجرای رأی آلمانی از دادگاه آلمان منع می‌کرد. دادگاه چین دلایلی برای صدور قرار مزبور ذکر کرد: اولاً، اجرای رأی دادگاه دوسلدورف اثر منفی بر دعوی تحت رسیدگی در دادگاه چینی خواهد داشت؛ ثانیاً، صدور این قرار برای جلوگیری از صدمات جبران‌ناپذیر به شرکت هواوی ضروری است؛ ثالثاً، خسارت وارده به کانورسانت با صدور قرار منع به نحو چشمگیری کمتر از خسارت وارده به هواوی در صورت عدم صدور قرار است و رابعاً، این قرار به منافع عمومی یا نزاکت بین‌المللی لطمه‌ای وارد نمی‌کند.^۱

همچنین، می‌توان به اختلاف دیگری راجع به نقض حق اختراع بین شرکت آمریکایی اینتل دیجیتال و شرکت چینی شیائومی اشاره کرد.^۲ در این پرونده، در ۹ ژوئن ۲۰۲۰، شرکت چینی شیائومی دعوی در دادگاه ووهان چین علیه شرکت اینتل دیجیتال اقامه کرد. در ۲۹ جولای ۲۰۲۰، اینتل دیجیتال علیه شیائومی در دادگاه عالی دهلی هند راجع به نقض حق اختراع‌های هندی دعوی اقامه کرد. دادگاه ووهان علیه اینتل دیجیتال قرار منع صادر کرد که او را از درخواست صدور هرگونه قرار از دادگاه دهلی منع می‌کرد و همچنین او را از اجرای هرگونه قرار که قبلاً صادر شده در هر کشوری منع می‌کرد. دادگاه ووهان در تبیین دلایل صدور چنین قرار استدلالت کرد که: اولاً، اینتل دیجیتال عمداً دعوی متعارض در هند اقامه کرده تا رسیدگی دادگاه چین را مختل کند؛ ثانیاً، دعوی مطرح‌شده در دادگاه هندی ممکن است به صدور رأی معارض با رأی صادره از دادگاه چینی منجر شود؛ ثالثاً، قرار منع دعوی برای جلوگیری از صدمات جبران‌ناپذیر به منافع شیائومی ضروری است و رابعاً، قرار منع دعوی به منافع مشروع اینتل دیجیتال یا منافع عمومی لطمه‌ای وارد نخواهد کرد.^۳

روشن است که دادگاه‌های چینی برای حمایت از دعوی اقامه‌شده در آن‌ها قرار منع دعوی علیه دعاوی در دادگاه‌های خارجی صادر کردند. برخی حقوق‌دانان چینی در انتقاد از این آرا بیان داشته‌اند که حقوق چین دربارهٔ امکان صدور قرارهای منع دعوی ساکت است و به‌روشنی به دادگاه‌های چینی اجازه نمی‌دهد چنین قرارهایی صادر کنند. اگرچه بر اساس ماده ۱۰۰ قانون

1. Tang, Z S. **Anti-Suit Injunction Issued in China: Comity, Pragmatism and Rule of Law**, 2020. Available at: <https://conflictoflaws.net/2020/anti-suit-injunction-issued-in-china-comity-pragmatism-and-rule-of-law/>, last visited 17 June 2022.

2. *Xiaomi v Intel Digital* (2020) E 01 Zhi Min Chu 169 No. 1

3. Tang, op.cit.

آیین دادرسی مدنی چین^۱ دادگاه‌های چین صلاحیت دارند در صورتی که رفتار خوانده ممکن است منجر به دشواری در اجرای رأی شود یا زیان‌های دیگر به طرف دیگر دعوی وارد سازد، خطاب به خوانده دستور انجام فعل یا ترک فعل صادر کنند، اما این ماده صرفاً در خصوص محافظت از اموال، ممانعت از اعمال تجاوزکارانه یا سایر اوضاع و احوالی که خوانده ممکن است به‌طور مستقیم باعث ضرر واقعی به حقوق شخصی یا مالی خواهان شود، اعمال می‌شود و هرگز به‌منزله معادلی برای قرار منع دعوی [در نظام‌های کامن‌لا] اعمال نشده است. با این حال، دو رأی فوق، تفسیری ابتکاری از ماده ۱۰۰ ارائه می‌کنند که دایره اقدامات حمایتی را به قرارهای منع دعوی هم توسعه می‌دهند. همچنین، این‌گونه قرارها نزاکت و حاکمیت قضایی کشورهای دیگر را نقض می‌کنند. اگرچه عملاً مخاطب این قرار، طرف دعوی و نه دادگاه خارجی است، چنین قرارهایی درباره مناسب بودن دادرسی خارجی قضاوت می‌کنند که اصولاً چنین قضاوتی باید از سوی دادگاه خارجی انجام شود. افزون بر این، صدور قرار منع دعوی از سوی دادگاه‌های چینی به‌طور اساسی با رویه قضایی و سیاست دیپلماتیک چین، یعنی رعایت اصل برابری حاکمیت دولت‌ها و عدم دخالت، مخالف است. به‌علاوه، طبق ماده ۵۳۳، «تفسیرهای دیوان عالی خلق درباره اعمال قانون آیین دادرسی مدنی جمهوری خلق چین»^۲، معمولاً حقوق چین، دادرسی‌های موازی را که دادگاه‌های دو کشور درگیر آن هستند، قابل قبول می‌داند و هرکدام از دادگاه‌های دو کشور می‌توانند طبق حقوق داخلی خود به رسیدگی ادامه دهند. پذیرش قرار منع دعوی برای مقابله با دعاوی موازی خارجی یا دعاوی مرتبط، با این ماده متعارض است. در ادامه، حقوق‌دان چینی معتقد است که پیوند قضایی یک نهاد کامن‌لا به رویه قضایی چین کمی نامناسب و ناپخته به نظر می‌رسد. البته، شاید دو رأی فوق به قاعده رفتار متقابل توجه داشتند؛ با این توضیح که چون برخی دادگاه‌های خارجی ممکن است برای منع اقامه یا پیگیری دعاوی در چین قرار منع دعوی صادر کنند، دادگاه‌های چینی نیز باید از همین توانایی برخوردار باشند. استفاده از قرارهای منع دعوی، ستایش حقوق خارجی نیست، بلکه رویکردی عمل‌گرایانه برای استفاده از ابزارهای موجود به‌منظور تحقق اهداف است. در نهایت، از آنجا که قرار منع دعوی

1. Civil Procedure Law of the People's Republic of China (2017 Amendment).

2. Interpretations of the Supreme People's Court on Applicability of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China.30/1/2015.

<https://ipkey.eu/sites/default/files/legacy-ipkey-docs/interpretations-of-the-spc-on-applicability-of-the-civil-procedure-law-of-the-prc-2.pdf> last visited 12 July 2017

صراحتاً در حقوق چین پذیرفته نشده است، معیار منسجمی برای صدور قرار منع دعوی وجود ندارد. دو رأی مذکور به دلیل تبعیت از کشورهای کاملاً مختلف، معیارهای متفاوتی اعمال کردند. باید توجه داشت که فقدان آموزش‌های مرتبط در خصوص اعمال صلاحدید دادگاه در صدور قرار منع دعوی منجر به عدم قطعیت و اختلاف در صدور این نوع قرارها می‌شود. همچنین، صدور قرار منع دعوی ممکن است نزاکت و روابط بین‌المللی را تحت تأثیر قرار دهد. از این رو، نمی‌توان صدور چنین قرارهای را به صورت اتفاقی یا با انعطاف‌پذیری به پیروی از یک یا دو رأی خارجی پذیرفت. اگر چین واقعاً می‌خواهد قرار منع دعوی را بپذیرد، باید رهنمودهایی را برای صدور چنین قرارهای ارائه کند. قرار منع دعوی باید طبق قاعده حقوقی صادر شود.^۱

توجه به توضیحات فوق روشن می‌کند که گرچه قوانین موضوعه چین صراحتاً اجازه صدور قرار منع دعوی را نمی‌دهند، اما دادگاه‌های چین در دو پرونده فوق این قرار را صادر کردند که پدیده بدیعی در حقوق چین محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد پیشرفت چین در فناوری (از جمله در زمینه تولید تلفن همراه و رایانه و تجهیزات اینترنتی) باعث ایجاد تحولاتی در رویه قضایی این کشور شده است. صدور قرار منع دعوی از سوی دادگاه‌های چین در سال‌های اخیر یکی از این تحولات است تا از این صنایع مهم و به طور کلی اقتصاد چین بیشتر حمایت شود. در خصوص صدور این گونه قرارها رویه منسجمی مشاهده نمی‌شود، اما صرف صدور قرار منع دعوی از سوی دادگاه‌های چینی نشان‌دهنده این است که دیدگاه بدبینانه در خصوص صدور این قرارها تقریباً از بین رفته است. امروزه، ادعاهای مطرح‌شده در قرن بیستم درباره مخالفت این قرارها با نزاکت بین‌المللی و تجاوز آن‌ها به حاکمیت کشورهای دیگر چندان مورد استقبال نیست و مادام که این گونه قرارها از صلاحیت محاکم چین در موارد مهم (مرتبط به اقتصاد چین) حمایت می‌کنند، قابل استفاده هستند.

۳. رویکرد نظام حقوقی ایران در صدور قرار منع دعوی

در نظام حقوقی ایران، قانون‌گذار در زمینه صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها قواعدی وضع نکرده است. دادگاه‌های ایران برای احراز صلاحیت خود در رسیدگی به دعاوی بین‌المللی ناچارند به قواعد صلاحیت محلی که برای احراز صلاحیت در رسیدگی به دعاوی داخلی اعمال می‌شود،

1. Tang, op.cit.

مراجعه کنند.^۱ از این رو، می‌توان گفت در حقوق ایران درباره صدور قرارهای منع دعوی از سوی دادگاه‌های ایران حکم صریحی وجود ندارد. حال باید پرسید آیا دادگاه‌های ایران می‌توانند از ابزار کامن‌لا قرار منع دعوی استفاده کنند تا یکی از طرفین دعوای اقامه‌شده در دادگاه ایرانی را از اقامه دعوی یا پیگیری آن در دادگاه کشوری دیگر منع کنند؟

برخی معتقدند: «در حقوق ایران، چه در حقوق داخلی و چه در روابط فرامرزی، قرار منع دادرسی در دادگاه دیگر پیش‌بینی نشده است. با توجه به ناکارآمدی و نواقص قرار منع دادرسی در تأمین منافع دولت و دخالت غیرمستقیم در اعمال حاکمیت دولت‌های دیگر، به نظر می‌رسد ایجاد چنین سازوکاری گامی در جهت واگرایی و برتری‌جویی در روابط بین‌المللی محسوب می‌شود».^۲ علاوه بر این، صدور قرار منع اقامه یا پیگیری دعوی از سوی دادگاه‌های ایران با یک مانع حقوقی جدی روبروست. با این توضیح که ماده ۹۷۱ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «دعاوی از حیث صلاحیت محاکم و قوانین راجعه به اصول محاکمات تابع قانون محلی خواهد بود که در آنجا اقامه می‌شود. مطرح بودن همان دعوی در محکمه اجنبی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود». طبق عبارات اخیر این ماده، ایراد امر مطروحه در دعاوی بین‌المللی مورد پذیرش قانون‌گذار ایران نیست. به عبارت دیگر، حتی اگر دادگاه خارجی سبق رسیدگی به همان اختلاف را دارد، دادگاه ایرانی ملزم به عدول از صلاحیت خود به نفع دادگاه دارای سبق رسیدگی نیست. از این رو، می‌توان گفت در فرض اقامه دعاوی موازی در دادگاه ایران و دادگاه کشور دیگر، قانون‌گذار ایران به‌جای مقابله با دادرسی موازی، گزینه «بی‌اعتنایی یا عدم عکس‌العمل»^۳ را انتخاب کرده است. به نظر می‌رسد مبنای این ماده این است که صلاحیت قضایی، جلوه‌ای از اعمال حاکمیت هر کشور است و قانون‌گذار هر کشور مختار است قواعد صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌های خود را تعیین کند؛ لذا اجازه دخالت در رسیدگی قضایی دادگاه‌های کشورهای دیگر وجود ندارد. بنابراین، از رویکرد قانون‌گذار ایران می‌توان استنباط کرد که در حقوق ایران مبنایی

۱. مواد ۱۱ تا ۲۵ از قانون آیین دادرسی مدنی.

۲. مقصودی، رضا. **موانع اعمال صلاحیت در حقوق بین الملل خصوصی**. حقوق خصوصی، ۱۳۹۱، شماره ۱، ص ۱۱۵.

۳. Do nothing

برای مطالعه درباره این مفهوم ر ک:

George, J. "International Parallel Litigation - A Survey of Current Conventions and Model Laws". *Texas International Law Journal*, 3(2002): 502-503

همچنین ر ک: مقصودی، رضا. **دادرسی موازی در دعاوی بین‌المللی**. مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۳، شماره ۲، ص ۵۸۵.

وجود ندارد که دادگاه ایران بتواند قرار منع دعوی صادر کند تا طرف دعوا را از اقامه یا پیگیری دعوای موازی در کشور دیگر منع کند، زیرا طبق ماده مذکور، بدون توجه به دعوای موازی که در دادگاه کشور دیگری اقامه شده است، دادگاه ایران موظف است به رسیدگی خود ادامه دهد. با این حال، باید در نظر داشت که رویکرد بی‌اعتنایی به دادرسی موازی پاسخ‌گوی نیاز طرفین قراردادهای خصوصی بین‌المللی و مقتضیات تجارت بین‌المللی نیست. این رویکرد، طرفین اختلاف را به خرید دادگاه^۱ تشویق می‌کند، وقت دادگاه‌ها و طرفین دعوا را تلف می‌کند و همچنین با افزایش هزینه‌های دادرسی به طرفین دعوا زیان می‌رساند. به‌علاوه، چنین رویکردی ممکن است منجر به صدور آرای معارض شود و در نتیجه، هیچ‌کدام از طرفین اختلاف نتواند رأی صادره در دادگاه کشور مقابل را اجرا کند. شاید با توجه به قدمت ماده ۹۷۱ قانون مدنی ایران، وضع چنین قاعده‌ای در آن دوران منطقی بوده، زیرا در آن دوران حاکمیت دولت‌ها مبنای فلسفی وضع قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی بوده است؛ بنابراین، عدم پذیرش ایراد امر مطروحه امری بدیهی تلقی می‌شد و رویکرد قانون‌گذار ایران در زمان وضع این ماده با بسیاری از نظام‌های حقوقی دیگر مشابه بود. اما امروز این رویکرد با رویکرد دیگر کشورها و تحولات حاصل در عرصه بین‌المللی سازگار نیست.^۲ امروزه، در وضع قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حمایت از منافع اشخاص بیشتر مورد توجه است و در همین راستا تحولات قانون‌گذاری هم صورت گرفته است. برای مثال، طبق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایتالیا مصوب ۱۹۴۰، ایراد امر مطروحه در دعوای بین‌المللی مورد پذیرش قانون‌گذار نبود، اما با توجه به تحولات حاصل در عرصه بین‌المللی، قانون‌گذار ایتالیا مقتضیات روابط خصوصی بین‌المللی را مدنظر قرار داده و در ماده ۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی ایتالیا^۳ مصوب ۱۹۹۵، صراحتاً ایراد امر مطروحه در دعوای بین‌المللی را پذیرفته است.^۴

همچنین، با فرض اینکه صلاحیت قضایی بین‌المللی تبلوری از حاکمیت کشور باشد، قرار منع دعوی از این حاکمیت نیز حمایت می‌کند و در نتیجه، قرار منع دعوای صادره از دادگاه ایرانی می‌تواند از حاکمیت ایران حمایت کند؛ با این توضیح که در فرض اقامه دعوی در دادگاه صالح

1. Forum shopping

۲. انصاری، اعظم و کابری، محمدمجد. **ایراد امر مطروحه در دعوای خصوصی بین‌المللی با نگاهی به حقوق ایران**. مجله حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، شماره ۲، ص ۳۱۴.

3. Reform of the Italian System of Private International Law (Law of 31 May 1995, No 218).

۴. انصاری و کابری، پیشین، ص ۳۱۴-۳۰۶.

ایرانی، اگر دادگاه ایران با موردی مواجه شود که مثلاً (الف) خوانده دعوی با هدف عقیم کردن این دعوی اقدام به اقامه دعوی در کشور دیگر کرده و هدفش تنها این بوده است که خواهان دعوی مطرح شده در ایران را آزار دهد و رأی صادره از دادگاه ایران در کشور محل اقامه دعوی دوم شناسایی و اجرا نشود یا (ب) طرفین بر صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ایران برای رسیدگی به اختلاف توافق کردند، اما یکی از طرفین، توافق مزبور را نقض و در دادگاه کشور دیگر که بیشتر منافع او را تأمین می‌کند، دعوی را اقامه کرده یا (ج) دادگاه ایران صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به دعوا دارد، اما یکی از طرفین اختلاف، دعوی را در دادگاه کشور دیگری مطرح کرده است، اگر صلاحیت قضایی بین‌المللی تبلوری از حاکمیت کشور باشد، آیا در موارد پیش‌گفته به حاکمیت ایران تجاوز نشده است؟ در تمام این موارد اگر دادگاه ایران علیه طرف دعوی در دادگاه خارجی، قرار منع دعوی صادر کند تا او را از اقامه یا پیگیری دعوی در کشور خارجی منع کند، آیا از حاکمیت کشور خود حمایت نمی‌کند؟ همچنین، قرار منع دعوی از دادرسی موازی و عواقب نامطلوب آن جلوگیری می‌کند. دادرسی موازی مشکلی جدی و مشهود در مباحث بین‌الملل خصوصی در دوران معاصر است. بروز دادرسی موازی گاهی منجر به این می‌شود که هیچ‌کدام از طرفین اختلاف به نتیجه نرسد و نتواند رأی صادره به نفع خود را در دادگاه کشور مقابل اجرا کند. با چنین پدیده نامطلوبی باید مبارزه کرد، زیرا هدف از وضع قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حمایت از حقوق اشخاص در ماورای مرزهاست که نادیده گرفتن دعوی موازی مطرح شده در کشور دیگر این هدف را ناکام می‌گذارد. در حال حاضر، باید از دخالت مفاهیمی مانند حاکمیت کشور در روابط خصوصی بین‌المللی خودداری شود و رویکرد حقوق ایران در خصوص قرار منع دعوی باید با توجه به منافع افراد در عرصه بین‌المللی و مزایای این قرار مشخص شود.

با توجه به مزایای قرار منع دعوی و ناکارآمدی ناشی از تفسیر پیش‌گفته از ماده ۹۷۱ قانون مدنی، می‌توان به گونه دیگری به این ماده نگریست؛ با این توضیح که ماده مذکور تنها به این نکته اشاره دارد که اگر دادگاه ایران، خود را صالح به رسیدگی به دعوا دانست، توجهی به صلاحیت دادگاه خارجی ندارد و بر صلاحیت خود اصرار می‌ورزد. بنابراین، صدور قرار منع اقامه دعوا، در راستای این ماده و تأیید صلاحیت دادگاه ایرانی است. به عبارت دیگر، وقتی دادگاه

ایران، صلاحیت دادگاه خارجی را مانع صلاحیت خود نمی‌بیند، منطقی است که صدور قرار منع اقامه دعوا، هم‌سو با حکم ماده ۹۷۱ قانون مدنی باشد. از این رو، می‌توان گفت حداقل در موردی که دادگاه ایران صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به اختلاف دارد (خواه صلاحیت انحصاری بر مبنای حکم قانون باشد یا بر مبنای توافق طرفین بر صلاحیت دادگاه‌های ایران) نباید ماده ۹۷۱ قانون مدنی را مانع صدور قرار منع دعوی دانست و دادگاه‌های ایران باید بتوانند از صلاحیت انحصاری خود دفاع کنند. همچنین، از مواد ۳۱۰، ۳۱۵ و ۳۱۶^۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در باب دستور موقت، می‌توان امکان صدور قرار منع اقامه دعوا را استنباط کرد. توضیح اینکه هرچند رویه قضایی و عادت تفسیری دکترین، به دلیل وضع موجود و عدم طرح چنین درخواست‌هایی در محاکم بر این بوده که مصادیق دستور موقت را در اموری مانند عدم انتقال ملک، عدم انجام کار مشخص، ادامه کار و نظایر آن‌ها در روابط داخلی بدانند، ولی متن مواد و ظرفیت حقوقی آن، هرگز در چنین مصادیقی محصور نیست و دلیلی هم ندارد متن را همیشه منبعث از نویسنده بدانیم یا بر اساس رویکرد تاریخی عمل کنیم و به زمان تشریع قانون و مصادیق شایع آن برگردیم. اساساً تفسیر تاریخی اگر به معنای محصور شدن در مصادیق پیشین و عدم تحرک رویه قضایی باشد، جز اینکه مانع توسعه حقوق می‌شود، نتیجه‌ای ندارد. نوشته مقنن، بعد از تصویب، از او مستقل می‌شود و همانند هر پدیده حقوقی باید بر اساس عرف رایج و نیازهای موجود تفسیر شود. یکی از فلاسفه در بحث نقد ادبی، با این شیوه که باید به نظر «مؤلف» متن پی برد، به شدت مخالف است و از اصطلاح «مرگ مؤلف» یاد می‌کند. به باور او، از میان «نویسنده»، «متن» و «خواننده»، باید به دو مورد اخیر «متن و خواننده» توجه کرد و در این میان نیز تقدم با «متن» است.^۲ بدین‌سان، هرچند صراحتی در صدور قرار منع اقامه دعوی وجود ندارد، ممنوعیتی صریح نیز برای آن نیست و اطلاق و عموم مقررات مربوط به دستور موقت، از جمله عبارت «منع از امری» مذکور در ماده ۳۱۶ قانون پیش‌گفته، با رعایت شرایطی مانند آنچه در باب توافق طرفین برای تعیین دادگاه و قصد آزار بیان شد، صدور چنین قرار را

۱. ماده ۳۱۰: «در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، دادگاه به درخواست ذی‌نفع برابر مواد زیر دستور موقت صادر می‌کند». ماده ۳۱۵: «تشخیص فوری بودن موضوع درخواست با دادگاهی می‌باشد که صلاحیت رسیدگی به درخواست را دارد». ماده ۳۱۶: «دستور موقت ممکن است دایر بر توقیف مال یا انجام عمل یا منع از امری باشد».

2. Barthes, R, *The Death of the Author*, London, Fontana Publication, 1977, p. 143.

تجویز می‌کند. به بیان دیگر، به نظر می‌رسد تعریف ماده ۳۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی از دستور موقت «منع از امری»، بر چنین اقدامی (صدور قرار منع دعوی) صادق است، زیرا هم جهت معقول دارد و هم خطاب به طرفی است که دعوای موازی اقامه کرده یا قصد اقامه آن را دارد، بدون اینکه با حاکمیت کشور خارجی مخالفت کرده باشد. البته، برای اینکه قرار منع دعوی مؤثر باشد، باید ضمانت اجرا برای عدم متابعت از آن پیش‌بینی شده باشد. بنابراین، پیشنهاد می‌شود که محاکم ایران همراه با صدور قرار منع دعوی در قالب دستور موقت، ضمانت اجرای عدم متابعت از آن را به صورت جریمه نقدی تعیین کنند. در خصوص ضمانت اجرای تعیین جریمه نقدی برای اجرای دستور دادگاه می‌توان به تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ استناد کرد که مقرر می‌دارد: «در صورتی که انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن نباشد، مطابق ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی انجام خواهد شد» و ماده ۷۲۹ مذکور بیان می‌دارد: «در موردی که موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز بوسیله شخص متعهد ممکن نیست، دادگاه می‌تواند بدخواست متعهدله در حکم راجع باصل دعوی یا پس از صدور حکم مدت و مبلغی را معین نماید که اگر محکوم‌علیه مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند، مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکوم‌له بپردازد». هرچند تبصره ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی به ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ (منسوخ) ارجاع داده است، ولی در واقع حکم آن ماده در تبصره مذکور تکرار شده است و مستقل از ماده ۷۲۹ تلقی می‌شود.^۱ بنابراین، در اموری که مباشرت شخص در آن شرط است، به این جهت که منطقاً هر قاعده‌ای باید ضمانت اجرایی داشته باشد، تفسیر تبصره مذکور و استفاده از آن برای چنین دستوری (قرار منع دعوی) بایسته است. در هر حال، باید اذعان کرد این ضمانت اجرا تنها زمانی مؤثر خواهد بود که مخاطب قرار منع دعوی اموالی در ایران داشته باشد تا در صورت عدم متابعت از قرار منع صادره از سوی دادگاه ایران بتوان مبلغ جریمه نقدی تعیین‌شده را از محل این اموال به دست آورد.

۱. در خصوص دیدگاه طرفدار عدم نسخ قاعده مندرج در ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ رجوع کنید به به: خدابخشی، عبدالله، **تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری**، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۸، ص ۱۶۵.

نتیجه گیری

قرار منع دعوی برای مقابله با دادرسی موازی و نتایج نامطلوب آن از سوی دادگاه‌های کشورهای خانواده حقوقی کامن‌لا استفاده می‌شود. دادگاه‌های کامن‌لا با ادعای اینکه مخاطب قرار منع دعوی، خواهان دعوی است که با سوءنیت و با هدف آزار طرف مقابل در دادگاه خارجی دعوی موازی مطرح کرده و دادگاه خارجی نیست، صدور این قرار را توجیه می‌کنند. حتی اگر چنین ادعایی پذیرفته شود، برخی آثار نامطلوب این قرار انکارناپذیر است و منجر به این می‌شود که طرف دعوی نتواند در دادگاه خارجی دعوی خود را اقامه کند و اگر آن را اقامه کرده باشد، به‌ناچار باید آن را رها کند. دخالت چنین قرار در رسیدگی دادگاه خارجی و تجاوز به صلاحیت آن آشکار است، لذا کشورهای خانواده حقوقی رومی‌ژرمنی صدور قرار منع دعوی را مخالف با نزاکت بین‌المللی می‌دانند و با شک و تردید به این‌گونه قرارها می‌نگرند. البته، در سال‌های اخیر تغییر رویکرد در این زمینه در برخی نظام‌های حقوقی رخ داده است. مقاله حاضر رویکرد برخی از نظام‌های حقوقی را در این زمینه بررسی می‌کند و نشان می‌دهد که در نظام حقوقی اتحادیه اروپا، بر مبنای اعتماد متقابل میان کشورهای عضو این اتحادیه، دادگاه یک کشور عضو مجاز نیست قرار منع دعوی علیه طرف دعوی در دادگاه کشور عضو دیگر صادر کند. البته، نظام حقوقی اتحادیه اروپا، دادگاه‌های کشورهای عضو اتحادیه را از صدور قرار منع دعوی علیه طرف دعوی در دادگاه کشور ثالث منع نمی‌کند. در حقوق چین، برخی دادگاه‌های چینی به‌صورت جسورانه و حتی بدون مستند قانونی صریح، قرار منع دعوی صادر کرده‌اند. به نظر می‌رسد دادگاه‌های چین قرار منع دعوی را ابزار مؤثری برای دفاع از صلاحیت خود می‌دانند. همچنین با توجه به حجم مبادلات تجاری زیاد شرکت‌های چینی در عرصه بین‌المللی، به‌ویژه در حوزه تلفن همراه و رایانه و صنایع مرتبط و تلاش چین برای افزایش این مبادلات، بدیهی است که بروز اختلافات تجاری میان این شرکت‌ها و طرف دعوای خارجی بسیار محتمل است و امکان صدور چنین قرار از دادگاه‌های چین می‌تواند در مواردی در جهت حمایت از فعالان تجاری چینی باشد. همچنین به نظر می‌رسد دادگاه‌های چینی به این امر واقف هستند که حتی اگر دادگاه‌های چین قرار منع دعوی صادر نکنند، تضمینی برای عدم صدور چنین قرار از سوی دادگاه‌های سایر کشورها نیست. در هر حال، به نظر می‌رسد صدور قرار منع دعوی از سوی دادگاه‌های چین

احتمال صدور قرار منع دعوی را از سوی سایر کشورها در آینده افزایش می‌دهد. در حقوق ایران، امکان صدور قرار منع دعوی از سوی دادگاه‌های ایران به‌صراحت پیش‌بینی نشده است. مقاله حاضر دو تفسیر متفاوت از ماده ۹۷۱ قانون مدنی ارائه کرد: طبق تفسیر اول، مادام که دادگاه‌های ایران صلاحیت رسیدگی به اختلاف را دارند، آن‌ها موظف هستند به رسیدگی خود ادامه دهند و دعوای موازی را نادیده بگیرند؛ تفسیر دوم که از این ماده ارائه شده، این است که وقتی دادگاه ایران طبق ماده مذکور، صلاحیت دادگاه خارجی را مانع خود نمی‌بیند، منطقی است که صدور قرار منع اقامه دعوا در راستای این ماده و تأیید صلاحیت دادگاه ایرانی است. با صدور قرار منع دعوی، دادگاه ایران از صلاحیت خود برای رسیدگی به دعوا دفاع می‌کند و برای تضمین آینده رأی صادره، از دادرسی موازی جلوگیری می‌کند. به نظر، تفسیر اخیر به مصلحت نزدیک‌تر است؛ چراکه صدور قرار منع دعوی از سوی دادگاه‌های ایران می‌تواند به دادگاه خارجی که دعوای موازی در آن مطرح شده نشان دهد که طرح دعوی در دادگاه خارجی با نقض توافق انحصاری انتخاب دادگاه‌های ایران بوده یا در اصل طبق قانون ایران دادگاه‌های ایران صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به اختلاف دارند. با صدور چنین قرار، دادگاه خارجی ممکن است متقاعد شود که رأیی که در این دعوا صادر خواهد کرد، به دلیل انحصاری بودن صلاحیت دادگاه‌های ایران، در ایران شناسایی و اجرا نخواهد شد و لذا از صلاحیت خود عدول کند و از رسیدگی به دعوا صرف‌نظر کند. از سوی دیگر، رأی نهایی صادره از دادگاه ایران در موضوع اختلاف، در آن دادگاه خارجی قابل شناسایی و اجرا خواهد بود.

منابع

الف) منابع فارسی

۱. انصاری، اعظم و کابری، محمدمجد. ایراد امر مطروحه در دعاوی خصوصی بین‌المللی با نگاهی به حقوق ایران. مجله حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، شماره ۲، صص ۳۰۱-۳۲۱.
۲. خدابخشی، عبدالله، تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۸.
۳. سربازیان، مجید؛ هاشمی، سیدرضا و صالحی، مذکور. (۱۳۹۸). آثار صدور قرار منع اقامه یا پیگیری دعوا در داوری تجاری بین‌المللی. مجله حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، شماره ۲، صص ۳۸۹-۴۱۱.
۴. سربازیان، مجید؛ هاشمی، سیدرضا و صالحی، مذکور. قرار منع اقامه یا پیگیری دعوا صادره از دادگاه‌های ملی در داوری تجاری بین‌المللی. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، شماره ۲۶، صص ۲۱۲-۱۸۵.
۵. شیروی، عبدالحسین. حقوق تطبیقی (ویراست دوم). تهران: سمت، ۱۳۹۴.
۶. مقصودی، رضا. دادرسی موازی در دعاوی بین‌المللی. مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۳، شماره ۲، صص ۵۸۱-۶۰۲.
۷. مقصودی، رضا. موانع اعمال صلاحیت در حقوق بین‌الملل خصوصی. حقوق خصوصی، ۱۳۹۱، شماره اول. صص ۹۷-۱۲۶.

ب) منابع انگلیسی

8. Ambrose, C. "Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?", *International and Comparative Law Quarterly*, 52 (2003).
9. Ansari, A & Kabry, M M. "Lis Pendens in Private International Disputes by Looking at Iranian Law", *Private Law*, 2 (2019). (In Persian)
10. Barthes, R. *The Death of the Author*, London: Fontana Publication, 1977.

11. Buonaiuti, F M. "Lis Alibi Pendens and Related Actions in Civil and Commercial Matters Within the European Judicial Area". *Yearbook of Private International Law*, 11 (2009).
12. Contreras, J. and Eixenberger, M. The Anti-Suit Injunction – a Transnational Remedy for Multi-Jurisdictional Sep Litigation. *Cambridge Handbook of Technical Standardization Law - Patent, Antitrust and Competition Law*, University of Utah College of Law Research Paper No. 209, 2017.
13. Douglas, M. "Anti-Suit Injunctions in Australia". *Melbourne University Law Review* (advance), 41 (2017).
14. Dowers, N. "The Anti-Suit Injunction and the EU: Legal Tradition and Europeanisation in International Private Law". *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2 (2013).
15. Fisher, G. "Anti-Suit Injunctions to Restrain Foreign Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement", *Bond Law Review*, 22 (2010).
16. George, J. "International Parallel Litigation - A Survey of Current Conventions and Model Laws". *Texas International Law Journal*, 37 (2002).
17. Khodabakhshi, A. *Fundamental Distinction between Civil Law & Criminal Law*. Tehran: The SD Institute of Law Research & Study, 2019. (In Persian)
18. Kruger, T. "The Anti-Suit Injunction in European Judicial Space: Turner v Grovit", *International and Comparative Law Quarterly*, 53 (2004).
19. Keyes, M. *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*. Switzerland: Springer International Publishing, 2020.
20. Maghsoudi, R. "Parallel Litigation in International Proceedings", *Comparative Law Review*, 2 (2014). (In Persian)
21. Maghsoudi, R. "The Decline of Jurisdiction in Private International Law", *Private Law*, 1(2012). (In Persian)
22. McLachlan, C. *Lis Pendens in International Litigation*. Leiden/Boston: MartinusNijhoff Publishers, 2009.
23. Sarbazian, M, Hashemi, S R. & Salehi, M. "Effects of Anti-Suit Injunction in International Commercial Arbitration", *Private Law*, 2 (2019). (In Persian)
24. Sarbazian, M, Hashemi, S R. & Salehi, M. "anti-suit injunction issued from national courts in international commercial arbitration", *Private Law Research*, 26 (2019). (In Persian)

25. Shiravi, A. Comparative Law. Second Edition, Tehran: Samt, 2015. (In Persian)
26. Tang, Z. S. *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*. New York: Routledge, 2014.
27. Vertigan, E. K. "Foreign Antisuit Injunctions: Taking a Lesson from the Act of State Doctrine", *The George Washington Law Review*, 76 (2007).
28. Wilson, E. M, "Let Go of that Case - British Anti-Suit Injunctions against Brussels Convention Members", *Cornell International Law Journal*, 36 (2003).

منابع الکترونیکی

29. Mundi, J. **Anti-suit injunctions after Brexit**, 2021. available at: <https://blog.jusmundi.com/anti-suit-injunctions-after-brexite/>, last visited 17 June 2022.
30. Riehn, C; Schubert, A; Mewes, L. 2017. **The Enforcement of Jurisdiction after Brexit**, 2017. available at: <http://cutt.us/FS48k>, last visited 17 June 2022.
31. Stacher, M. **International Antisuit Injunctions: Enjoining Foreign Litigations and Arbitrations - Beholding the System from Outside**, Cornell Law School Graduate Student Papers, 2005. available at: https://scholarship.law.cornell.edu/lps_papers/8, last visited 17 June 2022.
32. Tang, Z S. **Anti-Suit Injunction Issued in China: Comity, Pragmatism and Rule of Law**, 2020. available at: <https://conflictoflaws.net/2020/anti-suit-injunction-issued-in-china-comity-pragmatism-and-rule-of-law/>, last visited 17 June 2022.
33. Teitz, L E. **Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation**, *Roger Williams University Law Review*, 2004, available at: <https://ssrn.com/abstract=3592497>, last visited 17 June 2022.

واکاوی نظریه‌های اجتماعی مؤثر در بروز قتل‌های سریالی

(مقاله علمی-پژوهشی)

فرزین افروز*

امیررضا محمودی**

وحید زارعی شریف***

طیبه قدرتی****

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۲۰

چکیده

پیشرفت و توسعه در هر کشوری در بستر برقراری حس امنیت در مردم آن جامعه میسر می‌شود. میزان و کیفیت وقوع جرائم، یکی از مهم‌ترین عوامل کاهش احساس امنیت و پیامدهای سوء اجتماعی آن محسوب می‌شود. قتل عمد به‌ویژه قتل‌های سریالی، هرچند عمدتاً کم به وقوع می‌پیوندد، یکی از مؤثرترین جرائمی است که باعث احساس ناامنی در افکار عمومی می‌شود و تأثیر مخرب بسیار گسترده و طولانی در جامعه می‌گذارد. طی سال‌های اخیر، کشور ما نیز هر از چند گاهی شاهد قتل‌های سریالی بوده که بر آرامش جامعه تأثیر منفی گذاشته و امنیت عمومی را مختل کرده است. با توجه به آمار وقوع چنین جرائمی و روند روبه‌رشد این نمونه قتل‌ها در کشور، الزام به ریشه‌یابی دقیق در خصوص دلایل مختلف ارتکاب چنین جرائمی ضروری است. اما متأسفانه به دلایل مختلفی از جمله جریحه‌دار شدن احساسات و فشار افکار عمومی در جهت مجازات سریع قاتل، این مهم مغفول واقع شده است؛ به‌طوری که همه دستگاه‌های ذی‌ربط سعی کرده‌اند تا با مجازات قاتل سریالی، بخشی از آلام و دردهای خانواده‌های قربانیان و جامعه را تسکین دهند. بر همین اساس، ضرورت ایجاد می‌کند تلاش‌های مختلفی برای بررسی این پدیده از سوی دانشمندان علوم مرتبط صورت پذیرد تا جنبه‌های مجهول علل وقوع چنین جرائمی از ابعاد اجتماعی تحلیل شود.

کلید واژگان:

قتل‌های سریالی، علل وقوع قتل‌های سریالی، نظریه‌های اجتماعی، نظریه‌های اجتماعی مؤثر بر قتل‌های سریالی.

* دانشجوی دکتری رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی لاهیجان، گیلان
Farzin.afrooz@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی لاهیجان، گیلان، ایران. (نویسنده مسئول).
Amirreza.mahmodi@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی لاهیجان، گیلان، ایران.
Dr.zsharif@gmail.com

**** استادیار گروه حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی لاهیجان، گیلان، ایران.
Ghodrati.t@gmail.com

مقدمه

قتل سریالی، یکی از معضلات حاد اجتماعی است که برای مدتی حتی کوتاه، موجبات سلب و کاهش امنیت ذهنی و روانی جامعه را فراهم می‌سازد؛ به‌طوری که هر یک از افراد جامعه ممکن است خود را بزه‌دیده بالقوه این‌گونه قتل‌ها به شمار آورد. با این حال، جهت جلوگیری از بروز چنین احساساتی در افکار عمومی، شناخت جامع‌تر این پدیده می‌تواند بستر را برای پیشگیری از وقوع آن و نیز مقابله با مرتکبان آن و همچنین حمایت بیشتر از بزه‌دیدگان آن مساعد سازد. ضرورت دیگری که درباره قتل‌های سریالی مطرح می‌شود، دامنه تأثیر منفی آن‌ها بر ساختار و روابط و تعاملات میان افراد است. از آنجا که امنیت، به‌ویژه در بُعد ذهنی و روانی، مهم‌ترین مؤلفه لازم برای توسعه و رشد اجتماعی همه‌جانبه است، ترس و هراس فزاینده از پدیده‌های هولناکی چون قتل‌های سریالی مانعی بر سر راه استقرار توسعه و رشد همه‌جانبه اجتماع محسوب می‌شود. بنابراین، مبارزه با جرم و کج‌روی‌های اجتماعی، خاصه جرائم خشن نظیر قتل سریالی، منوط به شناخت عوامل جرم‌زا است که با از بین بردن آن‌ها یا کاستن تأثیرات آن‌ها می‌تواند از بروز چنین جرائمی پیشگیری کند.

مسئله قتل‌های سریالی به دلیل ماهیت هیجانی و مرموز آن، بیشتر دارای ارزش رسانه‌ای بوده است و به همین دلیل، از تحلیل‌های واقعی و معیارهای علمی به دور مانده است؛ لذا تجزیه و تحلیل این پدیده مذموم، باید از تمام ابعاد صورت گیرد و انگیزه‌های اصلی متهمان با مطالعات دقیق علمی شناسایی شود. در این راستا، در کشور ما به موضوع قتل‌های سریالی، با توجه به اینکه آمار کمتری در مقایسه با سایر کشورها دارد، بسیار اندک پرداخته شده و تحقیقات جنایی مستقیمی صورت نگرفته است و عمده تحقیقات، مربوط به جوامع غربی است. بنابراین، در این مقاله ما با روش کیفی به دنبال واکاوی نظریه‌های اجتماعی مؤثر در بروز قتل‌های سریالی هستیم. نظریه‌هایی که به‌صورت پیش‌فرض درصدد ارائه اطلاعاتی است که متخصصان امر با مطالعه آن‌ها به‌راحتی می‌توانند مقاصد موجود در بروز چنین قتل‌هایی را شناسایی کنند؛ چراکه داشتن اطلاعات علمی درباره ملاحظات از این دست، امکان رفتار درست در مقابل چنین پدیده‌هایی را میسر می‌کند.

در این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی قتل‌های سریالی، قاتلان قتل‌های سریالی و چگونگی پیدایش آن‌ها، نظریه‌های اجتماعی مؤثر بر قتل‌های سریالی از قبیل: نظریه‌های ساختار اجتماعی- عملکرد اجتماعی، نظریه خنثی‌سازی، نظریه کنترل اجتماعی، نظریه مهار، نظریه تقبیح، نظریه انتخاب عقلانی، نظریه خویش‌داری و نظریه پیوند اجتماعی، مطالعه شده است.

۱. قتل‌های سریالی

از نظر مفهوم شناسی، قتل سریالی در میان هیچ‌کدام از محققان به میزان کارشناسان پلیس فدرال آمریکا^۱ دغدغه و محل توجه نبوده است. در تعریفی کلی، قتل سریالی را می‌توان به قتل غیرقانونی و عمدی سه نفر یا بیشتر به‌دست مجرم واحد یا مجرمان متعدد، طی وقایع و دفعات جداگانه و با انگیزه‌های شخصی عنوان کرد. در این میان، «رسلر»^۲ در سال ۱۹۹۸، قتل سریالی را تعداد سه یا بیشتر از قتل واحد، همراه با یک دوره فروکشی عاطفی بین قتل‌های ارتكابی در مکان‌های مختلف تعریف کرده است. «جان داگلاس»^۳، دانشمند علوم رفتاری پلیس فدرال آمریکا، قتل سریالی را این‌گونه تعریف می‌کند: «قتل‌هایی که حداقل در سه وهله/اتفاق می‌افتند؛ یک دوره فروکشی عاطفی بین هر واقعه قتل وجود دارد و هر واقعه از لحاظ احساسی متمایز است» (فرزانه، فروتن، ۱۳۹۴، ۵-۶).

ارکان قتل سریالی علی‌رغم اختلاف‌نظرهای فراوان در تعریف قتل سریالی، عناصر زمان، تعداد قربانیان و انگیزه است. زمان مهم‌ترین عنصر متمایزکننده انواع مختلف قتل‌ها است؛ به‌طوری که نه آسیب‌شناسی روانی مجرم، نه شیوه کار او، نه تجاوز جنسی به قربانیان، به اندازه تفاوت در شرایط فاصله زمانی بین قتل‌ها یک عامل عینی و معنی‌دار نیستند، بلکه زمان، پنجره‌ای را در خصوص آسیب‌شناسی روانی مجرم، خصوصاً انگیزه وی به روی ما باز می‌کند. جهت تحقق قتل سریالی ضرورت دارد که قتل‌ها در دفعات و وقایع جداگانه رخ داده باشند که این شرط قتل سریالی را از سایر قتل‌ها به‌ویژه قتل‌های دسته‌جمعی جدا می‌کند. علمای جرم‌شناسی بر سر طول ارتکاب قتل‌ها، یعنی میزان حداقل و حداکثر زمان ادامه قتل‌ها

1. F.B.I

2. Robert K Ressler

3. John E Douglas

اختلاف نظر دارند. برخی مانند «هولمز»^۱ ارتکاب قتل‌ها را به فاصله زمانی حداقل سی روز شرط می‌دانند، اما در مقابل، برخی دیگر زمان را شرط نمی‌دانند. نظر مشهور این است که نباید وقوع قتل‌ها را به فاصله زمانی معین محدود کرد، زیرا محدود کردن قتل‌ها به مدت زمان محدود و معین، مانع از این است که عنوان قتل سریالی بر بسیاری از قتل‌های متعدد صدق کند که همگی دارای شرایط قتل سریالی هستند؛ بنابراین، فاصله زمانی میان قتل‌ها نمی‌تواند شامل روزها، هفته، ماه‌ها و سال‌ها باشد (غلاملو، ۱۳۸۹، ۱۶).

آنچه تا به امروز از شناخت قاتلان سریالی به دست آمده، این است که آن‌ها تا وقتی دستگیر نشوند، به قتل‌هایشان ادامه خواهند داد. به نظر می‌رسد دو متغیر زمان و تعداد حداقل قربانیان به ما کمک می‌کند تا قاتلانی را که در طول زمان به تکرار مرتکب می‌شوند و از قتل افرادی که قتل آن را نه به هدف خود قتل، بلکه به مثابه وسیله‌ای برای رسیدن به سایر اهداف مرتکب می‌شوند، متمایز کنیم (غلاملو، ۱۳۸۹، ۱۷).

در قاتلان سریالی به ندرت مشاهده شده است که انگیزه اصلی خود را برای ارتکاب چنین بزه‌ای انگیزه^۲ مالی بیان کنند، اما بعضی از قاتلان قتل‌های سریالی هنگام بازجویی به دلیل ممانعت از بیان انگیزه اصلی خود، بحث مالی را پیش می‌کشند. اکثر این قاتلان سریالی که انگیزه مالی را مطرح می‌کنند، زنان هستند. بر اساس تحقیقات صورت گرفته، انگیزه‌های متفاوتی برای قاتلان زن سریالی گزارش شده است. از اصلی‌ترین انگیزه‌هایی که برای زنان قاتل قتل‌های سریالی گزارش شده، انگیزه مالی است؛ به طوری که بیش از ۴۰ درصد از این زنان انگیزه خود از قتل‌های سریالی را منافع مالی معرفی کرده‌اند (قنبری، ۱۳۹۴، ۲۶).

پی بردن به اختلال شخصیتی و شناسایی آن، امری دشوار است. اکثر افراد دچار این اختلالات، علائم آشکاری از خود بروز نمی‌دهند. اختلال شخصیتی، مرموز و اغلب همچون برخی از خصوصیات افراد نمایان می‌شود. شایع‌ترین اختلال شخصیتی مرتبط با قاتلان سریالی، اختلال شخصیت ضداجتماعی است؛ به طوری که یک جرم اعم از اینکه کاملاً برنامه‌ریزی شده باشد یا بی‌اختیار و بی‌اراده بوده باشد، نمی‌تواند صرفاً حاصل خیال‌پردازی و اجبار مجرم در ارتکاب آن باشد، بلکه آن را باید ابتدائاً ناشی از شخصیت او دانست. بنابراین، شخصیت، یک

1. Ronald Holmes

2. Motive

متغیر مؤثر بین زندگی شخصی قاتل و مسیری محسوب می‌شود که جرم ارتکاب یافته است (رحیمی نژاد، ۱۳۸۸، ۳۶-۳۷).

افرادی که شخصیت‌های سالم و متعارفی دارند، هنگامی که دچار آشفتگی آشکار می‌شوند، زندگی خود را در یک اسلوب منظم پیش می‌برند. چنین افرادی وقتی مرتکب جرم می‌شوند، اعمالشان را با برنامه‌ریزی و منطق انجام می‌دهند. برای مثال، اگر در چنین اشخاصی اجبار به کشتن پدیدار شود، احتمالاً ارتکاب قتل را بر مبنای روشی منظم انجام خواهند داد. هدایت به ارتکاب جرم، حاصل اجبار درونی است که با زندگی تخیل‌بار مجرم تغذیه می‌شود. از آنجا که اغلب جهت فرار از دست مجریان قانون برنامه‌ریزی جامع ضروری است، درک این مطلب ساده خواهد بود؛ چراکه اغلب بزهکاران مانند قاتلان سریالی به‌طور معمول دچار بیماری روانی عمده‌ای نیستند که مانع اختلال و بی‌سامانی افکارشان شود؛ لذا اختلالات شخصیتی، بیماری‌های روانی و انگیزه‌های قاتل در انتخاب قربانی و مرتکب چندین قتل شدن مؤثر است (قنبری، ۱۳۹۴، ۲۷-۲۸).

۲. قاتلان قتل‌های سریالی و چگونگی پیدایش این نوع قاتلان

عاملان قتل‌های سریالی از مخوف‌ترین و وحشتناک‌ترین چهره‌های بشری به شمار می‌روند. قربانیان آن‌ها به‌طور پیوسته در هر گوشه و کناری یافت می‌شوند؛ به‌طوری که در این میان قاتلان مرد، در مقایسه با قاتلان زن، معمولاً از خشونت بیشتری برای کشتن قربانیان استفاده می‌کنند. این در حالی است که روش و انگیزه‌های زنان قاتل سریالی به‌گونه‌ای است که باعث مخفی ماندن این پدیده شوم از دید مردم و مسئولان می‌شود. البته در این میان هم قاتلانی یافت می‌شوند که برای رسیدن به اهداف، به‌طور گروهی کار می‌کنند و از همتای زن یا مرد در ارتکاب اعمال خود مساعدت می‌گیرند. بنابراین، هرکدام از قاتلان قتل‌های سریالی دارای ویژگی‌ها و روش‌های خاص در مقایسه با دیگر قاتلان هستند (فلاح‌داری، عابد، ۱۳۹۶، ۲).

در میان قاتلان قتل‌های سریالی جهان، مردانی یافت می‌شوند که به‌منظور تسلط و لذت‌جویی، بدون توجه به زندگی دیگران و احترام به حق حیات آن‌ها، اقدام به قتل می‌کنند. این قاتلان نیم‌رخ شورو و خبیث از جزوی از بشریت به‌حساب می‌آیند. بر همین اساس، محققان جرم‌شناس تلاش خود را در جهت علت‌یابی و شناسایی ویژگی‌های این نوع افراد به کار گرفته‌اند. به همین دلیل، در مطالعات خود به این نتیجه رسیده‌اند که مردان، قربانیان خود را با

خشونت بیشتری به قتل می‌رسانند و ضرب و شتم قربانیان ناتوان به‌دست آنان هیچ حدودمرزی ندارد. برخی از آن‌ها قبل از به دام انداختن قربانی یا بلافاصله بعد از آن، با قربانی روابط جنسی برقرار می‌کنند؛ در حالی که برخی دیگر هیچ‌گونه رابطه جنسی با قربانی ندارند. با توجه به اینکه تاکنون اطلاعات بسیار کمی از انگیزه واقعی زندگی و شخصیت آن‌ها در دست است، به‌طور قطع نمی‌توان مشخص کرد که چه کسی اولین قاتل سریالی مرد دنیا بوده است.^۱

معمولاً تعداد قربانیان قاتلان مرد در مقایسه با قاتلان زن بیشتر است. البته، از میان قربانیان آن‌ها، زنان و کودکان ضعیف که قدرت دفاع از خود را ندارند، بزرگ‌ترین گروه را تشکیل می‌دهند. در اکثر موارد، زنان و کودکان به دام آن‌ها می‌افتند و مردان کمتر خودشان را در معرض قربانی شدن قرار می‌دهند؛ بدین معنا که بعضی از زنان خودشان سبب قربانی شدن می‌شوند و معمولاً به‌گونه‌ای رفتار می‌کنند که همیشه به چشم یک قربانی به آن‌ها نگاه می‌شود. مثلاً فاحشه‌ها که قربانیان جرائم جنسی تلقی می‌شوند، به دلیل حضورشان در مکان‌های جرم‌زا و پایین شهر، همیشه در معرض قربانی شدن هستند و خودشان به‌طور غیرمستقیم در قربانی شدن کمک می‌کنند.

عده‌ای بر این باورند که قربانیان قاتلان سریالی مرد، تنها زنان جامعه محسوب می‌شوند، اما صرفاً زنان قربانیان قاتلان سریالی مرد محسوب نمی‌شوند. این قاتلان نیز به‌طور متناوب، کودکان را نیز قربانی هجوم خود قرار می‌دهند. به زبان ساده، بیشتر افراد ضعیف جامعه، طعمه و قربانی می‌شوند؛ چراکه هرگز افراد قوی، طعمه انتخاب نمی‌شوند. قاتلان سریالی مرد، بر اساس نیازها و توانایی‌هایی که در خود دیده و کشف می‌کنند، انواع قربانیان را برمی‌گزینند و به قتل می‌رسانند (فلاح‌تداری، عابد، ۱۳۹۶، ۴-۵).

در قلمرو جرم‌شناسی، مخصوصاً زمانی که صحبت از جرائم خشونت‌آمیزی همانند قتل و تجاوز می‌شود، اغلب تمرکز و تأکید بر مجرمان مرد می‌رود؛ چراکه اصالتاً جرم‌شناسی نیز علم اجتماعی متمایل به مردان است. همچنین، به علت توجه بیش از حد عامه مردم به بزه‌کاران مرد، مجرمان زن به‌ندرت در جامعه دیده و شناخته شده‌اند؛ به‌طوری که آمار و ارقام موجود، یقیناً این نکته را تأیید می‌کند. اما در قرن بیستم، شاهد رشد چشمگیر و فزاینده جرائم سنگین از سوی زنان

۱. اولین قاتل سریالی مردی که در ایران ایجاد رعب و وحشتی عظیم کرد و تا حدودی او را اولین قاتل سریالی مرد ایران می‌شناسند، علی‌اصغر قاتل، بامیه‌فروش بود که ۲۳ کودک نورسیده را پس از تجاوز جنسی قطعه‌قطعه کرده و به قتل رسانده است (جهت مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: فلاح‌تداری، عابد، ۱۳۹۶، ۲-۳).

بوده‌ایم. این مطلب خود بیانگر این است که زنان نیز همانند مردان توانایی پرورش توهمات خود را تا آنجایی دارند که بتوانند عامل جرائم خشونت‌بار و جنون‌آمیزی همچون قتل و تجاوز باشند. در هر صورت، هر قدر هم زنان بتوانند عامل جرائم سنگین و خشونت‌بار باشند، شمار مجرمان مرد در مقایسه با مجرمان زن خیلی بیشتر است. این مطلب، آشکار و بدیهی است که بیشتر قتل‌های سریالی را مردان انجام می‌دهند. اما قاتلان سریالی زن، مخصوصاً آن‌هایی که به شکل انفرادی فعالیت می‌کنند، از نظر عموم دیده نمی‌شوند. آن‌ها در عین حال که همانند قاتلان سریالی مرد خطرناک و مهلک‌اند، بسیار آرام و کم سروصدا هستند و مردم به‌ندرت از وجود آن‌ها در میان خود آگاه می‌شوند. همچنین، قاتلان زن در مقایسه با مردان، روش‌ها و انگیزه‌های متفاوتی در انتخاب قربانی و اجرای اهدافشان دارند.

زنان در مقایسه با مردان به‌ندرت بزه‌کار می‌شوند، بلکه آن‌ها بیشتر جزء قربانیان به شمار می‌آیند. اما این بدین معنا نیست که زنان نمی‌توانند دست به ارتکاب جرم بزنند یا اینکه توانایی ارتکاب جرم را ندارند. زنان نیز همانند مردان توانایی ارتکاب جرائمی حتی سنگین‌تر و خشونت‌آمیزتر را دارند. قبلاً، این باور وجود داشت که قاتل سریالی از جنس زن وجود ندارد و چنین تلقی می‌شد که زنان نمی‌توانند عامل قتل‌های سریالی باشند. اما در اواخر قرن بیستم، محققى برجسته به نام «هیکی»^۱ با مطالعات گسترده خود روی شصت‌ودو قاتل سریالی زن آمریکایی از سال ۱۸۰۰ میلادی، به‌طور علمی و آماری به اثبات رساند که زنان هم می‌توانند همانند مردان قاتل قتل‌های سریالی باشند. بر اساس آمارهای ارائه‌شده، تقریباً ۱۰ درصد از شصت‌ودو قاتل سریالی زن آمریکا که در این تحقیقات شناسایی و بررسی شده‌اند، مربوط به سال‌های ۱۸۲۶ تا ۱۸۹۹ بوده‌اند و ۹۰ درصد مابقی از سال ۱۹۰۰ میلادی به بعد ظهور پیدا کرده‌اند.

۳. نظریه اجتماعی مؤثر بر قتل‌های سریالی

۳.۱. نظریه‌های ساختار اجتماعی - عملکرد اجتماعی

این نظریه بر موقعیت اقتصادی افراد در جامعه تأکید می‌کند. بر اساس این نظریه، افراد فقیر بیشتر مرتکب جرم و جنایت می‌شوند؛ به این دلیل که آن‌ها در کسب موقعیت‌های اجتماعی و اقتصادی ناموفق بوده‌اند. به‌ویژه بزه‌کاران که با توجه به نژاد، قومیت یا خرده‌فرهنگ‌هایشان، به

1. Hicky Eric W

طرق مختلف با ابزارهای قانونی از رسیدن به خواسته‌هایشان بازمانده‌اند. در نتیجه، این افراد تصور می‌کنند که از طریق ارتکاب جرم و جنایت می‌توانند به موفقیت دست پیدا کنند. نظریه ساختاری که در بعضی نقاط فهم بهتری در خصوص قتل‌های سریالی ارائه می‌دهد، درباره مسئله شهرسازی است. بر پایه این نظریه، در شهرهای پرجمعیت، قتل‌های شهری یا ناهنجاری‌های اجتماعی، سکونت بیگانگان، مواد مخدر و فقر استمرار دارد. ازدیاد جمعیت، احتمال قربانی شدن فرد را به دلیل نبود شخصیت اجتماعی و برخوردهای مکرر با بیگانگان افزایش می‌دهد (میرحسینی، ۱۳۹۳، ۷۲).

بر اساس نظریه عملکرد اجتماعی رفتار مجرمانه، تابع فرایند، وابسته به اجتماع است و مجموعه‌ای از فعل‌وانفعالات اجتماعی و روان‌شناسانه‌ای را در بر می‌گیرد که مجرم انجام داده است. مجرمان در نتیجه فشارهای طبقه ثروتمند، مشکلات و معضلات خانوادگی، آموزش ضعیف و موقعیت‌های دیگری که آن‌ها را به سمت رفتار مجرمانه سوق می‌دهد، به تکرار جرم روی می‌آورند. نظریه یادگیری اجتماعی، جزئی از نظریه عملکرد اجتماعی است. بر اساس این نظریه، با مطالعه زندگی گذشته قاتلان سریالی، می‌توان رفتار مجرمانه آن‌ها را بررسی کرد. به عبارت دیگر، محققان به تجربیات دوران کودکی به دیده عاملی برای رفتارهای مجرمانه بزهکارانه توجه می‌کنند (میرحسینی، ۱۳۹۳، ۷۳).

با یافته‌های این نظریه، کاملاً مبرهن است که برخی عوامل بیرونی مثل شهرسازی، ثروت، مشکلات و معضلات خانوادگی و مسائلی از این دست، می‌توانند در امکان ارتکاب قتل‌هایی از نوع سریالی دخیل باشند؛ بنابراین، با تمهیداتی تا حد امکان می‌توان از بروز چنین رفتارهایی پیشگیری کرد. برای نمونه، با اصلاح ساختار شهری به‌نوعی می‌توان مسیر ارتکاب سهل این‌گونه بزه‌ها را کاهش داد.

۳.۲. نظریه خنثی‌سازی

در نظریه خنثی‌سازی، «ماتز»^۱ و «سایکس»^۲ به این نتیجه رسیدند: «عملکرد کودکان متخلف که به‌صورت تدریجی بزهکار شده‌اند، به دلیل ماهیت خنثی‌سازی ارزش‌ها و گرایش‌های

1. Divide Matez
2. Gresham Sykes

شخصیتی است.» ماتز اشاره می‌کند: «افراد همیشه مجرم نیستند؛ یعنی افراد، بی‌اراده به سمت رفتارهای غیرقانونی و مجرمانه می‌روند.» مجرمان به‌منظور منطقی جلوه دادن گرایش به سمت رفتارهای مجرمانه و غیرقانونی، ممکن است از تکنیک‌های علمی خنثی‌سازی مانند درد مسئولیت، انکار آسیب‌رسانی و انکار قربانی کردن استفاده کنند.

بررسی‌های رایج درباره رفتارهای قاتلان سریالی نشان داده است که قاتلان معمولاً قبل از اینکه قربانیانشان را به قتل برسانند، آن‌ها را از ارزش‌های انسانی ساقط می‌کنند. این عمل سبب می‌شود که قاتل راحت‌تر قربانی را به قتل برساند، زیرا مجرم یک شخص بی‌نام و بی‌هویت را به قتل می‌رساند تا یک شخص دارای عزت‌نفس (میرحسینی، ۱۳۹۳، ۷۳).

با یافته‌های این نظریه، می‌توان دریافت که با کنترل‌های خاصی در دوران کودکی می‌توان در خصوص همه کودکان جامعه تا حد امکان از بروز بزهکاری‌هایی مثل قتل‌های سریالی جلوگیری کرد؛ چراکه بر اساس این نظریه، ریشه بسیاری از این رفتارها در دوران کودکی قرار گرفته است و چه‌بسا با کنترل آن‌ها در زمان خود بتوان از بروز مشکلات آتی جلوگیری کرد که هزینه‌های اجتماعی و روانی فراوانی دارند.

۳.۳. نظریه کنترل اجتماعی

نظریه‌پردازان کنترل اجتماعی بیان می‌کنند که افراد به دلیل ترس از مجازات، مرتکب جرم و جنایت نمی‌شوند. آن‌ها معتقدند که مجازات می‌تواند همچون مانع در برابر ارتکاب جرم و جنایت عمل کند. با وجود این، مجازاتی مانند مرگ و زندانی‌های طولانی‌مدت، معمولاً نمی‌تواند مانع افراد از ارتکاب جرم شود، زیرا بسیاری از قتل‌ها از نوع احساسی هستند که قاتل قربانیانش را به‌مثابه یک عمل جایگزین به قتل می‌رساند.

این نظریه، در روابط اجتماعی چهارعنصر را بیان می‌کند که برای همه طبقات کاربرد دارد. این چهار عنصر عبارت‌اند از: وابستگی، تعهد، تلاش و اعتقاد. این عناصر سبب می‌شوند تا اشخاص در ارتباطات اجتماعی خود تقویت یا تضعیف شوند. به عقیده هیرشی^۱: «افرادی که به والدین خود وابستگی پایدار دارند، کمتر در معرض ارتکاب جرم قرار می‌گیرند.» در مقایسه با این افراد، بیشتر قاتلان سریالی روابط پایدار و مستحکم با خانواده‌هایشان ندارند و اغلب در نوجوانی

1. Travis Hirschi

ضربه‌های روانی و شکست‌های تدریجی را از جانب یکی یا هر دو والدین متحمل شده‌اند (میرحسینی، ۱۳۹۳، ۷۴). همچنین «ریس»^۱ و «توبی»^۲ آشکارا نقش خانواده را به‌منزله منبع کنترل اجتماعی تصدیق کرده‌اند، اما در مقابل، «اف. ایوان نای»^۳ معتقد است: «پیوند میان خانواده، مهار اجتماعی و سوءرفتار جوانی را ابداع کرده است». به نظر نای، کنترل اجتماعی چهار نمود ظاهری دارد:

- کنترل‌های مستقیم: نظیر تنبیهات و محدودیت‌ها در سطح خانواده؛
 - کنترل‌های غیرمستقیم: نظیر هم‌گرایی عاطفی با والدین خود یا افراد غیر مجرم به‌طور عام؛
 - کنترل‌های درونی نشئت‌گرفته از وجدان فرد؛
 - دسترسی به ابزار مورد نیاز برای برآوردن نیازهای شخصی (افتخاری، ۱۳۸۸، ۲۷۶-۲۷۷).
- با بررسی یافته‌های این نظریه، کاملاً مبرهن است که با اصلاح قوانین و مقررات به‌طوری که از قوانین کیفری و اجرای مجازات بتوان نتایج واقعی و ملموس به دست آورد و همچنین با اعمال روش‌هایی در خصوص معرفی قوانین و آموزش آن‌ها می‌توان ذهنیت افکار عمومی را به سمت قطعی بودن مجازات و اعمال واقعی آن‌ها سوق داد و با این روش‌ها تا حد امکان از بروز بزه‌های خطرناک و مهمی مثل قتل‌های سریالی کاست.

به نظر هیرشی «پیوند عاطفی میان افراد متعارف، عامل بازدارنده مهمی در برابر جرم است». پیوند اجتماعی^۴، برابند مجموعه نیروهای موجود در محیط اجتماعی و فیزیکی پیرامون فرد است که او را به جامعه و قیود اخلاقی آن مرتبط می‌سازد. برای مثال، فقدان پیوستگی با دیگران، فرد را از قیود اخلاقی جامعه رها می‌سازد- مفهومی که ارتباط مستقیم با مسئله بی‌هنجاری «دورکیم»^۵ دارد- اما در قالب فردی و نه در سطح اجتماعی ابراز می‌شود. چنین افرادی انحراف‌پذیر هستند و خارج از قیود اخلاقی جامعه عمل می‌کنند.

بر اساس نظریه مهار اجتماعی هیرشی، پیوندهای ضعیف، بزهکاری را پیش‌بینی نمی‌کند، اما آشکارا آن را ممکن و محتمل می‌سازد. هیرشی پیوند اجتماعی را سدی در برابر تمایل طبیعی بشر به سوءرفتار توصیف می‌کند. جوانان وابسته به نهادهای گوناگون اجتماعی، نظیر خانواده و

1. Albert Riss
2. Javkson Toby
3. F.Ivan Nye
4. Social Bond
5. Divid Emile Durkheim

مدرسه، تمایل کمتری به ارتکاب جرم و اعمال بزهکارانه نشان می‌دهند. پیوند مدنظر هیرشی حاوی چهار عنصر است که تمام آن‌ها با هنجارهای متعارف، قواعد فعالیت‌ها و دیگر عوامل مهم ارتباط دارند. به نظر هیرشی، وابستگی نوعی عاطفه و حساسیت نسبت به اعضای گروه‌های اجتماعی است، بدون وابستگی و جذب. همچنین به نظر وی تعهد به میزان تعلق به هنجارهای متعارف و قواعد اشاره دارد. اقدام، از نظر هیرشی عنصری رفتاری است و سطح فعالیت متعارف را اندازه‌گیری می‌کند. و در نهایت، به نظر هیرشی باور اعتقاد به درستی هنجارها متغیر است (افتخاری، ۱۳۸۸، ۲۸۸-۲۸۹).

۳.۴. نظریه مهار^۱

این نظریه که «والتر، ت، رکلس»^۲، جرم‌شناس آمریکایی مطرح کرده است، بر دو نکته اساسی تأکید دارد: نخست اینکه، یک دسته عوامل به نام عوامل بازدارنده وجود دارند که مانع بروز رفتار مجرمانه می‌شوند. دوم، برحسب اینکه این موانع در فرد ضعیف باشد یا قوی، جرم از قوه به فعلیت می‌رسد یا جرمی به وقوع نمی‌پیوندد. بازدارنده‌ها که سد راه ارتکاب جرم می‌شوند، ممکن است دارای منشأ داخلی یا خارجی باشند. موانع داخلی، نوعی حائل داخلی است که به غرایز و خصوصیات روانی افراد مربوط می‌شود و آن‌ها را در تمایلاتشان به نقص هنجارهای قانونی حفظ می‌کند و نهایتاً مانع نقض قانون می‌شوند. این مانع شاید همان چیزی باشد که در روان‌کاوی «فریاد»^۳ به «خود» تعبیر می‌شود. نیروی «خود»، نقطه تنظیم‌کننده یا نیروی تعادل‌بخش بین «نهاد» و «فراخود» است. هر اندازه عامل تنظیم‌کننده قوی‌تر باشد، بازدارنده‌های داخلی نیز قوی و فرد هنجارگرا می‌شود. موانع خارجی، مربوط به ساختار اجتماعی و محیط و فرد است که معمولاً فرد را به رعایت قانون تشویق می‌کنند. این موانع برحسب جوامع متفاوت است و شامل نهادهایی از قبیل خانواده، مسجد، مدرسه، محله و ... می‌شود. به عبارت بهتر، موانع خارجی، همان عواملی هستند که به کنترل اجتماعی جرم معروف‌اند و در قبال وسوسه‌های ارتکاب جرم مقاومت می‌کنند.

1. Containment Theory

2. Walter, C. R. dckless

3. Sigmund Freud

موانع یادشده در تمام افراد و تمام جوامع قدرت یکسانی ندارند. زمانی که موانع وجود نداشته باشند یا ضعیف باشند، فرد در مقابل خطر ارتکاب جرم، آسیب‌پذیر می‌شود. از طرفی، چنانچه هر دو سیستم بازدارنده، نقش خود را به‌طور قوی و مؤثر ایفا کنند، احتمال وقوع جرم ضعیف است. نکته دیگری که «رکلس» به آن توجه دارد، اهمیت نسبی دو بازدارنده یادشده در پیشگیری از بزهکاری است. وی این امر را با نوع جوامع مرتبط می‌داند. به عقیده وی، ساختار اجتماعی محیط فردی، نفوذ و تأثیر بیشتری دارد؛ مانند جوامع سنتی و مذهبی. موانع خارجی، عامل مهمی برای جلوگیری از عبور به دنیای بزهکاری‌اند، اما در جوامع غربی که مبتنی بر فردگرایی است، نیروی «خود» باید تقویت شود تا شخص مرتکب جرم نشود؛ لذا در این جوامع مانع داخلی مؤثرتر است (بابایی، ۱۳۹۸، ۲۰۶-۲۰۷). بنابراین، با واکاوی این نظریه می‌توان گفت که حاکمیت با تمرکز بر بازدارنده‌ها چه به‌صورت بیرونی و چه به شکل درونی، تا حد امکان می‌تواند از بروز بزه‌هایی مثل قتل سریالی جلوگیری مؤثر به عمل بیاورد.

۳.۵. نظریه تقبیح

بر اساس نظریه تقبیح، زمانی که افراد جامعه رفتارهای یک شخص را ناپسند می‌دانند، این شخص در مقابل آن‌ها واکنش اجتماعی از خود بروز می‌دهد. در نظریه تقبیح، رفتارهای ناپسندجاریه فرایندی در نظر گرفته می‌شود که طی آن، فرد به‌صورت تدریجی از انحراف اولیه، به سمت انحراف ثانویه حرکت می‌کند. نظریه‌پردازان تقبیح مدعی هستند اعمال منحرف‌کننده اصلی که منشأهای مختلف و چشمگیری دارند، انحراف اولیه نامیده می‌شوند و از سوی دیگر، با تقبیح شمردن یک انحراف به‌طور حتم خشم و خصومت در مجرم ایجاد می‌شود و مجرم در قبال این تقبیح واکنش منفی از خود بروز می‌دهد.

آنچه ممکن است مجرم را در مسیر مجرمانه قرار دهد، انواع تقبیحات، آثار آن‌ها و شیوه کاربرد آن‌ها از قبیل شدت، استمرار، فراوانی و نیز میزان توانایی فرد برای مقابله با تقبیح است. به هر حال، بعید است همه قاتلان سریالی به دلیل موقعیت اقتصادی، اجتماعی و نیز به این علت که قاتلان تنها برای جانب‌داری از افراد قدرتمند در جامعه کارایی دارد، مرتکب قتل شوند.

نتیجه بررسی منتقدانه این پدیده روانی این بود که آن‌هایی که برای به کمال رساندن نفسشان سختی‌های زیادی را متحمل شده‌اند نیز در نهایت، واکنش‌های منفی از خود بروز

می‌دهند. از لحاظ روان‌شناسی، استرس و نگرانی از تقبیح ممکن است به‌مثابه ناهنجاری‌های ادراکی شناخته شود که مستلزم اصلاح اشتباهات و برقراری توازن است.

بنابراین، نظریه تقبیح به رفتار قاتلان سریالی مربوط نیست، بلکه به شکل‌گیری فهم قاتل که در نتیجه تجربه پدیده‌های روانی در طول سال‌های شکل‌گیری‌شان به وجود آمده، مرتبط است. قاتلان سریالی، دوره کودکی پیچیده و متفاوتی نسبت به دیگر افراد دارند. برخی از آن‌ها نسبت به سایر کودکان رفتارهای ضداجتماعی بیشتری را در دوران کودکی انجام می‌دادند. این افراد پرخاشگر هستند و کمترین احساس گناه و ندامت را ندارند. با وجود این، ممکن است کودکانی که تبدیل به قاتلان سریالی نمی‌شوند، این‌گونه صفات را دارا باشند (میرحسینی، ۱۳۹۳، ۷۵).

۳.۶. نظریه‌های انتخاب عقلانی

«گری بکر»^۱، مبتکر نظریه اقتصادی و عقلانی جرم است. البته، این ایده مبتنی بر افکار و اندیشه‌های «جرمی بنتام»^۲ در مکتب کلاسیک است. وی عمل مجرمانه را نوعی عمل اقتصادی و عقلانی می‌داند و واکنش اجتماعی را به‌منزله شکلی از سیاست اقتصادی تلقی می‌کند. در نظر وی، مجرم، بیمار تلقی نمی‌شود، بلکه مانند هر فرد دیگری، انسانی است منطقی که بر اساس سود و نفع موجود در عمل مجرمانه اقدام می‌کند.

بکر با توجه به اینکه بزهکار را انسان عادی و منطقی تلقی می‌کند، جرم را نتیجه فرایند همراه با تعقل و مبتنی بر تصمیم‌گیری حساب‌شده قبلی می‌داند. پیشنهاد او در زمینه مقابله با بزهکاری، تقویت اجتماعی واکنش‌های اجتماعی علیه عمل مجرمانه است. در نظریه بکر، همانند نظریه کف نفس، حالت خطرناک صرفاً در حالات افراد مسئول و حسابگر قابل تصور است؛ چراکه افراد فاقد مسئولیت به لحاظ نداشتن تعقل و محاسبه کافی، در چارچوب نظریه‌پردازی بکر قرار نمی‌گیرند. ولی حسن این نظریه در مقایسه با نظریه کف نفس آن است که حالت خطرناک را در باندهای مجرمانه که حرفه آنان، حرف مجرمانه است، قابل تصور می‌داند و شدت مجازات را شیوه مناسبی برای مقابله با این نوع باندهای خطرناک قلمداد می‌کند. بدین ترتیب، مفهوم حالت خطرناک در این نظریه، گرایش و تمایل به ارتکاب عمل مجرمانه با توجه به سودآور بودن

1. Gary Becker

2. Jeremy Bentham

آن پس از انتخاب عقلانی است (بابایی، ۱۳۹۸، ۲۰۸). لذا، توجه به یافته‌های این نظریه مشخص می‌کند که بزه‌هایی مثل قتل‌های سریالی در برخی رفتارها ریشه دارد و برای درک بهتر وقوع چنین بزه‌هایی و حتی یافتن راه‌های پیشگیری از این دست جرائم، شناخت دقیق این رفتارها اهمیت بسیاری می‌یابد.

۳.۷. نظریه خویشتن‌داری^۱

در اواخر قرن بیستم، «مایکل گوتفردسن»^۲، ضمن کار با «هیرشی»، با زیر سؤال بردن اعتبار اعتبار مفهوم «جرم-پیشگی» به طرح دیدگاه جدیدی در عدالت کیفری و مبانی جرم‌شناسی پرداخت. در این زمینه، آن‌ها بسیاری از سیاست‌های معاصر مربوط به کنترل جرم و رویکردهای دخالتي، از جمله سیاست ناتوان‌سازی گزینشی و قانون «سه اعتصاب و اخراج» را به چالش طلبیدند. آن‌ها با نگاهی به نظریه‌های منطقی کلاسیک توضیح دادند که نفع شخصی، انگیزه رفتار انسانی است و گذشته از این، میل عمومی به تأمین لذت و گریز از رنج را بازتاب می‌دهد. آن‌ها همچون نظریه‌پردازان متعارف کنترلی، ریشه‌های رفتار مجرمانه را در تربیت دوران کودکی جست‌وجو می‌کنند. این دیدگاه‌های آغازین، به ادعای گوتفردسن و هیرشی «گویای آن است که برای کنترل رفتار مجرمانه‌ای که کم‌وبیش به‌طور طبیعی وجود دارد، اجتماعی‌سازی یک ضرورت است.» از نظر آن‌ها تمام جرائم و اعمال مشابه، همچون استعمال الکل، سیگار کشیدن، استعمال مواد مخدر، رفتار جنسی غیرقانونی و حتی تصادفات به‌طور جمعی و فردی، لذت‌های کوتاه‌مدت مثل پول، حالت‌های ثانوی هوشیاری، تحریک و هیجان را در نتیجه تلاشی اندک به افراد می‌دهند.

عناصر کلیدی در نظریه خویشتن‌داری روشن و صریح هستند. در این نظریه، مدیریت والدین و شیوه‌های نامناسب تربیت کودک، از ملاحظات اساسی شمرده می‌شوند؛ چراکه خویشتن‌داری از سن هشت‌سالگی در فرد پدید می‌آید. مدیریت مناسب والدین مواردی چون مراقبت و شناسایی رفتار منحرف کودک، مجازات مطلوب در واکنش به رفتار نامطلوب و سرمایه‌گذاری عاطفی در کودک را شامل می‌شود.

1. Self-Control Theory
2. Michael Gottfredson

گوتفردسن و هیرشی نتیجه گرفتند مدیریت نامناسب والدین به خویشتن‌داری اندک منتهی می‌شود که بر گزینه‌های فرد به هنگام مواجهه با فرصتی برای منفعت آنی از معبر سرمایه‌گذاری اندک، تأثیر می‌گذارد؛ زیرا چنین فعالیت‌هایی ضامن کسب لذت فوری در مقابل کمترین تلاش محسوب می‌شوند. پرواضح است که آموزش‌های اصولی برای والدین در زمینه تربیت فرزند در زمان رشد کودکان از سوی حاکمیت مسئله‌ای مهم در خصوص جلوگیری از وقوع بزه‌هایی مثل قتل‌های سریالی است که خسارات جدی اجتماعی و روانی جبران‌ناپذیری بر ذره‌ذره جامعه می‌گذارد.

نتیجه‌گیری

می‌توان گفت یکی از پیچیده‌ترین جرائم بشری، قتل‌های سریالی یا زنجیره‌ای است و آنچه از قاتلان سریالی در اذهان عمومی متبلور شده این است که آن‌ها شیاطین و آدم‌های خون‌خواری هستند که گهگاه از مخفیگاه خود بیرون می‌آیند و جان افراد بی‌گناه را می‌گیرند. طبق بررسی‌ها و تحلیل‌های انجام‌شده روی عواملی که می‌توانند بسترساز ارتکاب قتل‌های سریالی قرار گیرند، برخی از آن‌ها انگیزه‌های مشترک بسیاری از قاتلان سریالی نیز بوده است. علل محیطی و اقتصادی از دسته مؤلفه‌هایی است که انگیزه قاتلان را در اقدام به این عمل شنیع در راستای محرومیت‌ها و نیازهای مالی شدت می‌دهد. با وجود اینکه قتل‌های سریالی، سالیانه بخش اندکی را در میان قتل‌ها به خود اختصاص داده است، وقوع آن به دلایل مشکلات اقتصادی و مالی کم نیست و کماکان با افزایش این معضل، احتمال انجام آن به دست افراد وجود دارد. در واقع، هر قدر افراد دچار محرومیت، محدودیت، فقر و فشار شدید مالی باشند، با قرار گرفتن در شرایط بفرنج و جرم‌زا با انگیزه بیشتری دست به جرائم مالی می‌زنند که در این میان، احتمال اقدام به کشتن افراد دارای تمکن مالی به‌منزله رفع مشکل و کسب مادیات نیز وجود دارد.

با توجه به حائز اهمیت بودن عوامل مالی و اقتصادی در برخورد با مؤلفه‌های سازنده قتل‌های سریالی، نمی‌توان تأثیرات زمینه‌ساز عوامل دیگر را کتمان کرد. عواملی همچون محیط درونی و بیرونی که خود به‌مراتب می‌تواند تأثیرات منفی در روند جامعه‌پذیری افراد محسوب شود. نهاد خانواده ناسالم و نابهنجار و جامعه، به‌ویژه محیط اجتماعی توسعه‌نیافته و پرخطر که فرد در آن متولد و پرورش می‌یابد، به‌نوبه خود می‌توانند از دسته علل جرم‌زا در خصوص فرد ناسازگار باشند. به بیان دیگر، معیشت اشخاص هرچه در فضای نامطلوب و خطرزا سپری شود، به تبع آن احتمال دست زدن به رفتارهای غیراصولی و خطرآفرین از سمت آنان بیشتر است.

رویکرد سنتی در روان‌شناسی جنایی، قاتلان زنجیره‌ای را افرادی که از اختلالات شخصیتی رنج می‌برند و افراد جامعه‌ستیز و روان‌پریشانی که مستعد رفتارهای پرخاشگرانه هستند، توصیف می‌کند. مهم‌ترین انگیزه در این جنایت‌ها به گفته جرم‌شناسان، شخصیت بیمارگونه بزهکار است که با ارتکاب این قتل‌ها قصد دارند عقده‌های دوران کودکی خود را خالی کنند و به این دلیل، به دیگرکشی رو می‌آورند. هرچند این جانیان در ظاهر سالم به نظر می‌رسند، اغلب از اختلالات

روحي و رواني رنج مي‌برند. در ارتكاب جنايات انگيزه‌هاي رواني و رفع نيازهاي دروني و رسيدن به آرامش رواني بر ساير انگيزه‌ها ارجحيت دارد. آن‌ها از به قتل رساندن ديگران احساس لذت مي‌كنند و به‌نوعي به آرامش دروني دست مي‌يابند.

از منظر نظريه‌هاي اجتماعي، عواملی مانند بيكاري، نابرابري‌هاي اقتصادي و فقر، در دسترس بودن مواد مخدر، استفاده از الكل، بي‌نظمي و نبود انسجام اجتماعي، جنگ و بحران‌هاي سياسي و اجتماعي، عوامل تضعيف انسجام خانواده‌ها و گسسته شدن روابط عاطفي در بين اعضاي خانواده، پاييند نبودن به اخلاقيات، بي‌توجهي به كودكان و رها كردن آنان به‌خصوص در دوران حساس كودكي و نوجواني و ... باعث اعطاي آزادي بيش از اندازه به آن‌ها در اين دوران مي‌شود. لذا، در هر جامعه همه نهادهاي دولتي، خصوصي و اجتماعي و فرهنگي بايد با برنامه‌ريزي‌هاي دقيق و هماهنگ، در كنترل اين عوامل و تلاش در از بين بردن زمينه‌هاي رشد آن‌ها دست‌به‌دست هم دهند و از گسترش اين عوامل در جامعه جلوگیری کنند.

مطالعات صورت‌گرفته در خصوص علل برخي از قتل‌هاي سريالي بيانگر آن است كه سرخوردگي‌هاي مادي و فقر اقتصادي و معيشتي، موجب سوق دادن اين افراد به ارتكاب چنين قتل‌هاي هراس‌انگيز و خشونت‌آمیزی شده است. نکته چشمگیر در اين قتل‌ها، قربانيان آن‌ها است كه غالباً از اقشار متمكن جامعه بوده‌اند؛ لذا ضرورت دارد اين مهم در سطح گسترده و از طرق مختلف جرم‌شناختي، جامعه‌شناختي، روان‌شناختي، اقتصادي و فرهنگي بررسي و ارزيابي شود و بسترهاي لازم در جهت رفع موانع و معضلات اجتماعي و برقراري عدالت اجتماعي فراهم آيد.

منابع

۱. بابایی، محمدعلی، (۱۳۹۸)، *جرم‌شناسی بالینی، تحولات مفهوم حالت خطرناک*، (چ. ۳)، انتشارات میزان، تهران.
۲. رحیمی نژاد، اسمعیل، (۱۳۸۸)، *جرم‌شناسی*، (چ. ۱)، انتشارات فروزش، تبریز.
۳. غلاملو، جمشید، (۱۳۸۹)، «مطالعه جرم‌شناختی پدیده قتل‌های سریالی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
۴. غلاملو، جمشید، (۱۳۸۹)، *نگاهی به گونه‌شناسی و مدل‌های تحلیلی قتل‌های سریالی*، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال اول، شماره ۲، ۷۹-۱۰۱.
۵. فرزانه، نغمه، فروتن، رضا، (۱۳۹۴)، *پیشگیری از قتل‌های سریالی*، (چ. ۱)، انتشارات جاودانه (جنگل)، تهران.
۶. فلاحتداری، فاطمه، عابد، رسول، (۱۳۹۶)، *بزه‌دیده‌شناسی قاتلین سریالی، از دیدگاه آموزه‌های روان‌شناسی جنایی، همایش ملی پیشگیری از جرم، در قلمرو مطالعات حقوق کیفری، علوم اجتماعی، انتظامی، کرج*.
۷. میرحسینی، الهه سادات، (۱۳۹۳)، «مطالعه جرم‌شناختی قتل سریالی در حقوق کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید باهنر کرمان.

بازشناسی مفهوم تشریفات دادرسی و محدوده عدم رعایت آن در دادرسی‌های غیر تشریفاتی

(مقاله علمی-پژوهشی)

میرمرتضی میرحسین‌زاده*

محمد عالم‌زاده**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۰۵

چکیده

قوانین ایران در موارد بسیاری از جمله دادگاه‌های خانواده، شوراهای حل اختلاف و دعاوی تصرف، با اشاره مبهم به عدم رعایت تشریفات دادرسی، بدون آنکه محدوده رعایت نکردن آن‌ها را معین کنند، سبب تشتت رویه دادگاه‌ها شده‌اند. در این زمینه تعاریف حقوق‌دانان از «تشریفات دادرسی» تا حد زیادی متعارض است و در تبیین مصادیق آن، اختلاف نظر چشمگیری وجود دارد. این اختلاف در مواردی از جمله دادخواست، ابلاغ، هزینه دادرسی و مواعد قانونی تا آنجاست که برخی، آن‌ها را جزو اصول دادرسی می‌دانند و برخی دیگر در زمره تشریفات دادرسی جای می‌دهند. بنابراین، در تمیز اقسام تشریفات دادرسی، باید آن را به‌درستی تفکیک کرد. نوع اول «تشریفات اساسی» است که خود از دو قسم تشکیل می‌شود: قسم نخست از جمله ابلاغ و جلسه دادرسی «تشریفات مقدمه اجرای اصول» است که امکان عدول از آن حتی با تصریح قانون‌گذار میسر نیست. قسم دیگر از جمله دادخواست و هزینه دادرسی «تشریفات رکنی دادرسی» هستند که با تصریح موردی قانون‌گذار در دادرسی‌های خاص، می‌توان از آن‌ها عدول کرد. نوع دوم تشریفات دادرسی با درجه تأثیر ضعیف‌تر «تشریفات ساده» است که شامل مصادیق بسیاری از جمله نحوه ابلاغ، زمان جلسه دادرسی، مواعد و مهلت‌ها می‌شود.

کلید واژگان:

تشریفات دادرسی، دادرسی غیر تشریفاتی، آیین دادرسی مدنی، اصول دادرسی.

* کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی (نویسنده مسئول)

Mirhosseinzade65@gmail.com

** استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائم‌شهر

malemzade46@gmail.com

مقدمه

با نگاهی اجمالی به قوانین ایران مشاهده می‌شود که در بسیاری از دعاوی، رسیدگی قضایی با شرط «عدم رعایت تشریفات دادرسی» پیش‌بینی شده است. لازمه اجرای صحیح این نوع از رسیدگی این است که محدوده عدم رعایت تشریفات دادرسی در آن به‌طور دقیق مشخص شود. بنابراین، لازم می‌آید تا ابتدا به بازشناسی مفهوم «تشریفات دادرسی» به‌مثابه یکی از مفاهیم بنیادین آیین دادرسی مدنی بپردازیم و مبانی و مختصات آن و تمایز آن را با اصول دادرسی و اختلاف نظر حقوق دانان در تعیین مصادیق مطروحه به‌دقت بیان کنیم؛ سپس، موارد دادرسی غیر تشریفاتی در نظام حقوقی ایران را مشخص کنیم تا امکان تعیین محدوده عدم رعایت تشریفات دادرسی و بررسی علی‌حده هر یک از مصادیق تشریفات دادرسی میسر شود.

با بررسی بیشتر درمی‌یابیم که موضوعی با این درجه اهمیت که شامل دعاوی بسیاری در نظام قضایی کشور ما می‌شود، تا حد زیادی مورد کم‌توجهی قرار گرفته و در هاله‌ای از ابهام فرو رفته است. پراکندگی نظرات حقوق دانان و فقدان بررسی جامع موضوع، باعث شده که نه تنها تشخیص مصادیق تشریفات دادرسی در رسیدگی‌های قضایی در موارد زیادی بر محاکم دادگستری مشتبه شود، بلکه برخی حقوق دانان را نیز در تعیین مصادیق آن مردد کند. این اختلاف در موارد مهمی از جمله لزوم ارائه دادخواست، ابلاغ، هزینه دادرسی و مواعد قانونی تا آنجا پیش رفته که چنانچه بیان خواهد شد، برخی حقوق دانان، قاطعانه آن‌ها را جزو اصول دادرسی می‌دانند و در مقابل برخی دیگر به‌طور مستدل آن‌ها را در زمره تشریفات دادرسی جای می‌دهند؛ یا برخی محاکم عالی قضایی، اثر حکم نهایی صادره در دادرسی‌های غیر تشریفاتی را فقط با این استدلال که بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی رسیدگی می‌شوند، صرفاً در حد یک تصمیم اداری می‌پندارند و آن را رأی تلقی نمی‌کنند تا مبنای آثار حکم و تابع مقررات اعتراض به آرای قضایی باشد.

۱. تبیین مفاهیم، مبانی و سابقه تاریخی

ابتدا به تبیین مفاهیم مرتبط و بیان مبانی و ویژگی‌های تشریفات دادرسی و سپس به بررسی سابقه تاریخی موضوع می‌پردازیم.

۱.۱. تبیین مفاهیم

۱.۱.۱. مفهوم تشریفات دادرسی

گفته شده دعوا عملی است تشریفاتی که به منظور تثبیت حقی که مورد انکار و تجاوز واقع شده، انجام می‌شود.^۱ بنابراین، طرح دعوا در مراجع قضایی، نیازمند رعایت تشریفات خاص است که قانون‌گذار تعیین کرده است. در مواد متعدد قانون آیین دادرسی مدنی واژه تشریفات دادرسی به کار رفته، اما مقنن جز موارد معدودی، تلاشی برای تبیین آن نکرده است.^۲ برابر تبصره یک ماده ۱۹ قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴، «منظور از تشریفات آیین دادرسی مدنی، مقررات ناظر به شرایط شکلی دادخواست، نحوه ابلاغ، تعیین اوقات رسیدگی، جلسه دادرسی و مانند آن است.» برخی^۳ بیان داشته‌اند که تشریفات دادرسی، بخشی از آیین دادرسی مدنی است که اصولاً برای ایجاد نظم در دادرسی و جلوگیری از خودسری دادرسان و رعایت برابری همه مردم در دستیابی به محکمه وضع شده و بخش دیگر آن اصول دادرسی است.

۱.۱.۲. مفهوم اصول دادرسی

مقصود از اصول دادرسی، بنیان‌ها و نهادهای اساسی است که در هر نظام حقوقی بر مقررات حاکمیت دارد و مواد قانونی، منبعث از آن اصول هستند.^۴ اصول دادرسی کردار مفاهیم ملی عدالت در حل و فصل دعاوی هستند که در نظام‌های حقوق مدنی به منزله اصول بنیادین حاکم هستند. بعضی از اصول دادرسی عبارت‌اند از اصل عادلانه بودن دادرسی، اصل بی‌طرفی دادرسی، اصل برابری طرفین.^۵ بنابراین، پایه اصلی و زیربنای رسیدگی به دعاوی را تشکیل می‌دهند و جز با رعایت آن‌ها، مرجع قضایی نمی‌تواند رسیدگی کند؛ مثل اصل تناظر.^۶

۱. کاتوزیان، ناصر، *اعتبار امر قضاوت شده*، چاپ سوم، انتشارات کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۶۸، ص ۱۱۴.

۲. آذربایجانی، علیرضا، محمد رضا سماواتی‌پور، *تبیین جایگاه اصول و تشریفات دادرسی در داور*، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۱، شماره ۲، ۱۳۹۳، ص ۳۳۵.

۳. محسنی، حسن، *مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمیز این اصول از تشریفات دادرسی*، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۳۱ و ۳۲، ۱۳۸۵، ص ۱۱۷.

۴. مهاجری، علی، *مبسوط در آیین دادرسی مدنی*، جلد ۱، چاپ اول، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۷، ص ۳۸.

۵. غمامی، مجید، حسن محسنی، *اصول آیین دادرسی مدنی فراملی*، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۶، ص ۲۳.

۶. ابهری، حمید، مریم اکبری، *آیین دادرسی مربوط به دعاوی تصرف عدوانی*، مجله حقوق خصوصی، شماره ۱۹، ۱۳۹۰، ص ۶۷.

۱.۱.۳. مفهوم دادرسی غیر تشریفاتی

شرط عدم رعایت تشریفات دادرسی که در برخی قوانین تصریح شده، شرطی است نسبی که قانون‌گذار و رویه قضایی در همه موارد به آن پایبند نمانده است.^۱ قانون‌گذار در بسیاری از موارد که باید رسیدگی فوری، فوق‌العاده یا خارج از نوبت باشد، تصریح کرده که رسیدگی بدون رعایت تشریفات دادرسی است.^۲ ضمناً اشاره قانون‌گذار به عدم رعایت تشریفات بدون آنکه این تشریفات را معین کند، ضمن ابهام‌برانگیز بودن، موجب اختلاف رویه محاکم و اختلاف نظر حقوق‌دانان شده است.^۳

۱.۲. مبانی و ویژگی‌های تشریفات دادرسی

اصول دادرسی با توجه به عقاید مختلف، نشئت گرفته از حقوق طبیعی، عقل و حتی آرمان‌های سیاسی و اجتماعی و رویه‌ها و اندیشه‌های قضایی است، اما تشریفات دادرسی بر اساس اقتضائات سرزمینی و با توجه به الگوهای حقوقی هر کشور، از سوی قانون‌گذاران وضع شده و ممکن است اختصاصی یک سرزمین یا منطقه باشد. تشریفات دادرسی به منزله ابزاری در دست مقنن است که با آن زمینه تحقق اصول دادرسی و عدالت محقق می‌شود. ابزار حاضر نباید مستمسکی برای خدشه به اصول حقوقی باشد، بلکه باید زمینه‌ساز تحقق آن باشد. برای مثال، اصل تناظر ایجاب می‌کند خوانده برای دفاع، امکانات لازم را داشته باشد و مقنن نباید با بودن این اصل با تصویب قانون، فرصت دفاع را از متهم سلب کند.^۴

اصول دادرسی و تشریفات از حیث منبع متفاوت‌اند، زیرا اصول دادرسی ممکن است از حقوق طبیعی، عقل، عرف، مذهب، اخلاق و غیره نشئت گرفته باشد؛ در حالی که تشریفات دادرسی لزوماً به دست قانون‌گذار وضع می‌شود و حاکمیت تصمیم می‌گیرد در چه اموری و بنا بر چه مصالحی تشریفات دادرسی لازم‌الرعايه نباشد.^۵ اصول حقوقی دادرسی ممکن است از اصول کلی

۱. بدای، فاطمه، *آیین دادرسی در دادگاه‌های خانواده*، چاپ دوم، انتشارات میزان، ۱۳۹۱، ص ۱۵۷.

۲. مهاجری، علی، *رسیدگی‌های خارج از نوبت در محاکم عمومی*، جلد ۱، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۵۱.

۳. مهاجری، پیشین، ۱۳۸۷، ص ۵۹.

۴. آذربایجانی، سماواتی‌پور، پیشین، صص ۳۳۷-۳۳۸.

۵. مهاجری، پیشین، ۱۳۷۸، ص ۶۳.

حقوقی باشد؛ در این صورت، جهان شمول‌اند، در حالی که تشریفات دادرسی در هر جا و مکان بنا به خواست قانون‌گذاران بنا می‌شود. در نتیجه، به این ترتیب اصول دادرسی از حیث خاستگاه، ماهیت، مبنا و آثار، متمایز از تشریفات دادرسی است. اصول حقوقی حتی قانون‌گذار را در وضع تشریفات دادرسی کارا، مؤثر و قابل فهم راهنمایی می‌کند و نمی‌شود تشریفات را طوری طراحی کند که مخالف حقوق بنیادین دادرسی (اصول دادرسی) باشد. همچنین، اصول دادرسی مفهومی واجد اوصافی مانند کلی، دائمی، انتزاعی و ارزشی بودن است و نمی‌توان آن را نادیده انگاشت؛ در حالی که تشریفات در همه موارد آن اوصاف یادشده را ندارد و این مصلحت و ملحوظ کردن شرایط رسیدگی است که به رعایت یا عدم رعایت آن توجه می‌کند. اصول دادرسی به‌نوعی جنبه امری دارد و نمی‌توان از آن چشم‌پوشی کرد، ولی تشریفات دادرسی وجهه‌ای تکمیلی می‌گیرد که توافق طرفین، تغییراتی را در چهره آن‌ها پدید می‌آورد. برخی حقوق‌دانان با ارائه دیدگاهی اغراق‌آمیز بیان داشته‌اند: «تشریفات دادرسی جهت جلوگیری از هرج‌ومرج در دادرسی و نظم‌بخشی به روند دادرسی از سوی مقنن ابداع شده، در حالی که اصول دادرسی هم‌زمان با خلق بشریت ابداع شده است.»^۱ در اینجا به نظر می‌رسد درست‌تر آن بود که بیان می‌شد اصول دادرسی بخشی از حقوق طبیعی و فطری بشر است.

۱.۳. بررسی سابقه تاریخی

در نظام قضایی ایران، در موارد متعددی، عدم رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی شده است که از مهم‌ترین آن‌ها دعاوی خانوادگی است. رعایت تشریفات دادرسی مدنی، با دعاوی خانوادگی که ضرورت سرعت و دقت را به‌طور مضاعف می‌طلبد، تناسب ندارد.^۲ آیین دادرسی خانواده باید ساده، ارزان و سریع باشد. زوجین یا اطفال غالباً توانایی تخصصی دفاع از خود را ندارند؛ لذا باید ساده باشد و چون جنبه غیرمالی دعاوی خانوادگی غلبه دارد و ارزش مادی این دعاوی در برابر گرفتاری‌های عاطفی آن ضعیف است، باید ارزان باشد و همچنین باید سریع باشد، زیرا موضوعاتی مانند نفقه زوجه، اثبات نکاح یا طلاق، حضانت و ملاقات اطفال از چنان

۱. آذربایجانی، سماواتی‌پور، پیشین، صص ۳۳۸-۳۳۹.

۲. هدایت‌نیا، فرج‌الله، *فلسفه حقوق خانواده، نقد و بررسی قوانین خانواده در ایران*، جلد ۳، انتشارات شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، ۱۳۸۶، صص ۲۷۶.

اهمیتی برخوردار است که اهمال و تأخیر در آن، آثار سویی به دنبال دارد. با توجه به اینکه اطفال و زوجات معمولاً از اختلافات فی‌مابین مطلع‌اند، ابلاغ با اغماض بیشتری قابل پذیرش است و ویژگی حمایتی این رشته، آن را از سایر آیین‌های دادرسی متفاوت می‌سازد.^۱ قانون حمایت از خانواده سال ۱۳۴۶ مقرر داشته بود دعاوی خانوادگی بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی رسیدگی شود که در قانون حمایت از خانواده سال ۱۳۵۳ نیز تثبیت شد. لایحهٔ قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص ۱۳۵۸ بیان می‌داشت: «تشریفات آیین دادرسی مدنی لازم‌الرعايه نبوده و ترتیب رسیدگی تابع مقررات شرع است.» نهایتاً طبق قانون حمایت از خانواده سال ۱۳۹۱: «رسیدگی در دادگاه خانواده با تقدیم دادخواست و بدون رعایت سایر تشریفات آیین دادرسی مدنی انجام می‌شود.»

در شوراهای حل اختلاف نیز عدم رعایت تشریفات دادرسی پیش‌بینی شده است. فصل خصوصت و حل منازعات و اختلافات از طریق مراجع حکمیت و نهادهای سازش، سابقه‌ای دیرینه داشته و از لحاظ تاریخی مقدم بر دادرسی قضایی است.^۲ بعد گذشت دو دهه از انقلاب اسلامی، شوراهای حل اختلاف به‌منظور کاهش مراجعان دادگاه‌ها و در راستای توسعهٔ مشارکت‌های مردمی، رفع اختلافات محلی و نیز حل‌وفصل اموری که ماهیت قضایی نداشتند یا ماهیت قضایی آن‌ها از پیچیدگی کمتری برخوردار بود، در نظام حقوقی ما ظهور کرد؛ اما امروزه با فاصله گرفتن از هدف آغازین خود، در امور حقوقی به‌مثابه یک مرجع قضایی نخستین با صلاحیت نسبی و موضوعی معین تلقی می‌شود و نمی‌توان موقعیت آن را همچون گذشته، به‌منزلهٔ مرجعی شبه‌قضایی یا مرجع غیر دادگستری قلمداد کرد.^۳

علاوه بر این، طبق مادهٔ ۱۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی، رسیدگی به دعاوی تصرف تابع تشریفات آیین دادرسی نیست و خارج از نوبت به عمل می‌آید. در سایر قوانین و مقررات نیز مواردی از دادرسی‌های غیر تشریفاتی مشاهده می‌شود که نشانهٔ کثرت این شکل دادرسی است؛ از جمله: «موادی از قانون آیین دادرسی مدنی (تأمین خواسته، سازش)، موادی از قانون اجرای

۱. بدای، پیشین، ص ۳۵.

۲. نجفی‌توانا، علی، مقررات شورای حل اختلاف در بوتۀ نقد، مجلهٔ وکالت، ۱۳۸۷، ص ۱۴.

۳. محسنی، حسن، جایگاه شورای حل اختلاف و طرق فوق‌العادهٔ شکایت از آرای آن، مجلهٔ حقوقی دادگستری، شمارهٔ ۹۲، ۱۳۹۴، صص ۱۵۹-۱۵۸.

احکام مدنی (اعتراض ثالث اجرایی، توقیف اموال منقول)، قانون تملک آپارتمان‌ها، قانون روابط موجر و مستأجر و قانون زمین شهری.

۲. تمییز تشریفات ساده رسیدگی از تشریفات اساسی و اصول دادرسی

درباره اینکه تشریفات دادرسی به کدام بخش از مقررات آیین دادرسی اطلاق می‌شود و وجه تمایز آن‌ها چیست، در قانون صراحتی وجود ندارد و همین موضوع سبب اختلاف نظر حقوق دانان و قضات محاکم شده است. برخی^۱ با بررسی نظرات حقوق دانان، ملاک‌های زیر را برای تشخیص و تفکیک تشریفات دادرسی از اصول دادرسی بیان کرده‌اند. عده‌ای بی‌تأثیری در احقاق حق را از ملاک‌های شناخت تشریفات دادرسی شمرده‌اند^۲ که در رد این ملاک گفته شده که تأثیر داشتن یا نداشتن در احقاق حق ممکن است هم اصول و هم تشریفات را در برگیرد. قطعاً هر تأثیری مدنظر نبوده و تأثیری مورد توجه است که بنیادین باشد و موجب بی‌اعتباری یا کسب اعتبار رأی دادگاه شود.^۳ ملاک دیگر تشریفات دادرسی، قابل حذف بودن است. با این حال، باید اذعان کرد حذف و تعدیل‌پذیر بودن تشریفات دادرسی فقط از جانب قانون‌گذار ممکن است و طرفین دعوا نمی‌توانند از آن‌ها عدول کنند، زیرا تشریفات اگرچه از اصول متمایزند، خود مانع هرج و مرج و موجب نظم دادرسی‌اند. ملاک‌های دیگری از جمله تفاوت در مبنا نیز مطرح شده است.^۴

برخی پژوهشگران^۵، برای تشخیص تشریفات دادرسی، معیارهایی را از نظرات حقوق دانان استنباط کرده‌اند؛ بعضی بیخ و بن عدالت را یکی از معیارها معرفی کرده‌اند؛ به نظر ایشان تشریفات دادرسی دسته‌ای از مقررات شکلی‌اند که صرفاً جنبه تشریفاتی دارند و به آسانی می‌توان آن‌ها را حذف و تعدیل کرد. اصول دادرسی مقررات شکلی دیگر هستند که به بیخ و بن خود

۱. همان، ص ۹۵.

۲. بروجردی، محمد، *اصول محاکمات حقوقی*، تهران، نشر رحمت‌الله مقدم سمنانی، ۱۳۱۱، ص ۷؛ به نقل از

آذربایجانی، سماواتی‌پور، پیشین، ص ۳۳۶.

۳. محسنی، پیشین، ص ۱۱۶.

۴. آذربایجانی، سماواتی‌پور، پیشین، صص ۳۳۷-۳۳۸.

۵. محسنی، پیشین، ص ۱۱۴.

مسئله عدالت مربوط می‌شوند و حفظ آن‌ها از نظر اجرای عدالت واقعی ضروری است.^۱ در نقد این معیار گفته شده از این جهت که اصول را به بیخ و بن عدالت مرتبط می‌سازد، با ایراد کمتری مواجه است؛ اما اشکالی که بر این نظر وارد می‌دانند این است که به کلی، نقش دادرسی را نادیده می‌انگارد و آن‌ها را قابل حذف و تعدیل می‌داند. تشریفات دادرسی حتی اگر قابل حذف و تعدیل باشند، این امر فقط از جانب قانون‌گذار ممکن است و طرفین دعوا و دادرس نمی‌توانند از تشریفات مقرر شده عدول کنند.

قضات دادگاه خانواده استان فارس معیاری را در خصوص تشریفات دادرسی بیان کرده‌اند: «مقصود از تشریفات دادرسی، آن قسمت از مقررات و ضوابط است که مربوط به نحوه رسیدگی به ادعای مدعی، نحوه استماع دفاع مدعی علیه و نحوه رسیدگی به دلایل طرفین است که رعایت اصول دادرسی در هر حال لازم است، ولی رعایت تشریفات دادرسی مدنی در مواردی استثنایی، از جمله در دعاوی خانواده، لازم نیست.»^۲ در نقد آن گفته شده اساساً با ایرادات وارد بر معیار قبلی مواجه است. چگونه ممکن است نقش تشریفات دادرسی را در ایجاد نظم دادرسی و جلوگیری از خودسری قضات نادیده گرفت؟ موادی که مربوط به نحوه اجرای اصول دادرسی عادلانه می‌شوند، تضمین‌کننده اجرای عدالت از طریق این اصول‌اند و نمی‌توان به راحتی از آن‌ها گذشت.

دادگاه عالی انتظامی قضات نیز در رأیی تمایز اصول دادرسی از تشریفات را بیان کرده: «چون صدور حکم علیه مدعی باید پس از استماع دفاع او [اصل حق دفاع] و اطلاع وی از دعوی مطروحه [اصل تناظر] باشد، اضافه کردن عده‌ای به حکم [اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوی] به منزله صدور حکم اصلاحی [قاعده فراغ دادرس] از طرف رئیس دادگاه، بدون اینکه آنان طرف دعوی قرار گرفته باشند [اصل حق دفاع و تناظر]، تخلف از اصول آیین دادرسی مدنی است.»^۳ اینجا از معیار شناسایی اصول دادرسی، برای شناخت تشریفات دادرسی استفاده شده است. طبق این نظر، اگر اصول دادرسی شناسایی شوند، هر آنچه از مواد آیین

۱. صانعی، پرویز، *حقوق و اجتماع (در رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی)*، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۳۹۳.

۲. مجله پیام آموزش، شماره ۳، ص ۱۱۱؛ به نقل از زراعت، عباس، *قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران*، چاپ سوم، انتشارات خط سوم، ۱۳۸۵، ص ۲۹.

۳. آرای شماره ۴۰ و ۴۱ - ۱۳۶۵/۳/۳ شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضات.

دادرسی مدنی که در این چارچوب قرار نمی‌گیرند، تشریفات دادرسی تلقی خواهند شد. برخی^۱ با رد سایر معیارهای فوق بیان داشته‌اند که معیار اخیر با کمترین ایراد روبه‌رو است. اصول دادرسی عدول‌ناپذیرند و وثیقه اجرای عدالت در دادرسی محسوب می‌شوند. اگر این اصول شناسایی شوند و در کنار آن‌ها قواعد مربوط به مقدمه اجرای آن‌ها و مقررات مربوط به نحوه اجرای آن‌ها مشخص شود، سایر مقررات را می‌توان تشریفات محض دادرسی دانست که عدول از آن‌ها به درجه‌ای از اهمیت نیست تا رأیی را از درجه اعتبار ببیندازد.

از نظر برخی، به لحاظ اینکه قانون صراحت مشخصی در خصوص اصول و تشریفات دادرسی ندارد و حقوق‌دانان نیز در این باره اتفاق نظر ندارند، موضوع در پرده‌ای از ابهام باقی مانده است؛ لذا شایسته است قانون‌گذار مرز میان تشریفات و اصول دادرسی را مشخص کند.^۲ به نظر عده‌ای دیگر باید معیاری را که برخی حقوق‌دانان از طریق شناسایی اصول دادرسی برای تعریف تشریفات دادرسی به کار بردند،^۳ پذیرفت.

از کلام این حقوق‌دانان مشخص است که به‌ناچار تن به پذیرش یک راه‌حل موقت برای این مسئله داده‌اند؛ لذا در نظر داریم با مذاقه در موضوع و تحلیل موشکافانه نظریات حقوق‌دانان، راه‌حل جامع‌ومناعی برای شناسایی تشریفات دادرسی و تعیین مصادیق آن ارائه کنیم. از این رو، با بررسی موضوع روشن می‌شود که حقوق‌دانان در تمییز تشریفات رسیدگی از اصول دادرسی و تفکیک اقسام تشریفات، دیدگاه‌های مختلفی را به شرح زیر اتخاذ کرده‌اند:

۲.۱. دیدگاه نخست

برخی حقوق‌دانان در تقسیم‌بندی محتوای قوانین آیین دادرسی مدنی، ترتیبات آیین دادرسی را به دو بخش عمده اصول دادرسی و تشریفات دادرسی تقسیم کرده‌اند و قواعد آمره (مقررات به معنای خاص) را در دل اصول دادرسی جای می‌دهند.^۴ ایشان در عین حالی که معتقدند تشریفات دادرسی را باید از اصول دادرسی متمایز کرد، معیار مشخصی را برای این تفکیک ارائه نکرده‌اند.^۵

۱. محسنی، پیشین، ص ۱۱۴.

۲. ابهری، اکبری، پیشین، ص ۶۸.

۳. محسنی، پیشین، ص ۱۱۷.

۴. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی**، جلد ۱، چاپ هفدهم، انتشارات دراک، ۱۳۸۶، ص ۳۴۵.

۵. همان، ص ۳۷۹؛ زراعت، پیشین، ص ۵۹۲.

۲.۲. دیدگاه دوم

از نظر برخی حقوق دانان، آیین دادرسی مدنی دارای سه محتوای متفاوت است: اصول، تشریفات و قانون. قائلین به این دیدگاه به دو دسته تقسیم می‌شوند:

دسته اول معتقدند محتوای مقررات آیین دادرسی مدنی شامل اصول دادرسی، تشریفات و قانون است، اما هیچ ملاکی برای تفکیک تشریفات از قانون محض یا از اصول بیان نکرده‌اند و استدلال کرده‌اند که در نزاع حقوقی میان اصول و تشریفات، بیشتر از آنچه به تعریف نیاز داشته باشیم، با مشکل تعیین مصداق (شبه‌مصداقی) روبه‌رو هستیم. همگان تقریباً می‌دانند که به دنبال چه هستند، اما کمتر می‌یابند. در چنین فضایی، آنچه به مثابه اصول مورد وفاق است، باید رعایت شود، اما در صورت تردید به نظر نمی‌رسد این وصف را بتوان برای مصداق مورد تردید، محقق دانست. در حال تردید باید اصول دادرسی را منتفی و مصداق مورد را در زمره تشریفات و قوانین خاص دانست. از نظر ایشان دلیل این «اصل عملی» این است که از حیث کمیت، قواعد تشریفاتی و قوانین خاص، بیشتر از اصول دادرسی، در تار و پود آیین دادرسی مدنی منتشر شده و غلبه ناشی از این امر، کفه ترازو را به سمت تشریفات و قوانین خاص هدایت می‌کند.^۱

طبق نظر دسته دوم، در قوانین، معیاری برای تمییز اصول دادرسی از مقررات دیده نمی‌شود و مرز مشخصی میان این دو ترسیم نشده است، لذا ناگزیر هستیم دست به دامان اوصاف اصول دادرسی شویم و از این رهگذر حساب آن را از مقررات تشریفاتی و غیر تشریفاتی جدا کنیم. در این باره می‌توان اوصاف و خصوصیات را برای اصول دادرسی ذکر کرد؛ از جمله کلی بودن، عام‌الشمول بودن، الزامی بودن و ثابت بودن که می‌توانیم مصادیق زیر را همچون نمونه از اصول حاکم بر دادرسی نام ببریم: اصل حق دفاع، اصل ترافع (تناظر)، اصل دادرسی عادلانه و اصل برابری اصحاب دعوا. با در نظر گرفتن اوصاف اصول دادرسی، تداخلی بین اصول با مقررات (اعم از تشریفاتی و غیر تشریفاتی) پیش نمی‌آید و مسئله اصلی جدا کردن مقررات آمره (مقررات به معنای اخص) از مقررات تشریفاتی است. برای حل این مسئله ابتدا به تقسیم‌بندی قوانین آیین دادرسی بر اساس کیفیت آن‌ها اقدام می‌کنند: ۱- قوانین مربوط به سازمان قضایی؛ ۲- قوانین مربوط به صلاحیت؛ ۳- قوانین آیین دادرسی به معنی اخص. از میان بخش‌های فوق، بخش اول

۱. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داور و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۵۲۴.

و دوم را جزو قواعد آمره می‌دانند و رعایت آن‌ها را در همه‌جا اجتناب‌ناپذیر تلقی می‌کنند؛ اما در دسته سوم بعضی از ترتیبات این بخش، جزو قواعد آمره و بعضی جزو تشریفات اند.^۱ ایشان در قوانین، معیاری را برای تفکیک مقررات آمره و تشریفاتی از یکدیگر نمی‌یابند و پیشنهاد می‌دهند برای مشخص کردن معیار، باید مصادیقی را که در قوانین پراکنده و رویه‌های قضایی برای مقررات آمره ذکر شده، جمع‌آوری کرد و با کنار هم گذاردن آن‌ها و توجه به وجوه اشتراک، به معیاری درست جهت تمیز مقررات آمره از قواعد تشریفاتی دست یافت؛ به‌طور مثال، قانون شورای حل اختلاف، در مقام بیان برخی از اصول و قواعد آمره مقرر داشته: «اصول و قواعد حاکم بر رسیدگی، شامل مقررات ناظر به صلاحیت، حق دفاع، حضور در دادرسی، رسیدگی به دلایل و مانند آن است»، در مصادیق فوق غیر از حق دفاع که جزو اصول است، مابقی قواعد آمره هستند.^۲

۲.۳. دیدگاه سوم

برخی حقوق‌دانان^۳ پا را فراتر نهاده و تشریفاتی بودن دادرسی را نیز یکی از اصول دادرسی دانسته‌اند. در قدیم به قوانین آیین دادرسی، اصول محاکمات گفته می‌شد و با عنوان قانون اصول محاکمات حقوقی در سال ۱۳۲۹ ه.ق به تصویب رسید. در ماده ۶۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ واژه اصول به‌جای تشریفات دادرسی به کار رفته است: «داورها در رسیدگی و رأی، تابع اصول محاکمه نیستند...»، در حالی که یکی از موارد اعلام بطلان رأی داوری، مغایرت آن با اصول دادرسی است.

برخی^۴، تشریفاتی بودن دادرسی را یکی از اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی می‌دانند و بیان می‌دارند که اصول دادرسی متمایز از تشریفات دادرسی‌اند (اصول دادرسی برای اجرای عدالت در دادرسی‌ها دخالت می‌کنند و تشریفات دادرسی برای تضمین نظم حاکم بر دادرسی‌ها به کار می‌روند). با وجود این تشریفاتی بودن دادرسی، خود یکی از اصول دادرسی است. اگرچه

۱. شاهچراغ، سیدحسین، معیارهای تمیز اصول دادرسی از تشریفات در رسیدگی‌های حقوقی،

نشریه تعالی حقوق، ۱۳۸۹، ص ۱۴.

۲. همان، ص ۲۳.

۳. جنیدی، لایا، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۱، ص ۲۵۶.

۴. غمامی، محسنی، پیشین، ص ۲۸۹.

اصل تشریفاتی بودن دادرسی برای جلوگیری از خودسری قضات ضوابطی را بر جریان دادرسی حاکم می‌کند، اصول راهبردی دادرسی حتی واضح تشریفات را نیز ملزم می‌سازد با نگرش به این اصول، تشریفات را وضع کند. با وجود این، قواعد دادرسی (تشریفات) را نیز باید در چارچوب اصول بنیادین دادرسی تنظیم، اجرا و تفسیر کرد. چه در غیر این صورت، اطالۀ دادرسی، افزایش هزینه اصحاب دعوا، تکلف در رسیدگی‌ها و سرانجام تضمین نشدن حقوق ماهوی و بنیادین دادرسی شایع خواهد شد. ایشان بر این بنیاد ادعا می‌کنند که اصل تشریفاتی بودن دادرسی یکی از اصول دادرسی در عرصۀ عدالت آیینی است، ولی این اصل با لحاظ سایر اصول بنیادین دادرسی همچون حق دفاع، بی‌طرفی و تقابل، اجراشدنی است و تشریفات زائدالوصف و پیچیده به‌خودی‌خود ارزشی ندارد. برخی^۱ نیز بیان داشته‌اند آن دسته از قواعد و اصول محاکمات که در احقاق حق تأثیری ندارند، مراسم یا تشریفات قانونی هستند.

۲.۴. دیدگاه چهارم

عده‌ای از حقوق‌دانان تشریفات دادرسی را مقابل اصول دادرسی قرار می‌دهند. این گروه تشریفات دادرسی را به دو بخش تفکیک می‌کنند؛ بخش اول را برخی «لوازم و ارکان دادرسی» و گروهی «تشریفات مقدمۀ اجرای اصول دادرسی» می‌نامند و بخش دوم را با عنوان «تشریفات محض» مطرح کرده‌اند که به بررسی این نظرات می‌پردازیم:

برخی^۲ آن دسته از مواد قانون آیین دادرسی مدنی را که ضامن حقوق دولت است، مانند پرداخت هزینه دادرسی و نیز آن دسته از موادی را که ضامن حقوق مدعی در طرح دعوا و ضامن حقوق مدعی علیه در دفاع است، جزو ارکان رسیدگی می‌دانند که قابل حذف از دادرسی نیستند. برخی دیگر^۳ در آثار خود این محتوا را شامل اصول و تشریفات دانسته‌اند. این دسته عقیده دارند ما دو نوع تشریفات داریم؛ تشریفات محض و تشریفات مقدمۀ اجرای اصول که صرفاً قانون‌گذار می‌تواند بنا بر مصالحی چون امنیت اجتماعی و مصالح خانوادگی، تشریفات دادرسی را مراعی

۱. بروجردی، محمد، اصول محاکمات حقوقی، ۱۳۱۱، ص ۷؛ به نقل از ابهری، اکبری، پیشین، ص ۶۷.

۲. مهاجری، پیشین، ۱۳۸۷، ص ۶۲.

۳. محسنی، پیشین، ص ۱۲۰.

نداند و در این کار نیز مقید به اصول دادرسی است و نمی‌تواند تشریفات مؤثر در اجرای اصول دادرسی را که در واقع مقدمه اجرای این اصول هستند، حذف کند.

۲.۵. دیدگاه پنجم

پنجمین دیدگاه در این زمینه، دیدگاهی است که نگارنده ارائه می‌دهد و از میان دیدگاه‌های فوق به دیدگاه چهارم نزدیک است؛ لذا تشریفات دادرسی را مقابل اصول دادرسی قرار می‌دهیم و آن را به دو بخش مجزا تفکیک می‌کنیم:

۲.۵.۱. تشریفات اساسی (بنیادین) دادرسی

بخش اول را تحت عنوان «تشریفات اساسی (بنیادین) دادرسی» می‌نامیم که خود به دو قسمت منقسم می‌شود؛ قسم نخست تشریفات اساسی را «تشریفات مقدمه اجرای اصول» می‌نامیم. رعایت اصول دادرسی در همه حال لازم‌الاجرا و واجب است؛ بنابراین، بخشی از تشریفات اساسی را اگر مقدمه اجرای این اصول و مقدمه واجب بدانیم، پس باید مقدمه واجب را واجب بدانیم که امکان عدول از آن حتی با تصریح قانون‌گذار هم میسر نباشد و از مصادیق مهم آن لزوم ابلاغ و جلسه دادرسی است. قسم دیگر تشریفات اساسی را «ارکان دادرسی» تشکیل می‌دهد. از این قسم تشریفات فقط با تصریح موردی قانون‌گذار در دادرسی‌های خاص می‌توان عدول کرد. از مهم‌ترین مصادیق آن، لزوم ارائه دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی است.

۲.۵.۲. تشریفات ساده

نوع دوم تشریفات دادرسی، با درجه اهمیت کمتر در روند دادرسی و تأثیر ضعیف‌تر در نتیجه دادرسی، «تشریفات ساده» است که مصادیق بسیاری را شامل می‌شود. بهتر است گفته شود بیشتر محتوای آیین دادرسی مدنی را این دسته از تشریفات به خود اختصاص داده‌اند. از مهم‌ترین مصادیق آن می‌توان نحوه ابلاغ، محل و نحوه تشکیل جلسه، زمان جلسه دادرسی، مواعد و مهلت‌ها و تعداد نسخ دادخواست و برگه‌ها را نام برد.

۳. محدوده عدم رعایت تشریفات رسیدگی در دادرسی‌های غیر تشریفاتی

در بسیاری از دعاوی، رسیدگی بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی انجام می‌شود. برای مشخص شدن محدوده دقیق عدم رعایت اقسام تشریفات در دادرسی‌های غیر تشریفاتی،

لازم می‌آید تا به بررسی موردی مصادیق آن بپردازیم. برای پی بردن به اهمیت موضوع، به بیان رأی وحدت رویهٔ هیئت عمومی دیوان عالی کشور دربارهٔ آرای مختلف صادره از دو شعبهٔ دادگاه تجدیدنظر استان گلستان در زمینهٔ اعتراض ثالث اجرایی می‌پردازیم. طبق رأی شعبهٔ پنجم^۱: «...نظر به اینکه دادنامهٔ تجدیدنظر خواسته در مقام رسیدگی به اعتراض تجدیدنظرخواه به‌عنوان ثالث و در راستای مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی صادر شده و مستفاد از مواد مذکور بدون رعایت تشریفات و مقررات آیین دادرسی مدنی است، پس تصمیم نهایی دادگاه نیز رأی تلقی نمی‌شود تا تابع مقررات تجدیدنظرخواهی باشد و هرچند دادگاه مبادرت به صدور حکم کرده، لکن از آنجا که اثر آن صرفاً در حد یک تصمیم اداری است و مبنای آثار حکم نیست، قابلیت تجدیدنظرخواهی نداشته و غیر قابل اعتراض است»؛ اما رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۷۲۵-۱۳۹۱/۴/۲۰ با رد نظر شعبهٔ پنجم بیان داشته: «احکام دادگاه‌ها در مقام رسیدگی به شکایت مذکور و تعیین تکلیف نهایی آن، مطابق مقررات کلی آیین دادرسی، قابل تجدیدنظر تشخیص می‌گردد.»

بنابراین، ملاحظه می‌شود که صرف ذکر غیر تشریفاتی بودن در قوانین و تقنین ناکارآمد و مملو از ابهام، موجب شده تا حتی گاهی قضاتی که از سابقه، تجربه و دانش کافی قضایی برخوردار هستند، به دلیل نامشخص بودن حد و مرز اصول دادرسی از تشریفات، ره به خطا ببرند؛ بنابراین، لازم است تا با ذکر مصادیق، به تفکیک اصول دادرسی از تشریفات و دسته‌بندی دقیق اقسام تشریفات دادرسی از یکدیگر بپردازیم.

۳.۱. تشریفات اساسی دادرسی

این قسم از تشریفات را بنا بر ماهیت متفاوت آن‌ها، به دو بخش تفکیک کردیم: «تشریفات مقدمهٔ اجرای اصول» و «تشریفات رکنی دادرسی» که دربارهٔ هر یک به تفصیل بحث خواهد شد.

۳.۱.۱. تشریفات مقدمهٔ اجرای اصول دادرسی

نخستین قسم از تشریفات اساسی دادرسی «تشریفات مقدمهٔ اجرای اصول» یا «تشریفات ضامن اجرای اصول دادرسی» است. رعایت اصول دادرسی در همه حال لازم‌الاجرا و واجب است؛ بنابراین، بخشی از تشریفات اساسی را اگر مقدمهٔ اجرای این اصول و مقدمهٔ واجب بدانیم، مقدمهٔ واجب، واجب است و امکان عدول از آن حتی با تصریح قانون‌گذار نیز میسر نیست؛ لذا در

۱. دادنامهٔ شمارهٔ ۰۰۰۴۸ - ۱۳۸۹/۱/۱۶ شعبهٔ پنجم دادگاه تجدیدنظر استان گلستان.

صورت عدول از اجرای آن‌ها در دادرسی، رأی صادره باطل و غیر قابل استناد است. از مهم‌ترین مصادیق آن، لزوم ابلاغ و تشکیل جلسه دادرسی است.

۳.۱.۱.۱. ابلاغ

اجرای عدالت و احقاق حق در دادگاه‌ها، موکول به ابلاغ دادخواست و ضامنه به خواننده دعوی است^۱ و اگر دادگاه از زبردست‌ترین دادرسان تشکیل شود، هرگاه دستگاه ابلاغ آن خوب کار نکند، فلج و دعاوی آن متراکم می‌شود.^۲ اصولاً تا طرف دعوی از جریان دادرسی مطلع نباشد یا احکام و قرارها به رؤیت وی نرسد، نمی‌توان آثار حقوقی خاصی بر دعوی مترتب کرد.^۳ برخی^۴ نحوه ابلاغ وقت دادرسی به طرفین پرونده را جزو تشریفات دانسته‌اند، نه اصل ابلاغ وقت؛ چراکه ابلاغ وقت دادرسی از مسلمات است و رسیدگی بدون دعوت از طرفین تخلف محسوب می‌شود. برخی دیگر گفته‌اند با توجه به برداشت سطحی از مقررات آیین دادرسی، تصور اولیه این است که ابلاغ از تشریفات دادرسی است، زیرا در محدوده قانون آیین دادرسی مدنی سخن از ابلاغ همواره به دنبال تشریفات مطرح و گفته می‌شود تشریفات ابلاغ رعایت شده، یا نشده است. اما به نظر ایشان، اصل ابلاغ و اطلاع طرفین در زمره اصول حذف‌نشده است.^۵ در این زمینه گفته‌اند: «مقررات مربوط به ابلاغ اوراق دادرسی که جزو اصول و مقررات دادرسی است، از طرف داور لازم‌الرعایه نیست. با وجود این، عدم پایبندی داور به رعایت تشریفات دادرسی مربوط به ابلاغ اوراق قضایی به معنای عدم لزوم ابلاغ این اوراق به اصحاب دعوی نیست.^۶ ضمناً گفته شده که ممکن است برخی استدلال کنند اگر اصل ابلاغ در شمار اصول دادرسی بود، عقلاً باید قانون‌گذار ضمانت اجرایی نیز برای زیر پا گذاشتن این اصل پیش‌بینی می‌کرد، در حالی که رعایت نکردن ترتیبات ابلاغ از موجبات ابطال رأی داور به شمار نیامده است. در پاسخ گفته‌اند

۱. واحدی، قدرت‌الله، *بایسته‌های آیین دادرسی مدنی*، جلد ۱، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۷۳.

۲. متین دفتری، احمد، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۳۴۲.

۳. پهلوزاده، عباس، *مسئله ابلاغ به شخص خوانده در غیر نشانی تعیین‌شده در ابلاغ‌نامه*، مجله حقوقی داور، فصلنامه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱، ۱۳۸۴، ص ۷۵.

۴. مهاجری، پیشین، ۱۳۷۸، ص ۶۲.

۵. آذربایجانی، سماواتی‌پور، پیشین، ص ۳۴۴.

۶. واحدی، جواد، *ابلاغ رأی داور*، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۳۰، ۱۳۷۲، ص ۱۴۰.

درجه اهمیت اصول دادرسی به میزانی است که لزومی به پیش‌بینی ضمانت اجرا برای آن وجود ندارد و چنین آرای صادره از سوی دادگاه‌ها یا داور، در سیره عقلای هر جامعه بی‌اعتبار هستند.^۱ از نظر نگارنده، این استدلال صحیح نیست. با تعریفی که از تشریفات دادرسی به عمل آمد، ابلاغ در زمره تشریفات مقدمه اجرای اصول قرار می‌گیرد و عدم رعایت آن موجب عدم رعایت اصل تناظر و در نتیجه، بطلان رأی صادره می‌شود.

یکی از ملاک‌های تشریفات دادرسی قابل حذف بودن است؛ با این حال، باید اذعان کرد حذف و تعدیل‌پذیر بودن تشریفات دادرسی فقط از جانب قانون‌گذار ممکن است و طرفین دادرسی نمی‌توانند از تشریفات مقرر عدول کنند. برخی^۲ عقیده دارند ابلاغ، از اصول اساسی دادرسی است که ریشه در حقوق طبیعی دارد و به آن اصل تقابلی بودن دادرسی می‌گویند و گفته شده^۳ ابلاغ به‌طور ذاتی جزو اصول دادرسی است.

از میان دادرسی‌های غیر تشریفاتی، در دعاوی تصرف طبق ماده ۱۷۵ ق.آ.د.م در صورتی که رأی صادره مبنی بر رفع تصرف باشد، بلافاصله اجرا می‌شود و درخواست تجدیدنظر مانع اجرا نیست. برخی معتقدند با تصریح این ماده، آنچه بر آن تأکید می‌شود، اجرای رأی به‌محض صدور است. قانون‌گذار تأکید به ابلاغ و سپس اجرا نکرده است، بلکه تأکید به اجرای رأی و ابلاغ آن برای اطلاع محکوم‌علیه برای استفاده از حق تجدیدنظرخواهی کرده است.^۴ در مقابل گفته شده با توجه به قاعده کلی مندرج در قانون اجرای احکام مدنی، اجرای رأی قبل از ابلاغ، استثناً بر اصول آیین دادرسی و نیازمند تصریح قانون است؛ لذا در مقام شک، باید پس از ابلاغ اجرا شود.^۵ به عقیده ایشان، منظور قانون‌گذار از «بلافاصله» آن بود که تجدیدنظرخواهی را مانع اجرا نداند، چراکه اصل ابلاغ قبل از اجرای حکم، از اصول امره آیین دادرسی مدنی است.^۶ به نظر نگارنده، مقررات امره آیین دادرسی مدنی، الزاماً اصول دادرسی نیست؛ حتی امکان عدول از برخی تشریفات مانند تشریفات مقدمه اجرای اصول هرچند از سوی قانون‌گذار باشد نیز سبب بطلان

۱. آذربایجانی، سماواتی‌پور، پیشین، ص ۳۴۶.

۲. غمامی، محسنی، پیشین، ص ۷۴.

۳. آذربایجانی، سماواتی‌پور، پیشین، ص ۳۳۷.

۴. مهاجری، پیشین، ۱۳۸۷، صص ۲۲۹-۲۳۰.

۵. معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷، ص ۱۰۶؛ به نقل از ابهری، اکبری، پیشین، ص ۷۷.

۶. ابهری، اکبری، پیشین، ص ۷۸.

رأی صادره می‌شود و چه‌بسا پیش آمده حقوق‌دانان، تشریفات اساسی دادرسی را با اصول دادرسی اشتباه گرفته‌اند.

۳.۱.۱.۲. جلسه دادرسی

تشکیل جلسه دادرسی از مقررات آمره آیین دادرسی مدنی و به‌مثابه یکی از تشریفات مقدمه اجرای اصول دادرسی است که عدم رعایت آن موجب عدم رعایت اصل تناظر و اصل توافقی بودن دعوا و در نتیجه، بطلان رأی صادره می‌شود. تشکیل جلسه در محاکم خانواده نیز لازم‌الرعایه است و از ضروریات رسیدگی به دعاوی خانوادگی است، اما اینکه جلسه رسیدگی در کجا و چه زمانی برگزار شود، از تشریفات ساده دادرسی است.

با اینکه قانون شورای حل اختلاف ۱۳۹۴، رسیدگی شورا را تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی ندانسته و «جلسه دادرسی» را از مصادیق تشریفات دادرسی شمرده، طبق آیین‌نامه این قانون، قاضی شورا در محل استقرار شورا انجام وظیفه می‌کند و جلسات رسیدگی نیز در همان محل تشکیل می‌شود. قانون اجرای احکام مدنی نیز مقرر داشته که اعتراض ثالث اجرایی در تمام مراحل بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی رسیدگی و دادگاه به دلایل شخص ثالث و طرفین دعوا به هر نحو و در هر محل که لازم بداند، رسیدگی می‌کند؛ یعنی حتی در این دعاوی غیر تشریفاتی نیز تشکیل جلسه دادرسی را در هر حال الزامی دانسته است.

بنابراین، تشکیل جلسه دادرسی، فارغ از اینکه کجا برگزار شود، از تشریفات مقدمه اجرای اصول است که عدول از آن تحت هیچ عنوانی حتی در دعاوی غیر تشریفاتی پذیرفته نیست.

۳.۱.۱.۳. سایر موارد

در بیان سایر مصادیق تشریفات مقدمه اجرای اصول دادرسی، نمونه آرای زیر بیان می‌شوند: برابر کردن رونوشت یا کپی با سند؛ از آنجا که این کار در احقاق حق و تحقیق دادرسی و بی‌طرفی او مؤثر است، تشریفات مقدمه اجرای اصول دادرسی محسوب می‌شود و دیوان در آرای مختلفی عدم رعایت آن را موجب نقض رأی دانسته است.^۱

۱. آرای شماره ۳-۷۲/۱/۱۴ شعبه سوم دیوان عالی کشور؛ ۴۳۴-۷۱/۷/۱۵ شعبه سوم دیوان عالی کشور؛ ۳۲۳-۷۲/۸/۳۰ شعبه دوازدهم دیوان عالی کشور؛ بازگیر، یدالله، *تشریفات دادرسی مدنی در آئینه آرای دیوان عالی کشور*، نشر فردوسی، ۱۳۸۱، جلد ۲، صص ۱۱۴-۱۱۸.

استقراع در انتخاب کارشناس: طبق رأی دیوان عالی کشور، «اشکال وارده بر نحوه رسیدگی و نتیجه رأی این است که دادگاه کارشناس را بدون قرعه‌کشی انتخاب می‌کند، در صورتی که وفق مقررات آیین دادرسی مدنی، کارشناس باید به قید قرعه تعیین شود؛ لذا رأی تجدیدنظر خواسته نقض می‌شود.» در این رأی تشریفات دادرسی (استقراع) ضامن اجرای اصل بی‌طرفی است.^۱

۳.۱.۲. تشریفات رکنی دادرسی

با وجود آنکه سابقه برخی از این قسم تشریفات حتی به یک قرن نمی‌رسد، چنان در رسیدگی‌های قضایی ریشه دوانده که به نظر می‌رسد بخش جدانشدنی هر دادرسی باشد. بنابراین، صرف بیان «عدم رعایت تشریفات رسیدگی» به‌صورت کلی در برخی دعاوی، شامل این قسم تشریفات نمی‌شود و در موارد خاص نیاز به تصریح مقنن دارد. برخلاف اصول دادرسی و تشریفات مقدمه اجرای آن اصول که مطلقاً ولو با تجویز قانون‌گذار قابل عدول نیستند، تشریفات رکنی دادرسی با تصریح قانون‌گذار در دادرسی‌های خاص، قائل عدول هستند که به بررسی مهم‌ترین مصادیق آن می‌پردازیم:

۳.۱.۲.۱. دادخواست

طبق قانون، تقدیم دادخواست لازمه شروع رسیدگی محاکم است و رعایت نکات خاصی برای تنظیم و تقدیم دادخواست ضرورت دارد و حجم دادخواست‌های ناقص یا غلط که منجر به صدور قرار ابطال دادخواست می‌شود، بسیار زیاد است.^۲ اصل بر ضروری بودن فرم دادخواست برای شروع دعواست؛ مگر اینکه در قانون به موارد استثنایی تصریح شده باشد. البته رویه محاکم در بعضی موارد، برخلاف قانون شکل گرفته است. به‌طور مثال، در رویه محاکم درخواست‌های تأمین دلیل و تأمین خواسته باید در قالب دادخواست به عمل آید.^۳ برخی بی‌تأثیری در احقاق حق را از ملاک‌های شناسایی تشریفات دادرسی شمرده‌اند. در مقابل، آنچه صحیح گفته شده تأثیر داشتن یا نداشتن در احقاق حق ممکن است هم اصول

۱. رأی شماره ۵۵۲-۱۳۷۰/۱۰/۲۵، شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور؛ بازگیر، پیشین، جلد ۴، ص ۲۲۹.

۲. بدای، پیشین، ص ۱۵۴.

۳. افتخار جهرمی، گودرز، مصطفی‌السان، *آیین دادرسی مدنی*، جلد دوم، چاپ دوم، انتشارات میزان، ۱۳۹۹، ص ۲۹.

۴. بروجردی، ۱۳۱۱، ص ۷؛ به نقل از آذربایجانی، سماواتی‌پور، پیشین، ص ۳۳۶.

دادرسی و هم تشریفات را در برگیرد؛^۱ لیکن آنچه در مؤثر بودن یا نبودن مد نظر است، آثار بنیادینی است که موجب بی‌اعتباری یا کسب اعتبار رأی دادگاه شود. تقدیم دادخواست از سوی اوراق چاپی از تشریفات مسلم دادرسی است، زیرا صرف‌نظر از حقوق دولتی، ظاهراً واجد هیچ اثر خاصی نیست؛ جز اینکه به نوشته نظم می‌بخشد؛ تا جایی که برخی معتقدند هرچند بر شکواییه‌ای که روی این اوراق تنظیم نشده عنوان دادخواست صدق نمی‌کند، اما باید جهت رعایت اصول مسلمی مانند حق دادخواهی پذیرفته شود.^۲ البته به نظر برخی، همین دادخواست چاپی در مواردی برای طرف مقابل حق ایجاد می‌کند، زیرا اگر خواننده دلیلی را در قسمت ستون دلایل مورد استناد قرار نداده باشد، این سؤال مطرح است که آیا در جریان دادرسی می‌تواند رأساً به آن دلیل استناد کند؟^۳

یکی از آرای دیوان عالی کشور بیان داشته «اگر محکوم‌علیه ظرف مدت قانونی، روی برگ دادخواست غیرچاپی، از حکم بدوی پژوهش بخواهد و دادگاه هم همین برگ را دادخواست تلقی و اخطار رفع نقص کند و او در مهلت قانونی، دادخواست چاپی تنظیم کند، رد دادخواست به‌منزله اینکه در خارج از مدت به دفتر رسیده، صحیح نیست»^۴؛ بنابراین، تأخیر در انجام آن، تأثیری بنیادین بر دادرسی ندارد.

در دعوی تصرف، مطابق ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی مدنی، رسیدگی تابع تشریفات آیین دادرسی نیست. با بررسی موضوع، اختلاف نظر حقوق‌دانان مشهود است. به عقیده برخی، اگرچه عملاً این دعوی در فرم دادخواست تنظیم می‌شوند، اگر در برگه‌های عادی مطرح شود یا در تنظیم دادخواست، شروط ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی رعایت نشود، ایرادی به دعوی مطروحه وارد نیست.^۵ برخی دیگر نیز معتقدند اگر حکم ماده ۱۷۷، شامل مرحله طرح دعوا شود، برای اقامه دعوا نیاز به تقدیم دادخواست نیست و صرف درخواست برای جریان افتادن پرونده کافی است.^۶ در مقابل، بعضی دیگر بیان داشته‌اند عدم رعایت تشریفات آیین دادرسی در مورد

۱. محسنی، پیشین، ص ۱۱۶.

۲. شمس، پیشین، ج ۲، ش ۱۷.

۳. آذربایجانی، سماواتی‌پور، پیشین، ص ۳۳۶.

۴. رأی شماره ۸۷۰-۱۳۳۰/۷/۲۴، شعبه ششم دیوان عالی کشور.

۵. ابهری، حمید، محمدرضا برزگر، **آیین دادرسی مدنی**، جلد ۱، چاپ اول، انتشارات دانشگاه مازندران، ۱۳۹۰، ص ۱۰۷.

۶. کریمی، عباس، **آیین دادرسی مدنی**، چاپ اول، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۶، ص ۵۵.

ثالث، دلالت ندارد که این دعاوی بدون تقدیم دادخواست قابل طرح هستند، بلکه پس از تقدیم دادخواست که لازمه طرح دعوی است، رسیدگی تابع تشریفات دادرسی نیست.^۱ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه‌ای^۲ با تردید بیان داشته که ظاهراً مراد مقنن، مراحل دادرسی پس از اقامه دعوی بوده و اقامه دعوی مستلزم تقدیم دادخواست است.

در نشست قضایی دادگستری تنکابن ۱۳۸۰ و نظریه کمیسیون قضایی قوه قضائیه نیز بیان شده «اقامه دعوی تصرف باید روی اوراق دادخواست و برابر ضوابط قانونی تنظیم شود. النهایه، نحوه رسیدگی، تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نبوده و باید با سرعت و خارج از نوبت رسیدگی شود».^۳ البته برخی، با عدول از نظر قبلی خود، پیشنهاد داده‌اند که بهتر است دادخواست را لازمه رسیدگی به دعوی تصرف دانست؛ زیرا قانون‌گذار در ماده ۱۷۷ عبارت «رسیدگی» را به کار برده که مستلزم تقدیم دادخواست است؛ لذا با توجه به قانون آیین دادرسی مدنی که اصل بر رعایت قواعد شکلی است، در مقام شک نیز اصل بر رعایت این مقررات است که عموماً امره محسوب می‌شود.^۴

برابر قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، رسیدگی با تقدیم دادخواست و بدون رعایت سایر تشریفات آیین دادرسی مدنی انجام می‌شود. استفاده از واژه «سایر» در این ماده، این موضوع را می‌رساند که تقدیم دادخواست، جزو تشریفات دادرسی است، نه اصول. نظریه مشورتی قوه قضائیه^۵ نیز بیان داشته که منظور مقنن، عدم رعایت تشریفات دعاوی خانواده، پس از اقامه دعوی، در مراحل دادرسی بوده و رسیدگی مستلزم تقدیم دادخواست است.

مطابق قانون شورای حل اختلاف ۱۳۹۴ رسیدگی شورا تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نیست و تشریفات مذکور، مقررات ناظر به شرایط شکلی دادخواست را شامل می‌شود. آیین‌نامه اجرایی آن، رسیدگی به درخواست‌های شفاهی را منوط به پرداخت هزینه دادرسی می‌داند و درخواست‌ها از طریق سامانه خدمات الکترونیک قضایی به دفتر شورا ارسال می‌شود.

۱. مهاجری، پیشین، ۱۳۸۷، ص ۲۳۴.

۲. نظریه مشورتی شماره ۷/۷۳۴۳ به تاریخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۸ اداره حقوقی قوه قضائیه.

۳. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، مجموعه نشست‌های قضایی (۲)، *مسائل آیین دادرسی مدنی*، جلد ۱، چاپ اول، قم، نشر قضا، ۱۳۸۲، ص ۲۳۲.

۴. ابهری، اکبری، پیشین، ص ۷۱.

۵. نظریه مشورتی شماره ۴۷۷/۹۲/۷ به تاریخ ۱۳۹۲/۳/۱۳ اداره حقوقی قوه قضائیه.

۳.۱.۲.۲. هزینه دادرسی

به عقیده برخی، آن دسته از مواد قانون آیین دادرسی مدنی که ضامن حقوق دولت است، مانند پرداخت هزینه دادرسی، جزو ارکان رسیدگی است و قابل حذف از دادرسی نیست.^۱ در مقابل، برخی آرای قضایی بیان داشته‌اند «تمبر نداشتن عرض حال پژوهش، موجب رد آن نیست»^۲ و گفته شده اگرچه ممکن است رعایت نکردن تشریفات هم‌چون ابطال و الصاق تمبر مالیاتی در احقاق حق مؤثر باشد، اثر آن به درجه‌ای از اهمیت نیست که موجب بی‌اعتباری رأی به‌طور کلی شود؛ زیرا هزینه همواره قابل وصول است و اگر در ایصال آن به خزانه دولت، قصور یا اشتباهی رخ دهد، قابل جبران است.^۳

در زمینه پرداخت هزینه دادرسی دعاوی تصرف عدوانی، سؤال مطرح شده که آیا جزو اصول دادرسی است یا تشریفات دادرسی؟ در این خصوص، نظریه مشورتی قوه قضائیه^۴ بیان داشته ماده ۱۷۷ قانون آ.د.م، که رسیدگی به دعاوی تصرف را تابع تشریفات آیین دادرسی نمی‌داند، موجب ممانعت خواهان از پرداخت هزینه دادرسی نیست.

برخی^۵ بر این باورند که از ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی چنین استنباط می‌شود که پرداخت هزینه دادرسی، امری غیر از تشریفات آیین دادرسی مدنی است و در نظر قانون‌گذار، هزینه دادرسی از ارکان و لوازم رسیدگی محسوب می‌شود، زیرا در ماده ۱۴۷ هم به عدم رعایت تشریفات و هم به عدم پرداخت هزینه‌های دادرسی به‌طور مستقل اشاره شده است. به عقیده ایشان واضح است که اگر پرداخت هزینه دادرسی جزو تشریفات بود، جداگانه آن را قید نمی‌کرد. برخی دیگر^۶ نیز به پیروی از این عقیده بیان داشته‌اند که هزینه دادرسی از تشریفات دادرسی نیست، بلکه جزو اصول است؛ زیرا اولاً، ماده ۱۴۷، آن را مستقل از تشریفات دادرسی ذکر کرده و اگر این دو مورد یکی بودند، صرف اعلام عدم لزوم تشریفات دادرسی کافی بود و نیازی به تکرار

۱. مهاجری، پیشین، ۱۳۸۷، ص ۶۲.

۲. رأی شماره ۱۵۴۹/۹۹۱۶-۱۳۱۶/۷/۱۲ دیوان عالی کشور.

۳. آرای شماره ۳-۷۲/۱/۱۴ شعبه سوم دیوان عالی کشور؛ ۴۳۴-۷۱/۷/۱۵ شعبه سوم دیوان عالی کشور؛ ۳۲۳-

۷۲/۸/۳۰ شعبه دوازدهم دیوان عالی کشور؛ بازگیر، پیشین، جلد ۲، صص ۱۱۴-۱۱۸.

۴. نظریه مشورتی شماره ۷/۸۵۶۹ به تاریخ ۱۳۷۹/۹/۱ و شماره ۷/۷۳۴۳ به تاریخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۸.

۵. مهاجری، پیشین، ۱۳۷۸، ص ۶۳.

۶. ابهری، اکبری، پیشین، ص ۷۲.

عدم لزوم پرداخت هزینه دادرسی نداشت. ثانیاً، در ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶، رعایت تشریفات دادرسی برای درخواست تخلیه لازم نیست، ولی پرداخت هزینه دادرسی دعاوی غیرمالی لازم است. این امر نیز بیان می‌کند که هزینه دادرسی غیر از تشریفات دادرسی است.

به نظر نگارنده، این عقیده که هزینه دادرسی را جزو تشریفات دادرسی ندانسته‌اند، قابل رد است؛ زیرا این تشریفات در موادی از قانون به دلیل اقتضائات رسیدگی صراحتاً استثنا شده و پذیرش معافیت، اعسار و عدول از دریافت الزامی هزینه دادرسی دلالت بر تشریفاتی بودن آن دارد. علاوه بر این، به نظر برخی^۱ هزینه‌های دادرسی می‌تواند موجبات ترک طرف ضعیف دعا یا پذیرش اکراه‌آمیز سازش را پدید آورد. بنابراین، اجباری بودن پرداخت هزینه دادرسی را در مواردی می‌توان مانع مؤثری در راه اجرای اصل حق دفاع، اصل عادلانه بودن دادرسی یا اصل برابری اصحاب دعا به شمار آورد، نه اینکه ماهیت آن اصول دادرسی باشد.

پیش از تصویب قانون شورای حل اختلاف ۱۳۸۷، طرح شکایت یا دعوی، اعتراض و تجدیدنظرخواهی و اجرای آرای شورا مجانی بود. در خصوص اعتراض ثالث اجرایی نیز ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مقرر داشته که شکایت شخص ثالث بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی و پرداخت هزینه دادرسی رسیدگی می‌شود؛ بنابراین، هزینه دادرسی جزو ارکان دادرسی و از حقوق دولت است و نمی‌توان آن را از جمله تشریفاتی دانست که بدون آن بتوان رسیدگی کرد؛ مگر در موارد خاص، قانون‌گذار تصریح به عدم پرداخت آن کرده باشد؛ حال آنکه اگر جزو اصول دادرسی بود، امکان عدول از آن حتی به تجویز قانون‌گذار امکان‌پذیر نبود.

۳.۲. تشریفات ساده دادرسی

تشریفات ساده با درجه اهمیت کمتر و تأثیر ضعیف‌تر در نتیجه دادرسی نسبت به تشریفات اساسی مصادیق بسیاری را شامل می‌شود و بیشتر محتوای آیین دادرسی مدنی را به خود اختصاص می‌دهد و برای لازم‌الرعايه نبودن در دعاوی غیر تشریفاتی، صرفاً ذکر کلی عدم رعایت تشریفات بدون تصریح موردی، کافی است. از مهم‌ترین مصادیق آن می‌توان نحوه ابلاغ،

۱. الماسی، نجادعلی، بهنام حبیبی‌درگاه، درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرایند دادرسی کارآمد، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، ۱۳۹۱، ص ۶۳.

محل و نحوه تشکیل جلسه، زمان جلسه دادرسی، مواعد و مهلت‌ها، تعداد نسخ دادخواست و سایر اوراق و گواهی کردن رونوشت مدارک با اصل را نام برد.

به‌طور مثال، تشکیل جلسه، از تشریفات اساسی دادرسی محسوب می‌شود، اما محل و نحوه برگزاری جلسه رسیدگی، تشریفات ساده است که درباره آن در دعاوی غیر تشریفاتی سخت‌گیری نمی‌شود. طبق قانون شورای حل اختلاف ۱۳۹۴ «رسیدگی شورا تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نیست و تشریفات مذکور، مقررات ناظر به جلسه دادرسی را نیز شامل می‌شود»؛ یا اینکه نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه^۱ بیان داشته: «رعایت مواعد قانونی که قانون‌گذار به‌منظور حفظ حقوق دفاعی اصحاب دعوی مقرر کرده، از اصول دادرسی است و منصرف از تشریفات مذکور در قانون حمایت خانواده است.» از نظر نگارنده، اداره حقوقی دچار برداشت اشتباهی در تشخیص ماهیت مواعد قانونی شده و دادگاه‌های خانواده غالباً به اعتراض خارج از موعد (مثلاً مهلت یک هفته اعتراض به نظر کارشناس)، ترتیب اثر می‌دهند. در سایر دعاوی غیر تشریفاتی نیز به این تشریفات ساده دادرسی (مواعد) چندان اعتنایی نمی‌شود. قانون شورای حل اختلاف ۱۳۹۴ رسیدگی شورا را تابع تشریفات نمی‌داند و «تعیین اوقات رسیدگی» را از مصادیق تشریفات دانسته است. تفکیک مصادیق تشریفات از اصول دادرسی تا به آن حد مشتبه شده که یکی از حقوق‌دانان از رعایت مواعد، تحت عنوان اصول دادرسی^۲ و در جایی دیگر تحت عنوان تشریفات ذکر می‌کند.^۳

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۲۸۸ به تاریخ ۱۳۹۳/۲/۱۴ اداره حقوقی قوه قضائیه.

۲. ابهری، اکبری، پیشین، ص ۶۷.

۳. ابهری، برزگر، پیشین، صص ۱۱۷-۱۱۸.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش، ضمن «بازشناسی مفهوم تشریفات دادرسی» درصدد ارائه راهکاری جامع‌ومانع برای تفکیک هرچه صحیح‌تر تشریفات از اصول دادرسی و نیز تمییز اقسام تشریفات بوده‌ایم؛ لذا در یک دسته‌بندی جدید، نوع اول آن با عنوان «تشریفات اساسی» نامیده شد که خود متشکل از دو قسم است: قسم نخست از جمله ابلاغ و جلسه دادرسی، «تشریفات مقدمه اجرای اصول» هستند که امکان عدول از آن‌ها حتی با تصریح قانون‌گذار میسر نیست. قسم دیگر از جمله دادخواست و هزینه دادرسی، «تشریفات رکنی دادرسی» است که با تصریح موردی قانون‌گذار در دادرسی‌های خاص، قابل عدول هستند. نوع دوم تشریفات با درجه تأثیر ضعیف‌تر را «تشریفات ساده» دانستیم که مصادیق بسیاری از جمله نحوه ابلاغ، زمان جلسه دادرسی، مواعد و مهلت‌ها را شامل می‌شود.

موضوع دیگر مورد پژوهش، «محدوده عدم رعایت تشریفات دادرسی در دادرسی‌های غیر تشریفاتی» بود که صرف ذکر غیر تشریفاتی بودن در قوانین و تقنین ناکارآمد و مملو از ابهام قانون‌گذار موجب شده تا حتی برخی قضات، به دلیل نامشخص بودن حدود مرز اصول دادرسی از تشریفات، ره به خطا ببرند؛ بنابراین، برای ارائه راهکار عملی و تشخیص موردی و محدوده دقیق عدم رعایت اقسام تشریفات در دادرسی‌های غیر تشریفاتی، با ذکر مصادیق تشریفات به تفکیک اصول دادرسی از تشریفات و دسته‌بندی دقیق اقسام تشریفات دادرسی از یکدیگر پرداخته شد؛ مثلاً، در خصوص ابلاغ، با رد استدلالی که آن را اصول دادرسی می‌دانست، مشخص شد که تشریفات مقدمه اجرای اصول است و عدم رعایت آن موجب عدم رعایت اصل تناظر و بطلان رأی صادره می‌شود؛ یا در خصوص هزینه دادرسی، دلایلی آورده‌اند که از اصول دادرسی است. در این پژوهش ضمن رد دلایل فوق مشخص شد که پذیرش اعسار و عدول از دریافت الزامی هزینه دادرسی، دلالت بر تشریفاتی بودن آن دارد و ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز تأییدی بر استدلال ما است و اگر از اصول دادرسی بود، امکان عدول از آن حتی به تجویز قانون‌گذار امکان‌پذیر نبود؛ یا در خصوص مواعد قانونی طبق نظریه مشورتی اداره حقوقی از اصول دادرسی محسوب می‌شود که این برداشت اشتباه است و در زمره تشریفات ساده دادرسی قرار می‌گیرد.

منابع

کتاب‌ها:

۱. ابهری، حمید، محمدرضا برزگر، *آیین دادرسی مدنی*، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دانشگاه مازندران، ۱۳۹۰.
۲. افتخار جهرمی، گودرز، مصطفی السان، *آیین دادرسی مدنی*، جلد دوم، چاپ دوم، انتشارات میزان، ۱۳۹۹.
۳. بازگیر، یدالله، *تشریفات دادرسی مدنی در آئینه آرای دیوان عالی کشور*، جلد ۲ و ۴، چاپ سوم، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۱.
۴. بداغی، فاطمه، *آیین دادرسی در دادگاه‌های خانواده*، چاپ دوم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۱.
۵. حیاتی، علی عباس، *آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ دوم، انتشارات میزان، ۱۳۹۰.
۶. جنیدی، لعیا، *اجرای آرای داورى بازرگانی خارجی*، چاپ اول، تهران، انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۱.
۷. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داورى و دعاوى مربوط به آن در رویه قضایی*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۸. زراعت، عباس، *قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران*، چاپ سوم، انتشارات خط سوم، ۱۳۸۵.
۹. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، جلد اول و دوم، چاپ هفدهم، انتشارات دراک، ۱۳۸۶.
۱۰. صانعی، پرویز، *حقوق و اجتماع (در رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی)*، چاپ اول، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۱.
۱۱. غمامی، مجید، حسن محسنی، *اصول آیین دادرسی مدنی فراملی*، چاپ اول، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶.

۱۲. کاتوزیان، ناصر، **اعتبار امر قضاوت شده**، چاپ سوم، انتشارات کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۶۸.
۱۳. کریمی، عباس، **آیین دادرسی مدنی**، چاپ اول، تهران، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۶.
۱۴. متین دفتری، احمد، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، چاپ اول، انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۰.
۱۵. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، **مجموعه نشست‌های قضایی (۲)، مسائل آیین دادرسی مدنی**، جلد ۱، چاپ اول، قم، نشر قضا، ۱۳۸۲.
۱۶. مهاجری، علی، **رسیدگی‌های خارج از نوبت در محاکم عمومی**، جلد ۱ (دعاوی حقوقی)، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۷. **مبسوط در آیین دادرسی مدنی**، جلد ۱، چاپ اول، انتشارات فکرسازان، ۱۳۸۷.
۱۸. واحدی، قدرت‌الله، **بایسته‌های آیین دادرسی مدنی**، جلد ۱، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۷.
۱۹. هدایت‌نیا، فرج‌الله، **فلسفه حقوق خانواده، نقد و بررسی قوانین خانواده در ایران**، جلد سوم، چاپ اول، انتشارات شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، ۱۳۸۶.

مقاله‌ها:

۱۸. آذربایجانی، علیرضا، محمدرضا سماواتی‌پور، **تبیین جایگاه اصول و تشریفات دادرسی در داوری**، مجله حقوق خصوصی، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، دوره ۱۱، شماره ۲، صص ۳۲۷-۳۵۷.
۱۹. ابهری، حمید، مریم اکبری، **آیین دادرسی مربوط به دعاوی تصرف عدوانی**، مجله حقوق خصوصی، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، دوره ۸، شماره ۱۹، صص ۵۳-۸۴.
۲۰. الماسی، نجادعلی، بهنام حبیبی درگاه، **درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرایند دادرسی کارآمد**، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، تابستان ۱۳۹۱، دوره ۱۷، شماره ۵۸، صص ۴۷-۷۲.

۲۱. پهلوزاده، عباس، مسئله ابلاغ به شخص خوانده در غیر نشانی تعیین شده در ابلاغ نامه، مجله حقوقی داور، فصلنامه دانشجویان دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، سال اول، شماره ۱، صص ۷۴-۸۶.
۲۲. شاهچراغ، سیدحسین، معیارهای تمیز اصول دادرسی از تشریفات در رسیدگی های حقوقی، نشریه تعالی حقوق، مهر و آبان ۱۳۸۹، سال دوم، شماره ۷، صص ۱۳-۲۵.
۲۳. محسنی، حسن، جایگاه شورای حل اختلاف و طرق فوق العاده شکایت از آرای آن، مجله حقوقی دادگستری، زمستان ۱۳۹۴، دوره ۷۹، شماره ۹۲، صص ۱۶۷-۱۴۵.
۲۴. مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن ها و چگونگی تمیز این اصول از تشریفات دادرسی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، بهار و تابستان ۱۳۸۵، شماره ۱۹۲ و ۱۹۳، صص ۹۹-۱۳۱.
۲۵. نجفی توانا، علی، مقررات شورای حل اختلاف در بوته نقد، مجله وکالت، فروردین ۱۳۸۷، شماره ۳۵ و ۳۶، صص ۱۳-۱۵.
۲۶. واحدی، جواد، ابلاغ رأی داور، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، دی ۱۳۷۲، شماره ۳۰، صص ۱۶۴-۱۳۷.



چکیده‌های انگلیسی

Recognizing the Concept of Litigation Formalities and Non-Observance Scope in Informal Trials

MirMorteza MIRHOSSEINZADE (Master of private law, Islamic Azad University, Ayatollah Amoli)

Mohammad ALEMZADEH (Assistant professor of Law, Islamic Azad University, Ghaemshahr)

Abstract

The laws of Iran, in many cases, including the family courts, the dispute resolution council, and forcible entry's quarrel, unclearly pointing to the non-observance litigation formalities without defining the scopes of their non-observance, have brought about the disparity of judicial proceedings. In this regard, the definition of the "litigation formalities" of lawyers is also largely controversial and there is considerable controversy in explaining its implications. Discrepancies in cases, such as petition, communication, court costs, and due dates were so high, that Some of them have been considered as principles of the proceedings and some others placed as part of litigation formalities. So in distinguishing between the litigation formalities, it must be properly segmented; the first is the "formal ceremony", which consists of two parts; But in separating the formalities of the judiciary, it must be properly segmented; the first is "fundamental formalities" which consist of two parts; The first part, including the communication and the hearing session, is "the formalities of the introduction of the implementation of the principles", which can not be dismissed even with the stipulation of the legislator. The other part, including petitions and court costs, has been "Basic formalities of litigation", which can be left out by the legislator's case in certain proceedings. The second type is formalization with a weaker degree of "simple formalities", which includes many examples, including how it is communicated, the time of the hearing, the due dates, and the respites.

Keywords:

Civil Procedure, Litigation Formalities, Principles of proceedings, Unformality Trial.

Analysis of the Social Theories Affecting the Incidence of Serial Killings

Farzin AFROUZ (Ph.D. Candidate of Criminal and Criminology Law, Islamic Azad University, Lahijan)

AmirReza MAHMOUDI (Assistant Professor of Law, Islamic Azad University, Lahijan)

Vahid ZAREI SHARIF (Assistant Professor of Law, Islamic Azad University, Lahijan)

Tayyebe GHODRATI (Assistant Professor of Law, Islamic Azad University, Lahijan)

Abstract

Progress and development in any country are possible in the context of establishing a sense of security in the people of that society. The extent and quality of crime are one of the most important factors in reducing the sense of security and its adverse social consequences. They are mostly rare, but it is one of the most effective crimes that causes a feeling of insecurity in public opinion and has a very wide and long-lasting destructive effect on society. In recent years, our country has also witnessed serial killings from time to time, which has negatively affected the peace of society and disrupted public security. Given the statistics of the occurrence of such crimes and the growing trend of these homicides in the country, it is necessary to find the exact roots of the various reasons for committing such crimes. Unfortunately, for various reasons, including hurting emotions and public pressure to quickly punish the killer, this important issue has been neglected, so all relevant agencies have tried to punish the serial killer, part of the pain and suffering of families. Relieve the victims and the community. Accordingly, various efforts must be made by scientists in related sciences to investigate this phenomenon to analyze the unknown aspects of the causes of such crimes from a social perspective.

Keywords:

Causes of Serial Murders, Serial Murders, Social Theories, Social Theories Affecting Serial Murders.

Examining the Possibility of Issuing Anti-Suit Injunctions in the EU, Chinese, and the Iranian Law

MohammedMajd KABRY (Ph.D. Candidate of Private Law, Ferdowsi University)

Azam ANSARI (Assistant Professor of Law, Ferdowsi University)

Abdollah KHODABAKHSHI (Assistant Professor of Law, Ferdowsi University)

Reza MABOODI NEYSHSBOORI (Assistant Professor of Law, Ferdowsi University)

Abstract

An anti-suit injunction is a traditional common law instrument that aims to restrain one of the disputing parties from instituting or continuing proceedings in a foreign court. Although an anti-suit injunction is directed against the plaintiff, not against the foreign court, civil law countries hold a skeptical view towards anti-suit injunctions as such injunctions intervene in another state's sovereignty and breach the international comity. This study aims to examine the possibility of issuing anti-suit injunctions in the EU, Chinese, and Iranian law. The study contends that under EU law, the courts of EU member states are prohibited from issuing anti-suit injunctions against a plaintiff in the courts of another EU member state. On the other hand, the EU law does not prevent the courts of EU member states from issuing anti-suit injunctions against a plaintiff in the courts of a third country when they have the power to do so under their national laws. In China, the Chinese courts do not have the power to grant anti-suit injunctions. However, recently, some Chinese courts have issued anti-suit injunctions against plaintiffs in foreign fora. In Iran, the Iranian courts can also issue an anti-suit injunction against a plaintiff in a foreign forum under some circumstances.

Keywords:

Exclusive Jurisdiction, Foreign Court, International comity, Mutual Trust, Parallel Litigation.

The Effect of U.S Sanctions on Providing Legal Services to Iran

Esmat GOLSHANI (Assistant Professor of Law, Imam Sadiq University)

Mahdi HOSSEINI MODARRES (Assistant Professor of Law, Shahid Beheshti University)

Abstract

As the U.S. sanctions against Iran have been expanded, many legal service providers, even in European countries, refused to provide legal services to Iranian nationals or disputes that are somehow related to Iran. In particular, this refusal by arbitration organizations has been more noticed. The main question of this research is whether the U.S. secondary sanctions can be invoked for the refusal to provide legal services by arbitration organizations and, accordingly, the financial services of financial institutions that are active in arbitration processes. According to the three executive orders by the president of the United States of America against Iran, On the one hand, the provision of legal and financial services by arbitration organizations and financial institutions active in arbitration processes exposes them to the risk of sanctions and penalties for violations of the sanctions; On the other hand, A general license has been stipulated in § 560.525 (a) and (d) of the “Iranian Transactions And Sanctions Regulations” which includes the provision of legal services. But even this is not certain. This exception is also limited and restricted according to § 560.525 (d)(1) of the aforementioned regulations and the other laws and regulations. In conclusion, although, these three executive orders and the general license exception have not explicitly prohibited the provision of legal and related financial services to Iranian nationals or disputes that are somehow related to Iran; practically, they turn it into a cost-benefit-based evaluation that is done by arbitration organizations and financial institutions, even if the refusal to provide services leads to the possibility of claiming for damages against them.

Keywords:

Arbitration, Arbitration Organization, Financial Institution, General License, Iran, Legal services, Sanction, Secondary Sanctions, The United States of America.

The Effects of Obligee's Refuse to Take Delivery the Subject of Obligation in *Imamiyah* Jurisprudence and Comparative Law

Atefeh ZABIHI (Ph.D. Candidate of Law, Imam Sadiq University)

Behzad POURSEYED (Associate Professor of Law, Imam Sadiq University)

Abstract

In the course of fulfilling the contractual obligations and the obligee refuses to accept the performance properly offered to him, as the obligee has fulfilled his obligation (to deliver the obligation subject to whether goods or money), a few questions arise that each response will have a different effect; Such as: “if the obligor provides the conditions for obligee s acceptance of the goods or money; does the obligee discharge as soon as enabling the other party to make delivery” or “should he deliver subject-matter to the competent court? Therefore, the present study seeks to investigate the effects of obligee default by using a descriptive-analytical method to determine the scope of legal obligations owed after this refusal. Accordingly, this article examines the binding effect of default in Iran law, “Imamiyah jurisprudence, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and England law, including transfer of Risk, binding to performance, and avoid of the contract. In doing all the acts that could reasonably be expected of the obligor to enable the other party to make delivery the subject of obligation but he refuses to take it, due to losing validation of his consent in making delivery by others, the obligee will be discharged, but since the release of the property is like a “waste”, he can deliver it to the court or sequester it in the custody of a person authorized to hold it. Deposit or sequestration discharges the obligee from that moment and damages must be borne by the obligor.

Keywords:

Acceptance Of Performance, Binding Effect, Default Of Obliger, Delivery Of Goods Or Money, Obligee, Sequestration.

A Critique on the Time Bar to Bring Lawsuit against the Forwarder in the Iranian Legal System from the Perspective of International Legal Documents

Mohammad ARYAN (Assistant Professor of Law, Shahid Beheshti University)

Abstract

Today, freight forwarding plays a key role in the development and stability of international transport of goods and freight forwarders are no longer just agents of cargo owners to manage transport operations, but rather provide a wide range of services to customers, including transportation of goods, as a combined transport operator. In Iran, the Supreme Council for Transport Coordination approved a bylaw entitled "Establishment and Operation of International Transport Companies" in 2017, in which paragraph 3 of Article 21 sets 90 days as a time bar for filing a lawsuit against a forwarder. Determination of such a short period for filing a lawsuit shall not only encounter cargo owners with serious difficulties in claiming damages in the event of loss of or damage to the goods but also raises serious questions that is such a rule in line with the rules accepted in international legal documents, including FIATA Model Rules for Freight Forwarding Services? is Supreme Council for Transport Coordination legally allowed to impose such a time bar? Is this rule valid despite Article 393 of the Commercial Code? Examination of various international legal documents governing freight forwarding activity indicates the existence of 9 months for filing a lawsuit against the freight forwarder. Also, imposing a time bar requires the involvement of the Parliament, and the Supreme Council for Transport Coordination is not competent to take such an action. Finally, the provision of paragraph 3 of article 21 of the bylaw conflicts with the provision stated in article 393 of the Commercial Code.

Key Words

Freight Forwarder, International Transport, Supreme Council for Transport Coordination, Time Bar.

The Nature and Consequences of the Renegotiation Clause to the Court and to the Parties of a Contract: A Comparative Review

AmirMahmoud AMINI (Ph.D. Candidate of Private Law, University of Tehran)

Rahim PILVAR (Assistant Professor of Law, University of Tehran)

Abstract

Renegotiation is one of the methods that seek to resolve the dispute peacefully, and legally it has an independent nature from similar methods such as arbitration, mediation, and conciliation. The necessity of renegotiation is that because its provisions are carried out before entering the judicial authorities, it can be an effective and efficient way to speed up the dispute resolution process reduces the volume of cases in Iran's courts, and preserve the commercial-economic information of the parties to the contract. Applying this clause provides a peaceful solution for the parties when unforeseen events occur. The novelty of this topic is that the renegotiation clause has not been discussed so far about the effect it has on the parties and the duty of Iran's courts in dealing with it. This research was compiled with descriptive-analytical methods and using library sources and verdicts of domestic and foreign courts. The results showed that if we consider the renegotiation as a clause of a passive act or a clause of the result of a partial deprivation of rights, then the guarantee of its violation will be the issuance of a non-hearing order by the court. Regarding the duty of the parties during the negotiation, it is concluded that the mere recognition of such a clause is not enough for its precise implementation, but the need for continuous cooperation and good faith on the part of the contract parties in the process of renegotiation is also required.

Key words:

Counter Claim, Obligation of Result, Obligation of Means, Peaceful Resolution of Disputes, Renegotiation Clause.

Legal Management of Internal Risks in Industrial Projects with a Comparative Approach between Different Construction Contracts

Mirshahbiz SHAFE (Assistannt Professor of Law, Shahid Beheshti
University)

Nikoo FARRAHI (Ph.D. Candidate of Oil & Gas Law, Shahid Beheshti
University)

Abstract

Industrial projects are complicated in essence. From the feasibility study phase to the closing stage, projects frequently face various risks, and there is always the concern that they may not achieve their intended goals. Risk management is therefore known as one of the main factors for project success, which should be considered and planned for from the very first stages of the project. This paper studies the legal tools of project risk management in EPC, GC, and EPCM construction contracts in industrial projects by deploying approaches to maximize the contractor's motivation to cooperate with the employer and seeks to find the most suitable legal tool that is able to create cooperation between parties and a logical balance in risk allocation with a focus on the project's internal risks more conveniently. Studies show that risk Management solutions are possible through aligning the contractor and the employer's interests, optimal and fair risk allocating between the parties, and developing a win-win situation for both parties. Project delivery methods, payment methods, and contract clauses are the legal tools making risk management achievable. EPCM Contractual Model is a novel project delivery method, insisting on cooperation and non-competition between the contractor and the employer. Studying various aspects of the EPCM Model indicates how choosing the proper delivery method, as long as the other legal tools, help risk management be appropriately done.

Keywords:

Contract Terms, Legal Risk Management, Optimal Risk Allocation, Payment Methods, Project Delivery Methods.

From Legal Presumption to the Legal Fiction in Determining Maturity Criterion

Asghar DOUSTI (Ph.D. Candidate of Private Law, Islamic Azad University, Yasuj)

Daryoush BABAEI (Assistant Profesor of Law, Islamic Azad University, Yasuj)

MohammadBaqir AMERINIA (Assistant Profesof of Law, Islamic Azad University, Yasuj)

Abstract

Puberty is a jurisprudential-legal issue and given the existence of different laws on it, the mind is involved with this important question whether the age of puberty in the law of contracts and marriage contract is two different categories or not? The existing conflicts between the legal articles related to the age of puberty necessitate the need to conduct independent research in this regard to find a solution to resolve those conflicts, and based on this, in the present research, we approach this issue with the approach of the difference between presumption and presumption and the application of these two concepts. The determination of the age of puberty, has been discussed by mentioning jurisprudential and legislative records and finally led to the proof of the unity of the concept of maturity in the law of contracts and marriage contracts with the possibility of combining both criteria of the age of puberty independently with the approach of transforming the concept of maturity from the former assumption to the decree and creating The new assumption is with the domination (*hoocomat*) of legal capacity.

Keywords:

Legal Fiction, Legal Presumption, Legal Capacity, Maturity.

Various Interpretations of the Experts of the Constitution (1358) on the Concept of Separation of the Powers

Ali DARAEI (Master in Public Law, Tabriz University)

Sedigheh GHARLEGHI (Ph.D. Candidate in Public Law, Qom University)

Ali MASHHADI (Associate Professor of Law, Qom University)

Abstract

The legal regulation of political power is considered a formal characteristic of fundamental rights. The principle of separation of powers is one of the fundamental principles that can regulate political power. From this point of view, it is important what attitudes and readings the constitutional law experts had in 1358 regarding the concept of separation of powers. Acknowledging the opinions of constitutional experts on the principle of separation of powers in the Assembly of Constitutional Experts has a close connection with the inclusion and implementation of this principle in the Constitution. Based on this, in the following article, the authors have tried, in the shadow of the theoretical examination of the foundations of the principle of separation of powers in the West and Islamic legal systems, the views and perceptions of the experts of the Constitution in the Assembly of Experts of the Constitution with it. to evaluate the ratio to obtain a broad and deep understanding of the concept of the separation of powers in the Parliament of the final review of the Constitution and related approval principles. This research has concluded with a descriptive-analytical method that there were eleven different interpretations of the concept of separation of powers in the Parliament of the final review of the Constitution. Based on these eleven different opinions, except two opinions, constitutional law experts did not have a new attitude to the content of the concept of separation of powers, and therefore the structural principles of separation of powers were relatively and differently manifested in the constitution. In other words, the principles and benefits of the separation of powers were not rejected by constitutional experts in general, but they were not fully reflected in the Constitution. At the end of the research, a proposal has been submitted to the revision body of the Constitution of Iran to complete and amend the aforementioned principles in line with the ultimate goals of the concept of separation of powers.

Key words:

Concept of Separation of Powers, Constitutional Law Experts, Detailed Constitutional Negotiations, Independence of Powers.

Banking Regulatory Rights and Its Difficulties in the Banking System of Iran

MohammadHosein ZAREI (Associate Professor of Law, Shahid Beheshti University)

MohammadAli MATANI (Ph.D. Candidate of Public Law, Shahid Beheshti University)

Abstract

The subject of this article is to explain the modalities of the government's intervention in the banking system to regulate the banking market. Banks are subject to market failure due to problems such as information asymmetry, destructive and extreme competition, and behavioral risks. Therefore, government's intervention seems necessary to set up a banking system. The main question of this paper is that, in the light of public and private interest theories, how are the government regulatory interventions in the banking sector explained and explained and what are the challenges of this intervention in the legal system of Iran? From this point of view, after reviewing the theoretical foundations governing banking regulation rights, a variety of government tools for regulating the market structure and behavior of actors in the banking sector will be examined, and each of the positions of the Iranian legal system will be discussed. Given the fact that the existence of an independent and expert regulator in the banking sector is one of the most important components of the banking regulatory system, some of its institutional and structural requirements are also examined. Finally, some of the most important challenges of the banking regulatory system are mentioned in Iran.

Key Words:

Banking Regulation, Central Bank, Regulator, Regulatory Rights, Settlement Instruments.

The position of the ‘Supreme Economic Coordination Council’ and Its Enactments in the Constitutional Order

Bijan ABBASI (Associate Professor of Law, University of Tehran)
Navid SHEIDAEI (Ph.D. Candidate of Public Law, University of Tehran)

Abstract

One of the important aspects of the idea of constitutionalism is the idea that principles and foundations exist beyond ordinary laws, and that, in a hierarchical order, laws contrary to those principles are identified and functioned by specific institutions, Unapproved or invalidated. In these circumstances, the existence of an institution that can approve and implement resolutions without legal excuses, or even beyond the law, is a violation of the Constitution. The establishment and multi-year legislative activity of the so-called "Supreme Economic Coordination Council" in the country seems to be an example of this situation. The council was naturally formed based on the exceptional situation prevailing in the country but did not take advantage of the mechanism in Article 79 of the Constitution, which provided for such conditions, and as a result, due to the uncontrollability of these enactments, has violated the rules and regulations.

Keywords:

Article 79, Exceptional Situation, Control, Supreme Economic Coordination Council, Separation of Powers.

The Legal Nature of Virtual Asset

Homayoun MAFI (Professor of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services)

Meisam RAMESHI (Ph.D. Candidate in Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services)

Abstract

The development of virtual space and the transactions formed in this space over the past few years have led to the formation of the concept of virtual assets. One of the important issues that should be considered in the acceptance of virtual assets in legal systems is the identification of the nature of such assets. Regarding the legal nature of virtual assets, different approaches have been proposed in legal systems; But three approaches have gained more acceptance; Some legal systems consider virtual assets as money and use them as a means of payment in transactions; Some others have accepted it as exchangeable and investable securities, and others have accepted it as a commodity and consider it subject to the regulations related to the sale of goods. Now the question is raised, which approach regarding the legal nature of virtual assets is acceptable in Iran's legal system? In response, it should be said that although the virtual property has not been given serious attention in Iran's legal system, the analysis of the nature of this property is more consistent with the ruling legal system.

Keywords:

Goods, Money, Property, Securities, Virtual Asset.

Benchmarking the Unfairness of Contract Terms

Reza SIMBAR (Professor of Law, University of Guilan)

Touraj NABIDOUST DOLATABAD (Master of Law, University of Guilan)

Abstract

Given the legal vacuum in domestic law and the legislator's silence in explaining the legal aspects of unfair terms and the criteria for their recognition, this study examines the criteria for determining the unfairness of contract terms. The research method is descriptive-analytical. Examples of unfair terms include liability and non-liability, supplementary and standard contracts and transactions intended to escape religion, and criteria for identifying such conditions. Criteria for Determining Unfair Contract Conditions Rooted in Unfair Contract Conditions Characteristics, including Works, Performance Guarantees, Impact of Unfair Contract Conditions and also based on Unfair Conditions, such as Fairness and Fairness and Goodwill and Their Role in the Contract Contractual freedom and the conflict of principle have to do with unfair theory and implicit condition theories, contrary to good faith, fundamental breach, harmful rule, gross negligence, and so on. To assess whether or not the terms are unfair, other components such as non-negotiation of terms, unequal bargaining power, imbalance in the rights and obligations of the contracting parties to the detriment of the weaker party, the degree of conditional release in accepting and rejecting the terms and not being transparent. One of the criteria for identifying unfair terms is. According to the International Commercial Arbitration Act, Article 456 of the Code of Civil and Revolutionary Courts of Civil Procedure adopted in 2000, the Iranian Maritime Law (in Article 179), and the E-Commerce Act of 2003, all unfair terms which prejudice the rights of the other party. , Has no legal effect. Finally, despite the richness of the jurisprudence in this area, the existing rules on the "unfair condition and criteria for its detection" are ineffective.

Key words:

Criterion of Determination, Contract, Law, Unfair Conditions.

Optional Arbitration: A Comparative Study under National Legal Systems

Ebrahim SHOARIAN (Professor of Law, Tabriz University)

Abstract

Arbitration constitutes the most common and efficient mechanism for the resolution of international commercial disputes. The spread of arbitration in general and the vital role of party autonomy, in particular, have unveiled various aspects of this method of dispute resolution and thus have caused the emergence of different types of arbitration clauses for which the parties' differing negotiating powers and distinct needs of different economic sectors have played a critical role. One of these novel but controversial types of arbitration agreements is concerned with "optional agreements." Optional arbitration agreements provide an option for one or both parties to adjudicate their disputes either by arbitration or litigation. The nature, validity, and various aspects of such agreements have not been thoroughly examined in the primary and secondary sources. The same is true in Iranian legal literature, especially when it comes to its distinction from other types of arbitration agreements, especially voluntary arbitration. Thus, this Article attempts to discuss the nature, validity, and various types of optional arbitration agreements to unfold their unknown aspects.

Key words:

Asymmetric Optional Arbitration, Change of Competent Authority, Symmetric Optional Arbitration, Separation of Claims, Validity.

Plagiarism in Criminal Law

Abolhasan SHAKERI (Professor of Law, Mazandaran University)

Ehsan TIRBANDPEY (Master of Law, Adib University of Sari)

Abstract

Using other's writing as an own writing or as a third party has been used for a long time. Nowadays, conditionally legislators call it a crime that should be punished. On which has to have a special meaning. It means that if those have been registered and published or not before. Also, the content of software that has been circulated on the internet can be one of the plagiarism crime topics. The most important feature of this crime is the use of publication for the emission of other's writing as own writing or as a third person writing so that whether that publication has had a justification or not. Also if that publication, which is inside or outside, has been published inside of country or outside of country. The emission of a letter that is according to another's idea is not plagiarism. Inspiring others' ideas is not plagiarism if it has not been adapted exactly. This article tried to remove the ambiguity of this crime by descriptive-analytic method.

Key words:

Author, Inscription, Letter, Emission, Plagiarism.

The Third Countries' Legal Challenges to Enter into the EU Gas Market (*Case Study: IRAN*)

Hadi GHANBARI BONAB (Ph.D. Candidate of Management of the International Contracts of Oil and Gas, Allameh Tabatabaie University)

MohammadMahdi HAJIAN (Assistant Professor of Law, Allameh Tabataba'i University)

Abbas KAZEMI NAJAFABADI (Assistant Professor of Law, Allameh Tabataba'i University)

Ali EMAMI MEIBODI (Professor of Economics, Allameh Tabataba'i University)

Abstract

One of the most important issues in the field of exporting gas to the European Union through pipelines is understanding the market and the laws and regulations in the EU as well as the requirements of other countries in the face of these regulations. In this article first The European Union and then the laws and regulations in Iran regarding the issue of gas export have been analyzed. The results of the research show that the EU Third Gas Directive 2009 forms the basis of the legal and contractual issues of the EU gas market which provide various legal guidelines, including ownership separation, third-party access to the gas storage facilities, and Regulatory Bodies. Laws on the Third Gas Directive regarding Third Party Access to the Network, Tariff Regulation, Ownership, and Transparency completely apply to existing and future gas pipelines to EU Borders including Territorial Waters and Exclusive Economic zone between EU and third Countries including Iran. It is suggested that third countries review and amend their laws in the event of any inconsistencies with the three laws and regulations.

Key words:

Access to the Network Commission Modified Proposal, Legal Guide Lines, Ownership Separation, Third Gas Directive, Tariff.

The Role of Good Faith in the Transfer of Ownership through a Comparative Study of Iran, English and German Law

Mostafa MOHAGHEGH DAMAD (Professor of Law, Shahid Beheshti University)

Ahmad HOSSEINI (Ph.D. Candidate in Private Law, Tarbiat Modares University)

Mohammad ISAEI TAFRESHI (Professor of Law, Tarbiat Modares University)

Abstract

In most legal systems today "good faith" is a well-known and effective concept in legal relations. One of the most important aspects of this effect is the effect of good-faith in the transfer of ownership. So if the person in possession; was acted in good-faith and unaware of the other's rights to the property transferred; subject to some conditions, his good-faith causes the transfer of ownership to him and remains immune from real owner. This approach has been reinforced in German law, meanwhile specifying in legal provisions, by the establishment of principles and rules by jurists. In English law, however, the concept of good-faith has not been as popular as that of German law. However, the vast powers of the courts and the adoption of realistic, justice-based approaches by them, have led to the protection of good-faith possessor and this approach has been extended to some legal provisions. The concept of good-faith is also recognized in domestic law and is specified in some legal provisions. considering the dynamism of "Shi'a jurisprudence" as the basis of rules and legal provisions in domestic law And the lack of any conflict between the essence of good-faith and this basis, It seems that The approaches of the German and English legal systems can be used to strengthen these domestic legal institutions whose actions lead to the protection of the good-faith possessor and change some traditional approaches which the application of them would lead to the detriment of the good-faith possessor.

Key words:

Good Faith, Other's Property, Possession, Transfer of Ownership.

Legal Research Quarterly

Scientific Quarterly of the Law Faculty
in Cooperation with

Iranian Association of Comparative Law, Iranian
Association of Penal law, Iranian Association of Arbitration
Published by: Shahid Beheshti University

Director in Charge: G. EFTEKHAR JAHROMI

Editor in Chief: E. BEYGZADEH

Executive Director: A. YAVARI

Editorial Board

*Mohammad ASHOURI, Nejad Ali
ALMASY, Mohammad Reza PASBAN,
Abdollah SHAMS, Hossein SAFAIE,
Hedayatollah FALSAFI, Mostafa
MOHAGHEGH-DAMAD, Ali Hossein
NADJAFI ABRANDABADI, Mohammad
HASHEMI*

N.103

2023