



انجمن علمی علوم قضایی ایران



دانشگاه مازندران

پژوهشنامه حقوق تطبیقی

عنوان مقاله ها:



- * امکان‌سنجی تحقق مسئولیت مدنی پیشگیرانه با نگاهی تطبیقی به فقه و حقوق بین‌الملل
:: امین پاهکیده؛ جواد پور کرمی؛ سعید خردمندی ::
- * مطالعه تطبیقی الزامات حقوقی طراحی قراردادهای هوشمند دیجیتال در حقوق ایران و فرانسه
:: مجتبی دهقانی تفتی؛ مرضیه افضلی مهر؛ ربیعا اسکینی ::
- * اثرگذاری رسانه در ارتکاب و پیشگیری از جرم در پرتو جرم‌شناسی فرهنگی
:: حمزه کرمی نقیعی؛ بهزاد رضوی فرد؛ حسنعلی موذن زادگان ::
- * دکترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی رومی - ژرمنی
:: علی سلیمانی اندرور؛ محمد عالم زاده؛ سیدحسن حسینی مقدم ::
- * فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش بینی نقض در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ - وین)
:: مهری شمس؛ جمشید نورشرق؛ احمد شمس؛ مهدی منتظر ::
- * تفاوت فرآیندی دعوی جلب ثالث اصلی و تبعی در مرحله بدوی و تجدیدنظر در حقوق ایران و فرانسه
:: مجید عزیزبانی؛ سیامک ره پیک ::
- * ربا در بانکهای ایران و مصر از منظر فقه و قانون
:: سجاد عسگری آرانی؛ غلامحسین مسعود؛ محسن شکرچی زاده ::
- * نحوه ترتیب ضمانات اجرای تخلف از تعهد در حقوق ایران، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق انگلیس
:: محمد فرزادگان؛ سمیه ظهوری؛ محمد حسین تقی پور درزی نقیعی ::
- * تأملی بر اصول و الزامات سیستم رای‌گیری الکترونیکی امن
:: حسینعلی کلهر؛ سید حسین ملکوتی هاشجین؛ آیت مولائی؛ محمد مظهری ::
- * مطالعه تطبیقی نگرش قضات نسبت به تاثیر جنبه‌های روان‌شناسی شناختی در شهادت شهود
:: علیرضا مشیراحمدی؛ عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی؛ سیدمهدی سیدزاده ثانی ::
- * بررسی تطبیقی پیامد عدم مالکیت فروشنده در قانون مدنی ایران و قانون بیع کالای انگلیس
:: سید سعید مومنی؛ حکمت اله عسکری ::
- * تحلیل حقوق ناشی از حساب‌های شبکه‌های اجتماعی در روابط کارکنان و کارفرمایان (با تاکید بر حقوق آمریکا)
:: عباس میرشکاری؛ شبیر آزادبخت ::

پژوهشنامه علمی

حقوق تطبیقی

رتبه «ب»

دوره ۶ / شماره ۲ / پیاپی ۱۰

پاییز و زمستان ۱۴۰۱

پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه مازندران

انجمن علمی همکار: انجمن علوم قضایی ایران

مدیر مسئول: دکتر جواد تقی زاده

سردبیر: دکتر حمید ابهری

مدیر اجرایی: دکتر سیدحسن حسینی مقدم

کارشناس: احسان نعمتی

اعضای هیأت تحریریه

استاد دانشگاه مازندران	دکتر حمید ابهری
دانشیار دانشگاه تهران	دکتر محسن ایزانلو
دانشیار دانشگاه فردوسی	دکتر عبدالرضا جوان جعفری
استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر مهراب داراب پور
استاد دانشگاه مازندران	دکتر ابوالحسن شاکری
استاد دانشگاه تبریز	دکتر ابراهیم شعاریان ستاری
دانشیار دانشگاه تهران	دکتر بیژن عباسی
دانشیار دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محسن عبدالهی
استاد دانشگاه بوعلی سینا	دکتر ستار عزیزی
استاد دانشگاه مازندران	دکتر کیومرث کلاتتری
استاد دانشگاه علوم قضایی	دکتر همایون مافی
استاد دانشگاه مازندران	دکتر سام محمدی
استاد دانشگاه تربیت مدرس	دکتر پژمان محمدی
دانشیار دانشگاه قم	دکتر علی مشهدی
دانشیار دانشگاه اصفهان	دکتر علیرضا یزدانیان

ویراستار فارسی: احسان نعمتی ویراستار انگلیسی: دکتر ابراهیم فخری

حروفچینی و صفحه آرایی: فرهاد فیروزی تبار

شمارگان: ۵۰ نسخه

چاپ و صحافی: انتشارات کتیبه

شاپا چاپی: ۲۴۲۳-۷۵۶۶

نشانی: بابلسر، پردیس دانشگاه مازندران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

تلفکس: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۴ شماره: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۲

پست الکترونیکی: pajohesh.l-p@umz.ac.ir نشانی اینترنتی: www.lps.umz.ac.ir

• پژوهشنامه حقوق تطبیقی، مسئول آرا و نظریات مندرج در مقالات نیست و در ویرایش مطالب آزاد است.

اسامی داوران محترمی که در این شماره با پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی همکاری داشته اند:

مهدی خاقانی اصفهانی / سیدابراهیم قدسی / سیدحسن حسینی مقدم / حسن محسنی / مصطفی السان / سیداحمد حبیب نژاد / محمد عالم زاده / همایون مافی / حسین کاویار / آزاده صادقی / جواد تقی زاده / حمید ابهری / کیومرث کلانتری / جواد صالحی / آیت مولائی / زهرا عامری / مهدی مرادی برلیان / مهدی عاشوری / محمدحسین تقی پور درزی نقیعی / حمید میری / محمدرضا پروین / محمد شکری / احسان شهسواری / حسین رضازاده / صالح غفاری چراتی / زهرا وطنی / سمیه ظهوری / پیمان نامیان / علیرضا یزدانیان / عباس زراعت / مجتبی اصغریان / مهدی امینی / سعید ابراهیمی / هانی حاجیانی / محمد ستایش پور / جواد صالحی / میثم نوروزی / امیرحسین نیازپور / حسین قافی /

انتشار این نشریه بر اساس موافقتنامه‌ی شماره‌ی ۹۱/۲۸۴۴۶ مورخ ۹۱/۱۲/۲۰ هیات نظارت بر مطبوعات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است و بر اساس آیین نامه نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸/۰۲/۰۹ موفق به کسب رتبه «ب» در فرآیند ارزیابی کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم در سال ۱۴۰۰ شده است.

پژوهشنامه حقوق تطبیقی، اخلاق علمی و نشر را تحت قوانین بین‌المللی کپی رایت و کمیته بین‌المللی اخلاق در انتشارات (COPE) رعایت و از آیین نامه اجرایی قانون پیشگیری و مقابله با تقلب در تهیه آثار علمی پیروی می نماید.

در راستای حمایت از حقوق پژوهشگران و نویسندگان گرامی و همچنین جهت گسترش فرهنگ احترام به حق کپی رایت، مقالات بارگذاری شده در سامانه پیش از قرار گرفتن در روند داوری، از طریق سامانه مشابهت یابی سمیم نور همانندجویی می شوند.

دسترسی به مقالات پژوهشنامه حقوق تطبیقی و دریافت آنها، رایگان بوده و محدودیتی جهت خواندن و دریافت مقالات نشریه حاضر وجود ندارد و مخاطبان برای استفاده از آنها در راستای اهداف قانونی مجاز می باشند.



به نام خداوند جان و خرد

سخن سردبیر

خداوند بزرگ را سپاسگزاریم که با همدلی و همکاری پویندگان علم حقوق، شماره پیاپی دهم پژوهشنامه حقوق تطبیقی با رتبه «ب» وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و با نمایه ISC منتشر شده است. انتشار پژوهشنامه حقوق تطبیقی در واقع تداوم فعالیت علمی پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران است که پس از انتشار ۳۱ شماره با مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی تغییر نام داده است. با تقدیم این شماره از مجله از همه فرهیختگان، دانشوران و اندیشمندان و فعالان عرصه‌ی علم و پژوهش حقوق انتظار می‌رود با ارسال مقالات ارزشمند خویش بر غنای علمی دو فصلنامه بیفزایند و زمینه ارتقای سطح علمی مجله را فراهم نمایند. همچنین از همکاران ارجمند که عضویت در گروه دبیران مجله را پذیرفتند، کمال تشکر و قدردانی را دارم.

دکتر حمید ابهری

سردبیر پژوهشنامه حقوق تطبیقی دانشگاه مازندران

راهنمای نگارش و تدوین مقالات پژوهشنامه حقوق تطبیقی

از مؤلفان گرامی تقاضا می‌شود جهت تسریع در فرایند بررسی مقاله و جلوگیری از تاخیر در داوری، هنگام ارسال مقاله به نکات زیر توجه فرمایند:

* نکات بسیار مهم

- با توجه به آن که طبق آیین نامه ابلاغی معاونت پژوهشی دانشگاه مازندران، داشتن کد ارکید به عنوان یک شناسه منحصر به فرد برای کلیه نویسندگان از الزامات می باشد، با مراجعه به سایت www.orcid.org نسبت به اخذ کد ارکید خود اقدام فرمایید. لطفاً در درج صحیح کد ارکید هر نویسنده دقت فرمایید.
- ارسال مقاله به پژوهشنامه حقوق تطبیقی و تمام فرآیندهای رسیدگی به مقاله از جمله (داوری، ویراستاری، صفحه آرایی و ...) «رایگان» بوده و نویسنده/نویسندگان متحمل هزینه ای نخواهند شد.

- چنانچه مقاله حامی مالی دارد، ذکر آن در بخش تقدیر و تشکر الزامی است.
- مقالات صرفاً باید به صورت یک فایل word (ورژن ۲۰۰۳ به بعد) و بدون هرگونه صفحه آرایی، پاورقی، شماره گذاری صفحه یا درج Page Break ارسال شوند.
- در مجموع، صرفاً بایستی چهار فایل شامل (۱) فایل با نام (صرفاً در جایگاه اصلی فایل بانام)، (۲) فایل بی نام (صرفاً در جایگاه اصلی فایل بی نام)، (۳) نامه همراه مقاله (Cover Letter) و (۴) فایل مربوط به چکیده مبسوط انگلیسی ارسال گردد.
- اخذ و درج کد اخلاق و یا کد IRCT (مرکز ثبت کارآزمایی بالینی) برای مقالات حوزه زیست پزشکی الزامی می باشد. در این مقالات، رعایت ملاحظات اخلاقی، ذکر اخذ رضایت نامه و محرمانگی اطلاعات ضروری است.

اصول راهنما

- ۱- آیین نگارش زبان فارسی رعایت شده و از به کار بردن کلمات خارجی و تخصصی تا حد امکان خودداری گردد.
- ۲- ثبت مقاله فقط از طریق سایت مجله امکان پذیر است.

۳- مقاله به طور هم‌زمان برای سایر مجلات ارسال نگردیده باشد. به این منظور نیاز است که این نکته در نامه همراه مقاله (Cover Letter) ذکر گردد.

۴- برای تایپ عنوان فارسی از قلم BTitr با اندازه فونت ۱۴، چکیده فارسی از قلم BNazanin با اندازه فونت ۱۱ و برای حروف انگلیسی در متن مقاله از قلم Times Roman New با اندازه فونت ۱۱، برای عنوان انگلیسی از قلم Arial با اندازه فونت ۱۱ و برای چکیده انگلیسی و چکیده مبسوط انگلیسی از قلم Arial با اندازه فونت ۹ در قالب فایل WORD سال ۲۰۰۳ به بعد، با حاشیه ۲/۵ سانتی‌متر از تمام جهات و فاصله بین خطوط ۱/۵ سانتی‌متر استفاده گردد.

۵- تمام واژه‌ها و اصطلاحات علمی انگلیسی که در مقاله به صورت اختصار درج می‌شوند، باید برای بار اول به صورت عبارت کامل در متن ذکر گردیده و اختصار آن در داخل پرانتز آورده شود و واحدهای اندازه‌گیری بایستی از سیستم استاندارد بین‌المللی واحدها (SI) پیروی کند.

۶- حق هیأت تحریریه مجله، در قبول یا رد مقاله و یا اصلاح نوشتاری و ادبی محفوظ است. عقاید بیان شده و خط مشی‌های اعمال شده توسط نویسندگان، الزاماً بیانگر عقاید و خط مشی‌های هیأت تحریریه نمی‌باشد.

۷- مقالاتی مورد بررسی اولیه قرار خواهند گرفت که تعداد واژگان آن، مابین ۷۰۰۰ و ۸۰۰۰ باشد.

اصول تنظیم مقاله

صفحه اول

چکیده انگلیسی

صفحه اول شامل عنوان مقاله، نام و نام خانوادگی نویسندگان، وابستگی‌های سازمانی یا affiliation (به ترتیب به صورت: مرتبه علمی، گروه، دانشکده، دانشگاه، شهر و کشور به زبان انگلیسی و پست الکترونیک)، چکیده و واژگان کلیدی به انگلیسی است.

نویسنده مسئول بایستی باید با علامت ستاره (*) مشخص شود و جزئیات اطلاعات نویسنده مسئول شامل شماره دورنگار، آدرس پستی و پست الکترونیک در زیرنویس صفحه اول ذکر گردد. عنوان مقاله باید مختصر، مفید و جامع باشد (حتی‌المقدور بیش از ۱۵ کلمه نباشد و از به کار بردن کلمات اختصار در عنوان پرهیز گردد).

عنوان مکرر (Running title) که خلاصه‌ای از عنوان اصلی است و با لحاظ نمودن فاصله‌ها، نباید بیشتر از ۵۰ حرف باشد.

چکیده انگلیسی باید مطابق با چکیده فارسی تنظیم گردد. چکیده انگلیسی در مقالات پژوهشی باید دارای بخش‌های زیر باشد:

Objectives, Methods, Results, Conclusion, and Keywords.

چکیده مبسوط انگلیسی

نویسنده ملزم است چکیده ای حاوی ۷۰۰ تا ۱۰۰۰ واژه از مقاله خود به صورت فایل پیوست در پروفایل تحت عنوان "چکیده مبسوط" تهیه و برای مجله ارسال نماید.

ساختار چکیده مذکور باید به شکل زیر باشد:

- ۱- مقدمه (Introduction)
- ۲- روش مطالعه (Methods)
- ۳- یافته ها (Results)
- ۴- نتیجه گیری (Conclusion)
- ۵- منابع مالی (Funding)
- ۶- سهم نویسندگان (Authors' contribution)
- ۷- تعارض منافع (Conflict of interest)
- ۸- تقدیر و تشکر (Acknowledgments)

لازم به ذکر است که حداکثر یک جدول و یا نمودار می تواند در قسمت چکیده مبسوط وجود داشته باشد. تعداد کل کلمات موجود در چکیده مبسوط نباید از ۱۰۰۰ کلمه تجاوز کند. البته کلید واژه ها، منابع و نمودار و جدول مشمول این ۱۰۰۰ کلمه نمی شود. منابع مرتبط با بخش های «مقدمه»، «مواد و روش ها» و «نتیجه گیری» با فرمت APA در متن مورد اشاره و استناد قرار گیرند و در انتهای مقاله نیز در لیست منابع آورده شوند.

نکته: در صورت عدم وجود منابع مالی برای یک مقاله، بایستی عبارت "There is no funding support" در مقابل آیتم شماره ۵، ذکر گردد. همچنین در صورت عدم وجود تعارض منافع، بایستی عبارت "Authors declared no conflict of interest" در مقابل آیتم شماره ۷ ذکر گردد.

صفحه دوم

چکیده فارسی

صفحه دوم شامل عنوان مقاله، نام و نام خانوادگی نویسندگان، وابستگی های سازمانی یا affiliation (به ترتیب به صورت: مرتبه علمی، گروه، دانشکده، دانشگاه، شهر و کشور و پست الکترونیک)، چکیده و واژگان کلیدی به فارسی است.

نویسنده مسئول بایستی باید با علامت ستاره (*) مشخص شود و جزییات اطلاعات نویسنده مسئول شامل شماره فکس، آدرس پستی و پست الکترونیک در زیرنویس صفحه دوم ذکر گردد. عنوان مقاله باید مختصر، مفید و جامع باشد (حتی المقدور بیش از ۱۵ کلمه نباشد و از به کار بردن کلمات اختصار در عنوان پرهیز گردد).

عنوان مکرر که خلاصه ای از عنوان اصلی است و با لحاظ نمودن فاصله ها، نباید بیشتر از ۵۰ حرف باشد. چکیده فارسی باید بین ۲۵۰ تا ۳۰۰ کلمه بوده و در پنج پاراگراف و به صورت ساختارمند شامل: اهداف، روش مطالعه، یافته ها، نتیجه گیری و واژگان کلیدی (۵ تا ۷ واژه) تنظیم شود..

متن اصلی مقاله

فایل متن اصلی مقاله بایستی بر اساس دستورالعمل های استاندارد نگارش و آماده سازی مقالات مختلف آماده شوند.

علاوه بر این، بخش ضمیمه شامل تشکر و قدردانی، محل تامین بودجه، تضاد منافع و سهم نویسنده در نگارش مقاله باید در انتهای متن مقالات برای تمام انواع مطالعات ذکر گردد.

مقاله اصیل / تحقیقاتی (Original Article)

در این نوع مقالات نتایج یک تحقیق ارائه می گردد.

مقاله پژوهشی اصیل به ترتیب شامل بخش های زیر است:

مقدمه: این بخش شامل موارد زیر است:

مشکل چیست، آنچه که تاکنون در این باره شناخته شده است و دلایل اهمیت موضوع، سؤالات بدون پاسخی که این تحقیق به آن پاسخ می گوید و شرح این که چگونه نتایج این تحقیق می تواند به رفع ابهامات کمک کند، هدف و یا فرضیه پژوهش (متناسب با نوع پژوهش).

روش مطالعه: به نحوی باید نوشته شود که هر خواننده ای بتواند با آن، تجربه نویسنده مقاله را تکرار کند، (نوع مطالعه، شرکت کنندگان و زمینه ای که پژوهش در آن اجرا شده است و چگونگی انجام آن). در این بخش باید ابزار جمع آوری اطلاعات ذکر شود. در صورتی که مقاله دارای پرسشنامه یا چک لیست است، ضمیمه کردن آن الزامی است. در مورد پرسشنامه های استاندارد، ذکر مرجع و مشخصات آن کافی است.

ملاحظات اخلاقی: در این بخش که مربوط به تحقیقات زیست پزشکی می باشد، می بایست کد تاییدیه کمیته اخلاق دانشگاه یا سازمان مربوطه و ملاحظات اخلاقی رعایت شده درج گردد.

یافته ها: در این بخش خلاصه ای از یافته های کلیدی و یا نتایج مرتبط با اهداف پژوهش ارائه می گردد. گزارش یافته های پژوهش به زبان گذشته صورت گرفته و از مقایسه و تفسیر یافته ها در این بخش خودداری

گردد.

از جدول و نمودار با حداقل تعداد ممکن استفاده شود. عنوان جدول، بالای آن و در نمودار، زیر آن قرار گیرد (با ذکر شماره). با توجه به محدودیت صفحات مجله، بدیهی است از تکرار ارایه مطالبی که در متن آورده شده‌اند در جدول و بالعکس باید پرهیز نمود. جداول و نمودارها فارسی باشند. عکس‌ها، نمودارها و جداول مربوط به مقاله به‌همراه توضیحات آن بایستی جداگانه و در دنباله متن اصلی مقاله آورده شده و شماره‌گذاری گردد. کیفیت تصاویر ارسالی مطلوب باشد و با حجم ۲۵۰ dpi در قسمت مربوطه بارگذاری گردد.

بحث: در این بخش چگونگی ارتباط یافته‌های این مطالعه با یافته‌های سایر پژوهش‌ها و نظریه‌های موجود بیان می‌گردد؛ پاراگراف اول می‌بایست با پاسخ به سوال اصلی پژوهش شروع شده و مهمترین یافته مطالعه را بیان نماید. سپس یافته‌های اصلی به‌دست آمده در یک تا دو پاراگراف با نتایج سایر تحقیقات و مطالعات داخلی و خارجی مقایسه و بحث و تفسیر گردد. در پاراگراف بعدی، موارد کاربرد عملی و قابلیت تعمیم‌پذیری نتایج، نقاط قوت و محدودیت‌های پژوهش، پیشنهاد یا توصیه برای تحقیقات آتی و در مجموع ارایه آن‌چه که در نتیجه انجام این تحقیق به علم اضافه شده است به‌طور خلاصه شرح داده می‌شود.

نتیجه‌گیری: مقاله باید با یک نتیجه‌گیری روشن و مختصر در ارتباط با سوال یا اهداف پژوهش، به طوری که از حد نتایج مطالعه فراتر نرود، خاتمه یابد.

تقدیر و تشکر: این قسمت باید حامی مالی مقاله و منبع تأمین حمایت مالی را نیز در برگیرد.

تضاد منافع

سهم نویسندگان (میزان مشارکت)

منابع

هر مقاله پژوهشی اصیل معمولاً حداقل و حداکثر بین ۱۵ تا ۴۰ رفرنس باید داشته باشد (همه رفرنس‌ها باید با فرمت انگلیسی تنظیم شوند).

* لازم به ذکر است، در مقالات اصیل به فراخور حیطه تحقیقاتی، بخشهای مذکور قابلیت تغییر دارد. برای مثال در مقالات حیطه علوم انسانی، عمدتاً بخش‌های اصلی شامل مقدمه، مبانی نظری و پیشینه تحقیق، فرضیه‌ها، روش تحقیق، نتایج و یافته‌ها و نتیجه‌گیری می‌باشد. یا مقالات حیطه مهندسی شامل مقدمه، ساختار پیشنهادی، نتایج و شبیه‌سازی و در نهایت جمع‌بندی می‌باشد.

مقاله مروری (Review Article)

مقالات مروری در مجلات دانشگاه مازندران شامل سه نوع ذیل می‌باشند:

۱. مرور نظام‌مند و متاآنالیز (Systematic Review and Meta-Analysis)

۲. مرور نظام مند بدون انجام متآنالیز (Systematic Review)

۳. مقالات مروری بدون انجام مرور نظام مند (Narrative Review)

الف) اگر مقاله شما مرور نظام مند و متآنالیز یا مرور نظام مند بدون انجام متآنالیز می باشد می بایست:

۱. برای نگارش مقاله از راهنمای PRISMA استفاده نمایید و تمامی بخش های منطبق با این راهنما را در مقاله خود گزارش نمایید.

۲. حداکثر تعداد کلمات ۴۰۰۰ کلمه می باشد.

۳. می توان از شکل، جداول و نمودار استفاده کرد.

مقاله باید شامل بخش های زیر باشد:

۱. عنوان (در عنوان کلمه Systematic Review یا Systematic Review and Meta-Analysis

قید شود)

۲. چکیده ساختارمند داشته باشد (زمینه و هدف، مواد و روش ها، یافته ها، نتیجه گیری، واژگان کلیدی)

۳. مقدمه

۴. مواد و روش ها (بر اساس راهنمای PRISMA فلوچارت تهیه شود). استراتژی جستجو، کلمات کلیدی مورد استفاده، پایگاه های مورد جستجو و ... مشخص شوند.

۵. یافته ها (بیان مفاهیم و مطالب اصلی با استفاده از عناوین مورد نیاز (Heading and subheading) یا همان تیتربندی مطالب می تواند انجام شود).

۶. بحث

۷. نتیجه گیری

۸. تشکر و قدردانی

۹. سهم نویسندگان

۱۰. تضاد منافع

۱۱. منابع (تعداد منابع مورد استفاده سقف ندارد ولی ترجیحا بیش از ۱۰۰ رفرنس نباشد و همه رفرنس ها باید با فرمت انگلیسی تنظیم شوند).

ب) اگر مقاله شما مروری و بدون انجام مرور نظام مند می باشد یعنی Narrative Review می باشد،

مقاله می بایست:

۱. حداکثر تعداد کلمات ۶۰۰۰ کلمه می باشد.

۲. می توان از شکل، جداول و نمودار استفاده کرد.

مقاله باید شامل بخش های زیر باشد:

۱. عنوان
۲. چکیده بدون ساختار
۳. مقدمه
۴. بیان مفاهیم و مطالب اصلی با استفاده از عنوان مورد نیاز (Heading and subheading) یا همان تیتربندی مطالب
۵. نتیجه گیری
۶. تشکر و قدردانی
۷. سهم نویسندگان
۸. تضاد منافع
۹. منابع (تعداد منابع مورد استفاده سقف ندارد ولی ترجیحا بیش از ۱۰۰ رفرنس نباشد و همه رفرنس ها باید با فرمت انگلیسی تنظیم شوند).

ج) گزارشات کوتاه

مقالات تحقیقاتی می توانند با فرمت گزارش کوتاه منتشر شوند. چکیده بدون ساختار در این بخش نباید بیشتر از ۱۵۰ کلمه باشد. ساختار نسخه اصلی بایستی حاوی حداکثر ۱۵۰۰ کلمه باشد. جداول و اشکال باید محدود به ۲ مورد شود و منابع نباید بیش از ۱۵ مورد باشند.

د) نامه به سردبیر (Letter to Editor)

در این نوع از مقالات، تمام مراسلات برای چاپ در نظر گرفته خواهد شد و اگر شامل انتقاد سازنده در مورد مقالات قبلی چاپ شده در مجلات دانشگاه مازندران باشند، در تمامی موارد حق پاسخ‌دهی برای نویسندگان محفوظ خواهد بود. همچنین گزارشات تحقیقات محدود می‌توانند در قالب یک نامه ارسال گردند. نامه به سردبیر معمولا در رابطه با یک موضوع خاص و یا در مورد موضوعی که در شماره های قبلی مجله چاپ شده است نوشته می‌شود. نامه به سردبیر شامل عنوان، متن مقاله، تضاد منافع و رفرنس است و فاقد چکیده، جدول، شکل یا نمودار می‌باشد. طول نامه باید بین ۷۰۰ تا ۱۰۰۰ کلمه باشد. حداکثر تعداد رفرنس ها باید ۲۰ مورد باشد.

(و) دیدگاه (Commentary)

جهت بحث و اظهار نظر درباره یک موضوع خاص در نظر گرفته شده است که اگر اصل مقاله به زبان فارسی باشد فقط خلاصه مقاله انگلیسی ضروری است. لازم است تعداد کلمات آن بدون احتساب منابع ۲۵۰۰-۱۰۰۰ باشد.

تعارض منافع

از نویسندگان انتظار می رود که هر گونه منبع پشتیبانی یا ارتباطات تجاری که ممکن است تعارض منافع را در ارتباط با مقاله ارسالی در بر داشته باشد شفاف سازی نماید. تمام منابع مالی حمایت کننده کار بایستی در بخش پیوست انتهای نسخه اصلی بیان شوند. مشارکت های مالی سازمان ها یا نهادهای مختلف در تمامی مسائل مربوط به تحقیق (به طور مثال استخدام، مشاوره، مالکیت استخدام و بهره های دیگر سهامی، ترتیب بندی ثبت اختراع در صدور مجوز) باید به عنوان تعارض منافع در انتهای فایل متن نسخه اصلی ذکر شود.

مشارکت نویسندگان

احراز سمت نویسندگی مقالات علمی به طور خلاصه منوط به داشتن شروط چهار گانه ذیل به طور هم زمان می باشد:

- کمک قابل توجه در طراحی مطالعه و تحلیل یا تفسیر داده های آن
- تهیه پیش نویس مقاله یا اصلاح نمودن آن
- تصویب نهایی نسخه آماده شده برای چاپ
- پاسخ گو بودن در تمام جنبه های پژوهش

تقدیر و تشکر

در این بخش نویسندگان می توانند از تامین کنندگان نیازهای مالی و امکانات تحقیق و یا افراد دیگری که در انجام تحقیق کمک یا مشارکت نموده اند، تشکر و قدردانی نمایند. در انتهای متن مقاله تحقیقی، می بایست نام موسسه ای که مطالعه در آن انجام شده و یا حمایت مالی نموده است، ذکر گردد.

شیوه تنظیم منابع

- سبک رفرنس نویسی انجمن روانشناسی آمریکا (APA)، در این جزوه ارائه شده است.
- قالب استناد APA به جای نوشتن یادداشت یا پاورقی به استناد در متن نیاز دارد.

- استنادهای درون متنی معمولاً شامل نام نویسنده و تاریخ انتشار است تا خواننده را به لیست موجود در بخش "منابع" که در انتهای مقاله قرار دارد، هدایت کند.
- اطلاعات کامل در مورد هر منبع ذکر شده در متن در لیست "منابع" ارائه شده است.

استناد در مقاله (استناد در متن)

- در متن یک مقاله، اگر نام نویسنده بخشی از رفرنس باشد، فقط سال انتشار در پرانتز باشد.
مثال:

بر طبق نظر Smith (۱۹۹۸)، فرمت APA یک قالب استنادی آسان برای زبان آموزان است.
فرمت APA یک قالب نقل قول آسان برای زبان آموزان می باشد (Smith, 1998).

- در صورت استناد به صفحه یا فصل خاصی از یک سند، این اطلاعات را در پرانتز قرار دهید.
مثال:

فرمت APA یک قالب نقل قول آسان برای زبان آموزان می باشد (Smith, 1998, p. 203).

در انتهای مقاله، در بخشی به نام "منابع"، نقل قول های کامل به ترتیب حروف الفبا و به شکل زیر ذکر می شود:

Smith, P. (1998). Learning to cite using APA Style. Journal of College Writing, 6, 60513.

- نحوه استناد به انواع مختلف مقالات بر اساس تعداد نویسنده آنها در جدول ۱ به صورت خلاصه ذکر شده است.

جدول ۱. نحوه استناد به انواع مختلف مقالات بر اساس تعداد نویسنده آنها

نقل قول ها در متن بدون شماره صفحه:

اگر بخش خاصی از یک سند را که شماره صفحه ندارد ذکر کردید، پاراگراف (para) یا عنوان بخشی را با شماره پاراگراف اضافه کنید.

از شماره پاراگراف یا عنوان بخش با شماره پاراگراف استفاده کنید:

(Myers, 2000, para. 5)

(Beutler, 2000, Conclusion section, para.1)

ایجاد لیست مرجع در انتهای مقاله

نکته: همه مراجع در لیست شما باید دارای فاصله دوگانه (double space) باشند، هم بین منابع و هم در داخل منابع، و دارای یک تورفتگی (hanging indent) برابر با ۰,۵ اینچ برای منابع با بیش از یک خط باشد.

کتاب و کتاب های الکترونیک

کتاب های غیرالکترونیکی

- با یک نویسنده:

- با دو نویسنده یا بیشتر

DiFonzo, N., & Bordia, P. (2007). *Rumor psychology: Social and organizational approaches*. American Psychological Association.

- با نویسندگان گروهی یا یک انجمن

American Sociological Association. (1975). *Approaches to the study of social structure*. Free Press.

- بدون نویسنده

The universal declaration of human rights. (1974). U.S. Catholic Conference, Division of Latin America.

- کتاب ویرایش شده

Rhodewalt, F. (Ed.). (2008). *Personality and social behavior*. Psychology Press.

کتاب های الکترونیکی (eBooks)

- با شناسه دیجیتال doi

Gillam, T. (2018). *Creativity, wellbeing and mental health practice*. Wiley Blackwell.

<https://doi.org/10.1007/978-3-319-74884-9>

- بدون شناسه doi (شبه کتاب چاپی رفرنس داده می شود)

Lauwers, J., Opsomer, J. & Schwall, H. (Eds.). (2018). Psychology and the classics: a dialogue of disciplines. De Gruyter.

۱- کتاب موجود در یک وب سایت

Sanger, M. (2000). Woman and the new race. Bartleby.com. <http://www.bartleby.com/1013/> (Original work published 1920).

- فصل های یک کتاب

Levi-Strauss, C. (1971). Totem and caste. In F. E. Katz (Ed.), Contemporary sociological theory (pp. 82-89). Random House.

مقاله یا یک فصل از کتاب مرجع آنلاین (دائرة المعارف، فرهنگ لغت، کتاب راهنما):

- آنلاین و با doi

Watkins, M. (2013). Mind-body problem. In H. Pashler (Ed.), Encyclopedia of the mind. SAGE. <http://dx.doi.org/10.4135/9781452257044.n191>

- آنلاین و بدون doi

Shevell, S. K. (2000). Color vision. In A. E. Kasdin (Ed.), Encyclopedia of psychology (Vol.2, pp.182-186). Oxford University Press.

مقالات

- مقاله بدون doi:

Scroggins, W. A., Thomas, S. L., & Morris, J. A. (2008). Psychological testing in personnel selection, Part II: The refinement of methods and standards in employee selection. *Public Personnel Management*, 37(2), 185-199.

- مقالات با دو نویسنده یا بیشتر (تا ۲۰ نویسنده)

Klimonske, R., & Palmer, S. (1993). The ADA and the hiring process in organizations. *Consulting*

Psychology Journal: Practice and Research, 45(2), 10-36. doi:10.1037/1061-4087.45.2.10.

توجه: اگر مقاله ای دارای ۲۱ نویسنده یا بیشتر است، ۱۹ نویسنده اول را لیست کنید، سپس یک جاخالی (...) و سپس نام خانوادگی و اولین حروف اول نویسنده آخر را وارد کنید.

Wolchik, S. A., West, S. G., Sandler, I. N., Tein, J., Coatsworth, D., Lengua, L., Johnson, A., Ito, H., Ramirez, J., Jones, H., Anderson, P., Winkle, S., Short, A., Bergen, W., Wentworth, J., Ramos, P., Woo, L., Martin, B., Josephs, M., ... Brown, Z. (2005). Study of the brain. *Psychology Journal* 32(1), 1-15. doi:10.1037/1061-4087.45.1.11

مقالات روزنامه

آنلاین:

از یک پایگاه داده (توجه داشته باشید: نشانی اینترنتی یا نام پایگاه داده را وارد نکنید).

از یک وب سایت، بدون نویسنده:

It's subpoena time. (2007, June 8). New York Times. <https://www.nytimes.com/2007/06/08/opinion/08fri1.html>

نسخه چاپی

Jones, S. (1997, October 19). Hit-and-run suspect commits suicide. New York Times, p. 17.

وب سایت

نام سازمان به عنوان نویسنده:

National Institutes of Mental Health. (2015, May). Anxiety disorders. <http://www.nimh.nih.gov/health/topics/anxiety-disorders/index.s>

توجه: وقتی نویسنده و نام وب سایت یکی است، نیازی نیست که آن را به عنوان نام وب سایت لیست کنید.

بدون نویسنده، بدون تاریخ:

What is psychology? (n.d). BestPsychologyDegrees.com.
<https://www.bestpsychologydegrees.com/what-ispsychology/>

نکته ها

* فقط در صورتی تاریخ بازیابی را وارد کنید که اطلاعات صفحه برای تغییر در طول زمان طراحی شده باشد.

* اگر چندین صفحه وب را از یک وب سایت ذکر می کنید، باید یک مرجع جداگانه برای هر صفحه وب ایجاد کنید. اگر می خواهید وب سایت را به طور کامل ذکر کنید، فقط آن را در متن با URL داخل پرانتز ذکر کنید. آن را در منابع خود وارد نکنید.

- در صورت استفاده از نرم افزار اندنوت، می توانید آخرین نسخه APA را از تارنمای ذیل دریافت دارید:

https://endnote.com/style_download/apa-7th-american-psychological-association-7th-edition/

* نکته مهم:

همه مطالب فوق در مورد منابع فارسی هم صدق می کند و فقط در لیست منابع و بعد از عنوان منبع موردنظر، بایستی عبارت [In Persian] ذکر گردد.

برگه مربوط به "[تعهدنامه و واگذاری حق انتشار مقاله](#)" در "پژوهشنامه حقوق تطبیقی" توسط نویسنده مسئول مکاتبات تکمیل و پس از اسکن به همراه مقاله بارگذاری گردد. (تبعاً نویسنده مسئول مکاتبات عضو هیات علمی با مرتبه حداقل استادیاری خواهد بود).

برگه مربوط به "[فرم تعارض منافع](#)" در "پژوهشنامه حقوق تطبیقی" توسط نویسنده مسئول مکاتبات تکمیل و پس از اسکن به همراه مقاله بارگذاری گردد.

--- توجه داشته باشید که فقط نویسنده مسئول مکاتبات قادر به بارگذاری فایل ها و اعمال هرگونه تغییر خواسته شده می باشد. نویسندگان همکار فقط و فقط می توانند تغییرات را مشاهده نمایند.

معاونت پژوهشی دانشگاه مازندران

تابستان ۱۴۰۱

« فهرست مقالات »

صفحه

عنوان

۷	امکان‌سنجی تحقق مسئولیت مدنی پیشگیرانه با نگاهی تطبیقی به فقه و حقوق بین‌الملل.....
۲۹	مطالعه تطبیقی الزامات حقوقی طراحی قراردادهای هوشمند دیجیتال در حقوق ایران و فرانسه.....
۵۳	اثرگذاری رسانه در ارتکاب و پیشگیری از جرم در پرتو جرم‌شناسی فرهنگی.....
۷۷	دکترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی رومی - ژرمنی.....
۹۷	فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش بینی نقض در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰-وین).....
۱۲۱	تفاوت فرآیندی دعوی جلب ثالث اصلی و تبعی در مرحله بدوی و تجدیدنظر در حقوق ایران و فرانسه.....
۱۴۳	ربا در بانکهای ایران و مصر از منظر فقه و قانون.....
۱۶۵	نحوه ترتیب ضمانت اجرای تخلف از تعهد در حقوق ایران، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق انگلیس.....
۱۸۵	تأملی بر اصول و الزامات سیستم رای‌گیری الکترونیکی امن.....
۲۰۹	مطالعه تطبیقی نگرش قضات نسبت به تاثیر جنبه‌های روان شناسی شناختی در شهادت شهود.....
۲۲۷	بررسی تطبیقی پیامد عدم مالکیت فروشنده در قانون مدنی ایران و قانون بیع کالای انگلیس.....
۲۴۳	تحلیل حقوق ناشی از حساب‌های شبکه‌های اجتماعی در روابط کارکنان و کارفرمایان با تاکید بر حقوق آمریکا.....

Original Article

The feasibility study of preventive civil liability with a comparative view of jurisprudence and international law

Amin Pakhideh¹ , Javad Porkarami^{*2}, Saeid Kheradmandy³

¹ PhD Student, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kermanshah Branch, Islamic Azad University, Kermanshah, Iran.

² Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kermanshah Branch, Islamic Azad University, Kermanshah, Iran.

³ Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kermanshah Branch, Islamic Azad University, Kermanshah, Iran.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.1.0](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1401.6.2.1.0)



[10.22080/LPS.2022.23575.1341](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23575.1341)

Received:

May 21, 2022

Accepted:

October 10, 2022

Available online:

November 23, 2022

Keywords:

Preventive liability, Preventive measures, Prevention of Damage, long-term damages, Principle of caution, Modern Civil liability.

Abstract

Man-made changes in the structure of new materials and compositions with the aim of meeting today's needs may cause long-term damage to which current civil liability cannot respond well. Finding the cause of damage in the long-lasting damages with their effects in the long run is a specialized issue that is beyond the capability of most individuals. Thus, first, the attribution of the causal relationship is complex and sometimes impossible. Second, the extent of the damage is such that even the richest people cannot compensate for it in some cases. Third, if there is financial capability, compensation will not be possible in most cases. Considering these items, there is a need for prevention in civil liability. In this regard, it is necessary to introduce a new literature in civil liability so that in case of such damages, preventive measures can be taken to reduce the damage. The data collection measure in this study was analytical-descriptive. Moreover, the preventive liability and the feasibility of choosing preventive and deterrent measures in civil liability have been investigated through valid jurisprudential and legal sources, laws and conventions at the national and international levels. Being inspired by jurisprudential capacities and based on various rules such as warning rule and obligation to prevention of possible damage, customary acceptance of prevention in international law and precautionary misconduct can discuss about revolution in civil liability which has surfed beyond the limited boundaries of the traditional civil liability and prevented damage in the future.

*Corresponding Author: Javad Porkarami

Address: Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kermanshah Branch, Islamic Azad University, Kermanshah, Iran. Email: javadporkarami@yahoo.com



Extended abstract

1. Introduction

According to the theorists, nowadays, human activities should be prudent and safe for the present and future generations or their living environment. Thus, it is necessary to take preventive measures that are considered as law to guide human being and prevent the harmful actions of greedy people.

On the one hand, according to the constitution, preventive law has been predicted in some countries such as Hungary, Italy, Austria, Switzerland, Portugal, Czech Republic and Poland. On the other hand, due to the appropriate jurisprudential support that will be respondent to any issue at any time, new approaches can be considered in civil liability law that make it possible to prevent future damages.

Since extreme human occupation around the world in some cases (which cases did you mean?) caused heavy and irreparable damages, the compensation of which is restricted to the rules of traditional civil liability. So, it is inevitable to change the boundaries of civil liability. The current civil liability can be raised when the damage has occurred. But, given the irreparable nature of some of these damages, as well as their long-lasting effects, it can be claimed that the current philosophy of civil liability which is the same as compensation and restoration, negatively effects the annulment of the subject (impossible ??) in these issues. Appealing to preventive measures requires a change of attitude towards the current civil liability that will lead to the transformation of judicial procedures.

This study aims to evaluate the feasibility of preventive civil liability by

using the jurisprudence and rules of international law and to examine the various dimensions of preventive measures as part of the modern civil liability.

2. Methods

The data collection measure in this study was analytical-descriptive. Moreover, the preventive liability and the feasibility of choosing preventive and deterrent measures in civil liability have been investigated through valid jurisprudential and legal sources, laws and conventions at the national and international levels.

3. Research Findings

There are several reasons to adopt preventive liability.

1. The origin of prevention can be found in custom. Although in the environmental dimension, the principles of prevention are of great importance, it is not limited only to it. Conventions and laws of some countries have adopted prevention as a principle. Hence, it seems that we can adopt the prevention from custom aspects as in some countries according to certain legal principles.

2. Acceptance of preventive responsibility is associated with rational and logical justification from the point of view of the wise (?) as the reason behind the irreparable damage to society was unacceptable, and there is no ground to prevent them in the law.

3. in the case of government and regulatory bodies, this will be more tangible that individuals are responsible not to harm others. Therefore, when this level of care is not actualized, it can be said that precaution is not appropriately accomplished, and in this regard, we can refer to prevention.

4. Conclusion

Relying on jurisprudence and some kind of rules such as warning rule and obligation to prevention of possible damage and no-harm, it is necessary to introduce a new literature in civil liability so that in case of such damages, preventive measures can be taken to reduce the damage.

Due to the novelty of preventive concepts in Iran, a strategic policy in preventive liability is needed, which needs to be formulated and presented by an independent commission including experts, representatives of the people and the government. Our legislative authorities should put this important issue on the agenda and based the law on prevention in civil liability, future damages and harmful activities.

Proposed text for the draft

Whenever there is a probability of danger in the future which may be highly

destructive, temporary-permanent actions should be taken to avoid losses. In cases where no other irreparable destructions occur with the non-continuance of activity, the relevant activity is paused until it is corrected.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed upon all aspects of the work.

Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the people who directly or indirectly helped to come up with the idea and write the manuscript.

علمی پژوهشی

امکان‌سنجی تحقق مسئولیت مدنی پیشگیرانه با نگاهی تطبیقی به فقه و حقوق بین‌الملل

امین پاهکیده^۱ ID، جواد پورکریمی^{۲*}، سعید خردمندی^۳

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.
^۲ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.
^۳ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.1.0](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23575.1341)



[10.22080/LPS.2022.23575.1341](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23575.1341)

چکیده

تغییراتی که بشر در ساختار مواد و ترکیبات جدید با هدف تأمین نیازهای امروزه ایجاد کرده، ممکن است آسیب‌های بلند مدتی به وجود آورد که مسئولیت مدنی کنونی، نمی‌تواند پاسخی در مقابل آن‌ها داشته باشد؛ چرا که پیدا کردن عامل ایجاد ضرر در خسارت‌هایی که دیرپای هستند و اثرات خود را در دراز مدت بر جای می‌گذارند؛ امری تخصصی است که از توان اکثر افراد خارج می‌باشد. از این رهگذر، اولاً انتساب رابطه سببیت، پیچیده و گاهی غیر ممکن خواهد بود. ثانیاً گاه گستردگی خسارات، به اندازه‌ای است که غنی‌ترین اشخاص نیز توان جبران آن را ندارند و ثالثاً اگر توان مالی جهت جبران وجود داشته باشد، جبران، در اکثر موارد امکان پذیر نخواهد بود و با عنایت به این مقولات، نیاز به پیشگیری در ایجاد مسئولیت، نمایان خواهد شد. در این راستا، ورود ادبیات جدیدی در حوزه مسئولیت مدنی، ضرورت دارد تا در مواجهه با چنین خسارت‌هایی، بتوان به اقدامات پیشگیرانه در جهت کاهش آسیب‌ها متوسل شد. این پژوهش، به شیوه تحلیلی - توصیفی و با استفاده از منابع فقهی و حقوقی معتبر، قوانین، کنوانسیون‌های موجود و رویه قضایی در سطح ملی و بین‌المللی، به بررسی مسئولیت پیشگیرانه و امکان‌سنجی توسل به اقدامات پیشگیرانه و بازدارنده در مسئولیت مدنی می‌پردازد. با الهام از ظرفیت‌های فقهی و بر مبنای قواعدی همچون تحذیر و وجوب دفع ضرر محتمل، پذیرش عرفی پیشگیری در حقوق بین‌الملل و تقصیر در احتیاط، می‌توان از انقلابی در مسئولیت مدنی سخن گفت که مرزهای محدود مسئولیت مدنی سنتی را درنوریده و از ایجاد خسارت در آینده جلوگیری نماید.

تاریخ دریافت:

۳۱ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۸ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

مسئولیت پیشگیرانه، اقدامات بازدارنده، جلوگیری از ضرر، خسارات بلندمدت، اصل احتیاط، مسئولیت مدنی نوین.

* نویسنده مسئول: جواد پورکریمی

ایمیل: javadporkarami@yahoo.com

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.

۱ مقدمه

اینگونه خسارات، می‌توان گفت که فلسفه مسئولیت مدنی کنونی که همان جبران و اعاده وضع است در برخی مواقع، سالبه به انتفاء موضوع و در برخی حالات بسیار دشوار خواهد بود.

این در حالی است که از یک سو در حقوق کشورهای هم‌چون مجارستان، ایتالیا، اتریش، سوئیس، پرتغال، چک و لهستان دعوی پیشگیرانه با هدف جلوگیری از ایجاد ضرر پیش‌بینی گردیده است (حیاتی، ۱۳۹۳: ۸۶). از دیگر سو با توجه به پشتوانه فقهی غنی‌ای که قادر خواهد بود در هر زمانی هر موضوعی را پاسخ دهد، می‌توان نگرشی جدید در مسئولیت مدنی ایجاد نمود که پیشگیری از وقوع خسارت‌های آینده را ممکن سازد.

در خصوص پیشینه تحقیق، مقاله «مفهوم اصل احتیاط و جایگاه آن در مسئولیت مدنی» (علی عباس حیاتی) به جایگاه و ضرورت توسل به اصل احتیاط در مسئولیت مدنی به موازات فناوری‌های نوین و ایجاد ضررهای سنگین و مخاطره‌آمیز بر محیط زیست و سلامت انسان می‌پردازد. مقاله «ارزیابی مسئولیت مدنی و مقررات ایمنی در پیشگیری از فعالیت‌های خطرآفرین» (حسن بادینی و سمیه عباسی) نقش دو ابزار حقوقی مسئولیت مدنی و نیز وضع مقررات ایمنی و نظارتی را به منظور پیشگیری و کنترل اغلب فعالیت‌های خطرآفرین، مورد بررسی قرار داده است. با مذاقه در پیشینه تحقیق، نوآوری مقاله حاضر از حیث توجه به تفاوت مفهومی اصل احتیاط و پیشگیری، بررسی رویه قضایی بین‌المللی و ظرفیت سنجی نظام حقوقی ایران در حوزه مسئولیت مدنی پیشگیرانه می‌باشد. در این راستا این پژوهش برآن است تا با بهره‌گیری از فقه و قواعد حقوق بین‌الملل، ابعاد مختلف اقدامات پیشگیرانه را به عنوان بخشی از مسئولیت مدنی نوین، مورد بررسی قرار دهد.

هنگامی که بشر به پیشرفت‌هایی در علوم مختلف دست یافت از بحران‌های پیش روی خود- که ریشه در این پیشرفت‌ها داشت- ناآگاه بود. می‌توان گفت از اواسط قرن بیستم، به تدریج، محققین به اثرات این تصرفات افسارگسیخته پی برده‌اند. از این منظر، همیشه این نگرانی وجود داشته که چگونه می‌توان سطح رفاه مطلوبی را برای نسل آینده و محیط پیرامون آنان فراهم کرد. به باور خردمندان، نقطه‌ای در تاریخ فرا رسیده است که باید فعالیت‌های بشری، محتاطانه باشد و باعث ورود خسارت به نسل حاضر و آیندگان یا محیط زندگی آن‌ها نگردد. در واقع، تغییرات در برخی امور از جمله تغییر اقلیم، گرم شدن کره زمین و شیوع انواع مختلف بیماری‌ها، اغلب نشأت گرفته از رفتار و فعالیت‌های بی‌پروایانه بشر است که ضرورت توسل به اقدامات پیشگیرانه را توجیه می‌نماید. در این راستا، اتخاذ تدابیر پیشگیرانه، ضروری به نظر می‌رسد و می‌بایست قانون‌هایی تدوین شود تا راهنمای بشر متعارف و نیز بازدارنده‌ای برای انسان‌های زیاده‌خواه باشد. در واقع، پیشگیری، مهار اطمینان بخشی بر فناوری افسارگسیخته است تا بدین وسیله حیات انسانی و محیط زیست با خطرات جبران ناپذیر، مواجه نگردد. همچنین از آنجا که آینده مطلوب از آینده کنونی شکل خواهد گرفت از این رهگذر، ضرورت دارد با توسل به اصول پیشگیرانه و تدابیر بازدارنده، نسبت به حفظ آینده و مقابله با خسارات سنگین، گام برداشته شود.

از آن جا که تصرفات بی‌رویه بشر در سراسر کره خاکی، در برخی موارد، ضررهای سنگین و غیرقابل جبران در پی خواهد داشت که جبران آن با قواعد مسئولیت مدنی سنتی با محدودیت مواجه است، تحول و ایجاد تغییراتی در مرزهای مسئولیت مدنی، گریزناپذیر است. چرا که مسئولیت مدنی کنونی، زمانی امکان مطرح شدن دارد که ضرر، واقع شده باشد ولی با توجه به ماهیت غیرقابل جبران بعضی از این خسارت‌ها و همچنین آثار دیرپای و بلندمدت



۲ مفهوم مسئولیت مدنی پیشگیرانه

بشر امروزی دست به تغییراتی در ساختار مواد و ترکیبات مختلف زده تا بتواند نیاز جامعه را پاسخ دهد. شاید در این مقوله، همه جوانب امر مورد دقت نظر قرار نگرفته باشد و آثار مخرب نیز به همراه داشته باشد. خسارت ناشی از پسماندها به دلیل خاصیت دیرپایی که دارند، تأثیر آنی کمتری از خود نشان می‌دهند و آثار مخرب‌تر آن‌ها در آینده، نمود پیدا می‌کند.

پیشگیری از وقوع خسارت، یکی از گرایش‌های نوین در مسئولیت مدنی است. براساس این رویکرد، مسئولیت مدنی در زمینه‌های مختلف به جای آنکه منتظر وقوع خسارت باشد به سوی پیشگیری از ایجاد خسارت، گرایش می‌یابد. در واقع، نگاه مسئولیت مدنی سنتی، قهقرایی و ناظر به گذشته است در حالی که رویکرد مسئولیت پیشگیرانه، مبتنی بر آینده‌نگری بوده و در صدد است تا از پیدایش یا تداوم خسارت در آینده جلوگیری نماید.

نگاه به مسئولیت پیشگیرانه، یک نوع بیداری است؛ چرا که مسئولیت مدنی کنونی نمی‌تواند از آینده ایمن و پایدار، رمزگشایی کند. اهمیت مسئولیت پیشگیرانه، شکل‌بخشیدن به آینده به شیوه‌ای آگاهانه و پیش‌دستانه است و انسان را از غافلگیری در برابر طوفان سهمگین تغییرات و پیشرفت‌های سرسام‌آور و بحران‌ها محافظت می‌کند. از این رو، می‌توان گفت نیاز مسلم نسل کنونی و آینده به پیشگیری، واضح است. همچنین نگرش در گذشته اثبات می‌کند هر جایی که فعالیت‌های بی‌پروایانه رخ داده، آثار آن در زندگی آیندگان، اثرگذار بوده است. بنابراین، می‌بایست از حوادثی همچون چرنوبیل درس گرفت و چراغ راهی برای آینده ساخت.

نقش پیشگیرانه مسئولیت مدنی به این معنا است که اگرچه هدف اصلی مسئولیت مدنی، جبران خسارت است اما می‌تواند جلوگیری از اعمال

غیرقانونی و یا مخاطره آمیز را نیز به عنوان یک هدف دنبال کند تا بدین وسیله منشأ خسارت را بخشکاند و از تداوم یا تحقق آن در آینده جلوگیری نماید (ژوردن، ۱۳۹۱: ۶۷). در این راستا، مسئولیت پیشگیرانه در جلوگیری از ایجاد خسارت را باید پذیرفت، آن را پیش‌بینی کرد و چشم‌اندازی، نسبت به آن در نظر گرفت.

البته باید توجه نمود که توسل به شیوه‌های پیشگیرانه محقق نمی‌گردد؛ مگر با تغییر رویکرد و نگرشی جدید به مسئولیت مدنی و تفسیر موسعی از قوانین موجود که سبب تغییر رویه قضائی گردد و باعث شود به مرور، قوانینی صریح و شفاف به تصویب مجلس برسد.

حال این سوال، قابل طرح است: آیا می‌توان در بحث پیشگیری، صحبت از اصل پیشگیری را مطرح کرد؟

اگر با این پیش‌فرض که از اصل، مفهوم ضابطه و راهبرد مدنظر باشد و همچنین منظور از اصول پیشنهادهایی باشد که وظیفه جهت‌دهی در حقوق را دارند و قضات را مکلف به کوشش برای پیدا کردن راه‌حل می‌نمایند، پاسخ مثبت خواهد بود. از این رو، استفاده از اصل پیشگیری در این پژوهش، این مفهوم خواهد بود.

۳ عناوین مشابه با مسئولیت مدنی پیشگیرانه

اصل احتیاط و اصل استفاده غیر زیان‌بار از سرزمین، واژه‌هایی هستند که عموماً ممکن است از جهاتی با اصل پیشگیری مشابه باشند. از این‌رو در سطور آتی به تبیین جهات مشابهت و مفارقت این مفاهیم، خواهیم پرداخت.

۳٫۱ اصل احتیاط

آنچه سبب تفکیک این دو عنوان می‌شود به درجه احتمال وقوع خسارت برمی‌گردد؛ بدین معنا که در جایی اگر ظن وقوع خسارت وجود داشته باشد، می‌بایست پیشگیری نمود و زمانی که شک وجود

مذکور، ظاهراً به پیشگیری اشاره دارد؛ چرا که اصولاً خسارات سنگین و غیرقابل جبران، در حوزه پیشگیری قرار می‌گیرند.

- در مواد ۱۰ و ۱۱ پروتکل ایمنی زیستی کارتاها ۲۰۰۰ که ایران در سال ۱۳۸۲ به آن ملحق شده است از تعبیر آثار مخرب احتمالی استفاده شده است. بند ۶ ماده ۱۰ و نیز بند ۸ ماده ۱۱ این قانون، مقرر می‌دارد: «عدم قطعیت علمی به دلیل کافی نبودن اطلاعات علمی مربوط و آگاهی از میزان تأثیرات بالقوه زیان‌بخش موجودات زنده تغییر شکل یافته بر حفظ و استفاده پایدار از تنوع زیستی در کشور عضو واردکننده با در نظر گرفتن مخاطرات مربوط به سلامتی انسان، مانع تصمیم‌گیری آن عضو، در خصوص واردات موجودات زنده تغییر شکل یافته به منظور جلوگیری یا به حداقل رساندن اثرات بالقوه زیان‌بار مزبور نخواهد شد.» هدف از این پروتکل براساس ماده ۱۵، شناسایی و ارزیابی اثرات زیان‌آور احتمالی موجودات زنده تغییر شکل یافته بر حفظ و استفاده پایدار از تنوع زیستی و نیز شناسایی مخاطرات احتمالی بر سلامت انسان است. از این مواد آنچه بیشتر به ذهن متبادر می‌گردد؛ توسل به اقدامات پیشگیرانه است تا استفاده از اصل احتیاط، چرا که لحن ماده گویای ظن ایجاد خسارت است نه فقط شک در ایجاد زیان.

- بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون ساختاری سازمان ملل متحد در مورد تغییرات آب و هوایی از عبارت تهدید ورود آسیب‌های جدی و غیر قابل بازگشت، بهره برده است که این عبارت، نظر به پیشگیری دارد.^۱

۳٫۲ اصل استفاده غیر زیان بار از

سرزمین

به موجب اصل *Sic utere* هیچ دولتی حق ندارد از سرزمین خود به نحوی استفاده کند یا اجازه استفاده از آن را به دیگران دهد که موجب زیان دیگران باشد.

^۱ احتمال بروز آسیب‌های جدی یا برگشت‌ناپذیر، وجود داشته باشد نمی‌بایست از فقدان قطعیت علمی به عنوان دلیلی برای به تعویق انداختن اینگونه اقدامات استفاده نمود.

داشته باشد، باید عمل به احتیاط کرد. همین نزدیکی دو عنوان، سبب گردید که در مواردی از آن‌ها به صورت ناصواب استفاده شود و یا با مسامحه از یکی به جای دیگری استفاده شود و اصل احتیاط به معنای تعهد پیشگیرانه قلمداد گردد (Boer & Rothwell, 1998: 11).

در تفکیک احتیاط فقهی از حقوقی برخی معتقدند در احتیاط فقهی، درجه خطر، مورد بحث نیست اما احتیاط حقوقی اگرچه ناظر به خطر احتمالی است، اما زمانی، قابلیت طرح دارد که با خطر جدی یا غیرقابل جبران، مواجه باشد (ایزائلو و اسدی، ۱۳۹۸: ۴۱۰). نقطه افتراق احتیاط حقوقی و فقهی را می‌توان در این دانست که در احتیاط فقهی، شک در مکلف به وجود دارد، نه در تکلیف ولی در احتیاط حقوقی، اصل تکلیف، محل بحث است. اقدامات پیشگیرانه می‌توانند موقتی یا دائمی باشند، این در حالی است که اقدامی که بر مبنای اصل احتیاط اتخاذ می‌شود، موقتی است. هدف اصل پیشگیری، احتراز از عواقب منفی ولی احتمالی ناشی از خطرهای جدی است که یقین علمی به وقوع آن وجود ندارد. نقطه اشتراک احتیاط و پیشگیری بر همان احتمال خسارت در آینده استوار است. در برخی موارد به روشنی از پیشگیری ذکر نشده ولی مطلب، نشانگر پیشگیری است نه احتیاط که در ذیل به مواردی اشاره خواهد شد:

- مضمون اصل ۱۵ اعلامیه ریو در ارتباط با احتیاط بیان می‌دارد: در جهت محافظت از محیط زیست، دولت‌ها باید متناسب با توان خود، عمل احتیاطی را گسترش دهند. در مواردی که تهدیداتی در ارتباط با ورود خسارات سنگین یا غیرقابل جبران وجود داشته باشد، عدم قطعیت کامل علمی نباید مانعی برای راهکارهای پیشگیرانه به حساب آید (شلتون و کیس، ۱۳۹۶: ۷۵). به نظر می‌رسد؛ عبارت خسارت شدید یا غیر قابل جبران مندرج در اصل

^۱ اعضای کنوانسیون می‌بایست اقدامات پیشگیرانه‌ای جهت پیش‌بینی، جلوگیری یا به حداقل رساندن دلایل تغییرات آب و هوا و کاهش اثرات سوء آن را به کار گیرند. در مواردی که



۴ شروط محدودکننده و ساقطکننده مسئولیت پیشگیرانه

جهت حرکت اصول پیشگیرانه و قراردادهای عدم مسئولیت یا تحدیدکننده با یکدیگر متفاوت خواهد بود. شروط محدودکننده و ساقطکننده مسئولیت در مواجهه با اصول پیشگیرانه جایگاهی ندارند. در واقع، اصول پیشگیرانه، عمل محتاطانه را ترویج می‌کنند ولی قراردادهای تحدیدکننده یا ساقطکننده مسئولیت، رواج دهنده بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی غیر سنگین هستند.

تقصیر سنگین و غیرقابل اغماض را عرف در حکم عمد می‌داند و شروط تحدیدکننده یا ساقطکننده مسئولیت در آن راه ندارد. شاید بتوان گفت که شناسایی تقصیرهای سنگین، اصلی‌ترین محل بحث اصول پیشگیرانه است.

در تأیید و توجیه این‌گونه شروط، عده‌ای به قاعده اقدام تمسک کرده‌اند و این عمل را اقدام شخص، علیه خود می‌دانند (اصغری، ۱۳۹۰: ۱۵۹). این در حالی است که اقدامات پیشگیرانه، معمولاً عده‌ای نامحدود را در برمی‌گیرد. پس نمی‌توان رضایت همه افراد و حتی نسل‌های آینده را که هنوز وجود خارجی ندارند، جلب نمود. در این راستا در مواردی که نیاز به پیشگیری وجود دارد، می‌توان گفت شرط عدم مسئولیت یا تحدید کننده، خلاف نظم عمومی موجود در جامعه خواهد بود.

از این رهگذر، مبنای اصل استفاده غیر زیان بار از سرزمین، ناشی از اصل احترام به حاکمیت دولت‌ها می‌باشد. این در حالی است که اصل پیشگیری، فارغ از هر مقوله دیگری، ماهیتاً در صدد کاهش و به حداقل رساندن آسیب‌هاست. دعوای تریل اسلمترابه این نکته تاکید می‌کرد که هر کشوری می‌بایست به نحوی رفتار کند که در قلمرو تحت حاکمیت خود به دیگر کشورها زیان وارد ننماید (شلتون و کیس، ۱۳۹۶: ۶۷). در واقع، یک دولت، وظیفه دارد کلیه ضوابط معقول و متعارف را برای جلوگیری از زیان و خسارات مرزگذر، مراعات نماید. به عنوان نمونه وقتی که دولتی در تدوین قوانین زیست‌محیطی، متعارف عمل نمی‌کند، ایجاد آلودگی‌ها در این زمینه می‌تواند متناسب به آن دولت باشد. در دعوای کانال کرفو در سال ۱۹۴۹ که موضوع آن، برخورد کشتی‌های انگلیسی و صدمه آن‌ها هنگام عبور از تنگه با مین‌های موجود در آب کشور آلبانی بود، دیوان برای هر دولتی این تکلیف را شناسایی کرد که نباید اجازه دهند در سرزمین تحت حاکمیتشان علیه کشورهای دیگر، استفاده‌ای مغایر با حقوق آنان انجام گردد (IcJ, 1949: 22).

از بررسی تصمیمات دادگاه‌ها و محاکم داوری بین‌المللی، می‌توان نتیجه گرفت که وقوع آلودگی‌های مرزگذر، اصول حقوق بین‌الملل عرفی را نقض کرده است. همچنین در بند ۲ ماده ۱۹۴ کنوانسیون حقوق دریاها که یک تعهد الزام‌آور است به این امر اشاره دارد. براساس این بند، دولت‌ها باید کلیه اقدامات لازم را به منظور تضمین این امر که فعالیت‌های تحت صلاحیت و کنترل آن‌ها موجب آلودگی سایر کشورها و محیط زیستشان نمی‌شود، به عمل آورند.

^۱ این دعوا در سال ۱۹۴۱ بین آمریکا و کانادا در خصوص آلودگی هوای کوره ذوب فلز کانادایی اتفاق افتاد که موجب افزایش سطح گازهای سمی و باران اسیدی در واشنگتن گردید.

است مال یا جان آنان را در معرض آسیب قرار دهد، آگاه سازد تا از نزدیک شدن به خطر دوری نمایند. همچنین بسیاری از فقها، موثر بودن هشدار و امکان گریز از خطر برای هشدارگیرنده به همراه شنیدن هشدار توسط وی را ضروری می‌دانند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲: ۲۴۳).

به نظر می‌رسد؛ این قاعده با اصل مسئولیت پیشگیرانه دارای پیوند و ارتباط است و هر دو قاعده بر انجام اقدامات اولیه پیش از وقوع خسارت، تأکید می‌ورزند. در واقع، هدف ابتدایی و اولیه هر دو قاعده، جلوگیری از ایجاد خسارت آینده و ضرر احتمالی است. در این راستا می‌توان قاعده هشدار را نوعی اقدام پیشگیرانه تلقی نمود که صاحبان مشاغل و فعالیت‌های خطرآفرین را ملزم به اتخاذ تدابیر پیشینی و بازدارنده و ارائه هشدارهای لازم به منظور جلوگیری از ورود زیان می‌نماید. به بیان دیگر؛ از آنجا که این قاعده متضمن ارزیابی خطر و نیز اعلام و اطلاع‌رسانی است به نوعی مکمل اصل پیشگیری محسوب می‌شود؛ زیرا از یک سو، ارزیابی خطرات و آسیب‌های احتمالی صنایع و تولیدات مختلف، منجر به اطلاع از حدود و ماهیت خسارات و آسیب‌های احتمالی ناشی از آن می‌گردد و بدین وسیله صاحبان مشاغل را به سمت و سوی اتخاذ تمهیدات لازم و اعمال تدابیر پیشگیرانه، سوق می‌دهد. از سوی دیگر، اعلام و اطلاع‌رسانی در زمینه ضررهای احتمالی یک کالا یا فعالیت نیز امکان درک خطر و پیشگیری و دفع زیان‌های بالقوه ناشی از آن را برای دیگران فراهم می‌نماید.

۵/۱/۲ قاعده وجوب دفع ضرر محتمل

قاعده وجوب دفع ضرر محتمل را می‌توان متناظر با قواعد پیشگیری و احتیاطی در حقوق اروپایی مسئولیت مدنی دانست. مضمون قاعده مذکور دفع ضررهای احتمالی یا مظنون، خواهد بود. از این رو رفتارهای پرخطری که دیگران را در مظان خطر قرار می‌دهد؛ اقتضای منع از رفتار مزبور را دارد. این اقتضا را عقل مستقل درک می‌کند (عراقی، ۱۳۸۸: ۲۹۳).

۵ مبانی مسئولیت مدنی پیشگیرانه

در فقه، حقوق بین‌الملل و حقوق ایران، ظرفیت‌هایی جهت استفاده از مسئولیت مدنی پیشگیرانه، وجود دارد که در ذیل به آن اشاره شده است.

۵/۱ مبانی فقهی

ذیل این بخش، قواعد فقهی تحذیر، وجوب دفع ضرر محتمل و لاضرار که در پیوند و ارتباط با مسئولیت مدنی پیشگیرانه است مورد بررسی قرار گرفته است.

۵/۱/۱ قاعده تحذیر یا هشدار

تحذیر یا هشدار در لغت به معنای اخطار، هشیار نمودن، خبر کردن و متوجه ساختن است. در معنای اصطلاحی، تحذیر به معنای اعلان به موقع و آگاهی دادن افراد نسبت به وضعیت خطرناک است (حکمت‌نیا، ۱۳۸۹: ۱۷۶). به بیان دیگر آگاه‌سازی زیان‌نیده محتمل، از وقوع احتمالی ضرر و جلوگیری از خطر آینده است.

براساس مفاد قاعده تحذیر هر کس قبل از اقدام به هرگونه فعالیت خطرناک، به سایرین هشدار و اعلان لازم را به منظور گریز از خطر و حفظ جان و مال ایشان بدهد، تحت شرایطی از مسئولیت، معاف خواهد بود. برخی از فقهای معاصر، قاعده هشدار را به عنوان یک قاعده فقهی مطرح نموده‌اند و به قلمرو وسیع اعمال قاعده در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل اشاره نموده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲: ۲۳۵). در واقع، این قاعده، دارای کارکردی پیشگیرانه بوده و قلمرو بسیار گسترده دارد. به گونه‌ای که در هر موقعیت که احتمال خطر و تهدیدی برای سلامتی، جان یا مال انسان وجود داشته باشد؛ کاربرد دارد. البته یکی از شرایط توسل به این قاعده و احراز عدم مسئولیت هشداردهنده، ضرورت اعلام وجود خطر به نحو متعارف و صریح به دیگران است؛ بدین معنا که لازم است هشداردهنده قبل از وقوع حادثه، افراد را از وجود خطری که ممکن



کامل با بحث مسئولیت پیشگیرانه است و به آن اشاره خواهد شد.

همانطور که از ظاهر قاعده لاضرر و لاضرار آشکار است، این قاعده شامل دو بخش است که بخش اول قاعده لاضرر، متفاوت با بخش دوم آن یعنی لاضرار است؛ زیرا ضرار دارای معنای مصدری بوده که صدور از فاعل را بیان می‌دارد. یعنی ضرر رساندن به دیگری، منع شده است، ولی بخش اول، گویای این است که هیچ ضرری نباید جبران نشده، باقی بماند. زمانی که در حدیث لا ضرر و لا ضرار، ضرر رساندن به دیگری نفی می‌شود، در واقع، بر ایجاد سببی برای تحقق نیافتن این عمل (اضرار) در خارج، دلالت می‌کند. به بیان دیگر، در نفی تحقق ضرر رساندن به دیگران در خارج از سوی شارع، ظاهر در آن است که سببی ایجاد گردد تا ضرار در خارج پدید نیاید (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۳۵). در این راستا، منظور قانونگذار، تنها این نیست که ضرر رساندن به دیگران، حرام شرعی و مجازات اخروی دارد، بلکه مطلوب، آن است که با عبارت لاضرار، بیان دارد که چنین عملی یعنی آسیب رساندن به دیگران باید در خارج تحقق پیدا نکند و خود، مانع پدید آمدن آن در جامعه شود. به عنوان نمونه حق شفعه برای رفع شرکت که موضوع اضرار شریک است از این جهت، جعل و وضع شده است (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۴۹). در این راستا با استناد به این دیدگاه درباره لاضرار، می‌توان استدلال نمود که توسل به اقدامات پیشگیرانه، در واقع، ایجاد سببی در جهت عدم تحقق ضرر در خارج است. بدین معنا که قبل از تحقق ضرر و خسارت، با اتخاذ تدابیر پیشگیرانه، می‌توان از ایجاد ضرر و خسارات در آینده، جلوگیری نمود.

۵،۲ مسئولیت مدنی پیشگیرانه در حقوق بین‌الملل

منشأ تاریخی مسئولیت پیشگیرانه در حقوق روم یافت می‌شود که بر اساس آن به متضرر احتمالی اجازه می‌دادند که قبل از وقوع خسارت، تدابیر پیشگیرانه را اتخاذ و برخوانده دعوا، تحمیل نماید.

از اصطلاح «الرفع مانع عن تأثیر المقتضی بقاء و الدفع مانع عن تأثیر المقتضی حدوثاً» می‌توان برداشت نمود که دفع، دلالت بر پیشگیری دارد و رفع، دلالت بر درمان می‌کند. نتیجه اینکه عقل حکم به دفع خطر محتمل می‌کند؛ یعنی جلوگیری از ضرری که هنوز به وجود نیامده ولی احتمال حدوث آن، وجود دارد (سبحانی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۳۴۹). برخی از فقها به جای استفاده از دفع ضرر محتمل، قاعده دفع ضرر مظنون را به کار برده‌اند. این نکته، بیانگر آن است که منظور از کلمه محتمل در قاعده، ظن می‌باشد. به بیان دیگر مراد از وجوب دفع ضرر محتمل، لزوم و وجوب جلوگیری از ضرری است که اگر پیشگیری نشود به احتمال قوی، واقع خواهد شد (عراقی، ۱۴۰۵، ج ۳: ۱۴۳، خویی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۱۵، خراسانی، ۱۴۱۲: ۳۵۳).

هرچه درجه و احتمال وقوع ضرر، بالا برود، دفع ضرر و پیشگیری، می‌بایست جدی‌تر گرفته شود. در این راستا در جایی که ظن وقوع خسارت، موجود است فقیهان، اتفاق نظر بر دفع ضرر دارند، اما زمانی که شک و تردید نسبت به وقوع ضرر، وجود داشته باشد میان فقیهان در دفع ضرر، اختلاف نظر وجود دارد (حسینی فیروزآبادی، ۱۴۰۰، ج ۳: ۲۷۸). این نظر فقها، هم‌سو با نظرات حقوقدانان در تفاوت کاربست اصل پیشگیری و اصل احتیاط در مسئولیت مدنی است؛ بدین معنا که بسیاری از حقوقدانان بر ضرورت اتخاذ اقدامات پیشگیرانه در مسئولیت مدنی در زمینه ضررهای سنگین و قریب‌الوقوع تأکید می‌ورزند درحالی که درباره به کارگیری اصل احتیاط در مسئولیت مدنی ابهام و تردید وجود دارد.

۵،۱،۳ قاعده لاضرار

فقها نظرات مختلفی پیرامون قاعده لاضرار و مفهوم این قاعده، مطرح نموده‌اند که به تفصیل در کتب فقهی بیان شده است و در این مقاله مجالی برای شرح همه نظریات فقها درباره این قاعده وجود ندارد. در عین حال یکی از فقهای معاصر درباره مفهوم لاضرار تفسیری ارائه نموده‌اند که در ارتباط

کیفری در مواد ۲ و ۴ این کنوانسیون را پیشگیری از آلودگی‌های زیست محیطی بیان نموده است.

در واقع، اصل پیشگیری بدان درجه از اهمیت قراردادی برخوردار است که در برخی از مقولات، دیوان بین‌المللی دادگستری، تعهد دولت‌ها را در تصویب و اجرای قوانین ملی در راستای این اصل، مورد تأکید قرار داده است (Cancando, 2010: 2).

مطالعات انجام شده در حقوق بین‌الملل، گویای آن است که اصل پیشگیری هم می‌تواند در بهبود اقتصادی مقرون به صرفه باشد و هم از جهت جلوگیری از آسیب‌های زیستی، امری مهم تلقی گردد. به عنوان نمونه بر اساس پژوهشی که در هلند انجام شد، اگر به جای سال ۱۹۹۳ در سال ۱۹۶۵ که فرضیه مزوتلیوما مطرح بود آزیست ممنوع شده بود جان ۳۴ هزار قربانی و ۱۹ میلیارد یورو جهت پاکسازی این مواد محفوظ می‌ماند. البته برخی منتقدان پیشگیری در حقوق بین‌الملل نیز ادعا دارند با وجود مباحث اخلاقی که در فطرت انسان است نیازی به پیشگیری وجود ندارد (Sugarman, 1985: 562).

۵/۲/۱ مسئولیت مدنی پیشگیرانه در رویه قضایی بین‌المللی

برخی آرای دیوان دادگستری بین‌المللی و نیز رویه قضایی کشورهای مختلف گویای پذیرش مسئولیت مدنی پیشگیرانه است که در ذیل به آن‌ها اشاره خواهد شد.

مسئولیت مدنی پیشگیرانه در آرای دیوان دادگستری بین‌المللی

پیشگیری برای اولین بار به صورت ضمنی از اختلاف بین آمریکا و کانادا مطرح شد و به کشور کانادا توصیه گردید که در آینده می‌بایست از انتشار آثار زیان‌بار ناشی از دود به قلمرو واشنگتن پرهیز کند. دیوان دادگستری بین‌المللی اصل پیشگیری را با توجه به غیر قابل جبران بودن زیان وارده به محیط زیست بین‌المللی، اجباری قلمداد کرد (Icz, 1970: 40).

این شیوه، امروزه در برخی از نظام‌های حقوقی، مورد پذیرش قرار گرفته است. در معاهدات و اسناد بین‌المللی از جمله اعلامیه نهایی کنفرانس محیط زیست استکهلم در مورد محیط زیست انسانی در سال ۱۹۷۲ و کنفرانس ریو در سال ۱۹۹۲، مسئولیت دولت‌ها در پیشگیری از ضرر و زیان ناشی از اعمال حقوق یا فعالیت‌های قانونی به عنوان یک اصل بین‌المللی قلمداد شده است. به موجب این اصل، دولت‌ها می‌بایست تضمین نمایند که فعالیت‌های در چارچوب صلاحیت و کنترلشان موجب خسارت به محیط زیست دیگر کشورها نگردد. بدین ترتیب در اغلب جوامع، مسئله مهم قبل از ایجاد خسارت و پرداخت آن، پیشگیری از وقوع خسارت و سپس مقابله با خسارت احتمالی است (Sadeleer, 2002: 61).

حقوق بین‌الملل، اصل پیشگیرانه را بعنوان یک قاعده عرفی، مورد پذیرش قرار داده است ولی پذیرش احتیاط، محل نزاع و تردید می‌باشد و این امر، شاید یکی از تمایزات اصل احتیاط و پیشگیری است (Sands, 2012: 220). برخی از حقوقدانان بر این اعتقاد هستند که بیشتر مسئولیت‌های خاص را می‌توان با استناد عرفی پاسخ گفت (باریکلو، ۱۳۸۷: ۱۱۲). به عنوان مثال، زمانی که هنوز آزمایشات هسته‌ای از سوی سازمان ملل منع نشده بود انگلیس و ایالات متحده، بدون هیچ تعهد و قراردادی خود را مکلف به اتخاذ تدابیر پیشگیرانه یا کاهش ضرر و زیان ناشی از آزمایش‌های هسته‌ای کردند که این امر ناشی از عرفی‌بودن اصل مزبور می‌باشد.

جامعه اروپا، پیشگام در عرصه حقوق پیشگیرانه هستند و پیشگیری بدان درجه از اهمیت قرار دارد که اتحادیه اروپا در برخی مقولات ضمانت اجرای کیفری برای آن در نظر گرفته است (Oriordan, 2013: 146 & Comeron).

به عنوان مثال، کنوانسیون استراسبورگ- که در سال ۱۹۹۸ توسط اتحادیه اروپا تصویب گردیده است- هدف از اعمال تدابیر و ضمانت اجرای



از سرزمین محقق گردد در واقع به نظر می‌رسد از جهاتی می‌توان اصل استفاده غیر زیان بار را با اصول احتیاطی و پیشگیرانه دو روی یک سکه دانست و آن‌ها را مکمل و ملازم هم قلمداد نمود.

در سال ۱۹۷۳ نیوزیلند و استرالیا دعای جداگانه‌ای در دیوان بین‌المللی دادگستری علیه کشور فرانسه، اقامه نمودند و ادعایشان این بود که منع آزمایشات هسته‌ای کشور فرانسه، منوط به آن نیست که حتماً بارش واقعی رادیواکتیو به همراه داشته باشد. در این دعوا، اصل پیشگیری مشاهده می‌گردد؛ چرا که ظن ایجاد خسارت آینده در آن مشهود است.

مسئولیت مدنی پیشگیرانه در رویه قضایی کشورهای مختلف

رویه قضایی و دادگاه‌های آلمان برای اقامه دعای مسئولیت، تحقق خسارت را لازم نمی‌دانند، بلکه وجود خطر جدی در آینده را کافی قلمداد می‌کنند. حتی فراتر از آن، اقامه دعوی پیشگیرانه را منوط به اثبات تقصیر خوانده نمی‌دانند. این رویه در حقوق کشورهای سوئیس، اتریش و ایتالیا نیز پذیرفته شده است. قانون مدنی پرتغال، مجارستان، چک و لهستان نیز مسئولیت پیشگیرانه را به رسمیت شناخته‌اند (ژوردن، ۱۳۹۴: ۴۲).

در سال ۲۰۰۵، شرکت چند ملیتی مونسانتو علیه دستور دولت ایتالیا مبنی بر ممنوعیت فروش ذرت‌های تراریخته تولید این شرکت، شکایت کرد. دادگاه، مقرر نمود دولت ایتالیا در این زمینه به درستی به اصل احتیاط عمل کرده است (Caranta, 2007:225). می‌توان گفت خسارت محصولات تراریخته به دلیل سنگین‌بودن یا غیر قابل جبران بودن در حوزه پیشگیری قرار می‌گیرد.

در دادگاه‌های انگلیس، آمریکا و کانادا به ویژه در مسائل زیست محیطی و به منظور پیشگیری از زیان آینده، قرار منع پیش‌بینی شده است. شرط صدور این قرار، اثبات خطر قریب‌الوقوع و عدم

در دعوی کارخانه خمیر کاغذ، میان اروگوئه و آرژانتین در سال ۲۰۰۶ اختلافی ایجاد شد، آرژانتین دعوی در دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح کرد و ادعا بر این بود که شش تعهد از جمله تعهد به پیشگیری را نقض کرده است. استناد دولت آرژانتین به اصول توسعه پایدار، پیشگیری و احتیاط بود. دیوان در این دعوا، تأیید کرد که ارزیابی پیامدها و آثار زیست محیطی، در فعالیتی که متضمن خطرات قابل توجهی برای محیط زیست است، تبدیل به تعهدی الزام‌آور در حقوق بین‌الملل عمومی شده؛ اگرچه، حقوق بین‌الملل هنوز ماهیت، حوزه و محتوای این قاعده را مشخص نکرده است. دیوان در دعوی مزبور، اصل پیشگیری را به عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل، قلمداد نموده است که ریشه در اصل "از اموال خود به گونه‌ای استفاده نمایید که به دیگری آسیبی نرساند" دارد (ICJ Reports, 2010: 28).

در دعوی دریاچه لانو، فرانسه پیشنهادی مبنی بر تغییر مسیر آب دریاچه لانو داد تا بتواند بر روی آن فعالیت‌هایی انجام دهد. کشور اسپانیا نگران این مورد بود که به منافع کشورش زیان وارد شود که در دیوان داور، چنین رأی صادر گردید اگر این عمل فرانسه، موجب آلودگی آب و یا احتمال آلودگی گردد، اسپانیا محق باشد ادعای ضایع شدن حقوقش را مطرح کند. در این رأی، اعمال حاکمیت درون یک سرزمین در صورتی که باعث ورود خسارت به سرزمین کشور دیگر گردد غیر مجاز محسوب می‌شود. با مذاقه در این رأی، می‌توان ارتباط تنگاتنگ بین اصول پیشگیرانه و اصل استفاده غیر زیان بار از سرزمین را درک نمود؛ چرا که هدف هر دو ممانعت از ایجاد خسارت به دیگران است.

در رأی دیوان دادگستری در دعوی کانال کرفو آمده است؛ این وظیفه و تکلیف هر دولتی است که اجازه ندهد در قلمرو تحت حاکمیتش، اعمالی که مغایر حقوق دیگر کشورهاست، مورد استفاده قرار گیرد. بر اساس این رأی، کشورها می‌بایست اعمال پیشگیرانه انجام دهند تا اصل استفاده غیر زیان بار

توپ‌ها گردید. استدلال دیوان عالی کشور فرانسه این بود که وقتی تهدیدی به اندازه‌ای برای وقوع خسارت کافی باشد می‌تواند مزاحمت تلقی گردد. در واقع، آنچه بیشتر توجیه کننده مسئولیت است خطر ایراد ضرر در آینده می‌باشد؛ یعنی خطر پرتاب توپ به زمینی که در معرض چنین خطری قرار دارد. مورد دیگر، رأی دادگاه پژوهش اکس آن پروانس فرانسه در سال ۲۰۰۴ بود. عده‌ای خواهان تغییر مکان آنتن تلفن همراه بودند هرچند که هنوز زیان‌آور بودن یا نبودن آن به اثبات نرسیده بود که در این پرونده، متصدی آنتن، مکلف به تغییر مکان آن گردید.

۵/۳ مسئولیت مدنی پیشگیرانه در حقوق ایران

در حقوق ایران، محتوای اصل پیشگیری در قوانین صراحتاً پیش‌بینی نشده است. البته مواد ۷ و ۹ قانون ایمنی زیست محیطی مصوب ۱۳۸۸ و اصل ۵۰ قانون اساسی به طور تلویحی به لزوم رعایت اصل پیشگیرانه پرداخته‌اند. همچنین کنوانسیون بین‌المللی درباره مسئولیت مدنی برای خسارت ناشی از آلودگی نفت سوخت کشتی ۲۰۰۱ در بند ب ماده ۲ از عبارت اقدامات پیشگیرانه به منظور پیشگیری یا تقلیل خسارت ناشی از آلودگی نفتی نام برده است. با عنایت به اینکه ایران به این کنوانسیون ملحق شده و مورد تأیید مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۸۹/۰۲/۲۸ قرار گرفته است باید براساس ماده ۹ قانون مدنی آن را بخشی از قوانین داخلی محسوب نمود و در موارد مشابه به آن استناد کرد. در بند ۷ ماده ۱ این کنوانسیون نیز، به تعریف اقدامات پیشگیرانه اشاره شده است که بیان می‌دارد: اقدامات پیشگیرانه یعنی هر اقدام متعارفی که هر شخص پس از بروز حادثه به منظور جلوگیری یا تقلیل خسارت آلودگی به عمل آورده است. حوزه اقدام پیشگیرانه در این قانون مشخص است ولی می‌توان در زمینه‌های دیگر از آن بهره جست. هرچند که در این ماده جلوگیری از خسارت‌های بیشتر پس از وقوع حادثه،

کارایی شیوه‌های جبران خسارت است (ژوردن، ۱۳۹۴: ۴۳).

موضع حقوق فرانسه در زمینه پذیرش دعوی پیشگیرانه چندان شفاف نبوده و هیچ قانون عامی در ارتباط با پذیرش مسئولیت پیشگیرانه صراحتاً تنظیم نشده است. البته قانون جدید دادرسی مدنی فرانسه در مواد ۸۰۹، ۸۴۹ و ۸۷۳ به صراحت به قاضی دادرسی فوری، صلاحیت کلی به منظور اتخاذ تدابیر حفاظتی یا اقدامات لازم جهت جلوگیری از ضرر قریب‌الوقوع را اعطا نموده است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۵۲۳). با این وجود، دادگاه‌ها و رویه قضایی آن در زمینه حقوق محیط زیست، بهداشت و ایمنی اشخاص، بر این سمت متمایل است که کارکرد پیش‌دستانه نسبت به زیان بر کارکرد جبران‌گرایی مسئولیت مدنی سنتی برتری یابد؛ چرا که به باور برخی از نویسندگان فرانسوی، جبران در مورد زیان‌های سنگین و برگشت‌ناپذیر، به ویژه زیان‌هایی که دیرپا بوده و ممکن است در بلندمدت به وجود آیند و سلامتی نسل‌های آینده را به خطر اندازد بی‌معنا بوده و عملاً امکان‌پذیر نیست. بنابراین، تحول حقوق فرانسه در این زمینه محسوس بوده و به نظر می‌رسد؛ امکان اقامه دعوی پیشگیرانه و اتخاذ اقدامات حفاظتی و تدابیر پیش‌دستانه برای خسارات جدی در آینده و تهدیدهایی که دامن‌گیر برخی منافع بنیادین افراد یا محیط زیست است پیش‌بینی شده است (ژوردن، ۱۳۹۴: ۴۳).

در رأیی که از دیوان عالی کشور فرانسه صادر شد این موضوع مشخص گردید که گاهی خطری وجود دارد که منجر به خسارت نگردیده ولی می‌شود نسبت به آن حکم پیشگیری صادر نمود. در سال ۲۰۰۴، دیوان‌عالی کشور فرانسه حکمی صادر کرد که در آن فردی که ویلایی در همسایگی زمین گلف داشت و از پرتاب مداوم توپ گلف که به ویلا برخورد می‌کرد، علیه دارنده زمین گلف اقامه دعوی کرد. در این پرونده، دارنده زمین گلف به علت مزاحمت غیرمتعارف همسایگی، محکوم به تغییر مسیر



به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز مشابه حقوق فرانسه، قانون عامی که به صراحت دعوی پیشگیرانه را به رسمیت بشناسد وجود ندارد. هرچند در آیین دادرسی ایران نیز نهادهایی مشابه، نظیر دستور موقت پیش بینی شده است اما صدور آن، نیازمند تحقق کلیه ارکان مسئولیت مدنی از جمله وقوع ضرر می‌باشد. البته برخلاف رویه قضایی فرانسه، گرایش رویه قضایی ایران در حوزه مسئولیت مدنی، غالباً معطوف به گذشته بوده و بحث از ارکان مسئولیت مدنی از جمله وقوع ضرر، دلالت بر عدم تمایل به پذیرش مسئولیت پیشگیرانه دارد. به همین دلیل آرای بسیار محدودی در حوزه پذیرش تدابیر پیشگیرانه وجود دارد که بیشتر جنبه نظارتی داشته و خارج از نظام مسئولیت مدنی و درحوزه حقوق اداری وضع شده است. همچنین همانطور که بیان شد در حقوق انگلستان، آمریکا و کانادا به منظور پیشگیری از وقوع ضرر آینده، نهادی تحت عنوان دستور منع پیش‌بینی شده است که مانند دستور موقت، جنبه تبعی نداشته و خواهان مکلف به طرح دعوی اصلی، ظرف مهلت مقرر نمی‌باشد، بلکه نهاد دستور منع به عنوان دعوی مستقلی در مواردی که زیان‌دیده احتمالی در معرض خطر قریب الوقوع قرار گرفته است به رسمیت شناخته شده است. از این رهگذر عملکرد نظام حقوقی ایران در زمینه پیشبرد مسئولیت مدنی نوین و پذیرش مسئولیت پیشگیرانه در تطبیق با سایر نظام‌های حقوقی چندان مطلوب نبوده و نیازمند بازنگری و اصلاح رویه موجود است.

۶ چالش‌های مسئولیت مدنی پیشگیرانه

پذیرش پیشگیری در مسئولیت مدنی با چالش‌هایی در عرصه عمل، مواجه است که در ذیل به آن اشاره می‌کنیم.

موضوعیت دارد اما نقدی که بر آن می‌توان بیان نمود آن است که ماده مزبور، تعبیر کاملی برای اصل پیشگیری محسوب نمی‌شود و تمام مصادیق اقدامات پیشگیرانه را در بر نمی‌گیرد. شکی نیست که پس از وقوع حادثه، ضرر محقق می‌شود و مسئولیت مدنی کنونی نیز قابلیت پاسخگویی به این موضوع را داراست در حالی که پیشگیری اعم از اقدامات پیش‌دستانه جهت جلوگیری از تحقق خسارت قبل از وقوع حادثه و نیز تلاش جهت تقلیل خسارت پس از وقوع حادثه است.

در رویه قضایی نیز آرای اندکی در حوزه مسئولیت پیشگیرانه در نظام حقوقی ایران صادر شده است. به عنوان مثال دو رأی صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به طور ضمنی بر اتخاذ تدابیر پیشگیرانه و نظارتی در حوزه واردات مواد غذایی و آلودگی هوا تأکید دارد. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی ۱۳۷۱/۵/۶ در ارتباط با ابطال بخشنامه گمرک با لحاظ نمودن اصول پیشگیرانه حقوق نسل‌های آینده را مورد شناسایی قرار داده است. در این مقوله کنترل واردات مواد غذایی از جهت آلوده‌بودن به اشعه از جمله بسترهای مراقبت از نسل کنونی و نسل‌های آینده می‌باشد که در حوزه وظایف نظارتی سازمان انرژی اتمی محسوب می‌گردد (رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری تاریخ ۱۳۷۱/۵/۶ شماره دادنامه ۶۳ کلاس پرونده ۷۱/۲۱ مربوط به ابطال بخشنامه شماره ۱۴۹۹۷/۷۲۹/۷۳ مورخه ۱۳۶۹/۸/۸ اداره گمرک).

همچنین در ارتباط با ممنوعیت نصب کیت، رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۰ تأکید می‌کند که مفاد قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا که در راستای تحقق اهداف مذکور در اصل ۵۰ قانون اساسی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است تضمین‌کننده ضرورت اتخاذ تدابیر متناسب در ارتباط با ساماندهی سیستم حمل و نقل شهری و الزام کلیه دستگاه‌ها به رعایت آن خواهد بود (هداوند و مشهدی، ۱۳۸۸: ۱۷۰-۱۶۰).

۶،۱ متغیر بودن اصول پیشگیرانه

با عنایت به اینکه نوآوری‌های بشر روزبه‌روز در حال رشد است ارتقای اصول و تدابیر پیشگیرانه همزمان با افزایش این تحولات، ضروری به نظر می‌رسد. شاید اشخاصی که مجوز فعالیت را می‌گیرند عرف درنگ اول، این‌گونه در مورد آن‌ها قضاوت کند که چون مجوز فعالیت دارند حداقل در آن بازه زمانی که اجازه فعالیت داده شده است نتوان ایرادی بر فعالیت دارنده مجوز گرفت. با عنایت به اینکه امروزه سرعت انتقال اطلاعات در کسری از ثانیه از نقاط مختلف دنیا روی می‌دهد و این امر باعث گردیده که بشر به تازه‌های علمی جدیدی دست پیدا کند. از این رو، روزرسانی راهکارهای پیشگیرانه هم باید سرعتی مطابق با این انتقال اطلاعات داشته باشد که توازی از این نظر برقرار گردد.

۶،۲ نفوذ صاحبان قدرت

تصور بر این است که مقررات دولتی همیشه در راستای منافع عموم وضع می‌شود. اما واقعیت همیشه اینگونه نیست. فشار وتبانی عده‌ای که منافع در گرو تولید بدون ضابطه دارند، سبب نفوذ در نوع تصمیم‌گیری نهادهای مسئول شده و باعث گردیده است که مقررات همواره نسبت به آن‌ها آسان‌گیرانه باشد (بادینی و عباسی، ۱۳۸۱: ۴۵).

۶،۳ نقض علم بشر

تشخیص خطرهای ناشی از علم توسط خود علم مورد ارزیابی قرار می‌گیرد (املی، ۱۳۸۸: ۱۳۱). در واقع، در صورت رعایت جوانب پیشگیرانه با ارزیابی علمی مجدد، مهر تأییدی بر یافته‌های گذشته خواهد بود. اگر ابهام راجع به ایمنی در ارتباط فناوری وجود داشته باشد بایستی محدود یا منع گردد. خصلت بشر تکامل تدریجی است و علم بشر هرچند افق‌های درخشانی در جهت رفاه عمومی درنور دیده است ولی همیشه نسبت به آینده خود دارای نقایصی بوده و خواهد بود. همانگونه که در بحث بیماری کرونا این امر برای نسل حاضر، ملموس بود که هر روز نحوه برخورد با این بیماری، پروتکل‌های

بهداشتی جدیدی را می‌طلبید. در ارتباط با اصول پیشگیرانه و نقض‌های علوم نیز باید گفت که عاقل آن است که اندیشه کند پایان را، لذا اعتماد به اصول پیشگیرانه و به کار بستن آن‌ها می‌تواند اقدامی در جهت جبران این نقایص علم بشر باشد. بدین شرح تا نسبت به ایمن بودن مقولات خسارت‌زا یقین حاصل نگردد در جهت جلوگیری از ورود خسارت، می‌بایست محتاطانه عمل شود. در ارتباط با خطراتی که منجر به خسارت بالقوه می‌گردد همواره باید با علم روز با آن‌ها برخورد کرد هرچند که مطمئناً، همچنان کامل نخواهد بود.

پیشرفت‌های بشر در علوم مختلف بر کسی پوشیده نیست ولی نقاط مبهم آن هر روز با مطالعات بیشتر کشف می‌گردد و نقض علم بشر را بیشتر نمایان می‌کند. از این رو، نمی‌توان حتی با آخرین علم روز هم برای موارد غیر قابل جبران با یقین، نسخه پیچید.

۶،۴ بیمه‌های مسئولیت

تحولات بشر، امروزه در عرصه بیمه مسئولیت مدنی تا آنجایی وسعت پیدا کرده است که اکنون ادعای جایگزینی و کنارزدن مسئولیت را دارند که این امر باعث رواج و گسترش اعمال بی‌احتیاطی و بی‌پروایانه بشر خواهد بود و زمینه برای تحقق‌بخشیدن و احساس نیاز به مسئولیت‌پیشگیرانه بوجود می‌آید. علیرغم نقش مثبتی که بیمه‌های مسئولیت مدنی در جبران خسارت ایجاد می‌کند اثر بازدارندگی را در مسئولیت کم‌رنگ می‌کنند. چرا که در اغلب موارد، بیمه‌گر جبران خسارت را بر عهده دارد و سبب می‌شود که بیمه‌شده، سهل‌انگاری و بی‌احتیاطی کند و رفتارش محتاطانه و آینده‌نگرانه نباشد (بادینی و عباسی، ۱۳۸۱: ۳۸-۳۹). تجربه نشان داده هر جایی که برای استانداردهای ایمن و پیشگیرانه، ضمانت اجرای متناسب برقرار شده است در بهبود اصول پیشگیرانه، موثر بوده است (Lanoie, 1992: 67).



۶،۵ نسخه واحد برای درمان دردهای

متفاوت

مقررات پیشگیرانه نیازمند آن است که قواعد انعطاف‌پذیری را نسبت به موارد مختلف داشته باشیم. نسخه واحد را نمی‌توان به موارد مختلف تعمیم داد. اگر اصول پیشگیرانه متناسب، رعایت نگردد و زیان، حادث شود در صورتی می‌توان ناقض اصول پیشگیرانه را به خاطر عدم رعایت پیشگیری بازخواست نمود که خسارت ایجاد ناشی از عدم رعایت این اصول باشد؛ در غیر این صورت، ناقض این مقررات پیشگیرانه، مسئول نخواهد بود. به عنوان نمونه در دعوی گریس علیه اسکات در انگلیس، خواهان، حیوانات خود را به یک کشتی، جهت جابجایی سپرد ولی کشتی، فاقد کانتینر مخصوص، جهت جابجایی بود. در مسیر حمل به دلیل شرایط نامساعد جوی و وقوع طوفان، حیوانات به داخل دریا افتادند. خواهان، مدعی شد اصول ایمنی و پیشگیرانه رعایت نشده است اما دادگاه، دعوی خواهان را رد نمود؛ چرا که این دادگاه معتقد بود وجود کانتینر، تنها برای جلوگیری از شیوع بیماری در بین حیوانات بوده است و مانعی برای جلوگیری از تلف شدن حیوانات به علت طوفان محسوب نمی‌شود (Shapo, 2007: 335).

۶،۶ دیرپا بودن نتایج زیان‌بار

دیرپا بودن آثار برخی از پسماندها سبب می‌شود ایجاد رابطه سببیت با مشکل مواجه گردد و از طرف دیگر غیر قابل جبران بودن خیلی از خسارت‌ها باعث گردیده که در کنار مسئولیت جبران‌گر و اعاده کننده، نیاز به مسئولیت پیشگیرانه به وجود آید. در بعضی موارد، اثرات فعالیت‌های مخرب و زیان‌آور وقتی نمایانگر می‌شود که مدت طولانی از انجام فعالیت گذشته است و دیگر خبری از عامل ورود خسارت وجود ندارد. همین خصیصه دیرپا بودن برخی از پسماندها، باعث گردیده زیان دیده، انگیزه لازم برای مطرح کردن چنین موضوعاتی را نداشته باشد (کاتوزیان و انصاری، ۱۳۸۷: ۲۹۰). چرا که دستیابی به نتیجه مطلوب را برای خود امری محال و

دست‌نیافتنی می‌داند. کشف رابطه سببیت در این‌گونه موارد بسیار دشوار و در برخی مواقع امری کاملاً تخصصی بوده و هر شخصی توان اثبات آن را نخواهد داشت.

۷ راهبردهای اجرای مسئولیت پیشگیرانه

اجرای عملی پیشگیری در مسئولیت مدنی، مستلزم اتخاذ تدابیر و راهبردهایی است که به برخی از این موارد در ذیل اشاره خواهیم نمود.

۷،۱ تنقیح وظایف سازمان‌های مسئول

مبنایی که می‌تواند مسئولیت پیشگیرانه را بر دولت و ارگان‌های عمومی غیردولتی بار نمود؛ این است که این ارگان‌ها، وظیفه برقراری نظم عمومی در جامعه را دارند. اگر بپذیریم که اصل ۵۰ قانون اساسی، همه افراد، اشخاص و موسسات خصوصی و دولتی را هدف تعهد قرار داده، باید قوانین دادرسی به گونه‌ای اصلاح گردد که همه افراد و اشخاص حقوقی بتوانند در برابر تخریب یا ایجاد آلودگی در محیط زیست بدون اینکه مستقیماً ذینفع باشند، اجازه اقامه دعوا در محاکم داشته باشند و برای اثبات ادعا، سازمان‌های مسئول را به عنوان کارشناس به دادرسی فرا خوانند. از ارگان‌های اثرگذار در مدیریت پسماندها می‌توان به سازمان راهنمایی و رانندگی، وزارت کار، رفاه و تامین اجتماعی، وزارت امور اقتصاد و دارایی، وزارت کشور، بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، وزارت صنعت معدن تجارت، اداره استاندارد، وزارت نفت، وزارت نیرو، وزارت جهادکشاورزی و سازمان حفاظت از محیط‌زیست را نام برد. این ارگان‌ها نسبت به اشخاص خصوصی، نقش‌آفرین‌تر هستند. به عنوان نمونه در مواردی، افراد خصوصی یک سری اطلاعات برایشان قابل دسترس نیست یا برای اینکه بتوان در ارتباط با خطر آفرین بودن یا نبودن یک فعالیت در آینده به نتیجه‌ای دست پیدا کنند، بررسی کارشناسی لازم است. اشخاص خصوصی به دلایلی از انجام این‌گونه اقدامات (کارشناسی) سرباز خواهند زد؛ پس دولت،

۸ نتیجه‌گیری

از چند منبنا می‌توان قائل به پذیرش مسئولیت پیشگیرانه شد.

۱. خاستگاه پیشگیری را شاید بتوان در عرف ریشه‌یابی کرد. هرچند در بعد زیست‌محیطی، اصول پیشگیرانه از اهمیت بیشتری برخوردار است ولی تنها، اختصاص به آن ندارد. در کنوانسیون‌ها و قوانین برخی کشورها پیشگیری را به عنوان یک اصل پذیرفته‌اند. از این‌رو به نظر می‌رسد؛ می‌توان با توجه با اصول مسلم حقوقی، همانند برخی کشورها قائل به پذیرش عرفی پیشگیری باشیم.

۲. چنانچه در نظام مسئولیت مدنی، جایگاهی برای اتخاذ تدابیر پیشگیرانه پیش‌بینی نشود جامعیت مسئولیت مدنی زیر سوال خواهد رفت. چرا که عقل نمی‌پذیرد زیان‌های سنگین و یا غیر قابل جبران برای جامعه ایجاد شود و هیچ مبنایی جهت جلوگیری از آن‌ها در قوانین وجود نداشته باشد. از این‌رو، پذیرش مسئولیت پیشگیرانه از نظر خردمندان با توجیه عقلانی و منطقی همراه است.

۳. با عنایت به اینکه اشخاص، وظیفه دارند که دقت و مراقبت لازم را در عدم ایجاد خسارت به دیگران داشته باشند کما اینکه در ارتباط با دولت و نهادهای نظارتی این مهم، محسوس‌تر و ملموس‌تر خواهد بود. از این‌رو، زمانی که این میزان از مراقبت، عملیاتی نمی‌شود می‌توان گفت تقصیر در احتیاط صورت گرفته است و از این نظر نیز می‌توان به پیشگیری متوسل شد.

۴. می‌توان با اتکا به فقه و قواعدی همچون تحذیر، وجوب دفع ضرر محتمل و لاضرار، مسئولیت پیشگیرانه را در مسئولیت مدنی کنونی در نظر گرفت و از آن بهره برد.

با توجه به تازگی مفاهیم پیشگیرانه در ایران به یک سیاست‌گذاری راهبردی در بخش مسئولیت پیشگیرانه نیاز است که لازم است توسط کمیسیون مستقل و متشکل از کارشناسان، نمایندگان مردم و

آسان‌تر می‌تواند مخاطرات ناشی از چنین فعالیت‌هایی را ارزیابی نماید (Shavell, 1984: 108). اگر دولت و ارگان‌های مسئول، دغدغه آینده را داشته باشند و پیشگیری‌های لازم را در جهت عدم ایجاد خسارت انجام دهند، شاهد رویارویی با طوفان سهمگین خسارت‌های سنگین و غیرقابل جبران در آینده نخواهیم بود.

۷،۲ تحلیل هزینه-فایده

پیشگیری، مقدم بر درمان و کم‌هزینه‌تر از آن است و این امر، بعد اقتصادی پیشگیری در مسئولیت مدنی را توجیه می‌کند؛ چرا که اگر در مواردی برای پیشگیری هزینه نشود به مراتب هزینه‌های بیشتری باید نسبت به جبران خسارت آینده پرداخت نمود و چه بسا گاهی حتی جبران و اعاده وضعیت در هزینه‌های هنگفت، امکان‌پذیر نمی‌باشد.

اشخاص به دلیل محدودیت‌های اطلاعاتی در مواجهه با مسئولیت پیشگیرانه، معقول رفتار نمی‌کنند. بدین معنی که ممکن است آگاه نباشند یا احتمال مسئولیت در آینده را کم‌اهمیت بدانند و یا اینکه ممکن است تا قبل از ایجاد زیان، ندانند که عمل آن‌ها خطرناک بوده است. به عنوان نمونه بسیاری از مواد و فرایندها دوران نهفتگی طولانی دارد و از این نظر، توان شناسایی آثار زیان‌بار زود هنگام آن‌ها وجود ندارد و اشخاص به خیال خود، مشغول بهترین و موثرترین فعالیت‌ها هستند در حالی که هزینه‌هایی که در آینده باید پردازند به مراتب بیشتر از تولیدات آن‌ها خواهد بود. از دیگر سو در موضوعات تکنولوژیک، دستیابی به اطلاعات و مدارک لازم برای پیروزی در دعاوی بسیار پرهزینه است در این موارد نیز دعوای مسئولیت، معمولاً مطرح نمی‌گردد (Shavell, 1984: 374). در این راستا، زمانی که تحلیل درستی نسبت به هزینه-فایده صورت بگیرد اشخاص بیشتر جوانب پیشگیری را رعایت خواهند کرد چرا که در آن، صرفه اقتصادی خواهند دید.



از مسئولیت مدنی پیشگیرانه موضوع بسیار مهمی است که می‌بایست در دستور کار قانونگذاری قرار گیرد و ساز و کار دادرسی فوری در حوزه مسئولیت پیشگیرانه به صورت نهادی مستقل پیش‌بینی گردد.

حکومت، تدوین و ارائه شود و ضروری است مراجع قانونگذاری، این‌مهم را مورد توجه قرار داده و قانونی راجع به پیشگیری در حوزه مسئولیت مدنی، خسارات آینده و فعالیت‌های زیانبار را به تصویب برسانند. همچنین تدوین آیین دادرسی دعاوی ناشی



فهرست منابع

- the Light of the Judgments of the Court of Administrative Justice, Legal Deputy and Judicial Development of the Judiciary, Khorsandi Publications. (In Persian)
- Icj. (1970). judgement of case concerning the gabcikovo-nagymaros Project (hungary -oslovakia)
- Icj. (2010).pulp mills on the river Uruguay,ICJ Reports.
- Icj. (1949).Corfu Channel Case (United Kingdom- Albania), ICJ Reports.
- Iraqi,A.Z.(1984).Nahayeh al-Afkar, Ed: M. T.Boroujerdi, Qom, Al-Nashar Al-Islami Institute.(In Arabic).
- Iraqi,A.Z.(2008). Al-Ijthead Al-Taqlid, Qom: Navid Islam. (In Arabic)
- Izanloo,M.(2019).Comparative Studies Dual Functions Principle of Precaution in Civil Liability, Comparative Law Studies, vol.10.(In Persian)
- Jourdain,P.(2012).Analysis of judicial procedure in civil responsibility, translated by Majid Adib, Mizan.(In Persian)
- Jourdain,P.(2014).principles of civil responsibility, translated by Majid Adib, Mizan.(In Persian)
- Katouzian, N & Ansari, M. (2003). responsibility due to environmental damage, Journal of Faculty of Law and Political Science, University of Tehran. (In Persian)
- Khoi,A. (1996).Mesbah al-Asul, translation: S. M ,Vaez Hosseini, Qom, Davari Publications. (In Arabic)
- Asghari, M. (2011). The condition of non-responsibility in Imami jurisprudence, Fiqh Research Journal, No. 4. (In Persian)
- Badini,H.(2002).Assessment of Civil Liability with Safety Regulations in the Prevention of Dangerous Activities,Legal and Judicial Law,No99.(In Persian)
- Bariklo,A.(2008).Civil liability, second edition, Mizan Publication .(In Persian)
- Boer.R., & Rothwell. (1998). International Environmental law in the asia pacific, London, Kluwer Law international, The HAGUE (NETHERLANDS).
- Cancando, T. (2010). separate opinion of I.C.J summary of the judgement on pulpmills on the river Uruguay.
- Caranta,R. (2007).the Precautionary Principle in Italian Law, precautionary principle and Administrative ,Law Congress, Paqus, Michel, Bruxelles, Bruylant.
- Firouzabadi, S.M. (1979). Inayat al-Osul fi Sharhe Kefayat al-Osul, 4th ed,Qom,Firouzabadi.(In Arabic)
- Hayati.A.(2014). The concept of the principle of precaution and its place in civil responsibility,vol 40, Research Journal of Islamic Law.(In Persian)
- HekmatNia. M. (2009). Civil Responsibility in Imamah Jurisprudence, Qom, Research Institute of Islamic Sciences and Culture. (In Persian)
- Hodavand, M. & Mashhadi, A. (2010). Principles of Administrative Law in



- Sands, P., & Peel, J. (2012). *Principals of International Environmental Law*, Cambridge University Press.
- Shapo, M. (2007). *Tort Law and Regulatory Law in the United States of America*, In: *Tort and Regulatory Law*, by: Willem H., Van Boom-Meinhard, Lukas and Christa Kissling, Springer Wien New York.
- Shavell, S. (1984). *Liability for Harm versus Regulation of Safety*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 2.
- Shelton, D., & Kiss, A. (2017). *Judicial Handbook on Environmental Law*, translated by M. Abdollahi, Khorasandi Publications. (In Persian)
- Sistani, S.A. (1993). *The Rule of La Zarar*, Office of the Ayatollah Seyyed Sistani, Qom. (In Arabic)
- Sobhani, J. (1998). *Al-Mahsul fi Usul al-Fiqh*, edited: S. J. Mazandarani, Qom, Al-Imam Al-Sadiq Institute. (In Arabic)
- Sugarman, S.D. (1985). *Doing away with tort law*, *California Law Review*, vol, 73.
- Khorasani, M. K. (1993). *Kefayah al-Usul*, second edition, Qom, Al-Nashar al-Islami Institute. (In Arabic)
- Lanoie, P. (1992). *Government Intervention in Occupational Safety: Lessons from the American and Canadian Experience*, *Canadian Public Policy*, Vol. 18, No. 1.
- Mohagheq Damad, S.M. (1985). *Rules of Jurisprudence*, vol. 2, Islamic Science Publishing. (In Persian)
- Novagliz, A.Z. (2009). *The principle of precaution as a sign of the mentality and needs of postmodern human beings*, *Bi-Philosophical Journal of Cognition, Journal of Humanities*. (In Persian)
- Oriordan, T., & Comeron, J. (2013). *Interpreting the precautionary principle*, Routledge, London.
- Sadeleer, N. (2002). *Environmental principles from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, New York.
- Safai, S.H. & Rahimi, H. (2018). *Comparative Tort Law*, Shahre Danesh Institute of Law. (In Persian)

Original Article

A comparative study of the legal requirements for designing digital smart contracts In Iranian and French law

Mojtaba Dehghani Tafti¹ , Marzieh Afzali Mehr^{*2}, Rabia Eskini³

¹ PhD student in Private Law, Department of Law, Karaj Branch, Islamic Azad University, Karaj, Iran

² Assistant Professor of Private Law, Department of Law, Karaj Branch, Islamic Azad University, Karaj, Iran

³ Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Mofid University, Qom, Iran



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.2.1](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23257.1314)



[10.22080/LPS.2022.23257.1314](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23257.1314)

Received:

March 9, 2022

Accepted:

September 27, 2022

Available online:

November 26, 2022

Keywords:

Hybrid smart contract,
blockchain, France,
Estimar rule, Negotiation

Abstract

In the last decade, the combination of blockchain, distributed ledger technology, and digital contracts has led to the invention of the modern form of smart contracts. In fact, smart contract is a self-executing computer software. Resolving the problem of breaches of obligations-especially among anonymous interlocutors in the international arena-, reducing the need to physically go to the court, eliminating major human interventions in the ratification and implementation of the provisions of the contract are some of the achievements of this initiative. One question which is raised is that in addition to the basic conditions of contracts mentioned in Article 190 of the Civil Code, 'what legal rules are required in the design of such contracts, especially to protect the public non-legal entities?' The present study was done by descriptive-analytical method to investigate the recent developments of French civil law in order to regulate special provisions of electronic contracts in compliance with Iranian law. Findings show that due to the inconsistency of the nature of smart contracts with current electronic legal contracts, some important legal rules such as good behavior and commitment of the parties to the full knowledge of the provisions of the contract may be violated in such contracts. In addition, there is a possibility of violation of personal or mental criteria governing the correctness of transactions, such as consent to conclude a contract in the electronic agency. As a result, using the jurisprudential rule of Estimar, the maximum authority of the electronic representative is to provide advice in concluding a contract, and the

***Corresponding Author:** Marzieh Afzali Mehr

Address: Assistant Professor of Private Law,
Department of Law, Karaj Branch, Islamic Azad
University, Karaj, Iran

Email: Ma.afzalimehr@kiauo.ac.ir



will of individuals cannot be considered as defeated by predetermined computer algorithms. Therefore, the proposed solution in order to express the full will of parties is to use smart combined contracts (code and text).

Extended abstract

1. Introduction

In recent decades, as a result of the development of computer science and Internet networks, followed by the digital revolution at the beginning of the 21st century, new methods for the formation of electronic contracts have been invented. Computer scientist Nick Sabo first introduced the basic idea of smart contracts in 1996. He defined smart contract as a computerized exchange protocol that enforces contract terms. In his next articles, he offers a new definition of smart contracts combined with blockchain technology. Since it is difficult and in some cases impossible to translate all contract terms from natural human language into computer code, this issue is examined in the present study by investigating recent developments in French civil law and some of its innovations in electronic contracts.

2. Methodology

The writing method is descriptive-analytical and it is based on the comparison of Iran's law with France's.

3. Findings

One of the important advantages of smart contracts is the ability to enforce and guarantee the fulfillment of obligations. On the one hand, Unlike traditional conventional contracts (paper or electronic), smart contracts are capable of eliminating the major problem of breach of obligations to a large extent. On the other hand, inflexibility, risk of cyber-attacks, and lack of legal regulation for blockchain technology and smart contracts in the

national laws of most countries are the current challenges of using such contracts. As the recent developments in French civil law have been discussed, the courts of France seem to consider the terms of electronic contracts in the new version of the civil law to accept the legal validity of smart contracts, and until the legislation of new acting rules in this regard, the current legal principles in civil law will be the criterion for the courts. Fortunately, the traditional mechanism of offering and accepting smart contracts is not a problem. However, it is possible for lawmakers to set new standards for announcing consent and the method of expressing intent to enter into smart contracts. French courts now want to attribute the actions of a software program to a person or organization that knowingly uses it and the theory of e-representation is not very popular in this legal system. Therefore, using the rule of Estimar in Islamic jurisprudence, the advisory opinion of oracles of smart contracts can be accepted and taken into account in order to enforce the will of individuals in including? smart contracts in designing a computer program.

At present, the parties to the smart contract should be careful because no specific legal standards have been developed yet in the following cases, which are: 1. what positive actions should be taken regarding the declaration of mutual consent of the parties to the smart contract? Because of the spirit of French civil law- followed the mental theory-, recognizes the satisfaction of individuals from the internal factors of the parties that

cannot be converted into a computer program. 2. Which terms of the contract can the parties access and know? 3. How do they access the contractual terms? 4. And finally, how do the parties to the contract communicate regarding the control of the electronic agent acting on their behalf?

As discussed, the technical nature of smart contracts is different from conventional electronic contracts, and the French legislator, based on Article 1127-3 in the new civil law, has not formulated additional requirements regarding the validity of electronic contracts that are concluded by email exchange between the parties due to the ability to refer to electronic writings in courts.

However, the analysis of the present study leads us to the conclusion that on the one hand, there is a lack of sufficient regulations, experience and judicial procedure in the field of blockchain and distributed offices, even in the French law and common law systems. On the other hand, because of the possibility of a wide range of smart contract design models, it is almost impossible to reach an accurate conclusion about the legal status of such contracts. Each type of smart contract must be analyzed separately according to an applicable law, because even if the smart contract seems legally binding at first glance, it may not be recognized as a legally binding contract in some countries with different legal systems.

4. Conclusion

Using a combination of traditional contracts, the newly distributed ledger, and the Internet of Things is a good option for designing a legally binding smart contract. The result of this method is to ensure the declaration of intention and consent of the parties, to behave in good

faith, and to have sufficient opportunity to be fully aware of the terms of the smart contract and what constitutes the basic terms of the contract. Of course, the article 1127 of the new French Civil Code sets special requirements for the protection of non-professionals who generally do not have sufficient legal information, such as the information of using natural language and terms of the contract, the opportunity to modify data and to negotiate. These regulations could be considered in B2C type electronic contracts, which is useful in designing and legislation the legal rules of smart contracts in the Iranian legal system, because these criteria are in accordance with the general rules of Islamic jurisprudence. However, simpler legal requirements can be imposed to facilitate international trade relations between professionals and companies that have the appropriate legal facilities.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

They have participated equally.

Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

This research is dedicated to the soul of Dr. Hamid Reza Sheshgol, who died of the corona virus.

علمی پژوهشی

مطالعه تطبیقی الزامات حقوقی طراحی قراردادهای هوشمند دیجیتالی در حقوق ایران و فرانسه

مجتبی دهقانی تفتی^۱ ID، مرضیه افضلی مهر^{۲*}، ربیعا اسکینی^۳

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران
^۲ استادیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران
^۳ استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران

 [20.1001.1.24237566.1401.6.2.2.1](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23257.1314)

 [10.22080/LPS.2022.23257.1314](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23257.1314)

چکیده

در دهه اخیر، ترکیب فناوری پایگاه داده توزیع شده موسوم به بلاک چین و قراردادهای دیجیتالی، منجر به ابداع شکل مدرن قراردادهای هوشمند شده است. در واقع قرارداد هوشمند، نرم افزار رایانه‌ای با قابلیت خوداجرایی است. رفع مشکل نقض تعهدات به‌ویژه بین متعاملین ناشناس در عرصه بین‌المللی، کاهش لزوم مراجعه به دادگاه‌ها، حذف عمده مداخلات انسانی در تأیید و اجرای مفاد قرارداد از دستاوردهای این ابتکار است. حال این سوال مطرح می‌شود که علاوه بر شرایط اساسی عقود که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی آمده، رعایت کدام ضوابط حقوقی در طراحی این نوع قراردادها به‌خصوص جهت حمایت از عموم افراد غیرحقوقدان جامعه الزامی است؟ در پژوهش حاضر که با روش توصیفی - تحلیلی انجام شده، تحولات اخیر قانون مدنی فرانسه در راستای تنظیم مقررات ویژه قراردادهای الکترونیکی در تطبیق با حقوق ایران مطالعه شده است. یافته‌ها نشان می‌دهد به‌دلیل عدم انطباق کامل ماهیت قراردادهای هوشمند با قراردادهای الکترونیکی حقوقی رایج، ممکن است برخی از ضوابط مهم حقوقی نظیر رفتار با حسن‌نیت و تعهد به آگاهی کامل متعاملین از مفاد قرارداد، در این‌گونه قراردادها نقض شود. ضمن اینکه احتمال اختلال در معیارهای شخصی یا ذهنی حاکم بر صحت معاملات مانند رضایت بر انعقاد قرارداد در نمایندگی الکترونیکی وجود دارد. نتیجه اینکه مستفاد از قاعده فقهی استیمار، حداکثر اختیار نماینده الکترونیکی، ارائه مشاوره در انعقاد عقد است و اراده اشخاص را نمی‌توان مغلوب الگوریتم‌های از پیش تعیین شده رایانه دانست. لذا راه‌حل پیشنهادی به منظور ظهور اراده طرفین، استفاده از قراردادهای هوشمند ترکیبی (کد و متن) است.

تاریخ دریافت:

۱۸ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۵ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۵ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

قراردادهای هوشمند ترکیبی،
بلاک‌چین، فرانسه، قاعده
استیمار، مذاکره

* نویسنده مسئول: مرضیه افضلی مهر

آدرس: استادیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد کرج،
دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

ایمیل: Ma.afzalimehr@kiaou.ac.ir

۱ مقدمه

برنامه رایانه‌ای است که با انجام امری، سیستم خودکار واکنش نشان می‌دهد. برای نمونه، زمانی که پول واریز شود، سامانه لینک دانلود فایل درخواست شده را برای خریدار می‌فرستد بی‌آنکه انسان در این زمینه نقش‌آفرینی کند. مثال دیگر، صعوبت دریافت خسارت تاخیر در مسافرت با قطار یا هواپیما است. بدین نحو که چنانچه قطار با تاخیر به مقصد برسد، وفق شرایط مندرج در بلیط می‌بایست درصدی از بهای بلیط به مسافر برگردد. گاهی اوقات صرف وقت زیاد موجب انصراف از این حق می‌شود ولی قرارداد هوشمند با کمک دستگاه‌های GPS و زمان‌سنج الکترونیکی، محاسبات دقیق را انجام و به صورت خودکار خسارت به مسافرن پرداخت می‌شود. این عملیات با ساز و کار پیچیده‌تر در مورد محاسبات خسارت تاخیر در تخلیه بار کشتی (دموراژ) قابل انجام است.

در ابتدای قرن جدید بلاک‌چین یا زنجیره بلوکی ابداع شد که ترکیب آن با قراردادهای هوشمند، تحولی شگرف در این زمینه پدید آورد و توجه دانشمندان علم حقوق در سراسر جهان را به خود جلب کرد. بلاک‌چین یا زنجیره بلوکی به معنای پایگاه داده‌های غیر قابل تغییر یا دستکاری تعریف می‌شود که جهت پشتیبانی از تأیید صحت و سقم تراکنش‌ها، اجرا و ثبت و ضبط معاملات بین طرفین بکار می‌رود. طراحان بلاک‌چین، مدعی راه‌حل جدیدی برای مشکل دیرینه اعتماد بین متعاملین شده‌اند. بلاک‌چین شامل شبکه‌ای دیجیتال و پایگاه داده توزیع شده است که تراکنش‌های مالی را ردیابی می‌کند یعنی پایگاه داده توزیع شده‌ای است که تراکنش‌ها را در شبکه ثبت می‌کند. از این فناوری به‌عنوان یک پیشرفت بزرگ و مفید برای بسیاری از بخش‌های مالی و اقتصادی یاد می‌شود که امروزه از کاربردهای مهم آن در قراردادهای هوشمند و رمزارزها می‌توان نام برد. پس از گذشت حدود دو دهه از بیان ایده قرارداد هوشمند، نیک سابو در مقالات

قرارداد، حاصل ایجاب و قبول تعهداتی بین دو یا چند طرف است که تحت نظارت قانون منعقد و اجرا می‌شود. قرارداد، اولین خشت بنای اقتصاد بازار آزاد است و از دیرباز کاربرد قرارداد در تعاملات تجاری بین افراد مقیم در کشورها و جامعه بین‌المللی مشهود است.^۱ در دهه‌های اخیر با رشد علوم رایانه‌ای و توسعه شبکه‌های اینترنتی و در پی آن وقوع انقلاب دیجیتالی در طلیعه قرن ۲۱، روش‌های جدیدی برای شکل‌گیری قراردادهای الکترونیکی ابداع شده است.

ایده بنیادی قراردادهای هوشمند در سال ۱۹۹۶ به‌منظور خودکارسازی اجرای تعهدات توسط رایانه و ارتباط آن با وقایع خارجی به کمک اینترنت اشیاء که عمدتاً حسگرهای الکترونیکی یا ابزارهای دیجیتالی است، توسط نیک سابو مطرح شد. وی قرارداد هوشمند را یک پروتکل مبادلات کامپیوتری شده که مفاد قرارداد را اجرا می‌کند، تعریف کرد (Maynard, 2019:5). طرح قراردادهای هوشمند از دستگاه‌های خودکار فروش کالا^۲ الهام گرفته شده است با این تفاوت که در این قراردادها مداخلات انسانی حذف شده و از جانب طرفین، دستگاه رایانه عمل می‌کند. شاید این پرسش مطرح شود که قراردادهای الکترونیکی رایج با قراردادهای هوشمند چه تفاوتی دارند؟ پاسخ اجمالی به این پرسش این است که قراردادهای الکترونیکی برپایه عقود متنی استوار هستند و داده پیام‌های ارسالی از سوی طرفین با ابزار الکترونیکی مبادله می‌شود ولی قرارداد هوشمند در حوزه دیجیتال عمل می‌کند یعنی توافقات طرفین در قالب برنامه رایانه‌ای با منطبق «اگر-آنگاه» طراحی و اجرا می‌شود و بررسی مفاد قرارداد به وسیله اینترنت اشیاء موسوم به اوراکل که به برنامه قرارداد هوشمند متصل است، صورت می‌پذیرد. به بیان ساده قرارداد هوشمند، استوار بر

۲. Vending machine.

۱. به نظر دانشمند فرانسوی قرارداد، آینده‌ای پیش‌بینی شده است که تعهد در آن برگشت‌ناپذیر است (Ansel, 2018:15).



می‌باشد، لذا موضوعات فوق با بررسی تحول اخیر قانون مدنی فرانسه و برخی از نوآوری‌های آن، در پژوهش حاضر تجزیه و تحلیل شده است. از این رو ابتدا مختصری از مبانی و ماهیت قراردادهای هوشمند و نحوه عملکرد آن‌ها و تفاوت قرارداد هوشمند با عقود سنتی و الکترونیکی رایج تشریح می‌شود و در ادامه ضوابط حقوقی طراحی قراردادهای هوشمند به صورت تطبیقی مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.

۲ مبانی و ماهیت قرارداد هوشمند

در مورد قراردادهای هوشمند تعاریف متعددی توسط محققین ارائه شده است لیکن تاکنون تعریف حقوقی واحد و مشترکی از این قراردادها بیان نشده است (Madir, 2018: 2). به عنوان نمونه در ایالت آریزونا چنین تعریف شده که «قرارداد هوشمند برنامه‌ای مبتنی بر رویداد است که بر روی پایگاه داده توزیع شده مشترک غیرمتمرکز اجرا می‌شود و می‌تواند عملیات انتقال دارایی را به آن دستور دهد» (Dell'Erba, 2018: 31). تعریف مذکور بیشتر بیانگر یک نهاد رایانه‌ای از قراردادهای هوشمند است اما دانشمندان علم حقوق در اقصی نقاط جهان تلاش‌هایی در راستای تعریف و بررسی جایگاه این‌گونه قراردادها داشته‌اند. گروهی معتقدند قراردادهای هوشمند مانند سایر قراردادهای موجود در عرصه تجارت الکترونیکی، با اعمال تغییرات اندک قابلیت انطباق با چارچوب حقوقی فعلی را دارند (Madir, 2018:18). در دیدگاهی مخالف گروهی از دانشمندان معتقدند بلاک‌چین یک فناوری مخرب و حباب تکنولوژیکی^۳ است (Schulpen, 2018:5) و در نتیجه ترکیب آن با قراردادهای هوشمند را نمی‌توان در رسته قراردادها به معنای آنچه که در

بعدی خود تعریف جدیدی از قراردادهای هوشمند که با فناوری بلاک‌چین ترکیب شده است، را ارائه نمود و چنین بیان کرد که «قرارداد هوشمند توافقی بین طرف‌های وارد در معامله است که هر یک از طرفین را مسئول وظیفه خود می‌داند. این نوع قرارداد ضمن جلوگیری از مداخلات و واسطه‌های انسانی، به تبادل پول، دارایی یا هر چیز با ارزشی به شکل شفاف و بدون بروز اختلاف کمک می‌کند. استفاده از فناوری بلاک‌چین در قراردادهای هوشمند موجب غیرقابل دستکاری، ایمن‌سازی و شفافیت آن‌ها می‌گردد. در واقع قرارداد هوشمند برنامه رایانه‌ای است که منابع اطلاعاتی را به معاملات انجام شده در بلاک‌چین اضافه می‌کند». به عقیده وی قراردادهای هوشمند که به صورت برنامه رایانه‌ای به فرم دیجیتالی طراحی می‌شوند، از نسل قدیمی خود که قراردادهای کاغذی می‌باشند، هوشمندتر هستند اما این گزاره به معنای استفاده ضمنی از هوش مصنوعی^۲ در این‌گونه قراردادها نیست (Riccardo, 2019: 735). امروزه محققین معتقدند قرارداد هوشمند اغلب، اما نه لزوماً، بر روی بلاک‌چین ذخیره می‌شود (Janssen, 2018:6).

به عقیده برخی از حقوق‌دانان، قرارداد هوشمند نرم‌افزاری است که تعهدات قراردادی را اجرا می‌کند ولی برخی دیگر معتقداند علاوه بر اجرای تعهدات، قراردادهای هوشمند در مرحله ایجاب و قبول و تشکیل عقد نیز از جانب طرفین دخالت دارند. حال این پرسش‌ها مطرح است که تئوری نمایندگی الکترونیکی در مورد قرارداد هوشمند به منظور ایجاد تعهدات برای طرفین، دارای چه تحلیل حقوقی است؟ همچنین علاوه بر شرایط اساسی صحت معاملات نظیر شرایط چهارگانه مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران، چه شرایط حقوقی دیگری در طراحی این نوع قراردادها می‌بایست اعمال شود؟ از آنجا که تبدیل کلیه مفاد قرارداد از زبان طبیعی انسان به کد رایانه‌ای دشوار و در مواردی ناممکن

3. Technological Bubble

1. Smarter

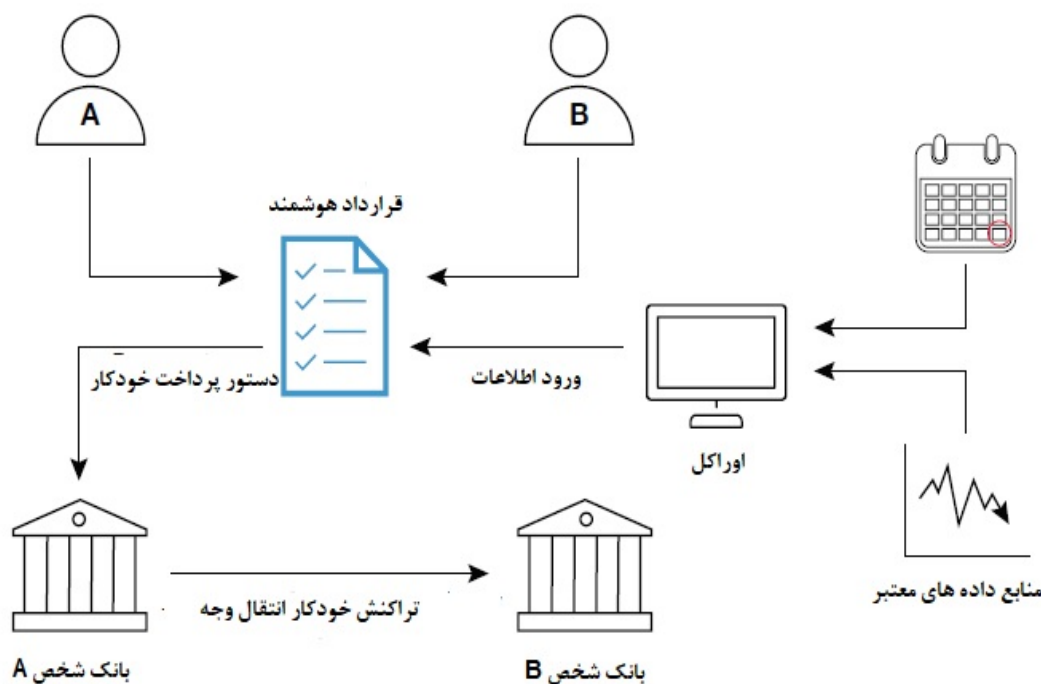
2. Artificial intelligence

طراحی شده و کوچکترین واحد حافظه رایانه به نام بیت^۲ فقط می‌تواند دارای مقدار صفر یا یک باشد؛ از این رو الگوریتم‌های ساخت برنامه‌های رایانه‌ای، از همین مبنا پیروی می‌کنند. بدین‌گونه که اگر شرطی که در برنامه ذکر شده است دارای پاسخ «بله» باشد، آنگاه اقدام بعدی صورت می‌گیرد و اگر پاسخ «خیر» باشد، برنامه‌نویس اقدام دیگری را پیش‌بینی می‌کند (Gilcrest, 2018:2). حال چنانچه شروط قراردادی را به شکل گزاره‌هایی با پاسخ بله یا خیر طبقه‌بندی کنیم به‌سادگی می‌توان به الگوریتم پایه ساخت قرارداد هوشمند دست یافت. شکل ۱ نموداری از ساختار قرارداد هوشمند را نمایش می‌دهد. در این طرح، اوراکل نقش پایگاه داده خارجی جهت بررسی و تأیید مفاد قرارداد هوشمند را دارد.

ترمینولوژی علم حقوق بیان شده است، جای داد (Janssen, 2021: 198).

شاید یکی از دلایل اختلاف نظر بین دانشمندان پس از گذشت دو دهه از طرح ایده قراردادهای هوشمند، عدم آشنایی با ماهیت این نهاد جدید است. مبنای نظری ایده قراردادهای هوشمند، پاسخ به مشکل مهم عهدشکنی در قراردادهای رایج است. راه طولانی و دشوار رسیدگی قضایی، تفسیر صحیح مفاد قرارداد، تشخیص حق، صدور حکم و در نهایت اجرای آن، با بهره‌گیری از هوش ارتباطی و اتوماسیون قرارداد، حذف یا بسیار کوتاه می‌شود. گویی مفاد قرارداد به مثابه اجراییه صادره از محاکم قضایی قابلیت اجرا دارد (Sadiku, 2018: 540).

از آنجا که برنامه‌های رایانه‌ای و اساساً نحوه عملکرد رایانه‌ها بر مبنای منطق ریاضی جبر بولین^۱



شکل ۱ طرح شماتیک قرارداد هوشمند (Madir, 2018: 5)

^۲. bit

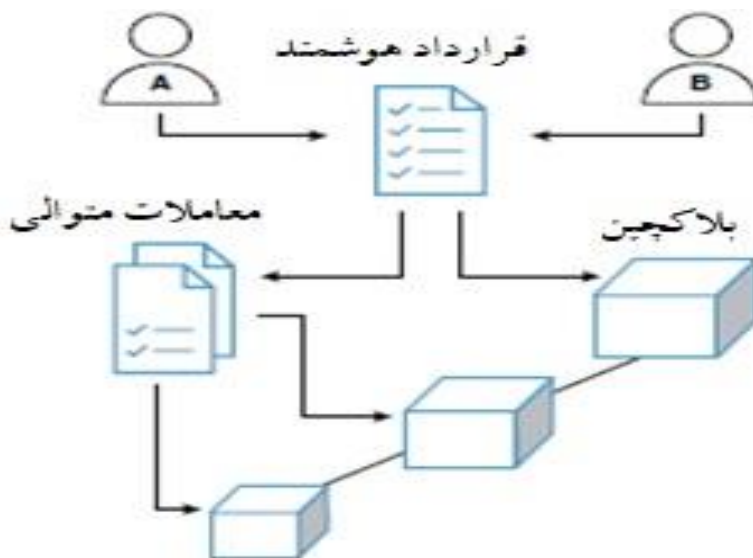
^۱. Boolean.

پیوسته از بلوک‌های متوالی داده‌ها یا اطلاعات است به دست می‌آید. برای توضیح بیشتر رابطه بین قرارداد هوشمند و پایگاه داده توزیع شده می‌بایست این نکته را متذکر شد که بلاک‌چین برخلاف اوراکل، پایگاه داده داخلی محسوب می‌شود یعنی مطابق شکل ۲، محصول تراکنش‌ها بین طرفین قرارداد به صورت بلوک‌های مجزا و پی در پی در یک پایگاه داده مشترک بین تمامی اعضا ثبت و ضبط می‌گردد (Benzler, 2018:8).

برای درک دقیق‌تر ماهیت حقوقی بلاک‌چین می‌توان به ماده ۱۲۹۹ قانون مدنی توجه کرد. بدین نحو که وقتی محتویات دفتر تجاری تاجر در مورد موضوع معامله، در بستر بلاک‌چین بین رایانه‌های تمامی طرفین قرارداد هوشمند توزیع شود و سوابق معاملات مشترک بین آن‌ها، قابلیت مشاهده داشته باشد، مخدوش کردن یا تغییر ترتیب صفحات دفتر یا حذف و اضافه اوراق جدید امکان‌پذیر نیست و این ویژگی مفید بلاک‌چین است که با طراحی بلاک‌چین خصوصی بین طرفین قرارداد هوشمند قابل دستیابی است. هرچند نباید از خطر حمله سایبری در محیط اینترنت غافل شد.

همان‌گونه که در شکل فوق ملاحظه می‌شود، آنچه که قرارداد هوشمند را از یک برنامه رایانه‌ای ساده متمایز می‌کند استفاده از ابزارهای ارتباطی عمدتاً الکترونیکی مشهور به اینترنت اشیاء معتبر به منظور بررسی تحقق مفاد قرارداد است. نمونه‌ای از برخی از اطلاعات نیز از پایگاه‌های داده نظیر سایت‌های معتبر قابل استخراج است که به مجموع عوامل ارتباطی مذکور - که نقش مهمی در عملکرد صحیح قرارداد هوشمند ایفا می‌کند- اوراکل گفته می‌شود. این همان وصف هوشمندی این‌گونه قراردادها است. برای نمونه در قرارداد گروهی بیمه باگذاران، چنانچه دمای هوا به مدت ۳ روز متوالی در فروردین ماه زیر صفر درجه باشد، ورود خسارت به درختان محرز بوده و توسط برنامه قرارداد هوشمند، قابل پرداخت است.

حال اگر اطلاعات تراکنش‌ها بین طرفین در پایگاه داده‌ای داخلی و غیرقابل تغییر ثبت شود مشکل عدم اعتماد بین طرفین ناشناس در محیط اینترنت نیز حل می‌شود و فایده مهم دیگر آن، حذف واسطه‌های اعتمادساز نظیر دلال و حق‌العمل‌کار و در مواردی حتی خدمات بانکی نظیر اعتبار اسنادی است. این ویژگی‌ها به کمک بلاک‌چین که زنجیره‌ای



شکل ۲ رابطه قرارداد هوشمند و بلاک‌چین (Benzler, 2018: 8)

۲،۱ تفاوت قراردادهای هوشمند با قراردادهای سنتی(کاغذی)

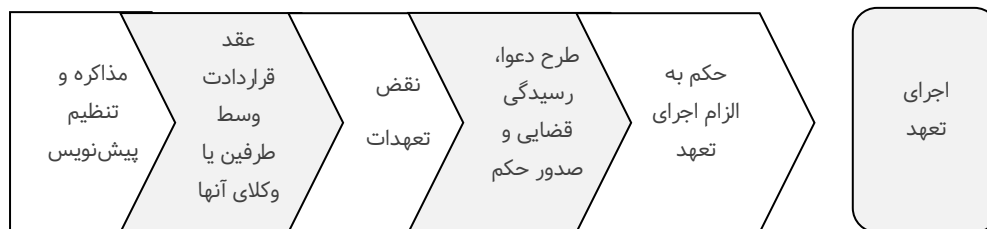
با توصیف مذکور در بخش قبلی، دو تفاوت حقوقی اساسی، قراردادهای هوشمند که آن‌ها را از قراردادهای سنتی متمایز می‌کند عبارت اند از:

الف- قابلیت خوداجرایی: برخلاف قراردادهای سنتی، اجرای قرارداد هوشمند از مداخله طرفین مستقل است و این قراردادها حداقل تا حدودی قادر به خوداجرایی هستند.

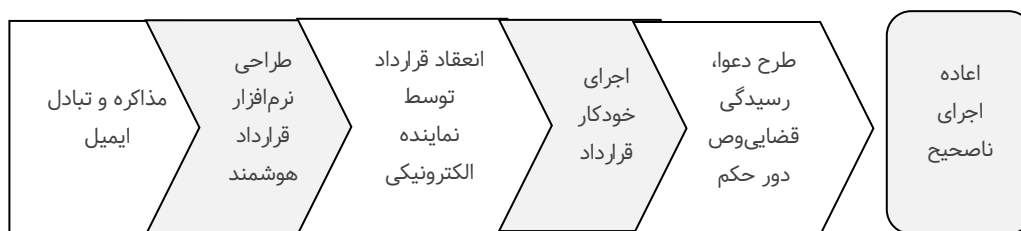
ب- دگرگونی در مراحل رسیدگی قضایی: در حالی که قراردادهای سنتی در وضعیت عدم اجرای تعهد به مداخله قوای قضایی نیازمند هستند، قراردادهای هوشمند به صورت خودکار اجرا می‌شوند و در صورت بروز مشکل، مداخله قوای قضایی همچنان امکان‌پذیر است هرچند دعاوی به خواسته الزام به انجام تعهدات در صورت اجرای ناقص یا اشتباه مفاد قرارداد نظیر ارسال اشتباه فایل برنامه رایانه‌ای خریداری شده، توسط سامانه قرارداد هوشمند همچنان محتمل است ولی با توجه به قابلیت ثبت سوابق تراکنش‌ها در بلاک‌چین و عدم امکان حذف بلوک‌های قبلی و به جهت تقدم اجرای خودکار مفاد قرارداد، نوع دعاوی در این‌گونه قراردادها به خواسته اعاده اجرای ناقص یا غلط قرارداد تغییر می‌یابد (werbach,2017: 376)(شکل ۳). در صورت طراحی

دقیق و صحیح قرارداد هوشمند و عملکرد صحیح اورکل‌ها، تعداد دعاوی در این زمینه بسیار اندک شده و زمینه کمتری برای بروز اختلاف و مراجعه به محاکم قضایی فراهم خواهد شد. برای توضیح بیشتر مسأله به عنوان نمونه بر اساس ماده ۳۹ قانون تجارت الکترونیکی ایران: «در صورتی که تأمین‌کننده در حین معامله به دلیل عدم موجودی کالا یا عدم امکان اجرای خدمات نتواند تعهدات خود را انجام دهد، باید مبلغ دریافتی را فوراً به مخاطب برگرداند...». حال چنانچه فروش کالا و خدمات در قالب یک قرارداد هوشمند تنظیم شود تا زمانی که کالا توسط تأمین‌کننده به خریدار تحویل نشود، ثمن معامله (مثلاً ارز مجازی) به حساب وی منتقل نمی‌شود بنابراین راه پر پیچ و خم دعوی استرداد مبلغ پرداخت شده پیش روی خریدار گذاشته نمی‌شود.

نکته مهم این است که برخی تعهدات ناشی از برنامه رایانه‌ای از نظر حقوقی قابلیت اجرا ندارند ولی در چارچوب قرارداد هوشمند قابل اجرا هستند. به طور مثال تعهدات ناشی از بازی‌ها در صورت شمول شرایط قمار را می‌توان نام برد (Meyer, 2020:5) که در شریعت اسلام حرام و از نظر حقوق ایران باطل و غیرقابل اجرا است و در محاکم قابلیت استماع ندارد.



قرارداد سنتی مبتنی بر متن (کاغذ)



قرارداد هوشمند مبتنی بر بلاک‌چین

شکل ۳ تفاوت روند رسیدگی به اختلافات در قراردادهای سنتی و هوشمند

۲،۲ تفاوت قراردادهای هوشمند با

قراردادهای الکترونیکی (نسل رایج)

همان‌گونه که می‌دانیم، قرارداد الکترونیکی به کمک رابط‌های الکترونیکی نظیر ایمیل و فکس تشکیل می‌شود (رضایی، ۱۳۸۷: ۲۹). به بیان دیگر «قرارداد الکترونیکی به هر فعالیتی تجاری گفته می‌شود که در آن از رایانه و فناوری دیجیتالی استفاده می‌شود» (شیروی، ۱۳۸۹: ۴۰۱). دانستیم که قرارداد هوشمند برنامه‌ای رایانه‌ای (نرم‌افزار) است و اجرای برخی از تعهدات قانونی را که در جای دیگری ایجاد شده کنترل، نظارت و یا مستندسازی می‌کند (Rühl،

2020:2). لذا قراردادهای هوشمند که قابلیت ایجاب و قبول و تعیین میزان تعهدات طرفین در محیط اینترنت را ارائه می‌دهند نیز می‌توانند در رسته قراردادهای الکترونیکی به معنای حقوقی آن طبقه‌بندی گردند^۱ (ناصر و صادقی، ۱۳۹۸: ۲۶۶). زیرا ارسال داده پیام همانگونه که در قانون تجارت الکترونیکی تعریف شده است نوعی ابزار بیان متعاملین در تشکیل عقد محسوب می‌شود. با وجود این تفاوت‌هایی بین قراردادهای هوشمند و قراردادهای الکترونیکی به واسطه بهره‌مندی از مزایای بلاک‌چین وجود دارد (جدول ۱).

^۱ این دیدگاه در فقه اسلامی و مواد ۱۹۲ و ۱۹۳ قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است. در این رابطه مرحوم شیخ انصاری در خصوص نحوه اجرای صیغه عقد بیع چنین

می‌فرماید که ایجاب و قبول می‌تواند با لفظ بیان شود یا این عمل با اشاره و همچنین با نوشتن امکان‌پذیر است (عباسی، ۱۳۹۳، جلد ۹: ۲۱۴).

جدول ۱ تفاوت‌های قرارداد هوشمند و قراردادهای الکترونیکی رایج (دهقانی تفتی و دیگران، ۱۴۰۱: ۲۰۹)

قرارداد الکترونیکی	قرارداد هوشمند
الگوی ارتباطی طرفین	الگوی توزیع شده نامتمرکز
نوع توافق	متنی و آنالوگ با ارسال الکترونیکی
ارتباط بین کاربران	ارتباط مستقیم با ایمیل و دورنگار
تأیید تحقق شروط توافق	توسط اینترنت اشیاء-اوراکل-هوش مصنوعی
نحوه اجرای تعهدات (پرداخت‌ها)	توسط برنامه با قابلیت خوداجرایی
امکان نقض تعهد	امکان ندارد
امکان دستکاری سوابق تراکنشها	وجود ندارد
نیاز به واسطه بانکی و LC	نیازمند است
قابلیت محرمانگی	کم
شناسایی و آشنایی کاربران با هم	غیرالزامی

با وصف فوق، قرارداد هوشمندی که تعهد طرفین را به روشی صحیح تعریف می‌کند (با استفاده از قرارداد سنتی مبتنی بر کاغذ که بر روی پایگاه داده توزیع شده و رمزنگاری شده، ثبت می‌شود یا به طور مستقیم بر روی پایگاه داده توزیع شده، بدون هرگونه سند کاغذی تنظیم شود) از نظر حقوق فرانسه الزام‌آور محسوب می‌گردد. از آنجا که معاملات در سیستم بلاک‌چین می‌تواند بدون نیاز به تأیید شخص ثالث و با نام مستعار طرفین انجام پذیرد، بعدها در زمانی که هویت طرفین آشکار می‌شود ممکن است با توسل به ایراد عدم وجود اهلیت، ابطال قرارداد از دادگاه درخواست شود. بنابراین بعید نیست در زمان انعقاد قرارداد هوشمند به منظور حصول اطمینان از اهلیت قانونی طرفین در ایجاد رابطه معتبر قانونی، الزام به شناسایی هویت افراد مورد تاکید قرارگیرد. این الزام به طور مشابه در قانون مدنی ایران و اکثر کشورها به چشم می‌خورد که از چالش‌های مهم در اعتبار قراردادهای هوشمند است.

۲٫۳ قرارداد هوشمند و تحولات حقوق فرانسه

در اثر فشارهای بین‌المللی^۱، رکود اقتصادی و همچنین عضویت فرانسه در اتحادیه اروپا و لزوم تبعیت قوانین ملی از دستورالعمل‌های این اتحادیه، قانون مدنی فرانسه با قدمت حدود دو قرن -که از افتخارات ملی این کشور بود- ناگزیر دستخوش تحول گردید. در جریان اصلاح قانون مدنی فرانسه - که در سال ۲۰۱۶ به پایان رسید- مقررات مربوط به قراردادهای الکترونیکی در بخش تعهدات قراردادی اضافه شد. ماده ۱۳۶۵ این قانون مقرر می‌دارد که: «نوشتن شامل یک سری حروف، نشانه‌ها، اعداد یا هر علامت دیگر یا نمادهای با معنی و قابل فهم، توسط هر رسانه‌ای که باشد (...). همچنین مطابق ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی جدید فرانسه، تشکیل یک قرارداد معتبر نیازمند سه شرط است. اولاً، وجود قصد مشترک طرفین. ثانیاً، دارا بودن اهلیت طرفین. ثالثاً، محتوای قانونی و معین توافق^۲.

۲. این ماده جایگزین ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی قدیم فرانسه شده که در آن شرط چهارم یعنی علت و جهت معامله حذف شده است.

۱. فشارهای بین‌المللی در خصوص ناکارآمدی قانون مدنی فرانسه به دو دلیل بود: ۱- دخالت و تاثیر زیاد تصمیم دادگاههای این کشور در مورد قراردادهای خصوصی با توسل به مفهوم سبب و جهت در تئوری ذهنی. ۲- عدم پاسخگویی در برابر قراردادهای الکترونیکی.



۳ ضوابط حقوقی طراحی قراردادهای هوشمند

اگر قرارداد هوشمند به صورت کد (برنامه رایانه‌ای) به درستی طراحی شود، قابلیت خوداجرای آن، نیاز اعتماد به طرف مقابل را برطرف می‌سازد (De Graaf, 2019: 429). در تحقیقات انجام شده برخی از نویسندگان در مورد شرایط اساسی عقد (ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران) نظیر قصد متعاملین در قراردادهای هوشمند (رشوند و ناصر، ۱۳۹۸: ۲۷۱) و احراز اهلیت متعاملین (مافی و ناصر، ۱۴۰۰: ۲۷۹) به تفصیل دست به قلم شده‌اند ولی بعضی از شرایط طراحی قراردادهای هوشمند که قابل انطباق با ضوابط قراردادهای الکترونیکی است و در قانون مدنی جدید فرانسه، قانون‌گذار الزاماتی برای آن‌ها فراهم نموده را، نباید نادیده گرفت لذا در ادامه ضمن پرهیز از تکرار پژوهش‌های پیشین، به سایر الزامات حقوقی خواهیم پرداخت.

۳/۱ اختیار عملکرد (تحلیل تئوری نمایندگی الکترونیکی و قاعده استیمار)

برخی محققین معتقدند قرارداد هوشمند این امکان را فراهم می‌کند تا قراردادهای بدون دخالت مستقیم انسان توسط عوامل الکترونیکی منعقد شوند (Savelyev, 2017:123). امروزه با توسعه فناوری اینترنت اشیا و اتصال دستگاه‌ها به یکدیگر از طریق شبکه جهانی وب تحقق این امر دور از ذهن نیست. برای مثال می‌توان تصور کرد یک یخچال فروشگاه‌ای در صورت فروش مقادیری کالای موجود در آن به طور خودکار ثبت سفارش داده و پس از استقرار اجناس در آن به صورت خودکار ثمن معامله به تامین‌کننده کالا پرداخت گردد (Meyer, 2020:4). با اعمال تغییرات اخیر قانون مدنی فرانسه، استفاده

از یک نماینده یا نوع دیگری از نیابت برای برقراری روابط قراردادی و مشابه قانون قراردادهای در اتحادیه اروپا همچنان مجاز می‌باشد. حقوق فرانسه مفهوم نمایندگی را جایگزینی فردی با فرد دیگر در نظر می‌گیرد. در این نظام حقوقی به عنوان یک اصل کلی حقوق مدنی از آنجا که نماینده، عمل را از جانب خودش انجام نمی‌دهد، لازم نیست که اهلیت کامل قانونی داشته باشد (Obelliane, 2009: 223). با این حال مسأله بحث برانگیز آن است که بر اساس تئوری ذهنی که از دیرباز در حقوق فرانسه دارای جایگاه ویژه‌ای است، خواسته طرفین با ذهن درونی آن‌ها منطبق است و تجلی بیرونی آن، تنها زمانی که با خواسته درونی آن‌ها انطباق داشته باشد، دارای اعتبار است. به هر حال، مشکل این است که در نمایندگی الکترونیکی مانند نرم‌افزارهای قرارداد هوشمند، نسبت دادن به یک وضعیت ذهنی، کار ساده‌ای نیست. علاوه بر این مشکل دیگر از نظر عنصر «رضایت» در قرارداد ناشی از تئوری ذهنی این است که در حقوق فرانسه یک طرف قرارداد، تنها زمانی ملزم به رعایت مفاد توافق می‌شود که او فرصت لازم برای بررسی آن‌ها را داشته باشد. ولی در شرایطی که دو یا چند نماینده الکترونیکی، قرارداد را منعقد می‌کنند نمی‌توان از فرصت بررسی مناسب صحبت کرد.

در حقوق ایران با توجه به ماده ۶۶۲ قانون مدنی «... وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد». همچنین در ماده ۶۸۲ این قانون «محجوریت موکل موجب بطلان وکالت می‌شود مگر در اموری که حجر مانع توکیل در آن‌ها نمی‌باشد و همچنین است محجوریت وکیل مگر در اموری که حجر مانع از اقدام در آن نباشد». به نظر می‌رسد حقوق ایران نیز از مفهوم تئوری ذهنی نمایندگی پیروی می‌کند و با حقوق مدنی فرانسه مشابه است. هرچند در نظام حقوقی ایران وکیل

شده است- ولی قراردادهای هوشمند در این رابطه عملکرد بهتری دارند به این نحو که تا زمان تحویل کالا به خریدار، ثمن به حساب فروشنده واریز نمی‌شود.

۱. به نظر می‌رسد مشکل نقض اجرای تعهدات در قراردادهای الکترونیکی بیشتر از قراردادهای کاغذی رایج است - که در ماده ۳۹ قانون تجارت الکترونیکی ایران ضمانت اجرای آن تعیین

۱۳۹۳، ج ۹: ۱۸۲) اما برخی دیگر معتقدند فقط مشاور باید مصلحت را در معامله در نظر بگیرد ولی عمل به قول او لازم نمی‌باشد. مشاور چه معامله را امضاء یا فسخ کند، لازم نیست از کلام او تبعیت کرد (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶). به عقیده نویسندگان با پذیرش نظر اخیر، از آنجا که رایانه فاقد خرد و تشخیص صرفه و صلاح اشخاص است، وضعیت نمایندگی الکترونیکی در قرارداد هوشمند، مشابه امر مشورت و استیمار می‌باشد و در طراحی قرارداد هوشمند اختیار انعقاد قرارداد و یا فسخ آن را باید به خود طرفین داد. البته برای دفع غرر، فرصت مناسب و محدودی برای اعلام رد یا قبولی عقد باید لحاظ شود.

۳،۲ زبان طبیعی تا زبان ماشین (کد نویسی)

در قراردادهای هوشمند حسب نوع زبان به کار رفته، طیف وسیعی از آن‌ها قابل طراحی هستند. به گونه‌ای که هرچه نرم‌افزار به زبان طبیعی انسان^۱ نزدیک‌تر باشد، قرارداد برای عموم مخاطبان قابل فهم‌تر و به نوع قراردادهای الکترونیکی رایج نزدیک می‌شود و در مقابل چنانچه برنامه رایانه‌ای به زبان ماشین نزدیک شود، فهم آن برای عموم مردم سخت‌تر می‌شود. البته باید خاطر نشان نمود برای بهره‌برداری حداکثری از خاصیت خوداجرایی قراردادهای هوشمند حتی‌الامکان باید زبان قرارداد به زبان ماشین و منطق شرطی «اگر- آنگاه» نزدیک باشد تا کنترل شرایط قرارداد توسط رایانه امکان‌پذیر گردد. یکی از الزامات قانون مدنی جدید فرانسه -که در ماده ۱۳۶۶ در باب ادله اثبات بیان شده است- چنین مقرر می‌دارد: «نوشتۀ الکترونیکی دارای همان قدرت اثباتی است که نوشتۀ کاغذی دارد به شرط آنکه بتوان شخصی که آن را صادر کرده است به درستی شناسایی نمود و این سند در شرایطی ایجاد و نگهداری شود که تمامیت آن محفوظ بماند».

هم باید دارای اهلیت کاملاً منطبق با اهلیت موکل باشد و اهلیت ناقص نافذ نیست. پس با این توصیف در نظام حقوقی ایران نمی‌توان رایانه را به عنوان نماینده الکترونیکی اشخاص در انعقاد قراردادهای هوشمند پذیرفت و در نتیجه، عملکرد مستقل این‌گونه قراردادها را دارای اعتبار دانست. راه‌حل متصور در تئوری نمایندگی عینی در این وضعیت می‌تواند راهگشای حل مساله باشد که اساساً آنچه را که برنامه رایانه‌ای انجام می‌دهد را خود فرد با علم و آگاهی انتخاب کرده است. گویی اصلاً نماینده الکترونیکی مطرح نیست. هرچند برخی از محققین معتقدند می‌توان قرارداد هوشمند را مانند شخصیت حقوقی مستقل تصور نمود (شریفی و بیرمی، ۱۳۹۷: ۴۶) که در این وضعیت نیز ایرادات مربوط به مسئولیت مدنی ناشی از عملکرد ناصحیح قرارداد هوشمند و انتساب تقصیر به این نهاد مجازی مطرح است. بنابراین در یک جمع‌بندی کلی نظریه نمایندگی الکترونیکی هم بر اساس تئوری ذهنی (حقوق ایران و فرانسه) و هم بر اساس تئوری عینی-که در حقوق کامن‌لا مطرح است- توجیه پذیر نیست.

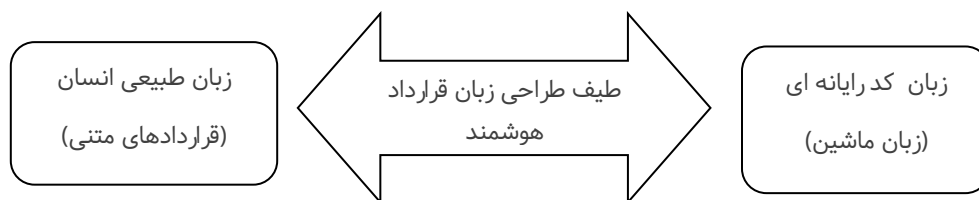
در پاسخ به مسأله می‌توان موضوع استفاده از نرم‌افزار رایانه‌ای را از باب قاعده استیمار در فقه اسلامی که در موضوع خیار شرط مطرح است توجیه نمود. یعنی اگر کسی معامله‌ای را انجام دهد ولی مشروط بر اینکه از فرد ثالثی سؤال و طلب امر کند به این‌گونه که اگر گفت فسخ کن و یا معامله را امضاء کن همان را انجام دهد. این معامله و شرط صحیح است. در اینجا می‌توان، نمایندگی الکترونیکی -که به اینترنت اشیاء و پایگاه‌های اطلاعات روز (نظیر سایت‌های نرخ بورس و ...) متصل است- را در نقش فرد ثالث که از وی طلب امر می‌شود (مشاور) در نظر گرفت. باید دانست به عقیده برخی از فقها، نظر مشاور در قبول یا رد معامله برای مشورت‌گیرنده الزامی است. (انصاری،

الکترونیکی الزامی است که اجرای این ضابطه در قراردادهای هوشمند کار دشواری است.

۱. ماده ۱۱۲۷-۱ قانون مدنی جدید فرانسه الزام می‌دارد، استفاده از زبان طبیعی مانند فرانسوی در قراردادهای

ضبط گردد. به نظر می‌رسد بکارگیری بلاک‌چین در قراردادهای هوشمند به عنوان پایگاه داده‌های متصل به قرارداد هوشمند که خاصیت تغییرناپذیری را دارند این الزام قانونی را فراهم می‌نماید.

بنابراین در نرم‌افزار قرارداد هوشمند علاوه بر اهمیت صحت کدنویسی و طراحی نرم‌افزار، داده‌های ارسالی از سوی طرفین نیز می‌بایست به صورت دقیق از سوی منبع صادرکننده در فضای مناسبی ثبت و



شکل ۴ طیف زبان قرارداد هوشمند

نظر گرفتن ماهیت خدمت مورد تعهد، عرف و میزان عوض تعیین شده برای آن باشد». هرچند امروزه تلاش‌هایی در راستای توانمندسازی هوش مصنوعی با استفاده از منطق فازی^۲ صورت گرفته است لیکن هنوز این علوم نوپا بوده و راه درازی تا تکامل آنها باقی است.

مطلب دیگر اینکه از نظر حقوقی برخی از شروط قراردادی یا خودشان باطل هستند و یا موجب تسری بطلان به اصل قرارداد می‌شوند (مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی). برخی از محققین ایرانی جهت معامله را علت غایی عقد تعریف کرده‌اند که «امری است ذهنی و شخصی که تابع امیال اشخاص است، هم در زندگی قضایی و هم در بیرون آن» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۵۴). به عقیده ایشان نه تنها شرط دارای جهت نامشروع، فاسد است بلکه جهت نامشروع شرط، ظاهراً موجب نامشروع شدن جهت عقد و در نتیجه فساد خود عقد می‌شود^۳.

در ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی جدید فرانسه برای قراردادهای الکترونیکی شرط تنظیم نسخه پشتیبان متنی الزامی است ولی برای افراد حرفه‌ای (تجار) رعایت این شرط الزامی نیست. به نظر می‌رسد تقنین ضابطه مشابه ماده فوق در قانون تجارت الکترونیکی ایران جهت بهرمندی از قراردادهای هوشمند در راستای حمایت از حقوق عموم افراد غیرحرفه‌ای لازم است.

برخی از مفاد قرارداد امکان تبدیل به زبان ماشین را ندارند اغلب این موارد مربوط به شرایط ذهنی و شخصی انسان است. به طور مثال شرط رضا و حسن‌نیت^۱ از عوامل درونی انسان است که قابل تبدیل به زبان ماشین نیست یا شرایط کیفی اجرای قراردادهای خدماتی نیز قابلیت تبدیل به کد رایانه‌ای را ندارد. برای نمونه وفق ماده ۱۱۶۶ قانون مدنی جدید فرانسه: «در صورتی که کیفیت و نحوه ارائه خدمت در قرارداد خدماتی، تعیین نشده یا قابل تعیین نباشد، متعهد باید خدمتی را ارائه دهد که مطابق با انتظارات مشروع و قانونی طرفین با در

۱. نادقیق حل کند که بدست آوردن مجموعه‌ای از نتایج دقیق را ممکن می‌سازد.

۲. برخلاف نظر ایشان، برخی معتقدند که حتی باوجود تصریح به جهت نامشروع شرط، شرط باطل نیست گرچه مشروط له نمی‌تواند از شرط غیرقانونی بهره ببرد و اجرای آن را بخواهد (شهیدی، ۱۳۹۴: ۹۳).

۱. در ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی جدید فرانسه حسن نیت از الزامات تمام مراحل قرارداد شناخته شده است. این ماده چنین مقرر می‌دارد که «قراردادها باید با حسن نیت مذاکره، تشکیل و اجرا شود».

۲. امروزه منطق ریاضی فازی برخلاف جبر صفر و یک (بولین) تلاش می‌کند تا مسائل را با طیف باز و با استفاده از داده‌های

۳،۳ نحوه بیان شروط در قراردادهای هوشمند

همان‌گونه که اشاره شد، اصطلاح قرارداد هوشمند اغلب به معنای هر ویژگی قابل محاسبه با رایانه از معاملات بین طرفین قرارداد، اطلاق می‌شود. برخلاف آنچه که برخی منتقدان بیان می‌کنند که قراردادهای هوشمند به معنای حقوقی، نه هوشمند هستند و نه اساساً قرارداد، بلکه برعکس آنها قراردادهای هوشمندی می‌باشند که به صورت قانونی الزام‌آورند چون کد(برنامه رایانه‌ای) و رمزنگاری آن، بیان‌کننده اعتبار توافق قراردادی بین طرفین است(Woebbekin, 2019:109). در نتیجه قرارداد هوشمند، یک برنامه رایانه‌ای دارای آثار حقوقی می‌باشد که هم عملیات خاصی را انجام می‌دهد و هم با اجرای چنین عملیاتی بیانگر قصد به وجود آوردن نتایج حقوقی(حق و تکلیف) است که از پیش توسط چنین عملیاتی مفروض می‌باشد(Governatori, 2018:8, 7).

توجه به این نکته حائز اهمیت است که تفاوت‌های مهمی بین محتوای قرارداد هوشمند با محتوای یک قرارداد متناظر آن با زبان طبیعی(قراردادهای مرسوم) وجود دارد:

الف- از یک سو قسمت‌هایی از قرارداد هوشمند ممکن است شروط هم‌معنی و معادلی در قرارداد با زبان طبیعی نداشته باشد. برای مثال برخی مفاد قرارداد هوشمند ممکن است مربوط به جزئیاتی باشد که در پیکربندی زبان طبیعی، به صورت ضمنی یا تلویحی نهفته است.

ب- از سوی دیگر ممکن است برخی شروط و عبارات در قراردادهای با زبان طبیعی موجود باشد که در قراردادهای هوشمند گنجانده نشود و خودکارسازی آنها ضروری، ممکن و حتی مطلوب نیست. به عنوان مثال، یک بند یا شرط شامل

استانداردهای نامعین نظیر بدیهیات عقلایی، ممکن است قابلیت تبدیل به کد رایانه‌ای را نداشته باشد^۱.

به طور کلی کد یا برنامه رایانه‌ای یک قرارداد هوشمند به شروط قراردادی اشاره دارد که می‌تواند به شکل گزاره منطقی^۲، تصور شود به گونه‌ای که هم پیش‌شرط و هم پیامدهای تحقق آن‌ها دقیقاً مشخص باشد. در نتیجه یک شرط قراردادی که پیامد حقوقی مشخصی در صورت تحقق وقایع خاصی را به آن متصل می‌کند به عنوان قطعه کد برنامه رایانه‌ای در قرارداد هوشمند درج می‌شود که رایانه به صورت خودکار، شرایط را بررسی و موجب ایجاد تغییراتی(پیامدهایی) می‌شود. به عنوان مثال، تعهد به انتقال مبلغ معینی پول در صورت فرا رسیدن زمانی خاص که متناسب با نتیجه و اثر قانونی است(مانند تعهدات بازپرداخت آن مبلغ پول در مواعد معین).

۳،۴ اصل آزادی اراده و اصل لزوم در قرارداد هوشمند

برخی از اصول مهم و کلیدی در حقوق تعهدات در بسیاری از نظام‌های حقوقی مشترک هستند از جمله اصل آزادی قراردادهای که بر اساس آن طرفین می‌توانند آزادانه با یکدیگر قرارداد منعقد نمایند. ولی این اصل در هر جامعه‌ای دارای درجه و حدی است(Savelyev, 2017:12). این اصل در دکترین حقوق فرانسه مورد پذیرش قرار داشته است. قانون جدید فرانسه در ماده ۱۱۰۲ به صراحت اصل آزادی قراردادهای را بیان می‌کند. این ماده بیانگر آن است که هر شخص برای انعقاد قرارداد و یا عدم انعقاد آن آزاد است، همچنین برای تعیین طرف قرارداد و محتوا و شکل آن در محدوده‌ای که توسط قانون تعیین شده آزادی عمل دارد. در ضمن، این ماده این مطلب

طرف مقابل گردد سبب بطلان آن شرط می‌شود. (Soare, 2019: 396).

². Conditional logic

^۱. وفق ماده ۸۶۹ قانون مدنی اتریش، تبدیل مفاد قرارداد به شکل کد رایانه‌ای نامفهوم که موجب تصورات غلط در ذهن



۳٫۵ مذاکره و آگاهسازی طرف مقابل

اصل مهم دیگر در حقوق قراردادهای، اصل حسن‌نیت است، هرچند این اصل در حقوق ایران به صراحت بیان نشده است (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۴۵) لیکن این موضوع در دکترین حقوق مورد توجه قرار دارد.^۲ در حقوق فرانسه با تغییرات صورت گرفته حسن‌نیت به مراحل قبل از انعقاد قرارداد نیز سرایت نموده که از نوآوری‌های این قانون است به نحوی که ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی فرانسه بیان می‌دارد که قراردادهای باید با حسن‌نیت مذاکره، تشکیل و اجرا شوند. این امر به عنوان قاعده مبتنی بر نظم عمومی^۳ مطرح شده است. در حالی که قانون مدنی سال ۱۸۰۴ صرفاً به این عبارت اکتفا کرده بود که قراردادهای باید با حسن‌نیت اجرا شوند، قانون جدید به گونه‌ای تدوین شده است که اصل حسن‌نیت را به مراحل قبل از انعقاد قرارداد، توسعه داده است.^۴

قانون تجارت الکترونیکی از آن نام برده شده ولی تعریف دقیق و ضمانت اجرایی در مورد آن بیان نشده است.
۳. برخلاف حقوق فرانسه که حسن‌نیت را از قواعد آمره متصل به نظم عمومی می‌داند در دکترین حقوق ایران مفهوم حسن‌نیت در عرف جستجو شده است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۳) و (صفایی، ۱۳۸۸: ۱۶۰). حال آنکه عرف از قواعد تکمیلی است. برخی دیگر از محققین ملاک حسن‌نیت را گفتار و رفتار صادقانه می‌دانند (کاتوزیان و عباس زاده، ۱۳۹۲: ۱۸۴). به هر حال چنانچه نتیجه عدم حسن‌نیت موجب عدم تعادل فاحش حقوق و تکالیف و ورود ضرر به طرف ضعیف‌تر قرارداد گردد (تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴: ۲۱) شرط دارای این وصف که مذاکره نشده، فاقد اعتبار است.

۴. این موضوع در حقوق انگلستان به شکل متفاوتی مطرح است و برخلاف فرانسه، هیچ وظیفه‌ی کلی برای مذاکره یا اجرای قرارداد با حسن‌نیت وجود ندارد و تا زمانیکه قرارداد منعقد نشده است، طرفین باید ریسک‌هایی را بپذیرند و این قبول ریسک از لوازم ورود به عرصه تجارت است. ولی در حقوق ایالات متحده شخصی که مذاکرات مربوط به امضای یک قرارداد را آغاز می‌کند، متعهد است که طرف دیگر را با اظهارات خلاف واقع نفریبد. این شخص می‌تواند در خصوص برخی مسائل ساکت باشد و چیزی نگوید، لیکن اگر اقدام به بیان و اظهار مطالبی برای ایجاد رغبت در طرف مقابل جهت ورود به قرارداد می‌نماید، این اظهارات نباید متقلبانه باشد. (امینی و ابراهیمی، ۱۳۹۰: ۳۱)

را اضافه می‌کند که طرفین قرارداد نمی‌توانند از الزامات قانونی بکاهند.^۱

اصل لزوم قراردادهای نیز که در ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران تقنین شده است در قانون مدنی جدید فرانسه به گونه‌ای ماهوی در ماده ۱۱۰۳ که تقریباً تکرار عینی بند اول ماده ۱۱۳۴ قدیم است، بکار رفته و بیانگر این است که مفاد قرارداد همانند قانون برای طرفین لازم‌الاتباع است. این بدین معناست که باید به قراردادهای عمل شود و قراردادهای باید مبتنی بر اصل لزوم وفای به عهد باشند. پس هر فرد باید به تعهداتی که داده است عمل کند. قراردادهای هوشمند در راستای الزام‌آوری تعهدات، اجرای مفاد قرارداد را با جلوگیری از دخالت طرفین یا اشخاص ثالث به ویژه زمانی که در پایگاه داده توزیع شده ثبت و ضبط می‌شود، تضمین می‌کند.

۱. توضیح این که در تطبیق با نظام حقوقی کامن‌لا به طور مثال در حقوق انگلیس، اصل آزادی قراردادهای دارای محدودیت کمتری است. طرفین قرارداد تجاری آن طور که پیش‌نویس قانون مدنی فرانسه مدنظر داشته‌اند، همیشه شرکت‌های تجاری بزرگ نیستند که به‌طور معمول اختلافات خود را از طریق نظام حقوقی انگلیس برطرف کنند. منازعان در دادگاه‌های عالی انگلستان غالباً سازمان‌هایی هستند با وسعت بسیار زیاد و تأثیر جغرافیایی گسترده که آنها در حفظ منافع خود و تعادل تجاری، برابری فرصت‌ها و توافقاتشان، متخصص هستند. نظام حقوقی انگلستان به ناچار توسط این اشخاص حقوقی و تا حدودی برای حفظ منافع آنها توسعه یافته است. فردگرایی این سیستم حقوقی و تقدم اصل آزادی قراردادهای دو مسأله‌ای است که برای این اشخاص مهم می‌باشد. تصور بر این است که این دو واقعیت، در نظام حقوقی فرانسه کمتر تأثیر دارد. این مسئله با آنچه در حل و فصل اختلافات بین‌المللی برقرار است، مشابهتی ندارد. عموماً در اختلافات تجاری، طرفین درگیر متفاوتند؛ شرکت‌های کوچک و متوسط اهمیت بیشتری دارند. بسیاری از شرکت‌ها دسترسی محدود به مشاور حقوقی دارند و مهارت کافی برای بررسی و مقابله با پیامدهای ناگوار شروط زیان‌آور قراردادی را ندارند. تصور می‌شود قوانین حمایت‌کننده که از آزادی قراردادهای می‌کاهند، برای این گروه اصلی استفاده‌کننده از نظام حقوقی فرانسه، مناسب‌تر باشد لذا منافع آنها در آن است که دخالت دادگاه‌ها ادامه داشته باشد.

۲. این مفهوم از مواد ۶۶۷ و ۶۸۰ قانون مدنی و ماده ۲۳۹ قانون تجارت قابل شناسایی است (اسکینی، ۱۳۸۸: ۱۸۳) و در ماده ۳۵

مقرر می‌دارد: «در قرارداد عضویت، هر بند غیرقابل مذاکره که از قبل توسط یکی از طرفین تعیین شده است و موجب ایجاد عدم توازن بین حقوق و تعهدات طرفین قرارداد گردد، نانوشته تلقی می‌شود.»^۲ بنابراین همان‌طور که ملاحظه می‌شود در نظام حقوقی فرانسه شروط غیرقابل مذاکره که باعث ایجاد عدم توازن بین حقوق طرفین می‌گردد، نزد دادگاه‌ها نادیده گرفته می‌شود. این شروط هرچند خود باطل هستند اما مبطل عقد نمی‌شوند. حال باید توجه داشت که قراردادهای هوشمند - که ذاتاً از نوع قراردادهای الحاقی و عضویت هستند - را نمی‌توان با طراحی هر نوع شرطی در چرخه اجرا قرار داد.^۳

۳٫۶ فراهم‌سازی فرصت بررسی شرایط قرارداد و تبادل اطلاعات

طبق ماه ۲-۱۱۲۷ قانون مدنی جدید فرانسه، قرارداد فقط زمانی منعقد می‌شود که گیرنده پیشنهاد، فرصت بررسی جزئیات آن را داشته باشد. سفارش و قیمت کل و تصحیح هرگونه خطا قبل از تأیید آن برای بیان قبولی نهایی توسط نویسنده پیشنهاد (ایجاب کننده) باید بدون تاخیری بی‌مورد از سفارشی که برای طرف مقابل ارسال کرده است، اطلاع داده شود. وقتی طرفینی که به آنها اشاره شده است بتوانند به آن اطلاعات دسترسی داشته باشند، سفارش، تأیید قبولی و تأیید دریافت، دریافت شده تلقی می‌شود. البته لازم به توضیح است در ماده ۳-۱۱۲۷ استثنای مهمی به قراردادهای الکترونیکی وارد شده است بدین نحو که الزامات

در رابطه با قراردادهای هوشمند یکی از مهمترین چالش‌های مطرح این است که حسن‌نیت - که از عناصر ذهنی و باطنی است - را نمی‌توان در چارچوب الگوریتم‌های رایانه‌ای و منطق اگر-آنگاه گنجاند.

در حقوق فرانسه علاوه بر ماده ۱۱۰۴ در ماده ۱۱۱۲ بیان شده که مذاکرات باید الزامات حسن‌نیت را فراهم کند. ماده ۱-۱۱۱۲ به قاعده‌ای کلی برای تأمین اطلاعات تصریح می‌کند. این ماده بیان می‌دارد، اگر طرف قرارداد اطلاعاتی را بداند که به طور حتم در حصول رضایت طرف مقابل مهم باشد باید این اطلاعات را هر جا که طرف مقابل بی‌اطلاع بوده و به طرف اول اعتماد کرده باشد به اشتراک بگذارد. لذا اگر یک طرف قرارداد، اطلاعات ضروری را ارائه ندهد، ممکن است در جبران خسارت مسئول شناخته شود. همچنین اگر اطلاعات را به قصد فریفتن پنهان کرده باشد، ممکن است منجر به ابطال قرارداد گردد. این ماده که اهمیت ویژه‌ای در اعتبار قراردادها دارد را می‌توان پاشنه آشیل قراردادهای هوشمند دانست. به نحوی که اگر این‌گونه قراردادها به شکل مناسبی طراحی نشده باشند، هر یک از طرفین می‌توانند با استناد به این ماده تقاضای ابطال قرارداد را از دادگاه‌های فرانسوی بخواهند. این مفهوم در نظام حقوقی ایران در بحث خیار از جمله خیار تخلف وصف، خیار غبن، عیب و تدلیس قابل ملاحظه است.

یکی دیگر از الزامات مهم در قانون مدنی جدید فرانسه - که در مورد قراردادهای هوشمند دارای اهمیت بسیاری است - ماده ۱۱۷۱ می‌باشد که چنین

^۲ در فقه امامیه غبن یکی از اسباب سازنده نابرابری در عوضین است و قاعده منع استغلال (بهره‌برداری ناعادلانه و استثمار طرف مقابل) که ریشه در قاعده لاضرر دارد چیزی جز ضرورت تعادل اقتصادی بین عوضین نیست. بنابراین شروط غیراخلاقی و ظالمانه فاقد اعتبار هستند (محقق داماد و دیگران، ۱۴۰۰: ۳۲۱).
^۳ همچنین ماده ۱۱۷۰ این قانون نیز مفهوم مشابهی را بیان داشته که «هر شرطی که وظیفه اصلی بدهکار (متعهد) را از محتوای آن محروم کند، نانوشته تلقی می‌شود». در ماده ۱۱۱۹ این قانون نیز شروط ناسازگار با مفاد قرارداد، فاقد اثر شناخته شده است.

^۱ قانون مدنی جدید فرانسه در ماده ۱۱۱۰ قرارداد عضویت را چنین تعریف کرده است: «قراردادی است که شامل مجموعه‌ای از بندهای غیرقابل مذاکره می‌باشد که از قبل تعیین شده است.» این مفهوم مشابه قراردادهای الحاقی است که محققین ایرانی علی‌رغم وجود ایراد عدم امکان چانه‌زنی در مورد شروط، آنها را معتبر می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۸۹). با وجود این حکم ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی جدید فرانسه حاوی نکته مهمی است که آگاهی قبول‌کننده از شروط قراردادی را الزامی می‌داند و بندهای ناسازگار و مغایر با مفاد قرارداد، فاقد اثر حقوقی است.



مسیر قبلی باز می‌گرداند. این ماده متن مناسبی جهت الزام‌آوری امکان اصلاح مفاد قرارداد الکترونیکی بیان می‌کند که در مورد قرارداد هوشمند نیز الزامی است.

۳،۸ امکان حذف شروط خلاف وجدان و غیرمنصفانه

اگر یک قرارداد هوشمند شرایط بندهای قبلی را تامین کند ولی حاوی شروطی خلاف وجدان باشد به نحوی که بی‌احتیاطی یا بی‌تجربگی یک طرف، زمینه سودجویی طرف مقابل را فراهم کند چنین قراردادهای ظالمانه‌ای را نمی‌توان تعهدآور دانست. ماده ۸۷۹ قانون مدنی اتریش حکم بر بطلان چنین قراردادهایی داده است. برای مثال یک تعهد قراردادی بلندمدت هوشمند بدون حق فسخ یا خاتمه پیمان برای طرفین، را می‌توان نام برد. همچنین طبق ماده ۸۶۴ همین قانون شروط دارای محتوای تعجب‌آور نیز باطل هستند. به عنوان نمونه قرارداد خرید دستگاه قهوه‌ساز با اشتراک مادام‌العمر تحویل قهوه نشانگر این وضعیت است (Soare, 2019: 396). در حقوق ایران شاید بتوان مستند به ماده ۲۳۳ قانون مدنی شروط فوق را باطل و مبطل عقد دانست.

۳،۹ شرط تعیین قانون حاکم بر قراردادهای هوشمند

یکی از مهمترین مباحث سرنوشت‌ساز در طراحی قراردادهای هوشمند تعیین قانون حاکم بر آنها است زیرا ممکن است اساساً قرارداد هوشمند در یک کشور خاص باطل و بلااثر شناخته شده باشد. اصل حاکمیت اراده طرفین از ارکان اساسی حقوق بین‌الملل خصوصی می‌باشد و مقررات رم یک - که در کشورهای اروپایی مانند فرانسه الزامی است - در ماده ۳، مقرر می‌دارد: «طرفین قرارداد مجاز هستند، یک قانون ملی را که توافق دارند بر قرارداد خود اعمال کنند». از آنجا که انتخاب قانون به سختی

ماده مذکور را در قراردادهای تامین کالا یا ارائه خدمات بین افراد حرفه‌ای لغو کرده است.

۳،۷ قابلیت اصلاح و رفع ایرادات قرارداد هوشمند

یکی از مهمترین مسائل مربوط به طراحی قراردادهای هوشمند، امکان اصلاح مفاد و شرایط قرارداد توسط طرفین است. زیرا در ابتدا به سختی می‌توان تمام تحولات آینده را تصور نمود و در طراحی قرارداد لحاظ کرد (Meyer, 2020:8). در حال حاضر هنوز بهره‌مندی از قابلیت‌های هوش مصنوعی در راستای تغییر خودکار مفاد قرارداد متناسب با شرایط خارجی فراهم نشده است و صرفاً قرارداد هوشمند مطابق شروط از پیش تعیین شده توسط برنامه‌نویسان، کنترل و اجرا می‌شود. بنابراین یکی از مهمترین الزامات طراحی قراردادهای هوشمند، امکان اصلاح مفاد آن می‌باشد (Raskin, 2017:327). با توجه به خاصیت تغییرناپذیری بلاک‌چین برای اعمال تغییر شرایط در قراردادهای هوشمند، بهترین روش، استفاده از مکانیزم داده‌های خارجی یا اوراکل است که اوراکل‌ها می‌توانند با تغییر شرایط، قرارداد هوشمند را کنترل کنند. نکته دیگر اینکه با توجه به عدم امکان حذف تراکنش‌ها در بلاک‌چین، در صورت اجرای غلط قرارداد هوشمند می‌بایست امکان اصلاح عملیات نادرست فراهم شود که در این زمینه اجرای معکوس عملیات برای بازگشت به شرایط قبل از آن توصیه شده است. با وجود این برخی از نویسندگان معتقدند می‌بایست زمانی جهت انصراف و لغو تراکنش قبل از نهایی شدن و ثبت آن در بلاک‌چین طراحی شود (Woebbecking, 2019:111-112).

در مورد رفع اشتباهات و یا تفسیر صحیح و متناسب با خواست طرفین، ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی جدید فرانسه بیان می‌دارد: «وقتی نوشتن روی کاغذ منوط به شرایط خاص در مورد خوانایی یا ارائه آن است، نوشتن در لوازم الکترونیکی باید الزامات معادل را برآورده کند». رفع این نیاز، با فرم اشکال‌زدایی در یک فرآیند الکترونیکی که دسترسی به آن را فراهم می‌کند انجام می‌شود و آن را در همان

هستند و تا زمان وضع مجموعه جدیدی از مقررات در این خصوص، اصول حقوقی جاری در قانون مدنی در مورد این گونه توافقات، برای دادگاه‌ها ملاک عمل خواهد بود. خوشبختانه مکانیسم سنتی ایجاب و قبول در زمینه تشکیل قراردادهای هوشمند مشکل‌ساز نیست. با این حال این امکان وجود دارد که قانون‌گذاران استانداردهای جدیدی را در رابطه با احراز رضایت و روش اعلام قصد و اراده و احراز اهلیت در انعقاد قراردادهای هوشمند تدوین کنند. در حال حاضر دادگاه‌های فرانسوی مایلند اقدامات یک برنامه نرم‌افزاری را به شخصی یا سازمانی که از آن آگاهانه استفاده می‌کند، نسبت دهند و نظریه نمایندگی الکترونیکی در این نظام حقوقی طرفدار چندانی ندارد. بنابراین حداکثر می‌توان با استفاده از قاعده استیمار در فقه اسلامی، نظر مشورتی اوراکل‌های قرارداد هوشمند را جهت اعلام اراده افراد در انعقاد قرارداد هوشمند در طراحی برنامه رایانه‌ای پذیرفت و لحاظ کرد.

در حال حاضر طرفین قرارداد هوشمند باید مراقب باشند زیرا هنوز هیچ استاندارد حقوقی خاصی در خصوص موارد ذیل تدوین نشده که عبارتند از: ۱- در مورد اعلام رضایت متقابل طرفین قرارداد هوشمند چه اقدامات مثبتی باید انجام شود؟ زیرا روح قانون مدنی فرانسه با پیروی از تئوری ذهنی، کشف رضایت افراد را از عوامل درونی طرفین می‌شناسد که قابل تبدیل به برنامه رایانه‌ای نیست. ۲- طرفین به چه شروطی می‌توانند دسترسی و آگاهی داشته باشند؟ ۳- نحوه دسترسی آنها به شروط قراردادی چگونه است؟ ۴- و بالاخره نحوه ارتباط طرفین قرارداد در خصوص کنترل عامل الکترونیکی که از طرف آنها عمل می‌کند چگونه است؟

می‌تواند به صورت الگوریتمی^۱ نشان داده شود، پس ساده‌ترین روش انجام این کار، یک انتخاب در قالب اعلام اراده صریح توسط طرفین است. این انتخاب می‌تواند بخشی از قراردادی باشد که با کمک قرارداد هوشمند اجرا می‌شود یا اینکه طرفین می‌توانند به صورت جداگانه، مخصوصاً به شکل قرارداد ریکاردین(قرارداد ترکیبی)^۲ اراده خود را اعلام کنند.

در حقوق ایران بر اساس ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب سال ۱۳۷۶ قانون‌گذار مقرر می‌دارد: «داور بر حسب قواعد حقوقی که طرفین در مورد ماهیت اختلاف برگزیده‌اند، اتخاذ تصمیم خواهد کرد...». با این وصف قانون‌گذار ایرانی پس از گذشت حدود ۷۰ سال از زمان تصویب قانون مدنی برخلاف رویه مندرج در ماده ۹۶۸ این قانون، امکان انتخاب قانون خارجی حاکم بر قرارداد در مورد توافقات تجاری بین‌المللی که موضوع اختلافات آنها در نهاد داوری حل و فصل می‌شود را تجویز نموده است.

۴ نتیجه گیری

از مزایای مهم قراردادهای هوشمند می‌توان قابلیت خوداجرایی و تضمین انجام تعهدات را برشمرد که برخلاف قراردادهای سنتی رایج(مبتنی بر کاغذ یا الکترونیکی) معضل عمده نقض تعهدات تا حد بسیاری، رفع می‌شود. ولی انعطاف‌ناپذیری، خطر حملات سایبری و عدم ضابطه‌مندی فناوری بلاک‌چین و قرارداد هوشمند در قوانین ملی اکثر کشورها، چالش فعلی استفاده از این نوع قراردادها است. همان طور که تحولات اخیر قانون مدنی فرانسه مورد بحث قرار گرفت به نظر می‌رسد دادگاه‌های این کشور برای پذیرش اعتبار حقوقی قراردادهای هوشمند قائل به رعایت شرایط قراردادهای الکترونیکی در نسخه جدید قانون مدنی

سیستم‌های دیگر نوشته و ضبط می‌شود. قرارداد ریکاردین، این امکان را برای طرفین قرارداد فراهم می‌نماید که آنها در مورد شرایطی که نمی‌توانند در قرارداد هوشمند به صورت مستقیم(به زبان رایانه) شرکت دهند، توافق کنند.

^۱ . If-Then

^۲ . قرارداد ریکاردین ترکیبی از یک قرارداد متنی و قرارداد دیجیتالی(هوشمند) است که توسط انسان و همچنین توسط ماشین(رایانه) به زبان قابل خواندن در محیط ذخیره ایمین یا



همان گونه که بحث شد ماهیت فنی قراردادهای هوشمند با قراردادهای الکترونیکی رایج - که عمدتاً محصول تبادل ایمیل بین طرفین می‌باشد و از اینرو آنها را می‌توان نوعی قراردادهای مبتنی بر کاغذ در نظر گرفت- متفاوت است و قانون‌گذار فرانسوی به استناد ماده ۱۱۲۷-۳ در قانون مدنی جدید الزامات اضافه‌ای در خصوص اعتبار قراردادهای الکترونیکی که با تبادل ایمیل بین طرفین منعقد می‌شود به دلیل قابلیت استناد به ایمیل در دادگاه‌ها، تدوین نکرده است. لیکن تجزیه و تحلیل پژوهش حاضر، ما را به این نتیجه می‌رساند که از یک سو به دلیل فقدان مقررات کافی در زمینه بلاک‌چین و پایگاه داده توزیع شده حتی در نظام‌های حقوقی فرانسه و کامن‌لا و کمبود تجربه و رویه قضایی و از سوی دیگر امکان وجود طیف گسترده‌ای از مدل‌های طراحی قراردادهای هوشمند، دستیابی به نتیجه دقیق در مورد وضعیت حقوقی این گونه قراردادهای تقریباً غیرممکن است و در مورد هر نوع قرارداد هوشمندی می‌بایست تجزیه و تحلیل جداگانه و با توجه به قانون قابل اعمال بر آن صورت پذیرد زیرا، حتی اگر قرارداد هوشمند در نگاه اول، از نظر قانونی الزام‌آور به نظر برسد، ممکن است در برخی از کشورها با نظام حقوقی متفاوت، به عنوان یک

قرارداد قانونی الزام‌آور شناخته نشوند. لذا پیشنهاد می‌شود جهت طراحی قراردادهای هوشمند حقوقی الزام‌آور، ترکیبی از قراردادهای سنتی و ابزارهای جدید پایگاه داده توزیع شده و اینترنت اشیا بکار گرفته شود. حاصل این روش، اطمینان از اعلام قصد و رضای طرفین، رفتار با حسن‌نیت و فرصت کافی برای آگاهی کامل از شروط قرارداد هوشمند و آنچه که شرایط اساسی قرارداد را تشکیل می‌دهد، است. البته حکم ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی جدید فرانسه در راستای وضع الزامات خاص حمایتی از افراد غیرحرفه‌ای که عموماً اطلاعات حقوقی کافی ندارند، نظیر استفاده از زبان طبیعی، فرصت اصلاح داده‌ها، مذاکره و اطلاع کامل از شروط قراردادی و ارائه نسخه پشتیبان قرارداد که در عقود الکترونیکی نوع B2C مطرح است، در طراحی و تقنین ضوابط حقوقی قراردادهای هوشمند در نظام حقوقی ایران مفید می‌باشد زیرا این معیارها با احکام کلی فقه اسلامی و مسأله دفع غرر و جهل به عوضین، مطابقت دارد. با وجود این جهت تسهیل در روابط تجاری بین‌المللی بین افراد حرفه‌ای و شرکت‌های تجاری که از امکانات حقوقی مناسب برخوردار هستند می‌توان الزامات حقوقی ساده‌تری را وضع نمود.

References

- Dehghani Tafti, M., Afzali mehr, M., Eskini, R. (2021). "A Comparative Study of the Law Governing Smart Digital Contracts from the Perspective of Private International Law in the Iranian Legal System and the Regulations of Rome I". *Modern Technologies Law*, 2(2), 203-225.
- Dell'Erba, Marco. (2018). "Demystifying Technology. Do Smart Contracts Require a New Legal Framework? Regulatory Fragmentation, Self-Regulation, Public Regulation" (May 17, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3228445> .PP:1-49.
- Earls, Jordan & et. (2018), " Smart contract: is the law readu?" prepared by: smart contracts alliancean initiative of the chamber of digital commerceseptember, 1-62.
- Eskini, Rabia. (2009). *Commercial Law, Commercial Companies (Vol. II)*. Tehran: Samt.
- Fries, Martin. (2018). "Private Law Compliance Through Smart Contracts?", *The Journal of compliance in health care: JCHC*, November, available at:<<https://www.researchgate.net/publication/328872976>>.
- Giancaspro, Mark. (2017). "Is a 'smart contract' really a smart idea? Insights from a legal perspective." *computer law & security review*, ELSEVIER, 33 ,825-835.
- Gilcrest, Jack & Carvalho, Arthur. (2018). " Smart Contracts: Legal
- Amini, Mansoor, Ebrahimi,Yahya. (2011). "Goodwill in Contracts From Theory to Practice, A Look at the Issue in the Commonwealth Legal System". *Journal of Comparative Law*. Volume 2 number 2. pp:23-43.
- Ancel, Bruno. (2018). "Les smart contracts : révolution sociétale ou nouvelle boîte de Pandore ? Regard comparatiste". *COMMUNICATION - COMMERCE ÉLECTRONIQUE*,15-18.
- Ansari, Sheikh morteza. (2014), *Description of achievements (Makaseb) (Mohammad Masoud Abbasi) (Volumes 4 and 9)*, Qom: Dar al-Alam.
- Benzler, Marc. (2018). "Smart Contracts: Legal Framework and Proposed Guidelines for Lawmaker". *European Bank for Reconstruction and Development*, 1-52.
- Carbonnier, J. (1990). *Droit Civil - 4. Les Obligations*. Presses Universitaires de France.
- Cutts, Tatiana. (2019). "Smart Contracts and Consumers" . *Law Society and Economy Working Papers*,1-52.
- DE CARI, Riccardo. (2019) "The Legal Meaning of Smart Contracts ", *European Review of Private Law*. 731-752.
- De Graaf, T.J. (2019). "From old to new: From internet to smart contracts and from people to smart contracts", *computer law & security review*, ELSEVIER, 35, 423-433.



- <https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/makarem/feqh/96/961019/>. Last visit: 2022.2.26.
- Maynard, Trevor. (2019), "Triggering Innovation How Smart Contracts Bring Policies to Life". Emerging Risks Report, Queen Mary university of London center of commercial Law studies, 1-47.
- Sadiku, M. N. O., Eze, K. G., & Musa, S. M. (2018). "Smart Contracts: A Prime". *Journal of Scientific and Engineering Research*, 5(5), 538-541.
- Meyer, Olaf. (2020). Stopping the Unstoppable Termination and Unwinding of Smart Contracts, *Journal of European Consumer and Market Law*, 1-15.
- Mohaghegh Damad, Seyed Mostafa; Maghsoudi, Reza & et. (2021). Unauthorized conditions for the validity of a condition in civil law. *Quarterly Journal of the Teachings of Civil Jurisprudence*. Volume 24 number 3. Pp:313-340.
- Nasser, Mehdi. (2018). *Smart Contracts (Comparative Study of Iranian and American Law)*. Tehran: Majd.
- Obellianne, Stephan. (2009). *Les sources des obligations*. Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- Philippe, Denis. (2019). "BLOCKCHAIN AND SMART CONTRACT: LEX CRYPTOGRAPHIA?" available at: <https://www.interleges.com/wp-content/uploads/2019/02/BLOCKCHAIN-AND-SMART-CONTRACT>.
- Rashvand Bukani, Mehdi, Nasser, Mehdi. (2019). Intent of traders in smart contracts: terms of credit and how Considerations", Miami University Oxford, Ohio, USA, 1-5.
- Governatori, Guido (2018). "On legal contracts, imperative and declarative smart contracts, and block chain systems", Springer Nature.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2003). *Higher philosophy in law*. Tehran: Ganj-e-Danesh Library.
- Janssen, Andre. (2021). "Smart Contracting And The New Digital Directives : Some Initial Thoughts", *Journal of JIPITEC*, 12, 196-203.
- Katouzian, Nasser. (2009). *General Rules of Contracts (Vol. I)*. Tehran: Anteshar Co.
- Katouzian, Nasser. (2013). Abbaszadeh, Mohammad Hadi, (2013). Goodwill in Iranian Law, *Law Quarterly, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran* Volume 43 number 3. Pp: 167-186.
- Madir, Jelena. (2018). "Smart Contracts: (How) Do They Fit Under Existing Legal Frameworks?". Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3301463> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3301463>, 1-18.
- Mafi, Homayoun and Nasser, Mehdi. (2021). Analysis of the mechanism of qualification of interlocutors in the implementation of smart contracts in Iranian law. *Journal of Commerce*. Volume 98. Pp: 279-320.
- Makarem Shirazi, Nasser. (2018). Lessons outside of jurisprudence on the subject of options (Historian: 2018.1.9).



- Shahidi, Mehdi. (2020). Terms of the contract. Tehran: Majd.
- Sharifi, Seyed Hamaluddin, Burmi, Golnaz. (2018). The legal nature of smart representatives in the field of electronic contracts. Journal of Legal Research. Volume 33. Pp:27-54.
- Shiravi, Abdul Hussein. (2010). international Business law. Tehran: Samt.
- Soare, Alfred. (2019). "Smart Contracts in View of the Civil Code", symposium on applied computing, 392-399.
- Taghizadeh, Ebrahim, Ahmadi, Afshin (2015). The position of unfair terms in Iranian law with a look at Article 46 of the Electronic Commerce Law. Quarterly Journal of Private Law Research. Volume 3 number 10. Pp:10-42.
- Werbach, Kevin, Cornell, Nicolas. (2017). "Contracts Ex Machinea" , Duke Law Journal, [67\(2\)](#), 313-382.
- Woebeking, Maren K. (2019). "The Impact of Smart Contracts on Traditional Concepts of Contract Law", JIPITEC, 10(1), 106-119.
- to obtain it. Two scientific journals of Islamic Law Research. Volume 49. Pp:271-300.
- Raskin, Max. (2017). "THE LAW AND LEGALITY OF SMART CONTRACTS" . GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW, 305-340.
- Rühl, Giesela. (2020). "Smart (legal) contracts, or Which (contract) law for smart contracts?" . Benedetta Cappiello & Gherardo Carullo (eds.), Blockchain, Law and Governance, Springer, 1-22.
- Safaei, Seyed Hossein. (2009). General rules of contracts. Tehran: Mizan.
- Safaei, Seyed Hossein, Kazemi, Mahmoud & et. (2013). International Sale Law. Tehran: University of Tehran.
- Savelyev, Alexander. (2017). "Contract Law 2.0: 'Smart' contracts as the beginning of the end of classic contract law". Journal of Information & Communication Technology Law, 26, 116-134.
- Schulpen, Ruben. (2018). "Smart contracts in the Netherlands" . International Business Law, 1-88.
- Shahidi, Mehdi. (2021). Effects of Contracts and Obligations. Tehran: Majd.

Original Article

The effectiveness of the media in committing and preventing crime in the light of cultural criminology

Hamzeh Karaminaghibi¹, Behzad Razavifard*², Hasanali Moazenzadegan³

¹ PhD student of criminal law and criminology, U.A.E Branch, Islamic Azad University, Dubai, UAE.

² Associate Professor, Department of Criminal Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

³ Associate Professor, Department of Criminal Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.3.2](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1401.6.2.3.2)



[10.22080/LPS.2022.23529.1338](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23529.1338)

Received:

May 14, 2022

Accepted:

September 25, 2022

Available online:

November 27, 2022

Keywords:

Criminology, cultural criminology, media and crime, the impact of the media on crime, the impact of the media on crime prevention

Abstract

Increasing media diversity on the one hand, and the availability of traditional media (press, television) and modern media (cyberspace and social networks) on the other, have led criminologists to examine the effects of the media on crime. Carefully observed and studied Put. In this research, which has been prepared and arranged in a descriptive-analytical method, the issues raised have been around the answer to the basic question of 'what negative role the media plays in increasing crime rates in societies from the perspective of criminology and its different approaches. The results and findings of the study confirm that traditional and modern media are effective in committing crime. This effect emanates from some cases such as the normalization of crime and the spread of violence, imitation, learning and an increase in Crime rates, change in the concept of crime, heroism, decline in media quality, disruption of the criminal justice process, the spread of prostitution, violation of privacy and the like. Different approaches to criminology in this regard also believe that the media through moral fear, broken window theory, social control theory, populist approach and the like will be effective in increasing crime. Other theories, such as the theory of prevailing ideology, pluralism, coercion and anomaly, labeling, and differential linking, agreed upon the effect of the media on crime.

*Corresponding Author: Behzad Razavifard

Address: Associate Professor, Department of Criminal Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

Email: behzad.razavi.1351@gmail.com



Extended abstract

1. Introduction

The branch of cultural criminology, has more explained and investigated the role of the media in committing and preventing crimes than the other branches. Thus, this research is prepared and organized in a descriptive-analytical method, and centered around the answer to this basic question that 'from the perspective of cultural criminology, what effect does the media have on committing crimes and preventing them in societies?' The findings of the research confirm that, in some cases, this effect takes place in the light of the reflection of information related to crimes, such as the normalization of crime and the spread of violence or imitation and learning, etc. Cultural criminology also believes that the media through moral fear, populism approach and the like will be effective in increasing crime. Other theories such as the theory of ruling ideology, pluralism and labeling are also of the same opinion on the effect of media on crime. The results of the research also indicate that the capacity of the media is also effective in the space of preventing and dealing with crime, and it has acceptable functions to prevent crime in different topics such as public education and notification of preventive measures.

2. Methods

The findings of the research show that the media is a double-edged tool and can have both negative and positive effects. Considering the different viewpoints, the aspect that is desirable from the author's point of view and seems to be less mentioned, is the serious will of the governing media systems to recognize the existing pests with causing the least amount of damage.

3. Findings

The research method was descriptive-analytical, inferred with a theoretical and fundamental method and there are suggestions and solutions attached at the end. Before entering into the analysis of the nature of the subject, it is necessary to present the existing views. In the following few sentences the process of doing this research is explained. First, the introduction is mentioned which is followed by an explanation of the subject. Second, the existing theories are examined. Third, the negative effects and examples of the media on committing crimes are pointed out and finally solutions are proposed.

4. Conclusion

The results and findings of the research confirm that traditional and modern media effect on committing crimes. This effect emanates from some cases such as the normalization of crime and the spread of violence, imitation, learning and an increase in Crime rates. In this regard, cultural criminology believes that the media will be effective in increasing crime through moral fear, broken windows theory, social control theory, populism approach and the like. Other theories such as the theory of ruling ideology, pluralism, pressure and abnormality, labeling and differential bonding are also of the same opinion on the influence of the media on committing crimes.

The results of the research also indicate that the capacity of the media, in addition to its effect on the commission of crime, is also effective in the space of preventing and dealing with the commission of crime. In different kind of discussions such as public education, notification of preventive measures, modification of media programs, dealing with media

violence, especially in the field of children and teenagers, it is good to use virtual space to prevent crimes. Various theories of social expectations, individual and structural functionalism, theory of accumulation and theory of cultural formation, agree that the media can be used to prevent crime. Overall, the media is dual-function; an increase in the number of crimes, and a reduction of crimes are respectively its disadvantage and advantage.

Following of the obtained results, the proof or rejection of the hypotheses should be mentioned. Based on our primary proved hypotheses in the research, the postmodern foundation and cultural criminology theories believe that the media cause crimes through education, modeling and promotion of consumerism, advertising and violence. As it is proved through the research, based on the theories of cultural criminology, crime is presented as a commodity to be offered to the audience

Another hypothesis regarding what kind of crimes occur in the society through the media was also proved. Many crimes are committed due to the influence of the media, because some of the methods of committing them or criminal ideas are learned through the media. Media may cause the commitment of different kind of crimes such as those that have an imitative aspect, such as robbery, or many crimes that occur in groups and gangs, such as kidnapping or those related

to narcotics and also, crimes that do not require physical presence, such as those committed through cyberspace, hacking and phishing,

The final hypothesis in this research was to find the solutions to deal with the impact of the media on committing crimes. Due to the situational and social prevention capacities, issues like establishing laws and regulations on the media, classifying the access to the media based on age groups, culture building and educational using, can be considered as solutions. Moreover, the prohibition of showing extreme violence, the prohibition of the way of committing various crimes in the media, and the prohibition of publicizing some crimes by the media due to their influential content, are among other solutions that were mentioned in this research.

Funding

There is no funding support.

Authors' Contribution

Authors Contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

Conflict of interest

Authors declared no Conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the Persons for Scientific Consulting in this Paper.

علمی پژوهشی

تعاملی بر اثرگذاری رسانه در ارتکاب و پیشگیری از جرم در پرتو جرم‌شناسی فرهنگی

حمزه کرمی نقیعی^۱، بهزاد رضوی فرد^{۲*}، حسنعلی موذن زادگان^۳

^۱ دانشجوی دکتری حقوق کیفری، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی.
^۲ دانشیار مدعو، گروه حقوق کیفری، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
^۳ دانشیار مدعو، گروه حقوق کیفری، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.3.2](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23529.1338)



[10.22080/LPS.2022.23529.1338](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23529.1338)

چکیده

شاخه جرم‌شناسی فرهنگی، بیش از سایر شاخه‌های جرم‌شناسی به تبیین و بررسی نقش رسانه‌ها در ارتکاب جرم و پیشگیری از جرم پرداخته است، لذا در این پژوهش که به روش توصیفی - تحلیلی تهیه و تنظیم شده است، مطالب مطروحه حول محور پاسخ به این پرسش اساسی بوده است که اصولاً از منظر جرم‌شناسی فرهنگی، رسانه چه تأثیری بر ارتکاب جرائم و پیشگیری از آن در جوامع دارد. یافته‌های پژوهش موید این است که این تأثیر در برخی موارد در پرتو بازتاب اطلاعات مربوط به جرائم صورت می‌پذیرد، نظیر عادی‌سازی جرم و گسترش خشونت یا تقلید و یادگیری و نظایر آن. جرم‌شناسی فرهنگی نیز در این خصوص قائل به این مسأله است که رسانه از طریق ترس اخلاقی، رویکرد عوام‌گرایی و نظایر آن بر افزایش ارتکاب جرم موثر خواهد بود. سایر نظریه‌ها مانند نظریه ایدئولوژی حاکم، کثرت‌گرایی و برچسب زنی نیز بر تأثیر رسانه بر ارتکاب جرم هم نظر هستند. نتایج تحقیق همین‌طور بیانگر این مسأله است که ظرفیت رسانه در فضای پیشگیری و مقابله با ارتکاب جرم نیز کارایی دارد و در مباحثی مانند آموزش عمومی و اطلاع‌رسانی اقدامات پیشگیرانه، برای پیشگیری از ارتکاب جرم کارکردهای قابل قبولی دارد.

تاریخ دریافت:

۲۴ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۳ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۶ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

جرم‌شناسی فرهنگی، رسانه،

تأثیر گذاری جرم، پیشگیری.

* نویسنده مسئول: بهزاد رضوی فرد

آدرس: دانشیار مدعو، گروه حقوق کیفری، واحد علوم و

تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

ایمیل: behzad.razavi.1351@gmail.com

۱ مقدمه

و تصویر به بررسی تعامل میان جرم و رسانه می‌پردازد.

نظریه‌ها و تئوری‌های مربوط به جرم‌شناسی فرهنگی معتقدند که نمی‌توان گفت که رسانه در ارتکاب جرم تأثیری ندارد، لذا از نظر تئوری‌های جرم‌شناسی فرهنگی، ارتکاب جرم با رسانه در ارتباط است، رویکرد سنتی در جرم‌شناسی فرهنگی بر این باور است که رسانه تهدیدی برای قانون و اخلاق است، در حالی که نظریه‌های دیگر جرم‌شناسی فرهنگی معتقدند که رسانه پشتوانه‌ای برای اقتدارگرایی است که وحشت بزرگنمایی شده از بزهکاری را می‌پرورداند. نظریات دیگری در جرم‌شناسی فرهنگی وجود دارد که رسانه را به مانند اتاق کنترل فرهنگی می‌داند و جایی برای منازعات ایدئولوژی.

این نظریه بر این باور است که بسیاری از صاحبان منافع به رسانه دسترسی دارند و لذا رقابت برای ارائه دیدگاه‌های مختلف در یک سطح واحد جاری نیست. دیدگاه لیبرال، رسانه را بازتاب دهنده دیدگاه‌های متضاد و متنوع می‌داند که فرد از طریق مارکسیستی نیز بر این باور است که رسانه جمعی بر پایه مجموعه‌ای از دیدگاه‌های سیاسی و فرهنگی مدیریت شده و کارکردشان، کمک رسانی به بازتولید اقتدار کارفرمایان اخلاقی و گروه‌های صاحب قدرت در یک جامعه است.

در خصوص پیشینه تحقیق نیز باید گفت که کتابی تحت عنوان تحلیل جرم در جرم‌شناسی فرهنگی توسط نشر میزان در سال ۱۳۹۷ به قلم سارا آقایی منتشر شده است. کتاب مذکور از نظر سابقه تحقیقاتی یکی از جمله کتاب‌های مطلوبی است که تخصصاً در حیطه جرم‌شناسی و جرم‌شناسی فرهنگی مطالبی را جمع‌آوری نموده‌اند و از آنجایی که رویکرد تحلیلی برای این کتاب اتخاذ شده است علاوه بر فضای تئوریک، قوانین و مفاهیم، می‌توان برای تحلیل تأثیر فرهنگ بر ارتکاب جرم بر روی این

علم جرم‌شناسی به شناخت عوامل مختلف جرم می‌پردازد، علل ارتکاب جرم نیز در دنیای امروز گستردگی فراوانی دارند. لذا با توجه به زمینه‌های مختلف این عوامل دسته‌بندی شده و در شاخه‌های مختلف بررسی می‌شوند. به عنوان مثال علل اقتصادی، اجتماعی و سیاسی هر کدام در نظریات جرم‌شناسی مختص خود بررسی می‌شوند، فرهنگ نیز می‌تواند در کنار سایر علل، به عنوان یکی از اصلی‌ترین عوامل وقوع جرم باشد.

فرهنگ می‌تواند به رفتار آدمی شکل دهد و او را به سمت عمل و عکس‌العمل‌هایی سوق دهد، چرا که فرهنگ به مانند یک ارزش حاکم بر فرد و شناخته شده و این توانایی را دارد. حتی مواردی که نتوان این ارزش را به درستی برای فرهنگ در نظر گرفت، فرهنگ‌های مختلف به عنوان یک انتخاب ناظر بر سود و زیان شخص مورد استفاده شخص قرار می‌گیرد.

تعارضات فرهنگی، خرده‌فرهنگ‌ها، سبک زندگی، تأخر فرهنگی، مهاجرت، رسانه‌ها، موسیقی، جشن‌ها و سایر تولیدات فرهنگی می‌توانند در مواردی شخص را به سمت ارتکاب جرم سوق دهند، تحلیل و شناخت این عوامل را عامل‌شناسی فرهنگی جرم می‌گویند.

جرم‌شناسی فرهنگی به‌عنوان گرایش نوخاسته در جرم‌شناسی، جامعه‌شناسی و عدالت کیفری، تقارن فرهنگ و فرآیندهای کیفری را در زندگی اجتماعی معاصر بررسی می‌کند. بخشی از معنای فرهنگ از منظر این جرم‌شناسی درکنار پرداختن به خرده‌فرهنگ‌های مجرمانه، معطوف است به پویایی رسانه‌های جمعی. این گرایش با استفاده از دیدگاه‌های مطالعات فرهنگی، نظریه پست‌مدرنیسم و دیدگاه‌های جامعه‌شناختی همانند سنت تعامل‌گرا و نیز روش مطالعاتی تحلیل محتوای متون رسانه‌ای و همچنین با بهره‌گیری از معنا، نماد



منبع مطالعه نمود و از یافته‌های آن نیز برای انجام پژوهش استفاده کرد.

کتاب دیگر توسط رویا آسیایی تحت عنوان درآمدی بر جرم‌شناسی فرهنگی توسط نشر مجد در سال ۱۳۹۶ نشر یافته است، کتاب مذکور از جمله کتاب‌های قابل اعتنا در حیطه جرم‌شناسی فرهنگی است که می‌توان به عنوان یکی از سوابق و پیشینه‌های مطلوب تحقیقاتی بر روی آن تمرکز نمود. تلاش ما این است که از یافته‌ها و مطالب مندرج در این کتاب که دارای نقاط قوت زیادی نسبت به آثار مشابه است استفاده کرده و در مواردی که مطالب آن قابلیت توسعه و بحث و مباحثه دارد، مطالبی را بیافزاییم تا با استفاده از ظرفیت و یافته‌های آن، تحقیقات پیشین در این زمینه را گامی رو به سوی جلو ببریم.

در همین خصوص یک پایان‌نامه در دانشگاه فردوسی مشهد در سال ۱۳۹۲ توسط اقبال محمدی ذیل عنوان عامل شناسی فرهنگی جرم و راه‌های پیشگیری از آن، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دفاع شده است در این پایان‌نامه آمده است که در جامعه ایران بسیاری از آسیب‌های فرهنگی وجود دارد که افراد را به سمت ارتکاب ناهنجاری سوق می‌دهد. از طرف دیگر با درک این مطلب که فرهنگ هدایت‌گر رفتار آدمی است، می‌توان فرهنگ‌های ارزشی یا سازنده را به منظور پیشگیری و جلوگیری از جرم و انحراف در جامعه ایجاد کرد. اگر زمان و مسیر ایجاد و تولید فرهنگ طولانی باشد می‌تواند فرض تغییر فرهنگ‌های جرم‌زا را در نظر گرفت و به تغییر فرهنگ‌های جرم‌زا به عنوان مسیری اجرایی‌تر به منظور نیل به هدف پیشگیری نظر داشت.

فرهاد الله وردی در دانشگاه تربیت مدرس در سال ۱۳۹۳ از رساله دکتری خود تحت عنوان رویکرد جرم‌شناسی فرهنگی به عدالت کیفری جوانان، دفاع کرده است، در این رساله آورده شده است که فهم، تبیین و کنترل جرائم جوانان بواسطه ماهیت پیچیده و چند لایه این جرائم و ارتباط آن با خرده فرهنگ جوانی از دشوارترین مسائل نظام های

عدالت کیفری است. این رساله بر آن است که با اتخاذ رویکرد مبتنی بر جرم‌شناسی فرهنگی، اولاً، به فهم جرم‌شناختی از خرده‌فرهنگ جوانی نزدیک شود و ثانیاً سازوکارهای کنترل بزهکاری جوانان را بر اساس این فهم بازخوانی کند. مطالعه جرائم جوانان بر اساس آموزه‌های جرم‌شناسی فرهنگی و بررسی انتقادی و بازخوانی نظام عدالت کیفری ایران با رویکرد موردنظر این رساله، به شناخت دقیق و عمیقی از خرده‌فرهنگ جوانی منجر می‌شود که هرگونه پاسخ‌دهی به جرائم جوانان برای دست یافتن به اثربخشی و کارآمدی، ناگزیر از این فهم همدلانه از فرهنگ جوانی و نحوه بازنمایی و معنا دهی به آن است.

یافته‌های تحقیق: در این است که رسانه ابزار دو لبه است و هم می‌تواند اثر منفی داشته باشد و هم اثر مثبت. قابل انکار نیست، لکن وجهی که از نظر نگارنده مطلوب است و به نظر می‌رسد کمتر اشاره شده است، با لحاظ نظرگاه‌های متفاوت داشتن اراده جدی نظامات حاکم رسانه ای بر شناخت آفت‌های موجود و به واسطه تعامل با سایر حوزه‌های اجتماعی تولیداتی را عرضه نماید که کمترین آسیب را در پی داشته باشد.

روش تحقیق توصیفی-تحلیلی بوده که با شیوه نظری و بنیادی به استنباط پرداخته و پیشنهادها و راهکارهایی در پایان مطرح می‌شود.

پیش از ورود به تحلیل ماهیت موضوع ضروری است دیدگاه‌های موجود مطرح گردد

در این مقاله پس از ذکر مقدمه، به تبیین موضوع پرداخته و در ادامه نظریه‌های موجود مورد مذاقه و بررسی قرار می‌گیرد و سپس به آثار منفی و ذکر مصادیق رسانه بر ارتکاب جرم اشاره می‌شود و در نهایت راهکارهایی مطرح می‌شود.

۲ رویکرد جرم‌شناسی فرهنگی نسبت به تأثیر رسانه بر نرخ جرائم

در ادامه به مطالعه و بررسی رویکردهای جرم‌شناسی فرهنگی در قبال تأثیر رسانه بر نرخ جرم و افزایش آن خواهیم پرداخت.

۲٫۱ نظریه ترس اخلاقی

تصویری که از دنیای مجرمانه در رسانه‌های گروهی منعکس می‌شود تصویری به مراتب شدیدتر است و مخاطبی که بیشتر با رسانه‌های گروهی در ارتباط باشد، تصاویر ارائه شده در رسانه‌ها را به عنوان تصاویر اصلی و واقعی می‌پذیرد. با پذیرش این تصاویر به عنوان واقعیت، درک فرد از میزان جرائم و بزه‌دیدگی دستخوش تغییر شده و احتمال دارد که این ترس بیشتر از میزان واقعی آن باشد. لذا رسانه می‌تواند از این طریق و با برجسته سازی جرائم خشونت بار، ترس از جرم را موجب شود. ترس را می‌توان واکنشی احساسی تعریف کرد که با دو ویژگی احساس خطر و دلهره نمود می‌یابد. برای درک مفهوم ترس از جرم، ناگزیر از آن هستیم که احساس خطر و دلهره ناشی از صدمات فیزیکی بالقوه را ملاک قرار بدهیم، افزون بر این، ترس از جرم مستلزم آن است که ترس فرد به گونه‌ای با جرائم در ارتباط باشد. در اکثر جرائم مالی این احتمال برخورد با شخص بزهکار است که ترس می‌آفریند، نه صرف ضرر مالی، به عنوان نمونه ترس متعاقب سرقت‌های مسلحانه بیشتر از کیف‌قاپی است، و ترس از کیف‌قاپی فراتر از ترس از ضررهای مالی ناشی از احتکار کالا توسط یک فرد یا شرکت است. دلیل این امر آن است که در موارد نخست قربانی تصور می‌کند که علاوه بر مال، احتمال صدمه رسیدن به خود وی نیز وجود دارد. مهم‌ترین دلیل مطرح شدن مفهوم ترس از جرم در محافل دانشگاهی و سیاستگذاری را می‌توان در فاصله میان میزان خطر بزه‌دیدگی به لحاظ آماری از یک سو، و درک مردم از میزان جرائم از سوی دیگر جستجو کرد. آمارهای رسمی مبین آن

است که میزان مشخصی از جرائم در جامعه وجود دارد، که به عنوان نمونه آمار جرائم در سال ۹۹: جنایی ۹۵ درصد، جرائم اقتصادی ۳۱ درصد، مواد مخدر ۲۸ درصد، سرقت ۱۶ درصد، سرقت خرد ۱۲ درصد، سایبری یک درصد، و نیز آمار جرائم در سال ۱۴۰۰: جنایی ۹۲ درصد، مواد مخدر ۲۹ درصد، جرائم اقتصادی ۲۸ درصد، سرقت ۱۹ درصد، سرقت خرد ۱۹ درصد، سایبری ۲/۱ درصد اعلام شد (معاونت اجتماعی قوه قضاییه به نقل از مرکز تحقیقات و آمار نیروی انتظامی، ۱۴۰۱)، ولی به موجب اکثر تحقیق‌های انجام شده در این زمینه، ترس مردم از جرم هیچ‌گونه سنخیتی با میزان واقعی جرائم ندارد که این امر محصول غلو و برجسته‌نمایی رسانه‌ها از جرائم و مجازات و فرایند رسیدگی کیفری و ... است. به صورت کلی مردم در اکثر جوامع بر این باورند که میزان جرائم در محل زندگی ایشان بیش از سایر مکان‌ها است یا تصور می‌کنند که آمار جرائم نسبت به گذشته افزایش یافته، حال آنکه آمارهای رسمی چنین نمی‌گویند. تجربه می‌کنند، در حالیکه به موجب آمارهای رسمی میزان خطر بزه‌دیدگی ایشان کمتر است. مثال دیگر ترس والدین از خطر دزدیده شدن و یا آسیب دیدن کودکان دختر و یا کم سن و سال خود است، اما آمارها حکایت از آن دارد که کودکان پسر بزرگتر در معرض خطر بیشتری هستند. تصویر جمعیت شناختی بزهکار و بزه‌دیده در رسانه نسبت به آنچه از سوی نظام عدالت کیفری ارائه می‌شود، مسن‌تر و دارای موقعیت بالاتری است. خطرات جرائمی که در رسانه به نمایش در می‌آیند هم از نظر کمی و هم از لحاظ کیفی، جدی‌تر از تصویری است که در آمار رسمی به ثبت رسیده است، هر چند رسانه، احتمالات موجود از بزه‌دیدگی ناشی از جرائم علیه اموال را کمتر نشان می‌دهد. (سیدزاده ثانی، منبع پیشین، ۱۲۷) چنین به نظر می‌رسد که بازنمایی اخبار جنایی در رسانه‌های گروهی تأثیر زیادی در ایجاد ترس از جرم داشته باشد. برخی از تحقیقات انجام شده در این حوزه مبین وجود ارتباط میان ترس از جرم و خواندن صفحه حوادث روزنامه‌ها هستند. از سوی دیگر



عدم در اقدامات رسانه‌ها نیست، بلکه کافی است که رسانه‌ها با گزینشگری رسانه‌ای اقدام به انتشار اخبار و داده‌ها نمایند و همین امر می‌تواند نگرانی، اضطراب و هراس را در دل مردم ایجاد نماید.

رسانه‌ها نقشی مهم و انکارناشدنی در ایجاد و یا تشدید هراس اخلاقی دارند. رسانه‌ها با اغراق در خصوص اهمیت و شدت موضوع نگرانی مردم و سیاستمداران را برمی‌انگیزند. در بسیاری از موارد رسانه اقدام به انتشار اطلاعات کاملاً اشتباه می‌کنند. به عنوان یک نمونه بسیار عالی در بحث هراس اخلاقی به واسطه رسانه‌ها در رویداد بندر کلاکتون در انگلستان رسانه‌ها اقدام به بازنمایی اخباری در خصوص درگیری شدید در میان باندهای گانگستری می‌کردند، حال آنکه در بسیاری موارد خبری از این گروه‌های مجرمانه نبود. در پوشش خبری رسانه‌ها تصویر گروه فراوانی از نوجوانان و جوانان خلافکار در ذهن جلوه‌گر می‌شد که سوار بر موتورسیکلت امنیت جامعه را بر هم زده اند، حال آنکه در واقعیت تعداد موتورسواران انگشت شمار بود. این جوانان از سوی رسانه‌ها عده‌ای بچه پولدار و به اصطلاح مرفهین بدون درد معرفی می‌شدند، حال آنکه در واقع اکثر این جوانان متعلق به طبقه کارگر و متوسط پایین جامعه بودند. در رسانه‌ها عنوان شده بود که اکثر این جوانان از لندن به کلاکتون آمده اند، حال آنکه در واقع این افراد بومی منطقه بودند. گفته شده بود که اکثر این جوانان برای ایجاد درگیری به منطقه آمده‌اند، حال آنکه اکثر آنها صرفاً برای تماشای درگیری‌های احتمالی در آنجا حضور یافته بودند. در رسانه‌ها چنین عنوان شده بود که اکثر این افراد مرتکب جرائم خشونت‌بار شده‌اند، حال آنکه اتهام اکثر این افراد جنحه‌های کم اهمیت بود. همچنین رسانه خسارت وارده بر تجار و کسبه منطقه را بسیار بالا ارزیابی کرده بودند، حال آنکه، این عده بیش از هر کس دیگر از زیان به وجود آمده به منطقه نفع مالی می‌بردند، سیل عظیمی از جمعیت که برای مشاهده و بررسی موقوف به آن بندر دور افتاده می‌آمدند، تحولی در وضعیت اقتصادی

برخی پژوهشگران به این نتیجه رسیده اند که رسانه‌هایی که فضای بیشتری را به اخبار مجرمانه اختصاص می‌دهند، ترس بیشتری از جرم را نیز سبب می‌شوند. (همان، ۳۳۵) جامعه معمولاً به مواردی که ناقض ارزش‌ها و هنجارهای حاکم در آن باشد، پاسخ نشان می‌دهد. به عنوان نمونه پاسخ‌های اجتماع را می‌توان در قالب جرم‌انگاری و یا برخورد غیررسمی با یک رفتار مشاهده نمود. در بسیاری از موارد پاسخ اجتماع متناسب با خطر به وجود آمده نیست. این امر به دو معنا می‌تواند باشد. از یک سو، عدم تناسب می‌تواند به بزرگ‌انگاشتن و اغراق در تهدید موجود باشد. اما از سوی دیگر، عدم تناسب پاسخ می‌تواند در قالب عدم توجه یکسان به دیگر مشکلات اجتماعی حاصل شود. به عنوان نمونه بسیاری از محققین برخورد جامعه با مواد مخدر را نامتناسب می‌دانند. توضیح اینکه بسیاری از مشکلات مواد مخدر به دلیل اصل مبارزه با مواد مخدر است. جرم‌انگاری استفاده از تمامی انواع مواد مخدر سبب می‌شود تا قیمت آن بالا رفته و معتاد برای استفاده از مواد به منابع مالی بیشتری نیاز داشته باشد. نیاز به پول انگیزه کافی برای ارتکاب بسیاری از جرائم را فراهم می‌آورد. از سوی دیگر جرم‌انگاری استفاده از مواد مخدر، به شکل‌گیری باندهای مجرمانه حول تهیه و توزیع مواد مخدر می‌انجامد. باندهایی که پس از تشکیل تنها به تهیه و توزیع مواد بسنده نمی‌کنند، و برای به دست آوردن پول مرتکب بسیاری از جرائم دیگر می‌شوند. هراس اخلاقی به حساسیت بالای مردم به برخی مسائل اجتماعی که نوعاً به عنوان تهدید علیه نظم اجتماعی مطرح می‌شود، گفته می‌شود. هراس اخلاقی زمانی بروز می‌کند که شرایط، حالت، فرد و یا گروهی از افراد به عنوان تهدیدی بر ارزش‌ها و علایق اجتماعی معرفی می‌شوند. به نظر جرم‌شناسان نقش رسانه‌ها در ایجاد هراس اخلاقی انکارناشدنی است. رسانه‌ها با جنجال آفرینی و شایعه پراکنی به آشوب‌های اخلاقی دامن می‌زنند و خواسته یا ناخواسته هراس اخلاقی را به وجود می‌آورند. برای ایجاد هراس اخلاقی نیازی به وجود

این، رفتارهای ساکنان محل را تعیین می‌کرد، دیگر تأثیر زیادی ندارند. بر اساس رویکرد کنترل اجتماعی، مکانیسم‌های بازدارنده ترس از جرم شامل تلقی همسایگان از ظرفیت‌های کنترل اجتماعی رسمی و غیر رسمی است. به عبارت دیگر، کیفیت اجتماع از طریق عرف‌های مرسوم محلی، هنجارها و مجازات غیر رسمی و یا با قواعد رسمی و تنظیماتی که از طریق نهادهای دولتی اعمال می‌شود، حفظ می‌گردد. تلقی افراد از تخریب مکانیسم‌های کنترل اجتماعی رسمی و غیر رسمی نگرانی‌های اجتماعی شدید و ترس از جرم بیشتر را در پی دارد. (Hawang e,g, 2006, 82.)

۲٫۴ رویکرد عوام‌گرایی کیفری

رسانه‌ای شدن موضوعات مربوط به دادرسی، محاکمه و مجازات علاوه بر اینکه فعلی مثبت جهت تنویر افکار عمومی و روشن بودن وضعیت دادرسی و سازوکار قوه قضاییه است و همواره نظارت رسانه بر آن را توجیه می‌کند، اما سبب عوام‌گرایی قضایی نیز می‌شود. عوام‌گرایی قضایی رویکردی است که براساس آن سیاست‌گذاران و دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری به منظور جلب آرای عمومی، بدون توجه به یافته‌های علمی سیاست‌های کیفری، با استفاده از رسانه‌ها که عمدتاً دولتی یا در اختیار دولت هستند، نمایشی عامه‌پسند را تدوین و اجرا می‌کنند. مهم‌ترین ویژگی‌های سیاست‌های مبتنی بر عوام‌گرایی قضایی، سیاست‌گذاری از رهگذر حرکت‌های توده‌گرا و در فضای احساسی، توجیه سیاست‌های غیر علمی با استناد به خواست و مطالبه عمومی و انتساب ناکامی در کنترل جرم به دشمنان فرضی است. شاخص‌ترین پیامدهای عوام‌گرایی قضایی، تورم قوانین کیفری، تحدید موازین دادرسی عادلانه، افزایش جمعیت کیفری و هزینه‌های نظام عدالت کیفری است. (مقدسی، ۱۳۹۰، ۱۲) سیاست‌های کیفری عوام‌گرا معمولاً سختگیرانه، عامه‌پسند، نمایشی و احساسی بوده و فاقد مبنای نظری و علمی است. در بسیاری از موارد واکنش‌های کیفری عوام‌گرا در فضای

مردم منطقه ایجاد کرده بودند. (سید زاده، منبع پیشین، ۳۷۰) گاه طرح نادرست ارقام و اعداد در خصوص فراوانی یک رخداد مجرمانه سبب ایجاد هراس اخلاقی می‌شود. گاه رسانه‌ها مطالبی را عنوان می‌کنند که از ریشه دروغ است و هیچ ردپایی از ادعای مطرح شده در عالم واقع مشاهده نمی‌شود. به عنوان نمونه در ایران، موارد متعددی از هراس اخلاقی از جرائم مهاجرین افغان بوده‌ایم. در بسیاری موارد جرائمی به مهاجرین افغان نسبت داده شده که فاقد صحت بوده و همین نسبت نادرست سبب ایجاد هراس اخلاقی و ارتکاب جنایات متعدد علیه افغانی‌ها شده است.

۲٫۲ نظریه پنجره‌های شکسته

در نظریه پنجره‌های شکسته، بی‌نظمی در اجتماع منجر به ترس از جرم، کناره‌گیری ساکنان از اجتماع، کاهش میزان کنترل اجتماعی غیر رسمی و نهایتاً افزایش فراوانی و شدت بی‌نظمی و جرم می‌شود. از نظر محققان این رویکرد، شاخص‌های ساده بی‌نظمی اگر مورد توجه قرار نگرفته و به حال خود رها شوند، می‌تواند موجب افزایش جرائم شود. بی‌نظمی مهار نشده، ساکنان را هراسان می‌کند به طوری که آنها به این نتیجه می‌رسند هنجارها و رفتارها از هم گسیخته شده، کنترل اجتماعی در همسایگی از بین رفته و مقامات رسمی و دولتی قادر به رفع این معضلات نمی‌باشند. لذا با کنار کشیدن خود، سطح کنترل اجتماعی غیر رسمی کاهش یافته و این امر به نوبه خود موجب بی‌نظمی بیشتر و حتی افزایش جرم می‌شود. بنابراین، بی‌نظمی‌های مشاهده شده و افزایش جرائم خود بر ترس از جرم موثر خواهد بود. (hinkle, j. c, 2005, 58.)

۲٫۳ نظریه کنترل اجتماعی

از دیدگاه کنترل اجتماعی نیز، ترس از جرم صرفاً واکنش عاطفی به تجربه قربانی شدن نیست بلکه پیامد از بین رفتن کنترل اجتماعی است که ساکنان یک شهر آن را تلقی می‌کنند. ترس زمانی رخ می‌دهد که ساکنان به این نتیجه می‌رسند که مکانیسم‌های کنترل اجتماعی و ارزش‌ها و معیارهایی که سابق بر



سرمایه‌گذاری‌های سنگین در این زمینه نتایج مطلوبی به همراه نداشته است. (حبیب زاده و محمودی اصل، ۱۳۹۶، ۸۲). از آنجا که رسانه‌ها در دنیای کنونی بسیار متنوع و پیچیده‌اند، بسان يك شمشیر دو لبه هستند که هم می‌توانند کارکرد مثبت داشته باشند و هم کارکرد منفی. بر این اساس رسانه‌ها در روند تثبیت یا وفاق و امنیت عمومی و مشارکت همه جانبه مردم در تأمین امنیت عمومی و شرکت در نظام عدالت کیفری با نقش‌ها و کارکردهای مختلفی، نمود می‌یابند، کارکردهایی که برآمده از توجه یا بی‌توجهی به ساختار فرهنگی جامعه و شدت و شتاب تغییرات آن است. اصولاً رسانه‌های گروهی مبتنی بر ارتباط هستند و ارتباط فرایندی است که از طریق آن پیام‌ها صرف نظر از محتوای آن و وسایل به کارگرفته شده از فردی به فرد دیگر انتقال پیدا می‌کند و به این ترتیب کنش متقابل امکان پذیر است، مجموعه شرایطی را که در برابر ارتباطات حاکم است میتوان در ابعاد فیزیکی، فرهنگی، روانی و اجتماعی و زمانی جستجو نمود. رسانه‌های ارتباط جمعی دارای قدرت و شعاع عمل وسیعی در میان توده‌های مردم می‌باشند. پس می‌توان آنها را همچون نهادهای اجتماعی مورد شناخت قرار داد. در میان عوامل متعدد مرتبط با جرم، نقش رسانه‌ها از اهمیت خاصی برخوردار است و در حقیقت احتمال این که تلویزیون، رادیو، مطبوعات، سینما و ... هیچ نفوذی در عقایدی که مردم از آنها دفاع می‌کنند و یا رفتارهای مطلوب و به‌هنجار نداشته باشند خیلی کم است با وجود این اگر تعدادی از افراد را به شکل مجرد در نظر بگیریم و آنها را تحت تأثیر مستقیم و بدون قید و شرط رسانه بدانیم نیز اشتباه است. نگرش‌ها و رفتارهای افراد تحت تأثیر روابط اجتماعی خود نیز قرار دارد و به عنوان مثال گروه‌های نخستین خانواده، گروه، دوستان، همکاران نزدیک اداری و ... تأثیر بسیاری در این زمینه دارند. (محسنی، ۱۳۷۹، ۳۲۷). به هر حال همواره عده‌ای رسانه‌ها را به مثابه علل ایجاد کننده یا مقوم تشدید کننده جرائم و یا تسهیل کننده جنایات می‌نگرند، و خواهان اعمال

احساسی و هیجانی، به ویژه پس از حوادث مهم جنایی، مطرح می‌شوند و در تلاشند تا با توسل به تدابیر کیفری شدید، پدیده‌های مجرمانه را در کوتاهترین زمان ممکن کنترل کنند. این رویکرد نیازی به شناخت علمی پدیده‌های مجرمانه در خود احساس نمی‌کند و با استناد به تفسیرهای غیرعلمی از خواست و انتظار عمومی، درصد سرپوش گذاشتن بر ضعف مبنای نظری سیاست‌های کیفری است. همچنین این نگرش در پاسخ به عوامل ناکامی سیاست‌های کیفری سختگیرانه در کنترل جرم، با استفاده از رسانه‌های در اختیار روش فرافکنی را در پیش گرفته، ریشه تداوم ناامنی را مقاومت در برابر اجرای این سیاست‌ها و نیز وجود گروه‌های غیرخودی و ناهمگن با اکثریت جامعه تلقی می‌کند. (فرجی‌ها، و مقدسی، ۱۳۹۲، ۱۳۷)

۳ نسبت رسانه‌ها با جرائم ارتكابی

جرائم معمولاً مخفی و پنهان هستند، با استناد به دو مفهوم رفتار جلوی صحنه و رفتار پشت صحنه می‌توانیم بگوییم جرم در دورترین بخش صحنه یا حتی بیرون از صحنه رفتارهای اجتماعی صورت می‌گیرد. همین مخفیانه بودن جرم باعث می‌شود امکان جدا کردن عوامل تأثیرگذار رسانه‌های جمعی و بررسی سنجش و نقش آنها دشوار باشد. از آنجا که جرم هم شامل جرائم بزرگ و خشن نظیر قتل، تجاوز به عنف هم جرائم جزئی و محدود می‌شود، لذا با یک گزاره نمی‌توان رابطه رسانه‌ها و جرم را توصیف کرد و یا آن را به سادگی نشان داد. اما به یقین می‌توان ادعا کرد که رسانه‌ها در زمینه جلب اعتماد و مشارکت مردم در تحقق برنامه‌ها و اهداف ارگان‌ها و سازمان‌های امنیتی و انتظامی نقش بسیار مهمی دارند. چرا که انواع جرائم و بزه‌کاری‌ها در کنار معضلات دیگر اجتماعی به یکی از منابع گسترش و توسعه احساس ناامنی در جامعه تبدیل شده تا جایی که اعمال کیفری، زندان و حبس‌های طولانی و خیلی از برنامه‌ها و

۴،۱ گسترش خشونت

اصولاً خشونت و عمل خشونت آمیز، عملی خواهد بود که با رفتار تهاجمی به خصوص از نظر جسمانی و یا حداقل بیانی همراه گردد. (گیدنز، ۱۳۷۳، ۷۸). امروزه خشونت و پرخاشگری در میان جوانان شایع شده است که معلول علل و عوامل متعددی است و مطالعات انجام شده نشان می‌دهد که رسانه‌های جمعی در این زمینه تأثیر بسیاری داشته‌اند، زیرا رسانه‌ها با تبلیغات کالاهای رنگارنگ، شغل مرفه را آرمان و هدف مخاطبان ترسیم می‌کنند، در حالی که این هدف با شغل و درآمد مخاطبان قابل دسترسی نیست، در نتیجه میان اهداف و ابزار مشروع دستیابی به این اهداف فاصله ایجاد می‌شود. یعنی فرد احساس محرومیت می‌نماید، این وضعیت منجر به خشونت و پرخاشگری در میان افراد می‌گردد. به عبارت دیگر رسانه‌ها موجب می‌شوند که میل به مصرف کالاهای لوکس در بین مردم افزایش یابد، اما وقتی این میل و تقاضا امکان ارضاء ندارد، در نتیجه به خشونت تبدیل می‌شود و یا فرد را به انجام عملی غیرقانونی مانند سرقت جهت دستیابی به کالاهای تبلیغی ترغیب می‌نماید. بر این اساس بایستی اذعان داشت که اولاً سیاست‌های کلی فرهنگی دولت که از طریق قوه مجریه و مجمع تشخیص مصلحت نظام و سایر ارگان‌های حاکمیتی (غیر از قوه قضاییه) تدوین می‌شوند بایستی اهدافی را از لحاظ فرهنگی در سطح جامعه تبلیغ و نشر دهد که امکان وصول و نیل به آن برای همه یا اکثریت آحاد جامعه امکان پذیر باشد، ثانیاً اینکه برای رسیدن به آن اهداف، وسایل و ابزار لازم مشروع را به نحو تساوی در دسترس همه شهروندان بدون تبعیض قرار دهد به عنوان مثال اهداف حال حاضر جامعه ایرانی که خواسته یا ناخواسته از طریق رسانه‌های جمعی، رادیو و تلویزیون نشر پیدا می‌کند داشتن امکانات مادی بالا از قبیل مسکن، ماشین، املاک، دارایی، ظاهری آراسته و ... است. این در حالی است که ابعاد معنوی زندگی اجتماعی آنچنان که در قانون اساسی منعکس است، در نشر و توسعه اهداف مذکور مورد غفلت واقع شده است از طرف دیگر

محدودیت و سانسور جهت رعایت حقوق مصرف کنندگان مخصوصاً کودکان می‌باشند. این گروه سیاست‌های انقباضی و محدود کننده‌ای را جهت نمایش خشونت و جرم و پخش این برنامه‌ها در ساعات کم بیننده و کاهش میزان خشونت رسانه‌ها ارائه می‌دهند. در مقابل، گروه دیگر با برشمردن نقش نظارتی و اطلاع رسانی و آگاهی بخش رسانه‌ها بر جریان جامعه پذیری و درونی کردن هنجارها و آموختن تجارب جدید اشاره کرده و با تکیه بر آزادی و حفظ حقوق رسانه‌ها به نقش آنان در بازدارندگی جرائم، فساد زدایی از سیستم انضباطی و قهریه نظیر پلیس و ...، شفاف سازی رفتار نهادهای متولی کنترل اجتماعی، تصریح و وضوح هنجارهای اجتماعی و شفاف سازی رفتارهای غیرمجاز و تشدید هم‌نوايي افراد و جامعه با هنجارهای اجتماعی اشاره می‌نمایند و رسانه را به عنوان رابط مردم با دستگاه‌های متولی سیاست گذاری و اجرا در حوزه کنترل اجتماعی می‌انگارند که می‌توانند شکاف میان واقعیت و حقوق را در نظام قانونگذاری و قضایی بهتر نشان داده و در سامان مندی سیستم قانونگذاری و بالا بردن کارایی سیستم کنترل اجباری به آن کمک نماید. (جهان بین، ۱۳۸۲، ۱۰۳) در واقع رسانه‌ها اثر انکار نشدنی که گاه به صورت ناخواسته بر ذهنیت و احساسات مخاطب خواه به صورت مثبت یا منفی باشد می‌گذارد، مثلاً دیدن یک فیلم خشن یا غیر اخلاقی به شدت مخاطب را تحت تأثیر خویش قرار می‌دهد و گاه حتی آموزشهایی را می‌بیند که سبب ارتکاب جرم توسط مخاطب می‌شود. که نگارنده اعتقاد دارد باید مطالعات عمیق و مناسب صورت پذیرد تا زوایای پنهان این موجود شناخته گردد.

۴ اثرات منفی رسانه بر ارتکاب

جرم

در این قسمت اثرات منفی رسانه را بر ارتکاب جرم مورد تحلیل و بررسی قرار خواهیم داد تا روشن شود که بازتاب اطلاعات مربوط به جرائم چه تأثیری بر بروز ارتکاب جرائم خواهد داشت.



بودن رسانه‌های جمعی و برنامه‌های محتواهایی است که از طریق آن پخش می‌شود. (جهان بین، ۱۳۸۲، ۹۹) به نظر می‌رسد که بسیاری از مخاطبان از مطلب انتشار یافته از رسانه‌ها تأثیر می‌پذیرند. (سروت، ۱۳۸۰، ۲۳۱) رسانه‌ها با انعکاس اخبار، گزارش‌ها و تصاویر مربوط به پدیده‌های جنایی، نه تنها نگرش خاصی را به مخاطبان القا کرده، بینش‌های مردم را تحت تأثیر قرار می‌دهند، بلکه چگونگی قضاوت و داوری آنان درباره جرم و نظام عدالت کیفری را دگرگون می‌کنند. بنابراین میتوان ادعا کرد که برداشت مردم از جرم و انحرافات اجتماعی تا اندازه زیادی محصول تأثیر رسانه‌ها است. لذا خشونت و افزایش آن می‌تواند به سبب تأثیرات رسانه‌های جمعی و بازتاب آنها از جرم، جنایات، فرایند رسیدگی‌ها و علنی کردن مقولات قضایی جرائم باشد، به این معنا که رسانه‌ها علل افزایش بسیاری از ناامنی، خشونت‌ها، جرم و جنایت و در کل ناهنجاری‌ها است. (عبدالرحمانی، ایارگر، ۱۳۹۵، ۶۵)

۴٫۲ تقلید و یادگیری و افزایش جرائم

هر از چندگاهی جرائمی ارتکاب می‌یابد که ادعا می‌شود مرتکبان آنها از رسانه‌های گروهی الهام گرفته‌اند. چنین جرائمی سبب بروز رشته مطالعاتی جدید شد که با عناوینی چون جرائم تقلیدی، جرائم بدلی و یا جرائم مسری شناخته می‌شود که البته عنوان نخست از سایر عناوین شناخته شده‌تر و با کاربرد بالاتر در میان ادبیات تحقیقی است. این عناوین اشاره به رفتارهایی دارد که برگرفته از اعمالی است که مرتکب قبلاً آنها را مشاهده کرده است. برای آن که جرمی را تقلیدی بدانیم، باید آن جرم ناشی از جرائمی باشد که در رسانه‌ها بازتاب داشته‌اند و بزهکاران در رسانه‌ها چیزی در رابطه با آن شنیده یا دیده باشند و جرم خود را بر آن اساس پی‌ریزی نموده باشند. در جرائم تقلیدی انتخاب انگیزه، قربانی‌ها و شگردهای اجرایی جرم همان بازتاب رسانه‌ای یا الهام گرفته از آن باشد، البته رسانه بیشتر نقش سهل کننده و کاتالیزور دارد. به

علی‌رغم وجود نقص در تدوین سیاست کلی فرهنگی در سطح جامعه، ابزار لازم برای رسیدن به این اهداف تک بعدی مادی نیز برای همگان در دسترس نیست، لذا لاجرم جرائم و خشونت افزایش پیدا می‌کند.

محتوای خشونت بار رسانه‌ها به بروز رفتارهای خشن در افراد جامعه دامن می‌زند و ممنوعیت‌های اخلاقی و اجتماعی به کارگیری خشونت را کمرنگ می‌کند. صاحب‌نظران ارتباطات سازوکارهای تحریک کننده خشونت را شامل بازسازی زدایی یا همان کاهش خودداری بینندگان از انجام اعمال پرخاشگرانه، حساسیت زدایی و افزایش تحمل بینندگان و قبول خشونت و برانگیختگی‌زایی می‌دانند. رسانه‌ها قادرند فنون ارتکاب جرائم را آموزش دهند، جرائم را مهیج و لذت بخش جلوه کنند، ارضاء شدن آنی را ترویج دهند و فرد را به همانند سازی با مجرم ترغیب کنند، البته جرم زایی رسانه‌ها به تعامل محصولات رسانه‌ای خصوصیات جرائم و مجرمان آن، بافت رسانه مثل مقدار پوشش رسانه‌ای، سبک‌های ارائه، حمایت از ارتکاب جرائم و بافت اجتماعی مانند هنجارهای فرهنگی موجود، گرایش‌های مصرف کنندگان، فرصت‌های ارتکاب جرم و تعداد خلافاکاران موجود بستگی تام دارد. (فیروزبخت، مهرداد، ۱۳۸۰، ص ۲۳۱). مثلاً هفته‌نامه ساندی تایمز حاکی از آن است که برخی از کارشناسان مسائل اجتماعی در کشورهای غربی معتقدند یکی از علل رواج خشونت و وقوع جرائم و جنایات، از سوی نوجوانان و جوانان در این جوامع بدآموزی‌های تلویزیونی این کشورها است. مثلاً در ارزیابی شبکه‌های اصلی تلویزیون آمریکا مانند CBS, NBC, ABS مشخص شده است که این شبکه‌ها در برنامه‌های خود در هفته ۹۲ مورد حمله با اسلحه گرم، ۱۱۳ صحنه تجاوز به عنف، ۹ فقره خفه کردن، ۱۶۸ نزاع و ۱۷۹ مورد تخلف از قانون را نمایش می‌دهند و هر فرد جمعاً ۱۳۰۰۰ مورد قتل و تجاوز را مشاهده می‌کند. (کریمی، ۱۳۷۵، ۵۶). افکار عمومی مدت‌های مدیدی است که نگران جرم زا

رسانه نقشی انکارناشدنی بر عهده دارند. (سید زاده، منبع پیشین، ۳۶۰)

رسانه‌ها اغلب جرم را در قالب موج‌های برجسته و متمایز و به تعبیر نویسندگان، امواج جرم به تصویر می‌کشند، بدین شکل که با ارائه گزارش‌های مکرر از ارتکاب برخی اشکال خاص جرم شامل جرم خیابانی مانند ضرب و شتم، تجاوز به عنف و قتل، موجب می‌شوند که توجه افکار عمومی با شدت بیشتری، به این دسته از جرائم جلب شود. نکته جالب توجه آن است که برای تحقق مفهوم امواج جرم، ضرورتی وجود ندارد که موارد وقوع یک رفتار مجرمانه در عمل نیز افزایش داشته باشد، بلکه کافی است که در افکار عمومی این تلقی ایجاد شود که این موارد با شدتی توجه برانگیز رو به فزونی است. (سلیمی، داوری، ۱۳۹۷، ۱۵۹) در حقیقت همزادپنداری بیننده و شنونده با شخصیت‌های به تصویر کشیده موجب می‌شود تا از جهت روانی این مقارنت را به نقطه پایانی برساند و به نحوی خود را جایگزین و بدل آن چهره نماید و از این مشابهت سازی به نیازهای واهی ایجاد شده و گرایش منفی شکل گرفته پاسخ دهد.

۴٫۳ تغییر در مفهوم جرم

رسانه‌ها تأثیر بسزایی بر تصویر کلی از جرم در جامعه دارند تا آنجا که تصورات و پنداره‌های موجود درباره جرم عمدتاً محصول رسانه‌ها است. رسانه‌ها معمولاً جرم را در قالب نوعی جرم خیابانی معرفی می‌کنند، مفهومی که با ایجاد رعب و وحشت در میان افراد جامعه گره خورده است و خشونت رکن عمده آن می‌باشد. (ضمیری، ۱۳۸۱، ۱۱۰)

بدین ترتیب جرائم دیگری مانند تخریب محیط زیست، حیف و میل اموال عمومی، جرائم مربوط به بهداشت و امنیت غذایی، جرائم مالی و بانکی و مالیاتی و موارد دیگر کمتر مطرح می‌شود. ماهیت مفهومی جرم و قلمرو آن متأثر از کنش‌های رسانه ای واکنش جدیدی از خود نشان می‌دهد و چهره بی بدیلی از خود می‌سازد. گاهی اوقات تصویرسازی خیالی جرم واقعی را رقم می‌زند که با موارد سابق

نظر می‌رسد احراز دو شرط برای تقلیدی خواندن یک جرم ضروری است: ۱. وجود شباهت میان جرم تقلیدی و جرم الگو، این شباهت می‌تواند در قالب نحوه انتخاب بزه دیده، انگیزه ارتکاب و یا روش ارتکاب بزه بروز و ظهور یابد. ۲. پوشش رسانه‌ای جرم الگو، بدین ترتیب دومین شرط جرائم تقلیدی آن است که جرم الگو پوشش رسانه‌ای وسیع یافته باشد تا بتوان رابطه علیت میان جرم الگو و جرم تقلیدی را برقرار کرد. از سوی دیگر جرم الگو الزاماً جرم واقعی نیست و می‌تواند در قالب فیلم، داستان، مستند و ... باشد. بسیاری از پژوهشگران در خصوص احتمال تأثیر رسانه بر روند ارتکاب جرم هشدار داده‌اند. به عنوان نمونه رسانه‌ها گاه اقدام به انتشار جزئیاتی مجرمانه از روال تحقیقات مقدماتی، نحوه کشف جرم و دستگیری متهم می‌نمایند. این داده‌ها در برخی موارد به کار مجرمین بعدی آمده و روال کشف جرم و یا دستگیری متهم را در جرائم بعدی مختل می‌کند. به عنوان نمونه، در موارد آدم‌ربایی و گروگان‌گیری، پلیس از تکنیک‌های خاصی برای مذاکره با آدم‌ربایان و رهاسازی گروگان‌ها بهره می‌جوید. برخی پژوهشگران به این نکته اشاره کرده‌اند که انتشار این راه‌کارها در رسانه‌های گروهی سبب شده تا این راه‌حل‌ها در جرائم بعدی کارساز نباشد. به دیگر سخن، مجرمین مقلد، از مجرمین الگو درس گرفته و در دام‌های پلیس گرفتار نیامده‌اند. همچنین به موجب برخی پژوهش‌ها، پوشش رسانه‌ای جرائمی چون سرقت مسلحانه سبب افزایش این جرائم شده است. با توجه به موارد فوق در کل می‌توان به این نتیجه‌گیری رسید که تردیدی وجود ندارد که مواردی از جرائم تقلیدی وجود دارد و برخی افراد تحت تأثیر آنچه در رسانه مشاهده می‌کنند مرتکب بزه می‌شوند. همانگونه که بیان شد تصاویر رسانه‌ای جرم می‌تواند باعث افزایش میزان جرائم و به شکلی قوی‌تر سبب کیفیت بخشی به رفتار مجرمانه شود. هرچند، رسانه تنها عامل دخیل در اینگونه جرائم نبوده و خصوصیات فردی مرتکب نیز در تأثیرگذار بودن



که وقتی رسانه‌ها اعلام می‌دارند که فلانی بدترین یا بهترین یا خطرناک‌ترین جنایتکار است، موجب می‌شود که این مجرم با این عناوین خویشتن را در زندان تسکین دهد و حتی نسبت به دیگران احساس فخر کند. برای مثال در مشاهده شخصی با یکی از زندانیان بند اعدامی‌ها و محکومین به زندان طویل‌المدت در زندان قصر تهران فردی که مرتکب چند فقره قتل شده بود تکه‌های روزنامه انتخاب، ایران و همشهری را جمع می‌کرد و با افتخار آنان را به دیگر زندانیان نشان می‌داد و احساس مباهات می‌کرد، دیگر زندانیان نیز برای وی احترام خاصی قائل بودند و به تعداد دفعاتی که در روزنامه‌ها و صدا و سیما به موضوع قتل وی پرداخته شده بود وی خود را از دیگران مهم‌تر و با ارزش‌تر می‌دید. (جهان بین، ۱۳۸۲، ۱۰۳ و ۱۱۲).

۴٫۵ اخلال در روند عدالت کیفری

در برخی از موارد روند دادرسی و محاکمه که از طریق رسانه‌ها پوشش داده می‌شود، اسباب اخلال در روند عدالت کیفری و طی طریق صحیح سیستم قضایی را فراهم می‌آورد. بدین معنا که ممکن است رسانه‌ای شدن موضوع و بازتاب وسیع آن در شبکه‌های مجازی و رادیو و تلویزیون و واکنش‌های شخصیت‌های هنری، سیاسی، اقتصادی و ... سبب شود که ذهن قاضی و مقامات رسیدگی کننده منحرف شود و روند عدالت کیفری با اخلال و موانعی مواجه شود، گاهی دیده می‌شود رسانه‌ای شدن موضوع روند و فرایند دادرسی‌ها به دلیل نوع خاص جرم و یا خاص بودن شخصیت مجرم، باعث شده است که حساسیت موضوع بالا رفته و پرونده برای مدتی مسکوت شده و یا به دلیل اقناع فضای ملتهب جامعه که ناشی از رسانه‌ای شدن موضوع است، با سرعت زیاد ولی دقت کم بسته شود.

به بیان دیگر باید گفت که رسانه‌ها نباید جبهه مجزا، له یا علیه متهم باز کنند. انتشار هر مطلبی که مستقیم یا غیر مستقیم ماهیت یک دادرسی را متأثر سازد و به ویژه متهم را گناهکار یا بی‌گناه معرفی کند، محاکمه رسانه‌ای محسوب می‌شود. بر این اساس،

متفاوت است، در این حالت به دلیل مفاسد عظیمی که رخ می‌دهد نیاز به جرم انگاری به شدت در میان عموم مردم احساس می‌شود مانند رخدادهای نوین رایانه ای-اینترنتی یا تخلفات تجاری و مالی الکترونیکی که نمونه‌های نوظهور بین المللی می‌باشد. اینجاست که در پرتو خیال سازی رسانه ای عنوان نوینی خلق می‌شود.

۴٫۴ قهرمان سازی

شهرت طلبی یکی از خواسته‌های غریزی افراد است. هرکس به حکم طبیعت دوست دارد مشهور باشد و همه او را بشناسند. این خواهش درونی اگر کنترل نشود، آرامش روحی و روانی فرد را بر هم زده و گاهی افراد را وادار به انجام کارهایی بس خطرناک می‌کند که سلامتی یا آبروی وی را به خطر می‌اندازد. از این نظر، رسانه‌ای کردن جرم و مجازات برای بعضی افراد نه تنها امری نامطلوب نیست، بلکه وسیله‌ای جهت ارضاء شهوت شهرت طلبی است و حتی ممکن است بعضی افراد به ویژه جوانان و افرادی که در سنین خاصی مانند بلوغ قرار دارند برای کسب شهرت و نشان دادن خود به دوستان و همسالان دست به ارتکاب جرم بزنند. در این زمینه قضاوت قهرمان پندارانه گروه‌های همسال نیز، نقش مهمی در تقویت این حس در نزد مجرمین دارد. از نظر دیگر رسانه‌ها در قالب فیلم‌های تلویزیونی و سینمایی برای بزهکاران زندگی‌های بسیار پرتجمل و اشرافی که جذابیت زیادی برای جوانان دارد مانند کاخ‌ها و وسایل زندگی لوکس و گرانیقیمت، اتومبیل‌های مجلل، و ... را به نمایش می‌گذارد (کریمی، ۱۳۷۴، ۵۵)

هرچند رسانه‌ها قصد منفی سازی و عبرت آموزی دارند اما نحوه انتقال پیام وارونه می‌گردد و افراد بزهکار تبدیل به قهرمانان جوانان و نوجوانانی می‌شوند که با مقایسه نوع زندگی خود با آن زندگی اشرافی دچار یأس و ناامیدی شده و برای دستیابی به امکاناتی که بتواند آن گونه زندگی‌های ایده‌آل را برای آنان فراهم کند، به کارهای غیرقانونی گرایش پیدا کند. یکی از آثار ناگوار این رسانه‌ها این است

کرد. به عنوان نمونه برخی از صاحب‌نظران ممکن است درباره روند دادرسی یک دادگاه، در خصوص برگزاری جلسات دادرسی و چگونگی برخورد دادگاه با متهم و رأی صادر شده اظهار نظرهایی انتقادی ارائه کنند. این گونه اظهارنظرها بعضاً از طریق رسانه‌های همگانی نیز منتشر می‌شوند. برای مثال، وکیل محکوم علیه ضمن یک مصاحبه مطبوعاتی دادگاه را به جانبداری از یکی از طرفین دعوا یا اخذ رشوه متهم می‌کند. در چنین مواردی، ممکن است از عملکرد یک قاضی یا عملکرد کل نظام قضایی کشور انتقاد شود. هر دو فرض و البته بیشتر در فرض اخیر، انتقاد ممکن است به بی‌اعتمادی به نظام قضایی و دادگاه‌ها منجر گردد و بدین وسیله دولت در ارائه مهم‌ترین خدمت عمومی یعنی اجرای عدالت، ناتوان معرفی شود. در نتیجه، این پرسش مطرح می‌گردد که انتقاد از احکام، تصمیمات و اقدامات قضایی تا چه اندازه مجاز است؟ در پاسخ به این پرسش قاعده آن است که اگر انتقاد از احکام و تصمیم‌های قضایی و جریان دعاوی در دادگاه‌ها مستند باشد در بهبود کار دادگستری سودمند می‌افتد و جامعه از آن بهره می‌برد. روزنامه‌ای که دو حکم صادره از دو مرجع قضایی را که در دو قضیه مشابه صادر گردیده با هم مقایسه و اختلاف آن دو حکم را ناشی از سوابق و تحصیلات و شخصیت فروتر یکی از آن دو قاضی دانسته، آیا به دادگاه اهانت کرده است؟ پاسخ منفی است زیرا اقتدارات و مقام قضایی و اوصاف و شخصیت او تا حدی که به کار قضایی وی مربوط می‌شود از امور عمومی است و انتقاد موجه از آن، چه خصوصی چه عمومی از حقوق افراد جامعه است.

برعکس، انتقاد از دادگاه یا دادرسی یا دادنامه به گونه‌ای که اعتماد عمومی را به نظام قضایی سست گرداند یا هتاک به شخصیت قاضی باشد یا بی‌دلیل وی را در انجام دادن وظایفش به بی‌طرفی متهم سازد از مصادیق رسواسازی دادگاه محسوب می‌شود.

رسانه‌ها حق ندارند با شهود قضیه مصاحبه و اظهارات آنان را منتشر کنند. همچنین نمی‌توانند مدعی شوند که متهم به جرم انتسابی اعتراف کرده است یا عکس کسی را پیش از صدور حکم نهایی چاپ و ادعا کنند که جرم از او سر زده است. تحقیق و بازجویی و انتشار مطالب حاکی از فساد و رشوه خواری، سوءاستفاده از خزانه دولت و حقوق عمومی هرچند از حقوق و اختیارات رسانه‌های همگانی است اما گزارش‌های آنان نباید اشخاص را چنان در معرض اتهام قرار دهد که دادرسی عادلانه و خالی از تعصب را درباره آنان دشوار سازد یا با پیش‌بینی نتیجه دادرسی، افکار عمومی را علیه اشخاص مظنون به هیجان آورد. مصاحبه‌های مطبوعاتی و رادیو تلویزیونی با اشخاصی که در مظان اتهام هستند و سپس استناد به اظهارات آنان، به ویژه در جریان دادرسی، ایرادها و اعتراض‌های فراوانی را برانگیخته است، از این اقدامات رسانه‌ها به محاکمه رسانه‌ای یاد شده است، زیرا اشخاص پیش از رسیدگی عادلانه در دادگاه در افکار عمومی محکوم و از رسیدگی بی‌طرفانه قضایی محروم می‌شوند.

انتشار سوابق محکومیت‌های کیفری یک متهم در گذشته، از مصادیق بارز اخلاف در دادرسی‌ها به شمار می‌رود. به عنوان نمونه، ممکن است روزنامه‌ای گزارش دهد که «الف» به سبب اختلاس تحت تعقیب قرار دارد و سابقاً نیز به خاطر ارتکاب همین جرم مدتی را در زندان سپری کرده است تا بدین سان دست کم بعضی از اعضای هیأت منصفه باور کنند مرتکب جرم فعلی- که تحت تعقیب است- همان شخص «الف» است. در نظام حقوقی کامن‌لا، قاعده کلی در محاکمات کیفری این است که هیأت منصفه نباید از سوابق قبلی متهم آگاه باشد، زیرا آگاهی از سوابق مذکور با ایجاد پیش‌داوری در برخی از اعضای هیأت منصفه یا در دادرسی ممکن است بر جریان درست رسیدگی‌ها تأثیر بگذارد. (انصاری، ۱۳۹۷، ۲۴۰)

از ابعاد دیگر می‌توان اخلاف در روند عدالت کیفری را از منظر کاهش اقتدار دادگاه نیز ملاحظه



۴٫۶ نقض حریم خصوصی

هرچند افراد جامعه بر اثر داشتن ارتباطات اجتماعی وسیع با کنش‌گران، دارای وجوه مشترک رفتاری هستند، اما هر یک از آنها دارای حریم خصوصی می‌باشند که مربوط به امور شخصی و خانوادگی و روابط میان فردی است. تمام اعضای جامعه تلاش می‌کنند این حریم مانند میزان علاقه به همسر و فرزند، اختلافات خانوادگی، روابط، سلیقه‌ها، رفت و آمدها، میزان درآمد و ... را از منظر دیگران دور نگاه دارند.

از سوی دیگر مطبوعات و رسانه‌های گروهی به جهت وظیفه خبررسانی و اطلاع رسانی با ورود به اسرار خصوصی افراد، به ناچار اصل ممنوعیت ورود به این حریم را نقض می‌کنند. امروزه رسانه‌ها قدرت بی‌سابقه‌ای برای درنوردیدن حریم خصوصی افراد دارند، مانند انتشار خبر کشتن یک کودک توسط والدینش، کشتن همسر به بهانه عشق با دیگری و موارد مشابه این. ورود در حریم خصوصی افراد از نظر بازخوردهای اجتماعی و کارکردهایی که در شکستن مرزهای خصوصی مردم دارد، دارای اهمیت فوق‌العاده‌ای است. به گونه‌ای که تجسس و افشای زوایای پنهان زندگی مردم برای دستیابی به اطلاعات جزئی از آنان، به شدت در متون دینی نهی و مذمت شده است. به تعبیر دیگر اسلام می‌خواهد مردم در زندگی خصوصی خود از هر نظر در امنیت باشند. بدیهی است اگر اجازه داده شود که هرکس به تجسس درباره دیگران برخیزد، حیثیت و آبروی مردم با چالش‌های جدی مواجه خواهد شد. این کارکرد منفی رسانه‌ها در کشورهای جهان نیز ابعاد وسیعی یافته است، به طوری که در سال ۱۹۹۰ دیوان آمریکا اعلام کرد که سازمان خبری اجازه ندارد به پرونده‌های اف بی آی در زمینه تجاوزهای جنسی دسترسی پیدا کند، اف بی آی برای کوتاه کردن دست مطبوعات از این نوع پرونده‌ها به دیوان فدرال متوسل شد و اعلام کرد که اگر چه این پرونده‌ها با استناد به اسناد علنی و گزارشات دستگیری‌ها و رسیدگی‌های قضایی تهیه شده است، اما کامپیوتری

کردن این اطلاعات، حریم خصوصی افراد را به خطر خواهد انداخت. بر اساس نتایج نظرسنجی خواهی موسسه گالوپ ۷۳ درصد از مردم آمریکا معتقدند که مطبوعات حریم خصوصی افراد را نادیده می‌گیرند. (ضمیری، ۱۳۸۱، ۱۱۶) به هر حال همین مرزبندی حریم خصوصی از حریم عمومی جامعه می‌بایست به طور مشخص تعریف شود و به وسیله قانون، ضمانت اجرا داشته باشد و رسانه‌ها نیز خود را موظف به رعایت آن موازین بدانند.

۵ راهکارهای پیشگیری از جرم از طریق رسانه

در این قسمت به بحث و بررسی در خصوص راهکارهای پیشگیری از جرم از طریق رسانه خواهیم پرداخت.

۵٫۱ پیشگیری از طریق آموزش عمومی

درباره آموزش تعاریف گوناگونی صورت گرفته است و از میان آنها شاید تعریفی که سازمان علمی و فرهنگی ملل متحد یونسکو آورده است از همه مناسب‌تر باشد که بیان داشته است تمام کنش‌ها و اثرات، راه‌ها و روش‌هایی را که برای رشد و تکامل توانایی‌های مغزی و معرفتی و همچنین مهارت‌ها، نگرش‌ها و رفتار انسان به کار می‌روند، البته به طریقی که شخصیت انسان را تا ممکن‌ترین حد آن، تعالی بخشند، تعلیم و تربیت یا آموزش و پرورش گویند. چنین کنش‌هایی از آغاز تولد تا واپسین دم حیات همراه انسان است، از این رو آموزش یک فرایند پیگیر است که تداوم آن، تمامی حیات انسان را در بر می‌گیرد و از این رو برای آموزش نه زمانی معین وجود دارد و نه مکانی مشخص، آموزش جزء زندگی است و از آن جدایی ناپذیر است. (دادگران، ۱۳۹۴، ۲۰۹) رسانه‌های جمعی خواه برای آموزش برنامه‌ریزی شده باشند و خواه نشده باشند، آموزش دهنده‌اند. زیرا مردم همواره از آنها تأثیر می‌پذیرند و می‌آموزند. رسانه‌ها فراهم آورنده دانش و شکل دهنده ارزش‌هایند. اگر مستقیماً به کار گرفته شوند، می‌توانند نگرش‌ها و مهارت‌های خاصی را توسعه

المنفعه، حبس در منزل، عذرخواهی از قربانی و غیره را شامل می‌شوند در آشناسازی افراد جامعه نسبت به وجود گزینه‌های دیگر غیر از زندان، شلاق و غیره برای کودکان و نوجوانانی که برای اولین بار مرتکب بزهکاری شده‌اند و همچنین نحوه ارتکاب جرم آنها و سایر ویژگی‌های فردی و اجتماعی ایشان طوری است که اعمال مجازات حبس در مورد آنها غیرمنطقی و ظالمانه به نظر می‌رسد، بسیار مفید است. همچنین مصاحبه با قضات مربوط و ذکر توجیه آراء آنها توسط خودشان نیز ضروری به نظر می‌رسد. در همین رابطه خبرهای مربوط به یک آشتی توافقی میان مجرم و قربانی که از ویژگی‌های اخلاقی انسانی برخوردار است و یا انتشار احکام عادلانه دادگاه‌ها که علاوه بر طرفین، همه متخصصین حقوقی و اجتماعی آن را تحسین می‌کنند نیز در ایجاد احساس امنیت در جامعه و در نتیجه، پیشگیری از جرم موثر هستند. رسانه‌ها همچنین می‌توانند اقدامات نهادهای اجتماعی دولتی و مردمی و همچنین اقداماتی که ممکن است گروهی از همسایگان یا گروهی از افراد خیر و نیکخواه برای کمک و حمایت از برخی خانواده‌ها یا گروه‌های محروم و آسیب‌پذیر جامعه و یا محله انجام دهند، از قبیل سرمایه‌گذاری برای ایجاد و اداره یک موسسه تحقیقاتی دانشگاهی، اختصاص پول و یا زمین برای احداث مدرسه و زندان و یا هم‌اندیشی همسایگان برای کمک به یک خانواده محروم و تهیه امکانات برای تحصیل فرزند یا فرزندان آن و یا ایجاد یک زمین بازی برای کودکان خود را تحت پوشش قرار داده و وسیله ترویج خوبی‌ها و افزایش و ارتقاء احساس نیکوکاری و هم‌اندیشی در جامعه گردند.

۵٫۳ اصلاح برنامه‌های مخرب رسانه‌ای

تعداد حوادثی که هر روز در جهان اتفاق می‌افتد غیر قابل تصور است، لذا بعضی از آنها که از نظر مراکز خبری مهم یا جالب تشخیص داده می‌شوند، انتخاب و به مخاطبان عرضه می‌شوند. برنامه‌های خبری این حوادث را انتخاب و با استفاده از فیلم زنده، گزارش‌های خبرنگاران، عقاید افراد مختلف و

دهند. هنگامی که وظایف آموزشی ویژه‌ای، بر عهده رسانه‌های جمعی نهاده شود، آنها اغلب در زمینه‌هایی موثر می‌افتند که نظام‌های آموزش رسمی در آنها بی‌تأثیر بوده‌اند. (دادگران، منبع پیشین، ۱۱۰) اهمیت نقش آموزش رسانه‌های جمعی در جوامع به حدی است که بعضی از جامعه‌شناسان برای مطبوعات و رادیو و تلویزیون و سینما آموزش موازی یا آموزش دائمی قائل هستند. جامعه‌شناسان معتقدند که رسانه‌های جمعی با پخش اطلاعات و معلومات جدید به موازات کوشش معلمان و استادان، آموزش دهنده‌اند و دانستنی‌های علمی و فرهنگی و اجتماعی دانش آموزان و دانشجویان را تکمیل می‌کنند. رسانه‌های جمعی در عین حال که برای آموزش بسیاری از رشته‌های علمی به معلمان و استادان کمک می‌نمایند تا به همراه مدارس و دانشگاه‌ها و حتی در بسیاری از موارد خیلی جلوتر از آنها، نقش آموزش دائمی خود را دنبال می‌کنند. (معتد نژاد، ۱۳۸۶، ۵)

بنابراین رسانه‌های جمعی به جهت کثرت مخاطبان و وسعت حوزه‌های انتشاری، بهترین ابزار آموزشی مردم در جنبه‌های مختلف اجتماعی و فرهنگی محسوب می‌شوند، تحول جامعه به سمت تحقق جامعه مدنی مطلوب، تنها از طریق ایجاد فرهنگ لازم و مناسب چنین جامعه‌ای امکان پذیر است و این مهم در دستان قدرتمند رسانه‌ها می‌باشد.

۵٫۲ اطلاع رسانی اقدامات پیشگیرانه

رسانه‌ها غالباً اخبار ناخوشایند مربوط به جرائم و نارسایی‌ها و معایب آراء دادگاه‌ها را تحت پوشش قرار می‌دهند. در کنار پخش اینگونه گزارش‌ها پیشنهاد می‌شود رسانه‌ها به موضوعات مثبتی که در سیستم عدالت کیفری وجود دارد نیز توجه شایانی مبذول دارند، برای مثال تحت پوشش خبری دادن آراء دادگاه‌هایی به خصوص دادگاه‌های اطفال که مجازات‌های جایگزین زندان مانند انجام خدمات عام



می‌نماید و عاملی در جهت ترغیب آنها به بزهکاری می‌گردند. آنها تصور باطلی در ذهن خوانندگان تلقین پذیر خود نسبت به جامعه ایجاد می‌کنند و آنان را در سرآشویی جنایی رها می‌سازند تا به مقام قهرمانی موهومی نائل آیند. جوانان و افراد سست اراده‌ای که دچار شکست‌هایی در زندگی بوده و مورد تحقیر و آزار قرار گرفته‌اند یا کسانی که نتوانسته‌اند حس شهرت طلبی خود را ارضاء کنند و عمل مثبتی انجام دهند که مورد توجه جامعه قرار گیرند و از گمنامی خارج شوند و دارای نام و شهرتی در میان جامعه گردند با مشاهده عکس‌ها و توضیحات مربوط به شرح حال بزهکاران در رسانه‌ها و مشاهده اینکه افرادی که تا چندی قبل گمنام بوده‌اند، امروز مورد توجه خبرنگاران و گزارشگران می‌باشند، به شدت ترغیب می‌گردند که مرتکب عملی شوند تا همانند شخصیت‌های مورد توجه رسانه‌ها مشهود و خبرساز شوند. به همین جهت برخی از این افراد به عمد مرتکب جرم می‌گردند و پس از ارتکاب جرم، هیچ کوششی برای فرار از خود نشان نمی‌دهد تا دستگیر شوند و بدین ترتیب، عکس و شرح حال آنها در رسانه‌ها درج گردد و از حالت گمنامی خارج شوند. با این وجود باید به این مطلب قائل شد که نمی‌توان به بهانه بدآموز بودن اخبار مربوط به جرم، آن اخبار را منعکس نکرد. اینکه مردم حق دارند واقعیت‌ها را بدانند امری انکارناپذیر است، اما آگاه کردن مردم نباید بدون هیچ ضابطه‌ای باشد، قانونمند نبودن همان چیزی است که جامعه را به سوی نابودی می‌کشاند و نهادها و افراد را تخریب نکند و برای جوانانی که گزینه تقلید و خیال پردازی آنها چیره است، مبالغه ننماید تا زندگی کودکان و نوجوانان، تقلید کردن از قهرمانان آن فیلم‌ها و سریال‌ها نشود. بنابراین می‌توان با اتخاذ راهکارهایی در خصوص نحوه انعکاس اخبار جرائم، آثار سوء آن را به حداقل رساند. زیرا با توجه به اینکه بزهکاری یک امر غیرعادی است و در اکثر موارد قربانیانی را به همراه دارد و احساساتی را جریحه‌دار می‌سازد، در صورتی که هیچ رسانه‌ای آن را پوشش ندهد، باز هم از راه‌های غیررسمی و آن هم نه آنطور که اتفاق

اظهارنظرهای آنها را بازگو می‌کنند. حوادث خبری، طیف وسیعی از موقعیت‌ها، مردم، حیوانات و اشیاء را در بر می‌گیرد که برخی شگفت‌انگیز و برخی پیش پا افتاده‌اند، اما همه آنها تنها به دلیل قرار گرفتن در برنامه خبری یا روزنامه‌های ارزشمند اهمیت خبری می‌یابند. (مک کوئین، ۱۳۸۴، ۱۳۸) در رابطه با پیشگیری از بزهکاری از طریق انعکاس صحیح اخبار جرائم، اساساً این سوال مطرح می‌شود که غالباً چه جرائمی از جرائم عمومی افراد جامعه، در رسانه‌ها منعکس می‌شوند؟ بررسی صفحات حوادث روزنامه‌ها و نشریات و همچنین اخبار تلویزیون نشان می‌دهد که اصولاً جرائم خشونت‌آمیز مانند قتل‌ها به طور کلی، و به خصوص نظر به ویژگی‌های خاص قاتل و یا قربانی و یا به لحاظ ارتباط نسبی میان آنها نظر قتل والدین توسط فرزندان و بالعکس، قتل‌های زناشویی و قتل‌های زنجیره‌ای، اسیدپاشی، سرقت‌های مسلحانه توأم با قتل، تجاوزهای جنسی همراه با قتل و ضرب و جرح قربانی، کلاهبرداری‌ها و سرقت‌های بزرگ به لحاظ ارزش اموال کلاهبرداری شده یا مسروقه و نظایر آنها بیشتر از سایر جرائم توجه رسانه‌ها را به خود جلب می‌کنند. برای پیشگیری از تبهکاری و بیداری مردم و توجه دادن آنان به مخاطراتی که در پیش دارند، مسلماً به جا است که ذهن عامه را نسبت به وقوع بعضی جرائم روشن نمود تا مراقب اوضاع باشند، اما همین امر آیا موجب نمی‌شود که بعضی افراد برای شیوه ارتکاب جنایت درس بگیرند؟ آیا بدآموزی از همینجا آغاز نمی‌شود؟ (کی‌نیا، ۱۳۸۸، ۵۱۴) اما این سوال نیز مطرح می‌شود که آیا می‌توان به بهانه ویژگی بدآموزی چنین اخباری هیچ جرمی را تحت پوشش رسانه‌ای قرار نداد؟ به عنوان مثال، یکی از اثرات ناگوار انعکاس اخبار مجرمانه در رسانه‌ها، قهرمان پروری و ایجاد حس شهرت طلبی در افراد است. هنگامی که رسانه‌ها شرح اعمال و رفتار یک مجرم را با تمام جزئیات و گاه صورت اغراق آمیزی ترسیم می‌کند و عکس‌ها و تصاویر و گفته‌هایی از او منتشر می‌سازند، بدون شک، نظر و میل افراد ضعیف‌النفس و آماده بزهکاری را به خود جلب

و اجتماعی و آموزش رسانه‌ای. (میرعباسی، ۱۳۹۱، ۱۰۰)

۶ نتیجه‌گیری

نتایج و یافته‌های پژوهش موید این مطلب است که رسانه‌های سنتی و مدرن بر ارتکاب جرم تأثیرگذار هستند، این تأثیر در برخی موارد در پرتو بازتاب اطلاعات مربوط به جرائم صورت می‌پذیرد، نظیر عادی‌سازی جرم و گسترش خشونت، تقلید و یادگیری و افزایش جرم، تغییر در مفهوم جرم، قهرمان‌سازی، نزول کیفیت رسانه‌ای، اخلال در روند عدالت کیفری، اشاعه فحشا، نقض حریم خصوصی و نظایر آن. جرم‌شناسی فرهنگی نیز در این خصوص قائل به این مسأله است که رسانه از طریق ترس اخلاقی، نظریه پنجره‌های شکسته، نظریه کنترل اجتماعی، رویکرد عوام‌گرایی و نظایر آن بر افزایش ارتکاب جرم موثر خواهد بود. سایر نظریه‌ها مانند نظریه ایدئولوژی حاکم، کثرت‌گرایی، فشار و بی‌هنجاری، برچسب زنی و پیوند افتراقی نیز بر تأثیر رسانه بر ارتکاب جرم هم نظر هستند. نتایج تحقیق همینطور بیانگر این مسأله است که ظرفیت رسانه علاوه بر تأثیری که بر ارتکاب جرم دارد، در فضای پیشگیری و مقابله با ارتکاب جرم نیز کارایی دارد و در مباحثی نظیر آموزش عمومی، اطلاع‌رسانی اقدامات پیشگیرانه، اصلاح برنامه‌های رسانه‌ای، مقابله با خشونت رسانه‌ای، استفاده از فضای مجازی برای پیشگیری از ارتکاب جرم مخصوصاً در حوزه کودکان و نوجوانان کارکردهای قابل قبولی دارد، کما اینکه نظریات انتظارات اجتماعی، کارکردگرایی فردی و ساختاری، نظریه انباشت و نظریه فرهنگ‌سازی بر این امر اتفاق دارند که از رسانه می‌توان برای پیشگیری از جرم نیز بهره برد، در نتیجه رسانه کارکردی دوگانه دارد، استفاده بد از آن سبب افزایش جرم و استفاده مطلوب و برنامه‌ریزی شده و مدون از آن سبب کاهش جرم و پیشگیری از جرائم خواهد شد.

افتاده، بلکه بر اساس برداشت‌ها و سلیقه‌های افراد بازگو کننده مطرح می‌شود، پس بهتر است از طریق مبادی رسمی و طبق اصول خود منعکس گردد. بررسی و تبیین روان‌شناختی ریشه‌های رفتارهای منحرفانه و جرم به عنوان یک نوع اعمال خشونت علیه جامعه در قالب نقض هنجارهای اجتماعی و قانونی، در ارتباط با رسانه‌های جمعی تصویری ضروری به نظر می‌رسد. از جمله نگرانی‌های اساسی در خصوص این رسانه‌ها یکی عدم تطابق و هماهنگی نسبی محتوای برنامه‌های نمایشی آنها با وضعیت غالب مخاطبان و به عبارت دیگر، با فرهنگ و ساختار کلی جامعه است و دیگری، گرایش و اصرار آنها در نمایش صحنه‌های خشونت آمیز و ترویج این نوع حالات روانی است.

۵٫۴ مقابله با خشونت‌های رسانه‌ای

رسانه و تبلیغات رسانه‌ها رفتار مخاطبان را تحت تأثیر قرار می‌دهند و الگوهای خشونت آمیزی که توسط این رسانه‌ها به نمایش داده می‌شوند نیز بر رفتار بینندگان و موثر واقع می‌شوند. بینندگان چیزهایی بیش از رفتار پرخاشگرانه از خشونت تلویزیونی می‌آموزند. آنها قربانی شدن و همانندسازی با قربانیان را نیز یاد می‌گیرند. در نتیجه بسیاری از افرادی که زیاد تلویزیون تماشا می‌کنند ممکن است دچار ترس شوند و عده‌ای دیگر تحت تأثیر رفتار پرخاشگرانه شخصیت‌های فیلم‌ها قرار گیرند لذا تأثیر خشونت تلویزیونی وسیعتر از آن چیزی است که مطالعات اولیه نشان می‌دهند و ممکن است به صورت‌های ظریف تراز پرخاشگری نمایان شوند. به همین جهت، لازم است راهکارها و تدابیری به منظور حذف، کاهش و یا خنثی‌سازی خشونت برنامه‌های سینمایی و تلویزیونی و به طور کلی رسانه‌های تصویری نظیر فیلم‌ها و بازی‌های رایانه‌ای با تشریک مساعی دولت، خانواده ما، آموزشگاه‌ها و تهیه‌کنندگان فیلم‌ها و کارتن‌ها اتخاذ گردد، این راهکارها عبارتند از: اقدامات مربوط به تولیدکنندگان فیلم‌های سینمایی و برنامه‌های نمایشی تلویزیونی تهدیدآمیز، اقدامات قانونگذاری



پیشنهادها

جرم‌شناسی فرهنگی به‌عنوان گرایشی نوخاسته در جرم‌شناسی، جامعه‌شناسی و عدالت کیفری، تقارن فرهنگ و فرآیندهای کیفری را در زندگی اجتماعی معاصر بررسی می‌کند. بخشی از معنای فرهنگ از منظر این جرم‌شناسی درکنار پرداختن به خرده‌فرهنگ‌های مجرمانه، معطوف است به پویایی رسانه‌های جمعی. این گرایش با استفاده از دیدگاه‌های مطالعات فرهنگی، نظریه پست‌مدرنیسم و دیدگاه‌های جامعه‌شناختی همانند سنت تعامل‌گرا و نیز روش مطالعاتی تحلیل محتوای متون رسانه‌ای و همچنین با بهره‌گیری از معنا، نماد و تصویر به بررسی تعامل میان جرم و رسانه می‌پردازد. نظریه‌ها و تئوری‌های مربوط به جرم‌شناسی فرهنگی معتقدند که نمی‌توان گفت که رسانه در ارتکاب جرم تأثیری ندارد، لذا از نظر تئوری‌های جرم‌شناسی فرهنگی، ارتکاب جرم با رسانه در ارتباط است، رویکردهای دیگر نیز قائل به این هستند که از رسانه می‌توان برای پیشگیری از جرم نیز بهره برد.

بنابراین خلاصه پیشنهاد ما معطوف به این است که کارکردهای منفی رسانه در ارتکاب جرم کاسته شده و بر ظرفیت پیشگیرانه رسانه افزوده شود. لذا سیاستگذاران فرهنگی و رسانه‌ای کشور باید در ارائه اطلاعات ناشی از جرائم دقت بیشتری خرج دهند، به نحوی که سبب ساز تقلید شهروندان از جرائم نشوند، خشونت را گسترش ندهند، جرم را عادی سازی نکنند، حریم خصوصی را نقض نکنند و نظایر آن. لذا بازبینی سیاست‌های فرهنگی و رسانه‌ای به مدد سازمان صدا و سیما و وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و نهادهای موازی دیگر نظیر سازمان تبلیغات اسلامی و شورای عالی انقلاب فرهنگی و غیره در این خصوص امری ضروری خواهد بود.

از سوی دیگر با استفاده از ظرفیت وزارت آموزش و پرورش، آموزش عالی، استفاده از ظرفیت سازمان‌های مردم‌نهاد، پلیس فتا، رسانه‌های خصوصی شامل فیلم و سریال، صدا و سیما و نظایر

در ادامه نتایج حاصله باید در خصوص اثبات و یا رد فرضیه‌ها اشاره کرد فرضیه نخست ما در پژوهش به اثبات رسیده است و بر این اساس، بنیان پست مدرن و تئوری‌های جرم‌شناسی فرهنگی قائل به این هستند که رسانه‌ها در ارتکاب جرائم از طریق آموزش، الگوپذیری و یا ترویج مصرف‌گرایی، تبلیغات و خشونت موثر هستند و بر اساس نظریه‌های جرم‌شناسی فرهنگی، جرم به مثابه کالا در جهت عرضه به مخاطبان ارائه می‌گردد، این مسأله در متن پژوهش نیز به اثبات رسیده است.

فرضیه دیگر در خصوص اینکه چه جرائمی به واسطه رسانه در جامعه رخ می‌دهد نیز قابل اثبات است، چرا که بسیاری از جرائم که جنبه تقلیدی دارند مانند سرقت و یا بسیاری از جرائم که به صورت گروهی و باندى رخ می‌دهند نظیر آدم ربایی یا جرائم مربوط به مواد مخدر و همینطور جرائمی که نیاز به حضور فیزیکی ندارند مانند جرائم ارتكابی از طریق فضای مجازی، هک و فیشینگ، به سبب تاثیر رسانه‌ها ارتکاب پیدا می‌کند، زیرا برخی از روش‌های ارتکاب آنها یا ایده‌های مجرمانه، از طریق رسانه فرا گرفته می‌شود.

فرضیه نهایی ما در خصوص راهکارهای مقابله با تاثیر رسانه بر ارتکاب جرم نیز به اثبات رسیده است، چرا که بر اساس ظرفیت‌های پیشگیری وضعی و اجتماعی، مواردی نظیر وضع قوانین و مقررات نظارتی بر رسانه‌ها، طبقه بندی دسترسی به رسانه‌ها بر اساس گروه‌های سنی، فرهنگ سازی و آموزش با استفاده از ظرفیت رسانه، می‌تواند به عنوان راهکار مطرح باشد. همینطور ممنوعیت نشان دادن خشونت شدید و یا ممنوعیت نحوه ارتکاب جرائم مختلف در رسانه‌ها و ممنوعیت علنی کردن برخی جرائم توسط رسانه‌ها به دلیل محتوای تاثیرگذار از جمله دیگر راهکارها است که در متن تحقیق به آنها اشاره گردید.

۳- تقویت فاکتورهای مثبت رسانه ای: یکی از پیشنهادهای این است که آن بخشی که موجب ارتقاء سطح فرهنگی با همه گستره اجتماعی اش می گردد هوشمندانه و هنرمندانه تقویت شود تا باعث افزایش سرمایه های خوب اجتماعی گردد.

۴- بهره مندی از تجربیات جهانی: به نظر می رسد بهتر آن است از تجربه رسانه های پیشرفته جهانی بهره مندی حاصل شود و با تعامل گسترده از محصولات ارزشی و مناسب با ذائقه فرهنگی داخلی استفاده شود.

۵- آموزش عمومی: بخشی از کار مفیدی که مورد توصیه است آموزش هنرمندانه چگونه استفاده کردن از رسانه ها به مخاطبین به ویژه خانواده ها خصوصاً پدر و مادر است. تا مکانیسم خودکنترلی یا خانواده کنترلی تعبیه شود.

۶- استفاده از ظرفیتهای نهادهای فرهنگی و آموزشی: یکی از راهکارهای مطلوب آموزش صحیح و مناسب بهره مندی از رسانه، استفاده از قابلیتهای وسیع آموزش و پرورش است، تا در پرتو هدایتیهای این دستگاه و سیستم های مشابه مفهوم توسعه مندی مخاطبین رسانه معنا پیدا کند.

آن، نسبت به آموزش عمومی، اطلاع رسانی اقدامات پیشگیرانه، اصلاح برنامه های رسانه ای، مقابله با خشونت رسانه ای، استفاده از فضای مجازی برای پیشگیری از ارتکاب جرم مخصوصاً در حوزه کودکان و نوجوانان اقدام به عمل آید تا از این ظرفیت که کارکردی دوگانه دارد، حتی المقدور در راستای پیشگیری از ارتکاب جرم بهره گرفته شود تا حداقل رویکردهای جرمزای رسانه را خنثی سازد. با توجه به آنچه بیان شد پیشنهادهای ذیل مشخصاً اشاره می شود:

۱- فهم حاکمیت و اربابان رسانه: در مرحله نخست اراده جدی حاکمان بر درک اثرگذاری جدی رسانه ها است. زمانی که این فهم حاصل شد در پی تقنین می رود و این موضوع را در قالب مشروعی مطرح می کند و از آن ابزار قانونی درست می کند در جهت ساماندهی وضعیت رسانه

۲- آسیب شناسی آفت های رسانه ای: گام بعدی کشف پیامدهای سوء رسانه ای بر ذهنیت مخاطب می باشد، در واقع با مطالعه دقیق در همه ابعاد رسانه ای با لحاظ کارکردها و حوزه های مختلف اجتماعی اعم از فرهنگی، سیاسی و ... رفتارهای مخرب رسانه ظاهر می شود، سپس بعد از این آسیب شناسی باید به دنبال علاج و راه درمان آن به نحو مقتضی و مناسب رفت



Reference

- Abbaszadeh, Mohammad Hassan, The role of mass media on the delinquency of children and adolescents, Master's thesis, Payam Noor University, Karaj Center, 2012. (In Persian)
- Abdulrahmani, Reza and Ayargar, Hossein, The effect of mass media on the occurrence and spread of individual conflicts, Danesh Tazami magazine, No. 73, 2016. (In Persian)
- Allahwerdi, Farhad, Cultural criminology approach to youth criminal justice, PhD dissertation, Tarbiat Modares University, 2014. (In Persian)
- Ansari, Bagher, Civil Responsibility of Public Media, Tehran, Publication of Vice-President of Research, Compilation and Revision of Laws and Regulations, 2018. (In Persian)
- Asiai, Roya, An introduction to cultural criminology, Tehran, Majid Publishing, 2017. (In Persian)
- Dadgaran, Mahmoud, Basics of Mass Communication, Tehran, Morvarid Publishing, 2015. (In Persian)
- Farajiha, Mohammad and Moghaddasi, Mohammad Bagher, characteristics of populist criminal policies, a comparative study, comparative law studies journal, number two, 2013. (In Persian)
- Firouzbakht, Mehrdad, Social construction of crime and media violence as a cause, Research and Analysis Journal, 8th year, number 26. 2001. (In Persian)
- Foroutan, Mohammad, Analysis of Cultural Criminology in Iran, Journal of Human Rights Research, No. 1, 2019. (In Persian)
- Giddens, Anthony, Sociology, translated by Manouchehr Sabouri, Tehran, Ney Publishing, 1994. (In Persian)
- Habibzadeh, Ashab and Mahmoudi Asl, Hassan, Media coverage of crimes in the local press, Karagah magazine, No. 38, 2017. (In Persian)
- Hawang e.g.« a multilevel test of fear of crime: the effect of social condition, perceived community policing activities and perceived risk of victimization in a megapolis».ph. d dissertation, school of criminal justice, Michigan state university, 2006.
- hinkle.j. c.«the impact of disorder on fear of crime: a test of first link of broken windows». Department of criminology and criminal justice. Maryland university, 2005.
- Jahanbin, Dariush, The role of the media in social security control, Judiciary Law Journal, No. 43, 2003. (In Persian)
- Karimi, Youssef, social misbehavior of teenagers, a discussion in the social psychology of mass media, Tarbiat magazine, number 100, 1996. (In Persian)
- Keynia, Mehdi, Fundamentals of Criminology, second volume, Tehran, Tehran University Press, 2009. (In Persian)
- McQueen, David, A Guide to Knowing Television, translated by Fateme Karamali, Tehran, published by the General Department of Broadcasting Research, 2005.



- Mirabbasi, Tayyebeh, Investigating the dual role of mass media in crime prevention and occurrence with an emphasis on children and teenagers, Master's thesis, Qom University, 2012. (In Persian)
- Moghaddasi, Mohammad Bagher, Criminal populism and its manifestations in Iran's criminal policy, Master's thesis, Tarbiat Modares University, 2011. (In Persian)
- Mohammadi, Eghbal, Cultural factors of crime and ways of crime and ways to prevent it, master's thesis, Ferdowsi University of Mashhad, 2013. (In Persian)
- Mohseni, Manouchehr, Investigation of social awareness and attitudes and behaviors in Tehran City, Zohd Publishing, 2000. (In Persian)
- Motamednejad, Kazem, Mass communication tools, first volume, Tehran, Allameh Tabatabaie University Publishing, 2007. (In Persian)
- Najafi Abrandabadi, Alihossein and Goldouzian, Hossein, Postmodern criminology and its approach to crime and criminal etiology, Journal of Criminal Law Research, No. 23, 2018. (In Persian)
- Salimi, Ali and Davari, Mohammad, Sociology of deviance, Tehran, Hoze and University Research Center Publishing, 2018. (In Persian)
- Seyedzadeh Sani, Seyed Mehdi, Reflection of criminal justice in mass media, criteria and works, Shahid Beheshti University Doctoral Dissertation, 2011. (In Persian)
- Taheri, Mohammad and Davoudi, Fatemeh, Rights of Virtual Media, Tehran, Andisheh Taban Publishing House, 2019. (In Persian)
- Zamiri, Mohammad Reza, Media and Social Deviations, Journal of Women's Strategic Studies, No. 18, 2002. (In Persian)

Original Article

The Lis pendens Doctrine in Private International Law in Iran with a Comparative Study in the Roman-German Legal System

Ali Soleimani Andarvar¹ , seyed Hasan Hosseini Moghadam^{*2} , Mohammad Alamzade³ 

¹ PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

² Assistant Prof. Faculty of Law and Political Science at University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

³ Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Qaemshahr Branch, Islamic Azad University, Qaemshahr, Iran.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.4.3](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23785.1352)



[10.22080/LPS.2022.23785.1352](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23785.1352)

Received:

June 21, 2022

Accepted:

September 23, 2022

Available online:

November 27, 2022

Keywords:

Parallel proceedings, Lis pendens, International lawsuit, Iranian law, Roman-German Legal System

Abstract

The Lis Pendens doctrine has been recognized as a means of preventing parallel proceedings in private international law in most Roman-German countries. In Iranian law, this doctrine was accepted as one of the objections and obstacles to proceedings in domestic lawsuits according to paragraph 2 of Article 84 of the Code of Civil Procedure. However, in an international lawsuit explicitly under Article 971 of the Civil Code, the same lawsuit in a foreign court does not remove the jurisdiction of the Iranian court. This approach, which is based on the doctrine of national sovereignty and disregard for the principle of Comity for the action of the foreign court, has provoked criticism from some legal scholars. However, recognizing this doctrine in the private international law of countries can increase legal certainty, reduce trade and litigation costs, provide more confidence in international investment, and ultimately administer justice. Therefore, the aim of this study is to examine the approach of Roman-German legal systems, including the laws of France, Switzerland, and Italy. In this article, the possibility, conditions, and effects of accepting the Lis Pendens doctrine in private international law of Iran is explored, that will take a step towards the legal development of the country. These studies showed that in Iranian law, implementing legal and economic necessities require Lis pendens doctrine in international litigation under certain conditions. An Iranian court is allowed to take a step towards the legal development of the country by implementing Lis Pendens doctrine. The Iranian court is allowed to close the case in favor of the jurisdiction of the foreign court until the final verdict is clarified.

***Corresponding Author:** seyed Hasan Hosseini Moghadam

Address: Assistant Prof. Faculty of Law and Political Science at University of Mazandaran, Babolsar, Iran. **Email:** s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir



Extended abstract

1. Introduction

International trade and international investment are growing rapidly. This has led to the commercial activity of legal persons in other countries. Despite the positive results of this business, inevitable negative results including the possibility of a lawsuit in one jurisdiction or two or more countries, and legal dispute have increased. A lawsuit in two or more countries occurs when different relevant factors are considered instead of one factor to determine the jurisdiction of the courts to hear a particular lawsuit, and as a result, each party files its lawsuit in different countries (Seljuqi, 1399), which results in parallel proceedings. The problem of parallel proceedings can also arise between the courts of one country, between the courts of different countries, between arbitrators or arbitral tribunals, or between courts and arbitrators (Janeckova, 2107). The negative consequences of such a thing, on the one hand, cause a waste of time and impose a lot of costs on the litigants and the court, and on the other hand, can even pose a serious threat to the administration of justice by issuing contradictory verdicts (Calamita, 2006). Thus, in order to prevent parallel proceedings, two doctrines of "Forum non competence" in the common law system and "Lis pendens" in the Roman-German legal system are provided in the legal systems of the world.

In Iranian law, according to paragraph 2 of Article 84 of the Code of Civil Procedure, the legislator prevents repeated lawsuits by accepting the doctrine of the matter in domestic lawsuits. However, it does not accept the possibility of raising such an objection in international lawsuits, and in the second part of Article 971 of the Civil

Code, it explicitly states: "... the same lawsuit in a foreign court will not remove the jurisdiction of the Iranian court.". Most Roman-German countries, on the other hand, have accepted the doctrine in their private international law under certain conditions. Therefore, the purpose of this recent study is to investigate the possibility of designing, conditions and effects of the Lis pendens doctrine in Iranian law through a comparative study. Therefore, in this study, after examining the means of preventing parallel proceedings in the world legal systems and the Lis pendens doctrine of private international law in the Roman-German countries, finally the Lis Pendens doctrine of private international law in Iran was studied.

2. Methods

Most Romano-Germanic countries, contrary to Iran's private international law, have accepted the Lis Pendens doctrine in their private international law under certain conditions. Therefore, the recent study compares the approach of the Roman-German legal systems, including the laws of France, Switzerland and Italy with the Lis Pendens doctrine, and evaluates the possibility of its design, conditions and effects in Iranian law.

3. Findings

This research showed that in the legal systems of most Roman-German countries, the Lis Pendens doctrine has been proposed in order to prevent parallel proceedings that impose a serious threat to the administration of justice. In this doctrine, contrary to the doctrine of Forum non competence, the criterion is "trial time", which leads to an increase in the predictability and efficiency of the courts. In Iranian private international law, Article 971 of the Civil Code, which has

been in force for almost a century, does not explicitly state that the same lawsuit has been filed in a foreign court, which does not invalidate the Iranian court; Because in the past, accepting the doctrine raised in international lawsuits due to the principle of national sovereignty and their independence, was considered expedient. In the regulations of most Roman-German countries, including the jurisprudence of France, Italy and Switzerland, this doctrine is based on the principle of Comity for the action of the foreign court. Also, the administration of justice is done by preventing parallel proceedings that waste the time and money on both parties and Imposition of unnecessary liability on the courts.

4. Conclusion

The results show that due to the prevalence of legal and economic necessities, there is no choice but to accept the Lis Pendens doctrine of Iranian international law, such as the laws of France, Switzerland and Italy. Therefore, by amending Article 971 of the Civil Code, it must be brought closer and harmonized with international requirements. Of course, creating a balance between the principle of national sovereignty and mutual respect requires the recognition of this doctrine in Iran's private international law, like other Roman-German law to be conditional. Therefore, it is suggested that the legislator in the next amendment to the Code of Civil Procedure, stipulates in

one article by removing the second part of Article 971 of the Civil Law: "If a lawsuit between the same parties in a court of another country has already been filed and is pending, or if it is not the same lawsuit, a lawsuit that is fully related to the plaintiff's claim, the Iranian court should suspend the hearing, provided that the matter is not within the exclusive jurisdiction of the Iranian court and the foreign court issues a recognizable and enforceable sentence within a reasonable time. 1- If after the seizure, the foreign court rejects its jurisdiction or the foreign sentence is not enforceable and identifiable according to Iranian law, the request of either party will continue. 2- In the event that an enforceable sentence is issued and identified by a foreign court, the domestic court must issue a rejection of the lawsuit."

Funding

There is no funding support.

Authors' Contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

Conflict of Interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.

علمی پژوهشی

دکترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی رومی - ژرمنی

علی سلیمانی اندرور^۱ ID، سیدحسن حسینی مقدم^۲ ID*، محمد عالم زاده^۳ ID

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.
^۲ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.
^۳ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد قائم شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائم شهر، ایران.

 [20.1001.1.24237566.1401.6.2.4.3](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23785.1352)

 [10.22080/LPS.2022.23785.1352](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23785.1352)

چکیده

دکترین امر مطروحه به عنوان یکی از ابزارهای پیشگیری از دادرسی موازی در حقوق بین‌الملل خصوصی اغلب کشورهای رومی-ژرمنی شناسایی شده است. در حقوق ایران نیز در دعوی داخلی این دکترین به موجب بند ۲ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان یکی از ایرادات و موانع رسیدگی پذیرفته شده است. با این وجود، در دعوی بین‌المللی به صراحت ماده ۹۷۱ قانون مدنی، مطرح بودن همان دعوی در محکمه خارجی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نیست. این رویکرد که مبتنی بر دکترین حاکمیت ملی و عدم توجه به احترام متقابل به عمل محکمه خارجی است، انتقاد برخی از علمای علم حقوق را برانگیخته است. با این وجود، شناسایی دکترین مذکور در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورها می‌تواند موجب افزایش اطمینان حقوقی، کاهش هزینه‌های تجاری و دادخواهی، ارائه اطمینان بیشتر در سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی و در نهایت اجرای عدالت گردد. از این رو، هدف پژوهش حاضر آن است که با بررسی رویکرد نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی، از جمله حقوق فرانسه، سوئیس و ایتالیا، امکان طرح، شرایط و آثار پذیرش دکترین امر مطروحه را در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران واکاوی کند تا با تطبیق آن گامی در راه توسعه حقوقی کشور بر دارد. این بررسی‌ها نشان داد که در حقوق ایران، ضرورت‌های حقوقی و اقتصادی ایجاب می‌کند که دکترین امر مطروحه در دعوی بین‌المللی تحت برخی از شرایط مورد شناسایی قرار گیرد و به محکمه ایرانی اجازه داده شود تا دعوی را به نفع صلاحیت محکمه خارجی تا روشن شدن حکم قطعی متوقف نماید.

تاریخ دریافت:

۳۱ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۶ آبان ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

دادرسی موازی، امر مطروحه، دعوی بین‌المللی، حقوق ایران، نظام حقوقی رومی-ژرمنی

* نویسنده مسئول: سیدحسن حسینی مقدم

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم

سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

ایمیل: h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

۱ مقدمه

و در قسمت دوم ماده ۹۷۱ ق.م. صریحاً مقرر می‌دارد: «... مطرح بودن همان دعوی در محکمه اجنبی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نخواهد بود». بنابراین صرف صلاحیت‌دار بودن محکمه خارجی موجب آن نمی‌شود که دادگاه داخلی صلاحیت خود را رها کند (شریعت باقری، ۱۳۹۶: ۱۷۴). این در حالی است که اکثر کشورهای رومی- ژرمنی تحت شرایطی دکتترین امر مطروحه را در حقوق بین‌الملل خصوصی خود مورد پذیرش قرار داده‌اند. بنابراین هدف مطالعه اخیر آن است که با بررسی تطبیقی رویکرد نظام‌های حقوقی رومی- ژرمنی به دکتترین امر مطروحه، امکان طرح، شرایط و آثار آن را در حقوق ایران مورد ارزیابی قرار دهد. از این رو در این پژوهش، پس از بررسی ابزارهای پیشگیری از دکتترین امر مطروحه در نظام‌های حقوقی دنیا و دکتترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای رومی- ژرمنی، در نهایت دکتترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۲ ابزارهای منع داکتینی موازی در حقوق بین‌الملل خصوصی

در نظام‌های حقوقی دنیا به منظور جلوگیری از داکتینی موازی^۱، دو دکتترین «دادگاه نامناسب»^۲ و «ایراد امر مطروحه»^۳ ارائه شده است که در این قسمت هر یک به طور جداگانه مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۲٫۱ دکتترین دادگاه نامناسب

در کشورهای تابع نظام حقوقی کامن‌لا، ابزاری که به منظور جلوگیری از رسیدگی همزمان دو یا چند دادگاه بدان استناد شده و به دادگاه اختیار می‌دهد که از اعمال صلاحیت در خصوص پرونده‌ای خودداری نماید، نظریه‌ای تحت عنوان «دکتترین دادگاه نامناسب» است. این دکتترین توسط حقوق

امروزه تجارت بین‌الملل در بالاترین سطح خود قرار دارد و سرمایه‌گذارهای بین‌المللی به سرعت در حال افزایش است. این امر موجب فعالیت تجاری اشخاص حقیقی و حقوقی در کشورهای دیگر شده است. با وجود پدیدار شدن نتایج مثبت ناشی از این تجارت، معاملات منفی اجتناب ناپذیری، همچون مناقشات حقوقی افزایش یافته است که از جمله‌ی آن امکان طرح یک دعوا در یک حوزه قضایی یا دو یا چند کشور است. طرح یک دعوی در دو یا چند کشور هنگامی رخ می‌دهد که برای تعیین صلاحیت دادگاه‌ها در رسیدگی به دعوی معین، به جای یک عامل، عامل‌های ربط مختلف در نظر گرفته شود و در نتیجه هر طرف، دعوی خود را در کشورهای مختلف طرح نماید (سلجوقی، ۱۳۹۹: ۴۹۶) که نتیجه‌ی آن رسیدگی‌های موازی است. مشکل رسیدگی‌های موازی می‌تواند بین دادگاه‌های یک کشور، بین دادگاه‌های کشورهای مختلف، بین داوران یا دیوان‌های داوری یا بین دادگاه‌ها و داوران نیز به وجود آید (Janecková, 2017: 291). پیامدهای منفی چنین امری از یک سوء، موجب اتلاف وقت و تحمیل هزینه‌ی بسیار بر اصحاب دعوا و مرجع رسیدگی می‌گردد و از سوی دیگر، حتی می‌تواند با صدور احکام متناقض، اجرای عدالت را با تهدید جدی مواجه کند (Calamita, 2006: 610). از این رو، به منظور جلوگیری از رسیدگی‌های موازی، دو دکتترین «دادگاه نامناسب» در نظام حقوقی کامن‌لا و «ایراد امر مطروحه» در نظام حقوقی رومی- ژرمنی پیش‌بینی شده است.

در حقوق ایران، مقنن با پذیرش دکتترین امر مطروحه در دعاوی داخلی به موجب بند ۲ ماده‌ی ۸۴ ق.آ.د.م، مانع طرح دعوی مکرر می‌گردد. با این وجود، امکان طرح چنین ایرادی را در دعاوی بین‌المللی بر خلاف نظام‌های حقوقی رومی- ژرمنی، از جمله حقوق فرانسه، سوئیس و ایتالیا نمی‌پذیرد

³ Lis alibi pendens/ Lis pendens

¹ Parallel proceedings

² Forum non competence



زمانی متناسب و در دسترس تلقی می‌گردد که خواننده تابع قواعد صلاحیت شخصی آن محکمه بوده و هیچ مانع شکلی دیگری، همچون مهلت قانونی برای رسیدگی به دعوا وجود نداشته باشد (Heiser, 2010: 1017-1018). در صورت وجود دادگاه جایگزین مناسب، آنگاه دادگاه باید بین انواع منافع خصوصی و عمومی تعادل ایجاد نماید و به اقتضای آن از خود رد صلاحیت نماید. با توجه به رای دادگاه در دعوی ۱۹۴۷، معیارهای منافع خصوصی عبارت است از؛ سهولت نسبی در دسترسی به ادله و حضور شهود، سهولت دسترسی به دادگاه انتخاب شده توسط خواهان و هر آنچه که در سرعت، سهولت و ارزان بودن دادرسی موثر است. معیارهای منافع عمومی نیز شامل مشکلات ناشی از تراکم کار دادگاه‌ها، وجود مجموعه از قوانین متعدد که به طور بالقوه موجب سردرگم شدن هیئت منصفه شود و ... می باشد^۳ (Fawcett, 1995: 406).

در حقوق انگلیس، دکتترین دادگاه نامناسب پس از دعوی موسوم به اسپیلیادا^۴ به طور کامل در حقوق انگلیس تصویب شد و مجلس اعیان انگلیس بیان داشت که دکتترین مربوطه برای تعیین صلاحیت محکمه در انگلیس به طور مقتضی اعمال گردد. در این دعوی، محکمه اشعار می‌دارد که صرفاً خواننده می‌تواند از دادگاه بخواهد تا صلاحیت خود را برای توقیف رسیدگی به دلیل دکتترین دادگاه نامناسب، اعمال نماید (Reed, 2000: 86). مضاف بر این، این دکتترین طبق حکم مذکور تنها در صورت وجود دادگاه صلاحیتدار دیگر که به طور مناسب‌تری منافع همه طرفین را تامین کند و موجب حصول عدالت گردد، پذیرفته می‌شود. از این رو، برخی معتقدند که تحقق این معیارها دشوار می‌باشد و بعید است که محکمه یک دعوا را بدین جهت رد نماید. علاوه بر این، دکتترین دادگاه نامناسب به عنوان یک دکتترین مناسب تفسیر می‌شود، نه دکتترین تسهیلات. لیکن دکتترین مربوطه صرفاً به

کشورهای تابع نظام حقوقی کامن‌لا (همچون آمریکا، بریتانیا، ایرلند، نیوزیلند، کانادا و استرالیا)، تصویب و توسعه داده شده است (Fawcett, 1995: 82). این دکتترین، تاثیر بسیاری در خاتمه صلاحیت دادگاه در کشورهای تابع این نظام دارد (Zhenjie, 2001: 144).

در واقع دکتترین دادگاه نامناسب به دادگاه اجازه می‌دهد تا در خصوص دعوایی، بر این اساس که در خارج از کشور دادگاه مناسبی برای دادرسی وجود دارد یا اینکه دادگاه محلی نامناسب است، از خود رد صلاحیت نماید؛ اگرچه صلاحیت شخصی برای رسیدگی به دعوی مربوطه را داشته و محل دادرسی نیز مناسب باشد (Bickel, 1949: 12). به عبارت دیگر، استناد طرف دعوا به دکتترین مربوطه، به معنای عدم صلاحیت دادگاه طرف ایراد نیست، بلکه ایرادکننده مدعی است که دادگاه صالح دیگری وجود دارد که برای رسیدگی به آن دعوا در جایگاه مناسب‌تری قرار دارد (Heiser, 2010: 1071). با این وجود، مقایسه استفاده از دکتترین دادگاه نامناسب در کشورهای تابع نظام کامن‌لا نشان می‌دهد که با وجود شباهت‌ها، تفاوت‌های اساسی بین آن‌ها وجود دارد؛ به نحوی که هیچ نظریه واحدی در خصوص دکتترین مذکور قابل اعمال نمی‌باشد (Zhenjie, 2001: 154).

در حقوق آمریکا، دکتترین دادگاه نامناسب برای نخستین بار در رای دادگاه عالی فدرال در دعوی بین شرکت نفت خلیج با یکی از اشخاص ساکن ویرجینیا در سال ۱۹۴۷، به رسمیت شناخته شده است. این دکتترین در حقوق آمریکا ممکن است توسط خواننده یا خود دادگاه راساً مورد استناد قرار گیرد^۲ (Braunreuther, 1978: 637-639). در اعمال دکتترین دادگاه نامناسب، نخست محکمه باید تعیین نماید که آیا دادگاه جایگزین مناسبی در دسترس وجود دارد یا خیر. به طور کلی، یک محکمه

³ www.law.cornell.edu/wex/frum-non-coveniens/last visited 2021/7/12

⁴ Spiliada Maritime V. Consulex AC 460,476 (1987)

¹ Gulf Oil Corp. V. Gilbert 330 u.s. 501,404 (1947)

² Sua Sponte

تنها باید محکمه‌ی نخست به رسیدگی خود ادامه دهد. از این رو، دکترین امر مطروحه از «دادگاه مطلوب»^۳ حمایت می‌کند؛ شخصی که دعوی را به عنوان شخص نخست طرح می‌کند، طبیعتاً محکمه‌ای را انتخاب می‌نماید که تصور می‌کند دعوی وی می‌تواند به شکل مطلوب‌تری ارائه شود و قاعده‌ی امر مطروحه نیز مانع اقدام متفاوت شخص دیگر می‌گردد (Walker, 2000: 167-168; Pailli, 2013: 3). از سوی دیگر، بر خلاف دکترین دادگاه نامناسب که به محکمه اختیار رد دعوی را با توجه به صلاحیت خود در هر پرونده‌ای به صورت موردی می‌دهد و از طریق تجزیه و تحلیل هر دعوا انعطاف پذیر عمل می‌نماید، ایراد امر مطروحه با صالح دانستن محکمه‌ای که نخست وارد رسیدگی شده است، قاعده‌ای مطلق را بیان می‌دارد که صلاحیت محکمه تأثیری بر آن ندارد. بنابراین چنانچه خواننده تشخیص دهد که دادگاه نخست رسیدگی کننده به دعوا نامناسب است، دکترین امر مطروحه از آن حمایت نخواهد کرد. در نتیجه این امر می‌تواند بستری باشد برای سوء استفاده خواهان از این دکترین برای طرح دعوی در محکمه کشوری که برای خواننده نامناسب است.

با این وجود، دکترین امر مطروحه با اتکا بر معیار زمان، قاعده‌ای عینی، ساده و قابل اطمینان را ارائه می‌کند (Janecková, 2017: 291-292) که موجب افزایش قابلیت پیش‌بینی، کارایی و یکنواختی دادگاه‌ها می‌گردد (Li, 2020: 970)؛ چراکه دکترین امر مطروحه دادگاه نخست را مکلف به رسیدگی می‌نماید. از این رو، خواننده به طور منطقی می‌تواند پیش‌بینی نماید که در کدام محکمه ممکن است طرف دعوی قرار گیرد.

دکترین دادگاه نامناسب که عمدتاً یک دکترین کامن‌لایی محسوب می‌گردد، مستلزم وجود رویه قضایی است که بتواند سابقه کافی برای پر کردن خلأهایی که توسط توصیف مبهم از معیارها ایجاد

جهت ایجاد مشقت برای خواننده در جمع‌آوری مدارک، اقامتگاه شاهدان یا هزینه دعوا اعمال نخواهد شد. در واقع این امر نشان می‌دهد که دادگاه‌های انگلیسی، استانداردهای سختگیرانه‌ای را برای اعمال این دکترین اتخاذ نمودند (Li, 2020: 970-971). بنابراین هر چند در حقوق آمریکا و انگلیس به منظور جلوگیری از دادرسی موازی با اعمال دکترین دادگاه نامناسب، صلاحیت تعیین محکمه صالح با دادگاه است، ولی تفاوت‌های میان آن دو در اعمال این دکترین نیز قابل توجه است.

۲،۲ دکترین امر مطروحه

در کشورهای تابع نظام حقوقی رومی-ژرمنی غالباً به عنوان یکی از راه‌های جلوگیری از رسیدگی‌های موازی، دکترین ایراد امر مطروحه پیش‌بینی شده است. هر چند در قوانین ملی و بین‌المللی تعریف یکسانی در خصوص دکترین مذکور وجود ندارد، اما می‌توان آن را یکی از اصول قانون آیین دادرسی مدنی دانست که هدف آن جلوگیری از رسیدگی‌های موازی در دعاوی مشابه (به معنای موضوع مشابه بین طرفین یکسان) است. اصل ایراد امر مطروحه و اعتبار امر قضاوت شده^۱ تجلی از اصل عدم رسیدگی بیش از یک بار به دعوا^۲ است. دکترین مذکور این قاعده را ارائه می‌دهد که صلاحیت رسیدگی به دعوی توسط محکمه‌ای که ابتدا به آن پرداخته است حفظ گردد. بر این اساس، در صورتی که دعوی مشابه‌ای نزد محکمه‌ای متفاوت از محکمه نخست طرح گردد، محکمه دوم باید رسیدگی خود را تا زمانی که صلاحیت محکمه نخست باقی است، متوقف نماید (Janecková, 2017: 291-292).

دکترین ایراد امر مطروحه و دادگاه نامناسب، هر دو برای موقعیت‌هایی پیش‌بینی گردیده‌اند که دعاوی یکسان در محکمه دو یا چند کشور در حال رسیدگی باشد. با این وجود، تفاوت‌هایی نیز میان آن دو وجود دارد. معیار اصلی برای اعمال دکترین امر مطروحه، «زمان رسیدگی» است. بدین معنی که

³ Fourm Shopping

¹ Res iudicata

² Nebis in idem



۳،۱ حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۹۷۵، «ایراد امر مطروحه» را در دعاوی داخلی پذیرفته است و در طی مواد ۱۰۰ الی ۱۰۷، تحت عنوان «ایراد سبق طرح دعوا و ایراد امر مرتبط»^۱ به بررسی احکام آن می‌پردازد. با این وجود، مقررات صریحی در حقوق فرانسه در خصوص پذیرش دکتترین مذکور در دعاوی بین‌المللی وجود ندارد. در گذشته محاکم فرانسه، طی آرای متعدد با این استدلال که مرجع برتری برای تنظیم روابط میان مرجع قضایی فرانسه و مرجع قضایی کشورهای دیگر وجود ندارد، رسیدگی هم‌زمان دادگاه خارجی را مانع صلاحیت محاکم فرانسه نمی‌دانستند (سلجوقی، ۱۳۹۹: ۴۹۸-۴۹۹).

با این وجود، دکتترین امر مطروحه در رویه قضایی فرانسه پذیرفته شده است. رای که دیوان عالی کشور فرانسه در تاریخ ۵ می ۱۹۶۲ صادر نمود، حکایت از این تکامل دارد. در این رای حکم بر رد ایراد عدم صلاحیت داده شد؛ چرا که، اولاً دعوی نخست در دادگاه فرانسه اقامه شده است و ثانیاً دادگاه فرانسه صلاحیت انحصاری^۲ دارد (صفایی، ۱۳۹۳: ۲۰۹). بنابراین با توجه به مفهوم استدلال مذکور می‌توان بیان داشت، چنانچه دعوی نخست در دادگاه خارجی اقامه شود و در صلاحیت انحصاری دادگاه فرانسه نباشد، ایراد مذکور می‌تواند پذیرفته شود. همچنین دیوان عالی فرانسه در رای مورخ ۲۶ نوامبر ۱۹۷۴ اشعار داشته است که ایراد امر مطروحه به این علت که دعوی در یک دادگاه خارجی صلاحیت‌دار تحت رسیدگی است، قابل پذیرش است. مشروط بر اینکه رای که از آن دادگاه صادر می‌شود در فرانسه قابل شناسایی باشد (Fawcett, 1995: 181).

در حقوق فرانسه، صلاحیت دادگاه خارجی به عنوان اولین شرط و اساسی‌ترین معیار در شناسایی و اجرای احکام خارجی^۳ است (Regan, 1981: 169).

شده است را فراهم نماید. از سوی دیگر، از دیدگاه کشورهای دارای حقوق نوشته، قراردادان مسئولیت شفاف‌سازی بر عهده قضات، بدون مقرر نمودن راهنمایی‌های خاص در متون، امری غیر منطقی است. از این رو، با توجه به زمینه‌های اجتماعی و حقوقی می‌توان نتیجه گرفت که دکتترین دادگاه نامناسب برای کشورهای تابع نظام حقوق کامن‌لا و مکان‌هایی که اختلاف عمدتاً از طریق دعوی قضایی فیصله نمی‌یابد، مناسب‌تر است. در حالی که ایراد امر مطروحه در کشورهای دارای حقوق نوشته و مکان‌هایی که حل و فصل دعوا از طریق دعوی قضایی اولویت دارد، مناسب‌تر می‌باشد (Li, 2020: 970-973). بنابراین دکتترین امر مطروحه با ارائه معیار «زمان رسیدگی» در تعیین صلاحیت محکمه، بهترین ابزار در پیشگیری از دادرسی موازی در دعاوی بین‌المللی در کشورهای تابع نظام حقوقی رومی-ژرمنی است.

۳ دکتترین امر مطروحه در نظام حقوقی کشورهای رومی-ژرمنی

در میان کشورهای تابع نظام حقوقی رومی-ژرمنی، حقوق فرانسه، سوئیس و ایتالیا با وجود ارائه مفهوم یکسان از دکتترین امر مطروحه، هر یک پذیرش دکتترین امر مطروحه را در حقوق بین‌الملل خصوصی خود مستلزم وجود برخی شرایط نموده‌اند که بررسی و تطبیق آن با حقوق ایران می‌تواند راهکاری را به منظور پذیرش، تبیین شرایط و آثار دکتترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران فراهم نماید. از این رو در این قسمت، جایگاه دکتترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، سوئیس و ایتالیا مورد واکاوی قرار می‌گیرد.

³ Exequatur

¹ Les exceptions de litispendance et de connexité

² Compétence exclusive

می‌نماید. در سال ۱۹۹۶، یک دادگاه سوئیسی ازدواج را فسخ کرد و آنگاه زن از دادگاه فرانسه تقاضای اجرای حکم را نمود. شوهر صلاحیت دادگاه سوئیسی را در مراحل اجرایی فرانسه تنها به علت تابعیت خود به چالش کشید. دادگاه فرانسه بیان داشت که این ایراد بی ارتباط است و بین دادگاه خارجی و دعوی مربوطه ارتباط قابل توجهی وجود دارد (Cuniberti, 2007: 1-2).

دیوان عالی فرانسه در رای اخیر خود که در ۱۹ فوریه ۲۰۱۳ در دعوای بین گروهی از شرکت های فرانسوی و شرکت مریشن صادر نمود، با استناد به اصول رویه قضایی ناشی رای صادر شده در سال ۱۹۷۴، فرض ایراد امر مطروحه در دعوای بین‌المللی را به جهت فقدان صلاحیت انحصاری برای دادگاه فرانسه، فقدان تقلب و ارتباط لازم بین دعوا و محکمه رسیدگی کننده تایید نمود و صدور قرار تعلیق را به شایستگی دادگاه خارجی روا دانسته است.

۳،۲ حقوق سوئیسی

در حقوق سوئیسی، صدور و اجرای دو حکم متضاد در مورد دعوای یکسان در درون یک نظام حقوقی خاص، بر خلاف نظم عمومی است. از این رو، به منظور جلوگیری از چنین وضعیتی، اساساً دو اصل «ایراد امر مطروحه» و «اعتبار امر مختومه» در حقوق سوئیسی پیش‌بینی شده است (McLachlan, 2009: 209). به موجب نظام حقوقی سوئیسی، این دکتترین نه تنها در دعوی داخلی، بلکه در سطح بین‌المللی نیز با رعایت معاهدات بین‌المللی اعمال می‌گردد.

قانون فدرال سوئیسی در حقوق بین‌الملل خصوصی، مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ در ماده ۹، تحت عنوان «دعوای مطروحه در دادگاه» مقرر می‌دارد: «۱- چنانچه دعوایی با موضوع یکسان، سابقاً بین همان اصحاب دعوی در کشور خارجی در حال

به طور کلی، بر اساس حقوق فرانسه در مواردی که طبق قواعد داخلی صلاحیت در فرانسه، یک دادگاه فرانسوی دارای صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به دعوا باشد (مانند دعوای مربوط به اموال غیرمنقولی که در فرانسه واقع شده است)، دادگاه خارجی دیگر صلاحیت رسیدگی و صدور حکم ندارد و دادگاه فرانسه از اجرای آن حکم خودداری می‌نماید (Castel, 1957: 179-181).

در گذشته، دکتترین امر مطروحه در روابط بین‌الملل به ندرت با شرایط پذیرش مطابقت داشته است و مستلزم شناسایی احکام خارجی در فرانسه بود. قانون مدنی فرانسه در دعوای بین‌المللی، طی مواد ۱۴ و ۱۵، صلاحیت استثنایی مبتنی بر تابعیت طرفین دعوا را پذیرفته است و برای تابعیت ارزش بسیاری قائل است. به نحوی که تابعیت فرانسوی طرفین دعوی می‌تواند منجر به صلاحیت انحصاری دادگاه‌های فرانسه در خصوص دعوای خارج از کشور شود. به عبارت دیگر، ماده ۱۵ به خواهان بیگانه اجازه می‌دهد که علیه خوانده فرانسوی در فرانسه اقامه‌ی دعوی کند و رویه قضایی فرانسه از آن چنین نتیجه می‌گیرد که اصولاً صلاحیت دادگاه‌های فرانسه در خصوص دعوای خارج از کشور انحصاری است. پذیرش چنین فرضی صلاحیت دادگاه‌های خارجی را رد و از شناسایی احکام خارجی در فرانسه جلوگیری می‌نماید (Regan, 1981: 198-199).

امروزه، با عضویت فرانسه در کنوانسیون اروپایی و بسیاری از معاهدات دو جانبه، از اعمال استدلال مذکور کاسته شده است. دادگاه عالی فرانسه نیز در ۲۳ می ۲۰۰۶ در حکم موسوم به «prieur»، ماده ۱۵ ق.م. را دیگر مانعی برای صلاحیت دادگاه خارجی و در نتیجه شناسایی احکام خارجی در فرانسه ندانسته است. این امر، به طور قابل توجهی پذیرش دکتترین امر مطروحه را در روابط بین‌الملل گسترش داده است. در این پرونده، یک تبعه فرانسه و مقیم سوئیسی با زنی که متولد و مقیم سوئیسی بود ازدواج

² Federal Act on Private International Law (PILA) of 18 December 1987.

¹ Cass. Civ., 19 February 2013:11-28.846.



حقوق سوئیس مفهومی اغلب یکسان با سایر کشورهای تابع نظام حقوقی رومی- ژرمنی از دکتترین امر مطروحه ارائه می‌دهد. با این وجود، دکتترین مذکور را در روابط بین‌الملل تنها تحت شرایط خاصی مورد پذیرش قرار داده است.

۳،۳ حقوق ایتالیا

ایتالیا یکی از نخستین کشورهایی به شمار می‌آید که یک سیستم کامل تعارض قوانین را در مقررات قانون مدنی ۱۸۶۵ ایتالیا به تصویب رسانده است. لیکن این سیستم برای تأمین نیازهای زندگی بین‌المللی و تجاری امروز بسیار سخت‌گیرانه بود که این امر اصلاحات اساسی را در بعضی از خصوصیات سنتی سیستم ایتالیایی ایجاب می‌نمود (Giardina, 1996: 760). از این رو، قانون جدید حاکم بر حقوق بین‌الملل خصوصی در ایتالیا بر اساس اصلاح سیستم ایتالیایی در حقوق بین‌الملل خصوصی^۲ در ۳۱ می ۱۹۹۵ تصویب شد (Russo & Erains, 2000: 273).

در خصوص ایراد امر مطروحه، ماده ۷ قانون اصلاح سیستم ایتالیایی حقوق بین‌الملل خصوصی، تحت عنوان «دعوی خارجی در حال رسیدگی» مقرر می‌دارد: «۱- در صورتی که در جریان رسیدگی به یک دعوا مشخص گردد که دعوایی سابقاً بین همان طرفین با موضوع و سبب یکسان، نزد محکمه خارجی در حال رسیدگی است و حکم محکمه خارجی در ایتالیا الزام‌آور خواهد بود، دادگاه ایتالیا باید دعوا را تعلیق کند. اگر محکمه خارجی صلاحیت خود را رد نماید یا حکم خارجی توسط قانون ایتالیا قابل شناسایی نباشد، پس از درخواست طرفین ذینفع، دعوا در ایتالیا ادامه می‌یابد. ۲- در حال رسیدگی بودن دعوا در محکمه خارجی توسط قانون کشوری که دعوا باید در آن رسیدگی شود، تعیین می‌گردد. ۳- در طی مراحل قبل از دادرسی، دعوی که شامل حقوق خارجی است، قاضی ایتالیایی

رسیدگی باشد، دادگاه سوئیس باید رسیدگی به آن دعوا را به حالت تعلیق در آورد، مشروط بر این که محکمه خارجی در طی مدت معقول رای که قابل شناسایی در سوئیس است را صادر نماید. ۲- زمانی دعوی در سوئیس مطرح تلقی می‌شود که اولین اقدام لازم برای آغاز رسیدگی انجام شده باشد و برای این منظور اعلامیه‌ای که برای رسیدگی سازشی ارائه می‌شود نیز کافی است. ۳- به محض دریافت رای خارجی قابل شناسایی در سوئیس، دادگاه سوئیزی باید دعوی را رد کند.»

دادگاه عالی فدرال سوئیس اشعار می‌دارد که اصل ایراد امر مطروحه همانند اصل امر قضاوت شده، بخشی از سیاست عمومی است. در نتیجه این اصل باید نسبت به رسیدگی محکمه خارجی که همزمان با داوری سوئیس برگزار می‌شود نیز اعمال گردد (Baker & McKenzie, 2010: 356). محکمه سوئیس باید در هنگام اعمال بند یک ماده ۹ رسیدگی خود را متوقف سازد، مشروط بر اینکه ابتدا رسیدگی محکمه دولت خارجی تحت یک شرط سه گانه آغاز شده باشد؛ ۱- هر دو دعوا باید با موضوع یکسان و بین همان طرفین باشد، ۲- امکان صدور رای توسط محکمه دولت خارجی باید در طی یک مدت معقولی وجود داشته باشد، ۳- اجرا رای صادر شده توسط محکمه دولت خارجی در سوئیس ممکن باشد. خصوصیت اختلاف به موجب بند یک باید به طور دقیق مورد بررسی قرار گیرد. محکمه می‌تواند در مورد بندهای ۲ و ۳ تحلیل خود را به یک پیش‌بینی محدود کند؛ به این صورت که بررسی نماید که آیا اجرای این شروط محتمل است یا نه، ولی پاسخ قاطع به سوال لازم نخواهد بود. در صورت شک و تردید، محکمه می‌تواند فرض نماید که شرایط محقق است، یعنی دادگاه دولت خارجی در زمان مقرر رأیی صادر می‌کند که در سوئیس قابل اجرا خواهد بود^۱ (Oetiker, 2014: 139). بنابراین

² Reform of the Italian system of private international law (in Suppl. ordinary n. 68, to the Official Gazette n. 128, of 3 June 1995).

^۱ قانون فدرال سوئیس در حقوق بین‌الملل خصوصی، در طی مواد ۲۵ الی ۲۷ به وضع مقرراتی در خصوص «شناسایی احکام خارجی» می‌پردازد.

باقری، ۱۳۹۶: ۱۷۵). در این مورد، حقوق ایران نیز به منظور جلوگیری از دادرسی موازی در دعاوی داخلی، ایراد امر مطروحه را صریحاً در ماده ۸۴ ق. آ. د. م پذیرفته است. اما آنچه محور بحث است، پذیرش دکتترین مذکور در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران است. از این رو در این قسمت، پس از بررسی جایگاه دکتترین امر مطروحه و شرایط پذیرش آن در حقوق بین‌الملل خصوصی، در نهایت آثار ایراد امر مطروحه در دعاوی بین‌المللی مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۴/۱ جایگاه دکتترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران

در حقوق ایران، دولت در روابط بین‌الملل برخلاف دعاوی داخلی، جز در چارچوب کنوانسیون حمل و نقل جاده‌ای که ایران در سال ۱۳۷۶ به آن ملحق گشته است^۱ و برخی موافقت‌نامه دوجانبه که در زمینه معاضدت در امور مدنی و تجاری بین کشور ایران با سایر کشورها منعقد شده است^۲، تمایلی به انصراف از اعمال حاکمیت و عدول از صلاحیت خود به نفع محکمه خارجی ندارد. از این رو، مقنن مقرر داشته است که در روابط بین‌الملل، مطرح بودن همان دعوی در محکمه اجنبی موجب عدم صلاحیت محکمه ایرانی نیست (ماده ۹۷۱ ق. م.).

برخی از علمای علم حقوق در خصوص عدم پذیرش دکتترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی، به تصریح ماده ۹۷۱ ق. م. که نزدیک به یک قرن از وضع آن می‌گذرد، دلایل متعددی بیان نموده‌اند که عبارت است از اینکه: اولاً، در دادرسی‌های داخلی، در خصوص تعیین محکمه

می‌تواند در صورتی که تشخیص دهد حکم محکمه خارجی در ایتالیا موثر خواهد بود دادرسی را معلق کند.^۳ به موجب ماده مذکور، در صورتی که یکی از اصحاب دعوی، به ایراد امر مطروحه در یک دعوی بین‌المللی استناد نماید، دادگاه ایتالیا رسیدگی خود را در صورتی متوقف می‌نماید که اولاً، هر دو عوا با موضوع و سبب یکسان و بین همان طرفین باشد. ثانیاً، حکم محکمه خارجی در ایتالیا قابل شناسایی باشد. همچنین دادگاه ایتالیا در دو فرض به درخواست طرفین ذینفع بعد از توقیف، رسیدگی را ادامه می‌دهد؛ نخست هنگامی که محکمه ایتالیا به موجب قانون کشوری که دعوا در آن در حال رسیدگی است، دعوا را در دادگاه صالح خارجی در حال رسیدگی تشخیص دهد، ولی سپس مشخص گردد که محکمه خارجی خود را صالح به رسیدگی ندانسته است. دیگر زمانی است که محکمه ایتالیا در مرحله توقیف دادرسی به جهت ایراد امر مطروحه، حکم محکمه خارجی را قابل شناسایی تشخیص دهد، اما پس از صدور رای توسط محکمه خارجی، مشخص گردد که حکم قابل اجرا و شناسایی در ایتالیا نمی‌باشد.

۴ دکتترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران

در حقوق داخلی کشورها مقرراتی وجود دارد که هرگاه دعوایی در یکی از دادگاه‌های داخلی مطرح باشد، دادگاه داخلی دیگر نمی‌تواند اقدام به اعمال صلاحیت در خصوص همان دعوا نماید (شریعت

^۱ دعوی اولیه نزد آن طرح شده در کشوری که دعوی تازه در آن اقامه می‌شود، قابل اجرا نباشد.

^۲ از جمله این موافقت‌نامه‌ها عبارت است از: موافقت‌نامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه جهت معاضدت در پرونده‌های مدنی و جزایی مصوب ۱۳۷۸/۹/۲۰ (بند ۳ ماده ۲۱)؛ موافقت‌نامه معاضدت و روابط قضایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری قزاقستان مصوب ۱۳۸۴/۷/۲۶ (بند ۳ ماده ۲۱).

^۳ بند ۲ ماده ۳۱ کنوانسیون حمل و نقل جاده‌ای بیان می‌دارد: «در مواردی که نسبت به ادعایی که در بند ۱ این ماده به آن اشاره شد دعوایی در دادگاه یا دیوان صلاحیت‌دار برابر مقررات بند یاد شده مطرح یا در مواردی که نسبت به چنین ادعایی حکمی از طرف دادگاه یا دیوان صالحی صادر شده باشد، دو طرف دعوا نمی‌توانند نسبت به همان ادعا در کشور دیگری دعوی تازه‌ای مطرح کنند، مگر اینکه حکم دادگاه یا دیوانی که



را می‌توان در دعاوی بین‌المللی پذیرفت؛ چراکه اولاً، سوء ظن کلی نسبت به محاکم خارجی خلاف حسن روابط بین‌المللی است. ثانیاً، صدور احکام متناقض نه تنها در سطح داخلی، بلکه در روابط بین‌المللی نیز امری نامطلوب است. ثالثاً، با قبول ایراد امر مطروحه از اتلاف وقت و هزینه اصحاب دعوی و کشوری که مؤخر در رسیدگی است جلوگیری می‌شود (صفایی، ۱۳۹۳: ۲۱۰). رابعاً، دادخواهی حق مسلم هر فرد است و کسی که به دادخواهی نزد محاکم داخلی آمده است نباید بدین بهانه که محکمه کشور خارجی نیز صلاحیت‌دار است از حق دادخواهی محروم شود (شریعت باقری، ۱۳۹۶: ۱۷۴). خامساً، با توجه به مقتضیات جامعه بین‌الملل و گسترش روزافزون روابط تجاری و خصوصی اشخاص، لزوم شناسایی ایراد امر مطروحه به شدت محسوس است (ارفع‌نیا، ۱۳۸۳: ۱۹۹؛ مقصودی، ۱۳۹۱: ۱۰۹). برخی از نویسندگان نیز آورده‌اند که ماده ۹۷۱ ق.م. زمانی تصویب گردید که مبنای فلسفی حقوق بین‌الملل خصوصی حاکمیت دولت‌ها بود، بنابراین درج چنین حکمی در قانون مدنی طبیعی است. ولی امروزه با تحولات فراوان در عرصه‌ی حقوق بین‌الملل خصوصی، بسیاری از نظام‌های حقوقی، نقش حاکمیت اراده را در تعیین صلاحیت بین‌المللی دادگاه‌ها پذیرفته‌اند. همچنین بررسی موافقت‌نامه دوجانبه میان کشور ایران با سایر کشورها نشان می‌دهد که امکان طرح ایراد امر مطروحه در دادگاه ایران وجود دارد (انصاری و کابری، ۱۳۹۸: ۳۱۳-۳۱۶).

این در حالی است که برخی دیگر معتقدند ماده ۹۷۱ ق.م. صرفاً ناظر به قضایایی است که رسیدگی به آن در صلاحیت انحصاری دادگاه ایرانی نباشد. بنابراین در موارد غیر از آن حکمی ندارد و محکمه ایرانی می‌تواند در این قبیل موضوعات که در صلاحیت اختصاصی وی نیست، ایراد سبق طرح دعوا در دادگاه خارجی را مسموع نماید (غمامی و محسنی، ۱۳۹۶: ۱۷۶). این نظر با اطلاق ماده مزبور سازگاری ندارد، بلکه به موجب اطلاق این ماده، در

صالح برای رسیدگی به دعوا مطروحه در بین دو یا چند محکمه، اختلاف توسط دادگاه عالی مرتفع می‌گردد. در حالی که در روابط بین‌الملل، مشکل آن است که قدرت مرکزی وجود ندارد تا اختلاف در اعمال صلاحیت را حل و فصل نماید (Janecková, 2017: 358-359). ثانیاً، صلاحیت قضایی مصداق بارز اعمال حاکمیت توسط دولت‌ها است و به طور طبیعی هیچ دولتی از اعمال حاکمیت خود به نفع دولت دیگر صرف نظر نخواهد کرد (مقصودی، ۱۳۹۱: ۱۰۹). به عبارت دیگر، اصل حق حاکمیت سیاسی کشورها و استقلال آن‌ها اقتضا دارد که دادگاه‌های هر کشور از جمله دادگاه‌های ایران در مقام تعیین صلاحیت خود برای رسیدگی به دعاوی بین‌المللی، فارغ از وجود ربط میان دعوی با نظام قضایی کشور دیگر تنها به بررسی این موضوع بپردازد که آیا جهت ربط میان آن دعوی با نظام قضایی کشور آن‌ها یافت می‌گردد یا نه؛ و در صورت احراز آن به رسیدگی خود ادامه دهد (سلجوقی، ۱۳۹۹: ۴۷۰-۴۷۱)؛ در حالی که انصراف از اعمال صلاحیت به نفع دادگاه خارجی دارای سبق رسیدگی، به معنای اعراض از اعمال حاکمیت به نفع دولت خارجی محسوب می‌شود (مقصودی، ۱۳۹۳: ۶۰۰). ثالثاً، مقنن ممکن است با لحاظ مقتضیات اصل حاکمیت ملی فرض نموده است رسیدگی در دادگاه خارجی ناعادلانه، کند و غیر موثرتر از رسیدگی در دادگاه داخلی است. از این رو، ایراد سبق طرح دعوا را در دعاوی بین‌المللی نپذیرفته است (غمامی و محسنی، ۱۳۹۶: ۱۷۶). رابعاً، در ماده ۹۷۱ مطرح بودن دعوی ناظر به دعوایی است که هنوز مشمول امر مختومه نشده است تا بتواند رافع صلاحیت محکمه ایرانی باشد (پور نوری، ۱۳۸۳: ۸۶). خامساً، در روابط بین‌الملل بر خلاف روابط داخلی، اختلاف آرا اشکالی ایجاد نمی‌کند؛ چراکه رای صادره از دادگاه خارجی در داخل کشور قابلیت اجرایی ندارد. بنابراین نباید از وجود دو رای مخالف لازم‌الاجرا بیم داشت (صفایی، ۱۳۹۳: ۲۰۸).

با این وجود، برخی از حقوقدانان بیان می‌دارند که ایراد راجع به مطرح بودن دعوا در محکمه دیگر

۴٫۲ تبیین شرایط پذیرش دکترین امر مطروحه

پذیرش دکترین امر مطروحه در یک دعوی بین‌المللی مستلزم وجود شرایطی است که برخی از این شرایط مشترک با طرح ایراد در دعوی داخلی است، که البته پژوهش حاضر در پی طرح آن در این قسمت نمی‌باشد؛ چراکه به طور مفصل توسط علمای علم حقوق مورد واکاوی قرار گرفته است. لیکن برخی از این شرایط مختص روابط بین‌الملل است که با توجه به ضرورت‌های پذیرش دکترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، می‌توان شرایط ذیل را با توجه به رویکرد کشورهای تابع نظام حقوقی رومی- ژرمنی در خصوص موضوع مطروحه، در جهت اصلاح و تعدیل ماده ۹۷۱ ق.م. به مقنن پیشنهاد نمود.

۴٫۲٫۱ عدم صلاحیت انحصاری محکمه ایرانی

رویه قضایی فرانسه زمانی دکترین امر مطروحه را در دعاوی بین‌المللی می‌پذیرد که موضوع اختلاف مورد رسیدگی در صلاحیت انحصاری محکمه فرانسوی نباشد (Regan, 1981: 199).

در حقوق ایران، در خصوص دکترین امر مطروحه در دعاوی بین‌المللی، برخی از نویسندگان بیان می‌دارند که دادگاه ایرانی می‌تواند ایراد سبق طرح دعوا در دادگاه خارجی را در موضوعاتی که در صلاحیت اختصاصی وی نیست، بپذیرد (غمامی و محسنی، ۱۳۹۶: ۱۷۶). مقنن نیز در بند ۶ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، در خصوص یکی از شرایط اجرای احکام خارجی در ایران اشعار می‌دارد: «رسیدگی به موضوع دعوا مطابق قوانین ایران اختصاص به دادگاه‌های ایران نداشته باشد.» از این رو، برخی از نویسندگان نیز بیان داشته‌اند که

باید واحد باشند و اگر واحد نیستند، از حیث درجه با یکدیگر مساوی باشند (جهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۵۰)؛ ۴- هر دو دعوا در حال رسیدگی باشند؛ ۵- ایراد در «دادگاه مؤخر» مطرح گردد. از این رو، این ایراد باید در دادگاهی صورت پذیرد که دعوی مؤخر در آن اقامه شده است (شمس، ۱۳۹۴: ۴۳۲).

هر موضوعی خواه در صلاحیت انحصاری محکمه ایران باشد یا خیر، ایراد سبق طرح دعوی رافع صلاحیت محکمه ایرانی نیست. البته هر چند در گذشته در حقوق ایران پذیرش دکترین امر مطروحه در دعاوی بین‌المللی به علت اصل حاکمیت ملی، امری غیر ممکن جلوه می‌نمود، اما امروزه احترام متقابل به عمل محکمه خارجی و اجرای عدالت قضایی از طریق جلوگیری از دادرسی موازی که موجب اتلاف وقت و هزینه بر اصحاب دعوا و تحمیل مسئولیت غیر ضروری بر دادگاه‌ها می‌شود اقتضاء می‌کند که دکترین امر مطروحه را در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران مورد پذیرش واقع گردد. این عمل مبتنی بر نظریه نزاکت بین‌المللی است. چراکه هنگامی که دولتی به هر دلیل قائل بر احترام به عمل محکمه دولت خارجی شود، نزاکت بین‌المللی اقتضاء دارد که اصولاً دادگاه‌های آن کشور خارجی نیز به عمل دادگاه‌های آن دولت احترام گذارند. در فرانسه نیز در ابتدا اعتقاد بر عدم پذیرش این دکترین در روابط بین‌الملل داشته‌اند، اما غلبه ضرورت‌ها حقوقی و اقتصادی نشان داد که رویه قضایی فرانسه همچون سایر کشورهای تابع نظام حقوقی رومی- ژرمنی چاره‌ای جز پذیرش آن ندارد، ضرورت‌هایی که امروزه در حقوق ایران نیز غیر قابل چشم‌پوشی است. از این رو، باید از طریق اصلاح و تعدیل ماده ۹۷۱ ق.م. آن را به قواعد و مقررات بین‌المللی نزدیک و هماهنگ ساخت. البته ایجاد تعادل میان اصل حاکمیت ملی و احترام متقابل به عمل محکمه خارجی اقتضاء دارد که پذیرش این دکترین در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران همچون سایر کشورها تحت شرایطی باشد که در قسمت بعد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

^۱ شرایط پذیرش ایراد امر مطروحه در دعاوی داخلی به طور کلی عبارت است از: ۱- بین دو دعوا وحدت باشد، یعنی هر دو دعوا از لحاظ موضوع و سبب یکی باشند و یا اگر یکی نیستند، دعوائی باشد که با ادعای خواهان ارتباط کامل داشته باشد (بهشتی و مردانی، ۱۳۸۹: ۲۵۱؛ متین دفتری، ۱۳۷۸: ۲۱۳)؛ ۲- وحدت اصحاب دعوا؛ ۳- دادگاه‌ها هم‌عرض باشند. بنابراین دادگاه‌ها



است و از سوی دیگر موجب حسن روابط بین‌الملل و احترام به عمل محکمه خارجی می‌گردد.

۴،۲،۲ صدور رای توسط محکمه خارجی در طی یک مدت معقول

امکان صدور رای در طی یک مدت معقول توسط محکمه خارجی را می‌توان یکی از شرایط پذیرش دکتترین امر مطروحه در دعوی بین‌المللی دانست. در حقوق سوئیس، مطابق بند ۱ ماده ۹ قانون فدرال سوئیس در حقوق بین‌الملل خصوصی، مقرر شده است: «... دادگاه سوئیس باید رسیدگی به آن دعوا را به حالت تعلیق در آورد، مشروط بر این که محکمه خارجی در طی مدت معقول رای که قابل شناسایی در سوئیس است را صادر نماید.».

در حقوق ایران، در دعوی داخلی لزومی بر صدور رای توسط محکمه نخست در طی یک مدت معقول وجود ندارد. زیرا همه‌ی دادگاه‌ها از حکومت واحد پیروی می‌کنند و دارای صلاحیت مساوی هستند. اما در دعاوی بین‌المللی، چنین وصفی وجود ندارد. از این رو، برخی از حقوقدانان بیان می‌دارند که در صورت توقیف رسیدگی توسط محکمه ایرانی به جهت دکتترین امر مطروحه، چنانچه در رسیدگی دادگاه خارجی وقفه ایجاد شود و آن وقفه بیش از مدتی باشد که دادگاه ایرانی آن را تعیین نموده است، محکمه ایرانی به درخواست خواهان رسیدگی خود را آغاز می‌نماید (سلجوقی، ۱۳۹۹: ۴۹۹). در واقع توقیف دادرسی با این فرض انجام می‌گیرد که رسیدگی محکمه خارجی تا صدور رای نهایی ادامه می‌یابد و رای در طی مدت معقولی صادر می‌شود. عدم پذیرش چنین شرطی در دعاوی بین‌المللی، چنانچه محکمه خارجی رسیدگی را متوقف یا در رسیدگی و یا صدور رای تأخیر نماید می‌تواند از یک سوء، بر خلاف اصل حاکمیت دولت و استقلال سیستم قضایی تلقی گردد. از سوی دیگر، موجب سوء استفاده یکی از اصحاب دعوا از این دکتترین، با طرح دعاوی متعدد به قصد تأخیر در احقاق حق در دادگاه صلاحیت‌دار و تأمین منافع خود شود. همچنین عدم امکان درخواست رفع توقیف رسیدگی

چنانچه موضوع راجع به صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ایران نباشد، طرح ایراد امر مطروحه امکان‌پذیر است (انصاری و کابری، ۱۳۹۸: ۳۱۸). بنابراین عدم صلاحیت اختصاصی محکمه ایرانی در رسیدگی به موضوع دعوا را می‌توان یکی از شرایط پذیرش دکتترین مذکور در روابط بین‌الملل دانست.

البته در قوانین موضوعه ایران به آنچه که در صلاحیت اختصاصی محاکم ایران می‌باشد، تصریح نشده است. با این وجود، آنچه را که مقنن در مواد ۱۲ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی بیان می‌دارد؛ مانند دعاوی مربوط به اموال غیرمنقول (ماده ۱۲)، دعاوی راجع به ترکه متوفی (ماده ۲۰) و ... در صلاحیت انحصاری محاکم ایران است (شریعت باقری، ۱۳۹۳: ۱۸۸). از دیدگاه برخی دیگر، منظور دعاوی است که یا طرفین آن بر حسب قاعده‌ی آزادی اراده، توافق بر صلاحیت دادگاه‌های ایران در رسیدگی به اختلاف میان خود نموده‌اند و یا قانون رسیدگی به آن را در صلاحیت محکمه ایرانی شناخته است؛ مانند رسیدگی به دعاوی راجع به اموال غیرمنقول (سلجوقی، ۱۳۹۹: ۵۵۱). برخی از حقوقدانان نیز مصادیق صلاحیت انحصاری محکمه ایرانی را، بندهای سه‌گانه ماده ۹۶۱ ق.م. که در مورد محدودیت‌های تمتع اتباع بیگانه از حقوق مدنی است و یا مواردی که به موجب الحاق ایران به کنوانسیون بین‌المللی دادگاه ایرانی صالح است، دانسته‌اند (غمامی و محسنی، ۱۳۹۶: ۱۷۶). بنابراین با وجود خلاء در نظام حقوقی ایران از حیث عدم وجود مصادیق احصاء شده از موارد صلاحیت انحصاری، به نظر می‌رسد جزء در مواردی که به موجب الحاق ایران به کنوانسیون‌های بین‌المللی و یا وجود موافقت نامه‌های معاضدت قضایی، تنها محکمه ایرانی برای رسیدگی به دعوی صالح می‌باشد، باید محدوده‌ی مصادیق صلاحیت اختصاصی محکمه ایرانی را از حیث موضوع دعوا تنها محدود به برخی از دعاوی، از جمله دعوی مربوط به اموال غیر منقول نمود. چراکه این امر، از یک سوء مطابق با اصل غیر انحصاری بودن صلاحیت محکمه

توسط محکمه ممکن است منجر به استنکاف از احقاق حق گردد.

۴،۲،۳ امکان شناسایی و اجرای حکم دادگاه خارجی

یکی از مسائل مهم حقوقی که در دنیای اقتصادی امروز به علت توسعه روزافزون روابط بین‌الملل مورد توجه است، ضرورت شناسایی و اجرای احکام صادره از محاکم کشورهای خارجی است. با این وجود، به طور سنتی، شناسایی و اجرای احکام محاکم خارجی موضوعی است که منحصراً تابع قوانین ملی هر کشور می‌باشد. در واقع شناسایی و اجرای احکام خارجی، تحت تأثیر دو دکتین «حاکمیت» و «رفتار متقابل» است. از یک سو، اصل حاکمیت ایجاب می‌نماید که یک محکمه خارجی نتواند حکمی صادر نماید که در قلمرو حاکمیت دولت دیگر موثر باشد؛ از سوی دیگر، یک سیستم حقوق ملی باید احکام دادگاه‌های خارجی را اجرا نماید، در صورتی که انتظار دارد از امتیاز مشابه‌ای برای احکام دادگاه‌های خود برخوردار باشد که این عمل به اصل «احترام (رفتار متقابل)»^۱ معروف است (Regan, 1981: 153). البته اصل احترام متقابل صرفاً یک امتیاز سیاسی است و برای کشور اعطاءکننده ایجاد تعهد نمی‌کند.

در حقوق ایران، در قوانین حاکم بر دعاوی مدنی و تجاری، رفتار متقابل دولت خارجی در چند مورد، از جمله بند سوم ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی، بند اول ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی و ماده ۲۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان شرط قرار گرفته است. مطابق بند ۱ ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م. رفتار متقابل در شناسایی و اجرای احکام خارجی می‌تواند به دلیل قانون داخلی یا عهدنامه و یا معامله‌ی متقابل باشد. بنابراین گاهی ممکن است دادگاه‌های یک کشور صرفاً بر پایه معامله متقابل، احکام محاکم خارجی را اجرا نمایند. مبنای این عمل، نظریه «نزاکت بین‌المللی» است. چراکه هنگامی که دولتی به هر دلیل احکام محاکم دولت خارجی را قابل اجرا بداند،

نزاکت بین‌المللی ایجاب می‌کند که محاکم آن کشور خارجی نیز احکام دادگاه‌های آن دولت را اصولاً اجرا نمایند (شریعت باقری، ۱۳۹۶: ۱۸۴). از این رو مقنن کمترین درجه از وجود رفتار متقابل را شرط شناسایی و اجرای حکم خارجی قرار داده است. بنابراین همین که کشور خارجی به عنوان یک اصل و به صرف ایرانی بودن از شناسایی حکم صادره از دادگاه‌های ایران امتناع نکند، برای تحقق شرط کافی است (ایزائلو و جباری‌زاده، ۱۳۹۸: ۱۰۳). علاوه بر این، مقنن شرایط و موانع اجرای احکام خارجی را در طی ۸ بند در ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م. تنظیم نموده است که به موجب آن، از یک سو اجرای احکام خارجی مستلزم وجود شرایطی است، از جمله آن که: اولاً، حکم از نظر دادگاه صادرکننده قطعی و لازم‌الاجرا باشد؛ ثانیاً، حکم به علت قانونی از اعتبار نیفتاده باشد؛ ثالثاً، دستور اجرای حکم از سوی مقامات صلاحیت‌دار کشور صادرکننده حکم صادر شده باشد؛ رابعاً، حکم از دادگاه صلاحیت‌دار صادر گردد که طبق ماده ۹۷۱ قانون مدنی، برای تشخیص صلاحیت محکمه خارجی قاضی ایرانی باید به قواعد صلاحیت بین‌المللی محکمه خارجی رجوع نماید. از سوی دیگر، موانع اجرای احکام خارجی عبارت است از اینکه: اولاً، مفاد حکم خلاف قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه نباشد؛ ثانیاً، رسیدگی اختصاص به محکمه ایرانی نداشته باشد؛ ثالثاً، از دادگاه ایران حکم مخالف حکم محکمه خارجی صادر نشده باشد. با این وجود، بحثی از دکتین امر مطروحه در شناسایی و اجرای احکام خارجی نشده است.

ایراد امر مطروحه یک شکل پیشگیرانه از هماهنگی میان صلاحیت کشورهای مختلف است و هدف آن تکمیل شکل سنتی‌تر همکاری است که در هنگام شناسایی و اجرای احکام خارجی انجام می‌گیرد و اعمال قواعد امر مطروحه می‌تواند شناسایی و اجرای احکام خارجی را تسهیل نماید (مقصودی، ۱۳۹۳: ۵۸۴).

¹ Comity



جلسه می‌نگارد. ولی در صورت وارد دانستن ایراد، با جمع مواد ۸۴ (بند ۲)، ۸۹ و ۱۰۳ ق.آ.د.م، در صورتی که دعوا در همان شعبه در دست رسیدگی است، باید قرار رسیدگی توامان صادر و به تمامی آن‌ها یکجا رسیدگی نماید (حیاتی، ۱۳۹۴: ۱۸). چنانچه در دو یا چند شعبه‌ی مختلف باشد، مقام ارجاع مشخص می‌نماید که کدام یک از این دو یا چند شعبه باید به دعوا رسیدگی کند. به این صورت که شعبه‌ای که پرونده از آن گرفته می‌شود باید قرار امتناع از رسیدگی صادر کند و شعبه‌ای که به تمام دعاوی یکجا رسیدگی می‌کند، باید قرار رسیدگی توامان صادر نماید (جهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۴۹). این فرض در حالتی که دعوا در دو دادگاه هم‌عرض نیز در حال رسیدگی است، صدق می‌نماید.

در صورت پذیرش دکتترین امر مطروحه در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران، تکلیف دادگاه در صورت طرح چنین ایرادی چیست؟ آیا راه حل پیش‌بینی شده در قانون آیین دادرسی مدنی را که مقرر می‌دارد «... هر گاه دعوا در دادگاه دیگری تحت رسیدگی باشد، از رسیدگی به دعوا خودداری کرده، پرونده را به دادگاهی که دعوا در آن مطرح است می‌فرستد...» می‌توان در دعاوی بین‌المللی نیز اعمال نمود؟ و یا با توجه به جنبه بین‌المللی دعوا باید قرار رد دعوا صادر کرد؟

در دعاوی بین‌المللی در صورت حصول شرایط دکتترین امر مطروحه، از ضمانت اجرای صدور «قرار رد دعوا» کمتر استفاده می‌شود؛ چراکه اولاً، دعاوی مطروحه در یک حوزه‌ی صلاحیت‌دار را به طور کلی نابود می‌سازد؛ ثانیاً، موعد زمانی قابلیت طرح دعوی را از بین می‌برد و ممکن است به دلایلی از قبیل مرور زمان، موجب تضییع کامل حقوق خواهان شود (مقصودی، ۱۳۹۳: ۵۸۶). در حقوق ایران نیز صدور

بررسی حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای تابع نظام حقوقی رومی- ژرمنی نشان داد که یکی از شرایط پذیرش دکتترین امر مطروحه در روابط بین‌الملل آن است که حکم محکمه خارجی در آن کشور قابلیت شناسایی و اجرا داشته باشد. بنابراین در صورتی که حکم خارجی واجد شرط مذکور نباشد، به جهت عدم قابلیت اجرا مانع رسیدگی محکمه صالح داخلی نخواهد بود؛ چراکه پذیرش ایراد مذکور در چنین حالتی، بر خلاف اصل حاکمیت دولت در اعمال صلاحیت است و از سوی دیگر، ممکن است سبب محروم شدن اصحاب دعوا از احقاق حق خود و یا ابزاری برای تقلب در خصوص صلاحیت محاکم گردد.

در حقوق ایران، پذیرش دکتترین امر مطروحه در روابط بین‌الملل باید منوط بر قابلیت شناسایی حکم صادره از محکمه خارجی در ایران باشد. در این مورد محکمه ایرانی می‌تواند تحلیل خود را به یک پیش‌بینی محدود کند و در صورت شبهه فرض نماید که دادگاه دولت خارجی رأیی صادر خواهد کرد که در ایران قابل شناسایی است. البته مقنن در ماده ۹۷۲ ق.م.ا، به عنوان یک قاعده کلی مقرر می‌دارد که احکام صادره از دادگاه‌های خارجی قابل اجرا نیست، مگر اینکه مطابق قوانین ایران باشد و این امر را به تشخیص قاضی محکمه وا می‌گذارد. با این وجود، در صورتی که بعد توقیف دادرسی به جهت پذیرش دکتترین امر مطروحه مشخص گردد که رای صادره در حقوق ایران قابلیت اجرا ندارد، محکمه باید به درخواست هر یک از طرفین به جهت جلوگیری از استتکاف حق، به رسیدگی خود ادامه دهد.

۴.۳ آثار دکتترین امر مطروحه

ایراد امر مطروحه، دادگاه را مکلف به رسیدگی و اتخاذ تصمیم می‌نماید. در دعاوی داخلی، چنانچه دادگاه ایراد امر مطروحه را به علت عدم حصول شرایط وارد نداند، این تصمیم را صرفاً در صورت

خارجه را نمی‌توان در ایران اجرا نمود مگر این که مطابق قوانین ایران امر به اجراء آن‌ها صادر شده باشد.»

^۱ مقنن در ماده ۹۷۲ ق.م.ا آورده است: «احکام صادره از محاکم خارجه و همچنین اسناد رسمی لازم‌الاجراء تنظیم شده در

وجود شرایطی به محکمه ایرانی اجازه خواهد داد، دعوی را به نفع دادرسی موازی در کشور خارجی توقیف کند تا از دادرسی غیر ضروری جلوگیری نماید.

۵ نتیجه‌گیری

در نظام‌های حقوقی اغلب کشورهای رومی-ژرمنی به منظور جلوگیری از دادرسی موازی که اجرای عدالت را با تهدید جدی روبه‌رو می‌سازد، دکترین امر مطروحه پیش‌بینی شده است. در دکترین مذکور برخلاف دکترین دادگاه نامناسب، معیار «زمان رسیدگی» است که این امر منتج به افزایش قابلیت پیش‌بینی و کارایی دادگاه‌ها می‌گردد.

حقوق ایران، در دعاوی داخلی به موجب بند ۲ ماده ۸۴ ق.آ.د.م.، دکترین امر مطروحه را به تبعیت از حقوق فرانسه پذیرفته است. لیکن در روابط بین‌الملل، به صراحت ماده ۹۷۱ ق.م. که نزدیک به یک قرن از وضع آن می‌گذرد، مطرح بودن همان دعوی در محکمه خارجی را موجب عدم صلاحیت محکمه ایرانی ندانسته است. به نظر می‌رسد هر چند در گذشته در حقوق ایران پذیرش دکترین امر مطروحه در دعاوی بین‌المللی به علت اصل حاکمیت ملی و استقلال آن‌ها، امری خلاف مصلحت جلوه می‌نمود، اما امروزه احترام متقابل به عمل محکمه خارجی و اجرای عدالت از طریق جلوگیری از دادرسی موازی که موجب اتلاف وقت و هزینه بر طرفین و تحمیل مسئولیت غیر ضروری بر محاکم می‌شود، پذیرش این دکترین را در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران اجتناب ناپذیر کرده است.

در فرانسه در ابتدا اعتقاد بر عدم پذیرش این دکترین در روابط بین‌الملل بوده است، اما غلبه ضرورت‌های حقوقی و اقتصادی نشان داد که رویه قضایی فرانسه همچون حقوق سوئیس و ایتالیا چاره‌ای جز پذیرش آن ندارد، ضرورت‌هایی که امروزه

قرار رد دعوا به عنوان ضمانت اجرای دکترین امر مطروحه در هیچ فرضی پذیرفته نشده است.

در خصوص استفاده از ضمانت اجرای پیش‌بینی شده در ماده ۸۹ ق.آ.د.م.، آن بخش که آورده است پرونده به دادگاه دارای سبق ارجاع فرستاده می‌شود، در دعاوی بین‌المللی قابل اعمال نیست؛ چراکه انتقال و ادغام دعاوی متعدد به طور معمول فقط در داخل یک حوزه صلاحیت، یعنی حوزه‌های قضایی واقع در یک کشور قابلیت استفاده دارد (مقصودی، ۱۳۹۳: ۵۸۵). اما با توجه به قسمت «از رسیدگی به دعوا خودداری کرده» می‌توان چنین استنتاج نمود که در صورت حصول شرایط، محکمه ایرانی می‌تواند رسیدگی خود را متوقف نماید و پس از صدور حکم از محکمه خارجی یا ایجاد وقفه در رسیدگی آن محکمه، بیش از مدتی که دادگاه آن را تعیین نموده است، رسیدگی را به درخواست خواهان آغاز کند (سلجوقی، ۱۳۹۹: ۴۹۸).

ماحصل این استدلال آن است که در فرض مذکور محکمه ایرانی باید «قرار توقیف دادرسی» را برای طی یک مدت معقولی که امکان صدور حکم از محکمه خارجی وجود دارد، صادر نماید. حال در صورتی که حکم قابل اجرا توسط محکمه خارجی صادر شود، محکمه ایرانی به استناد اعتبار امر مختومه، «قرار رد دعوا» را صادر می‌نماید.^۱ در غیر اینصورت، به درخواست هر یک از طرفین، محکمه ایرانی رسیدگی را آغاز نموده و اقدام به صدور رای مقتضی می‌نماید. این حکم در فرض کشف عدم صلاحیت محکمه خارجی در رسیدگی به دعوا نیز جاری خواهد بود. این رویکرد در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای تابع نظام حقوقی رومی-ژرمنی، از جمله قانون اصلاح سیستم ایتالیایی حقوق بین‌الملل خصوصی (ماده ۷) و قانون فدرال سوئیس در حقوق بین‌الملل خصوصی (ماده ۹)، مورد پذیرش واقع شده است. بنابراین دکترین امر مطروحه تحت

^۱ به نظر می‌رسد پذیرش ایراد امر مطروحه در حقوق بین الملل خصوصی، بستر را برای پذیرش ایراد امر مختومه نیز فراهم می‌سازد.



و تحت رسیدگی باشد و یا اگر همان دعوا نیست، دعوایی باشد که با ادعای خواهان ارتباط کامل دارد، محکمه ایرانی باید رسیدگی را متوقف نماید، مشروط بر اینکه رسیدگی به موضوع در صلاحیت انحصاری دادگاه ایران نباشد و محکمه خارجی حکم قابل شناسایی و اجرا را در طی یک مدت معقول صادر نماید. ۱- چنانچه پس از توقیف، محکمه خارجی صلاحیت خود را رد نماید یا حکم خارجی به موجب قانون ایران قابل اجرا و شناسایی نباشد، رسیدگی به درخواست هر یک از طرفین ادامه می یابد. ۲- در صورت صدور حکم قابل اجرا و شناسایی از محکمه خارجی، محکمه داخلی باید قرار رد دعوا صادر کند.».

Reference

- Ansari, A. & Kabri, M. M. (2019). Lis pendens in private international lawsuits with a view to Iranian law, *Journal of Private Law*, 2(16), 301 – 321. (In Persian)
- Arfa Nia, B. (2004). *Private International Law*, Tehran: publications. (In Persian)
- Baker & McKenzie. (2010). *The Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook 2009. Russia, Волтерс Клувер*.
- Beheshti, M. J. & Mardani, N. (2010). *Civil Procedure*, Tehran: Mizan publications. (In Persian)
- Bickel, A. M. (1949). Doctrine of Forum Non- Conveniens as Applied in the Federal Courts in Matters of Admiralty. *Cornell law Review*, vol 35 (2), 12-47.
- Braunreuther, J. G. (1978). Forum Non-Conveniens Invoked Sua Sponte by a Court of Limited Jurisdiction. *St. John's Law Review*, Vol 52 (4), 637-642.

در حقوق ایران نیز مطرح شده است. از این رو، باید از طریق اصلاح و تعدیل ماده ۹۷۱ ق.م آن را به مقتضیات بین‌المللی نزدیک و هماهنگ ساخت. البته ایجاد تعادل میان اصل حاکمیت ملی و احترام متقابل به عمل محکمه خارجی اقتضاء دارد که شناسایی این دکتین در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران همچون سایر حقوق کشورهای رومی- ژرمنی تحت شرایطی باشد. از این رو پیشنهاد می‌گردد، مقنن با حذف قسمت دوم از ماده ۹۷۱ ق.م، در اصلاح بعدی قانون آیین دادرسی مدنی در طی یک ماده مقرر دارد: «در صورتی که دعوا بین همان اشخاص در دادگاه کشور دیگری، سابقاً اقامه شده

- Calamita, N. J. (2006). Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings. *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, Vol 27(3), 601-680.
- Castel, J. G. (1957). *Jurisdiction and Money Judgments Rendered Abroad. Anglo-American and French Practice Compared*. McGill LJ, Vol. 4, 152- 203.
- Cuniberti, G. (2007). Article 15 of the Civil Code is No Longer a Bar to the Recognition of Foreign Judgments in France. Available at: <https://conflictoflaws.net>. Last visited 2021/7/17.
- Fawcett, J. J. (1995). *Declining Jurisdiction in Private International Law: Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Athens, August 1994 (Vol. 14). Oxford University Press.
- Ghamami, M. & Mohseni, H. (2017). *Transnational Civil Procedure*, Tehran: Publication of a joint stock company. (In Persian)

- Giardina, A. (1996). Italy: law Reforming the Italian System of Private international law. *International Legal Materials*, Vol 35(3), 760-782.
- Hayati, A. (2015). *Civil Procedure*, Tehran: Mizan publications. (In Persian)
- Izanlou, M., Jabarizadeh, R. (2018). Reciprocity as a condition for the execution of foreign judgments: A study in the private international law of Iran and the United States, *Journal of Legal Research*, No. 88, 85-108. (In Persian)
- Janecková, P. (2017). Lis Pendens as the Solution of Jurisdictional Conflicts. *Humanities and Social Sciences Review*. 07 (01), 357-362.
- Janecková, P. (2017). Lis Pendens before national and arbitration courts. *International Journal of Multidisciplinary Thought*. 06 (01), 291-299.
- Li, S. (2020). Lis Pendens or Forum Non-Conveniens: Balance between Stability and Flexibility. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, Vol 52, 967- 974.
- Matin Daftari, A. (1999). *Civil Procedure*, Tehran: Mizan publications. (In Persian)
- Maghsoudi, R. (2012). Obstacles to the exercise of jurisdiction in private international law, *Journal of Private Law*, 1(9), 97 – 126. (In Persian)
- Maghsoudi, R. (2014). Parallel litigation in international litigation, *Comparative Law Studies*, 2(5), 581 – 602. (In Persian)
- McLachlan, C. (2009). Lis pendens in international litigation. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers.
- Oetiker, C. (2014). The Principle of Lis Pendens in International Arbitration: The Swiss Decision in *Fomento v. Colon*. *Arbitration International*, vol 18(2), 137-145.
- Pailli, G. (2013). Lis Alibi Pendens within Europe: Is There a Way Out of the 'First in Time' Rule. 1-9. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=227657>.
- Poor N, M. (2004). Identify and enforce foreign court rulings in Iran, *Journal of the Bar Association*, Number 186-187, 78-97. (In Persian)
- Reed, A. (2000). To Be or Not to Be: The Forum Non-Conveniens Performance Acted Out on Anglo-American Courtroom Stages. *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, Vol 29, 31-126.
- Regan, J. C. (1981). The Enforcement of Foreign Judgments in France under the Nouveau Code de Procédure Civile. *BC Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol 4, 149-202.
- Russo, A., & Rains, R. E. (1999). The Reform of the Italian System of Private International Law with Particular Regard to Domestic Relations Issues. *NCJ Int'l L. & Com. Reg.*, Vol 25(2), 271-334.
- Safaei, H. (2014). *Private International Law*, Tehran: Mizan publications. (In Persian)
- Saljuqi, M. (2020). *Private International Law*, Tehran: Mizan publications. (In Persian)



Shams, A. (2015), Civil Procedure, Tehran: Derak publications. (In Persian)

Shariat Bagheri, M. J. (2017). Private International Law, Tehran: Mizan publications. (In Persian)

Walker, J. (2001). Parallel Proceedings Converging Views: The Westec Appeal. Canadian Yearbook of

International Law/Annuaire canadien de droit international, Vol 38, 155-188.

Zhenjie, H. (2001). Forum Non-Conveniens: An Unjustified Doctrine. Netherlands International Law Review, 48 (2), 143-169.

Original Article

Termination of the contract before the due date due to anticipation of violation of Iranian law and the Convention on the International Sale of Goods (Vienna-1980)

Mehri Shams¹, Jamshid Noorshargh^{*2} , Ahmad Shams³, Mehdi Montazer⁴

¹ PhD student in private law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

² Assistant Professor, Department of Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

³ Associate Professor, Department of Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

⁴ Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Damavand Branch, Islamic Azad University, Iran



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.5.4](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23400.1331)



[10.22080/LPS.2022.23400.1331](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23400.1331)

Received:

April 14, 2022

Accepted:

September 14, 2022

Available online:

November 30, 2022

Keywords:

termination of contract,
prediction of violation,
fundamental violation,
Iranian law.

Abstract

In Iranian law, it will be possible to resort to the guarantee of performance of breach of contract, when the deadline for the performance of the contract has arrived but the obligor has not fulfilled his obligations, but it is possible before the deadline to fulfill the obligation, based on the explicit declaration of the obligor or according to Under the current circumstances, one of the parties to the contract understands conventionally and reasonably that the obligation will not be fulfilled within the stipulated time, in this case, it is necessary to resort to the guarantee of breach of contract, including termination, as stated in Article 72 of the 1980 Convention on the International Sale of Goods. The existence of the right of termination due to anticipated violation" has been specified. But it is not specified in Iranian law. The purpose of this article is to examine this theory and the extent to which this right of termination can be reflected in Iranian law and the relationship of this rule with Iranian legal rules and to explain that its acceptance does not conflict with any of the rules governing Iran's legal system and can be used alongside other rules can be applied and it can be accepted in Iranian law.

***Corresponding Author:** Jamshid Noorshargh

Address: Assistant Professor, Department of Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

Email: jnourshargh@gmail.com



Extended abstract

1. Introduction

From the point of view of the parties, the most important issue after concluding the contract is the timely fulfillment of the contractual obligations, and breaching the contract is never in the interest of the contracting parties. There is a possibility in long-term contracts that sometimes one of the parties is willing or able to fulfill the obligations before the due date. If not, what will be the legal remedy in this case? In different legal systems, to protect the rights of the party affected by the contract, measures such as the obligation to fulfill the same obligation, termination or suspension of the contract have been considered. However, less attention has been paid to this issue, whether it is possible to imagine the right to cancel or suspend the fulfillment of obligations before the due date for the fulfillment of obligations due to anticipated violations? One of these rules is "the existence of the right of termination before the due date of execution due to anticipated violation" which is stipulated in Article 72 of the 1980-Vienna Convention on the International Sale of Goods. In this article, while explaining the nature and concept of the theory and its effects and guaranteeing its implementation in the convention, the principles and foundations of this theory in Iranian law are examined to find out whether this theory can be accepted in Iranian law.

2. Methods

The research method in this research, like most researches in humanities, is mainly in the form of library and documents. The method of data analysis in this research is descriptive and analytical. And the methods of logical and rational and inductive arguments are used, which will

be based on library studies and original sources and relying on known legal principles of legal doctrine and also based on the analysis of the opinions of courts and arbitration tribunals.

3. Findings

Research findings:

1-Referring to the principle of the necessity of contracts cannot prevent the implementation of the theory of anticipation of violation, because the principle of necessity obliges the parties to maintain the contract, but not in every situation. In fact, the commitment of the parties to the provisions of the contract is accepted by the law and customs to the extent that the rights of the parties and the fairness of exchange are respected. In other words, it is necessary for the agreement of the parties not to impose the contract on one of the parties. By presenting a new interpretation of this principle, it can be seen as the meaning of fulfilling the reasonable and conventional expectations of the parties during the contract.

2- In this theory, the breach of the contract is only foreseeable, so the other party cannot be allowed to rule on the breach of the contract based on guesswork and probability, and it is not wise to oblige the obligee to wait until the execution of the contract. Therefore, it is the way to balance it, based on concrete and objective criteria, this theory is considered to have the effects of a real violation.

3- Some of the bases mentioned for the theory of violation prediction go back to the principle of the rule of will in contracts, the interpretation of the wills and requirements of the agreement of the parties during the conclusion of the contract. From this point of view, the

provisions of the theory can be justified either based on the direct will of the parties in the contract, or based on the implied will of the parties, which is the customary assumption of the contract.

4- Although the theory and its foundations are not specified in the laws of Iran, but the basis of violation of an implied condition accepted by an entity can be adopted as the basis of the theory, with this analysis, the right to terminate the original contract as a guarantee for the implementation of the violation of the condition It is implied for the other party.

5- The prediction of the above theory in the international legal documents is evidence of the existence of an international custom regarding the contents of the theory and indicates the wisdom of the collective wisdom of the world and justifies the right of suspension or termination for the obligor. Relying on these foundations, it can be said that this theory not only does not conflict with the rules and principles governing contracts in Islamic and Iranian law, but it can be accepted as a new theory in contract law, and the effects and rulings resulting from it can be accepted. justified in domestic law. Despite this, it is appropriate for the legislator to clarify this theory in Iranian law to remove any ambiguity and doubt.

4. Conclusion

Different legal systems use different methods to prevent or compensate

damages in the law of contracts, but regardless of the conditions and circumstances in contractual relations, there will be no necessary efficiency and effectiveness, the theory of the article approved by the Convention on the International Sale of Goods in 1980 - Vienna, today it is considered one of the important rules of international trade law and it has many effects and benefits, such as: preventing contractual damages or increasing them and actually dealing with damages, creating peace of mind for the parties and exiting the parties around the contract from Uncertainty, instability and worry about the future and the possibility of concluding a new contract with a third party seller or the possibility of replacing goods and speed in the field of commercial transactions, and in general insisting on the guarantee of anticipating violations such as suspension and termination frees the obligee from the burden of obligations. A contract that will be violated in the future is a good guarantee to prevent losses in a contractual relationship. The right of rescission with the conditions and effects listed in Article 72 of the Convention does not exist in Iranian law, but the examination of jurisprudence and legal institutions of the Iranian legal system indicates the existence of the necessary grounds for accepting the above theory in Iranian law. Also, this theory can be justified based on the implicit condition that an institution is accepted.

علمی پژوهشی

فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰- وین)

مهری شمس^۱، جمشید نورشرق^{۲*} ID، احمد شمس^۳، مهدی منتظر^۴

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
^۲ استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
^۳ دانشیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
^۴ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد دماوند، دانشگاه آزاد اسلامی، دماوند، ایران



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.5.4](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23400.1331)



[10.22080/LPS.2022.23400.1331](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23400.1331)

چکیده

موضوع نقض قرارداد و ضمانت اجرای ناشی از آن، از مباحث مهم در حقوق قراردادها است. در حقوق ایران توسل به ضمانت اجرای نقض قرارداد، هنگامی که موعد اجرای قرارداد فرارسیده باشد ولی متعهد، تعهدات خود را انجام نداده است، میسرخواهد بود، اما امکان دارد قبل از فرارسیدن موعد انجام تعهد، بر اساس اعلام صریح متعهد و یا با توجه به احوال موجود، یکی از طرفین عقد به طور متعارف و معقول بفهمد که در موعد مقرر تعهد ایفا نخواهد گردید، در این حالت نیز توسل به ضمانت اجرای نقض قرارداد، از جمله فسخ ضرورت می‌یابد که در ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وجود حق فسخ در اثر پیش‌بینی نقض^۱ تصریح شده است. اما در حقوق ایران هیچ ماده قانونی در مورد آن تصریح نگردیده است. هدف این مقاله بررسی این نظریه و رابطه این قاعده با قواعد موجود در حقوق ایران است تا معلوم گردد تا چه حد این حق فسخ قابل انعکاس در حقوق ایران است و ضمن بررسی حقوق ایران و استناد به اصول و قواعد کلی درصدد تبیین این موضوع هستیم که گرچه نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض، در حقوق ایران و منابع فقهی فاقد سابقه تقنینی و تشریحی است اما پذیرش آن با هیچ یک از قواعد حاکم بر نظام حقوقی ایران مغایرت نداشته و می‌تواند در کنار سایر قواعد بکار رود و قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران وجود دارد.

تاریخ دریافت:

۲۵ فروردین ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۳ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۹ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

فسخ عقد، پیش‌بینی نقض، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، نقض اساسی، حقوق ایران

* نویسنده مسئول: جمشید نورشرق

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

ایمیل: jnourshargh@gmail.com

۱ مقدمه

می‌رسد که برای حمایت از حقوق متعهدله ای که مطمئن است که طرف مقابل او یعنی متعهد، تعهداتش را در موعد مقرر ایفا نخواهد نمود، ضروری است که راه حلی ارائه گردد. در واقع در دنیای کنونی، این نظریه از قواعد مهم حقوق تجارت بین‌الملل محسوب می‌گردد و آثار و فواید بسیاری بر آن مترتب می‌باشد. بررسی تطبیقی نظریه‌ای در قواعد بین‌المللی و قواعد حقوق ملی غالباً از طریق دو روش صورت می‌پذیرد. در شیوه اول؛ با بررسی و مذاقه در قواعد حقوق ملی سعی می‌گردد که همان قاعده بین‌المللی یا قواعد مشابه مورد شناسایی واقع شود و درحقیقت تلاش می‌گردد که قاعده مورد نظر به عنوان یک قاعده ملی معرفی شود. اما چنانچه مفاد قاعده مزبور در حقوق ملی یافت نگردد. شیوه دوم بررسی و تحقیق آثار و شرایط قاعده، مورد تحقیق خواهد بود، به‌گونه‌ای که در جهت پاسخگویی به این سؤال سعی می‌شود که آیا قاعده بین‌المللی مورد تحقیق، توانایی جمع‌شدن با قواعد ملی و داخلی را دارد و آیا می‌تواند در نظام حقوق داخلی، به‌عنوان یک قاعده نوظهور مورد قبول و پذیرش قرار گیرد؟ ازطرف دیگر پذیرفتن یک قاعده بین‌المللی در حقوق ملی حداقل دارای دو اثر حقوقی می‌باشد؛ اول اینکه، وجود آن در حقوق داخلی، مانع الحاق دولت به اسناد بین‌المللی نمی‌گردد، و دوم آنکه، برفرض پیوستن به اسناد بین‌المللی اجرای آن در حقوق ملی، باعث ایجاد صورت استثنایی نگردیده و کاربرد آن محدود به قدر متیقن نمی‌شود. یکی از این قواعد که موضوع این پژوهش نیز می‌باشد "وجود حق فسخ قبل از رسیدن موعد اجرا برائث پیش‌بینی نقض" که در ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰- وین، به آن اشاره گردیده است. بر اساس ماده فوق‌الذکر، در صورتی که پیش از فرا رسیدن موعد ایفای تعهد به طور متعارف و معقولی مشخص گردد که تعهد ایفا نخواهد گردید مثل اینکه متعهد اعلام نماید که تعهداتش را اجرا نخواهد کرد، طرف دیگر با ارسال اخطاری می‌تواند اراده خود را برای فسخ اعلام کند و اگر متعهد برای ایفای تعهد

از آغاز انعقاد قرارداد تا قبل از اجرای کامل آن، امکان دارد به علت بروز اتفاقاتی ادامه حیات عقد مورد تردید واقع گردد، مثلاً زمانی که پیش از رسیدن موعد اجرای عقد معلوم گردد که متعهد قصد و یا قدرت ایفای تعهد را ندارد و لذا نقض قرارداد به طور جدی و به عنوان نقض اجتناب ناپذیر مورد انتظار است این سؤال ایجاد می‌گردد که آیا از این لحظه می‌توان متعهدله را برای بری نمودن خود از تعهدات متقابل و مطالبه خسارت محق دانست؟ زیرا در دیدگاه طرفین مهم‌ترین مسئله پس از توافق آنان و انعقاد قرارداد، ایفای بموقع تعهدات قراردادی است و نقض قرارداد، هیچگاه مطلوب متعاقدین نمی‌باشد این احتمال در قراردادهای بلند مدت وجود دارد که گاهی بعد از انعقاد قرارداد و قبل از سررسید اجرای تعهد، یکی از طرفین مایل و یا قادر به اعمال تعهدات خود نباشد، در این صورت چاره حقوقی چه خواهد بود؟ هنگامی که طرفین عقد، تعهدات خود را ایفا نمایند، مشکل خاصی ایجاد نمی‌شود. همین‌طور در فرضی که یکی از طرفین عقد یا هر دوی آنها از ایفای تعهدات حال شده خود امتناع نمایند، در نظام‌های حقوقی مختلف، برای حفظ حقوق طرف متضرر عقد، تمهیداتی مانند الزام به ایفای عین تعهد، فسخ و یا تعلیق عقد در نظر گرفته شده است. اما به این مسئله کمتر توجه گردیده است که آیا قبل از فرا رسیدن موعد اجرای تعهدات نیز می‌توان حق فسخ یا تعلیق ایفای تعهدات را برائث پیش‌بینی نقضی که در آتی یقیناً از جانب یکی از متعاقدین ایجاد خواهد شد، تصور نمود؟ به‌عبارت‌دیگر آیا می‌توان همان حقوقی را برای متعهدله ای که موعد ایفای تعهدات طرف مقابل او نشده است، اما یقین می‌باشد که تعهداتش را به‌موقع و در موعد مقرر ایفا نخواهد نمود، قائل گردید که برای یک متعهدله، زمان نقض واقعی قرارداد قائل می‌شویم؟ شاید در آغاز سخن‌گفتن از فسخ عقد قبل از فرا رسیدن موعد اجرای آن، به نظر عجیب و مخالف اصل لزوم قراردادهای باشد، ولی با اندکی تأمل بدیهی به نظر



مفهوم نقض و انواع آن به طور مختصر ارائه می‌گردد.

برخی از اساتید حقوق ایران اعتقاد دارند که نقض قرارداد دارای مفهومی روشن است و عدم اجرای تعهدات قراردادی یا انجام با تأخیر آن و یا اجرای ناقص یا نادرست قرارداد در زمان مقرر را که برحسب ماهیت و نوع تعهد و کیفیت اجرای آن معین می‌شود، به معنای نقض قرارداد قلمداد می‌کنند (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۶۸). در حقوق «کامن لا» بعضی حقوقدانان نقض قرارداد را به سه دسته تقسیم نموده اند: ۱- ردّ قرارداد: ردّ قرارداد هنگامی تحقق می‌یابد که اقدامات و یا اظهارات یک طرف قرارداد، نشانگر آن باشد که قصد انجام قرارداد را ندارد، و یا اینکه به صراحت اعلام نماید که نمی‌تواند و یا نمی‌خواهد که به تعهدات قراردادی خویش عمل نماید؛ ۲- غیرممکن ساختن: زمانی که یکی از طرفین خود را بر اثر سهل انگاری و یا عمد، از ایفاء تعهدات قراردادی ناتوان سازد؛ ۳- قصور در اجرای قرارداد: یا در واقع نقض قرارداد، پس از رسیدن موعد اجرا، که هر یک از آنها با توجه به نوع نقض و نوع تعهدات، دارای آثار متفاوتی می‌باشد. برخی دیگر از حقوقدانان کامن لا، انواع نقض را در دو دسته خلاصه نموده اند: ۱- هنگامی که یکی از طرفین قرارداد، پیش از رسیدن موعد اجرا و یا پیش از اجرای کامل، قرارداد را رد می‌نماید و ۲- هنگامی که یکی از طرفین قرارداد، نقض اساسی را در مورد قرارداد، مرتکب می‌شود. در همه این تقسیم بندی ها، یک مورد از موارد نقض، هنگامی است که پیش از رسیدن موعد ایفاء تعهد، قرارداد از قبل، نقض می‌گردد. این نوع نقض است که موضوع پژوهش بر آن قرار دارد یعنی "پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد" که ضمانت اجراهای خاص خود را از جمله فسخ در بر دارد. بنابراین در تبیین مفهوم نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد می‌توان بیان نمود که این نقض بدان معناست که چنانچه پس از انعقاد عقد و پیش از رسیدن موعد اجرای آن، متعهد به طور صریح اعلان کند که قرارداد را در موعد

حاضر به ارائه تضمین مناسب نباشد متعهدله دارای حق فسخ می‌گردد.

در این مقاله، ضمن تبیین ماهیت و مفهوم نظریه و همچنین آثار و ضمانت اجراهای آن و بررسی شرایط و ویژگی‌های نظریه در کنوانسیون، اصول و مبانی این نظریه در حقوق ایران بررسی می‌گردد تا به این سؤالها پاسخ داده شود که آیا این نظریه در حقوق ایران قابلیت پذیرش دارد و آیا پذیرش آن با ساختارها و اصول حقوق قراردادهای در حقوق ایران مغایر نمی‌باشد؟

۲ مفهوم نقض قرارداد با بررسی جایگاه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا

نظریه فسخ قرارداد به علت پیش بینی وقوع نقض اساسی در آینده، چنانکه اغلب حقوق دانان و شارحان کنوانسیون بیع نیز اشاره نموده اند، از کامن لا اقتباس شده است (صفایی، ۱۳۹۲، ۲۵۷). برای بررسی نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض، ابتدا بررسی و تحلیل پیش‌بینی نقض قبل از موعد اجرا و یا به عبارتی نقض احتمالی ضرورت می‌یابد و همچنین تطبیق آن با اصول حقوقی دیگر لازم است. اما شایسته است که بدو مفهوم نقض مورد بررسی قرار گیرد، در اصطلاح حقوقی، نقض قرارداد هنگامی تحقق می‌یابد که یکی از اطراف عقد یا هر دو، به مفاد عقد و تعهدات ناشی از آن ملتزم نباشند و در حقیقت با عدم پایبندی به تعهدات قراردادی خود، در موعد مقرر تعهدات خویش را ایفا نکنند، اما پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد که به نوبه خود، یک نقض مستقل به شمار می‌آید، هنگامی تحقق می‌یابد که بعد از انعقاد عقد و پیش از رسیدن موعد اجرای تعهد، مورد عدم ایفاء تعهدات قراردادی ایجاد گردد (Carter, 1991:216). برای بهتر مشخص شدن جایگاه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد و این

به‌عنوان نمونه، هنگامی که شخصی تعهد می‌نماید که کالای معین و مشخصی را در آینده می‌فروشد اما قبل از فرارسیدن تاریخ مقرر، آن کالا را به فرد دیگری بفروشد، این متعهد نقض ضمنی را مرتکب شده است (Cheshire & Chevalier, 1991: 535).

۳ شرایط فسخ قرارداد بر اثر پیش‌بینی نقض کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰- وین)

شرایط ایجاد حق فسخ قرارداد بر اثر پیش‌بینی نقض از ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به شرح ذیل قابل اقتباس است.

۳٫۱ فرا نرسیدن موعد اجرای تعهد

مقصود از فرانسیدن موعد ایفای تعهد، فاصله زمانی مابین زمان انعقاد قرارداد و موعد ایفای تعهد ناشی از عقد است. زیرا چنانچه زمان اجرای تعهد فرارسیده باشد ولی متعهد از اجرای تعهدات خویش امتناع نماید، متعهدله می‌تواند به روش‌های جبران خسارت در کنوانسیون بابت عدم ایفای تعهد مقرر در قرارداد، متوسل گردد که البته انتخاب هر یک بستگی به مفاد قرارداد دارد. (اندرز، ۱۴۰۰: ۵۶۱-۵۶۳). از طرف دیگر چنانچه تحقق نقض در هنگام انعقاد عقد یا قبل از آن معلوم باشد مثلاً آشکار باشد که اجرای تعهد بیست روز به طول می‌انجامد اما ضمن عقد مدت آن را ده روز قرار داده باشند در چنین صورتی متضرر در واقع با علم به آن نقض، حق فسخ خود را به طور ضمنی اسقاط نموده است. همچنین چنانچه در هنگام انعقاد عقد آشکار باشد که به هیچ عنوان امکان عمل به مفاد عقد وجود ندارد، در این حالت نیز عقد باطل خواهد بود.

۳٫۲ اساسی بودن نقض

در ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا یکی از شروط لازم برای فسخ قرارداد اساسی بودن نقض

مقرر انجام نخواهد داد و یا اینکه نشانه‌ها و آثار عدم تمایل، عدم آمادگی و یا عدم توانایی متعهد به ایفاء تعهدات قراردادی نمایان شود، به گونه‌ای که این عدم توانایی، عدم آمادگی و یا عدم تمایل به اندازه‌ای باشد که نقض قرارداد در موعد مقرر انجام قرارداد، از جانب متعهد قابل پیش‌بینی باشد (Chitty, 2004: 1390). در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ نیز مواد ۷۱ تا ۷۳ کنوانسیون به نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اختصاص دارد، البته در اسناد بین‌المللی دیگر مانند اصول قراردادهای اروپایی و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که تدوین آنها پس از کنوانسیون بوده است، نیز این نظریه راه پیدا کرده است (فیضی چکاب و موسوی، ۱۴۰۰: ۹۱).

به‌طور کلی مفهوم پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد جدا و دور از اصطلاح لغوی آن نمی‌باشد، چون معادل انگلیسی آن Anticipatory Breach است که حقوق‌دانان آن را به "پیش‌بینی نقض" یا "نقض پیشاپیش" یا "نقض قابل‌پیش‌بینی" ترجمه نموده‌اند، بعضی نیز به این دلیل که امکان وقوع این‌گونه نقض از مرحله شک و احتمال گذشته است، آن را "نقض منتظره" ترجمه و تعبیر نموده‌اند (داراب پور، ۱۳۹۷: ۲۷).

با توجه به مطالب فوق، می‌توان ادعا نمود که نقض قرارداد در واقع دارای یک مفهوم عام است و امکان دارد که پیش، هم‌زمان و یا پس از موعد اجرای قرارداد محقق گردد، با این تفاوت که نقض واقعی قرارداد بیانگر عدم ایفای تعهد در موعد مقرر در عقد می‌باشد ولی پیش‌بینی نقض بیانگر عدم اجرای تعهدات قراردادی از جانب متعهد، پیش از رسیدن موعد انجام قرارداد است. علاوه بر این، برای پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد دو حالت متصور می‌باشد: گاهی پیش‌بینی نقض قرارداد به طور صریح است و گاهی نیز به طور ضمنی است؛ بنابراین هنگامی که متعهد به طور صریح انجام تعهدات قراردادی را در آتی، رد می‌نماید، در واقع متعهد نقض صریح را مرتکب شده است. اما



الف) محرومیت اساسی طرف قرارداد از انتظار قراردادی

ب) قابلیت پیش‌بینی ضرر برای ناقض قرارداد
البته با استنباط از ماده ۲۵ کنوانسیون، در حالت اثبات شرط اول از جانب مدعی نقض اساسی، شرط دوم مفروض است و ناقض قرارداد باید عدم قابل‌پیش‌بینی بودن را اثبات نماید. اما موردی که لازم است به آن توجه گردد این است که در ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، نقض اساسی مستقل از مفاهیم حقوق ملی و بدون توجه به قواعد حقوق داخلی تعریف شده است. به همین علت برای احراز اساسی بودن نقض، بر اساس بند ۱ ماده ۷ به خصیصه بین‌المللی آن باید توجه نمود.

ماده ۲۵ کنوانسیون بر میزان زیان واقعی تکیه ندارد بلکه منافع ویژه و خاص متعهدله ملاک ارزیابی میزان شدت نقض می باشد (Schlechtriem, 1981, 177). این سخن بدین مفهوم است که چنانچه پس از نقض قرارداد، دیگر انجام قرارداد برای طرف زیان دیده نفعی در بر نداشته باشد، نقض اساسی محسوب می گردد، البته میزان و درجه خسارت به انتظارات طرف قرارداد را صرفاً در الفاظ قرارداد نمی توان یافت بلکه در اوضاع و احوال حاکم بر روابط قراردادی باید جست (Schlechtriem, 1986, 187). برخی از شارحان کنوانسیون بیع نیز قابلیت پیش‌بینی نقض را به عنوان یکی از عناصر نقض اساسی بیان کرده اند (Chengwei, 2003; Ferrari, 2006; 498). در صورتی که این عدم قابلیت پیش‌بینی است که عنصر نقض اساسی محسوب می گردد (Will in: Bianca & Bonell, 1987; 214, ۱۳۹۵). بر اساس ماده ۱۰ کنوانسیون فوق هنگامی نقض قرارداد اساسی محسوب می گردد که نقض قرارداد بدانند یا باید در هنگام انعقاد قرارداد می دانست که هر فرد معقولی در همان موقعیت طرف مقابل عقد، چنانچه نقض و آثار آن را پیش‌بینی می کرد، به انعقاد قرارداد اقرار نمی نمود (داراب پور، ۱۳۷۴، ۱۳-۳۴).

بیان گردیده است و در ماده ۲۵ کنوانسیون نقض اساسی این‌گونه تبیین گردیده است: « نقض قرارداد توسط یکی از طرفین قرارداد، زمانی نقض اساسی محسوب می گردد که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر شود که وی را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند، مگر اینکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه ای را پیش‌بینی نمی کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوال مشابه، نمی توانسته آن امر را پیش‌بینی نماید».

درحقوق ایران نقض قرارداد به اساسی و غیراساسی تقسیم نگردیده است که آن را می توان از ایرادهای قانون مدنی محسوب کرد. (شعاریان و رحیمی ۱۳۹۵، ۳۴۸).

از اقدامات و مواردی که می‌توان آنها را به عنوان نقض اساسی قرارداد تلقی نمود و بر اساس آن، قرارداد را قبل از موعد اجرا فسخ نمود در ذیل به آنها اشاره می‌گردد:

فروش کالایی که نسبت به تحویل آن به مشتری تعهد گردیده است؛ و یا فروش ماشین‌آلات و دستگاه‌های تولیدی که فروشنده نسبت به تولید آن کالا برای خریدار تعهد نموده است (Honnold, 1999, 438). همچنین زمانی که قرار شده است که متعهد، کالایی را تولید کند و در موعد مشخصی تحویل نماید اما هیچگونه اقدامی جهت تولید آن کالا انجام نداده باشد. همچنین ورشکستگی متعهد را نیز از جمله موارد پیش‌بینی نقض اساسی می‌توان محسوب کرد (Chengwei, 2005: 32). البته در مورد اساسی بودن تأخیر، حسب مورد متفاوت می‌باشد. به عنوان نمونه برای اینکه تأخیر، نقض موجد خیار فسخ تلقی شود از نظر عرف باید اساسی باشد بنابراین صرف اعلان متصدی حمل و نقل در تأخیر یک روزه بارگیری (که تأخیری متعارف است) باعث توجیه فسخ نخواهد بود. بر اساس ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، دو شرط برای وقوع نقض اساسی لازم است:

۲ ماده ۷، ملاک تفسیر کنوانسیون، اصول کلی حقوقی موجود در آن است. البته باید توجه داشت که در بررسی این معیار و ملاک، شرایط خاص حاکم بر قرارداد و اجرای آن و همچنین توانایی‌های شخصی طرف قرارداد را باید در نظر داشت، چون در هنگام انعقاد عقد این توانایی‌های شخصی و شرایط و اوضاع و احوال خاص جزء قصد طرفین بوده است، لذا می‌توان گفت که ملاک نوعی بودن را با توجه به شخص متعهد و نسبت به توانایی‌های شخصی او باید اعمال گردد (حسامی و لطفی، ۱۳۹۹: ۴۵).

۳/۵ عدم ارائه تضمین مناسب و کافی از طرف متعهد

مفهوم تضمین مناسب این است که نسبت به انجام قرارداد و یا جبران همه ضررهای ناشی از عدم انجام قرارداد اطمینان به دست آید. البته الزامی ندارد که تضمینات، انجام کامل قرارداد را تضمین کند، به تعبیری امکان دارد انجام با تأخیر، تضمین گردد؛ بنابراین چنانچه انجام با تأخیر، نقض اساسی نباشد، مسلماً امکان فسخ قرارداد نیز وجود نخواهد داشت، اما این تضمین به‌گونه‌ای باید باشد که سبب رضایت و اطمینان طرف مقابل گردد. درحقیقت باید اقدامات عملی صورت‌گرفته و یا مدارک مستند ارائه گردد، مثل اثبات این مسئله که علت توقف تولید، عدم مواد اولیه بوده است و با تأمین آن مواد از منبع دیگر، تولید ادامه خواهد یافت و یا پرداخت بهای کالا توسط بانک تضمین گردد (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۳۳۷). یا در مواردی علت تردید به عدم اجرای قرارداد، ناشی از اعتصاب کارگران باشد که در این حالت ضمانت اجرا باید بیانگر آن باشد که اعتصاب مرتفع گردیده و یا منبع جایگزینی برای آن وجود دارد. اما در مواردی که علت ممنوعیت در صادرات می‌باشد، اخذ مجوز صادرات تضمین مناسبی می‌تواند باشد (Eenderlein, 2009: 247).

۳/۳ ارسال اخطار متعارف و معقول

در صورت فسخ قرارداد و در نتیجه عدم اجرای آن بدون اعلام قبلی موجب خواهد شد که طرف مقابل قرارداد همچنان اجرای قرارداد را انتظار داشته باشد، بنابراین مطابق بند ۲ ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا چنانچه وقت کافی وجود داشته باشد، ضرورت دارد که اخطار قبلی به جهت فسخ قرارداد به طرف مقابل ارسال گردد. البته وجود وسایل جدید ارتباطی ارسال این‌گونه اخطار را بدون اخلال در آزادی عمل فرد متضرر ممکن می‌سازند، مسلماً در صورت وجود زمان کافی، ارسال چنین اخطاری از لوازم حسن‌نیت محسوب می‌گردد (Honold, 1999: 438). مقصود از ارسال اخطار، صرف ارسال نمی‌باشد بلکه با توجه به قاعده کلی موجود در کنوانسیون که واصل شدن کلیه اطلاعات اراده است، می‌باشد که استنباط این قاعده از موادی از کنوانسیون مانند (۱۸(۲)، (۱۵(۱)، (۴۸(۴)، ۲۲ می‌باشد. همچنین با توجه به ماده ۷۲ کنوانسیون این اخطار باید معقول باشد به‌گونه‌ای که متعهد زمان کافی جهت ارائه تضمین مناسب را داشته باشد. در این رابطه نیز با استنباط از مواد مختلف کنوانسیون از جمله موادی مانند بند ۲ ماده ۹، بند ۱ ماده ۴۳، بند ۳ ماده ۸، بند ۱ ماده ۳۹ و... می‌توان گفت که معیار و ملاک، ضابطه نوعی، البته با توجه به توانایی‌های شخص متعهد و شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر اجرای قرارداد خواهد بود.

۳/۴ آشکار بودن نقض در آینده

یکی از مهم‌ترین نکات در ماده ۷۲ کنوانسیون آشکار بودن نقض می‌باشد. اما پرسشی که در این خصوص مطرح می‌باشد این است که ملاک آشکار بودن نقض چیست؟ بعضی اعتقادشان بر این است که ملاک قاطع در ماده ۷۲ کنوانسیون نظر شخص متعارف است یعنی اینکه آیا نظر شخص متعارف این است که نقض قرارداد مطمئناً وقوع خواهد یافت یا خیر؟ به بیان دیگر در این رابطه معیار پذیرش "معیار نوعی" خواهد بود، چون بر اساس بند



۴ بررسی وجود یا قابلیت پذیرش حق فسخ بر اثر پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد در حقوق ایران

نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تصریح گردیده است مسلماً علاوه بر داشتن اصول ثابت، از مبانی و پشتوانه حقوقی و منطقی برخوردار است، و بر همین مبنا، حقوق‌دانان خارجی بر اساس آرای خود، مبانی حقوقی این نظریه را تحلیل نموده‌اند، اما با توجه به اینکه این نظریه در حقوق ایران از شهرت چندانی برخوردار نمی‌باشد و دلیل و نص خاصی دال بر نظریه یا احکام و آثار آن به نظر نمی‌آید، لذا تبیین مبنا برای این‌گونه نهادی در حقوق ایران مشکل می‌باشد، با این حال به نظر می‌آید بر اساس اصول کلی و قواعد موجود فقه که حقوق ایران مبتنی بر آن است، می‌توان به مبانی این نظریه در حقوق ایران دست یافت. هنگامی که حق فسخ قبل از رسیدن موعد بر اثر پیش‌بینی نقض، در حقوق ایران بررسی می‌گردد، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که باید به آن‌ها پاسخ داد اول اینکه: آیا متون فقهی و یا قوانین موجود برای پیش‌بینی نقض عقد، حق فسخی را به عنوان یک قاعده در نظر گرفته‌اند؟ و دوم اینکه در صورت منفی بودن پاسخ سؤال فوق، آیا قراردادان چنین حق فسخی برای پیش‌بینی نقض در حقوق ایران امکان‌پذیر می‌باشد؟ به تعبیر دیگر، آیا پذیرش این‌گونه حق فسخی در حقوق ایران بامانع یا موانع حقوقی خاصی روبرو می‌باشد؟ برای پاسخ به سؤالات فوق استقرا در مقررات و قوانین و بررسی نظریات فقهی در جهت شناسایی این قاعده در حقوق ایران ضرورت دارد تا ضمن تبیین اشکالات موجود در این خصوص، امکان یا عدم امکان پذیرش این قاعده در حقوق ایران بررسی و تحلیل گردد.

۴/۱ بررسی وجود یا عدم وجود حق فسخ در حقوق ایران

از بررسی متون قانون ایران وجود سه نوع مقرر قانونی در مورد نقض عقد ملاحظه می‌گردد:

نوع اول: قواعد مبنی بر نقض قرارداد به‌طور کلی در مواد ۲۱۹ الی ۲۳۰ و ۲۳۵ الی ۲۴۳ قانون مدنی تدوین گردیده که بر اساس آنها همه ضمانت اجراها به مرحله پس از وقوع نقض واقعی می‌باشد و از ضمانت اجرای پیش‌بینی نقض عقد و شرایط و آثار آن سخنی بیان نگردیده است. مقررات این فصل از قانون مدنی بیانگر آن است که در صورت تحقق نقض، ابتدا طرف ممتنع، به اجرای تعهد الزام و اجبار می‌گردد و در صورت عدم ایفای از جانب متعهد یا عدم امکان انجام قرارداد توسط شخص ثالث و یا متعهدله، نوبت فسخ قرارداد می‌شود.

نوع دوم: غیر از قواعد عمومی فوق‌الذکر به طور موردی و در باب عقود معین، ضمانت‌های اجرایی نیز برای نقض مفاد عقد بیان گردیده است که در بعضی موارد از قاعده عمومی پیش‌گفته عدول شده است. به‌عنوان نمونه در ماده ۳۷۹ قانون مدنی مقرر گردیده است «اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند، بایع حق فسخ خواهد داشت و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند، مشتری حق فسخ دارد.» همان‌طور که ملاحظه می‌گردد به مرحله پس از نقض واقعی توجه گردیده است لذا در رابطه با پیش‌بینی نقض عقد قبل از رسیدن موعد نمی‌تواند مورد استناد واقع گردد و همین مورد در ماده ۲۴۳ قانون مدنی نیز اشاره گردیده است «هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام‌نگیرد، مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت.» در ماده ۳۷۹ قانون مدنی همان‌طور که مبرهن است از الزام متعهد صرف‌نظر گردیده است و با نقض تعهد، به متعهد حق فسخ داده شده است.

آن است. و این در واقع همان مفاد نظریه پیش بینی نقض قرارداد است که به علت قاعده دفع ضرر محتمل و لاضرر مشروعیت یافته و عقلایی می گردد.

قاعده لاضرر

یکی از مهم ترین قواعد فقهی قاعده لاضرر است که استناد به آن در این تحلیل، منطقی است، چرا که حتی افرادی که مفهوم قاعده مذکور را نفی حکم ضرری دانسته اند، اعتقاد دارند که بر مبنای قاعده لاضرر، لزوم معامله ضرری برداشته شده و طرف زیان دیده می تواند قرارداد را فسخ کند. قاعده لاضرر دلالت بر تزلزل هر گونه عقدی که لزوم آن موجب ضرر می باشد، دارد. با این تحلیل مفاد نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش بینی نقض مطابق فقه معاملات است، زیرا پایبندی به عقدی که معلوم است که به زودی از جانب طرف مقابل عقد نقض خواهد شد، مستلزم زیان برای متعاقدين است، زیرا از یک جهت، متعهدله به توقعاتی که از عقد دارد نمی رسد و از جهت دیگر، با پایبندی او به عقد نیز، میزان و قلمرو خساراتی که متعهد در آخر باید جبران کند، توسعه می یابد.

صاحب جواهر حکمی را از برخی فقهاء نقل نموده است که عمومیت آن، مفاد نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش بینی نقض را نیز شامل می گردد: «ظاهر اقوال فقهاء این هست که هر وقت در عقد لازمی یکی از طرفین عقد عملی منافی با حقی انجام بدهد که طرف مقابل به موجب عقد مزبور کسب نموده، شارع بر اساس قاعده لاضرر برای طرف دیگر حق فسخ قرار داده است و عقد از طرف او قابل فسخ شده، تا بدین وسیله از او دفع ضرر گردد.» (نجفی، ۱۳۹۴: ۸۰).

قاعده دفع ضرر محتمل

یکی از قواعد عقلی، قاعده وجوب دفع ضرر محتمل می باشد که بر مبنای آن چنانچه انسان هر زمان در چیزی یا عملی احتمال ضرر بدهد برای ایمن ماندن از ضرر و زیان، اجتناب از آن، حکم عقلی می باشد و اگر فردی اعتنایی به این احتمال ننموده و به

در نوع سوم مقرر قانونی که در خصوص نقض تعهد می باشد به موجب آنها علاوه بر اینکه در صورت وقوع نقض تعهد به الزام متعهد نیازی نیست حتی در بعضی موارد فرارسیدن موعد نیز ضروری شناخته نشده است و به تعبیری به علت پیش بینی نقض، حق فسخ به متعهدله داده شده است. در این خصوص به ماده ۳۸۰ قانون مدنی در موضوع خیار تغلیس می توان اشاره نمود. در بعضی مواد هم با این وجود که امکان مطالبه تضمین مناسب پیش از رسیدن موعد ایفای تعهد شناخته شده است اما ضمانت اجرایی برای عدم ارائه تضمین بیان نگردیده است.

۴،۲ مبانی نظریه فسخ عقد قبل از

رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش بینی

نقض

همان طور که بیان گردید این نظریه در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، با برخورداری از مبانی و پشتوانه حقوقی و منطقی و اصول ثابت، تدوین و تصریح گردیده است. اما در حقوق ایران تصریح نگردیده لیکن به نظر می رسد بر اساس اصول کلی و قواعد موجود فقه به عنوان مبنای حقوق ایران می توان در مقام بیان مبانی این نظریه و تحلیل آن در حقوق ایران برآمد.

۴،۲،۱ قاعده لاضرر و قاعده دفع ضرر محتمل

پیش بینی نقض عقد، که از اعلان خود متعهد مبنی بر نقض در موعد مقرر حاصل می گردد یا بر اساس عرف و از شرایط و اوضاع و احوال وی بدست آمده است، در واقع مبنای نظریه، پیش بینی ضرر قریب الوقوع می باشد، بدان معنا که از دیدگاه عرف این ضرر مسلم و محقق می باشد. و مسلم است که از لحاظ شرعی و عقلی نباید هیچ ضرری بدون تدارک و بلا جبران باقی بماند، با توجه به اینکه این ضرر در حالت پایبندی طرف مقابل به قرارداد ایجاد می گردد، بنابراین حکم لزوم پایبندی متعاقدين، باید تقیید گردد، چون پیشگیری از ضرر به مراتب بهتر از تدارک و جبران ضرر و زیان است و حکم عقلاء بر



فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض، بنا بر تحلیلی از مدرکات عقل است. به همین دلیل بنای عقلا بر آن مستقر و ثابت می‌باشد. چون بدیهی است که عقل سلیم به شخصی که علم دارد به اینکه در آینده نزدیک با خطر و یا ضرری حتمی روبرو خواهد بود، اجازه نمی‌دهد به انتظار وقوع ضرر و خطر مانده و در هنگام حادثه، آن را از خود دفع نماید، اگر شخصی اینگونه رفتار نماید بدون شک، مورد مذمت عقل خواهد بود. به تعبیر دیگر، عقل اجرای تعهد توسط یک طرف عقد را - چنانچه اجرای تعهدات متقابل طرف مقابل عقد، مورد تردید است- تأیید نمی‌نماید و در صورتی که یک طرف قرارداد به طور متعارف پیش‌بینی کند، طرف دیگر نمی‌تواند و یا نمی‌خواهد تعهداتش را به موقع انجام دهد، عقل این انتظار را بیهوده می‌داند. این حکم عقلی، دقیقاً مطابق نظریه مورد نظر و بحث مقاله است. از طرف دیگر نیز مطابق نظریه اجرای اجباری قرارداد، اجبار کردن و الزام طرف دیگر قرارداد- که زمان ایفاء تعهداتش فرا رسیده باشد- به ایفاء تعهد و سپس در انتظار رسیدن زمان ایفاء تعهد طرف مقابل قرارداد شدن- در صورتی که به شکل معقول پیش‌بینی می‌گردد که تعهد ایفاء نخواهد گردید- کاری، عبث و غیرمنطقی خواهد بود که عقل و بناء عقلا آن را جایز نمی‌شمارند.

۴،۲،۳ تخلف از شرط ضمنی

یکی از بنیادی‌ترین مبانی که براساس آن می‌توان نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض را توجیه کرد، این است که نقض زود هنگام عقد، به نوعی نقض یک تعهد حال است و تخلف از شرط ضمنی تلقی می‌گردد. در فقه، شروط ضمن عقد به دو نوع شروط صریح و شروط غیرصریح تقسیم می‌گردند (نایینی، ۱۴۲۷، ۲۸۵). شروط صریح شروطی هستند که صریحاً در متن عقد ذکر شده‌اند و هیچیک از طرفین نمی‌توانند برخلاف آن ادعایی داشته باشند ولی شروط غیرصریح (ضمنی) شروطی هستند که به دلالت صریح و مطابقی از عقد فهمیده نمی‌شوند بلکه به

موجب عمل به آن دچار ضرر شود، مورد نکوهش عقلا خواهد بود بنابراین دفع ضرر محتمل واجب می‌باشد (خویی، ۱۴۱۷، ۲۱۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۵، ۴۸۷). منظور از ضرر، خسارت و زیانی است که فردی در مال، موقعیت یا جسم دیگری که شئون وی قانوناً و شرعاً محترم می‌باشد وارد کند، ضرر امری عرفی می‌باشد (محمدی، ۱۳۸۲، ۸۷). و مقصود از محتمل در قاعده فوق، ظنی است که عقلا در ارتباطات خود اعتنایی بدان نمی‌کنند (عراقی، ۱۴۰۵: ۱۴۳). لذا پایبندی یک طرف به قراردادی که از جانب طرف دیگر عقد در آینده ای نزدیک نقض می‌گردد، مستلزم زیان برای دو طرف قرارداد و یا حداقل برای متعهدله است، و هر چه را که از نظر عرف ضرر باشد، باید جبران نمود. در نظریه فوق نیز پیش‌بینی نقض قرارداد در حقیقت پیش‌بینی زیان قریب الوقوع است. این زیان را که عرف نیز آن را ضرر مسلم می‌داند، بدون جبران نباید باقی گذاشت و عقلانی‌ترین روش جبران، پیشگیری از آن است. بنا بر قول پروفیسور وینتروپ «عدم اعطای حق اعمال ضمانت اجراهای پیش‌بینی نقض و انتظار برای وقوع نقض واقعی همان اندازه صلح طلبانه است که گفته شود یک کشور حق هیچگونه اقدامی برای دفاع ندارد و باید منتظر حمله و اشغال دشمن بماند» (Winthrop, 1924, p. 333).

۴،۲،۲ عقل و بنای عقلا

از دیدگاه فقه اسلامی یکی از منابع استنباط، عقل می‌باشد و رابطه میان عقل و شرع، رابطه‌ای مبتنی بر «کل ما حکم به العقل، حکم به الشرع» می‌باشد (مظفر، ۱۴۲۳: ۲۶۱). حتی می‌توان چنین ادعا نمود که زمانی که در باره مسئله‌ای نقلاً دلیلی در شرع وجود ندارد هم شرعاً و هم عقلاً، احکام عقلی حجت هستند، لذا دلیل عقل در استنباط‌های حقوقی جایگاه ویژه‌ای داشته و در منابع مختلف حقوقی بدان استناد گردیده است. بعضی از فقها دلیل فقهی خیلی از احکام معاملات را عقل و بنای عقلا محسوب نموده‌اند، مانند لزوم تعادل عوضین، صحت معامله معاطاتی و موارد دیگر. مفاد نظریه

۵/۱ حق تعلیق

متعهدله نمی‌تواند آشکار بودن نقض اساسی قبل از رسیدن موعد را اثبات نماید. در این‌گونه موارد که از یک سو میزان اطمینان کافی برای فسخ قرارداد وجود ندارد و از سوی دیگر، با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، مثل گفتار و رفتار و اقدامات متعهد، احتمال نقض قرارداد و وقوع ضرر و خسارت می‌رود، تعلیق اجرای تعهدات قراردادی متقابل و مطالبه تضمین کافی و مناسب، در ماده ۷۱ در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا پیش‌بینی گردیده است. به استناد ماده فوق جهت اعمال حق تعلیق شرایط و موارد ذیل باید رعایت گردد:

۵/۱/۱ کافی بودن احتمال نقض عقد

برای حق تعلیق قرارداد از جانب متعهدله، اولین نکته قابل‌توجه، کافی بودن احتمال نقض قرارداد از جانب متعهد است، منظور این است که حتماً لازم نیست که پیش‌بینی نقض به درجه یقین برسد و همین که در مرحله احتمال باقی بماند کافی است، به تعبیر دیگر، تعلیق هنگامی صورت می‌گیرد که درجه کمتری از احتمال نقض قرارداد وجود دارد، زیرا هنگامی که قطعاً معلوم باشد که قرارداد نقض می‌گردد، مثلاً متعهد صریحاً اعلان نماید که پایبند به قرارداد نیست، تعلیق مفهومی نخواهد داشت، در چنین حالتی متعهدله یا باید بر مبنای اعلان متعهد به قرارداد خاتمه دهد، یا با توجه به تشخیص خود تا فرارسیدن موعد اجرا صبر نماید. البته نباید ضمانت اجرای تعلیق را از مطالبه تضمین جدا نگریست، این تعلیق و مطالبه تضمین، برای ایجاد اطمینان در متعهدله نسبت به احساس تردید و تهدیدی است که در او به وجود آمده و به قصد برطرف نمودن تردیدی است که نسبت به اجرای قرارداد، در وی ایجاد شده است (Chengwei, 2005:46).

۵/۱/۲ اساسی بودن نقض احتمالی

در مورد تعلیق عقد، نکته دوم این است که حمایت متعهدله در برابر احتمال نقض قرارداد، در قالب تعلیق عقد که مقدمه فسخ قرارداد است، ایجاب

دلالت تضمینی و یا التزامی در ضمن عقد قرار می‌گیرند. به بیان دیگر، شروط تضمینی نه قبل از عقد و نه در ضمن عقد به صراحت مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نمی‌گیرند، ولی عرف و عادت و بنای عقلاء وجود آن‌ها را مسلم فرض می‌کند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۴۹۰). در هر عقدی یک شرط تضمینی عرفی وجود دارد که از رد قرارداد قبل از موعد مانع می‌گردد، چون شرط تضمینی عرفی در واقع شرطی است که عرف پایبندی و التزام به آن را به متعاقدین تحمیل می‌نماید، مگر آنکه خلاف آن در مفاد عقد تصریح شده باشد. بنابراین مفهوم شرط تضمینی که در درون مفاد قرارداد اصلی فرض می‌گردد، دلالت بر این حقیقت دارد که هیچکدام از طرفین عقد حق ندارند قراردادی را که هنوز زمان انجام آن فرا نرسیده است، رد نمایند و از انجام آن امتناع کنند و یا اینکه اقدامات و افعالی را انجام دهند که حاکی از نقض قرارداد در آینده باشد، و تا موقعی که خلاف این شرط عرفی، در مفاد قرارداد قید نگردیده باشد، طرفین عقد باید به مفاد آن پایبند باشند و هر نوع تخلف از این شرط، به مشروط له حق فسخ می‌دهد و او با استناد به خیار تخلف از شرط، می‌تواند براساس تشخیص خود، قرارداد را فسخ کند.

۵ ضمانت اجرای پیش‌بینی نقض

ضرورت بررسی ضمانت اجرای نظریه پیش‌بینی نقض بدان جهت است که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به طور مستقل، برای نظریه پیش‌بینی نقض، ضمانت‌های اجرایی مقرر گردیده است؛ بنابراین مطالعه این ضمانت‌های اجرا از جهت مبنای و قواعد و آثار قابل تأمل می‌باشد. ضمانت‌های اجرایی اصلی نظریه پیش‌بینی نقض تعلیق قرارداد و حق فسخ قرارداد است که دومی موضوع مقاله می‌باشد، ضمن بررسی این دو ضمانت اجرا، ضمانت اجرای مطالبه خسارت نیز به صورت مختصر تبیین می‌گردد.



یا رفتار ضمنی تعیین می‌شود، متفاوت بوده و هرکدام بحثی مستقل را می‌طلبد که در ادامه به تفکیک بررسی می‌گردند:

۵٫۲٫۱ پیش‌بینی نقض به دلیل ردّ صریح قرارداد

اولین نوع پیش‌بینی نقض که دارای شرایط پیچیده خاصی هم نمی‌باشد، نقضی که توسط متعهد به علت ردّ صریح قرارداد صورت می‌گیرد، بر اساس کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، پیش‌بینی نقض قرارداد، هنگامی موجب تحقق حق فسخ می‌گردد که معلوم و مشخص باشد که این نقض اساسی است، و یکی از مصادیق آشکار این حکم، آن است که متعهد اعلام نماید که قرارداد را انجام نخواهد داد؛ بنابراین یکی از فواید پیش‌بینی نقض، این‌گونه در نظر گرفته شده است که با فسخ قرارداد از جانب متعهدله، لازم نیست که همواره نگران این موضوع باشد که عقیده متعهد، تا فرارسیدن موعد اجرا، تغییر کرده و او قرارداد را انجام می‌دهد (Honnold, 1999: 438)؛ لذا پیش‌بینی نقض در سررسید انجام قرارداد، با تحقق شرایطی برای متعهدله حق فسخ ایجاد می‌نماید که این شرایط از جمله اینکه اول نقض اساسی باشد و دوم اینکه وقوع نقض اساسی، معلوم و مشخص باشد. اساسی بودن نقض، یعنی احراز شرط اول، آن‌چنان دشوار به نظر نمی‌رسد، آشکارترین مصداق نقض، عدم انجام قرارداد می‌باشد و قطعاً نقض اساسی بشمار می‌آید. معلوم است هنگامی که یک طرف قرارداد اعلان می‌کند که تعهداتش را ایفاء نخواهد نمود، نقض اساسی تعهدات قراردادی تحقق خواهد یافت، اما در مورد احراز شرط دوم یعنی مشخص و معلوم بودن نقض باید بیان نمود که شیوه‌ای که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مورد استفاده قرار گرفته است، تعیین نمودن قطعیت لازم را در خصوص نقض اساسی به دشوارترین جنبه تفسیری ماده ۷۲ کنوانسیون تبدیل کرده است. با بررسی و تحلیل دقیق مفاد کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و دیدگاه‌های شارحان آن، می‌توان چنین بیان نمود که

می‌کند که احتمال وجود نقضی باشد که در صورت تحقق، منجر به حق فسخ می‌شود. به عبارت دیگر، اگر نقض قرارداد به‌گونه‌ای باشد که منجر به فسخ حق فسخ نشود و ضرر زیان‌دیده به طرق دیگر مانند جبران خسارت قابل جبران باشد، این بدان معناست که اصل قرارداد نباید آسیب ببیند و به قوت خود باقی بماند و تعهدات متقابل نیز انجام شود و خسارات وارده در نهایت جبران شود؛ بنابراین حتی در صورت نقض واقعی نیز در این مرحله متعهدله حق ندارد به تعهدات متقابل خود عمل نکند و به طریق اولی در صورت احتمال چنین نقضی در آینده، نمی‌توان این را حق تلقی کرد؛ بنابراین در پیش‌بینی نقض برای متعهدله زمانی حق تعلیق ایجاد می‌کند که در صورت تحقق آن، حق فسخ ایجاد می‌گردد. حق تعلیق و مطالبه تضمین مناسب در صورتی می‌تواند قابل اعمال باشد که احتمال بالایی از ارتکاب نقض اساسی قرارداد توسط طرف مقابل را بدهد.

۵٫۲ حق فسخ

در خصوص پیش‌بینی نقض می‌توان حق تعلیق را ضمانت اجرایی مخصوص آن قلمداد نمود، اما برخلاف آن، حق فسخ از ضمانت‌های اجرایی می‌باشد که فقط اختصاص به آن ندارد، بلکه به‌عنوان یک قاعده کلی، هرگاه در انجام مفاد قرارداد، قصور و کوتاهی صورت گیرد که موجب نقض اساسی قرارداد گردد، قرارداد قابل فسخ می‌باشد (Schlechtriem, 1986: 78). اگرچه در نظام‌های حقوقی دنیا، شرایط اعمال حق فسخ، متفاوت می‌باشد اما موضوع حق فسخ همواره در قوانین و حقوق کشورها به عنوان یکی از طرق انحلال قرارداد بوده است. احتمالی باعث حق فسخ می‌شود که عقلاً به آن ترتیب اثر می‌دهند و به طور معقول و با معیار نوعی، نقض قرارداد در آینده قریب به یقین است (امینی، ۱۳۹۰: ۴۶). البته شرایط احراز حق فسخ به دلیل احتمال و پیش‌بینی نقض از سوی طرف مقابل یکسان نیست، زیرا با توجه به اینکه فسخ قرارداد صراحتاً از سوی طرف مقابل مردود بوده و یا به واسطه شرایط

۵،۲،۲ پیش‌بینی نقض به دلیل مشخص بودن نقض از شرایط و اوضاع و احوال

دومین نوع از پیش‌بینی نقض، هنگامی است که قرارداد به طور صریح از جانب متعهد رد نگردیده است، ولی شرایط و اوضاع و احوال نشانگر آن است که در سررسید موعد، قرارداد انجام نخواهد گردید و یا انجام آن، به شکلی ناقص خواهد بود به گونه‌ای که نقض اساسی وقوع یابد. بر اساس یک دیدگاهی، هنگامی که معلوم و مشخص است که قرارداد در موعد مقرر انجام نخواهد گردید و یا به طور ناقص انجام خواهد شد، اساساً مصادیق اوضاع و احوال و قرائن برای وقوع نقض اساسی در آتی، می‌تواند از اعمال و یا گفتار متعهد و یا وقایع عینی مثل از بین رفتن کارخانه بایع در حادثه آتش‌سوزی و یا اعمال نظارت‌های کنترلی مالی یا اعمال تحریم که انجام قرارداد را در آتی ناممکن می‌کند، مشخص گردد. هنگامی که یک طرف قرارداد اعلان می‌نماید که تعهدات خویش را با تأخیر انجام می‌دهد و زمان اجرا جزء ارکان قرارداد باشد، یا تأخیر مورد پیش‌بینی تا آن اندازه جدی باشد که موجب نقض اساسی گردد، همچنین ورشکستگی و آغاز عملیات تصفیه، از موارد دیگری هستند که نقض تعهد در آن‌ها مبرهن است (Enderlein, 1992: 291). برای اینکه فسخ قبل از رسیدن موعد بر اثر پیش‌بینی نقض، قابل تفسیر و توجیه باشد، باید مشخص و معلوم باشد که متعهد نمی‌خواهد و یا نمی‌تواند در موعد مقرر، قرارداد را انجام دهد، اما چنانچه نحوه عملکرد او فقط این تردید را ایجاد نماید که وی آمادگی و یا توانایی انجام قرارداد را ندارد، و در اینجا باید از ضمانت اجرای «مطالبه تضمین کافی و مناسب» استفاده گردد. حتی هنگامی که مشخص باشد که نقض اساسی وقوع خواهد یافت، هم بیان شده است که به مصلحت صاحب حق است که پیش از فسخ قرارداد، نخست با استفاده از ضمانت اجرای خفیف‌تر، به مطالبه تضمین مناسب، خصوصاً زمانی که هنوز در خصوص جدی بودن موانع ایفای تعهدات تردید دارد.

مفهوم «مشخص بودن» مفهوم و معنایی عرفی می‌باشد و مقصود از مشخص بودن نقض برای تحقق حق فسخ، آن هست که یک فرد متعارف و معقول، قبول کند و متقاعد گردد که نقض قرارداد، مطمئناً رخ خواهد داد (Schlechtriem, 1986: 96).

علاوه بر اینکه در ادامه مقاله به طور مبسوط به بررسی تطبیقی موضوع مقاله در حقوق ایران پرداخته می‌شود اما در این قسمت نیز اجمالاً اشاره می‌گردد.

در حقوق ایران، ماده قانونی که به مفاد مواد ۷۲ و ۷۳ کنوانسیون دلالت نماید، تصریح نشده است. در حقوق ایران متعهدله برای استفاده از ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات قراردادی، ضرورت دارد که برای اجرای تعهد مدت معینی مشخص شده باشد و آن مدت منقضی گردیده و متعهد تعهد خود را ایفاء نکرده باشد و چنانچه جهت اجرای تعهد مدت زمانی مشخص نگردیده باشد، متعهدله ایفاء تعهد را مطالبه کرده، مشروط بر اینکه تعیین زمان اجرای تعهد در اختیار متعهدله باشد، و متعهد به تعهد خود عمل نکند (ماده ۲۲۶ ق.م.).

لذا اگرچه که نظریه فوق در حقوق ایران بیگانه است. ولی با استقراء در قوانین موضوعه آثار و نشانه‌های آن قابل ملاحظه است و بر مبنای وجوب دفع ضرر محتمل قابل توجیه می‌باشد. لذا از نهادهای معامله به قصد فرار از دین (ماده ۱۱۴ ق.آ.د.م. و ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی)، خیار تغلیس (تعذر تسلیم ماده ۳۸۰ ق.م. و ماده ۴۱۲ ق.ت)، نقصان در اعتبار مالی متعهد (مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.ت.) و حکم مندرج در ماده ۵۳۳ ق.ت. و ماده ۳۷۷ ق.م. و ۳۴۸ ق.م با استناد به مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ و ۲۴۸ می‌توان آثار نظریه را استنباط نمود (صفایی، ۱۳۹۲، ۲۶۲).



۶ نهادهای فقهی و قانونی مورد استفاده جهت استناد به پذیرش نظریه

با توجه به اینکه بسیاری از احکام شرع مقدس به ویژه در مورد معاملات، حکم امضایی است، زیرا اکثر معاملات در عرف مردم رایج است و لذا موضع شارع نسبت به آنها بیشتر امضایی است؛ بنابراین ردی نیز اگر از جانب شرع صورت گرفته باشد، نسبت به آن باید اطلاع حاصل می‌گردد؛ بنابراین در این قسمت مقاله مبانی موجود در حقوق ایران و همچنین فقه که اساس و پایه حقوق ایران است، و نیز وجود آثار و نتایج حاصل از این نظریه در موارد مشابه در حقوق ایران بررسی می‌گردد، هرچند موارد فوق الذکر از لحاظی با مفاد نظریه فرق داشته باشد. اما صرفاً برای انتخاب بیان درست در موضوعات مطروحه و تطبیق آنها با مفاد نظریه نمی‌باشد بلکه برای بررسی امکان پذیرش و نهادینه کردن نظریه پیش‌بینی نقض می‌باشد و همچنین برای بررسی تطابق یا عدم تطابق با اصول و قواعد عمومی قراردادها، نهادهایی مانند خیار تعذر تسلیم، حق حبس، خیار تفلیس و تلف مبیع قبل از قبض، بررسی و تحلیل می‌گردند. با بررسی و تحلیل و اثبات پذیرش نظریه پیش‌بینی نقض در حقوق ایران، ضمانت اجراهای بر اثر پیش‌بینی نقض مانند تعلیق و فسخ و آثار آن نیز تحلیل می‌گردد.

۶٫۱ خیار تعذر تسلیم

اگرچه خیار تعذر تسلیم در قانون مدنی تصریح نگردیده است ولی باید وجود این خیار را لازمه عدالت معاوضی دانست (خیاط مشهدی، ۱۳۹۵: ۵۹). از استقرا در قانون مدنی دریافت می‌گردد که عدم قدرت بر تسلیم، نه فقط مانع ایجاد عقد و تعهد می‌گردد بلکه چنانچه بعد از انعقاد عقد هم عارض گردد، باعث از بین رفتن التزام به قرارداد می‌شود. مواد ۲۴۰، ۲۳۹، ۳۸۰، ۴۷۶، ۴۸۸، ۵۳۴ و قانون مدنی می‌تواند مستندات و ادله قوی بر وجود خیار تعذر تسلیم در حقوق ایران تلقی گردند (طباطبایی یزدی،

۱۳۷۸: ۱۲۸). در فقه امامیه بنا به نظر مشهور در صورت تعذر شرط و عدم امکان الزام متعهد، متعهدله دارای حق فسخ می‌گردد و پیش از آن عقد را نمی‌تواند فسخ کند (نائینی، ۱۴۲۷: ۵۶۲). بعضی از فقها، صرف نقض عهد را سبب ایجاد حق فسخ برای متعهدله دانسته و ایجاد این حق فسخ را منوط به تعذر اجبار و الزام متعهد نمی‌دانند. در دیدگاه فقها مقصود از نقض، نقض بعد از رسیدن زمان انجام قرارداد است نه قبل از آن (بهبهانی، ۱۴۱۷: ۱۲۷). به عقیده صاحب جواهر اگر متعهد اعلان کند که تعهد خود را ایفا نخواهد کرد، نقض تحقق یافته و متعهدله حق فسخ عقد را خواهد داشت. ظاهراً قاعده‌ای که بر پایه آن تا زمان رسیدن موعد باید منتظر ایفا تعهد ماند، مبتنی بر مورد غالب می‌باشد و شامل موارد خاصی که به شکل معقول و متعارف پیش از رسیدن موعد، عدم امکان انجام تعهد معلوم گردد، نمی‌باشد. این نکته را از بعضی موارد مسلم نیز می‌توان استنباط نمود. مثلاً در حالتی که انجام مفاد تعهد در آینده، عرفاً غیرممکن و متعذر شود، حسب مورد عقد منحل و یا برای متعهدله حق فسخ (خیار تعذر تسلیم) ایجاد می‌گردد اعم از اینکه زمان ایفای تعهد فرارسیده باشد یا خیر، در هر دو حالت چنانچه انجام تعهد متعذر شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۹).

بنابراین چنانچه ملاحظه می‌شود اگرچه بعضی از مصادیق نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا در کتاب‌های فقهی سخن گفته و مورد بررسی واقع گردیده است ولی بحث مستقلی در مورد آن صورت نگرفته است اما به هر جهت حق فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض در منابع فقه که پایه حقوق ایران است، مورد شناسایی واقع نگردیده است. احتمال دارد فقها و شارحان قانون مدنی در روابط مرتبط با حقوق خصوصی اشخاص، به مقرر نمودن این حق فسخ نیازی ندیده‌اند زیرا در حقوق ایران به دلیل وجود قاعده لزوم و اصل اجرای عین تعهد که بر اساس مفاد توافق متعاقدين است، متعهد ملزم است که

خویش را به تعویق بیندازد. دقیقاً حق حبس نیز به هر یک از متعاقدين این اختیار و حق را می‌دهد که تا زمانی که طرف دیگر حاضر به اجرای تعهدات مقابل نشده است، از اجرای تعهداتش امتناع نماید. هر دو حق مزبور به دلیل متقابل بودن تعهدات طرفین قرارداد و حاکی از رابطه متقابل و وابستگی میان تعهدات آنها است (عربشاهی کریز، ۱۳۹۷: ۱۲۶-۱۲۹).

با تدقیق در این دو نهاد حقوقی، چنین استنباط می‌گردد که منشأ تأسیس این دو نهاد نیز واحد می‌باشد، چون هر یک از طرفین عقد با انتظار دستیابی به هدف نهایی انعقاد قرارداد، تعهدات متقابل خود را اجرا نمایند، بنابراین اگر این انتظار مشروع و قانونی تحقق نیابد، با احساس تهدید و خطری که هر یک از طرفین عقد می‌کند در جهت انجام اقدامات لازم جهت حفظ حقوق قراردادی و قانونی خود تلاش خواهد نمود، و حداقل به دلیل امتناع طرف مقابل قرارداد، از اجرای تعهداتش به طور موقت خودداری نماید، تا اینکه نهایت امر وضعیت ایفای تعهدات متقابل مشخص گردیده و یا تضمینات لازم و کافی برای ادامه روند ایفای تعهدات ارائه گردد. در حقیقت این روش استدلال سبب نزدیک ساختن دو نهاد حقوقی مزبور می‌گردد اما مسلماً این دو نهاد حقوقی دارای تفاوت‌هایی نیز هستند، چون حق حبس با حق تعلیق در نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا، از جنبه مبنایی متفاوت هستند، چون اولاً بر اساس نظر بعضی از حقوق‌دانان، مبنای حق حبس برخلاف حق تعلیق، تعادل و همبستگی عوضین می‌باشد و در صورت اعمال شدن حق حبس، طرف دیگر عقد، تعهدات متقابلش را باید ایفا نماید. اما در صورت اعمال حق تعلیق، طرف دیگر عقد، نخست بایستی تضمین مناسبی را ارائه نماید و سپس تعهداتش را ایفا نماید که این مسئله به طور مستقیم، با تعهدات قراردادی طرف دیگر، تناسبی ندارد، ثانیاً تفاوت دیگری که هست، حق حبس، مربوط به تعهدات حال می‌باشد، ولی حق تعلیق در رابطه با تعهدات

تعهدات خود را ایفا نموده و یا اینکه تمامی خسارات متعهدله را جبران کند و در این خصوص هیچ‌گونه تکلیفی برای متعهدله مقرر نگردیده است اما در حقوق کامن لا و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا حق فسخ قبل از رسیدن موعد بر اثر پیش‌بینی نقض مورد شناسایی و تصریح شده است. در واقع قاعده لزوم به گونه دیگری تجلی‌یافته است، زیرا در این نظام حقوقی قاعده لزوم به مفهوم الزام به اجرای عین تعهد نمی‌باشد بلکه به این مفهوم است که یا باید متعهد قرارداد اصلی را اجرا نماید و یا اینکه خسارات متعهدله را جبران نماید و متعهدله را در وضعیت و موقعیت اقتصادی قرار بدهد که چنانچه قرارداد اجرا می‌گردید، او در آن موقعیت قرار می‌گرفت، از سوی دیگر علاوه بر تعهد مذکور که برعهده متعهد می‌باشد، متعهدله هم چنانچه با نقض قرارداد مواجه شود، نسبت به تقلیل خسارت تکلیف دارد که از آن با عنوان قاعده مقابله با خسارت تعبیر می‌گردد (داراب پور، ۱۳۹۷: ۴).

۶،۲ حق حبس

در حقوق ایران، حق حبس به‌گونه‌ای مشابه حق تعلیق مقرر در نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض است. حق حبس اصطلاحی فقهی - حقوقی است که البته در اکثر نظام‌های حقوقی وجود دارد. در حقوق ایران هم در مواد ۳۷۷ و ۱۰۸۵ قانون مدنی و همچنین مواد ۳۷۱ و ۳۹۰ قانون تجارت منعکس گردیده است. در واقع حق تعلیق مورد بحث، از جهاتی با حق حبس موجود در حقوق شباهت دارد و از جهاتی نیز تفاوت دارد. اما با توجه به موضوع مقاله به کمک قاعده حق حبس، می‌توان حق تعلیق برگرفته از نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا را عقلایی، عرفی و منطبق با ساختارها و اصول حقوق قراردادی دانست، این حق تعلیق به هر یک از متعاقدين اختیار می‌دهد که بر اساس توافق و قانون و به علت اینکه در موقعیت طرف مقابل تغییرات و اتفاقی حادث گردیده است که حاکی از امکان و احتمال عدم ایفای تعهد است، به طور موقت انجام تعهدات



ثمن) را ندارد، بنابراین جهت نجات خویش با اعمال خیار تغلیس اقدام به فسخ معامله و استرداد عین مال از میان اموال مفلس می‌نماید، حتی اگر او هیچ مال دیگری از آن عین در بر نداشته باشد. امکان دارد بیان گردد که اعمال خیار تغلیس دارای شرایطی از جمله حال بودن ثمن معامله در زمان حجر است، یعنی چنانچه موعد پرداخت ثمن فرا نرسیده باشد، امکان فسخ معامله نیز وجود ندارد، چون به سبب حجر دیون مؤجل، حال نمی‌شود و فقط با فوت است که دیون متوفی حال می‌گردد (محقق بحرانی، ۱۴۳۳: ۳۹۷). البته در حقوق مدنی نیز موضوع خیار تغلیس مطرح است و حقوق‌دانان ماده ۳۸۰ قانون مدنی را علت پذیرش خیار تغلیس مطروحه در فقه دانسته‌اند. برخی از شارحان قانون مدنی، ماده ۳۸۰ را در مقام بیان شکل خاصی از حق حبس می‌دانند (عدل، ۱۳۷۳: ۲۳۱). اما اکثر حقوق‌دانان اعتقاد دارند که ظاهر ماده ۳۸۰ قانون مدنی بر این امر دلالت دارد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۸۲). اما دکتر کاتوزیان معتقد است که بخش دوم ماده ۳۸۰، چهره خاصی از حق حبس است و نظرش بر این است که در جایی که خریدار قادر به وفای به تعهد خود نیست و نسبت به تأدیه ثمن توانایی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۸۳). باتوجه به وجود خیار تغلیس در فقه، می‌توان به این نتیجه دست یافت که جعل حق فسخ قبل از رسیدن موعد بر اثر پیش‌بینی نقض و صبر نکردن تا سررسید اجرای تعهد، مغایرت و تعارضی با اصول قراردادهای ندارد (امامی، ۱۳۹۹: ۵۲۸).

۶٫۴ تلف مبیع قبل از تسلیم

با مذاقه در مفهوم ماده ۳۸۷ قانون مدنی چنین استنباط می‌گردد که در عقود معوض در مواقعی که مورد تعهد برای یک طرف عقد، عین معین بوده و قبل از موعد تلف می‌شود، به علت اینکه معلوم می‌باشد که متعهد قادر به اجرای تعهد خود، در موعد مقرر نخواهد بود، عقد منفسخ می‌شود و در نتیجه تا زمان تسلیم طرف مقابل نسبت به عقد ملتزم باقی نمی‌ماند (مفهوم ماده ۳۸۷ قانون مدنی). ولی تلف مبیع پیش از تسلیم دارای صورتهای

مؤجل هم صادق می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۳۰۹). اما حق تعلیق در نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا، قابل اعمال در عقود مؤجل نیز می‌باشد (درویش پوریان و اسدی کوه باد، ۱۳۹۵: ۹-۱۲). در این نوشتار سعی می‌گردد تا حق فسخ ناشی از نهادهای حقوقی - فقهی را که به‌گونه‌ای معادل حق فسخ در نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا، است مورد بررسی قرار گیرد، اگرچه موارد مذکور با مفاد نظریه از جهاتی تفاوت‌هایی داشته باشند.

۶٫۳ خیار تغلیس

از دیگر موضوعات فقهی و حقوقی که می‌توان از آن به‌عنوان توجیه‌کننده حق فسخ مقرر در نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا، استفاده نمود، خیار تغلیس است. به عقیده اکثر حقوق‌دانان در ماده ۳۹۶ قانون مدنی، با وجود اینکه اسمی از خیار تغلیس ذکر نشده است ولی این خیار در قانون مدنی، ماده ۳۸۰ پیش‌بینی گردیده و از فقه به قانون آمده است. در رابطه با خیار تغلیس صاحب شرایع بیان نموده است که: «در صورتی که حکم افلاس شخصی صادر گردد، هر طلبکاری که عین مالش موجود است، می‌تواند آن را بردارد، اگرچه غیر از آن عین چیز دیگری نزد مفلس باقی نمانده باشد» (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۳۴۵) و شهید ثانی نیز می‌فرماید: «اگر طلبکار شخص مفلس کالای خود را بیابد، مخیر است معامله را فسخ و مقدم بر سایر طلبکاران، آن را تصاحب نماید، یا برای دریافت ثمن، در کنار دیگران قرار گیرد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۵). این نهاد فقهی نیز شباهت قابل‌توجهی با مفاد نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا دارد، زیرا بر اساس این نظریه هم هنگامی که یک طرف عقد متوجه می‌گردد که طرف مقابل، به هر علتی دیگر توانایی ایفای تعهداتش را در موعد مقرر ندارد، در مرحله اول می‌تواند اقدام به تعلیق و سپس به فسخ معامله اقدام کند، دقیقاً مانند فردی که خود را طرف معامله با فرد مفلس می‌بیند و با علم به اینکه مفلس توانایی ایفای تعهدش (تأدیه

عرصه تجارت می باشد، امروزه از قواعد مهم حقوق تجارت بین الملل محسوب می گردد و آثار و فواید زیادی بر آن مترتب می باشد از جمله: پیشگیری از خسارات قراردادی یا افزایش آن و در واقع مقابله با خسارات، ایجاد آرامش روانی متعاملین و خروج اطراف قرارداد از بلاتکلیفی، بی ثباتی و نگرانی از آینده و امکان جایگزینی کالا و سرعت در عرصه معاملات و یا امکان کلی تمسک به ضمانت اجراهای پیش بینی نقض مانند تعلیق و فسخ موجب رهایی متعهدله از زیر بار تعهدات قراردادی که در آینده با نقض مواجه خواهد شد می گردد و تضمین مناسبی جهت پیشگیری از زیان در یک رابطه قراردادی می باشد. حق فسخ با شرایط و آثار مندرج در ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین المللی کالا در حقوق ایران وجود ندارد و در آثار حقوق دانان این نوع حق فسخ ذکر نشده است؛ بنابراین نمی توان این قاعده را یکی از قوانین موجود در حقوق ایران معرفی کرد. اما این امر مانع از آن نیست که قانونگذار ایران این حق را به عنوان گزینه جدید فسخ به رسمیت بشناسد، زیرا اعمال این نظریه منافاتی با سایر قواعد حقوق داخلی ایران ندارد. اگر چه که در حقوق ایران این قاعده وجود ندارد، اما بررسی نهادهای فقهی و حقوقی نظام حقوقی ایران حاکی از وجود زمینه های لازم برای پذیرش نظریه فوق در حقوق ایران است. استناد به اصل وجوب قراردادها نمی تواند مانعی برای پذیرش و اجرای نظریه باشد، زیرا درست است که اصل لزوم، طرفین را ایجاب می کند که قرارداد را حفظ کنند، اما نه در همه شرایط، زیرا الزام متعاقدين به مفاد عقد و حفظ قرارداد تا اندازه ای معقول و قانوناً قابل قبول است که رعایت حقوق طرفین عقد و نیز عدالت معاوضی صورت گیرد و به بیان دیگر لازمه تراضی متعاقدين عدم تحمیل قرارداد بر یکی از طرفین است زیرا اگر فرضاً یکی از طرفین قبلاً اعلام کند که به تعهدات قراردادی خود در موعد مقرر عمل نمی کند، تکلیف طرف دیگر تعهد به انجام تعهدات خود و سپس منتظر ماندن برای فرارسیدن موعد انجام قراردادی که این اطمینان

مختلفی است. یعنی در این گونه موارد مشتری به استناد قاعده تعذر تسلیم، می تواند قرارداد را فسخ کرده و ثمن را مسترد نماید (نجفی، ۱۳۹۴: ۸۹). در رابطه با حکم موردی که تلف مبیع به دست بایع صورت می گیرد، مابین فقها اختلاف نظر وجود دارد. نظر یک طرف را نمی توان نظر مشهور دانست اما عده زیادی از فقها در این رابطه نیز معتقدند که مشتری مخیر است نسبت به اینکه به علت تعذر تسلیم عقد را فسخ کند و ثمن را مسترد نماید و یا به بایع رجوع نموده و مثل یا قیمت را مطالبه کند (شهید اول، ۱۴۱۲: ۲۱۳)؛ لذا میان حکم تعذر تسلیم و حکم نظریه پیش بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا در دو حالت فوق شباهت زیادی وجود دارد، چون با مذاقه در استدلال فقها استنباط می گردد که حق فسخ و ابقا برای خریدار، به اینکه تعذر بعد و یا قبل از رسیدن موعد ایفای تعهد باشد، ارتباطی ندارد. زیرا فروشنده به تعهدش نمی تواند عمل نماید و اجرای تعهد متعذر گردیده است و به همین دلیل حق فسخ را خریدار پیدا کرده است، به همین دلیل تعذر تسلیم، با نظریه پیش بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا مشابه می باشد و پایه و اساس حکم در هر دو مورد یکسان می باشد و البته باید متذکر گردید که فقط تعذر موقتی هست که سبب ایجاد حق فسخ می گردد و در صورتی که تعذر دائمی باشد، معمولاً فقها به انفساخ عقد قائل هستند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۷۰-۱۷۳). یعنی اگر تسلیم عوض یا معوض متعذر شود و این تعذر دائمی باشد در این حالت عقد منفسخ می گردد (صفایی، ۱۳۸۶: ۲۹۸).

۷ نتیجه

نظام های مختلف حقوقی از ابزارها و روشهای گوناگونی جهت پیشگیری و یا جبران خسارت در حقوق قراردادها استفاده می نمایند اما اگر بدون توجه به شرایط و اوضاع و احوال در روابط قراردادی، صرفاً به ابزارهای کهن و تکراری توسل گردد، کارایی و اثربخشی لازم وجود نخواهد داشت، نظریه مقاله که مصوب کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰- وین، به عنوان یکی از اسناد مهم بین المللی در



تعارض یا عدم تعارض آن قاعده با قواعد حقوق داخلی صورت می‌گیرد نه وجود یا عدم وجود قاعده، لذا در این مقاله نیز این شیوه برگزیده شده است که نتیجه آن عدم مخالفت حق فسخ بر اثر پیش بینی نقض قبل از موعد اجرا، با قواعد حقوق ملی است. بنابراین وجود ماده ۷۲ کنوانسیون بیع مانعی برای الحاق ایران به آن نمی‌تواند باشد و استفاده از آن خصوصاً در حقوق تجارت، موجب رعایت اصل سرعت در معاملات تجاری خواهد گردید. زیرا با هر قاعده‌ای که احتمال نقض قرارداد تجاری و اختلال و کندی سرعت در معاملات باشد باید مقابله نمود و همچنین چون بازرگانان در قراردادهای تجاری خود از عرفی منسجم و مدون استفاده می‌کنند لذا از لحاظ موضوعی نیز پیش بینی نقض قرارداد برای آنان آسان تر می‌باشد. ضمن اینکه مشکلات اثباتی موجود روابط مدنی در تعاملات اقتصادی با توجه به عرف‌های خاص بین‌تجار کمتر وجود دارد. به نظر می‌رسد پذیرش نظریه فوق‌نه تنها به ساختارها و هنجارهای فقهی و قانونی ما آسیبی وارد نمی‌کند بلکه کاملاً عقلایی بوده و سبب افزایش میزان التزام عملی به قراردادها از سوی متعاقدین می‌گردد.

همچنین اگر این نظریه در حقوق ایران پذیرفته شود قاعده استثنایی تلقی نمی‌شود زیرا با قواعد موجود در حقوق ایران تفاوتی ندارد و حتی می‌تواند در کنار قواعدی مانند اصل لزوم و روش تفسیری آن مورد استفاده قرار گیرد. مانند تفاسیر دیگر قواعد حقوق خصوصی تفسیری گسترده خواهد بود نه محدود.

است که به طور متعارف و معقول در موعد سررسید نقض می‌شود، مسلماً برخلاف فحوای متعاقدین بوده و لذا هیچ عقل سلیمی بر آن حکم نخواهد کرد. با توجه به اینکه در حقوق ایران، از نظریه پیش بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا و ضمانت اجراهای آن به صراحت نصی وجود ندارد، اما این نظریه را بر مبنای شرط ضمنی که نهادی پذیرفته شده است، می‌توان توجیه نمود، در واقع هر عقد دربردارنده این شرط ضمنی می‌باشد که حتی پیش از رسیدن زمان انجام قرارداد، متعاقدین خود را متعهد و ملتزم به ایفاء مفاد عقد در سررسید مقرر می‌دانند. لذا باید تمهیدات لازم را برای ایفای تعهدات قراردادی به عمل آورند و همچنین نباید نسبت به عدم انجام آن و نقض قرارداد اقدام نمایند. بنابراین اگر یکی از متعاقدین با اعمال یا اظهارات خود قصد داشته باشد در موعد مقرر به تعهدات قراردادی خود عمل نکند، در واقع امکان اجرای قرارداد از وی سلب شده و از شرط ضمنی تخلف کرده است. با این تفسیر حق فسخ قرارداد اصلی به‌عنوان ضمانت اجرای تخلف از شرط ضمنی برای طرف مقابل حاصل می‌شود. همچنین عقل و بنا عقاء هم از دیگر مبنایی است که این نظریه و آثار و احکام مترتب بر آن را می‌توان با آن تحلیل کرد. با تمام اوصاف بر اساس مبانی موجود در فقه به عنوان اساس حقوق ایران که برخوردار از پشتوانه حکم عقل و بنا عقاء است، می‌توان ادعا کرد که این نظریه نه تنها منافاتی با اصول و قواعد حاکم بر قراردادها در حقوق ایران ندارد، حتی به‌عنوان یک نظریه جدید در حقوق قراردادها قابل پذیرش می‌باشد. ضمناً کلیه مقررات و آثار آن در حقوق ایران قابل توجیه است. همانگونه که در مقدمه ذکر گردید شیوه دیگری هم برای برای پذیرش یا عدم پذیرش قواعد بین‌المللی در حقوق ملی وجود دارد و برای دستیابی به این امر، تحلیل آثار و شرایط آن قاعده ضرورت دارد تا بتوان به این سؤال که آیا امکان جمع آن قاعده با قواعد حقوق ملی وجود دارد؟ و چنانچه روش فوق‌اعمال گردد خیلی از ایرادات مطروحه ایجاد نمی‌شود و لذا منحصراً بررسی

Reference

- Amini, Mansour and Azami Chaharbarkh, Hossein, (2013), "Investigation of the right of termination due to anticipated breach of contract in the Convention on the International Sale of Goods and Rights of Iran", *Journal of Legal Studies*, No. 4, pp. 35-42.
- Anders, Daoud, (1400), "Income on the Convention on the International Sale of Goods and Iran's Rights", *Citizenship Law Studies Quarterly*, No. 21, pp. 1-26.
- Emami, Seyyed Hassan, (2019). *Civil rights*, 16th edition, Tehran: Islamiye Publications.
- Bahrami Ahmadi, Hamid, (1390). *The law of obligations and contracts*, Tehran: Imam Sadegh University Press.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar, (1381). *The general philosophy of contracts based on the originality of action (equilibrium theory)*, Tehran: Ganj Danesh Publications.
- Hasami, Ali and Lotfi, Alireza, (2019), "Comparative study of the obligation to enforce the contract in Iranian law and the 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods", *Quarterly Journal of New Achievements in Humanities Studies*, No. 34, pp. 41-51.
- Hosseini Moghadam, Seyyed Hassan, (2018), "Comparative study of the consequences of termination of the contract in the Convention on the International Sale of Goods (1980 Vienna) and the subject law of Iran", *Comparative Law Research Quarterly*, year 3, number 1, pp. 39-64.
- Khayat Mashhadi, Fahima, (2015), "Unforgiveness of contract execution and its effect on necessary contracts", *Vakil Mofafen Magazine*, No. 15, pp. 121-145.
- Darabpour, Mehrab, (2017). *The rule of dealing with losses*, first edition, Tehran: Ganj Danesh Library Publications.
- Darvish Pourian, M. Al-Banin and Asadi Koh Bad, Hormuz, (2015), "Comparative study of the right of imprisonment in Iranian law and the Convention on the International Sale of Goods adopted in 1980", *Fiqh, Law and Criminal Sciences Quarterly*, No. 2, pp. 7-18.
- Shahidi, Mehdi (2012). *Civil rights, works of contracts and obligations*, first edition, Tehran: Majd Publications.
- Shaareyan, Ebrahim; Rahimi, Farshid, (2015), *International Sales Law*, 2nd edition, Tehran, ShahrDanesh.
- Safai, Seyyed Hossein; Mahmoud Kazemi, Morteza and Mirza Nejad, Akbar, (2012). *International sales law, a review of the 1980 international sales convention, with a comparative study in the laws of Iran, France, England, and the United States of America*, Tehran: Tehran University Press.
- Safai, Seyyed Hossein (2016). *Civil rights (general rules of contracts)*, 11th edition, Tehran: Mizan publications.
- Adl, Mustafa, (1373), *Civil Rights*, first edition, Qazvin: Bahrul Uloom Publications.



Arabshahi Kariz, Mahmoud, (2017), "The right of arrest in the 1980 Vienna International Sales Convention", Law Studies Quarterly, No. 19, pp. 121-132.

Asgari, Jafar (2012). Predictable breach of contract in Imami jurisprudence and Iranian law, doctoral thesis, Tehran: Imam Sadiq University.

Faizi Chekab, Gholam Nabi and Mousavi, Seyedah Mitra, (1400), "The point of transfer of risk of contractual liability in international contracts for the sale and transportation of natural gas from the perspective of the Convention on the International Sale of Goods (Vienna, 1980)", Judicial Law Perspectives, No. 95, pp. 85-105.

Katouzian, Nasser (2017). Civil rights course: Moin contracts, Tehran: Publishing Company.

Katouzian, Nasser (1400). General rules of contracts, fifth edition, Tehran: Publishing Company.

Katouzian, Nasser (2016). Civil law in the current law system, 8th edition, Tehran: Mizan Publications.

Katouzian, Nasser (2007). General rules of contracts, fifth edition, Tehran: Publishing Company.

Mohammadi, Abolhasan, (2012) Qawad al-Fiqh, 6th edition, Tehran, Mizan Publishing House.

Mohagheq Damad, Seyyed Mustafa (1388). General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law, Tehran: Publishing Center of Islamic Sciences.

Arabic Refrence:

Al-Ansari, Morteza, (1428), Al-Makasab, Qom: Majmaal al-Fikr al-Islami.

Bojnordi, Seyyed Hassan, (1419), Al-Qasas Al-Faqih, Qom: Al-Hadi Publishing House, Al-Awali.

Bahr al-Uloom, Seyyed Muhammad, (1403), Balgha al-Faqih, Commentary and Commentary: Mohammad Taqi Al Bahr al-Uloom, Tehran: Manuscripts of the School of Al-Sadiq (AS).

Behbahani Wahid, Muhammad Baqir, (1417), the margin of Al-Faideh and Al-Barhan, Qom: Al-Allama Al-Mujjad Al-Wahidi Al-Bahbahani Foundation.

Har Ameli, Muhammad bin Hassan, (2017), Al-Shia's Tools, Beirut: Dar Ahya al-Trath al-Arabi.

Al-Khomeini, Seyyed Ruhollah, (1384), Kitab al-Bai, Tehran: Institute for editing and publishing Imam Khomeini's works.

Khoei, Seyyed Abulqasem (1417), Misbah al-Asul, speech: Seyyed Mohammad Sarwar Vaez Hosseini, Davari Publications.

The first martyr, (1412). Al-Dros al-Sharia, Qom: Al-Nashar al-Islami al-Awali Institute.

Shahid Sani, (1413). Al-Rawzah al-Bahiyya fi Sharh al-Luma'ah Al-Damashqiyya, Qom: Al-Nashar al-Islami Al-Awli Institute.



Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, (1378), Marjih al-Makasab, Qom: Ismailian Institute.

Tabatabaei, Seyyed Mohammad Kazem, (1415), Mofatih al-Asul, Al-Al-Bait Institute.

Iraqi, Sheikh Agha Zia, (1405), Nahayeh al-Afkar, speech: Mohammad Taghi Boroujerdi, first edition, Al-Nashr al-Islami Institute.

Mohagheq Bahrani, Yusuf, (1433), al-Hadaiq al-Nadrah, Qom: Al-Nashar al-Islami Institute of the Congregation of Teachers.

Mohagheq Hali, Abulqasem Najmuddin Jafar bin al-Hassan, (1403), Islamic

Laws in Halal and Haram Issues, edited by Al-Sayed Sadiq Al-Shirazi, Tehran: Esteghlal Publications, second edition.

Muzaffar Mohammad Reza, (1423), Usul al-Fiqh, Qom: Al-Nashar al-Islami Institute.

Naini, Mohammad Hossein, (1427), Maniyah al-Talib fi Sharh al-Makasab, Qom: Al-Nashar al-Islami Institute.

Najafi, Mohammad Hassan, (2014), Javaher al-Kalam, research and suspension: Sheikh Ali Al-Akhundi, Tehran: Dar al-Kutb al-Islamiya.

English Reference:

Bianca, Cesare Massimo & Michael Joachim Bonell (1987). Bennett Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sale Convention, Milan

Carter, W. (1991). Breach of Contract, Sydney: The Law Book Company Limited.

Cheshire, C., & Chevalier, G. (1991). Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, London: Butterworths.

Chitty, J. (2004). Chitty on Contracts, London: Sweet & Maxwell Publications.

Chengwei, L. (2005). Suspension or Avoidance due to Anticipatory Breach: perspectives from Articles 71/72 CISG, the UNIDROIT principles, Journal of Law, 4(8), 261-278.

Enderlein, F. (1992). International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Diertich: Oceana Publications.

Enderlein F. (2009). International sale law, Available at: <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html> (2009/10/22).

Honnold, O. (1999). Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, The Hague: Kluwer: Law International.

Schlechtriem, P. (1986). Uniform Sales Law- The UN- Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna: Manz.

Treitel, G. (1995). Treitel: The Law of Contract, London: Sweet & Maxwell.



UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna-1986). (Document A/CONF.97/18, Annex I).

Winthrop, Ballantine, Henry, Feb 1924, Anticipatory breach and the enforcement of contractual duties, Michigan law review, vol.22.

Original Article

Third-party litigation in two legal systems of Iran and France

Majid Aziziyani^{*1}, Siamak RahPeik²

¹ PhD in Private Law, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

² Professor, Department of Private Law, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.6.5](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23436.1332)



[10.22080/LPS.2022.23436.1332](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23436.1332)

Received:

April 26, 2022

Accepted:

September 26, 2022

Available online:

February 13, 2022

Keywords:

[Keywords]

Abstract

The deadline for a third-party litigation in Iran is until the end of the first hearing, while in France until the end of the investigation. Third-party involvement in the appeal stage is one of the exceptions to the principle of prohibition of interference by persons other than the parties to the case. In two legal systems of Iran and France, these two fights are acceptable in the appeal stage. A comparative study of the two entities in the two legal systems shows that in most rules they are similar and there are slight differences between them. The condition of acceptance of a lawsuit in France is the transformation of the lawsuit. The transformation of litigation occurs when new facts of truth are discovered. The jurisdiction of a judge to obtain a third party under certain conditions in French law is another difference with Iran. Third-party Claims in French law are admissible upon termination, while in Iran this is not possible. Some of the rules of third party intervention in the appeal stage are not mentioned in the law and must be determined by law. The transformation of litigation occurs when new facts of truth or discovered. The jurisdiction of a judge to obtain a third party under certain conditions in French law is another difference with Iran. Third-party Claims in French law are admissible upon termination, while in Iran this is not possible. Some of the rules of third party intervention in the appeal stage are not mentioned in the law and must be determined by law.

***Corresponding Author:** Majid Aziziyani

Address: PhD in Private Law, Faculty of Judicial Law, **Email:** majidaziziyani@gmail.com

University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran



Extended abstract

1. Introduction:

The deadline for a third-party litigation in Iran is until the end of the first hearing, while in France until the end of the investigation. Third-party involvement in the appeal stage is one of the exceptions to the principle of prohibition of interference by persons other than the parties to the case. In two legal systems of Iran and France, these two fights are acceptable in the appeal stage. A comparative study of the two entities in the two legal systems shows that in most rules they are similar and there are slight differences between them. The condition of acceptance of a lawsuit in France is the transformation of the lawsuit. The transformation of litigation occurs when new facts of truth are discovered. The jurisdiction of a judge to obtain a third party under certain conditions in French law is another difference with Iran. Third-party Claims in French law are admissible upon termination, while in Iran this is not possible. Some of the rules of third party intervention in the appeal stage are not mentioned in the law and must be determined by law. The condition of acceptance of a lawsuit in France is the transformation of the lawsuit. The transformation of litigation occurs when new facts of truth or a are discovered. A comparative study of the two entities in the two legal systems shows that in most rules they are similar and there are slight differences between them. The deadline for a third-party litigation in Iran is until the end of the first hearing, while in France until the end of the investigation. Third-party involvement in the appeal stage is one of the exceptions to the principle of prohibition of interference by persons other than the parties to the case. In two

legal systems of Iran and France, these two Fights are acceptable in the appeal stage. Some of the rules of third party intervention in the appeal stage are not mentioned in the law and must be determined by law.

2. Methods:

In this article, library and descriptive-analytical methods have been used.

3. Results:

In two legal systems of Iran and France, these two Fights are acceptable in the appeal stage. A comparative study of the two entities in the two legal systems shows that in most rules they are similar and there are slight differences between them. The condition of acceptance of a lawsuit in France is the transformation of the lawsuit. The transformation of litigation occurs when new facts of truth or a are discovered. A comparative study of the two entities in the two legal systems shows that in most rules they are similar and there are slight differences between them.. The condition of acceptance of a lawsuit in France is the transformation of the lawsuit. The transformation of litigation occurs when new facts of truth are discovered. The jurisdiction of a judge to obtain a third party under certain conditions in French law is another difference with Iran. Third-party Claims in French law are admissible upon termination, while in Iran this is not possible. Some of the rules of third party intervention in the appeal stage are not mentioned in the law and must be determined by law

4. Conclusion:

The deadline for a third-party litigation in Iran is until the end of the first hearing, while in France until the end of the investigation. Third-party involvement in the appeal stage is one of the exceptions

to the principle of prohibition of interference by persons other than the parties to the case. In two legal systems of Iran and France, these two Fights are acceptable in the appeal stage. The condition of acceptance of a lawsuit in France is the transformation of the lawsuit. The transformation of litigation occurs when new facts of truth or a are discovered. . A comparative study of the two entities in the two legal systems shows that in most rules they are similar and there are slight differences between them. The deadline for a third-party litigation in Iran is until the end of the first hearing, while in France until the end of the investigation. Third-party involvement in the appeal stage is one of the exceptions to the principle of prohibition of interference by persons other than the parties to the case. In two legal systems of

Iran and France, these two Fights are acceptable in the appeal stage. A comparative study of the two entities in the two legal systems shows that in most rules they are similar and there are slight differences between them. The condition of acceptance of a lawsuit in France is the transformation of the lawsuit.

Funding:

There is no financial support.

Authors' Contribution:

All parts of the paper have been prepared by the corresponding author.

Conflict of interest:

The author declares no conflict of interest.

Acknowledgments:

The author is grateful to all the consultants to this paper.

تفاوت فرآیندی دعوی جلب ثالث اصلی و تبعی در مرحله بدوی و تجدیدنظر در حقوق ایران و فرانسه

مجید عزیززانی^{۱*}، سیامک ره پیک^۲

^۱ دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.
^۲ استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.6.5](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23436.1332)



[10.22080/LPS.2022.23436.1332](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23436.1332)

چکیده

زمان طرح دعوای جلب ثالث در حقوق ایران تا پایان جلسه اول رسیدگی می باشد، ولی این زمان در حقوق فرانسه تا زمان ختم تحقیقات است. جلب شخص ثالث در دعوای چه در مرحله بدوی چه تجدید نظر از استثنائات اصل نسبی بودن و مخالف اصل ممنوعیت دخالت اشخاصی غیر از طرفین پرونده می باشد. جلب ثالث دارای دو وضعیت اصلی و تبعی از حیث مستقل یا وابسته بودن حق ثالث نسبت به طرفین دعوی است. دعوای جلب ثالث دارای تشریفات و آیین رسیدگی خاص بوده و قابلیت طرح خواسته جدید توسط ثالث در دعوای فوق الذکر بر حسب اصلی یا تبعی بودن کاملاً متفاوت است. در حقوق فرانسه نیز وارد ثالث در مرحله پژوهش دارای شرایط متفاوتی است. در مقاله حاضر به مطالعه تطبیقی قواعد جلب ثالث در حقوق ایران و فرانسه پرداخته شده است. ضرورت انجام تحقیق هدف از مطالعه ی تطبیقی، بررسی قواعد حاکم در دو سیستم حقوقی ایران و فرانسه و انتخاب قواعد با کارایی بهتر می باشد. روش تحقیق در مقاله حاضر، با بررسی مبانی حقوقی و قضایی، به سبک تحلیلی توصیفی با شیوه کاربردی است.

تاریخ دریافت:

۶ اردیبهشت ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۴ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۲ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه ها:

جلب ثالث، دخالت ثالث،
قضای، جلسه اول رسیدگی

* نویسنده مسئول: مجید عزیززانی

آدرس: دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی،
دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

ایمیل: majidazizyani@gmail.com

۱ مقدمه

مجلوب ثالث در مرحله‌ی تجدید نظر با یک حکم صادر شده روبرو است. دخالت شخص ثالث در مرحله تجدید نظر اجتناب ناپذیر است؛ زیرا مرحله‌ی تجدید نظر به نوعی آخرین مرحله رسیدگی عادی است که تکلیف رسیدگی و صدور رای قطعی را بر عهده دارد و ضروری است در جهت فصل حل و فصل دعوی به دعوا اختیارات بیشتری به دادگاه تجدید نظر داد تا بتواند در جهت حل تصمیم قاطع را اتخاذ نماید.

در حقوق فرانسه مطابق ماده‌ی ۶۳ ق.آ.م. دخالت شخص ثالث جزء دعاوی طاری محسوب می‌شوند. مطابق ماده ۶۶ ق.آ.م «درخواستی که موضوع آن طرف دعوا قرار دادن شخص ثالث در دادرسی فی ما بین طرفین اصلی است دعاوی دخالت ثالث نام دارد». هنگامی که درخواست را ثالث می‌دهد، دخالت ارادی (ورود ثالث) است: هنگامی که یکی از متداعیین، ثالث را طرف دعوا قرار می‌دهد دخالت اجباری (جلب ثالث) است» (محسنی، ۱۳۹۱، ص ۱۰۰). این ماده هر دو دعاوی ورود و جلب ثالث را در یک قالب تعریف نموده است. در همین قالب ماده‌ی ۳۲۷ ق.آ.م. فرانسه دخالت شخص ثالث در مرحله‌ی تجدید نظر را ذکر نموده است. «دخالت شخص ثالث در مرحله‌ی بدوی یا پژوهش به دو نوع ارادی (ورود ثالث) و اجباری (جلب ثالث) تقسیم می‌شود» (محسنی، ۱۳۹۱، ص ۱۷۲).

در حقوق فرانسه خواهان دعاوی جلب ثالث فردی است که حق اقامه‌ی دعوا را دارد. مطابق ماده‌ی ۳۳۱ ق.آ.م. فرانسه «هریک از طرفین که دارای حق اقدام (اقامه دعوا) است می‌تواند شخص ثالثی را به منظور محکومیت به‌طور اصلی طرف دعوا قرار دهد. همچنین طرفی که در سرایت دادن رأی به شخص ثالث ذینفع است می‌تواند او را طرف قرار دهد...» (محسنی، ۱۳۹۱، ص ۱۷۳).

در خصوص مقاله حاضر تاکنون از حیث دادرسی افتراقی دعاوی جلب ثالث در مقاطع قبل و بعد از ختم داری هم چنین مرحله بدوی و تجدید نظر در

شروع رسیدگی در دادگاه با طرح شکایت از سوی خواهان علیه خوانده آغاز می‌شود و معمولا با طرفیت این دو، دادگاه به ادله رسیدگی و رای صادر می‌نماید. اما در مواردی ممکن است اشخاص ثالث به دلیل نفع در دادرسی میان طرفین اصلی، به دعوا وارد شوند یا این که طرفین اصلی شخصی ثالثی را با این اعتقاد که تمام یا بخشی از مسئولیت مورد مطالبه در خواسته متوجه ایشان م‌ی‌باشد، جلب به دعوا نمایند. جلب و ورود ثالث از جمله دعاوی طاری هستند که در صورت اقدام به موقع می‌تواند آثار مفیدی از جمله رسیدگی یک جا به تمام اختلافات مرتبط و جلوگیری از صدور آراء متعارض در موضوع واحد را داشته باشد (مالکی، عبدی، ۱۳۹۷، ۲۳۵). مداخله ثالث در دادرسی دو قسمت دارد. قسمت اول دخالت ارادی است که ثالث با اختیار خود وارد دادرسی می‌گردد و ورود ثالث نام دارد. قسمت دیگر دخالت اجباری می‌باشد که ثالث را بدون اراده‌ی وی، فرا می‌خوانند و جلب ثالث نام دارد که دعاوی نخست از موضوع مقاله حاضر خارج است. در قانون آیین دادرسی مدنی قواعد دعاوی جلب ثالث در مواد ۱۳۵ الی ۱۴۰ تصریح شده است. مطابق ماده‌ی ۱۳۵ ق.آ.م «هر یک از اصحاب دعوا که جلب شخص ثالثی را لازم بدانند، می‌تواند تا پایان جلسه اول دادرسی جهات و دلایل خود را اظهار کرده و ظرف سه روز پس از جلسه با تقدیم دادخواست از دادگاه در خواست جلب او را بنماید، چه دعوا در مرحله نخستین باشد یا تجدید نظر». در انتهای این ماده اجازه‌ی جلب ثالث در مرحله‌ی تجدید نظر داده شده است. جلب ثالث، استثنائی بر اصل ممنوعیت دخالت اشخاص غیر از طرفین پرونده می‌باشد. جلب ثالث بر حسب ماده اخیر الذکر در دو مرحله بدوی و تجدید نظر تا قبل ختم دادرسی امکان پذیر است. جلب ثالث در مرحله‌ی تجدید نظر با جلب ثالث در مرحله‌ی بدوی دارای شرایط متفاوتی است. در مرحله‌ی تجدید نظر، ثالث در مرحله‌ی بدوی غایب بوده است و حضور نداشته است درحالی‌که



به دادرسی را به نحو صریح اظهار نماید. اما در رویه قضایی و دکتترین کمتر به این الزام قانونی توجه شده و به صرف ابراز طرح دعوی جلب ثالث (بدون ذکر جهات و دلایل) تا پایان جلسه اول دادرسی و تقدیم دادخواست پس از سه روز، رسیدگی به دعوی مذکور توأم با دعوی اصلی را شروع می نماید. در حالی که مقنن بر خلاف دعوی ورود ثالث (که ماهیتا از حیث اختیاری یا اجباری بودن نحوه دخالت ثالث با دعوی جلب ثالث متفاوت است)، به ذکر جهات و دلایل در دعوی جلب ثالث اشاره کرده است. دلیل الزام قانونی ذکر جهات و دلایل در دعوی جلب ثالث در مقایسه به عدم الزام قانونی یاد شده در دعوی ورود ثالث می تواند در این باشد که در دعوی ورود ثالث، ثالث با میل و اختیار خود به دادرسی اصحاب دعوی اصلی ورود پیدا می کند و طبیعتا تبعات نتیجه مداخله ارادی وی به دادرسی به دلیل قاعده اقدام در صورت صدور رای علیه خود، متوجه وی خواهد بود. در حالی که در دعوی جلب ثالث، ثالث بدون میل و اختیار خود به دادرسی فراخوانده شده است و احدی از طرفین دعوی اصلی در جهت منافع خود، ثالث را به دادرسی جلب می نماید. لذا جلب شخص ثالث به دادرسی دعوی اصلی که بدون اختیار شخص ثالث صورت گرفته است، می بایست مستند به دلایل جهات محکمه پسند باشد و به صرف اظهار جلب ثالث، نباید نامبرده را به جریان دادرسی دعوی اصلی فراخواند.

جهات و دلایل اظهار جلب ثالث می تواند مستند به ادله از جمله سند و قرائن و امارات باشد. لذا جالب ثالث مکلف است مستندات دلایل و جهات را جهت بررسی تقدیم دادگاه نماید. نکته مهم دیگر این است که محکمه اختیار و تکلیف بررسی مستندات دلایل و جهات ابرازی جالب ثالث را دارا بوده و در صورتی که پس از بررسی مستندات موصوف، جلب شخص ثالث در دعوی اصلی را مرتبط ندانست، باید از پذیرش درخواست مذکور امتناع نماید و در صورت تقدیم دادخواست جلب ثالث توسط جالب در حالت اخیر، دادگاه از ملاک

حقوق ایران و فرانسه هیچ گونه تحقیقی با این کیفیت صورت نگرفته است و عمده مقالات در خصوص بحث کلی دعوی جلب ثالث است و تحلیل مناسبی پیرامون طرح دعوی یاد شده درمقطع قبل و بعد از ختم دادرسی صورت نگرفته است. هم چنین تحلیل مناسبی در خصوص تمایز دعوی جلب ثالث در دو مرحله بدوی و تجدید نظر صورت نگرفته است که مقاله حاضر به تمامی موضوعات و شبهات مطروحه در این مورد پرداخته است. طرح مقاله بدین صورت است که در بند اول درمورد دلایل و اهداف دعوی جلب ثالث و در بند دوم در مورد مهلت طرح دعوی جلب ثالث، در بند سوم در مورد آیین رسیدگی و تشریفات دعوی جلب ثالث و در بند چهارم در مورد طرح دعوی جلب ثالث بعد از جلسه اول دادرسی پرداخته می شود.

۲ دلایل و اهداف دعوی جلب ثالث

در ماده ۱۳۵ ق.آ.د.م به اهداف جلب ثالث اشاره ای نشده است. ولی در این قسمت، طی دو بند هم به جهات و دلایل طرح دعوی جلب ثالث و هم به اهداف آن پرداخته می شود.

۲٫۱ دلایل و جهات جلب ثالث

مطابق ماده ۱۳۵ ق.آ.د.م هر یک از اصحاب دعوا که جلب شخص ثالثی را لازم بدانند می توانند از دادگاه درخواست جلب او را بنمایند. در ادامه این ماده «... می تواند تا پایان جلسه اول دادرسی جهات و دلایل خود را اظهار کرده ...» به ذکر عنوان کلی جهات و دلایل اشاره شده است ولی نوع دلایل و جهات جالب ثالث برای جلب مجلوب ثالث در قانون ذکر نشده است. نکته مهم در این است که جهات و دلایل مد نظر قانون گذار با اهداف طرح دعوی جلب ثالث متفاوت است. بیان مقنن به این نحو است که علی رغم اینکه طرح دعوی جلب ثالث از ناحیه جالب ثالث، امری اختیاری است ولی در صورت طرح دعوی مذکور توسط جالب ثالث، نامبرده مکلف است جهات و دلایل جلب کردن ثالث

همان طور که ملاحظه می شود سه هدف فوق الذکر می تواند از انگیزه های دعوای جلب ثالث باشد.

بر اساس اهداف فوق الذکر، دعوای جلب ثالث را به دو نوع تقسیم نموده اند: اول دعوای جلب ثالث اصلی یا استقلالی است که به دعوای جلب ثالثی گویند که از سوی طرفین دعوای حقی به صورت مستقل از ثالث مطالبه می گردد. دوم دعوای جلب ثالث تبعی یا تقویتی می باشد و با دو هدف ممکن است این دعوای طرح گردد. یکی اینکه ثالث از سوی طرفین به دعوای جلب می گردد تا از اعتراض ثالث آتی وی جلوگیری به عمل آید و موضوع مشمول اعتبار از قضاوت شده گردد و دیگر اینکه جلب ثالث با هدف تقویت دعوای جالب صورت می پذیرد.

۳ مهلت طرح دعوای جلب ثالث در حقوق ایران و فرانسه

مهلت طرح دعوای جلب ثالث در دو مرحله بدوی و تجدیدنظر به تفکیک، تبیین می شود:

۳،۱ مرحله بدوی

مطابق ماده ۱۳۵ ق.آ.د.م در مرحله بدوی و نیز در مرحله تجدیدنظر هر یک از اصحاب دعوای می تواند تا پایان جلسه اول دادرسی درخواست جلب ثالث را از دادگاه بنماید. لذا مهلت طرح دعوای جلب ثالث تا پایان جلسه اول دادرسی است بر خلاف دعوای ورود ثالث که مطابق ماده ۱۳۰ ق.آ.د.م در مرحله بدوی و نیز تجدیدنظر تا قبل از اعلام ختم رسیدگی می باشد. در دعوای جلب ثالث مهلت تا پایان جلسه اول دادرسی ولی در ورود ثالث تا پایان ختم دادرسی است. ضروری بود که مقنن همانند دعوای ورود ثالث، در دعوای جلب ثالث، مهلت تا قبل از ختم دادرسی را برای جلوگیری از تضییع حقوق احتمالی، قرار می داد. عبارت « تا پایان جلسه اول دادرسی » مندرج در ماده ۱۳۵ ق.آ.د.م به معنای تا قبل از اتمام جلسه اول رسیدگی است. در مرحله

ماده ۱۳۹ ق.آ.د.م و هم چنین ملاک ماده ۱۳۳ همان قانون در باب دعوای ورود ثالث مبنی بر غیر مرتبط بودن دعوای طاری با دعوای اصلی، دعوای ثالث را از دعوای اصلی جدا تفکیک نموده به هر یک جداگانه رسیدگی می کند.

۲،۲ اهداف طرح دعوای جلب ثالث

اهداف طرح دعوای جلب ثالث به سه مورد خلاصه می شود:

هدف اول از طرح دعوای شخص ثالث این است که به صورت مستقیم در برابر جالب محکوم گردد. به عنوان مثال در دعوای الزام به تنظیم سند رسمی خواهان (خریدار) علیه خوانده (فروشنده) اقامه می نماید. دعوای خوانده است درحالی که سند به نام فرد ثالثی می باشد که خوانده ملک را از وی خریده است و خوانده صاحب سند را به دعوای جلب نموده تا نامبرده در دعوای محکوم گردد.

هدف دوم از طرح دعوای جلب ثالث این است که جلوی اعتراض شخص ثالث را گرفته و با فرا خواندن وی به دعوای موضوع را مشمول اعتبار امر قضاوت شده بنمایند. به عنوان مثال خواهان دعوای استرداد لاشه ی چک را علیه خوانده ای طرح نموده و خوانده اظهار نماید چک را بابت معامله ای از ثالث به عنوان ثمن گرفته است و خواهان ثالث را به دعوای جلب نماید تا از اعتراض احتمالی آینده وی جلوگیری به عمل آورد.

هدف سوم از هدف طرح دعوای جلب ثالث تقویت موضع جالب می باشد (شمس، ۱۳۸۵، ص ۴۹). هدف سوم در دعوای ورود ثالث تبعی هم وجود دارد؛ زیرا در ورود ثالث تبعی، ثالث با دو هدف ممکن است وارد دعوای گردد. اول اینکه به عنوان کمک کار و ناظر دعوای وارد شود و در صورت ضعیف بودن دلایل طرفی که می خواهد به او کمک کند دلایل قوی تری ارائه نماید. دوم اینکه جلوی تبانی طرفین دعوای علیه خود را بگیرد که به این بخش ورود استحضاطی می گویند (علی آبادی، ۱۳۸۴، ص ۸۱). لذا



جلسه رسیدگی در مرحله تجدیدنظر و سکوت مقنن، چهار حالت به شرح ذیل قابل تصور است:

۳،۲،۱ حالت اول این است که دادگاه تجدید نظر بنا به جهتی وقت رسیدگی تعیین نموده باشد. در این حالت هرکدام از طرفین پرونده مطابق ماده‌ی ۱۳۵ ق.آ.م. تا پایان جلسه‌ی اول دادرسی می‌توانند جهات و دلایل خود را اظهار کرده و ظرف سه روز پس از جلسه با تقدیم دادخواست از دادگاه درخواست جلب ثالث را بنمایند. در این صورت دادگاه تجدیدنظر در صورت وجود شرایط قانونی از جمله مرتبط بودن دعوی جلب ثالث با دعوی اصلی، وقت رسیدگی مجدد برای هر دو دعوی اخیر تعیین و طی یک دادنامه انشای رای نماید.

۳،۲،۲ شامل حالتی است که تجدید نظر خوانده قصد جلب ثالث را داشته باشد. در این حالت وی می‌تواند ضمن تبادل لوایح صورت گرفته درخواست جلب ثالث را اظهار نموده و ظرف سه روز پس از آن دادخواست جلب ثالث خود را تقدیم نماید و یا اینکه همزمان با تبادل لوایح دادخواست جلب ثالث خود را تقدیم دادگاه نماید. مطابق رأی شماره‌ی ۱۵۳۴-۱۳۲۴/۹/۱۱ شعبه اول دیوان عالی کشور «جلب ثالث همزمان با ارائه دادخواست تجدید نظر یا همزمان با پاسخ به تجدید نظر خواهی ممکن است» (زراعت، ۱۳۸۴، ص ۵۰۲). لذا در این حالت دو اختیار برای جالب ثالث وجود دارد: اختیار اول این است که ضمن تبادل لوایح، اظهار جلب ثالث صورت گیرد و حداکثر تا ظرف سه روز دادخواست جلب ثالث تقدیم شود و اختیار دوم این است که همزمان با تبادل لوایح و بدون اظهار مستقل جلب ثالث، دادخواست جلب ثالث تقدیم گردد.

بدوی و در دعوی حقوقی ترافعی با توجه به این که برابر ماده ۶۴ ق.آ.م. دادگاه مکلف به تشکیل حداقل یک جلسه رسیدگی است لذا مهلت "تا پایان جلسه اول دادرسی" در مرحله بدوی برخلاف مرحله تجدید نظر که در ذیل به آن پرداخته می‌شود، به راحتی قابل تشخیص است.

نکته دیگر این که در صورت طرح دعوی جلب ثالث خارج از مهلت قانونی مذکور، آثار و تشریفات جلب ثالث بر آن مترتب نخواهد شد و دادگاه مکلف به رسیدگی توأمان با دعوی اصلی نخواهد بود. البته در صورتی که دعوی جلب ثالث در خارج از مهلت مذکور طرح شود ولی مرتبط با دعوی اصلی باشد و دعوی اصلی معد رای نبوده و در حال رسیدگی باشد، دادگاه برابر ملاک ماده ۱۰۳ و ذیل ماده ۱۴۱ ق.آ.م. جهت جلوگیری از صدور آرای متناقض، قرار رسیدگی توأمان صادر می‌گردد. تذکر این نکته ضروری است که اعمال حالت اخیر صرفاً در فرضی است که دعوی اصلی منتهی به صدور رای نگردیده باشد، در غیر این صورت با تقدیم دادخواست خارج از مهلت قانونی جلب ثالث و معد رای بودن پرونده اصلی، دادگاه مکلف به اتخاذ تصمیم در دعوی اصلی بوده و نباید قرار رسیدگی توأمان صادر نماید.

۳،۲ در مرحله تجدید نظر

بر اساس ماده ۱۳۵ ق.آ.م. در مرحله تجدیدنظر نیز امکان طرح دعوی جلب ثالث وجود دارد. در مرحله تجدید نظر در حقوق ما مشکلی که وجود دارد این است که دادگاه‌های تجدید نظر در دعوی حقوقی اغلب دستور تعیین وقت رسیدگی صادر نمی‌نمایند و در جلسه فوق‌العاده بدون حضور طرفین با ملاحظه‌ی تبادل لوایح صورت گرفته اتخاذ تصمیم می‌نمایند. در قانون آیین دادرسی مدنی نیز الزامی برای تشکیل جلسه در محاکم تجدید وجود ندارد و لذا مهلت ذکر شده برای طرح دعوی جلب ثالث در مرحله بدوی قابلیت اجرایی دارد و درخصوص مرحله تجدید نظر قانون ساکت است. در مجموع با عنایت به عدم الزام قانونی برای تشکیل

مطابق ذیل ماده‌ی ۳۳۱ ق.آ.د.م فرانسه، زمانی به دادرسی جلب می‌شود که مهلتی مناسب برای دفاع از خود را داشته باشد (مقصودپور، ۱۳۹۱، ص ۴۰۰). لذا در صورتی که ثالث مهلت مناسب و کافی برای دفاع از خود نداشته باشد دعوی جلب ثالث پذیرفته نمی‌شود. در حقوق ایران نیز بهتر است امکان جلب ثالث در مقاطع بعد از جلسه‌ی اول دادرسی نیز پیش‌بینی گردد، زیرا سبب جلب ممکن است در طول دادرسی ایجاد شود و در این صورت مجلوب ثالث هم در معرض رسیدگی یک مرحله‌ای در دادگاه تجدید نظر قرار نمی‌گیرد (شمس، ۱۳۸۵، ص ۵۲)

ایراد جدی و اساسی وارده به طرح دعوی جلب ثالث در مرحله تجدیدنظر این است که با طرح دعوی جلب ثالث در مرحله‌ی تجدید نظر، امکان تجدید نظر خواهی مجلوب ثالث وجود نخواهد داشت و رأی صادره در مرحله‌ی تجدید نظر قطعی می‌باشد. با توجه به اینکه وارد ثالث با میل و اراده‌ی خود وارد دعوا می‌شود و به نوعی می‌پذیرد که رسیدگی به دعوی وی در مرحله‌ی تجدید نظر یک مرحله دارد و پس از صدور رأی قطعی است، ولی در مجلوب ثالث چنین اراده‌ای وجود ندارد و این یکی از نقایص طرح دعوی جلب ثالث در مرحله‌ی تجدید نظر می‌باشد (داریوش، ۱۳۸۶، ص ۱۰۵). در حقوق فرانسه این موضوع تحدید شده و به صورت مطلق قابلیت طرح دعوی جلب ثالث در مرحله‌ی تجدید نظر خواهی وجود ندارد. با توجه به ماده‌ی ۵۵۵ ق.آ.د.م فرانسه «این اشخاص را هنگامی که تحول دعوا متضمن طرف قرار گرفتن آنان باشد، می‌توان حتی با هدف محکوم نمودن نزد دادگاه پژوهش فراخواند» (محسنی، ۱۳۹۱، ص ۲۴۳). لذا باید قصد تحول دعوا باشد و تحول دعوا نیازمند جلب ثالث باشد. تحول دعوا نیز زمانی رخ می‌دهد که شرایطی به وجود بیاید که واقعیات جدیدی از حق یا عملی کشف گردد. البته دیوان عالی کشور فرانسه با توجه به اصل دو درجه‌ای بودن رسیدگی طرح دعوی جلب ثالث را در مرحله‌ی پژوهش محدود نموده است

۳،۲،۳ حالتی را شامل می‌شود که تجدید نظر خواه بخواهد ثالثی را جلب نماید. در این فرض وی می‌تواند ضمن درخواست تجدید نظر خواهی خود دعوی جلب ثالث را نیز مطرح نماید. در ماده‌ی ۱۳۶ ق.آ.د.م در بحث وخواهی مشابه همین موضع اتخاذ شده است. این نظر مورد تأیید دیوان عالی کشور نیز می‌باشد. براساس رأی شماره‌ی ۸۸۰-۱۳۲۷/۵/۳۱ شعبه‌ی اول دیوان عالی کشور براساس مواد ۱۳۵ و ۱۳۷ ق.آ.د.م «می‌توان ضمن دادخواست اعتراض به حکم غیابی یا پژوهشی، جلب ثالث نمود» (زراعت، ۱۳۸۴، ص ۵۰۲). بر خلاف حالت قبلی که تجدیدنظر خوانده مبادرت به تقدیم دادخواست جلب ثالث می‌نمود، در این حالت تجدیدنظر خواه که در مرحله بدوی رأی علیه نامبرده صادر شده است، مبادرت به اظهار جلب ثالث و تقدیم دادخواست می‌نماید.

۳،۲،۴ حالتی است که دادگاه تجدید نظر وقت رسیدگی تعیین نمی‌نماید و طرفین در زمان تبادل لوایح درخواست جلب ثالث را مطرح نموده باشند. در این حالت رویه‌ی قضایی دادخواست جلب ثالث را تا قبل از اعلام ختم دادرسی از سوی دادگاه تجدید نظر قابل قبول می‌داند (داریوش، ۱۳۸۶، ص ۱۱۳). دلیل پذیرش دادخواست جلب ثالث در این حالت این است که تا قبل از ختم دادرسی در مرحله تجدید نظر، امکان دستور تعیین وقت رسیدگی و تشکیل جلسه دادرسی وجود دارد و از سویی دیگر هنوز جلسه رسیدگی تشکیل نشده است که مهلت قانونی "تا پایان جلسه اول دادرسی" منقضی شده باشد.

در حقوق فرانسه طرح دعوی جلب ثالث تا زمان اعلام ختم تحقیقات بلامانع است. لکن شخص ثالث



۴ آیین رسیدگی و تشریفات دعوی جلب ثالث در حقوق ایران و فرانسه

دعوی جلب ثالث از حیث آیین رسیدگی و تشریفات، دارای قواعد مشابه و متفاوتی در مقایسه با دعاوی اصلی است که در این قسمت به آن پرداخته می‌شود.

۴/۱ دادخواست و تشریفات مرتبط با آن در جلب ثالث

با توجه به اصل کلی لزوم تقدیم دادخواست موضوع ماده ۴۸ ق.آ.د.م، شروع رسیدگی به دعوی جلب ثالث حسب منطوق مواد ۱۳۵ و ۱۳۶ و ۱۳۷ ق.آ.د.م با تقدیم دادخواست است. این دادخواست به همراه رونوشت مدارک و ضامنه آن باید به تعداد اصحاب دعوا به علاوه‌ی یک نسخه تنظیم گردد. البته در طرح دعوی جلب ثالث، استقلال دادخواست جلب ثالث از دعوی اصلی ضرورتی ندارد و با توجه به زمان طرح دعوا گاه در ضمن دادخواست اصلی قابل طرح می‌باشد. شعبه‌ی ششم دیوان عالی کشور در رأی شماره‌ی ۲۷۲۵-۱۳۳۳/۱۲/۳ مقرر می‌دارد: «به موجب قانون جلب ثالث مکلف است در موقع تقدیم دادخواست پژوهشی ثالث را جلب کند و تقدیم دادخواست جداگانه ضرورت ندارد و برای عدم الصاق تبرهم بایستی در حدود قانون اخطار رفع نقص شود. بنابراین رد دادخواست جلب به استدلال اینکه (دادخواست مزبور جداگانه نبوده و یا تبر الصاق نشده است) بی‌مورد می‌باشد» (متین، ۱۳۷۸، ص ۱۴۲). مشابه این نظر در بحث واخواهی وجود دارد. شعبه‌ی ششم دیوان عالی کشور در رأی شماره‌ی ۱۵۳۴-۱۳۲۴/۹/۱۱ مقرر می‌دارد «طبق مستفاد از مواد ۲۷۴ و ۲۷۷ قانون ق.آ.د.م (قبلی که در ماده‌ی ۱۳۵ قانون فعلی تکرار شده است) می‌توان ضمن دادخواست اعتراض بر حکم غیابی بدوی یا پژوهشی جلب ثالث نمود» (متین، ۱۳۷۸، ص ۱۴۳).

(مقصودپور، ۱۳۹۱، ص ۴۰۱). به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایرانی همانند مقنن فرانسوی و جهت جلوگیری از تضییع حقوق شخص ثالث (یک مرحله ای بودن دعوی جلب ثالث در صورت طرح در مرحله تجدید نظر) شرایطی را برای طرح دعوی مذکور در مرحله تجدیدنظر وضع نماید. مفهوم تحول دعوی در حقوق فرانسه که شرط اصلی دعوی جلب ثالث در مرحله تجدیدنظر است، با حقوق ایران نا مانوس است. دو راهکار پیش روی مقنن است: راهکار اول این است که کلاً طرح دعوی جلب ثالث در مرحله تجدید نظر محدود یا حتی ممنوع گردد. راهکار دوم این است که در صورت طرح دعوی جلب شخص ثالث در مرحله تجدیدنظر و در صورت محکومیت مجلوب ثالث، امکان فرجام خواهی برای نامبرده وجود داشته باشد تا نامبرده نیز از دادرسی دو مرحله ای برخوردار و از تبانی احتمالی برای تضییع و از بین بردن یک مرحله دادرسی مجلوب ثالث، جلوگیری به عمل آید.

در حقوق ایران جلب ثالث یکی از حقوق طرفین دعوا می‌باشد و محکمه حق دخالت مستقیم در آن را ندارد، ولی در حقوق فرانسه در چند مورد به صورت استثنایی این اختیار به محکمه داده شده است که ثالث را به دادرسی فرا بخواند. در دادگاه تأمین اجتماعی به عقیده‌ی دیوان عالی کشور فرانسه این امکان وجود دارد و قاضی تکلیف قانونی جهت جلب ثالث دارد. در قانون کار نیز موارد دیگری ذکر شده است (مقصودپور، ۱۳۹۱، ص ۳۹۷). مطابق ماده‌ی ۳۳۲ ق.آ.د.م فرانسه در امور حسبی می‌توان دستور طرف قرار گرفتن اشخاص را صادر کرد که بیم تأثیرپذیری حقوق و تکالیف آنان از تصمیم قابل صدور می‌رود» (محسنی، ۱۳۹۱، ص ۱۷۳). نکته قابل ذکر این است که اختیار محکمه به جلب اشخاص به دادرسی، عام الشمول و کلی نمی‌باشد و فقط در مصادیق استثنایی منصوص در قانون وجود دارد.

نماید بنابراین افزودن خوانندگان دعوای اصلی در دادخواست جلب ثالث امری بیهوده است (ملکوتی، ۱۳۹۵، ۶)

اقامه‌ی دعوای جلب ثالث در حقوق فرانسه مشابه دعوای ورود ثالث می‌باشد. با توجه به اینکه این دعوا به تبعیت از دعوای اصلی اقامه می‌گردد باید تصویر دادخواست دعوای اصلی نیز به دادخواست جلب ثالث ضمیمه گردد. شخص ثالث که جلب می‌گردد خواننده محسوب می‌گردد و آثار خواننده بر او بار می‌گردد. در واقع خواننده به دعوا جلب می‌گردد تا محکوم واقع شود و آثار حکم و محکومیت بر او تحمیل گردد.

مادة 563 ق.آ.د.م فرانسه مقرر می‌دارد «طرفین می‌توانند در مرحله پژوهش برای اثبات ادعاهایی که در مرحله بدوی مطرح و مورد رسیدگی قرار گرفته‌اند، مدارک و مستندات جدید ارائه کنند یا ادله و استدلال‌های جدید مطرح نمایند» در حالی که مطابق مادة فوق الذکر، می‌توان ادله جدید در مرحله پژوهش ارائه داد، طرح ادعای جدید به موجب مادة 564 قانون مزبور ممنوع است. ارائه دلیل جدید در این مرحله، به مفهوم اثر انتقالی پژوهش خواهی برمی‌گردد طبیعی است قبل از آنکه قاضی دادگاه پژوهش، دعوا را به طور کلی، از جهت موضوعی و حکمی تحت رسیدگی قرار دهد، بایستی طرفین بتوانند همه عواملی را که در روشن شدن رأی، مؤثرند و می‌تواند برای ادعاهایشان پشتوانه‌ای باشد، با ارایه مدارک و دلایل جدید مورد استفاده قرار دهند. (jean Vincent, op.cit, n.625, p809)

۴٫۲ هزینه دادرسی دعوای جلب ثالث

هزینه‌ی دادرسی دعوای جلب ثالث در مرحله تجدید نظر مشابه هزینه‌ی دادخواست در این مرحله و بر اساس میزان و نوع خواسته‌ی جلب ثالث می‌باشد (داریوش، ۱۳۸۶، ص ۱۲۱). هزینه‌ی دادرسی

اما در حالتی که به شرح قبلی موضوع دعوای جلب در دادخواست مطرح نگردد، جالب ثالث باید دعوای خود را در قالب دادخواست جدا به دادگاه تقدیم نماید چراکه در قانون صراحتاً به لزوم تقدیم دادخواست برای جلب ثالث اشاره کرده است.

شخص ثالثی که به دادرسی جلب می‌گردد مطابق ماده‌ی ۱۳۹ ق.آ.د.م خواننده محسوب می‌گردد و تمام احکام و مقررات راجع به خواننده دربارهی او اجرا خواهد شد. ثالث از تمام اختیارات و طرق دفاعی برای خواننده برخوردار خواهد بود.

پس از تقدیم دادخواست جلب ثالث به دادگاه تجدید نظر در صورتی که دادخواست کامل باشد، از سوی دادگاه دستور تعیین وقت رسیدگی صادر خواهد شد. اگر قبلاً برای رسیدگی به تجدید نظر خواهی وقت رسیدگی تعیین شده باشد و با رعایت فاصله‌ی ابلاغ اوراق تا جلسه‌ی رسیدگی امکان ابلاغ دادخواست و ضامنه دعوای جلب ثالث برای آن جلسه‌ی رسیدگی باشد در وقت تعیین شده به دعوای جلب ثالث نیز رسیدگی خواهد شد. اما اگر از موقع تقدیم دادخواست جلب ثالث تا جلسه‌ی دادرسی، مدت تعیین شده کافی برای فرستادن دادخواست و ضامنه آن برای اصحاب دعوا نباشد دادگاه مطابق ماده‌ی ۱۳۸ ق.آ.د.م جلسه‌ی دادرسی را تغییر داده و به اصحاب دعوا ابلاغ می‌نماید.

مطابق ماده ۱۳۷ ق.آ.د.م دادخواست جلب ثالث و رونوشت مدارک و ضامنه باید به تعداد اصحاب دعوا به علاوه‌ی یک نسخه باشد. البته دادخواست جلب ثالث باید به مجلوب ثالث نیز ابلاغ گردد و مطابق قاعده عام رسیدگی و اصل تناظر ابلاغ این دادخواست به خواننده‌ی دعوا که در اینجا مجلوب ثالث می‌باشد ضروری است. در ذیل ماده‌ی ۱۳۷ ق.آ.د.م، جریان دادرسی در جلب شخص ثالث، شرایط دادخواست و موارد رد یا ابطال آن را همانند دادخواست اصلی می‌داند. هر چند برخی معتقدند اساساً منظور از دعوای جلب ثالث این است که خواهان یا خواننده دعوای اصلی اشخاصی را که برای اثبات ادعا یا رد آن لازم می‌بیند به دادرسی جلب



خواسته ای متفاوت با خواسته دعوی اصلی داشته باشد، می بایست متناسب با درصد قابل محاسبه مرحله تجدیدنظر، هزینه دادرسی را پرداخت کند و عدم رسیدگی در مرحله بدوی و رسیدگی اولیه در مرجع تجدینظر موجبی برای عدم پرداخت هزینه مرحله تجدیدنظر نخواهد بود، زیرا آنچه ملاک عمل خواهد، طرح خواسته در مرحله بدوی یا تجدیدنظر است.

۴،۳ مرجع صالح دعوی جلب ثالث (صلاحیت)

دادخواست جلب ثالث به دادگاهی که پرونده‌ی اصلی در آن جریان دارد تقدیم می‌گردد. این دادخواست صرفنظر از وجود صلاحیت محلی یا ذاتی برای دادگاه به این دادگاه تقدیم می‌گردد. در صورتی که دادگاه صلاحیت محلی نداشته باشد به دعوا رسیدگی می‌کند و ایرادی به آن وارد نیست. در صلاحیت ذاتی موضوع متفاوت می‌باشد. در صورتی که دادگاه صلاحیت ذاتی جهت رسیدگی به دعوی جلب ثالث را نداشته باشد امکان رسیدگی به آن دعوا را ندارد و باید پرونده را به دادگاه صالح ارسال نماید. البته اگر دعوی جلب ثالث به صورت تبعی باشد دادگاه علیرغم نداشتن صلاحیت ذاتی امکان رسیدگی به دعوا را دارد. (مقصودپور، ۱۳۹۱، ص ۳۹۵). اگر رسیدگی به دعوی اصلی منوط به روشن شدن نتیجه‌ی رسیدگی دعوی جلب ثالث باشد، باید پرونده را تا حصول نتیجه توقیف نماید.

مطابق ماده‌ی ۳۳۳ ق.آ.م. فرانسسه «ثالثی که طرف دعوا قرار گرفته ملزم به حضور در مرجع قضایی مورد مراجعه در دعوی اصلی است بدون اینکه بتواند به صلاحیت محلی، حتی با استناد به شرط اعطای صلاحیت، ایراد کند» (محسنی، ۱۳۹۱، ص ۱۷۳). البته در دعاوی مرتبط با نظم بین المللی

دعوی جلب ثالث مطابق ماده‌ی ۱۳۷ ق.آ.م. و هم چنین ملاک ماده‌ی ۱۳۴ همان قانون در دعوی جلب ثالث، براساس هزینه‌ی مرحله‌ای است که دعوا در آن مرحله طرح گردیده است، زیرا هزینه دادرسی یکی از تشریفات و ترتیبات دادرسی محسوب می‌شود. با توجه به عدم تفکیک، هزینه‌ی دادرسی دعوی جلب ثالث اصلی بر اساس میزان خواسته و ارزش آن در مرحله‌ی بدوی و تجدید نظر خواهد بود ولی در جلب ثالث تبعی هزینه‌ی دادرسی مطابق هزینه‌ی مرحله‌ی طرح شده و تابع دعوی اصلی باشد لذا در مورد هزینه دادرسی دعوی ورود ثالث چند نکته قابل توجه است:

اول اینکه برای محاسبه هزینه دادرسی دعوی جلب ثالث، تفکیک بین جلب ثالث اصلی و تبعی ضروری است، زیرا در جلب ثالث تبعی، مجلوب این دعوی، صرفاً در حمایت از یکی از طرفین دعوی اصلی ورود می‌کند و جالب ثالث، درخواستی متفاوت از دعوی اصلی ندارد و حتی در صدد بیان خواسته نبوده و صرفاً در جهت تقویت ادله خواهان یا خوانده جلب شده است. لذا همان طور که از عنوان نام چنین دعوی مشخص است، کاملاً جنبه تبعی داشته و وابسته به دعوی اصلی از جمله میزان هزینه دادرسی محسوب می‌شود. درحالی که در دعوی جلب ثالث اصلی، جالب ثالث به عنوان خواهان تمام عیار و مجلوب ثالث نیز به عنوان خوانده محسوب می‌شود؛ لذا هزینه دادرسی چنین دعوی قطعاً بر اساس نوع و میزان خواسته و متناسب با مقررات همان مرحله دادرسی از جمله بدوی یا تجدید نظر محاسبه می‌شود.

دوم اینکه هزینه دادرسی هر دو دعوی اصلی و تبعی بر اساس همان مرحله دادرسی (حسب مورد بدوی یا تجدید نظر) وفق ذیل ماده ۱۳۷ و ملاک ۱۳۴ قانون اخیر الذکر خواهد بود. حتی اگر جالب ثالث در مرحله تجدید نظر طرح دعوی کند و

۱ «... جریان دادرسی در مورد جلب شخص ثالث، شرایط دادخواست و نیز موارد رد یا ابطال آن همانند دادخواست اصلی خواهد بود...»

رسیدگی کند، N.627, (jean Vincent, op.cit, 811-812 op.cit,811-812)

۴٫۴ شرایط رسیدگی توامان دعوی اصلی و جلب ثالث

دو شرط اساسی برای رسیدگی به دعوی جلب ثالث در مرجع بدوی و تجدیدنظر وجود دارد. این شروط از مفهوم و منطوق مواد ۱۰۳ و ۱۳۹ ق.آ.م. قابل استنباط است.

شرط اول این است که جلب شخص ثالث با هدف تبانی با طرف دیگر یا تأخیر در رسیدگی اقامه‌ی دعوا نشده باشد. در صورت احراز این هدف دادگاه دعوی ثالث را از دعوی اصلی تفکیک نموده و به هر یک جداگانه رسیدگی می‌کند. تصمیم دادگاه مبنی بر رسیدگی جداگانه به دعوی جلب ثالث و تفکیک آن از دعوی اصلی قابل اعتراض نمی‌باشد.

در این حالت فروض مختلفی قابل تصور می‌باشد. در صورتی که دعوی فرعی جلب ثالث در صلاحیت ذاتی دادگاه تجدیدنظر نباشد (در فرضی که دعوی در مرجع تجدیدنظر در حال رسیدگی است)، مبادرت به ارسال پرونده به مرجع صالح می‌نماید و پرونده‌ی اصلی را تا حصول نتیجه‌ی پرونده‌ی مذکور در صورت عدم امکان رسیدگی بدون حصول نتیجه با قرار اناطه متوقف می‌نماید. البته در صورتی که مرجع تجدیدنظر صلاحیت محلی نداشته باشد، با توجه به ذیل ماده‌ی ۱۳۹ ق.آ.م. مانعی در رسیدگی به دعوی ورود ثالث نمی‌باشد.

شرط دوم این است که رسیدگی به دعوی اصلی منوط به رسیدگی به دعوی ثالث باشد، لذا در صورتی که رسیدگی به دعوی اصلی تجدیدنظر خواهی منوط به رسیدگی به دعوی ورود ثالث نباشد، دادگاه تجدیدنظر آنها را از یکدیگر تفکیک نموده و به هر کدام جدا رسیدگی خواهد نمود. هر چند در ماده ۱۳۹ ق.آ.م. به این شرط اشاره نشده است ولی در ماده‌ی ۱۳۳ ق.آ.م. در مورد دعوی ورود ثالث بدان تصریح شده است و عدم تصریح مقنن

ایراد صلاحیت محلی امکان دارد و قاعده‌ی فوق جاری نمی‌گردد (مقصودپور، ۱۳۹۱، ص ۳۹۵).

در صورتی که صلاحیت مرجع قضایی با توجه به میزان خواسته مشخص شده باشد و تا سقف مشخصی از خواسته امکان رسیدگی وجود داشته باشد، رعایت این نصاب در دعوی جلب ثالث الزامی است. مطابق ماده ۳۷ ق.آ.م. فرانسه «هنگامی که صلاحیت مرجع قضایی با توجه به مبلغ دعوا تعیین می‌گردد، مرجع قضایی صرفاً نسبت به دعوی مداخله‌ی ثالث، تقابل و تهاتر زمانی صلاحیت دارد که مبلغ این دعوی تا سقف صلاحیت آن مرجع باشد. در این حالت، این دعوی با خواسته‌های خواهان یک جا رسیدگی می‌گردد. هرچند که جمع مبالغ همه‌ی آن خواسته‌ها از سقف صلاحیت مرجع بیشتر شود» (مقصودپور، ۱۳۹۱، ص ۳۹۵). اگر خواسته‌ی یک دعوی طاری به عنوان مثال جلب ثالث بیش از میزان صلاحیت دادگاه باشد مطابق ماده‌ی ۳۸ ق.آ.م. فرانسه «در صورت ایراد یکی از طرفین به عدم صلاحیت، دادرسی می‌تواند یا تنها در خصوص دعوی ابتدایی رأی صادر کند یا این که طرفین را نسبت به تمام دعوی به مرجع صالح برای رسیدگی به آن دعوی طاری ارجاع دهد. با وجود این، هنگامی که یک دعوی متقابل با خواسته‌ی مطالبه‌ی ضرر و زیان منحصراً بر دعوی ابتدایی مبتنی است، دادرسی صرف نظر از این که مبلغ آن تا چه حد بالا باشد بدان رسیدگی می‌کند» (محسنی، ۱۳۹۱، ص ۸۷). لذا تنها استثنای رسیدگی به دعوی طاری با نصاب بالاتر صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده به دعوی اصلی و ابتدایی دعوی متقابل مربوط به جبران خسارت می‌باشد.

ممنوعیت طرح ادعا در مرحله پژوهش به لحاظ عدم صلاحیت ذاتی دادگاه پژوهش نسبت به رسیدگی به ادعای جدید نمی‌باشد، بلکه در اینجا، تنها عدم صلاحیت نسبی وجود دارد نه ذاتی. به این ترتیب با رضایت طرفین، دادگاه پژوهش می‌تواند به ادعاهای جدید مطروحه در آن دادگاه



رسیدگی ماهوی به دادگاه صادر کننده‌ی قرار عودت می‌دهد.

در ماده‌ی ۱۴۰ ق.آ.د.م منظور از قرار رد دادخواست، قرار رد دادخواستی می‌باشد که توسط دادگاه صادر می‌شود (صبایان، ۱۳۸۶، ص ۱۲) و نه قرار رد دادخواستی که توسط دفتر دادگاه صادر می‌گردد. البته خواهان در صورت صدور قرار رد دادخواست توسط دادگاه بدوی باید تا زمان صدور حکم در دعوی اصلی صبر کند تا پس از آن ضمن تجدید نظر خواهی از دعوی اصلی به دادخواست جلب ثالث نیز اعتراض نماید. (صبایان، ۱۳۸۶، ص ۱۱۴).

قانونگذار در ماده ۱۴۰ ق.آ.د.م قرار رد دادخواست جلب ثالث را با حکم راجع به اصل دعوا قابل تجدید نظر می‌داند و لذا اگر تصمیم صادره در دعوی اصلی از نوع قرار باشد دیگر امکان تجدید نظر خواهی از قرار رد دادخواست جلب ثالث نمی‌باشد. با توجه به تفاوت بین قرار و حکم و عاقل بودن قانونگذار امکان تفسیر موسع و تعمیم واژه‌ی حکم به قرار نمی‌باشد.

علی‌رغم اینکه حکم عبارت «رد یا ابطال دادخواست و یا رد دعوی شخص ثالث مانع از ورود او در مرحله تجدید نظر نخواهد بود.» ماده ۱۳۴ ق.آ.د.م در مورد دعوی ورود ثالث در باب دعوی جلب ثالث تکرار نشده است و به عبارت «قرار رد دادخواست جلب شخص ثالث، با حکم راجع به اصل دعوا قابل تجدید نظر است...» بسنده شده است ولی به نظر ما علاوه بر قرار رد دادخواست، سایر قرارها نیز مشمول حکم این ماده همانند دعوی ورود ثالث خواهد بود و قرار رد دادخواست خصوصیت خاصی ندارد. به عبارت دیگر در صورت رد یا ابطال دادخواست و یا قرار رد دعوی شخص ثالث در مرحله بدوی، جالب ثالث دو راهکار دارد

در دعوی جلب ثالث به معنای نفی این شرط اساسی در دعوی جلب ثالث نمی‌باشد؛ زیرا شرط اساسی تمامی دعاوی طاری برای رسیدگی توامان با دعوی اصلی حسب مفهوم مواد ۱۰۳ و ۱۴۱ ق.آ.د.م مرتبط بودن دعوی طاری با دعوی اصلی است. معنای مرتبط بودن دعوی اصلی با دعوی مرتبط حسب قسمت انتهایی ماده ۱۴۱ ق.آ.د.م این است که اتخاذ تصمیم در هر يك موثر در دیگری باشد.

در دعوی جلب ثالث نیز مشابه دعوی ورود مطابق ماده‌ی ۲۲۶ ق.آ.د.م فرانسه در صورتی که جلب ثالث بیم تأخیر در صدور رأی نسبت به تمام دعوا را داشته باشد دادرسی ابتدا به دعوی اصلی رسیدگی نموده و سپس به دعوی جلب رسیدگی می‌نماید و در اینصورت امکان تفکیک دو دعوا را دارد. میان دعوی اصلی و طاری ارتباط کافی وجود داشته باشد و شرایط طرح دعوی اضافی موضوع مواد ۵۶۴ و بعد محقق باشد (Guinchard, 2014) 25

۴٫۵ تاثیر رد دعوی اصلی بر جلب ثالث

مطابق ماده‌ی ۱۴۰ ق.آ.د.م قرار رد دادخواست جلب شخص ثالث، با حکم راجع به اصل دعوا قابل تجدید نظر است. در ادامه‌ی ماده اشاره می‌کند که در صورت فسخ قرار مذکور در دادگاه تجدید نظر، رسیدگی به آن با دعوی اصلی در دادگاه تجدید نظر به عمل می‌آید. این مورد یکی از موارد استثناء بر اصل رسیدگی دو مرحله‌ای می‌باشد و دادگاه تجدید نظر به عنوان اولین دادگاه به موضوع رسیدگی نماید، قاعده‌ی کلی در ماده‌ی ۳۵۳ ق.آ.د.م ذکر شده است. مطابق این ماده در صورتی که دادگاه تجدید نظر قرار مورد شکایت را مطابق موازین قانونی تشخیص ندهد، پس از نقض قرار، پرونده را برای

با دعوی اصلی، در دادگاهی که به عنوان تجدید نظر رسیدگی می‌نماید، به عمل می‌آید»

^۱ «قرار رد دادخواست جلب شخص ثالث، با حکم راجع به اصل دعوا قابل تجدید نظر است. در صورتی که قرار در مرحله تجدید نظر فسخ شود، پس از فسخ قرار داد، رسیدگی به آن

پس از رسیدگی دادگاه تجدید نظر در خصوص هر دو اصلی و جلب ثالث در یک رأی واحد اتخاذ تصمیم خواهد شد. با توجه به شرایط و ادله‌ی هرکدام ممکن است حالات مختلفی پیش آید. در حالت اول) ممکن است خوانده‌ی اصلی در برابر خواهان اصلی و مجلوب ثالث در برابر خوانده‌ی اصلی محکوم گردند. در حالت دوم (۲) ممکن است هرکدام از خوانده‌ی اصلی یا مجلوب ثالث در برابر خواهان اصلی محکوم گردند. در حالت سوم (۳) ممکن است هرکدام از خواهان یا خوانده‌ی اصلی محکوم گردد و مجلوب ثالث محکوم نگردد (شمس، ۱۳۸۵، ص ۵۵).

صدور رأی در هر دو دعوی در قالب یک رأی واحد خواهد بود و این تصمیم دارای اعتبار امر مختوم می‌باشد و ثالث در صورت محکومیت در مرحله‌ی بدوی، حق اعتراض دارد.

در جلب ثالث تبعی موضوع صدور رأی متفاوت است. در حالتی که یکی از طرفین دعوا چه در مرحله بدوی و چه در مرحله تجدید نظر، ثالثی را به دعوا جلب می‌نماید که هدف او صرفاً استفاده از دلایل و مدارک وی بوده و در واقع حمایت از خود را می‌خواهد، محکمه رسیدگی کننده در خصوص این دعوی رأی محکومیت یا رد دعوی صادر نخواهد کرد؛ بلکه در یک رأی در خصوص دعوی اصلی اظهار نظر نموده و ضمن بررسی دلایل و موضوعات طرفین به دعوی جلب ثالث و اظهارات مجلوب ثالث و مستندات وی اشاره خواهد نمود و طرفین دعوی جلب ثالث تبعی در واقع شریک یکدیگر در دعوی خواهند بود (داریوش، ۱۳۸۶، ص ۱۲۵).

اما در حالتی که موضوع جلب ثالث به صورت اصلی مطرح گردد، دادگاه ضمن یک رأی، ابتدا در خصوص دعوی اصلی اظهار نظر نموده و سپس همان دادنامه در خصوص جلب ثالث، اظهار نظر خواهد نمود. رأی صادره در مرحله تجدید نظر قطعی خواهد بود.

وصرفاً یکی از دو راهکار ذیل ذکر را میتواند انتخاب نماید و جمع دوراهکار موصوف امکان پذیر نخواهد بود:

راهکار نخست اینکه طبق مقررات تجدیدنظر خواهی به رأی صادر مبنی بر رد یا ابطال دادخواست و یا قرار رد دعوی جلب ثالث تجدیدنظر خواهی کند چون رأی موصوف بر اساس مقررات مواد ۳۳۱ و ۳۳۲ ق.آ.م می‌تواند قابلیت تجدیدنظر خواهی را داشته باشد.

راهکار دوم اینکه بدون طی راهکار نخست، در مرحله تجدیدنظر (در صورت اعتراض طرفین دعوی اصلی به رأی دعوی اصلی) دعوی جلب ثالث توسط جالب ثالث مطرح گردد و قسمت اول مواد ۱۴۰ و ۱۳۴ ق.آ.م موید این نظر است. زیرا مطابق ماده ۱۳۵ قانون موصوف امکان جلب ثالث در مرحله تجدید نظر هم وجود دارد و صرف صدور قرار شکلی نهایی در مرحله بدوی، نافی حق قانونی موصوف در مرحله تجدید نظر نخواهد بود. نکته قابل توجه در خصوص ماده یاد شده این است که عبارت «رد یا ابطال دادخواست و یا رد دعوی شخص ثالث» ماده ۱۳۴ در دعوی ورود ثالث و عبارت «قرار رد دادخواست جلب شخص ثالث» ماده ۱۴۰ صرفاً شامل قرارها است؛ زیرا در صورتی که دعوی جلب ثالث در مرحله بدوی مطرح گردد و دادگاه بدوی بعد از رسیدگی حکم بر رد دعوی جلب ثالث اصلی صادر کند، جالب ثالث صرفاً می‌تواند به حکم موصوف اعتراض نماید و طرح دعوی مجدد جلب ثالث در مرحله تجدیدنظر مخالف قاعده لزوم اعتبار احکام قضایی خواهد بود، زیرا به موجب ماده ۲۹۹ ق.آ.م حکم بعد از ورود به ماهیت دعوی صادر خواهد شد و قاطع آن به طور جزئی یا کلی خواهد بود و وصف قاطع بودن دلالت بر این امر دارد که نمی‌تواند ادعایی برخلاف آن مطرح کرد. در حالی که قرارها فاقد دو وصف یاد شده هستند. و با صدور قرار رد دعوی یا ابطال دادخواست در مرحله بدوی، امکان طرح مجدد دعوی جلب ثالث در مرحله تجدیدنظر وجود دارد.



۵ طرح دعوی جلب ثالث بعد از جلسه اول دادرسی

طرح دعوی جلب ثالث بعد از پایان جلسه دادرسی در دو مرحله بدوی و تجدید نظر قابل تصور است. مهلت طرح دعوی جلب ثالث مطابق مادهی ۱۳۵ ق.آ.د.م در مرحله بدوی و نیز تجدید نظر تا بعد از پایان جلسه دادرسی می باشد.

اگر رأیی در دیوان عالی کشور نقض گردد و به دادگاه تالی جهت رسیدگی ارجاع گردد، چون کلیه آثار مترتب بر حکم منقوض از بین می‌رود، جالب می‌تواند در این مرحله جلب شخص ثالث را صورت دهد.

زمان طرح دعوی جلب ثالث نسبت به سایر دعاوی طاری از جمله ورود ثالث کمتر است؛ علت این امر این است که با توجه به احتمال اینکه جالب ثالث از جریان دادرسی اطلاع نداشته باشد، وجود ندارد و طرفین کاملاً از زمان جلسه دادرسی مطلع هستند؛ هر چند همان طور که در قسمت های قبل بیان شد، بهتر است این زمان تا قبل از ختم دادرسی همانند ورود ثالث افزایش یابد.

۵٫۱ در مرحله بدوی

در صورتی که در مرحله بدوی و بعد از پایان جلسه اول دادرسی، دعوی جلب ثالث مطرح شود، اتفاق نظری بین مراجع قضایی وجود ندارد و نوع اقدام و تصمیم مرجع قضایی ممکن است یکی از حالات ذیل باشد:

۵٫۱٫۱ تفکیک دعوی جلب ثالث از دعوی اصلی

نظری که می‌تواند مورد استناد مراجع قضایی قرار گیرد، تفکیک دعوی جلب ثالث از دعوی اصلی است. بر اساس این نظر، در صورتی که در مرحله بدوی و بعد از پایان جلسه اول دادرسی، دعوی

جلب ثالث مطرح شود، قاضی باید دعوی جلب ثالث را از دعوی اصلی تفکیک کرده و علی حده به دعوی جلب ثالث به عنوان یک دعوی مستقل رسیدگی کند. نظر فوق از این حیث دارای اشکال است که اولاً این نظر تفکیکی بین دعوی جلب ثالث اصلی و تبعی قائل نشده است، زیرا دعوی جلب ثالث تبعی اساساً دارای وصف استقلال نبوده که قابلیت رسیدگی علی حده را داشته باشد. از سویی تفکیک دعوی اصلی از دعوی طاری در فرضی است که ارتباط بین دو دعوی یاد شده بر اساس ذیل ماده ۱۴۱ ق.آ.د.م^۱ وجود نداشته باشد یا اینکه دعوی اصلی به نحو قطعی مختومه شده باشد که نظر فوق این فرض یاد شده را در نظر نگرفته است؛ زیرا ممکن است از رای دعوی اصلی، تجدیدنظر خواهی شده باشد که در صورت ارتباط دعوی اصلی با دعوی جلب ثالث، امکان رسیدگی علی حده دعوی جلب ثالث، بدون توجه به نتیجه رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر نسبت به دعوی اصلی وجود ندارد. مطابق مادهی ۳۲۵ ق.آ.د.م فرانسه نیز شرط پذیرش دعوی دخالت ثالث داشتن ارتباط کافی با ادعاهای طرفین ذکر شده است و رعایت این شرط برای انواع دخالت‌های ثالث اعم از اختیاری و اجباری لازم می باشد.

۵٫۱٫۲ ارسال پرونده به مرجع تجدینظر

نظر دیگر این است که در صورتی که در مرحله بدوی و بعد از پایان جلسه اول دادرسی، دعوی جلب ثالث مطرح شود، در صورت تجدید نظرخواهی از رای بدوی، دادگاه بدوی باید هر دو پرونده را به دادگاه تجدید نظر ارسال نماید تا دادگاه تجدید نظر آن را به عنوان جلب ثالث در مرحله تجدید نظر بررسی نماید. از طرف دیگر اگر طرفین تجدید نظر خواهی نمایند، چون دادخواست مطابق مقررات تنظیم نشده است قرار عدم استماع دعوا مستنداً به مادهی ۲ ق.آ.د.م صادر می‌گردد. البته مطابق نظر دیگری در صورت عدم تجدید نظر

^۱ «... بین دو دعوا وقتی ارتباط کامل موجود است که اتخاذ تصمیم در هر یک موثر در دیگری باشد.»

تجدیدنظر خواهی صورت گرفته باشد که در این صورت همان طور که در بند بعدی مورد بحث قرار می گیرد، امکان ارسال پرونده به دادگاه تجدیدنظر به انضمام دعوی اصلی که از آن تجدیدنظر خواهی شده است، وجود دارد.

به نظر می رسد در بین نظرات و حالات فوق، نظریه دوم قوی تر به نظر می رسد؛ زیرا مقنن در ماده ۱۳۵ ق.آ.م.ا امکان طرح دعوی جلب ثالث در مرحله تجدیدنظر را پیش بینی کرده است. از سویی صرف پایان جله رسیدگی در مرحله بدوی به منزله اسقاط حق ذینفع برای ارسال دعوی جلب ثالث به دادگاه تجدیدنظر در صورت تجدیدنظر خواهی از رای دعوی اصلی نخواهد بود. لذا دادگاه بدوی مکلف است در صورتی که در مرحله بدوی و بعد از جلسه اول دادرسی، دعوی ورود ثالث مطرح شود، در صورت تجدیدنظر خواهی از رای دعوی اصلی، دعوی جلب ثالث و اصلی را توأمان به مرجع تجدیدنظر ارسال نماید. در صورتی که از رای دعوی اصلی تجدیدنظر خواهی نشود، بر خلاف نظر برخی دکترین که معتقد هستند "در صورت عدم تجدیدنظر خواهی از رای به علت انقضای مهلت قانونی دفتر دادگاه تکلیفی بر پذیرش دادخواست ندارد و باید از پذیرش این دادخواست امتناع نمود (مهاجری، ۱۳۸۷، ص ۱۳)." به نظر می رسد دادگاه در این فرض می بایست بین دعوی جلب ثالث اصلی و تبعی، تفکیک قائل شده و در دعوی جلب ثالث تبعی به دلیل عدم شان استقلالی و عدم امکان رسیدگی مستقل و به دلیل عدم طرح دعوی برابر قانون مستند به ماده ۲ ق.آ.م.ا قرار عدم استماع دعوی صادر گردد و در صورتی که دعوی جلب ثالث از نوع اصلی باشد، رسیدگی علی حده و مستقل برابر مقررات صورت می گیرد.

خواهی از رأی به علت پایان جلسه اول دادرسی، دفتر دادگاه تکلیفی بر پذیرش دادخواست ندارد و باید از پذیرش این دادخواست امتناع نمود.

۵/۱/۳ صدور قرار رد دادخواست

ممکن است گفته شود که مقنن مهلت طرح دعوی جلب ثالث را حداکثر تا پایان جلسه اول دادرسی بر اساس ماده ۱۳۵ ق.آ.م.ا اعلام کرده است و عبارت «تا پایان جلسه اول دادرسی» نوعی مهلت محسوب بوده و طرح دعوی جلب ثالث بعد از ختم دادرسی نوعی دعوی خارج از مهلت محسوب می شود و می بایست بر اساس ملاک مقررات تبصره ۲ ماده ۳۳۹ ق.آ.م.ا قرار رد دادخواست به دلیل خارج از مهلت بودن صادر کرد. اشکال نظر فوق از این حیث بدیهی است که مهلت مندرج در ماده فوق الذکر برای ملاک داخل یا خارج از مهلت بودن بر اساس ماده ۳۳۶ همان قانون برای اشخاص مقیم ایران ۲۰ روز و برای اشخاص مقیم خارج از کشور ۲ ماه است و تسری مهلت مندرج در مادتين فوق الذکر برای مهلت طرح دعوی جلب ثالث (تا پایان جلسه اول دادرسی) قیاس مع الفارق است.

ایراد دیگر نظر فوق این است که بر اساس ماده ۴۴۲ ق.آ.م.ا موعده به سال یا ماه یا هفته و یا روز تعیین خواهد شد. وفق ماده ۴۴۳ همان قانون از نظر احتساب مواد قانونی، سال دوازده ماه، ماه سی روز، هفته هفت روز و شبانه روز بیست و چهار ساعت است. لذا وقتی که مقنن به صراحت مهلت طرح دعوی جلب ثالث را به سال، ماه و روز تعیین نکرده است، امکان اعمال مقررات تبصره ۲ ماده ۳۳۹ قانون یاد شده منتفی است.

یکی دیگر از ایرادات نظر فوق این است که در مرحله بدوی ممکن است بعد از جلسه دادرسی، دعوی جلب ثالث مطرح شود ولی از رای بدوی (پرونده اصلی) توسط طرفین دعوی اصلی،

۱ ابلاغ در مرجع تجدیدنظر قابل اعتراض است، رای دادگاه تجدیدنظر قطعی است.

۱ در صورتی که دادخواست خارج از مهلت داده شود و یا در مورد قانونی رفع نقص نگردد، به موجب قرار دادگاه صادر کننده رای بدوی رد می شود. این قرار ظرف بیست روز از تاریخ



۵٫۲ در مرحله تجدیدنظر

طواری دادرسی در مرحله تجدی نظر یکی از مباحثی است که در دکترین حقوقی و رویه قضایی ایران کمتر بدان توجه شده است. شاید کوتاهی زمان رسیدگی دادگاه تجدیدنظر که کمتر با تشکیل جلسه رسیدگی همراه است مهمترین عامل شایع نبودن طرح دعوای طاری در این مرحله است. با این حال، مواد ۱۳۰ و ۱۳۵ ق.آ.د.م طرح برخی دعوای طاری در مرحله تجدیدنظر را به صراحت تجویز کرده است. بنابراین لازم است نظریه کلی در خصوص امکان طرح دعوای طاری در مرحله تجدیدنظر ارائه شود. (شکوهی زاده، عربیان، ۱۳۹۷، ۴۱۰) در صورتی که در مرحله تجدیدنظر و بعد از جلسه اول دادرسی، دعوای جلب ثالث مطرح شود، در این صورت در رویه قضایی، نظر واحدی نسبت به مرجع صالح رسیدگی به دعوای جلب ثالث یادشده وجود ندارد. ممکن است برخی مراجع قضایی معتقد باشند که هر چند دعوای جلب ثالث بعد از جلسه اول دادرسی تقدیم شده است ولی هر گونه تصمیم از جمله صدور قرار عدم استماع دعوای می بایست توسط مرجع تجدید نظر صادر گردد، زیرا بعد از ارسال پرونده اصلی به مرجع تجدینظر، صلاحیت مرجع بدوی برای رسیدگی به دعوای جلب ثالث خاتمه یافته است.

از سویی دیگر ممکن است برخی مراجع قضایی از جمله رویه غالب دادگاه های تجدیدنظر، معتقد به اعاده دعوای جلب ثالث به مرجع بدوی توسط مرجع تجدیدنظر در صورت تقدیم آن بعد از جلسه اول دادرسی باشد.

به نظر می رسد از بین دو نظر فوق، نظر دوم یعنی اعاده دعوای جلب ثالث به مرجع بدوی توسط مرجع تجدیدنظر در صورت تقدیم آن بعد از جلسه اول دادرسی در مرحله تجدیدنظر مرجح است؛ زیرا صلاحیت مرجع تجدید نظر برای رسیدگی اولیه به

دعوای جلب ثالث امری استثنایی است، چرا که به موجب ماده ۷ ق.آ.د.م^۱ اصل اولیه برای صلاحیت رسیدگی به دعوای، رسیدگی توسط مرجع بدوی است و دعوای جلب ثالث به عنوان احدی از استثنای اصل مذکور به موجب ماده ۱۳۵ همان قانون است و صلاحیت مرجع تجدیدنظر به دعوای جلب ثالث صرفا تا قبل از پایان جلسه اول دادرسی دعوای اصلی است و در صورت طرح دعوای جلب ثالث بعد از پایان جلسه اول دادرسی، صلاحیت مرجع تجدیدنظر برای رسیدگی به دعوای یاد شده، خاتمه یافته و می بایست به اصل اولیه و کلی مندرج در قسمت اول ماده ۷ قانون یاد شده مبنی بر رسیدگی توسط مرجع بدوی استناد کرد. لذا صدور قرار عدم استماع دعوی برای دعوای جلب ثالث تبعی و یا رسیدگی مستقل به دعوای ورود ثالث اصلی توسط مرجع تجدیدنظر فاقد وجاهت قانونی است و این تکلیف بر عهده مرجع بدوی است.

۶ نتیجه

- هدف اول از طرح دعوای شخص ثالث این است که به صورت مستقیم در برابر جالب محکوم گردد. هدف دوم از طرح دعوای جلب ثالث این است که جلوی اعتراض شخص ثالث گرفته شود. هدف سوم از هدف طرح دعوای جلب ثالث تقویت موضع جالب می باشد.
- مقنن بر خلاف دعوای ورود ثالث (که ماهیتا از حیث اختیاری یا اجباری بودن نحوه دخالت ثالث با دعوای جلب ثالث متفاوت است)، به ذکر جهات و دلایل در دعوای جلب ثالث اشاره کرده است.
- مهلت طرح دعوای جلب ثالث تا پایان جلسه اول دادرسی است بر خلاف دعوای ورود ثالث که مطابق مادهی ۱۳۰ ق.آ.د.م در

^۱ به ماهیت هیچ دعوایی نمی توان در مرحله بالاتر رسیدگی نمود تا زمانی که در مرحله نخستین در آن دعوا حکمی صادر نشده باشد، مگر به موجب قانون

ارسال دعوی جلب ثالث به دادگاه تجدیدنظر در صورت تجدیدنظر خواهی از رای دعوی اصلی نخواهد بود. در مرحله تجدیدنظر از بین دو نظر، نظری که معتقد به اعاده دعوی جلب ثالث به مرجع بدوی توسط مرجع تجدیدنظر در صورت تقدیم آن بعد از جلسه اول دادرسی، اولی است؛ زیرا صلاحیت مرجع تجدید نظر برای رسیدگی اولیه به دعوی جلب ثالث امری استثنایی است.

- در حقوق فرانسه طرح دعوی جلب ثالث تا زمان اعلام ختم تحقیقات (البته به شرط اینکه مهلت مناسب و کافی برای دفاع از آن باید وجود داشته باشد و تحول دعوا متضمن آن باشد) بلامانع است. در حالی که در حقوق ایران طرح دعوی مذکور صرفاً تا پایان جلسه اول دادرسی امکان پذیر است.

- در حقوق ایران جلب ثالث یکی از حقوق طرفین دعوی می‌باشد و محکمه حق دخالت مستقیم در آن را ندارد، ولی در حقوق فرانسه در چند مورد به صورت استثنایی این اختیار به محکمه داده شده است که ثالث را به دادرسی فرا بخواند.

مرحله بدوی و نیز تجدید نظر تا قبل از اعلام ختم رسیدگی می‌باشد در حالی که در حقوق فرانسه طرح دعوی جلب ثالث تا زمان اعلام ختم تحقیقات بلامانع است. لکن شخص ثالث مطابق ذیل ماده ۳۳۱ ق.آ.م. فرانسه، زمانی به دادرسی جلب می‌شود که مهلتی مناسب برای دفاع از خود را داشته باشد.

- هزینه دادرسی دعوی جلب ثالث مطابق ماده ۱۳۷ ق.آ.م. و هم چنین ملاک ماده ۱۳۴ همان قانون در دعوی جلب ثالث، منطبق با نوع و میزان خواسته و براساس هزینه مرحله‌ای است که دعوا در آن مرحله طرح گردیده است.

- طرح دعوی جلب ثالث بعد از پایان جلسه اول دادرسی در دو مرحله بدوی و تجدید نظر قابل تصور است. در مرحله بدوی از بین نظریات الف) صدور قرار رد دادخواست ب) ارسال پرونده به مرجع تجدیدنظر ج) تفکیک دعوی ورود ثالث از دعوی اصلی، نظریه ارسال پرونده به مرجع تجدیدنظر مرجح است؛ زیرا مقنن در ماده ۱۳۵ ق.آ.م. امکان طرح دعوی جلب ثالث در مرحله تجدیدنظر را پیش بینی کرده است. از سویی صرف پایان جلسه اول دادرسی در مرحله بدوی به منزله اسقاط حق ذینفع برای

^۱ «... جریان دادرسی در مورد جلب شخص ثالث، شرایط دادخواست و نیز موارد رد یا ابطال آن همانند دادخواست اصلی خواهد بود...»



Reference

- Sabaghian, H. (2007). "Tari claims and their characteristics". Quarterly Opinions, Scientific and Educational Vice-Chancellor of Isfahan Justice.
- Dariush, A. (2007). "The preliminary settlement of legal claims in the Court of Appeal and its effects". Master's thesis, Faculty of Electronic Education, Qom University.
- Zeraat, A. (2005). The law of civil procedure in Iran's legal system, fourth edition, Tehran: third line Publishing
- Shahri, G and Hosseinabadi, A. a collection of advisory theories of the legal department of justice in civil matters from 1358 onwards. official newspaper publications.
- Aliabadi, A. (2005). Judicial standards. The General Board of the Supreme Court. fourth Session. first edition Tehran: Publishing Company.
- Iftikhar Jahormi, G and Elsan, M, (2007), Code of Civil Procedure, Tehran, Mizan Publication, Volume 2
- Sadrzadeh Afshar, Mohsen (1991), Civil and Commercial Procedures, Academic Jihad Publications, (Majed), 4th edition, Tehran.
- Shams, A. (2005). Civil procedure. The second volume. Ninth edition. Tehran: Drak Publication
- Kashani, J and Jafari, Z. (2013), Studying the transfer of appeals in civil lawsuits in Iranian and French law, Law and Policy Research Quarterly, No. 13
- Shams, A. (2006). Civil procedure. first volume. 11th edition Tehran: Drak Publications.
- Shokohizadeh, R and Arabian A. (2017) Tari lawsuit in the appeal stage. Journal of Private Law. Volume 15. Number 2
- Maleki, J and Abdi, M (2017). Lawsuits to enter and attract a third party in Iranian law. France, England and America. Lawyers' Association, No. 5 and 6.
- Mohseni, H. (2011). French civil procedure. second edition. Tehran: Publishing Company
- Yousefi Gorji, Y. Gurbanvand, M. Albarzi Varki, M and Navarian, A (1400), the rule prohibiting filing a new lawsuit at the appeal stage in Iranian and French law. The Journal of Excellence in Law. Year 12, Number One.
- Malkoti, R. (2015) the concept of the defendant in the third-party appeal petition. two quarterly journals of judicial procedure (private law). vol. 2
- Mohajeri, A. (2013). Civil Procedure Law in the current legal system. Third edition. Tehran: Fekrsazan Publications.
- Mateen Daftari, A. (2002). Jurisprudence collection. Legal part. First Edition. Tehran: Roham Publications.
- Mohajeri A (2008). Expanded in civil procedure. The second volume. First Edition. Tehran: Fekhrsazan Publications.



- Maqsoodpour, R. (2011). Tari lawsuits and the conditions for filing them. second edition. Tehran: Majd Publications.
- Mateen, A (1999). Collection of judicial procedure, legal part from 1311 to 1335. First edition. Tehran: Ganj Danesh Publications.
- Guinchard, S., Chainais, C., et Ferrand, F. (2014). Proce'dure civile: Droit interne et droit de l'Union europe'en, 32 e'd Paris, France: Dalloz, Paris.
- Vincent, Jean, (1976), **procédure civile**, Dalloz, Paris, 18e édition.
- Vincent, Jean et Guinchard, Serge. (1994). *Procedure civile*. 23^e edition. Paris: Dalloz.
- Wuderkehr, George et D'amborra, Dominique. (2004). *Intervention*. Bit L'université sorbonne. N 51
- Couchez, Gerard et Langlade, Jean-pierre et Lebeau, Daniel. (1998). *Pricedure civile*. Paris: Dalloz.

Original Article

Usury in Iranian and Egyptian banks from the perspective of jurisprudence and law

Sajjad Asgari Arani¹, Gholam Hosssain Masoud*², Mohsen ShekarchiZadeh³

¹ PhD student in criminal law and criminology, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran.

² Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran

³ Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.7.6](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23828.1357)



[10.22080/LPS.2022.23828.1357](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23828.1357)

Received:

July 1, 2022

Accepted:

October 5, 2022

Available online:

December 3, 2022

Keywords:

Legal system, banking contract, crime, usury, Inflation.

Abstract

Over the past years, one of the most important topics in society today has been the issue of usury. Despite the religious emphasis on its prohibition, it is unfortunately increasing in our current society and people often refer to similar actions of banks in justifying their actions. Knowing how banks act in order to adopt the necessary policy to control it is important. The issue of usury is has been denounced based on religious practice, and since Muslim countries, including Egypt, like Iran, are trying to carry out religious orders, it is important to know how their banks deal with usury and how it complies with the measures taken. Iranian banks in this field can be an effective step towards the realization of Islamic economics, so in this article, using a comparative and analytical method, we have tried to study usury in Iranian and Egyptian banks so that we can determine its presence or absence in banks. It seems that there is no usury in Iran legally, but in practice, it is done in banks in a way that is not free from religious forms, and in Egypt, due to the way it is criminalized, usury is legal from what is seen in jurisprudence. Known as usury has taken a toll.

*Corresponding Author: Gholam Hosssain Masoud

Address: Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran

Email: dr.gh.masoud@gmail.com



Extended Abstract

1. Introduction

Everyone with a little knowledge of the sections of jurisprudence deals with the importance, scope and complexity of the issue of usury. Usury is a subject that has a special place in both jurisprudential research and exploration of economics.

The issue of usury is one of the most common sins in economic environments and is through easy access to large incomes and is one of the important issues in jurisprudence, social and economic.

The issue of usury and how jurisprudence deals with this phenomenon is a controversial issue in Islamic countries. This issue has become problematic for people who, on the one hand, consider themselves obliged to comply with the Shari'a laws and, on the other hand, needs to obtain a loan (whether from a bank or ordinary people),. Many have faced challenges about the forms of receiving a loan and the manner of repaying which is in the custom of Islamic societies, and shows the possibility of being caught in forbidden usury. It may also have a worldly punishment according to the law of punishment of countries.

Despite the religious emphasis on the prohibition of usury, unfortunately in our current society is increasing and often people justify their actions, referring to similar actions of banks. Knowing how banks act in order to adopt the necessary policy to control it is important. Understanding the performance of banks in dealing with usury can prevent the existing sensitivities in Islamic societies and reduce this problem at the level of these societies, so considering that this title has a jurisprudential precedent and is discussed in Islamic societies, it is

necessary to comprehensively understand it, and he first studied its jurisprudence in the target countries and then the performance of the banks in Islamic countries. In Manhanfieh, because Muslim countries, including Egypt, like Iran, are trying to carry out religious orders, knowing how their banks act on usury and its compliance with the measures taken by Iranian banks in this regard can be an effective step. In order to realize Islamic economics.

2. Methods

This article compares the banks of different countries, the method of comparative research, and because in Manhanfieh, the available facts or information should be used and analyzed to make an assessment. The research method is analytical, so the study method was comparative analytical.

3. Results

The jurists of the Sunni and Shiite sects have mentioned several definitions for usury, which have been different from each group according to the specific circumstances. The prevalence of usury can be considered in the weak and disorderly economy of Islamic countries. Banks in the meantime have become more and more, and the existence of suspicion of usury in banks and financial and credit institutions has made usury not as reprehensible among the people as in the past. Iran, with the full sovereignty of the Shiites, seeks to establish the rules of Islamic jurisprudence, both in the political and legal fields, and has included jurisprudential provisions in all its criminal laws.

In the Egyptian legal system, although according to Article 2 of the Egyptian Constitution, none of the laws of the

country should be contrary to the laws of Islamic law, but in the law of this country, borrowing or usury is not a crime in itself, but borrowing cash for more interest than the law Has been considered a crime in the case of a community.

4. Conclusion

It seems that there is no usury in Iran legally, but in practice, it is done in banks in a way that is not free from religious forms, and in Egypt, due to the way it is criminalized, usury is legal from what is seen in jurisprudence. Known as usury has taken a toll.

Funding

No special financial support has been provided for this project.

Authors' Contribution

All of the above authors have been actively and continuously involved in writing this article.

Conflict of Interest

The authors of this article undertake that the findings all belong to their research. Also, the authors of the article submitted to the Journal of Comparative Law Studies of University of Mazandaran did not send it elsewhere for review or publication.

Acknowledgments

We are grateful to all the scientific consultants of this paper.

ربا در بانک‌های ایران و مصر از منظر فقه و قانون

سجاد عسگری آرانی^۱، غلامحسین مسعود^{۲*}، محسن شکرچی زاده^۳

^۱ دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران
^۲ استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران
^۳ استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.7.6](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23828.1357)



[10.22080/LPS.2022.23828.1357](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23828.1357)

چکیده

در طول سالیان گذشته تاکنون یکی از مهم‌ترین مباحث روز جامعه را موضوع ربا تشکیل می‌دهد. از آنجا که علی‌رغم تأکیدات دینی بر منع آن، متأسفانه در جامعه کنونی ما روبه‌فزونی است و غالباً مردم در توجیه اقدام خود، به اقدامات مشابه بانک‌ها اشاره می‌کنند شناخت نحوه‌ی اقدام بانکها در جهت اتخاذ سیاست لازم برای کنترل آن حائز اهمیت است. موضوع ربا، عنوانی است که بر اساس آموزه‌های دینی نكوهش شده و از آن جهت که کشورهای مسلمان من جمله مصر نیز به مانند ایران سعی در اجرای اوامر دینی دارند، شناخت نحوه‌ی اقدام بانک‌های آنها در خصوص ربا و تطبیقش با اقدامات صورت گرفته در بانک‌های ایران در این زمینه می‌تواند گام موثری در جهت محقق کردن اقتصاد اسلامی باشد، لذا در این مقاله با استفاده از روش تطبیقی و تحلیلی سعی در بررسی ربا در بانک‌های ایران و مصر گردیده تا بتوانیم وجود یا عدم وجود آن را در بانک‌های شناسایی نماییم. به نظر می‌رسد در ایران از لحاظ قانونی ربا وجود ندارد منتهی در عمل به نحوی در بانکها اقدام می‌گردد که خالی از اشکال شرعی نیست و در کشور مصر با توجه به نحوه‌ی جرم‌انگاری آن، ربا از منظر قانون از آنچه در فقه به عنوان ربا شناخته می‌شود فاصله گرفته است.

تاریخ دریافت:

۱۰ تیر ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۱۳ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۲ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

نظام حقوقی، قرارداد بانکی، جرم، ربا، تورم

* نویسنده مسئول: غلامحسین مسعود

آدرس: استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد نجف آباد، ایمیل: dr.gh.masoud@gmail.com
دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

۱ مقدمه

در میان تحولات گوناگون که زندگی اجتماعی کشورهای اسلامی را در قرن اخیر فراگرفت، بانکداری بر اساس رباخواری هم شایع شد، قوانین اقتباس شده از غرب هم به حمایت این رباخواری برخاست و بالاخره به علل مختلفی، رباخواری از نوع آبرومندانه اش در موسسات بانکی و به دست دولت ها و از نوع رسوا و نفرت بارش در بازار و به دست افراد سنگدل کاملاً در این کشورها جا باز کرده و امروزه در کشورهای اسلامی مسئله ربا از جمله موضوعاتی است که در آن حدود اسلامی کاملاً شکسته شده و متاسفانه بازار این کشورها با رباخواری انس و پیوند تفکیک ناپذیری را پیدا کرده اند.

مسئله ی ربا و نحوه ی مواجهه ی فقه با این پدیده، موضوعی بحث برانگیز در کشورهای اسلامی است. این موضوع برای افرادی که از طرفی خود را ملزم به اجرای حدود شرعی می دانند و از سوی دیگر در حال ضرورت، نیازمند اخذ وام (اعم از بانک یا افراد عادی)، در مواردی مشکل ساز شده و ایشان را گرفتار چالش نموده است زیرا بسیاری از صورت های دریافت قرض و نحوه ی جبران و تادیه ی آن در عرف جوامع اسلامی مشکوک بوده و شائبه ی گرفتاری به ربای حرام را نشان می دهد و ممکن است دارای عقوبت دنیوی بر اساس قانون مجازات کشورها نیز باشد.

شناخت نحوه عملکرد بانک ها در برخورد با ربا، می تواند از حساسیت های موجود در جوامع اسلامی جلوگیری کرده و باعث کاهش این معضل در سطح این جوامع گردد لذا با عنایت به اینکه این عنوان سبقه فقهی داشته و در جوامع اسلامی مطرح است، نیاز است تا جهت شناخت جامع آن، بدواً به بررسی فقهی آن در کشورهای هدف و سپس عملکرد بانک های کشورهای اسلامی پرداخت. ضمن اینکه مبتلا به بودن این موضوع در عصر حاضر از دلایل پرداختن به آن در این مقاله است، لذا در این راستا

به بررسی این امر در کشورهای ایران و مصر می پردازیم چرا که کشور مصر از جمله کشورهای اسلامی با وضعیت نسبتاً مطلوب اقتصادی می باشد.

۲ ربا در بانک های ایران

نظر به حاکمیت مذهب شیعه در ایران، بدواً به بیان نظر شیعه در خصوص ربا می پردازیم.

۲٫۱ ربا از منظر فقه شیعه

ربا بر اساس این فرقه به دو قسم اصلی تقسیم می شود:

۱. ربای معاملی.

۲. ربای قرضی.

۳. ربای معاملی

اگر دو کالای همجنس به صورت غیرمساوی با یکدیگر مبادله شوند، این معامله ربوی است؛ و چنین ربایی «ربای معاملی» خواهد بود. (خمینی، ۱۳۹۲: ۵۳۶-۵۳۷).

به صورت ساده می توان گفت معامله نمودن یک شی با شی مشابه بعلاوه زیادی عینی.

ربای قرضی

«ربای قرضی» را این گونه تعریف کرده اند: «کل قرض یجّر نفعاً فهو ربا» هر قرضی که منفعتی را جلب کند، ریاست (نوری، ۱۳۹۳: ۴۹۲).

بنابراین اگر تحت هر شرایطی قرضی داده شود و منفعتی شرط گردد، قرض صورت گرفته ربوی است.

۲٫۲ ربا از منظر قانون

پس از طی حدود دو دهه از پیروزی انقلاب به منظور مبارزه جدی با رباخواری، ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی تصویب شد. در این ماده قانونی مقنن سعی نموده است که ربا و انواع آن را ضمن



ربادهنده و واسطه این عمل صراحتاً قابل تعقیب و مجازات می باشند. هر چند ماده ۵۹۵ به عنوان عنصر قانونی جرم ربا بعد از ۱۸ سال از پیروزی انقلاب به طور صریح به تصویب رسیده است لکن با اندکی تامل در آن متوجه کاستی‌هایی می‌شویم که لزوم تغییر آن در جهت کاهش جرم ربا احساس می‌شود. مجازات برابر از عبارت «مرتکبین اعم از ربادهنده، و رباگیرنده و واسطه بین آنها» به خوبی مشخص است به نحوی که حتی می‌توان واسطه ربا را نیز محکوم به پرداخت جزای نقدی نمود و مجازات معاون جرم به مانند مجازات مباشرین بزه تعیین شده است!

مجازات برابر از موجبات پنهان ماندن این جرم از دید قانون است و نه تنها هیچ یک از طرفین حاضر به اعلام شکایت نیستند بلکه واسطه معامله ربوی که در واقع همان معاون جرم است که ارتکاب ربا را با وساطت خویش تسهیل می‌نماید نیز به حبس، شلاق تعزیری و جزای نقدی محکوم می‌شود.

فعل واسطه در صورتی جرم است که با توجه به تئوری استعاریه ای بودن بزه به معاونت در حقوق ایران، معامله ربوی بعد از وساطت وی محقق شود و اضافه مشروط نیز بین طرفین جرم ربا رد و بدل گردد. بر همین منوال چنانچه واسطه بین افراد وساطت کند که معاملات ربوی توسط آنها نیست، مانند مسلمان و کافر یا زن و شوهر، در این صورت نیز با توجه به اینکه شروط جرم بودن عمل معاون، جرم بودن عمل مباشر است، عمل واسطه را نیز نمی‌توان جرم و قابل تعقیب و مجازات دانست.

قیدی که در تبصره ۲ این ماده برای شرایط اضطرار زده و دادن پول اضافی برای مضطر از موجبات عدم مجازاتش را فراهم می‌کند، می‌تواند تا حدود بسیار کمی راهگشا باشد و در عمل هم می‌بینیمکه رباخواری وجود دارد ولی پرونده‌های مربوط به این قضیه به ندرت در دادگاه مطرح می‌گردند. به نظر می‌رسد در این راستا می‌بایست مجازات رباخوار در تقنین جدید از مجازات دیگر عوامل جرم بیشتر باشد چون طبیعی است که هر

بیان مورد حکم قرار دهد و مجازات های متعددی را برای افرادی که مرتکبین جرم قلمداد نموده تعیین کرده است. در این ماده قانونی به ملاک و ضابطه ربا از نظر مقنن پی می‌بریم به عنوان مثال ربای معاملی را منحصر در اجناس مکمل و موزون می‌داند، این ماده انواع متعددی را که ممکن است ربا در قالب آنها وارد شود نام برده و بدین وسیله باب استفاده از حیل شرعی را مسدود نموده است.

منظور از «جزای نقدی معادل مال مورد ربا» در ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی، معادل میزان اضافی دریافتی است، نه معادل کل مالی که در معامله ربوی رد و بدل شده است، زیرا آنچه که بر آن «ربا» اطلاق می‌گردد، زیادتی است که یکی از طرفین معامله ربوی به دیگری پرداخت می‌کند، نه کل مالی که در معامله ربوی میان طرفین رد و بدل می‌شود.

به نظر می‌رسد رکن قانونی جرم ربا از نوع مرکب است؛ زیرا انواع ربا، به صراحت در قانون مجازات اسلامی تعریف نشده است و برای شناخت آنها، مراجعه و استناد به ماده نخست قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی الزامی است، بنابراین، عنصر قانونی ربا مرکب است از:

الف) ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵/۳/۲؛

ب) ماده نخست قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۳/۶/۲۵. (مصطفی زاده، ۱۳۹۵: ۱۶۹)

لازم به ذکر است جرم ربا با توجه به صراحت ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحی ۱۳۹۹ غیرقابل گذشت می‌باشد و برای پیگیری آن نیاز به شکایت شاکی نیست و به محض اطلاع مراجع قضایی و انتظامی قابل پیگیری و تغییر می‌باشد.

در هر حال با تصویب این ماده تمامی ابهامات در جرم شناخته شدن عمل رباخواری پایان پذیرفت و هم اکنون به استناد ماده مذکور رباگیرنده،

جلب مشارکت مردمی در فرایند پیشگیری از وقوع جرائم به منظور شناخت جایگاه شهروندان در پیشگیری از وقوع جرایم به ارائه راهکارهای مناسب در راستای ورود شهروندان به این عرصه منجر می‌شود. (رجبی پور، ۱۳۹۱: ۲)

در واقع مردم می‌توانند با گزارش سریع جرایم و شهادت دادن علیه مجرمان به پلیس بسیار کمک کنند. در واقع پلیس باید بتواند نشان دهد که مشارکت مردمی، بخشی از یک برنامه استراتژیک بزرگ تر و جامع تر است و بدین طریق تعهد خود را ثابت کند رابطه پلیس با مردم باید غیر رسمی باشد تا اعتماد و همکاری بین آنها شکل گیرد. البته باید کاملاً توجه داشت که نحوه برخورد دستگاه قضا با مجرمین خود یکی از عوامل تأثیرگذار بر گزارش جرم توسط مردم است اگر هرگونه اهمالی در برخورد با مجرمین در دستگاه قضا صورت پذیرد امر گزارش دادن جرایم مخصوصاً جرمی همانند ربا مختل خواهد شد.

تشویق مردم به گزارش این جرم می‌تواند بسیار مهم باشد، زیرا تنها در صورتی فاعلین اینجرم گزارش خود را تسلیم دستگاه قضا یا پلیس می‌کنند که با توجه به تبصره ۲ ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی مضطر باشد از مجازات معاف شود. بنابراین باید آموزش داده شود که گزارش مردمی در راستای کاهش جرم ربا و همچنین ثبات اقتصادی و جلوگیری از پنهان ماندن بزه ربا مفید می‌باشد.

با توجه به نحوه تعیین مجازات در قانون مجازات اسلامی- حداقل تا زمان اصلاح قانون - به نظر می‌رسد نحوه گزارش دهی مردم می‌بایست به نحوی باشد که موجب شناسایی گزارش دهندگان نگردد و با استفاده از ظرفیت سامانه های الکترونیک به نحوی از مردم خواسته شود تا نسبت به اعلام رباخواری در سامانه به صورت ناشناس اقدام نمایند تا قوه قضائیه به بررسی صحت یا سقم موضوع و برخورد با افرادی که در جامعه منبع درآمد خویش را اخذ ربا قرار داده اند بپردازد و با مخفی ماندن هویت گزارش دهندگان اعتماد آنان از عدم

کس از جرم سود بیشتری ببرد باید مجازات بیشتری را هم متحمل شود که این مهم در قانون فعلی رعایت نشده است.

عموما پرونده‌های تشکیل یافته در خصوص ربا حکایت از این دارد که تنها در مواردی که ربا دهنده موفق به بازپرداخت اصل و فرع وام دریافتی نشده و در نتیجه ربا گیرنده به منظور وصول وجوه یاد شده علیه او اقامه دعوی می‌کند ربا دهنده مسئله پرداخت ربا را مطرح می‌نماید به عبارتی روشن‌تر شکایت نسبت به جرم ربا اغلب در قالب دعوای متقابل مطرح می‌شود و کمتر مستقلاً به محاکم ارجاع می‌شود علت این امر هم به نظر نمی‌رسد اشتباه و اطلاع ربا دهنده نسبت به قبح عمل ارتكابی خویش باشد بلکه از افشای موضوع ربا تنها قصد فرار از موقعیت دشوار قانونی ای را دارد که بر اثر شکایت رباگیرنده برای وی به وجود آمده است و چون همانگونه که بیان شد تمام مراحل تکوین جرم به صورت توافقی و پنهانی انجام یافته است معمولاً ربا دهنده برای اثبات ادعای خود مبنی بر پرداخت ربا نیز هیچ دلیلی در دست ندارد علی‌هذا چنین پرونده‌ای بدون ادله اثبات مانده و سرانجام آن به رای برائت رباگیرنده ختم می‌شود.

لازم به ذکر است که سابقاً با توجه به اینکه شکایات از طریق سنتی صورت می‌گرفت و گاهی شکایات مطروحه در مرجع انتظامی به لحاظ حل و فصل موضوع توسط طرفین به مرجع قضایی ارسال نمی‌شد آمار پرونده های تشکیل شده در خصوص بزه ربا جامع نبوده منتهی نظر به اینکه در حال حاضر جمیع شکایات با موضوع ربا از طرق دفاتر خدمات الکترونیکی تنظیم، ارسال و ثبت می‌گردد لذا می‌تواند گفت آمار قضایی به صورت جامع حاصل می‌شود منتهی با آمار واقعی تفاوت فاحش داشته و رقم سیاه بزه ربا بالا می‌باشد.

شکی نیست که در عصر فناوری و ارتباطات، پلیس می‌تواند با بهره‌گیری از مشارکت مردمی در پیشبرد اهداف خود که پیشگیری از وقوع جرایم است اقدامات موثری بعمل آورد. بررسی الگوهای



برخورد با آنها جلب و به اعلام مشخصات رباخواران و نحوه ی عمل آنان رغبت نمایند.

۲،۳ عملکرد بانک ها

کشور ما در سال ۱۳۶۲ با تصویب قانون بانکداری بدون ربا فصلی از بانکداری اسلامی را در کشور به مرحله اجرا درآورد. با نگاهی منصفانه پیرامون بانکداری جاری در کشور، نه می‌توان به صورت افراطی اظهار کرد که نشانی از بانکداری اسلامی در نظام بانکی کشور وجود ندارد و نه با ذوقزدگی می‌توان گفت که آنچه در نظام بانکی کشور اجرا می‌شود، دقیقاً همان چیزی است که بانکداری اسلامی در نظر دارد.

واقعیت این است که نظام بانکداری کشور، هنوز در میانه راه قرار دارد، به این معنا که قوانین بانکداری کشور به لحاظ فقهی و شرعی با اشکال مواجه نیستند، زیرا در زمان تصویب قوانین بانکداری اسلامی هم شورای نگهبان انطباق این قوانین با شرع مقدس اسلام را تایید کرد و هم مراجع آن زمان این قوانین را تایید کردند.

گذشت بیش از سه دهه از اجرای این قانون در کشور نشان می‌دهد که هنوز مواد و بندهای آن آنگونه که مورد انتظار قانونگذاران بود، اجرایی نشده است و بانک ها در مقام اجرا با روح قانون فاصله گرفته اند.

پرداخت سودهای قطعی به جای سود علی الحساب به سپرده گذاران و رقابت بر سر پرداخت سودهای نامتعارف از جمله نشان های رعایت نشدن کامل مفاد این قانون در نظام بانکی است که به گفته کارشناسان این امر از دامنه وسیع مشکلاتی که بانکداران با آن دست به گریبان هستند، ناشی می شود. (www.irna.ir بازدید شده در تاریخ ۱۷/۰۶/۱۳۹۶).

در مورد شائبه اخذ جریمه دیرکرد که اکنون در نظام بانکی کشور وجود دارد، فقها و شورای نگهبان معتقدند که این موضوع جریمه تأخیر و دیرکرد نیست و سهواً آن را جریمه دیرکرد می‌نامند، در واقع

این موضوع «وجه التزام» است که تسهیلات گیرنده به تعهد خود پای‌بند باشد و براساس فقه ما، دریافت آن ایراد و اشکالی ندارد و بدهکار می‌بایست در تاریخ سررسید به تعهد خود عمل کند.

شورای نگهبان به بانک‌ها اجازه داده تا وجه التزام را دریافت کنند. برای این است که دریافت‌کننده تسهیلات بایستی به تعهد خود در سررسید عمل کند و اگر دلیل و مورد شرعی ندارد؛ حق به تأخیر انداختن بازپرداخت بدهی و اقساط تسهیلات را ندارد. دریافت بدهی، حق طلبکار است و هر بدهکاری که توانایی دارد، باید در سررسید به تعهد خود عمل کند که این موضوع از دستورات قرآن است که وقتی متعهد می‌شوید، باید در سررسید دین خود را پرداخت کنید (www.mbri.ac.ir، بازدید شده در تاریخ ۱۳۹۵/۰۹/۰۶).

در موضوع سپرده بانکی نیز عقدی که بین سپرده‌گذار و بانک وجود دارد، بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا و عقد وکالت است؛ یعنی مبلغ اضافه‌ای که بانک به‌عنوان نرخ سود سپرده به سپرده‌گذار می‌پردازد، براساس عقد قرض نیست و بانک به وکالت از سپرده‌گذار وجوه جمع‌آوری‌شده را سرمایه‌گذاری کرده و نرخ سود علی‌الحساب پرداخت می‌کند. بانک باید در پایان سال میزان سود قطعی را محاسبه و مابه‌تفاوت آن را، اگر بیشتر شد، به سپرده‌گذار بپردازد و اگر میزان سود واقعی از میزان سود علی‌الحساب کمتر باشد، باید سود پرداختی اضافه را از سپرده‌گذار دریافت کند که معمولاً در این موارد بانک مصالحه می‌کند.

موضوعات فوق ممکن است، دارای اشکالات شرعی باشد، اما روشی که بتوانیم بهتر اقدام کنیم، فعلاً ارائه نشده است. در قانون عملیات بانکی بدون ربا و حتی طرح جدیدی که مجلس آماده کرده، پرداخت سود علی‌الحساب به سپرده‌گذاران را مجاز دانسته است؛ شاید اشکالاتی وجود دارد، اما به لحاظ اجرایی تاکنون راه‌حل مناسب‌تری پیشنهاد نشده است (ندری، ۱۳۹۵: ۳).

در مضاربه حصه ای از سود براساس توافق بین طرفین مقرر می شود، بدون اینکه اجرتی برای عمل قرارداد شده و این نظر مطابق دیدگاه مشهور در فقهاست و اجماع بر مشروعیت آن دلالت می کند. آیه ۲۹ سوره مبارکه نسا که می فرماید: «یاایهاالذین آمنوا لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض» مستند آن است. آنچه باید بدان توجه شود این است که تمام سود باید به طور مشاع معلوم شود و در صورتی که برای یکی از دو طرف عقد، ربح معین شود و باقی آن برای طرف دیگر باشد به اجماع فقیهان باطل و بی اثر است. (النجفی، ۱۴۳۰: ۳۶۴).

در زمان تنظیم عقد مضاربه عموماً بانکها مبالغی را به عنوان وجه التزام تعیین می نمایند. اگر طرفین قرارداد با هم قرار می گذارند که اگر هرکدام از افراد نسبت به مفاد قرارداد تخلف کند، فلان مبلغ را به نفع طرف دیگر خواهد پرداخت و اصطلاحاً وقتی وجه التزام گفته می شود، وجه به معنای مبلغ و التزام به معنای پایبندی است؛ یعنی مبلغی که جهت پایبندی به قرارداد در خود قرارداد شرط می شود و هنگامی که شرط شد، فرد باید متعهد به انجام آن باشد اما جریمه دیرکرد، همانگونه که از نام آن پیداست، به دلیل تأخیر در بازپرداخت تسهیلات دریافتی پرداخت می شود و وقتی ماهیت جریمه پیدا می کند باید جرمی اتفاق افتاده باشد و اثبات جرم با قاضی است نه با بانک؛ بنابراین باید کار به دادگاه کشیده شده و اولاً جرم اثبات شده و ثانیاً به تناسب آن جرم، مجازاتی تعیین شده و سوم اینکه آن جریمه ای که به عنوان جریمه جرم گرفته می شود باید به بیت المال برسد نه به بانک. به همین دلیل جریمه دارای یک ماهیت مجرمانه است و هنگامی که گرفته می شود به عنوان مجازات فرد متخلف و مجرم بوده و لازمه آن تشکیل دادگاه است. به نظر می رسد اخذ دیرکرد توسط بعضی بانک ها و موسسات مصداق مشخصی از آیه ۱۳۰ سوره آل عمران بوده و مشروعیت ندارد.

البته موضوعی که شائبه ربوی بودن نظام بانکی کشور را مطرح کرده، این است که گفته می شود عقودی که بین بانک و مشتریان بسته می شود، در اجرا با ماهیت اصلی خود عقد، فاصله زیادی دارد، یعنی عقود صوری است و با ماهیت عقد موردنظر سازگاری ندارد؛ لذا شبهه ربوی بودن عقد وجود دارد. زمانی که عقدی به صورت صوری اجرائی شود، این عقد باطل است و سودی که بانک از تسهیلات گیرنده دریافت و به سپرده گذار پرداخت می کند را زیر سؤال می برد و از این جهت شائبه هایی که نسبت به عقود که واقعی نیستند و جنبه صوری دارند را نمی توان نفی کرد و چنین شبهه ای درست است.

با این حال، اگر نظام بانکی فعلاً راه حلی برای این مسئله که عقود را به صورت واقعی تر انجام شود، ندارد، حداقل باید به دنبال اصلاح آن باشد تا مشکل حل شود؛ البته مشاهده نمی شود که نظام بانکی به دنبال حل این موضوع باشد؛ حتی پیشنهادهایی توسط پژوهشگران و محققان ارائه می شود که احتمالاً نظام بانکی آن ها را اجرائی تشخیص نداده و به این نتیجه نرسیده که می تواند از این پیشنهادهای برای رفع مشکلات و شائبه ها استفاده کند؛ البته نه این که هیچ تلاشی نشود، ولی تلاش ها برای حل این موضوع کافی نیست (www.mbri.ac.ir)، بازدید شده در تاریخ ۱۳۹۵/۰۹/۰۶).

در خصوص مضاربه بانکها اقداماتی انجام می دهند که بعضاً بلااشکال و گاهی خلاف مقررات است. قانونگذار ایرانی در ماده ۵۵۶ قانون مدنی مقرر دارد: «مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود، مگر در صورت تعدی و تفریط» مطابق ماده ۹۵۱ قانون مدنی «تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری» و طبق ماده ۹۵۳ قانون مدنی «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است». این امر عموماً توسط بانک ها در قراردادهای قید می شود تا مضارب در حد متعارف اقدام نماید.



نظر می‌رسد حتی با فرض وقوع ربا از سوی بانک‌ها و به طور کلی اشخاص حقوقی، این امر قابل تعقیب کیفری نیست و جرم‌انگاری ربا، فقط نسبت به اشخاص حقیقی صورت گرفته است.

۲،۴ ربا و تورم

فرض کنیم که ربا همان بهره‌ی مشخصی است که در ازای هر گونه وامی دریافت می‌شود که هر کس به کسی دیگر برای هر مقصودی از جمله سرمایه‌گذاری تجاری پرداخته باشد. افزون بر این فرض کنید که در همه‌ی زمان‌ها و مکان‌ها (که طبق فرض همان دریافت بهره است) در ازای وام دادن کالا و نیز پول ممنوع باشد. این فرض‌ها در مورد ربا با دیدگاه فقهای اسلامی معاصر و فعالان مسلمان کاملاً سازگاری دارد. اما برخلاف باور برخی از آنان، لزوماً نتیجه نمی‌شود که بهره گرفتن در ازای وام‌های پولی در هر وضع و شرایطی ممنوع خواهد بود. علت آن است که ماهیت و اهمیت پول در گذشته و در حال حاضر تفاوتی اساسی کرده است. تا پیش از ابداع پول کاغذی پول از یک یا چند کالا خصوصاً طلا و نقره درست می‌شد. طلا، نقره و هر پول کالایی دیگری - مانند همه‌ی کالاها - با هزینه معینی تولید می‌شود و از همین رو می‌توان آن‌ها را واجد ارزش ذاتی دانست. ولی انتشار (و نه تولید) پول کاغذی متضمن هزینه‌ی قابل ملاحظه‌ای (در مقایسه با ارزش اعتباری آن) نیست و به همین دلیل این پول فاقد ارزش ذاتی است و ارزش آن ناشی از پذیرش قراردادی آن به عنوان واسطه‌ی مبادله است. در نتیجه بر خلاف پول‌های کالایی می‌توان با صدور فرمان، عرضه‌ی پول کاغذی را افزایش یا کاهش داد و همین مسئله برای موضوع بحث ما نتایج مهمی در بردارد (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۲۸).

قانون تحریم ربا بدین معنی است که وام‌گیرنده باید در سررسید وام، معادل ارزش دقیق وام دریافتی را به وام‌دهنده بازگرداند. در اقتصاد سیاسی امروز ارزش پول کاغذی یعنی قدرت آن برای خرید کالاها تغییر می‌کند و چه بسا تنزل یابد. برای نمونه، مبلغ مشخصی پول که در سال ۱۳۹۹ برای یک سال داده

تفسیری که نزدیکتر به نظر می‌رسد این است که سرمایه و سود را در مرحله بعد به عنوان وام محسوب کند و سود هر دو را بگیرد، یعنی اگر سر موعد نتوانست سرمایه و سود را پردازد به او مهلت دیگری می‌دهد به شرط این که سودش را پردازد، یعنی بعد از مدت یکسال دیگر - علاوه بر باز پس دادن طلب و سود اولیه، سود سود را نیز پردازد. این احتمال با تعبیر «اضعافاً مضاعفه» سازگارتر است (rasekhoon.net، بازدید شده در تاریخ ۱۳۸۷/۱۰/۱۱).

از جمله سوالاتی که ممکن است ایجاد شود این است که در صورتی که افراد در جامعه از روش‌هایی که بانک‌ها استفاده می‌کنند بهره ببرند آیا مرتکب جرم شده‌اند یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا بانک‌ها در اخذ یا پرداخت سود اضافه مستثنا هستند یا خیر؟

با بررسی ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی در ابتدای امر به نظر می‌رسد اگر افراد تحت هر قراردادی از قبیل مضاربه که مورد استفاده‌ی بانک‌ها می‌باشد جنسی را با شرط اضافه معامله نمایند و یا زائد بر مبلغ پرداختی، دریافت نمایند ربا محسوب می‌شود. از ظاهر ماده دقیقاً همان اقدامی برداشت می‌شود که بانک‌های جمهوری اسلامی ایران انجام داده و مورد تعقیب قرار نمی‌گیرند.

همانگونه که بیان شد بانک‌ها بر اساس عقود اسلامی مبادرت به تنظیم قرارداد با مشتریان می‌نمایند لذا موضوع در صورتی که به صورت دقیق وفق قانون انجام گیرد از ربا خارج می‌شود. بدیهی است افراد در جامعه نیز در صورتی که از طریق عقود اسلامی مبادرت به تنظیم قرارداد نمایند اقدامشان مشمول بزه رباخواری نمی‌گردد در حالیکه در عمل افراد معمولاً بدون قصد احد از عقود اسلامی صرفاً مبادرت به دریافت مبلغی مازاد بر مبلغ پرداختی می‌نمایند که مشمول ذیل ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی می‌گردد ولو اینکه میزان اضافه به همان میزانی باشد که بانک‌ها با لحاظ نرخ مصوب بانک مرکزی اخذ می‌نمایند. ضمن اینکه لازم به ذکر است با توجه به منطوق ماده و استفاده از لفظ «نفر» به

شدید ارزش پول ممکن است طی مدّت زمان طولانی، برای مثال ۳۰ سال رخ دهد.

دلیل اول: پول‌های اعتباری به حسب قدرت خرید حقیقی (ارزش مبادله‌ای حقیقی) مثلی هستند. معنا و مفهوم مثلی و قیمی از سوی شارع بیان نشده‌است؛ بلکه این دو اصطلاح را فقیهان در باب ضمان وارد فقه کرده‌اند. مثلی و قیمی دو اصطلاح عرفی هستند؛ یعنی مالی را که عرف در هر زمان و مکانی، مثلی یا قیمی بدانند، همان، ملاک داوری خواهد بود.

با توجه به اینکه پول‌های اعتباری به حسب قدرت خرید حقیقی، مثلی است؛ در نتیجه اگر کاهش ارزش پول بین زمان تحقق دین و ادای آن، به گونه‌ای باشد که عرف در برابر آن از خود واکنش نشان دهد، باید قدرت خرید حقیقی پول پرداخت شود تا به مقتضای قاعده «المثلی یضمن بالمثل» عمل شود. روشن است که این، زیادی و ربا به شمار نمی‌رود. (یوسفی، ۱۳۸۱: ۱۰).

دلیل دوم: صدق ادای کامل دین فقط با بازپرداخت قدرت خرید حقیقی تحقق می‌یابد. تحقق ادای کامل دین امری عرفی است. در جو توّرمی و هنگامی که ارزش پول کاهش می‌یابد، باید دید عرف چه چیزی را ادای کامل دین می‌داند. اگر کاهش ارزش پول شدید باشد، به یقین عرف وقتی مدیون را بری‌الذمه می‌شمارد که ارزش حقیقی پول را بپردازد؛ در غیر این صورت، او را بری‌الذمه نمی‌داند (مکارم شیرازی، ۱۳۹۵: ۱۴۸).

دلیل سوم. لزوم رعایت قاعده عدل و قسط. عدل و قسط و عدم ظلم در حق دیگران از اموری است که عرف، عقل، اجماع، آیات و روایات بر آن تأکید و تصریح دارند و از امور ضرور و بدیهی دین اسلام در هر مورد از امور زندگی، از جمله در باب دیون است. وقتی ارزش پول به شدت کاهش یابد، به یقین، پرداخت قدرت خرید اسمی به داوری عرف، ادای کامل حق به شمار نرفته و طبق قاعده عدل و قسط عمل نشده است؛ ولی اگر قدرت خرید حقیقی

شود قدرت خرید آن در سر رسید وام در سال ۱۴۰۰ کمتر از سال ۱۳۹۹ است. این شبیه آن است که مثلاً سه گونی گندم وام بگیریم و در ازای آن مثلاً دو گونی پس بدهیم. روشن است که این خلاف نص صریح و روح قانون اسلام است مگر آن که این کار از روی خیرخواهی انجام شود.

نتیجه آن که در ازای وام پولی باید نرخ بهره‌ای برابر با نرخ تورم مورد توافق متقابل وام دهنده و وام گیرنده پرداخت شود تا عمل آنان با نفس قانون اسلام سازگار باشد. برای نمونه اگر نرخ تورم ده درصد باشد آن گاه برای تضمین این که وام دهنده در نتیجه وام دادن پول خود به دیگران، دچار زیان نگردد باید نرخ بهره‌ای برابر ده درصد برای وی در نظر گرفته شود. اتفاقاً در بسیاری از کشورها نرخ تورم موجود حتی بیشتر از نرخ تجاری بهره است و به همین دلیل وام دهندگان ناگزیر زیان می‌بینند و وام گیرندگان سود می‌برند. بنابراین مسلم است که حتی بر پایه ی تفسیر دقیق دینی در نظر گرفتن بهره برای وام‌های پولی در تمامی شرایطی که نرخ تورم حداقل برابر با نرخ بهره باشد مجاز شمرده شود. در غیر این صورت، اجرای قانون تحریم ربا با خود این قانون و اصول کلی عدالت اسلامی در تعارض خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۲۸).

صرفنظر از حاکمیت آموزه‌های اقتصادی معاصر در باب تورم و کاهش قدرت خرید پول و طرح این مباحث تحت عنوان حيله‌های ربا از سوی برخی از فقها، برخی جرم‌شناسان و متولیان سیاست جنایی نیز با توجه به آموزه‌های جرم‌انگاری و جرم‌زدایی، جرم‌زدایی قانونی و حتی جرم‌زدایی عملی از بزه ربا را نیز مطرح می‌کنند (بیگی و شیریان نسل، ۱۳۹۸: ۷).

گاه توّرم و کاهش ارزش پول چنان شدید و محسوس است که عرف و عقلا در معاملات مدّت‌دار، واکنش آشکاری از خود نشان می‌دهند. در این حالت، با استناد به ادله ذیل اثبات می‌کنیم که جبران کاهش ارزش پول لازم بوده، از مصادیق ربا به شمار نمی‌رود. شایان ذکر است که این کاهش



مترپارچه معامله نماید مجاز است به شرطی که فی المجلس تقابض صورت گیرد. اگر یکی از متبادلین نسبه باشد بیع مجاز نمی باشد. در مبادله اموال ربوی درجنس واحد مساوی بودن مقدار واجب است.

پرداخت شود، به قضاوت عرف و عقلا، ادای کامل حق بوده و قاعده عدل و قسط رعایت شده است (یوسفی، ۱۳۸۱: ۱۲).

۳ ربا در کشور مصر

مردم مصر دارای مذاهب مختلف اند منتهی اکثریت آنان مسلمان و سنی مذهب اند. فرقه حنفی، خط غالب فکری اسلام سنی در مصر می باشد. بر طبق قانون اساسی مصر هیچ کدام از قوانین کشور نباید مغایر قوانین شریعت اسلام باشد. در ماده ی ۲ قانون اساسی مصر آمده است: «اسلام دین و آیین حاکم بر کشور و عربی زبان رسمی و اصول و مبادی شریعت اسلامی منبع اصلی قانونگذاری در آن است». علی ای حال با توجه به حاکمیت فقه حنفی در مصر شناخت دیدگاه های فقهی در خصوص ربا در این کشور حائز اهمیت است لذا بدوا به بررسی ربا در فقه حنفیه و سپس قوانین و مقررات در مصر می پردازیم.

۳،۱،۲ ربای نسبه

ربای نسبه به این معنی که پرداخت زیاده در مقابل زمان تاخیر پرداخت عوض باشد. مثلاً ۱۰ کیلوگرم در تابستان می فروشد به ۱۵ کیلوگرم در زمستان (زحیلی، ۱۴۱۸: ۶۸۰).

فقههای حنفیه ربای نسبه را این چنین تعریف کرده اند: نسبه بیعی است که در آن یک طرف معامله نقد و طرف دیگر نسبه باشد که در این صورت نقد بر نسبه و عین بر دین تفاضل دارد. مثلاً بیع یک صاع گندم به یک صاع و نصف از آن تسلیم در زمان دیگر، یا مثلاً بیع یک صاع گندم به دو صاع جو تحویل در زمان دیگر، یا بدون زیاده مثلاً بیع یک رطل خرما ی نقد به یک رطل خرما ی نسبه. این مثالهایی است برای بیع مکیل یا موزون متماثل یا غیر متماثل.

یک مثال برای بیع غیر مکیل و غیر موزون متماثل بیع یک سیب به دوسیب تحویل با تأخیر است. در این مثال ها ربای نسبه وجود دارد که در یک طرف معامله زیادی هست بدون اینکه در مقابل آن چیزی باشد.

ابن عباس، اسامه بن زید بن ارقم، زبیر و ابن جبیر و ... ربای حرام را فقط در معامله نسبه دانسته اند، که بر اساس قول نبوی صلی الله علیه و آله که اسامه آن را روایت کرده: «لا ربا الا فی النسبه» ربا نیست مگر در نسبه، که البته سخن آنان را به روایات دیگری که ربای فضل را تحریم می کند مورد ایراد قرار می دهیم؛ لذا جابر بن زید نقل می کند که ابن عباس از نظر خود برگشته بود. سپس اجماع تابعین به تحریم ربای فضل شد و اختلاف از میان رفت. اما تاویل سخن پیامبر گرامی اسلام که در

۳،۱ ربا از منظر فقه حنفیه

ربا در نزد جمهور فقها دو نوع است: ۱. ربای فضل (اضافی) یا ربای معاملی و ۲. ربای نسبه یا ربای جاهلیت.

۳،۱،۱ ربای فضل

معامله عین دو مال همجنس با معیار شرعی (مکیل و موزون) با زیادی.

ربا در زیادی شرطیه و غیر شرطیه تحقق پیدا می کند، چه دربیع باشد چه در قرض. منظور از عین مال تحقق زیادی در مقدار و کمیت است نه از لحاظ قیمت و قید معیار شرعی برای احتراز از مزروع و معدود به کار رفته است که در مزروع و معدود ربا تحقق پیدا نمی کند، همانگونه که در اموال قیمتی مثل خانه، اثاث و درخت ربانیست پس زیادی در آنها حرام نیست؛ و ربا اختصاص به مکیل و موزون دارد. اگر کسی یک متر از پارچه معین را به شش

کیل یا وزن؛ متحد بودند، در آنها ربا با هر دو نوع آن (ربای افزوده و ربای نسیه) حرام است مانند فروش گندم به گندم، آهن به آهن و ...؛ و هرگاه عوض ها در جنس و مقدار با هم متحد نبودند هم افزودن حلال است و هم نسیه؛ مانند فروش گندم به پول نقد تا مدتی؛ و اگر در میان دو عوض در مقدار اتحاد وجود نداشت و فقط جنس متحد بود، پس فقط افزودن حلال است نه نسیه، مانند فروش یک سیب به دو سیب؛ و هرگاه اتحاد در جنس موجود نبود، فقط دوشی در مقدار متحد بودند بازهم افزودن حلال است نه نسیه، مانند فروش گندم و جو (زحیلی، ۱۴۱۸: ۱۴۲).

۳،۲ ربا از منظر قانون

اصل قانونی بودن جرم و مجازات را می توان یکی از اصول اولیه حقوق جزا و مبتنی بر فطرت بشر دانست به همین جهت در حقوق کشور های دیگر از جمله مصر نیز این اصل پذیرفته شده است. قانونگذار مصری این قاعده را تا اندازه ای واجد اهمیت دانسته است که چند اصل قانون اساسی را به آن اختصاص داده است. اصل ۶۶ قانون اساسی مصر مقرر می دارد: «مجازات یک امر شخصی است که قانون آن را تعیین و اجرا می نماید و تنها یک محکمه قضایی می تواند مجازات را اعمال نماید. مجازات تنها در مواردی اعمال می شود که قانون تعیین و تجویز نماید.»

یکی از نتایج اصل قانونی بودن جرم و مجازات این است که اصل بر مباح بودن اعمال ارتكابی و برائت افراد است چنانکه اصل ۶۷ قانون اساسی مصر مقرر می دارد: « هر متهم تا زمانی که گناهش در یک دادگاه قانونی که در آن به او حق دفاع داده می شود ثابت نشده باشد بیگناه یعنی اصل بر برائت شخص است و هر شخص متهم باید مجال دفاع از خود را داشته باشد.»

درباره لزوم قانونی بودن مجازات، اصل ۷۰ قانون اساسی مصر مقرر می دارد: «تمام دعاوی کیفری

جواب سوال مبادله گندم به جو و طلا به نقره با مدت که پیامبر فرموده در «لاربا الا فی النسیه» این سخن در پاسخ آن سوال بوده که راوی سخن را شنیده ولی سوال را نشنیده، یا اینکه قصد پیامبر گرامی اسلام از گفتن «لاربا» ربای کامل یا ربای خطرناک، یا ربایی که زیاد واقع می شود، یا ربای سخت عقوبت است که در عرب اینگونه معمول است که می گویند عالمی غیر از فلانی در شهر نیست، منظورشان نفی اکمل علم است نه نفی اصل علم (الجزیری، ۱۴۲۷: ۳۱۷).

به طور کلی علت حرام بودن زیاده در نظر حنفیه در کالا همانند حنابله می باشد یعنی هر چیزی که با کیل یا وزن فروخته شود در صورت زیادی در ربا داخل می شود. در مذهب حنفی در چیزهای مکیل، مقداری که مازاد آن ربا محقق می شود تعیین شده است یعنی چیزهایی که از لحاظ کیل دارای وزن کمی باشند وارد ربا نمی شوند. مثلاً چیزهایی که یک کیلو باشد وارد ربا نمی شوند مثلاً فروختن یک خرما به دو خرما جایز نمی باشد چون مقدار آن کم بوده و مکیل می باشد اما موزون در صورتی که طلا و نقره باشد هرچند آن طلا و نقره از یک دانه کمتر هم باشد ربا در آن تحقق می یابد اما اگر چیزی خوردنی باشد یعنی از طعام باشد مثل فروختن یک سیب به دو سیب بدلیل آن مشخص شود یعنی بگوید من این سیب را به این سیب مشخص می فروشم در این صورت بیع او صحیح خواهد بود. به عبارت ساده تر اگر موزون از نوع طعام باشد برای درست شدن معامله، اولاً مقدار آن از یک سیب یا دو سیب تجاوز نکند، ثانیاً بدلیل آن مشخص شود معامله صحیح خواهد بود اما اگر از نوع مکیل و موزون نباشد یعنی معدود و مزروع باشد وارد ربای فضل نمی شود اما در مزروع شرط است که در همان مجلس قبض صورت گیرد مثلاً فروختن یک متر پارچه به دو متر پارچه (الجزیری، ۱۴۲۷: ۲۴۰).

علت ربا همانا اتحاد این اصناف است در جنس و مقدار (کیل و وزن)، پس هرگاه دو عوض در جنس و مقداری که کالا با مقیاس آن فروخته شود اعم از



است در صورت اجتماع شرایط جرم تلقی گردیده است بنابراین ملاحظه می‌کنیم جرم ربا در حقوق مصر اگر چه با معنای لغوی آن شباهت هایی دارد اما از معنی مصطلح و فقهی آن فاصله گرفته است.

این تفاوت در شرایط و ارکان جرم ربا و ویژگیهای آن در نظام های حقوقی ایران و مصر از اختلاف مبنایی بین قانون ایران و مصر ناشی می‌شود بدین ترتیب که مبنای جرم ربا در حقوق ایران آموزه های شرع مقدس اسلام و منابع و متون فقهی است اما جرم در حقوق مصر از قوانین کشورهای غربی مانند فرانسه اقتباس شده است.

بنابراین جرم ربا را در حقوق مصر می‌توان این گونه تعریف نمود:

« ربا عبارت است از سودی بیش از حداکثر مجاز قانونی و در صورتی جرم است که قرض دهنده با سوء استفاده از ضعف نفس و هوی و هوس وام گیرنده او را مایل به دریافت وام کرده باشد یا آن که اعطای قرض به سود مذکور به عنوان عادت وام دهنده تبدیل شده باشد و جهت تحقق جرم، دریافت سود مورد توافق توسط وام دهنده شرط نمی‌باشد.»

جرائم موضوع ماده ۳۳۹ قانون جزای مصر در صورتی محقق خواهد شد که طرفین عقد قرض بر دریافت اضافه مازاد بر میزان مقرر قانونی توافق نمایند بنابراین در حقوق مصر نیز پرداخت اضافه از طرف قرض گیرنده بدون توافق قبلی در اثنا یا انتهای قرض حتی اگر به میزان مازاد بر مقرر قانونی باشد، جرم نخواهد بود. از نحوه بیان قانونگذار (ذکر بیش از حداکثر مقداری که می‌توان بر آن توافق کرد) شاید در ابتدا این طور به نظر برسد که این جرم فقط در صورتی محقق خواهد شد که اضافه دریافتی وجه نقد آن هم به بیش از هفت درصد در سال باشد. اما رویه ی قضایی و دکترین حقوقی مصر تفسیر موسعی از عنوان مازاد را در نظر گرفته و آن شامل اموال غیرنقدی، منفعت، حقوق مالی، انجام عمل و..... چنانچه به پول ارزیابی شود و در نتیجه

بایستی با حکم ارگان های قضایی پیگیری شود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.»

در قوانین عادی کیفری مصر نیز ماده ۵ قانون مجازات مبین این اصل است. این ماده مقرر می‌دارد: «يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها...» «جرائم به موجب قانونی که در حین ارتکاب آن ها مورد عمل بوده مجازات می‌شوند.» مفهوم این ماده آن است که اعمال انسانی مادام که پیش از ارتکاب آن موضوع امر و نهی قانونگذار قرار نگرفته باشد جرم محسوب نمی‌شود. در حقوق مصر جهت شناخت جرم ربا باید نص قانونی که به موجب آن این عمل مجرمانه تلقی گردیده است بررسی شود قانونگذار مصری در ماده ۳۳۹ قانون مجازات مقرر می‌دارد:

«كل من انتهز فرصة ضعف اوهوى نفسٍ شخصيٍ و اقرضه نقوداً باي طريقةٍ كانت بقائه تزيد عن الحد الاقصى المقرر للفوائد الممكن الاتفاق عليها قانوناً يعاقب ... و كل من اعتاد على اقراض باي طريقةٍ كانت بفائده تزيد عن الحد الاقصى للفائده الممكن الاتفاق عليها قانوناً يعاقب ...»

ترجمه: «هر کسی که از فرصت ضعف نفس یا هوی و هوس دیگری سوء استفاده نماید و به او به هر طریق ممکن به سودی بیش از حد مجاز قانونی وجه نقد قرض بدهد مجازات می‌شود ...»

هر کس که به قرض دادن وجوه نقد به هر نحو ممکن به سودی بیش از حد مجاز قانونی اعتیاد حاصل نماید مجازات می‌شود...»

ملاحظه می‌شود در حقوق مصر در ارتباط با ربا دو عنوان مجرمانه جعل شده است یکی «سوء استفاده از ضعف نفس و هوی و هوس دیگری و قرض دادن وجه نقد به او سودی بیش از حد مجاز قانونی» و دیگری «اعتیاد به قرض دادن به سودی بیش از حد قانونی»

علی‌هذا در حقوق این کشور نفس قرض یا معامله ربوی به خودی خود جرم نیست بلکه قرض وجه نقد به سودی بیش از آنچه قانون مقرر نموده

قسمت اول ماده ۳۳۹ قانون مجازات مصر مقرر می‌دارد: «هر کس از فرصت ضعف نفس یا هوی و هوس دیگری سوء استفاده نماید و به او به هر نحو ممکن وجوهی به سودی بیش از حداکثر سودی که قانون اجازه توافق بر آن را داده است قرض بدهد...» بنابراین ملاحظه می‌گردد که به موجب این ماده صرف قرض دادن به سود غیرقانونی به دیگری جرم محسوب نمی‌گردد و قانونگذار قصد مقابله صرف با ربا را نداشته است بلکه هدف قانون مقابله با افرادی بوده که با سوء استفاده کردن و با ترغیب آنان به انعقاد عقد قرض ربوی به سودی بیش از حد قانونی باعث ازدیاد ثروت خویش و دارا شدن نامشروع خود و ضرر و افلاس افراد ضعیف می‌گردند.

به عبارت دیگر می‌توان گفت «هدف قانونگذار حمایت از پاکی و حسن نیت در معاملات بوده است» (حسنی، ۲۰۱۸: ۱۱۱۶) همچنین اگر در عقد قرض منعقد با فرد ضعیف یا دارای هوای نفس سود قانونی (به موجب ماده ۲۲۷ قانون مدنی هفت درصد برای هر سال) شرط شود باز هم جرم محقق نخواهد شد حتی اگر قرض دهنده با سوء استفاده از ضعف قرض گیرنده او را ترغیب به قرض کرده باشد زیرا تحقق این جرم منوط به احراز دو شرط است: ۱. فاحش بودن ربا (تجاوز سود مورد توافق از حد مجاز قانونی) ۲. بهره برداری از ضعف و هوای نفس وام گیرنده توسط وام دهنده.

۳٫۳ عملکرد بانک‌ها

برخلاف حقوق غرب، حقوق موضوعه در برخی از کشورهای اسلامی از شریعت اسلام پیروی می‌کند و بر آن منطبق است. ممنوعیت اخذ بهره در قوانین برخی از کشورهای اسلامی به ویژه در بخش مقررات حاکم بر بانکها و اخیراً بخش ابزارهای مالی اسلامی به چشم می‌خورد.

ریشه‌های ایجاد بانک‌های اسلامی در انتقادات مسلمانان به نظام سنتی مبتنی بر ربا در سال‌های

ارزش آن بیش از هفت درصد اصل مبلغ قرض باشد دانسته‌اند. ذکر عبارت «بای طریقه کانت» نیز موید این استدلال است که طریقه توافق در دریافت اضافه خصوصیتی ندارد. کما این که گفته شده است توافق بر مازاد ممکن است مستتر باشد و اگر قاضی در تحلیل قصد طرفین به این نتیجه برسد که منظور طرفین دریافت و پرداخت مازاد بر مقدار مقرر قانونی است احکام مربوطه را بر موضوع بار خواهد کرد مانند این که طرفین محل مصرف اضافه دریافتی را برای گروه خاص یا مصارف عمومی تعیین کرده باشند اما معلوم گردد قرض دهنده جزء آن گروه خاص بوده و عواید وی از مازاد مورد توافق بیش از حد نصاب قانونی است. یا این که شرط نمایند اضافه مورد توافق را فرد ثالثی دریافت نمایند اما معلوم گردد آن فرد جزء افراد واجب النفقه قرض دهنده است. (حسنی، ۲۰۱۸: ۱۱۲۰) همچنین بر خلاف حقوق ایران که دریافت مازاد در عقد قرض و معاوضات دیگر به هر میزانی که باشد جرم است در حقوق مصر دریافت مازاد تا حد معین قانونی، مجرمانه نمی‌باشد، حتی اگر قرض دهنده از ضعف و هوای نفس قرض گیرنده سوء استفاده کرده باشد یا آن که قرض ربوی به عنوان عادت قرض دهنده تبدیل شده باشد.

حقوقدانان مصری معتقدند جرایم موضوع ماده ۳۳۹ قانون مجازات به محض انعقاد عقد قرض به سودی بیش از حد مجاز قانونی محقق می‌شود و شکل‌گیری این جرایم منوط به دریافت اضافه مشروط توسط وام دهنده نمی‌باشد. بنابراین می‌توان گفت: در حقوق مصر این جرایم جزء جرایم مطلق محسوب می‌شود. شاید به جهت اهمیتی که این جرم در نظر قانونگذار مصری داشته است قبل از رد و بدل شدن اضافه قانونگذار وارد عمل شده و همین حد اقدامات انجام شده را نیز جرم انگاری نموده است. چنانکه در خصوص برخی از جرایم به جهت اهمیت آن‌ها شروع به ارتکاب آن‌ها نیز مورد مجازات قرار گرفته است.



احمد النجار موسس اولین بانک اسلامی در مصر، وضعیت حال حاضر بانک‌های اسلامی را شکستی بزرگ توصیف می‌کند که عملیات آنها فقط در ظاهر از عملکرد بانکداری متعارف متفاوت است، لیکن در باطن همان عملیات را انجام می‌دهند، به نحوی که کمتر از ۵ درصد فعالیتشان مبتنی بر نظام مشارکت واقعی در سود و زیان است (kuran, 1995, pp.155-173).

این ناکامی طبیعی به نظر می‌رسد و نظریات جدید درباره ربا نیز آن را تایید می‌کنند. مطالعه رفتار اشخاص در جامعه نشان می‌دهد که اکثر آنها حاضر نیستند حاصل دسترنج خود را در معرض سرمایه‌گذاری پرخطر قرار دهند و به دنبال یافتن مکانی امن با حداقل سود تضمین شده هستند.

در سیستم اقتصاد غربی یکی از مباحث اصلی مطروحه این مطلب است که آیا لازم است دولت نرخ بهره را کنترل نموده و در این راستا محدودیت‌هایی اعمال نماید؟ بسیاری از علمای اقتصاد بر این باورند که همانگونه که دولت در تعیین بهای سایر کالاها و خدمات مداخله‌ای ندارد و نیروهای موجود در بازار و میزان عرضه و تقاضا، قیمت را معین می‌نمایند تعیین نرخ سود و سرمایه‌گذاری را هم باید به بازار واگذار نمود که تناسب نرخ آن در بازار عوامل تولید معین گردد و در نهایت خود بازار بدون هرگونه مداخله دولت سبب اختلال در روند طبیعی امور و بی‌نظمی خواهد شد. اما بسیاری از کشورها به جهت مفاسد مترتب بر آزاد سازی نرخ بهره محدودیت‌هایی برای آن قایل می‌باشند. چنانکه در حقوق فرانسه اعطای وام به بهره‌ای بیش از آنچه قانون معین نموده است جرم و مرتکب آن قابل مجازات می‌باشد. (حسینی، ۱۳۸۹: ۴۹)

سیستم اقتصادی مصر نیز به تبع اقتصاد غرب اصل معاملات ربوی را بر خلاف فقه حنفی به رسمیت شناخته است اما قانونگذار مصری در خصوص نرخ بهره اقدام به اعمال محدودیت‌هایی بین طرفین عقد قرض نموده است:

۱۹۴۰ به بعد یافت می‌شود. بین سال‌های ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ اقتصاددانان مسلمان، نظریه‌ی ایجاد بانکداری بدون ربا را مطرح و مدل بانکداری بدون ربا مبتنی بر مشارکت در سود را طراحی کردند. برخی از موسسات مالی مانند میت چمردر مصر این الگوها را اجرایی کردند (Iqbal, 2005, p.64).

اولین موسسه مبتنی بر نظام بدون ربا با عنوان بانک، بانک سوشیال ناصر بود که در سال ۱۹۷۱ در مصر تاسیس شد. این اولین بار بود که یک کشور اسلامی به طور رسمی تمایل خود به تاسیس یک موسسه مبتنی بر شریعت را رسماً اعلام کرد. در آن زمان، هدف از تاسیس این بانک واقعاً یک هدف اجتماعی (کمک به فقیران و محققان) بود و به ارائه وام‌های با مبلغ کم، بر مبنای مشارکت در سود اقدام می‌کرد. این بانک موجب ایجاد انگیزه تاسیس یک بانک تجاری خصوصی توسط عده‌ای از تجار عرب با عنوان بانک اسلامی دبی در سال ۱۹۷۵ شد.

در حال حاضر عملکرد بانک‌های اسلامی در کشورهای گوناگون به طور گسترده مورد انتقاد اقتصاددانان مسلمان و طرفداران بانکداری اسلامی قرار گرفته است. بر اساس اصول بانکداری اسلامی و نظر به حرمت قطعی ربا در اسلام، عملیات بانک‌ها برای اجتناب از بهره و وام‌دهی ربوی که بانک‌های متعارف غربی انجام می‌دهند، باید مبتنی بر عملیات مشارکت در سود و زیان باشد. یعنی به جای آنکه بانک‌ها به متقاضیان تسهیلات، وام دهند و اصل و بهره آن را در سررسیدهای مشخص بازپس بگیرند، باید در عملیات تولید مشارکت کنند و تامین مالی پروژه‌های مفید و مجاز از نظر شرع اسلام را بر عهده بگیرند و در سود و زیان پروژه شریک شوند (Ayub, 2007, p.307).

باوجود اینکه اولین بانک اسلامی در کشور مصر تاسیس شد، با توجه به قوانین پیش‌گفته و نگاه غرب‌گرایانه قانونگذار و فاصله گرفتن از شریعت، در حال حاضر از ۴۷ بانک فعال در این کشور، صرفاً دو بانک اسلامی به فعالیت خود ادامه می‌دهند (شجری، ۱۳۸۹: ۸۷-۹۶).

در نظر گرفتن شرایط خاصی نزد هر گروه متفاوت جلوه کرده است. علمای اهل سنت ربا را به دو قسمت ربای نسیه و ربای فضل و فقهای امامیه ربا را به ربای قرضی و ربای معاملی تقسیم کرده اند.

شیوع رباخواری را می توان در اقتصاد ضعیف و نابسامان کشورهای اسلامی دانست. بانکها در این بین مزید بر علت شده اند و وجود شبهه رباخواری در بانکها و موسسات مالی و اعتباری موجب شده است تا رباخواری همچون گذشته در بین مردم مذموم نباشد و کسانی که نسبت به بانکها بهره کمتری دریافت می کنند کار راه انداز و محترم جلوه کنند که این خود از بزرگترین مشکلات مبارزه با جرم رباست چون شهروندان بانکها را نماد بانکداری اسلامی می پندارند.

بررسی و تحلیل بانک های ایران و مصر این نکته را آشکار ساخت که در برخی از جوامع غالباً مسلمان - مانند مصر-، می توان شاهد اجرای احکام شریعت اسلام در عرصه های عمومی حقوقی همچون حقوق کیفری نبود. البته در کشور ایران وضعیت متفاوت است، کشور ایران با حاکمیت کامل شیعیان، هم در عرصه سیاسی و هم در عرصه حقوقی در پی حاکم نمودن احکام فقهی اسلامی است و در تمامی قوانین جزایی خود مفاد فقهی را وارد نموده است.

در نظام حقوقی مصر اگر چه بر طبق ماده ۲ قانون اساسی مصر هیچ کدام از قوانین کشور نباید مغایر قوانین شریعت اسلام باشد ولی در حقوق این کشور نفس قرض یا معامله ربوی به خودی خود جرم نیست بلکه قرض وجه نقد به سودی بیش از آنچه قانون مقرر نموده است در صورت اجتماع شرایطی جرم تلقی گردیده است بنابراین ملاحظه می کنیم جرم ربا در حقوق مصر اگر چه با معنای لغوی آن شباهت هایی دارد اما از معنی مصطلح و فقهی آن فاصله گرفته است لذا به صراحت می توان بیان داشت در بانک های مصر ربا به صورت قانونی جاری است.

اولاً از دیدگاه قانون مدنی مصر اصل بر مجانی و غیرانتفاعی بودن عقد قرض است مگر آن که دریافت و پرداخت بهره در عقد شرط شده باشد. بنابراین در صورت سکوت طرفین راجع به تبرعی یا انتفاعی بودن قرض اصل گفته شده حاکم است. در این خصوص ماده ۵۴۲ قانون مدنی مصر مقرر می دارد: «قرض گیرنده مکلف است سود مورد توافق را در زمان حلول مواعد پرداخت نماید. اگر در این خصوص توافقی موجود نباشد قرض غیرانتفاعی محسوب می گردد.»

ثانیاً به موجب ماده ۱۲۵ قانون مدنی این کشور «حداکثر سودی که طرفین عقد قرض می توانند بر آن توافق نمایند هفت درصد می باشد» در خصوص این که ضمانت اجرای شرط بهره به سود بیش از هفت درصد چیست گفته شده است که در این حالت عقد قرض تا سود هفت درصد صحیح بوده و قرض دهنده مستحق دریافت سود به میزان مذکور می باشد اما شرط سود به میزان مازاد بر آن باطل و وام گیرنده مستحق استرداد آن می باشد (سنهوری، ۲۰۰۷: ۴۶۶). ماده ۲۲۷ قانون مدنی مصر پس از بیان ممنوعیت توافق به سود بیش از هفت درصد مقرر می دارد: «فاذا اتفقا علی فوائد علی هذا السعر، و جب تخفیضها الی سبعة فی المائة و تعیین رد مادفع زائد علی هذا القدر»

ترجمه: «اگر بر سودی بیش از این نرخ توافق نمایند لازم است آن را تا هفت درصد محاسبه نمایند و اگر زاید بر این مقدار پرداخت شده باید مسترد گردد.»

در حقوق جزای مصر صرف اعطای وام ربوی حتی به سود فاحش جرم تلقی نشده است بلکه جهت تحقق جرم وجود شرایط و اوضاع و احوال خاصی نیز لازم می باشد.

۴ نتیجه گیری

فقهای فریقین اهل سنت و تشیع تعاریف متعددی را برای ربا ذکر کرده اند که این تعاریف با توجه به



که در غالب عقود اسلامی به مردم پرداخت می شود باید کاملا روشن و به دور از هر شبهه ای باشد چون وام های با بهره بالا تحت نام هر عقود اسلامی اثری مخرب در جهت مبارزه با جرم ربا خواهد داشت. ضمن آنکه بستن موسسات مالی و اعتباری که با دور زدن قانون و استفاده از خलाهای قانونی سود بسیار بالایی از مردم دریافت می کنند می تواند بسیار موثر باشد.

با بررسی بانک های کشورهای هدف در این مقاله و برای مبارزه با جرم ربا در ایران پیشنهاد می شود ابتدا ایرادات مطروحه نسبت به ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی برطرف شود و سپس در راستای مبارزه با جرم ربا می بایست فضای غبار آلود اقتصادی تغییر یابد و به ثبات نسبی برسد تا کسب و کار و تولید رونق بگیرد و اشخاص به جای رباخواری منابع مالی خود را وارد عرصه تولید کنند، همچنین کاهش نرخ سود بانکی را داشته باشیم و از تاجر شدن بانکها جلوگیری شود. وام های بانکهای دولتی

Reference:

- Ismaili, Ali (1398). The crime of usury in jurisprudence and criminal law. First Edition, Tehran: Mobin Andisheh.
- Iqbal, Munawwar (1390). Challenges of Islamic Banking. Translated by Hossein Masimi; Muslim Bemanpour, First Edition, Tehran: Imam Sadegh University.
- Beigi, Jamal and Shirian Nasal, Maryam (1398). Usury Jurisprudential, legal and criminological study. First Edition, Tehran: Lantern of the World.
- Rajabipour, Mahmoud (1391). A research on the basics of growth-oriented social prevention of child and adolescent delinquency. First edition, Tehran: Mizan.
- Sajjadinejad, Seyed Reza (1394). Rules of criminal jurisprudence. First Edition, Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences.
- Siri Ahmad, Abdul Rahman (1379). Comparative study of interest and usury. Translated by Fathollah Haqqani, first edition, Tehran: Ehsan.
- Shabani, Ahmad (1394). An Introduction to Islamic Banking. First Edition, Tehran: Imam Sadegh University.
- Healing, Mohsen (1348). Usury religiously and socially. First Edition, Tehran: Islamic Library.
- Sadr, Seyed Mohammad Baqir (1389). Interest-free bank. Translated by Morteza Zanjani, first edition, Tehran: Farhang Sabz.
- Penal Code of the Arab Republic of Egypt. Translated by Mohammad Hassan Hajjarian, Tehran: A New Design of Thought.
- Katozian, Nasser (1397). Civil Rights, Partnerships-Peace. Eleventh Edition, Tehran: Ganj-e-Danesh Library.
- Makarem Shirazi, Nasser (2015). Sample interpretation. Volume 3, 40th edition, Tehran: Islamic Library.
- Motahari, Morteza (1396). Usury, banking and insurance. Twenty-fifth edition, Tehran: Sadra.
- Mostafazadeh, Fahim (2015). Theoretical foundations of criminal law in the customary system. First edition, Tehran: Khorsandi.
- Musaei, Meysam (1390). Thematicity of usury. First Edition, Tehran: Noor Alam.
- Mousavian, Abbas and Ghaninejad, Abbas (1384). Interest, or, usury? Talk about the concepts of interest and usury. First Edition, Tehran: Contemporary View Publishing.
- Nazarpour, Mohammad Naghi and Mousavian, Seyed Abbas (1393). Interest-free banking - from theory to experience. First Edition, Qom: Mofid University.
- Nazarpour, Mohammad Naghi; Mousavian, Seyed Abbas and Khazaei, Ayub (1398). Islamic banking. Third Edition, Tehran: Samat.
- Nouri Hamedani, Mohammad Javad (1393). Usury and usury. First Edition, Qom: Ferdows Leaves.



- Yousefi, Ahmad Ali (1381). A comparative study of the devaluation of money and usury. First Edition, Tehran: Contemporary Knowledge and Thought.
- Peyvandi, Gholamreza and Mirbod, Seyed Alireza (1398). The role of Islamic jurisprudential rulings in the criminal law system of important Islamic countries. *Islamic Law*, Year 16 (60), 191-227.
- Tafreshi, Mohammad Issa and Qanavati Khalafabadi, Jalil (1377). The pillars of the Mudaraba contract in Islamic law and Iranian civil law. *Journal of Teacher of Humanities (Tarbiat Modares University)*, Second Year (9), 133-115.
- Taghizadeh, Khadijeh (1391). Islamic Banking in some countries of the world. *Economic Journal - Monthly review of economic issues and policies*. Twelfth Volume (6 and 7), 47-80.
- Shajari, Parasto (1389). Islamic banking perspective. *Economic News*, Eighth Year, No. 130, 87-96.
- Katozian, Homayoun (1375). Usury and interest in the political economy of Islam. *Political-economic information*, eleventh year (111 and 112), 126-143.
- Hosseini S. 2010. A Comparative Study on the Economic Crime of Usury in Iranian and Egyptian Law. Master Thesis, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University.
- dhabih qih bashi ei. 1392. A comparative study of usury in the five religions. Master Thesis, Islamic Azad University, Central Tehran Branch.
- Electronic documents
- Judaki, Leila (1396). Interest-free banking and a challenge called interest rates. www.irna.ir. Retrieved on 03 December 2016.
- Momeni, Hojjatullah (1387). Prohibition of usury from the perspective of the Holy Quran. www.rasekhoon.net. Retrieved on February 1, 2017.
- Al-Zarqashi, Muhammad ibn Abdullah al-Masri (1984). *almanthur*. First Edition, Kuwait: Ministry of Endowments.
- Al-Qurtubi, Abu Abdullah (1387). The comprehensive rules of the Qur'an. First Edition, Cairo: Egyptian Library.
- Al-Najafi, Muhammad Hassan (1430). *Jewelry*. Volume 26, Seventh Edition, Beirut: Dar Al-Ahya Al-Tarath Al-Arabi.
- Amir Abdul Latif famous (1414). *Exploitation in the Islamic economy*. Cairo: Madbouli School.
- Behnam, Ramsis (2008). *Public theory for criminal law*. First Edition, Alexandria: The Origin of Knowledge.
- Taftazani, Saad al-Din (1407). *Explanation of Al-Nasfi beliefs*. First Edition, Cairo: Al-Azhariya School of Alcoholics.
- Jaziri, Abdul Rahman (1427). *Jurisprudence on the four religions*. Beirut: Dar Al-Afaq Al-Arabiya Publications.
- Javaheri, Hassan Mohammad Taghi (1387). *Al-Raba Fiqh and Economics*.



- Volume 1, Qom: Tebyan Cultural and Information Institute.
- Har'amli, Muhammad ibn Hassan (1409). Shiite means. Volume 18, Qom: Al-Bayt Institute for the Revival of Heritage.
- Zahili, Wahba (1418). Interpretation of the light in the belief, law and method. Second Edition, Beirut: Dar al-Fikr.
- Zeilali, Fakhreddin (1315). Clarification of facts in the explanation of the minutes. First Edition: Al-Kobra Al-Amiriyah Press.
- Sarakhsi, Shamsuddin (1414). almubasat. First Edition, Beirut: Dar Al-Kitab Al-Almiyeh.
- Sheikh Zayn al-Abidin ibn Ibrahim ibn Najim (1403). Bi Ja: Dar al-Fikr.
- Mohaqqeq al-Hali, Ja'far ibn al-Hasan (1409). Sharia of Islam. Second Edition, Tehran: Esteghlal.
- Misri, Rafiq Younis (1407). Beirut: Al-Risalah Institute.
- Mousavi Khomeini, Seyed Ruhollah (2013). Fourth Edition, Qom: Imam Khomeini Publishing House.
- Electronic documents
- Qasim, Jafar (2021). The Arab states are the heat of operations. www.aa.com. Retrieved on 05 September 1400.
- Migan, Brendan (2017). Record the expectations of consolidation in Egypt. www.carnegieendowment.org. Retrieved on 02 September.

Original Article

How to arrange for the enforcement of a breach of an obligation in Iranian law: The Convention on the International Sale of Goods and British Law

Mohammad Farzanegan^{*1}, Somaye Zohuri², Mohammad Hossein Taghi poor Darzi Naghibi³

¹ Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

² Assistant Professor, Department of Law and Theology, Faculty of Humanities, Golestan University, Gorgan, Iran.

³ Assistant Professor Faculty of Law and Political Science at University of Mazandaran, Babolsar, Iran.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.8.7](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23369.1329)



[10.22080/LPS.2022.23369.1329](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23369.1329)

Received:

February 8, 2022

Accepted:

July 2, 2022

Available online:

December 3, 2022

Keywords:

Compulsion, strictness, choice, arrangement, termination of contract.

Abstract

According to the principle of the necessity of contracts (Article 219 of the Civil Code), the contracts concluded between the parties and their legal representatives are mandatory. Therefore, according to this principle, the parties are obliged to fulfill their contractual obligations, but in some cases, one of the parties to the transaction refuses to fulfill his obligation. In this case, the guarantee of various executions is considered in the law for breaching the obligation. In this research, the position of the civil law and the Convention on the International Sale of Goods and English law in this regard have been investigated. Regarding the guarantee of the executing the violation of the condition, the jurists have put forward different ideas, and the civil law, based on the famous opinion of the Imami jurists, guarantees the longitudinal and sequential execution (i.e., first, the obligation of the obligee, if it is not possible to oblige. In the second stage, the obligation is fulfilled at the obligee's expense, and finally, it has accepted the termination of the contract). However, in the Convention on the International Sale of Goods and English Law, breaching the obligation, the obligation of the obligee is to fulfill the obligation, if the obligee wishes to approve the court and depends entirely on the opinion of the court. The possibility of terminating the contract by the obligee is exceptional and those limitations are considered.

***Corresponding Author:** Mohammad Farzanegan

Address: Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

Email: Mohfarzanegan@gmail.com



Extended abstract

1. Introduction

People with different motivations enter into contracts and ask each other to fulfill their contractual obligations. The legislator also respects and supports the contracts concluded between them. However, in some cases, one of the parties may refuse to fulfill their contractual obligations and prevent the obligor from achieving their contractual goals. In this case, in the law of guarantee, executions for violation of the obligation (forcing the obligee, fulfillment of the condition or obligation by a third party at the expense of the obligee and termination of the contract) are considered.

This research intends to deal with the arrangement of this triple performance guarantee. In fact, the basic question is whether these performance guarantees should be applied in order, and in this longitudinal system, termination of the contract is placed in the end, after the impossibility of forcing the obligee, or whether the obligee chooses each one. He has full authority over this performance guarantee and can act at his own discretion.

It seems that the civil law in this field has been followed from the famous point of view among Imamiyyah jurists. It is well-known among the scholars of Imamiyyah jurisprudence that an obligation is something whose implementation is necessary and the obligee can be obliged to implement it, and this content has been extensively reviewed in the subject of conditions (Sheikh Ansari, 1379, Vol. 4, p. 346, Shahid Sani, 1410, vol. 2, p. 506).

Examining this issue has a very practical aspect and directly affects the fate of the contract. The implementation of a long-

term performance guarantee can be a heavy burden on the obligee's shoulders, and in a system that has delays in proceedings, in addition to aggravating this destructive phenomenon, it causes more time and cost for the obligee, but in a system where the rights that the performance guarantee are in the form of choices given to the undertaker, it will not lead to these harmful effects.

In this article, this issue will be examined in Iranian law, the Convention on the International Sale of Goods and English law, and it will be determined on which basis each of these legal systems is based and what method they consider for applying this performance guarantee.

2. Methods

The present research uses library data and information and classifies them according to the subject matter.

Result

In accordance with the jurisprudence, the civil law does not say anything about the guarantee of the execution of the violation of the obligation in the discussion of the general rules of transactions, and just like the jurists, it says the guarantee of the execution of the violation of the condition in the discussion of the terms. According to the opinion of some jurists, the legislator explicitly states that the guarantee of the violation of the condition of the act is first forced, and if it is not possible to force and fulfill the condition by a third party at the expense of the conditional, then it is terminated (Articles 237 to 239). Jurists have deduced the general theory of breach of obligation according to these rules that are mentioned in the discussion of current condition and similar rules that are mentioned in several other contracts and state that in case of breach of obligation,

the obligee must first be forced to fulfill the obligation. In addition, if it is not possible to compel the obligee and fulfill the obligation by a third party at the obligee's expense, he will finally proceed to terminate the contract. In Iranian laws, although the possibility of combining the request for damages with other performance guarantees is not explicitly stated, but according to the principles governing civil rights and the general rules of civil liability, if the conditions for claiming damages are present, the injured party can be together with other performance guarantee to demand damages.

In the Convention on the International Sale of Goods, contrary to the laws of Iran, in case of breaching contract by the buyer or seller, the obligee can ask the court to compel the obligee to fulfill the obligation, and the court is not obliged to issue a ruling regarding the fulfillment of the obligation unless according to the law his subordinate to order the implementation of the same obligation in relation to similar sales contracts that are not subject to the provisions of this convention. The right to terminate the contract is also exceptional in the convention, and the goal of the drafters of the convention was to preserve the contract as much as possible and prevent its termination. The reason is that the termination of the contract is primarily limited to the fundamental breach of the contract. The difference between the Iranian law and the convention in the termination of the

contract is that there is no concept of fundamental breach in Iranian law, and in the assumption that the obligee has the right to terminate. It does not matter whether there is a fundamental or non-fundamental breach. Regarding the claim for damages, in the convention, the right to request compensation is considered as an independent performance guarantee along with other performance guarantees and can be combined with other performance guarantees at the same time.

In the common law legal system, in case of conditional violation against the obligee or obligee, the injured party always has the right to demand damages, but his compulsion to fulfill the obligation depends entirely on the opinion of the court. Termination of the contract has an exceptional aspect and the creation of the right of termination depends on the fundamental breach of the contract.

Funding

There is no funding support.

Authors' Contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work.

Conflict of Interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.

نحوه ترتیب ضمانت اجرای تخلف از تعهد در حقوق ایران، کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق انگلیس

محمد فرزنانگان^{۱*}، سمیه ظهوری^۲، محمد حسین تقی پور درزی نقیبی^۳

^۱ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

^۲ استادیار گروه حقوق و الهیات، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه گلستان، گرگان، ایران.

^۳ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.8.7](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23369.1329)



[10.22080/LPS.2022.23369.1329](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23369.1329)

چکیده

به موجب اصل لزوم قراردادها (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) قراردادهای منعقدہ بین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها لازم الاتباع است. پس متعاملین به موجب این اصل موظف به اجرای تعهدات قراردادی خویش هستند اما در برخی موارد یکی از طرفین معامله از انجام تعهد خود امتناع می‌نماید در این صورت ضمانت اجرای مختلفی در قانون برای تخلف از تعهد در نظر گرفته شده است. در این تحقیق به بررسی موضع قانون مدنی و کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق انگلیس در این خصوص پرداخته شده است. در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط فقها نظریات مختلفی را مطرح نموده اند و قانون مدنی براساس نظر مشهور فقهای امامیه ضمانت اجرای طولی و ترتیبی (یعنی ابتدا اجبار متعهد، در صورت عدم امکان اجبار در مرحله دوم انجام تعهد به خرج متعهد و در نهایت امکان فسخ قرارداد) را پذیرفته است. ولی در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق انگلیس در صورت تخلف از تعهد، اجبار متعهد به انجام تعهد در صورت تمایل متعهد له نیز منوط به تایید دادگاه است و بستگی کامل به نظر دادگاه دارد و امکان فسخ قرارداد توسط متعهدله جنبه استثنایی دارد و برای آن محدودیت هایی در نظر گرفته شده است.

تاریخ دریافت:

۱۹ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۱ تیر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۲ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

اجبار، تخلف از تعهد، تخییر، ترتیب، فسخ عقد.

* نویسنده مسئول: محمد فرزنانگان

ایمیل: Mohfarzanegan@gmail.com

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

۱ مقدمه

اشخاص با انگیزه‌های مختلف اقدام به انعقاد قرارداد می‌نمایند و متقابلاً از یکدیگر انجام تعهدات قراردادی بر عهده گرفته را خواستارند. قانونگذار نیز به قراردادهای منعقد شده بین آنها احترام گذاشته و از آن حمایت می‌کند. با این حال ممکن است در برخی مواقع یکی از طرفین از انجام تعهدات قراردادی خود امتناع نماید و متعهدله را از رسیدن به اهداف قراردادی خود باز دارد. در این صورت در قانون ضمانت‌اجراهایی برای تخلف از تعهد (اجبار متعهد، انجام شرط یا تعهد توسط ثالث به خرج متعهد و فسخ عقد) در نظر گرفته شده است.

این پژوهش در نظر دارد به نحوه ترتیب این ضمانت‌اجراهای سه‌گانه بپردازد. در واقع پرسش اساسی آن است که آیا این ضمانت‌اجراها می‌بایست به ترتیب اعمال گردند و در این نظام طولی، فسخ قرارداد، پس از عدم امکان اجبار متعهد، در انتها قرار می‌گیرد و یا اینکه متعهد له در انتخاب و اختیار نمودن هر یک از این ضمانت‌اجراها اختیار کامل داشته و می‌تواند به صلاحدید خود عمل بنماید.

به نظر می‌رسد قانون مدنی در این زمینه از نظر مشهور میان فقهای امامیه تبعیت نموده است. مشهور میان علمای فقه امامیه آن است که تعهد امری است که اجرای آن ضرورت داشته و می‌تواند متعهد را به اجرای آن الزام نمود و این مطالب به نحو مبسوط در مبحث شروط مورد نقد و بررسی قرار گرفته است (شیخ انصاری، ۱۳۷۹، ج ۴، ص ۳۴۶، شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۰۶).

بررسی این موضوع جنبه کاربردی بسیاری داشته و بر سرنوشت قرارداد به طور مستقیم اثرگذار است. اجرای ضمانت‌اجرای طولی می‌تواند بار سنگینی بر دوش متعهد له باشد و در نظامی که دارای اطاله دادرسی، علاوه بر تشدید این پدیده مخرب، سبب می‌گردد زمان و هزینه بیشتری بر عهده متعهد له باشد اما در نظامی که حقوقی که ضمانت‌اجراها به

صورت انتخابی در اختیار متعهدله قرار گیرد، قاعدتاً این آثار زیان بار را در پی نخواهد داشت.

در نوشته حاضر به بررسی این موضوع در حقوق ایران، کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق انگلیس پرداخته خواهد شد و مشخص می‌گردد که هریک از این نظام‌های حقوقی، بر کدام مبنا استوار بوده و چه روشی برای اعمال این ضمانت‌اجراها در نظر می‌گیرند.

۲ ترتیب ضمانت‌اجرای تخلف از تعهد در حقوق ایران

با نگاهی به قانون مدنی در می‌یابیم که قانونگذار در مبحث قواعد عمومی معاملات بحثی از ضمانت‌اجراهای تخلف از تعهد به میان نیاورده است. با این حال در مبحث دوم از فصل چهارم از جلد اول از قسمت دوم قانون مدنی که در خصوص احکام شرط است قواعد عمومی شروط و آثار تخلف از شرط را بیان نموده است که این امر به دلیل سابقه فقهی موضوع است. زیرا فقها نیز در بحث از عقود سخنی در خصوص ضمانت‌اجرای تخلف از تعهدات اصلی بیان ننموده‌اند و فقط در بحث از شروط احکام تخلف از شرط فعل را بیان کرده بودند. حقوقدانان نیز با توجه به همین سابقه فقهی ضمانت‌اجراهای تخلف از تعهد را از احکام شرط فعل استنتاج می‌نمایند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۳۲۳) زیرا ملاک این احکام، شرط فعل بودن نیست بلکه معیار نقض تعهدی است که به عهده گرفته شده بود.



۲،۱ اجبار متعهد

قانون مدنی به تبعیت از نظر مشهور بین فقهای امامیه^۱ در مبحث شرط فعل درخواست اجرای عین تعهد و الزام متعهد را به عنوان اصل پذیرفته است. یعنی به نظر قانون مدنی مشروطه یا متعهدله بعد از تخلف مشروطعلیه یا متعهد در اجرای تعهد ابتدا باید اجبار او را به وفای به تعهد خواستار شود. در این باره ماده ۲۳۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه شرط در ضمن عقد، شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً، کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفاء شرط بنماید». حکم این ماده موافق با این اصل است که هر کس باید بر تعهد خود عمل نماید اعم از اینکه تعهد او مثبت باشد یا منفی.

پس به موجب این ماده در صورت تخلف مشروطعلیه از انجام شرط مشروطه باید در دادگاه اقامه دعوا نماید و تقاضای اجبار مشروطه را بنماید. دادگاه نیز پس از رسیدگی و صدور رای و اجرائیه، مشروطعلیه را اجبار به وفای شرط می‌نماید (الحاکم ولی الممتنع). بنابراین به موجب قانون تنها راه الزام متعهد، الزام از طریق مراجع صالح قضایی است و مشروطه نمی‌تواند با زور و اجبار مادی یا معنوی مشروطعلیه را به وفای به شرط ملزم نماید.

قانونگذار از نحوه اجبار متعهد به شرط در ماده ۲۳۷ قانون مدنی چیزی بیان ننموده و مشخص نیست که دادگاه چگونه مشروطعلیه را اجبار به انجام تعهد می‌نماید. از طرفی نیز اجبار اشخاص به انجام یک عمل حقوقی امری غیر مقدور است، زیرا مادام که شخص اراده انجام امری را ننماید ممکن نیست آن را انجام دهد و هیچ کس را هم نمی‌توان

ولو با توقیف و حبس مجبور نمود که عمل مشروط را انجام دهد (عدل، ۱۳۸۵، ص ۱۲۳). اما در عمل معمولاً دادگاه با دادن فرصتی که عرفاً مشروطعلیه بتواند در آن مدت فعل مشروط را انجام دهد او را ملزم به انجام فعل مشروط می‌کنند.

با نگاهی به مواد قانون مدنی در می‌یابیم که قانونگذار در عقود مختلف ضمانت اجرای تخلف از انجام تعهد را در وهله اول اجبار متعهد دانسته است. برای مثال؛ ماده ۴۷۶ قانون مدنی در عقد اجاره مقرر می‌دارد: «موجر باید عین مستاجر را تسلیم مستاجر کند و در صورت امتناع موجر اجبار می‌شود». یا ماده ۵۳۴ قانون مدنی در عقد مزارعه بیان می‌دارد: «هرگاه عامل در اثنا یا در ابتدای عمل آن را ترک کند و کسی نباشد که عمل را به جای او انجام دهد حاکم به تقاضای مزارع عامل را اجبار به انجام تعهد می‌کند». احکام این ماده در مورد عقد مساقات نیز به موجب ماده ۵۴۵ قانون مدنی جاری است.

اما متأسفانه امروزه به دلیل حجم بالای پرونده‌ها در محاکم و رسیدگی‌های طولانی مدت اجرای قواعد عمومی شروط و الزام متعهدله به اجبار متعهد در اکثر موارد منجر به ورود ضرر به وی می‌گردد که این امر با هدفی که قانونگذار از وضع این قواعد داشته منافات دارد. زیرا مقنن با این عقیده که اجبار ملتزم به انجام تعهد متعهدله را خیلی سریع به حقوق قراردادی خود خواهد رساند اقدام به وضع این احکام نمود. در حالی که امروزه به دلیل حجم انبوه پرونده‌ها و تعیین زمان‌های طولانی مدت برای رسیدگی متعهدله خیلی دیر به حق خود خواهد رسید و این چیزی جز ضرر برای او نخواهد بود. این امر با روح حاکم بر این مواد که جلوگیری از ورود

فسخ ایجاد می‌شود. دلیل این امر نیز این است که خیار برای جبران ضرر است و در صورت اجبار مشروطعلیه ضرری به بار نمی‌آید (شیخ انصاری، ۱۳۷۹، ج ۴، ص ۳۴۶، صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۲۱۹، شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۰۶، حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۸۱).

^۱ به عقیده مشهور فقهای امامیه در صورتی که مشروطعلیه موضوع شرط را انجام ندهد وفای به شرط به دلیل عموم امر به وفای به عهد واجب است و برای مشروطه حق فسخ ایجاد نمی‌شود. بنابراین مشروطه در صورت عدم انجام شرط باید نزد حاکم طرح دعوا نماید تا حاکم مشروطعلیه را به انجام شرط وادار نماید. در صورتی که اجبار مشروطعلیه متعذر باشد حق

صورتی که مشروط‌علیه یا متعهد از انجام عمل مورد تعهد خودداری نماید و اجبار او به انجام عمل ممکن نباشد و عمل مزبور از جمله اعمالی باشد که توسط ثالث قابلیت انجام داشته باشد دادگاه دستور انجام آن را توسط شخص ثالث می‌دهد.

در این خصوص ماده ۲۳۸ قانون مدنی در بحث شرط فعل مقرر می‌دارد: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن بوسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند».

ماده ۵۳۴ قانون مدنی در بحث عقد مزارعه نیز بیان می‌دارد: «هرگاه عامل در اثنا یا در ابتدای عمل آن را ترک کند و کسی نباشد که عمل را به جای او انجام دهد حاکم به تقاضای مزارع عامل را اجبار به انجام تعهد می‌کند و یا عمل را به خرج عامل ادامه می‌دهد». اگر چه نحوه نگارش این ماده به گونه‌ایست که این شبهه را بوجود می‌آورد که دادگاه اختیار دارد یا عامل را اجبار نماید یا دستور دهد عمل توسط دیگری به خرج عامل انجام شود اما همانطور که حقوقدانان نیز بیان نموده‌اند با امکان اجبار عامل به انجام عمل مورد تعهد نمی‌توان عمل را بوسیله دیگری به هزینه عامل انجام داد و برای اجرای درست این ماده باید از قواعد عمومی شرط فعل یاری خواست (امامی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۷۶، طاهری، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۲۲۶، کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۱۹۵). مقررات این ماده به موجب ماده ۵۴۵ قانون مدنی در مورد عقد مساقات نیز جاری می‌گردد.

بیان این امر ضروری است که انجام فعل مشروط یا تعهد توسط شخصی غیر از مشروط‌علیه یا متعهد وقتی مقدور است که مقصود مشروط‌له یا متعهدله از قید شرط صرفاً انجام شرط باشد ولو اینکه توسط شخص ثالث انجام گردد. بنابراین این ضمانت‌اجرا برای مشروط‌له یا متعهدله وقتی ایجاد می‌شود که فعل مشروط یا تعهد از جمله اعمالی نباشد که مقید و قائم به شخص مشروط‌علیه یا متعهد باشد.

ضرر به متعهدله است منافات دارد. به نظر می‌رسد که قانونگذار باید در این احکام تجدید نظر نماید و اختیار اجبار مشروط‌علیه یا فسخ عقد را به مشروط‌له بدهد تا او با توجه به صلاح خود یا مشروط‌علیه را اجبار نماید یا آنکه عقد اصلی را فسخ نماید. قانونگذار این تغییر نگرش را در برخی موارد پذیرفته است. پس تغییر کلی این نگرش بی سابقه نخواهد بود و نباید علی‌القاعده مشکلی ایجاد نماید.

برای مثال قانونگذار در ماده ۴۹۶ قانون مدنی در بحث اجاره مقرر می‌دارد: «... نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستاجر است خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد». بنابراین به موجب این ماده در صورت تخلف از شروط ضمن عقد اجاره مشروط‌له می‌تواند ابتدائاً و بدون نیاز به اجبار عقد اجاره را فسخ نماید. یا در بند ۸ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۵۶ یکی از مواردی که موجر می‌تواند تقاضای فسخ اجاره را بدون آن که سابقاً اجبار مستاجر را تقاضا کرده باشد درخواست نماید تعدی یا تفریط مستاجر نسبت به مورد اجاره است که منظور از تعدی یا تفریط تجاوز از حدود اذن یا متعارف است.

از طرفی نیز با توجه به اینکه در فقه امامیه در بین فقها در خصوص این موضوع اجماعی وجود ندارد و مساله کاملاً اختلافی است (شیخ انصاری، ۱۳۷۹، ج ۴)، بنابراین تعبد داشتن نسبت به اینکه حتماً در ابتدا باید الزام متعهد به انجام تعهد را خواست و در صورت عدم امکان اجبار به سراغ فسخ رفت با توجه به بنای عقلا و مشکلاتی که در عمل در مقابل روی اشخاص قرار دارد صحیح به نظر نمی‌رسد.

۲،۲ انجام تعهد توسط شخص ثالث به هزینه متعهد

دومین ضمانت اجرای تخلف از شرط یا تعهد که در قانون مدنی پیش بینی شده انجام فعل مشروط یا تعهد توسط ثالث به هزینه متعهد است. یعنی در



کارشناس از محکوم علیه به ترتیبی است که برای وصول محکوم به نقدی مقرر است».

تفاوت‌هایی بین ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی و ماده ۲۳۸ قانون مدنی وجود دارد. یکی از این تفاوت‌های آن است که در ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی امکان مطالبه هزینه انجام عمل بدون اجرای آن پیش بینی شده است اما در ماده ۲۳۸ قانون مدنی این موضوع پیش بینی نشده است (صفایی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۹۶).

به نظر می‌رسد از آنجایی که اولاً در مرحله اجرای حکم باید مقررات قانون اجرای احکام مدنی رعایت شود و ثانیاً اجرای حکم این ماده هم مطابق اصل لزوم و حفظ قراردادها است و باعث می‌گردد که مشروطه قرارداد اصلی را فسخ نکند و هم آنکه در رسیدن مشروط له به هدف قراردادی او کمک می‌کند باید در مرحله اجرا رعایت گردد و تفاوت آن با قانون مدنی در حدی نیست که آن را در بحث شرط از اعتبار بیاندازد.

تفاوت دیگر این دو ماده در این است که به موجب ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی انجام عمل مشروطه وسیله شخص دیگر زیر نظر دادورز انجام می‌شود و ظاهراً نیاز به اجازه دادگاه ندارد حال آنکه برابر ماده ۲۳۸ قانون مدنی تصمیم دادگاه در این خصوص لازم است اما تعیین میزان هزینه در هر دو قانون با دادگاه است (صفایی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۹۶).

البته هر چند قانونگذار انجام فعل مشروط یا تعهد را توسط ثالث پیش بینی کرده این امر مانع از آن نیست که خود مشروطه یا متعهدله فعل مشروط را انجام دهد و هزینه انجام آنرا از مشروط علیه یا متعهد مطالبه نماید. زیرا اولاً دلیلی بر عدم امکان انجام فعل مشروط توسط مشروطه وجود ندارد و ثانیاً اینکه قانونگذار تنها به انجام فعل مشروط توسط ثالث اشاره کرده، ناظر به مورد غالب

معمولاً این نوع ضمانت اجرا در مرحله اجرای حکم بوجود می‌آید یعنی وقتی به موجب حکم دادگاه مشروط علیه یا متعهد ملزم به انجام موضوع شرط یا تعهد می‌گردد اما در مرحله اجرای حکم از انجام فعل مشروط یا تعهد خودداری می‌نماید در این صورت به دستور دادگاه فعل مشروط توسط ثالث و به خرج مشروط علیه یا متعهد اجرا می‌گردد.

بنابراین در مواردی که کار مشروط یا تعهد تنها جنبه مالی دارد و لازم نیست که صرفاً توسط مشروط علیه یا متعهد انجام گردد؛ مانند تعمیر ساختمان یا انتقال مال معین از مشروط علیه یا متعهد به مشروطه یا متعهدله، اجرای احکام دادگاه به هزینه محکوم علیه وسیله انجام شرط را فراهم می‌نماید.^۱ برای مثال در شرط تعمیر ساختمان، تعمیرکار دیگری توسط دادگاه انتخاب می‌شود و هزینه انجام عمل او توسط دادگاه از اموال مشروط علیه وصول می‌گردد و یا در انتقال ملک معین به متعهدله شخصی به نمایندگی از دادگاه در دفتر اسناد رسمی حاضر شده و مال مورد تعهد را به متعهدله متعهدله منتقل و سند انتقال را به جای متعهد امضاء می‌نماید.

ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب آبان ۱۳۶۵ نیز قاعده‌ی فوق را با عبارت زیر بیان کرده است: «هرگاه محکوم به انجام عمل معینی باشد و محکوم علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام آن عمل به توسط شخص دیگری ممکن باشد، محکوم له می‌تواند تحت نظر دادورز (مامور اجرا) آن عمل را وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل هزینه را به وسیله قسمت اجرا از محکوم علیه مطالبه نماید. در هر یک از موارد مذکور، دادگاه با تحقیقات لازم و در صورت ضرورت با جلب نظر کارشناس میزان هزینه را معین می‌نماید. وصول هزینه مذکور و حق الزحمه

السلطان علی الممتنع، فیندفع ضرر المشروطه به ذلک» (شیخ انصاری، ج ۴، ص ۳۵۰).

^۱ شیخ انصاری در کتاب مکاسب خود در این باره بیان می‌دارد: «لو كان الشرط من قبيل الانشاء القابل للنيابة، فهل يوقعه الحاكم عنه اذا فرض تعذر اجباره؟ الظاهر ذلک؛ لعموم ولاية

الزام به اجبار متعهد در وهله اول در برخی موارد منجر به ورود ضرر به متعهدله می‌گردد که به نظر می‌رسد با توجه به قبول امکان فسخ عقد در مرحله اول تخلف از تعهد یا شرط توسط فقها و وجود برخی مواد (ماده ۴۹۶ قانون مدنی و بند ۸ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۵۶) بهتر باشد قانونگذار در این مواد تغییری ایجاد نماید تا متعهدله با توجه به مصلحت خود اجبار متعهد یا فسخ عقد را انتخاب نماید.

به دلیل استثنایی بودن حق فسخ می‌توان مواردی را که برای مشروط له یا متعهدله حق فسخ ایجاد می‌گردد با توجه به قانون مدنی ۱- تعهد یا شرط فعل قائم به شخص ۲- عدم امکان تامین هزینه‌های انجام تعهد یا شرط بوسیله متعهد یا مشروط‌علیه و ۳- ممتنع شدن فعل مشروط یا تعهد دانست.

۲،۴ جبران خسارات وارده

در کنار سه ضمانت اجرای بیان شده می‌توان ضمانت اجرای دیگری را نیز با توجه به اصول حاکم بر قانون مدنی در نظر گرفت. ضمانت اجرای مزبور مطالبه جبران خسارت وارده است. قانونگذار به این ضمانت اجرا در مبحث دوم از فصل سوم از قسمت دوم از کتاب دوم از جلد اول قانون مدنی تحت عنوان «در خسارت حاصله از عدم اجرای تعهدات» اشاره نموده است. همانطور که برخی از حقوقدانان بیان کرده‌اند می‌توان با توجه به اصول حاکم بر حقوق مدنی جبران خسارت را با سایر ضمانت اجرای نقض تعهد و از جمله فسخ عقد مطالبه نمود. به این دلیل که ضمانت اجرای بیان شده و از جمله فسخ عقد تنها خسارت متعهدله نسبت به آینده را جبران می‌کند (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۲۱۸). بنابراین متعهدله می‌تواند به موجب قواعد عام مسئولیت مدنی خساراتی که در نتیجه نقض عهد به او وارد شده را مطالبه نماید.

اصل کلی قابل مطالبه بودن خسارت ناشی از نقض عهد در ماده ۲۲۱ قانون مدنی پیش بینی شده است.

بوده زیرا اگر مشروط‌له خود قادر به انجام عملی باشد معمولاً آنرا خود انجام خواهد داد و انجام آنرا به ثالث واگذار نخواهد کرد. ثالثاً این امر با اصل لزوم و حفظ معاملات نیز هماهنگی دارد و باعث حفظ قراردادهای می‌شود.

۲،۳ ایجاد حق فسخ

فسخ معامله آخرین سلاحی است که برای جبران ضرر ناشی از تعذر شرط یا تعهد توسط مشروط‌له یا متعهدله به کار می‌رود. امکان فسخ معامله حکمی ثانوی است و مشروط‌له یا متعهدله نباید در اجرای آن افراط نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۹۴). قانون مدنی به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه این حق را تنها در صورتی که اولاً امکان اجبار مشروط‌علیه یا متعهدله به اجرای شرط یا تعهد وجود نداشته و ثانیاً فعل مشروط یا تعهد قابل انجام توسط ثالث نباشد پذیرفته است. ماده ۲۳۹ قانون مدنی در بحث شرط فعل در این باره مقرر می‌دارد: «هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت». همچنین مواد ۴۷۶ و ۵۳۴ و ۵۴۵ قانون مدنی در بحث اجاره، مزارعه و مساقات بیان می‌دارند که در صورت عدم امکان اجبار موجر و عامل، مستاجر، مزارع و صاحب درخت حق فسخ دارند. بنابراین مشروط‌له یا متعهدله در صورتی می‌تواند عقد را فسخ نماید که هیچ راهی برای انجام تعهد و حفظ قرارداد وجود نداشته باشد و در صورتی که امکان اجرای تعهد وجود داشته باشد مشروط‌له یا متعهدله به هیچ وجه حق فسخ نخواهد داشت. پس مشروط‌له یا متعهدله تنها در صورتی می‌تواند دعوی فسخ عقد اصلی را مطرح نماید که قبلاً در دادگاه اثبات نماید که امکان اجبار مشروط‌علیه (متعهد) یا انجام فعل توسط ثالث وجود نداشته است و دادگاه نیز با توجه به احکام سابق مبنی بر عدم امکان اجبار و عدم انجام فعل توسط ثالث حکم به فسخ عقد اصلی را خواهد داد. پذیرش فسخ عقد به عنوان آخرین اقدام متعهدله و



۱- اجرای اجباری قرارداد (قسمت الف بند ۱ ماده ۶۱ و ماده ۶۲ کنواسیون) ۲- فسخ قرارداد (قسمت الف بند ۱- ماده ۶۱ و ماده ۶۴ کنواسیون) ۳- پرداخت خسارت (قسمت ب بند ۱ ماده ۶۱ و مواد ۷۴ تا ۷۷ کنواسیون) ۴- تقاضای بهره ثمن (ماده ۷۸ کنواسیون) ۵- مبیع را به دیگری بفروشد و خسارت خود را از این راه جبران نماید (ماده ۸۸ کنواسیون).

با این وصف، کنوانسیون برای نقض قرارداد، سه نوع ضمانت اجرای اصلی مقرر نموده است. اولاً اجرای عین تعهد، که ضمانت اجرای اصلی برای متعهدله می‌باشد. ثانیاً متعهدله می‌تواند در تحت شرایطی قرارداد را فسخ نماید و به حیات قرارداد پایان دهد. ثالثاً در صورت ورود خسارت، زیان دیده می‌تواند از نقض کننده قرارداد مطالبه خسارت نماید(chengwei, 2007: paragraph 128).

از آنجا که موضوع این تحقیق نحوه ترتیب ضمانت اجرای تخلف از تعهد در حقوق ایران و کنواسیون است و در حقوق ایران نیز ضمانت اجراهایی که برای متعهدله پیش بینی شده تنها اجبار، فسخ و جبران خسارت است، بنابراین در این پژوهش فقط به بررسی این ضمانت اجراها در کنواسیون و مقایسه آن با حقوق ایران پرداخته شود.

۳/۱ اجرای عین قرارداد

یکی از ضمانت اجراهایی که در کنواسیون برای خریدار و فروشنده پیش بینی شده حق درخواست اجرای اجباری قرارداد است. به این حق در بند ۱ ماده ۴۶ برای مشتری و ماده ۶۲ برای بایع اشاره شده است. به موجب بند ۱ ماده ۴۶ کنواسیون: «مشتری می‌تواند ایفای تعهدات بایع را از او بخواهد» و مطابق ماده ۶۲ کنواسیون «بایع می‌تواند تادیه ثمن، قبض مبیع یا ایفای سایر تعهدات مشتری را از او بخواهد». پس در صورتی که بایع یا خریدار از انجام تعهد خود خودداری نمایند مشتری و بایع می‌توانند آنها را اجبار به ایفای تعهد نمایند.

به موجب این ماده «اگر کسی تعهد اقدام به امری بکند و یا تعهد نماید از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است». همچنین قاتونگذار در ماده ۳۸۶ قانون مدنی در مبحث بیع صراحتاً به امکان جمع فسخ عقد با مطالبه خسارت اشاره نموده است. براساس این ماده «اگر در دو ماده قبل معامله فسخ شود بایع باید علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است بدهد». بنابراین اگر عقد به دلیلی که مربوط به بایع است فسخ شود بایع باید علاوه بر ثمن که در نتیجه فسخ عقد باید به مشتری برگرداند مخارج و هزینه های متعارفی که مشتری انجام داده است را نیز به او بپردازد.

۳ ترتیب ضمانت اجرای تخلف از تعهد در کنواسیون بیع بین المللی کالا

در مورد تخلف از تعهدات قراردادی فروشنده و خریدار کنوانسیون بیع بین المللی کالا ضمانت اجراهایی را در مواد ۴۵ و ۶۱ مقرر داشته است. در صورتی که فروشنده از تعهدات قراردادی خود تخلف کند به موجب ماده ۴۵ کنواسیون خریدار دارای حقوق زیر است:

- ۱- درخواست اجرای اجباری قرارداد (ماده ۴۶) که خود شامل الف- اجرای عین قرارداد (بند ۱ ماده ۴۶) ب- درخواست کالای جانشین (بند ب م ۴۶) و ج- درخواست اصلاح یا تعمیر کالا (بند ۳ ماده ۴۶) می‌شود. ۲- فسخ قرارداد (ماده ۴۹ کنواسیون) ۳- درخواست تقلیل ثمن (ماده ۵۰ کنواسیون) ۴- درخواست جبران خسارت (قسمت ب بند ۱ ماده ۴۵ کنواسیون).

در صورتی که خریدار از تعهدات قراردادی خود تخلف کند کنواسیون در ماده ۶۱ و برخی مواد دیگر ضمانت اجراهایی را در اختیار فروشنده قرار داده است که عبارتند از:

اجرای تعهد را از طرف دیگر بخواهد دادگاه مکلف به صدور حکم نسبت به اجرای عین تعهد نیست، مگر اینکه مطابق قانون متبوع خود نسبت به قراردادهای بیع مشابهی که مشمول مقررات این کنوانسیون نیستند حکم به اجرای عین تعهد دهد». پس هر چند که بند ۱ ماده ۴۶ و ماده ۶۲ کنوانسیون اصل جواز درخواست اجرای عین قرارداد را بیان کرده‌اند اما ماده ۲۸ کنوانسیون اجرای این حق را محدود به نظر دادگاه نموده؛ یعنی دادگاه بر حسب مقررات حقوق داخلی کشور متبوع خود ممکن است چنین درخواستی را رد یا قبول کند. در حالی که در حقوق ایران دادگاه ملزم به صدور حکم به اجبار متعهد به انجام تعهد است.

۳،۲ فسخ قرارداد

یکی دیگر از ضمانت‌های اجراهایی که در صورت نقض تعهد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا پیش‌بینی شده حق فسخ قرارداد است. این حق در ماده ۴۹ کنوانسیون برای خریدار و در ماده ۶۴ کنوانسیون برای فروشنده به رسمیت شناخته شده است. به موجب ماده ۴۹ «در موارد زیر مشتری می‌تواند قرارداد را باطل اعلام نماید: الف- در صورتی که عدم ایفای هر یک از تعهدات بائع به موجب قرارداد یا کنوانسیون نقض اساسی قرارداد محسوب شود یا ب- در صورت عدم تسلیم کالا هرگاه بائع ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده است کالا را تسلیم ننماید یا اعلام کند که ظرف مدت مزبور کالا را تسلیم نخواهد کرد». ماده ۶۴ نیز مقرر می‌دارد: «در موارد زیر بائع می‌تواند قرارداد را باطل اعلام نماید: الف- در صورتی که عدم ایفای هر یک از تعهدات مشتری به موجب قرارداد یا این کنوانسیون نقض اساسی قرارداد محسوب شود یا ب- هرگاه مشتری ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۶۳ توسط بائع تعیین شده است تعهدات خود را در زمینه تادیه ثمن یا قبض کالا ایفا نکند یا اعلام نماید که ظرف مدت مزبور ایفای تعهد نخواهد کرد».

تقاضای اجرای عین تعهد بر اساس بند ۱ ماده ۴۶ و ماده ۶۲ نسبت به تمام تعهداتی که فروشنده و خریدار طبق قرارداد و کنوانسیون برعهده دارد قابل اعمال است و از این حیث تفاوتی ندارد که تعهد مزبور از نوع تعهد اصلی باشد یا فرعی و تمایز میان تعهد اصلی و فرعی تنها در ارزیابی اساسی بودن نقض تعهد مورد بررسی قرار می‌گیرد (DiMatteo & Dhooge & Greene & Virginia & Pagnattaro, 2005: 133).

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مطالبه توأم اجرای عین تعهد و فسخ قرارداد امکان‌پذیر نمی‌باشد. برخلاف مطالبه خسارت که می‌تواند در کنار سایر ضمانت‌های اجراهای ناشی از نقض، توسط زیان‌دیده درخواست گردد (Honnold, 1999: 302). زیرا یکی از مهمترین موانع درخواست اجرای عین تعهد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا این است که خریدار به طرق جبرانی متوسل گردد که با چنین درخواستی در تقابل و مغایرت است. از جمله ضمانت‌های اجراهای مغایر می‌توان به فسخ قرارداد مطابق ماده ۴۹ و تقلیل ثمن وفق ماده ۵۰ کنوانسیون اشاره نمود (Schlechtriem, 1986: 76).

بحث درخواست اجرای اجباری قرارداد که در کنوانسیون پیش‌بینی شده دقیقاً همان نهاد اجبار متعهد در حقوق ایران است با این تفاوت که ۱- در کنوانسیون به خریدار و بائع اختیار داده شده که اگر اراده نمودند، این حق خود را اعمال نمایند، زیرا در هر دو ماده واژه «می‌تواند» استفاده شده است. در حالی که در حقوق ایران متعهدله مجبور است به عنوان اولین ضمانت اجرای تخلف از تعهد، متعهد را اجبار به انجام عین تعهد نماید (مواد ۲۳۷، ۴۷۶، ۵۳۴ و ۵۴۵ قانون مدنی). ۲- یکی از محدودیتهای متعهدله در کنوانسیون راجع به الزام به اجرای عین تعهد (بند ۱ ماده ۴۶ و ۶۲ کنوانسیون)، عدم تکلیف دادگاه به الزام به اجرای عین تعهد وفق ماده ۲۸ کنوانسیون است (Flechtner, 1988: 53-108). مطابق ماده ۲۸ کنوانسیون «چنانچه طبق مقررات این کنوانسیون یکی از طرفین حق داشته باشد



و در صورت عدم انجام تعهد در مهلت مزبور، امکان فسخ قرارداد را مورد پذیرش قرار داده است. به تعبیردیگر با شرایطی در کنوانسیون مقرر شده که متعهدله در فرض تأخیر غیراساسی متعهد در اجرای تعهد، مهلتی به وی اعطا کند تا اگر او در پایان مهلت اقدام لازم را در این خصوص به عمل نیاورد، متعهدله بتواند قرارداد را فسخ کند. کنوانسیون درخصوص تعهد فروشنده به تسلیم مبیع و تعهد خریدار بر پرداخت ثمن و قبض مبیع، قاعده مشابهی پیش بینی کرده است (قسمت ب بند (۱) ماده ۴۹ کنوانسیون و قسمت ب بند (۱) ماده ۶۴ کنوانسیون).

اعطای مهلت اضافی در مواد ۴۷ و ۶۳، حسب مورد از سوی خریدار و فروشنده، امری اختیاری بوده و فروشنده و خریدار، تکلیفی در پذیرش چنین مهلتی برای ایفای تعهد توسط طرف مقابل ندارند. عبارت «می‌تواند» دلالت بر غیر الزامی بودن اعطای مهلت اضافی برای اجرای تعهد می‌نماید (chengwei, 2007: paragraph 341-342). بر اساس بند ۱ ماده ۴۷ کنوانسیون وین، «مشتري می‌تواند جهت ایفای تعهدات بایع مهلتی اضافی و معقول تعیین نماید».

اعطای مهلت اضافی، ذاتاً امتیاز و مزیتی برای متعهدله ایجاد نمی‌نماید، لیکن می‌تواند منجر به به وجود آوردن حق فسخ برای وی گردد. با این حال به جهت اینکه متعهدله می‌تواند با تعیین مهلت اضافی و تهدید نمودن به فسخ قرارداد، سبب انجام تعهد توسط نقض کننده گردد می‌توان آن را طریقه‌ای برای اجرای قرارداد نیز تلقی نمود (Erauw & Flechtner, 2001: 44).

برخی شارحین کنوانسیون معتقدند، در موردی که خریدار مهلت اضافی متعارفی تعیین می‌نماید این تعیین مهلت به زمان اهمیت اساسی می‌دهد. در این صورت، هرگونه تأخیر در تسلیم کالا نقض اساسی بوده و زمینه را برای فسخ قرارداد فراهم می‌کند (Zeller, 2007: 227 & honnold, 1999: 329).

با دقت در این مواد می‌توان دریافت که حق فسخ جنبه استثنایی دارد و هدف تدوین کنندگان کنوانسیون این بوده است که تا حد امکان قرارداد حفظ شود و از فسخ آن جلوگیری شود. زیرا موارد فسخ قرارداد در وهله اول به نقض اساسی قرارداد محدود شده است (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۲۴۷ و ۲۰۹ (Huber & Mullis, 2007)).

با توجه به نکات فوق، کنوانسیون شرایط ویژه و سنگینی، برای پیدایش فسخ پیش بینی نموده است که قلمرو آن را محدود می‌نماید (Magnus, 2005: 424). زیرا همانطور که ذکر شد، با عنایت به پای بندی به اصل لزوم قراردادهای، کنوانسیون اصولاً حق فسخ را در مواردی پذیرفته که نقض اساسی قرارداد رخ دهد (Zumbansen, 2005: 196). در این خصوص تعیین اساسی بودن نقض که اجازه کنار نهادن اصل لزوم وفای به عهد و قرارداد را می‌دهد، امری دشوار است (schlechtriem, 2002: 10-11).

نقض اساسی به موجب ماده ۲۵ کنوانسیون در مواردی رخ می‌دهد که اقدام طرف قرارداد چنان ضرری برای طرف دیگر به بار آورد که او را اساساً از آنچه طبق قرارداد، استحقاق انتظار آن را داشته، محروم نماید (honnold, 1999: 327). اگرچه کنوانسیون در ماده ۲۵، جهت تبیین مفهوم نقض اساسی، عباراتی چون «اساساً محروم نماید»، «انتظار و قابلیت پیش بینی» را به کار برده است، لیکن همچنان در خصوص مفهوم «نقض اساسی» و تشخیص مصادیق آن ابهام وجود دارد. باتوجه به ماده ۲۵ کنوانسیون، عدم انطباق باید به اندازه ای جدی و شدید باشد که نتوان خریدار را به حفظ کالا الزام کرد و ضمانت اجرای مطالبه خسارت و تقلیل ثمن نیز به قدر کافی جهت جبران زیان‌های وارده به مشتری کفایت نماید (Ferrari, 2006: 503).

کنوانسیون در مورد نقض غیراساسی اصولاً فسخ را ممنوع نموده است، ولی نظام ویژه‌ای را در مورد نقض غیراساسی پذیرفته است. توضیح اینکه کنوانسیون در موارد نقض غیراساسی، از امکان دادن مهلت اضافی برای انجام تعهد به متعهد سخن گفته

ندارد، بلکه باید متعهد را به ایفای عین تعهد الزام کرده، در صورت قطعیت حکم و صدور اجراییه، هرگاه متعهد کماکان از انجام تعهد سرپیچی کند، اگر مباشرتش در انجام تعهد شرط باشد، متعهدله می تواند قرارداد را فسخ کند و در صورتی که مباشرت او در انجام تعهد شرط نباشد متعهدله می تواند تحت نظارت دایره اجرا با هزینه متعهد موجبات انجام تعهد را فراهم آورد. بنابراین در قراردادهای مالی معوض، متعهدله صرفاً وقتی حق فسخ قرارداد دارد که هیچ راهی برای اجرای قرارداد باقی نمانده باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۳۵؛ صفایی، ۱۳۹۲: ۳۴).

به هر حال همانطور که ذکر شد، با وجود قاعده اولیه ایفای اجباری عین تعهد در حقوق ایران، قانونگذار در مواردی (خیار تأخیر ثمن، خیار تخلف از شرط فعل ضمن قرارداد اجاره) از این قاعده عدول کرده و همانند کنوانسیون بیع بین المللی کالا، تحت شرایطی به متعهدله اجازه داده در صورتی که متعهد از ایفای تعهدش خودداری کند، بدون لزوم درخواست اجبار او به انجام تعهد، ابتدا قرارداد را فسخ کند و گاه قوانین خاص، پس از اعطای مهلتی معقول به متعهد و عدم اجرای تعهد (ماده ۱۶ قانون پیش فروش ساختمان)، اختیار فسخ قرارداد را برای متعهدله پیش بینی کرده است.

تفاوت مهم دیگری که در اجرای حق فسخ بین حقوق ایران و کنوانسیون وجود دارد این است که در کنوانسیون اصولاً فسخ قرارداد به نقض اساسی قرارداد محدود شده است در حالی که در حقوق ایران مفهوم نقض اساسی وجود ندارد و در فرضی که برای متعهدله حق فسخ ایجاد می شود دیگر تفاوتی ندارد که نقض اساسی صورت گرفته یا غیر اساسی (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۲۵۰). لذا بر اساس مقررات حقوق ایران اصولاً نوع تعهد قراردادی که نقض شده مهم نیست. حسن این رویکرد در این است که ابهامهای مربوط به کنوانسیون راجع به مفاهیم اساسی و شدید بودن نقض تعهد و ابهامات تشخیص مصادیق نقض اساسی در حقوق ایران مطرح نمی شود.

بنابراین صرف تاخیر در تسلیم کالا غیر از فرضی که رعایت دقیق تاریخ تسلیم برای شخص مشتری دارای اهمیت ویژه می باشد، نقض اساسی محسوب نمی گردد. در این حالت، تاخیر در تسلیم صرفاً در فرضی حق فسخ قرارداد را به مشتری اعطا می نماید که مهلت اضافی داده شده، بدون اینکه فروشنده اقدام به اجرای تعهد نموده باشد، منقضی گردد و یا در ظرف مهلت اضافی داده شده، با بیع اعلام دارد که قصد انجام تعهد را نخواهد داشت (Viscasillas, 2005: 92).

البته با توجه به اطلاق ماده ۴۷ مشتری برای سایر موارد نقض تعهد نیز می تواند مهلت اضافی تعیین نماید، لیکن انقضای مهلت در این موارد منجر به اعطای حق فسخ به خریدار نخواهد گردید. (Yovel, 2005: 406) زیرا براساس مقررات کنوانسیون و حکم مذکور در شق ب بند ۱ ماده ۴۹ در اعطای حق فسخ به خریدار در غیر از فرض نقض اساسی به عنوان یک حکم استثنایی بر این قاعده می باشد (Huber, 2005: 16).

از تفاوت های مقررات کنوانسیون و حقوق ایران در خصوص حق فسخ این است که اولاً از نظر کنوانسیون الزام متعهد به اجرای تعهد در عرض ضمانت اجرای فسخ است. زیرا در بند الف ماده ۴۵، ضمانت اجرای انجام تعهدات را اعمال مواد ۴۶ تا ۵۲ دانسته است و ترتیبی در این خصوص مقرر ننموده است و در مقررات مربوط به مطالبه ایفای تعهد و فسخ نیز ترتیب مقرر نشده است بنابراین می توان گفت، از نظر کنوانسیون، الزام متعهد به انجام تعهد، از شرایط پیدایش حق فسخ دانسته نشده است. لیکن در حقوق ایران، برخلاف کنوانسیون، اصل بر رابطه طولی میان الزام قضائی متعهد به انجام تعهد و پیدایش حق فسخ برای متعهدله است. مطابق قانون مدنی، در صورتی که یک طرف قرارداد (لازم) تعهدش را انجام ندهد، طرف دیگر جز در موارد خاص مثل خیار تأخیر ثمن (ماده ۳۹۵ و ۴۰۲ قانون مدنی)، تخلف از شرط فعل ضمن عقد اجاره (۴۹۶ قانون مدنی) و غیره حق فسخ قرارداد را



می‌باشد. اگرچه در خصوص امکان جمع آنها در قانون مدنی مقرر خاصی وجود ندارد لیکن بنظر می‌رسد که استفاده توأم از این ضمانت اجراها تا حدی که جمع آنها امکانپذیر باشد، وجود دارد.

لذا اگرچه امکان جمع فسخ قرارداد و الزام به انجام تعهد وجود ندارد، لیکن با توجه به اصول حاکم بر حقوق مدنی و قواعد عام مسئولیت مدنی در صورتی که شرایط مطالبه خسارت موجود باشد، مطالبه خسارت با هریک از ضمانت اجراهای فسخ قرارداد و الزام به انجام تعهد قابل جمع می‌باشد. بنابراین مشتری می‌تواند علاوه بر مطالبه الزام به تسلیم مبیع، خسارات ناشی از تاخیر در تسلیم مبیع را نیز مطالبه نماید و یا در فسخ قرارداد، درخواست جبران خسارت وارده را بنماید. بنابراین در این خصوص می‌توان گفت کنوانسیون و حقوق ایران، از یک قاعده پیروی می‌نمایند.

۴ ترتیب ضمانت اجراهای تخلف از تعهد در حقوق انگلیس

در سیستم حقوقی کامن لو در صورت تخلف مشروط‌علیه یا متعهد از انجام تعهد زیان دیده همواره حق مطالبه خسارت را دارد، اما اجبار او به انجام تعهد کاملاً بستگی به نظر دادگاه دارد که موافق کنوانسیون و مخالف حقوق ایران است. دادگاه در صدور حکم به اجبار متعهد به اجرای عین تعهد عوامل متعددی مثل جبران نشدن کامل ضرر، ایجاد نشدن عسر و حرج برای متعهد در صورت الزام به اجرای عین تعهد و عوامل دیگر را در نظر می‌گیرد. در مواردی که اجبار به انجام عین تعهد موجب زحمت و عسرت شدید، بی‌عدالتی، انجام امر ناممکن و امثال اینها گردد دادگاه از صدور حکم مزبور خودداری می‌کند (Treitel, 1995, p.929).

در قراردادهایی که موضوع تعهد ترک فعل است یا قرارداد متضمن شرط منفی است دادگاه با صدور

۳٫۳ درخواست جبران خسارت

ازدیگر ضمانت اجراهای نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، حق مطالبه خسارت می‌باشد. این حق، یکی از طرق جبرانی مهمی است که در کنوانسیون به عنوان یکی از ضمانت اجراهای در دسترس زیان دیده در نظر گرفته شده است. این طریقه جبرانی در قسمت ب بند ۱ ماده ۴۵، ذکر شده است و در آن به امکان مطالبه خسارت تحت مقررات مواد ۷۴ و ۷۷ اشاره شده است. مطالبه خسارت یک طریقه جبرانی مستقل است که فارغ از ماهیت نقض قرارداد و به صرف ورود خسارت به هریک از طرفین، قابل مطالبه است. علاوه بر این، براساس ماده ۶۱ و بند ۲ ماده ۴۵ کنوانسیون، «استفاده از حق توسل به سایر طرق جبران خسارت، بایع و خریدار را از هیچ حقی که ممکن است، جهت مطالبه خسارت داشته باشد، محروم نمی‌نماید». بنابراین، بند ۲ ماده ۴۵، این نظر را که بایع یا خریدار ملزم به انتخاب میان مطالبه خسارت یا یکی از طرق جبرانی نقض قرارداد باشد، رد می‌کند (Flechtner, 2005: 341, Lookofsky, 2000: 116).

برخلاف اجرای عین تعهد و فسخ قرارداد که مطالبه توأم آنها در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، امکان پذیر نمی‌باشد، مطالبه خسارت می‌تواند در کنار سایر ضمانت اجراهای ناشی از نقض، توسط زیان دیده درخواست گردد (Honnold, 1999: 302). لذا مشتری می‌تواند ضمن درخواست اجرای عین تعهد خسارات ناشی از تاخیر انجام تعهد را درخواست نماید. همچنین درخواست توأم فسخ قرارداد و مطالبه خسارت مشروط به ورود خسارت، امکانپذیر است (UNCITRAL Digest, 2012: 225).

در حقوق ایران در صورت نقض قرارداد توسط بایع، ضمانت اجراهای متعددی در قانون مدنی مقرر گردیده است که همانطور که ذکر شد، مهمترین آنها الزام به انجام تعهد، فسخ قرارداد و مطالبه خسارت

در حقوق انگلیس نیز مانند کنوانسیون فسخ قرارداد جنبه استثنایی دارد و ایجاد حق فسخ منوط به نقض اساسی قرارداد است (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۲۴۹).

۵ نتیجه

قانون مدنی به تبعیت از فقه در بحث از قواعد عمومی معاملات چیزی در خصوص ضمانت اجرای تخلف از تعهد بیان نکرده و فقط همانند فقها ضمانت اجرای تخلف از شرط را در بحث شروط بیان می‌کند. قانونگذار به تبعیت از نظر برخی فقها به صراحت ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل را ابتدائاً اجبار و در صورت عدم امکان اجبار و انجام شرط توسط ثالث به خرج مشروط‌علیه، سپس فسخ بیان می‌نماید (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹). حقوقدانان با توجه به این قواعد که در بحث شرط فعل آمده و قواعد مشابهی که در چند عقد دیگر آمده نظریه عمومی تخلف از تعهد را استنتاج کرده‌اند و بیان می‌کنند که در صورت تخلف از تعهد متعهدله باید ابتدائاً اجبار متعهد به انجام تعهد را بخواهد و در صورت عدم امکان اجبار متعهد و انجام تعهد توسط ثالث به خرج متعهد سرانجام به سراغ فسخ عقد رود. در حقوق ایران نیز هر چند به صراحت امکان جمع بین درخواست مطالبه خسارت با سایر ضمانت اجراها بیان نشده اما با توجه به اصول حاکم بر حقوق مدنی و قواعد عام مسئولیت مدنی در صورتی که شرایط مطالبه خسارت موجود باشد زیان دیده می‌تواند در کنار سایر ضمانت اجراها مطالبه خسارت نماید.

در کنوانسیون بیع بین المللی کالا بر خلاف حقوق ایران در صورت نقض قرارداد از سوی خریدار یا فروشنده متعهدله می‌تواند از دادگاه درخواست اجبار متعهد به انجام تعهد را بخواهد و دادگاه نیز مکلف به صدور حکم نسبت به اجرای عین تعهد نیست مگر اینکه مطابق قانون متبوع خود نسبت به قراردادهای بیع مشابهی که مشمول مقررات این

قرار منع متعهد را از انجام عمل معارض باز می‌دارد که به طور مستقیم یا غیرمستقیم موجب اجرای عین تعهد می‌شود. برخی از حقوقدانان منع از انجام عمل معارض را روش دیگر اجرای عین تعهد دانسته‌اند (Cheshire, 1986, p. 613).

دادگاه‌های انگلیس در پرونده‌های مختلف با صدور قرار منع موجب اجرای عین تعهد شدند که ذیلاً به چند مورد از آن‌ها اشاره می‌شود.

در پرونده لوملی علیه واگنر (۱۸۵۲) واگنر تعهد کرده بود که برای مدت مشخص در تئاتر لوملی آواز بخواند و در طی آن مدت در جای دیگر آواز نخواند. سپس واگنر برای آواز خواندن در تئاتر دیگری قراردادی را منعقد کرد و دیگر به قرارداد خود به لوملی توجهی نکرد. دادگاه در این پرونده هرچند حکم به اجرای خاص تعهد را نتوانست صادر کند اما برای جلوگیری از آواز خواندن واگنر در جای دیگر قرار منع صادر نمود (Barker & Padfield, ۱۳۸۶، ص ۱۶۶).

در پرونده دعوی برادران وارنر علیه نلسون (۱۹۳۷) نلسون که هنرپیشه سینما بود توافق کرد که به صورت کامل در یک دوره معین تمام خدمات خود را به وارنر عرضه کرده و همچنین در آن دوره خدمات خود را به دیگری ارائه نکند. در طول این دوره نلسون برخلاف تعهد خود با ایکس قراردادی منعقد کرد. دادگاه قرارداد معارض را با صدور قرار منع بی اعتبار اعلام می‌نماید (smith, 1992, p. 569-575).

در دعوی شرکت شیمیایی وایت وود علیه هاردمن (۱۸۹۱) هاردمن به عنوان مدیر به استخدام شرکت وایت درآمد و توافق کرد که تمام زمان خود را صرف کار در شرکت به مدت ۱۰ سال نماید. بعداً او بخشی از زمان خود را صرف یک شرکت رقیب کرد و خواستار ترک قرارداد خود با شرکت وایت شد. شرکت وایت علیه او طرح دعوا کرد. دادگاه با صدور قرار منع باعث اجرای خاص یک قرارداد برای خدمات شخصی شد (Barker & Padfield, ۱۳۸۶، ص ۱۶۶).



جبران خسارت به عنوان یک ضمانت اجرای مستقل در کنار سایر ضمانت اجراها در نظر گرفته شده و همزمان قابل جمع با سایر ضمانت اجراهاست.

در سیستم حقوقی کامن لو در صورت تخلف مشروط‌علیه یا متعهد از انجام تعهد زیان دیده همواره حق مطالبه خسارت را دارد، اما اجبار او به انجام تعهد کاملاً بستگی به نظر دادگاه دارد. فسخ قرارداد نیز جنبه استثنایی دارد و ایجاد حق فسخ منوط به نقض اساسی قرارداد است.

کنوانسیون نیستند حکم به اجرای عین تعهد دهد. حق فسخ قرارداد نیز در کنوانسیون جنبه استثنایی دارد و هدف تدوین کنندگان کنوانسیون این بوده است که تا حد امکان قرارداد حفظ شود و از فسخ آن جلوگیری شود. زیرا موارد فسخ قرارداد در وهله اول به نقض اساسی قرارداد محدود شده است. تفاوتی که در فسخ قرارداد بین حقوق ایران و کنوانسیون وجود دارد این است که در حقوق ایران مفهوم نقض اساسی وجود ندارد و در فرضی که برای متعهدله حق فسخ ایجاد می‌شود دیگر تفاوتی ندارد که نقض اساسی صورت گرفته یا غیر اساسی. در مورد مطالبه خسارت در کنوانسیون حق درخواست



Reference

- Adl, Mustafa (2006), *Civil Law*, Tehran, Taha Publications, second edition.
- Ameli (Shahid Sani), Zain al-Din bin Ali (1989), *al-Rawzah al-Bahiyyah fi Sharh al-Lamaa al-Damshaqiyyah* (Mohshi Kalanter), Qom, Davari Bookstore, first edition, third volume.
- Chengwei, Liu (2007), *Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL*, published in SiSU on behalf of CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law.
- Cheshire Fifoot & Furmston, *law of contract*, Butterworths, 1986, 11th edition.
- David Barker & Colin Padfield (2007), *law made simple*, 2nd edition, Majd Publications.
- DiMatteo, Larry A & Dhooge, Lucien & Greene, Stephanie & Maurer, Virginia, Maurer & Pagnattaro, Marisa (2005), *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press (September 5).
- Emami, Seyyed Hasan (1985), *Civil Law*, Tehran, Islamic Bookstore Publications, 5th edition, 2nd volume.
- Erauw, Johan & Flechtner, Harry M (2001), *Remedies Under the CISG*, in Petar Sarcevic & Paul Volken, *The International Sale of Goods Revisited*, Kluwer Law International.
- Ferrari, Franco (2006), *"Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention, 25 Years of Article 25 CISG"*, *Journal of Law and Commerce*, Spring, Pp 489-508.
- Flechtner, Harry M (1988), *Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C.*, *Journal of Law and Commerce*, Pp 53-108.
- Flechtner, Harry M., (2005), *Buyers' Remedies in General and Buyers' Performance-Oriented Remedies*, 25 *Journal of Law and Commerce*, 339-347.
- Honnold, John O (1999), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, 3rd Edition.
- Hosseini Maraghi, Mir Abd al-Fattah (1997), *Anavin*, Qom, Islamic Publication Institute, first edition, second volume.
- Huber, Peter & Mullis, Alastair, (2007), *The CISG A new textbook for students and practitioners*; Germany: Sellier. European law publishers.
- Huber, Peter (2005), *CISG- The Structure of Remedies*, (*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*), Presentation at seminar: "The Convention on the International Sale of Goods. The 25th Anniversary: Its Impact in the Past; Its Role in The Future", German Society of Comparative Law, Private Law Division, Conference 2005 (22-24 September) Würzburg.
- Katouzian, Nasser (2004), *Civil Law - Legal Practices*, Tehran, Publishing Company, 10th edition.



- Katouzian, Nasser (2006), Special contracts, Tehran, Ganj Danesh, 7th edition, 2nd volume.
- Katouzian, Nasser (2007), General Rules of Contracts, Tehran, Publishing Company, 5th edition, 3rd volume.
- Lookofsky, Joseph, (2000), The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer Law International, The Hague.
- Magnus, Ulrich, (2005), "The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG - General Remarks and Special Cases". Journal of Law and Commerce, vol. 25
- Najafi Esfahani, Mohammad Hassan (1983), Javaher al-Kalam fi Sharh Shar'e al-Islam, Beirut, Dar Ihya al-Tarath al-Arabi, 7th edition, 23rd volume.
- Safaei, Seyed Hossein (2006), Civil Law Preliminary Course, General Rules of Contracts, Tehran, Mizan Publishing House, 4th edition, 2nd volume.
- Safai, Seyyed Hossein and others, International Sales Law with a Comparative Study, Tehran University Publications, 2014, first edition.
- Schlechtriem, Peter (1986), Uniform Sales Law- The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Published by Manz, Vienna.
- Schlechtriem, Peter (2002), The German Act to Modernize the Law of Obligations in Europe, Oxford University Comparative Law Forum.
- Shahidi, Mehdi (2007), Civil Laws of Contract Conditions, Tehran, Majd Publications, second edition, fourth volume.
- Sheikh Ansari (1959), Kitab al-Makasab, Qom, Dar al-Hikma, second edition, fourth volume.
- Smith, J.C & Thomas, Acasbook on contract; Sweet & Maxweel 1992. 9th edition.
- Taheri, Habibullah (1997), Civil Law, Qom, Islamic Publications Office affiliated to Qom Seminary Teachers Society, second edition, fourth volume.
- Treitel, G.H, law of contact, Sweet & Maxwell, 1995, 9th edition.
- UNCITRAL Digest of Case Law on The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (2012 Edition), United Nations Commission on International Trade Law.
- Viscasillas, Pilar Perales (2005), The Nachfrist Remedy, presented in "Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (Collation of Papers at UNCITRAL -- SIAC Conference 22-23 September, Singapore International Arbitration Centre.
- Yovel, Jonathan (2005), Buyers Right to avoid the contract:
Comparison between provisions of the CISG (Article 49) and the counterpart provisions of the PECL (Articles 9:301, 9:303 and 8:106), Cambridge University Press.
- Zeller, Bruno (2007), The Remedy of Fundamental Breach and The United Nations Convention on the International Sale of Goods (CISG)



- A Principle Lacking Certainty?,
Vindobona Journal of International
Commercial Law & Arbitration 2.

Zumbansen, Peter (2005), The Law of
Contract, In Zekoll, Joachim and
Reimann, Matthias, Introduction to
German Law, Hague: Kluwer Law
International.

Original Article

Reflection on the principles and requirements of a secure electronic voting system

Hosseinali Kalhor*¹ , Hossein Malakooti Hashajin², Ayat Mulaee³, Mohammad Mazhari⁴ 

¹ PhD student in Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

² Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

³ Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

⁴ Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.9.8](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23738.1349)



[10.22080/LPS.2022.23738.1349](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23738.1349)

Received:

June 15, 2022

Accepted:

October 1, 2022

Available online:

December 3, 2022

Keywords:

Voting, technology, digital divide, functional requirements, logical integration process.

Abstract

E-voting is considered to mean the further enhancement and strengthening of democratic processes in the information of modern societies. Electronic voting must first comply with the existing legal and regulatory framework. In addition, e-voting should be technically implemented in a way that specifies the requirements and regulations to reach the maximum number of users. As a result, the purpose of this article is twofold. In the first place (first), to identify the set of general requirements of the Constitution that must be considered when designing an electronic voting system for general elections. This set of requirements will lead to the acceptable design of the specific principles of a law for the electronic voting system. In the second stage (second), by identifying the process of logical integration, the requirements of the electronic voting system are determined. These requirements are the result of design principles that have already been identified. This research seeks to find the answer to the question whether the electronic voting scheme can meet the legal requirements as established in modern information societies. In addition, what differences can be made between different types of electronic voting system requirements? The results using the descriptive-analytical method and collecting library documents show that at present the possibility of electronic voting should be considered only as a complementary tool for traditional electoral processes. The main reason for this phenomenon is the digital divide, the inherent distrust of electronic voting, as well as the inadequacy of existing technology tools to meet certain requirements.

***Corresponding Author:** Hosseinali Kalhor

Address: PhD student in Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

Email: h.k137020@gmail.com



Extended abstract

1. Introduction

Despite the various approaches and ideas about how to institutionalize democracy and stabilize it in the national governance system, there is a consensus issue that the procedure and tools of the election should be defined and prepared in such a way as to maximize "transparency" and "impartiality", which are included. It should not be such that these procedures and tools influence people's choices and give them direction, and in practice provide the ground for improper uses and contrary to the general goals and principles of democratic systems. One of the tools that has attracted the attention of governmental and social policy makers in the development and improvement of all aspects of affairs in the last decade is "information and communication technology". The so-called "neutral", flexible and empowering nature of this technology and its tremendous effect in increasing efficiency and effectiveness have made those involved in the micro and macro spheres of society not to hesitate in electronicizing their affairs, and this practice among the countries of the world. An achieved position that has become a criterion for development. One of the topics that has seriously attracted the opinion of policymakers is the way and extent of using this technology in governance. In this regard, there are no exceptions and we try to use all its capacities. In this regard, we can mention topics such as electronic parliament and electronic legislation, which have passed their initial discussions and are approaching their evolution. "Electronic voting" has attracted much attention over the past years due to factors such as the increasing desire of societies to create

electronic government, electronic democracy and electronic governance. In general, electronic voting takes place in various parts of the government, such as the executive branch, parliament, various sectors of industry and universities.

2. Methods

The purpose of this article is to discuss whether the e-voting scheme can meet the legal requirements as it is set in modern information societies. This article discusses how to design and implement the electronic voting process in order to comply with the principles and democratic rights of elections as well as other types of human rights that form the cornerstone of international legal civilization. In this regard, the requirements of an electronic voting system are considered as designed principles that are necessary to comply with the legal framework governing general elections. Although technology moves at a faster pace than the legal system, its evolution should be pursued as a means to improve human life and not as an end in itself. In this regard, technological developments and especially those that affect fundamental principles should be carefully examined to ensure their contribution to improving the quality of life of citizens.

The second purpose of this article is to discuss trust in technology. Developers of information systems with electronic voting systems are faced with the prospect of ensuring an adequate level of security. Recent literature has often distinguished between different types of electronic voting system requirements. In the literature (CyberVote, 1999), requirements are usually identified by headings such as legal, technical, and user-oriented—the latter in the form of conditions that the system must meet (e.g., "the system allows

online voting from home"). Other authors choose to derive requirements for electronic voting systems only based on a specific electoral method (such as a paper absentee voting process (United States, 2000).

3. Findings

The findings indicated electronic voting systems should currently be considered only as a supplement and not a replacement for the existing paper-based voting systems. We base our offer mainly on the following:

The digital divide, which means the lack of equal access to the Internet and ICT infrastructure tools. Providing new tools and opportunities for participation, based on information and communication technology, in such a case can lead to the opposite result, that is, the removal of "illiterate information and communication technology" voters from the political process. An electoral system itself may organize an individual's unequal access to the electoral process. It is a matter of democracy and equality to ensure that different voting technologies are equal in terms of ease and opportunity of access.

4. Conclusion

Technology can help overcome the crisis of trust that representative democracy is experiencing today. The right to vote is a part of the democratic process that is deeply embedded in modern constitutions. In addition, it is considered one of the basic foundations of democracy.

In this paper, we have identified the general design principles of an Internet-based electronic voting system that derives from the relevant constitutional requirements. In addition, we have produced a set of performance requirements for electronic voting

systems that integrate the requirements imposed by existing (traditional) general election systems. To do this, a software engineering method (i.e. logical integrated process) was used, which is based on facilitating use cases. As a result, an electronic voting system is conceptualized in its own institution, in such a way that it limits the number of possible subsequent plans but does not dictate a specific plan.

Thus, it seems that it is really difficult to meet some of the requirements set forth by the law (for example, non-coercion) with the existing technology. In the current socio-technical conditions, the final result of our work is that - at present, electronic voting systems should be considered as a complementary means to traditional general election systems, provided that all necessary legal and technical requirements are adequately met. Therefore, it is expected that the traditional voting system will remain the main means of conducting the general election process, while the additional electronic voting capacity will be introduced only gradually.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work

Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.

تأملی بر اصول و الزامات سیستم رای‌گیری الکترونیکی امن

حسینعلی کلهر^{۱*}، سید حسین ملکوتی هاشجین^۲، آیت مولائی^۳، محمد مظهری^۴

^۱ دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران
^۲ استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران
^۳ استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران
^۴ دانشیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.9.8](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23738.1349)



[10.22080/LPS.2022.23738.1349](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23738.1349)

چکیده

رای‌گیری الکترونیکی به معنای افزایش و تقویت بیشتر فرآیندهای دموکراتیک در اطلاعات جوامع مدرن تلقی می‌شود. رای‌گیری الکترونیکی ابتدا باید با چارچوب قانونی و نظارتی موجود مطابقت داشته باشد. علاوه بر این، رای‌گیری الکترونیکی باید از نظر فنی به گونه‌ای پیاده‌سازی شود که الزام و مقررات به حدنصاب رسیدن حضور کاربران را مشخص کند. در نتیجه، هدف این مقاله دوگانه است. در وهله نخست، برای شناسایی مجموعه الزامات عمومی قانون اساسی است که بایستی هنگام طراحی سیستم رای‌گیری الکترونیکی برای انتخابات عمومی در نظر گرفته شوند. این مجموعه الزامات منجر به طراحی قابل قبول اصول خاص یک قانون برای سیستم رای‌گیری الکترونیکی خواهد شد. در مرحله دوم، با شناسایی فرآیند یکپارچه‌سازی منطقی، الزامات سیستم رای‌گیری الکترونیکی مشخص می‌شود. این الزامات ناشی از طراحی اصولی است که پیش از این شناسایی شده‌اند. این پژوهش در پی یافتن پاسخ این سؤال است که آیا طرح رای‌گیری الکترونیکی می‌تواند الزامات قانونی را همان‌طور که در جوامع اطلاعاتی مدرن وضع شده است، برآورده کند؟ بعلاوه اینکه چه تفاوت‌هایی بین انواع مختلف الزامات سیستم رای‌گیری الکترونیکی می‌توان قائل شد؟ نتایج این پژوهش با بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی و جمع‌آوری اسناد کتابخانه‌ای نشان می‌دهد که در حال حاضر قابلیت رای‌گیری الکترونیکی باید تنها به‌عنوان وسیله‌ای مکمل برای فرآیندهای سنتی انتخابات در نظر گرفته شود. دلیل عمده این پدیده به شکاف دیجیتال، بی‌اعتمادی ذاتی به روش رای‌گیری الکترونیکی و همچنین ناکافی بودن ابزارهای فناوری موجود برای برآوردن برخی الزامات باز می‌گردد. هدف از انجام این تحقیق بررسی اصول و الزامات سیستم‌های رای‌گیری الکترونیکی با نگاهی به الزامات امنیتی و غیر امنیتی کاربران و همچنین کاربردی می‌باشد.

تاریخ دریافت:

۲۵ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۹ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۲ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

رای‌گیری، فناوری، شکاف دیجیتال، الزامات عملکردی، فرآیند یکپارچه‌سازی منطقی، انتخابات

* نویسنده مسئول: حسینعلی کلهر

آدرس: دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم ایمیل: h.k137020@gmail.com

اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

۱ مقدمه

۱۴۰۰: ۱۸۰-۱۸۱) دلایل زیر منجر به افزایش تمایل جوامع نسبت به اتخاذ روش رأی‌گیری الکترونیکی شده است:

۱- رأی‌گیری الکترونیکی این امکان را برای رأی‌دهندگان فراهم می‌آورد تا رأی خود را از مکانی غیر از مرکز رأی‌گیری در منطقه رأی‌گیری خود، ارائه دهند ۲- تسهیل فرآیند رأی‌گیری ۳- تسهیل مشارکت در انتخابات و همه‌پرسی برای تمامی کسانی که اعم از شهروندان مقیم یا خارج از کشور حق رأی دارند ۴- دسترسی به فرآیند رأی‌دهی برای رأی‌دهندگان دارای معلولیت یا کسانی که برای حضور فیزیکی در مراکز رأی‌دهی از مشکلات دیگری رنج می‌برند. ۵- افزایش مشارکت رأی‌دهندگان به وسیله ایجاد کانال‌های رأی‌گیری مضاعف ۶- کاهش هزینه کلی برای برگزاری انتخابات یا فراندوم ۷- امکان ارائه نتایج به صورت سریع و قابل اعتماد (Report of the Speaker's Commission, 2015; 55-56)

همانگونه که پیش‌تر نیز مورد اشاره قرار گرفت، رأی‌گیری الکترونیکی و استفاده از فناوری‌های دیجیتال فرآیندی است که در بسیاری از بخش‌های حاکمیت از جمله انتخابات پارلمان نیز می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. در انتخابات پارلمان مشارکت رأی‌دهندگان شاخص اصلی سلامت دموکراسی تلقی می‌گردد، حضور اندک رأی‌دهندگان نشانگر کارکرد نه‌چندان مطلوب دموکراسی در یک کشور است. به طور مثال در کشور بریتانیا، پیشتر یکی از دلایل مشارکت پایین مردم در انتخابات پارلمان، عدم نام‌نویسی آنان برای رأی‌گیری بود. لذا در حال حاضر به منظور رفع مانع مذکور در این کشور، از نام‌نویسی آنلاین برای مشارکت در انتخابات استفاده می‌شود. همچنین در این ارتباط از کارهای مهم و تأثیرگذاری که نهادهای دیگری همانند کمیسیون انتخاباتی که یک نهاد مستقل و ناظر بر سیستم انتخاباتی در بریتانیا است برای آموزش مردم در مورد نحوه ثبت نام الکترونیکی به منظور

یکی از ابزارهایی که طی دهه اخیر نظر سیاست‌گذاران حاکمیتی و اجتماعی را در توسعه و ارتقای همه جانبه امور به خود جلب کرده، «فناوری اطلاعات و ارتباطات» است. ماهیت به اصطلاح «خنثی»، انعطاف‌پذیر و تواناساز این فناوری و تأثیر شگرف آن در افزایش کارایی و اثر بخشی باعث شده دست‌اندرکاران حوزه‌های خرد و کلان جامعه در الکترونیکی کردن امور خود تردید نکنند و این رویه در میان کشورهای جهان به جایگاهی دست یافته که به معیاری برای توسعه یافتگی تبدیل شده است.

یکی از موضوعاتی که به طور جدی نظر سیاستگذاران را به خود جلب کرده، نحوه و میزان به کارگیری این فناوری در حکمرانی است. در این خصوص هیچ استثنایی هم لحاظ نشده و سعی بر این است که از همه ظرفیت‌های آن استفاده شود. که در این خصوص می‌توان به مباحثی نظیر پارلمان الکترونیکی و قانون‌گذاری الکترونیکی که مباحث نخستین خود را پشت سر گذاشته‌اند و به تکامل خود نزدیک شده‌اند، اشاره کرد. (فتحیان و تقوی، ۱۳۸۷: ۲)

«رأی‌گیری الکترونیکی» طی سالیان گذشته به دلیل عواملی چون افزایش تمایل روزافزون جوامع به ایجاد دولت الکترونیکی، دموکراسی الکترونیکی و نیز حاکمیت الکترونیکی توجه زیادی را به خود جلب کرده است. به صورت کلی رأی‌گیری الکترونیکی در بخش‌های مختلفی از حاکمیت از جمله قوه مجریه، پارلمان، بخش‌های مختلف صنعت و دانشگاه صورت می‌گیرد. اصطلاح رأی‌گیری الکترونیکی، به رأی دادن به صورت الکترونیکی، استفاده از اینترنت برای اظهارنظر در مورد مسائل سیاسی، جدول‌بندی آرا به روش الکترونیکی برای سیستم‌های الکترونیکی یکپارچه از مرحله ثبت نام رأی‌دهندگان و نامزدها تا انتشار نتایج انتخابات، اطلاق می‌گردد. (امیری زرگ آباد و ملکوتی هشجین،



چارچوب قانونی حاکم بر انتخابات عمومی ضروری است.

هدف دوم این مقاله، بحث درباره اعتماد به فناوری است. توسعه‌دهندگان سیستم‌های اطلاعاتی با سیستم‌های رای الکترونیکی، با چشم‌اندازی برای اطمینان از سطح کافی از امنیت روبه‌رو می‌شوند. (Cramer R., Franklin, 1996; 72-73) ادبیات اخیر، اغلب بین انواع مختلف الزامات سیستم رای‌گیری الکترونیکی تمایز قائل شده است. (CyberVote, 1999) در ادبیات، الزامات، معمولاً با عناوینی چون حقوقی، فنی و کاربرمحور شناسایی می‌شوند-مورد دوم در قالب شرایطی است که سیستم باید رعایت کند (مانند «سیستم اجازه رای‌گیری آنلاین را از خانه می‌دهد»). سایر نویسندگان استخراج الزامات برای سیستم‌های رای‌گیری الکترونیکی را تنها بر اساس روش انتخاباتی خاصی (مانند فرآیند رای‌گیری غیرحضوری کاغذی) (United Sates, 2000) انتخاب می‌کنند.

۳ سازماندهی پژوهش

ساختار مقاله به شرح ذیل است: ابتدا به موضوعات اصلی در مورد رای‌گیری الکترونیکی برای انتخابات همگانی اشاره و سپس الزامات عمومی قانون اساسی و طراحی اصول مربوطه که چنین فرآیند انتخاباتی‌ای را باید رعایت کند، خلاصه می‌کند. در ادامه، اصول طراحی سیستم رای‌گیری تحلیل و متعاقب آن به‌طور مختصر روش‌شناسی‌ای را ارائه می‌دهد که برای شناسایی و توصیف نیازهای کاربر سیستم رای‌گیری الکترونیکی استفاده می‌شود،

۳٫۱ مسائل اصلی رای‌گیری الکترونیکی

چالش اساسی دموکراسی الکترونیکی، بهبود و توسعه دموکراسی، نمایندگی و تقویت فرآیندهایی با هدف توانمندسازی شهروندان است (European Commission, 2000) تمدن جدید که جامعه اطلاعاتی آن را به‌وجود آورده است، باید با اصول و ارزش‌های دموکراسی مطابقت داشته باشد. معرفی

رای دادن، حمایت به عمل می‌آید (Report of the Speaker's Commission, 2015; 58)

فناوری دیجیتال می‌تواند در دستیابی بیشتر به اطلاعات مورد نیاز در ارتباط با نامزدها و احزاب سیاسی کمک شایانی نماید. در این راستا وجود وبسایت‌ها و اپلیکیشن‌های ویژه برای کمک به شهروندان در ارتباط با تصمیم‌گیری در مورد رای دادن آنان، بسیار تأثیرگذار می‌باشد. برنامه‌ها و وبسایت‌های مشاوره‌ای می‌توانند به وسیله اقداماتی نظیر أخذ نظرات و دیدگاه‌های شهروندان و تطبیق آنان با سیاست‌های احزاب مختلف، به شهروندان کمک کنند تا تصمیم بگیرند که به چه کسی رای دهند. این فرآیند نباید به وسیله پارلمان و در وبسایت مربوط به آن صورت گیرد زیرا پارلمان در هر صورتی بایستی بیطرفی خویش را حفظ نماید. باین‌حال تمامی افراد جامعه متمایل به استفاده از چنین اپلیکیشن‌هایی نمی‌باشند و بسیاری از آنان این اپلیکیشن‌ها را فقط در صورتی مفید تلقی می‌کنند که آنان را برای دسترسی به اطلاعات مربوط به نامزدها و احزاب یاری نماید (Report of the Speaker's Commission, 2015; 58) جامعه اطلاعاتی در حال ظهور، مردم کشورهای توسعه‌یافته را قادر به انجام چندین فعالیت به‌صورت مستقیم، خودکار، کارآمد و همچنین به‌صورت الکترونیکی می‌سازد.

۲ اهداف پژوهش

هدف اول این مقاله، بحث در مورد این است که آیا طرح رای‌گیری الکترونیکی می‌تواند الزامات قانونی را، همان‌طور که در جوامع اطلاعاتی مدرن وضع شده است، برآورده کند؟ این مقاله چگونگی طراحی و اجرای فرآیند رای الکترونیکی را به منظور انطباق با اصول و حقوق دموکراتیک انتخابات و همچنین سایر انواع حقوق بشر که سنگ بنای تمدن حقوقی بین‌المللی را تشکیل می‌دهند، مورد بحث قرار می‌دهد. در این راستا، الزامات یک سیستم رای‌گیری الکترونیکی به عنوان اصول طراحی شده در نظر گرفته می‌شود که رعایت آن‌ها برای انطباق با

اساسی‌اند. بررسی حقوقی نظام انتخاباتی در ایران، در همان گام نخست دو چالش را پیش می‌کشد: نخست انباشتگی قوانین انتخاباتی و دوم کاستی‌های این قوانین. انباشتگی قوانین عادی بدون در نظر داشتن مصوبه‌های پیرامونی مانند دیدگاه‌های تفسیری شورای نگهبان و یا آیین‌نامه‌ها در حوزه انتخابات بیش از اندازه بوده است. با آنکه نظام انتخاباتی در ایران پیشینه‌ای بیش از یک سده دارد و جامعه و دولت ایرانی بارها انتخابات را آزموده و از این در نیازی به قانون‌های پیاپی و دنباله‌دار نبوده، ولی پس از انقلاب بیش از هشتاد قانون عادی در باره انتخابات تصویب شده که نیمی از آنها در باره انتخابات مجلس شورای اسلامی است. سه قانون اصلی درباره نظام انتخابات مجلس شورای اسلامی ۱۳۵۸، ۱۳۶۲ و ۱۳۷۸ و نزدیک به بیست و پنج قانون اصلاحی نسبت به این سه قانون بیانی از وضعیت نظام حقوقی انتخابات در ایران است. (آذر باد، حق شناس، ۱۴۰۰، ۴-۱۲۳) مساله انتخابات الکترونیک در ایران هرچند در پرتو مسائلی چون تسهیل در فرایندهای انتخاباتی، کاهش قابل توجه هزینه‌ها و ایجاد شفافیت ناشی از سرعت شمارش آراء و به تبع آن کاستن از خطر دستکاری انتخاباتی قابل درک است اما سویه مهمتر آن ایجاد بستری برای گذار به دموکراسی از طریق یک نظام انتخاباتی منسجم، در دسترس و قابل اعتمادتر است. از این رو مساله انتخابات الکترونیک در ایران را از چنین منظری باید مورد ملاحظه قرار داد. (همان، ۱۲۸) به‌علاوه این که الزامات بنیادی دموکراسی برای آن‌ها در جهت مجموعه الزامات عمومی رأی‌گیری در قانون اساسی ایجاد می‌شود. این مجموعه به نوبه خود منعکس‌کننده مجموعه اصول اساسی طراحی رأی‌گیری است (جدول ۱). Dimitris A. (Gritzalis, 2002, p.541).

سیستم رأی‌گیری الکترونیکی باید با این قانون مطابق بوده چراکه رأی‌دادن یکی از کارکردهایی است که «شهروندان الکترونیک» ممکن است بخواهند به صورت آنلاین انجام شود. در این راستا، پدیده شکاف دیجیتالی باید مورد توجه قرار گیرد. دسترسی مقرون‌به‌صرفه به اینترنت، کلیدی برای مبارزه با شکاف دیجیتالی بین «غنا (اطلاعات)» و «فقر (اطلاعات)» در یک جامعه اطلاعاتی است. در این راستا باید سیاست‌های خاصی اتخاذ شود. برای مثال، اتحادیه اروپا سه اقدام کلیدی اتخاذ کرده است: الف) انطباق چارچوب قانونی موجود با نیازهای صنعت ارتباطات در اینترنت، ب) تقویت رقابت در شبکه‌های دسترسی محلی، به‌منظور تشویق گسترش اینترنت و دسترسی به اینترنت پرسرعت در اروپا و ج) برای اطمینان از استاندارد بالای حقوق کاربر و حفاظت از حریم خصوصی.

یک سیستم انتخاباتی ممکن است به خودی‌خود دسترسی نابرابر یک فرد را به فرآیند انتخابات تحمیل نکند.^۱ تضمین برابری فناوری سنتی و رأی‌گیری الکترونیکی، با توجه به سهولت و فرصت دسترسی، موضوع دموکراسی و برابری است. انتخابات پارلمانی باید آزاد، برابر و مخفی باشد. در عین حال، روند انتخابات باید شفاف و در معرض نظارت عمومی باشد.

قانون اساسی بسیاری از کشورها ایجاد می‌کند که انتخابات عمومی باید به کلیت، آزادی، برابری، رازداری و مستقیم‌بودن احترام بگذارد. همچنانکه نظام حقوقی انتخابات در ایران بر پایه اصل‌های قانون اساسی، گزاره‌های قانونی و رویه‌های انتخاباتی بنیاد گرفته است. این سه خاستگاه، در طول هم جای می‌گیرند و گزاره‌های قانونی پیرو قانون اساسی و رویه‌های انتخاباتی نیز پیرو قانون عادی و قانون

Partizipationsmöglichkeiten (www.tauss.de/bn/e-vote.html).

1. Tauss J., Kollbeck J., e-vote: Die elektronische Briefwahl als ein Beitrag zur Verbesserung der



جدول ۱ الزامات قانون اساسی و اصول طراحی

الزامات قانون اساسی	اصول طراحی سیستم‌های رای‌گیری
۱- اصول کلی	۱- از نظر شکل و روابط متناظر یا مشابه با سنت. ۲- شایستگی
۲- آزادی	۱- عدم اجبار ۲- عدم تبلیغات در سایت رای‌گیری الکترونیکی ۳- قابلیت رای‌گیری غیرمعتبر
۳- برابری	۱- برابری نامزدها ۲- برابری رای‌دهندگان ۳- یک رای‌دهنده-یک رای
۴- مخفی بودن	۱- مخفی بودن ۲- تعادل امنیت در مقابل شفافیت
۵- مستقیم بودن	۱- ثبت و شمارش آرا بدون نظارت
۶- دموکراسی	۱- اعتماد و شفافیت ۲- قابلیت تایید و پاسخگویی ۳- قابلیت اطمینان و امنیت ۴- سادگی

۳٫۲ اصول طراحی شده سیستم‌های رای‌گیری

همانگونه که ابزارهای مختلفی در نظام‌های سیاسی و حقوقی کشورهای جهان به عنوان مواردی برای طراحی رای‌گیری شناخته می‌شوند. بدین ترتیب می‌توان برای تحقق سیستم‌های رای‌گیری اصول مختلفی را در نظر گرفت و پیشنهاد داد که به شرح ذیل می‌باشد.

۳٫۲٫۱ عمومیت

حق رای همگانی، اصلی کلی برای انتخابات دموکراتیک است که درخواست شرکت هر رای‌دهنده واجد شرایط را در روند انتخابات دارد که هیچ‌کس نتواند طرد یا مورد تبعیض شود. پیامدهای ناشی از این اصل به شرح زیر است:

۱- هر رای‌دهنده حق دارد در فرآیند انتخابات شرکت کند.

۲- توانایی شرکت در فرآیند انتخاباتی (شرایط صلاحیت) باید مبتنی بر قانون و قابل کنترل باشد.

۳- امکانات و فناوری‌های رای‌گیری باید برای هر رای‌دهنده قابل دسترسی باشد.

۴- رای‌الکترونیکی باید به عنوان روشی جایگزین برای استفاده از حق رای در نظر گرفته شود.

۵- اصل دموکراتیک (یعنی هر رای‌دهنده واجد شرایط باید در فرآیند انتخابات حضور داشته باشد) به زیرساخت‌های مناسب در دسترس عموم (مانند کیوسک‌های اینترنتی عمومی، رای‌گیری اینترنتی در ادارات دولتی و غیره) منجر می‌شود تا شهروندان بتوانند از حقوق خود استفاده کنند. (Dimitris A. Gritzalis, 2002, p.541)

رای‌گیری الکترونیکی کلیت رویه‌های انتخاباتی را با ارائه گزینه‌ای اضافی برای مشارکت در روند انتخابات بهبود می‌بخشد. موضوعی که مطرح می‌شود این است که آیا شرکت در انتخابات از طریق رای‌گیری الکترونیکی باید مشروط به اثبات شرایطی خاص مانند رای‌گیری پستی باشد؟ در اکثر کشورهای رای‌گیری پستی ایجاد شده است، فقط افراد خاصی مجاز به استفاده از این گزینه هستند.

پذیرش قابلیت رای‌الکترونیکی به عنوان یک استثنا از قاعده (یعنی بر اساس اثبات یک شرط خاص، که از رای دادن واجدین شرایط به صورت فیزیکی جلوگیری می‌کند) به طور کلی قابل قبول تلقی می‌شود. از سوی دیگر، تحول به سمت جامعه اطلاعاتی تأثیر بسزایی بر توانایی شهروندان در اعمال حقوق خود دارد. در پرتو چنین تصمیم سیاسی برای بهبود دولت الکترونیک و مشارکت الکترونیکی،

۳،۲،۲ آزادی

اصل انتخابات آزاد ایجاب می‌کند که فرآیند انتخابات بدون اعمال هیچ‌گونه خشونت، اجبار، فشار، مداخله، دستکاری یا هرگونه نفوذ دیگر از سوی دولت یا یک یا چند نفر انجام شود. در رای‌گیری پستی، ممکن است از رای‌دهنده خواسته شود بیانیه‌ای را روی گواهی‌نامه رای‌گیری امضا کرده و تعهد دهد که شخصاً برگه رای را پر کرده است. ارائه چنین امضایی در رای‌گیری الکترونیکی بی‌اهمیت نیست. (IST-2000-29518) e-VOTE (project), 2002 رویه‌های رای‌گیری الکترونیکی، فراتر از رای‌گیری پستی، تهدیدهای جدیدی برای آزادی و یکپارچگی تصمیم رای‌دهندگان ایجاد می‌کند. به عنوان مثال، در محل کار، حتی اگر کارفرما، سرپرست یا همکار بالای سر کارمند رای‌گیری الکترونیکی نایستد، مدیران سیستم می‌توانند فعالیت را در هر حوزه اخذ رای، نظارت یا یک کپی از برگه رأی را ضبط کنند. (Kim A, 2001)

برای عدم اجبار و جلوگیری از خرید و اخاذی رای می‌توان از سیستم رای‌گیری الکترونیکی که به گونه‌ای تضمین‌کننده برای جلوگیری از ثابت کردن استفاده از روشی خاص (عدم ردیابی از طرف رای دهنده)، طراحی شده است، استفاده کرد.^۱ (از آن‌جا که رابطه افراد در محل کار متوازن نیست، پیشنهاد می‌شود از رای‌گیری الکترونیکی در محل کار خودداری شود. به هر ترتیب، به سختی می‌توان از اجبار به رای دادن با فناوری به صورت انفرادی جلوگیری کرد. یک راه حل برای این امر، ایجاد زیرساختی در دسترس عموم است که به رأی‌دهندگان اجازه می‌دهد بدون اجبار هر شخص ثالثی از حقوق خود استفاده کنند.

در صورتی که یک پیام تبلیغاتی در حالی که رای‌دهنده در حال رای دادن الکترونیکی خود است، روی صفحه رایانه نمایش داده شود، آزادی در

معرفی یک قابلیت رای دهی باید به عنوان مکملی از سیستم رای‌گیری سنتی در نظر گرفته شود.

صلاحیت را می‌توان از طریق ثبت‌نام واجدان شرایط و شناسایی آن‌ها در لحظه ثبت‌نام تضمین کرد. ثبت‌نام و احراز هویت رویه‌هایی ضروری برای اطمینان از رعایت اصل حق رأی عمومی و عدم تقلب در انتخابات هستند. هدف از ثبت‌نام رای‌دهندگان تضمین این اصل است که تنها افراد واجد شرایط رای‌دادن، طبق قانون می‌توانند این کار را انجام دهند و هیچ‌کس نمی‌تواند بیش از یک بار رای دهد.

موضوع دیگر این است که آیا در رای‌گیری الکترونیکی نیاز به ثبت‌نام وجود دارد؟ رای‌گیری الکترونیکی به‌نوعی مشابه رای‌گیری پستی است. هنگامی که سیستم رای‌گیری الکترونیکی معرفی می‌شود، معمولاً مراحل ثبت‌نام و اخذ مجوز لازم است. این رویه‌ها به دلایل زیر با اصل انتخابات عمومی مغایرت ندارد: الف) با فرض عدم وجود ثبت‌نام ملی رای‌دهندگان آنلاین، برای جلوگیری از تقلب در رای و حمایت از یکپارچگی انتخابات، پیش‌ثبت‌نام برای رای‌گیری الکترونیکی ضروری است. از سوی دیگر، سیستم ثبت‌نام رای‌دهندگان مبتنی بر اینترنت، می‌تواند در برابر تقلب در مقیاس بزرگ آسیب‌پذیر باشد. (Internet Policy, Institute, 2001) و ب) در صورتی که رای‌گیری الکترونیکی جایگزینی برای رویه سنتی، ثبت‌نام یا اعلامیه‌ای باشد که رای‌دهنده مایل به استفاده از آن است، گزینه رای‌دادن نباید منجر به طرد یا تبعیض شود. علاوه بر این، باید اطمینان حاصل شود که ثبت‌نام، شناسایی و احراز هویت برای رای‌دهندگان الکترونیکی سهل است، زیرا رویه‌های پیچیده می‌تواند برای آن‌ها دشوار باشد. (California Institute of Technology, 2001)

¹ Adler J., Internet Voting Primer (www.votehere.net/adacompliant/whitepapers/primer).



باشند تا بتوانند عملکرد مناسب آن را ایجاد کنند. اصل برابری ایجاب می‌کند هر رأی، چه فیزیکی و چه آنلاین، به‌طور مساوی به نتیجه انتخابات متناسب با آن سنجیده شود. در شرایط رای‌گیری الکترونیکی، رای‌دهندگان خاصی از مزیت دسترسی به فناوری، توانمند و در نتیجه، از قابلیت رای‌گیری الکترونیکی برخوردارند. برخی استدلال می‌کنند که رای‌گیری از راه دور می‌تواند برای دستکاری نتایج انتخابات با مدیریت دسترسی به‌نحوی که به نفع کسانی باشد که بیشترین اتصال به شبکه را دارند مورد استفاده قرار گیرد. (Phillips, 2001; 73-85)

به دلیل ویژگی‌های نوظهور فناوری، حق دسترسی برابر به فرآیند رای‌گیری باید به حق دسترسی برابر به فناوری انتخابات بدل شود.^۲ در نتیجه، باید رویه‌ای بدون تبعیض به رای‌دهندگان ارائه شود که به آن‌ها اجازه دهد بدون هیچ مانعی از حق رای خود استفاده کنند. دسترسی برابر بدین معنا است که سیستم باید کاربرپسند و مستقل از تحصیلات، سن و شرایط فیزیکی رای‌دهنده باشد (برای رای‌دهندگان معلول جسمی).

سیستم رای‌گیری الکترونیکی باید از رعایت اصل یک رای‌دهنده-یک رای اطمینان حاصل کند. یعنی تنها رای‌دهندگان واجد شرایط می‌توانند فقط یکبار، چه آنلاین یا آفلاین رای دهند. بنابراین، سیستم رای‌گیری الکترونیکی باید به گونه‌ای طراحی شود که از موارد زیر جلوگیری کند: الف) تکرارپذیری رای (چه توسط خود رای‌دهنده یا توسط شخص دیگری)، ب) از قابلیت استفاده مجدد از رای (چه با رای دادن آنلاین و آفلاین) و ج) تغییر رای شرکت‌کنندگان (بعد از این‌که رای‌دهنده رای خود را ارسال کرد).

تصمیم رای‌دهنده ممکن است نقض شود. در طرح‌های انتخاباتی فعلی، تبلیغات در (مجاورت) محل رای‌گیری مجاز نیست. روش (رویه) رای‌گیری الکترونیکی همچنین باید تبلیغات نهادهای سیاسی در وبسایت رای‌گیری الکترونیکی را از نظر فنی غیرممکن کند. تضمین بیان آزادانه اولویت‌های رای‌دهنده^۱ باید از طریق جلوگیری از امکان انداختن رای آگاهانه باطله (یا کاغذ سفید) انجام شود.

۳،۲،۳ برابری

الزام برابری در زمینه انتخابات عمومی، منعکس‌کننده اصل برابری است که یکی از سنگ‌بناهای دموکراسی‌های مدرن را تشکیل می‌دهد. بر اساس اصل حق رای برابر، دو شرط عمده شناسایی شده است: الف) برابری میان احزاب سیاسی شرکت‌کننده و نامزدها و ب) برابری در مورد حق رای هر رای‌دهنده؛ الزامی که از اصل برابری ناشی می‌شود این است که برگه‌های رای الکترونیکی باید به گونه‌ای مشابه آن‌چه که برای برگه‌های رای کاغذی استفاده می‌شود؛ ویرایش و نمایش داده شود. برابری انتخاباتی مستلزم آن است که انحراف معناداری بین ظاهر برگه رای چاپی و معادل الکترونیکی آن وجود نداشته باشد. علاوه بر این، قرار دادن برگه‌های رای الکترونیکی در سایت رای‌گیری (یعنی روی صفحه کامپیوتر) باید دسترسی برابر را تضمین کند. بنابراین، «ظاهر و احساس» وبسایت و برگه‌های رای‌گیری الکترونیکی نباید به نفع یا تبعیض علیه هیچ‌یک از احزاب شرکت‌کننده باشد. یکی دیگر از عناصر برابری در میان احزاب شرکت‌کننده این است که آرای رأی‌دهنده بدون هیچ‌گونه تغییر یا مداخله‌ای ارسال و شمارش می‌شود. رای اخذ شده معتبر نباید در طول فرآیند رای‌گیری تغییر یا حذف شود. بنابراین بایستی از شفافیت نیز حمایت شود. تمام احزاب باید فرصت دسترسی برابر به عناصر روند رای‌گیری را داشته

² Burkert H., "Elektronische Demokratie: Einige staats und verfassungsrechtliche Anmerkungen" (<http://www.gmd.de/People/Herbert.Burkert/ARCHIV>).

¹ Rüß O., Wahlen im Internet, quelle multimedia und recht (<http://www.Internetwahlen.de/project/ruess.html>).

مقررات انتخاباتی که برای رای‌گیری پستی و حفاظت از محرمانه بودن ارتباطات قابل اجرا است، می‌تواند مبنایی برای حل مشکل حریم خصوصی سیاسی باشد. با این حال، هیچ تضمینی برای رهایی از نفوذ خارجی توسط اشخاص ثالث در هنگام اخذ آرا وجود ندارد. این یک خطر ذاتی هر نوع رای‌گیری از راه دور یا الکترونیکی است. برای مقابله (مواجهه) با این خطر باید اقداماتی در سطح قانونی و نظارتی انجام شود تا اقدامات کافی در برابر اجبار و تحریم رفتار غیرقانونی اعمال شود. مخفی بودن باید با اصول دموکراتیک برای انتخابات عمومی هماهنگ باشد. محرمانه بودن رای باید با شفافیت و قابلیت حسابرسی کل فرآیند رای‌گیری تطبیق داده شود (منطبق باشد). سیستم انتخاباتی باید اجازه دهد قبل از مشاهده یا شمارش آرا، صحت برگه رای تایید شود. به منظور حفظ محرمانه بودن، برگه‌های رای داده شده باید رمزگشایی و تنها پس از بررسی و حذف اطلاعات احراز هویت، شمارش شوند. سیستم رای‌گیری الکترونیکی باید کنترل و بازشماری آرا را از نظر فنی امکان پذیر کند و در عین حال از غیرقابل شناسایی بودن رای‌دهندگان اطمینان حاصل کند (International Working Group, 2001)

۳،۲،۵ مستقیم بودن

اصل انتخاب مستقیم ایجاب می‌کند که هیچ واسطه‌ای در روند تصمیم‌گیری در رای‌گیری وجود نداشته باشد. این اصل ممکن است برای تناسب با روش رای‌گیری الکترونیکی نیز تطبیق داده شود. شرط مربوطه این است که هر برگه رای آنلاین مستقیماً ضبط و شمارش شود.

در صورتی که دوره رای‌گیری با روش رای‌گیری (آنلاین یا آفلاین) که برای رای دادن استفاده می‌شود، متفاوت باشد، ممکن است مشکل ایجاد شود. نتایج رای‌گیری آنلاین ممکن است بر نتیجه کل فرآیند انتخابات تأثیر بگذارد و یکپارچگی و مشروعیت کل فرآیند را محدود کند. برای جلوگیری از این امر، می‌توان سیستمی ایجاد کرد که امکان ضبط و نگهداری آرای کنشگران را فراهم کند، در حالی که

موضوع دیگر، مدت زمان رای‌گیری الکترونیکی است. کارگروه رای‌گیری اینترنتی کالیفرنیا پیشنهاد می‌کند که رای‌گیری اینترنتی در طول روز انتخابات ادامه پیدا نکند، یعنی باید زمانی قبل از روز انتخابات که قانون آن را تعیین کند، وجود داشته باشد که رای‌گیری الکترونیکی قطع شود. از سوی دیگر و به منظور تسهیل در رای‌گیری الکترونیکی، برخی دیگر پیشنهاد تمدید مدت رای‌گیری را به بیش از یک روز مطرح می‌کنند. این امکان ممکن است به دو پیشنهاد منجر شود: الف) در اکثر کشورهای عضو اتحادیه اروپا، انتخابات عمومی فقط در یک روز برگزار می‌شود، بنابراین مقررات قانونی مربوطه باید اصلاح شود و ب) اگر رای‌دهندگان بتوانند بیش از یک روز از این امکان استفاده کنند، اصل برابری زیر سوال می‌رود. (Dimitris A. Gritzalis, 2002, p.542-3)

۳،۲،۴ مخفی بودن

مخفی بودن و آزادی اصولی کاملاً مرتبط با یکدیگر هستند. محرمانه بودن، شرط تصمیم‌گیری سیاسی آزادانه رای‌دهندگان است. در انتخابات دموکراتیک پیوند بین رای و رای‌دهنده باید برگشت‌ناپذیر باشد تا اطمینان حاصل شود که رای آزادانه داده می‌شود. در سیستم‌های رای‌گیری سنتی، مخفی بودن از نظر فیزیکی محافظت می‌شود اما این سیستم ممکن است رای‌گیری الکترونیکی را در برابر نقض محرمانه آسیب‌پذیر کند. در نتیجه موارد فوق، الزامات زیر حاصل می‌شود: الف) محرمانه بودن رای باید در هنگام اخذ، انتقال، دریافت، جمع‌آوری و جدول‌بندی آرا تضمین شود، ب) هیچ‌یک از عوامل دخیل در فرآیند رای‌گیری (سازمان‌دهندگان، مقامات انتخاباتی، اشخاص ثالث مورد اعتماد، رای‌دهندگان و غیره) نباید بتوانند رای را با رای‌دهنده قابل شناسایی مرتبط کنند، ج) تشریفات ثبت‌نام و احراز هویت از یک سو و انتقال رای از سوی دیگر باید از هم جدا باشد و د) هیچ رای‌دهنده‌ای نباید بتواند ثابت کند که به روش خاصی رای داده است.



شمارش را قبل از پایان دوره رای‌گیری (آفلاین) ممنوع می‌کند.

۳،۲،۶ دموکراسی

یک سیستم رای‌دهی الکترونیکی دموکراتیک حداقل باید الزامات یک سیستم انتخاباتی سنتی را برآورده کند. با این حال، به دلیل ماهیت از راه دور رای‌گیری الکترونیکی الزامات اضافی نیز باید برآورده شود. این الزامات مربوط به حفظ ویژگی‌هایی مانند شفافیت، پاسخگویی، امنیت، دقت و مشروعیت سیستم است. رای‌دهندگان الکترونیکی باید بتوانند نحوه برگزاری انتخابات را درک کنند. رویه‌های رای‌گیری سنتی به گونه‌ای عمل می‌کند که هم برای رای‌دهندگان و هم برای سایر کنشگران انتخابات شفاف باشد. برعکس، رویه‌های رای‌گیری الکترونیکی شفاف نیستند، زیرا رای‌دهندگان عادی دانش لازم برای درک نحوه عملکرد سیستم را ندارند. بنابراین در رای‌گیری الکترونیکی اعتماد بسیار بیشتری به فناوری مورد استفاده و افراد درگیر (مقامات انتخاباتی، ارائه‌دهندگان فناوری و غیره) مورد نیاز رای‌دهندگان است.

سیستم رای‌گیری الکترونیکی باید امکان راستی‌آزمایی آن را توسط رای‌دهندگان (قابلیت تأیید انفرادی) یا مقامات انتخاباتی، احزاب و ناظران مستقل (قابلیت تأیید نهادی) فراهم کند. با این حال، قابلیت تأیید قائم به رازداری (محرمانه بودن) است، به این معنا که تأییدپذیری فردی (یعنی امکان یک رای‌دهنده برای تأیید رأی خود و دریافت تأییدیه در مورد اخذ و شمارش آرا) با شرط رازداری (به عنوان شرط انتخاب آزاد) در تضاد است. پس بنابراین می‌توان گفت که تأییدپذیری با شفافیت در تضاد است.

پاسخگویی نیازی اضافی از سیستم رای‌گیری الکترونیکی است که به معنای ثبت و نظارت بر کلیه عملیات مربوط به آن است. الزامات اطمینان و امنیت از نیاز دموکراتیک ناشی می‌شود بدین معنا که تا اطمینان حاصل شود که نتیجه انتخابات به درستی، اراده رای‌دهنده را منعکس می‌کند. سیستم

قابل‌اعتماد باید اطمینان حاصل کند که نتیجه فرآیند رای‌گیری با آرای داده شده مطابقت دارد. برگه‌ای که به تجهیزات شمارش رای ارسال می‌شود، باید کپی دقیق و غیرقابل تغییر از انتخاب رای‌دهنده باشد (صداقت). علاوه بر این، هم حذف یک رأی معتبر از جدول‌بندی و هم تأیید اعتبار یک رأی غیرمعتبر باید غیرممکن باشد. امنیت مفهومی چندبعدی در زمینه رای‌گیری الکترونیکی است. امنیت عمدتاً فنی تضمین‌شده برای محرمانگی (رازداری)، یکپارچگی و در دسترس بودن اشاره دارد اما همچنین به طیف وسیعی از عملکردها و احراز انتخاباتی مانند ثبت‌نام، واجد شرایط بودن و احراز هویت اشاره دارد. سیستم رای‌گیری الکترونیکی باید در برابر انکار تصادفی یا عمدی خدمات محافظت شود و هر زمان که انتظار می‌رود برای استفاده در دسترس باشد، عملیاتی شود. در دسترس نبودن سیستم (یا یکی از اجزای آن) ممکن است منجر به از دست دادن توانایی رای‌دهنده برای اعمال حقوق اساسی سیاسی خود شود.

سیستم‌های رای‌گیری الکترونیکی به‌طور اجتناب‌ناپذیری پیچیده هستند. علاوه بر این، آن‌ها معمولاً بازیگران بیشتری را نسبت به یک سیستم سنتی درگیر می‌کنند. از دیدگاه رای‌دهندگان، استفاده از سیستم باید آسان بوده و نیاز به مهارت خاصی نداشته باشد. بنابراین، سیستم رای‌گیری الکترونیکی باید به گونه‌ای توسعه یابد که قابلیت استفاده را تسهیل و قابلیت کنترل آن را حفظ کند.

سادگی و دسترسی به یک سیستم، صرفاً مسائل فنی نیستند. آموزش صحیح و مهندسی مجدد فرآیندهای انتخاباتی (مانند میزهای کمک، مقامات انتخابات الکترونیکی و غیره) برای برآورده کردن این الزامات مورد نیاز است.

بر اساس اصول فوق، الزامات زیر مشتق می‌شوند: الف) باید رویه‌های گواهی معتبر برای سخت‌افزار و نرم‌افزار وجود داشته باشد، ب) کل زیرساخت و همچنین هرگونه عملکرد سیستم (مثلاً همه نرم‌افزارهای غیرواسطه باید با منبعی باز ثبت

(Jacobson I, Booch G., Rumbaugh, 1999) خواهد بود. فرآیند یکپارچه منطقی، ترکیبی از فرآیندهای مختلف توسعه نرم‌افزار است. یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های آن، این است که در مواردی از آن به عنوان روشی برای گرفتن نیازهای معرفی شده، استفاده می‌شود. هر مورد استفاده، به یک نیاز عملکردی سیستم اشاره دارد. (Simons A, Graham, 1998) الزامات غیرعملکردی که مختص یک مورد استفاده هستند، ممکن است بخشی از توضیحات آن شوند، در حالی که الزامات غیرعملکردی در سراسر سیستم معمولاً به عنوان مشخصات تکمیلی مشخص می‌شوند. (Jacobson, 1993)

شوند، ج) تمام عملیات (احراز هویت، ضبط رأی و غیره) باید با حفظ محرمانگی نظارت شود، د) زیرساخت باید برای بازرسی توسط نهادهای مجاز باز و در دسترس باشد، ت) رأی‌دهندگان، احزاب و نامزدها باید اطمینان حاصل کنند که هیچ تخلفی صورت نگرفته است، ث) امنیت کافی سیستم باید تضمین شود) سیستم باید ساده و کاربرپسند باشد.

۴ روش‌شناسی مورد استفاده

در این بخش، الزامات اساسی عمومی (و اصول طراحی مربوطه) به عنوان مبنایی برای استخراج الزامات کاربردی کاربر تسهیل خواهد شد. این استخراج بر اساس فرآیند یکپارچه عقلایی

جدول ۲ الزامات انتخابات قانون اساسی و الزامات کاربران رای الکترونیکی

نیاز کاربر	الزامات قانون اساسی
شرکت در فرآیند رای‌گیری باید تایید شود.	عمومیت : همه شهروندان بالغ حق رای دادن دارند
۱-عدم اجبار باید تضمین شود. ۲-امکان رای آگاهانه غیرمعتبر باید فراهم شود.	آزادی: هرکس آزاد است به حزبی که مناسب می‌داند رای دهد
۱-فقط رای‌دهندگان واجد شرایط باید بتوانند رای دهند (واجد شرایط). ۲-هر رای‌دهنده واجد شرایط باید فقط یک‌بار بتواند رای دهد (عدم استفاده مجدد). ۳-هیچ رأی‌دهنده‌ای نباید بتواند رأی خود یا شخص دیگری را کپی/تغییر دهد (صداقت). ۴-رأی‌دهنده باید بتواند تأیید کند که رأی او در شمارش نهایی محاسبه شده است (قابلیت تأیید). ۵-رای‌دهندگان باید بتوانند بدون تبعیض به زیرساخت‌های رای‌گیری دسترسی داشته باشند (دسترسی).	برابری: همه آرا برابر در نظر گرفته می‌شود
۱-مراحل ثبت نام، احراز هویت و رای‌گیری باید آشکارا از هم جدا شوند. ۲-آرا باید به‌طور جداگانه و مستقل از احراز هویت رأی‌دهندگان تأیید شود.	مخفی بودن: هیچ بازیگری که در فرآیند رای‌گیری دخیل است نباید بتواند یک برگه رای را به یک رای‌دهنده مرتبط کند.
۱-هیچ واسطه‌ای نباید در فرآیند رای‌گیری دخالت داشته باشد (یعنی هیچ شخصی نمی‌تواند اجازه رای دادن برای شخص دیگری را داشته باشد). ۲-تک‌تک رای‌ها باید به درستی ثبت و شمارش شوند.	مستقیم بودن: انتخاب‌کننده، نمایندگان خود را بدون دخالت انتخاب می‌کند.

(Dimitris A. Gritzalis, 2002, p.546)

از الزامات برای یک سیستم رای‌گیری الکترونیکی امن در ادامه ارائه شده است. موارد استفاده از سیستم معمولاً با موارد استفاده تجاری شناسایی شده در

از آن‌جا که هر قدر توصیفات مورد استفاده جزئی‌تر شوند، شرایط اساسی زیربنایی واضح‌تر و در نتیجه به الزامات غیرکاربردی تبدیل می‌شوند. مجموعه‌ای



موارد استفاده تجاری که در مدل رأی‌گیری سنتی گنجانده شده، شامل موارد زیر است (Ikonomopoulos S., Gritzalis, 2002; 507-520)

۱- **تعریف حوزه‌های انتخاباتی:** پیش از شروع پروسه انتخابات، به منظور تعیین حوزه‌های انتخاباتی و تعداد نامزدهای نمایندگی در هیئت حاکمه انجام می‌شود.

۲- **تعیین انتخاب‌کنندگان:** برای تعیین انتخاب‌کنندگان شرکت‌کننده استفاده می‌شود. به طور کلی، تمام افراد بالغ حق/تعهد دارند که در این فرآیند شرکت کنند.

۳- **ارائه ابزار احراز هویت:** برای ارائه ابزار احراز هویت کافی به انتخاب‌کنندگان و اجازه دادن به آن‌ها برای شناسایی خود در طول فرآیند رأی‌گیری انجام می‌شود. مسئولیت ارائه ابزار احراز هویت می‌تواند با دولت یا انتخاب‌کننده باشد. این فرآیند پس از این‌که رای‌دهندگان، ابزار احراز هویت مورد نیاز را در روشی غیرتبعیض‌آمیز به دست آوردند، پایان می‌یابد.

۴- **راه‌اندازی مراکز انتخاباتی:** پس از تعیین حوزه‌های انتخاباتی و پیش از دوره زمانی رأی‌گیری انجام می‌شود. هدف آن فراهم کردن زیرساخت‌هایی است که امکان فرآیند انتخابات را فراهم می‌کند. طی این پروسه، کارمندان مجاز مرکز انتخابات، همراه با افراد مجاز برای نظارت بر روند انتخابات برای هر مرکز، شناسایی می‌شوند.

۵- **ایجاد برگه‌های رای:** پس از تعیین حوزه‌های انتخاباتی شروع می‌شود. هر حزب یک قالب رای گسسته و فهرستی از نمایندگان در هر حوزه انتخاباتی ارائه می‌دهد. ایالت برگه‌های رای را تولید کرده و آن‌ها را به تمام مراکز انتخاباتی می‌فرستد.

۶- **احراز هویت انتخاب‌کننده:** زمانی انجام می‌شود که انتخاب‌کننده در مرکز انتخاباتی که در آن ثبت‌نام کرده است، رای دهد. هدف آن اطمینان

مدل دامنه مطابقت دارد، زیرا عملکرد فعلی با معرفی سیستم الکترونیکی تغییر نمی‌کند.

۴٫۱ مدل رأی‌گیری سنتی

روند رأی‌گیری به طور کلی در چارچوب انتخابات عمومی قابل بررسی است. با این حال، موقعیت‌های دیگری نیز وجود دارد که رأی‌گیری نقش اصلی را ایفا می‌کند (مثلاً انتخابات داخلی [انتخابات اتحادیه‌های کارگری]، تصمیم‌گیری [به‌عنوان مثال رفراندوم]، نظرسنجی‌هایی با ماهیت اشاره‌ای یا مشورتی و غیره). این رویه‌ها مشابه روشی انتخابات عمومی انجام، اگرچه معمولاً با چارچوب قانونی متفاوتی اداره می‌شوند.

با وجود این، می‌توان استدلال کرد که فرآیند انتخابات عمومی، حتی اگر فعالیت‌های خاص ممکن است متفاوت باشد، فرامجموعه‌ای از سایرین است. در این مقاله، مدل رأی‌گیری با تمرکز ویژه بر روند انتخابات عمومی ارائه خواهد شد. سطح جزئیات این مدل به اندازه کافی عمومی است که در چندین زمینه قابل اجرا باشد. تغییرات جزئی ممکن است در زمینه‌های مختلف وجود داشته باشد، که عمدتاً به دلیل تفاوت بین چارچوب قانونی، قابل اجرا است. به نظر می‌رسد که چنین تغییراتی بر کامل بودن یا صحت مدل تأثیر نمی‌گذارد.

علی‌رغم تنوع گسترده سیستم‌های انتخاباتی، چارچوب قانونی و زیرساخت، الزامات قانون اساسی (اصول طراحی) منجر به الزامات کاربر می‌شود که در جدول ۲ نشان داده شده است. این الزامات به موارد استفاده تجاری مربوطه و تحقق آن‌ها اشاره دارد. رابطه متقابل آن‌ها شامل مدل مورد استفاده تجاری برای فرآیند رأی‌گیری انتخابات عمومی است. مدل رأی‌گیری با مکانیسم‌های به‌کار رفته برای تعیین نامزدها یا معیارهای شرکت برای رأی‌دهندگان سازگار نیست. در نظر گرفته می‌شود که نامزدها تعیین شده‌اند و اطلاعات مربوط به کل جمعیت موجود است.

۵ الزامات کاربر:

الف) **رای دهندگان:** رای دهندگان باید به تعدادی محدود از تلاش‌های ناموفق احراز هویت اجازه داشته باشند. در صورت تجاوز از حد، ابزار احراز هویت آن‌ها باطل می‌شود. برای این‌که شانس شرکت مجدد در فرآیند رای‌گیری را داشته باشند، باید وسیله احراز هویت جدیدی صادر و به رای‌دهنده اختصاص داده شود. طی فرآیند احراز هویت، رای‌دهندگان نباید مستقیماً به سیستم میزبان رای‌گیری دسترسی داشته باشند. فرآیند احراز هویت باید به دسترسی محدود و کنترل‌شده به سیستم رای‌گیری تحت امتیازات، کمتر ممکن یا عدم دسترسی منجر شود. احراز هویت موفقیت‌آمیز باید فقط از طریق رابط کاربری به سیستم رای‌گیری دسترسی داشته باشد.

ب) **عوامل کلیدی:** کاربران باید فقط از پایانه‌های خاص، در بازه زمانی بازتعریف شده، با استفاده از ترکیبی از ابزارهای احراز هویت پیشرفته، مانند بیومتریک یا کارت‌های هوشمند، احراز هویت شوند. بازیگران کلیدی نباید کاربران ممتاز در سطح سیستم باشند. فاصله زمانی بین تلاش‌های ناموفق باید پس از هر شکست افزایش یابد. حداکثر تعداد تلاش باید مجاز باشد (پس از آن، مجوز ویژه باید توسط افسران مجاز انتخابات به منظور باز کردن قفل نهایی داده شود). سیستم باید بتواند روش‌های احراز هویت جایگزین و ابزارهایی با قدرت برابر را با پیشرفت فناوری در این زمینه ترکیب کند. سیستم باید یک قلاب برای یک API باز فراهم کند تا به راحتی ابزارهای احراز هویت جدید را در خود جای دهد.

ج) **برای همه کاربران:** داده‌های احراز هویت باید به روشی امن و قابل اعتماد حتی تحت شبکه‌های عمومی منتقل شوند. دستورالعمل‌های امنیتی که به طور گسترده پذیرفته شده‌اند، باید برای احراز هویت کاربر استفاده شوند. فرآیند احراز هویت باید به عنوان تراکنشی اتمی در نظر گرفته شود. تعامل

حاصل کردن از این است که انتخاب‌کننده خودش رای می‌دهد.

۷- **رای دادن:** پس از احراز هویت رای‌دهنده، رأی خود را به گونه‌ای به صندوق می‌اندازد تا از رازداری محافظت کند. سپس سوابق انتخابات به درستی به روز می‌شود.

۸- **شمارش آرا:** برای تایید آرا و تعیین تعداد آرای که هر حزب به دست آورده است، انجام می‌شود. این روند در هر مرکز انتخاباتی پس از پایان دوره انتخابات صورت می‌گیرد و زمانی پایان می‌یابد که تمام آرا توسط مقامات رسمی و تجمیع شود.

۹- **ادغام آرا:** هدف، تجمیع آرای شمارش‌شده (همراه با لیست افرادی که در مرکز انتخابات داده‌اند) از مراکز انتخاباتی به مخزنی مرکزی است. این روند به طور مستقل برای هر مرکز انتخاباتی پس از پایان انتخابات آغاز می‌شود.

۱۰- **بررسی یکپارچگی نتیجه:** برای تایید درستی مراحل انتخابات از سوی نهاد ذی‌نفع، انجام می‌شود. در این مورد، مقاماتی که از سوابق نگهداری شده طی مراحل مربوطه استفاده می‌کنند، باید این واقعیت را اثبات کنند.

۳- الزامات مبتنی بر امنیت کاربر و عملکرد رای‌گیری الکترونیکی

مدل انتخابات عمومی که در بخش قبل توضیح داده شد، مبنای اساسی برای استخراج الزامات سیستم رای‌گیری الکترونیکی را فراهم می‌کند. در راستای موارد استفاده تجاری از مدل انتخابات عمومی، تعدادی از موارد استفاده از سیستم، شناسایی شده است. موارد استفاده تجاری، در رابطه با یک مدل عمومی رای‌گیری الکترونیکی در شکل ۲ نشان و شرح مفصلی از تمام موارد استفاده کسب‌وکار رای‌گیری الکترونیکی در ادامه توضیح داده شده است، به دنبال آن نیازهای کاربری و عملکردی مربوطه، به ویژه آن‌هایی که امنیت سیستم رای‌گیری را هدف قرار می‌دهند. (Dimitris, A. Gritzalis, 2002; 547-552)



دهنده‌ای نباید به بیش از یک حوزه ویا واحد انتخاباتی منصوب شود.

۳- ابزار احراز هویت باید ایجاد، ذخیره و به رای‌دهندگان/نمایندگان احزاب به روشی امن ارسال شود.

۴- سیستم باید بتواند لیست الکترونیکی احزاب را از منابع و فرمت‌های مختلف وارد کند. لیست احزاب باید کامل، صحیح و به‌روز باشد. لیست نباید به سیستم منتقل شود بلکه باید از طریق ابزارهای فیزیکی امن تحویل داده شود. سیستم باید با تعامل نادرست و/یا ورودی غیرمنتظره با موفقیت برخورد کند. سیستم باید تمام اقدامات را ثبت کند.

۵ - سیستم باید بتواند لیست الکترونیکی نامزدها را از منابع و فرمت‌های مختلف وارد کند. لیست تاریخ نامزدها باید کامل، صحیح و به‌روز باشد و هر نامزد باید به یک حزب خاص مرتبط باشد. لیست نباید به سیستم منتقل شود بلکه باید از طریق ابزارهای فیزیکی امن تحویل داده شود. سیستم باید با تعامل نادرست و/یا ورودی غیرمنتظره با موفقیت برخورد کند. سیستم باید تمام اقدامات را ثبت کند.

۶- فقط اطلاعات مربوط به فرآیند رای‌گیری باید در برگه رای ظاهر شود.

۷- فقط اطلاعات در دسترس عموم در مورد طرف باید ارائه شود. و همچنین در الزامات عملکردی، سیستم باید همه اقدامات را ثبت کند.

۸- هیچ رأیی را نمی‌توان به رأی‌دهنده پیوند داد. هیچ رأی‌دهنده‌ای نمی‌تواند دو بار رأی دهد. هیچ‌کس نمی‌تواند رای او یا شخص دیگری را کپی کرده یا تغییر دهد. هیچ‌کس نمی‌تواند آنچه دیگران رای داده‌اند را فاش کند. رای‌دهنده به تنهایی و بدون فشار (عدم اجبار) رای می‌دهد. یک مدرک غیرقابل انکار (رسید) باید به رای‌دهنده تحویل داده شود تا ثابت شود که او رای داده است. هیچ‌کس نمی‌تواند رای دادن را انکار کند. سیستم رای‌گیری باید برای رای‌دهنده شفاف باشد، به گونه‌ای که او بتواند عملاً

غیرعادی یا داده‌های ورودی غیرمنتظره در فرآیند احراز هویت باید به درستی مورد بررسی قرار گیرد. هیچ‌گونه اطلاعات مربوط به برنامه یا سیستم نباید در طول فرآیند احراز هویت، در صورت پایان غیرعادی برنامه یا در هنگام خرابی زیرساخت، فاش شود. تمام تلاش‌های احراز هویت، موفقیت‌آمیز یا غیرموفق، باید ثبت شوند.

الزامات کاربردی: یک API احراز هویت به خوبی تعریف شده را در معرض نمایش قرار دهید (سیستم باید بتواند روش‌ها و ابزارهای احراز هویت جایگزین را با پیشرفت فناوری ترکیب کند). اسناد اعتباری (اعتبارنامه) کنشگران را تأیید کنید (در صورت احراز هویت رای‌دهندگان، یک زیرساخت تقویت‌کننده اعتماد باید وجود داشته باشد تا اعتبارنامه‌های کنشگر با موفقیت تأیید شود). تمام تلاش‌های احراز هویت، موفقیت‌آمیز یا غیرموفق را ثبت کنید. امتیازات تخصیص یافته در بازیگران فقط در سطح برنامه سیستم رای‌گیری معتبر است (سیستم رای‌گیری باید به کنشگران احراز هویت شده، فقط امتیازات گسترده برنامه اعطا کند، در حالی که امتیازات سیستم باید برای همه کنشگران غیرمجاز باشد).

الف- الزامات کاربر:

۱- تعامل غیرعادی یا داده‌های ورودی غیرمنتظره به فرآیند مدیریت منطقه باید به درستی درمان شود.

۲- سیستم باید بتواند لیست الکترونیکی رای‌دهندگان را از منابع و فرمت‌های مختلف وارد کند. فهرست‌های رای‌دهندگان باید کامل، صحیح و به‌روز باشد و نباید به سیستم مخابره شود بلکه از طریق وسایل فیزیکی امن تحویل داده شود. سیستم باید با تعامل نادرست و/یا ورودی غیرمنتظره با موفقیت برخورد کند. سیستم باید تمام اقدامات را ثبت کند. رای‌دهندگان باید به حوزه‌های صلاحی ویا واحدهای انتخاباتی منصوب شوند. هیچ رای

فهرست رای‌دهندگان باید کامل، صحیح و به‌روز باشد. فهرست رای‌دهندگان نباید به سامانه مخابره شود اما از طریق ابزارهای فیزیکی مطمئن تحویل داده می‌شود). فهرست رای‌دهندگان را بررسی کنید (سیستم باید با تعامل نادرست و/یا ورودی غیرمنتظره با موفقیت برخورد کند). داده‌های ورودی را بررسی کنید (سیستم باید با تعامل نادرست و/یا ورودی غیرمنتظره با موفقیت برخورد کند). فهرست رای‌دهندگان را به روشی امن ذخیره کنید (فهرست باید در سرور امنی غیر از دستگاهی که سیستم رای‌گیری را اجرا می‌کند، ذخیره شود). سیستم باید تمام اقدامات را ثبت کند.

۳- یک API باز ارائه کنید تا به راحتی ابزارهای احراز هویت جدید را در خود جای دهد (برای این که سیستم بتواند با پیشرفت‌های فناوری احراز هویت کنار بیاید). همه تلاش‌ها برای تولید ابزار احراز هویت، موفقیت‌آمیز یا غیرموفق، ثبت شود.

۴- داده‌های ورودی را تایید کنید (ورودی ارائه‌شده توسط کنشگران باید برای سیستم مرتبط و معنادار باشد). سیستم باید تمام اقدامات را ثبت کند.

۵- تغییر لیست نامزدها در مرحله رای‌گیری (در صورتی که کنشگر بخواهد نامزدهای انتخاباتی را در مرحله سیستمی غیر از مرحله قبل از انتخابات تنظیم یا اصلاح کند، باید رویه مناسب فعال شود). فهرست کاندیداهای وارداتی (سیستم باید بتواند لیست الکترونیکی کاندیداها را از منابع و فرمت‌های مختلف وارد کند. فهرست نامزدها باید کامل، صحیح و به‌روز باشد. فهرست کاندیداها نباید به سیستم منتقل شود اما از طریق وسایل فیزیکی ایمن تحویل داده می‌شود). اعتبارسنجی داده‌های نامزدها (سیستم باید با تعامل نادرست و/یا ورودی غیرمنتظره با موفقیت برخورد کند). لیست نامزدها باید در سرور ایمن متفاوت از دستگاهی که سیستم رای‌گیری را اجرا می‌کند، ذخیره شود. سیستم باید تمام اقدامات را ثبت کند.

از همه جا رای دهد. ثبت تمام اقدامات باید انجام شود.

۹- پیش از پایان رسمی فرآیند رای‌گیری، جمع‌آوری آرا باید غیرممکن باشد. آرا و شواهد مربوطه باید به روشی امن ذخیره شوند. ثبت تمام اقدامات انجام می‌شود.

۱۰- تأیید نتایج انتخابات قبل از پایان رسمی شمارش باید غیرممکن باشد. تأیید صحت نتیجه رای‌گیری باید با مشارکت و مشارکت فعال نمایندگان طرف‌های ذی‌نفع در طول فرآیند راستی‌آزمایی تضمین شود. شواهد و نتایج تأیید باید به روشی امن ذخیره شوند. ثبت تمام اقدامات انجام می‌شود.

۱۱- پارامترهای انتخابات باید به روشی امن ذخیره شوند. پارامترهای انتخاباتی به روز شده باید برای شفافیت در میان تمام نهادها و احزاب ذی‌نفع توزیع شود.

۱۲- پارامترهای انتخابات باید به روشی امن ذخیره شوند. پارامترهای انتخابات باید برای شفافیت در میان تمام نهادها و احزاب ذی‌نفع توزیع شود.

ب- الزامات عملکردی

۱- داده‌های ورودی را تایید کنید (ورودی ارائه‌شده توسط بازیگران باید برای سیستم مرتبط و معنادار باشد). سیستم باید همه اقدامات را ثبت کند.

۲- برای انجام این عملیات، سیستم باید در مرحله تنظیم انتخابات باشد. برای انجام این عملیات در مرحله انتخابات در حال انجام باید مورد استفاده مناسب فعال شود. نیاز به احراز هویت کنشگر کلیدی در مرحله رای‌گیری (اگر کنشگر بخواهد رای‌دهندگان را در مرحله سیستمی غیر از مرحله قبل از انتخابات تنظیم یا تغییر دهد، باید رویه مناسب فعال شود). فهرست رای‌دهندگان وارداتی (سیستم باید بتواند فهرست الکترونیکی رای‌دهندگان را از منابع و فرمت‌های مختلف وارد کند.



(سیستم باید بتواند نشان دهد که تمام آرا به درستی محاسبه شده‌اند). سیستم باید تمام اقدامات را ثبت کند.

۱۰- نمایش گفت‌وگوی تایید (این گفت‌وگو، همراه با اطلاعات اضافی در مورد تاییدیه‌هایی که تاکنون انجام شده است، برای بقیه نویسندگان کلیدی شرکت‌کننده در مورد استفاده نمایش داده می‌شود). سیستم باید تمام اقدامات را ثبت کند.

۱۱- مرحله سیستم را بررسی کنید و به کاربر اطلاع دهید (به منظور تنظیم/تغییر پارامترهای انتخابات، سیستم باید در مرحله قبل از انتخابات باشد). پارامترهای قابل تغییر انتخابات را در مرحله رای‌گیری تعریف کنید. داده‌های پارامتر انتخابات را بررسی کنید (سیستم باید با تعامل نادرست و/یا ورودی غیرمنتظره با موفقیت برخورد کند). پارامترهای انتخابات را به روشی امن ذخیره کنید (پارامترها باید در یک سرور امن، متفاوت از دستگاهی که سیستم رای‌گیری را اجرا می‌کند، ذخیره شود). نیاز به احراز هویت بازیگر کلیدی در مرحله رای‌گیری (در صورتی که بازیگر بخواهد پارامترهای انتخاباتی را در مرحله سیستمی غیر از مرحله قبل از انتخابات تنظیم یا تغییر دهد، این روش باید فعال شود). سیستم باید تمام اقدامات را ثبت کند.

پارامترهای معمول انتخابات شامل فهرست توزیع خروجی، نمایندگان حزب یا سایر احزاب ذی‌نفع، تاریخ شروع/پایان انتخابات، زمان شروع/پایان انتخابات، حداکثر تعداد احزاب، حداکثر تعداد رای‌دهندگان، حداکثر تعداد انتخاب‌های رای‌دهنده، تعداد دقیق انتخاب‌های رای‌دهنده، قالب برگه رای، الزامات برگه رای نامعتبر، حداکثر تعداد تلاش‌های رای ناموفق/ تکمیل نشده بدون احراز هویت مجدد و غیره.

۵- الزامات امنیتی غیرکاربردی رأی الکترونیکی

علاوه بر نیازهای کاربر و عملکردی که از طریق موارد استفاده از سیستم بیان می‌شود، سیستم تعدادی نیاز غیرعملکردی را نشان خواهد داد.

۶- نمایش برگه رای (سیستم باید با تعامل نادرست و/یا ورودی غیرمنتظره با موفقیت برخورد کند، باید حداقل اطلاعات ممکن را به منظور تسهیل فرآیند رای‌گیری در معرض نمایش بگذارد؛ هیچ اطلاعات خاص سیستم/برنامه نباید از طریق برگه رای افشا شود). سیستم باید تمام اقدامات را ثبت کند.

۷- هیچ برگه رای نمی‌تواند به یک رای‌دهنده مرتبط شود، هیچ رای‌دهنده‌ای نمی‌تواند دو بار رای دهد، هیچ کس نمی‌تواند رای دیگران را کپی کند یا تغییر دهد، هیچ کس نمی‌تواند ببیند که دیگران به چه چیزی رای داده‌اند، هیچ کس نمی‌تواند از طرف دیگر رای دهد. نه از شخص دیگری و نه تغییر آنچه که شخص دیگری رای می‌دهد، رای‌دهنده این توانایی را دارد که یک رای باطل به صندوق بیندازد، رأی‌دهنده توانایی (انداختن رای سفید را دارد). ارائه مدرکی مبنی بر رای دادن (نباید مدرک را به انتخاب رای‌دهنده مرتبط کرد). رأی را به روشی امن ذخیره کنید (سیستم رأی‌گیری رأی داده شده را در دستگاهی متفاوت از دستگاهی که سیستم رأی‌گیری را اجرا می‌کند ذخیره می‌کند). سیستم باید تمام اقدامات را ثبت کند.

۸- مرحله انتخابات را بررسی کنید (سیستم باید بتواند مرحله فعلی انتخابات را شناسایی کند و برای انجام این عملیات باید در مرحله نهایی انتخابات باشد). ممنوعیت شمارش آرا، پیش از پایان زمان انتخابات (پیش از پایان رسمی فرآیند رای‌گیری، جمع‌آوری آرا باید غیرممکن باشد). سیستم رای‌گیری را ایزوله کنید (پس از پایان انتخابات، سیستم رای‌گیری باید از هر شبکه خارجی و/یا عمومی (در صورت وجود) جدا شود. ارائه اطلاعات انتخابات را پیش از جمع‌بندی زمان پایان ممنوع کنید (نباید اطلاعات انتخابات را پیش از تاریخ پایانی ارائه کرد، فرآیند محاسبه به پایان می‌رسد). سیستم باید همه اقدامات را ثبت کند.

۹- تضمین معقولی برای یکپارچگی نتیجه انتخابات ارائه دهید. محاسبه رای را تأیید کنید

کار دارند، اشاره می‌کنیم. این الزامات در شرح داده شده است.

جدول ۳ که در آن هر نیاز متمرکز بر امنیت ابتدا با هدف خود مرتبط می‌شود و سپس به طور مختصر شرح داده شده است.

۶ پیشنهاد

با توجه به مطالب فوق سیستم‌های رای‌گیری الکترونیکی باید در حال حاضر فقط به عنوان مکمل و نه جایگزین سیستم‌های رای‌گیری مبتنی بر کاغذ موجود در نظر گرفته شوند. ما پیشنهاد خود را عمدتاً بر اساس موارد زیر استوار می‌کنیم:

۱- شکاف دیجیتال، یعنی فقدان فرصت دسترسی برابر به اینترنت و ابزارهای زیرساخت ICT. ارائه ابزارها و امکانات جدید مشارکت، مبتنی بر فناوری اطلاعات و ارتباطات، در چنین حالتی می‌تواند به نتیجه معکوس، یعنی حذف رأی‌دهندگان «بی‌سواد فناوری اطلاعات و ارتباطات» از روند سیاسی منجر شود. خود یک سیستم انتخاباتی ممکن است دسترسی نابرابر یک فرد به فرآیند انتخابات را سازمان دهد. این موضوع دموکراسی و برابری است تا تضمین کنیم که فناوری‌های مختلف رأی‌گیری با توجه به سهولت و فرصت دسترسی برابر هستند.

الزامات غیرعملکردی یا می‌توانند مختص یک مورد استفاده یا ممکن است به کل سیستم مربوط باشند. این الزامات در دسته‌های زیر دسته‌بندی شده‌اند:

امنیت: هدف پشتیبانی از ویژگی‌های امنیتی اصلی، هم در سطح برنامه و هم در سطح سیستم است. آن‌ها همچنین عدم انکار، ناشناس بودن و تأیید منبع را فراهم می‌کنند.

عملکرد: با سرعت، کارایی، در دسترس بودن، دقت، توان عملیاتی، زمان پاسخگویی، زمان بازیابی یا استفاده از منابع و غیره سر و کار داشته باشید.

قابلیت اطمینان: شامل ویژگی‌هایی مانند فراوانی/شدت شکست، قابلیت بازیابی، پیش‌بینی‌پذیری، دقت و میانگین زمان بین خرابی‌ها (MTBF) و غیره باشد.

قابلیت استفاده: با سازگاری در رابط کاربری، کمک آنلاین و حساس به زمینه، کیفیت اسناد کاربر، مواد آموزشی و غیره مقابله کنید.

قابلیت پشتیبانی: الزامات مربوط به نگهداری سیستم، انطباق، نصب و غیره. در این مقاله تنها به آن دسته از الزامات غیرکاربردی که با امنیت سر و

جدول ۳ الزامات امنیتی غیرکاربردی

هدف	جزئیات و محدودیت‌ها را مشخص کنید
عمل غیرطبیعی	سیستم باید تعامل غیرعادی مناسب یا داده‌های ورودی غیرمنتظره را در تمام عملکردهای سیستم به گونه‌ای مدیریت کند که عملکرد سیستم حفظ شده و هیچ اطلاعات خاص سیستم/برنامه فاش نشود.
مسئولیت	تمام اقدامات مربوط به سیستم رأی‌گیری، موفقیت‌آمیز یا غیرموفق، باید ثبت شوند. فقط نهادهای کاملاً ضروری باید دسترسی منطقی و/یا فیزیکی به سیستم رأی‌گیری داشته باشند. تفکیک کافی و وظایف باید میان پرسنل مجاز اعمال شود.
کنترل فیزیکی	اعمال تدابیر امنیتی فیزیکی مانند قفل درب، حفاظ، برنامه‌ریزی فیزیکی سایت و غیره.
سرمایه‌ها	سرمایه‌های داده باید از افشای غیرمجاز، اصلاح و ساخت غیرمجاز و محرومیت از دسترسی مجاز محافظت شوند. تمام سرمایه‌های سخت‌افزاری باید از گم شدن، سرقت، در دسترس نبودن یا غیرقابل استفاده شدن محافظت شوند. تمام سرمایه‌های نرم‌افزاری باید به طور کامل در برابر حذف، گم شدن، دزدیده شدن، اصلاح یا ساختگی محافظت شوند. افراد مسئول عملیات سیستم حیات باید با دقت انتخاب شوند.



گزارش‌های حسابرسی	تمام عملیات سیستم داخلی مربوط به رای‌دهندگان باید بدون به خطر انداختن محرمانه بودن هویت رای‌دهندگان ثبت شود. گزارش‌های دقیق برنامه و سیستم باید در سطح فراخوانی فرآیند نگهداری شوند.
دسترسی	در حین برگزاری انتخابات باید از دسترس بودن سیستم رای‌گیری اطمینان حاصل شود. در صورت عدم موفقیت، به دلیل اقدامات عمدی یا تصادفی، پشتیبانی عمومی جایگزین (مانند امکانات عقب‌نشینی) و مکان‌های انتخاباتی باید در دسترس باشد. MTBF باید در طول فرآیند انتخابات حداقل باشد. نسخه پشتیبان سیستم رای‌گیری به روز شده باید به راحتی در دسترس باشد تا در صورت بروز فاجعه سیستم را بازیابی کند.
ارتباطات	اطلاعات مربوط به هر یک از عملکردهای فوق، حتی اگر از طریق شبکه‌های عمومی منتقل شود، باید خصوصی باشد.
حفاظت اطلاعات	پردازش اطلاعات باید با چارچوب قوانین ملی و بین‌المللی حفاظت از داده‌ها مطابقت داشته باشد. کنترل‌های کافی باید وجود داشته باشد تا با اطمینان معقول اطمینان حاصل شود که اصول حفاظت از داده‌ها به شیوه‌ای مؤثر و کارآمد اجرا می‌شوند.
رمزگذاری	سیستم باید بتواند از کلیه خدمات رمزگذاری لازم استفاده کند. داده‌های حساس و اطلاعات مبادله شده میان رایانه‌های سیستم رای‌گیری باید به صورت رمزگذاری شده باشد.
تمامیت	کاربران باید سیستم را فقط از پایانه‌های خاص، در یک پنجره زمانی از پیش تعریف شده، با استفاده از ترکیبی از ابزارهای احراز هویت قوی، مانند بیومتریک یا کارت‌های هوشمند، مدیریت کنند. حداقل قطعات نرم‌افزاری و سخت‌افزاری لازم بر میزبان سیستم رای‌گیری نصب شود. حداکثر سطح ممکن از افزایش امنیت سیستم عامل باید برای تمام ماشین‌های سیستم رای‌گیری اعمال شود. افزایش امتیازات سیستم برای کاربر باید غیرممکن باشد. در شرایط اضطراری خاص باید اجازه داده شود که بخش‌های انتخابی سیستم را در هنگام استفاده اصلاح کند. نقض امنیت مشتری نباید بر امنیت سیستم تأثیر بگذارد.
رسانه ذخیره‌سازی	تمام داده‌ها و اطلاعات مورد استفاده باید (در صورت نیاز و در صورت نیاز) در رسانه‌های ذخیره‌ساز ایمن (محافظت شده و ضد دستکاری) ذخیره شوند.
عدم اجبار	رای‌دهندگان باید به تنهایی و بدون فشار رای خود را به صندوق بیندازند.

استفاده از اینترنت برای اهداف رای‌گیری باید تا به دست آمدن اطمینان که مقامات انتخاباتی و مردم از این فناوری اطمینان داشته باشند، به تدریج اجرا شود.

۳- خطرات امنیتی و عدم کفایت مکانیسم حفاظتی. این استدلال‌های دیگری برای ویژگی تکمیلی سیستم‌های رای‌گیری الکترونیکی است. به نظر می‌رسد خطرات امنیت فرآیند رای‌گیری الکترونیکی به اندازه کافی توسط فناوری‌های موجود مقابله نمی‌شود.

در نتیجه، چنین در نظر گرفته می‌شود تا زمانی که تمامی مسائل و نگرانی‌های فنی، حقوقی و اجتماعی مربوطه به اندازه کافی توسط جوامع

۲- بی‌اعتمادی ذاتی به رویه رای‌گیری الکترونیکی که ناشی از عدم شفافیت در زمینه دیده شدن روند انتخابات است. برخی از عناصر اساسی و الزامات روش سنتی رای‌گیری و مشارکت در یک محیط رای‌گیری الکترونیکی متفاوت است. سطح اعتماد و حمایت عمومی از رای‌گیری الکترونیکی باید در رابطه با تمام رای‌دهندگان بالقوه سنجیده شود، نه فقط با افرادی که احتمالاً از این شکل از رای‌گیری استفاده می‌کنند. ما استدلال می‌کنیم که اگر تعداد زیادی از رای‌دهندگان به رای‌گیری اینترنتی با شک و تردید نگاه کنند، ممکن است اعتماد اساسی به فرآیند دموکراتیک به خطر بیفتد (برای مثال، گروه ویژه رای‌گیری اینترنتی کالیفرنیا توصیه کرد که هر گونه

مربوطه ناشی می‌شود. علاوه بر این، ما مجموعه ای از الزامات عملکردی را برای سیستم های رای‌گیری الکترونیکی تولید کرده‌ایم که الزامات تحمیل شده توسط سیستم‌های انتخابات عمومی (سنتی) موجود را یکپارچه می‌کند. برای انجام این کار، از یک روش مهندسی نرم‌افزار (یعنی فرآیند یکپارچه منطقی) استفاده شد که مبتنی بر تسهیل موارد استفاده است. در نتیجه، یک سیستم رأی‌گیری الکترونیکی در نهاد خود مفهوم سازی شده است، به گونه‌ای که تعداد طرح‌های ممکن بعدی را محدود کرده اما طرح خاصی را دیکته نمی‌کند. این مجموعه از الزامات، نتیجه اولین تکرار فرآیند استخراج نیازمندی‌ها است. در حال حاضر در مرحله اعتبارسنجی و تقویت این مجموعه، از جمله الزامات غیرعملکردی هستیم و انتظار می‌رود آن در مرحله توسعه سیستم رای‌گیری الکترونیکی قرار گیرد.

بدین ترتیب به نظر می‌رسد برآورده شدن برخی الزامات مطرح شده توسط قانون (مثلاً عدم اجبار) با فناوری موجود واقعا دشوار باشد. در شرایط اجتماعی-فنی کنونی، نتیجه نهایی کار ما این است که در حال حاضر سیستم‌های رای‌گیری الکترونیکی باید به عنوان وسیله‌ای مکمل برای سیستم‌های سنتی انتخابات عمومی در نظر گرفته شود، مشروط بر این که تمام الزامات قانونی و فنی ضروری به اندازه کافی برآورده شد. بنابراین، انتظار می‌رود که سیستم رای‌گیری سنتی به عنوان ابزار اصلی برای انجام فرآیند انتخابات عمومی باقی بماند، در حالی که ظرفیت رای‌گیری الکترونیکی تکمیلی تنها به تدریج معرفی خواهد شد.

اطلاعاتی مدرن مورد توجه قرار نگیرد، رای الکترونیکی را نمی‌توان برای استفاده در انتخابات عمومی ارائه کرد و بنابراین به عنوان اجبار تحمیل نمی‌شود.

۷ نتیجه‌گیری

فناوری اطلاعات و ارتباطات ابزار قدرتمندی در دست سیاستمداران و قانونگذاران است که وظیفه دارند روند دموکراتیک را به طور فعال ترویج و شهروندان را به مشارکت تشویق کنند. فناوری می‌تواند به غلبه بر بحران اعتماد، که امروزه دموکراسی نمایندگی در حال تجربه است، کمک کند. حق رای، بخشی از فرآیند دموکراتیک است که عمیقاً در قوانین اساسی مدرن جا افتاده است. علاوه بر این، آن را یکی از پایه‌های اولیه دموکراسی می‌دانند. رأی‌گیری الکترونیکی، برخلاف سایر معاملات الکترونیکی، تنها در صورتی قابل قبول است که ضامن اجرای تمام اصول مربوطه قانون اساسی باشد. علاوه بر این، یک سیستم رای‌گیری الکترونیکی باید در زمینه‌ای اجرا شود که دسترسی برابر به زیرساخت‌های تکنولوژیکی زیربنایی را تضمین کند، که باید باز، کاربرپسند، تعاملی و ایمن باشد تا شهروندان را قادر به مشارکت در زندگی سیاسی کند و تأثیر مستقیم روی آن داشته باشد. (Mitrou L., Gritzalis D., Katsikas, 2002) و (Mercuri, 2000; 176)

در این مقاله، ما طراحی اصول عمومی یک سیستم رأی‌گیری الکترونیکی مبتنی بر اینترنت را شناسایی کرده‌ایم که از الزامات قانون اساسی



References

- Azarbad, Babak and Haqshanas, Mohammad Javad, (2020) "Electronicization of elections and the transition to democracy, a comparative study of the consequences of this process in the United States and Iran", Islamic World Political Research Quarterly, Year 11, Number 1. (in Persian)
- Amiri Zargabad, Souda and Seyyed Hossein Malkuti Hashtjin, (2021) "Electronic Parliament and its role in the realization of democracy" Journal of Legal Research 2, No. 48. (in Persian)
- Fathian, Mohammad and Taqvi, Muniralsadat (2008), "Electronic Elections (Principles and Practices)", first edition, Research Center of the Islamic Council. (in Persian)
- Namdar Porbanger, Mustafa, Ebadullah Abbasi (2015), Labor Laws, first edition, Shahr Danesh Publications. (In Persian)
- Adler J., **Internet Voting Primer** (www.votehere.net/adacompliant/whitepapers/primer).
- Burkert H., "**Elektronische Demokratie: Einige staats und verfassungsrechtliche Anmerkungen**" (http://www.gmd.de/People/Herbert.Burkert/ARCHIV).
- Buttler R., et al., (2000) "**A national-scale authentication infrastructure**", Computer, Vol. 33, no. 2, pp. 60- 65.
- California Institute of Technology – MIT (2001), Voting: What is, what could be, **Voting Technology Project**.
- Cramer R., Franklin M., Schoenmakers B., Yung M. (1996), "**Multiauthority secret ballot elections with linear work**", Lecture Notes in Computer Science, Vol. 1070, pp. 72-83, Springer-Verlag, Berlin.
- CyberVote (IST-1999-20338 project), **Report on electronic democracy projects, legal issues of Internet voting and users requirements analysis**, European Commission, IST Programme, 1999 (<http://www.eucybervote.org>).
- Digital Democracy Commission, (2015) **Report of the Speaker's Commission on Digital Democracy**.
- European Commission, IST 2000 Programme, **The Information Society for all**, Final Report, Brussels 2000.
- e-VOTE (IST-2000-29518 project) (2000), **Legal and regulatory issues on evoting and data protection in Europe**, Deliverable D3.4, European Commission, IST Programme.
- Hoffman L., Cranor L., (2001) "**Internet voting for public officials**", in Com. of the ACM, Vol. 44, no. 1, pp. 69- 71.
- Ikonomopoulos S., Gritzalis D., Lambrinouidakis C., Kokolakis S., Vassiliou C. (2002), "**Functional requirements for a secure electronic voting system**", in Proc. of the 17th IFIP International Information Security Conference, M. Hadidi, et al. (Eds.), pp. 507-520, Kluwer Academics.
- International Working Group for Data Protection in Telecommunications (2001), **Common Position on the**



- Use of the Internet in the Conduct of Elections**, Berlin, September 2001.
- Internet Policy Institute, **Report of the National Workshop on Internet Voting: Issues and Research Agenda**, March 2001 (http://www.internetpolicy.org/research/e_voting_report.pdf).
- Internet Policy Institute (2001), **Report of the National Workshop on Internet Voting: Issues and Research Agenda**.
- Jacobson I., Booch G., Rumbaugh J. (1999), **The Unified Software Development Process**, Addison-Wesley.
- Jacobson I. (1993), **Object-oriented software engineering - a use case driven approach**, Addison-Wesley.
- Jones B. (2000), **A report on the feasibility of Internet voting, Internet Voting Task Force**, State of California.
- Larman G. (1998), **Applying UML and patterns**, Prentice-Hall.
- Mercuri R. (2000), **"Voting automation?"**, in Com. of the ACM, Vol. 43, no. 2, pp. 176.
- Mitrou L., Gritzalis D., Katsikas S. (2002), **"Revisiting legal and regulatory requirements for secure e-voting"**, in Proc. of the 17th IFIP International Information Security Conference, M. Hadidi, et al. (Eds.), pp. 469-480, Kluwer Academics.
- Phillips D., von Spakovsky H. (2001), **"Gauging the risks of Internet elections"**, in Com. of the ACM, Vol. 44, no. 1, pp. 73-85.
- Rational Corporation, **The Rational Unified Process**.
(<http://www.rational.com/products/rup/index.jsp>)
- Rüß O., **Wahlen im Internet, quelle multimedia und recht**
(<http://www.Internetwahlen.de/project/ruess.html>).
- Schoenmakers B. (1999), **"A simple publicly verifiable secret sharing scheme and its application to electronic voting"**, in Lecture Notes in Computer Science, Vol. 1666, pp. 148-164, Springer-Verlag.
- Schoenmakers B., **Compensating for a lack of transparency**.
(<http://citeseer.nj.nec.com/schoenmakers00compensating.html>).
- Simons A., Graham I. (1998), **37 things that don't work in object-oriented modelling with UML**, Technical Report TUM-I9813, Technical University of Munich.
- Tauss J., Kollbeck J., **e-vote: Die elektronische Briefwahl als ein Beitrag zur Verbesserung der Partizipationsmöglichkeiten**
(www.tauss.de/bn/e-vote.html).
- The Swedish Government, **Internet Voting - Final Report from the Election Technique Commission**, 2000
(http://www.justitie.regeringen.se/propositionermm/sou/pdf/sou2000_125.pdf).
- Thomas M. Buchsbaum, (2004) **"E-Voting: International Developments and Lessons Learnt, Expatriates Division"**, paper presented on Conference: Electronic Voting in



Europe - *Technology, Law, Politics and Society*, Workshop of the ESF TED Programme together with GI and OCG 4.

United States, State of California, **A Report on the Feasibility of Internet Voting**, January 2000

(<http://www.ss.ca.gov/executive/ivo te/>)

Original Article

A comparative study of judges' attitudes towards the impact of cognitive psychology aspects on witness testimony

Alireza Moshirahmadi¹ , Abdolreza Javan Jafari Bojnourdi^{*2}, Seyyed Mahdi Seyyedzadeh Sani³

¹ PhD student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

² Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran

³ Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.10.9](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24003.1367)



[10.22080/LPS.2022.24003.1367](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24003.1367)

Received:

July 23, 2022

Accepted:

October 15, 2022

Available online:

December 3, 2022

Abstract

Referring to the testimony of witnesses as one of the proofs is not a new phenomenon in legal systems, so that the testimony of eyewitnesses is often considered the only evidence or one of the main evidences in criminal cases to be a reason that is more or less associated with errors or mistakes. It should be kept in mind that false testimonies can have a negative impact on investigations and judicial proceedings. A topic that numerous psychological researches have confirmed the possibility of its realization. The proof of this issue is the issuing of wrongful convictions that were later canceled. Therefore, judges should be aware of the factors that can challenge such an argument. Nevertheless, to what extent is the knowledge of judges in this field? In this survey, the awareness of Iranian judges regarding the indicators related to the cognitive psychological aspect of witness testimony was examined and then a comparison was made with the views of their counterparts in the United States and Norway. The present research method is descriptive-analytical. The research community included 72 judges of Mashhad prosecutor's office and courts in 1400. The data collection method was using a researcher-made questionnaire with 33 questions that evaluated four indicators of memory, nervous stress, unconscious transference, and expectations. Data analysis was done using SPSS 24 version. Finally, the results obtained from this research have been compared with the results of the survey

Keywords:

Eyewitness testimony,
psychology of testimony,

***Corresponding Author:** Abdolreza Javan Jafari Bojnourdi

Address: Associate Professor, Department of
Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and
Political Science, Ferdowsi University of Mashhad,
Mashhad, Iran

Email: javan-j@um.ac.ir



memory, unconscious transmission, cognitive psychology

conducted in the countries of America and Norway. The average scores obtained from this research showed that Iranian judges' awareness of the impact of the expectations component (3.78) in witness testimony was higher among the respondents than other components. After that, the components of unconscious transfer (3.66), memory (3.13) and stress (3.02) are placed. In general, the views of Iranian judges were at a lower level than Norwegian and American judges.

Extended Abstract

1. Introduction

The issue of the accuracy of witnesses in identifying the accused or the accuracy of the statements made by them has long been one of the most basic axes investigated in the field of psychology. Therefore, many researches have been done both in simulated laboratory conditions and from observations of real events to investigate the process of perception, collection and recall of witnesses. However, hardly any research has examined the judges' point of view regarding the impact of various factors that affect the quality of witness testimony. In general, the issue of eyewitness testimony can be analyzed with two approaches, cognitive psychology and social psychology, and the first approach has been considered in this survey. The main focus of the cognitive aspect is directed to subjects such as memory and perception. Incompleteness of memory, nervous stress, unconscious transfer and expectations are important indicators related to the cognitive aspect. Therefore, understanding the testimony process and being aware of the effective factors in the deviation of witnesses is considered essential in order to realize criminal justice, which seems to be often not investigated in the judicial courts of our country. In this research, in addition to explaining the attitude of Iranian judges regarding the effect of cognitive psychological criteria on witness

testimony, it has been tried to compare these views with the attitude of American and Norwegian judges.

2. Methods

It is possible to discover and evaluate errors and mistakes related to the testimony of eyewitnesses in two ways: First, through the analysis of previous achievements and researches, and second, through the examination of the results obtained from real world observations or simulations carried out in laboratory conditions. Since the topic of the current research is related to the evaluation of the knowledge of judges, the topic has been examined from the angle of their attitude. Therefore, a survey based on a questionnaire was conducted among judges to measure the attitude and level of knowledge of judges regarding the psychological criteria in obtaining testimony and the judges' familiarity with possible errors of witnesses. It should be noted that the purpose of this research is not to discover the cause and effect relationships between the variables, but only to measure the attitude of the judges towards the investigated indicators.

The current questionnaire was prepared with a 5-point Likert response scale. With the explanation that Completely agree equals 5, Agree equals 4, No opinion equals 3, Disagree equals 2 and Completely disagree equals 1. The questionnaire contained 33 items, which were adjusted with the aim of examining four variables: Incomplete memory,

nervous stress, unconscious transference, and memories. The validity of the questions has been used for implementation after negotiating and receiving the opinions and guidance of professors and experts in the field of psychiatry, law and social sciences based on the research assumptions and the relationship between the criteria and after checking the results and fixing the flaws. In order to measure reliability, Cronbach's alpha test was used. The obtained result was indicative of a coefficient of 0.70, which indicates acceptable reliability and internal stability of the questionnaire. After collecting the data, SPSS version 24 software was used to analyze the data. In this way, in terms of practical purpose, the present study is descriptive-analytical in terms of analysis and in terms of survey and field data collection.

3. Results

The average scores obtained from this research showed that Iranian judges' awareness of the impact of the expectations component (3.78) in witness testimony was higher among the respondents than other components. After that, the components of information transfer (3.66), memory (3.13) and stress (3.02) are placed. In general, the average scores of Iranian judges were lower than their Norwegian and American counterparts.

4. Conclusion

The result of his research showed that although Iranian judges have relative knowledge about psychological criteria effective in witness testimony. However, this knowledge is not at an acceptable level. An issue requires a change in the

process of training judges. Therefore, according to the fact that theoretical and field research both in our country and in other countries have well revealed the forms and weaknesses of eyewitness testimony, it seems that we should try to give value to other methods of proof. Criminology is one of the scientific methods of proving crimes. In fact, the time has come to reduce the high evidential value of testimony and seek to increase the impact of other causes. In fact, the value of scientific evidence should not be considered only as a matter of fact, but considering the possibility of accurate evaluation of such evidence, it is possible to comment more accurately and easily in confirming or rejecting some related issues.

Funding

The authors did not use financial support in this research.

Authors' contribution

The contribution of the authors in this article is as follows: Alireza Moshirahmadi 40%, Abdolreza Javan Jafari Bejnordi 40%, Seyed Mehdi Seyedzadeh Thani 20%.


Conflict of interest

The authors declare no conflict of interest.

Acknowledgments

The authors of the article are thanks to the cooperation of the Honorable Judicial Deputy, Human Resources and Cultural Affairs of the Judiciary of Khorasan Razavi, Mr. Falah Heravi, the Honorable Deputy Judicial Prosecutor General and Revolution of Khorasan Province, Mr. Efati, and all the judges who helped us in carrying out this research. They say thanks.

مطالعه تطبیقی نگرش قضات نسبت به تاثیر جنبه‌های روان شناسی شناختی در شهادت شهود

علیرضا مشیراحمدی^۱ , عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی^{۲*}، سیدمهدی سیدزاده ثانی^۳

^۱ دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.
^۲ دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.
^۳ استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.10.9](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24003.1367)



[10.22080/LPS.2022.24003.1367](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.24003.1367)

چکیده

استناد به شهادت شهود به‌عنوان یکی از ادله اثبات، پدیده‌ای نوین در سیستم‌های حقوقی نیست، به طوری که شهادت شاهدان عینی، غالباً تنها دلیل یا یکی از اصلی‌ترین ادله در پرونده‌های کیفری محسوب می‌شود. دلیلی که کم‌وبیش با خطا یا اشتباهاتی نیز همراه است. باید در نظر داشت شهادت‌های نادرست می‌توانند تأثیر منفی بر تحقیقات و رسیدگی‌های قضایی بر جای گذارد. موضوعی که پژوهش‌های متعدد روان‌شناسی بر امکان تحقق آن صحنه گذارده‌اند. موبد این موضوع صدور احکام محکومیت اشتباهی است که بعدها لغو شده‌اند. بنابراین قضات می‌بایست از عواملی که می‌توانند چنین دلیلی را با چالش مواجه سازد، آگاه باشند. با این وجود، آگاهی قضات در این زمینه تا چه میزان است؟ در این پیمایش آگاهی قضات ایرانی نسبت به شاخص‌های مرتبط با جنبه روان‌شناسی شناختی در شهادت شهود مورد بررسی قرار گرفته و سپس مقایسه‌ای با دیدگاه هم‌تایان ایشان در کشورهای آمریکا و نروژ انجام شده است. روش پژوهش حاضر توصیفی-تحلیلی است. جامعه پژوهش شامل ۷۲ نفر از قضات دادسرا و دادگاه‌های مشهد در سال ۱۴۰۰ بوده است. روش جمع‌آوری اطلاعات با استفاده از پرسش‌نامه محقق ساخته ۳۳ سوالی بوده که چهار شاخص حافظه، استرس عصبی، انتقال ناآگاهانه و انتظارات را مورد ارزیابی قرار داده است. تحلیل داده‌ها با استفاده از نرم‌افزار SPSS24 صورت گرفته است. در نهایت نتایج بدست آمده از این پژوهش، با برآمد پیمایش انجام شده در کشورهای آمریکا و نروژ تطبیق داده شده است. میانگین نمرات بدست آمده از این پژوهش نشان داد که آگاهی قضات ایرانی نسبت به تاثیر مولفه انتظارات (۳,۷۸) در شهادت شهود، در میان پرسش‌شوندگان نسبت به دیگر مولفه‌ها بالاتر بوده است. پس از آن مولفه‌های انتقال ناآگاهانه (۳,۶۶)، حافظه (۳,۱۳) و استرس (۳,۰۲) قرار گرفته‌اند. به‌طور کلی دیدگاه قضات ایرانی در سطح پایین‌تری نسبت به قضات نروژی و آمریکایی قرار داشت.

تاریخ دریافت:

۱ مرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۳ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۲ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

شهادت شهود،
روان‌شناسی شهادت،
حافظه، انتقال ناآگاهانه،
روان‌شناسی شناختی

* نویسنده مسئول: عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی

آدرس: دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و ایمیل: javan-j@um.ac.ir علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.

۱ مقدمه

خاص ادا شود. در واقع، شهادت باید آن‌گونه ادا شود که حقیقت را روشن ساخته و سبب اقتناع وجدان دادرس شود. در نظام قضایی ایران که حقوق‌اش نشأت گرفته از حقوق اسلام است، شروط عدیده‌ای در شخص شاهد شرعی^۱ پیش‌بینی شده است. لذا اهلیت قانونی برای شهود واجد جنبه خاص است. چنین شروطی از یک‌سو به منظور کاستن از موارد سوءاستفاده از این دلیل و از سوی دیگر با هدف افزایش توان اثباتی شهادت مورد توجه شارع یا مقنن قرار گرفته‌اند. البته در نظام قضایی برخی کشورها هم‌چون انگلستان یا آمریکا، اشخاص قادراند فارغ از دارابودن شرط یا شروطی خاص و به صرف امکان بیان اظهارات‌شان به شکلی قابل فهم و واضح، به ادای شهادت بپردازند. یعنی اهلیت قانونی در شهادت در این کشورها جنبه عام دارد. (Andrew, 2012: 355) به طور کلی پیش‌بینی هر یک از این موارد به جهت کاستن از خطاهای شهود و کشف حقیقت مدنظر قرار می‌گیرند. به موازات پیش‌بینی شرایط قانونی، بهره‌گیری از دستاوردهای علمی نیز در زمینه ارزیابی صحت و وسقم شهادت اثرگذار بوده است.

باید در نظر داشت تا پیش از ابداع و بکارگیری آزمایش DNA چنین تصور می‌شد که دیده‌ها، شنیده‌ها و سایر محسوسات اعلامی از جانب شهود عاری از خطا و اشتباه‌اند. اما بهره‌گیری از این آزمایش روشن ساخت که اشتباه گواهان امری محتمل است که گاهی در وسعت بالا نیز رخ می‌دهد. برآمد پژوهش‌های متعدد سبب این روشن‌گری شده‌اند که اشتباه شاهدان عینی در شهادت‌شان می‌تواند موجب محکومیت اشخاص بی‌گناه گردد. (Stahly, 2018: 2) به تعبیری دیگر، چنین خطایی می‌تواند سبب شود تا ناکردگان جرم، محکوم به حبس‌های کوتاه یا بلند مدت شده و حتی برخی از آنان در انتظار اجرای حکم اعدام باشند.

شهادت شهود عینی از مهم‌ترین ادله در سیستم‌های قضایی است. در واقع، با فقدان یا کمبود سایر ادله، استناد به شهادت گواه، دلیلی بارز و در دسترس است. بنابراین شهود به نوعی چشم و گوش سیستم قضایی‌اند که می‌توانند یاری‌گر قضات در صدور احکام موافق عدالت باشند. باین‌وجود اتکا به شهادت شهود عملکردی هم‌چون تیغ دو لبه دارد. چرا که دریافت، ادراک و ذخیره‌سازی اطلاعات یک واقعه در حافظه شاهد، همیشه بی‌عیب و نقص نیست. باید در نظر داشت حافظه دائماً با توجه به انتظارات و خواسته‌های فرد برساخته و بازساخته می‌شوند. از همین‌رو ذهن آدمی از واقعیت‌های عینی که مبنای آن بوده است فاصله می‌گیرد. هم‌چنین ذهن در تمامی حالات به عنوان یک نوار ویدئویی عمل نمی‌کند بنابراین نباید انتظار داشت تا شاهد در مواجهه با تمامی رخ‌داده‌ها، واقعیت را دقیقاً مطابق با آنچه رخ داده بازگو نماید. هم‌چنین اختلال در هریک از مراحل رمزگذاری، ذخیره‌سازی و بازیابی اطلاعات می‌تواند منتهی به عدم دسترسی شاهد به تمامی مآوقع و فراموشی شود. موضوعی که می‌تواند منتهی به محکومیت بسیاری از اشخاص ناکرده بزه گردد. بدین ترتیب روشن است که استناد به شهادت شاهدان عینی بدون بهره‌گیری از دستاوردهای علمی یا فقدان آگاهی نسبت به این موارد تا چه میزان می‌تواند گمراه‌کننده باشد. این اهمیت به ویژه در مواقعی که شهادت، تنها دلیل موجود در پرونده است بررسی جامع‌تر اهمیتی دو چندان می‌یابد.

از همین‌رو معمولاً در قوانین برخی کشورها شرایط مشخصی برای شاهد احصا شده است. از همین‌رو لازم می‌آید تا شهود از شرایطی خاص برخوردار بوده و مفاد شهادت نیز در چهارچوبی

^۱ بنا بر یک تقسیم‌بندی کلی در حقوق اسلامی شهود در دو دسته شهود شرعی و غیرشرعی جای می‌گیرند. شرایط شاهد شرعی در ماده ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی بیان شده است.



رویدادهای واقعی به انجام رسیده است تا فرایند ادراک، اندوزش و یادآوری گواهان را مورد بررسی قرار دهد. با این وجود در کشور ما به ندرت تحقیقی به انجام رسیده است تا دیدگاه قضات در خصوص تاثیر عوامل مختلفی که بر کیفیت شهادت شهود اثر می‌گذارد را مورد بررسی قرار دهد. به‌طور کلی موضوع شهادت شهود عینی را می‌توان با دو رویکرد روان‌شناسی شناختی و روان‌شناسی اجتماعی مورد تجزیه و تحلیل قرار داد که رویکرد نخست در این پیمایش مدنظر بوده است. تمرکز اصلی جنبه شناختی، به موضوعاتی چون حافظه و ادراک معطوف شده است. کامل‌نبودن حافظه، استرس عصبی، انتقال ناآگاهانه و انتظارات اهم شاخص‌های مرتبط با جنبه شناختی‌اند. بنابراین درک فرایند شهادت و آگاهی از عوامل موثر در انحراف شهود امری اساسی در راستای تحقق عدالت کیفری تلقی می‌شود که به‌نظر می‌رسد در محاکم قضایی کشورمان غالباً نیز مورد مذاقه قرار نمی‌گیرند. در این پژوهش کوشیده شده است تا علاوه بر تبیین نگرش قضات ایرانی نسبت به تاثیر معیارهای روان‌شناسی شناختی در شهادت شهود، تطبیقی نیز میان این دیدگاه‌ها با نگرش قضات آمریکایی و نروژی نیز انجام گردد. علت استناد به برآمد تحقیقات این دو کشور به این دلیل است که پیمایشی مشابه، پیش‌تر در میان قضات نروژی و آمریکایی انجام گردیده و نتایج آن منعکس شده است. بدین ترتیب تطبیق میان نتایج بدست آمده از این پژوهش می‌تواند علاوه بر شفاف‌سازی نقاط قوت و ضعف قضات ایرانی، مبین ترتب جایگاه قضات هر یک از این کشورها نیز باشد.

۲ روش گردآوری اطلاعات و ابزار پژوهش

کشف و ارزیابی خطا و اشتباهات مرتبط با شهادت شاهدان عینی به دو طریق امکان‌پذیر است. نخست از طریق تجزیه و تحلیل دستاوردها و پژوهش‌های انجام شده پیشین و دوم از طریق

نخستین پژوهش‌های انجام شده پس از اجباری شدن آزمایش DNA، نشان دادند که ۷۵ درصد مظنونان به اشتباه از سوی شاهدان عینی شناسایی شده‌اند. (Areh & Umek, 2004: 1)، آمار بدست آمده از برخی تحقیقات دیگر نیز گویا آن است که افراد محبوس، پیش از اثبات بی‌گناهی‌شان به طور متوسط ۱۳٫۵ سال از عمرشان را در زندان سپری کرده‌اند. (Fessinger & et al, 2020: 150) هم‌چنین مشخص شده است که به طور میانگین ۳ الی ۵ درصد محکومان جرایم خشن (به مانند قتل و تجاوز به عنف)، که در انتظار مجازات اعدام بوده‌اند، مجرم نیستند و در حقیقت بی‌گناه بوده‌اند. (wise & safer, 2012: 22) نتایج تحقیقی دیگر مرتبط با بررسی ۳۲۹ پرونده محکومان نشان داد که در بیش از ۲۰۰ مورد (یعنی حدود سه چهارم پرونده‌ها) اشتباه تشخیصی شهود عینی در صدور حکم محکومیت اثرگذار بوده است. در واقع در هر یک از این پرونده‌ها حداقل شهادت یک شاهد به عنوان تنها یا یکی از اصلی‌ترین علت محکومیت متهم به چشم می‌خورد. این در حالی است که شهود این پرونده‌ها با حضور در دادگاه سوگند یاد کرده که حقیقت را بیان می‌دارند و با اطمینان کامل از مجرمیت متهم سخن گفته‌اند. بنابراین ضروری به نظر می‌رسد تا موضوع شهادت شهود با دیدگاهی انتقادی و نوین‌تر مورد توجه قرار گیرد. در این میان نقش علم روان‌شناسی و دستاوردهای حاصل از آن انکارناپذیر است. مروری بر تحقیقات حوزه روان‌شناسی در ارتباط با شهادت گواهان مبین این حقیقت است که پذیرش مطلق چنین دلیلی چه پیامدهای منفی و حتی جبران‌ناپذیری را می‌تواند به دنبال داشته باشد.

لازم به ذکر است موضوع دقت شهود در شناسایی متهمان یا صحت و درستی اظهارات بیان شده از جانب ایشان از دیرباز یکی از اساسی‌ترین محورهای مورد بررسی در حوزه روان‌شناسی بوده است. از همین رو تحقیقات متعددی چه در شرایط شبیه‌سازی شده آزمایشگاهی و چه از مشاهدات

پرسش‌نامه حاوی ۳۳ گویه بود که با هدف بررسی چهار متغیر کامل نبودن حافظه، استرس عصبی، انتقال ناآگاهانه و انتظارات تنظیم شده‌اند. روایی پرسش‌ها پس از مذاکره و دریافت نظرات و ارشاد اساتید و کارشناسان حوزه روان‌پزشکی، حقوق و علوم اجتماعی بر پایه فرضیات پژوهش و رابطه معیارها و پس از بررسی نتایج و رفع ایرادات جهت اجراء مورد استفاده قرار گرفته است. به منظور سنجش پایایی نیز از آزمون آلفای کرونباخ بهره گرفته شد. نتیجه بدست آمده گویای ضریب ۰,۷۰ بود. که نشان‌دهنده پایایی قابل قبول و ثبات درونی پرسش‌نامه است. پس از گردآوری اطلاعات و به منظور تجزیه و تحلیل اطلاعات از نرم‌افزار SPSS نسخه ۲۴، بهره گرفته شده است. بدین ترتیب مطالعه پیش‌رو به لحاظ هدف کاربردی، از نظر شیوه تجزیه و تحلیل به روش توصیفی-تحلیلی و به لحاظ جمع‌آوری داده‌ها بصورت پیمایشی و میدانی است.

۳ یافته‌ها

نمونه‌ی مورد مطالعه از لحاظ پراکندگی سنی در محدوده ۲۸ تا ۵۱ سال قرار داشتند. بیشترین فراوانی شامل سنین ۳۵ و ۴۵ سال بود که ۷ بار تکرار شده بودند. پس از آن ۴۶ ساله‌ها با ۶ بار و ۳۰ و ۳۵ سال با ۵ بار تکرار قرار گرفتند. هم‌چنین با دسته‌بندی سن مشخص شد که بیشترین فراوانی متعلق به سنین ۳۱ تا ۴۰ سال و کم‌ترین آن مربوط به ۵۱ سال به بالا بوده است. سطح تحصیلات گروه مورد مطالعه نیز از کارشناسی تا دکترا در نوسان بود. به طوری که نمونه مورد مطالعه شامل ۷ نفر با تحصیلات کارشناسی، ۵۵ نفر با تحصیلات کارشناسی ارشد و ۹ نفر با تحصیلات دکترا بودند. از منظر تجربه کاری نیز قضاتی که دارای سابقه کاری بیش از ۵ تا ۱۰ سال بودند بیشترین فراوانی را به خود اختصاص داده‌اند. (۳۵,۲ درصد) دسته‌های بیش از ۱۵ تا ۲۰ سال (۲۳,۹ درصد)، ۱ تا ۵ سال (۱۵,۵ درصد)، بیش از ۲۰ سال (۱۴,۱ درصد) و بیش از ۱۰ تا ۱۵ سال (۱۱,۳ درصد) قرار دارند. باید در نظر داشت محل فعالیت ۴۹ نفر قضات ایرانی (۶۸,۱)

بررسی نتایج حاصله از مشاهدات دنیای واقعی یا شبیه‌سازی‌های انجام شده در شرایط آزمایشگاهی. از آنجایی که موضوع پژوهش حاضر مرتبط با ارزیابی آگاهی قضات است، موضوع از زاویه نگرش ایشان مورد بررسی قرار گرفته است. از همین‌رو پیمایشی مبتنی بر پرسش‌نامه در میان قضات انجام گرفت تا نگرش و میزان آگاهی قضات نسبت معیارهای برخواسته از جنبه روان‌شناسی در اخذ شهادت و آشنایی قضات با خطاهای احتمالی شهود را مورد سنجش قرار دهد. لازم به ذکر است هدف از انجام این پژوهش کشف روابط علت و معلولی میان متغیرها نیست، بلکه تنها نگرش قضات نسبت به شاخص‌های تحقیق مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

از همین‌رو از پرسش‌نامه استاندارد " بررسی دانش و عقاید قضات درباره شهادت شاهدان عینی" که پیش‌تر در کشورهای ایالت متحده آمریکا و نروژ توزیع و نتایج آن منعکس شده مورد استفاده قرار گرفت. لازم به ذکر است که کلیت شاخص‌های مطرح شده در پرسش‌نامه موصوف استخراج شده و با توجه به شرایط فرهنگی و اجتماعی حاکم بر کشورمان بومی‌سازی و بروزرسانی شدند. هم‌چنین پرسش‌نامه اصلی نگرش قضات و کارشناسان را بررسی و مورد تطبیق قرار داده است. اما در پژوهش حاضر تنها به ارزیابی دیدگاه قضات پرداخته شده است. بدین ترتیب در این پژوهش ضمن ارائه آمار بدست آمده از قضات ایرانی، مقایسه‌ای میان نگرش قضات سه کشور نیز به انجام رسیده است. نتایج پژوهش‌های پیشین نشان داد که قضات نرژوی و امریکایی در خصوص عوامل موثر بر کیفیت شهادت شاهدان عینی، دانش محدودتری نسبت به کارشناسان فعال در حوزه روان‌شناسی شهود دارد. (Magnussen & et al, 2008: 185)

پرسش‌نامه حاضر با مقیاس پاسخ‌گویی ۵ طیفی لیکرت تهیه شده است. با این توضیح که کاملاً موافق برابر ۵، موافق برابر ۴، بدون نظر برابر ۳، مخالف برابر ۲ و کاملاً مخالف برابر ۱ حساب شده‌اند.



یادآوری اطلاعات و کمترین آن متعلق به تاثیر لحظه‌ای از یاد بردن اطلاعات است. میانگین نمرات بدست‌آمده به ترتیب شامل بی‌عیب و نقص بودن فرایند یادآوری اطلاعات از حافظه (۴,۲۵)، تاثیر گذشت زمان در افزایش اطلاعات (۴,۰۸)، سهولت شناسایی مجرم از بین مظنونین حاضر در یک صف (۴)، رابطه میان اشتباه شهود در شهادت و امکان فریب (۳,۰۳)، رایج بودن اشتباه در شهادت شهود (۲,۸۶)، مشابهت حافظه با دوربین فیلم‌برداری (۲,۳۵)، تاثیر گذشت زمان در کاهش اطلاعات (۲,۱۰)، بالا بودن میزان فراموشی پس از وقوع یک حادثه (۲,۰۴) بودند.

از دیدگاه تطبیقی نیز باید بیان داشت که ۵۱ درصد قضات نورژی و ۳۱ درصد قضات آمریکایی معتقد بودند که بیشترین میزان فراموشی برای یک رویداد درست بعد از آن رخداد است و با گذشت زمان این مقدار کاهش می‌یابد. ۲۴ درصد قضات نورژی و ۲۵ درصد قضات آمریکایی نظری در این زمینه ابراز نداشتند و ۲۵ درصد قضات نورژی و ۴۴ درصد قضات آمریکایی با این حالت مخالف بودند. (Magnussen & et al, 2008: 181) همچنین بنابر پژوهش انجام شده در سال ۲۰۲۰، نگرش قضات نورژی در این زمینه با تغییراتی همراه بود. به طوری که ۳۴ درصد قضات نورژی معتقد بودند که بیشترین میزان فراموشی برای یک رویداد درست بعد از آن رخداد است و با گذشت زمان این مقدار کاهش می‌یابد. ۴۰ درصد قضات نظری در این زمینه ابراز نداشتند و ۲۶ درصد قضات نورژی با این وضعیت مخالف بودند. (Bjorndal & et al, 2021: 672) این در حالی بود که ۱,۴ قضات ایرانی موافق، ۱۶,۷ درصد بدون نظر و ۸۲ درصد مخالف با چنین موضوعی بودند. بدین ترتیب دیدگاه قضات ایرانی کاملاً بر خلاف دیدگاه هم‌تایان شان در دو کشور دیگر بوده است.

۳,۲ استرس عصبی

باوجود کاربرد فراوان استرس در زندگی روزمره، توضیح آن آسان نیست. اگرچه ما به شکل ذاتی

(% در داسرا و ۲۳ نفرآنان (۳۱,۹ %) در دادگاه کیفری ۲ بوده است. این در حالی است که ۱۴۲ نفر از پاسخ‌دهندگان آمریکایی قاضی ایالتی، ۱۰ نفر قاضی فدرال، ۷ نفر قاضی بازنشسته و ۱ نفر قاضی محلی بودند. راجع به محل فعالیت ۱۵۷ نفر قضات نورژی نیز اطلاعاتی ارائه نشده است.

به‌منظور بررسی نگرش قضات در ارتباط با معیارهای موثر در کیفیت شهادت شهود وابسته به جنبه شناختی روان‌شناسی معیارهای ذیل مورد ارزیابی قرار گرفتند.

۳,۱ کامل نبودن حافظه

بیش از یک قرن از قدمت تحقیقات مرتبط با حافظه شاهدان عینی می‌گذرد. (Stahly, 2018: 2) برآمد تحقیقات به خوبی نشان داده‌اند که شاهدان، مکرراً هنگام گزارش وقایع جنائی و همچنین تشخیص افرادی که مشاهده کرده‌اند، مرتکب اشتباه می‌شوند. در واقع، شهود گاهی جزئیات جنایاتی را که دیده‌اند حذف می‌کنند، در مواردی جزئیات را به شکلی نادرست گزارش می‌کنند، گاهی مواردی را که هرگز رخ نداده‌اند را اعلام می‌دارند. بعضی مواقع نیز اطلاعات سایر منابع (به‌عنوان مثال داده‌های تلویزیونی، شاهدان دیگر و ...) را دریافت و همان را بازگو می‌نمایند. (Lavis & Brewer, 2017: 314) بدین ترتیب به ندرت اتفاق می‌افتد تا فرایند یادآوری وقایع از جانب شهود بی‌عیب و نقص باشد؛ چرا که عملکرد حافظه یک فرایند فعال، مستمر و پویا است. به تعبیری دیگر، اطلاعات حافظه به شکل دائم برساخته و بازساخته می‌شوند. فرایندی که می‌تواند دگرگونی اطلاعاتی را به دنبال داشته باشد. اما قضات نسبت به چنین وضعیتی تا چه میزان آگاهی دارند؟

به منظور بررسی نگرش قضات نسبت به نقش حافظه و اختلالات مرتبط با آن در کیفیت شهادت شهود هشت گویه مدنظر قرار گرفتند. پاسخ‌های ارائه شده نشان داد که بیشترین نمره مربوط به آگاهی قضات نسبت به تاثیر نقص حافظه در

زندگی بود، روشن ساخت که حوادث غیرمنتظره همراه با ترس یا احساس خطر، بیش از وقایع خنثی، باعث تحریف حافظه و ارائه گزارش اشتباه می‌شوند. (Głomb, 2021: 2) در واقع، تنش‌های عصبی و احساسی سبب می‌شود تا انسان تمرکز کامل را در بیان حقیقت نداشته باشد. بنابراین عملکرد شاهدان عینی در شرایط استرس‌زا از اهمیت ویژه‌ای برای سیستم عدالت کیفری برخوردار است.

نتایج پژوهش‌های دیگر روشن ساخته که افزایش آشفتگی عصبی، تاثیر معکوس بر حافظه دارد؛ از همین رو هرچه تنش فزونی یابد، دقت شهود عینی سیر نزولی را طی خواهد کرد. هرچند نظرات مخالفی نیز در این زمینه وجود دارد، اما یافته‌های متعدد نشان‌دهنده اثر منفی تحریک‌های عصبی بر حافظه شاهدان عینی است. (Metcalfe, 2019: 1) (stanny & Johnson, 2000: 359)، موضوعی که بسیاری از کارشناسان روان‌شناسی نسبت به آن اشتراک عقید دارند. (Sauerland & et al, 2016: 580) بدین ترتیب برآمد تحقیقات صورت گرفته خلاف برداشت عوام است. چرا که عامه مردم تنش عصبی را به عنوان عاملی که موجب افزایش دقت شاهد و ثبت‌وضبط دقیق‌تر وقایع می‌شود فرض کرده‌اند. بدین ترتیب این فرضیه که عوامل استرس‌زا در همه حالات سبب افزایش بهره‌وری حافظه خواهد شد، رد شده است. (bornsteit & robicheaux, 2009: 530) برعکس این تاثیر منفی استرس و فشارهای عصبی بر کیفیت شهادت شهود است که به اثبات رسیده‌اند.

بررسی‌های دقیق‌تر نشان می‌دهد که آشفتگی و تنش عصبی مراحل رمزگذاری اطلاعات در حافظه و بازیابی آن را با اختلال مواجه خواهد کرد. (Marr & et al, 2021: 4014) پژوهش بافر، اشتاین و رود ثابت کرد که تجربه تنش بالا به فرایند کدگذاری داده‌ها در حافظه آسیب وارد می‌نماید. موضوعی که منتهی به کاهش دقت شهود در شناسایی صحیح مرتکب جرم خواهد شد. هم‌چنین برخی دیگر از تحقیقات نشان می‌دهند که استرس فرایند بازیابی

می‌دانیم که استرس چیست، اما هنگامی که بنا باشد آن را تعریف کنیم معمولاً با مشکل مواجه می‌گردیم. این واژه یک اصطلاح نسبتاً مبهم است که مفسران مختلف به اشکال متفاوتی آن را تفسیر کرده‌اند. به‌طور کلی استرس را می‌توان به‌عنوان یک حالت عاطفی منفی در ارتباط با تغییرات تکرردشناسی و مجموعه‌ای از تنش‌های ذهنی در نظر گرفت. از همین‌رو تجارب استرس‌زا با افزایش برانگیختگی، یعنی افزایش ضربان قلب، بالارفتن فشار خون، فزونی سرعت تنفس و نوسان‌های عضلانی همراه است. تجارب ذهنی نیز معمولاً شامل ادراکی از تهدید و احساس اضطراب است.

البته در علم روان‌شناسی تنها بر کیفیت پردازش موضوعات استرس‌زا یا هیجانی تمرکز نمی‌شود، بلکه این موضوع نیز مهم است که پردازش اطلاعات چگونه تحت‌تاثیر وضعیت و صفات هیجانی قرار می‌گیرند. این فرایند کمک خواهد کرد تا مشخص شود که شخصی که استرس بالا دارد آیا در مواجهه با یک رخداد، واقعه را پراسترس‌تر از دیگرانی که چنین حالات یا صفاتی را ندارند تجربه می‌نمایند یا خیر. تاثیری که معمولاً با عنوان سوگیری‌های شناختی از آن یاد می‌شود. این اصطلاح از آن جهت بکار می‌رود تا روشن سازد که استرس چگونه در عملکرد حافظه، توجه یا چگونگی تفسیر امور از جانب شخص انحراف ایجاد می‌کند. بدیهی است که این سوگیری‌ها ممکن است کیفیت شهادت شهود را به جهت معکوس یا هم‌راستا با وضعیت فعلی هدایت نماید. فرایندی که تحقیقات علمی آن را اثبات کرده‌اند.

چگونگی تاثیر احساسات بر نحوه یادآوری وقایع جنایی، برای نخستین‌بار توسط پیشگامان روانشناسی کاربردی مطرح و مورد بررسی قرار گرفت. یکی از نخستین آزمایش‌ها در این خصوص، که در مقاله مونستربرگ (۱۹۰۸/۲۰۰۹) شرح داده شد. در اوایل قرن بیستم فون لیست مشابه آن آزمایش را در دانشگاه برلین به انجام رساند. نتایج آزمایش که شبیه‌سازی یک وضعیت تهدیدکننده



چنین عاملی را سبب فزونی دقت شهود محسوب داشته‌اند. (Bjorndal & et al, 2021: 672) این در حالی که ۴۸٫۶ درصد قضات ایرانی استرس را عاملی منفی و ۳۷٫۵ درصد ایشان این مولفه را عاملی مثبت در فرایند شهادت شهود تلقی کردند. ۱۳٫۹ درصد نیز نظری در این زمینه ابراز نداشتند. لازم به ذکر است چنین گویه‌ای در پرسش‌نامه توزیع شده میان قضات آمریکایی مورد ارزیابی قرار نگرفته بود. بدین ترتیب اکثر قضات نرژوی استرس را به عنوان عنصری مخل در فرایند درک وقایع تلقی کردند، این در حالی است که تفاوت نگرش قضات ایرانی در این زمینه ناچیز است. بنابراین می‌توان چنین برداشت کرد که استرس ماهیتی دوگانه از نظر قضات ایرانی دارد.

۳٫۳ انتقال ناآگاهانه

مقصود از این معیار، عدم توانایی شاهد در تمایز میان یک فرد آشنا اما بی‌گناه و مجرم رویت‌شده در صحنه جرم است. بنابراین شاهد عینی ممکن است به خوبی به یاد داشته باشد که واقعه مجرمانه و مجرم را دیده است، اما در هنگام شناسایی به اشتباه شخص بی‌گناه را با جنایت مرتبط نماید. (Earles & et all, 2008: 1) شکل‌گیری چنین پدیده‌ای گاهی به دلیل شباهت شخص بی‌گناه با مجرم واقعی است. گاهی نیز شخصی که به اشتباه مورد شناسایی قرار گرفته همان کسی است که در نزدیکی صحنه جرم یا در فرایند تعیین هویت مظنون حضور دارد. در این وضعیت چهره یا تصویر شخصی که به نوعی برای شاهد آشنا است، ناآگاهانه یا ناخودآگاه با جرم مرتبط دانسته شده و به صحنه جرم منتقل می‌شود. اصطلاح "ناخودآگاه" به این معنی است که شاهد هیچ‌گونه یادآوری آگاهانه‌ای از مواجهه قبلی با مظنون ندارد. بدین ترتیب ممکن است در مواقعی که در ردیف مظنونین، شخصی که از زاویه یا جهتی برای شاهد آشنا است، به اشتباه با جرم مرتبط دانسته شده و ناخودآگاه و به اشتباه از سوی شاهد شناسایی شود. (ross, ceci, dunning & togliola, 1994: 918)

اطلاعات از حافظه را مختل می‌کند (شوآب، جوتلز، روزندال، ولف، و اوتزل، ۲۰۱۲؛ شیلدز، سازما، مک کالو، و یونلیناس، ۲۰۱۷؛ گرگ، ۲۰۱۷) از همین‌رو شهود قادر به استخراج اطلاعات دقیقی از حافظه خود نخواهند بود. بنابراین چنین پژوهش‌هایی که با هدف شفاف‌سازی میزان قابلیت اتکا به حافظه شهود عینی به انجام رسیده‌اند، اثبات می‌نمایند که در معرض وقایع تنش‌زا قرار گرفتن تا چه میزان می‌تواند حافظه شهود را مستعد خطا سازد.

به‌منظور بررسی نگرش قضات نسبت به مولفه استرس در کیفیت شهادت شهود هفت گویه مدنظر قرار گرفتند. برآمد پژوهش نشان داد که بیشترین نمره مربوط به تاثیر بکارگیری سلاح در افزایش دقت شاهد و کم‌ترین آن مربوط به تاثیر ترس در افزایش دقت شهود است. میانگین نمرات بدست آمده چنین بوده است: افزایش دقت شهود در جرایم مسلحانه (۳٫۳۳)، سهل‌تر بودن یادآوری جزئیات مرتبط با جرم قتل برای شاهد (۳٫۲۸)، راحت‌تر بودن شهادت در جرایم خشن برای شهود (۲٫۹۹)، سهولت شهادت در جرم توهین برای شاهد (۲٫۹۴)، رابطه بین کاهش دقت شاهد و بکارگیری سلاح (۲٫۸۹)، سهولت در یادآوری جزئیات مرتبط با جرم سرقت ساده برای شهود (۲٫۸۸)، رابطه معکوس میان ترس برخواسته از جرم و افزایش دقت شاهد (۲٫۸۵). بدین ترتیب از نظر قضات شرکت‌کننده در این پژوهش رابطه مستقیمی میان افزایش استرس و دقت شهود قابل فرض است.

هم‌چنین نتایج پژوهش صورت گرفته در نروژ نشان داد که ۷۰ درصد قضات استرس زیاد را به عنوان مانعی اساسی در تحمل و ادای دقیق شهادت شهود تلقی کرده‌اند. ۱۹ درصد نظری بیان نداشته و ۱۱ درصد این عامل را سبب افزایش کارایی شهود دانسته‌اند. (Magnussen & et al, 2008: 181) پیمایش انجام شده در سال ۲۰۲۰ نشان داد که ۶۵ درصد قضات نروژی استرس را مولفه‌ای منفی به حساب آورده‌اند. ۲۶ درصد بدون نظر بوده و ۹ درصد

دیدگاه قضات نروژی بود، یعنی ۹۷ درصد ایشان اعتقاد به اثرگذاری اطلاعات پسا رویدادی در کیفیت شهادت شهود داشتند. (Bjorndal & et al, 2021: 673) می‌توان ابراز داشت قضات ایرانی نیز آگاهی قابل قبولی نسبت به تاثیر اطلاعات پسا رویدادی در کیفیت شهادت شهود داشتند. به طوری که این دسته از آزمودنی‌ها معتقد بودند که تاثیر فضای رسانه‌ای در اظهارات شهود به میزان ۸۰٫۶ درصد و اطلاعات بدست آمده از فرایند تحقیقات تا میزان ۷۰٫۸ درصد موثر است. بنابراین تاثیر این عامل در کیفیت شهادت شهود تا حد زیادی مورد توجه قضات سه کشور قرار دارد.

۳٫۴ انتظارات-باورها

انتظارات فرهنگی شامل اعتقاداتی است که در یک فرهنگ معین، به وسیله تعدادی زیادی از مردم مورد توجه قرار می‌گیرد. هم‌چنین انتظار فرهنگی گاهی یک ویژگی است که مستمراً به همه اعضای یک گروه یا به همه موقعیت‌های خاص نسبت داده می‌شود. انتظارات فرهنگی که بعضاً تکرار یا کلیشه نیز نامیده می‌شود، معمولاً ساده و به طور گسترده‌ای پذیرفتنی‌اند هرچند در همه حالات نمی‌توانند درست باشند. از همین رو انتظارات فرهنگی می‌توانند به شکل چشم‌گیری بر ادراک اثرگذار باشند. در آزمایشی که توسط آپورت و پستمن^۲ به انجام رسیده این موضوع به خوبی نشان داده شده است.

این دو محقق تصویری از یک سالن متروی نیویورک را به نمایش گذاشتند که مملو از جمعیت بود، اکثر افراد نشسته بودند، در حالی که دو نفر ایستاده بودند و با یکدیگر صحبت می‌کردند؛ تصویر حاوی جزئیات متعددی بود از جمله یک مرد سیاه پوست که لباسی مرتب بر تن داشت و کراوات بسته بود و یک مرد سفید پوست که جسم برنده‌ای در دست داشت. از آزمایش‌شوندگان خواسته شد تا به تصویر نگاه کرده و تمام آنچه را که می‌توانستند در

چرا چنین اتفاقی می‌افتد؟ به نظر می‌رسد شهود پس از شناسایی یا انجام یک گزینش، تمایلی به تغییر انتخاب پیشین خود نداشته باشند؛ زیرا در ارتباط با شهادت ادا شده و انتخاب خود احساس تکلیف و تعهد می‌نماید. تمایلی که به عنوان "اثر تعهد" شناخته می‌شود. (Wells, 1984: 101) هم چنین ممکن است به محض آن‌که شاهد اقدام به شناسایی اشتباه کرد، فرایند رونویسی در حافظه شاهد انجام شود. یعنی انتخاب نادرست جایگزین خاطره اصلی در حافظه شاهد گردد. از همین رو قابلیت دسترسی به واقعیت و چهره مظنون اصلی برای شاهد ضعیف یا غیرقابل دسترس شود.

به منظور ارزیابی نگرش قضات در زمینه تاثیر انتقال اطلاعات در فرایند شهادت شهود هفت گویه مورد پرسش قرار گرفتند. نتایج گویا آن بود که بیشترین نمره مربوط به تاثیر اظهارات دیگر شهود در شاهد و کم‌ترین آن مرتبط با حضور شخص بی‌گناه در صف شناسایی مظنونان است. میانگین نمرات بدست آمده این چنین بود: اثرگذاری گفته‌های سایرین شاهدین در اظهارات شاهد (۴٫۲۹)، تاثیر فضای رسانه‌ای در کیفیت شهادت شهود (۳٫۷۱)، تاثیر صف آرائی متهمان توسط مامور آگاه نسبت به فرد مشکوک (۳٫۶۸)، تاثیر آگاهی از سابقه کیفری مظنون در تفسیر رفتار مشکوک تحت عنوان جرم (۳٫۶۷)، اثرگذاری اطلاعات بدست آمده از فرایند تحقیقات در کیفیت شهادت شاهد (۳٫۵۸)، رابطه میان تعداد دفعات حضور در صف مظنونان با شناسایی متهم (۳٫۵۶) و رابطه میان حضور اشخاص بی‌گناه در صف مظنونان با احتمال شناسایی آنان به عنوان متهم (۳٫۱۷).

برآمد تحقیقات انجام شده در کشورهای نروژ و آمریکا گویا آن بود که درصد تاثیرپذیری شهود از این عامل از دیدگاه قضات هر دو کشور ۹۴ درصد بوده است. (Magnussen & et al, 2008: 185) این در حالی است که پژوهش انجام شده در سال ۲۰۲۰ نشان‌دهنده افزایش ۳ درصدی تاثیر این مولفه از

² Allport and Postman



نتایج پژوهش صورت گرفته در دو کشور نروژ و آمریکا نشان داد که درصد تاثیرپذیری مولفه انتظارات-باورها در شهادت شهود به میزان ۹۸ درصد است. (Magnussen & et al, 2008: 185) نگرش قضات نروژی در پژوهش انجام شده در سال ۲۰۲۰ در این زمینه تغییری نداشته است. (Bjorndal & et al, 2021: 673) و نگرش‌ها در کیفیت شهادت شهود از منظر قضات ایرانی نیز واجد اهمیت دانسته شد. به طوری ایشان اعتقاد داشتند که در ۸۲ درصد موارد حضور شخص معتاد در محل وقوع جرم، سبب شناسایی چنین شخصی از سوی شاهد به عنوان متهم می‌گردد. این در حالی است که چنین تاثیری در خصوص شخص ولگرد ۶۶٫۷ درصد بود. هم‌چنین ۳۱ درصد قضات نروژی به درستی اطمینان شهود عینی را معیار مناسبی برای دقت در شناسایی ندانستند، این در حالی بود که این عامل از نظر قضات ایرانی تنها ۱٫۴ درصد بود. علاوه بر این ۳۲ درصد قضات نروژی و ۴۸ درصد قضات آمریکایی با محکومیت متهم تنها بر پایه شهادت شاهدان عینی مخالف بودند. (Magnussen & et al, 2008: 184) درارتباط با قضات ایرانی ۴۸٫۶ درصد بود... هم‌چنین ۸۴ درصد از قضات نروژی معتقد بودند که صف آرای متهمان از سوی افراد آگاه به هویت مظنونان نباید صورت پذیرد. تاثیر چنین عاملی در کیفیت شهادت شهود از جانب قضات ایرانی ۶۲٫۵ درصد بود. بدین ترتیب اگرچه قضات ایرانی به نسبت هم‌تایان نروژی‌شان اطمینان شهود را مولفه‌ای اساسی‌تر در فرض صحت اظهارات تلقی کردند اما دیدگاه بدبینانه‌تری نسبت به صدور حکم تنها بر پایه استناد به شهادت شهود داشتند. به تعبیری دیگر، قضات ایرانی تمایل کم‌تری داشتند تا صرفاً با تکیه اقدام به صدور حکم محکومیت علیه متهم نمایند.

مورد تصویر به یاد بیاورد به گروه دومی که تصویر را مشاهده نکرده بودند منتقل کنند. این توالی تا چند نوبت ادامه یافت. سپس از افراد خواسته شد تا آنچه را از تصویر برداشت کرده‌اند بازگو نمایند. نتیجه نهایی روشن ساخت که در بیش از نیمی از گزارش‌های ارائه شده بیان شده بود که این مرد سیاه‌پوست است که شیء برنده را در دست دارد، در حالی که واقعیت کاملاً معکوس بود. به گفته محققان نتایج حاصله منعکس‌کننده انتظارات است. (loftus, 1979: 38) در حقیقت برآمد پژوهش مستقیماً از نفرت و ترسی که در جامعه آمریکا نسبت به سیاه‌پوستان وجود دارد، ناشی می‌شود. بنابراین انتظارات فرهنگی می‌تواند به طرز چشم‌گیری بر ادراک ما تأثیر بگذارد.

به منظور بررسی نگرش قضات در زمینه تاثیر انتظارات یا اعتقادات در کیفیت شهادت شهود هفت گویه مدنظر قرار گرفت. نتایج نشان داد که بیش‌ترین نمره متعلق به تردید در صحت شهادت اشخاص ولگرد و کم‌ترین آن مربوط به رابطه میان تحصیل و صحت شهادت قابل فرض بوده است. میانگین نمرات حاصله شامل تردید در صحت شهادت اشخاص ولگرد (۴٫۲۲)، تاثیر سابقه محکومیت کیفری در ارتکاب مجدد جرم (۴٫۱۵)، رابطه مستقیم میان اطمینان شاهد با اقناع بالاتر قضات (۳٫۹۴)، رابطه معکوس میان پایبندی به موازین مذهبی و احتمال شهادت دروغ (۳٫۷۹ درصد)، رابطه مستقیم میان حضور شخص معتاد در محل وقوع جرم و شناسایی وی به عنوان مجرم (۳٫۷۸)، تاثیر پوشش متهم در شناسایی به وی عنوان مجرم از جانب شهود (۳٫۳۶) و کمتر بودن اشتباه در شهادت افراد تحصیل کرده نسبت به افراد غیرتحصیل کرده (۳٫۲۹)

جدول ۱ (توزیع پاسخ قضات)

ایرانی			آمریکایی			نروژی			قضات عنوان شاخص
مخالف %			بدون نظر %			موافق %			
۲۴	۲۵	۸۲	۲۵	۲۴	۱۶,۶	۳۱	۵۱	۱,۴	بیشترین میزان فراموشی بلافاصله پس از وقوع حادثه است.
۸	۰	۲۰,۸	۸	۶	۸,۳	۸۴	۹۴	۷۰,۸	استرس عصبی نقش منفی در حافظه شاهد دارد.
۸	۰	۲۰,۸	۸	۶	۸,۳	۸۴	۹۴	۷۰,۸	اطلاعاتی که شاهد از فرایند تحقیقات بدست می آورد، در شهادت او اثر دارد.
۲	۱	۶	۴	۱	۲	۹۴	۹۸	۸۲	انتظارات و اعتقادات شاهد در کیفیت شهادت نقش دارد.

نداشته است. میانگین نمرات مولفه شخصیت (۳,۷۹)، در میان پرسش‌شوندگان نسبت به دیگر مولفه‌ها بالاتر بوده است. پس از آن مولفه‌های انتظارات (۳,۷۸) انتقال اطلاعات (۳,۶۶)، حافظه (۳,۱۳) و استرس (۳,۰۲) قرار گرفته‌اند.

۳,۵ میانگین نمرات قضات ایرانی

نتایج جدول آمار (Statistics) مربوط به شاخص‌های مرتبط با موضوع روان‌شناسی شناختی نشان می‌دهد که ۷۲ نفر آزمودنی (قاضی ایرانی) به سوالات پاسخ گفته‌اند. ۳ هیچ‌داده گمشده‌ای وجود

جدول ۲ (آمار توصیفی شاخص‌ها از دیدگاه قضات ایرانی)

		حافظه	استرس	انتقال اطلاعات	انتظارات
تعداد	معتبر	۷۲	۷۲	۷۲	۷۲
	گمشده	۰	۰	۰	۰
میانگین		۳,۱۳	۳,۰۲	۳,۶۶	۳,۷۸
انحراف استاندارد		۴۰۶.	۳۷۵.	۵۰۰.	۴۰۷.
واریانس		۱۶۴.	۱۴۴.	۲۵۰.	۱۶۶.

وقایع پیش‌تر رخ داده باشد. این در حالی است که مواجهه با جرم نیز خود عاملی است مستقل، که سبب می‌شود تا کارکرد حافظه با اختلال همراه گردد؛ چرا که جرایم در شرایط ویژه‌ای تحقق می‌یابند؛ یعنی عوامل مختلفی از جمله وقوع جرایم در تاریکی هوا، شتاب‌زدگی مجرمان، اقدام به تغییر چهره جانی‌ها، وحشت بزه‌دیده، استرس حاکم بر صحنه

۴ بحث

کارایی دقیق حافظه در فرایند شهادت شهود امری حیاتی است. باین وجود عملکرد حافظه را نمی‌توان به کارکرد یک دوربین فیلم‌برداری تشبیه کرد. درواقع نمی‌توان انتظار داشت تا ضبط و بازگویی اتفاقات ذخیره شده در حافظه شاهد یک کپی کاملاً دقیق از

قضات این دو کشور با پژوهش‌گران به نسبت قضات ایرانی بالاتر بوده است.

۳ قضات شرکت‌کننده کشور آمریکا ۱۶۰ نفر و هم‌تایان آن در نروژ در سال ۲۰۰۸، ۱۵۷ نفر و در سال ۲۰۲۰، ۹۸ نفر بوده‌اند. چنین آماری گویا آن است که میزان همکاری و مشارکت



برخی از خطاها و انحرافات شهود را باید به اختلال حافظه منتسب دانست.

دوگانگی تاثیر استرس عصبی بر کیفیت شهادت شهود نیز قابل تصور است. اگرچه نتایج غالب تحقیقات انجام شده در این زمینه گویا آن است که استرس تاثیر منفی در درک وقایع و به تبع آن کاهش دقت شهود دارد، اما نتایج خلاف نیز در این جا قابل ذکراند. به تعبیری دیگر، ترس یا فشار روانی برخواسته از جرایم این قابلیت را دارد تا تمرکز شاهد را افزایش یا کاهش دهد. به عنوان مثال در جرایم مسلحانه از یک سو اهمیت حفظ جان سبب می شود تا شاهد در بدو امر در فکر حراست از خود باشد. از سویی دیگر هیجان این گونه از جرایم توجه و تمرکز بیشتری را معطوف به خود می دارد. بنابراین می توان توقع داشت که یک جرم خشن بیش از یک جرم غیرخشن باعث دقت شاهد شود. اگرچه تاثیر منفی این عامل مورد توجه قضات سه کشور بود، اما نگرش قضات نروژی به برآمد تحقیقات روان شناسی نزدیک تر بود.

اطلاع از تاثیر اطلاعات پسا رویدادی در کیفیت شهادت شهود در نگرش قضات سه کشور مشهود بود. در واقع بیشترین قرابت میان نظرات قضات در این زمینه پدیدار شد. باید در نظر داشت که اطلاعات دریافتی از سایر منابع نیز می تواند کیفیت شهادت شهود را متاثر سازد. اطلاعات جدید ممکن است از راه تعامل یا مراوده شهود با یکدیگر، کسب اطلاعات از طریق رسانه ها یا اطلاعاتی باشد که شاهد از فرایند تحقیقات دریافت می دارد، حاصل شود. هر یک از این موارد می توانند ذهن شاهد را دگرگون سازند؛ یعنی سبب جایگزینی اطلاعات جدید با اطلاعات پیش تر ذخیره شده در حافظه شاهد شده یا خلاءهای اطلاعاتی در حافظه شاهد را تکمیل نمایند. در واقع هر منبع می تواند نقش یک انتقال دهنده اطلاعات را ایفا نماید. از همین رو داده هایی که از یک زوایه برای شاهد آشنا است می توانند به شکل ناخودآگاه به صحنه جرم انتقال یافته و در شناسایی متهم یا شرح یک واقعه بکار

جرم، اولویت دادن شهود عینی به حفظ امنیت و سلامتی خود، فاصله شاهد تا صحنه جرم، فرصت شهود برای مشاهده جرم، و ... نیز هر یک به نوعی سبب می شوند تا اشراف نسبت به جرایم و شناسایی مجرم تحت تاثیر قرار گیرد. چنین موضوعی مورد توجه قضات سه کشور نیز وجود داشت.

گذشت زمان دیگر مولفه موثر در فرایند شهادت شهود است. تاثیر این عامل در حافظه شهود سبب شکل گیری اختلاف میان نگرش قضات سه کشور شده بود. به طوری که بالاترین اختلاف میان نظرات قضات در این زمینه قابل مشاهده بود. قضات ایرانی عقیده داشتند که فراموشی اطلاعات با گذر زمان شکل می گیرد در حالی که قضات نروژی و آمریکایی بالاترین میزان فراموشی را بلادرنگ پس از وقوع رخداد فرض کردند. به نظر می رسد تاثیر این عامل در کیفیت شهادت شهود، واجد جنبه ای دوگانه است؛ زیرا از یک سو با گذشت زمان اطلاعات ذخیره شده در حافظه شاهد محو خواهند شد. از همین رو انتظار این است که به هر میزان زمان بیشتری سپری شود اطلاعات بیشتری نیز از دسترس خارج گردد. از سویی دیگر ارتباط شاهد با دیگر شهود یا در معرض اطلاعات رسانه های دیداری، نوشتاری یا شنیداری قرار گرفتن سبب خواهد شد تا اطلاعات شاهد برساخته و بازساخته شوند. عاملی که افزایش اطلاعات را به دنبال خواهد داشت. بدین ترتیب حذف اطلاعات پیشین با جایگزینی اطلاعات جدید همراه خواهد بود. هم چنان که در تحقیق وایز و سافر بیان شد حضور هم زمان مظنونان در صف های مشترک به کاهش اشتباه شهود عینی منتهی خواهد شد. (wise & safer, 2012: 26) به نظر می رسد چنین موضوعی ناشی از امکان فراهم آمدن مشاهده چهره مقارن مظنونان برای شاهد باشد. در واقع، با توجه به سهولت بررسی موردی و چهره به چهره مظنونان می توان انتظار داشت تا شناسایی شهود به شکل دقیق تری انجام پذیرد. از همین رو علت

پیش عدالت بی‌انجامد. هرچند نتایج پژوهش حاضر نشان داد که قضات ایرانی بینش نسبی در زمینه تاثیر عوامل شناختی مرتبط با شهادت شهود دارند، اما خلاءهای آشکاری نیز در این زمینه به چشم می‌خورد. ضمن آن‌که میانگین نمرات قضات ایرانی به نسبت هم‌تایان نروژی و آمریکایی‌شان در سطح پایین‌تری قرار دارد. موضوعی که تحول در فرایند آموزش قضات را می‌طلبد. بدین‌ترتیب باتوجه به آن‌که برآمد تحقیقات تئوریک و میدانی به خوبی ضعف شهادت شهود را آشکار ساخته‌اند، به‌نظر می‌رسد باید در صدد بها دادن به دیگر طرق اثبات جرایم، از جمله شیوه‌های علمی اثبات جرم بود. به نظر می‌رسد زمان آن فرا رسیده که از ارزش بالای اثباتی شهادت کاست و به دنبال افزایش تاثیر دیگر علل بود. درواقع، ارزش ادله علمی را تنها نباید در حد یک اماره نگاه داشت، بلکه با عنایت به امکان ارزیابی دقیق چنین دلیلی می‌توان با دقت و سهولت بیشتری در تایید یا رد برخی موضوعات از جمله شهادت شهود از آن بهره گرفت. در همین راستا، اهتمام قضات در توسل به شیوه‌های نوین علمی فرایندی است که می‌تواند سبب شکل‌گیری رویه قضایی در این زمینه گردند. علاوه بر این مقنن نیز می‌تواند با تصویب قوانین جدید یا اصلاح قانون فعلی در این راستا نقش‌آفرین باشد.

هم‌چنین در نظام‌های دادرسی برخی از کشورها به منظور کاهش یا رفع اشکال‌های پیش‌گفته از تخصص و تجربه روان‌شناسان قانونی بهره گرفته شده است. این کارشناسان، شهادت را از دو جنبه ذهنی و عینی مورد سنجش قرار می‌دهند. مقصود از جنبه ذهنی قابلیت واستعداد روانی شاهد برای ادای شهادت و منظور از جنبه عینی، ارزیابی خاصیت شی یا رویدادی است که موضوع شهادت قرار می‌گیرد. روشن است بهره‌گیری از روان‌شناسان قانونی می‌تواند نقش موثری در نمایان سازی خطای شهود و کاستن از صدور احکام اشتباه داشته باشد. بدین‌ترتیب چنین فرایندی می‌تواند مدنظر مقنن کشور ما نیز قرار گیرد. در حقیقت با توجه به جنبه

گرفته شود. البته نواقص اطلاعاتی شاهد ممکن است از طریق انتظارات یا اعتقادات شاهد تکمیل شوند. باید توجه داشت همه‌ی ما انتظاراتی از پیش موجود نسبت به بسیاری از موقعیت‌ها داریم. چنین انتظاراتی ما را قادر می‌سازد تا اطلاعات مورد نیازمان را به شیوه‌ای موثر پردازش کنیم. در واقع انتظارات کمک می‌کنند تا ما مجبور نباشیم تا در همه شرایط به پردازش کامل اطلاعات بپردازیم. هرچند چنین فرایندی مفید است، اما در مواقعی که اطلاعاتی وجود ندارد یا اطلاعات ناقص است، خلأی در حافظه ایجاد می‌شود. خلأی که ممکن است با انتظارات تکمیل شود. بنابراین نباید پنداشت که حافظه همانند صفحه‌ای سفید و نانوخته است، بلکه حافظه را باید شامل لوحی مملو از معلومات قبلی، انتظارات از پیش موجود و اعتقادات درونی و بیرونی دانست که مستقیماً بر چگونگی ادراک و رفتار تاثیر می‌گذارند.

۵ نتیجه‌گیری

هرچند شهود ذاتاً غیرقابل اعتماد نیستند، اما عوامل متعددی می‌توانند سبب دگرگونی شهادت‌شان شود. همان‌گونه که برآمد تحقیقات متعدد نشان داده‌اند اشتباه شهود پدیده‌ای رایج است. برخی از این اشتباهات در زمره خطاهای طبیعی قرار می‌گیرند، بنابراین امکان پیش‌گیری و حذف آن‌ها وجود ندارد. در مقابل، امکان کنترل یا حذف برخی دیگر از موارد میسر است. شاخص‌های روان‌شناسانه مرتبط با شهادت از این جمله‌اند. از همین‌رو می‌توان به دنبال کاستن از تاثیر چنین اشتباهاتی در فرایند رسیدگی‌های کیفری بود. به‌نظر می‌رسد نقش قضات در این زمینه بسیار حائز اهمیت باشد. درواقع، آگاهی قضات نسبت به عوامل موثر شکل‌گیری اشتباهات شهود می‌تواند تاثیر بسزایی در اجرای هرچه بیشتر عدالت داشته باشد. در همین‌راستا باید در نظر داشت قضات بی‌نیاز از تمسک به یافته‌های سایر علوم نیستند. در حقیقت، بهره‌گیری از دستاورهای سایر علوم، از جمله راه‌کارهایی است که می‌تواند به تحقق بیش‌از



تعارض منافع

نویسندگان هیچ تضاد منافع را اعلام نکردند.

تقدیر و تشکر

نویسندگان مقاله از همکاری معاون محترم قضایی، منابع انسانی و امور فرهنگی دادگستری استان خراسان رضوی جناب آقای فلاح هروی، معاون محترم قضایی دادستان عمومی و انقلاب مرکز استان خراسان جناب آقای عفتی و تمامی قضاتی که ما را در پیشبرد این پژوهش یاری کردند، تشکر می‌نمایند.

تخصصی شهادت شهود، چنین به نظر می‌رسد که قوانین باید به گونه‌ای اصلاح گردد که فرایند اخذ شهادت شهود پیش یا حین ادای آن در دادگاه، توسط روان‌شناس قانونی نیز مورد ارزیابی قرار گیرد.

منابع مالی

نویسندگان از حمایت مالی در این پژوهش استفاده نکرده‌اند.

سهم نویسندگان

سهم نویسندگان در این مقاله به این شرح است: علیرضا مشیراحمدی ۴۰٪، عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی ۴۰٪، سیدمهدی سیدزاده ثانی ۲۰٪.

Reference

- Albright, T. (2017). Why eyewitnesses fail. *PNAS*, 114(30), 7758–7764.
- Areh, I., & Umek, P. (2004). Personal Characteristics and Validity of Eyewitness Testimony. *Policing in central and eastern Europe*, 1-5.
- Bjorndal, L. D., McGill, L., Magnussen, S., Richardson, S., Saraiva, R., Stadel, M., & Brennen, T. (2021). Norwegian judges' knowledge of factors affecting eyewitness testimony: a 12-year follow-up. *Psychiatry, Psychology and Law*, 28(5), 665–682.
- Carey Marr, Henry Otgaar, Melanie Sauerland, Conny Quaedflieg, Lorraine Hope. (۲۰۲۱). The effects of stress on eyewitness memory: A survey of memory experts and laypeople. *Memory & Cognition*, ۴۹, ۴۰۱–۴۲۱.
- clecky, h. (1976). *the mask of sanity*. new york: mosby.
- Durrant, R. (2018). *An Introduction to Criminal Psychology* (Second edition ed.). london: Routledge.
- Earles, J., Kersten, A., Curtay, E., & Perle, J. (2008). That's the Man Who Did It, or Was It a Woman? Actor Similarity and Binding Errors in Event Memory. *Psychon Bull Rev*, 15(6), 1185–1189.
- Fessinger, M., Bornstein, b., neuschatz, j., deloach, d., hillgartner, m., wetmore, s., & bradfield douglass, a. (2020). Informants v. Innocents: Informant Testimony and its Contribution to Wrongful Convictions. *Cap. U. L. ReV*, 48(149), 149188.
- Głomb, K. (2021). How to improve eyewitness testimony research: theoretical and methodological concerns about experiments on the impact of emotions on memory performance. *Psychological Research*, 1-12.
- Lavis, T., & Brewer, N. (2017). Effects of a Proven Error on Evaluations of Witness Testimony. *Law and Human Behavior*, 41(3), 314–323.
- Loftus, E. (1994). *Eyewitness Testimony*. usa: Harvard University Press.
- Metcalfe, J., Brezler, J., McNamara, J., Malett, G., & Vuorre, M. (2018). Memory, stress, and the hippocampal hypothesis: Firefighters' recollections of the fireground. *wily*, 1-9.
- Magnussen, S., Wise, R., Raja, A., Safer, M., Pawlenko, N., & Stridbeck, U. (2008). What judges know about eyewitness testimony: A comparison of Norwegian and US judges. *Psychology, Crime & Law*, 14(3), 177–188.
- Ross, D. F., Read, D., & Toglia, M. (1994). *Adult eyewitness testimony : current trends and developments*. Cambridge University Press : United States of America.
- Sauerland, M., Raymaekers, L., Otgaar, H., Memon, A., Waltjen, T., Nivo, M., et al. (2016). Stress, stress-induced cortisol responses, and eyewitness identification performance. *Behavioral Sciences and the Law*, 34, 580–594.
- Stanny, C., & Johnson, T. (2000). Effects of Stress Induced by a Simulated Shooting on Recall by Police and



- Citizen Witnesses. *The American Journal of Psychology*, 113(3), 359-386.
- Wells, G. (1984). The Psychology of Lineup Identifications. *applied social psychology*, 14(2), 89-103.
- Wise , R., & Safer , M. (2012). A Method for Analyzing the Accuracy of Eyewitness Testimony in A Method for Analyzing the Accuracy of Eyewitness Testimony in Criminal Cases. *Court Review*, 48, 22-34.

Original Article

A Comparative Study of the Consequences of the Seller's Non-Ownership in the Iranian Civil Code and the British Goods Sale Law

Seyed Saeid Momeni¹, Seyed Hekmat Olah Askari^{*2}

¹ PhD student in private law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran.

² Assistant Professor, Department of Private Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.11.0](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23642.1346)



[10.22080/LPS.2022.23642.1346](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23642.1346)

Received:

May 31, 2022

Accepted:

September 29, 2022

Available online:

December 3, 2022

Keywords:

Ownership, correct, intrinsic harm; Owner satisfaction; Effective; Corruption

Abstract

The contract of sale has different stages, from occurrence effects to impact and its implementation. In the meantime, although most jurists believe that Zamane Darak is not the effect of the correct contract of sale, the legislator has considered it as one of the effects of correct sale. Therefore, the main issue is what is the role of the seller (original) ownership in the various stages of the contract of sale? The aim is to examine and compare the consequences of the seller's lack of ownership in Iranian civil law and in the British Commodity Sale Act. Based on the above-mentioned laws, the findings of this study show that, if the seller (original) is not the owner, the contract of sale is not corrupt by itself, but with the survival of the correct contract (with the ability to affect), the buyer does not become the owner of the third party. " It seems that this "inherent loss" in paragraph 2 of Article 362 of the Iranian Civil Code is called "Darak ". The common denominator of both kind of laws is that, the contract of sale with this "inherent loss" will be compensated and "effective" if the owner subsequently consents. Consequently, the buyer becomes the owner of the third party. In the meantime, in English law, it can be said that the seller's non-ownership does not invalidate; It Zamane Darak. In fact, in the absence of ownership, an inherent loss is formed because the buyer is considered the owner and the contract is valid, but not effective. The present article is of descriptive-analytical type and examines the question in a library method.

***Corresponding Author:** Seyed Hekmat Olah Askari

Address: Assistant Professor, Department of Private Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran.

Email: askari@iaushiraz.ac.ir



Extended abstract

1. Introduction:

There are several steps in the contract of sale (forming a contract, effects, result, submission and receipt), which are proved respectively by Articles (339,190), (362, 223, 222), (338, 183) and (367) of the Civil Code. Each of these steps necessitates special requirements such as existence of intention, consent, a specific object that is being traded, the existence of a specific goods, etc. In this study, the conditionality or non-conditionality of "seller's (principal) ownership" in the contract levels is surveyed comparatively. The provisions of the Iranian Civil Code approved in 1307 (solar calendar) are compared with the English provisions of the sale of goods approved in 1979 CE. Accordingly, their commonalities and differences will be expressed. Obviously, whether the ownership of the mentioned seller is required or not, it will have different consequences. If it is considered to be a condition at the stage of the contract, then, the contract does not take place if the seller is not the owner. In other words, If the ownership is not required and the seller is not the owner, the contract will form, but the buyer will not become the owner of the goods because the goods is in the ownership of a third party who did not interfere in the transaction and this will be to the detriment of the buyer; In this case, a way to compensate for the loss must be sought in the maintenance of the contract.

2. Study methods:

This research is theoretical and its study method is descriptive-analytical and the data collection method is library.

3. Results:

It seems that in the Iranian Civil Law approved in 1307 (solar calendar) and the recent English Sale of Goods Act (1979) the ownership of the seller (principal) is not required in any stages of the contract of sale. Therefore, the contract of sale will form with the object of sale belonging to another person. Such a contract influences on the parties (principal). Although the contract has the ability to result of the contract, this may not fully be a contractual result, i.e. the buyer does not become the owner of the goods yet, and this is to the detriment of the buyer. This article interpreted it as an inherent loss, while it seems that in paragraph 2 of Article 362 of the Civil Code, such harm is called "Darak ". It seems that the mere inherent loss (Darak) does not mean corruption on its own. In Iranian civil law, in such a contract, the seller (principal) who is not the owner, has an inherent obligation to have the consent of the owner under Article 183 of the Civil Code, and if he/she does not acquire the consent, in fact he has violated the mentioned inherent obligation. Hence, the buyer does not become the owner, which is to the detriment of the buyer; However under the English sale of Goods Act, the seller who does not have the right to sell, and is not subject to the doctrine of Estoppel, violated the particular and basic requirement (right of sale) mentioned in Article 12(1) of this law and harmed the buyer.

4. Conclusion

According to Articles 362(2), 390 and 221 of the Iranian Civil Code, the sanction of violation in Iranian law is that the seller (principal) is considered to be the guarantor of the inherent loss to fulfill the principle of the obligation, i.e. to obtain the consent of the owner and thus the

"inherent loss" to the buyer is compensated. The consent of the owner of the goods is the requirement of the result of the sale contract. Articles 1100, 53 and 106 of the Civil Code also confirm this conclusion. This guarantee seems to be a kind of "contractual influence" on the seller of the correct contract. In English law, transfer of goods' ownership to the buyer takes place with the consent of the owner, but it seems that the English legislator has declared no one to be the guarantor of convincing the owner (and compensating the mentioned harm). That is, if the contract remains, no one is "legally introduced to be the compensator" of the (inherent) loss. In other words, whatever the owner is convinced of, is sufficient and the "definition of sale" is achieved. Obviously, "owner consent" differs from "seller ownership"; therefore in such a contract, the owner's consent plays a role in the "establishment of the result" stage (not in the "correct" stage); thus, it seems that in the Iranian Civil Law, the contract of sale with the object belonging to another party, is different

from the unauthorized sale mentioned in Article 247 of Civil Code. In Iranian law, in case of "violation" and "delay" (in obtaining the consent of the owner), the customer will have the right to terminate the contract based on common basis of Article 252 of the Civil Code, which seems to be different from the termination options indicated in Article 396 of the Civil Code. Based on the English law of sale of goods, when the stated requirement is violated, the buyer will have the right of termination.

Funding Resources:

No financial resources have been used in the present study.

Authors' contribution:

In this study the authors have contributed equally and have an equal share.

Conflict of interest:

In this study, there is no conflict of interest.

Acknowledgments:

All collaborators in the present study are appreciated.

بررسی تطبیقی پیامد عدم مالکیت فروشنده در قانون مدنی ایران و قانون بیع کالای انگلیس

سید سعید مومنی^۱ , حکمت اله عسکری^{۲*}

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.
^۲ استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.11.0](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23642.1346)



[10.22080/LPS.2022.23642.1346](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23642.1346)

چکیده

عقد بیع از وقوع تا آثار و اجرای آن شامل مراحل مختلفی است. غالب حقوق دانان بر این عقیده هستند که ضمان درک از آثار عقد بیع، صحیح نیست. این در حالی است که به نظر می‌رسد قانون‌گذار با ژرف‌اندیشی، ضمان درک را از آثار بیع، صحیح برشمرده است. بر همین اساس، چالش اصلی این است که مالکیت بایع (اصیل) در مراحل مختلف عقد بیع چه نقشی دارد. در پژوهش حاضر، با روش توصیفی تحلیلی و با تمسک به منابع کتابخانه‌ای، سعی شده است که پیامد عدم مالکیت فروشنده در قانون مدنی ایران و قانون بیع کالای انگلیس، بررسی و مقایسه شود. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که در قوانین مذکور، چنانچه بایع (اصیل) مالک نباشد، عقد بیع به‌خودی‌خود فاسد نیست و موجب بطلان نمی‌شود، لذا عقد ایجادشده از مصادیق عقد صحیح محسوب می‌شود اما خریدار هنوز مالک عین شخص ثالث نمی‌شود که در این مقاله از آن تحت عنوان «ضرر ذاتی» به خریدار نام برده شده است که این «ضرر ذاتی» در بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی ایران، «درک» نامیده شده است. وجه‌اشتراک هر دو قانون در این است که عقد بیع با این «ضرر ذاتی» در صورت رضایت بعدی مالک، جبران و مؤثر می‌شود. این بدان معنا است که در این فرض شخص خریدار، مالک عین متعلق به شخص ثالث می‌شود.

تاریخ دریافت:

۱۰ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۷ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۲ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

مالکیت، صحیح، ضرر ذاتی، رضایت مالک، مؤثر، فساد.

* نویسنده مسئول: حکمت اله عسکری

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.
ایمیل: askari@iaushiraz.ac.ir

۱ مقدمه

می‌پذیرند و رضایت بعدی مالک را برای نتیجه (تأثیر عقد)، کافی می‌دانند.

در پژوهش حاضر، مسأله اصلی این است که در مقررات قانون مدنی ایران و در مقررات بیع کالای انگلیس در مراحل مختلف عقد بیع، مالکیت بایع (اصیل) چه نقشی ایفا می‌کند و عدم مالکیت بایع در زمان انعقاد عقد چه پیامدی به همراه خواهد داشت. بدین منظور جستار پیش رو در چند بخش اصلی به مسأله شرطیت یا عدم شرطیت مالکیت بایع پرداخته و از رهگذر این مباحث نتیجه پژوهش ارائه خواهد شد.

۲ ضمان درک

برخی بر این نظرند که ضمان درک را می‌توان طبق مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی، تعهد و التزام بایع به رد ثمن و خساراتی که بر عهده اوست، در صورتی که مبیع مستحق للغیر درآید، تعریف کرد (شهیدی، ۱۳۸۵؛ ۱۹۱؛ بیات، ۱۳۹۲؛ ۱۹۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱؛ ۳۶۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲؛ ۴۰۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰؛ ۴۵۳؛ کرکانی و شرافت‌پیمما، ۱۳۹۸؛ ۳۵۰-۳۲۷)؛ اما در مقابل برخی دیگر معتقدند که قانون مدنی دو مبنا را در تعریف ضمان درک ارائه داده است. چراکه از یک طرف ضمان درک در ماده ۳۶۲ قانون مدنی از آثار بیع صحیح در نظر گرفته شده است و از سوی دیگر، در مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی، مقنن ضمان درک را از آثار بیع فاسد دانسته است. البته از نظر این افراد شاید علت این تعارض را این‌گونه باید برشمرد که دیدگاه فقها در این بخش از قانون مدنی لحاظ نشده است و در واقع قانون فرانسه در این مورد نقش اساسی را در تعیین ماهیت ضمان درک در قوانین ایران ایفا نموده است (باریکلو، ۱۳۹۲؛ ۳۷) که به نظر این دو دیدگاه قابل تأمل است و نظر سومی باید مطرح شود. لذا برای تبیین بهتر موضوع باید شرطیت یا عدم شرطیت مالکیت بایع در ذیل، مورد تشریح قرار گیرد تا زوایای امر روشن شود.

در عقد بیع چندین مرحله اعم از وقوع، آثار، نتیجه یا تأثیر، تسلیم و قبض وجود دارد که در مواد متعددی از قانون مدنی به آن‌ها اشاره شده است. هریک از این مراحل نیز مستلزم شرایطی است که از جمله آن‌ها می‌توان از قصد، رضا، موضوع معین که مورد معامله باشد، موجود بودن عین معین و غیره نام برد. در این پژوهش، شرطیت یا عدم شرطیت مالکیت فروشنده (اصیل) در مراحل عقد، به صورت تطبیقی میان مقررات قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۰۷ ه.ش، با مقررات بیع کالای انگلیس، مصوب ۱۹۷۹ م، مورد بررسی قرار گرفته و در نهایت وجه اشتراک و اختلاف آن‌ها از این حیث بیان شده است. بدیهی است اگر مالکیت بایع مذکور، شرط باشد و یا نباشد، آثار متفاوتی خواهد داشت. مثلاً اگر آن‌را در مرحله وقوع عقد، شرط بدانیم، در فرضی که فروشنده مذکور مالک نباشد، از عدم شرط، عدم مشروط لازم می‌آید و عقد واقع نمی‌شود و باطل است. در مقابل اگر این موضوع را شرط ندانیم و بایع مالک نباشد، عقد واقع می‌شود، اما خریدار مالک عین نمی‌شود، چون عین در مالکیت ثالثی است که در معامله دخالت نداشته است و این به ضرر خریدار خواهد بود. در این صورت باید شیوه‌ای برای جبران ضرر همراه با بقای عقد یافت.

پیشینه بحث در حقوق ایران بدین ترتیب است که حقوق‌دانان به صراحت و یا به طور ضمنی، مالکیت فروشنده (اصیل) را شرط می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۱؛ ۱۵۸؛ امامی، ۱۳۶۲؛ ۴۶۹؛ شهیدی، ۱۳۸۹؛ صص ۴۶ و ۴۷؛ عدل، ۱۳۸۹؛ ۲۴۷؛ حائری شاه باغ، ۱۳۸۷؛ ۳۸۱). بر این اساس اگر فروشنده مالک نباشد، باید عقد بیع را در هنگام ایجاب و قبول باطل دانست، چراکه دیگر امکان جبران آن در لحظه عقد وجود نخواهد داشت. در این صورت باید پیامد عقد باطل را دنبال نمود. در حقوق انگلیس حقوق‌دانان، مالکیت فروشنده (اصیل) را شرط نمی‌دانند. به عبارت دیگر در حقوق انگلیس، وقوع معامله را



۳ بررسی شرط مالکیت بایع در قانون مدنی ایران

در قانون مدنی ایران دلایل متعددی وجود دارد که قانون‌گذار مالکیت بایع (اصیل) را در هیچ مرحله‌ای، شرط ندانسته است.

عقد بیع قاعداً با ایجاب و قبول واقع می‌شود و به‌نظر می‌رسد برای مرحله وقوع معامله (بیع)، مالکیت بایع بر عین شرط نیست. چراکه ماده ۱۹۰ ق.م. در مقام بیان شرایط وقوع و صحت معاملات چنین شرطی را بیان نکرده است و در بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. نیز صرفاً به مبیع (مالاً توافق بر مبیع در ماده ۳۳۹ ق.م.) اشاره شده است. از سوی دیگر مقررات خاص عقد بیع نیز دلالتی بر شرط بودن مالکیت بایع (اصیل) ندارد، به‌عبارت دیگر قید یا شرطی در مقررات مربوط به اینکه عین مبیع مال چه کسی است، وجود ندارد. بر این اساس مطابق بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. موضوع معین که مورد معامله است در عقد بیع، مبیع نامیده می‌شود که اقسام آن در ماده ۳۵۰ قانون مدنی مورد اشاره مقنن قرار گرفته است و در زمان وقوع عقد بیع باید نسبت به یکی از اقسام آن توافق صورت گیرد.

اساساً مبیع غیر از فرد مبیع (عین) است که دارای آثار متفاوتی هستند. بنابراین به‌طریق اولی، مالکیت بر عین متفاوت از مبیع است. به‌نظر می‌رسد برای وقوع بیع، توافق بر یکی از اقسام مبیع، به‌ویژه از حیث جنس، مقدار و وصف کافی است، حتی اگر مصداق مبیع (عین خارجی) رؤیت نشود (بند ۱ ماده ۳۶۲ و ۳۳۸ ق.م.). در اینجا مبیع عین معین، صرفاً یک فرد دارد (یک عین خارجی دارد) لذا لفظ مبیع تنها بر یک فرد امکان تطبیق دارد (مفهوم مخالف ۳۵۱ و ۳۴۲ ق.م.) و ممکن است از حیث جنس، وصف و یا مقدار منطبق نباشد که هر یک آثار و تبعات خاص خود را دارا هستند. در کلی فی الذمه نیز توافق بر مبیع کافی است، حتی اگر عین مبیع

^۱ به تفاوت مبیع و عین اشاره خواهد شد.

فعلماً وجود نداشته باشد و بعداً تهیه شود چون افراد مبیع (عین) فعلماً وجود نخواهد داشت تا مالکی داشته باشد. مبیع کلی، افراد متعددی دارد، یعنی بر افراد متعدد قابل تطبیق است، لذا اصولاً تهیه بعدی و یا انتخاب مصداق (عین)، بر عهده بایع است تا او به‌طور متعارف عمل کند (۳۵۱ و ۲۷۹ ق.م.) و در این لحظه عین مذکور به خریدار تملیک می‌شود. در بحث تسلیم نیز آنچه قرار است تسلیم شود فرد مبیع (عین) است، نه مبیع توافق شده که در کلی فی الذمه این بحث آشکارتر است (۲۷۹ و ۳۵۱ ق.م.). با این حال، در مواد متعدد قانون مدنی لفظ مبیع، به‌جای عبارت «فرد مبیع» نیز به‌کار رفته است چون این موارد اغلب منطبق بر هم هستند و فرد مبیع (۳۵۱ ق.م.)، عین نیز نامیده می‌شود (۳۳۸ ق.م.). لازم به ذکر است که در قانون مدنی به پیامدهای عدم انطباق مبیع و عین از حیث مقدار، جنس و غیره اشاره شده است (۳۸۴ ق.م. و غیره).

به‌نظر می‌رسد که نمی‌توان گفت چون قانون‌گذار در عقد بیع، مالکیت بایع (اصیل) بر عین را شرط ندانسته است، پس از آن غفلت نموده است، چراکه هیأت تدوین قانون مذکور در باب ودیعه (در ماده ۶۰۹ ق.م.) مالک بودن مودع (اصیل) را شرط (اختصاصی) وقوع عقد ودیعه اعلام نموده‌اند، همین‌طور در وقف (ماده ۵۷ ق.م.)، در وصیت (ماده ۸۴۱ ق.م.) و در هبه (۷۹۷ ق.م.) نیز همین مهم مورد تأکید قرار گرفته است. لذا قانون‌گذار، با این شرط آشنا بوده است. از طرف دیگر، در عقد بیع که از عقود رایج است اگر قانون‌گذار چنین قیدی نیاورده پس ضرورت آن را احساس نکرده است و شاهد مثال آن عقد بیع با مبیع کلی فی الذمه است که به‌وضوح آن را در لحظه وقوع صحیح و نافذ دانسته است هرچند خریدار همچنان مالک عین نشده است، تا اینکه بعداً آن موارد را تهیه کند (۳۳۸ و ۲۷۹ ق.م.). همچنین در قانون مدنی طبق مقررات بیع، معاملات فضولی، واقع می‌شود (۳۵۴ ق.م.)، با اینکه موضوع

در این قسم فضولی، اگر مالک عین، بعداً اجازه دهد:

الف- مالک عین، اصیل معامله می‌شود تا ثمن معامله برای وی باشد.

ب- با اجازه (رضای) اصیل، عقد بر اصیل مذکور، نافذ می‌شود، یعنی او ملزم و ملتزم و ضامن عقدی می‌شود (۲۲۱ ق.م. و غیره).

ج- با اجازه (رضای) اصیل، وقوع عقد مذکور، صحیح می‌شود، یعنی قابلیت تأثیر (بر عین) می‌یابد.

د- در همین لحظه صحت (با قابلیت تأثیر)، خریدار مالک عین نیز می‌شود یعنی عقد مؤثر نیز می‌شود، به عبارت دیگر نتیجه عقدی در ماده ۳۳۸ ق.م. تحقق می‌یابد.

بعد از صحت مذکور، در مرحله نتیجه نیز دیگر ضرر عقدی وجود ندارد؛ چون عین در این مرحله، مستحق للغير نیست. به همین دلیل، در این قسم فضولی، درک و ضمان درک، امکان تحقق ندارد. بنابراین در مواد ۲۴۷ تا ۲۶۳ ق.م. به درک و غیره، اشاره‌ای نشده است و بدیهی است با رد مالک، معامله واقع شده، باطل می‌شود و برای رد ثمن، ماده ۲۶۳ ق.م. حاکم می‌شود.

۳،۲ عقد بیع با مبیع مستحق للغير^۱:

مطابق ماده ۳۶۲ ق.م. از آثار عقد بیع صحیح، این است که به مجرد وقوع عقد صحیح، شخص خریدار مالک مبیع می‌شود و شخص بایع نیز ضامن درک مبیع می‌شود که صحت و نافذ بودن از آن ثابت است و مطابق ماده ۶۹۷ ق.م. درک وقتی صدق می‌کند که مبیع مستحق للغير باشد (قاسم زاده و جویباری، ۱۳۹۴: ۱۰۱-۱۱۹). معنی مواد مذکور این است که خریدار هنوز مالک عین نمی‌شود، چون عین در مالکیت ثالث است، مثل بیع غاصب. در جلد اول قانون مدنی، از آن به عقد بیع با مبیع مستحق للغير نام برده شده است (ماده ۳۹۰ ق.م.).

آن مال غیر است یعنی بایع، مالک عین نیست (مواد ۳۶۲، ۳۰۴، ۲۴۷ ق.م.). پس در عقد بیع مالکیت فروشنده، شرط نیست، در غیر این صورت، عقد واقع نمی‌شد، البته اینکه بیع فضولی برای مالک قصد شود، (در فرض به نمایندگی، ماده ۲۴۷ ق.م.) و یا برای خود بایع (۳۰۴، ۳۶۲ ق.م. و غیره) مقوله بعدی است یعنی بحث تشخیص اصیل در معامله فضولی، آن را به دو قسم تبدیل می‌کند (بند ۱ ماده ۱۹۰ و ۳۶۲ ق.م.) و دو قسم یاد شده در فقه نیز مسبق به سابقه است (انصاری، ۱۳۸۹: ۳۳۳) که بدیهی است این موارد آثار متفاوتی خواهند داشت.

۳،۱ فضولی برای مالک

در فرض اینکه اگر بایع، مالک نباشد ولی از قبل، حق فروش به‌عنوان ولی یا وکیل و غیره را داشته باشد، تردیدی در وقوع، نفوذ، صحت و نیز مؤثر بودن معامله نخواهد بود، در غیر این صورت، مطابق ماده ۲۴۷ ق.م. معامله به مال غیر نافذ نیست ولی اگر مالک پس از وقوع معامله، آن را تجویز نمود، در این صورت معامله، صحیح و نافذ می‌شود (بدیهی است که چنین عقدی، می‌تواند مؤثر شود).

بیع فضولی برای مالک (با توافق بر مبیع):

- واقع می‌شود چون بایع فضولی، قصد وقوع نمود و مالکیت بایع، شرط وقوع نیست، بنابراین لازم نیست که قاصد در عقد بیع، مالک باشد.

- هنوز نافذ نیست چون نفوذ عقد بر اصیل معامله، با رضای اصیل ممکن است. در اینجا بایع نیز اصیل نیست.

- هنوز صحیح نیست (استثناء بر ۲۲۳ ق.م.) یعنی فعلاً قابلیت تأثیر ندارد، چون رضای اصیل، ابراز نشده است، لذا معامله فعلاً قابلیت تأثیر بر مال را ندارد (به‌طریق اولی، هنوز مؤثر نیست. مفهوم مخالف ماده ۲۳۱ ق.م.).



رضایت مالک عین، خریدار مالک می‌شود و در نهایت ضرر خریدار جبران می‌شود. عقد صحیح (با قابلیت تأثیر) با این وصف مؤثر نیز می‌شود. مواد ۱۱۰۰ ق.م. و نیز ۵۳ و ۱۰۶ ق.م. نیز این تحلیل را ثابت می‌کند، به نظر می‌رسد که اصل نسبی بودن قراردادها با اصل احترام به مالکیت افراد ثالث، قابل جمع است. در نتیجه اگر مالکیت بایع اصیل شرط بود، صرف رضایت مالک کافی نبود. همچنین بایع مذکور، ضامن جبران ضرر مذکور است (تا رضایت مالک عین را جلب کند). این ضمان ناشی از نقض تعهد ایجاد می‌شود.

۳،۲،۱ تعهد ذاتی

ماده ۱۸۳ ق.م. مقرر می‌دارد: «عقد عبارت است از اینکه يك يا چند نفر در مقابل يك يا چند نفر دیگر، تعهد بر امري نمایند و موردقبول آن‌ها باشد.» در نتیجه به نظر می‌رسد مقتضای ذات عقد به‌طور کلی، ایجاد تعهد است. نوع تعهد مذکور، بستگی به نوع عقد (بیع، اجاره و غیره) دارد. ماده ۳۳۸ ق.م. اشعار می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». بنابراین به نظر می‌رسد در عقد بیع، ایجاد تعهد بر اساس ماده ۱۸۳ ق.م. باید در راستای تملیک عین مذکور باشد. در اینجا، لفظ عین، اطلاق دارد، لذا عین می‌تواند مال خود بایع و نیز مال ثالث (تحت شرایطی) باشد.

در قانون مدنی تشخیص نوع تعهدی که برای بایع (اصیل) (غیرمالک)، وجود دارد از جمله مباحث مهمی است که مورد تأکید مؤکد مقنن واقع شده است و همچنین نقض این تعهد ذاتی و متعاقب آن ضرر وارده به خریدار نیز دارای اهمیت است. بر اساس بند ۲ ماده ۱۴۰ ق.م. عقد و تعهد (با توجه به ذات خود)، می‌توانند از اسباب تملک باشند. به نظر می‌رسد، در این موارد، عقد سبب تملیک است،

این قسم در قانون مدنی مقررات خاص خودش را دارد که (مواد ۳۰۴، ۳۹۰، ۳۶۲ ق.م. و مواد ۳۲۳ تا ۳۲۷ ق.م. و نیز ۷۰۸، ۶۹۷، ۸۲۰، ۸۱۷، ۳۷۹ ق.م.) مؤید این مهم است.

در این عقد، عقد بیع فضولی برای خود بایع قصد می‌شود تا خود، در جایگاه اصیل معامله باشد و ثمن معامله را برای خود قبض نماید. در معامله، نقش قصد، بیشتر از مالکیت مال است (مواد ۱۹۶، ۱۹۷ و ۲۵۶ و به‌ویژه ۱۱۰۰ ق.م.)، بنابراین چنین عقدی (قبل از اراده مالک):

- واقع می‌شود چون به استناد ماده ۲۴۷ ق.م. مالکیت بایع، شرط وقوع آن نیست.

- نافذ است چون خود بایع، اصیل است و رضای اصیل به معامله، اعلام شد.

- محمول بر صحت است، یعنی قابلیت تأثیر دارد، چون رضای اصیل به معامله، اعلام شد. مطابق ماده ۲۲۳ ق.م. هر معامله که واقع شده باشد، محمول بر صحت است (مگر فساد آن معلوم شود) مضافاً وقوع چنین عقدی نه‌تنها از صحت مندرج در ماده ۲۲۳ ق.م. استثناء نشده است، بلکه در مواد ۳۶۲ ق.م. (و نیز مواد ۳۹۰ و ۷۰۸ و ۳۷۹ ق.م.) به صحت آن تصریح و اشاره شده است.

- با وجود این، هنوز عین ثالث به مالکیت خریدار در نمی‌آید (مواد ۲۳۱ و ۳۳۸ ق.م.)، یعنی عقد هنوز مؤثر نیست^۲ چون عین در مالکیت ثالث است که هنوز رضایت نداده تا مال از مالکیت وی خارج شود. بدیهی است که این امر هنوز موجب ضرر به مشتری است.

آنچه مهم است این است که چنین ضرر ذاتی (درک) در عقد صحیح، خودبه‌خود افاده فساد نمی‌کند. قانوناً ضرر مذکور، قابل تدارک و جبران است (مواد ۳۶۲، ۳۹۰/۲ و ۳۳۸ ق.م.). یعنی با

^۲ عقد بیع با مبیع کلی فی الذمه (۲۷۹ ق.م.) و نیز عقد بیع معلق (با تعلیق در تأثیر-۱۸۹ ق.م.) نیز عقود هستند که «صحیح» (با قابلیت تأثیر) هستند اما هنوز نتیجه ندارند یعنی هنوز «مؤثر» نیستند تا بعد از تعیین فرد مبیع و یا تا حصول معلق علیه نتیجه دهند.

مالک است. قانون‌گذار به همین اندازه اکتفا نموده است چراکه امکان اجرای تعهد با بقای عقد وجود دارد. بدیهی است مالکیت با بیع متفاوت از رضایت مالک است و در اینجا رضایت مالک کافی است تا تملیک عین تحقق یابد.

بیع (اصیل)، اساساً ضامن اجرای تعهد ذاتی اخیر^۱ است تا ضرر را در عقد بیع صحیح (با قابلیت تأثیر)، جبران نماید و همچنین ملزم است تا رضایت مالک عین را کسب کند تا عین از مالکیت مالک، خارج و به مشتری تملیک شود که اصل رعایت احترام به مالکیت افراد ایجاد می‌نماید. به استناد ماده ۲۲۱ ق.م. ضرر و نیز ضمان با بقای عقد صحیح (با قابلیت تأثیر)، قابل جمع است.

۳،۲،۳ عکس‌العمل مالک:

اگر مالک عین رضایت دهد، در این صورت، مقتضای ذات عقد بیع (تملیک عین به مشتری در ماده ۳۳۸ ق.م) تحقق می‌یابد؛ یعنی عقد بیع صحیح طرفین (با قابلیت تأثیر)، در این حالت نسبت به عین ثالث هم مؤثر می‌شود. یعنی ضرر ذاتی خریدار جبران می‌شود (مستنبط از مواد ۲۳۱ و ۱۱۰۰ ق.م و ۳۶۲ و ۳۹۰ و ملاک ۱۰۶ و ۵۳ ق.م). لذا اگر مالکیت با بیع (اصیل)، شرط بود مواد اخیرالذکر قابل تحلیل نبود.

قانون مذکور به بیع (اصیل) با بقای عقد صحیح (با قابلیت تأثیر)، فرصت کافی جهت اجرای تعهد (اخذ رضایت مالک عین) داده است به طوری که در همین فرصت مناسب (ملاک ۲۵۲ ق.م) هنوز مشتری متضرر، حق فسخ معامله را ندارد. در اینجا اجرای اصل تعهد مذکور با بقای عقد صحیح مورد نظر قانون‌گذار است. شایان ذکر است که شیوه دیگری در راستای جبران ضرر ذاتی با بقای عقد صحیح، به ذهن متبادر نمی‌شود.

را خواهد داد. به‌عنوان ضمانت اجرای فرعی، سایر طرق جبران هم پذیرفته شده است و در مواردی متعهدله می‌تواند درخواست جبران خسارت کند و اجرای عین تعهد را نخواهد ولی این استثناء است. (صفایی دکتر سید حسین و همکاران. منبع پیشین. ص ۱۳۰ و ۱۳۵)

لیکن اجرای تعهد، شرط تملیک می باشد که شناسائی آن، بسیار مهم است.

۳،۲،۲ نقض تعهد ذاتی و پیامد آن

در عقد بیع با مبیع مستحق للغير، به‌نظر می‌رسد تعهد ذاتی با بیع این است که اگر مالک عین نیست، لااقل رضایت مالک را جلب کند؛ بدیهی است در صورت تخلف و نقض آن، خریدار مالک عین نمی‌شود و بدین گونه ضرر ذاتی خریدار تحقق می‌یابد، چون خریدار فرد ثمن را پرداخت کرده است، اما هنوز مالک عین (فرد مبیع) نشده است. به لحاظ اینکه مستحق للغير است، اما چون عقد مذکور، صحیح (با قابلیت تأثیر) است، لذا هنوز قابلیت تملیک عین به خریدار وجود دارد. به‌ویژه اینکه در قانون مدنی، زمان تملیک عین، جزء مقتضای ذات بیع اعلام نشده است (ماده ۳۳۸ ق.م). تملیک عین ممکن است در یک ظرف زمانی اتفاق افتد که احتمال دارد فوری و هم‌زمان با مالکیت مبیع (ماده ۳۶۲ ق.م) باشد و ممکن است با تأخیر تحقق یابد. مثلاً

- در عقد بیع با مبیع کلی فی الذمه. م. ۲۷۹ ق.م.
- در عقد بیع معلق (با تعلیق در تأثیر). م. ۱۹۸ ق.م.
- در عقد بیع با مبیع مستحق للغير. م ۳۶۲ و ۳۹۰ ق.م.

در عقد بیع، نمی‌توان گفت که بیع تعهد ضمنی دارد که مال خود را بفروشد یا مال غیر را بفروشد؛ چون در صورت تخلف دیگر اصل تعهد قابل اجرا نخواهد بود. در نتیجه با توجه به ماده ۱۸۳ قانون مدنی به‌نظر می‌رسد تعهد ذاتی با بیع به اخذ رضایت

^۱ نظام رومی-ژرمنی، اجرای عین قرارداد را به‌عنوان اصل و مهم ترین ضمانت اجرای تعهد قراردادی پذیرفته است و این قاعده ترجمان اصل معروف حقوق رم "Pacta sunt servanda" است یعنی اجرای تعهد، الزام آور است و متعهد له می‌تواند الزام متعهد به اجرای تعهد را بخواهد و قاضی هم به درخواست متعهدله، حکم به الزام متعهد به اجرای عین قرارداد



در ماده ۲۱ قانون مذکور، به فروش توسط غیرمالک^۷ اهره شده است. در اینجا انتقال مالکیت نسبت به کالا یک چالش است، لذا خریدار هنوز مالک کالا نمی‌شود و این امر می‌تواند یک ضرر ذاتی به خریدار باشد که البته قابل جبران است.

علاوه بر آن، ظاهراً زمان انتقال حق دارای سند و نیز زمان انتقال مالکیت نسبت به کالا، ممکن است متفاوت باشد. انتقال حق دارای سند متفاوت از انتقال مالکیت است. منظور از مالکیت در انتقال مالکیت در ماده ۶۱، مالکیت کلی نسبت به کالا و نه صرف مالکیت خاص است (Atiyah, 2001: 112). منظور از حق دارای سند، مجموعه‌ای از حقوق قانونی (از مالکیت، تصرف، نگهداری و حفاظت) است که به وسیله یک سند قانونی (مثل بارنامه، گواهی حقوق یا سند مالکیت)، ثابت می‌شود. چنین حقوقی به دارنده‌اش اختیار می‌دهد که بر اموال مورد نظر کنترل کند و به آن سروسامان بدهد و به عنوان ارتباط بین دارنده حق مذکور و مال مذکور عمل کند (BusinessDictionary.com). بند ۱ ماده ۲ قانون یاد شده در مورد انتقال مالکیت بین فروشنده و خریدار سخن می‌گوید و این امر با انتقال «حق دارای سند» متفاوت است. نوعی نگاه محققانه در خصوص این واژگان وجود دارد، تنها این واقعیت که «مالکیت» کالا به خریدار منتقل شده است، به خریدار در قبال کل دنیا «حق دارای سند» اعطاء نمی‌کند و همچنین به او حق تصرف علیه فروشنده اعطاء نمی‌کند. حق خریدار در تصرف (کالا) بستگی به پرداخت ثمن (و یا دادن اعتبار) دارد و نه به صرف انتقال «مالکیت» (Atiyah, 2001:315). بند ۱ ماده ۲ قانون بیع کالای ۱۹۷۹ انگلیس در تعریف قرارداد فروش، مقرر می‌دارد، قرارداد فروش کالا، قراردادی است که به موجب آن، در قبال عوض مالی که ثمن نامیده می‌شود:

در این بین، اگر مالک عین سکوت کند، یعنی نسبت به معامله مذکور نه رضایت دهد و نه رد کند، به عبارت دیگر اخذ رضایت مالک (با سکوت) طولانی ممکن نشود، این ضرر ذاتی به مشتری هنوز ادامه دارد (مستنبط از ماده ۲۵۲ ق.م). مشتری (چه عالم و چه جاهل) در این زمان می‌تواند با فسخ عقد بیع صحیح (که قابلیت تأثیر را داشته)، فرد ثمن را مسترد کند تا از خود دفع ضرر کند و از بلاتکلیفی نیز خارج شود. بدیهی است اگر مالک رد کند، عقد بیع صحیح (با قابلیت تأثیر) فساد آن معلوم می‌شود که دلایل قانونی آن، مواد ۳۹۱ و ۲۲۳ و ۳۶۵ ق.م. است، به عبارت دیگر، قابلیت تأثیر دیگر از بین رفته است.

۴ واکاوی شرط مالکیت یا عدم مالکیت در قانون بیع کالای انگلیس

ماده ۵ قانون بیع کالای ۱۹۷۹ انگلیس^۱، تحت عنوان موضوع قرارداد^۲، مقرر می‌دارد، کالایی^۳ که مصداق موضوع اصلی قرارداد فروش است، ممکن است کالای موجود و تحت تملک یا تصرف فروشنده باشد و یا ممکن است کالایی باشد که قرار است در آینده تولید شود که در این قانون کالای آینده نامیده می‌شود و ممکن است کالایی باشد که بعد از وقوع قرارداد به وسیله فروشنده تحویل شود. از این رو ممکن است فروشنده، مالک کالا نباشد و یا اساساً کالا هنوز موجود نباشد تا مالک داشته باشد. در قانون مذکور، وقوع یا تشکیل قرارداد با ایجاب و قبول (با توافق بر موضوع) است و در مورد آثار قرارداد:^۴

- ابتدا (در ماده ۱۶ به بعد) به انتقال مالکیت کالا بین فروشنده و خریدار^۵ اشاره شده است.

- سپس به دومین اثر قرارداد، یعنی به انتقال حق دارای سند^۶ اشاره شده است که در این قلمرو

⁵ Transfer Of Property as Between Saller And Buyer

⁶ Transfer Of title

⁷ Sale by person not the owner

¹ Sale of Goods Act 1979

² the subject of a contract

³ goods

⁴ Effects Of The Contract

را فسخ کند تا بدین وسیله ضرر ذاتی را از خود دفع کند و ثمن پرداختی را مسترد دارد (بند ۳ ماده ۱۱ قانون مذکور).

مطابق بند ۱ ماده ۲۱ قانون بیع کالا ۱۹۷۹، وقتی که کالایی توسط غیرمالک فروخته شود و بدون اذن یا اجازه مالک باشد، خریدار دارای سند، حقی بهتر از فروشنده نسبت به کالا به دست نمی‌آورد. مگر اینکه مالک کالا با میل خود، مانع از انکار اختیار فروشنده در فروش شود، یعنی مگر اینکه مالک کالا، اختیار فروشنده را منکر نشود که در دکتترین استوپل^۳ (مانع رد) معروف، توضیح آن خواهد آمد.

مطابق بند ۲ ماده ۲۱ مذکور، هیچ‌چیز در این قانون موارد ذیل را تحت‌الشعاع قرار نمی‌دهد:

الف- مقررات قوانین عامل یا هر مصوبه که مالک ظاهری کالا را قادر می‌سازد تا به آن (کالا) دسترسی داشته باشد. گویی که او (مالک ظاهری)، مالک واقعی آن‌ها است (که در این صورت تحت‌تأثیر این قانون نیست).

ب- مطابق ماده ۲۳ قانون مذکور، وقتی که فروشنده کالا، حق دارای سند قابل ابطالی^۴ (نسبت به کالا) دارد، اما در لحظه فروش هنوز باطل نشده است، خریدار حق مذکور نسبت به کالا را تحصیل می‌کند. مشروط بر اینکه او (خریدار) کالا را بر اساس حسن نیت و بدون اطلاع از نقص حق مذکور فروشنده^۵ بخرد، لذا به نظر می‌رسد علم و جهل نقش دارد.

۴،۲ بررسی حق فروش فروشنده غیرمالک

ممکن است شخص (ب) که مالک کالا نیست، کالا را به‌عنوان «اصیل»^۶ به (ج) بفروشد، نه به‌عنوان

- فروشنده، مالکیت کالایی را به خریدار منتقل می‌کند که طبق بند ۴ آن، قرارداد مذکور، فروش نامیده می‌شود.

- فروشنده موافقت می‌کند که مالکیت کالایی را منتقل کند که بر طبق بند ۵ آن، انتقال مالکیت کالا به آینده موکول می‌شود و یا منوط به اجرای شرط خاص و اساسی^۱ ضمن عقد می‌شود که قرارداد مذکور، توافق در فروش نامیده می‌شود. بر اساس بند ۶ آن، با گذشت زمان مذکور و یا با اجرای شرط مذکور که انتقال مالکیت کالا به خریدار منوط به آن است، توافق در فروش به فروش تبدیل می‌شود.

۴،۱ مالک کالا نبودن فروشنده

به نظر می‌رسد قرارداد فروش (اگرچه توافق در فروش) چه برای مالک کالا قصد شود (به نمایندگی) و چه برای خود فروشنده، قانون بیع کالا ۱۹۷۹ وقوع آن را پذیرفته است. نتیجه اینکه قانون مذکور مالکیت فروشنده را شرط وقوع ندانسته است. مضافاً در بند ۱ ماده ۲ قانون بیع کالا، در تعریف فروش از «انتقال مالکیت کالا» سخن گفته شده است و لفظ کالا اطلاق دارد، یعنی می‌تواند شامل کالای ثالث هم بشود (البته به‌طوری که خواهد آمد وقتی که مالک کالا، بعداً متقاعد شود)، در نتیجه وقوع قرارداد ملازمه با انتقال هم‌زمان مالکیت کالا به خریدار ندارد. نظر به اینکه طبق بند (۱) ماده ۱۲ در هر قرارداد فروش، یک شرط خاص و اساسی ضمنی وجود دارد که بایع حق فروش دارد، لذا چنانچه ثابت شود که چنین حقی نداشته است درواقع شرط مذکور نقض شده است؛ در نتیجه هنوز مالکیت کالا به خریدار منتقل نمی‌شود. در این صورت، ممکن است خریدار، شرط مذکور را شرط فرعی^۲ تلقی نکند یعنی ممکن است او قرارداد فروش

20 Romalpa
برای مشاهده رأی در دعوی Romalpa و نیز اطلاع از نظریات حقوقدانان انگلیسی درمورد ماهیت قرارداد با شرط مذکور (Reservation of Title Clauses) رجوع کنید. به (عسکری، ۱۳۹۰: ۱۷)

21 nemo dat Quod non habe t

13 Condition

2 warranty

3 the doctrine of estoppel

16 avoidable title

17 the seller's defect of title

18 principal

20 agent



ب- موردی که مالک با قصور و اهمال خود طوری عمل کند که به فروشنده اجازه دهد که به نظر برسد که فروشنده، مالک است و یا مجوز فروش دارد که چنین «اعمالی» مانع مالک از رد بعدی می‌شوند (Atiyah, 2001: 383-375). قاعده سابق‌الذکر در مقایسه با ماده ۲۱ قانون بیع کالای انگلیس، کاربرد بیشتری دارد.

از دیدگاه شخصی که درصدد حمایت در برابر شخص مالک است، شاید ذکر این نکته حائز اهمیت باشد که او پرونده خود را تحت قلمرو یک استثناء بر قاعده مذکور درآورد. اولین مورد استثنائی که توسط دکترین سابق‌الذکر (مانع رد) مطرح شده است، در عبارت پایانی بند ۱ ماده ۲۱ قانون مذکور نمود دارد. تمام هدف دکترین مذکور این است که خواهان (مالک) را از انکار (قصد واقعی) منع کند (Atiyah, 2001: 384). به نظر می‌رسد وقتی فروشنده (اصیل)، مالک کالا نیست و صراحتاً حق فروش ندارد، اگر مشمول دکترین استوپل شود، یعنی نه تنها قرارداد واقع می‌شود بلکه اثر دارد. یعنی حق دارای سند منتقل می‌شود و به تبع آن مالکیت کالا نیز منتقل می‌شود، در نتیجه ضرری برای خریدار ایجاد نمی‌کند.

۴٫۴ عدم مشمول بودن دکترین استوپل و نقض شرط خاص و اساسی

در صورتی که فروشنده غیرمالک مشمول دکترین استوپل نباشد چون شرط خاص و اساسی را نقض نموده است ضمانت اجرای حقوقی بر عهده او خواهد بود.

در چنین مواردی، قانون بیع کالای ۱۹۷۹ وقوع قرارداد فروش را پذیرفته است. به نظر می‌رسد که انتقال مالکیت کالا به خریدار، دچار چالش است. یعنی خریدار، هنوز مالک کالا نمی‌شود و نوعی فاصله بین وقوع قرارداد تا انتقال مالکیت کالا ایجاد می‌شود که ضرر به خریدار است. مثلاً اگر سارق ماشینی سرقت کند و آن را به یک دلال ماشین

نمایند^۱، لذا الف (مالک)، طرف قرارداد فروش بین ب و ج نیست (Atiyah, 2001: 385). در چند دهه اخیر، در سیستم نظام‌های بزرگ حقوقی و از جمله حقوق انگلیس از سال ۱۹۷۶ با صدور رأی مشهور به «رمالپا»^۲ که مهم‌ترین رأی قرن بیستم کامن‌لا شناخته شد، استفاده از مکانیزم شرط حفظ مالکیت رواج پیدا کرد، با این توضیح که در عقد بیع شرط می‌شود تا وقتی که خریدار ثمن را نپرداخته باشد، مالک کالا نشود. بنابراین وقتی فروشنده مالک نباشد ولی حق فروش داشته باشد اگر اقدام به فروش کند (مثل نظیر مورد)، خریدار مالک کالا می‌شود بنابراین ضرری به خریدار وارد نمی‌شود.

۴٫۳ واکاوی دکترین استوپل در صورت نداشتن حق فروش فروشنده غیرمالک

ماده ۲۱ قانون بیع کالای ۱۹۷۹ انگلیس ناظر به فروش کالا توسط غیرمالک است. بخش اول ماده مذکور یعنی بخش منفی آن اشعار می‌دارد، شخص غیرمالک نمی‌تواند حقی را منتقل کند. بخش مذکور، از این قاعده لاتین الهام گرفته است که معطی شیء نمی‌تواند خود فاقد شیء باشد^۳. بخش دوم ماده مقرر می‌دارد «... مگر اینکه مالک کالا به واسطه اعمال (رفتار و کردار) خود از انکار اختیار فروش فروشنده منع شود» (مالک نتواند اختیار فروش فروشنده را انکار کند). این بخش مثبت، شخص غیرمالک را قادر می‌سازد حق دارای سند را منتقل کند. هرچند به نظر می‌رسد تنها بازگویی دکترین مذکور از کامن‌لا باشد.

بر اساس دکترین مذکور، دو مورد مجزا وجود دارد که مالک از رد بعدی منع می‌شود:

الف- موردی که مالک با کلام و یا کردار خود به خریدار نشان می‌دهد که فروشنده، مالک واقعی است و یا اینکه مجوز مالک را در فروش دارد که چنین اظهاری مانع مالک از رد بعدی می‌شود.

³ Nemo dat quod non habet

به بیان دیگر به صرف نقض قرارداد، حق فسخ ایجاد نمی‌شود مگر مثلاً شرط خاص و اساسی نقض شود (Atiyah, 2001:114).

به نظر می‌رسد، در قانون مذکور، برای خریدار، حق فسخ قرارداد ایجاد شده است، چراکه فروشنده شرط خاص و اساسی سابق‌الذکر را نقض نمود. حق فسخ مذکور، مؤید این مهم است که قرارداد (با توافق بر موضوع) واقع شده بود، لذا خریدار که هنوز مالک کالا نشده است بدون فوت کمترین زمان، حق فسخ قرارداد فروش را دارد. قانون‌گذار فرصت قانونی مناسب به فروشنده مذکور نداده است تا آن را جبران کند.

در پرونده رولند به طرفیت دیوال^۱ شخص الف ماشین معین را به مبلغ ۳۳۴ یورو به شخص ب فروخت. خریدار با حسن نیت بوده است، ایشان آن را به مبلغ ۴۰۰ یورو به شخص ج فروخت. شخص اخیر ۴ ماه استفاده نمود که بعداً مطلع شد که ماشین متعلق به شخص ب (متصرف قبلی) نبوده و شخص الف نیز حق دارای سند نداشته است. وقتی مالک اصلی ماشین اقامه دعوی کرد (ماشین را تحویل گرفت) شخص ب ۴۰۰ یورو دریافتی شخص ج را به او بازگرداند، اما برای استرداد ۳۳۴ یورو (به طرفیت الف) اقامه دعوی کرد. دادگاه استیناف اقدام به صدور رأی نمود که خریدار (ب) مستحق کل ثمن ۳۳۴ یورو که (به الف) پرداخت نموده، است و در قبال منافع چهار ماه استفاده از ماشین شخص الف مستحق هیچ حقی نیست، چراکه مالک نبوده است. به نظر قاضی پرونده آتین ال جی^۲ خریدار، مالکیت ماشین و حق تصرف آن را به دست نیارود و بدین ترتیب نقض کامل آن اتفاق افتاد. به عبارتی آنچه را که قانون به طور خاص داشتن آن را شرط دانسته یعنی حق فروش کالا را دارا نبوده است (Atiyah, 2001: 114-115).

به نظر می‌رسد در قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹، حکمی مبنی بر اینکه مالک کالا (ثالث) بتواند قرارداد

بفروشد و ایشان هم مجدداً آن را بفروشد، در این مورد عبارت تحت‌اللفظی ماده ۹ قانون مذکور ممکن است نشانگر آن باشد که در چنین شرایطی از خریدار دوم حمایت می‌کند. به این دلیل که خریدار اول شخصی است که کالا را خریده و یا توافق به خرید آن کرده است و اینکه فروش به وسیله او (به خریدار دوم)، همان آثاری را دارد که گویی قرارداد به وسیله یک نماینده تجاری (متصرف کالا) با رضایت مالک واقع شده است، لیکن این نوع خوانش تحت‌اللفظی ماده مذکور توسط مجلس اعیان انگلیس، در جریان پرونده‌ای رد شد (Atiyah, 2001: 410).

بسیاری از پرونده‌ها نیز وجود دارد که در جریان آن‌ها فردی که مالک کالا نیست بدون اذن مالک آن را می‌فروشد، در این صورت، به موجب قانون بیع کالا و سایر قوانین دیگر می‌تواند حق دارای سند را به خریدار منتقل کند. به عنوان مثال، حق دارای سند که در اجاره به شرط تملیک به دست آمده، در حالی که شخص مالک ماشین نبوده است. در این صورت خریدار، مالکیت ماشین را به دست نمی‌آورد. در چنین مواردی شرط خاص و اساسی در بند ۱ ماده ۱۲ قانون موصوف نقض شده است (Atiyah, 2001: 112)). در قانون مذکور شرط موصوف این است که فروشنده حق فروش داشته باشد، اگرچه مالک کالا نباشد.

۴٫۵ ضمانت اجرای نقض شرط خاص و اساسی (با توجه به عکس‌العمل مالک):

مطابق بند ۳ ماده ۱۱ قانون بیع کالا ۱۹۷۹ نقض قرارداد، اصولاً حق مطالبه خسارت ایجاد می‌کند. اما چنانچه شرط خاص و اساسی نقض شود و شرط فرعی تلقی نشود، در این صورت فسخ قرارداد ممکن خواهد بود، لذا فسخ جنبه استثنائی دارد. به عبارتی ضمانت اجرای اولیه، همان مطالبه خسارت است، لیکن ضمانت اجرای استثنائی حق فسخ است.

23 [Atkin LJ](#)

¹ Rowland v Divall



شرطی در قرارداد فروش کالا است که تا زمانی که خریدار برخی تعهدات (معمولاً پرداخت قیمت خرید) را انجام دهد، مالکیت کالا در اختیار فروشنده باقی می‌ماند. در این خصوص رأی دادگاه استیناف بریتانیا در پرونده کاتریپلار،^۵ آثار تناقضات یک شرط حفظ مالکیت را که با حق خریدار برای استفاده یا فروش فرعی واجد شرایط است، آشکار می‌کند (Pathak, 2019: 2).

هدف اصلی بندهای شرط حفظ مالکیت این است که اطمینان حاصل شود که در جایی که کالا به صورت اعتباری عرضه می‌شود، اگر خریدار متعاقباً ورشکست شود، فروشنده می‌تواند کالا را مجدداً در اختیار بگیرد. این بندها اغلب به عنوان گسترش طبیعی اقتصاد اعتباری در نظر گرفته می‌شوند. در واقع در جایی که از تأمین‌کنندگان انتظار می‌رود کالاها را به صورت اعتباری بفروشند این انتظار منطقی وجود دارد که در صورت عدم پرداخت پول، بتوانند کالا را مجدداً در اختیار بگیرند (Lista, 2016: 157-159). با وجود این، در تعدادی از حوزه‌های قضایی، رژیم‌های ورشکستگی یا رژیم‌های ترتیبات اعتباری از اجرای مفاد حفظ مالکیت در مواردی که انجام این کار مدیریت رژیم را بر هم می‌زند، جلوگیری می‌کند.^۶

در حقوق انگلیس تحویل، انتقال خطر یا مالکیت را ایجاد نمی‌کند. مگر اینکه کالاهای عمومی قبل یا در حین تحویل واگذار شده باشند. در CISG موضوع

باید حق فروش مجدد یا استفاده از محصولات را در روال عادی تجارت داشته باشد و عواید حاصل از فروش را به فروشنده حساب کند.^۷ ظرف یک هفته پس از تصمیم دادگاه استیناف هولت برای جلوگیری از ادعای کاتریپلار برای ژنراتورهایی که با شرط حفظ مالکیت فروخته بود، دادگاه عالی یک بند حفظ عنوان را به نفع فروشنده تأیید کرد. این امر بر دشواری‌های بندهای حفظ عنوان، قانون عوامل و قانون فروش کالا تأکید می‌کند و در نهایت می‌تواند به نفع آن‌ها (در ترکیب) باشد.^۸ به عنوان مثال، در بریتانیا، جایی که حکم مدیریت در مورد یک شرکت صادر می‌شود، بخش ۱۱ قانون ورشکستگی ۱۹۸۶ از بازپس‌گیری کالاها بدون اجازه دادگاه جلوگیری می‌کند.

طرفین (که قاعده نسبی بودن بر آن حاکم است) را با رد خود منحل کند (قبل از فسخ) اعلام نشده است، لذا باید قائل به بقای آن تا فسخ خریدار بود. اینکه بتوان رد مالک (ثالث) را موجب انتفاء یا عقیم شدن^۱ قرارداد اعلام نمود، به‌ویژه اینکه انتقال مالکیت کالا از اراده فروشنده (غیرمالک) خارج می‌شود، قابل تأمل است.

۴٫۶ متقاعدشدن مالک کالا؛

یک قرارداد فروش کالا می‌تواند به‌طور کامل و به‌خوبی به‌وسیله فروشنده‌ای که مالک نیست و هرگز حق دارای سند در هیچ زمانی نداشته است، وقتی که مالک در انتقال آن به‌طور مستقیم به خریدار ترغیب شود، اجرا گردد.^۲ (Atiyah, p.113). به‌نظر می‌رسد که اگر مالک متعاقباً متقاعد شود، قبل از اینکه خریدار فسخ کند، در این صورت انتقال مالکیت کالا به خریدار تحقق می‌یابد لذا ضرر ذاتی خریدار جبران می‌شود، یعنی خریدار مالک کالا می‌شود.

۴٫۷ شرط حفظ مالکیت

معمولاً شرایط قراردادهای فروش تجاری کالا دارای «شرط حفظ مالکیت»^۳ است که تا زمان پرداخت کامل فروشنده از انتقال مالکیت جلوگیری می‌کند (عسکری، ۱۳۹۰: ۱۶۷). در واقع فروشنده بدون پرداخت حق مالکیت مجدد کالا را از خریدار می‌گیرد. شرط حفظ مالکیت (که در برخی از حوزه‌های قضایی بند رومالپا^۴ نیز نامیده می‌شود)

24 Frustration

² karlshamns olje Fabriker v Eastport Navigation crop(1982) 1 ALL ER 208,215.Per mustill J

³ Title retention clause

⁴ Romalpa

^۵ در ۱۷ اکتبر ۲۰۱۳، دادگاه استیناف در مورد یک درخواست تجدیدنظر از تصمیم J Popplewell که در مورد ادعای تقریبی ۱۲ میلیون دلار آمریکا به‌عنوان قیمت ژنراتورها و قطعات یدکی فروخته شده به مدعی، حکم اجمالی به شاکی (کاتریپلار) در اتهام هولت، صادر کرد. شرایط و ضوابط استاندارد کاتریپلار حاوی یک بند حفظ عنوان بود که مقرر می‌کرد: "... تا زمانی که فروشنده وجه کالا را به‌طور کامل دریافت نکند... عنوان به خریدار منتقل نمی‌شود... قبل از انتقال عنوان، خریدار

(ضرر ذاتی) است تا او اصل تعهد مذکور را انجام دهد یعنی رضایت مالک را جلب کند و بدین ترتیب ضرر ذاتی خریدار جبران می‌شود. رضایت مالک عین، شرط تأثیر عقد بیع است. ماده ۱۱۰۰ ق.م. و ۵۳ و ۱۰۶ ق.م. نیز مؤید آن است. به نظر می‌رسد این ضمان در عقد صحیح، نوعی نفوذ عقدی بر بایع است. در قانون انگلیس نیز با رضایت مالک، انتقال مالکیت کالا به خریدار تحقق می‌یابد، اما قانون‌گذار انگلیس هیچ‌کس را ضامن متقاعد کردن مالک و جبران ضرر مذکور اعلام نکرده است، یعنی هیچ‌کس قانوناً ضامن جبران چنین ضرری (ذاتی) با بقای قرارداد اعلام نشده است. به عبارت دیگر به هر شکلی که مالک متقاعد شود کفایت می‌کند. در این صورت تعریف فروش تحقق می‌یابد. بدیهی است که رضایت مالک، متفاوت از مالکیت فروشنده است، بنابراین در چنین عقدی، رضایت مالک در مرحله تحقق نتیجه نقش دارد و نه برای مرحله صحت در معامله فصولی مندرج در ماده ۲۴۷ قانون مدنی. لذا به نظر می‌رسد که در قانون مدنی ایران، عقد بیع با مبیع مستحق للغير متفاوت از معامله فصولی ماده ۲۴۷ ق.م. است. در قانون ایران در صورت تخلف و تأخیر (در جلب رضایت مالک)، مشتری به استناد وحدت ملاک ماده ۲۵۲ ق.م. حق فسخ عقد را خواهد داشت که به نظر می‌رسد این حق فسخ در مرحله نتیجه، متفاوت از خيارات فسخ در ماده ۳۹۶ ق.م. است. این در حالی است که در قانون بیع کالای انگلیس به مجرد نقض شرط مذکور، برای خریدار حق فسخ نیز ایجاد می‌شود. از این رو مقنن قانون مدنی ایران با ژرف‌اندیشی مناسبی مقررات غنی‌تری را نسبت به قانون بیع کالای انگلیس بیان نموده است و بایع را ضامن جبران ضرر ذاتی در عقد بیع مذکور اعلام نموده است. پیشنهاد می‌شود مقنن در قانون مدنی ایران صراحتاً اشعار دارد که «لازم نیست بایع مالک عین باشد، رضایت مالک برای تملیک عین کافی است» و بدین گونه سوءبرداشت موجود از قانون مدنی برطرف خواهد شد.

انتقال مالکیت به قانون ملی ارجاع شده است. همان‌طور که بیان شد در قانون انگلیس، اگر فروشنده مالک کالا نباشد، خریدار به‌طورکلی نمی‌تواند مالکیت خود را به دست آورد، اما می‌تواند به دلیل نقض شرط ضمنی درمورد مالکیت شکایت کند. این امر مشمول استثنائات متعدد در شرایط کاملاً تعریف‌شده است.

۵ نتیجه‌گیری

با بررسی‌های صورت گرفته، به نظر می‌رسد در قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۰۷ ه.ش. و همچنین قانون بیع کالای انگلیس مصوب ۱۹۷۹ م (مؤخر)، در عقد بیع، مالکیت فروشنده (اصیل) در هیچ مرحله از مراحل عقد، شرط آن نیست، لذا عقد بیع با مبیع مستحق للغير واقع می‌شود. چنین عقدی نافذ بر طرفین (اصیل) و نیز صحیح (با قابلیت تأثیر) است (مواد ۳۷۹، ۷۰۸، ۳۶۲ و ۳۹۰ قانون مدنی). اگرچه هنوز خریدار مالک عین (کالا) نمی‌شود و این ضرری به خریدار است که در این مقاله از آن تحت‌عنوان ضرر ذاتی تعبیر شده است که در بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی چنین ضرری، درک نامیده شده است. این ضرر ذاتی (درک) خودبه‌خود افاده فساد نمی‌کند. در قانون مدنی ایران، در چنین عقدی، بایع (اصیل) که مالک آن است بر اساس ماده ۱۸۳ قانون مدنی دارای تعهد ذاتی است تا رضایت مالک را اخذ کند و عقد موثر شود و اگر چنین امری تحقق نیابد درواقع او تعهد ذاتی مذکور را نقض نموده است. در نتیجه خریدار مالک عین نمی‌شود که این امر به ضرر خریدار است، لیکن در قانون بیع کالای انگلیس، فروشنده که حق فروش ندارد و مشمول دکتترین استوپل نباشد شرط خاص و اساسی (حق فروش) در بند یک ماده ۱۲ قانون مذکور را نقض نموده و به خریدار ضرر وارد می‌شود.

ضمانت اجرای تخلف از تعهد ذاتی در قانون مدنی ایران این است که بایع (اصیل)، به حکم بند ۲ ماده ۳۶۲ و ۳۹۰ و ۲۲۱ قانون یاد شده، ضامن درک



References:

- Adl, M. (2010), *Civil Rights*, Tehran: Khorsandi Publications.
- Ansari, Sh.M. (2010), *Al-Makaseb: Vol.1&2*, Tehran: Khorsandi Publications.
- Askari, H.A. (2011), *Determining the Transfer Time of Ownership of the Object in Sale by the Parties*, Tehran: Majd Publications.
- Atiyah, P.S. (2001), "The Sale of Goods" (12th ed.), Longman.
- Bahrami Ahmadi, H. (2011), *Law of Obligations and Contracts*, Tehran: Imam Sadegh University.
- Barikloo, A. (2013), *Civil Liability* (4th Ed.), Tehran: Mizan Publishing.
- Bayat, F., Bayat, Sh. (2013), *Comprehensive Description of Civil Law* (2nd Ed.), Tehran: Arshad Publications.
- Emami, S.H. (1984), *Civil Law: Vol. 1 & 2* (4th Ed.), Tehran: Islamic Bookstore.
- Ghasemzadeh, M., Ghorbani Juybari, M. (2015), Analysis of the Requirement of Submitting the Transfer of the Object in Sale Ownership and its Effects on Iranian Law, *Private Law Research*, Vol. 3(10).
- Haeri Shah Bagh, S. A. (2008), *Description of the Civil Code* (3rd Ed.), Tehran: Ganj'e Danesh Publications.
- Jafari Langrudi, M.J. (2003), *Dictionary of Elements: Al-Majam Al-Maaser fi Ilm Al-Anaser*, Tehran: Ganj'e Danesh Publications.
- Jafari Langrudi, M.J. (2011), *Mediator in Legal Terminology* (4th Ed.), Tehran: Ganj'e Danesh Publications.
- Karkani, I., Sherafatpeima, M.R. (2019), *Legal Review of Security Against Faults in Tille in the Laws and Judicial Procedure of Iran and France*, *Legal Research*, Vol. 18(40).
- Katuzian, N. (2012), *General Rules of Contracts: Concept of Contract, Conclusion and Validity of Contract: Vol. 1* (10th Ed.), Tehran: Enteshar Publishing Co.
- Katuzian, N. (2012), *Civil Law Course. Specific Contracts: Vol.1* (11th Ed.), Tehran: Enteshar Publishing Co.
- Lista, A. (2016), *International Commercial Sales: The Sale of Goods on Shipment Terms*, Taylor & Francis.
- Pathak, A. (2019), "The Two Sides of the Title Retention Clauses: The Caterpillar Case", *Indian Institute of Management Ahmedabad*.
<https://doi.org/10.1108/CASE.IIM.A.2020.000197>
- Shahidi, M. (2006), *Civil Law: Principles of Contracts and Obligations: Vol. 2* (4th Ed.), Tehran: Majd Publications.
- Shahidi, M. (2010), *Civil Rights 6. Specific Contracts 1. Sale and ...* (12th Ed.), Tehran: Majd Publications.

Original Article

Analysis of Rights Arising from accounts of Social networks in employee and employer relations (with Emphasizing on The U.S.A law)

Abbas Mirshekari^{*1} , Shobeir Azadbakht² 

¹ Assistant Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

² Master of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.12.1](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1401.6.2.12.1)



[10.22080/LPS.2022.23820.1356](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23820.1356)

Received:

June 26, 2022

Accepted:

September 27, 2022

Available online:

December 3, 2022

Keywords:

Trade Secret, Right of Publicity, Copy-right, Digital Asset, contract law

Abstract

Today, social networks play an important role in the development of various occupations. To this end, employers hire employees who are familiar with the field to promote their products in cyberspace by opening an account in these networks. Basically, after the termination of the employment relationship, according to the financial value of the accounts, there is a dispute over various issues, including the issue of the owner of the account. The main question is who is the owner of the account? The laws of different countries, such as Iran and the United States, are neutral on this issue which has added to the complexity of the issue. However, to solve this challenge, various approaches have been proposed by thinkers, which are: Trade secret approach, contract law, intellectual property rights and finally the right of publicity. These approaches have all been developed in the context of American law. In recent years, most cases conflict with the ownership of the account when they refer to the courts. In Iranian legal literature, this issue has been less discussed. According to the Western legal literature, In the present article an attempt is made to examine the issue of ownership of accounts in social networks in a descriptive-analytical manner. In this way, two theories of "will" and then "labor" will be introduced as tools to identify the account holder in the Iranian legal system. In order to determine the main owner of the account, the judge should examine the explicit or implicit will of the employees and employers based on these theories. In the next step, the judge can refer to the custom; and finally, it is possible to determine the owner based on the labor theory; That is, a person who has caused the prosperity of the financial value of the account. Also, if none of the methods help, the last way is to rule on the joint ownership of the disputing parties.

***Corresponding Author:** Abbas Mirshekari

Address: Assistant Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: Mirshekariabbas1@ut.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

Today's world is dependent on social networks. For this reason, individuals and legal entities advertise in these virtual spaces to expand their business. In order to succeed in this field, employers hire people who are familiar with the field. After the account has prospered and get acronymically valued, the employment relationship between employer and worker may be severed. Now, the fundamental question is who does own this account? Employer or employee? Numerous factors have made it difficult to answer this question: The first is that legislators in various legal systems have remained silent on the issue. Secondly, there may not have been an agreement in the contract between the employee and the employer regarding the ownership of the account, or an agreement has been reached but there is a conflict between this contract and the contract between the registrant and the service provider. Also, there is a disagreement among thinkers on this issue. Thus, given that the dispute between the employee and the employer is likely to occur, an appropriate solution must be found.

2. Research Methodology

This article deals with the issue of account ownership in an analytical-descriptive manner. Also, this issue has been accompanied by changes in the context of American law, and different thinkers have tried to resolve the issue with different approaches. This article focuses on American law and jurisprudence in a comparative way to analyze and study account ownership. However, various paper and electronic sources have been used to write this article, and where

necessary, references have been made to US jurisprudence.

3. Research Findings

Investigations have shown that no single method has been followed regarding account ownership. There are at least 4 theories in this regard: 1. some have used the concept of trade secret to justify account ownership, meaning that a) followers of an account are trade secret or b) password of the account is trade secret. 2. Others believe that the issue should be resolved according to the law of contracts. 3. The third group, while criticizing the theory based on contract law, believes that the concepts in intellectual property law should be used to solve the issue. 4. The last group focuses on the right of publicity. Each of these theories, while capable of resolving some of the issues related to account ownership, can be criticized.

4. Conclusion

Given that the above-mentioned theories are not comprehensive, it seems that in order to solve the issue of account ownership, the intention and will of the employee and the employer in the contract should be considered. In fact, the first way to resolve disputes is to focus on the will of the individual. The provisions of the stipulated contracts must be fulfilled, even if the provisions of this contract are in conflict with the contract between the service provider and the registrant. Because the principle is based on the privacy of contracts and through the internal relations of the employer and the worker, this contract must be implemented. But, it is not always the case that there is an agreement in the contract regarding the ownership of the account. In this case, it seems that in the next step, the tacit intention of the parties should be considered. For example, for what purpose



was the employee hired? To what extent has the employer supervised the employee's activity? Or who had the password? Then, if the tacit will is not achieved, the next step is to pay attention to the custom between employees and employers. If there was a custom, we follow the same action, but otherwise, the last step is to use labor theory. According to this theory, the judge pays attention to the activities and efforts of each of the employee and employer. The judge must consider whether the financial value created for the account is the product of the efforts of either party to the dispute or not. However, in this way the original owner can be found.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed upon all aspects of the work.

Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper.

تحلیل حقوق ناشی از حساب‌های شبکه‌های اجتماعی در روابط کارکنان و کارفرمایان (با تاکید بر حقوق آمریکا)

عباس میرشکاری^{*۱} ID، شبیر آزادبخت^۲ ID

^۱ استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
^۲ کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.12.1](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23820.1356)



[10.22080/LPS.2022.23820.1356](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23820.1356)

چکیده

امروزه، شبکه‌های اجتماعی در توسعه مشاغل مختلف نقش مهمی ایفا می‌کنند؛ به همین منظور، کارفرمایان برای پیشرفت خود کارمندان آشنا با این حوزه را استخدام می‌کنند تا با افتتاح حساب در این شبکه‌ها، محصولات‌شان در فضای مجازی تبلیغ شود. پس از قطع رابطه استخدامی، با توجه به ارزش مالی حساب‌ها، در خصوص مسائل گوناگونی اختلاف ایجاد می‌شود که از جمله این موارد، مربوط به حق انتفاع از حساب می‌باشد. سوال آن است که منتفع حساب چه کسی است؟ قوانین کشورهای مختلف از جمله ایران و آمریکا در این زمینه ساکت هستند و این امر به پیچیدگی موضوع افزوده است. در حال، برای حل این چالش، رویکردهای مختلفی از سوی اندیشمندان ارائه شده است که عبارت هستند از: رویکرد مبتنی بر راز تجاری، حقوق قراردادهای، حقوق مالکیت فکری و نهایتاً رویکرد مبتنی بر حق جلوت. البته، این رویکردها، جملگی در بستر حقوق ایالات متحده آمریکا پرورش یافته‌اند؛ در واقع، در طول سالیان اخیر پرونده‌هایی در دادگاه‌های این کشور مطرح شده که مبحث اصلی آن انتفاع از حساب کاربری بوده است. در ادبیات حقوقی ایران، درباره این موضوع کمتر گفتگو شده است. در مقاله پیش‌رو، تلاش می‌شود با توجه به ادبیات حقوقی غرب، با شیوه توصیفی-تحلیلی موضوع انتفاع از حساب‌های کاربری موجود در شبکه‌های اجتماعی مورد بحث و بررسی قرار گیرد. در این مسیر، دو نظریه «اراده» و سپس، «کار» به عنوان ابزارهایی برای تشخیص دارنده حق انتفاع از حساب کاربری در نظام حقوقی ایران مطرح خواهند شد؛ براساس این نظریات، برای احراز منتفع اصلی حساب، قاضی می‌بایست اراده صریح یا ضمنی کارکنان و کارفرمایان را بررسی نماید. در مرحله بعد، قاضی می‌تواند به عرف استناد نماید و در آخر، می‌توان با استفاده از نظریه کار مالک را معین کرد؛ یعنی، شخصی که موجب رونق ارزش مالی حساب شده است. همچنین، در صورتی که هیچ‌کدام از شیوه‌ها کمکی نکرد، راه آخر، حکم به مالکیت مشترک طرفین اختلاف می‌باشد.

تاریخ دریافت:

۵ تیر ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۵ مهر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۲ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

راز تجاری، حق جلوت، حق نشر، دارایی دیجیتال، حقوق قراردادهای.

* نویسنده مسئول: عباس میرشکاری

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق ایمیل: Mirshकारीabbas1@ut.ac.ir

و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۱ مقدمه

یا متعلق به کارمند است که با کار و زحمت خویش، توانسته، برای حساب، دنبال‌کننده جلب کند. این مسأله در عمل، زمانی مطرح می‌شود که رابطه استخدامی میان طرفین قطع شود. هریک از طرفین، ادعا می‌کند که حساب به او تعلق داشته و پس از قطع رابطه استخدامی، باید در اختیار او قرار بگیرد. گره این موضوع در جایی پیچیده‌تر می‌شود که کارمند در حساب مذکور صرفاً مسائل مرتبط به شغل را قرار نداده بلکه به دلایل مختلف از جمله کاربر-پسند شدن حساب، مسائل شخصی خود را نیز در آن قرار داده است و طبیعتاً این مسأله را ایجاد می‌کند که آیا این موضوع تاثیری در پرسش یاد شده، دارد یا خیر؟ جدا از این، در صورتی که قراردادی میان کارفرما و کارمند در خصوص تعلق حساب منعقد شده باشد، اعتبار قرارداد یادشده، تا چه میزان است: آیا وجود قرارداد میان کارمند و کارفرما در نتیجه‌گیری تاثیر دارد؟ همچنین، در صورتی که در هنگام افتتاح حساب، قراردادی از سوی ارائه‌دهنده خدمات به کارمند عرضه شده و مورد قبول او قرار بگیرد و میان این قرارداد با قرارداد میان کارفرما و کارمند تعارض وجود داشته باشد، کدام یک از این دو ترجیح خواهد یافت؟

پاسخ دادن به این پرسش‌ها، در کشور ما نیز از اهمیت فراوانی برخوردار است، چراکه هم‌اکنون، استفاده از فضای مجازی برای تبلیغات، به شدت افزایش یافته است. احتمالاً، در موارد زیادی نیز، حساب توسط کارمند و برای تبلیغ کارفرما ایجاد شده است، به همین دلیل باید راه‌حل مناسبی در این زمینه ارائه شود. به ویژه آنکه، بعضی از حساب‌ها به دلیل تعداد زیاد دنبال‌کنندگان، ارزش مالی بسیار زیادی دارند (Moore, 2017: 502-504). بدیهی است که این ارزش اقتصادی، اشخاص را ترغیب می‌نماید که به لطایف‌الحیل آن حساب را تصاحب کنند تا از عوائد اقتصادی حاصل از آن بهره ببرند و اینجاست که باید نظام حقوقی برای جلوگیری از این وضعیت‌ها مداخله نماید. با وجود این، هنوز

دنیای امروز وابسته به امکانات فضای مجازی است؛ به طوری که اکنون، تصور دنیای بدون اینترنت دشوار می‌نماید. ویژگی‌های مطلوب این فضا موجب شده است که اشخاص در زمینه‌های مختلف از خدمات موجود در آن بهره ببرند. یکی از این زمینه‌ها، تبلیغات است: به‌واقع، اشخاص به صورت گسترده، به منظور توسعه کسب‌وکار خویش از فضای مجازی، به خصوص شبکه‌های اجتماعی مانند اینستاگرام، فیس‌بوک، توییتر و ...، استفاده می‌کنند. از جمله دلایل رونق این موضوع، هزینه کم تبلیغات در شبکه‌های اجتماعی است؛ درحالی‌که تاثیر آن بر روی مصرف‌کنندگان احتمالی در مقایسه با سایر بسترهای تبلیغات، به مراتب بیشتر است، به‌ویژه آنکه استفاده از شبکه‌های اجتماعی امکان ایجاد ارتباط مستقیم میان فروشنده و خریدار را به راحتی فراهم می‌کند (Kolansky, 2013: 139-140).

با این حال، طبعاً، استفاده از این فضا، نیاز به آگاهی از قواعد خاص حاکم بر آن دارد. به‌همین‌منظور، اشخاصی که می‌خواهند در فضای مجازی، محصولات و خدمات خویش را تبلیغ کنند، افراد آگاه در این زمینه را استخدام می‌کنند. کارمند، حسابی را در بستر فضای مجازی ایجاد کرده و به معرفی کارفرما می‌پردازد. این رابطه استخدامی برای هر دو طرف قرارداد می‌تواند منافع داشته باشد (Argento, 2012: 222)؛ کارفرما کسب‌وکارش توسعه پیدا می‌کند و کارمند با توجه به مهارتی که از خود نشان می‌دهد، رزومه مطلوبی جهت همکاری با سایر کارفرمایان جمع‌آوری می‌نماید. به مرور زمان به دلیل فعالیت کارمند در شبکه‌های اجتماعی، دنبال‌کنندگان^۱ حساب^۲ مرتبط با ایشان افزایش می‌یابد و بالتبع، ارزش اقتصادی حساب بیشتر می‌شود. حال، سوال آن است که حساب یاد شده از آن کیست: متعلق به کارفرما است که حساب به خواست و شاید به هزینه او، ساخته شده است و

² Account.

¹ Followers.



۲ حساب کاربری در شبکه اجتماعی

۲.۱ مفهوم

در ابتدا، شبکه‌های اجتماعی ابزار ارتباط متقابل اشخاص حقیقی در نظر گرفته می‌شدند. اشخاص به دلایل شخصی با خانواده و دوستان خویش ارتباط برقرار می‌کردند. به تدریج، مزایای شبکه‌های اجتماعی که مهمترین آن، ارتباط متقابل است، موجب شد که مشاغل به این ابزار سوق داده شوند (Ferrante, 2013: 44). شبکه اجتماعی به عنوان یک خدمت مبتنی بر فضای وب تعریف شده است که این شبکه‌ها به اشخاص اجازه می‌دهند که: اولاً، یک پروفایل عمومی یا نیمه-عمومی در یک سیستم محدود ایجاد کنند؛ ثانیاً، فهرستی از سایر کاربرانی که با آنها در ارتباط هستند را داشته باشند و ثالثاً، فهرست اتصال خود و سایر افراد را در سیستم مشاهده نمایند (Ellison, 2007: 2011). این مفهوم در قوانین بعضی از ایالات آمریکا مانند میشیگان و نیوجرسی نیز تعریف شده است. بر اساس این تعاریف می‌توان گفت که، شبکه‌های اجتماعی، یک سرویس یا حساب الکترونیکی می‌باشند که شامل ویدیو، عکس، وبلاگ‌ها، پیام‌های فوری و متنی، ایمیل، خدمات یا سرویس‌های آنلاین هستند. (Sprague, 2013: 489).

محور اصلی شبکه‌های مجازی، حساب کاربری است؛ در حقیقت، شبکه‌های اجتماعی از ارتباط میان حساب‌ها به وجود می‌آید. به همین دلیل، می‌بایست مفهوم حساب معین گردد. منظور از حساب، «یک تکنیک ایجاد شده برای اتصال یک کاربر و یک سرویس اطلاعاتی و/یا شبکه کامپیوتری است.»^۱ در تعریف دیگری، گفته‌اند: «مکانی در سرور شبکه است که برای ذخیره نام کاربری، رمز و سایر اطلاعات رایانه استفاده می‌شود. یک حساب

قانون‌گذار در کشور ما و دیگر کشورها، فرصت لازم برای مداخله در این موضوع را پیدا نکرده است، اما در ادبیات حقوقی سایر کشورها و به طور خاص، در آمریکا، پژوهش‌های مختلفی در این زمینه صورت گرفته است (See: McGarvey Hidy, 2018: 426-494). این در حالی است که در حقوق ایران موضوع به طور کلی مغفول مانده و هیچ پژوهشی در این زمینه انجام نشده است. البته، در خصوص بعضی از مباحث مربوط به دارایی‌های دیجیتال مانند ارث و وصیت آنها، تحقیقاتی به جامعه حقوقی عرضه شده است (ر.ک: میرشکاری، ۱۳۹۷: ۷۱-۹۰؛ میرشکاری و فتاحی‌کتی‌لته، ۱۴۰۰: ۱۶۵-۱۹۴).

در این نوشتار، تلاش خواهد شد تا به شیوه تحلیلی-توصیفی و با تاکید بر رویه قضایی حقوق آمریکا، به این پرسش، پرداخته شود که حساب مورد بحث، از آن کیست. برای پاسخ به این پرسش، تلاش شده تا موضوع، از رویکردهای مختلف بررسی شود. برخی به این موضوع، از رویکرد مبتنی بر اسرار تجاری نگریسته‌اند و برخی دیگر، از زاویه حقوق قراردادهای. همچنین، از دریچه مالکیت فکری و نیز، حق جلوت هم، می‌توان به این پرسش پاسخ داد. در نوشتار پیش‌رو، تلاش می‌شود از این رویکردها، برای بررسی موضوع استفاده شود. به هر روی، ابتدا لازم است مفهوم و ماهیت حساب و رابطه حقوقی حساب و کاربر بررسی شود. سپس در بخش بعد، رویکردهای مختلف تحلیل (راز تجاری، حقوق قراردادهای، حقوق مالکیت فکری و حق جلوت) خواهند شد و در قسمت آخر، حقوق ایران مورد مذاقه قرار خواهد گرفت.

<https://www.techopedia.com/definition/13458/user-account>.

^۱ Techopedia, "What Does User Account Mean?" May, ۲۰۲۲, (last visited ۱۶ June ۲۰۲۲). Available at:

گفتنی است، با توجه به ملاک عرفی، حساب را باید مال به حساب آورد؛ زیرا، در بسیاری از موارد، افراد حاضرند که بابت یک حساب که فرضاً چند هزار دنبال‌کننده دارد، میلیون‌ها تومان پول پرداخت کنند. مثلاً، این موضوع در بازی‌های مجازی، بسیار رایج است که حساب افراد به دلیل ویژگی‌های آن، مورد معامله قرار می‌گیرد و پول‌های هنگفتی ردوبدل می‌شود و در واقع، این حساب‌ها در دنیای واقعی دارای ارزش اقتصادی هستند (Edwards & Harbina, 2013: 97-98) و میزان ارزش آن با توجه به تعداد دنبال‌کنندگان کم یا زیاد می‌شود (Nekit, 2020: 214-215). به علاوه، اموال رافع نیازهای مادی و معنوی انسان هستند و حساب نیز دارای این ویژگی می‌باشد (میرشکاری و فتاحی‌کتی‌لته، ۱۴۰۰: ۱۷۷-۱۷۵). بدین ترتیب، حساب، عرفاً ارزش اقتصادی دارد. نظام حقوقی نیز، می‌باید به تشخیص عرف احترام گذاشته و حساب را مال تلقی کند. شناسایی حساب به عنوان مال در رویه قضایی آمریکا نیز بی‌سابقه نیست، چنانکه در پرونده In re CTLI, LLC موضوع مربوط به شرکتی بود که ورشکسته شده و دارای حساب در شبکه‌های اجتماعی بود. دادگاه در این پرونده، حساب را مال تلقی کرد و متعلق حق طلبکاران قرار داد (Jamel, 2016: 563).

با توجه به این تحلیل، حساب در دسته بزرگ‌تری از اموال که موسوم به «دارایی دیجیتال»^۲ هستند، قرار می‌گیرد (Fairfield, 2005: 1055-1058). دارایی دیجیتال در یک تعریف وسیع، هر آن چیزی است که به صورت دیجیتالی (معمولاً صفر و یک) در یک شیء مادی و ملموس مانند رایانه یا غیرملموس مانند فضای مجازی ذخیره شده باشد (Mali & Prakash, 2019: 127). پس، دارایی دیجیتال شامل تمامی تصاویر، فیلم‌ها، اسناد و هرگونه اطلاعاتی است که در یک دستگاه فیزیکی یا

کاربری به کاربر اجازه می‌دهد یا نمی‌دهد که به شبکه، رایانه دیگر یا اشتراک‌گذاری‌های دیگر متصل شود.^۱ بنابراین، حساب کاربری محلی است برای ابراز وجود اشخاص؛ اشخاص در این حساب‌ها که در بستر شبکه‌های اجتماعی مختلف وجود دارد، فیلم، عکس، مطالب نوشتاری اعم از شعر و نثر، مباحث تبلیغی و ... را بارگذاری و همچنین، با اشخاص دیگر ارتباط برقرار می‌کنند. دسترسی به این حساب‌ها از طریق نام کاربری و رمز انجام می‌شود (Nekit, 2020: 212).

۲٫۲ ماهیت حساب

از منظر حقوقدانان، مال چیزی است که دارای ارزش اقتصادی بوده، قابل تقویم به پول باشد و قابلیت دادوستد را داشته باشد (صفایی و حسینی، ۱۳۹۹: ۱۹۵). فقها در تعریف مال به عرف توجه کرده‌اند و معتقدند که قول مسلم آن است که مال از حقایق عرفی است (عراقی، ۱۳۷۹: ۶۶). در ادبیات حقوقی نیز، ملاک مالیت داشتن، عرفی است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۰-۱۱). این باور درست است؛ زیرا، مال مفهومی سیال است که مصادیق آن در طول زمان با توجه به عرف زمان و مکان در حال تغییر است؛ بنابراین، اینکه چیزی مال هست یا خیر، بیشتر به شاخص‌های متنوع اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و ... ارتباط دارد، نه اینکه این مفهوم به صورت ثابت باشد و پذیرای هیچگونه تغییری نباشد (Coe & Brown, 2019: 296). به‌دیگر بیان، چیزی که تا چند قرن پیش مال محسوب نمی‌شد، اکنون ممکن است مال باشد یا بالعکس. مثلاً، در دوران برده‌داری انسان موضوع حق بود و مال محسوب می‌شد لکن گذر زمان انسان را به جای موضوع حق، طرف حق قرار داد به نحوی که دیگر انسان مال تلقی نمی‌شود.

<https://www.computerhope.com/jargon/u/useraccount.htm>.

² Digital Assets.

¹ Computerhope, "User account" December, ۲۰۲۰, (last visited ۱۶ June ۲۰۲۲). Available at:



(Ferrera, 2006: 296) مالک اصلی حساب، خود ارائه‌دهنده سرویس است نه کاربر. کاربر حساب منحصراً دارای حق انتفاع و استفاده از حسابی است که در بستر شبکه اجتماعی ایجاد شده است. او می‌تواند با توجه به امکاناتی که ارائه‌دهنده در اختیار کاربران قرار داده، در حدود شرایط پذیرفته شده در هنگام ثبت‌نام یا پس از آن، از حساب بهره‌برداری کند. آنچه تاکنون تحلیل شد، محدود به مالکیت خود حساب بود اما این تحلیل به معنای آن نیست که محتوایی که اشخاص در شبکه‌های مجازی بارگذاری می‌کنند، متعلق به ارائه‌دهنده باشد، بلکه محتوا متعلق به اشخاصی است که آن را ایجاد می‌کنند.^۳ این تفکیک در شروط استفاده از شبکه‌های اجتماعی مختلف مورد تاکید قرار گرفته است. مثلاً اینستاگرام بیان داشته است: «ما ادعای مالکیت نسبت به محتوای شما را نداریم اما شما به ما حق استفاده از آن (منظور محتوا) را اعطا می‌کنید.» پس، در این موارد می‌بایست میان محتوا و حساب کاربری تفاوت گذاشت: نسبت به حساب برای ثبت‌نام‌کننده، صرفاً حق انتفاع از آن را به رسمیت شناخت (Walker, 2012: 16-17) لکن محتوا را می‌بایست ملک کاربر دانست.

۳ رویکردهای ناظر به شناسایی صاحب حق انتفاع در شبکه‌های اجتماعی

همانطور که بیان شد، هر یک از کارمند و کارفرما به انگیزه‌های متخلف خود را صاحب حساب معرفی می‌کنند و این امر معمولاً منتهی به طرح دعوا در دادگستری می‌شود. برای حل این چالش، یعنی شناسایی صاحب اصلی حساب، رویکردهای متنوعی

<https://www.instagram.com/about/legal/terms/before-january-19-2013/>.

^۳ برای ملاحظه شروط قراردادی ارائه‌دهندگان سرویس که خود را مالک محتوا معرفی نکرده‌اند، ر.ک: (Furlong, 2013: ۷۶۳)

یک فضای الکترونیکی ذخیره شده باشد، صرف‌نظر از اینکه مالکیت دستگاه فیزیکی یا فضای الکترونیکی متعلق به شخص دیگری باشد (Cohen, 2015: 319).

۲٫۳ رابطه کاربر با حساب: مالکیت یا حق انتفاع

آیا اشخاصی که دارای حساب هستند، مالک حساب مذکور هستند یا آنکه تنها حق انتفاع دارند؟ در قراردادهایی که از سوی اکثر ارائه‌دهندگان خدمات در شبکه‌های اجتماعی، مانند اینستاگرام، توییتر و فیس‌بوک، به کاربر در هنگام افتتاح حساب ارائه می‌شود، نصی در خصوص اینکه شخص بازکننده حساب، مالک است یا صرفاً حق انتفاع از آن حساب را دارد، وجود ندارد. ممکن است این سکوت به این صورت تعبیر شود که افتتاح‌کننده حساب مالک آن است و حق هرگونه تصرفی را دارد (ماده ۳۰ قانون مدنی)؛ اما پذیرش این دیدگاه دشوار است؛ زیرا، غالب ارائه‌دهندگان در هنگام ثبت‌نام کاربر، اختیارات بسیار گسترده‌ای برای خود جهت بستن یا تعلیق حساب در نظر می‌گیرند (McLaughlin, 2015: 95)؛ یعنی ارائه‌دهنده با صلاحدید خود این اختیار را دارد که حساب را مسدود نماید. مثلاً، توییتر صریحاً اعلام می‌کند: «ما ممکن است در هر زمانی، با دلیل یا بدون دلیل حساب شما را معلق کنیم یا ببندیم یا ارائه تمام یا بخشی از خدمات را به شما متوقف کنیم.»^۱ یا در بند ۱۵ شروط اساسی اینستاگرام مقرر شده: «نقض هر یک از این توافقات منجر به بستن حساب اینستاگرام شما می‌شود.»^۲ به نظر می‌رسد که با توجه به این اختیار گسترده که منحصر به شبکه‌های اجتماعی نیست و در سایر پلتفرم‌های مجازی نیز سابقه دارد (See: Darrow

^۱ Twitter, "Terms of Service" June, 2022, (last visited 17 June 2022). Available at: <https://twitter.com/en/tos>.

^۲ Instagram, "Terms of Use" January, 2013, (last visited 17 June 2022). Available at:

برای حساب در نظر گرفته شده، توجه می‌کنند. یعنی، گفته می‌شود که حساب، حاوی فهرستی از دنبال‌کنندگان است که مانند لیست مشتریان بوده و می‌تواند دارای ارزش اقتصادی باشد. به علاوه، حساب، دارای رمز است که برای ورود به آن، نیاز است که از آن آگاه باشیم. بالطبع، این رمز در اختیار هرکسی نبوده و تلاش می‌شود از دسترس دیگران، دور بماند. بر همین پایه است که حساب را به عنوان راز تجاری کارفرما تلقی کرده و معتقدند پس از قطع رابطه استخدامی، حساب می‌باید به کارفرما برگردانده شود. اینک، باید دید که آیا می‌توان دنبال‌کنندگان حساب و یا رمز آن را راز تجاری تلقی کرد یا خیر.

۱) دنبال‌کنندگان: کارفرمایان سعی دارند که مشتریان خود را هرچه بیشتر توسعه دهند. برای توسعه مشتری، هزینه و وقت زیادی صرف می‌شود. اکثراً، فروشندگان کالا و خدمات لیستی از این مشتریان تهیه می‌کنند که این لیست منحصر در نام افراد نیست بلکه مشخصات مختلف آن‌ها نیز گردآوری می‌شود. این فهرست از چند جهت اهمیت دارد: اولاً، اگر این فهرست از دسترس خارج شود، دیگر به راحتی قابل جمع‌آوری نیست و ممکن است بسیاری از مشتریان فرد از دست بروند و او توان ارتباط‌گیری مجدد با آن‌ها را نداشته باشد؛ ثانیاً، اگر این فهرست در اختیار رقبا قرار بگیرد، امکان دارد که بازار آن کسب‌وکار تحت تاثیر قرار بگیرد و کارفرما متحمل ضرر گردد (Green, 2015: 195-196). بنابراین، عناصر لازم جهت راز خواندن فهرست مشتریان وجود دارد: فهرست مشتریان ارزش اقتصادی مستقلی بالفعل یا بالقوه دارد، برای عموم و رقبا آشکار نیست و فقط خود کارفرما و افراد مرتبط با آن کسب‌وکار از آن اطلاع دارند و در آخر، اقدامات احتیاطی متعارفی برای حفاظت از آن در نظر گرفته می‌شود. پذیرش فهرستی که به صورت سنتی

از سوی صاحب‌نظران مطرح شده است. این رویکردها عبارتند از: رویکرد مبتنی بر راز تجاری، حقوق قراردادهای، حقوق مالکیت فکری و حق جلوت. در این بخش، این رویکردها به ترتیب مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۳/۱ رویکرد مبتنی بر راز تجاری

در رویه قضایی آمریکا، برای تصاحب و کنترل حساب از سوی کارفرما به نهاد راز تجاری استناد شده است. بر اساس بند ۴ ماده ۱ قانون متحدالشکل اسرار تجاری آمریکا مصوب ۱۹۸۵، راز تجاری به اطلاعاتی از جمله فرمول، الگو، گردآوری، برنامه، دستگاه، روش، تکنیک یا فرایند گفته می‌شود که دارای ارزش اقتصادی مستقلی بالقوه یا بالفعل باشد و برای حفظ محرمانگی آن اطلاعات، تلاش‌های معقولی صورت گرفته باشد. بر اساس همین تعریف، برخی تلاش می‌کنند ماهیت حساب را با راز تجاری تطبیق بدهند. برای مثال، در دعوی *Phonedog v. Kravitz* 2011، موضوع آن بود که کراویتز به استخدام فون‌داگ درآمد و این شخص وظیفه داشت که حساب‌های مجازی فون‌داگ را مدیریت نماید. در اکتبر ۲۰۱۰ همکاری کراویتز و فون‌داگ متوقف شد ولی کراویتز به درخواست فون‌داگ مبنی بر تحویل حساب عمل نکرد و همچنان پس از قطع همکاری از آن استفاده نمود. در سال ۲۰۱۱ فون‌داگ علیه کراویتز اقامه دعوا نمود. هرچند که ادعای خواهان مشتمل بر چند عنوان بود، لکن یکی از آن‌ها این بود که دنبال‌کنندگان حساب و رمز آن به عنوان راز تجاری می‌بایست در نظر گرفته شود.^۲ هرچند که این دعوا به مصالحه خاتمه پیدا کرد لکن ادعای کارفرما در تلقی حساب به عنوان راز تجاری، مورد توجه ادبیات حقوقی قرار گرفت. در این راستا، برای راز تلقی کردن حساب، برخی به فهرست دنبال‌کنندگان حساب و برخی به رمزی که

^۲ Casetext, "Phonedog v. Kravitz" Nov, 2011, (last visited 16 June 2022). Available at: <https://casetext.com/case/phonedog-v-kravitz>

^۱ The Uniform Trade Secrets Act 1985 (UTSA).



پنداشته نمی‌شود؛ به‌عبارت‌بهرتر، برای راز تلقی شدن فهرست مشتریان، چیزی بیش از اسامی لازم است (McNealy, 2013: 40). به‌عنوان‌نمونه، در پرونده *lillge v. verity* 2011 مشتریان بایستی مشتمل بر اطلاعات تماس، اطلاعات هویتی، محل زندگی و اطلاعاتی از این دست باشد (McNealy, 2013: 41). به‌علاوه، شرایط در فهرست مشتریان که به صورت سنتی جمع‌آوری شده با فهرست دنبال‌کنندگان متفاوت است؛ زیرا، فهرست دنبال‌کنندگان در صفحه کاربر از سوی اشخاص دیگر قابل دسترسی است، یعنی امر مخفی از عموم نمی‌باشد و به راحتی توسط دیگران قابل مشاهده است. این موضوع، عنصر مخفی بودن راز تجاری را از فهرست سلب می‌کند (McLaughlin, 2015: 106). این دیدگاه در دعاوی متعدد پذیرفته شده است. مثلاً، در دعوی *Veronica Foods Co v. Ecklin* 2017 دادگاه اشعار داشت که: «لیست مشتریان بر مبنای قانون دفاع از اسرار تجاری فدرال یک راز تجاری نبود؛ زیرا، شرکت نام بسیاری از مشتریان و تامین‌کنندگان خود را در وب‌سایت و حساب‌های خود در شبکه‌های اجتماعی اعلام کرده بود، بدان معنا که لیست کامل مشتریان آن، محرمانه نبوده است.»^۱ یا در دعوی *Art & Cook, Inc. v. Haber* 2017 بیان شد که فهرست مشتریانی که به طور عمومی قابل دسترسی است، نمی‌تواند ذیل قانون دفاع از اسرار تجاری فدرال به عنوان راز قرار گیرد (Adornato & Horsfall, 2019: 82)^۲.

با وجود آن‌که رویه مشخصی نسبت به موضوع وجود ندارد. اما با این حال به نظر می‌رسد که عقیده گروه دوم صحیح‌تر باشد؛ زیرا، در وضعیت کنونی، بسیاری از دنبال‌کنندگان، حتی از نظر خود صاحب حساب، صرفاً اسامی‌ای هستند که اطلاعات خاصی

<https://www.internetandtechnologylaw.com/reporter-twitter-account-trade-secret/>.

^۲ برای ملاحظه پرونده *Eagle v. Morgan* که فهرست مشتریان را به دلیل عمومی بودن راز ندانسته، ر.ک: (McGarvey Hidy, 2018: 442-445).

جمع‌آوری شده در رویه قضایی آمریکا سابقه دارد. مثلاً، در دعوی *PEO Experts CA, Inc. v. Engstrom* 2011 شرکت بیمه علیه مدیرسابق و نمایندگان فروش خود به دلیل تصاحب غیرقانونی اسرار تجاری اقامه دعوا نمود. اسرار تجاری ادعایی شامل اطلاعات تماس، سابقه خرید قبلی و عادات و مشخصات مشتریان شرکت بیمه بود. نهایتاً دادگاه به این نتیجه رسید که فهرست مشتریان شرکت بیمه به عنوان راز تلقی می‌شود (Evans, 2019: 29).

با این وجود، سوال اصلی آن است که آیا دنبال‌کنندگان یک حساب، همانند روش سنتی جمع‌آوری فهرست مشتریان، راز محسوب می‌شوند؟ برخی معتقدند که ایجاد اعتماد جهت دنبال کردن صفحه مجازی مشاغل توسط مشتریان، امری است که به سادگی میسر نمی‌شود بلکه مستلزم وقت و هزینه فراوان است؛ فلذا، این فهرست از مزایای راز بهره می‌برد. این دیدگاه، در دعوی *christou v. Beatport, LLC* 2013 تأیید شد. در این پرونده، موضوع نزاع، دسترسی به حساب کاربری در مای‌اسپیس بود. رولیر که به این حساب دسترسی داشت، پس از قطع همکاری خود با کلپ شبانه کریستو، کلپ اختصاصی خود را تاسیس کرد. با این عمل، کریستو علیه وی اقامه دعوا نمود و ادعا کرد که با توجه به دسترسی رولیر و تعداد زیاد دنبال‌کنندگان حساب و همچنین، استفاده کلپ رولیر از این فهرست برای جذب مشتری، این فهرست به عنوان راز تجاری کریستو می‌بایست به رسمیت شناخته شود. پس از طرح موضوع در دادگاه، فهرست مذکور به عنوان راز به رسمیت شناخته شد. (McGarvey Hidy, 2018: 458).

با این حال، به نظر می‌رسد که صرف اسامی یک تعداد از افرادی که مشتری فروشند بوده‌اند، راز

^۱ Pillsbury's Internet & Social Media Team, "Can a Reporter's Twitter Account Be a Newspaper's Trade Secret?" August, 2018, (last visited 16 June 2022). Available at:

وسیله دستیابی به محتویات صندوق ارزشمند است، اما زمانی که محتویاتی وجود نداشته نباشد، کلید نیز بی‌ارزش است. بنابراین، رمز دارای ارزش غیرمستقل است نه مستقل (Park & Abril, 2016: 559-560). راز نبودن رمز در دعوی Tryco, Inc v. U.S. Med. Source, LLC 2010 Analysis, Inc v. American Financial Services, Association 2009 تأیید شده است (Miao, 2012: 1048).

بنابر مطالب مطروحه و با توجه به تردیدهایی بسیار در میان دادگاه‌ها^۳ و اندیشمندان^۴، این رویکرد نمی‌تواند تمام مسائل و مشکلات این حوزه را حل نماید.

۳٫۲ رویکرد مبتنی بر حقوق قراردادهای

در زمان ایجاد حساب در هر شبکه اجتماعی، نوعی قرارداد الحاقی توسط ارائه‌دهنده سرویس به ثبت‌نام‌کننده ارائه می‌شود که می‌بایست توسط وی تأیید گردد. یکی از شروط این قرارداد، این است که حداقل نوعی مالکیت متزلزل یا مقید و یا حق انتفاع، برای ثبت‌نام‌کننده شناسایی شده است. بدین ترتیب، باید دید که حساب در هنگام افتتاح به نام چه کسی ثبت شده است: اگر حساب به نام کارفرما افتتاح شده باشد، این حساب از آن او خواهد بود و برعکس، اگر کارمند به نام شخصی خویش، حساب را افتتاح کرده باشد، حساب متعلق به او خواهد بود. به‌عنوان نمونه، در شروط قراردادی لینکدین مقرر شده است: «بین شما و دیگران (از جمله کارفرمای شما)، حساب متعلق به شما است...»^۵.

از آن‌ها به جز نام کاربری در دست نیست^۱. آری، این موضوع پذیرفتنی است که اطلاعات هویتی برخی از آن‌ها ممکن است در اختیار صاحب حساب باشد لکن این موضوع، در تناسب با مجموع دنبال‌کنندگان در حدی نیست که کلیه دنبال‌کنندگان را راز بدانیم^۲. به علاوه، امکان دسترسی همگان، به این اسامی نیز وجود دارد. برای همین، به دشواری می‌توان اسامی دنبال‌کنندگان را راز تلقی کرد.

۲) رمز عبور: از منظر طرفداران این دیدگاه، اگر دنبال‌کنندگان یک حساب راز نباشند، راه‌حل دیگر، شناسایی رمز به عنوان راز تجاری است؛ زیرا، رمز وسیله اصلی دسترسی به حساب می‌باشد. به عبارت دیگر، رمز، جامع شرایط راز تجاری می‌باشد: اولاً، رمز اصولاً امر عمومی نیست و اشخاص محدودی به آن دسترسی دارند؛ ثانیاً، همواره تلاش معقولی برای حفاظت از رمز توسط صاحبان آن صورت می‌پذیرد. این موضع در رویه قضایی نیز توسط برخی از دادگاه‌ها تأیید شده است. مثلاً، در پرونده TMX Fundiing, Inc v. Impero Technologies 2010 رمز به عنوان راز تجاری شناسایی شده است (Argento, 2012: 249-256).

در انتقاد از این دیدگاه می‌توان گفت که راز تجاری، می‌بایست دارای ارزش اقتصادی مستقل باشد، درحالی‌که رمز، دارای ارزش اقتصادی مستقل نیست؛ بدین معنا که ارزش رمز، وابسته به ارزش حساب و محتوایی است که در آن وجود دارد. اگر حساب و محتوا ارزشی نداشته باشند یا اصلاً محتوایی درون حساب وجود نداشته باشد، بالتبع، آن رمز فاقد ارزش اقتصادی است. برخی این موضوع را به کلید صندوق تشبیه کرده‌اند: کلید به عنوان

^۳ Calisi v. Unified Financial Services, LLC ۲۰۱۳؛ TMX Fundiing, Inc v. Impero Technologies ۲۰۱۰.

^۴ See: Adornato & Horsfall, ۲۰۱۹: ۶۲-۹۰؛ Argento, ۲۰۱۲: ۲۰۱-۲۷۸.

^۵ LinkedIn, "User Agreement" February, ۲۰۲۲, (last visited ۱۶ June ۲۰۲۲). Available at: <https://www.linkedin.com/legal/user-agreement>.

^۱ در دعوی Calisi v. Unified Financial Services, LLC ۲۰۱۳، دادگاه تجدیدنظر به دلیل عدم وجود اطلاعات ارزشمند در لیست مشتریان، آن را به عنوان راز تجاری به رسمیت نشناخت (Leeson, ۲۰۱۶: ۵۰۸).
^۲ برای ملاحظه پرونده Robert S. Weiss & Assocs که لیست مشتریان را راز تجاری ندانسته است، ر.ک: McNealy, ۲۰۱۳: ۴۳- (۴۴).



کامل محقق نشده باشد. به علاوه، در اغلب اوقات کاربران عنایتی به شروط هنگام ثبت نام ندارند و بدون مطالعه آن، اقدام به پذیرش شروط می کنند. همچنین، در مواردی حتی با وجود مطالعه شروط قراردادی، اطلاعی از مفهوم و آثار حقوقی ناشی از قرارداد منعقد ندارند (میرشکاری، ۱۳۹۷: ۷۹-۸۱). پس، بعید نیست که اعتبار این توافق از اصل مورد تردید قرار گیرد. جدا از این، وجود این قرارداد، مانع از این نیست که کارفرما و کارمند در خصوص اینکه حساب متعلق به کدامیک از ایشان باشد، توافق کنند. در این صورت، هرچند در رابطه با ارائه کننده حساب، صاحب حق انتفاع از حساب، کسی خواهد بود که به موجب قرارداد در هنگام افتتاح حساب مشخص شده، اما در رابطه کارفرما و کارمند، تابع توافق آنها خواهیم بود. در واقع، به موجب اصل نسبی بودن قراردادهای، هر قرارداد، نسبت به طرفین خودش لازم الاجرا خواهد بود.

۳/۳ رویکرد مبتنی بر حقوق مالکیت فکری

برخی از نویسندگان، تلاش کرده اند که از یافته های حقوق مالکیت فکری برای حل مسأله حاضر استفاده کنند (Mitchel, 2014: 1487-1492). این سوال همواره در حقوق مالکیت فکری مطرح بوده است که اگر اثر خلق شده یا چیزی که اختراع شده با سفارش کارفرما ایجاد شده باشد، مالک اثر چه کسی است؟ برای پاسخ به این سوال، از ابتدای قرن ۲۰ قاعده ای تحت عنوان "اثر خلق شده در مقابل (یا برای) استخدام"^۱ یا "کار در مقابل (یا برای) استخدام"^۲ در رویه قضایی آمریکا به رسمیت شناخته شده و آراء زیادی صادر شده است؛ براساس این آراء در صورتی که اثر خلق شده به سفارش کارفرما در حوزه شغل فرد ایجاد شده باشد، حق نشر به کارفرما اختصاص دارد (Fisk, 2003: 59-62).

بدین ترتیب، توجه می بایست معطوف به این قرارداد باشد، هرچند که میان کارمند و کارفرما به طور جداگانه قراردادی مبنی بر انتقال حساب پس از قطع همکاری وجود داشته باشد. به عبارت بهتر، قرارداد ارائه دهنده خدمات نسبت به قرارداد کارمند و کارفرما ارجح است و در تعارض میان این دو قرارداد می بایست به اولی اعتبار بخشید (McLaughlin, 2015: 95-97). مطابق این دیدگاه، شبکه های اجتماعی یک حق انتفاع غیرقابل انتقال به ثبت نام کننده می دهند و او را به عنوان طرف قرارداد و مسئول به رسمیت می شناسند. با این حال، در رویه قضایی، دادگاه ها اصولاً قرارداد میان کارمند و کارفرما را ارجح می دانند (McLaughlin, 2015: 95-97)، که این امر قابل انتقاد است؛ زیرا، کارفرمایی که به کارمند خود اجازه تاسیس حساب در یک شبکه اجتماعی خاص را می دهد یا خود، پیش از استخدام کارمند آن حساب را ایجاد کرده، به طور ضمنی با وجود تمام شرایط مندرج در آن شبکه اقدام به استفاده از آن برای کسب و کار خود نموده است. پس، به بهانه انعقاد قرارداد با کارمند نمی توان قرارداد الحاقی سرویس دهنده را نادیده گرفت. اگر کارفرما اراده ای بر کنترل و دسترسی به حساب، پس از قطع همکاری را داشت، شایسته بود در شبکه اجتماعی مطابق با مقصود خود ثبت نام می کرد. این دیدگاه، اگرچه رنگی از حقیقت دارد لکن تمام مسائل را پوشش نمی دهد. سوال آن است که اگر هیچ شرطی مبنی بر اینکه حساب متعلق به ثبت نام کننده است، وجود نداشت، چه باید کرد؟ وانگهی، می توان این احتمال را مطرح نمود که: قرارداد میان تامین کننده حساب و ثبت نام کننده، قرارداد الحاقی است. کاربران در زمان ثبت نام قدرت چانه زنی نسبت به مالکیت حساب ندارند: اگر مایل به استفاده از شبکه اجتماعی باشند بایستی شروط قرارداد را بپذیرند والا امکان استفاده از حساب را ندارند. بنابراین، می توان گفت که در مواردی ممکن است عنصر رضا در اینگونه قراردادهای به صورت

^۲ Work-for-Hire.^۱ Work-made-for-Hire.

مالک حق اختراع خواهد بود ولی برای کارفرما «یک لیسانس غیر انحصاری برای اجرا و استفاده از اختراع ظاهر می‌شود.» (صادقی و کبیری شاه‌آباد، ۱۳۹۷: ۴۴).

برخی معتقدند چالش مربوط به حق انتفاع حساب با توجه به قواعد مذکور قابل حل به نظر می‌رسد؛ بدین معنا که در فرضی که شخصی برای توسعه شبکه اجتماعی کسب‌وکار کارفرما استخدام می‌شود، حقوق مربوط به آن حساب متعلق به کارفرماست. حق کارمند، دستمزدی است که در ازای فعالیت و تلاشش به وی تعلق می‌گیرد و او نسبت به حساب هیچ حقی ندارد، حتی اگر اعتبار حساب به وجود او بستگی داشته باشد. اما، در فرضی که کارمند به این هدف، خواه صریحاً و خواه ضمناً، استخدام نشده باشد یا حساب توسط وی پیش از استخدام ایجاد شده باشد و گاهی اوقات مسائل کاری را در آن بارگذاری کند، حساب متعلق به کارمند می‌باشد لکن کارفرما از «حق انتفاع یا استفاده» برخوردار است، به ۳ شرط:

۱) کارمند در مقابل استفاده از منابع کارفرما، مابه‌ازایی نپرداخته باشد.

۲) کارمند در زمان اشتغال در محل کار، فعالیت مربوط به حساب را انجام داده باشد.

۳) کارمند به استفاده کارفرما از حساب یا دنبال‌کنندگان رضایت داده باشد. این رضایت، لازم نیست که صریحاً اظهار شود، بلکه به طور ضمنی نیز کفایت می‌کند. مثلاً، همین که شخص در زمانی که در محل کار هست و از رایانه شرکت استفاده می‌کند یا از نام شرکت به عنوان نام کاربری استفاده می‌نماید و یا از علامت تجاری که مربوط به کارفرما هستند در حساب بهره می‌برد، دلالت بر رضایت

این‌موضوع، به قانون حق نشر ۱۹۷۶ آمریکا نیز وارد شده و چهره قانونی به خود گرفته است.^۲ این مبحث، در خصوص حق اختراع نیز مطرح شده است. درباره این حق، دو فرض، از یکدیگر تفکیک شده‌اند (میرحسینی، ۱۳۹۵: ۱۰۶-۱۰۹):

فرض نخست، جایی است که شخصی به دلیل حل یک مسأله به استخدام دیگری درآید و به طور صریح یا ضمنی متعهد به اختراع چیزی برای حل آن مسأله شود،^۳ در این فرض، مالک حقوق مادی حق اختراع را کارفرما می‌دانند و نه کارمند (Rivard, 1997: 754-755) (بند ه ماده ۵ قانون ثبت اختراعات، طرحهای صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ و بند ب ماده ۶ قانون حمایت از حقوق پدید آورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹ و ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی مواد (۲) و (۱۷) قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۳).

فرض دیگر، در جایی است که شخص به منظور اختراع به استخدام دیگری درمی‌آید، بلکه خود او بدون اینکه از وی خواسته شده باشد، برای حل مشکلاتی که سر راه کارفرما و کار کارمند پیش می‌آید، دست به اختراع می‌زند. در این مسیر، اگر کارفرما منافعی داشته باشد^۴، قاعده «حق انتفاع یا استفاده»^۵ برای او این حق را به رسمیت می‌شناسد که کارفرما از اختراع مذکور استفاده نماید (Rivard, 1997: 757-762). به بیان دیگر، اگر اختراعی توسط کارمند یک شرکت انجام شود و آن کارمند آن اختراع را با استفاده از تجهیزات شرکت مذکور و یا مواد اولیه آن ایجاد نماید، به صورت ضمنی توافق بر این است که حقوق مادی مربوط به اختراع متعلق به شرکت خواهد بود و شرکت حق بهره‌برداری از این حقوق را خواهد داشت. پس، در این شرایط کارگر

^۱ The Copyright Act of ۱۹۷۶.

^۲ ر.ک: عنوان ۱۷، فصل ۱، ماده ۱۰۱.

^۳ Hired-to-invent.

^۴ مثلاً مخترع از منابع و امکانات کارفرما استفاده کرده باشد.

^۵ این حق در حقوق آمریکا موسوم به «Shop-right» است که به صورت تحت‌اللفظی «حق فروش» ترجمه می‌شود اما به نظر می‌رسد، عنوان حق

فروش جامع همه مصادیق استفاده از حقوق مادی مربوط به حق اختراع نباشد و بهتر است همانند اندیشمندان حقوق آمریکا که در توضیح این مفهوم از واژه «Use» استفاده می‌کنند، ما نیز آن را به حق استفاده یا انتفاع ترجمه کنیم. برخی نیز در توضیح این مفهوم از کلمه «استفاده» بهره برده‌اند (میرحسینی، ۱۳۹۵: ۱۰۵؛ صادقی و کبیری شاه‌آباد، ۱۳۹۷: ۴۴).



احراز منتفع اصلی خود حساب تسری داده و از مزایای این شیوه استفاده شود.

۳،۴ رویکرد مبتنی بر حق جلوت

"حق جلوت"^۲ یعنی «شخص حق دارد از نشانه‌های هویتی خویش (مانند صدا، تصویر، نام و دیگر ویژگی‌های شخصیتی‌اش)، آن‌گونه که می‌خواهد استفاده کرده و از بهره‌برداری بدون اجازه دیگران از این نشانه‌ها جلوگیری کند.» (میرشکاری، ۱۳۹۸: ۵۲۵). بنابراین، حق جلوت از هرگونه نشان هویتی‌ای که به منظور تجاری قابل بهره‌برداری است، صیانت می‌کند و حق استفاده انحصاری از آن را به صاحب نشان هویتی می‌دهد. یکی از مبانی حق جلوت، نظریه کار می‌باشد. براین اساس، اشخاصی که با صرف وقت و تلاش نشان‌های هویتی خود را تا حدی برجسته می‌کنند که قابلیت استفاده تجاری از آن‌ها وجود داشته باشد، شایسته است از ثمره این سعی و تلاش خویش استفاده مطلوب را ببرند (همان: ۵۳۲؛ McKenna, 2005: 230). بر اساس ماده ۴۶ سومین بازتیین مربوط به رقابت نامشروع^۳ شرط برای پیروزی در دعوی که خواسته آن حق جلوت است، باید جمع گردد؛ یعنی خواهان باید اثبات نماید:

۱. خوانده از نشان هویتی خواهان استفاده کرده؛
۲. این استفاده برای مقاصد تجاری بوده؛
۳. استفاده مذکور، بدون اذن خواهان بوده؛ و
۴. منتهی به ضرر شده است. (Halperin, 2019: 378)

با توجه به اینکه حق جلوت اختصاص به "اشخاص مشهور" ندارد و افراد عادی نیز از این حق برخوردار هستند، طبیعتاً، کارمندان نیز، به عنوان اشخاص عادی می‌توانند با استناد به این حق،

ضمنی استفاده کارفرما از حساب یا دنبال‌کنندگان می‌نماید. (Mitchel, 2014: 1487-1492).

مطابق این دیدگاه، پس از انحلال رابطه استخدامی، دسترسی کارمند به حساب و دنبال‌کنندگان استمرار می‌یابد اما این موضوع نسبت به کارفرما چگونه قابل تصور است؟ دلیل ایجاد این پرسش آن است که امکان کپی گرفتن و ایجاد حساب با همان شرایط غیرممکن است و از طرفی، کارفرما نیز حق استفاده و دسترسی به همان دنبال‌کنندگان را باید داشته باشد. در پاسخ به این مشکل، گفته‌اند که کارفرما پیش از قطع دسترسی به حساب باید این اختیار را داشته باشد که به دنبال‌کنندگان از طریق آن حساب پیغام دهد که پس از قطع رابطه استخدامی، فرضاً فلان حساب متعلق به وی می‌باشد (Mitchel, 2014: 1493). با این راه‌حل عملی، میان حقوق کارفرما و کارمند جمع می‌گردد و از اختلافات آتی پیش‌گیری خواهد شد.^۱

هرچند که با اعمال این رویکرد، بعضی از مسائل مربوط به حق انتفاع یا حتی مالکیت در ارتباط با شبکه‌های اجتماعی برطرف می‌شود، اما در نقد آن گفته شده که استفاده از مفاهیم مربوط به حقوق مالکیت فکری اعم از حق نشر و حق اختراع، صرفاً می‌تواند مؤید مالکیت محتوای تولیدشده در حساب باشد؛ زیرا، موضوع اصلی که مالکیت فکری در آن مداخله می‌کند، بحث محتواست. بنابراین، سوال اصلی که مربوط به حق انتفاع از خود حساب است، همچنان بی‌پاسخ باقی می‌ماند (Miao, 2012: 1047). با این وجود، به نظر می‌رسد اعمال رویکردهای مالکیت فکری در برخی از مسائل مربوط به انتفاع از حساب کارگشا باشد، هرچند که قاضی را از توجه به سایر معیارها بی‌نیاز نمی‌کند. در حقیقت، ایرادی ندارد که روش‌های احراز مالکیت محتوای حساب به

³ The Restatement (Third) of Unfair Competition ۱۹۹۵.

^۱ برای ملاحظه استفاده از این رویکرد در رویه قضایی، ر.ک به دعوی Ardis Health LLC v. Nankivell ۲۰۱۱.

^۲ Right of publicity.

۴ حقوق ایران

در نظام قانونگذاری ایران، نصی درباره انتفاع از حساب در شبکه‌های اجتماعی وجود ندارد. بنابراین، باید دید که آیا امکان بهره‌مندی از رویکردهای ذکرشده وجود دارد یا خیر؟ در پاسخ می‌توان اظهار داشت که از یک‌سو، رویکرد مبتنی بر راز تجاری در حقوق ایران به عنوان یک رویکرد جامع، قابل پذیرش نمی‌باشد؛ زیرا، علاوه بر انتقادات وارد بر این دیدگاه، راز تجاری در حقوق ایران به عنوان یک قاعده عمومی پذیرفته نشده است. شایان ذکر است که راز تجاری صرفاً در ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ و بند ۳۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار ایران مصوب ۱۳۸۴ (به صورت ضمنی) مقرر شده که به دلیل خاص بودن این قوانین، برداشت یک قاعده عمومی از آن‌ها دشوار به نظر می‌رسد (قبولی‌درافشان و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۲۹-۱۳۰). از سوی دیگر، تعصب بر هر یک از رویکردهای دیگر به صورت جداگانه و رد سایر دیدگاه‌ها به طور مطلق، صحیح و منطقی نیست؛ چه آنکه، به نظر می‌رسد هر کدام از رویکردها بتوانند سهم مناسبی در حل مساله داشته باشند. برای همین، به نظر می‌رسد که باید با تمسک به قواعد عمومی و قراین مختلف و استفاده از دستاوردهای همه رویکردها، برای این موضوع، چاره‌اندیشی کرد. البته، این موضوع بدین معنا نیست که حقوق‌دان به شرایط و ویژگی‌های نظام حقوقی خود بی‌اعتنا باشد و از نوآوری متناسب با آن خودداری نماید. در این مسیر، به نظر می‌رسد که بتوان از اراده طرفین برای تشخیص منتفع از حساب کمک گرفت: آنچه که به طرز قابل توجهی برای یافتن منتفع اصلی مغفول مانده، قصد و اراده طرفین اختلاف است. بدین معنا که در مرتبه نخست، باید دید که اراده طرفین چه بوده است. گاه این اراده به صورت صریح از سوی طرفین بیان شده است. برای نمونه، در خود قرارداد کاری میان کارفرما و کارمند در خصوص دارنده حق انتفاع از حساب تصمیم گرفته شده است؛ این تصمیم، هرچه باشد، در روابط داخلی طرفین لازم‌الاتباع است،

حساب ساخته شده را متعلق به خود بدانند، البته با دو شرط: نخست اینکه در حساب، از نشانه‌های هویتی خویش استفاده کند، هر مقدار که وجود مخاطبان حساب وابسته به شخصیت و حضور شخص کارمند در آن صفحه مجازی باشد، تعلق حساب به وی ترجیح دارد. همچنین، هر میزان که محتوا به حریم خصوصی او ارتباط بیشتری داشته باشد، حق انتفاع به وی تعلق دارد، حتی پس از اینکه از کار برکنار شود (Halperin, 2019: 493-494). پس، مثلاً اینکه کارمند چه مقدار از تصاویر مربوط به خود و خانواده‌اش را در حساب بارگذاری کرده یا از صوت و ویدیوی مربوط به خویش تا چه حدی در حساب استفاده کرده، می‌تواند برای تشخیص صاحب اصلی حساب مفید واقع شود.

دومین شرط مربوط به کوشش کارمند است. فعالیت کارمند نباید بی‌مزد بماند. در حقیقت، کارمندی که به صورت تمام یا پاره وقت به پیشرفت حساب می‌پردازد و عملکرد او منتهی به افزایش مشتری کارفرما می‌شود، این تلاش وی نباید بدون مزد باقی بماند و گاهی مزد این تلاش، صرف اجرت‌المسمایی که کارمند در آخر هر ماه دریافت می‌کند نیست، بلکه حق انتفاع از حساب به دلیل کار او باید به وی تعلق داشته باشد.

مطالب فوق نباید این شائبه را ایجاد نماید که رویکرد مبتنی بر حق جلوت کارمندمحور است و همواره نتیجه آن این است که صاحب حساب کارمند می‌باشد. برعکس، گاهی ممکن است از طریق این رویکرد، حق انتفاع به کارفرما تعلق داشته باشد و کارمند چیزی جز حقوق ماهیانه به دست نیاورد. مثلاً، اینکه کارمند برای گسترش کسب‌وکار و افزایش درآمد از نشان‌های هویتی کارفرما مانند نماد تجاری شرکت استفاده کند یا تصاویر محل کار را برای جلب اعتماد مشتریان منتشر نماید، خود می‌تواند دلیل بر تعلق حساب به کارفرما داشته باشد.



به "بیوگرافی" موسوم است. حال، اگر مشخصات مربوط به کارفرما باشد، این معیار به نفع وی می‌باشد و در صورتی که مربوط به کارمند باشد، موضوع بالکعس می‌شود (Park & Abril, 2016: 489-492). قرینه دیگر آن است که آیا کارفرما بر تولید محتوا و پست‌هایی که بارگذاری می‌شود، دخالت و نظارتی دارد یا خیر؟ آیا کارفرما اطلاعات ورود به حساب اعم از نام کاربری و رمزعبور را در اختیار دارد یا او بدون اینکه آگاهی از این موارد داشته باشد، صرفاً از کارمند خواسته که اطلاعات مربوط به شرکت را در شبکه اجتماعی قرار دهد؟ آیا کارمندان دیگری به غیر فرد مذکور به حساب دسترسی دارند یا خیر؛ زیرا، اصولاً حسابی که شخصی باشد و مربوط به کارمند باشد، اینگونه توسط دیگران قابل دسترسی نیست (Park & Abril, 2016: 492-493). این قراین که برخی مربوط به زمان افتتاح حساب و برخی مربوط به زمان فعالیت حساب می‌باشند، به قاضی کمک خواهند کرد تا احراز کند که در توافق ضمنی طرفین، چه کسی به عنوان دارنده حق انتفاع از حساب تلقی شده است. این توافق ضمنی ممکن است از طریق عرف نیز، قابل احراز باشد، در واقع، در صورتی که عرف خاصی میان کارفرمایان و کارمندان درباره مالکیت حساب شکل بگیرد، طبیعتاً، این عرف، برای طرفین لازم‌الاتباع است، هرچند که به آن جاهل باشند (مستفاد از ماده ۳۵۶ ق.م.). با این حال، با توجه به تازگی موضوع، بعید است عرف خاصی هم‌اکنون شکل گرفته باشد.

به هر روی، در مواردی که توافق صریح یا ضمنی طرفین به دلایل مختلف، قابل احراز نباشد، راه‌حلی که در طول راه‌حل فوق قابل استفاده است، استفاده از «نظریه کار» می‌باشد. مطابق این نظریه، تمرکز اصلی می‌بایست معطوف به تلاش و کار شود؛ در واقع، «هرکس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است ...» (اصل ۴۶ قانون اساسی). پس، قاضی باید به این موضوع بپردازد که ارزش مالی ایجاد شده برای حساب، محصول تلاش کدامیک از

هرچند که در قرارداد میان ارائه‌دهنده حساب و ثبت‌نام‌کننده توافق مغایری صورت گرفته باشد. به عبارت دقیق‌تر، به موجب اصل نسبی بودن قراردادها، مفاد هر توافقی محدود به طرفینش خواهد بود. بر این اساس، باید روابط کارمند و کارفرما از یکسو و روابط ثبت‌نام‌کننده و تامین‌کننده را از سوی دیگر، جداگانه در نظر گرفت؛ یعنی، ضمن احترام به قرارداد تامین‌کننده، در روابط داخلی کارمند و کارفرما قرارداد منعقد شده میان خودشان باید تا حدودی که به حقوق تامین‌کننده خدشه وارد نگردد، اجرا گردد. گاه اما، طرفین به صورت صریح درباره دارنده حق انتفاع از حساب توافقی نمی‌کنند؛ در این حالت، باید تلاش کرد با کمک قراین، اراده ضمنی طرفین را استنباط کرد. برای نمونه، یکی از قراین، توجه به هدف مشترک طرفین از ایجاد رابطه کاری است، بدین توضیح که آیا هدف از استخدام شخص، توسعه و مدیریت حساب مجازی بوده است یا هدف از استخدام چیز دیگری بوده، لکن کارمند با استفاده از حساب شخصی‌اش به صورت پراکنده در خصوص کسب‌وکار پست بارگذاری کرده است؟ در صورت اول، کفه ترازو به سمت کارفرما و در صورت دوم، به سمت کارمند سنگینی می‌کند (Park & Abril, 2016: 588-589). افزون بر این، نوع فعالیت مستخدم هم می‌تواند اماره مهمی باشد، شخصی که در بخش روابط عمومی یا بازاریابی فعالیت می‌کند با مهندسی که ارتباط با بیرون جزء وظایف او نیست، باید متفاوت در نظر گرفته شود. قرینه دیگر، توجه به شرایط حاکم بر ایجاد حساب است. در واقع، در این مورد باید بررسی گردد که حساب توسط چه کسی ایجاد شده است؟ این حساب بعد از استخدام ایجاد شده است یا قبل از آن؟ در صورتی که پس از استخدام ایجاد شده، نام کاربری حساب به نام کارفرما ثبت شده است یا کارمند؟ به طور کلی، در زمان ثبت نام، اطلاعات مربوط به چه کسی ثبت شده است (مثل ایمیل، شماره تلفن و ...)? همچنین، اصولاً در صفحات حساب کاربری، جایی برای نشان دادن مشخصات به عموم وجود دارد، مثلاً در اینستاگرام

اصلی این است که حساب، متعلق به چه کسی است: کارفرما یا کارکنان او؟

رویه قضایی آمریکا مملو از دعاوی مربوط به حق انتفاع از حساب‌های کاربری است. بر اساس همین دعاوی و موضع‌گیری دادگاه‌ها، اندیشمندان برای حل موضوع رویکردهای متفاوتی را مطرح کرده‌اند که هرکدام دارای نقاط ضعف و قوتی است. به نظر می‌رسد، تعصب بر یک رویکرد ضروری نباشد، بلکه می‌توان از جمع یافته‌های رویکردهای مذکور در تعیین منتفع اصلی استفاده نمود.

در حقوق ایران نص قانونی در خصوص انتفاع از حساب وجود ندارد. با این وجود، پیشنهاد می‌شود که در قراردادهای استخدامی نسبت به انتفاع از حساب کاربری توافق شود؛ یعنی، معین گردد که پس از قطع رابطه استخدامی، کارفرما منتفع اصلی است یا کارمند. همچنین، به قضات دادگاه‌ها پیشنهاد می‌شود در مواجهه با این دسته از دعاوی، در درجه نخست، به قرارداد کارفرما و کارمند توجه کنند. در صورت سکوت قرارداد، توجه به قراین می‌تواند اراده ضمنی طرفین را آشکار کند. از جمله این قراین که می‌تواند گره موضوع را برطرف نماید:

۱) حساب، پیش از رابطه استخدامی ایجاد شده یا پس از آن؟ در صورتی که پیش از رابطه استخدامی بوده، توسط کارمند ایجاد شده یا کارفرما قبلاً این حساب را توسط کارمند دیگری ایجاد کرده و الان مدیریت آن را به کارمند جدید داده است؟ مشخصات هویتی چه کسی در ثبت‌نام ارائه شده است؟

۲) میزان کنترل و نظارت کارفرما بر حساب و محتوای تولیدشده تا چه حدی بوده است؟

۳) نام حساب به نام کارفرما است یا کارمند یا ترکیبی از این دو؟ به علاوه، مخاطبینی که به این حساب پیغام می‌دهند، تصور می‌کنند با کارمند به عنوان صاحب حساب در حال گفتگو هستند یا کارمند را به عنوان بدنه اجرایی کسب‌وکار کارفرما و در واقع، نماینده وی در نظر می‌گیرند؟

طرفین اختلاف است (ملاک ماده ۱۵۰ ق.م.ا). آیا این کارمند بوده که برای مثال، با استفاده از نشانه‌های هویتی خویش و یا با استفاده از ارتباطات شخصی‌اش، توانسته دنبال‌کنندگان از حساب را افزایش دهد یا اینکه رونق مالی حساب را می‌تواند به کارفرما منسوب کرد، برای مثال، این کارفرما بوده که با پرداخت هزینه اشتراک حساب یا با استفاده از نشانه‌های هویتی خویش، توانسته برای حساب، مخاطب بدست بیاورد.

حال، اگر میان معیارهای یادشده تعارضی وجود داشت، چه باید کرد؟ به نظر می‌رسد که اگر قرارداد میان کارمند و کارفرما در این خصوص واجد نص باشد، منتفع اصلی همان است که معین شده اما اگر قرارداد ساکت بود، راهکار ابتدائی قراردادن هریک از امارات در دو کفه ترازویی است که یک کفه به نام کارمند و دیگری به نام کارفرماست. در صورت سنگینی هر کفه، با توجه به تعداد اماراتی که به نفع هر یک از کارمند یا کارفرماست، همان شخص به عنوان منتفع در نظر گرفته می‌شود اما اگر از این منظر هیچ کفه‌ای سنگینی نکرد یا به قدری این امارات به نفع هر دو طرف در یک سطح قرار داشت که تشخیص مالک اصلی ممکن نشد و افزون بر آن، استفاده از نظریه کار نیز قابل استفاده نبود (به دلیل اینکه مثلاً عرفاً به یک اندازه از نشان‌های هویتی استفاده شده باشد یا کار و فعالیت طرفین یکسان باشد)، می‌بایست حکم به انتفاع اشتراکی طرفین داد. (ملاک ماده ۱۱۱ ق.م. و ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی مواد (۲) و (۱۷) قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۳).

۵ نتیجه‌گیری

امروزه، حساب‌های موجود در شبکه‌های اجتماعی ارزش مالی فراوانی کسب کرده‌اند. همین امر، سبب شده تا اختلافات فراوانی بر سر مالکیت این حساب‌ها به وجود بیاید. در این صورت، پرسش



با یک اماره منتفع را تعیین نکرد؛ زیرا، احتمال خطا در این صورت بسیار زیاد است.

همچنین، در مرحله آخر، استفاده از نظریه کار برای تعیین منتفع اصلی می‌تواند راه‌گشا باشد. بر این اساس، باید دید رونق مالی ایجاد شده برای حساب، معلول زحمت و هزینه کدام‌یک از طرفین اختلاف است.

۴) آیا محتوای تولیدشده صرفاً کاری است یا شخصی و یا مخلوطی از این دو؟ پاسخ هرچه باشد، آیا غلبه با محتوای شخصی است یا کاری؟

۵) آیا رمز عبور در اختیار کارمندان دیگر هست یا خیر؟

۶) اگر فعالیت در شبکه اجتماعی خاص، معوض است نه رایگان، حق اشتراک را چه کسی پرداخت می‌کند؟ این پول از حساب چه کسی پرداخت می‌شود؟

قابل ذکر است که برای تعیین صاحب اصلی، می‌بایست مجموع این امارات را سبک-سنگین کرد و

Reference:

- Adornato, A. C., & Horsfall, A. S. (2019). Failed Strategy: Using Trade Secret Laws to Assert Ownership of Employees' Social Media Accounts in the Journalism Industry. *NYU J. Intell. Prop. & Ent. L.*, 9, pp. 62-90.
- Araqi, Z. (2000). Hashiyat-Al-Makaseb. Qom: Al-Qafour. (In Arabic)
- Argento, Z. (2012). Whose Social Network Account: A Trade Secret Approach to Allocating Rights. *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.*, 19, pp. 201-278.
- Casetext, "Phonedog v. Kravitz" Nov, 2011, (last visited 16 June 2022). Available at: <https://casetext.com/case/phon edog-v-kravitz>.
- Coe, P., & Brown, J. (2019). What's in a Name? The Case for Protecting the Reputation of Businesses under Article 1 Protocol 1 of the European Convention on Human Rights. *Journal of European Tort Law*, 10(3), pp. 286-315.
- Cohen, A. L. (2015). Damage Control: The Adoption of the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act in Texas. *Est. Plan. & Cmty. Prop. LJ*, 8, pp. 317-341.
- Computerhope, "User account" December, 2020, (last visited 16 June 2022). Available at: <https://www.computerhope.com/jargon/u/useracco.htm>.
- Darrow, J. J., & Ferrera, G. R. (2006). Who Owns a Decedents E-Mails: Inheritable Probate Assets or Property of the Network. *NYUJ Legis. & Pub. Pol'y*, 10, pp. 281-320.
- Edwards, L., & Harbina, E. (2013). Protecting post-mortem privacy: Reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. *Cardozo Arts & Ent. LJ*, 32, pp. 83-129.

- Ellison, N. B. (2007). Social network sites: Definition, history, and scholarship. *Journal of computer-mediated Communication*, 13(1), pp. 210-230.
- Evans, M. (2019). Trade Secret Status for Business Customer Lists Under the Defend Trade Secrets Act. *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.*, 21, pp. 21-33.
- Fairfield, J. A. (2005). Virtual property. *BUL Rev.*, 85, pp. 1047-1102.
- Ferrante, R. E. (2013). The Relationship between Digital Assets and Their Transference at Death: It's Complicated. *Loy. J. Pub. Int. L.*, 15, pp. 37-61.
- Fisk, C. L. (2003). Authors at work: The origins of the work-for-hire doctrine. *Yale JL & Human.*, 15, pp. 1-70.
- Furlong, M. (2013). Putting a Price on Friendship: Examining the Ownership Battle between a Business' Social Media Networks, and the Humans That Operate Them. *J. Marshall L. Rev.*, 47, pp. 745-768.
- Green, J. (2015). Trade Secrets and Data Security: A Proposed Minimum Standard of Reasonable Data Security Efforts When Seeking Trade Secret Protection for Consumer Information. *Cumb. L. Rev.*, 46, pp. 181-218.
- Halperin, B. (2019). Why Do You Want My Password: Assessing Ultimate Control of a Journalist's Twitter Account Used for Work Purposes. *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. LJ*, 30, pp. 325-392.
- Instagram, "Terms of Use" January, 2013, (last visited 17 June 2022). Available at: <https://www.instagram.com/about/legal/terms/before-january-19-2013/>.
- Jamel, A. L. (2016). Mixing Business with Pleasure: Evaluating the Blurred Line between the Ownership of Business and Personal Social Media Accounts under Sec. 541 (A)(1). *Emory Bankr. Dev. J.*, 33, pp. 561-598.
- Kolansky, R. J. (2013). Can we Really Ascribe a Dollar amount to Interpersonal Communication-How Phonedog v. Kravitz may Decide who Owns a Twitter Account. *Jeffrey S. Moorad Sports LJ*, 20, pp. 133-166.
- Leeson, P. A. (2016). How Many# Followers Do You Have: Evaluating the Rise of Social Media and Issues concerning in re CTLI's Determination That Social Media Accounts Are Property of the Estate. *Cath. UL Rev.*, 66, pp. 499-523.
- LinkedIn, "User Agreement" February, 2022, (last visited 16 June 2022). Available at: <https://www.linkedin.com/legal/user-agreement>.
- Mali, P., & Prakash G, A. (2019). Death in the era of PerPetual Digital afterlife: Digital assets, Posthumous legacy, ownership and its legal



- implications. National Law School Journal.
- McGarvey Hidy, K. (2018). Business Disputes Over Social Media Accounts: Legal Rights, Judicial Rationales, and the Resultant Business Risks. *Colum. Bus. L. Rev.*, pp. 426-494.
- McGarvey Hidy, K. (2021). Let Them Eat Cake: Social Media Accounts Property Rights, and the Digital Rights Revolution. *DePaul Law Review*, 71(1), pp. 47-86.
- McKenna, M. P. (2005). The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition. *U. Pitt. L. Rev.*, 67, pp. 225-294.
- McLaughlin, H. (2015). You're Fired: Pack Everything but Your Social Media Passwords. *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 13, vii, pp. 87-116.
- McNealy, J. (2013). Who Owns Your Friends: Phonedog v. Kravitz and Business Claims of Trade Secret in Social Media Information. *Rutgers Computer & Tech. LJ*, 39, pp. 30-55.
- Miao, T. A. (2012). Access denied: how social media accounts fall outside the scope of intellectual property law and into the realm of the computer fraud and abuse act. *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. LJ*, 23, pp. 1017-1062.
- Mirhosseini, S. H. (2017). *Law of Patents*. Tehran: Mizan. (In Persian)
- Mirshekari, A & Fattahi ketilate, A. (2021). The will of digital accounts. *Journal of Legal Research*, 20(47), pp. 165-194. (In Persian)
- Mirshekari, A. (2019). Inheritance of Virtual Accounts. *Journal of Civil Law Knowledge*, 7(2), pp. 71-90. (In Persian)
- Mirshekari, A. (2019). The Right of Publicity. *Private Law Studies Quarterly*, 49(3), pp. 523-542. (In Persian)
- Mitchel, C. J. (2014). Keep your friends close: a framework for addressing rights to social media contacts. *Vand. L. Rev.*, 67, pp. 1459-1495.
- Moore, C. A. (2017). Find Out Who Your Friends Are: A Framework for Determining Whether Employees' Social Media Followers Follow Them to a New Job. *Campbell L. Rev.*, 39, pp. 493-520.
- Nekit, K. (2020). Social media account as an object of virtual property. *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 14(2), pp. 201-226.
- Park, S., & Abril, P. S. (2016). Digital Self-Ownership: A Publicity-Rights Framework for Determining Employee Social Media Rights. *Am. Bus. LJ*, 53, pp. 537-598.
- Pillsbury's Internet & Social Media Team, "Can a Reporter's Twitter Account Be a Newspaper's Trade Secret?" August, 2018, (last visited 16 June 2022). Available at: <https://www.internetandtechnologylaw.com/reporter-twitter-account-trade-secret/>.



- Qabuli Dorafshan, M.M, Danesh Nari, H.R & Saatchi, A. (2013). Comparative Study of Civil and Criminal Protection of Trade Secrets in America and Iranian Legal Systems. *Journal Encyclopedia of Economic Law.*, 20(4), pp. 104-133. (In Persian)
- Rivard, P. M. (1997). Protection of Business Investments in Human Capital: Shop Right and Related Doctrines. *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y*, 79, pp. 753-763.
- Sadeghi, M & Kabiri Shah Abad, H.(2018). The comparative study of the rights of ownership of employee's invention in case the parties remain silent in contract in Iran and US law. *Journal of Comparative Intellectual Property Law Researches.* 1(1), pp. 26-57. (In Persian)
- Safai, S. A. & Hoseini, S. E.(2021).*Précis de Droit Civil; Personnes et Biens.* Tome 1. Téhéran : édition Mizan. (In Persian)
- Sprague, R.(2013).No Surfing Allowed: A Review & Analysis of Legislation Prohibiting Employers from Demanding Access to Employees'& Job Applicants' Social Media Accounts. *Alb. LJ Sci. & Tech.*, 24, pp. 481-513.
- Techopedia, "What Does User Account Mean?" May, 2022,(last visited 16 June 2022). Available at: <https://www.techopedia.com/definition/13458/user-account>.
- Twitter, "Terms of Service" June, 2022,(last visited 17 June 2022). Available at: <https://twitter.com/en/tos>.
- Walker, A. S.(2012).Who Owns Your Social Media Account?. *NY Business Law Journal*, 16.

Journal of Comparative Law

Publisher: *University of Mazandaran*

Director-in-Charge: *Dr, Javad Taghizadeh*

Editor-in-Chief : *Dr. Hamid Abhari*

Internal Manager: *Dr. Seyyed Hasan Hosseini Moghaddam*

Executive Director: *Ehsan Nemati*

Editorial Board:

Dr. Hamid Abhari, Professor University of Mazandaran
Dr. Mohsen Izanlou, Associate Professor, University of Tehran
Dr. Abdul Reza Javan Jafari, Associate Professor of Ferdowsi University of Mashhad
Dr. Mehrab Darabpour, Professor of Shahid Beheshti University
Dr. Abolhasan Shakri, professor University of Mazandaran
Dr. Ebrahim Shaareyan Sattari, Professor University of Tabriz
Dr. Bijan Abbasi, Associate Professor, University of Tehran
Dr. Mohsen Abdulahi, Associate Professor of Shahid Beheshti University
Dr. Sattar Azizi, professor of Bo ali Sina University
Dr. Kyomarth Kalantari, professor at University of Mazandaran
Dr. Homayoun Mafi, Professor of University of Judicial Sciences and Administrative Services
Dr. Sam Mohammadi, Professor University of Mazandaran
Dr. Pejman Mohammadi, Professor of Tarbiat Modares University
Dr. Ali Mashhadi, Associate Professor of Qom University
Dr. Alireza Yazdani, Associate Professor University of Isfahan

Editors:

- *Dr. Ebrahim Fakhri* (English)

- *Mr. Ehsan Nemati* (Persian)

Printing and Binding: *Katibeh Printing Co*

Address: *Office of Scientific Journal, Faculty of Law and Political Sciences, Pardis of University of Mazandaran, Shahid Beheshti St. Babolsar, Iran.*

Email: pajohesh.l-p@umz.ac.ir

TeleFax: +981135302104

Web page: www.lps.umz.ac.ir

This journal is following of Committee on Publication Ethics (COPE) and complies with the highest ethical standards in accordance with ethical laws.



Journal of Comparative Law

Vol. 6 No. 2 2021

University Of Mazandaran



Scientific Association of
Iranian Judicial Sciences



University of Mazandaran

COMPARATIVE LAW BIQUARTERLY

Articles



The feasibility study of preventive civil liability with a comparative view of jurisprudence and international law

Amin Pakkideh; Javad Porkarami; Saeid Kheradmandy

A comparative study of the legal requirements for designing digital smart contracts in Iranian and French law

Mojtaba Dehghani Tafti; Marzieh Afzali Mehr; Rabia Eskini

The effectiveness of the media in committing and preventing crime in the light of cultural criminology

Hamzeh Karaminaghibi; Behzad Razavifard; Hasanali Moazenadegan

The Lis pendens Doctrine in Private International Law in Iran with a Comparative Study in the Roman-German Legal System

Ali Soleimani Andarvar; Mohammad Alamzade; seyed Hasan Hosseini Moghadam

Termination of the contract before the date of implementation due to the violation of Iranian laws and the Convention on the International Sale of Goods

Mehri Shams; Jamshid Noorshargh; Ahmad Shams; Mehdi Montazer

Third-party litigation In two legal systems of Iran and France

Majid Aziziyani; Siamak RahPeik

Usury in Iranian and Egyptian banks from the perspective of jurisprudence and law

Sajjad Asgari Arani; Gholam hossein Masoud; Mohsen ShekarchiZadeh

How to arrange for the enforcement of a breach of an obligation in Iranian law, the Convention on the International Sale of Goods and British Law

Mohammad Farzanegan; Somaye Zohuri; Mohammad Hosein Taghi Poor Darzi Naghibi

Reflection on the principles and requirements of a secure electronic voting system

Hosseinali Kalhor; Hossein Malakooti Hashajin; Ayat Mulaee; Mohammad Mazhari

A comparative study of judges' attitudes towards the impact of cognitive psychology aspects on witness testimony

Alireza Moshirahmadi; Abdolreza Javan Jafari Bojnourdi; Seyyed Mahdi Seyyedzadeh Sani

A Comparative Study of the Consequences of the Seller's Non-Ownership in the Iranian Civil Code and the British Goods Sale Law

Seyed Saeid Momeni; Seyed Hekmat Olah Askari

Analysis of Rights Arising from accounts of Social networks in employee and employer relations with Emphasizing on The U.S.A law

Abbas Mirshekari; Shobeir Azadbakht



Journal of Comparative Law



Volume 6, Issue 2 - Serial Number 10, October 2022

