

بِسْمِ اللَّهِ  
الرَّحْمَنِ  
الرَّحِيمِ

## شناسنامه فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

### صاحب امتیاز: پژوهشکده حقوق و قانون ایران<sup>۱</sup>

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>اعضای گروه دبیران (هیأت تحریریه) براساس مروف الفبا:</b></p> <p>۱. محمد آشوری ۲. گودرز افتخار جهرمی ۳. محمدجواد جاوید ۴. محمد جعفر حبیب‌زاده ۵. سعید حبیبی ۶. محمد درویش‌زاده ۷. محمد راسخ ۸. حبیب‌اله رحیمی ۹. محمدجواد شریعت‌باقری ۱۰. سیدحسین صفایی ۱۱- علی اصغر عربیان ۱۲. عباس کریمی ۱۳. حمید گوینده ۱۴. محسن محبی ۱۵. سید مصطفی محقق داماد ۱۶. حسین مهرپور ۱۷. علی مهاجری</p> | <p><b>سر دبیر:</b> سیدحسین صفایی</p> <p><b>مدیرمسئول:</b> محمد درویش‌زاده</p> <p><b>مدیر داخلی:</b> محمدهادی جواهرکلام</p> <p><b>مدیر امور دانشنامه‌ای:</b> رقیه فراهانی</p> <p><b>ویراستار انگلیسی:</b> احمد بیگی حبیب‌آبادی</p> <p><b>ویراستار فارسی:</b> محمد تمدن</p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|



فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

امور گرافیکی و صفحه آرایی: نسیم قلی‌زاده

امور هماهنگی: مریم نعیمی، فاطمه ماستری

امور فنی و رایانه: محمدجواد مجد

ناشر: داد و دانش

تلفن: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۱، ۰۲۱-۶۳۸۷۷۰۲۱

نمابر: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۲

نشانی فصلنامه: میدان انقلاب، خیابان وحیدنظری، بین خیابان ۱۲ فروردین و خیابان فخر رازی، پلاک ۸۱

نشانی ایمیل: [info@Lawmagazine.ir](mailto:info@Lawmagazine.ir)

نشانی سایت: [www.Lawmagazine.ir](http://www.Lawmagazine.ir)



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری اطلاعات  
پژوهشکده حقوق و قانون ایران  
Iranian Law and Legal Research Institute

چاپ: نقش طوبی

شمارگان: ۱۵۰ نسخه

قیمت: ۷۵۰/۰۰۰ ریال



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری  
انجمن علمی آیین دادرسی ایران

این نشریه حاصل فعالیت مشترک پژوهشکده حقوق و قانون ایران و انجمن علمی آیین دادرسی مدنی است.

۱. به استناد روزنامه رسمی شماره ۲۲۰۸۸ مورخ ۹۹/۱۰/۲۲ عنوان مرکز پژوهشی دانشنامه‌های حقوقی علامه. به شرح فوق تغییر یافت.

## راهنمای تدوین مقالات فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی

- مقالات به زبان فارسی بوده و قبلاً در نشریه دیگری پذیرش یا چاپ نشده باشد.
- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری و دستاورد علمی نویسنده یا نویسندگان باشد.
- نویسنده یا نویسندگان پس از ارسال مقاله به نشریه و تا تعیین تکلیف نهایی آن در نشریه، اجازه ارسال آن را برای نشریه دیگر ندارند.
- مقالاتی که بیش از یک نویسنده دارد، نویسنده مسئول مشخص و ترتیب همکاری نویسندگان تعیین شود.
- مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
- حجم مقالات نباید از ۲۵ صفحه (۱۰۰۰۰ کلمه) تجاوز کند.
- کلیه مسئولیت‌های ناشی از صحت علمی مقالات بر عهده نویسنده یا نویسندگان است.
- فصلنامه تخصصی دانشنامه‌های حقوقی برای ویرایش مقالات آزاد است.

### نحوه تنظیم مقاله:

- مقاله علمی-پژوهشی شامل عنوان، چکیده مقاله، واژگان کلیدی، مقدمه، تجزیه و تحلیل، نتیجه‌گیری و منابع است.
- اطلاعات کامل نویسنده یا نویسندگان، مرتبه علمی، تعیین نویسنده مسئول و ترتیب اسامی نویسندگان در مرحله ثبت اطلاعات در سامانه صورت می‌گیرد و فایل‌های ارسالی مقالات باید بدون نام و اطلاعات نویسندگان در سامانه بارگذاری شود.
- چکیده مقاله، شرح مختصر و جامعی از محتوای مقاله شامل بیان مسئله، هدف، ماهیت و چگونگی پژوهش، نکته‌های مهم نتیجه و بحث است. تعداد کلمات چکیده حداکثر ۳۰۰ کلمه باشد و واژگان کلیدی حداقل ۴ و حداکثر ۷ واژه باشد.
- مقدمه مقاله بیانگر مسئله پژوهش است. محقق باید زمینه‌های قبلی پژوهش و ارتباط آن را با موضوع مقاله و وجوه تمایزش را به اجمال بیان و در پایان انگیزه تحقیق را بیان کند.
- در تیتراها از شماره‌گذاری استفاده شود و تمایز بین تیترا اصلی و فرعی با فونت و شماره مشخص شود.
- در ترکیبات، فعل‌ها یا کلمات چندجزیی فاصله بین حروف با نیم‌فاصله باشد.

- در متن مقالات معادل انگلیسی اصطلاحات و یادداشت‌های توضیحی (توضیحاتی که به نظر نویسنده ضروری است) در پاورقی درج شود.
- رعایت دستور خط فارسی مصوّب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- ارجاعات در متن مقاله به صورت درون متنی و داخل پرانتز به صورت (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/ صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پرانتز (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) نوشته شود.
- اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
- منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، (سال انتشار)، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر.
- مقاله: نام خانوادگی، نام، (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام مجله، دوره، شماره مجله، شماره صفحات شروع تا پایان مقاله.
- منبع الکترونیک: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان مقاله»، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین بازدید.
- ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه <http://www.lawmagazine.ir> امکان پذیر است.
- لذا لازم است از ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر فصلنامه یا ارسال مقاله از طریق ایمیل خودداری شود.
- ارتباط با سردبیر از طریق پست الکترونیکی [info@lawmagazine.ir](mailto:info@lawmagazine.ir) امکان پذیر است.

## فهرست مقالات<sup>۱</sup>

- تأثیر قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی ..... ۷  
 رسول بهرامپوری
- آیین دادرسی هیأت حل اختلاف ثبت احوال ..... ۳۶  
 امید توکلی کیا
- داوری در آثار استاد جعفری لنگرودی ..... ۷۴  
 عبدالله خدابخشی
- اشتباه یک‌طرفه و بررسی کارآیی آن در حقوق ایران و انگلیس ..... ۹۵  
 رضا خودکار، پرویز رحمتی
- مطالعه تطبیقی کاربرد حسن نیت در فرآیند تفسیر موافقت‌نامه‌ها نزد ارکان حل اختلاف  
 سازمان تجارت جهانی ..... ۱۲۷  
 سیامک کریمی
- تضمین‌های حقوق شهروندی متهمان جرایم تروریستی در مرحله تحقیقات؛ مطالعه تطبیقی  
 در حقوق ایران، انگلستان و مصر ..... ۱۵۷  
 محسن کهندانی، بهزاد رضوی فرد
- چکیده دانشنامه‌ای نشریه ..... ۱۸۸
- خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات ..... ۱۹۸

۱. به ترتیب حروف الفبای نام خانوادگی نویسندگان.



# تأثیر قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

رسول بهرامپوری<sup>۱</sup>

## چکیده

در کنار اراده طرفین و معیارهای عینی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبارات اسنادی بین‌المللی، قواعد انتظامی از موارد تاثیرگذار در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط مذکور است. در شرایط کنونی تجارت به خصوص در عرصه بین‌المللی، مشاهده می‌شود که روابط فعالان در این زمینه، از مرزهای روابط خصوصی فراتر رفته و برخی ملاحظات مربوط به منافع عمومی نیز بر این روابط تحمیل شده است. در این وضعیت مرجع رسیدگی (دادرس یا داور) در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی علاوه بر اعتبار بخشیدن به اراده طرفین و معیارهای عینی موجود، هم‌زمان به منافع عمومی نیز توجه داشته و در تعیین حقوق قابل اعمال، در مواردی که اراده طرفین یا معیارهای عینی حقوق یک کشور را به عنوان حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی تعیین می‌نمایند، قواعد انتظامی موجود در سایر نظام‌های حقوقی مرتبط با آن رابطه حقوقی موجود در اعتبار اسنادی را نیز مورد توجه قرار می‌دهد. بدین ترتیب مرجع رسیدگی در تعیین حقوق حاکم بر رابطه حقوقی مانع از آن می‌شود که حقوق تعیین شده بر اساس اراده طرفین یا معیارهای عینی، قواعد انتظامی کشورهای مرتبط با آن رابطه حقوقی را نادیده گیرد.

**کلیدواژه‌ها:** قواعد انتظامی، اعتبار اسنادی، تعارض قوانین، نظم عمومی.

۱. دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

Email: Rasoolbahrampoori@gmail.com

تحولات رخ داده در عرصه تجارت و ورود منافع عمومی در بدنه حقوق خصوصی موجب مطرح شدن مفاهیمی همانند نظم عمومی بین‌المللی و قواعد انتظامی<sup>۱</sup> شده است. قواعد انتظامی، آن دسته از قواعدی هستند که رعایت آن لازمه حفظ و نگهداری سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور است و در واقع، هر نظام حقوقی اجرای این قواعد را صرف‌نظر از حقوق قابل اعمال بر یک رابطه حقوقی، به صورت بدون قید و شرط و کامل مطالبه می‌کند و بدین‌جهت، مرجع رسیدگی باید صرف‌نظر از اینکه حقوق کدام کشور بر رابطه حقوقی متنازع‌فیه قابل اعمال است، قواعد انتظامی مربوطه را رعایت نماید.

در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبارات اسنادی روش ایده‌آل، راه‌حلی متعادل و جامع است که به تمایز میان قواعد حاکمیت اراده (قواعد از جنس حقوق خصوصی) و رفاه اجتماعی (قواعد از جنس حقوق عمومی) وفادار باشد و بتواند تعاملات پیچیده میان این دو حوزه را تبیین نماید. در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط حقوقی، ارجاع به نظام حقوقی واحد که تمام ابعاد یک رابطه حقوقی (مسائل مربوط به حقوق خصوصی و حقوق عمومی) را پوشش دهد مطلوب نیست، بلکه لازم است جنبه‌های خاصی از دعاو منتزع و کوشیده شود عناصر مرتبط در یک دایره مشخص و محدود با یکدیگر مورد مقایسه قرار گیرند؛ زیرا تمام عناصر مزبور دارای ماهیت و کارکرد یکسان نیست و تمام آن‌ها با یکدیگر، نمی‌توانند مشمول حقوق واحدی باشند و بدین‌ترتیب، تعیین حدود حقوق عمومی و حقوق خصوصی بخشی از روند حل تعارض قوانین محسوب و مورد توجه قرار می‌گیرد (باقری، ۱۳۸۵: ۵۴).

۱. به این اصطلاح در حقوق انگلستان «rules of immediate application»، فرانسه «Loi de police»، در حقوق سوئیس «Loi d'application immediate»، در حقوق بلژیک «Regle direct d'application»، در حقوق ایتالیا «Norme di applicazione necessaria» و در حقوق آلمان «Exklusivnormen» و «Eingriffsnormen» گفته می‌شود.

در این پژوهش به شیوه تحلیلی- توصیفی و با روش کتابخانه‌ای در ابتدا مفهوم قواعد انتظامی و مقایسه آن با نظم عمومی بین‌المللی بررسی و در ادامه مصادیق قواعد انتظامی در روابط حقوقی موجود در اعتبار اسنادی بیان می‌شود و سپس کارکرد قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبارات اسنادی مشخص می‌شود.

## ۱- مفهوم قواعد انتظامی و مقایسه آن با نظم عمومی بین‌المللی

از مبهم‌ترین مفاهیمی که در علم حقوق مطرح و پیرامون آن دیدگاه‌های متعددی مطرح شده است، نظم عمومی است. در خصوص این مفهوم و حدود و ثغور آن نویسندگان حقوقی دیدگاه‌های متعددی را ارائه کرده‌اند و مراجع رسیدگی (دادگاه‌ها و هیأت‌های داوری) نیز تعبیر و مفاهیم متعددی از آن به دست داده‌اند (Garnefsky, 2011: 23). اصلی‌ترین دلیل ابهام آن است که قوانین و مقررات تعریفی از مفهوم نداشته و به‌ذکر عبارات مجملی برای ارجاع به آن کفایت کرده‌اند (مانند ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی) و آن را به عنوان امری موضوعی به مرجع رسیدگی واگذار کرده‌اند.

علاوه بر عدم تعریف این مفهوم در قوانین و مقررات، یکی از علت‌های مبهم بودن آن در نظام‌های حقوقی این است که نظم عمومی، مفهومی نسبی، متغیر و منعطف است (ارفع نیا، ۱۳۹۵: ۱۸۴)، که با اخلاق عمومی، ایدئولوژی سیاسی، اقتصاد و ... در ارتباط است و نه تنها نسبت مکانی (از کشور یا منطقه‌ای به کشور یا منطقه دیگر) بلکه نسبت زمانی (از زمانی به زمان دیگر) نیز دارد (Geyer, 2015: 72)، بدین ترتیب ضابطه و معیار دقیق، و فراگیر برای تعریف این مفهوم قابل حصول نیست و بنابر اظهار برخی نویسندگان، بیش از ۲۲ تعریف از نظم عمومی ارائه شده است (صادقی، ۱۳۸۴: ۹۱).

در یک تقسیم‌بندی کلی، می‌توان نظم عمومی را به دو دسته نظم عمومی فراملی و ملی تقسیم نمود. موضوع نظم عمومی فراملی که وجود آن در نظام حقوق فراملی بازرگانی ادعا شده است (Ferrari & Fernández, 2019: 166)، به معنای قواعد آمراهی است که میان بازرگانان و

فعالان عرصه تجارت بین‌الملل مقبولیت عام یافته، مختص به یک کشور نیست و از اراده قانون‌گذاری ملی حاصل نشده بلکه ریشه در عرف‌های بازرگانی فراملی دارد (شهبازی‌نیا و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۰۳). نظم عمومی ملی، بر دو قسم است: الف- نظم عمومی در روابط داخلی (نظم عمومی داخلی) ب- نظم عمومی در روابط بین‌المللی (نظم عمومی بین‌المللی).

با عنایت به اینکه این نوشتار به تاثیر قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبارات اسنادی می‌پردازد، بررسی مفهوم کلی نظم عمومی در آن جایی ندارد و صرفاً قواعد انتظامی به عنوان یکی از مصادیق نظم عمومی ملی مورد بررسی قرار گرفته است و برای تبیین بیشتر این مفهوم، نظم عمومی بین‌المللی که در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی و تعیین حقوق قابل اعمال بر جنبه‌های مختلف روابط حقوقی واجد عنصر خارجی مورد استفاده قرار می‌گیرد نیز بررسی شده تا جایگاه قواعد انتظامی در مقایسه با مفهوم نظم عمومی بین‌المللی مشخص گردد.

#### ۱-۱- مفهوم نظم عمومی بین‌المللی

نظم عمومی بین‌المللی به عنوان یکی از رویکردهای نظم عمومی ملی در موردی مطرح می‌شود که دادگاه در مقام رسیدگی به یک دعوای دارای عنصر خارجی، به دلیل تراضی طرفین (اراده صریح یا ضمنی) یا معیارهای عینی، حقوق کشوری خارجی را به عنوان حقوق قابل اعمال بر یک رابطه حقوقی تعیین نموده و در این وضعیت چنانچه این مرجع با توجه به قوانین و مقررات کشور مقرر، احراز کند که حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی در تمام ابعاد دعوای، یا بخشی جزئی از آن، با مبانی و اصول تمدنی کشور مقرر در تعارض است، حقوق خارجی را اعمال نمی‌کند.

در تعریف نظم عمومی بین‌المللی، برخی حقوق‌دانان بر این اعتقاد هستند که نظم عمومی بین‌المللی به معنای مجموعه سازمان‌ها و قواعد حقوقی است که چنان با مبانی و اصول تمدنی یک کشور مرتبط هستند که ناگزیر بر قوانین خارجی مقدم می‌شوند (صادقی، ۱۳۸۴: ۹۴). برخی دیگر نظم عمومی بین‌المللی را مجموع قواعد و تأسیساتی تعریف می‌کنند که به صورت گسترده با تمدن یک کشور آمیخته و قضات در مقام رسیدگی به یک دعوای دارای عنصر خارجی، ناگزیر

اجرای آن را بر حقوق خارجی (اگرچه حقوق این کشور بر اساس قواعد حل تعارض دارای صلاحیت باشد) مرجح و دارای اولویت می‌دانند و بدین ترتیب مانع اجرای قانون خارجی می‌شوند (نصیری، ۱۳۹۲: ۱۸۹).

لازم به ذکر است نظم عمومی بین‌المللی (با کارکرد مانع شدن از اجرای حقوق خارجی) دایره بسیار محدودتر و مضیق‌تری نسبت به نظم عمومی داخلی دارد (Symeonides, 2008: 348). برخی حقوق‌دانان در این خصوص باور دارند که نظام‌های حقوقی ملی بین قاعده نظم عمومی داخلی و قاعده نظم عمومی بین‌المللی خود تفاوت قائل می‌شوند. در حقوق داخلی مفهوم نظم عمومی اغلب برای معرفی قاعده امری مورد استفاده قرار می‌گیرد که طرفین نمی‌توانند از آن عدول نمایند؛ در حالی که در حقوق بین‌الملل خصوصی، نظم عمومی موجب می‌شود که دادرس از اعمال حقوق علی‌الاصول صلاحیت‌دار، هنگامی که ناقض مفاهیم اجتماعی و حقوق اساسی نظام حقوقی کشور مقرر می‌باشد، امتناع ورزد (جنیدی، ۱۳۸۷: ۲۶۵).

یکی دیگر از نویسندگان در بیان تفاوت نظم عمومی داخلی و بین‌المللی بیان می‌دارد که در نظم عمومی در روابط بین‌المللی نسبت به نظم عمومی در حقوق داخلی، درجه شدیدتری از نظم مورد توجه است؛ بدین معنی که در روابط داخلی، قوانین امری، مفهوم نظم عمومی را می‌سازند در حالی که در روابط بین‌المللی، صرف مخالف بودن موضوعی با قوانین امری مانع از اجرای قانون خارجی نمی‌شود، بلکه باید قاعده‌ای منافع حیاتی جامعه را به خطر اندازد یا با اخلاق عمومی مورد احترام مردم برخورد شدیدی داشته باشد تا مخالف نظم عمومی به شمار آید و گرنه امری بودن قانون به تنهایی مانع از اجرای حقوق کشور خارجی نخواهد شد؛ چنانکه در امری بودن قوانین مربوط به احوال شخصیه تردیدی وجود ندارد در حالی که امکان اجرای قانون خارجی در این باره از مسلمات است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۹۷). بدین ترتیب مشاهده می‌شود که مفهوم نظم عمومی داخلی و نظم عمومی بین‌المللی متفاوت از یکدیگر بوده و نظم عمومی در حقوق داخلی مفهومی گسترده‌تر از مفهوم نظم عمومی در روابط بین‌المللی دارد.

همان گونه که بیان شد نظم عمومی بین المللی توسط دادگاه در رسیدگی به دعوای واجد عنصر خارجی در نظر گرفته می شود و دادگاه برای تشخیص مصادیق نظم عمومی بین المللی، به حقوق کشور مقرر مراجعه می کند (Mills, 2008: 21)، اما در مورد داور (داور واحد یا هیأت داور) با توجه به اینکه اصل بر آن است که داور کشور مقرر ندارد، بنابراین وی به جای آنکه به حقوق کشور مقرر مراجعه نماید، نظم عمومی بین المللی در نظام های حقوقی دارای ارتباط قوی با رابطه حقوقی را مدنظر قرار می دهد. البته در آرای داور صادره در هیأت های داور ایرانی مشاهده می شود که این داوران بیشتر به نظم عمومی ایران توجه داشته و مطابق با آن حقوق منتخب طرفین را بر دعوای حاکم نموده اند. به عنوان مثال در رأی داور شماره ۳۶/د/۸۷/۱۵/۲۰۶ مرکز داورى اتاق بازرگانی ایران، داور به صراحت اراده طرفین در تعیین مقررات حاکم بر دعوای را در صورتی قابل پذیرش می داند که با نظم عمومی کشور ایران مغایرت نداشته باشد. داور در این رأی بیان می دارد: «داور قواعد مذکور را تا جایی قابل اعمال می داند که با نظم عمومی کشور ایران مغایرت نداشته باشد.»

## ۲-۱- مفهوم قواعد انتظامی

اصلاح قواعد انتظامی (Lois de pilice) برای نخستین بار در سال ۱۹۶۶ توسط «Francescakis Phocion» مطرح شد (Meyzeaud-Garaud, 2008: 45). قواعد انتظامی که بخشی از نظم عمومی بین المللی را تشکیل می دهد و با عناوین دیگری همانند «قوانین مربوط به انتظامات» (درن، ۱۳۶۷: ۲۰۳)، «قواعد انتظامات عمومی» (شهبازی نیا و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۰۱) و «قواعد اجباری حقوق عمومی»، «قوانین انتظامی» (جنیدی، ۱۳۹۱: ۱۰۴)، «قواعدی که باید فوراً اجرا شوند»<sup>۱</sup> و «قواعدی که اجرای آنها ضروری است»<sup>۲</sup> نیز معروف است، به معنای قواعدی هستند که رعایت آن لازمه حفظ و نگهداری سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور است و

1. Lois d'application immediate.

2. Lois d'application nécessaire, in: Racine, Jean-Baptiste, (2010), Droit économique et lois de police, Revue internationale de droit économique, Tome 18, p 61.

در واقع، هر نظام حقوقی اجرای این قواعد را صرف‌نظر از حقوق قابل اعمال بر یک رابطه حقوقی، به صورت بدون قید و شرط و کامل مطالبه می‌کند و بدین‌جهت، مرجع رسیدگی باید صرف‌نظر از اینکه حقوق کدام کشور بر رابطه حقوقی متنازع‌فیه قابل اعمال است، قواعد انتظامی مربوطه را رعایت نماید.

قواعد انتظامی چنان اولویتی بر حقوق خارجی دارند که بدون توجه به اینکه حقوق کدام کشور بر رابطه حقوقی قابل اعمال است، اجرا و اعمال می‌شوند و به عبارت دیگر صرف وجود قواعد انتظامی کشور مقرر دادگاه در خصوص موضوعی از موضوعات مرتبط با رابطه حقوقی، دخالت حقوق خارجی قابل اعمال بر آن رابطه حقوقی (که به موجب قاعده تعارض قوانین مقرر دادگاه تعیین شده است) را نسبت به آن موضوع منتفی می‌سازد (درن، ۱۳۶۷: ۲۰۵).

برخی حقوقدانان در تعریف قواعد انتظامی بیان داشته‌اند که شاخه‌ای از نظم عمومی در روابط بین‌المللی که به حوزه حقوق عمومی مربوط می‌شود، در خصوص آن دسته از روابط خصوصی بین‌المللی است که به دلایل مختلف با حوزه‌هایی از حقوق عمومی، ارتباط و تماس یافته‌اند و مهم‌ترین و اصلی‌ترین حوزه‌ای که در این میان عینیت و تشخیص یافته است، قواعد آمره واجد طبع نظم عمومی اقتصادی است. به عبارت دیگر، مفهوم دیگری از نظم عمومی که مربوط به حوزه حقوق عمومی است، تحت‌عنوان قواعد انتظامی وجود دارد که اگرچه این دسته از قوانین در ظاهر برای حکومت بر روابط داخلی است، لیکن در عمل نسبت به کلیه روابط حقوقی که در قلمرو آن‌ها قرار می‌گیرد (حتی درمورد روابط حقوقی واجد عامل خارجی و دارای ماهیت بین‌المللی) اعمال می‌شود و در واقع این قواعد، اجرای خود را بدون استثنا مطالبه می‌کنند (جنیدی، ۱۳۹۱: ۱۰۳). بدین‌ترتیب می‌توان قائل شد قواعد انتظامی، قواعدی هستند که فایده آن برای یک جامعه خاص و معین چنان زیاد است که با قوانین خارجی قابل مقایسه نیستند و هدف قواعد مزبور آن است که دادرس یا داور نتواند با اعمال حقوق یک کشور خارجی، مانع اجرای آن شود.

### ۳-۱- جایگاه قواعد انتظامی در نظم عمومی بین‌المللی

برخی نویسندگان در تقسیم نظم عمومی، ابتدا آن را به نظم عمومی ملی و فراملی تقسیم می‌کنند و در ادامه نظم عمومی ملی را به سه شاخه نظم عمومی داخلی، نظم عمومی بین‌المللی و قواعد انتظامی منشعب کرده‌اند و در واقع بر اساس دیدگاه این نویسندگان، نظم عمومی بین‌المللی و قواعد انتظامی قسیم یکدیگر و هر دو از اقسام نظم عمومی ملی محسوب می‌شوند (صادقی، ۱۳۸۴: ۹۷). در حالی که برخی دیگر از نویسندگان بر این عقیده هستند که نظم عمومی ملی دارای دو شاخه داخلی و بین‌المللی (در حوزه حقوق خصوصی و حقوق عمومی) است. نظم عمومی بین‌المللی (نظم عمومی در روابط بین‌المللی) در برخی موارد مربوط به حوزه حقوق خصوصی (مانند احوال شخصیه) است و وظیفه آن، نفی و طرد قانون خارجی علی‌الاصول صلاحیت‌دار در فرض تعارض با قواعد امری اساسی یا هنجارهای بنیادی اخلاق حسنه می‌باشد و در چنین مواردی مانع از اجرای قانون خارجی می‌شود و همچنین نظم عمومی در روابط بین‌المللی در برخی موارد مربوط به حوزه حقوق عمومی است و با ساختار قدرت عمومی، ارکان دولت یا سیاست‌های اقتصادی کشور مرتبط هستند که در این وضعیت، وظیفه نظم عمومی در روابط بین‌المللی در حوزه حقوق عمومی (یا همان قواعد انتظامی)، طرد قانون علی‌الاصول صلاحیت‌دار نیست، بلکه وظیفه آن، ممانعت از اجرای قانونی در یک قلمرو مشخص است؛ به عبارت دیگر قواعد انتظامی که نوعی نظم عمومی شدید تلقی می‌شود و اجرای خود را بدون استثنا مطالبه می‌کند، به دلیل ماهیت عمومی‌شان در حوزه نظریه تعارض قوانین قرار نمی‌گیرند و توسط قانون خارجی کنار زده نمی‌شوند و لزوم رعایت قواعد انتظامی، اصل و قاعده است و به همین جهت نظم عمومی طرد‌کننده تلقی نمی‌شوند (جنیدی، ۱۳۹۱: ۱۰۶).

با بررسی دیدگاه‌های فوق‌الذکر، به نظر می‌رسد دیدگاه دوم صحیح‌تر است، زیرا کارکرد نظم عمومی ملی را می‌توان منحصر به کارکرد آن در روابط داخلی و بین‌المللی کرد و بر این مبنا، نظم عمومی در روابط داخلی و نظم عمومی در روابط بین‌المللی، عینیت می‌یابند و نویسندگانی که اقدام به بیان قواعد انتظامی به عنوان قسم سوم نظم عمومی ملی نموده‌اند، دلیلی برای انفکاک

این مفهوم از نظم عمومی بین‌المللی بیان نکرده‌اند و تلقی ایشان از نظم عمومی در روابط بین‌المللی، منحصر به کارکرد این مفهوم از نظم عمومی در مسائل مرتبط با حقوق خصوصی است و برای کارکرد نظم عمومی بین‌المللی در حوزه حقوق عمومی، عنوان «قواعد انتظامی» را مطرح کرده‌اند؛ در حالی که در نظم عمومی در روابط بین‌المللی، برخی مسائل مرتبط با قواعد آمره اساسی در حوزه حقوق خصوصی است و موضوع «نظم عمومی پردکننده» در ذیل عنوان نظم عمومی بین‌المللی مطرح می‌شود و برخی مسائل مرتبط با قواعد آمره اساسی در حوزه حقوق عمومی است که به دلیل ماهیت عمومی، دولت‌ها اجرای بدون قید و شرط آن را مطالبه می‌کنند و موضوع «قواعد انتظامی» در ذیل عنوان نظم عمومی بین‌المللی مطرح می‌گردد و بر این اساس می‌توان قائل شد که کارکرد نظم عمومی بین‌المللی در حوزه حقوق عمومی و حقوق خصوصی، ذیل عنوان واحد و عام «نظم عمومی بین‌المللی» قابل طرح است و انشقاق مفهوم قواعد انتظامی از نظم عمومی بین‌المللی مبنایی ندارد. بدین ترتیب، قواعد انتظامی شاخه‌ای از نظم عمومی ملی در روابط بین‌المللی است که مرتبط با حوزه حقوق عمومی بوده و قسم مجزایی از نظم عمومی ملی و قسیم نظم عمومی در روابط بین‌المللی محسوب نمی‌شود.

## ۲- مصادیق قواعد انتظامی در روابط موجود در اعتبار اسنادی

با توجه به تعریفی که از قواعد انتظامی و رابطه آن با نظم عمومی بین‌المللی ارائه شد، در این بند برخی مصادیق قواعد انتظامی که در زمینه روابط موجود در اعتبارات اسنادی بین‌المللی موضوعیت داشته و قابل طرح است، مورد بررسی قرار می‌گیرد. از این رو در بند نخست، مقررات ارزی به عنوان یکی از مهم‌ترین حوزه‌های مرتبط با حقوق عمومی که با اعتبارات اسنادی بین‌المللی نیز ارتباط تنگاتنگ دارد بررسی می‌شود و در ادامه مقررات صادرات و واردات که عمده‌تاً از یک سو سیاست‌های عمومی دولت در آن دخیل است و از سوی دیگر اشخاص مرتبط با اعتبار اسنادی (علی‌الخصوص متقاضی به عنوان واردکننده و ذی‌نفع به عنوان صادرکننده) با آن مواجه هستند بررسی شده و در پایان سایر مصادیق قواعد انتظامی که با روابط موجود در اعتبار اسنادی مرتبط هستند مورد بررسی قرار می‌گیرند.

مقررات ارزی از جمله مقررات مرتبط با حوزه حقوق عمومی است که دولت‌ها برای کنترل ذخایر ارزی و همچنین ساماندهی مبادلات ارزی مقرر کرده و رفتار فعالان اقتصادی مرتبط با فعالیت‌های مرتبط را سامان می‌دهند. مقررات ارزی به عنوان وسیله‌ای مورد استفاده قرار می‌گیرد تا دولت‌ها جریان ارز در نظام اقتصادی را تحت مدیریت خود قرار دهند و بدین ترتیب، سیاست‌های کلی خود در این زمینه را اجرا نمایند (Laurent, 2013: 130).

از جمله فعالیت‌هایی که در نظام اقتصادی هر کشوری مرتبط با مسائل ارزی است، اعتبارات اسنادی بین‌المللی است. واحد پولی مندرج در اعتبار اسنادی، علی‌الاصول برای برخی یا تمام بانک‌های دخیل در فرایند اعتبارات اسنادی بین‌المللی (بانک صادرکننده، بانک تأییدکننده و بانک ابلاغ‌کننده)، واحد پول خارجی (ارز) محسوب می‌شود و این بانک‌ها و همچنین متقاضی و ذی‌نفع در فرایند صدور اعتبار اسنادی و پرداخت وجه آن به ذی‌نفع، با این واحد پول خارجی در ارتباط و ملزم به رعایت مقررات ارزی هستند (Frida, 1998: 38). به عنوان مثال در یک اعتبار اسنادی که بانکی ایرانی اقدام به گشایش اعتبار اسنادی به ذی‌نفعی یک شرکت هندی به دلار آمریکا نموده و این اعتبار توسط بانکی هندی تأیید می‌شود، بانک صادرکننده و بانک تأییدکننده با واحد پول خارجی در ارتباط و ملزم به رعایت مقررات ارزی کشور محل اقامت خود هستند.

واقعیت‌های موجود نشان می‌دهد که کشورهای در حال توسعه (به خصوص کشورهای که ذخایر ارزی آن‌ها محدود است یا در شرایطی خاص همانند تحریم در استفاده از منابع ارزی موجود صرفه‌جویی می‌کنند) رویکردی سخت‌گیرانه جهت جلوگیری از خروج ارز کشور و کاسته شدن از منابع ارزی دارند (Frieden, 2017: 34)، و سعی می‌کنند برخی ضوابط و محدودیت‌های ارزی اعمال کنند که برخی از آن‌ها عبارتند از:

الف- منحصر نمودن خارج کردن ارز از کشور به شیوه معین (همانند انتقال ارز از طریق سیستم بانکی)؛

ب- ممنوع کردن تخصیص ارز به واردات برخی کالاها و خدمات و انحصار آن برای واردات کالاهای اساسی و مورد نیاز کشور؛

ج- ایجاد تعهد ارزی برای اشخاصی که از سیستم بانکی ارز می‌گیرند و الزام آن‌ها به وارد کردن کالا در قبال ارزی که دریافت کرده‌اند (وجیدی، ۱۳۹۵: ۴۶).

به عنوان مثال در نظام حقوقی ایران، با توجه به وضع اقتصادی و ذخایر ارزی کشور، در برهه‌های زمانی مختلف مقرراتی در زمینه تخصیص ارز به واردات کالاها وضع شده و واردکنندگان در برخی موارد مکلف به انتقال ارز به خارج از کشور از طریق شیوه‌ای مشخص (همانند انتقال از طریق سیستم بانکی کشور یا صرافی‌های بانکی) شده‌اند و در قبال دریافت ارز، این واردکنندگان با پذیرش تعهد ارزی مکلف شده‌اند که طی مدت زمانی مشخص (به عنوان مثال سه ماه) اقدام به واردات کالا و ترخیص آن از گمرک کنند (باقری و جمالی، ۱۳۹۷: ۱۶۰)، و با ارائه اسناد ترخیص (همانند برگ سبز گمرکی) به بانک، تعهد ارزی خود را رفع نمایند<sup>۱</sup>.

بر این اساس، مقررات ارزی به عنوان یکی از مهم‌ترین مقررات مربوط به حوزه حقوق عمومی که در زمینه اعتبارات اسنادی موضوعیت دارد، از جمله قواعد انتظامی است که اشخاص دخیل در اعتبار اسنادی ملزم به رعایت آن هستند (Han, 2013: 204). به عنوان مثال مقررات ارزی نظام حقوقی ایران (مانند مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی) برای اعتبارهای اسنادی که توسط بانک‌های ایرانی صادر می‌شود، مقرراتی لازم‌الرعايه مشخص کرده و در برخی تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها نیز به این موضوع پرداخته شده است و لذا هنگامی که یک بانک ایرانی اقدام به صدور اعتبار اسنادی به ذی‌نفعی شخصی خارجی می‌نماید، این مقررات به عنوان قواعد انتظامی لازم‌الرعايه است؛ حتی اگر اعتبار اسنادی توسط شعبه بانکی ایرانی در خارج از کشور صادر شده باشد. همچنین به عنوان مثال چنانچه بانکی هندی اقدام به تأیید اعتبار اسنادی صادر شده توسط بانکی انگلیسی نماید، در مرحله تأیید اعتبار اسنادی و پرداخت وجه آن به ذی‌نفع، مکلف به

۱. برای بررسی بیشتر ر.ک: مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران: بخش نخست (واردات کالا و خدمت) و بخش هفتم (نحوه رسیدگی به تعهدات ارزی ناشی از واردات کالا).

رعایت قواعد انتظامی کشور محل اقامت خود (هندوستان) می‌باشد؛ حتی اگر حقوق قابل اعمال بر رابطه این بانک و بانک صادرکننده یا ذی‌نفع، حقوق کشوری غیر از هندوستان باشد.

## ۲-۲- مقررات صادرات و واردات

مقررات مربوط به صادرات و واردات از جمله مقررات مربوط به حوزه حقوق عمومی است که ارتباط نزدیکی با اعتبارات اسنادی بین‌المللی دارد. در اعتبارات اسنادی بین‌المللی که جهت پرداخت وجه قرارداد پایه میان متقاضی و ذی‌نفع (که دارای اقامتگاه در دو کشور متفاوت هستند) صادر می‌شوند، یک طرف (ذی‌نفع) نقش صادرکننده و طرف دیگر (متقاضی) نقش واردکننده را دارند و هرکدام از این اشخاص و همچنین بانک‌های دخیل در فرایند اعتبار اسنادی در ارتباط با یکدیگر (صرف‌نظر از حقوق قابل اعمال بر هریک از روابط موجود در اعتبار اسنادی) ملزم به رعایت مقررات مربوط به صادرات و واردات کشور محل اقامت خود هستند (Vidani, 2019: 34).

مقررات مربوط به صادرات و واردات از جمله مقررات مربوط به حقوق عمومی هستند که دولت‌ها سیاست‌های اقتصادی خود را از طریق آن اعمال کرده و با توجه به وضع اقتصادی و نیازهای کشور و همچنین شرایط خاص همانند تحریم یا کمبود نوعی از کالا در داخل کشور، با وضع مقرراتی سعی در نظم و سامان بخشیدن به بازار داخلی و تأمین منافع عمومی دارند (Seyoum, 2013: 326). به عنوان مثال در شرایط خاصی همانند تحریم‌های بین‌المللی یا کمبود ارز یا برای توسعه فناوری و سرمایه‌گذاری داخلی، برخی کشورها سیاست حمایت از تولید داخلی را در پیش می‌گیرند و مقرراتی در این راستا وضع می‌کنند که در عمل منجر به سخت‌گیری واردات در حوزه‌ای خاص و ترویج و تشویق صادرات در همان حوزه می‌شود. از سوی دیگر، در برخی موارد کمبود تولید یا عرضه برخی کالاها در کشور و نیاز به تهیه و تأمین آن از کشوری دیگر، موجب ایجاد محدودیت برای صادرات آن کالا و فراهم نمودن شرایط برای بازرگانان جهت وارد نمودن کالا می‌شود. مقرراتی از این دست، مقررات آمراهی است که مربوط به نظم عمومی بوده و اهداف اقتصادی دولت و منافع جامعه در آن نهفته است و اجرای خود را بدون استثنا مطالبه می‌کند.

یکی از مقررات مربوط به صادرات و واردات که در حوزه اعتبارات اسنادی نمود داشته و اشخاص دخیل در اعتبار اسنادی با آن مواجه هستند، محدودیت برای واردات برخی اقلام کالایی است (Langlet, 2009: 249)، که در برخی موارد، متقاضی پس از انعقاد قرارداد پایه برای خرید نوع خاصی کالا، اقدام به درخواست گشایش اعتبار اسنادی و فراهم نمودن شرایط نموده و پس از صدور اعتبار اسنادی توسط بانک صادرکننده، با تغییر مقررات کشور محل اقامت متقاضی، واردات آن کالای خاص ممنوع می‌شود و در نتیجه متقاضی نمی‌تواند اقدام به واردات کالا به کشور محل اقامت خود نماید. در این وضعیت، این مقررات در کنار حقوق قابل اعمال بر رابطه ذی‌نفع با بانک صادرکننده و بانک تأییدکننده (در صورت وجود) و رابطه متقاضی و بانک صادرکننده تأثیرگذار و منشأ اثر است که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در برخی موارد، یکی از اسناد مذکور در اعتبار اسنادی که ذی‌نفع جهت دریافت وجه اعتبار اسنادی ملزم به ارائه آن به بانک می‌باشد، «گواهی مبدأ»<sup>۱</sup> است که از جانب مقامات کشور محل اقامت صادرکننده (مانند اتاق‌های بازرگانی) صادر می‌شود (Reinhard, 2009: 169). در صورتی که یکی از اسناد مذکور در اعتبار اسنادی گواهی مبدأ است و پس از ابلاغ اعتبار اسنادی به ذی‌نفع و انجام تعهدات اصلی توسط وی (همانند تولید و بارگیری کالا)، بر اساس مقررات کشور محل اقامت ذی‌نفع صدور گواهی مبدأ به کشور محل اقامت متقاضی با محدودیت یا ممنوعیت مواجه شود، این مقرره مربوط به نظم عمومی در حوزه حقوق عمومی، بر روابط بانک صادرکننده و بانک تأییدکننده (در صورت وجود) و ذی‌نفع تأثیرگذار است.

در برخی کشورها واردات کالا از کشوری خاص یا صادرات به آن کشور به دلایلی همانند تحریم، جنگ، مشکلات سیاسی، شیوع بیماری و ... دارای محدودیت یا ممنوعیت است (Miller, 2008: 298 & Spoolman). در برخی موارد در حین انعقاد قرارداد پایه، وارد نمودن کالا از کشور محل اقامت ذی‌نفع، در مقررات کشور محل اقامت متقاضی با ممنوعیت مواجه نبوده لکن پس از صدور اعتبار اسنادی بنا به دلایلی واردات کالا از همان کشور ممنوع می‌شود؛ لذا در تنظیم رابطه ذی‌نفع با بانک‌های متعهد اعتبار اسنادی (بانک صادرکننده و بانک تأییدکننده) و رابطه متقاضی

---

1. Certificate of Origin.

با بانک صادرکننده، این دسته از مقررات مربوط به حقوق عمومی کشور محل اقامت متقاضی نیز مورد توجه قرار می‌گیرد.

بدین ترتیب مشاهده می‌شود که مقررات مربوط به صادرات و واردات از جمله قواعد انتظامی هستند که در زمینه اعتبارات اسنادی مصادیق متعددی داشته و در موضوعات متعدد و متفاوتی از اعتبارات اسنادی وارد می‌شود و بر این اساس بر حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبارات اسنادی بین‌المللی تأثیرگذار است که کیفیت و چگونگی آن در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۳-۲- سایر مصادیق

علاوه بر مقررات ارزی و مقررات صادرات و واردات که مورد بررسی قرار گرفت و در اکثریت قریب به اتفاق اعتبارات اسنادی موضوعیت دارند، برخی مقررات دیگر نیز مربوط به نظم عمومی در حوزه حقوق عمومی هستند و در موضوعات مرتبط با اعتبارات اسنادی وارد شده‌اند که از جمله این مقررات می‌توان به مقررات مالیاتی<sup>۱</sup> و مقررات گمرکی<sup>۲</sup> و مقررات مربوط به حقوق رقابت<sup>۳</sup> اشاره نمود که دولت‌ها در راستای سیاست‌های خود با تنظیم این مقررات آمره، به دنبال تأمین منافع عمومی و پیشبرد اهداف اقتصادی کشور هستند.

### ۳- کارکرد قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی

با توجه به تعریف ارائه شده از قواعد انتظامی و جایگاه آن در مقایسه با مفهوم نظم عمومی بین‌المللی و همچنین با عنایت به مصادیقی که از این قواعد در اعتبارات اسنادی مطرح شد، در این بند کارکرد قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبارات اسنادی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

- 
1. Tax Regulations.
  2. Custom's Regulations.
  3. Competition Law.

### ۱-۳- نحوه تأثیرگذاری قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود

#### در اعتبار اسنادی

همان گونه که بیان شد قواعد انتظامی ارزش و جایگاه والا و خدشه ناپذیری در یک نظام حقوقی خاص دارند و با توجه به اهداف و کارکرد آن در تأمین منافع عمومی و سیاست‌های کشور، اهمیت اجرای آن با اجرای قانون خارجی تفاوت قابل ملاحظه‌ای داشته و بر همین اساس است که این مقررات اجرای خود را (در حوزه شمول) بدون استثنا مطالبه می‌کند (Buchner, 2011: 252).

در مواردی که مقررده موجود در حقوق قابل اعمال بر یکی از روابط موجود در اعتبار اسنادی (به عنوان مثال رابطه ذی‌نفع و بانک صادرکننده)، مغایر با قواعد انتظامی یکی از کشورهای مرتبط با آن رابطه است، موضوع تقدم اجرای این قواعد بر حقوق علی‌الاصول صلاحیت‌دار و قابل اعمال مطرح و قابل بررسی است. دادگاه در رسیدگی به دعاوی ناشی از روابط موجود در اعتبار اسنادی، چنانچه حقوق قابل اعمال بر آن رابطه (چه صریحاً توسط طرفین انتخاب شده و چه دادگاه با استفاده از معیارهای عینی اقدام به تشخیص حقوق قابل اعمال نموده باشد) با قواعد انتظامی مقر در تعارض باشد، به قواعد انتظامی اولویت داده و می‌توان قائل بر آن شد که وجود قواعد انتظامی در حیطه خاصی از یک رابطه حقوقی، اجرای حقوق قابل اعمال (تعیین شده بر اساس اراده طرفین یا معیارهای عینی) را در آن زمینه منتفی می‌کند و به عبارت دیگر، در آن حیطه به‌خصوص (به عنوان مثال مقررات صادرات و واردات) قواعد انتظامی مقر دادگاه، اجرای کامل و بدون استثنایی از خود به نمایش می‌گذارند.

نحوه برخورد محاکم با قواعد انتظامی مقر و اولویت دادن آن نسبت به حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی با نحوه برخورد آن‌ها نسبت به قواعد انتظامی کشورهای دیگر متفاوت است و همچنین رویکرد محاکم با رویکرد هیأت‌های داوری در موضوع تقدم اجرای قواعد انتظامی کشورهای مرتبط بر حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی نیز تا حدودی تفاوت دارد (Racine, 2010: 65)، که این موارد در بند بعد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

با توجه به مطالب فوق‌الذکر، می‌توان قائل بر آن شد که قواعد انتظامی برعکس نظم عمومی در روابط بین‌المللی ناظر به قواعد امری حقوق خصوصی، به صورت مضیق و محدود تفسیر نمی‌شود و برخلاف آن قسم از نظم عمومی که کارکردی طردکننده و مانع ساز برای قانون علی‌الاصول صلاحیت‌دار ایجاد می‌کند، جنبه استثنایی و طردکننده ندارد بلکه اجرای خود را بدون استثنا می‌طلبد و در یک‌قلمرو مشخص از اجرای قوانین خارجی ممانعت به عمل می‌آورد (جنیدی، ۱۳۹۱: ۹۷).

در خصوص کارکرد قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی، در برخی موارد صرفاً «در نظر گرفتن» این قواعد موضوعیت داشته و در برخی موارد «اجرای» آن‌ها ضرورت می‌یابد (درن: ۱۳۶۷: ۲۱۳). به عبارت دیگر، در برخی موارد اثرگذاری قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی آن است که این قواعد به جای قانونی که علی‌الاصول صلاحیت‌دار است اجرا می‌شود و در برخی موارد، این قواعد به جای حقوق علی‌الاصول صلاحیت‌دار اجرا نمی‌شود، بلکه صرفاً به عنوان عاملی در امکان یا عدم امکان اجرای تعهدات یکی از طرفین مورد ملاحظه مرجع رسیدگی قرار می‌گیرد.

به عنوان مثال یک اعتبار اسنادی توسط بانکی چینی صادر شده و مورد تأیید بانکی انگلیسی قرار گرفته است. در هنگام تأیید اعتبار اسنادی، مانعی جهت انتقال وجه از جانب بانک چینی به بانک انگلیسی (برای بازپرداخت وجه اعتبار اسنادی به بانک تأییدکننده توسط بانک صادرکننده) وجود نداشته است. پس از پرداخت وجه اعتبار اسنادی توسط بانک تأییدکننده به ذی‌نفع، بانک صادرکننده به دلیل موانعی (مانند ممنوعیت ارزی دولت چین برای انتقال ارز به خارج) امکان انتقال وجه به انگلستان و تسویه تعهدات با بانک انگلیسی را ندارد. علی‌الاصول در صورت عدم تعیین صریح حقوق قابل اعمال توسط طرفین، حقوق قابل اعمال بر این رابطه حقوقی، ممکن است حقوق کشور محل اقامت بانک صادرکننده (چین) یا بانک تأییدکننده (انگلستان) باشد. در دعوای بانک انگلیسی علیه بانک چینی جهت بازپرداخت وجه اعتبار اسنادی، حتی چنانچه مرجع رسیدگی بر اساس معیارهای عینی حقوق کشور انگلستان را به عنوان حقوق قابل اعمال بر رابطه

بانک صادرکننده و بانک تأییدکننده تعیین نماید یا چنانچه طرفین به صراحت حقوق این کشور را به عنوان حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی خود تعیین کرده باشند، یکی از مواردی که مرجع رسیدگی در امکان یا عدم امکان اجرای تعهدات طرفین (به خصوص تعهد بانک صادرکننده بر بازپرداخت وجه اعتبار اسنادی) در نظر می‌گیرد، قواعد انتظامی کشور چین در خصوص ممنوعیت انتقال ارز به خارج است.

در مواردی که حقوق یک کشور به عنوان حقوق قابل اعمال بر یک رابطه حقوقی موجود در اعتبار اسنادی تعیین می‌شود، بدون شک قواعد انتظامی آن کشور نیز توسط محاکم به عنوان امری حکمی مدنظر قرار گرفته و اجرا می‌شود؛ لکن در چنین مواردی که قواعد انتظامی کشوری مطرح می‌شود که اگرچه با رابطه حقوقی ارتباط دارد (به عنوان مثال کشور محل اقامت بانک صادرکننده در مثال فوق‌الذکر)، لکن حقوق این کشور به عنوان حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی تعیین نشده است، دادگاه به این امر به عنوان امری موضوعی و به سبب تأثیرگذاری آن در ایجاد نوعی قوه قاهره توجه می‌کند و آن را در نظر می‌گیرد (جنیدی، ۱۳۹۱: ۱۱۰). این رویکرد در مراجع داوری تا حدودی تعدیل شده است و این مراجع به علت عدم وابستگی به نظام حقوقی یک کشور خاص، تا حدود زیادی به قواعد انتظامی کلیه کشورهای مرتبط با دعوا (اعم از اینکه حقوق این کشورها قابل اعمال بر روابط حقوقی باشند یا خیر) توجه می‌نمایند که این موضوع در بند آتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۲-۳- رویکرد مراجع رسیدگی‌کننده

در خصوص اعمال و اجرای قواعد انتظامی پیرامون روابط حقوقی واجد عنصر خارجی از جمله روابط موجود در اعتبارات اسنادی بین‌المللی، رویکرد دادگاه‌ها و هیأت‌های داوری تا حدودی متفاوت است. در مواردی که در رسیدگی به دعاوی مربوط به روابط موجود در اعتبارات اسنادی بین‌المللی، حقوق کشور مقر دادگاه صریحاً یا بر اساس معیارهای عینی به عنوان حقوق قابل اعمال تعیین شده باشد، مصداق بارز موردی است که دادگاه قواعد انتظامی کشور مقر را اعمال نموده و مطابق با آن تصمیم می‌گیرد (Kohler, 2013: 145). همچنین در مواردی که در یک

دعوی مربوط به روابط موجود در اعتبار اسنادی، بنا بر تصریح طرفین یا معیارهای عینی، حقوق کشور مقر به عنوان حقوق قابل اعمال بر آن رابطه تعیین نشده است، لکن در زمینه‌ای خاص و مربوط به آن رابطه (به عنوان مثال مقررات مربوط به رقابت) در کشور مقر قواعد انتظامی وجود داشته باشد، با توجه به ماهیت قواعد انتظامی که پیش‌تر بررسی شد، این قواعد مقدم بر حقوق خارجی اجرا می‌شود و در واقع وجود قواعد انتظامی در آن حوزه خاص، اجرای حقوق خارجی را منتفی می‌کند.

دو مورد فوق‌الذکر، مواردی هستند که دادگاه قواعد انتظامی مقر را اجرا می‌کند و در خصوص اجرای قواعد انتظامی یک کشور در دادگاه کشوری دیگر، دو وضعیت قابل تصور است:

وضعیت نخست موردی است که دعوی مربوط به یکی از روابط موجود در اعتبار اسنادی در دادگاه کشوری مطرح می‌شود و حقوق قابل اعمال بر آن دعوا، حقوق کشوری دیگر می‌باشد و قاعده انتظامی مورد بحث نیز مربوط به همان کشور خارجی است؛ علی‌رغم اینکه برخی نویسندگان در چنین وضعیتی قائل بر آن هستند که پاسخ مشخصی وجود ندارد (صادقی، ۱۳۸۴: ۹۸)، می‌توان قائل بر آن شد که پس از تعیین حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی (چه به واسطه تصریح طرفین و چه به واسطه معیارهای عینی)، حقوق آن کشور با تمام ابعاد و مقررات بر آن رابطه حقوقی قابل اعمال است (مگر در صورت مغایرت با نظم عمومی طرد کننده یا قواعد انتظامی کشور مقر) و در چنین وضعیتی با توجه به اینکه قواعد انتظامی آن کشور خارجی نیز جزئی از حقوق آن کشور محسوب می‌شود (Bucher, 2011: 343). دادگاه علی‌الاصول قواعد انتظامی کشور خارجی را به عنوان جزئی از حقوق آن کشور اجرا و تصمیم می‌گیرد؛ به عنوان مثال در دعوی بانک صادرکننده فرانسوی و ذی‌نفع چینی که بنا بر تصریح در اعتبارنامه حقوق کشور فرانسه قابل اعمال بر آن است، دعوا در دادگاهی در کشور انگلستان مطرح شود. در صورتی که در زمینه خاصی مربوط به این رابطه حقوقی (به عنوان مثال مقررات ارزی)، در کشور فرانسه قواعد انتظامی وجود داشته باشد، اگرچه مقر دادگاه رسیدگی کننده به دعوا در کشور انگلستان است؛

لکن این دادگاه قواعد انتظامی کشور فرانسه (که نسبت به دادگاه، کشور بیگانه محسوب می‌شود) را به عنوان جزئی از حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی اعمال می‌نماید.

وضعیت دوم موردی است که محل بحث و تردید بوده و مربوط به زمانی می‌باشد که دعوا در دادگاه کشوری مطرح بوده و اجرای قواعد انتظامی کشوری خارجی مطرح می‌شود که اگرچه این کشور مرتبط با رابطه حقوقی است؛ لکن حقوق آن به عنوان حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی تعیین نشده است. به عنوان مثال در دعوای بانک صادرکننده فرانسوی و ذی‌نفع چینی که بنا بر تصریح در اعتبارنامه حقوق کشور فرانسه قابل اعمال بر آن است و دعوا در دادگاهی در کشور انگلستان شده است، چنانچه در حقوق کشور چین قواعد انتظامی در حوزه‌ای از این رابطه حقوقی (به‌عنوان مثال مقررات مربوطه به صادرات و واردات) وجود داشته باشد، ترتیب اثر دادن دادگاه انگلیسی به قواعد انتظامی کشور چین (به عنوان کشوری مرتبط که حقوق این کشور به عنوان حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی تعیین نشده است) محل مناقشه است. در این خصوص می‌توان قائل بر آن بود که اگرچه معمولاً دادگاه‌های ملی، حقوق منتخب طرفین را صرفاً در صورت مغایرت داشتن با نظم عمومی پردکننده و قواعد انتظامی کشور مقرر کنار می‌گذارند و علی‌الاصول، به مغایرت حقوق منتخب طرفین با قواعد انتظامی سایر کشورهای مرتبط با رابطه حقوقی ترتیب اثر نمی‌دهند (جنیدی، ۱۳۹۱: ۱۰۶). لکن چنانچه دادگاه تشخیص دهد که رعایت قواعد انتظامی کشوری خارجی برای تحقق هدف آن ضروری بوده و عدم اعمال آن منجر به بروز نتایجی همانند تقلب نسبت به قانون می‌شود، باید قواعد انتظامی کشور خارجی را نیز اعمال کند (درن، ۱۳۶۷: ۲۰۶). به عنوان مثال دیوان دادگستری بین‌المللی در پرونده وام‌های صربی<sup>۱</sup> بیان کرده است که یک دادگاه ممکن است مجبور باشد که قوانین نظم عمومی یک دولت ملی و مرتبط با دعوا را اعمال کند، حتی اگر حقوق قابل اعمال به موجب قرارداد حقوق کشور دیگری باشد (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۵۰).

1. France v. Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes, See in: Portmann, Roland, (2010), Legal Personality in International Law, Cambridge University Press, p 74.

هیأت‌های داوری در ترتیب اثر دادن به قواعد انتظامی کشورهای مرتبط با رابطه حقوقی موجود در اعتبار اسنادی، تا حدودی متفاوت از دادگاه‌ها عمل می‌کنند. با توجه به اینکه در داوری تجاری بین‌المللی، وابستگی داوران به مقر کم است و اصولاً مقر در مباحث ماهوی جایگاه و کارکردی ندارد، موضوع لزوم اجرای قواعد انتظامی مقر مطرح نمی‌شود. مراجع داوری در عین احترام به حقوق کشور منتخب طرفین، به قواعد انتظامی سایر کشورهای مرتبط با رابطه حقوقی نیز توجه دارند و سعی این مراجع بر آن است که قواعد انتظامی تمام کشورهایی که مرتبط با دعوی هستند را در نظر بگیرند و اعمال نمایند. به عبارت دیگر، در داوری تجاری بین‌المللی، علاوه بر قواعد انتظامی کشوری که حقوق آن قابل اعمال بر رابطه حقوقی است، به قواعد انتظامی سایر کشورهای مرتبط نیز توجه می‌شود و از این طریق، داوران به وظیفه اخلاقی خود نیز عمل می‌کنند؛ زیرا در صورت مغایرت رأی صادره توسط داور با قواعد انتظامی کشور محل اجرای دادگاه آن کشور می‌تواند از شناسایی و اجرای رأی داوری خودداری کند (Mistelis, 2009: 128)، و بدین ترتیب، داوران با در نظر داشتن قواعد انتظامی کلیه کشورهای مرتبط با دعوا مانع از آن می‌شوند که چنانچه محکوم‌له درخواست شناسایی و اجرای رأی داوری را در یکی از این کشورهای مرتبط مطرح نمود، با مانع مغایرت رأی صادره با قواعد انتظامی مواجه شود.

این رویکرد در رأی صادره در دعوای شماره ۴۱۳۲ اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۱</sup> که مربوط به قراردادی می‌شد که می‌بایست بخشی از آن در کره جنوبی و بخشی از آن در ایتالیا (به عنوان جزئی از جامعه اقتصادی اروپا) اجرا می‌شد، مشاهده می‌شود. در این دعوا، داور مسئله‌ی اجرای قواعد انتظامی هر دو کشور مرتبط با دعوا را در نظر گرفته و این تصمیم را اتخاذ نمود که قواعد انتظامی کشوری که حقوق آن قابل اعمال بر قرارداد است و قواعد انتظامی سایر کشورهای مرتبط در یک ردیف قرار دارند و همه این قوانین از نظر داور دارای ارزشی یکسان هستند (درن، ۱۳۶۷: ۲۱۱).

1. ICC Award No. 4132, See: Greenberg, Simon and Kee, Christopher, (2011), International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, p 122.

بر این اساس می‌توان گفت که در داوری تجاری بین‌المللی، داوران در عمل قواعد امری حقوق عمومی (قواعد انتظامی) را در کنار حقوق منتخب طرفین اجرا می‌کنند (جنیدی، ۱۳۹۱: ۱۰۹)، و بدین‌ترتیب حقوق منتخب طرفین را بر جنبه‌های خصوصی و حقوق و تعهدات طرفین حاکم می‌کنند و جنبه‌های عمومی قرارداد را تابع قواعد اجباری کشور یا کشورهای مرتبط با قرارداد قرار می‌دهند و تمایل ندارند در وضعیتی که قواعد انتظامی دارای قوه قانونی در یکی از کشورهای مرتبط با رابطه حقوقی (مانند کشور محل اجرای تعهد یا کشور محل اقامت متعهد) اجرای یک تعهد را ممنوع نموده است، یک‌طرف را ملزم به انجام آن تعهد یا پرداخت خسارت عدم انجام تعهد مزبور کنند و به‌این‌نحو تمایل دارند که علاوه بر قواعد انتظامی کشوری که حقوق آن قابل اعمال بر رابطه حقوقی است، قواعد انتظامی سایر کشورهای مرتبط با رابطه حقوقی را نیز در نظر بگیرند.

### ۳-۳- رویکرد اسناد بین‌المللی

قواعد انتظامی در اسناد بین‌المللی متعددی مورد اشاره قرار گرفته است و مقرر رم یک (مصوب ۲۰۰۸)<sup>۱</sup> از مهم‌ترین مقرراتی می‌باشد که به این موضوع پرداخته است. این مقرر رم در ماده ۳ تحت عنوان «آزادی قراردادی»<sup>۲</sup>، آزادی کامل و جامعی برای طرفین رابطه حقوقی در تعیین حقوق قابل اعمال پذیرفته است. در بند ۱ ماده ۳ مقرر رم یک آزادی طرفین در انتخاب صریح یا ضمنی حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی (بدون آنکه لازم باشد کشوری که طرفین حقوق آن را بر رابطه حقوقی حاکم کرده‌اند، ارتباطی با آن رابطه حقوقی داشته باشد) با رویکردی مبتنی بر احترام به اراده طرفین پذیرفته شده است (Lorenzo, 2010: 77). با توجه به اینکه این آزادی گسترده در تعیین حقوق کشور بی‌ارتباط با رابطه حقوقی، در عمل ممکن بود منجر به تقلب طرفین نسبت به قانون کشورهای مرتبط با رابطه حقوقی شود و در واقع به عنوان ابزار و وسیله‌ای برای فرار از قواعد اجباری کشورهای مزبور مورد استفاده قرار گیرد، در بند ۳ ماده ۳

1. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).  
2. Freedom of choice.

مقرره رم یک، لزوم رعایت «قواعد اجباری» کشورهای مرتبط با رابطه حقوقی پیش‌بینی شده است (Briggs, 2018: 233). بر اساس بند مزبور، انتخاب حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی توسط طرفین، به قدرت اجرایی قواعد اجباری سایر کشورهای مرتبط با آن رابطه حقوقی خدشه‌ای وارد نساخته و کماکان مقررات مزبور، بر این رابطه قابل اعمال هستند. به عنوان مثال چنانچه در رابطه ذی‌نفع و بانک صادرکننده اعتبار اسنادی، حقوق کشوری غیر از کشور محل اقامت ذی‌نفع یا بانک صادرکننده به عنوان حقوق قابل اعمال تعیین شود، این موضوع به لازم‌الاجرا بودن قواعد اجباری کشور محل اقامت ذی‌نفع یا بانک صادرکننده خللی وارد نمی‌کند.

بر این اساس مشاهده می‌شود که مقرره رم یک، راه‌حلی جامع و منطقی را برگزیده است. این مقرره هنگامی که اجرای مقررات مرتبط با منافع عمومی به خطر می‌افتد، ارزش و اهمیت منافع عمومی را در کنار منافع خصوصی مدنظر قرار داده و با اتخاذ تدبیری مناسب، علاوه بر تأمین آزادی اراده طرفین، حفظ منافع عمومی را نیز دنبال می‌کند (باقری، ۱۳۸۵: ۵۱)، و بدین ترتیب در عین آنکه آزادی طرفین در انتخاب حقوق قابل اعمال بر رابطه حقوقی را به صورت کامل می‌پذیرد، قواعد اجباری کشورهای مرتبط با آن رابطه حقوقی را نیز در کنار حقوق منتخب طرفین، لازم‌الاجرا می‌داند.

در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبارات اسنادی، مراجع رسیدگی علاوه بر اعتبار بخشیدن به اراده طرفین، به حفظ منافع عمومی نیز توجه داشته و قواعد انتظامی کشورهای مرتبط با آن رابطه حقوقی را نیز مدنظر قرار می‌دهند. مهم‌ترین و اصلی‌ترین حوزه‌ای که در قواعد انتظامی عینیت و تشخیص یافته است، قواعد آمره واجد طبع نظم عمومی اقتصادی است و قواعد انتظامی در روابط موجود در اعتبارات اسنادی نیز مصادیق متعددی دارد. از مهم‌ترین حوزه‌های مرتبط با حقوق عمومی که با اعتبارات اسنادی ارتباط تنگاتنگی دارد، مقررات ارزی و مقررات مربوط به صادرات و واردات است که منافع عمومی و سیاست‌های دولت در آن‌ها نقش پررنگی دارد. قواعد انتظامی برخلاف نظم عمومی در روابط بین‌المللی (ناظر به قواعد حقوق خصوصی)، کارکردی منع‌کننده و مانع‌ساز برای اجرای حقوق خارجی علی‌الاصول صلاحیت‌دار ندارد و این قواعد اجرای خود را بدون استثنا مطالبه می‌کند و لذا در روابط موجود در اعتبارات اسنادی بین‌المللی، در یک قلمرو مشخص (همانند مقررات ارزی یا مقررات صادرات و واردات) اساساً اجرای حقوق خارجی علی‌الاصول صلاحیت‌دار را منتفی می‌کند.

در خصوص اعمال و اجرای قواعد انتظامی رویکرد دادگاه‌ها و داوران تا حدودی متفاوت است. محاکم قائل بر آن هستند که قواعد انتظامی کشور مقرر، اجرای بدون قید و شرط خود را می‌طلبند و اساساً اجرای قانون خارجی در آن زمینه موضوعیت نداشته و مطرح نمی‌شود و علی‌الاصول، به مغایرت حقوق منتخب طرفین با قواعد انتظامی سایر کشورهای مرتبط با رابطه حقوقی ترتیب اثر نمی‌دهند، در حالی که رویکرد صحیح آن است که چنانچه رعایت قواعد انتظامی کشوری خارجی برای تحقق هدف آن ضرورت داشته و عدم اعمال آن منجر به بروز نتایجی همانند تقلب نسبت به قانون گردد، دادگاه‌های ملی باید قواعد انتظامی کشور خارجی را نیز در نظر بگیرند. از سوی دیگر داوران به دلیل آنکه مقرر ندارد و اصولاً مقرر دآوری در مباحث ماهوی جایگاه و کارکردی ندارد، در عین احترام به حقوق منتخب طرفین در روابط موجود در اعتبارات اسنادی، قواعد انتظامی سایر کشورهای مرتبط با رابطه حقوقی را نیز در نظر می‌گیرند تا از این طریق، از مغایرت

رای صادره با قواعد انتظامی کشورهای مرتبط و در نتیجه امکان ممانعت از شناسایی یا اجرای رای صادره در کشورهای مزبور جلوگیری نمایند که این شیوه صحیح و مطابق با انتظارات تجاری طرفین رابطه حقوقی بوده و شایسته است محاکم نیز چنین رویکردی را اتخاذ نمایند.

## الف- منابع فارسی:

۱. ارفع نیا، بهشید، (۱۳۹۵)، حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین)، تهران، انتشارات بهتاب.
۲. باقری، محمدرضا و جمالی، جعفر، (۱۳۹۷)، «حقوق بانک‌ها در مطالبه مابه‌التفاوت نرخ ارز در اعتبارات اسنادی»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۳۶.
۳. باقری، محمود، (۱۳۸۵)، «تأثیر حقوق اقتصادی و نفع‌گرایی در حقوق خصوصی بر حقوق بین‌الملل خصوصی»، نامه مفید، شماره ۸۵.
۴. جنیدی، لعیا، (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر.
۵. جنیدی، لعیا، (۱۳۸۷)، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، تهران، انتشارات شهر دانش.
۶. جنیدی، لعیا، (۱۳۹۱)، «تبیین مفهوم نظم عمومی در روابط بین‌الملل با تأکید بر قواعد امری حقوق عمومی»، ارج‌نامه نجاد علی‌الماسی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۷. درن، ایو، (۱۳۶۷)، «نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۹.
۸. شهبازی‌نیا، مرتضی و عیسائی تفرشی، محمد و علمی، حسین، (۱۳۹۲)، «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۳، شماره ۱.
۹. صادقی، محسن، (۱۳۸۴)، «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه‌های نوین آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان، تهران: انتشارات میزان.
۱۱. نصیری، محمد، (۱۳۹۲)، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد اول و دوم: کلیات، تابعیت، اقامتگاه، وضع اتباع بیگانه، تعارض قوانین و دادگاه‌ها، تهران، انتشارات آگه.

۱۲. وحیدی، غلامحسین، (۱۳۹۵)، شناخت تعهد ارزی واردکنندگان کالا و خدمات در حقوق ایران، تهران، انتشارات شهر دانش.

### ب- منابع لاتین:

13. Briggs, Adrian, (2018), the Conflict of Laws, OUP Oxford.
14. Bucher, Andreas, (2011), La dimension sociale du droit international privé, BRILL.
15. Ferrari, Franco and Fernández, Diego, (2019), Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance, Edward Elgar Publishing.
16. Frida, Youssef, (1998), Documentary Risk in Commodity Trade, United Nations Conference on Trade and Development, Société générale de surveillance.
17. Frieden, Jeffry, (2017), Currency Politics in the Developing World, Harvard International Review, Vol 38.
18. Garnefsky, André, (2011), Public Policy in Private International Law, Springer Science & Business.
19. Geyer, Robert and Cairney, Paul, (2015), Handbook on Complexity and Public Policy, Edward Elgar Publishing.
20. Hao, Yan, (2013), Risk Analysis of Letter of Credit, International Journal of Business and Social Science, vol 4.
21. Kee, Christopher, (2011), International Commercial Arbitration, Cambridge University Press.
22. Kohler, Christian, (2013), L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme, BRILL.
23. Langlet, David, (2009), Regulating Trade in Hazardous Goods at the Intersection of Sovereignty, Free Trade and Environmental Protection, Kluwer Law International B.V.
24. Laurent, Jacque, (2013), Management and Control of Foreign Exchange Risk, Springer Science & Business.

25. Lorenzo, Sánchez, (2010), Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts After Rome I, Yearbook of Private International Law, Volume 12.

26. Meyzeaud-Garaud, Marie, (2008), Droit international privé, Editions Bréal.

27. Miller, Tyler and Spoolman, Scott, (2008), Living in the Environment: Principles, Connections, and Solutions, Cengage Learning.

28. Mistelis, Loukas. A, (2009), Arbitrability: International & Comparative Perspectives, Kluwer Law International B.V.

29. Portmann, Roland, (2010), Legal Personality in International Law, Cambridge University Press.

30. Racine, Jean-Baptiste, (2010), Droit économique et lois de police, Revue internationale de droit économique, Tome 18.

31. Reinhard, Langerich, (2009), Documentary credits in practice, 2nd edition, Nordea.

32. Seyoum, Belay, (2013), Export-Import Theory, Practices, and Procedures, Routledge.

33. Symeonides, Symeon, (2008), American Private International Law, Kluwer Law International B.V.

34. Vidani, Jignesh, (2019), Export and Import Procedures: A Guide to International Business, Educreation Publishing.

# The Effect of Disciplinary Rules in Determining Applicable Law on Current Relationships in Letter of Credit

Rasool Bahrampoori<sup>1</sup>

## Abstract

In addition to the will of the parties and objective criteria in determining the law applicable to the current relationships in the international letter of credit, the disciplinary rules are among the factors influencing in the determination of the law applicable to the said relations. In the current conditions of trade, especially in the international arena, it is observed that the relations of activists in this field have gone beyond the boundaries of private relations and certain considerations related to the public interest have also been imposed on these relations. In this situation, the judge or arbitrator in determining the applicable law to the current relations in the letter of credit, in addition to validating the will of the parties and the existing objective criteria, also pays attention to public interest. In determining the applicable law in cases where the will of the parties or the objective criteria of law of a country determine as an applicable law to the legal relationship, the disciplinary rules currently applying in other legal systems related to that legal relationship in the letter of credit should also be considered. Therefore, in determining the law applicable to a legal relationship, the judge or arbitrator prevents the law determined based on the will of the parties or objective criteria, ignoring the disciplinary rules of the countries related to that legal relationship.

**KeyWords:** *The Disciplinary Rules, Letter of Credit, Conflict of Laws, Public Policy.*

1. P.H.D, Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran  
(Email: rasoolbahrampoori@gmail.com).

## ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. ارفع‌نیا، بهشید، (۱۳۹۵)، حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین
۲. باقری، محمدرضا و جمالی، جعفر، (۱۳۹۷)، حقوق بانک‌ها در مطالبه مابه‌التفاوت نرخ ارز در اعتبارات اسنادی
۳. باقری، محمود، (۱۳۸۵)، تأثیر حقوق اقتصادی و نفع‌گرایی در حقوق خصوصی بر حقوق بین‌الملل خصوصی
۴. جنیدی، لعیا، (۱۳۹۱)، تبیین مفهوم نظم عمومی در روابط بین‌الملل با تأکید بر قواعد امری حقوق عمومی، ارج‌نامه دکتر الماسی
۵. درن، ایو، (۱۳۶۷)، نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری بین‌المللی
۶. صادقی، محسن، (۱۳۸۴)، مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه‌های نوین آن
۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، حقوق انتقالی: تعارض قوانین در زمان‌تصیری، محمد، (۱۳۹۲)، حقوق بین‌الملل خصوصی: جلد اول و دوم
۸. وحیدی، غلامحسین، (۱۳۹۵)، شناخت تعهد ارزی واردکنندگان کالا و خدمات در حقوق ایران

کد مقاله

LAW-2012-1019 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

۱. حقوق بین‌الملل خصوصی
۲. حقوق بانکی

مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱. قواعد انتظامی
۲. اعتبار اسنادی
۳. تعارض قوانین
۴. نظم عمومی

مدخل‌های فرعی قابل استفاده در تدوین مدخل‌ها

۱. مفهوم قواعد انتظامی
۲. مقایسه قواعد انتظامی با نظم عمومی بین‌المللی
۳. مفهوم نظم عمومی بین‌المللی
۴. جایگاه قواعد انتظامی در نظم عمومی بین‌المللی
۵. مصادیق قواعد انتظامی در روابط موجود در اعتبار اسنادی
۶. مقررات ارزی
۷. مقررات صادرات و واردات
۸. کارکرد قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی
۹. نحوه تأثیرگذاری قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده ۹۷۵ قانون مدنی
۲. ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی
۳. ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی

# آیین دادرسی هیأت حل اختلاف ثبت احوال

(نوع مقاله: کاربردی)

امید توکلی‌کیا<sup>۱</sup>

## چکیده

در مقر هر اداره ثبت احوال هیأت به نام « هیأت حل اختلاف » جهت رسیدگی به اشتباهات حادث شده در اسناد سجلی و تصمیم‌گیری برای رفع آنها تشکیل شده است و به تصحیح، تکمیل، تغییر و ابطال اسناد سجلی مذکور در ماده ۳ قانون ثبت احوال رسیدگی می‌کند. رسیدگی در هیأت با تقدیم درخواست توسط صاحبان اسناد سجلی یا اشخاص ذی‌نفع یا مسئولین ثبت احوال به‌عمل می‌آید. هیأت حل اختلاف به‌علت برخورداری از آیین‌نامه خاص رسیدگی تحت عنوان «آیین‌نامه طرز رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف ثبت احوال» از حیث رعایت اصول دادرسی عادلانه از جایگاه مناسب‌تری نسبت به دیگر مراجع اختصاصی اداری برخوردار است. در این نوشتار به بررسی تشکیلات، صلاحیت ذاتی و محلی، اصول حاکم بر رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف و آیین دادرسی آن خواهیم پرداخت.

**کلیدواژه‌ها:** هیأت حل اختلاف، ثبت احوال، آیین دادرسی، اسناد سجلی، ماده ۳ قانون ثبت

احوال.

۱. کارشناسی ارشد حقوق، قاضی دادگستری و پژوهشگر در پژوهشکده حقوق و قانون ایران

Email: Omidtavakolia@gmail.com

تا قبل از تصویب قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ برای تصحیح اشتباهات احتمالی اسناد سجلی، مرجع خاصی در قوانین ثبت احوال پیش‌بینی نگردیده بود و عموماً رفع اشتباه و تصحیح اسناد سجلی با قید مورد صحیح در حاشیه اسناد و توضیح دادن آن در شناسنامه اشخاص انجام می‌گرفت و این موضوع در ماده ۲۰ قانون سجل احوال مصوب ۱۳۰۴/۰۳/۱۴ بیان شده بود. در گذشته در ادارات ثبت احوال جهت برطرف نمودن آثار اشتباه و اصلاح آن، مأموران تنظیم سند سجلی بنا بر سلیقه خود عمل می‌نمودند درحالی‌که اصلاح اشتباه و رفع آن نیازمند ایجاد یک وحدت‌رویه در ادارات بود و این امر می‌بایست توسط افراد مطلع و کارشناس بی‌طرف انجام گیرد. اما قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ رسیدگی به اشتباهات حادث‌شده در اسناد سجلی و تصمیم‌گیری برای چگونگی رفع آنها را تحت شرایطی به یک مرجع شبه‌قضایی واگذار نمود. با توجه به ماده ۳ قانون ثبت احوال «هیأت حل اختلاف» جهت رسیدگی و اتخاذ تصمیم نسبت به اشتباهات مندرج در اسناد سجلی تشکیل گردید. این هیأت‌ها با توجه به ماهیت وجودی خویش، نقش تعیین‌کننده‌ای در تسهیل امور و رفع اختلافات ایفا می‌کنند. با آغاز به کار این هیأت‌ها در ادارات ثبت احوال افراد دیگری به غیر از مأمور تنظیم‌کننده سند سجلی در خصوص وضعیت آن بررسی و اتخاذ تصمیم می‌نمودند (فتاحی، ۱۳۹۲: ۳۴).

راجع به پیشینه موضوع مورد پژوهش قابل ذکر است که تحقیق مستقلی صورت نگرفته و تنها در کتاب‌های محشای قانون ثبت احوال به برخی موارد صلاحیت این هیأت در ذیل ماده ۳ قانون ثبت احوال پرداخته شده است لذا موضوع مورد پژوهش با رویکرد جامعی به ساختار و تشکیلات، صلاحیت و اصول و آیین دادرسی حاکم بر هیأت حل اختلاف ثبت احوال جدید و فاقد پیشینه پژوهشی است و می‌تواند کاستی موجود در ادبیات حقوقی در این رابطه را استدراک و جبران نماید.

سؤالات اصلی این پژوهش در رابطه با ساختار و آیین دادرسی هیأت حل اختلاف ثبت احوال است و به سؤال‌های فرعی زیر تقسیم می‌شود: فلسفه تشکیل و موارد داخل در صلاحیت این

هیأت چیست؟ اصول حاکم بر رسیدگی این هیأت کدامند و اینکه رسیدگی در آن تابع چه تشریفات است، آیا مقررات آیین دادرسی مدنی بر آن حاکم است یا آیین دادرسی ویژه دارد؟

نوع این پژوهش، کاربردی بوده و در تبیین جایگاه حقوقی و آیین دادرسی حاکم بر آن، با روش تحلیلی توصیفی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای انجام شده و در بررسی رویه قضایی (از جمله آرای دیوان عالی کشور، دیوان عدالت اداری و نظریه‌های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه) ناظر بر اصول رسیدگی و تشریفات حاکم بر آن از روش پیمایشی (Survey research method) استفاده شده است.

## ۱- سازمان و صلاحیت

در این قسمت به بررسی فلسفه و ضرورت تشکیل، ساختار و تشکیلات، صلاحیت هیأت حل اختلاف خواهیم پرداخت.

### ۱-۱- فلسفه و ضرورت تشکیل

فلسفه تشکیل هیأت‌های حل اختلاف در ادارات ثبت احوال را می‌توان شامل موارد زیر دانست: ایجاد وحدت رویه در اصلاح اشتباهات ضمن تحریر، خارج نمودن انحصار اصلاح و رفع اشتباه از اختیار مأمور تنظیم‌کننده سند سجلی، ارائه نگاهی حقوقی به وقوع اشتباهات در اسناد سجلی و اصلاح آن، احقاق حقوق صاحبان اسناد سجلی در قالب رسیدگی‌های شبه حقوقی و قضایی و گسترش دامنه رفع اشتباهات از صرف خطاهای تحریری به رفع اشتباهات ماهیتی که ممکن است در تنظیم اسناد سجلی واقع شود (زاهدی‌نیا، ۱۳۸۱: ۳۰).

### ۱-۲- ساختار و اعضاء

با توجه به ماده ۳ (اصلاحی ۱۳۶۳/۱۰/۱۸) قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵، در مقر هر اداره ثبت احوال هیأتی به نام «هیأت حل اختلاف» جهت رسیدگی به اشتباهات حادث شده در اسناد سجلی و تصمیم‌گیری برای رفع آنها تشکیل می‌شود. با توجه به تعریف ارائه‌شده از مراجع اداری

استثنایی به عنوان مرجعی که صلاحیت رسیدگی آنها منحصر به آن دسته از دعاوی علیه دولت و نهادهای کشور است که صراحتاً در صلاحیت آنها قرار گرفته باشد (شمس، ۱۳۸۴: ۱۴/۱) و با توجه به عدم عضویت قضات، هیأت حل اختلاف را باید یک مرجع اداری استثنایی دانست. برخی هیأت حل اختلاف را مرجعی شبه محاکم قضایی دانسته‌اند (وجدی، بی‌تا: ۷۴؛ همان، ۱۳۹۲: ۶۷).

اعضای هیأت حل اختلاف ثبت احوال مرکب از رئیس اداره ثبت احوال و مسئول بایگانی یا معاونین و یا نمایندگان آنان و یکی از کارمندان مطلع اداره مزبور به انتخاب رئیس اداره ثبت احوال استان است.

بر اساس قسمت (الف) دستورالعمل راجع به هیأت‌های حل اختلاف مصوب ۱۳۷۴، اعضای اصلی و نمایندگان آنان، باید از کسانی انتخاب شوند که از لحاظ آشنائی به قانون و مقررات و آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مربوطه مورد تایید اداره کل ثبت احوال استان باشند. شرکت نمایندگان (اعضای علی‌البدل) در هیأت فقط در صورت غیبت اعضای اصلی می‌باشد. اعضای اصلی هیأت حل اختلاف به هر دلیل که پست سازمانی خود را از دست بدهند از عضویت هیأت حذف شده و فرد دیگری به جای آنها انتخاب خواهد شد. با توجه به نظارت دفتر اداره کل امور حقوقی سازمان ثبت احوال بر کار هیأت‌های حل اختلاف صدور احکام اعضای هیأت با نظر دفتر مزبور خواهد بود، لذا ادارات کل ثبت احوال استان‌ها باید فهرست مشخصات اعضای هیأت‌ها (اعضای جدید) را به دفتر امور حقوقی ارسال دارند.

مدیران کل ثبت احوال استان‌ها می‌توانند در اداراتی که فاقد کارمند مطلع و باتجربه می‌باشند، عضو مطلع هیأت را از بین کارمندان مرکز استان یا شهرستان همجوار انتخاب و به دفتر امور حقوقی پیشنهاد نمایند و دفتر امور حقوقی نظر خود را جهت صدور احکام اعلام و موارد عدم موافقت را با ذکر علت جهت اقدام لازم به ادارات کل ثبت احوال استان‌ها اعلام می‌نماید و ادارات کل استان‌ها مکلفند رونوشت احکام صادره را به دفتر امور حقوقی ارسال دارند.

در بند (د) ماده ۱ مکرر و ماده ۳ لایحه پیشنهادی اصلاح قانون ثبت احوال از عنوان «هیأت تطبیق و تصحیح مشخصات هویتی» به جای هیأت حل اختلاف استفاده شده است. اعضای این

هیأت مرکب از رئیس اداره و یا نماینده وی و دو کارمند مطلع ثبت احوال، به پیشنهاد رئیس اداره و تصویب مدیرکل، تشکیل می‌شود که تصمیمات آن با رأی اکثریت معتبر است.

### ۳-۱- صلاحیت

در این قسمت به بررسی صلاحیت ذاتی و محلی هیأت حل اختلاف می‌پردازیم.

#### ۱-۳-۱- صلاحیت ذاتی

در ماده ۳ اصلاحی قانون ثبت احوال موارد صلاحیت هیأت حل اختلاف بیان شده است. با توجه به اینکه صلاحیت هیأت حل اختلاف در بندهای ۱ تا ۵ ماده ۳ قانون ثبت احوال احصا شده است و در ماده ۴ این قانون نیز بیان شده است که رسیدگی به سایر دعاوی راجع به اسناد ثبت احوال با دادگاه است، می‌توان نتیجه گرفت که صلاحیت مرجع یادشده صلاحیتی استثنایی است و در صورت تردید در صلاحیت مرجع فوق با توجه به اصل ۱۵۹ قانون اساسی باید دادگستری را مرجع صالح به رسیدگی دانست. صلاحیت هیأت در چهار زمینه تصحیح، تکمیل، تغییر و ابطال قابل بررسی است (محسنی، ۱۳۹۱: ۱۴۱-۱۴۳).

#### ۱-۳-۱-۱- تصحیح اشتباهات

بر اساس ماده ۳ قانون ثبت احوال، تصحیح هر نوع اشتباه در تحریر مندرجات دفتر ثبت کل وقایع و وفات بعد از امضای سند و قبل از تسلیم شناسنامه، رفع اشتباهات ناشی از تحریر ضمن ثبت وقایع یا نقل مندرجات اسناد و اعلامیه‌ها و مدارک به دفاتر ثبت کل وقایع و سایر دفاتر، تصحیح اشتباه در ثبت جنس صاحب سند و حذف کلمات ناشی از اشتباه در اسناد سجلی اشخاص در صلاحیت هیأت است.

## الف: تصحیح هر نوع اشتباه در تحریر مندرجات دفتر ثبت کل وقایع و وفات

(بند ۱ ماده ۳)

عبارت «هر نوع اشتباه» در واقع یک قید عام و کلی است و شامل هر نوع اشتباه از جمله اشتباهات املائی، اشتباهات ناشی از خطای مأمور تنظیم‌کننده سند و احیاناً سهل‌انگاری وی در هنگام تنظیم سند سجلی که منجر به ثبت مشخصات غلط به جای اطلاعات صحیح در اسناد شود را دربرمی‌گیرد (فتاحی، ۱۳۹۲: ۳۸). هرچند که مطابق بند ۱ ماده ۳ قانون ثبت احوال، اصلاح اشتباهات مندرج در اسناد سجلی و وفات بعد از امضای آن بر عهده هیأت حل اختلاف گذاشته شده است، لیکن با عنایت به مفهوم مطلق اصلاح بعد از امضای سند و با استفاده از وحدت ملاک مندرج در این بند می‌توان استنباط نمود که هرچند به اصلاح سایر اوراق و مدارک تنظیمی در ثبت احوال به‌طور صریح اشاره‌ای نشده است، لیکن در صورت احراز اشتباه در سایر اسناد و مدارک بعد از امضای آن، این‌گونه مدارک قابل اصلاح و رسیدگی از سوی هیأت حل اختلاف می‌باشد.

با توجه به اینکه تصحیح اشتباه مربوط به چه بازه زمانی باشد مرجع رسیدگی به آن متفاوت خواهد بود. بنابراین در این خصوص سه فرض قابل تصور است.

۱- قبل از امضای سند؛ در صورتی که مأمور متوجه اشتباه خویش قبل از امضای سند شود ضمن اصلاح سند، موارد اشتباه را در حاشیه سند قید و امضاء می‌نماید (تبصره ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵).

۲- پس از امضای سند و قبل از تسلیم؛ تصحیح اشتباهات در فاصله زمانی میان امضای سند و تسلیم آن در صلاحیت هیأت است. بنابراین تصحیح هر نوع اشتباه توسط هیأت ناظر به زمانی است که سند به امضای مأمور تنظیم‌کننده رسیده باشد و بعد از تنظیم سند متوجه اشتباه خویش شود به عبارتی هنوز سندی به صاحب آن تسلیم نشده است (حسینی‌اصل، بی‌تا: ۲۱).

۳- پس از تسلیم سند؛ تصحیح اشتباه پس از تسلیم سند سجلی در صلاحیت محاکم قضایی است. در رأی شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور آمده است: «نظر به اینکه تصحیح اشتباهات مندرج در اسناد سجلی که رسیدگی به آن حسب بند یک ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب تیرماه ۱۳۵۵ از وظایف هیأت حل اختلاف موضوع ماده ۳ مذکور مقرر گردیده، قبل از تسلیم سند می‌باشد، لذا با توجه به خواسته دعوی «ابطال گواهی فوت» که اشتباهاً به تاریخ ۱۳۷۲/۰۴/۲۰ قید گردیده و صدور گواهی فوت به تاریخ مقدم (۱۳۷۱/۸/۲۹) ... و انصراف بند یک مذکور از مورد، با نقض قرار عدم صلاحیت... پرونده جهت رسیدگی به ماهیت دعوی به دادگاه صادرکننده قرار منقوض ارجاع می‌گردد.» (میرشکاری، ۱۳۹۰: ۱۳۷).

**ب: رفع اشتباهات ناشی از تحریر ضمن ثبت وقایع یا نقل مندرجات اسناد به دفاتر ثبت کل وقایع و سایر دفاتر (بند ۲ ماده ۳)**

در اینجا اصلاح اشتباهات اسناد سجلی (شناسنامه) و مصادیق اشتباهات ناشی از تحریر ضمن ثبت وقایع مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱- اصلاح اشتباهات اسناد سجلی (شناسنامه)

در این بخش به بررسی اشتباهات مندرج در اسناد سجلی از جمله محل و تاریخ تولد، شماره شناسنامه، تاریخ تنظیم سند سجلی و نام خانوادگی خواهیم پرداخت.

**محل تولد:** در صورتی که مأمور تنظیم‌کننده سند سجلی در تحریر محل تولد شخص دچار اشتباه شود و هر کدام از فاکتورهای مربوط به محل تولد را اشتباه درج نماید و متقاضی مدرکی دال بر اشتباه و اثبات دعوی خود ارائه نماید، با توجه به ماده ۳ قانون ثبت احوال رسیدگی بر عهده هیأت حل اختلاف است و هیأت یادشده با ملاحظه مدارک و اخذ درخواست کتبی از متقاضی، رأی اصلاحی صادر می‌کند و در صورتی که اشتباه در تحریر محل تولد شخص نباشد برابر ماده ۸ قانون مذکور رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم قضایی است (دستورالعمل نحوه اصلاح محل تولد اشخاص؛ ذوالفقاری، ۱۳۸۴: ۳۷).

**تاریخ تولد:** اگر تاریخ تولد مندرج در شناسنامه با سند سجلی مغایرت داشته باشد، چنانچه کارشناس بررسی کننده مدارک متقاضی، اصالت شناسنامه و خط و ربط مأمور صدور شناسنامه را تایید کند با طرح موضوع در هیأت حل اختلاف و درج توضیح در شناسنامه و سند سجلی خواهان نسبت به اصلاح آن اقدام خواهد نمود (صادقی، ۱۳۹۴: ۱۵)، قابل ذکر است که براساس ماده واحد قانون حفظ اعتبار اسناد سجلی و جلوگیری از تزلزل آنها مصوب ۱۳۶۷/۱۱/۰۲، اصلاح شناسنامه در خصوص تاریخ تولد چنانچه تا پنج سال باشد ممنوع و رسیدگی و اظهارنظر نسبت به آن در صلاحیت محاکم قضایی و در صورتی که بیش از پنج سال باشد در صلاحیت کمیسیون حل اختلاف موضوع تبصره ماده واحده<sup>۱</sup> است (رای وحدت رویه شماره ۵۹۹-۱۳/۰۴/۱۳۷۴). در مواردی که رأی بر اصلاح تاریخ تولد صادر می شود باید شناسنامه از حیث تاریخ تولد اصلاح گردد ولی تاریخ صدور تغییر نخواهد کرد (نظریه مشورتی ۷/۸۸۳۳-۱۳/۰۹/۱۳۷۹ اداره کل حقوقی قوه قضاییه).

بر اساس ماده ۲۱ مکرر لایحه پیشنهادی اصلاح قانون ثبت احوال، تغییر تاریخ تولد ممنوع است. اصلاح تاریخ تولد و تغییر سن و یا هر دعوی که نتیجه آن تغییر سن باشد، یکبار در طول عمر قابل درخواست است. این درخواست و دعوا در کمیسیونی به نام «کمیسیون حفظ اعتبار اسناد هویتی» مرکب از فرماندار یا بخشدار، رئیس و کارشناس اداره ثبت احوال، پزشک قانونی با معرفی مدیر کل پزشکی قانونی و با عضویت و ریاست قاضی دادگاه با معرفی رئیس دادگستری، رسیدگی می شود. جلسات این کمیسیون با حضور تمام اعضا رسمیت داشته و تصمیمات آن با نظر اکثریت معتبر است. انشای رأی با رئیس کمیسیون است. رأی این کمیسیون، ظرف بیست روز از ابلاغ، در «کمیسیون تجدیدنظر» موضوع ماده ۴ مکرر، قابل تجدیدنظرخواهی است.

**شماره شناسنامه:** اصلاح شماره شناسنامه در صلاحیت هیأت حل اختلاف است و متقاضی با مراجعه به دفتر هیأت و تقدیم درخواست کتبی در فرم چاپی مخصوص و ارائه اصل و تصویر

۱. کمیسیون یادشده مرکب از فرماندار یا بخشدار، رئیس اداره ثبت احوال محل و پزشک منتخب، مدیرعامل سازمان بهداری استان و رئیس شورای اسلامی شهر و یا بخش محل صدور شناسنامه و با عضویت و ریاست قاضی دادگاه صالحه محل تشکیل می گردد.

شناسنامه متقاضی و تصویر سند سجلی که توسط کارشناس از محل صدور شناسنامه اخذ می‌گردد، درخواست اصلاح شماره شناسنامه را مطرح می‌نماید. اعضای هیأت ظرف یک هفته در صورتی که محل صدور شناسنامه همان محل اقامت خواهان باشد رأی صادر می‌کند و خواهان با اخذ رأی صادره به همراه شناسنامه و دو قطعه عکس و پرداخت هزینه مربوط اقدام به تعویض شناسنامه می‌کند تا اشتباه موردنظر علاوه بر اجرا در سند سجلی که از طریق هیأت اصلاح گردیده در شناسنامه نیز اصلاح گردد (ذوالفقاری، ۱۳۸۴: ۳۲).

تاریخ تنظیم سند سجلی و شناسنامه: اصلاح یا تکمیل تاریخ تنظیم سند سجلی از حیث روز، ماه و سال با درخواست کتبی متقاضی، ارائه اصل و تصویر شناسنامه وی و تصویر سند متقاضی و اخذ اسناد قبل و بعد سند وی توسط کارشناس مربوط در صلاحیت هیأت حل اختلاف می‌باشد هرچند که اشتباه در تاریخ تنظیم سند از موارد نادر است (همان: ۳۹).

**نام خانوادگی:** اصلاح نام خانوادگی از حیث غلط املائی یا اصلاح اشتباه مأمور ثبت احوال در این مقوله نیاز به طرح موضوع در هیأت حل اختلاف دارد. به عنوان نمونه اصلاح نام خانوادگی «زاهدی» به «زاهدی» از موارد غلط املائی است که متقاضی با مراجعه به دفتر هیأت حل اختلاف و با درخواست کتبی و ارائه اصل و تصویر شناسنامه، خواستار اصلاح نام خانوادگی خود می‌شود و مأمور ثبت احوال با مراجعه به منابع علمی معتبر و دستورالعمل‌ها و قوانین مربوطه اقدام به بررسی در خصوص حصول اطمینان از درستی یا نادرستی درخواست متقاضی می‌نماید (همان: ۳۴؛ محسنی، ۱۳۹۱: ۱۴۸).

**اصلاح نام خانوادگی ایرانیان مقیم کشور:** چنانچه تحت هر عنوانی در ثبت نام خانوادگی کسی چه از لحاظ املائی و چه از هر لحاظ دیگر مأمور ثبت احوال اشتباه کند مرجع صالح اصلاح‌کننده، ثبت احوال محل صدور شناسنامه است که با طرح موضوع در هیأت حل اختلاف اداره مربوط اقدام به اصلاح نام خانوادگی می‌نماید.

**اصلاح نام خانوادگی ایرانیان خارج از کشور:** در خصوص ایرانیان خارج از کشور چنانچه اشتباهی در مورد نام خانوادگی و دیگر مسایل سجلی رخ داده باشد می‌توانند از طریق

کنسولی‌ها و نمایندگی‌های جمهوری اسلامی ایران در خارج از کشور اقدام نمایند، تا درخواست آنان به محل صدور شناسنامه در داخل کشور ارسال تا اقدامات لازم انجام شود (همان: ۸۴).

## ۲- مصادیق اشتباهات ناشی از تحریر ضمن ثبت وقایع

یکی از وظایف مأمورین ثبت احوال نقل مندرجات اسناد تنظیمی در ادارات ثبت احوال به سایر اسناد و دفاتر مربوطه می‌باشد. به عنوان مثال پس از ثبت ولادت طفل، مشخصات وی به اسناد سجلی پدر و مادر طفل منتقل و ثبت می‌شود و یا کلیه وقایع ازدواج و طلاق که در دفاتر ازدواج و طلاق به ثبت می‌رسد به موجب ماده ۳۱ قانون ثبت احوال، به ادارات ثبت احوال مربوطه اعلام می‌گردد و چنانچه در این فرآیندها اشتباهی از سوی مأمورین ثبت احوال در نقل این وقایع به اسناد سجلی رخ دهد، رسیدگی به موضوع در صلاحیت هیأت حل اختلاف خواهد بود. (فتاحی، ۱۳۹۲: ۳۹؛ حسینی اصل، بی تا: ۲۱). بنابراین رفع اشتباهات ناشی از تحریر ضمن ثبت وقایع شامل اشتباهات در اسناد و دفاتر ثبت احوال، مندرجات شناسنامه - مانند اینکه نام «جلال» یا «راضیه» برای شخص انتخاب شده ولی نماینده ثبت احوال اشتبهاً آن را «بلال» یا «مرضیه» ثبت کرده است - یا گواهی ولادت یا وفات - از قبیل اشتباه املائی در تحریر نام و نام خانوادگی فرضاً واژه منیژه، منیجه و زاهدی، زاهدی ذکر گردد - می‌شود (زارعی محمودآبادی، ۱۳۹۵: ۵۴؛ حسین آبادی، ۱۳۹۱: ۶۲ اداره کل تدوین و تنقیح مقررات، ۱۳۸۵: ۴۶).

### پ: تصحیح اشتباه در ثبت جنس صاحب سند (بند ۴ ماده ۳)

در خصوص اصلاح جنسیت ناشی از اشتباه چهار حالت قابل تصور است:

۱- گاهی اصلاح جنسیت ناشی از اشتباه مأمور ثبت احوال است. مانند اینکه مأمور ثبت احوال در هنگام تنظیم اسناد سجلی یا صدور شناسنامه به جای کلمه (آقا) اشتبهاً (خانم) و یا اینکه به جای کلمه خانم اشتبهاً (آقا) ثبت شده باشد. در این صورت چون اشتباه در ثبت جنس است نه نوع جنس، موضوع باید در هیأت حل اختلاف ثبت احوال مورد رسیدگی قرار گیرد، مشروط بر اینکه نام متقاضی در اسناد و شناسنامه تغییر ننموده و نام فعلی که در اسناد و شناسنامه قید شده

است مغایر نوع جنس واقعی صاحب اسناد نباشد (موسوی میبدی، بی تا: ۷). بنابراین دایره صلاحیت هیأت حل اختلاف صرفاً اصلاح شاخص جنسیت در صورت وقوع اشتباه در ثبت جنس صاحب سند توسط مأمور تنظیم کننده سند می باشد.

۲- گاهی اصلاح جنسیت ناشی از تغییر در جنسیت دارنده شناسنامه است. به عنوان مثال فردی با توجه به فیزیک بدنی خویش و انجام برخی اقدامات از جمله عمل جراحی اقدام به تغییر جنسیت خویش از مرد به زن یا بالعکس نماید و به تبع آن خواستار تغییر نام و اصلاح شناسنامه خویش می شود. در این صورت چون تغییر در مندرجات اسناد سجلی محسوب می شود رسیدگی به آن در صلاحیت مرجع قضایی است.

۳- گاهی اصلاح جنسیت ناشی از اشتباه اعلام کننده است. به عنوان مثال متقاضی نام فرزندش را محمدحسین اعلام کرده است درحالی که سمیه بوده است. با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۵۰۴ - ۱۳۶۶/۰۲/۱۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور<sup>۱</sup> درخواست تغییر نام صاحب سند سجلی از حیث جنس (ذکور به اناث یا بالعکس) از مسائلی است که واجد آثار حقوقی می باشد و از شمول بند ۴ ماده (۳) قانون ثبت احوال خارج و رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری است. بنابراین رأی شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور صحیح و منطبق با موازین قانونی است. در رأی شعبه یادشده آمده است: «چون در مانحن فیه نام صاحب سند از طرف متقاضی محمدحسین اعلام شده وقوع اشتباهی در ثبت جنس صاحب سند از طرف ثبت احوال احراز نمی شود و خواسته خواهان تغییر جنسیت صاحب سند است که به فرض وقوع اشتباه هم این اشتباه از ناحیه متقاضی که نام فرزندش را محمدحسین معرفی کرده رخ داده است و موضوع نیاز به اعمال نظر قضایی دارد.»

۴- گاهی اصلاح جنسیت ناشی از اشتباه در مستند تنظیم سند سجلی است. چنانچه اشتباه از جانب مستند تنظیم سند سجلی ولادت که همان گواهی ولادت صادره توسط بیمارستان و

۱. روزنامه رسمی شماره ۱۲۳۴۴ - ۱۳۶۶/۰۴/۲۵.

زایشگاه است باشد، چون اشتباه در جنسیت درج شده در گواهی ولادت توسط بیمارستان و زایشگاه بوده، اصلاح آن از صلاحیت هیأت حل اختلاف خارج بوده و رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم قضایی است.

احراز اشتباه در ثبت جنس صاحب سند و تصحیح آن، متوقف بر تشخیص جنسیت است که امری قضایی بوده و اثبات آن را باید در صلاحیت مراجع قضایی دانست. این نکته در رأی وحدت رویه شماره ۵۰۴ مورخ ۱۳۶۶/۰۲/۱۰ دیوان عالی کشور نیز مورد توجه واقع شده است. رویه قضایی با تفسیر موسع از رأی یادشده بر این اعتقاد است که بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ که تصحیح اشتباه در ثبت جنس را در صلاحیت هیأت حل اختلاف ثبت احوال قرار داده ناظر به موردی است که وقوع اشتباه در ثبت جنس مورد تایید اداره ثبت احوال مربوطه باشد. بنابراین اگر اداره فوق ادعای وقوع اشتباه را نپذیرد، موضوع نیاز به اعمال نظر قضایی داشته و دادگاه باید به این موضوع رسیدگی نماید (میرشکاری، ۱۳۹۰: ۱۳۸).

### ت: حذف کلمات ناشی از اشتباه در اسناد سجلی اشخاص (بند ۵ ماده ۳)

در بند ۵ ماده ۳ قانون ثبت احوال حذف کلمات ناشی از اشتباه در اسناد سجلی اشخاص را به صورت مطلق بیان کرده است و لذا شامل «اشتباه املائی» و اشتباه به سبب «عدم آشنایی مأمور با لهجه‌ها و الفاظ و معانی محلی» و یا اشتباه ناشی از «تلفظ اظهارکننده» می‌شود (بند د) دستورالعمل شماره ۷۴۴۳ مورخ ۱۳۶۴/۱۲/۱۶ شورای عالی ثبت). برخی معتقدند اشتباه اعلام کننده در نام نیز می‌تواند در صلاحیت هیأت حل اختلاف باشد. در عین حال موارد خلاف آن در رویه قضایی دیده شده است که دادگاه به اشتباه اعلام کننده نام رسیدگی کرده است و اداره ثبت احوال را به تغییر نام محکوم نموده است (همان: ۱۰۴).

بر اساس بند ۵ ماده ۳ لایحه پیشنهادی اصلاح قانون ثبت احوال، تعیین مصادیق کلمات زائد و غیر ضرور با پیشنهاد سازمان ثبت احوال کشور و تأیید شورای عالی ثبت احوال خواهد بود.

## ۱-۳-۲- تکمیل اسناد (بند ۱ ماده ۳)

به هنگام تنظیم اسناد ممکن است بخشی از اطلاعاتی که می‌بایست در سند درج شود (مانند نام، نام‌خانوادگی، تاریخ تولد، مشخصات والدین) معلوم نباشد و یا دسترسی به آن میسر نگردد، در این موارد مأمور ثبت احوال مکلف است که اقدام به تنظیم سند نماید و در محل ثبت مشخصات و اطلاعاتی که به‌دست نیامده عبارت «نامعلوم» درج نماید و پس از روشن شدن مشخصات و یا دسترسی به آن، هیأت حل اختلاف مجاز است ضمن رسیدگی به موضوع، نسبت به تکمیل اسناد تصمیم مقتضی اتخاذ نماید. برخی معتقدند که ماده ۲۹ قانون ثبت احوال، صرفاً ناظر بر تکمیل سند وفات است و تکمیل سایر اسناد سجلی در صلاحیت هیأت حل اختلاف نیست (همان: ۴۱). برخی دیگر می‌گویند رویه عملی در ادارات ثبت احوال این است که اگر سندی ناقص و نانویس باشد چه اسناد ثبت ولادت چه اسناد ثبت وفات، توسط اداره ثبت احوال محل صدور شناسنامه تکمیل می‌گردد (موسوی‌میبدی، بی‌تا: ۹).

به‌نظر می‌رسد هر دو دیدگاه فوق، با توجه به رأی وحدت‌رویه شماره ۷۳۲- ۱۳۹۳/۰۱/۱۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، قابل پذیرش نیست چرا که در این رأی آمده است در صورت نامعلوم بودن تاریخ واقعه فوت یا ادعای خلاف آن، با توجه به آثار حقوقی مترتب بر واقعه فوت، مثل بقا و زوال اهلیت و حقوق قانونی و وراثت، تعیین یا تغییر آن محتاج به رسیدگی قضایی است و این امر از صلاحیت هیأت حل اختلاف موضوع ماده سوم اصلاحی قانون ثبت احوال خارج و در صلاحیت «دادگاه‌های عمومی حقوقی» است.

بر اساس بند ۱ ماده ۳ لایحه پیشنهادی اصلاح قانون ثبت احوال، تکمیل اسناد هویتی (سجلی) از حیث مشخصاتی که نامعلوم و یا نانویس بوده، در صلاحیت هیأت حل اختلاف است. در تبصره ماده ۲۹ لایحه یادشده بیان شده که در صورت نامعلوم بودن تاریخ وفات یا ادعای خلاف آن، تعیین یا تغییر تاریخ، محتاج رسیدگی قضایی توسط دادگاه صالح است.

### ۱-۳-۱-۳- تغییر نام (بند ۴ ماده ۳)

در قانون ثبت احوال، اسم یا نام به معنی عام دارای دو جزء است: نام شخصی یا نام کوچک و نام خانوادگی. تغییر نام در دو فرض قابل بررسی است.

#### ۱-۳-۱-۳-۱- تغییر نام کوچک

در قانون ثبت احوال ۱۳۱۹ از تغییر نام کوچک سخنی به میان نیامده بود و این مسئله و مرجع صلاحیت‌دار برای اخذ تصمیم درباره آن، مورد اختلاف بود. قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ نیز این مسئله را روشن نکرده است و تنها از بند ۴ ماده ۳ این قانون بر می‌آید که اگر نام کوچک از نام‌های ممنوع باشد می‌توان تغییر داد ولی به تغییر نام‌های مجاز اشاره‌ای نشده است. تغییر نام کوچک در دو فرض مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### الف: نام کوچک ممنوع

بر اساس تبصره ۲ ماده ۲۰ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵، تشخیص نام‌های ممنوع با شورای عالی ثبت احوال می‌باشد. این شورا موارد تغییر نام را به موجب دستورالعمل مصوب ۱۳۸۸ در ده مورد تعیین و اعلام کرده است.

بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵، تغییر نام‌های ممنوع را در صلاحیت هیأت حل اختلاف دانسته است.

#### ب: نام کوچک غیرممنوع

در مواردی ممکن است تغییر نام کوچک لازم باشد و نام نیز از جمله نام‌های ممنوع نباشد. این موارد عبارتند از:

۱- اگر در نام کوچک چیزی زائد و غیرضروری یا ناشی از اشتباه وجود داشته باشد.

۲- در صورتی که شخصی تغییر جنسیت بدهد که در این صورت لازم است که نام وی متناسب با آن تغییر یابد (صفایی، ۱۳۹۳: ۱۰۴).

۳- در صورت تشرف پیروان ادیان دیگر به دین مبین اسلام و عدم تناسب نام آنان با فرهنگ اسلامی (ت ۶ م ۲۰ ق.ث.ا).

۴- در موردی که نام شخص تناسب با جنسیت وی نداشته باشد (ت ۱ م ۲۰ ق.ث.ا).

۵- در صورتی که نام شخص از نام‌های زننده و مستهجن باشد (ت ۱ م ۲۰ ق.ث.ا).

۶- در صورتی که نام شخص از جمله انتخاب نام‌هایی باشد که موجب هتک حیثیت مقدسات اسلامی گردد (ت ۱ م ۲۰ ق.ث.ا).

بر اساس ماده ۸ قانون ثبت احوال می‌توان گفت که با توجه به اینکه تغییر نام در قالب تصحیح قرار می‌گیرد نه ابطال، در راستای حکم مذکور در بند ۴ ماده ۳ قانون یادشده دادگاه برای تغییر نام صالح نیست و این امر بر عهده هیأت حل اختلاف است. اما در رأی وحدت‌رویه شماره ۲ - ۱۳۶۲/۰۱/۲۲ دیوان عالی کشور بیان گردید: «نظر به اینکه تبصره [بند] ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب تیرماه ۱۳۵۵ ناظر به اعطای اختیار به هیأت حل اختلاف برای تغییر نام‌های ممنوع می‌باشد و رسیدگی به سایر دعاوی مربوط به نام اشخاص در صلاحیت عام محاکم عمومی دادگستری است.» بر همین مبنا دیوان عالی کشور در رأی وحدت‌رویه شماره ۵۰۴ - ۱۳۶۶/۲/۱۰ رسیدگی به درخواست تغییر نام صاحب سند سجلی از حیث جنس (ذکور به اناث یا بالعکس) از شمول بند ۴ ماده ۳ قانون ثبت احوال خارج و در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری دانسته است. در حال حاضر شورای عالی ثبت احوال با تصویب دستورالعمل شماره ۱۵۳۲۲۶/۱ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۰ اختیار تغییر نام را به کمیسیون ویژه‌ای با عنوان «کمیسیون نام» متشکل از دو نفر استاد دانشگاه، مدیرکل ثبت احوال و کارشناسان مطلع، مستقر در سازمان ثبت احوال، داده است که در این خصوص اظهارنظر می‌نمایند و دیگر نیازی به مراجعه به دادگاه نیست (ذوالفقاری، ۱۳۸۴: ۷۵). قابل ذکر است که رویه قضایی همچنان معتقد است که تغییر نام کوچک غیرممنوع در صلاحیت دادگاه است. در پرونده‌ای خواهان، دعوی تغییر نام فرزند مشترک «زینب سادات» به «مهران» را مطرح نموده است که دادرس دادگاه عمومی حقوقی شهرستان قوچان با توجه به دستورالعمل یادشده شورای عالی ثبت احوال و دادنامه شماره ۶۶۰ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۱۸ هیأت

عمومی دیوان عدالت اداری، قرار عدم صلاحیت به «کمیسیون نام» مستقر در سازمان ثبت احوال را صادر می‌نماید و پرونده جهت تعیین مرجع صالح به دیوان عالی کشور ارسال می‌گردد. شعبه ۳۷ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۹۲۵۲۰۳۳۷۵ مورخ ۱۳۹۷/۰۹/۱۸ بیان داشته است: «با عنایت به اینکه اولاً خواسته خواهان تغییر نام کوچک فرزند مشترک می‌باشد که به حکم ماده ۹۹۵ قانون مدنی و ماده ۴ قانون ثبت احوال رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم عمومی قرار دارد. ثانیاً رأی وحدت‌رویه شماره ۲ - ۱۳۶۲/۰۱/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز مشعر بر همین معنی است. ثالثاً خواهان‌ها ادعای اشتباه از سوی مأمور ثبت احوال را نداشته‌اند بلکه مدعی هستند که بر اثر اختلاف نظر زوجین نام فرزند ایشان در شناسنامه ثبت شده است. رابعاً دعوی خواهان‌ها علیه اداره ثبت احوال مطرح گردیده که حسب ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی اصل بر رسیدگی محاکم عمومی دادگستری قرار دارد. خامساً بخش‌نامه و دستورالعمل نمی‌تواند ناقض قانون باشد. لذا با عنایت به موارد مذکور و مستنداً به ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار صادره نقض و پرونده جهت ادامه رسیدگی به دادگاه اعاده می‌شود.»<sup>۱</sup> برخی حقوقدانان در جهت قضازدایی دعاوی ثبت احوال در خصوص تغییر نام، راهکاری مبنی بر رفع محدودیت والدین در انتخاب چند نام برای طفل و امکان تغییر نام کوچک برای یک‌بار یا امکان برگزیدن یک اسم از میان دو یا سه اسمی که والدین انتخاب کرده‌اند، را پیشنهاد داده‌اند (محسنی، ۱۳۹۱: ۱۵۴).

بر اساس بند ۴ ماده ۳ لایحه پیشنهادی اصلاح قانون ثبت احوال، به‌طور کلی رسیدگی به تقاضای تغییر نام در صلاحیت «هیأت تطبیق و تصحیح مشخصات هویتی» قرار دارد. در این خصوص به جای دو کارمند مطلع، یک نماینده از اداره ارشاد اسلامی و یک نماینده از آموزش و پرورش عضویت خواهند داشت. طبق تبصره بند فوق، تعیین‌کننده نام یا جانشین وی یک‌بار حق

۱. شعبه ۵ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۸۹۰۰۷۱۵ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۸ و شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۷۱۵ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۳ همین دیدگاه را پذیرفته است و معتقد به صلاحیت محاکم عمومی دادگستری هستند.

تقاضای تغییر آن را دارد و صاحب نام نیز پس از رسیدن به سن هجده سالگی می‌تواند یکبار تقاضای تغییر آن را مطرح کند. تقاضای مجدد تغییر نام، قابل رسیدگی نیست.

### ۱-۳-۱-۲- نام خانوادگی

قسمت اخیر ماده ۹۹۷ قانون مدنی تعیین نام خانوادگی ممنوع را به آیین‌نامه اداره ثبت احوال محول کرده است. سازمان ثبت احوال مدت‌ها از ماده ۱۰۰ آیین‌نامه ثبت احوال ۱۳۱۹ استفاده می‌کرد لیکن قانون ثبت احوال و آیین‌نامه اجرایی آن به موجب قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ نسخ گردید و در این قانون چیزی در مورد نام‌های خانوادگی ممنوع دیده نمی‌شد. تا اینکه در تاریخ ۱۳۶۲/۰۴/۰۱ دستورالعمل شماره ۲ سازمان ثبت احوال ابلاغ گردید و پس از آن نیز دستورالعمل جدیدی درباره نام خانوادگی در مهرماه ۱۳۸۰ به تصویب شورای عالی ثبت احوال رسید و بند ۱۶ آن در خصوص نام خانوادگی ممنوع است. بر اساس این دستورالعمل، هر کس می‌تواند فقط برای یک‌بار نام خانوادگی خود را تغییر دهد (صفایی، ۱۳۹۳: ۹۲).

بر اساس ماده ۴۰ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵، تغییر نام خانوادگی در صلاحیت سازمان ثبت احوال کشور است. البته مواردی وجود دارد که تغییر نام خانوادگی با حکم دادگاه صورت می‌گیرد (همان: ۱۱۴). طبق ماده ۲۲ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲/۰۶/۳۱، در مورد صدور حکم سرپرستی برای اطفال بی‌سرپرست، پس از ابلاغ حکم به اداره ثبت احوال، اداره مزبور مکلف است با مشخصات جدید زوجین، برای طفل شناسنامه صادر نماید.

۱. «پس از صدور حکم قطعی سرپرستی، مفاد حکم از سوی دادگاه به اداره ثبت احوال و اداره بهزیستی مربوط ابلاغ می‌شود. اداره ثبت احوال مکلف است نام و نام خانوادگی کودک یا نوجوان تحت سرپرستی و همچنین مفاد حکم سرپرستی را در اسناد سجلی و شناسنامه سرپرست یا زوجین سرپرست وارد کند. همچنین اداره ثبت احوال مکلف است شناسنامه جدیدی برای کودک یا نوجوان تحت سرپرستی با درج نام و نام خانوادگی سرپرست یا زوجین سرپرست صادر و در قسمت توضیحات مفاد حکم سرپرستی و نام و نام خانوادگی والدین واقعی وی را در صورت مشخص بودن، قید نماید.»

بر اساس ماده ۴۰ لایحه پیشنهادی اصلاح قانون ثبت احوال، تغییر نام خانوادگی با تصویب سازمان ثبت احوال کشور خواهد بود. در تبصره این ماده آمده است: «تغییر نام خانوادگی، مشمول مقررات حاکم بر تغییر نام بوده و موارد آن مطابق آیین نامه اجرایی این قانون خواهد بود.»

### ۱-۳-۴- ابطال اسناد

ابطال اسناد سجلی در سه مورد در صلاحیت هیأت حل اختلاف ثبت احوال است.

#### الف: ابطال اسناد و شناسنامه های مورد استفاده بیگانگان (بند ۳ ماده ۳)

منظور از اسناد مورد استفاده بیگانگان، در واقع آن دسته از اسنادی می باشد که برای شخص خارجی که هویت و تابعیت ایرانی ندارد تنظیم شده اند و هیأت حل اختلاف در خصوص سرنوشت این سند رسیدگی و اتخاذ تصمیم می نماید (فتاحی، ۱۳۹۲: ۳۹).

کشف و احراز استفاده بیگانه از سند و شناسنامه ایرانی نیازمند طی مراحل و اقداماتی است که به موجب ماده ۴۵ قانون ثبت احوال مشخص شده است. بر اساس ماده مذکور هرگاه هویت و تابعیت افراد مورد تردید واقع گردد و مدارک لازم جهت اثبات آن ارائه نشود مراتب برای اثبات هویت به مراجع انتظامی و برای اثبات تابعیت به شورای تأمین شهرستان ارجاع و در صورت تأیید طبق مقررات اقدام خواهد شد و رسیدگی هیأت حل اختلاف نیز پس از طی مقدمات یادشده و اعلام مراتب خواهد بود. به موجب ماده ۴۴ قانون ثبت احوال چنانچه فردی خارجی که تابعیت بیگانه دارد به شناسنامه فرد ایرانی دسترسی پیدا نموده و از آن استفاده می نموده ادارات ثبت احوال را از موضوع آگاه نماید از تعقیب کیفری<sup>۱</sup> معاف خواهد بود. در این گونه موارد صرفاً شناسنامه مورد رسیدگی و ابطال قرار می گیرد و نه سند، چرا که شناسنامه ای که مورد سوءاستفاده

۱. ماده ۱۲ قانون تخلفات، جرائم و مجازات های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه (۱۳۷۰/۰۵/۱۰): هر غیرایرانی که شناسنامه افراد ایرانی را چه صاحب آن زنده یا مرده باشد به هر طریق به دست آورده و از آن برای ایرانی قلمداد کردن هویت خود استفاده نماید علاوه بر محکومیت به حبس از دو سال تا پنج سال و به پرداخت جزای نقدی از (۱/۰۰۰/۰۰۰) ریال تا (۳/۰۰۰/۰۰۰) ریال محکوم می شود.

قرار گرفته مربوط به سند سجلی بوده است که برای شخص ایرانی تنظیم گردیده و نه یک فرد خاص خارجی و چه بسا صاحب اصلی سند بدون اطلاع از موضوع و با اتکای به سند مزبور به فعالیت‌های خود مشغول باشد (همان: ۳۹).

در نظریه مشورتی ۱۳۶۶/۱۱/۲۴-۷/۶۳۳۷ اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است: «به موجب شق ۳ از ماده ۳ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ ابطال اسناد و شناسنامه‌هایی که بیگانگان مورد استفاده قرار داده‌اند در صلاحیت هیأت حل اختلاف مذکور در ماده مرقوم می‌باشد و این مطلب ارتباطی با اصلاح مدارک ازدواج و طلاق پس از اصلاح و صدور شناسنامه‌ی جدید [که] از وظایف دفتر اسناد رسمی و اداره ثبت می‌باشد [ندارد]. اصلاح شناسنامه فرزندان از آثار تبعی اصلاح شناسنامه‌ی دارنده‌ی شناسنامه مردود است که پس از اینکه شناسنامه مردود تشخیص [داده] و شناسنامه‌ی جدید صادر شد مأموران ثبت احوال خودبه‌خود و به‌استناد اصلاح اولیه، شناسنامه فرزندان را نیز اصلاح می‌نمایند» (اصغری، ۱۳۹۴: ۳۳).

### ب: ابطال اسناد مکرر (بند ۴ ماده ۳)

با توجه به اینکه هر فرد ایرانی صرفاً می‌تواند یک هویت داشته باشد، این هویت واحد در قالب یک سند سجلی تجلی می‌یابد. حال اگر برای شخصی دو یا چند سند سجلی تنظیم و شناسنامه صادر شده باشد در صورت احراز تعلق آنها به آن شخص می‌تواند یکی از آنها را که بیشترین مدارک را با مشخصات آن سند کسب کرده، انتخاب و ابطال بقیه را درخواست نماید و هیأت پس از رسیدگی رأی به ابطال آنان صادر خواهد نمود (زارعی محمودآبادی، ۱۳۹۵: ۵۵؛ فتاحی، ۱۳۹۲: ۴۰).

منظور از سند مکرر این است که در مورد یک شخص دو یا چند سند سجلی با مندرجات مطلقاً یکسان تنظیم شده باشد (رستمی، ۱۳۹۱: ۵۷؛ میرشکاری، ۱۳۹۰: ۱۴۳؛ موسوی‌میبدی، بی‌تا: ۱۴). برخی دیگر گفته‌اند که سندی که صاحب آن علاوه بر سند خودش بنابه دلایل غیرقانونی اقدام به تنظیم یک یا چند سند سجلی در محل اقامت خود یا شهرستان دیگر نماید (ذوالفقاری، ۱۳۸۴: ۲۱).

در رأی ۷۷۸/۳ شعبه سوم دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۷۲/۱۲/۱۰ آمده است: «... منظور از اسناد مکرر آن است که در مورد شخص واحد به هویت مشخص شناسنامه‌های متعدد تکراراً صادر شده باشد که در چنین صورتی شناسنامه موخرالصدور به عنوان شناسنامه مکرر به وسیله هیأت حل اختلاف ابطال خواهد شد، لیکن در مورد مطروحه شناسنامه‌های ادعایی خواهان شناسنامه مکرر محسوب نمی‌شوند زیرا سند سجلی شماره ۶ با تاریخ ولادت ۱۳۳۹ به نام قربان فرزند اکبر و سند سجلی شماره ۳۴ با تاریخ ولادت ۱۳۳۷ به نام قربانعلی فرزند اکبر صدور یافته و شناسنامه‌های موصوف از حیث نام دارنده آن متفاوت است: اولی به نام قربان و سند ثانی که موخرالصدور هم می‌باشد به نام قربان علی است و اسناد مکرر محسوب نمی‌شوند و رسیدگی به چنین دعوایی در صلاحیت هیأت حل اختلاف موضوع ماده ۳ قانون ثبت احوال نیست» (بازگیر، ۱۳۷۷: ۸۰).

برای احراز مکرر بودن دو یا چند سند سجلی حداقل نام صاحب سند و نام مشخصات کامل والدین در تمامی اسناد مورد بحث، باید یکسان باشد (فتاحی، ۱۳۹۲: ۴۰)، به تعبیر برخی سند سجلی را تنها زمانی می‌توان مکرر دانست که مطلقاً با مندرجات یکسان با سند سابق صادر شده باشد. بنابراین استعمال لفظ مکرر در مورد دو سند که ناظر به دو فرد متفاوت است صحیح نخواهد بود (میرشکاری، ۱۳۹۰: ۱۴۳؛ موسوی میبدی، بی‌تا: ۱۴).

### پ: ابطال اسناد موهوم (بند ۴ ماده ۳)

سند موهوم سندی است که مندرجات آن و به ویژه شخص صاحب آن وجود واقعی نداشته باشد (میرشکاری، ۱۳۹۰: ۱۴۴). یا به عبارتی اصلاً چنین فردی متولد نگردیده است (وجدی، بی‌تا: ۵۹؛ زارعی محمودآبادی، ۱۳۹۵: ۵۵؛ ذوالفقاری، ۱۳۸۴: ۲۱). سند موهوم بسته به اینکه در خصوص اسناد ولادت یا وفات به کار رود معنای متفاوتی دارد. در خصوص اسناد ولادت، سند موهوم به سندی اطلاق می‌شود که صاحب آن وجود خارجی نداشته باشد یعنی سند برای فردی که اصلاً متولد نگردیده تنظیم شده باشد. در خصوص اسناد وفات، سند موهوم به سندی اطلاق می‌شود که

صاحب آن در قید حیات باشد، یعنی در تاریخ تنظیم سند وفات شخص هنوز فوت ننموده و زنده است (فتاحی، ۱۳۹۲: ۴۱).

شعبه دهم دیوان عالی کشور در دادنامه ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۶۹۰ - ۱۳۹۰/۰۹/۲۹ و شعبه هجدهم دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۷۷۹ - ۱۳۹۱/۱۰/۰۶، سند سجلی موهوم را سندی دانسته‌اند که بیانگر هویت واقعی دارنده آن نمی‌باشد.

### ت: مرجع صالح ابطال اسناد مکرر و موهوم

رسیدگی به ابطال اسناد مکرر بر طبق بند ۳ ماده ۳ قانون ثبت احوال، در صلاحیت هیأت حل اختلاف ثبت احوال است.

در خصوص ابطال اسناد وفات موهوم دو مرجع جهت رسیدگی وجود دارد. در صورتی که طبق بخشنامه سازمان ثبت احوال فوت ثبت شده در اسناد، فوت ضربتی<sup>۱</sup> باشد، رسیدگی به موضوع در صلاحیت هیأت حل اختلاف می‌باشد. اما چنانچه مبنای تنظیم سند فوت بر اساس استشهادنامه و شهادت شهود باشد تا قبل از تاریخ ۱۳۶۷/۰۸/۰۲ در صلاحیت هیأت حل اختلاف بوده که پس از این تاریخ بر اساس رای وحدت رویه شماره ۵۱۲ - ۱۳۶۷/۰۸/۰۲ دیوان عالی کشور<sup>۲</sup> رسیدگی به موضوع اسناد فوت موهوم در صلاحیت محاکم قضایی تشخیص داده شد (زاهدی‌نیا، ۱۳۸۱: ۳۹).

بر اساس بند (ب) ماده ۲ قانون تخلفات، جرائم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه مصوب ۱۳۷۰/۰۵/۱۰ «اشخاصی که عالمأ عامداً پس از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام از شناسنامه مکرر استفاده نموده یا به دریافت شناسنامه مکرر برای خود یا مولی‌علیه و یا به دریافت شناسنامه موهوم مبادرت کنند.» به حبس از ۹۱ روز تا یک سال و یا به پرداخت جزای نقدی از

۱. به نظر می‌رسد سازمان ثبت احوال با توجه به بخشنامه‌های شماره ۲/۱۲/۱۶۷۶۸ - ۱۳۹۰/۰۲/۱۳ و ۲/۱۲/۲۴۲۳۱ - ۱۳۹۰/۰۲/۲۷ و ۲/۱۲/۱۰۳۱۳۶ - ۱۳۹۰/۰۸/۱۵ افراد دارای ۱۰۰ سال سن و بالاتر را فوت شده محسوب می‌کردند که به این فوت، «فوت ضربتی» گفته می‌شود. البته هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه ۱۱۶۸ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۱۷ حکم بر ابطال بخشنامه‌های فوق صادر نمود.

۲. روزنامه رسمی شماره ۱۲۷۵۸ - ۱۳۶۷/۹/۲۲.

(۲۰۰/۰۰۰) ریال تا (۱/۰۰۰/۰۰۰) ریال و یا به هر دو مجازات محکوم می‌شوند. به نظر می‌رسد در صورتی که عمل فرد مشمول ماده فوق قرار گیرد دادگاه باید در راستای ماده ۲۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در حکم خود تکلیف «اسناد مکرر و موهوم» را به عنوان اشیایی که وسیله ارتکاب جرم بوده و یا حین ارتکاب جرم، استعمال شده است، مشخص نماید. در این صورت موضوعی برای رسیدگی هیأت حل اختلاف ثبت احوال وجود نخواهد داشت. بر اساس بند ۲ ماده ۳ لایحه پیشنهادی اصلاح قانون ثبت احوال، به طور کلی رسیدگی به ابطال اسناد هویتی مکرر و موهوم در صلاحیت «هیأت تطبیق و تصحیح مشخصات هویتی» قرار دارد.

### ۱-۳-۲- صلاحیت محلی

بر اساس ماده ۱ آیین نامه طرز رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف مصوب ۱۳۵۶/۰۸/۱۶، رسیدگی به درخواست مربوط به اسناد ثبت احوال که در داخل کشور تنظیم شده باشد به عهده «هیأت حل اختلاف محل صدور شناسنامه» می‌باشد و در صورتی که اسناد ثبت احوال در خارج از کشور تنظیم شده باشد رسیدگی با «هیأت حل اختلاف ثبت احوال امور خارجه (تهران)» خواهد بود. با توجه به تبصره ماده ۴ آیین نامه یادشده در مواردی که متقاضی درخواست خود را به غیر از محل صدور شناسنامه خود تسلیم نماید، دفتر هیأت حل اختلاف بایستی درخواست و ضمایم را در صورتی که کامل دانست جهت رسیدگی و اتخاذ تصمیم مقتضی به هیأت اختلاف محل صدور شناسنامه ارسال نماید. در این موارد هرچند هیأت حل اختلاف مستقر در محل اقامت متقاضی صلاحیت رسیدگی ندارد لیکن با بررسی مدارک تقدیمی به گونه‌ای صلاحیت شکلی پیدا می‌کند. این اختیار را می‌توان ناشی از اصل صلاحیت در تعیین صلاحیت دانست. اگر صاحب سند درخواست رسیدگی نماید مسلماً باید درخواست خود را به محل صدور شناسنامه خود ارائه دهد، اما اگر ذی‌نفعی غیر از صاحب سند چنین درخواستی را در مورد سند دیگری بنماید منطقی است که حکم به صلاحیت مستقر در محل صدور شناسنامه صاحب سند بنماییم نه محل صدور شناسنامه ذی‌نفع (میرشکاری، ۱۳۹۰: ۱۴۶).

## ۲- اصول و آیین دادرسی

اقامه دعوا در هیأت حل اختلاف در واقع با تقدیم درخواست توسط صاحبان اسناد سجلی یا اشخاص ذی نفع یا مسئولین ثبت احوال به عمل می آید. در این بخش اصول و آیین دادرسی حاکم در رسیدگی هیأت حل اختلاف مورد بررسی قرار می گیرد.

### ۲-۱- جایگاه دادرسی عادلانه در هیأت

دادرسی عادلانه که در دوره معاصر مورد توجه قرار گرفته است به مجموعه اصول و تضمیناتی گفته می شود که جهت رعایت حقوق طرفین دعوی در دادرسی های مختلف در اسناد بین المللی و منطقه ای حقوق بشر پیش بینی شده است. رعایت این اصول در دادرسی های مراجع اختصاصی اداری از قبیل هیأت های حل اختلاف ثبت احوال با توجه به علل و فلسفه تشکیل این مراجع مانند اصل تخصص، لزوم توجه به مقتضیات اداری و اجرایی و منافع عمومی و ضرورت رسیدگی سریع و ویژگی های آنها بحث برانگیز است. هیأت های حل اختلاف به علت برخورداری از آیین نامه خاص رسیدگی تحت عنوان «آیین نامه طرز رسیدگی هیأت های حل اختلاف ثبت احوال» از حیث رعایت اصول دادرسی عادلانه از جایگاه مناسب تری برخوردارند اگرچه با ابهامات و کمبودهایی در این زمینه مواجه هستند (رستمی، ۱۳۹۱: ۴۸). بر اساس بند (الف) ماده ۳۰ سند امنیت قضایی مصوب ۱۳۹۹/۰۷/۱۶ ریاست قوه قضاییه، تمامی مراجع اداری، نظیر هیأت ها و کمیسیون ها در رسیدگی به پرونده ها مکلف به رعایت اصول دادرسی عادلانه و اصول دادرسی اداری هستند.

### ۲-۲- اصول

در این قسمت به بررسی اصول حاکم بر رسیدگی هیأت حل اختلاف از جمله اصول دادخواهی، استقلال، بی طرفی، تسریع، علنی بودن، شفافیت، لزوم مستند و مستدل بودن رأی و تجدیدنظرخواهی اشاره می شود.

حق دادخواهی به عنوان اصلی ترین تضمین دادرسی عادلانه و مقدم بر سایر اصول در اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصریح شده است. بر اساس بند (الف) ماده ۹ سند امنیت قضایی، دادخواهی حق هر شخص است و اعمال هرگونه ممانعت، محدودیت و تبعیض در احقاق حق ممنوع است و دسترسی آسان به مراجع صالح قضایی، شبه قضایی و اداری حق بنیادین هر شخص است. با توجه به ماده ۳ قانون ثبت احوال و مواد ۱، ۳ و تبصره ماده ۴ آیین نامه طرز رسیدگی هیأت های حل اختلاف که از حیث صلاحیت محلی هیأت، سهولت دادرسی به آن را برای متقاضی فراهم کرده است و با عنایت به اینکه رسیدگی به درخواست متقاضی مستلزم پرداخت هیچگونه هزینه ای نیست می توان گفت که اصل دادخواهی در مورد رسیدگی هیأت به نحو مناسب و مطلوبی تضمین شده است و ماده ۷ آیین نامه یادشده نیز در راستای تامین این اصل است (همان: ۶۳).

## ۲-۲-۲- اصول استقلال و بی طرفی

بر طبق بند (الف) ماده ۶ سند امنیت قضایی مصوب ۱۳۹۹/۰۷/۱۶، اصل استقلال قضایی پیش شرط تحقق امنیت قضایی و تضمین اساسی برای رسیدگی عادلانه است. اعضای هیأت از کارمندان و مسئولین اداره ثبت احوال می باشند که توسط مقامات اداری ارشد آن اداره در پست سازمانی خود منصوب گشته و در نتیجه به حکم قانون و به انتخاب رئیس اداره ثبت احوال به عضویت هیأت در می آیند. همچنین این اعضا که در سلسله مراتب اداری اداره مربوطه قرار دارند به سهولت توسط مافوق خود قابل عزل بوده و در چنین صورتی از عضویت هیأت نیز به تبع آن عزل می گردند. بنابراین با توجه به نحوه عزل و نصب اعضای هیأت و همچنین رابطه تشکیلاتی و سازمانی آن با اداره ثبت احوال و پرداخت هزینه های آن از محل اعتبار اداره مذکور می توان گفت که استقلال این هیأت در دو بعد شخصی و سازمانی مخدوش است و احتمال اجرای عدالت توسط اعضا را هنگام قضاوت علیه اداره متبوع خود کاهش می دهد. بر این اساس ترکیب اعضای هیأت حل اختلاف نیاز به تجدیدنظر دارد (میرشکاری، ۱۳۹۰: ۱۳۵؛ موسوی میبدی، بی تا: ۴). به نظر

نگارنده حضور یک نفر قاضی دادگستری همانند برخی دیگر از مراجع شبه قضایی (هیأت حل اختلاف ثبتی و هیأت حل اختلاف مالیاتی، کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری) به بی‌طرفی و عدم جانبداری در اتخاذ تصمیمات کمک نماید، همانطور که این موضوع در ماده ۴ لایحه پیشنهادی اصلاح قانون ثبت احوال، پیش‌بینی شده است و ریاست کمیسیون با قاضی دادگستری است. بر اساس ذیل ماده ۷ سند امنیت قضایی، ایجاد هر مرجع شبه قضایی با حضور عضو قاضی منوط به موافقت قوه قضاییه می‌باشد.

هم‌چنین اصل بی‌طرفی در این هیأت به تبع مخدوش بودن اصل استقلال در آن دارای اشکال و ایراد است. سهولت تغییرپذیری اعضای هیأت و فقدان احکامی برای پیش‌دآوری و عدم‌النفع اعضای هیأت این ایراد را برجسته‌تر می‌کند (رستمی، ۱۳۹۱: ۶۵).

## ۲-۳- اصل تسریع در رسیدگی

با توجه به ماده ۹ آیین‌نامه طرز رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف، می‌توان گفت که اصل سرعت در رسیدگی هیأت، مورد توجه قرار گرفته است. هم‌چنین مواد ۱۵ و ۱۷ آیین‌نامه وصول یا عدم وصول لایحه و یا عدم حضور یکی از طرفین را مانع رسیدگی ندانسته است بر سرعت رسیدگی هیأت دلالت دارند. به علاوه ماده ۱۸ آیین‌نامه در این راستا مهلت ۴۸ ساعت را برای صدور رأی هیأت پس از اعلام ختم رسیدگی معین نموده است. هم‌چنین ماده ۲۱ آیین‌نامه دفتر هیأت حل اختلاف را مکلف کرده است که رأی هیأت را بلافاصله پس از صدور و ثبت به طرفین ابلاغ نماید که این امر نیز بیانگر لزوم سرعت در ابلاغ رأی هیأت است. بنابراین با توجه به مقررات فوق سرعت در رسیدگی، صدور و ابلاغ رأی هیأت در آیین‌نامه مورد توجه قرار گرفته است.

## ۲-۴- اصل رسیدگی علنی

با توجه به اینکه مطابق مواد ۹، ۱۵ و ۱۷ آیین‌نامه، مبنای رسیدگی هیأت غیرحضور و کتبی است و رسیدگی به ماهیت پرونده و ضرورت آن به تشخیص هیأت بستگی دارد لذا رسیدگی

هیأت اساساً غیرعلنی است و حتی در صورت ضرورت رسیدگی حضوری، آن هم به صورت غیرعلنی برگزار خواهد شد که این وضعیت با توجه به ماهیت و نوع دعاوی در صلاحیت هیأت که مربوط به نظم عمومی است و فلسفه تشکیل و ویژگی‌های مراجع اختصاصی اداری قابل توجه و بدون اشکال است.

## ۲-۲-۵- اصل تقابلی بودن رسیدگی

اصل تقابلی بودن رسیدگی که حاوی سه تضمین است به آگاهی، گفتگو و ادله نظر دارد. تقابل به معنای رویارویی میان اصحاب دعوا در جهت تضمین موقعیت برابر و میان هر یک از طرفین و دادرس هنگامی که از اختیارات دادرسی خود استفاده می‌کند، مورد توجه است. بدین معنا اصل تقابل در دادرسی مدنی می‌تواند سه جنبه داشته باشد: تقابل میان طرفین، تقابل میان هریک از طرفین و دادرس در جهت رعایت حقوق دفاعی و رعایت تقابل توسط خود دادرس با نظارت بر اجرای درست آن و سرانجام تقابل میان دادرس و دعوا در صورت استفاده از اختیارات دادرسی نسبت به امور موضوعی و حکمی (محسنی، ۱۳۹۱: ۱۳۷). این اصل حقوقی در مواد ۹-۱۵-۱۷-۱۸ آیین‌نامه طرز رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف<sup>۱</sup>، مورد توجه قرار گرفته است.

۱. «ماده ۹- دفتر هیأت حل اختلاف محل صدور شناسنامه باید بلافاصله پس از دریافت گزارش یا درخواست آن را در دفتر مخصوص ثبت و به هیأت حل اختلاف تسلیم نمایند. هیأت مذکور چنانچه پرونده را آماده برای رسیدگی و اخذ تصمیم نهایی تشخیص داد تصمیم مقتضی اتخاذ می‌نماید. در غیر این صورت درخواست و ضمایم را برای طرف مقابل ارسال می‌دارد که ظرف ده روز کتباً پاسخ دهد و پس از وصول پاسخ، رسیدگی لازم را انجام می‌دهد و در صورت ضرورت با تعیین وقت متقاضی و طرف را برای اخذ توضیح و رسیدگی دعوت می‌نماید. ماده ۱۵- دفتر هیأت حل اختلاف در صورتی که لایحه‌ای در مورد درخواست واصل شود آن را پیوست پرونده نموده و در وقت رسیدگی به هیأت حل اختلاف تحویل می‌دهد. به هر حال وصول یا عدم لایحه مانع رسیدگی نمی‌باشد.

ماده ۱۷- عدم حضور یک طرف مانع ادای توضیحات طرف دیگر و انجام رسیدگی نیست.

ماده ۱۸- هیأت حل اختلاف در وقت رسیدگی باید پرونده را مطالعه و بررسی نموده و پس از ملاحظه اوراق و اسناد مربوط و استماع توضیحات طرفین و درج آن در صورت مجلس (طبق نمونه) و اعلام ختم رسیدگی رای آن را حداکثر ظرف ۴۸ ساعت صادر نماید.»

بر طبق ماده ۵ سند امنیت قضایی مصوب ۱۳۹۹/۰۷/۱۶، اصل شفافیت، تضمین کیفیت قانون و آرای قضایی از نظر قابلیت فهم و وضوح آن برای همه شهروندان باهدف افزایش اعتبار نظام حقوقی است. بر اساس این اصل، تصمیمات مراجع قضایی، شبه قضایی و اداری باید عاری از ابهام بوده و دارای انسجام باشد.

### ۲-۲-۷- اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین و مقررات یا قبح عقاب بلابیان

بر طبق ماده ۳ سند امنیت قضایی، قوانین و مقررات عطف به ماسبق نمی‌شوند مگر در خود آن‌ها ترتیب دیگری مقرر شده باشد. افراد حق دارند پیش از ارتکاب یک عمل یا ورود به وضعیتی حقوقی از لوازم و عواقب قانونی آن آگاهی یابند. احترام به این اصل باید در مصوبات و تصمیمات مراجع قضایی، شبه قضایی و اداری، به‌ویژه در مواردی که به حقوق مکتسبه افراد مربوط است، تأمین شود.

دو اصل فوق (اصول شفافیت و عطف به ماسبق نشدن قوانین و مقررات یا قبح عقاب بلابیان) می‌بایست در آیین‌نامه هیأت حل اختلاف به عنوان یک مرجع شبه قضایی تصریح و این نقیصه برطرف گردد. هرچند اصول یادشده از جمله اصول کلی حقوقی هستند.

### ۲-۲-۸- اصل مستند و مستدل بودن رای

بر طبق ماده ۴ سند امنیت قضایی، رأی مراجع قضایی، اداری و شبه قضایی باید مستدل، موجه و مستند به مواد قانونی باشد. تبصره ماده ۱۸ آیین‌نامه با تصریح بر اینکه «رای باید کاملاً مستدل و مشروح نوشته شود.» بیانگر لزوم رعایت این اصل توسط هیأت‌های حل اختلاف ثبت احوال است، به‌علاوه با توجه به اینکه طبق ماده ۴ قانون ثبت احوال تصمیمات هیأت حل اختلاف قابل اعتراض در دادگاه است. لذا نظارت قضایی می‌تواند جایگاه اصل مذکور در این هیأت‌ها را تقویت کند (همان: ۶۸).

بر اساس ماده ۲۳ سند امنیت قضایی مصوب ۱۳۹۹/۰۷/۱۶، هرکس حق دارد نسبت به تصمیم یک مرجع قضایی یا اداری که به ضرر او صادر شده است جز در موارد مصرح در قانون، اعتراض کند. اجرای مجازات بدون رسیدگی به اعتراض متضرر ممنوع است.

با توجه به ماده ۴ قانون ثبت احوال که بیان می‌دارد: «رسیدگی به شکایات اشخاص ذینفع از تصمیمات هیأت حل اختلاف... با دادگاه شهرستان یا دادگاه بخش مستقل محل اقامت خواهان به عمل می‌آید و رأی دادگاه فقط پژوهش‌پذیر است.» باید گفت که قانونگذار حق تجدیدنظرخواهی را درمورد تصمیمات هیأت به‌نحو مناسب و کامل پیش‌بینی کرده است زیرا با تعیین دادگاه دادگستری به‌عنوان مرجع تجدیدنظر، امکان هر دو نوع تجدیدنظر شکلی و ماهوی را فراهم نموده است که کاملاً با موازین بین‌المللی دادرسی عادلانه مطابقت دارد. بر اساس اصل ۱۷۳ قانون اساسی و بند ۳ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، رسیدگی به اعتراض اشخاص حقیقی و حقوقی از آرا و تصمیمات مراجع اختصاصی اداری از حیث نقض قوانین و مقررات (تجدیدنظر شکلی) در صلاحیت دیوان عدالت اداری است، لیکن هیأت حل اختلاف ثبت احوال با توجه به نص صریح ماده ۴ قانون ثبت احوال از حکم این ماده مستثنی است (همان: ۶۹).

### ۲-۳- آیین دادرسی

در اینجا به بررسی شروع رسیدگی، دادخواست و شرایط آن، جلسه رسیدگی، صدور رأی و اعتراض به آن و اجرای رأی می‌پردازیم.

### ۲-۳-۱- شروع رسیدگی

شروع رسیدگی در هیأت حل اختلاف مستلزم درخواست کتبی توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی است.

بر اساس مواد ۲ و ۸ آیین‌نامه طرز رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف مصوب ۱۳۵۶/۰۸/۱۶، شروع به رسیدگی در هیأت‌های حل اختلاف در مورد اشخاص حقیقی مستلزم درخواست کتبی صاحبان اسناد سجلی یا اشخاص ذی‌نفع یا قائم‌مقام قانونی و یا نماینده آنان می‌باشد و در رابطه با اشخاص حقوقی محتاج به تسلیم گزارش مسئولان یا نماینده آنان می‌باشد. اگر مسئولان ثبت احوال از هیأت‌های حل اختلاف درخواست رسیدگی نمایند، گزارش آنها باید مستدل و مشروح و متضمن موضوع درخواست بوده و عین مدارک به امضای مأمور یا نماینده ثبت احوال یا مسئول بایگانی اسناد رسیده و فتوکپی یا رونوشت مدرکی که پیوست گزارش است نیز باید از سوی امضاکننده گزارش گواهی شده باشد. درخواست در ماده ۲ آیین‌نامه یادشده در مفهوم اخص و به معنای دادخواهی به کار رفته است و باید شرایط دادخواست را داشته باشد.

### ۲-۳-۲- درخواست و شرایط آن

بر اساس مواد ۳ تا ۶ آیین‌نامه طرز رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف مصوب ۱۳۵۶ شرایط درخواست عبارتند از:

- ۱- تنظیم برگ چاپی مخصوص؛ بر اساس پیوست شماره ۲ دستورالعمل راجع به هیأت‌های حل اختلاف فرم چاپی مخصوصی پیش‌بینی شده است.
- ۲- زبان فارسی؛ درخواست‌کنندگان باید برگ مربوط به درخواست را به زبان فارسی بنویسند.
- ۳- ارائه فتوکپی یا رونوشت اسناد و مدارک (ماده ۳ آیین‌نامه طرز رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۵۶ و قسمت ۱ بند (ب) دستورالعمل راجع به هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۷۴)
- ۴- مشخصات طرفین
- ۵- محل اقامت طرفین
- ۶- موضوع درخواست (ماده ۴ آیین‌نامه هیأت‌های حل اختلاف)

۷- تعداد نسخ درخواست؛ درخواست چنانچه به طرفیت «اشخاص» باشد باید در دو نسخه و در صورت تعدد طرف به تعداد آنها به علاوه یک نسخه تنظیم خواهد شد و در صورتی که درخواست به طرفیت «اداره ثبت احوال» باشد در یک نسخه تنظیم می‌گردد. (ماده ۵ آیین‌نامه هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۵۶ و قسمت ۱ بند (ب) دستورالعمل هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۷۴)

۸- پیوست‌های درخواست؛ کلیه برگ‌های پیوست درخواست باید در دو نسخه و در صورت تعدد طرف به تعداد آنها به علاوه یک نسخه باشد. چنانچه درخواست توسط وکیل تسلیم شود باید وکالت‌نامه رسمی وکیل و در صورتی که درخواست را قیم داده باشد فتوکپی یا رونوشت قیم‌نامه و به‌طور کلی رونوشت مدرکی که مثبت سمت متقاضی است باید پیوست دادخواست باشد (مواد ۵ و ۶ آیین‌نامه هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۵۶ و قسمت ۱ بند (ب) دستورالعمل هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۷۴).

### ۲-۳-۳- جریان درخواست تا جلسه رسیدگی

دفتر هیأت حل اختلاف باید بلافاصله پس از دریافت گزارش یا درخواست چنانچه درخواست و ضامم کامل باشد آن را در دفتر مخصوص ثبت و جهت رسیدگی و اتخاذ تصمیم مقتضی به هیأت حل اختلاف تسلیم نماید. دفتر هیأت شامل: شماره ثبت، تاریخ ثبت، نام و نام‌خانوادگی درخواست‌کننده، موضوع درخواست، اداره ثبت احوال محل صدور، خلاصه تصمیم و تاریخ صدور تصمیم می‌باشد. (ماده ۷ آیین‌نامه هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۵۶ و قسمت ۲ بند (ب) دستورالعمل هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۷۴) دفتر هیأت حل اختلاف باید درخواست و برگ‌های پیوست را اخذ و پس از تطبیق یا رونوشت اسناد و مدارک یا اصل آن را گواهی نموده و در صورت کامل بودن درخواست و برگ‌های پیوست، رسید به متقاضی تسلیم نماید. در برگ رسید درخواست به ترتیب باید نام و نام‌خانوداگی درخواست‌کننده و تاریخ ارائه برگه درخواست و نیز شماره‌ای که در دفتر ثبت شده نوشته و توسط مسئول دفتر هیأت امضا شود. (ماده ۷ آیین‌نامه هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۵۶ و قسمت ۳ بند (ب) دستورالعمل هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۷۴) چنانچه متقاضی درخواست خود را به غیر از محل صدور شناسنامه خود تسلیم نماید دفتر هیأت حل اختلاف بایستی

درخواست و ضمائم را در صورتی که کامل دانست در دفتر مخصوص ثبت، و سپس آن را فوراً با ضمائم مربوطه جهت رسیدگی و اتخاذ تصمیم مقتضی به هیأت حل اختلاف محل صدور شناسنامه ارسال دارد (تبصره ماده ۴ آیین نامه هیأت های حل اختلاف ۱۳۵۶ و قسمت ۴ بند (ب) دستورالعمل هیأت های حل اختلاف ۱۳۷۴).

### ۲-۳-۴- جلسه رسیدگی و جریان آن

بر اساس مواد ۹ تا ۱۷ آیین نامه طرز رسیدگی هیأت های حل اختلاف مصوب ۱۳۵۶، پس از اینکه دفتر هیأت حل اختلاف درخواست را تسلیم هیأت نمود، هیأت مذکور چنانچه پرونده را آماده برای رسیدگی و اخذ تصمیم نهایی تشخیص داد تصمیم مقتضی اتخاذ می نماید در غیر این صورت درخواست و ضمائم را برای طرف مقابل ارسال می دارد که ظرف ده روز کتباً پاسخ دهد و پس از وصول پاسخ، رسیدگی لازم را انجام می دهد و در صورت ضرورت با تعیین وقت متقاضی و طرف را برای اخذ توضیح و رسیدگی دعوت می نماید. تاریخ رسیدگی باید طوری معین شود که فاصله بین ابلاغ و روز جلسه کمتر از پنج روز نباشد. ابلاغ در محل دفتر توسط دفتر و در خارج از محل دفتر هیأت توسط مأمور ابلاغ و چنانچه محل اقامت طرف اختلاف در قلمرو هیأت حل اختلاف دیگر باشد ابلاغ توسط دفتر یا مأمور ابلاغ همان اداره صورت می گیرد. هیأت های حل اختلاف می توانند جلسه رسیدگی را با رضایت طرفین فقط برای یک بار به تأخیر اندازند و عدم حضور یک طرف مانع ادای توضیحات طرف دیگر و انجام رسیدگی نیست.

### ۲-۳-۵- صدور رای

هیأت حل اختلاف محل صدور شناسنامه در وقت رسیدگی باید پرونده را مطالعه و بررسی نموده و پس از ملاحظه اوراق و اسناد مربوطه و استماع توضیحات طرفین و درج آن در برگ صورت مجلس تصمیم هیأت حل اختلاف (فرم شماره ۷) و اعلام ختم رسیدگی، رأی لازم را با رعایت کلیه موارد قانونی لازم الاجرا و آئین نامه طرز رسیدگی هیأت های حل اختلاف و دستورالعمل های مربوط حداکثر ظرف ۴۸ ساعت صادر نماید. رأی هیأت باید کاملاً مستدل و

مشروح باشد. دفتر هیأت مکلف است خلاصه رأی را در دفتر ثبت درخواست قید و نسبت به ابلاغ آن (با قید تاریخ رؤیت) به درخواست کننده اقدام نماید نسخه‌ای از تصمیم به درخواست کننده تسلیم و نسخه دیگر ضمیمه پرونده امر خواهد شد در صورتی که درخواست از دفتر هیأت حل اختلاف محل اقامت متقاضی رسیده باشد دفتر هیأت حل اختلاف صادرکننده رأی بایستی تصمیم متخذه را به تعداد کافی (برابر فرم شماره ۸) به دفتر هیأت مربوطه ارسال دارد. دفتر مذکور باید پس از ثبت خلاصه تصمیم در دفتر ثبت درخواست رسیدگی دو نسخه تصمیم را به درخواست کننده ابلاغ (با قید تاریخ رؤیت) نماید نسخه‌ای از تصمیم به درخواست کننده تسلیم و نسخه دیگر به دفتر هیأت حل اختلاف صادرکننده تصمیم اعاده خواهد شد. (مواد ۱۸ و ۲۱ آیین نامه هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۵۶ و قسمت ۶ بند (ب) دستورالعمل هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۷۴)

### ۲-۳-۶- اعتراض به رای

با توجه به ماده ۴ قانون ثبت احوال «رسیدگی به شکایات اشخاص ذینفع از تصمیمات هیأت حل اختلاف ... با دادگاه شهرستان یا دادگاه بخش مستقل محل اقامت خواهان به عمل می‌آید.» مهلت شکایت از تصمیم هیأت حل اختلاف ده روز از تاریخ ابلاغ است. رأی دادگاه در خصوص تصمیم هیأت حل اختلاف فقط پژوهش پذیر (قابل تجدیدنظر) است.

بر اساس ماده ۴ لایحه پیشنهادی اصلاح قانون ثبت احوال، تصمیمات هیأت تطبیق و تصحیح مشخصات هویتی، ظرف بیست روز از ابلاغ، در کمیسیون مرکب از قاضی دادگاه صالح، معاون اداره کل ثبت احوال و یک عضو از شورای اسلامی مرکز استان، قابل اعتراض است. ریاست کمیسیون با قاضی مذکور است که توسط رئیس دادگستری معرفی می‌شود و جلسات آن با حضور همه اعضا رسمیت داشته و تصمیمات آن با رأی اکثریت که توسط رئیس این کمیسیون انشاء می‌شود، ظرف بیست روز از ابلاغ، در «کمیسیون تجدیدنظر» موضوع ماده ۴ مکرر، قابل تجدیدنظرخواهی است. بر اساس ماده ۴ مکرر لایحه پیشنهادی یادشده، «کمیسیون تجدیدنظر» مرکب از قاضی دادگاه تجدیدنظر با معرفی رئیس کل دادگستری، مدیر کل ثبت احوال و نماینده استاندار است. ریاست کمیسیون با قاضی مذکور است و جلسات آن با حضور تمام اعضا رسمیت

دارد و تصمیمات آن با نظر اکثریت معتبر است و رأی آن که توسط رئیس آن انشاء می‌شود، قطعی است.

## ۲-۳-۷- اجرای رای

اجرای تصمیم هیأت حل اختلاف موکول به درخواست کتبی خواهد بود. در مواردی که مشخصات والدین به موجب تصمیم هیأت حل اختلاف تغییر نموده باشد جهت اصلاح مشخصات مزبور در اسناد سجلی فرزندان نیاز به طرح مجدد در هیأت نخواهد بود، بلکه با اخذ تصاویر برابر اصل تصمیم هیأت مربوطه و شناسنامه پدر و مادر بر حسب مورد (متضمن توضیحات مربوطه) اقدام خواهد شد. اجرای مقرر مذکور در خصوص فرزندان کبیر به درخواست خود آنان و در مورد فرزندان صغیر به درخواست پدر یا سرپرست قانونی و دستور اداره ذی‌ربط خواهد بود (قسمت ۸ بند (ب) دستورالعمل هیأت‌های حل اختلاف ۱۳۷۴).

هیأت حل اختلاف ثبت احوال از جمله مراجع استثنایی اداری و متشکل از رئیس اداره ثبت احوال و مسئول بایگانی و یکی از کارمندان اداره مزبور است. با توجه به نحوه عزل و نصب اعضای هیأت و رابطه تشکیلاتی آن با اداره ثبت احوال اصول استقلال و بی‌طرفی که از اصول دادرسی می‌باشد مخدوش است و لذا پیشنهاد می‌گردد جهت تضمین اصول یادشده همانند برخی از مراجع شبه‌قضایی یک نفر قاضی دادگستری در ترکیب هیأت حضور داشته باشد. صلاحیت ذاتی هیأت در ماده ۳ قانون ثبت احوال و در پنج بند احصا شده است و بهتر است در چهار زمینه تصحیح، تکمیل، تغییر و ابطال اسناد سجلی مورد اصلاح قرار گیرد و صلاحیت محلی آن در ماده ۱ آیین‌نامه طرز رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف پیش‌بینی شده است. یکی از مباحث مهم که لازم است در بازنگری قانون ثبت احوال مورد توجه قرار گیرد موضوع تغییر و اصلاح نام و مرجع رسیدگی به آن است. اصول دادخواهی، استقلال، بی‌طرفی، تسریع در رسیدگی، غیرعلنی بودن رسیدگی، تقابلی بودن، شفافیت، عطف به ماسبق نشدن قوانین و مقررات یا قبح عقاب بلابیان، مستند و مستدل بودن رأی و تجدیدنظرخواهی از جمله اصول حاکم بر هیأت‌های حل اختلاف است. تصمیمات هیأت، قابل اعتراض در دادگاه و رأی دادگاه نیز قابل تجدیدنظر است و اجرای آن پس از ابلاغ و قطعیت، منوط به درخواست کتبی ذینفع است. وجود نهادهای شبه‌قضایی همچون هیأت حل اختلاف با رعایت اصول دادرسی باعث قضازدایی و تسریع در رسیدگی به این امور می‌شود و این مقوله باید مورد توجه قانونگذار قرار گیرد و پیشنهاد می‌گردد که در راستای سند تحول قضایی، آیین دادرسی ویژه برای مراجع اداری و شبه‌قضایی پیش‌بینی گردد.

۱. اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور، (۱۳۸۹)، مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، تهران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.
۲. اداره کل تدوین و تنقیح مقررات، (۱۳۸۵)، مجموعه قوانین و مقررات ثبت احوال، آمار و سرشماری، تهران، ریاست جمهوری: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات.
۳. اصغری، صلاح‌الدین، (۱۳۹۴)، محشای قانون ثبت احوال، تهران، انتشارات خرسندی.
۴. بازگیر، یدالله، (۱۳۷۷)، آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی، تهران، انتشارات ققنوس.
۵. حسین‌آبادی، امیر، (۱۳۹۱)، «اعتبار اسناد هویتی و جایگاه آن در نظام حقوقی»، مقالات همایش ملی ثبت احوال.
۶. حسینی‌اصل، علی، (بی‌تا)، جرایم سازمان‌یافته و اسناد هویتی.
۷. ذوالفقاری، اردشیر، (۱۳۸۴)، شرحی بر قانون ثبت احوال (راهنمای مراجعین ثبت احوال)، موسسه فرهنگی کوثر.
۸. رستمی، ولی، (۱۳۹۱)، «جایگاه دادرسی عادلانه در رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف ثبت احوال»، مقالات همایش ملی ثبت احوال.
۹. زارعی محمودآبادی، حسن، (۱۳۹۵)، پایان‌نامه «وضعیت افراد فاقد شناسنامه و مشکوک التابعه» (تحلیل ماده ۴۵ قانون ثبت احوال)، دانشگاه آزاد اسلامی واحد میبد.
۱۰. زاهدی‌نیا، علی، (۱۳۸۱)، آشنایی با هیأت‌های حل اختلاف در ادارات ثبت احوال، تهران، نشر بارثاوا.
۱۱. شمس، عبدالله، (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، تهران، انتشارات دراک.
۱۲. صادقی، علی، (۱۳۹۴)، مواردی که باید بدانیم (سیری بر قوانین ثبت احوال).
۱۳. صفایی، سیدحسین و قاسم‌زاده، سیدمرتضی، (۱۳۹۳)، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، تهران، انتشارات سمت.

۱۴. فتاحی، زهرا، (۱۳۹۲)، پایان‌نامه «بررسی صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی تابعیت»، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.
۱۵. محسنی، حسن، (۱۳۹۱)، «قضازدایی در پیگیری دعاوی مربوط به ثبت احوال»، مجموعه مقالات همایش ملی حقوق ثبت احوال.
۱۶. موسوی میبدی، سید جمال، (بی‌تا)، مقاله «مراجع صلاحیتدار اداری در اصلاح و تغییرات مندرجات شناسنامه».
۱۷. میرشکاری، عباس، (۱۳۹۰)، حقوق ثبت احوال، تهران، میزان.
۱۸. وجدی، علی، (۱۳۹۲)، آشنایی با قوانین و مقررات اصلاح و تغییر تاریخ تولد (منضم به پاسخ به برخی پرسش‌ها در مورد اصلاح و تغییر سن).
۱۹. وجدی، علی، (بی‌تا)، آشنایی با قوانین و مقررات فاقدین شناسنامه و مشکوک‌التابعین.
۲۰. قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵/۰۴/۱۶
۲۱. قانون «تخلفات، جرائم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه» مصوب ۱۳۶۷/۱۱/۰۲
۲۲. آیین‌نامه طرز رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف ثبت احوال مصوب ۱۳۵۶/۰۸/۱۶
۲۳. دستورالعمل نحوه اصلاح محل تولد اشخاص
۲۴. دستورالعمل راجع به هیأت‌های حل اختلاف مصوب ۱۳۷۴
۲۵. دستورالعمل شماره ۷۴۴۳ - ۱۳۶۴/۱۲/۱۶ شورای عالی ثبت احوال.
۲۶. سند امنیت قضایی مصوب ۱۳۹۹/۰۷/۱۶ ریاست قوه قضاییه.
۲۷. لایحه پیشنهادی اصلاح قانون ثبت احوال (مرکز پژوهشی دانشنامه‌های حقوق علامه)، اسفند ۱۳۹۷.

# Procedure for the Dispute Resolution Board on Civil Registration

Omid Tavakoli Kiya<sup>1</sup>

## Abstract

At the headquarters of each civil registry office, a board called the "Dispute Resolution Board" has been formed to deal with the errors in the personal status documents and make a decision to fix them and deal with the correction, completion, change and cancellation of the personal status documents mentioned in Article 3 of the Civil Registration Act. The proceeding in the Board is conducted by submission of the application by the holders of the personal status documents or the beneficiaries or the registrars. The Dispute Resolution Board occupied a better position than other specialized administrative authorities in terms of observing the principles of a fair trial due to having a special procedure under the title of "Rules of Procedure of the Dispute Resolution Boards on Civil Registry". In this article, we will examine the organization, territorial and subject matter jurisdiction, the principles governing the proceeding in Dispute Resolution Board and its procedure.

**Keywords:** *Dispute Resolution Board, Civil Registration, Procedure, Personal Status Documents, Article 3 of the Civil Registration Act.*

---

1. Master of Laws, Judge of Justice and Researcher of Iranian Law,  
(Email:omidtavakolikia@gmail.com)

## ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. اصغری، صلاح‌الدین، (۱۳۹۴)، محشای قانون ثبت احوال، تهران، انتشارات خرسندی.

۲. حسین‌آبادی، امیر، (۱۳۹۱)، اعتبار اسناد هویتی و جایگاه آن در نظام حقوقی، مقالات همایش ملی ثبت احوال.

۳. رستمی، ولی، (۱۳۹۱)، جایگاه دادرسی عادلانه در رسیدگی هیأت‌های حل اختلاف ثبت احوال، مقالات همایش ملی ثبت احوال.

۴. زاهدی‌نیا، علی، (۱۳۸۱)، آشنایی با هیأت‌های حل اختلاف در ادارات ثبت احوال، تهران، نشر بارثاوا.

۵. صفایی، سیدحسین؛ قاسم‌زاده، سیدمرتضی، (۱۳۹۳)، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، تهران، انتشارات سمت.

۶. محسنی، حسن، قضا‌دایی در پیگیری دعاوی مربوط به ثبت احوال، مجموعه مقالات همایش ملی حقوق ثبت احوال، ۱۳۹۱.

۷. موسوی میبدی، سید جمال، بی‌تا، مقاله «مراجع صلاحیت‌دار اداری در اصلاح و تغییرات مندرجات شناسنامه».

۸. میرشکاری، عباس، (۱۳۹۰)، حقوق ثبت احوال، تهران، میزان.

۹. درویش زاده، محمد و دیگران، قانون ثبت احوال در نظم حقوقی کنونی، سازمان ثبت احوال کشور، ۱۳۹۹

کد مقاله

LAW-2012-1005 (R4)

دانشنامه‌های مرتبط

حقوق ثبت احوال

مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱. هیأت حل اختلاف
۲. ثبت احوال
۳. آیین دادرسی
۴. اسناد سجلی

مدخل‌های فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. سازمان و صلاحیت هیأت حل اختلاف
۲. فلسفه و ضرورت تشکیل هیأت
۳. ساختار و اعضاء صلاحیت ذاتی و محلی هیأت حل اختلاف
۴. جایگاه دادرسی عادلانه در هیأت حل اختلاف
۵. اصول حاکم بر رسیدگی هیأت حل اختلاف

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده ۳ قانون ثبت احوال
۲. ماده ۱۲ قانون تخلفات، جرائم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه

## داوری در آثار استاد جعفری لنگرودی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

عبدالله فدابخشی<sup>۱</sup>

### چکیده

آثار دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، یک دوره وزین ادبی، فقهی و حقوقی محسوب است. از میان نهادهای متعدد حقوقی که مورد توجه ایشان بوده است، در این مقاله، بحث «داوری» را در آثار ایشان بررسی می‌کنیم. بخش اول مقاله، به قواعد ماهوی داوری اختصاص دارد که عناصر داوری، در این بخش مورد بررسی قرار گرفته است. دکتر لنگرودی در یکی از آثار خود، به بیان و تفسیر عناصر داوری، اعم از طرفین، اعطای اختیار حکمیت به داور و منع تحکیم در امور جزایی و قصاص پرداخته است. تاریخچه‌ای از داوری نیز، به اجمال در بخش اول این پژوهش آمده است. وی در یکی از آثار خود، به شرح جایگاه و سوابق حکمیت در اسلام، سیره معصومین و خلفای راشدین و زمان و نحوه ورود نهاد داوری به کشور، مبادرت نموده است. سپس، قسمتی از این بخش، به مقایسه داوری با نهاد وکالت تخصیص یافته؛ و در قسمتی دیگر، ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط اعتبار قرارداد یا شرط داوری، بیان شده است. داوری شخص حقوقی نیز که در زمره قواعد ماهوی داوری، مورد بررسی قرار خواهد گرفت؛ در آثار دکتر لنگرودی، موجه تلقی شده است. در رابطه با اعتبار رأی داور نیز، وی در صورت تعدد داور، نظر اکثریت آنان را، معتبر می‌شمارد و داوری را در فرض منحصر بودن داوران به دو نفر و اختلاف نظر آنان، باطل می‌داند. بخش دوم مقاله، به قواعد دادرسی در حوزه داوری، اختصاص یافته است. در رابطه با زوال داوری، دکتر لنگرودی، رجوع از داوری را به دلالت قراین و شواهد نیز، قابل تصور می‌داند. در بخش دیگری از مقاله، پیرامون اعتراض به رأی داور و تشریفات اقامه دعوای ابطال رأی، آثار وی مورد بررسی قرار گرفته است.

**کلیدواژه‌ها:** داوری، محمدجعفر جعفری لنگرودی، قواعد دادرسی، قواعد ماهوی داوری، نهاد

وکالت

برخی، مفاهیم حقوقی را گاه با نگاه ادبی، در متون تاریخی دنبال می‌کنند. آنچه فیلیپ مالوری در کتاب «ادبیات و حقوق» (کلانتریان، ۱۳۸۱) نگاشته و به ترجمه کلانتریان منتشر شده، از این موارد است. بی‌گمان متون ادبی با داوری آشناست و شاعران نیز به کنایه یا تصریح، آن را توصیف کرده‌اند. تاریخ نیز مطالب زیبایی دارد و از داوری‌های خوب و بد یاد می‌کند (روحانی، ۱۳۹۱: ۴۰۶ و ۴۰۷). اما اینکه عنوان داوری در آثار محمدجعفر جعفری لنگرودی را انتخاب کردیم، به این علت بر می‌گردد که آثار ایشان، خود یک دوره کامل ادبی، فقهی و حقوقی و شایسته استقلال است و شأن این را دارد که بدون دیگر آثار، مورد تتبع قرار گیرد. موضوعات مختلف حقوقی را می‌توان در آثار وی جست‌وجو کرد اما انتخاب داوری دلایلی دارد:

از یکسو به داوری علاقه‌مندیم و عجیب است عاشق نازیبایی شده‌ایم که اگر آرایش قانونی نیابد، هر روز زشتی آن بیشتر می‌شود که خود داستانی ملال‌آور دارد!

از سوی دیگر، وی هرچند در زمینه داوری، کتاب خاصی نداشته است اما در لابلای آثار بسیار خود، مباحثی از داوری را در نظر داشته و استنباطی به عمل آورده که نشان می‌دهد اگر اراده کند حقوق داوری جاننداری را به آثار خویش می‌افزاید (مَلِک ان یَمَلِک). دلیل سوم نیز تمرکز بر نقطه نظرات یک صاحب نظر و کمک به توسعه ادبیات داوری است.

مباحث داوری بسیار است. برای طرح مختصری از دیدگاه‌های جعفری لنگرودی، مطالب در دو گفتار با عنوان داوری و قواعد ماهوی (گفتار نخست) و داوری و قواعد دادرسی (گفتار دوم) با اشاره به پاره‌ای از مهم‌ترین فروع ذیل هر گفتار، بیان می‌شود.

## ۱-۱- تحقق داوری

## ۱-۱-۱- تعریف و تقدم داوری و تحکیم بر دادگستری

داوری را می‌توان با تحکیم در فقه مقایسه کرد. مشابهت بسیار و تفاوت‌ها، اندک است! (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۷۸۵ - ۷۹۰)، جعفری لنگرودی، عناصر تحکیم را به این صورت می‌شمارد: «اول- دو طرف (اعم از شخص حقیقی یا حقوقی)، خواه طرفین عقدی از عقود باشند خواه نه مانند اختلافات در میراث. اما اختلاف (محقق یا محتمل) عنصر تحکیم نیست چنان‌که در مورد شرط خیار برای ثالث به منظور جلب نظر او در نقض و ابرام عقد (خیار مؤامره) این را هم تحکیم گفته‌اند. جامع بین داوری و طرف مؤامره در خیار استیمار، ایکال.... حکم و اظهارنظر ثالث است. این عنصر، تحکیم مورد نظر خوارج را خارج می‌کند زیرا مقصود خوارج، نفی حکومت انسان و انحصار حکومت برای خداوند تعالی بود. خوارج را محکمین می‌خواندند. دوم- تفویض حکم و اظهارنظر به ثالث و گردن نهادن به رأی و نظر او. سوم- مورد از موارد کیفری و قصاص نباشد». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۷۷)، ارتباط خیار مؤامره با تحکیم و داوری به ویژه داوری مبتنی بر صلح و انصاف، بسیار است و فرصت موسعی برای تبیین می‌طلبید (خدابخشی، ۱۳۹۵: ۵۹/۵ - ۱۱۸، ۱۷۵ - ۱۷۸). اشاره وی، گویای استحضار دقیق از آن ارتباط است.

از نظر او، داوری مقدم بر سازمان قضایی و محاکم رسمی است و قضات انتخابی، بیش و پیش از قضات منصوب بوده‌اند. برخی معتقدند که صلاحیت مرجع داوری نسبت به دادگاه، عام است زیرا مراجعه به اشخاص انتخابی (حکم، داور) قبل از تشکیل دادگاه‌ها، موافق اصل بوده است! از نظر وی: «این سازمان قضایی که امروز سراسر کشور را زیر پوشش خود گرفته است تا قبل از مشروطه در ایران نبود. یک پدیده غربی است؛ بخش خصوصی در آغاز با آن مخالف بود. در عصر خلفای اربعه به ندرت دولت نصب قاضی می‌کرد؛ مانند شریح قاضی که در زمان عمر و عثمان و علی (ع) قاضی بود. بخش خصوصی، دادگاه داشت و قاضی به تراضی، عهده‌دار رسیدگی

به دعاوی بود. اهل ذمه هم در عصر نبی (ص) دادگاه‌های خاص خود را داشتند. ابن العربی مالکی می‌گوید: رسیدگی به مرافعات، از حقوق مردم است! نه قضات. ولی مصلحت آن است که دولت، نصب قاضی کند... اگر خواستید تاریخ عصر خلفای اربعه را در اقدام بخش خصوصی در تصدی دادگاه‌ها بدانید و وضع «قاضی به تراضی» را مجسم کنید به خطبه ذیل از نهج‌البلاغه (نهج البلاغه، ص ۲۵) بنگرید: رجل قمش جهلاً، موضع فی جهال الأمة؛ یعنی مردی که کان نادانی است جهل خود را به نادانان عرضه می‌کند. قد سماه اشباه الناس عالماً و لیس به؛ عوام او را عالم نامند ولی دانا نیست. بگر فاستکثر من جمع مال منه خیر من کثیر؛ آغاز کرد به جمع روایات که اندک درست آنها به از اکثر نادرست است. جلس بین الناس قاضياً؛ به عنوان قاضی بین متداعیین جلوس کرد (قاضی به تراضی). فان نزلت به إحدى المبهمات؛ اگر مجهولی نزد او طرح شود. هیأاً له حشو ارثاً من رأیه ثم قطع؛ پاسخی بی‌اساس دهد و فصل خصومت کند. لایدری اصاب ام اخطأ؛ نداند درست رأی داده است یا نه. یذری الروایات إزاء الريح الهشیم؛ روایات را به هر سو برد مانند باد گیاه خشک را... تصرخ من جور قضائه الدماء؛ از حکم ناحق او خونها فریاد می‌کشند. و تعج منه الموارث؛ میراث‌های خلاف حق، بانگ بر می‌آورند. الی الله أشکو من معشر؛ از دست گروهی پناه به خدای برم. یعیشون جهلاً و یموتون ضللاً؛ که نادان زیند و گمراه می‌رند... از این سند چند نکته را باید دانست: ۱- طرح دعاوی نزد قضات، در عصر خلفای اربعه از حقوق خصوصی بود همان‌طور که ابن العربی گفت. ۲- تشکیل دادگاه‌ها در بخش خصوصی مجاز و شایع بود، هرچند که دولت هم به ندرت در مراکز بلاد، نصب قاضی می‌کرد. ۳- روایات به حد وفور در دسترس همگان بود و بسی از آن قضات در بخش خصوصی مقید نبودند که به روایات موثق عمل کنند بلکه نه تنها به روایات موثق بلکه به ناموثق هم عمل می‌کردند. به هر حال هر دو نوع آنها ظنی الصدور بود و حال آنکه قرآن، قطعی الصدور بود و آنان در تفسیر آیات قطعی الصدور به آن روایات، عمل می‌کردند. پس دول وقت (یعنی خلفای اربعه) از این رو در تدوین رسمی روایات اقدام عام نمی‌توانستند کرد. ۴- آن قضات برای معاش خود، از ارباب رجوع، اجرت می‌گرفتند و برای اوراق دعوا هم عوض می‌خواستند، اجرت تنگ قاضی، معروف است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۲۴/۵ - ۲۶).

وکالت و داوری تفاوت‌های اساسی دارند (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۳۵ و ۳۶). این تفاوت را می‌توان در «تحقق» این عناوین و «آثار» آن جست‌وجو نمود. از نظر تحقق، جوهره وکالت با نظریه نمایندگی عجین شده است و قواعد آن را بر این اساس تحلیل می‌کنند اما جوهره داوری، نمایندگی نیست و تسلط است و ریشه در قانون و حاکمیت نیز دارد. در وکالت، امری را می‌توان اعطا کرد که اصیل از عهده آن برآید، درحالی که می‌دانیم قضاوت از شئون خاص است و خود اصیل نمی‌تواند در آن دخالت کند. جعفری لنگرودی می‌گوید: «انتخاب داور با توکیل فرق دارد؛ یعنی داور، وکیل کسانی نیست که او را به داوری گزیده‌اند زیرا شرط وکالت این است که موکل بتواند، خود مورد وکالت را انجام دهد و حال این که انتخاب کنندگان داور، صلاحیت حل اختلاف مورد داوری را به صورت انشای رأی و فصل خصومت ندارند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۴۳۷).

می‌توان افزود که؛ در مورد امکان وکالت در قضاوت، در فقه اختلاف نظر است، بسیاری آن را قبول ندارند، برخی می‌پذیرند و برخی نیز تنها اعطای وکالت در مقدمات آن مانند استماع شهادت را قبول دارند (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۵۵؛ گلپایگانی ۱۴۱۳: ۹۰). با توجه به ادله بحث، عدم اعطای وکالت قوی‌تر به نظر می‌رسد. وقتی این اختلاف در مورد قاضی منصوب و امکان اعطای وکالت از سوی او وجود دارد، در مورد اشخاص خصوصی اساساً نمی‌توان به امکان تحقق وکالت معتقد بود و آنچه طرفین اختلاف به عنوان داوری پیش‌بینی می‌کنند، نمی‌تواند وکالت باشد.

از نظر آثار، اولاً داور به‌طور مستقل رأی می‌دهد و این رأی با دستور دادگاه، لازم‌الاتباع است اما وکیل، به نمایندگی، عمل حقوقی انجام می‌دهد که لازم‌الاجرا نیست و اگر در سند رسمی هم باشد، از خود تصمیم‌نشئت نمی‌گیرد بلکه از حکم قانون است؛ ثالثاً اقدام داور، برای حل و فصل اختلاف است ولی وکیل در این مقام نیست یا اگر درصدد رفع نزاع حقوقی است، عمل قضایی انجام نمی‌دهد. به این معنا که فرآیند تصمیم‌گیری او، فاقد اوصاف قضایی است. به عبارت دیگر ولایت داور برای فصل کردن؛ و نمایندگی وکیل برای وصل نمودن است! با این حال، گاه تمایز مذکور به غایت دشوار می‌شود زیرا ممکن است داور، اختیار صلح و سازش نیز داشته باشد (ماده

۴۸۳ ق. آ.د.م.). به ویژه اینکه به عقیده برخی از اساتید، داوری با اختیار صلح: «ماهیت دو گانه دارد یعنی داورانی که اختیار صلح دارند در عین حال، وکیل در مصالحه هستند... در اینجا هم چون داوران وکیل هستند لذا هر سه نفر باید به اتفاق رأی دهند... توافق تمام داوران باید باشد و این نظر درست‌تر است و باید این نظر را منطبق با اصول حقوقی بدانیم» (صفایی، ۱۳۹۰: ۵۶۸ و ۵۷۲).

رویه قضایی نیز از این اختلاف مصون نمانده است. برای مثال در رأی شماره ۱۳۵/۷۳/۱۹- ۱۳۵/۴/۱۱ شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور آمده است: «با عنایت به این که مستفاد از مدلول قرارداد مورخ ۶۱/۴/۷ و ارجاع اختلافات مشروحه در آن جهت حل و فصل به معنی ارجاع به داوری است و صرف اطلاق عنوان وکیل به داوران موصوف از قرارداد در محدوده اختیارات مفوضه موجب خروج موضوع از امر داوری نمی‌باشد بنابراین دعوای مطروحه قبل از روشن شدن وضعیت رأی صادره، ... فاقد موقعیت قانونی بوده و مورد، مقتضی صدور قرار عدم استماع دعوا است...» (بازگیر، ۱۳۸۶: ۱۷۷).<sup>۱</sup> تأمل بیشتر نشان می‌دهد حتی این داوری نیز با وکالت متمایز است (خدابخشی: ۱۳۵ - ۱۵۳).

۱. شعبه ۲۴ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان به موجب دادنامه ش ۱۷۶۹/۰۳۵۲۴۰/۹۶۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۱ موضوع پرونده ش ۹۶۰۹۲۶ مقرر می‌دارد: «... ج- مفاد سند با قید (به حکمیت آقای... در مالکیت اینجانب قرار خواهد گرفت) بیشتر از اینکه افاده و برداشت داوری به مفهوم قضاوت خصوصی شود، شیوه‌ای برای صلح و سازش و میانجیگری را متبادر به ذهن می‌کند. براساس اصول تفسیری نیز در تردید بین داوری به معنای خاص و حکمیت به معنای سازش، چون اصل بر صلاحیت محاکم دادگستری است، تعبیر «حکمیت» به «سازش»، موافق این اصل است و با مفاد سند ارایه شده نیز که هیچ قیدی بر الزام طرفین یا تکلیف صدور رأی برای آقای... در آن نشده، همگون‌تر است؛ ه- ... حدود اختیار داور به طور دقیق، مشخص نشده است (ماده ۴۵۸ ق. آ. د. م.) و در قسمت اخیر سند موضوع شرط داوری با این موضوع (در مالکیت اینجانب قرار خواهد گرفت)، به مفهوم تملیک بخشی از اعیان به نام خوانده است، حال آنکه در منطوق رأی داور، حکم به مبلغ وجه نقد آن هم به عنوان خسارت صادر شده است که این تصمیم، به نظر دادگاه، خارج از صلاحیت موضوعی داور است؛ ز- رأی داور باید موجه و مدلل باشد (ماده ۴۸۲ ق. آ. د. م.) به گونه ای که محکوم علیه بداند به چه دلیلی و براساس چه مستندی محکومیت یافته است و دادگاه نیز در کنترل قضایی رأی داور، باید آنچه داور را به نتیجه محکومیت رهنمون ساخته است [به نحو] متعارف، بیابد؛ حال آنکه در رأی داور هیچ گونه مستند و توجیهی که حاکی از شرایط قراردادی و شیوه محاسبه محکومیت خواهان باشد ارائه نشده است؛ ح- اگر چه داور در رسیدگی به اختلاف تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نمی‌باشد اما رعایت اصول دادرسی که ضامن حقوق اصحاب دعواست،

### ۳-۱-۱- ضمانت اجرای شرایط داوری

در صورتی که شرایط مقرر برای قرارداد یا شرط داوری (موافقت‌نامه داوری به معنای عام) رعایت نشود، چه وضعیتی خواهد داشت؟ بدیهی است که اگر شرایط عمومی رعایت نشود، قرارداد، حسب مورد باطل یا غیرنافذ است؛ اما در مورد شرایط خاص مقرر در مواد ۴۵۸ و ۴۶۸ ق. آ. د. م.<sup>۱</sup> حکم مشخصی وجود ندارد. جعفری لنگرودی بعد از اشاره به مندرجات قرارداد داوری، از جمله شامل تعیین مشخصات داور معین و موضوع اختلاف، می‌گوید: «ظاهر... این است که ضمانت اجرای تخلف، بطلان قرارداد است» (جعفری لنگرودی، پیشین، ۴۳۹). دیگر نویسندگان، کمتر به این امر اشاره نموده‌اند ولی رویه قضایی گاه، آرایي در این خصوص دارد. به نظر نمی‌رسد که بتوان بطلان قرارداد را استنباط نمود زیرا کافی است که طرفین، اصل توافق به داوری را مقرر کنند، بدون اینکه داور، مدت داوری، موضوع داوری و سایر شرایط را تعیین نمایند. در واقع، قانون یا عرف برای همه اینها حکم تکمیلی دارند و به جای اراده صریح طرفین می‌نشانند.

رویه قضایی نیز بیشتر متمایل به صحت قرارداد است و البته برخی دادگاه‌ها، عدم رعایت شرایط مقرر در ماده ۴۵۸ قانون را از جهات بی‌اعتباری داوری می‌دانند. در دادنامه شماره ۱۶-۸۵/۱۱/۸ موضوع پرونده شماره ۱۶۲۵/۶/۸۵ شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «در خصوص تجدیدنظرخواهی... نسبت به دادنامه شماره ۸۵/۱۲۷-۹۱۷-کلاسه ۸۴/۱۲۵/۱۷۸۱»

برای داور الزامی است؛ از جمله اصل تناظر و نیز اطلاع از چگونگی محاسبه ضرر و زیان احتساب شده که در مضمون و مندرجات رأی داور، شیوه دعوت از طرفین و ارزیابی خسارت و وجه تعیین شده، یا اصلاً تحقق نیافته و یا شیوه تحقق آن مبهم است...».

۱. ماده ۴۵۸: «در هر مورد که داور تعیین می‌شود باید موضوع و مدت داوری و نیز مشخصات طرفین و داور یا داوران به طوری که رافع اشتباه باشد تعیین گردد. در صورتی که تعیین داور بعد از بروز اختلاف باشد، موضوع اختلاف که به داوری ارجاع شده باید به طور روشن مشخص و مراتب به داوران ابلاغ شود. تبصره- قراردادهای داوری که قبل از اجرای این قانون تنظیم شده اند با رعایت اصل یکصد و سی و نهم (۱۳۹) قانون اساسی تابع مقررات زمان تنظیم می‌باشند؛ ماده ۴۶۸: «دادگاه پس از تعیین داور یا داوران و اخذ قبولی، نام و نام خانوادگی و سایر مشخصات طرفین و موضوع اختلاف و نام و نام خانوادگی داور یا داوران و مدت داوری را کتباً به داوران ابلاغ می‌نماید. در این مورد ابتدای مدت داوری تاریخ ابلاغ به همه داوران می‌باشد».

صادره از شعبه ۱۲۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران... نظر به این که بند ۶ قرارداد با موازین مندرج در ماده ۴۵۸ قانون منطبق نمی‌باشد و با توجه به صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری، تجدیدنظرخواهی مذکور وارد تشخیص» (زندی، ۱۳۸۸: ۱۱۹ و ۱۲۰). همچنین در دادنامه شماره ۱۹۴۴-۸۴/۱۲/۱۶ موضوع پرونده شماره ۸۴/۳۵/۱۸۸۲ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «تجدیدنظرخواهی آقای... نسبت به دادنامه شماره ۷۴۹ در تاریخ ۸۴/۷/۲۷ صادره از شعبه ۹۰ دادگاه عمومی تهران،... در قرارداد داوری، مدت قید نشده و عدم قید مدت در داوری از موجبات بطلان و بی‌اعتباری قرارداد داوری می‌باشد بنابراین قرارداد داوری در هر دو فرض (چه این که مشمول تبصره ذیل ماده ۴۸۴ باشد و چه نباشد) باطل و بی‌اعتبار است...» (همان، ۸۴). دلیل سخت‌گیری جعفری لنگرودی در ضمانت اجرای بطلان را باید جویا شد!

## ۲-۱- داوری شخص حقوقی

آیا داوری شخص حقوقی، ممکن و قانونی است؟ به این معنا که اولاً می‌توان تصور داوری از سوی شخص حقوقی را داشت ثانیاً با فرض تصور، آیا قانون، این داوری را اجازه می‌دهد یا خیر؟ پاسخ برخی از اساتید به گونه‌ای است که نشان می‌دهد، امکان داوری از سوی شخص حقوقی وجود ندارد زیرا گفته‌اند: «باید پذیرفت که اشخاص حقوقی، به طور طبیعی قادر به اعمال این حق نمی‌باشند... [شخص حقوقی] تنها می‌تواند داوری را سازماندهی کند و در اصل، داوری را شخص یا اشخاص طبیعی حقیقی انجام خواهند داد» (شمس، ۱۳۸۴: ۵۳۷). در مقابل، لنگرودی، داوری شخص حقوقی را صحیح دانسته و مستنداتی از قوانین را نیز برای آن ذکر می‌کند (جعفری لنگرودی، پیشین، ۴۴۱ و ۴۴۲). به نظر می‌رسد هم‌نظر با وی، داوری شخص حقوقی، منعی ندارد اما به لحاظ مشکلات عملی، از آن استقبال نمی‌شود (خدابخشی، پیشین، ۲۴۵ - ۲۵۱).

## ۳-۱- تعیین داور (ان)

اگر در قرارداد، داوران متعددی را تعیین و مشخصات (نام و دیگر موارد) آنها را نیز قید نموده باشند؛ دو پرسش مطرح می‌شود: ۱- آیا داوران باید به اتفاق نظر رأی دهند یا نظر اکثریت آنها نیز کافی است؟ ۲- با امتناع یکی از داوران، آیا داوری سایرین نیز از بین می‌رود یا داوران باقی

مانده می‌توانند رسیدگی و انشای رأی نمایند. بدیهی است که داوری مقید، تنها به این نیست که یک نفر را تعیین کنند و داور مذکور حاضر به داوری نبوده یا ناتوان باشد و عبارت ماده ۴۶۳ قانون به اینکه «... در صورت بروز اختلاف بین آنها شخص معینی داوری نماید...»، دلالت بر حصر ندارد، زیرا مقید بودن داوری، تابع قصد طرفین است و ممکن است یک یا چند داور، دارای این وصف باشند. بنابراین اگر سه داور تعیین شده و نخواهند داوری کنند، موضوع، مشمول ماده ۴۶۳ قانون می‌باشد. در این فرض اگر هر سه داور یا اکثر داوران از رسیدگی خودداری نمایند، بی‌تردید داوری از بین می‌رود و دادگاه صلاحیت رسیدگی خواهد داشت؛ اما اگر یک داور یا اقلیت این داوران، مانند دو داور از ۵ داور، امتناع کنند چه وضعی خواهد داشت؟ در مورد وکلای متعدد، مواد ۶۶۹<sup>۱</sup> و ۶۷۰<sup>۲</sup> قانون مدنی به لزوم اتفاق نظر آنها اشاره دارند اما قیاس وکیل و داور صحیح نیست و نمی‌توان از این مواد ملاک گرفت. این مسئله پیش از هر چیز، تابع قصد طرفین است که در صورت احراز، مقدم بر هر قاعده‌ای می‌باشد؛ اما اگر نتوان به این قصد نایل آمد، به نظر می‌رسد که داوری سایرین نیز از بین می‌رود زیرا وقتی طرفین، داوران را مشخص می‌کنند، به همه نظر داشته و براین اساس، توافق نموده‌اند. جعفری لنگرودی معتقد است: «هر گاه طرفین قرارداد، تراضی به داوری دو نفر کرده باشند، ظاهر این است که اتفاق رأی آنان حجت است و در صورت اختلاف، نظر هیچ یک از داوران اثر ندارد. در این صورت، ... داوری زائل می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۴۵۲). از این سخن می‌توان دریافت که تعداد داوران لازم نیست طاق (فرد) باشند اما آیا وی از این سخن، به بیش از دو نفر نیز نظر دارند؟ علت تردید این است که تعیین دو نفر به عنوان داور، عرفاً و با جست‌وجوی اراده طرفین موافقت‌نامه داوری، به معنای اتفاق نظر هر دو داور است زیرا هیچ یک بر دیگری ترجیح ندارد اما اگر تعداد سه نفر شد، اکثریت دو در برابر یک

۱. «هر گاه برای انجام امر دو یا چند نفر وکیل معین شده باشد هیچ یک از آنها نمی‌تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید مگر این که هر یک مستقلاً وکالت داشته باشد در این صورت هر کدام می‌تواند به تنهایی آن امر را به‌جا آورد».

۲. «در صورتی که دو نفر به نحو اجتماع وکیل باشند به موت یکی از آنها وکالت دیگری باطل می‌شود».

نفر، وضعیت دیگری را رقم می‌زند! به هر حال به نظر می‌رسد جز در صورت تصریح به خلاف یا احراز عرف که کاشف از اراده طرفین است، در این وضعیت نیز اتفاق نظر شرط است.

این تحلیل منطقی است زیرا ممکن است نقش یکی از داوران، به نحوی باشد که در جریان رسیدگی، بر دیگر داوران تأثیرگذار بوده و رأی را تغییر دهد. نمی‌توان خواست طرفین را در این داوری تفکیک نمود و به جای ۵ داور، آنها را به ۳ یا ۴ داور ملزم دانست. برخلاف وقتی که داوری مطلق است و قانون اجازه داده تا اکثریت داوران اعلام نظر کنند و امتناع یکی از داوران، اثری در سمت بقیه ندارد، در داوری مقید، باید همه داوران آماده حضور و قبول داوری باشند و با امتناع یکی از آنها، اکثریت نیز حق دخالت ندارند. به عبارت دیگر، «قید» داوری و داور، وضعیت تک تک داوران را در بر می‌گیرد و تنها متوجه مجموع داوران نخواهد بود (عام استغراقی).

#### ۴-۱- داوری با حق صلح و سازش

نقش داور در این نوع داوری چیست؟ آیا صرفاً، «داور» باقی می‌ماند یا نقش «وکیل» را نیز هم‌زمان خواهد داشت؟ و آیا این امر، در مورد داوران متعدد اثرگذار است و باعث می‌شود که رأی آنها، تنها به اتفاق نظر صادر شود یا اکثریت داوران نیز کافی است؟ به عقیده برخی از صاحب‌نظران، داوری با اختیار صلح «ماهیت دو گانه دارد یعنی داورانی که اختیار صلح دارند در عین حال، وکیل در مصالحه هستند... در اینجا هم، چون داوران وکیل هستند لذا هر سه نفر باید به اتفاق رأی دهند... توافق تمام داوران باید باشد و این نظر درست‌تر است و باید این نظر را منطبق با اصول حقوقی بدانیم» (صفایی، پیشین، ۳۰ و ۳۱؛ شمس، پیشین، ۵۶۸ و ۵۷۲). و از نظر جعفری لنگرودی: «در صورت تعدد داوران در موضوع رسیدگی، رأی اکثریت مناط اعتبار است ولو اینکه در قرارداد داوری اتفاق نظر شرط شده باشد و در این امر فرق نمی‌کند که داوران، رأی را به صورت رسیدگی و حکومت صادر کرده باشند یا به صورت اصلاحی (در صورت داشتن حق صلح). این امر از اطلاق ماده ۶۶۰ دادرسی مدنی [سابق] دانسته می‌شود. حکم عادی شماره ۲۶۳۹ مورخ ۱۳۳۸/۷/۲۸ هیأت عمومی تمیز هم به همین مضمون صادر شده است ولی در حکم عادی شماره ۶۱۵ مورخ ۱۳۳۰/۶/۷ هیأت مزبور، برخلاف حکم قبلی اظهار نظر شده است و ظاهر مواد

۶۵۹ و ۶۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی هم مؤید حکم اخیر است». (جعفری لنگرودی، پیشین، ۴۵۷). رویه قضایی حتی در سطح هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در این خصوص، استوار نیست و آرای متفاوتی صادر نموده است:

**نخست-** در رأی شماره ۶۱۵-۶/۷-۱۳۳۰ هیأت عمومی اصراری از اتفاق نظر داوران دفاع شده است: «حکم فرجام‌خواسته از این حیث مخدوش است که دادگاه صادر کننده حکم مزبور به تصور اینکه اختیار طرفین دعوا به داورهای خود ضمن قرارداد داوری از قبیل اختیار اشخاص به وکلای خود نیست تا بتوان رأی اصلاحی اکثریت داورها را غیرمؤثر دانست، مبادرت به اصدار حکم فرجام‌خواسته نموده است و این نظریه صحیح نیست زیرا اصولاً اختیاری که از طرف اشخاص به عده‌ای برای انجام عملی داده می‌شود خواه به عنوان وکالت خواه به عنوان اصلاح و حتی به عنوان داوری، ظاهر در اختیار جمعی است نه انفرادی بنابراین هر عملی که از طرف عموم صاحبان اختیار نباشد (جز در موارد استثنائی) دارای اثر و مناط اعتبار نخواهد بود و آنچه به موجب قانون داوری از این قاعده کلی استثنا گردیده فقط موضوع آن هم در مواد مخصوصی که رأی اکثریت داورها را مناط اعتبار دانسته و باید به همان موضوع به خصوص که قدر متیقن استثنا از قاعده کلی است اکتفا نمود و تعمیم آن به موضوع صلح از باب اینکه اسمی از آن در قانون داوری برده شده وجهی ندارد بنابراین حکم فرجام‌خواسته برخلاف قانون صادر گردیده...» (مجموعه رویه قضایی ۱۳۵۳: ۲۸۴/۲ - ۲۸۸).

**دوم-** در مقابل، می‌توان به رأی شماره ۲۶۳۹-۳۸/۷/۲۸- همان هیأت اشاره داشت که نظر اکثریت را کافی دانسته است: «اعتراضات فرجامی که در اطراف وقوع صلح از طرف حکم‌ها اتفاق و اکثریت آنان ایراد شده وارد نیست زیرا علاوه بر اینکه در قانون موارد بطلان رأی حکم صریحاً ذکر گردیده و در موردی که دعوا به حکمیت و یا صلح از طرف حکم قطع و فصل می‌گردد حکم خاصی وضع نگردیده و مقررات ماده ۶۶۵ اعم است از اینکه عقیده داور به صورت حکمیت و یا صلح بوده باشد اساساً بحث در این زمینه در موردی است که راساً و مستقلاً از طرف متداعیین به یک یا چند نفر وکالت اصلاح امر داده شود و مورد بحث چنین صورتی نداشته چه اولاً طرفین

توافق در امر داوری کرده‌اند نه وکالت اصلاحی و اکثریت داورها هم پس از رسیدگی و ورود در جریان امر و نفع و ضرر شرکت به اظهار عقیده به تخلف فرجامخواه از قرارداد، نتیجتاً فرجام خواندگان را نسبت به مبلغ معین ذیحق تشخیص داده منتهی نتیجه را به صورت صلح در آورده و این صورت در واقع و حقیقت حکمی بوده منتهی به صورت صلح و اظهار عقیده اکثریت اشکال قانونی نداشته بنا به مراتب نسبت به حکم فرجامخواسته اشکالی وارد نبوده و ابرام می‌گردد» (همان، ۲۸۹ - ۳۹۲).

### ۵-۱- مره و تکرار در داوری

از مباحث دشوار داوری است! (خدابخشی، پیشین، ۲۷۴ - ۲۹۲). برخی از نویسندگان با تفکیک داوری مطلق و مقید (مقید به شخص معین یا زمان معین)، می‌گویند: «در این قسم ارجاع به داوری [داوری به صورت مطلق]، خواه طرفین شخصی را هم به عنوان داور انتخاب کنند و خواه دادگاه برای انتخاب داور طرف ممتنع اقدام کند، در صورتی که رأی داور باطل شود، چون قرارداد داوری پایان نیافته است، داور دیگر، به انتخاب طرفین و یا به تعیین دادگاه به ماهیت دعوا رسیدگی می‌کند... مادام که قرارداد ارجاع به داوری... به جهتی زوال نیافته است، با عدم صدور رأی از طرف داور یا ابطال رأی داور از طرف دادگاه، قرارداد داوری از بین نمی‌رود و هرچند مرتبه اختلاف یا دعوا به داور ارجاع شود، اگر رأی او مورد تأیید دادگاه قرار نگیرد، راهی برای عدول از قرارداد داوری، جز حدوث یکی از جهات زوال داوری (رضای طرفین، فوت یا حجر یکی از آنان و غیره) وجود ندارد... علت این امر آن است که طرفین، با توافق بر حل و فصل اختلاف یا دعوا از طریق داوری به طور مطلق، در حقیقت دادگستری را مواجه با عدم صلاحیت ذاتی نسبت به اختلاف خود کرده‌اند» (واحدی، ۱۳۷۷: ۸ و ۹). ایشان در موردی که دعوا در دادگاه مطرح است و با توافق طرفین به داوری ارجاع می‌شود نیز معتقدند که اگر در مورد شخص معین یا زمان مشخصی که قید توافق آنها باشد، تراضی نشده باشد و داور منتخب دادگاه یا طرفین، رأیی صادر نموده و رأی او باطل اعلام شود، بازهم باید به داور دیگری رجوع داشت و این فرایند هرچند بار که تکرار شود، قانونی است و نباید غیر از این باشد (همان، ۱۰). جعفری لنگرودی عقیده دارد: «ارجاع به داوری دو قسم است: الف- طرفین توافق می‌کنند که شخص یا اشخاص معینی به

عنوان داور، به دعوی رسیدگی کنند؛ در این صورت اگر رأی داور یا داوران صادر و بنا به درخواست یکی از طرفین در دادگاه ابطال شد، پس از قطعیت رأی، قهراً قرارنامه داورى هم از بین رفته محسوب است و دادگاه به اصل دعوا رسیدگی خواهد کرد مگر اینکه طرفین مجدداً درخواست ارجاع امر به داورى اشخاص دیگر کنند که بنا به درخواست آنان قرارنامه ارجاع به داورى تنظیم می‌شود؛ ب- وقتی که طرفین بدون در نظر گرفتن شخص مخصوص درخواست ارجاع امر به داورى کرده‌اند و رأی داور باطل شناخته شده است در این صورت قرارنامه داورى به حال خود باقی است و پس از قطعیت حکم بطلان رأی داور، طرفین دعوت می‌شوند و در صورتی دادگاه به اصل دعوا رسیدگی می‌کند که طرفین تراضی کنند والا به درخواست هر یک از طرفین اقدام به تعیین داور می‌کند. منظور از رسیدگی به اصل دعوا تا قطعی شدن حکم که در ماده ۶۶۶ آیین دادرسی مدنی [سابق و ماده ۴۹۱ قانون فعلی آیین دادرسی مدنی] دیده می‌شود این است که قبل از قطعی شدن حکم بطلان رأی داور، جریان پرونده باید متوقف بماند» (جعفری لنگرودی، پیشین، ۴۵۴).

## ۲- داورى و قواعد دادرسی

### ۲-۱- لزوم استناد خوانده به شرط داورى

شرط داورى، صلاحیت دادگاه را به سود مرجع داورى، تغییر می‌دهد. این حق طرفین است که هر یک از این صلاحیت‌ها را انتخاب کنند مگر در موارد داورى اجبارى. از این رو، ایراد به موافقت‌نامه داورى، از حقوق خوانده است و باید برآن بود که اگر خوانده، در وضعیتی باشد که بتوان رفتار او را دال بر انصراف از داورى تفسیر کرد، دادگاه نمی‌تواند راساً موضوع را در صلاحیت داور بداند و قرار عدم استماع دعوا صادر نماید. برخى معتقدند: «جایی که قانون‌گذار توافق شفاهی را برای زوال این قرارداد قبول نمی‌کند، چگونه می‌توان زوال آن را به قرائن و دلالت التزام پذیرفت؟... ممکن است طرف مقابل صرفاً به لحاظ ترس از محکومیت و عدم اطلاع از مقررات قانونی در مقام دفاع برآمده ایرادی به صلاحیت دادگاه نکند و هیچ‌گونه قصد باطنی نیز بر عدول از قرارداد داورى نداشته باشد» (محمدزاده اصل، ۱۳۷۹: ۸۰). برخى معتقدند که دادگاه بدون توجه به

ایراد طرف نمی‌تواند قرار عدم استماع دعوا را صادر نماید و برخی می‌گویند دادگاه در ابتدا، باید صلاحیت خود را محرز بداند و بنابراین اگر طرفین، دلیلی بر منتفی شدن داوری ارایه نداده باشند، دادگاه باید رأساً قرار عدم استماع دعوا صادر نماید (مرکز داوری اتاق ایران، ۱۳۸۳: ۲۵۷ - ۲۵۹). در فرانسه باید در اولین پاسخ ایراد شود، در غیر این صورت دادگاه اقدام به صدور قرار عدم صلاحیت نمی‌کند (شمس، ۱۳۸۲: ۱۷).

برخی با این عقیده که دادگاه باید رأساً نسبت به صدور قرار عدم استماع دعوا اقدام نماید، در نقد نظر مخالف، می‌گویند: «داوری حاصل اراده و توافق طرفین و نتیجتاً قابل اقاله می‌باشد اما این که عدم ایراد به رجوع یکی از طرفین به دادگاه، بر عدول از شرط داوری دلالت کند، محل تردید است و این امر باید با قرائن قوی‌تری احراز شود» (عابدیان، ۱۳۸۶: ۱۴). برخی دیگر با قبول این نظر که «اقدام خوانده در ماهیت دعوا و عدم درخواست ارجاع به داوری، به منزله انصراف از قرارداد داوری محسوب می‌گردد»، می‌گویند که در صورت ایراد خوانده، دادگاه باید قرار سقوط دعوا را صادر نماید (امیرمعزی، ۱۳۸۷: ۱۵۹). بالاخره به باور لنگرودی: «تراضی کتبی بر رجوع از داوری ممکن است به دلالت التزام و قرائن باشد، مانند این که پس از قرارداد داوری، یک طرف، موضوع داوری را در دادگاه مطرح کند و طرف دیگر ایراد نکند که دعوا در صلاحیت داور است» (جعفری لنگرودی، پیشین، ۴۵۱). تحلیلی منطقی و قابل تأیید (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۲۱/۶ - ۲۳).

## ۲-۲- اختیار دادگاه در تمدید مهلت داوری

تعیین و تمدید مهلت داوری، از سوی دادگاه چه شرایطی دارد؟ آیا اساساً دادگاه حق دارد به جای طرفین، مهلت را تعیین یا تمدید کند یا دادگاه نیز مقید به مهلت سه ماه می‌باشد؟ جعفری لنگرودی در این خصوص شهادت می‌دهد که: «هرگاه در قرارداد داوری طرفین حاضر به تمدید مدت و یا تجدید داور نشوند... ظاهراً عمل دادگاه‌ها بر این است که رأساً داور جدید انتخاب می‌کنند و داوری را زایل شده نمی‌دانند» (جعفری لنگرودی، پیشین، ۴۵۲). تجربه سال‌های اخیر نشان می‌دهد که چنین رویه‌ای در دادگاه‌ها مرسوم نیست و تاکنون دیده یا شنیده نشده است که با انقضای مدت داوری و عدم صدور رأی داور، دادگاه‌ها دخالت نموده و مدت را تمدید کنند. شاید در گذشته بوده که با مراجعه به منابع مربوط به رویه قضایی و دکتین، موردی به دست نیامد.

### ۳-۲- صلاحیت رسیدگی به دعوای ابطال رأی داور

دادگاه عمومی حقوقی، در تشکیلات فعلی قضایی، مرجع رسیدگی به دعوای ابطال می‌باشد، حتی اگر داوری در مرجع دیگری تحقق یافته باشد. وی حکم شماره ۲۵۰۰ - ۱۳۱۷/۹/۱۰ دادگاه انتظامی را نقل می‌کند: «دعوای مطروح در دادسرا را هم می‌توان به داوری ارجاع کرد ولی وقتی داور رأی داد، اجرای رأی با دادگاهی است که صلاحیت رسیدگی به دعوای مزبور را دارد زیرا حق اجرا به دادسرا داده نشده است» (همان، ۴۴۳).

### ۴-۲- دادخواست یا درخواست ابطال رأی داوری

برخی از نویسندگان حقوقی، در مورد لزوم یا عدم لزوم تقدیم دادخواست بیان می‌دارند: «در... قانون آیین دادرسی... مقرراتی در مورد شکل درخواست ابطال دیده نمی‌شود. تنها استفاده از کلمه درخواست به جای دادخواست... قرینه‌ای بر عدم لزوم رعایت مقررات مربوط به دادخواست رسمی است. این نتیجه مورد تأیید دیوان کشور قرار گرفته است. چه، شعبه ششم دیوان عالی کشور،<sup>۱</sup> در یکی از احکام خود، درخواست اصدار حکم به بطلان رأی داور را محتاج دادخواست رسمی واجد شرایط مندرج در مواد ۷۰ و ۷۱ و ۷۲ ق.آ.د.م. [سابق] ندانسته است» (جنیدی، ۱۳۷۶: ۳۳۳ و ۳۳۹: سروی، ۱۳۸۹: ۷۷). این نظر مورد تأیید برخی دیگر نیز می‌باشد.<sup>۲</sup> برای مثال امیر حسین فخاری

۱. به موجب حکم شماره ۱۲۱۱ - ۲۶/۷/۲۵ شعبه ۶ دیوان عالی کشور: «به موجب ماده ۶۳۲ قانون [ماده ۴۵۴ فعلی] کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند منازعه و اختلاف خود را اعم از اینکه در دادگاه طرح شده یا نشده به تراضی به داوری رجوع کنند و به موجب ماده ۶۶۶ قانون مزبور [ماده ۴۹۰ فعلی] هر یک از طرفین که حکم داور به ضرر او باشد و حکم مزبور را مشمول یکی از شقوق مذکور در ماده ۶۶۵ [ماده ۴۸۹ فعلی] بدانند می‌تواند از دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد درخواست اصدار حکم بطلان رأی داور را بنماید و این درخواست هم احتیاج به تقدیم دادخواست رسمی دارای شرایط مندرجه در مواد ۷۰ و ۷۱ و ۷۲ قانون مزبور نخواهد داشت کما اینکه تقاضای اجرای رأی داور از طرف کسی که رأی داور به نفع او صادر شده هر چند قرار داوری از دادگاه صادر نشده باشد به موجب ماده ۶۶۱ قانون نامبرده منعی ندارد». (متین دفتری، ۱۳۹۱: ۱۵۹)

۲. «درخواست حکم بطلان رأی داور، مستلزم تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی نمی‌باشد». (شمس، ۱۳۸۴: ۵۸۵)

می‌نویسد: «در رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی داور، دادگاه در ماهیت دعوا وارد نمی‌شود. دعوا همچنان باقی است. دادگاه یا اعتراض را مردود اعلام می‌کند و رأی داور را صحیح تشخیص می‌دهد که در این صورت، حکم راجع به دعوا، توسط داور داده شده و یا این که رأی داور باطل اعلام می‌گردد که در صورت اخیر، یا دعوا از طریق داوری فیصله می‌یابد و یا آن که دادگاه به آن رسیدگی می‌کند و حکم لازم را خواهد داد. وقتی دادگاه بخواهد وارد رسیدگی شود و حکم مقتضی صادر کند، آنگاه دعوا تابع مقررات و تشریفات مربوط به دادخواست خواهد بود... جای هیچ گونه تردیدی وجود ندارد که رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی داور جنبه ماهوی ندارد و به همین دلیل است که در ماده ۶۶۶ [قانون سابق آیین دادرسی مدنی] مقنن از واژه «درخواست» استفاده کرده و نه «دادخواست»...» (فخاری، ۱۳۷۸: ۱۱۵ و ۱۱۶). لنگرودی، ابتدا از عدم ضرورت دادخواست سخن می‌گوید ولی در ادامه و بعد از ذکر رأیی از هیأت عمومی اصراری دیوان عالی کشور که دادخواست را لازم نمی‌داند، از ضرورت دادخواست به این صورت یاد می‌نماید که: «ظاهراً این آرا مختص مواردی است که دعوا از دادگاه به داوری ارجاع شده باشد مع الوصف نظر خلاف آن هم از نظر ما خالی از اعتبار و قوت نیست» (جعفری لنگرودی، پیشین، ۵۶۲). به نظر می‌رسد همان‌طور که رویه قضایی قاطع است، گریزی از تقدیم دادخواست نیست (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۴۹۷-۵۰۱).

طرح مسائلی از حقوق داوری که شاهد تکرار آن در رویه قضایی نیز هستیم، نشان می‌دهد داوری مورد توجه جعفری لنگرودی است. اینکه در اوج مباحث و تحلیل‌ها در حوزه‌های مختلف به ویژه حقوق خصوصی و دقایق فقهی، به دادخواست یا درخواست داوری، کیفیت تشکیل هیأت داوری، زوال یا بقای داوری، صحت یا بطلان موافقت‌نامه داوری و دیگر فروع، توجه داشته‌اند، گویای اهمیت داوری از یکسو و تبخّر ایشان در این حوزه است. فقه با نهاد «تحکیم» در مباحث خود، آشناست و حقوق داوری نیز به نظر می‌رسد بیشتر، از بیرون مرزها وارد شده و نیازمند فقهی‌سازی و بومی‌سازی است. تلاش‌های جعفری لنگرودی بی‌گمان مفید بوده است.



## منابع و مآخذ:

۱. ابن اثیر، عزّ الدین، (۱۳۹۱)، تاریخ کامل، ترجمه: حسینی روحانی، سیدمحمد، تهران، اساطیر.
۲. امیرمعزی، احمد، (۱۳۸۷)، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، دادگستر.
۳. بازگیر، یدالله، (۱۳۸۶)، تشریفات دادرسی در آیین آرای دیوان عالی کشور، داوری و احکام راجع به آن، تهران، فردوسی.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۶)، دانشنامه حقوقی، جلد سوم، تهران، چاپ ششم، امیرکبیر.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصرشناسی، تهران، گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۶)، رنسانس فلسفه، جلد پنجم، تهران، گنج دانش.
۷. جنیدی، لعیا، (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، دادگستر.
۸. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۲)، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۹. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۲)، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تأثیر آن در رویه قضایی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۰. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۵)، حقوق دعاوی، جلد پنجم، تحلیل حقوقی روایات، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۱. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۷)، حقوق دعاوی، جلد ششم، بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۲. داوری‌نامه ۱، (۱۳۸۳)، تهران، چاپ اول، مرکز داوری اتاق ایران.
۱۳. زندی، محمدرضا، (۱۳۸۸)، رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، داوری، تهران، جنگل.
۱۴. سروی، محمدباقر، (۱۳۸۹)، نگرشی کاربردی به موضوع داوری در حقوق ایران، فکرسازان.

۱۵. شمس، عبدالله، (۱۳۸۲)، «موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷، ۳۶ صفحه.
۱۶. شمس، عبدالله، (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، تهران، دراک.
۱۷. صفایی، سید حسین، (۱۳۹۰)، «داوری براساس انصاف و داوری با اختیار صلح»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۸ صفحه.
۱۸. عابدیان، میرحسین، (۱۳۸۶)، «داوری در امور تجاری»، تعالی حقوق، ماهنامه آموزشی دادگستری خوزستان، سال دوم، شماره ۱۸.
۱۹. فخاری، امیرحسین، (۱۳۷۸)، «داوری، ابزاری جهت سوءاستفاده»، نقد آرای قضایی، کتاب اول، تهران، چاپ اول، مرکز پژوهش‌های قضایی قوه قضاییه.
۲۰. گلپایگانی، محمدرضا، (۱۴۱۳ ق)، کتاب القضاء، جلد اول، قم، دار القرآن الکریم.
۲۱. مالوری، فیلیپ، (۱۳۸۱)، ادبیات و حقوق، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران، آگه.
۲۲. متین دفتری، احمد، (۱۳۹۱)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، تهران، نشر مجد.
۲۳. مجموعه رویه قضایی، (۱۳۵۳)، آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۲۸ تا سال ۱۳۴۲، جلد دوم، آرای مدنی، تهران، آرشیو حقوقی کیهان.
۲۴. محمدزاده اصل، حیدر، (۱۳۷۹)، داوری در حقوق ایران، تهران، ققنوس.
۲۵. موسوی خمینی، روح‌الله (امام)، (۱۴۱۸ ق)، الاجتهاد و التقلید، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۶. واحدی، جواد، (۱۳۷۷)، «رسیدگی به ماهیت دعوا پس از ابطال رأی داور»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۲.

## Arbitration in the Works of Professor Jafari Langroudi

Abdollah Khodabakhshi<sup>1</sup>

### Abstract

Arbitration in the Works of professor Jafari Langroudi

The works of Dr. Mohammad Jaafar Jafari Langroudi are considered as a precious literary, jurisprudential and legal collection. In this article, among the various legal institutions that were considered by him, we shall analyze the topic of "arbitration" in his works. The first section of the article is devoted to the substantive rules of arbitration, in which elements of arbitration are discussed. In one of his works, he explains and interprets elements of arbitration, including the parties involved, the granting of mediation authority to the arbitrator and prohibition of mediation in criminal affairs and retribution. A brief history of arbitration is also mentioned in the first section of the article. In one of his books, the Professor describes the position and history of mediation in Islam, the conduct of the Infallible Imams and the Rightly-Guided Caliphs, and the time and manner of the advent of the institution of arbitration in Iran. Then, part of this section continues with a comparison of arbitration with the institution of the bar. In the same section safeguards for non-compliance with the conditions for validity of the contract or the condition of arbitration are set forth. Arbitration by a legal entity which is discussed in the category of the substantive rules of arbitration, is considered justified in the works of Dr. Langroudi. With respect to the validity of the arbitrator's award, in case there are several arbitrators, the Professor also considers valid the opinion of the majority, and considers the arbitration null and void in case there are two arbitrators and they fail to agree. The second section of the article deals with procedural rules in the arbitration domain. In another section of the article, the professor's works have been analyzed concerning objection to arbitration award and the procedure to file an application to set aside the award in question. In respect to termination of arbitration, Dr. Langroudi believes that it is possible to withdraw from arbitration by resorting to certain evidence and circumstances.

**KeyWords:** *Civil liability, Arbitration, Professor Mohammad Jafar Jafari Langroudi, Rules of Procedure, Substantive Rules of Arbitration, Bar institution.*

---

1. Faculty Member at Ferdowsi University of Mashhad,  
(Email: khodabakhshi1356@yahoo.com).

# ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

## منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. امیرمعزی، احمد، (۱۳۸۷)، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، دادگستر.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۶)، دانشنامه حقوقی، جلد سوم، تهران، چاپ ششم، امیرکبیر.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصرشناسی، تهران، گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۶)، رنسانس فلسفه، جلد پنجم، تهران، گنج دانش.
۵. جنیدی، لعیا، (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، دادگستر.
۶. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۲)، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در روبه قضایی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۷. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۲)، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تأثیر آن در روبه قضایی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۸. خدابخشی، عبدالله، (۱۳۹۵)، حقوق دعاوی، جلد پنجم و ششم تحلیل حقوقی روایات، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۹. شمس، عبدالله، (۱۳۸۲)، «موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷، ۳۶ صفحه.
۱۰. شمس، عبدالله، (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، تهران، دراک.
۱۱. صفایی، سید حسین، (۱۳۹۰)، «داوری براساس انصاف و داوری با اختیار صلح»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۸ صفحه.
۱۲. عابدیان، میرحسین، (۱۳۸۶)، «داوری در امور تجاری»، تعالی حقوق، ماهنامه آموزشی دادگستری خوزستان، سال دوم، شماره ۱۸.
۱۳. فخاری، امیرحسین، (۱۳۷۸)، «داوری، ابزاری جهت سوءاستفاده»، نقد آرای قضایی، کتاب اول، تهران، چاپ اول، مرکز پژوهش‌های قضایی قوه قضاییه.
۱۴. گلپایگانی، محمدرضا، (۱۴۱۳ هـ.ق)، کتاب القضاء، جلد اول، قم، دار القرآن الکریم.

## کد مقاله

LAW-2102-1049

## دانشنامه‌های مرتبط

۱. حقوق داوری
۲. مشاهیر و نقش آفرینان حقوقی و قضایی

## مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱. داوری
۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی
۳. قواعد ماهوی داوری
۴. نهاد وکالت

## مدخل‌های فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. تحقق داوری
۲. تمایز داوری و وکالت
۳. ضمانت اجرای شرایط داوری
۴. داوری شخص حقوقی
۵. تعیین داور
۶. داوری با حق صلح و سازش
۷. مره و تکرار در داوری
۸. لزوم استناد خواننده به شرط داوری
۹. اختیار دادگاه در تمدید مهلت داوری
۱۰. صلاحیت رسیدگی به دعوای ابطال رأی داور
۱۱. درخواست یا درخواست ابطال رأی داوری

## قانون یا مواد قانونی مرتبط

مواد ۴۵۸ تا ۴۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی

# اشتباه یک طرفه و بررسی کارآیی آن در حقوق ایران و انگلیس

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

رضا فودکار\*

پرویز رحمتی<sup>۱</sup>

## چکیده:

تأثیر «اشتباه یک طرفه» بر حیات عقد از موضوعات محل اختلاف حقوق قراردادها است. در حقوق ایران «اشتباه یک طرفه‌ای» که وارد قلمرو تراضی شده و در «خود موضوع معامله» باشد، صرف نظر از تأثیر آن بر کارایی و تخصیص منابع، موجب بطلان عقد است. در حقوق انگلیس «اشتباه یک طرفه‌ای» بر حیات عقد مؤثر است که به یکی از ارکان اساسی عقد لطمه وارد آورده و طرف دیگر از آن آگاه بوده یا می بایست آگاهی داشته باشد. به نظر تحلیل گران اقتصادی حقوق «اشتباه یک طرفه» باید بر مبنای کارایی و تأثیر آن بر تخصیص منابع بررسی گردد، و «اشتباه» در صورتی بر سرنوشت عقد تأثیرگذار باشد که مانع تحقق کارایی تخصیصی گردد. از آنجا که در حقوق ایران و انگلیس، قواعد حاکم بر «اشتباه یک طرفه» به این موضوع که آیا به موجب قرارداد کالا یا خدمات به شخصی که بیشترین ارزش را برای آن قائل است منتقل گردیده یا خیر توجه ندارد، کارایی تخصیصی محقق نمی گردد.

**کلیدواژه‌ها:** اشتباه یک طرفه، قلمرو تراضی، کارایی تخصیصی، انگیزه افشا و بدست آوردن

اطلاعات.

---

\*. دکترای حقوق خصوصی، استادیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

Email: rezakhodkar@gmail.com (نویسنده مسئول)

۱. کارشناس ارشد حقوق اقتصادی دانشگاه علامه طباطبائی (ره) Email: rahmati1367@gmail.com

قرارداد پیامد توافق دو طرف می‌باشد؛ به دیگر سخن پیدایش رابطه حقوقی منوط به این است که دو یا چند شخص بر امری توافق کنند. نتیجه مهمی که از این مطلب گرفته می‌شود این است که عقد باید از اراده‌ی طرفین پیروی کند. بنابراین اگر در انعقاد عقد، «اشتباه» صورت گیرد، عقد با اراده‌ی خالق خود همسو نبوده و این پرسش مطرح می‌گردد که ضمانت اجرای حدوث «اشتباه» چیست؟

ماده ۱۹۹ قانون مدنی ایران، ضمانت اجرای «اشتباه» را عدم نفوذ معامله اعلام داشته است؛ با این حال پرسشی که اهمیت دارد آن است که آیا تمام اقسام «اشتباه» مشمول حکم مقرر در ماده فوق می‌باشد؟ قانون مدنی ایران در تکمیل حکم ماده مذکور، در مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ «اشتباه» را به دودسته تقسیم کرده است: طبق مواد فوق «اشتباه در خود موضوع معامله» و «اشتباه در شخص طرف» می‌تواند به صحت قرارداد خدشه وارد کند؛ تقسیم‌بندی قانون مدنی از «اشتباه» نتوانسته تمام فروض مسئله را پوشش داده و حکم هر یک را صراحتاً تعیین کند؛ از این رو اساتید حقوق مدنی ایران تلاش کرده‌اند با ارائه تقسیم‌بندی دقیق‌تر از «اشتباه»، مسائل پیچیده مربوط به آن را بیان کنند.

در حقوق انگلیس «اشتباه» از حیث مشترک؛<sup>۱</sup> متقابل؛<sup>۲</sup> و یک‌طرفه<sup>۳</sup> بودن موردتوجه قرار گرفته است؛ در حقوق این کشور نیز مسئله تأثیر «اشتباه یک‌طرفه» بر سرنوشت عقد از موضوعات محل اختلاف حقوق قراردادها محسوب می‌گردد. در اینجا نگارندگان تلاش می‌کنند «اشتباه» را از دریچه‌ای نو موردتوجه قرار دهند؛ برای این منظور در ابتدا «اشتباه» از منظر حقوق ایران و انگلیس مطمح نظر قرار می‌گیرد و ضمن بررسی تقسیمات «اشتباه»، مبانی و اثر آن بر

1.Common Mistake  
2.Mutual Mistake.  
3.Unilateral Mistake.

عقد نیز مورد توجه واقع می‌شود.<sup>۱</sup> بعد از آن «اشتباه یک‌طرفه» از دیدگاه تحلیل اقتصادی مورد مذاقه قرار گرفته و نتایج به دست آمده از مطالعه نظام حقوقی ایران، انگلیس و تحلیل اقتصادی با یکدیگر مقایسه و به این پرسش مهم پاسخ داده می‌شود که آیا نظام حقوقی ایران در این زمینه به کارایی منتهی خواهد شد؟ قسمت پایانی این نوشتار نیز به بیان نتایج به دست آمده اختصاص یافته است.

### ۱. تقسیم‌بندی «اشتباه»

در این قسمت ابتدا به تقسیم‌بندی «اشتباه» در نظام حقوقی ایران و انگلیس پرداخته و پس از آن مبنای تأثیر «اشتباه» در حقوق ایران و انگلیس مورد توجه قرار گرفته و در آخر این مهم که «اشتباه یک‌طرفه» چه اثری بر حیات عقد دارد بررسی می‌شود:

#### ۱-۱. اقسام اشتباه در حقوق ایران و انگلیس

نویسندگان حقوق مدنی ایران تقسیمات گوناگونی از «اشتباه» ارائه داده‌اند؛ ممکن است «اشتباه» بر مبنای متعلق (ماهیت) آن تقسیم گردد؛ بر این مبنا اشتباه به دو گروه «حقوقی و موضوعی» قابل تقسیم است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۹۶). دکتر کاتوزیان اصالت را به «اشتباه موضوعی» داده و اظهار داشته‌اند «اشتباه حقوقی» در صورتی در عقد مؤثر است که تمام شرایط «اشتباه موضوعی» را داشته باشد و در همان قلمرو قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۹۸). طبق این دیدگاه در فقه امامیه «اشتباه» به سه دسته قابل تقسیم است: ۱. «اشتباه و سوء تفاهم در نوع عقد»؛ ۲. «اشتباه در شخص طرف»؛ و ۳. «اشتباه در ذات موضوع معامله» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۱۵). ایشان در حقوق ایران قلمرو «اشتباه» را گسترده‌تر دانسته و آن را به چهار گروه تقسیم می‌کند: ۱. «اشتباه

۱. «اشتباه» در «شخص طرف معامله» که اصولاً در عقود رایگان علت عمده عقد محسوب است، از موضوع این نوشتار خارج می‌باشد. لازم به ذکر است در شرکت‌های تضامنی و نسبی - که بر مبنای قرارداد تشکیل می‌شوند - و نیز در قراردادهایی که با ملاحظه تخصص و امانت منعقد می‌گردد - مانند قرارداد با وکیل دادگستری یا پزشک - نیز شخصیت طرف علت عمده عقد محسوب است.

در خود موضوع معامله؛ ۲. «اشتباه در شخص طرف معامله»؛ ۳. «اشتباه در جهت معامله»؛ و ۴. «اشتباه ناشی از تدلیس» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۲۵).

برخی دیگر «اشتباه» را بر مبنای اثری که بر حیات عقد می‌گذارد تقسیم‌بندی کرده‌اند؛ بر این اساس «اشتباه» به سه دسته قابل‌تقسیم است: ۱. «اشتباهی» که به بطلان معامله منتهی می‌گردد؛ ۲. «اشتباهی» که موجب خیار فسخ است؛ و ۳. «اشتباهی» که بر حیات عقد تأثیر ندارد (صفایی، ۱۳۸۴: ۸۸-۱۰۴). یکی دیگر از اساتید حقوق مدنی «اشتباه» را، بر مبنای اثر آن به دو گروه مبطل عقد و بی‌تأثیر تقسیم و «اشتباهی» را که به ایجاد خیار فسخ منتهی می‌شود، در گروه «اشتباهات» بی‌تأثیر قرار داده است (شهیدی، ۱۳۹۲: ۱۶۳-۱۷۱).

در حقوق انگلیس با توجه به این مهم که «اشتباه مشترک» است یا نه و در صورت اخیر آیا هر دو طرف در اشتباه هستند یا صرفاً یکی از طرفین در «اشتباه است»، اشتباه به سه دسته ۱. «مشترک»؛ ۲. «متقابل»؛ و ۳. «یک‌طرفه» تقسیم‌شده است (John & Roger, 1988:75).

اشتباه در صورتی مشترک است که هر دو طرف قرارداد نسبت به یک امر مشترک در «اشتباه» هستند (Stone, 2003:120). در اینجا هر یک از طرفین نسبت به مقصود طرف دیگر آگاه است و آن را می‌پذیرد درحالی‌که هر دو طرف نسبت به واقعیت در «اشتباه» هستند؛ برای مثال موضوع قرارداد از بین رفته و طرفین نسبت به آن آگاهی ندارند. اگر «اشتباه مشترک»، در خصوص موضوع اصلی عقد باشد، قرارداد باطل است (Capper, 2009:457-473).

اشتباه در صورتی متقابل است که دو طرف نسبت به قصد یکدیگر در «اشتباه» باشند (Sefton-Green, 2005:19)؛ برای مثال فروشنده قصد فروش اتومبیل خود را دارد در حالی که قصد خریدار خرید موتورسیکلت است. اگر «اشتباه متقابل» ناظر به موضوع اصلی عقد باشد، دادگاه‌ها از اجرای عقد امتناع می‌کنند (Zhou, 2015:31).

اشتباه وقتی یک‌طرفه است که صرفاً یکی از طرفین عقد نسبت به شرایط یا موضوع اصلی عقد در «اشتباه» باشد (Monahan, 2001:74)، مانند اینکه شخصی یک تابلوی نقاشی را بدین پندار که اصل است خریداری کند. به‌طورکلی «اشتباه یک‌طرفه» در عقد تأثیرگذار نخواهد بود

مگر آنکه با یکی از شرایط اساسی قرارداد در ارتباط بوده و طرف دیگر از «اشتباه» آگاهی داشته یا باید از آن آگاه بوده باشد (Ayres, 1993:310).

چنانکه ملاحظه می‌گردد تقسیم «اشتباه» در حقوق ایران، متفاوت از حقوق انگلیس است؛ باین‌وجود نباید پنداشت که تقسیم «اشتباه» در حقوق انگلیس در حقوق ایران قابل استفاده نیست؛ چراکه هر یک از تقسیمات ارائه شده در حقوق ایران می‌تواند با تقسیم‌بندی «اشتباه» از منظر حقوق انگلیس تطبیق داده شود؛ بنابراین اگر صرفاً یکی از طرفین در «خود موضوع معامله» مرتکب «اشتباه» شده و طرف دیگر در «اشتباه» نباشد، این «اشتباه» در گروه «اشتباه یک‌طرفه» جای خواهد گرفت. برای مثال اگر شخصی گردن‌بندی را با این قصد که از جنس طلاست خریداری کرده درحالی که جنس آن از نقره است و فروشنده از نقره بودن گردن‌بند آگاه باشد، این «اشتباه»، «اشتباه یک‌طرفه» در «خود موضوع معامله» خواهد بود.

## ۲-۱. مبنای تأثیر «اشتباه»<sup>۱</sup>

در حقوق ایران، «اشتباه» از عیوب اراده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۹۴)، که از دو عنصر قصد و رضا تشکیل می‌گردد (امامی، ۱۳۸۶: ۱۸۹؛ صفایی، ۱۳۸۴: ۶۱-۶۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۱۸-۲۱۳؛ شهیدی، ۱۳۹۲: ۱۳۱-۱۲۷).<sup>۲</sup> و بنابراین باید دید «اشتباه» به کدام یک از اجزای اراده خلل وارد می‌آورد. به نظر می‌رسد، «اشتباهی» که عیب اراده به شمار می‌آید، به قصد انشاء بازگشت دارد (ره پیک، ۱۳۷۵: ۴۳).<sup>۳</sup> و وارد قلمرو تراضی شده است، به علاوه برای تأثیر «اشتباه» باید ثابت گردد که اشتباه کننده در صورت آگاهی از حقیقت به انعقاد قرارداد رضایت نمی‌داد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۰۲-۴۰۶). با

۱. برای مطالعه تفصیلی در خصوص مبنای تأثیر اشتباه بنگرید به: (آخوندی، روح‌الله، ۱۳۹۰).

۲. لازم به ذکر است که غیر از قصد و رضا، برای اراده عناصر دیگری نیز ذکر گردیده است. لکن از آنجا که علی‌القاعده آثار حقوقی که اراده بر جای می‌گذارد ناشی از دو جزء قصد یا رضا می‌باشد، در اینجا صرفاً به این دو جزء اشاره گردید.

۳. لازم به ذکر است که به نظر برخی «اشتباه» رضا را از بین می‌برد و عقد به دلیل فقدان رضا باطل است (عدل، مصطفی، ۱۳۷۳).

این وجود باید توجه داشت که «اشتباه» در مواردی بر رضا اثرگذار است (آخوندی، ۱۳۹۰: ۲۲۰). در این موارد «اشتباه» عیب اراده به شمار نیامده و در صورتی که راجع به اوصاف مهم مورد معامله باشد، اشتباه کننده صرفاً حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.<sup>۱</sup> در بعضی مواقع «اشتباه» مانع توافق دو اراده می‌گردد؛ در اینجا مبنای تأثیر «اشتباه» و بطلان قرارداد فقدان یکی از شرایط لازم برای تأثیر دو قصد است (آخوندی، ۱۳۹۰: ۳۱۶).

در نظام حقوقی انگلیس «اشتباه» عیب تراضی به شمار آمده و در صورتی در عقد تأثیر خواهد گذاشت که تراضی را باطل یا خنثی گرداند (Suff, 2000: 77)، و به دیگر بیان مانع از تحقق تراضی گردد.

### ۳-۱. اثر «اشتباه یک‌طرفه» بر سرنوشت عقد

قرارداد رابطه‌ی اجتماعی است و «اشتباه» باید از این رهگذر لحاظ شود و در این رابطه نباید منافع هیچ‌یک از طرفین قرارداد را تابع هدف‌های خصوصی و دور از ذهن طرف دیگر ساخت، زیرا در غیر این هیچ‌کس نمی‌تواند به سرنوشت معامله خود اعتماد کند و نظم معاملات به هم خواهد خورد. برخی از مواد ق.م. از جمله ماده ۳۵۳ مؤید این دیدگاه است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۰۳). با این وجود نباید چنین پنداشت که «اشتباه یک‌طرفه» بر حیات عقد تأثیری ندارد، در حقیقت در صورتی که «اشتباه یک‌طرفه» در خود موضوع معامله یا در یکی از اوصاف اساسی مورد معامله باشد و در قلمرو تراضی وارد گردیده باشد، بر حسب مورد قرارداد باطل یا قابل فسخ است. البته مانند برخی از حقوق‌دانان نباید افراط کرده و بر این عقیده بود که با توجه به پذیرش نظریه قصد باطنی، «اشتباه یک‌طرفه» حتی در صورت وارد نشدن در قلمرو تراضی، موجب بطلان عقد است (امیری قائم مقامی، ۱۳۹۲: ۲۷۸).

۱. اوصاف مهم به اوصافی اطلاق می‌شود که در جلب تمایل اشخاص مؤثر است، هر چند که در ارزش اقتصادی مورد معامله تأثیری نداشته باشد. لازم به ذکر است «اشتباه» در اوصاف غیر مهم تأثیری بر حیات عقد نخواهد داشت.

در حقوق انگلیس، «اشتباه» مانع از تحقق تراضی می‌گردد؛ از این رو تأثیر «اشتباه یک‌طرفه» بر سرنوشت عقد از منظر «تئوری تراضی» مدنظر قرار گرفته است؛ با توجه به اینکه «اشتباه یک‌طرفه» می‌تواند از تحقق تراضی جلوگیری کند به نظر می‌رسد «اشتباه یک‌طرفه» بر حیات عقد مؤثر بوده و می‌تواند آن را از ابتدا باطل گرداند. از طرف دیگر بر مبنای ملاحظات عملی، استحکام معاملات، به‌ویژه قراردادهای بازرگانی و حمایت از اعتماد معقول طرفی که در اشتباه نبوده می‌توان گفت اشتباه یک‌طرفه نمی‌تواند منشأ اثر باشد (Zhou, 2008: 5). بنابراین «اشتباه یک‌طرفه» در عقد تأثیرگذار نخواهد بود مگر آنکه با یکی از شرایط اساسی قرارداد ارتباط داشته باشد (Monahan, 2001: 81). البته باید یادآور شد که ممکن است قرارداد در این حالت بر مبنای نظریه «تدلیس» قابل ابطال باشد (Martin, 2001: 318) (Oughton & Davis, 2000: 84).

## ۲. تحلیل اقتصادی «اشتباه یک‌طرفه»

از آنجا که برخی از تحلیل‌های اقتصادی ارائه شده در خصوص تأثیر «اشتباه یک‌طرفه» بر سرنوشت عقد بر مبنای تقسیم اطلاعات به «تولیدی<sup>۱</sup> و توزیعی<sup>۲</sup>» از یک طرف و «آگاهانه<sup>۳</sup> و اتفاقی<sup>۴</sup>» از طرف دیگر ارائه گردیده لازم است ابتدا این مفاهیم مد نظر قرار گیرد. در ادامه مبنای تأثیر «اشتباه یک‌طرفه» بر حیات عقد از دیدگاه تحلیل اقتصادی بررسی گردیده و در گام بعد راه‌حل‌های ارائه‌شده توسط تحلیل‌گران اقتصادی حقوق بررسی می‌شود:

### ۲-۱. «اطلاعات تولیدی و توزیعی» و «اطلاعات آگاهانه و اتفاقی»

در این قسمت ابتدا مفهوم «اطلاعات تولیدی و توزیعی» بررسی گردیده و سپس به تبیین مفهوم «اطلاعات آگاهانه و اتفاقی» پرداخته خواهد شد:

1. Productive Information.
2. Redistributive Information.
3. Deliberate Acquisition.
4. Casual Acquisition.

## الف: «اطلاعات تولیدی و توزیعی»

اطلاعاتی تولیدی است که بتواند برای تولید ثروت بیشتر استفاده گردد. این قبیل اطلاعات یا اجازه می‌دهد تا منابع موجود به شخصی که بیشترین ارزش را برای آن قائل است، منتقل گردد (مانند این که کشتزاری دارای منابع معدنی با ارزش است)، یا اینکه به کشف روش‌های جدید سامان دادن منابع برای استفاده‌های تولیدی بیشتر منتهی می‌شود (از قبیل احداث راه ارتباطی جدید بین چین و اروپا در زیر دریا مانند تونل مانس که میان انگلیس و فرانسه احداث گردیده است). «کارایی» انگیزه لازم را برای کشف «اطلاعات تولیدی» ایجاد می‌کند. انتقال اطلاعات در این مورد چنان ساده است که کاشف اطلاعات، به‌ندرت ارزش کامل آن را نگاه می‌دارد. در نتیجه دولت برای پاداش دادن به اشخاصی که «اطلاعات تولیدی» به‌دست آورده‌اند، مکلف به اتخاذ تدابیر خاصی است، برای مثال دولت باید با به‌رسمیت شناختن حق اختراع، از به‌دست آوردن این قبیل اطلاعات حمایت کند (Cooter & Ulen, 2004: 357).

اطلاعاتی توزیعی است که برای توزیع دوباره ثروت به نفع دارنده اطلاعات، منافع معاملاتی ایجاد می‌کند. برای مثال اگر شخصی بداند دولت قصد دارد درجایی بزرگراه احداث کند، «اطلاعات توزیعی» به دست آورده است. سرمایه‌گذاری در به دست آوردن «اطلاعات توزیعی» موجب ائتلاف منابع می‌گردد. به‌علاوه سرمایه‌گذاری در این قسم اطلاعات سبب می‌شود تا اشخاصی که برای از دست ندادن ثروتشان تلاش می‌کند، به دارندگان اطلاعات هزینه‌های دفاعی بپردازند. پرداختن هزینه‌های دفاعی علاوه بر آن که از توزیع دوباره ممانعت به عمل می‌آورد، به تولید نیز منتهی نمی‌گردد. بنابراین سرمایه‌گذاری برای تحصیل «اطلاعات توزیعی» به‌طور مستقیم و غیرمستقیم به ائتلاف منابع منتهی می‌شود (Cooter & Ulen, 2004: 357).

## ب: «اطلاعات آگاهانه و اتفاقی»

منظور از اطلاعات اتفاقی آن است که دارنده اطلاعات بدون تحمل هزینه به آن اطلاعات دست پیدا کرده باشد؛ برای مثال اگر یک تاجر از شنیدن مکالمه‌ای در نشست خصوصی از

اطلاعات ارزشمندی آگاه شود، این اطلاعات اتفاقی به شمار می‌آید؛ زیرا دارنده برای کسب آن هزینه‌ای متحمل نشده است. اطلاعات زمانی آگاهانه است که دارنده برای یافتن یا تولید آن متحمل هزینه شده باشد؛ برای مثال اگر تحلیل‌گر اوراق بهادار با مطالعه عملکرد اقتصادی یک شرکت و ملاحظه شواهد موجود اطلاعاتی راجع به آن شرکت به دست آورد، این اطلاعات آگاهانه به شمار خواهد آمد (Kronman, 1987: 3).

## ۲-۲. مبنای تأثیر «اشتباه یک‌طرفه» از دیدگاه تحلیل اقتصادی

از دیدگاه تحلیل‌گران اقتصادی، هدف قواعد حاکم بر «اشتباه یک‌طرفه» تخصیص بهینه منابع و ایجاد انگیزه کافی در طرفین قرارداد برای کسب اطلاعات و افشای آن است. بنابراین مبنای تأثیر «اشتباه» را باید در این دو مورد جست‌وجو کرد:

### الف: کارایی تخصیصی<sup>۱</sup>

از دیدگاه تحلیل اقتصادی تعهدی الزام‌آور است که به تحقق «کارایی» منتهی شود (Cooter & Ulen, 2004: 283)؛ بنابراین تحلیل اقتصادی در پی طراحی قواعدی است که «کارایی» را بهبود بخشد (انصاری، ۱۳۹۰: ۳۵۶). منظور از کارایی این است که از منابع موجود به بهترین نحو ممکن استفاده شده و کالاها یا خدمات به کسی که بیشترین ارزش را برای آن قائل است ارائه شود (Veljanovski, 2007: 32). بنابراین اگر «الف» برای منابعی که در اختیار دارد ۱۰۰ دلار و «ب» برای همان منابع ۱۱۰ دلار ارزش قائل باشد، کارایی تخصیصی زمانی حاصل می‌شود که آن منابع از «الف» به «ب» منتقل شود. تحلیل اقتصادی بر این باور است که قرارداد وسیله‌ای برای حصول کارایی تخصیصی است (Zhou, 2008: 5)، زیرا فرض بر این است که در قرارداد منابع به شخصی که بیشترین ارزش را برای آن قائل است، منتقل می‌گردد. نکته دیگری که در خصوص کارایی باید در نظر آورد این است که در اینجا کارایی در مفهوم «پارتو» مدنظر می‌باشد؛

1. Allocative efficiency.

منظور از «کارایی پارتویی»<sup>۱</sup> این است که هر دو طرف از انعقاد قرارداد منتفع شوند (Harrison, 1997:346).

«شخص معقول»<sup>۲</sup> زمانی قرارداد می‌بندد که با این عمل ارزشی بیشتر از آنچه که از دست می‌دهد به دست آورد؛ به این ترتیب قرارداد وسیله‌ای سودآور برای طرفین بوده و به تخصیص منابع منتهی می‌شود؛ با این وجود باید توجه داشت که تخصیص منابع بر این پیش‌فرض مبتنی است که هر شخصی از ارزش واقعی کالایی که در اختیار دارد آگاه است. بنابراین اگر شخصی نسبت به ارزش‌گذاری کالای خود در «اشتباه» باشد تخصیص منابع محقق نخواهد شد؛ زیرا ارزشی که «اشتباه» کننده به دست می‌آورد کمتر از ارزشی است که از دست می‌دهد. برای مثال «الف» با این پندار که تابلوی نقاشی او یک کپی از روی اثر اصلی است، آن را ۱۵۰۰۰ دلار ارزش‌گذاری می‌کند؛ «الف» در صورت آگاهی از اینکه تابلوی او اصل است، آن را به کمتر از ۱۵۰۰۰۰ دلار نخواهد فروخت؛ حال اگر «ب» از اینکه تابلوی مذکور یک اثر اصل است آگاه بوده و آن را ۵۰۰۰۰ دلار ارزش‌گذاری کرده و با استفاده از «اشتباه» «الف» تابلو را به قیمت ۱۵۰۰۰ دلار بخرد، منابع به درستی تخصیص نیافته است؛ زیرا کالا از شخصی که برای آن ارزش بیشتری قائل است به شخصی که ارزش پایین‌تری برای آن در نظر گرفته، منتقل شده است (Zhou, 2008:6).

نکته مهم این است که «اشتباه» صرفاً باید زمانی بر عقد اثرگذار باشد که به ارزیابی نادرست بازده معامله و تخصیص نادرست منابع منتهی گردد (Shavell, 2004: 330). در بعضی از مواقع «اشتباه»، بدون آنکه تأثیری بر «کارایی تخصیصی» داشته باشد صرفاً سبب توزیع مجدد ثروت می‌گردد. در مثال فوق اگر «ب» ۲۰۰۰۰۰ دلار برای تابلو ارزش قائل باشد؛ در اینجا با انعقاد قرارداد بین «الف» و «ب» تخصیص منابع محقق خواهد شد؛ زیرا کالا از شخصی که ارزش کمتری برای آن در نظر گرفته به شخصی منتقل می‌شود که ارزش بیشتری برای آن قائل شده

1. Pareto efficiency.  
2. Rational person.

است؛ تنها اثری که «اشتباه» «الف» بر جای می‌گذارد این است که ۱۳۵۰۰۰ دلار (۱۵۰۰۰ - ۱۵۰۰۰) به جای آنکه به جیب «الف» وارد شود به دارایی «ب» اضافه شده و درعین حال ثروت کل جامعه تغییر نکرده است (Zhou, 2008: 6).

### ب: ایجاد انگیزه کسب و افشای اطلاعات<sup>۱</sup>

با توجه به این که «اشتباه» می‌تواند به تخصیص ناکارآمد منابع منتهی گردد باید در جست‌وجوی راه‌حلی بود که به کاهش اشتباهات منتهی شده و در نتیجه از احتمال تخصیص ناکارآمد منابع کاسته شود (Kronman, 1987: 1).

افزایش حجم اطلاعات در دسترس برای طرف قرارداد، سطح عدم اطمینان آن شخص را در اتخاذ تصمیم کاهش داده و در نتیجه احتمال «اشتباه» کاهش می‌یابد. طرفین قرارداد به لحاظ سطح اطلاعات برابر نبوده و اطلاعاتی که بر یکی از طرفین قرارداد پوشیده مانده بر تصمیم‌گیری او مؤثر بوده و می‌تواند از «اشتباه» جلوگیری کند. بنابراین باید مکانیزمی اتخاذ شود که دارنده اطلاعات به افشای آن ترغیب گردد. به علاوه باید توجه داشت که ایجاد انگیزه برای کسب اطلاعات، به اندازه ایجاد انگیزه افشای اطلاعات اهمیت دارد؛ زیرا در غیر این صورت اطلاعات ارزشمندی که از «اشتباه» جلوگیری کند وجود نخواهد داشت. از دیدگاه تحلیل اقتصادی، قواعد حقوقی باید هر دو انگیزه را ایجاد کند (Zhou, 2008: 8-9).

از نظر اقتصاددانان رفتار انسان‌ها در خصوص تصمیم‌گیری راجع به انجام یا عدم انجام یک عمل از سنجش هزینه- فایده آن عمل نشئت می‌گیرد (Eide, 2000: 346-347)، از طرفی باید توجه داشت که قواعد حقوقی می‌تواند بازدهی یک رفتار را تغییر دهد؛ در حقیقت قواعد حقوقی می‌تواند شخص را تشویق کند تا با کاهش هزینه رفتار، به انجام عملی که به لحاظ اجتماعی مطلوب است بپردازد. برای مثال او را از مسئولیت قانونی در برابر هر خسارتی که از آن عمل مفید ایجاد می‌شود، معاف گرداند. هم‌چنین قواعد حقوقی با افزایش هزینه اعمال فرد، می‌تواند او را از

1. Incentive to acquisition/disclosure information.

رفتاری که به لحاظ اجتماعی مضر است بر حذر دارد (Zhou, 2008: 8). برای مثال ضمانت اجرای کیفری بر او تحمیل کرده یا میزان غرامت قابل پرداخت را افزایش دهد.<sup>۱</sup>

برای ملاحظه اینکه قواعد حاکم بر «اشتباه یک طرفه» چگونه بر انگیزه افشای اطلاعات اثر می‌گذارد، باید بین دو وضعیت قائل به تفکیک شد: نخست وضعیتی که در آن اطلاعات افشا شده برای افشا کننده مطلوب است و دوم وضعیتی که آن اطلاعات برای افشا کننده مطلوب نیست. در وضعیت نخست نیازی به ایجاد انگیزه افشای اطلاعات به وسیله قواعد حقوقی نیست (Wonnell, 1991: 329-241)، زیرا شخص معقول در صورتی که منافع افشای اطلاعات بیش از هزینه آن باشد داوطلبانه اطلاعات را افشا می‌کند؛ چرا که برای افشای اطلاعاتی که به سود او است، انگیزه کافی دارد. برای مثال فروشنده آن دسته از اطلاعاتی را که به افزایش قیمت کالا منتهی می‌شود، داوطلبانه افشا می‌نماید؛ خریدار نیز انگیزه لازم را برای افشای اطلاعاتی که به کاهش قیمت موضوع قرارداد منتهی می‌شود، دارد. در نتیجه قواعد حاکم بر «اشتباه یک طرفه» تأثیری بر انگیزه طرفین قرارداد در افشای اطلاعاتی که برای ایشان سودمند است، ندارد (Zhou, 2008: 8).

در وضعیت دوم طرفین قرارداد از افشای اطلاعات می‌پرهیزند؛ زیرا هیچ شخص معقولی اطلاعاتی را که برای او سودمند نیست افشا نخواهد کرد. بنابراین قواعد حقوقی باید این انگیزه را در طرفین ایجاد گرداند (Craswell, 2000: 7). قواعد حقوقی در صورتی که هزینه عدم افشای اطلاعات را بیش از هزینه افشای آن قرار دهد، می‌تواند انگیزه‌ی افشای اطلاعات را در طرفین ایجاد کند (Zhou, 2008: 9).

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص تأثیر بر قراری ضمانت اجرا بر نحوه رفتار اشخاص نگاه کنید به:

Triantis, George, G, Unforeseen Contingencies, Risk Allocation in Contract, Encyclopedia of Law and Economics, Vol 3, The Regulation of Contracts, edited by: Bouckaert, Boudewijn & De Geest, Gerrit, 1st, Edvard Elgar Publication, 2000, pp.105-107; Mahoney, Paul G., Contract Remedies: General, , Encyclopedia of Law and Economics, Vol 3, The Regulation of Contracts, edited by: Bouckaert, Boudewijn & De Geest, Gerrit, 1st, Edvard Elgar Publication, 2000, pp.117-138.

### ۲-۳. راه حل های ارائه شده توسط تحلیل گران اقتصادی

در راه حل های ارائه شده باید این مهم را مدنظر قرارداد که «اشتباه یک طرفه» در چه صورتی بر تخصیص کارآمد منابع و انگیزه‌ی طرفین در دستیابی به اطلاعات کارگر گشته و در نتیجه باید در سرنوشت عقد مؤثر باشد. تحلیل گران اقتصادی برای پاسخ گفتن به این پرسش و ارائه‌ی معیاری جهت تمیز این مهم، سه راه حل ارائه داده‌اند که عبارتند از:

#### الف: تحلیل اقتصادی مبتنی بر تقسیم اطلاعات به «تولیدی» و «توزیعی»

برخی از تحلیل گران اقتصادی بر این عقیده‌اند که تلاش برای کسب «اطلاعات توزیعی» سبب اتلاف منابع است؛ از این رو قواعد حقوقی باید به گونه‌ای تنظیم شود که از هزینه کردن منابع در راستای کسب اطلاعات توزیعی ممانعت به عمل آید (Cooter & Ulen, 2004: 357). بنابراین وفق این دیدگاه در صورتی که یکی از طرفین مرتکب «اشتباه» گردیده و این «اشتباه» ناشی از عدم افشای «اطلاعات توزیعی» توسط طرف دیگر باشد، «اشتباه» کننده می‌تواند قرارداد را فسخ کند (Cooter & Ulen, 2004: 258).

برخی دیگر از تحلیل گران تلاش کرده‌اند میان «اطلاعات اکتشافی»<sup>۱</sup> و غیر اکتشافی<sup>۲</sup> تمایز قائل شوند: «اطلاعات غیر اکتشافی»، اطلاعاتی است که در اثر گذشت زمان برای همگان آشکار خواهد شد. ارزش اطلاعات مزبور صرفاً از این جهت است که برخی زودتر از آن آگاهی می‌یابند؛ این اطلاعات تنها به توزیع ثروت منتهی گردیده و ثروت اجتماعی را افزایش نمی‌دهد. «اطلاعات اکتشافی» به آن دسته از اطلاعاتی گفته می‌شود که به منظور دستیابی به آن باید به بررسی و تحقیق و اکتشاف پرداخت. این اطلاعات می‌تواند به افزایش منفعت خصوصی مالک اطلاعات و ثروت اجتماعی منتهی گردد (Shavell, 1994: 20-26) (Miceli, 2004: 118) (Hirshleifer, 1971: 561-562).

1. Discovery Information.
2. Foreknowledge Information.

هر دو دیدگاه فوق بر این مبنا استوار گردیده است که قواعد حقوقی باید از ایجاد انگیزه به منظور دستیابی به اطلاعاتی که به لحاظ اجتماعی فاقد ارزش هستند، ممانعت به عمل آورده و افراد را صرفاً به کسب اطلاعاتی که از لحاظ اجتماعی ارزشمند بوده و ثروت اجتماعی را افزایش می‌دهد، تشویق کنند (Zhou, 2008: 14).

ایراد وارد بر تحلیل فوق این است که در حقوق قراردادهای نمی‌توان مرز دقیقی بین «اطلاعات توزیعی و تولیدی» رسم کرده و این دو را کاملاً از یکدیگر جدا ساخت؛ زیرا در بیشتر موارد اطلاعات هم «تولیدی» و هم «توزیعی» است. برای نشان دادن این مطلب مثال‌هایی که در بیان مفهوم «اطلاعات تولیدی و توزیعی» آورده شد، مجدداً از نظر خواهد گذشت. چنانکه بیان گردید احداث یک‌راه جدید زیر دریا بین چین و اروپا از نوع «اطلاعات تولیدی» به شمار می‌آید، اما واقعیت آن است که این اطلاعات می‌تواند «توزیعی» نیز محسوب گردد؛ برای روشن شدن این مطلب فرض کنید قراردادی بین یک صادرکننده چینی و واردکننده اروپایی منعقد گردد؛ حال اگر یک صادر کننده چینی از این راه دریایی آگاه گردد این اطلاعات می‌تواند هزینه حمل‌ونقل او را کاهش دهد. بنابراین در صورتی که واردکننده اروپایی از این راه مطلع شود، از خرید کالا امتناع می‌کند مگر آنکه صادرکننده چینی با قیمت پایین‌تر موافقت نماید؛ اما اگر طرف چینی این اطلاعات را از خریدار اروپایی پنهان نگاه دارد، می‌تواند کالای خود را با همان قیمت به فروش رسانده و سود بالاتری بدست آورد. بنابراین اطلاعات مربوط به راه جدید در این قرارداد باعث توزیع ثروت از طرف اروپایی به طرف چینی می‌گردد (Zhou, 2008: 35).

به علاوه باید توجه داشت اطلاعاتی که بنا بر تحلیل فوق «توزیعی» است، می‌تواند در زمره «اطلاعات تولیدی» نیز محسوب گردد؛ برای توضیح این مطلب مناسب است مثال مربوط به احداث بزرگراه مجدداً بررسی شود؛ اگر مالک زمین مجاور خیابان از ملک خود صرفاً استفاده مسکونی کند آنگاه احداث بزرگراه ارزش زمین را در نظر او کاهش خواهد داد؛ چراکه صداهای ناشی از رفت‌وآمد وسایل نقلیه آن محل را برای زندگی نامناسب خواهد ساخت. او هر چه زودتر از موضوع احداث بزرگراه آگاه شود زودتر می‌تواند زمین را به شخصی که برای آن ارزش بالاتری

قائل است به فروش رساننده و خانه جدیدی بخرد. چنین اطلاعاتی می‌تواند فرآیند تخصیص منابع به شخصی را که برای آن منابع بالاترین ارزش را قائل است، سرعت بخشد (Zhou, 2009: 35).

نظر به اینکه ترسیم مرزی دقیق میان «اطلاعات توزیعی و تولیدی» ناممکن است، این تقسیم‌بندی نمی‌تواند به عنوان معیاری برای تشخیص این مهم که «اشتباه یک‌طرفه» در چه صورتی باید بر سرنوشت عقد مؤثر باشد، استفاده گردد. زیرا در صورتی که اطلاعات واجد هر دو جنبه «تولیدی و توزیعی» باشد تمسک به معیار فوق به تخصیص ناکارآمد منابع منجر خواهد شد (Zhou, 2008: 14).

### ب: تحلیل اقتصادی مبتنی بر تقسیم اطلاعات به «آگاهانه و اتفاقی»

به عقیده برخی از تحلیل‌گران اقتصادی در صورتی که «اطلاعات اتفاقی» به‌دست آمده و یکی از طرفین قرارداد مرتکب «اشتباه» گردیده باشد، قرارداد باطل بوده و اگر «اطلاعات آگاهانه» کسب شده و یکی از طرفین در انعقاد قرارداد «اشتباه» کرده باشد قرارداد صحیح و الزام‌آور است (Kronman, 1987: 13).

بنابر دیدگاه فوق بی‌اعتبار به شمار آوردن قرارداد بر مبنای «اشتباه یک‌طرفه» وظیفه افشای اطلاعات را بر شخصی که اطلاعات بالاتری دارد تحمیل می‌کند. بنابراین اگر «اطلاعات اتفاقی» به‌دست آمده باشد تحمیل وظیفه افشای اطلاعات تأثیر چندانی در تولید اطلاعاتی که به لحاظ اجتماعی مفید است نخواهد داشت؛ زیرا شخصی که اطلاعات را به دست آورده برای کسب آن سرمایه‌گذاری نکرده است. از طرف دیگر تحمیل وظیفه افشای اطلاعات بر کسی که آگاهانه و با سرمایه‌گذاری آن را بدست آورده از تولید اطلاعاتی که به لحاظ اجتماعی مفید است ممانعت به عمل خواهد آورد؛ زیرا چنین وظیفه‌ای انگیزه سرمایه‌گذاری به‌منظور کسب چنان اطلاعاتی را به‌طور عمده کاهش می‌دهد (Kronman, 1987: 13).

ایراد وارد بر دیدگاه فوق این است که به موضوع کارایی تخصیصی توجه نگردیده است؛ در حقیقت بنابر دیدگاه فوق هرگاه «اطلاعات اتفاقی» به‌دست آمده و انعقاد قرارداد بر «اشتباه یک‌طرفه» مبتنی باشد، حتی در فرضی که ارزش موضوع قرارداد برای طرفی که در «اشتباه»

نبوده بیش از ارزیابی باشد که اشتباه کننده برای آن قائل است، قرارداد باید باطل به شمار آید (Zhou, 2008: 13)، درحالی که کارایی تخصیصی اقتضا دارد در حالتی که اشتباه کننده برای موضوع قرارداد ارزیابی کمتر از طرف دیگر قائل است، قرارداد صحیح به شمار آید؛ ازاین رو با تکیه بر معیار فوق هدف تحلیل اقتصادی قواعد حاکم بر «اشتباه یک طرفه»، یعنی نیل به کارایی تخصیصی، محقق نخواهد شد.

### ج: تحلیل اقتصادی مبتنی بر جبران خسارت

طرق قانونی جبران خسارت همانند شمشیری دو لبه عمل می‌کند؛ زیرا هم می‌تواند به کسب منفعت منتهی شود و هم ممکن است به تحمیل هزینه منجر گردد (Ogus, 2006: 101). از دیدگاه طرفین قرارداد جبران خسارت به مثابه قیمتی است که آن‌ها برای عملشان می‌پردازند. بنابراین همان‌طور که در بازار رقابتی افزایش یا کاهش قیمت بر تقاضا تأثیر می‌گذارد (Cooter & Ulen, 2000: 793) (Ulen, 2004: 26-33)، طرق قانونی جبران خسارت نیز بر انگیزه‌ی طرفین قرارداد تأثیر داشته و می‌تواند به افزایش یا کاهش آن منتهی شود (Shavell, 1980: 466).

بر این اساس در خصوص تأثیر «اشتباه یک طرفه» بر عقد، نظریه‌ی نوینی ارائه شده است؛ این نظریه بر چهار پیش فرض استوار گردیده است: ۱. نباید بین «اشتباه یک طرفه‌ای» که طرف دیگر قرارداد از آن آگاهی دارد و «اشتباهی» که طرف دیگر بر آن آگاهی ندارد، تفاوت گذاشت؛ ۲. «اشتباه یک طرفه» نباید قرارداد را از ابتدا باطل کند؛ ۳. اگر یکی از طرفین قرارداد مرتکب «اشتباه» شود، اعم از آنکه طرف دیگر از آن «اشتباه» آگاه بوده یا بر آن آگاهی نداشته باشد، قرارداد قابل فسخ است و قانون باید این امکان را فراهم آورد که اشتباه کننده در مورد فسخ قرارداد تصمیم‌گیری کند؛ ۴. اشتباه کننده در صورت تصمیم بر فسخ قرارداد باید خسارت انتظاری<sup>۱</sup> طرف دیگر را جبران کند؛ به این ترتیب که طرف دیگر در همان وضعیتی که در صورت

1. Expectation Loss.

اجرای قرارداد برایش حاصل می‌گردد قرار گیرد. چنین خسارتی به همان روشی که خسارت ناشی از نقض قرارداد تعیین می‌شود، محاسبه خواهد شد (Zhou, 2009: 13).

کارایی تخصیصی اقتضا دارد تا کالاها از شخصی که برای آن ارزش کمتری قائل است به شخصی انتقال یابد که کالا در نظرش ارزش بیشتری دارد. بنابراین در صورتی که اشتباه کننده برای موضوع قرارداد بیشتر از طرف دیگر ارزش قائل باشد، آن را فسخ و در غیر این صورت مفاد قرارداد را اجرا خواهد کرد (Zhou, 2008: 15-16).

براساس دیدگاه فوق اشتباه کننده در صورت فسخ قرارداد باید خسارت انتظاری طرف دیگر را جبران کند. این خسارت دقیقاً برابر با ارزشی است که آن طرف برای موضوع قرارداد قائل است: یعنی مبلغی که او برای فروش کالا در نظر دارد. شخص معقول صرفاً زمانی قرارداد را فسخ می‌کند که ارزش کالا برای او بیش از خسارت انتظاری طرف دیگر باشد؛ در غیر این صورت قرارداد را فسخ نخواهد کرد. در نتیجه، با فرض ثابت بودن سایر موارد، می‌توان اطمینان داشت اشتباه کننده صرفاً زمانی که برای کالا ارزشی بیش از طرف دیگر قائل باشد، قرارداد را فسخ کرده و در نتیجه کارایی تخصیصی محقق خواهد شد. چشم‌پوشی اشتباه کننده از فسخ قرارداد به‌طور ضمنی دربردارنده این معناست که ارزش کالا برای او از طرف دیگر کمتر است؛ بدیهی است در این وضعیت الزام آور بودن قرارداد به کارایی تخصیصی منتهی خواهد شد (Zhou, 2008: 16).

دیدگاه فوق همواره به کارایی تخصیصی منتهی نمی‌گردد؛ زیرا بر این فرض مبتنی است که اشتباه کننده از فسخ قرارداد متحمل هزینه نشده و به «اشتباه» پی خواهد برد. بدیهی است در عمل هیچ‌یک از این دو فرضیه همواره درست نخواهد بود. فسخ قرارداد هزینه هنگفت اقامه دعوا را بر اشتباه کننده تحمیل خواهد کرد. بنابراین اگر ارزشی که اشتباه کننده برای کالا قائل است از هزینه اقامه دعوا و خسارت انتظاری طرف دیگر کمتر باشد، قرارداد را فسخ نمی‌کند و در نتیجه کارایی تخصیصی حاصل نمی‌شود. از این‌رو دیدگاه مزبور صرفاً در صورتی به کارایی تخصیصی منتهی می‌شود که هزینه اقامه دعوا پایین باشد. به‌علاوه همه اشخاصی که مرتکب «اشتباه»

گردیده‌اند نمی‌توانند به «اشتباه» خود پی ببرند. بنابراین در صورتی که «اشتباه» کننده عملاً از «اشتباه» خود آگاه نگردد کارایی تخصیصی حاصل نمی‌شود (Zhou, 2008: 17).

علی‌رغم ایرادات فوق این دیدگاه بیش از حقوق انگلیس کارایی را محقق می‌کند. زیرا اولاً ایراد مربوط به هزینه اقامه دعوا و پی نبردن به «اشتباه» در حقوق انگلیس نیز وجود داشته و نمی‌توان گفت این دو ایراد در دیدگاه ارائه‌شده جدی‌تر رخ می‌نماید. ثانیاً این دیدگاه در صورت «اشتباه یک‌طرفه»، بیش از حقوق انگلیس می‌تواند کارایی تخصیصی را محقق سازد، چراکه در قواعد حقوقی «اشتباه یک‌طرفه» صرفاً در صورتی که وارد قلمرو تراضی شده باشد بر عقد مؤثر است، در حالی که این دیدگاه به اشتباه کننده اجازه می‌دهد تا صرف‌نظر از اینکه «اشتباه» در قلمرو تراضی وارد گردیده یا نه، قرارداد را فسخ کند. بنابراین بر اساس دیدگاه فوق امکان تصحیح کارایی تخصیصی بیش از حکومت قواعد حقوقی است (Zhou, 2008: 17). این دیدگاه از حقوق ایران نیز در تحقق کارایی موفق‌تر است.

موضوع مهم دیگر این است که وفق تحلیل فوق، در صورت فسخ قرارداد طرف دیگر می‌تواند خسارت انتظاری خود را از اشتباه کننده مطالبه کند. بنابراین طرفی که در «اشتباه» نبوده بعد از دریافت غرامت در موقعیتی جای خواهد گرفت که اگر قرارداد کاملاً اجرا می‌شد به آن دست می‌یافت. این قاعده اجازه می‌دهد تا طرفین همه منافع را که از اطلاعات خصوصی‌شان ناشی می‌شود به دست آورند؛ از این رو برای طرفین انگیزه کافی جهت دستیابی به اطلاعات ایجاد خواهد شد (Zhou, 2008: 17-18).

### ۳. بررسی کارایی قواعد حقوقی ایران و انگلیس در خصوص «اشتباه یک‌طرفه»

در این جا بر مبنای تحلیل اقتصادی مبتنی بر جبران خسارت به بررسی این مهم پرداخته می‌شود که آیا قواعد حاکم بر «اشتباه یک‌طرفه» در نظام حقوقی ایران و انگلیس به تخصیص

کارآمد منابع منتهی گردیده و انگیزه لازم را در طرفین برای افشا و کسب اطلاعات فراهم می‌آورد یا خیر؟

### ۱-۳. کارایی تخصیصی

طبق حقوق ایران، که ریشه در فقه اسلامی دارد، سود جستن یا ضرر کردن فرع بر سلامت اراده است (آخوندی، ۱۳۹۰: ۲۹۹)، به دیگر سخن آنچه در این نظام حقوقی اهمیت دارد حفظ سلامت اراده بوده و مسائلی از قبیل کسب سود و افزایش ثروت جامعه در حاشیه قرار دارد. به همین جهت قواعد آن در خصوص «اشتباه» یک‌طرفه تنها بر سلامت اراده تمرکز کرده و «اشتباه» را صرفاً در صورتی که وارد قلمرو تراضی شده و راجع به «خود موضوع معامله» باشد منشأ اثر می‌داند؛ زیرا در صورتی که «اشتباه» در قلمرو تراضی وارد نشود عیبی بر آن عارض نشده و با وجود سلامت اراده دلیلی بر بی‌اعتباری قرارداد وجود ندارد. بنابراین در حقوق قراردادهای ایران به این مهم که اگر در صورت وجود «اشتباه» قرارداد اجرا شود کارایی محقق می‌شود یا خیر توجه نمی‌گردد. در مقابل تحلیل اقتصادی «اشتباه» به این موضوع که «اشتباه» در قلمرو تراضی وارد گردیده یا نه توجهی ندارد؛ هم‌چنین از دیدگاه تحلیل اقتصادی این مسئله که «اشتباه» راجع به «خود موضوع معامله»، «اوصاف مهم» یا «اوصاف غیر مهم» است نیز اهمیت ندارد؛ آنچه از نظر این تحلیل اهمیت دارد این است که آیا «اشتباه» به تخصیص ناکارآمد منابع منتهی شده است؟ به همین دلیل طبق این دیدگاه، در صورتی که یکی از طرفین مرتکب «اشتباه» شده باشد در صورت پرداخت خسارت انتظاری طرف دیگر حق فسخ دارد. به نظر می‌رسد که تحقق کارایی تخصیصی با برقراری حق فسخ سازگارتر است؛ زیرا در این صورت اشتباه کننده می‌تواند با استفاده از تکنیک هزینه-فایده نسبت به فسخ قرارداد یا اجرای آن اقدام کرده و راهی را که برای طرفین منفعت به همراه دارد، برگزیند. درحالی که وفق قواعد حقوقی در صورتی که «اشتباه» در «خود موضوع معامله» باشد، قرارداد باطل بوده و لذا امکان اتخاذ راهی که برای هر دو طرف منفعت داشته باشد، ممکن نخواهد بود. در صورتی که «اشتباه» راجع به «اوصاف مهم» باشد نیز اشتباه کننده بدون آنکه به پرداخت خسارت انتظاری طرف دیگر مکلف باشد، حق فسخ دارد؛

بنابراین ممکن است منابع از شخصی که ارزش بیشتری برای آن قائل است به شخصی که ارزش کمتری به آن می‌دهد منتقل گردد.

در حقوق قراردادهای انگلیس نیز آنچه اهمیت دارد این است که آیا «اشتباه یک‌طرفه» به یکی از ارکان اساسی عقد مربوط بوده است. به‌علاوه «اشتباه» صرفاً در صورتی بر حیات عقد مؤثر است که طرف دیگر از آن آگاه بوده یا باید آگاه بوده باشد. بنابراین در حقوق قراردادهای انگلیس نیز به موضوع کارایی تخصیصی توجه نشده است.

با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت حقوق قراردادهای ایران و انگلیس در موارد زیر از تحقق کارایی تخصیصی ناتوان است:

۱. در حقوق انگلیس در صورتی که طرف دیگر از «اشتباه» آگاه نباشد و در عین حال اشتباه کننده ارزش بیشتری برای کالا قائل باشد، قرارداد معتبر است در حالی که از دیدگاه تحلیل اقتصادی به جهت حاصل نشدن کارایی، قرارداد را نباید معتبر دانست (Zhou, 2008: 7).

می‌توان گفت در حقوق ایران اگر یکی از طرفین در «خود موضوع معامله» مرتکب «اشتباه» شود و طرف دیگر قرارداد از آن آگاه نباشد، و «اشتباه» در قلمرو تراضی وارد نشده باشد قرارداد نافذ است. این قاعده در وضعیتی که اشتباه کننده بیش از طرف دیگر برای موضوع قرارداد ارزش قائل است، از تحقق کارایی تخصیصی جلوگیری می‌کند. زیرا بنا بر تحلیل اقتصادی مبتنی بر جبران خسارت در این وضعیت باید برای اشتباه کننده حق فسخ قائل گردید؛ چراکه اشتباه کننده از طرف دیگر برای موضوع قرارداد ارزش بیشتری قائل است و با وجود پرداخت خسارت انتظاری طرف دیگر کماکان از فسخ قرارداد منتفع خواهد شد. در صورتی که «اشتباه» راجع به «اوصاف مهم» بوده و در قلمرو تراضی وارد نشده باشد نیز کارایی تخصیصی حاصل نمی‌گردد؛ زیرا در این حالت اشتباه کننده نمی‌تواند قرارداد را فسخ کند. بنابراین اگر اشتباه کننده بیش از طرف دیگر برای منابع ارزش قائل باشد، منابع از طرفی که برای آن ارزش بیشتری قائل است به طرفی که ارزش کمتری به آن می‌دهد منتقل خواهد شد.

۲. در حالتی که طرف دیگر قرارداد از «اشتباه» آگاه است و درعین حال ارزشی که کالا برای شخص اشتباه کننده دارد کمتر از طرف دیگر قرارداد است؛ «اشتباه» یکی از طرفین نباید بر حیات عقد مؤثر باشد؛ زیرا منابع از کسی که برای آن ارزش بیشتری قائل است به کسی که به آن ارزش کمتری می‌دهد منتقل شده است. درحالی‌که طبق حقوق انگلیس اگر «اشتباه یک‌طرفه» راجع به یکی از ارکان اساسی عقد بوده و طرف دیگر از آن آگاهی داشته یا باید آگاه بوده باشد، «اشتباه» بر حیات عقد تأثیرگذار بوده و لذا مانع تحقق کارایی تخصیصی می‌شود (Zhou, 2008: 7).

در حقوق ایران نیز اگر «اشتباه» در «خود موضوع معامله» بوده و وارد قلمرو تراضی گردیده باشد، قرارداد باطل به شمار خواهد آمد؛ این در حالی است که اگر ارزش منابع برای طرفی که در «اشتباه» نیست بیش از طرف دیگر باشد، بطلان قرارداد به تخصیص ناکارآمد منابع منتهی می‌شود؛ زیرا منابع از شخصی که برای آن ارزش بیشتری قائل است به شخصی که ارزش کمتری برای آن در نظر دارد، منتقل می‌گردد. در صورتی که «اشتباه» راجع به «اوصاف مهم» بوده و در قلمرو تراضی وارد شده باشد نیز کارایی تخصیصی حاصل نمی‌گردد؛ زیرا در این حالت اشتباه کننده بدون آنکه به پرداخت خسارت انتظاری طرف دیگر مکلف باشد می‌تواند قرارداد را فسخ کند. بنابراین منابع از طرفی که برای آن ارزش بیشتری قائل است به طرفی که ارزش کمتری به آن می‌دهد منتقل می‌شود.

## ۲-۳. انگیزه افشای اطلاعات و انگیزه دستیابی به اطلاعات

ایجاد انگیزه افشای اطلاعات و انگیزه کسب اطلاعات، می‌تواند از وقوع «اشتباه» جلوگیری و به تحقق کارایی تخصیصی منتهی شود، بنابراین قواعد حقوقی حاکم بر «اشتباه یک‌طرفه» باید به گونه‌ای باشد که هر دو انگیزه در طرفین ایجاد شود. در اینجا باید به این موضوع پرداخته شود که آیا حقوق ایران و انگلیس می‌تواند چنین انگیزه‌ای را ایجاد کند؟

## الف: تأثیر قواعد حقوقی بر ایجاد انگیزه افشای اطلاعات

برای تحلیل تأثیر قواعد حقوقی در ایجاد انگیزه‌ی افشای اطلاعات باید تفاوت بازدهی رفتار اشخاص در حالتی که اطلاعات را افشا می‌کنند و وضعیتی که آن را مخفی نگاه می‌دارند بررسی شود:

۱. **فرض نخست** این است که طرف قرارداد اطلاعاتی را که برای او سودمند نیست افشا می‌کند؛ در این صورت دو حالت متصور است: نخست این که طرف دیگر همچنان با طرف افشا کننده قرارداد وارد معامله شود؛ انعقاد قرارداد در صورتی محقق می‌شود که طرف افشا کننده اطلاعات در قیمت قراردادی تجدیدنظر کند؛ بدیهی است در این وضعیت افشا کننده اطلاعات کماکان از انعقاد قرارداد سود می‌برد، البته باید توجه داشت در این حالت سودی که عاید او می‌شود کمتر از سودی است که در وضعیت عدم افشای اطلاعات کسب می‌کرد. حالت دوم این است که طرف دیگر با این اعتقاد که قرارداد برای او به صرفه نیست، حاضر به انعقاد قرارداد نگردد، در اینجا افشاکننده اطلاعات نمی‌تواند قرارداد منعقد کند و در نتیجه از کسب منفعت محروم خواهد شد (Zhou, 2008:9).

۲. در **فرض دوم** باید بازدهی رفتار طرفین قرارداد در حالت عدم افشای اطلاعات بررسی شود: در صورتی که «اشتباه یک‌طرفه» راجع به یکی از ارکان اساسی قرارداد بوده و در قلمرو تراضی وارد شده باشد، قرارداد از ابتدا باطل به شمار آمده و عوضین به جای اول خود باز خواهد گشت. بنابراین در این فرض طرفی که در «اشتباه» نبوده از فرصت کسب منافع قراردادی محروم خواهد ماند (Zhou, 2008:9). در حقوق ایران نیز در صورتی که یکی از طرفین مرتکب «اشتباه» گردیده و این «اشتباه» راجع به «خود موضوع معامله» بوده و در قلمرو تراضی وارد شده باشد، همین وضعیت متصور خواهد بود.

اگر طرفی که اطلاعات نامطلوب دارد بداند که عدم افشای اطلاعات به «اشتباه» طرف دیگر منتهی گردیده و لذا قرارداد فاقد اعتبار بوده و در نتیجه از فرصت کسب منافع قراردادی محروم خواهد بود، به افشای اطلاعات تشویق خواهد گردید؛ زیرا در صورت افشای اطلاعات این فرصت

را دارد که از منافع قراردادی بهره‌مند گردد؛ چرا که ممکن است طرف دیگر در صورت تجدیدنظر در شرایط و قیمت قراردادی به معامله رضایت دهد. از این‌رو در حقوق انگلیس قواعد حاکم بر «اشتباه یک‌طرفه» انگیزه افشای اطلاعات را ایجاد خواهد کرد (Zhou, 2008: 9).

در حقوق ایران قاعده‌ای که طرفین را وادار کند تمام اطلاعاتی را که در ترغیب طرف دیگر معامله مؤثر است، افشا کنند وجود ندارد؛ با این وجود در خصوص عیوب مبیع می‌توان این تکلیف را دید؛ در حقیقت افشا نکردن عیوب مبیع ممکن است به تدلیس منتهی گردد؛ از دید برخی فقیهان شیعه، فروشنده باید عیوب کالا را، اعم از آنکه پنهان باشد یا آشکار، به طرف دیگر اطلاع دهد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۳۸)، در غیر این صورت مرتکب غش (فریب و نیرنگ) شده است. در مقابل گروهی دیگر وظیفه افشای اطلاعات را صرفاً ویژه عیوب پنهان مبیع می‌دانند (جعی عاملی، ۱۴۱۳: ۵۳۰) (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۶۳) (صفایی، ۱۳۸۴: ۲۹۲).<sup>۱</sup> اگر تخلف فروشنده از این وظیفه به اشتباه طرف دیگر در «خود موضوع معامله» منتهی شود قرارداد باطل به شمار می‌آید؛ در صورتی که تخلف فروشنده به «اشتباه» در خود موضوع معامله منتهی نشود، در صورت جمع بودن سایر شرایط، فریب‌خورده می‌تواند قرارداد را فسخ کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۵۴-۳۵۶). بنابراین به نظر می‌رسد حقوق ایران، دست‌کم در پاره‌ای از موارد، انگیزه افشای اطلاعات را برای دارنده آن ایجاد می‌کند.

### ب: تأثیر قواعد حقوقی در ایجاد انگیزه‌ی کسب اطلاعات

حقوق قراردادهای ایران و انگلیس از ایجاد انگیزه کسب اطلاعات ناتوان هستند، زیرا هدف از کسب اطلاعات به دست آوردن منفعت می‌باشد. مثال زیر مبین چنین حقیقتی می‌باشد:

۱. ناگفته نماند که به عقیده برخی از فقیهان فروشنده تکلیفی به اعلام عیوب مبیع، اعم از آنکه پنهان یا آشکار باشد، نداشته و این امر نمی‌تواند تدلیس به شمار آید (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ۱۹۰ و ۱۹۱؛ به نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۳: شماره ۱۰۲۵، ص ۳۳۲).

مالک کشتزاری که معتقد است ملک او فاقد منابع معدنی است، ایجابی مبنی بر فروش آن به قیمت ۴ میلیون پوند انشاء می‌کند. خریدار که شرکت استخراج معدن می‌باشد، بنا بر تجربه خود یک درصد احتمال می‌دهد که زمین حاوی مقادیری منابع معدنی باشد که ارزش آن را به ۶۰۰ میلیون پوند می‌رساند؛ در نتیجه ارزش قابل پیش‌بینی زمین برای شرکت ۶ میلیون پوند (۱٪)\* (۶۰۰ میلیون پوند) است. تشخیص این امر که آیا زمین منابع معدنی در بردار یا خیر بالغ بر ۱ میلیون پوند هزینه دارد. تصور کنید اگر معلوم گردد کشتزار دارای منابع معدنی است، مالک آن را به کمتر از ۵/۵۹۹ میلیون پوند نخواهد فروخت. پرسشی که در اینجا باید بدان پاسخ داده شود این است که با توجه به قواعد حقوقی آیا شرکت به منظور فهمیدن این مهم که کشتزار دارای منابع معدنی است یا خیر، حاضر است ۱ میلیون پوند هزینه کند؟

اگر قواعد حقوقی بر «اشتباه» مالک اثری بار نکرده و قرارداد را در هر حال الزام‌آور تلقی کند، آنگاه شرکت کشتزار را به قیمتی که مالک تعیین کرده خریده و جهت فهم این که آیا در زمین منابع معدنی یافت می‌گردد، یا خیر ۱ میلیون پوند هزینه می‌کند؛ زیرا به این ترتیب کسب منفعتی معادل ۱ میلیون پوند (۱ میلیون - ۴ میلیون - ۶ میلیون) برای او قابل پیش‌بینی است.

بر مبنای حقوق قراردادهای انگلیس، اگر شرکت مواد معدنی را بدون آنکه برای مالک آشکار نماید در زمین کشف کند، مالک می‌تواند ابطال قرارداد را بر مبنای اشتباه یک طرفه‌ای که طرف دیگر از آن آگاه است خواستار شود، بنابراین در این فرض شرکت ۱ میلیون پوند ضرر می‌کند. از طرف دیگر در صورتی که شرکت اطلاعات را برای مالک آشکار کند، مالک قیمت را تا ۵/۵۹۹ میلیون پوند بالا می‌برد و با این فرض شرکت در صورتی که ۱ میلیون پوند هزینه کند، نیم میلیون ضرر می‌کند. بنابراین بهترین راه برای شرکت این است که به جهت کشف اینکه زمین مواد معدنی دارد یا خیر، هزینه‌ای نکند، زیرا قرارداد بر مبنای اشتباه یک طرفه‌ای که طرف دیگر از آن آگاه است، باطل بوده و به این ترتیب طرفی که اطلاعات بالاتری دارد از کسب سود از اطلاعات خود باز می‌ماند (Zhou, 2008: 10)، و بنابراین در حقوق انگلیس انگیزه لازم برای دست‌یابی به اطلاعات حاصل نخواهد شد.

در مثال فوق وفق حقوق ایران، فروشنده می‌تواند به جهت «اشتباه یک‌طرفه» بی‌اعتباری قرارداد را به اثبات برساند؛ زیرا می‌توان گفت زمین دارای مواد معدنی و زمینی که فاقد این مواد است با یکدیگر تفاوت اساسی دارند و بنابراین اشتباه، «اشتباه» «در خود موضوع معامله» است؛ بنابراین چنانکه گفته شد در این حالت شرکت متحمل ۱ میلیون پوند ضرر می‌گردد.

بر خلاف حقوق ایران و انگلیس، دیدگاه تحلیل اقتصادی مبتنی بر جبران، می‌تواند برای دستیابی به اطلاعات انگیزه‌ی کافی ایجاد کند، زیرا طبق این تحلیل اگر قرارداد به جهت «اشتباه یک‌طرفه» فسخ گردد، طرفی که در «اشتباه» نبوده می‌تواند خسارت انتظاری را از اشتباه کننده بستاند. در نتیجه پس از پرداخت غرامت به وسیله اشتباه کننده، او در موقعیتی جای خواهد گرفت که اگر قرارداد کاملاً اجرا می‌شد به آن دست می‌یافت. بنابراین قاعده مزبور اجازه می‌دهد تا طرفین همه منافع را که از اطلاعات خصوصی‌شان ناشی می‌شود به دست آورند و برای دستیابی به اطلاعات انگیزه‌ی کافی داشته باشند.

نظام حقوقی ایران بر مبنای سلامت اراده استوار گردیده و لذا سود جستن یا پرهیز از ورود خسارت در حاشیه قرار دارد. آنچه در این نظام حقوقی اهمیت دارد پاسداری از سلامت اراده است؛ بنابراین از آنجا که «اشتباه یک‌طرفه‌ای» که راجع به «خود موضوع معامله» بوده و در قلمرو تراضی وارد گردیده اراده را معیوب می‌گرداند، قرارداد باطل است و در اینجا به مسئله کارایی تخصیصی و ایجاد انگیزه افشای اطلاعات و دستیابی به اطلاعات توجهی نمی‌گردد؛ البته چنان‌که گذشت در بعضی موارد، انگیزه افشای اطلاعات برای طرفین به وجود می‌آید؛ به‌علاوه ممکن است بطلان قرارداد به کارایی تخصیصی منتهی گردد؛ با این وجود باید توجه داشت که در این موارد نیز تحقق کارایی تخصیصی به‌هیچ وجه مدنظر قواعد حقوقی ایران نیست. در حقوق انگلیس نیز تأثیر «اشتباه یک‌طرفه» بر مبنای تحقق یا عدم تحقق تراضی تعیین گردیده و به موضوع کارایی تخصیصی توجه نمی‌شود. در این نظام طرفین انگیزه‌ی کافی برای افشای اطلاعات دارند، اما انگیزه‌ی لازم را برای دستیابی به اطلاعات ندارند. تحلیل اقتصادی به موضوع کارایی تخصیصی و ایجاد انگیزه افشای اطلاعات و دستیابی به آن توجه ویژه‌ای داشته و مبنای تأثیر «اشتباه» را در این دو مورد جست‌وجو می‌کند. چنان‌که اشاره رفت برای تحقق این هدف راه‌حل‌های گوناگونی ارائه گردیده و به نظر می‌رسد تحلیل مبتنی بر جبران خسارت بهتر از سایر دیدگاه‌ها به تحقق کارایی تخصیصی و ایجاد انگیزه افشای اطلاعات و کسب اطلاعات منتهی خواهد شد. با توجه به مطالب فوق پیشنهاد می‌شود مواد راجع به «اشتباه» در قانون مدنی به‌این ترتیب اصلاح گردد که «اشتباه در خود موضوع معامله» درجایی که مانع از تحقق کارایی تخصیصی است، در حیات عقد مؤثر باشد. به‌علاوه ضمانت اجرای «اشتباه» باید ایجاد «حق فسخ قرارداد» برای اشتباه کننده باشد. همچنین قواعد حقوقی نه تنها باید طرفین را به افشای اطلاعات ترغیب کند، بلکه باید در ایشان انگیزه کافی جهت دستیابی به اطلاعات نیز ایجاد گرداند.

## منابع و مأخذ:

### الف- منابع فارسی:

۱. امامی، سید حسن، (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیه.
۲. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، (۱۳۹۳)، حقوق تعهدات، جلد دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۳. انصاری، مهدی، (۱۳۹۰)، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای، تهران: انتشارات جاودانه-جنگل.
۴. آخوندی، روح‌الله، (۱۳۹۰)، اشتباه در موضوع قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
۵. جبعی عاملی، زین‌الدین، (معروف به شهید ثانی) (۱۴۱۳)، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، جلد دوم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۶. ره‌پیک، حسن، (۱۳۷۵)، «عیوب اراده و رضا»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، تابستان ۱۳۷۵، شماره ۲، صفحات ۴۳-۵۶.
۷. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۲)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
۸. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۴)، قواعد عمومی قراردادهای، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (بی‌تا)، حاشیه‌المکاسب، جلد دوم، چاپ سربی.
۱۰. طوسی، ابی جعفر محمدبن حسن بن علی، (۱۳۸۷)، المبسوط، جلد دوم، چاپخانه حیدری.
۱۱. عدل، مصطفی، (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، به کوشش بندرچی، محمد رضا، قزوین: انتشارات بحرالعلوم.

۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادهای انحلال قرارداد- خیار، جلد پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری برنا.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادهای مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد، جلد نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۳۶۶)، جواهر الکلام، جلد سی‌ام، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة.

### ب- منابع لاتین:

15. Adams, John and Brownsword, Roger (1988), Understanding Contract Law, 2<sup>nd</sup>, London: Fontana press publication.
16. Ayres, Ian & Rasmusen, Eric, (1993), Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law, «Journal of Legal Studies», Vol 22, No.2, June, pp.309-343.
17. Capper, David, (2009), Common Mistake in Contract Law, «Singapore Journal of Legal Studies», 2009, Available at:  
<http://law.nus.edu.sg/sjls/articles/SJLS-Dec09-457>, Last Visited: Aug 21/215, pp.457-473.
18. Cooter, Robert and Ulen, Thomas, (2004), Law and economics, 6<sup>th</sup>, Massachusetts, Addison-Waesley.
19. Craswell, Richard, (2000), Contract Law: General Theories, Encyclopedia of Law and Economics, Vol 3, edited by: Bouckaert, Boudewijn & De Geest, Gerrit, 1<sup>st</sup>, Edvard Elgar Publication.
20. Eide, Erling, (2000), Economics of Criminal Behavior, Encyclopedia of Law and Economics, Vol 5, edited by: Bouckaert, Boudewijn & De Geest, Gerrit, 1<sup>st</sup>, Massachusetts, Edvard Elgar Publication, 2000.
21. Felgentrager, Frank, Introduction to English Law: Contract Law, Available at: [www.jurawelt.com/sunrise/media/](http://www.jurawelt.com/sunrise/media/), Last Visited: Dec 11/2014.
22. Hammond, Peter J., (1997), The Efficiency Theorems and Market Failure, Department of Economic, Stanford University, Available at: <http://web.stanford.edu/hammond/effMktFail.pdf>. Last Visited: May 5/2015, pp-1-57.

23. Harrison, Jeffrey L., (2010), «Rethinking Mistake and Disclosure Contract Law», 17 Geo. Mason Law Review, Vol 17, No.2, Available at <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/80>. Last Visited: May 5/2015, pp.335-375.

24. Hirshleifer, Jack., (1971), «The Private and Social Value Information and the Reward to Inventive Activity», The American Economic Review, Vol.61, No.4, pp.561-574.

25. Kronman, Anthony T., (1978)« Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts», Journal of Legal Studies, Vol 7, No.1, Available at: <http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/weberr/archive/FS08/unterlagenLE/aufsaetze/MistakeDisclosureInformationandtheLawofContracts.pdf>, Last Visited: 31, October, 2015, pp.1-34.

26. Mahoney, Paul G., (2000), «Contract Remedies: General, Encyclopedia of Law and Economics», Vol 3, edited by: Bouckaert, Boudewijn & De Geest, Gerrit, 1st, Massachusetts, Edvard Elgar Publication.

27. Martin, Elizabet A, (2001), Oxford Dictionary of Law, 5<sup>th</sup>, Oxfprd, Oxford University Press.

28. Miceli, Thomas J., (2004), The Economic Approach to Law, California, Stanford University Press.

29. Monahan, Geoff, Essential Contract Law, 2<sup>nd</sup>, Cavendish Publishing, 2001.

30. Ogus, Anthony I., Cost and Cautionary Tales Economic Insights for the Law, 1<sup>st</sup>, Oxford University Press, Hart Publishing, 2006.

31. Oughton, David and Davis, Martin, Source Book on Contract Law, 2<sup>nd</sup>, Cavendish Publishing Limited, 2000.

32. Sefton-Green, Ruth, Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law, 1<sup>st</sup>, Cambridge University Press, 2005.

33. Shavell, Steven, (1994), «Acquisition and Disclosure of Information prior to Sale», RAND Journal of Economic, Vol.25, No.1, pp.20-36.

34. Shavell, Steven, (1980), «Damage Measures for Breach of Contract», The Bell Journal of Economic, Vol 11, No.2, pp.466-490.

35. Shavell, Steven, (2004), Fondation of economic analysis of law, Massachusetts, Harvard University Press.

36. Stone, Richard, Contract Law,(2003), 15<sup>th</sup>, Cavendish Publishing Limited,

37. Suff, Marnah,(2000), Essential Contract Law, 2<sup>nd</sup>, Cavendish Publishing Limited.

38. Triantis, George, G, (2000), Unforeseen Contingencies, Risk Allocation in Contract, Encyclopedia of Law and Economics, Vol 3, edited by: Bouckaert, Boudewijn & De Geest, Gerrit, 1st, Massachusetts, Edvard Elgar Publication.

39. Ulen, Thomas, S., (2000), Rational Choice Theory in Law and Economics, Encyclopedia of Law and Economics, Vol 3, edited by: Bouckaert, Boudewijn & De Geest, Gerrit, 1<sup>st</sup>, Massachusetts, Edvard Elgar Publication.

40. Veljanovski, Cento, (2007), Economic Principles of Law, 1<sup>st</sup>, New York, Cambridge University Press.

41. Wonnell, Christopher, (1991), The Structure of a General Theory of Non-Disclosure, Case Western Reserve Law Review, Vol 41, Issue 2, pp.329-386.

42. Zhou, Qi, (2008), An Economic Perspective on the Doctrine of Unilateral Mistake in English Contract Law: a Remedy-Based Approach, Available at: [http://works.bepress.com/qi\\_zhou/4](http://works.bepress.com/qi_zhou/4), Last visited: May 5/2015, pp.1-18.

43. Zhou, Qi, (2009), Contractual Mistake and Misrepresentation, Lecturer in Lw, University of Sheffield, Available at <http://ssrn.com/abstract=1335748>. Last Visited: Aug 21/2015. 31-56.

# Unilateral Mistake and Survey of its Efficiency in Iranian and English Law

Reza Khodkar<sup>1</sup>

Rahmati, Parviz<sup>2</sup>

## Abstract

Effect of a "Unilateral Mistake" on the survival of a contract is one of the controversial subjects of Contract Law. In Iranian law, "a unilateral mistake" that has entered the realm of compromise and is about "the subject of the transaction itself" invalidates the contract, regardless of its effect on efficiency and allocation of resources. In English law, a unilateral mistake affects the life of the contract, which damages one of the basic elements of the contract and the other party is aware or should be aware of it. According to legal economic analysts, "unilateral mistake" should be examined in terms of efficiency and its impact on resource allocation, and "mistake" affects the fate of the contract if it prevents the realization of the allocated efficiency. Because in Iranian and English law, the rules governing "unilateral mistake" do not take into account whether the goods or services have been transferred to the person who values them the most, the allocated efficiency will not be achieved.

**KeyWords:** *Unilateral Mistake, Mutual Consent Domain, Allocable Efficiency, Motivation to Disclose and Obtain Information.*

1. P.H.D, Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services,  
(Email: rezakhodkar@gmail.com)

2. MA. in Law & Economic, Allameh Tabataba'i University,  
(Email: rahmati1367@gmail.com)

# ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، جلد اول،
۲. امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۹۳)، حقوق تعهدات، جلد دوم
۳. انصاری، مهدی (۱۳۹۰)، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها،
۴. آخوندی، روح‌الله (۱۳۹۰)، اشتباه در موضوع قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان،
۵. جبل عاملی، زین‌الدین (معروف به شهید ثانی) (۱۴۱۳)، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، جلد دوم
۶. ره‌پیک، حسن (۱۳۷۵)، «عیوب اراده و رضا»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی،
۷. شهیدی، مهدی (۱۳۹۲)، تشکیل قراردادها و تعهدات،
۸. صفایی، سید حسین (۱۳۸۴)، قواعد عمومی قراردادها، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم
۹. طوسی، ابی جعفر محمدبن حسن بن علی (۱۳۸۷)، المبسوط، جلد دوم،
۱۰. عدل، مصطفی (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، به کوشش بندرجی، محمد رضا، قزوین:
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها انحلال قرارداد-خيارات، جلد پنجم
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادها مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد، جلد نخست
۱۳. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۳۶۶)، جواهر الکلام، جلد سی‌ام

کد مقاله

LAW-2012-1014 (R1)

دانشنامه‌های مرتبط

حقوق اقتصادی

مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱. اشتباه یک‌طرفه
۲. قلمرو تراضی
۳. کارایی تخصیصی
۴. انگیزه افشا و بدست آوردن اطلاعات

مدخل‌های فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. اقسام اشتباه در حقوق ایران و انگلیس
۲. مبنای تأثیر اشتباه
۳. اثر اشتباه یک‌طرفه بر سرنوشت عقد
۴. تحلیل اقتصادی اشتباه یک‌طرفه
۵. اطلاعات تولیدی و توزیعی
۶. اطلاعات آگاهانه و اتفاقی
۷. مبنای تأثیر اشتباه یک‌طرفه از دیدگاه تحلیل اقتصادی
۸. بررسی کارایی قواعد حقوقی ایران و انگلیس در خصوص «اشتباه یک‌طرفه»
۹. انگیزه افشای اطلاعات
۱۰. انگیزه دست‌یابی به اطلاعات

قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده ۱۹۹ قانون مدنی
۲. ماده ۲۰۰ قانون مدنی
۳. ماده ۲۰۱ قانون مدنی
۴. ماده ۳۵۳ قانون مدنی

# مطالعه تطبیقی کاربرد حسن نیت در فرآیند تفسیر موافقت‌نامه‌ها نزد ارکان حل اختلاف سازمان تجارت جهانی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

سیامک کریمی<sup>۱</sup>

چکیده:

حسن نیت، یکی از ابزارهای موجود در ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات در باب تفسیر معاهدات است. معاهدات بین‌المللی بسیاری از جمله موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی در پرتو این عنصر مورد تفسیر قرار گرفته‌اند. با وجود استفاده مکرر از مفهوم حسن نیت در تفسیر معاهدات، اما حدود دقیق معانی و مصادیق حسن نیت در روند تفسیر محل اختلاف است. ارکان حل اختلاف سازمان تجارت جهانی نیز بارها در تفسیر موافقت‌نامه‌های این سازمان، متوسل به حسن نیت شده‌اند. مفاهیم و کاربردهای متنوع حسن نیت باعث شده است تا پدلها و رکن استیناف سازمان تجارت جهانی، حسن نیت را در دو مفهوم کاملاً متفاوت در تفسیر معاهدات به کار ببرند. نتیجه این اختلاف، ارائه تفاسیر متعارض از دامنه حقوق و تعهدات طرف‌های موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی است. این مقاله، ضمن تشریح معانی مختلف حسن نیت در حقوق بین‌الملل عمومی و اقتصادی و به ویژه کاربرد آن در روند تفسیر معاهدات، تفاوت رویکردهای ارکان حل اختلاف سازمان تجارت جهانی را در این زمینه مورد بررسی قرار می‌دهد. یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد که رویکرد رکن استیناف با منطق تفسیر در حقوق بین‌الملل سازگارتر است.

**کلیدواژه‌ها:** حسن نیت، موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی، انتظارات مشروع، رکن

استیناف، پدل، تفسیر معاهدات.

۱. دکترای حقوق بین‌الملل عمومی از دانشگاه تهران و استاد مدعو پردیس فارابی دانشگاه تهران

Email: karimi.sia@gmail.com

«حسن نیت» یکی از پرکاربردترین اصطلاحات در متون حقوقی و سیاسی است. ساده‌ترین معنایی که از حسن نیت می‌توان سراغ گرفت، «صداقت در رفتار و اهداف» است (Mitchell, 2006: 340). در واقع، ظرفیت‌ها و معانی متنوعی که این مفهوم از آن برخوردار است اجازه می‌دهد تا از حسن نیت در زمینه‌ها و سیاق‌های متفاوتی از جمله در نظم حقوقی بین‌المللی استفاده شود. عموماً پذیرفته شده است که حسن نیت، یک اصل کلی حقوق بین‌الملل به شمار می‌آید (Ziegler et al, 2015: 10). قط‌نامه مشهور ۲۶۲۵ مصوب سال ۱۹۷۰ مجمع عمومی، موسوم به «اعلامیه راجع به اصول حقوق بین‌الملل درباره روابط دوستانه و همکاری میان دولت‌ها» نیز حسن نیت را از جمله «اصول حقوق بین‌الملل» می‌داند. اصول کلی حقوق بین‌الملل، به دلیل انعطافی که به قواعد حقوقی می‌دهند، قابلیت اجرا در موقعیت‌های مختلف را برای این قواعد محقق می‌کنند. پس بی‌دلیل نیست که دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در قضیه «آزمایش‌های اتمی» اعلام می‌کند که حسن نیت یکی از اصول اساسی حاکم بر روش اجرای تعهدات بین‌المللی است (ICJ Rep, 1974: p. 268, para. 46).

در همین حال، حسن نیت، مفهومی حقوقی درباره کیفیت ارتباط میان دولت‌ها است. در حقیقت، این اصل به عنوان یک الزام حقوقی، دولت‌ها را موظف می‌کند که به روابطی «صادقانه و عادلانه» که الهام‌بخش «درستکاری در اعمال» بین‌المللی است وارد شده تا از این طریق به تحکیم ثبات در مناسبات بین‌المللی کمک نمایند (الهویی نظری، محمدی، ۱۳۹۴: ۱۰۱). این کارکرد اخیر حسن نیت، نشان می‌دهد، که این مفهوم نوعاً می‌تواند پیوند عناصر حقوقی و فراحقوقی باشد چرا که اقدام براساس صداقت و عدالت، بیشتر از آن‌که مبنای تعهدی حقوقی باشد، تا مانع از تیره شدن مناسبات دولت‌ها می‌شود که اساساً در حوزه مسائل سیاسی بین‌المللی قابل بحث است. همان‌گونه که در ادامه مشخص خواهد شد، رویه قضایی و همچنین دکترین حقوقی، حسن نیت را در ابعاد و معانی متفاوتی به کار برده‌اند. حتی این کاربردهای متعدد باعث شده تا برخی صاحب‌نظران، حسن نیت را مفهومی تعریف‌ناپذیر قلمداد نمایند (سیمایی صراف، ۱۳۹۳: ۵۲). به هر

روی، در کنار همه این معانی و کاربردهای متکثر، نقشی که حسن نیت در حوزه حقوق معاهدات بین‌المللی ایفا می‌کند، نقشی ممتاز و برجسته است. این اصل نه تنها در حیطه اجرای تعهدات ناشی از معاهدات، بلکه به‌ویژه به هنگام تفسیر این اسناد بین‌المللی نقش‌آفرینی می‌کند. مواد ۲۶ و ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات دقیقاً به اجرا و تفسیر معاهدات در پرتو حسن نیت تأکید دارند.

معاهدات مربوط به سازمان تجارت جهانی (از این به بعد سازمان) نیز یکی از همین قسم معاهدات بین‌المللی به شمار می‌آیند که به‌هنگام اجرا و تفسیر از سوی ارکان حل اختلاف این سازمان، متأثر از این اصل بوده‌اند. این ارکان، خواه بنا به خواسته اطراف دعوا، خواه رأساً، متوسل به حسن نیت شده‌اند تا تفسیری معتبر از معاهدات سازمان به دست بدهند. اما وجود تعاریف و استنباط‌های مختلف و حتی متضاد از اصل حسن نیت باعث شده است تا پنل‌ها (هیأت‌های حل اختلاف) و رکن استیناف سازمان تجارت جهانی به هنگام اعمال اصل حسن نیت، در دو سوی متفاوت گام بردارند، چرا که این نهادها، هر یک معانی متفاوتی از حسن نیت را به‌هنگام تفسیر معاهدات مُراد داشته‌اند. نتیجه این اختلاف، ارائه استنباط‌های متفاوت از حقوق و مزایای طرفین موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی بوده است. از سوی دیگر، رویه‌های موجود نشان می‌دهد هر زمان که این ارکان حل اختلاف، ناچار به تفسیر موافقت‌نامه‌های سازمان در پرتو اصل حسن نیت شده‌اند، هر یک نگرشی متفاوت به جایگاه این اصل در روند تفسیر یک معاهده داشته‌اند. همان‌طور که این مقاله نشان خواهد داد، در حالی که پنل با تعلق خاطر به متدولوژی «تفسیر کل نگر»<sup>۱</sup>، یعنی تفسیری که همه عناصر و ابزار تفسیر را در کنار یکدیگر قرار می‌دهد، حسن نیت را هم‌عرض با دیگر عناصر موجود در ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات به کار برده است اما رکن تجدیدنظر با برتری بخشیدن به متدولوژی «تفسیر سلسله مراتبی»، عنصر «متن» را در اولویت قرارداده و در نتیجه کمتر مجالی برای مانور عنصر حسن نیت در روند تفسیر قائل بوده است. نتیجه این رهیافت‌های متعدد، ارائه تفاسیری متفاوت است به گونه‌ای که رویه‌ای یکسان از رویکرد تفسیری به حسن نیت در ارکان حل اختلاف به چشم نمی‌خورد.

#### 1. Holistic Interpretation.

برای بررسی این رویکردهای متفاوت و ارزیابی و تعیین این که کدام تفسیر با منطق حقوق بین‌الملل سازگاری بیشتری دارد، این مقاله در سه بخش به تبیین موضوع فوق می‌پردازد. در بخش نخست، مفهوم و معنای حسن نیت در حقوق بین‌الملل به ویژه در تفسیر معاهدات بین‌المللی روشن شده تا مشخص شود چه معانی و مصادیقی از حسن نیت در این نظام حقوقی مجال پدیداری پیدا کرده‌اند. در همین بخش توضیح داده می‌شود که در میان معانی مختلف حسن نیت، دو معیار اصلی متبلور شده‌اند که هر یک نتایج تفسیری کاملاً مغایر با یکدیگر از خود به جا می‌گذارند. تبیین این معیارها به درک دقیق‌تر استنباط‌های پنل‌ها و رکن استیناف سازمان تجارت جهانی از مفهوم حسن نیت کمک بزرگی می‌کند. بررسی این استنباط‌ها برعهده بخش دوم مقاله گذاشته شده است. در همین بخش است که مشخص می‌شود به چه دلیل حسن نیت نزد پنل و رکن استیناف معانی متفاوتی پیدا کرده است. نهایتاً در بخش سوم، به اختصار این موضوع بررسی شده است که رویکرد کدام یک از ارکان حل اختلاف سازمان درباره کاربرد حسن نیت در تفسیر معاهدات قابل دفاع‌تر است.

## ۱- تأملی بر معانی و مصادیق حسن نیت در حقوق بین‌الملل

هرچند حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل، از نظرگاه‌های مختلفی از یکدیگر متمایز هستند اما حقوق بین‌الملل روش‌شناسی کاربرد حسن نیت را از نظام‌های حقوقی داخلی وام گرفته است (Reinhold, 2013: 41). در واقع، برخی شباهت‌ها میان کارکردهای حسن نیت در نظام‌های حقوقی اصلی جهان و حقوق بین‌الملل به ویژه در زمینه تحمیل برخی تعهدات که تابعان حقوق، رضایت صریحی به آن نداشته‌اند، قابل مشاهده است که در ادامه مفصل‌تر بررسی خواهند شد. هر چند برخی معتقدند که حسن نیت بسیار دیرتر از حقوق مدون<sup>۱</sup>، وارد کامن‌لا<sup>۲</sup> شده است (Goldmann, 2016: 123). اما بررسی‌های تبارشناختی از حسن نیت نشان می‌دهد که این مفهوم،

1. Civil Law.

2. Common Law.

تقریباً از سال ۱۴۵۰ میلادی هم در حقوق کامن‌لا و هم در حقوق مدون دیده می‌شود (O'conner, 1991: 30). با وجود تعامل حقوق بین‌الملل با حقوق داخلی بر سر موضوع حسن نیت، اما شایان توجه است که حسن نیت الزاماً دارای معانی و کاربردهای کاملاً مشترک در هر دو نظام حقوقی نیست. فارغ از این که چه مقدار به اعتبار نظریه‌های یگانگی یا دوگانگی حقوقی باور داشته باشیم اما این امری گریزناپذیر است که تابعان، ساختار، منابع و البته مبانی متفاوت حقوق داخلی و بین‌المللی، سرشت‌های متفاوتی برای قواعد حقوقی می‌آفریند (Finegan, 2011: 480). در میان معانی و کارکردهای مختلف حسن نیت در حقوق داخلی، جبران نابرابری میان طرف‌های یک رابطه حقوقی به ویژه یک رابطه معاهداتی از جدی‌ترین کارکردهای حسن نیت به شمار می‌آید (Reinhold, 2013: 46). به همین دلیل است که رفتار از سر انصاف یا مبتنی بر وجدان اخلاقی را یکی از مصادیق حسن نیت برشمردند (جعفرپور، ۱۳۸۴: ۱۴۶). ناگفته پیداست از آن‌جا که دولت‌ها به عنوان اصلی‌ترین بازیگران حقوق بین‌الملل، دست‌کم واجد برابری حقوقی شناخته می‌شوند در نتیجه، این‌گونه کاربردهای حسن نیت در حقوق بین‌الملل راهی ندارند. بنابراین در تشخیص معانی حسن نیت در حوزه حقوق بین‌الملل ناگزیر باید به ویژگی‌های ذاتی نظم حقوقی بین‌المللی توجه کرد.

شایسته توجه است که حسن نیت اصولاً مفهومی جامانده از نظریه حقوق طبیعی در حقوق بین‌الملل است (Rosenne, 1989: 135). در حقوق طبیعی، برخلاف پوزیتیویسم حقوقی، حوزه عمل دولت‌ها فراخ نیست و محدودیت‌هایی آشکار در مقابل اختیار دولت‌ها در روند قاعده‌سازی وجود دارد. یکی از این محدودیت‌ها به پیامدهای ناشی از حسن نیت برمی‌گردد. به عبارت دیگر، حسن نیت، می‌تواند الزاماتی برای دولت‌ها پدید آورد بی‌آن‌که این دولت‌ها صراحتاً به این الزامات رضایت داده باشند (D'amato, 1984: 109). ماده ۱۸ کنوانسیون حقوق معاهدات، البته بدون آن‌که به صراحت نامی از اصل حسن نیت ببرد تلاش کرده تا این کارکرد حسن نیت را به کار گیرد. این ماده به ممنوعیت طرف‌های یک معاهده از خودداری از انجام اعمالی مربوط می‌شود که به هدف و موضوع معاهده لطمه وارد می‌کند آن هم در زمانی که هنوز آن معاهده برای آن دولت لازم‌الاجرا نشده است. پس بی‌دلیل نیست که گفته شده است، «صحت و انصاف» دو عنصر مهم

منبعث از اصل حسن نیت هستند که به رفتار یک دولت جهت می‌دهند، بدون آن که چنین دولتی راساً قصدی برای کاربرد این دو عنصر در رفتار خود داشته یا الزامی به کاربرد آن‌ها داشته باشد (Rios-Herran, 2007: 3). بنابراین می‌توان گفت که حسن نیت، طرف‌های یک تعهد را - فارغ از منشأ آن - ملزم می‌کند که صادقانه، منصفانه و معقول رفتار کرده و از حصول امتیاز یا سود غیرمنصفانه خودداری کنند.

این معنای اخیر از حسن نیت، به مفهوم دیگری در حقوق بین‌الملل با عنوان ممنوعیت «سوء استفاده از حق»<sup>۱</sup> نزدیک می‌شود که متضمن ممنوعیت استفاده از حق به روشی است که به حقوق دیگران لطمه وارد شود. این نظریه چه به عنوان یک اصل کلی حقوق شناخته شود و چه به عنوان یک قاعده حقوق عرفی، به سلوک رفتاری دولت‌ها در حقوق بین‌الملل جهت می‌دهد (Byres, 2002: 398). شاید یکی از شاخص‌ترین و ساده‌ترین استنادها به این معنا از حسن نیت در قضیه مشورتی شرایط پذیرش در سازمان ملل متحد بروز یافته باشد. قاضی آلوآرز<sup>۲</sup> در نظریه مخالف خود در این قضیه عنوان می‌کند که دولت‌ها باید اختیار و حق ناشی از ماده ۴ منشور در ارزیابی شرایط دولت متقاضی عضویت در سازمان ملل متحد را در پرتو حسن نیت به اجرا گذارند (ICJ Rep, 1948: 71). در واقع، دولت‌ها اگرچه از اختیاری صلاح‌دیدی در پذیرش عضو جدید در سازمان ملل متحد برخوردارند اما این اختیار، نباید به نحوی به اجرا درآید که به حق دولت متقاضی یا منافع جامعه جهانی خدشه وارد آید. همین انصاف و در نظر گرفتن ملاحظات عالی‌تر که در پستوی مفهومی حسن نیت ریشه دوانده، باعث می‌شود که به‌درستی، این مفهوم به عنوان تلاقی اخلاق و حقوق نگریسته شود؛ یعنی مفهومی که قصد دارد تا دولت‌ها را وادارد تا در اجرای حقوق خود، ملاحظات شخصی را وانهد و به ملاحظات برجسته‌تر از جمله حق‌ها یا انتظارات مشروع طرف‌های دیگر نظر داشته باشند. جالب آنکه به‌هنگام مذاکرات بر سر ماده ۱(۷) کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا که تفسیر این معاهده در پرتو حسن نیت را الزامی دانسته است،

1. The abuse of right.  
2. Alvarez.

مخالفان به این جهت نسبت به درج حسن نیت در متن ماده فوق سرسختی نشان می‌دادند که اعتقاد داشتند این مفهوم صرفاً تبار اخلاقی داشته و فاقد ضمانت اجرای حقوقی است (انصاری، ۱۳۸۸: ۲۰) البته در ادامه، خواهیم دید که توجه به انتظاراتی مشروع صرفاً ابعاد اخلاقی نداشته و به مبنای استنباط یکی از ارکان حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی از مفهوم حسن نیت تبدیل شده است. به هر روی، می‌توان گفت که حسن نیت با وجود برخورداری از تباری دیرینه در عالم حقوق و اجتماع، می‌تواند نماینده دیدگاه‌هایی نو در حقوق بین‌الملل باشد؛ دیدگاه‌هایی که منادی صیانت از حقوق جمعی جامعه جهانی یا همان انتظاراتی مشروع، در برابر حقوق فردی دولت‌ها است.

تکثر معانی حسن نیت تا آنجا گسترش پیدا کرده که حقوقدان برجسته‌ای همچون «شبتائی روزن»<sup>۱</sup> این پرسش را مطرح می‌کند که آیا این تکثر معنایی، اصولاً اجازه می‌دهد که برای حسن نیت، محتوایی حقوقی و هنجاری قائل باشیم یا خیر (Rosenne, 1989: 135)، برای پاسخ به این تردید چاره‌ای نیست که گریزی هرچند مختصر به تناقض کارکردی موجود در برخی از مفاهیم حقوق زد. در حالی که یکی از ویژگی‌های کلاسیک قواعد حقوقی، ثبات و دقت آن‌هاست اما حقیقت آن است که هر نظام حقوقی برای آن که همچنان نظام حقوقی باقی بماند یعنی برای آن که در هر جا و هر موقعیتی امکان اجرا شدن داشته باشد، نیازمند نوعی سیالیت در برخی از مفاهیم خود است. این همان تناقض کارکردی و ذاتی در حقوق است که با بیانی شیواتر از سوی «رابرت کُلب»<sup>۲</sup> مطرح می‌شود: «حقوق نمی‌تواند فقط از طریق مفاهیم مشخص و دقیق عمل کند، بلکه به نسبت، نیازمند اصطلاحاتی کلی است که انعطاف آن را حفظ کرده تا بتواند نسبت به میلیاردها قضیه به اجرا درآید» (Kolb, 2006: 16). بنابراین، این معانی کلی، به جای آن که حسن نیت را از محتوای حقوقی عاری کند، آن را به یک اصل مناسب در نظام حقوقی تبدیل می‌کند. به عبارت دیگر این مجرد و انتزاعی بودن مفهوم حسن نیت باعث شده تا این مفهوم از انعطاف

1. Shabtai Rosenne. Op.cit, p. 135.

2. Robert Kolb.

ویژه‌ای برخوردار شود و بتواند در موقعیت‌های مختلف حقوقی نقش‌آفرینی کند (انصاری، ۱۳۸۸: ۲۰؛ باریکلو و خزایی، ۱۳۹۰: ۵۴). به همین دلیل است که نزد دیگر نظریه‌پردازان، ماهیت چندگانه حسن نیت و انعطاف موجود در آن، باعث شده تا این اصل، بیشتر از هر کاربرد دیگری، کاربرد اقتصادی پیدا کرده و به طور جدی از سوی ارکان حل و فصل اختلاف‌های تجاری به کار گرفته شود. یکی از این ارکان، رکن حل اختلاف سازمان تجارت جهانی است که متشکل از پنل (هیأت حل اختلاف) و در صورت لزوم، رکن استیناف است. این دو رکن حل اختلاف به ویژه به هنگام تفسیر موافقت‌نامه‌های سازمان، به اقتضای مورد، متوسل به عنصر حسن نیت شده‌اند. اما نتایج حاصل از کاربرد این عنصر، یکسان نبوده است چرا که پنل و رکن استیناف، هر یک، حسن نیت را به عنوان معیار تفسیری متفاوتی انتخاب کرده‌اند. این معیارها را می‌توان در دو دسته کلی «معیار ذهنی» و «معیار عینی» حسن نیت قرار داد. نظر به این که این مقاله در پی بررسی کاربرد تفسیری حسن نیت نزد ارکان حل اختلاف سازمان تجارت جهانی است، لازم است که پس از بررسی معانی حسن نیت که فوقاً انجام شد، معیارهای ذهنی و عینی که مستنبط از معانی متکثر حسن نیت هستند و از سوی ارکان حل اختلاف سازمان به کار گرفته شده‌اند، به طور مستقل و در ادامه بررسی شوند.

### ۱-۱. معیار ذهنی حسن نیت

معیار ذهنی حسن نیت یا تفسیر براساس این معیار، در جست‌وجوی تعیین مقاصد طرفین یا یکی از طرف‌های معاهده است. به عبارت دیگر، توجه به عناصر ذهنی در مفهوم حسن نیت درصدد آن است تا مشخص کند که اهداف طرف‌های یک معاهده چه بوده است، تا براساس آن، معانی اصطلاحات معاهده را مشخص نماید (Panizzon, 2006: 203). بنابراین در این چارچوب، مفسر باید به زمان انعقاد معاهده بازگردد و در جست‌وجوی قصد و هدف طرفین از انعقاد معاهده باشد. از سوی دیگر، باید توجه داشت که این معیار، به باور یا وضعیت ذهنی یک طرف یا طرف‌های معاهده ارجاع دارد؛ باوری که آن طرف‌ها براساس آن می‌پنداشته‌اند که در حال انجام عملی مشروع یا درکی درست از معنای معاهده‌ای هستند که در حال پدیداری است (Fell, 2005, )

512). پس می‌توان گفت که حسن نیت در قالب این معیار، چیزی جز وضعیت روانی نیست و به نوعی آگاهی درونی و رفتار یا استنباطی بر مبنای همین آگاهی درونی یا از سر صداقت اشاره دارد. «مارتی کاسکه‌نمی»<sup>۱</sup>، حقوقدان نامدار فنلاندی بر این اعتقاد بود که معیار ذهنی حسن نیت، معیاری مناسب در روند تفسیر به شمار می‌آید چراکه بازنمای باوری است که اساساً توافق طرف‌ها بر مبنای آن پدیدار شده است (Koskenniemi, 1991: 4).

برای کشف وضعیت روانی و باورهای طرف یا طرف‌های معاهده باید به دنیای ذهنی آن طرف‌ها وارد شد. به همین دلیل است که عنوان این معیار را معیار ذهنی گذاشته‌اند. این معیار از حسن نیت، همان معنایی از حسن نیت را افاده می‌کند که براساس آن، منفذی برای ورود اخلاق به حقوق بین‌الملل باز می‌شود چراکه این معیار درصدد بیان این نکته است که دولتی که بدون سوءنیت و تقصیر، باوری خلل‌ناپذیر به معنایی از معاهده داشته است، باید مورد حمایت قرار گیرد. اما، کمیسیون حقوق بین‌الملل که دست اندرکار تدوین کنوانسیون حقوق معاهدات بود، اعتقاد داشت که «گام اول» در تفسیر معاهدات، توجه به متن معاهده است و برای درک معنای متن، نیازی نیست که از ابتدا به تفسیر قصد طرف‌های معاهده پرداخت (ILC Ybk, 1966: Vol II, p. 11, para. 220). برخی از نویسندگان، معتقدند که این باور کمیسیون نشان می‌دهد که اصولاً ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات، نمی‌تواند واجد معیار ذهنی حسن نیت باشد (Panizzon, 2006: 203). همان‌طور که در قسمت بعدی مشخص خواهد شد، معیار ذهنی و عینی حسن نیت، با وجود تفاوت معنایی گسترده‌ای که با یکدیگر دارند اما رشته مشترکی از میان آن‌ها می‌گذارد و بر این مبنا، این دو معیار از مفسر می‌خواهد که در تفسیر معاهدات به مفاهیمی فراتر از متن نیز توجه داشته باشد. بنابراین، اگر حق با منتقدان باشد، آن‌گاه هر دو معیار حسن نیت جایی در ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات نخواهند داشت. اما حقیقت آن است که کمیسیون حقوق بین‌الملل هرگز اعتقاد نداشت که باید مانور فرامتنی در تفسیر را کنار گذاشت. همان‌طور که کمیسیون صراحتاً عنوان داشته است، متن «نقطه آغاز» روند تفسیر معاهده است و در این روند نیازی نیست

1. Martti Koskenniemi.

که «از ابتدا»<sup>۱</sup> به دنبال قصد طرف‌ها بود. بنابراین، از این باور کمیسیون، نمی‌توان چنین احراز کرد که معیار ذهنی را باید کاملاً کنار گذاشت.

## ۲-۱. معیار عینی حسن نیت

به ساده‌ترین بیان، معیار عینی حسن نیت به معنای صیانت از «انتظارات معقول یا مشروع»<sup>۲</sup> نزد طرف دیگر یک تعهد یا معاهده است (Zeitler, 2003: 731). در این چارچوب، نوع رفتار یک طرف معاهده که در روند اجرای همان معاهده انجام شده است، باعث می‌شود تا نزد طرف مقابل، انتظار انجام رفتاری معین توسط طرف اول پدید آید که نیازمند حمایت است (Kolb, 2017: 15). بنابراین، برخلاف معیار ذهنی حسن نیت که باید براساس آن، به گذشته بازگشت و قصد طرف مورد نظر در هنگام یا پیش از تدوین معاهده را در نظر گرفت، معیار عینی، زمان‌هایی بعد از تدوین و انعقاد معاهده را مورد توجه قرار می‌دهد. به عبارت دیگر، یک طرف معاهده در روند اجرای آن معاهده ممکن است رفتارهایی را انجام دهد که عیناً طبق معاهده الزامی نیستند اما باعث پدیداری این انتظار نزد طرف مقابل شده است که این رفتارها می‌تواند در آینده نیز ادامه یابد و مفسر به هنگام تفسیر باید به همین انتظارات توجه کند. یا حتی گفته شده است که حسن نیت در این معنا «سبب ایجاد ظهور خاصی برای متن قرارداد می‌شود چون طرفین با عنایت به اعتمادی که به هم دارند، عبارات را موجز آورده» و معنای تکمیلی را به حسن نیت می‌سپارند (ابراهیمی، ۱۳۸۸، ۸۴). همان‌گونه که دیدیم کاسکه‌نمی، در میان دو معیار مربوط به حسن نیت، جانب معیار ذهنی را گرفته است. او اساساً اعتقادی نداشت که اصولاً انتظارات مشروع یا هرگونه معیاری عینی وجود خارجی دارد چرا که به تعبیر وی، ارزیابی و احراز شکل‌گیری انتظار مشروع نزد طرف دیگر معاهده به اندازه معیار ذهنی، نیاز به جست‌وجو در دنیای ذهنی طرفی دارد که مدعی شکل‌گیری چنین انتظار و اعتمادی است (Koskeniemi, 2006: 349). مضاف بر این‌که، او

1. Ab initio.

2. Legitimate or reasonable expectations.

متذکر شده بود که اگر مفسر قبل از شکل‌گیری انتظار مشروع نزد طرف دیگر، ناگزیر به تفسیر شود، آن‌گاه معیار عینی حسن‌نیت متضمن توسل «به‌امری‌پوچ» است (Koskeniemi, 1990: 4).

می‌توان گفت که معیار عینی حسن‌نیت، تا اندازه قابل توجهی از مبنای رضایی حقوق بین‌الملل می‌کاهد چراکه متضمن التزام یک طرف به تعهدی است که نه براساس رضایت او، بلکه بر مبنای انتظار مشروع طرف مقابل ایجاد می‌شود. به همین دلیل، به‌درستی گفته شده است که عنصر حسن‌نیت را باید عاملی در راستای تعدیل گفتمان لیبرالی حاکم بر حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل دانست (Sjef, 1992: 212; Jennings et al, 2008: 407). یکی از فرض‌های اصلی لیبرالیسم این است که بازار، تحت اراده آزاد بازیگران است. دست بر قضا، اصل حاکمیت اراده، که یکی از اصول حاکم بر حقوق قراردادهای به‌شمار می‌آید، منبعث از همین فرض تلقی می‌شود. پدیداری حسن‌نیت که به معنای التزام به تعهداتی است که نه ناشی از اراده آزاد که به دلیل انتظارات طرف دیگر است، دامنه این فرض لیبرالی را کاهش می‌دهد. حاکمیت اراده در حقوق بین‌الملل که اتفاقاً محصول پیوند پوزیتیویسم، قرائت آلمانی از نظریه اصالت اراده و راه‌یابی لیبرالیسم به عرصه‌های حقوقی بین‌المللی در قرن ۱۵ میلادی است، متضمن آن است که دولت‌ها فقط به تعهداتی ملتزم هستند که با اراده آزاد آن را پذیرفته باشند (Ebrahimgol, 2017: 184). اما پدیداری حسن‌نیت، دقیقاً همانند حقوق داخلی، همین حاکمیت مطلق اراده را هدف گرفته است و «ممکن است دامنه اعمال یک دولت را محدود کند بدون آن‌که خود این دولت به چنین محدودیتی رضایت داده باشد» (Reinhold, 2013: 58). تاکید بر این وجه از معیار عینی حسن‌نیت به این دلیل شایسته توجه است که همان‌طور که خواهیم دید، رکن استیناف سازمان، این پیامد معیار عینی را باعث توسعه ناموجه دامنه حقوق یک طرف و بالتبع تکالیف طرف دیگر دانسته و آن را مردود اعلام کرده و به سوی معیار ذهنی حسن‌نیت می‌چرخد. این در حالی است که پنل‌ها، معیار عینی را، دقیق‌ترین معنا از حسن‌نیت در روند تفسیر می‌دانند.

## ۲- رویکردهای تفسیری ارکان حل اختلاف سازمان تجارت جهانی

### به حسن نیت

موافقت‌نامه‌های بین‌المللی سازمان تجارت جهانی، همچون هر معاهده‌ی بین‌المللی دیگری، ممکن است با ابهام و تضاد در برداشت‌های طرف‌های این موافقت‌نامه‌ها روبه‌رو بوده و در نتیجه نیازمند تفسیر باشند. قواعد و ابزار تفسیر موافقت‌نامه‌های سازمان، همان قواعد و ابزار موجود در ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات است. چراکه از یک طرف، ابزارهای موجود در این ماده به عنوان یک ابزار روش‌شناسانه درباره همه اسناد حقوقی بین‌المللی کاربرد دارند (Papastavridis, 2010: 100)، و از طرف دیگر، ماده ۳۲ تفاهم‌نامه قواعد و رویه‌های حل اختلاف سازمان تأکید دارد که موافقت‌نامه‌های سازمان باید «در انطباق با قواعد عرفی حقوق بین‌الملل عمومی» تفسیر شوند. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه حکم دآوری (گینه‌بیسائو علیه سنگال) اعلام کرد که «قواعد موجود در مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات تدوین حقوق بین‌الملل عرفی هستند» (ICJ Rep, 1991: p. 70, para. 48). دیوان همین یافته را مجدداً در قضیه اختلافات سرزمینی (لیبی/چاد) تکرار می‌کند (ICJ Rep, 1994: p. 21, para. 41). به همین دلیل است که موافقت‌نامه‌های سازمان، «موافقت‌نامه‌های «خود-بنیاد»<sup>۱</sup> نبوده و در تفسیر، تابع قواعد تفسیری کنوانسیون حقوق معاهدات از جمله عنصر حسن نیت هستند (Rios-Herran, 2007: 2). به همین دلیل، پنل در قضیه «استانداردهای بنزین»<sup>۲</sup> اعلام کرد که از قواعد کنوانسیون حقوق معاهدات درباره تفسیر موافقت‌نامه‌ها پیروی می‌کند (WT/DS2/R, 1995: para. 6.7). رکن استیناف نیز از همان نخستین قضیه خود یعنی قضیه «استانداردهای بنزین» صراحتاً عنوان کرد اصطلاح «قواعد عرفی تفسیر» در ماده ۳۲ تفاهم‌نامه حل اختلاف به این معناست که قواعد مربوطه در کنوانسیون حقوق معاهدات در مورد موافقت‌نامه‌ها لازم‌الاجرا هستند (WT/DS2/AB/R, 1996: p. 17).

1. Self-Contained.

۲. این قضیه به اختصار US-Gasoline خوانده می‌شود.

رکن استیناف در قضایای دیگری نیز این یافته را تایید کرده است.<sup>۱</sup> بنابراین، ارکان حل اختلاف، کنفرانس وزیران و شورای عمومی سازمان به هنگام تفسیر موافقت‌نامه‌های سازمان مکلف هستند که اصول عرفی تفسیر، به شرح موجود در کنوانسیون حقوق معاهدات را رعایت کنند.

بنابراین، کاربرد قواعد تفسیر کنوانسیون حقوق معاهدات از جمله عنصر حسن نیت از سوی ارکان حل اختلاف سازمان تجارت جهانی در تفسیر موافقت‌نامه‌های این سازمان الزامی است حتی اگر طرف این موافقت‌نامه‌ها، کشوری باشد که عضو کنوانسیون حقوق معاهدات به شمار نمی‌آید. اما همان‌طور که در ابتدای این مقاله نیز ذکر شد، کاربست عنصر حسن نیت از سوی پنل‌ها و رکن استیناف به نتایج واحدی نرسیده است. در ادامه، ابتدا به رویکرد پنل‌ها به عامل حسن نیت در روند تفسیر نگریسته می‌شود و سپس نوبت به بررسی این موضوع نزد رکن استیناف می‌رسد.

#### ۱-۲. رویکرد پنل‌ها به حسن نیت: معیار عینی

در بخش نخست این مقاله مشخص شد که معیار عینی حسن نیت، متضمن توجه به انتظارات مشروع طرف معاهده به هنگام تفسیر معاهدات است. پنل‌ها در قضایای مختلفی اصل حسن نیت در تفسیر معاهدات را به دلیل احترام به «انتظارات مشروع» به اجرا در آورده‌اند. پنل ابتدا در قضیه «محدودیت‌های اعمال شده بر کالاهای وارداتی کتون»<sup>۲</sup> اعلام می‌کند که الزامات ناشی از حسن نیت، ایجاب می‌کند که «انتظارات مشروعی» که نزد دولت‌های صادرکننده پوشاک پدید آمده است باید از جانب کشورهای واردکننده محترم شمرده شود (WT/DS24/R, 1996: para. 7.20). سپس در قضیه «حق ثبت»<sup>۳</sup> که به ادعای آمریکا درباره نقض تعهدات ناشی از موافقت‌نامه تریپس توسط هند مربوط می‌شد، اعلام شد: «تفسیر با حسن نیت، مستلزم صیانت از انتظارات

۱. از جمله بنگرید به:

AB Report, United States- Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, WT/DS344/AB/R, 30 April 2008, para. 76.

۲. این قضیه به اختصار US- Underwear نام دارد.

۳. این قضیه به اختصار India-patent نام دارد.

مشروعی است که از حمایت از حق مالکیت فکری مقرر در موافقت‌نامه ناشی می‌شود» (WT/DS/50/R, 1997: para 7.18). توجه به انتظارات مشروع در برخی دیگر از قضایا از سوی پنل دنبال شده است (WT/DS435, 2018: para. 732671). مهم‌تر آنکه پنل در قضیه‌ای دیگر علاوه بر این که عنوان می‌دارد معیار عینی حسن نیت، همان معیار مندرج در ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات است، توضیح بیشتری برای توسل به این معیار تشریح و اعلام کرد که انتظارات مشروع باید به این جهت به کار گرفته شود که امنیت حقوقی، قابل پیش‌بینی بودن و ضرورت همکاری اقتصادی مورد حمایت قرار گیرد (WT/DS62,67,68/R, 2011: para 8.25). روشن است که پنل در توجیه کاربرد معیار عینی اصل حسن نیت، به ظرفیت‌های فراحقوقی این اصل همچون همکاری اقتصادی نظر داشته و خود را از چارچوب‌های صرفاً حقوقی دور می‌کند و اتفاقاً همان‌طور که خواهیم دید، این نوع مانور حقوقی، دستاویزی می‌شود برای رکن استیناف تا به این استنباط هیأت حل اختلاف انتقاد کند. پنل در ادامه رویه خود تلاش می‌کند تا هر چه بیشتر، منطق تقید به معیار عینی حسن نیت را روشن کند. از جمله، پنل تا آن جا پیش می‌رود که حتی صیانت از انتظارات مشروع را از مبنایش، یعنی حسن نیت جدا کرده و آن را یک اصل «مبتنی بر خود»<sup>۱</sup> اعلام و تایید می‌نماید که این اصل حتی می‌تواند از اصل عرفی وفای به عهد نشئت گرفته و در نتیجه نهادهای حقوق بین‌الملل از جمله ارکان حل اختلاف سازمان ملزم به اجرای آن هستند (Zamani et al, 2019: 253). افزون بر این، به اعتقاد پنل، اصل صیانت از انتظارات مشروع، «شرایط برابر رقابت» را که در ضمیر موافقت‌نامه‌های سازمان نهفته است، تضمین می‌کند. همچنین تاکید می‌شود که انتظارات مشروع این توانایی را دارد که «روابط رقابتی برابر» میان تولیدات داخلی و تولیدات وارداتی ایجاد کند. یا این که در حوزه‌هایی که هنوز توسط قواعد سازمان، به نظم در نیامده‌اند نقش پر کننده خلأ را ایفا نماید (WT/DS44/R, 1998: para.1063). به همین دلیل پنل سعی کرده تا در برخی قضایای دیگر نیز از این ظرفیت حسن نیت بهره گیرد تا خلأهای موجود

1. Self-standing.

در نظم حقوقی سازمان را مرتفع نماید.<sup>۱</sup> اعتقاد راسخ پنل به اصل انتظار مشروع باعث شده تا گفته شود صیانت از انتظارات مشروع، «دکترین ویژه حسن نیت» سازمان تجارت جهانی به شمار می‌آید (Cottier & Schefer, 1997: 145). در میان همه قضایایی که پنل در آن‌ها، صیانت از انتظارات مشروع را براساس معیار عینی حسن نیت به کار برده است، قضیه EC-LAN Computers جایگاه ویژه‌ای دارد. دقت در نحوه استدلال ورزی پنل در این قضیه، نشان می‌دهد که پنل نه تنها، صیانت از انتظار مشروع را نتیجه طبیعی و منطقی اجرای حسن نیت در روند تفسیر می‌داند بلکه حتی به این نتیجه می‌رسد که در برخی از موارد، برای رعایت قاعده «تفسیر در پرتو هدف و موضوع» چاره‌ای نیست جز آنکه به انتظارات مشروع طرف‌های دیگر معاهده بها داد. با وجود آن که سال‌ها از صدور رای در این قضیه می‌گذرد، اما با توجه به اهمیت این قضیه در انعکاس نوع استدلال ورزی پنل، این مقاله، این قضیه را، هم نزد پنل و هم نزد رکن استیناف (در قسمت بعدی) به طور جداگانه مطالعه کرده تا مشخص شود که چطور این ارکان حل اختلاف به تعبیر متفاوتی از حسن نیت می‌رسند.

### ۱-۱-۲- کاربرد معیار عینی حسن نیت در قضیه رایانه‌های ای-سی-لن<sup>۲</sup>

قضیه «رایانه‌های ای-سی-لن» به اختلاف درباره میزان تعرفه قابل اجرا درباره نوع خاصی از رایانه‌ها مربوط می‌شد. این نوع رایانه‌ها در راه‌اندازی شبکه‌های اینترنت کاربرد دارند و به همین دلیل تا سال‌های نزدیک به ۱۹۹۰ چندین شناخته شده نبودند. جامعه اروپایی در فهرست تعرفه‌های خود، درباره رایانه و «ماشین‌های خودکار داده‌پردازی»<sup>۳</sup> که کاربرد متفاوتی دارند، تعرفه‌ای به میزان صفر درصد تا ۲.۵ درصد در نظر گرفته بود. همچنین فهرست تعرفه‌های جامعه اروپا، تعرفه تجهیزات ارتباطی را ۳ تا ۳.۶ درصد تعیین کرده بود. در زمانی که فهرست تعرفه‌ها

۱. از جمله بنگرید به:

Panel Report, Colombia - Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry, WT/DS366/R, 27 April 2009: para. 7.724.

۲. این قضیه به اختصار EC-LAN Computers خوانده می‌شود.

3. Automatic Data-Processing Machines.

تنظیم می‌شد، کامپیوترهای موسوم به لن شناخته شده نبودند. آمریکا مدعی بود که کامپیوترهای لن باید به عنوان ماشین‌های خودکار به حساب آیند اما در برابر، جامعه اروپایی اعتقاد داشت که این کامپیوترها برای امور ارتباطات تلفنی به کار می‌روند و باید به همین عنوان شناخته شوند و در نتیجه مشمول تعرفه وارداتی بیشتری می‌شوند. نهایتاً در سال ۱۹۹۵ کمیسیون اتحادیه اروپا مقرراتی را صادر کرد که براساس آن تعرفه‌های کامپیوترهای لن باید در کل اتحادیه، طبق تعرفه‌های تجهیزات ارتباطی تعیین می‌شد (WT/DS/62/67/68, 1998: para. 8.2). این مقررات، به طرح دعوای آمریکا علیه جامعه اروپایی منجر شد. مبنای ادعای آمریکا این بود که این مقررات، نوعی تغییر در تعرفه‌ها به شمار می‌آید و برخلاف حسن نیت بوده و مغایر با انتظارات مشروعی است که نزد خواهان شکل گرفته است. به اعتقاد آمریکا، این کشور مستحق آن است که این انتظار مشروع را داشته باشد که تعرفه‌های کامپیوترهای لن طبق رویه گذشته بر مبنای تعرفه‌های ماشین‌های خودکار باشد و نه تجهیزات ارتباطی. آمریکا مدارکی ارائه کرد که تجهیزات لن در کشورهایی همچون بریتانیا، فرانسه و دانمارک به عنوان ماشین‌های خودکار شناخته می‌شوند و بر مبنای این رویه، دولت‌های دیگر، انتظارات مشروعی مبنی بر این که واردات کامپیوترهای لن باید مشمول تعرفه‌های مربوط به ماشین‌های خودکار باشند، پیدا کرده‌اند. در مقابل، جامعه اروپایی اعتقاد داشت که رفتار عملی تعرفه‌ای درباره تجهیزات لن در میان اعضای جامعه در زمان مذاکرات دور اروگوئه متحدالشکل نبوده و در نتیجه مبنایی برای ایجاد انتظاری مشروع نزد آمریکا وجود ندارد (Ibid, paras. 8.32-8.38). از آنجاکه مشخص نبود که آیا نظام‌نامه فهرست تعرفه‌های جامعه اروپا که بخشی از اسناد سازمان به شمار می‌آید، شامل کامپیوترهای لن می‌شوند یا خیر، و در صورت شمول، چه تعرفه‌ای باید بر آن مقرر شود، در نتیجه لازم بود که این نظام‌نامه از سوی پنل مورد تفسیر قرار گیرد. پنل پس از بررسی، اعلام کرد که استدلال‌های خوانده نمی‌تواند فرض آمریکا را متزلزل کند. به اعتقاد پنل، «انتظارت مشروع دولت‌های صادر کننده در خصوص تعهدات تعرفه‌ای معمولاً بر این فرض قرار دارند که عملاً رفتار تعرفه‌ای نسبت به یک کالای خاص در زمان مذاکره، ادامه خواهد یافت مگر آنکه آن رفتار آشکارا غیرعادی بوده باشد» (Ibid, paras. 8.36-8.45). پنل سپس میان هدف و موضوع معاهده و صیانت از انتظار مشروع ارتباط

برقرار می‌کند و می‌گوید که پیش‌بینی‌پذیری و برخورداری از مزایای متقابل که موضوع و هدف موافقت‌نامه‌های سازمان و گات به شمار می‌آید، تنها از طریق صیانت از انتظارات مشروع امکان‌پذیر است و اضافه می‌کند چنین تفسیری، همان تفسیر مطابق با حسن نیت بر اساس ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات است (Ibid, paras. 8.25). بدون توضیح بیشتر، مبرهن است که صیانت از انتظارات مشروع یا همان معیار عینی حسن نیت، چه جایگاه رفیعی نزد پنل دارد. جایگاهی که مورد انتقاد رکن استیناف قرار می‌گیرد.

## ۲-۲- رویکرد رکن استیناف به حسن نیت: معیار ذهنی

موضع رکن استیناف درباره کاربرد انتظارات مشروع به عنوان زمینه معنایی و اجرایی حسن نیت در تفسیر موافقت‌نامه‌های سازمان نقطه مقابل موضع پنل‌هاست. رکن در قضیه «حق ثبت» با شدت از رویکرد پنل در آنچه که سوء تفسیر از ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات و سوء برداشت از مفهوم انتظارات مشروع خوانده است، انتقاد کرد. مبنای این انتقاد این بود که انتظارات مشروع در واژگان و اصطلاحات یک معاهده ترکیب شده و دیگر نیازی نیست که به طور مجزا ملحوظ شوند. به اعتقاد رکن، رویکرد پنل در دخالت اصل انتظارات مشروع منجر به آن می‌شود که «مفاهیمی به معاهده منتسب شوند که معاهده حاوی آن‌ها نیست یا واژگانی وارد معاهده شود که پیش از این در آن نبوده است» (WT/DS50/AB/R, 1997: para.45). این شیوه استدلال از سوی رکن استیناف، به خوبی نشان می‌دهد که رکن تمایل به صیانت از ساختار رضایی حقوق بین‌الملل دارد و با آن دسته از پیامدهای حسن نیت که به رقیق کردن اصل حاکمیت دولت‌ها در این نظام حقوقی منجر می‌شود و می‌توان این پیامدها را میراث حقوق طبیعی در حقوق بین‌الملل معاصر دانست، مخالف است. عباراتی که رکن استیناف در قضیه دیگری یعنی قضیه رایانه‌های ای‌سی لن به کار می‌برد، کاملاً آشکار می‌سازد که رکن تا چه اندازه نظام قاعده‌پردازی در حقوق بین‌الملل را به متدولوژی ارادی دولت‌ها گره زده است. رکن در این قضیه اعلام کرد «هدف تفسیر معاهده طبق ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات، ارزیابی مقاصد مشترک طرفین است.

این مقاصد مشترک نمی‌تواند بر مبنای انتظارات یکجانبه یکی از طرفین معاهده ارزیابی شود» (WT/DS62/AB/R/62/ 1998: para.88).

شایسته ذکر است که رکن با تاکید بر اینکه کاربرد معیار حسن نیت در تفسیر به این علت انجام می‌شود که «مقاصد طرفین» احراز شود، در نتیجه تمایل خود به کاربرد معیار ذهنی حسن نیت را نشان می‌دهد و بر این باور بود که دخالت دادن اصل انتظارات مشروع به هنگام تفسیر باعث برهم زدن فلسفه تفسیر می‌شود چراکه روند تفسیر، روند کشفی است اما انتظارات مشروع باعث می‌شود تا این روند، به یک روند تاسیسی تبدیل شده و آنچه که پیش از این در معاهده نبوده است، وارد آن شود (Howse, 2000: 41). به همین دلیل، حسن نیت در قالب ذهنی آن، مورد توجه رکن قرار گرفته است و به جای انتظارات مشروع به سوی مقاصد مشترک گردش می‌کند. رکن به صراحت اعلام می‌کند که قرار دادن اصل انتظارات مشروع ذیل قواعد تفسیر معاهدات، به معنای استفاده نادرست از قاعده عمومی تفسیر طبق ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات است چرا که نمی‌تواند مقاصد مشترک طرف‌ها را احراز کند (WT/DS50/AB/R, 2012: para. 45). رکن نیز همانند پنل دقیق‌ترین تبیین‌اش از اصل انتظارات مشروع و به طور کلی اصل حسن نیت را در قضیه EC-LAN تشریح می‌کند. بنابراین لازم است، رأی رکن در این قضیه به طور جداگانه مورد مطالعه قرار گیرد.

### ۱-۲- کاربرد معیار ذهنی حسن نیت در قضیه رایانه‌های ای-سی-لن

رکن استیناف در قضیه ای-سی-لن از هیچ کوششی در نقد رهیافت پنل در کاربرد اصل انتظار مشروع، فروگذار نمی‌کند. به اعتقاد رکن، پنل نمی‌توانسته است چنین رأی دهد که آمریکا مستحق انتظارات مشروع بوده است چراکه پنل انتظارات مشروع را بر «احتجاجات نادرست حقوقی» استوار کرده بود (WT/DS62/AB/R/62/1998: para.91)، رکن استیناف، اعلام می‌کند که چنین استنباطی با قواعد تفسیر مطابق با کنوانسیون حقوق معاهدات سازگار نیست چرا که انتظارات مشروع صرفاً بازتاب افق ذهنی تنها یک طرف معاهده است به جای آنکه درصدد تحقق مقاصد مشترک طرفین باشد (Ibid, para. 82). به گفته رکن، هدف تفسیر معاهده طبق ماده ۳۱

کنوانسیون حقوق معاهدات، ارزیابی مقاصد مشترک طرفین است و این مقاصد مشترک نمی‌تواند بر مبنای تعیین یک‌جانبه «انتظارات» یکی از طرفین معاهده مشخص گردد. رکن استیناف در انتقاد از پنل تا آن جا پیش می‌رود که اعلام کند اساساً هیچ رویه‌ی واحدی وجود نداشته که آمریکا بر اساس آن به انتظار مشروع برسد. به اعتقاد اعضای رکن، پنل به ابزارهای دیگر تفسیر، موجود در مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات، بی‌توجه بوده است چرا که رویه بعدی جامعه اروپا، نشان داده که زمینه‌ای برای پدیداری انتظار مشروع نزد آمریکا فراهم نبوده است (Ibid, para.99).

همان‌گونه که در قسمت قبل مشاهده شد، پنل، اهمیت معیار عینی در تفسیر معاهده را تا آن جا بالا می‌برد که آن را وسیله‌ای برای تشخیص و احراز هدف و موضوع معاهده در نظر می‌گیرد. طبیعی است که این طرز تلقی از جایگاه حسن نیت، کمتر مجالی برای مراجعه به ابزار ثانوی تفسیر موجود در ماده ۳۲ کنوانسیون حقوق معاهدات باقی می‌گذارد. نحوه استدلال رکن استیناف در قضیه حاضر نشان می‌دهد که نه تنها، برداشت این دو نهاد از معنای حسن نیت متفاوت است بلکه رکن با تاکید بر اینکه پنل باید رویه بعدی کشورهای اروپایی را نیز بررسی می‌کرده است این حقیقت را آشکار می‌کند که این دو رکن حل اختلاف حتی درباره جایگاه حسن نیت در روند تفسیر، یکسان نمی‌اندیشند. پنل، حسن نیت و انتظار مشروع ناشی از آن را از مهم‌ترین عناصر تفسیر می‌شناخت اما همان‌طور که خواهیم دید، رکن استیناف تلاشی برای پنهان کردن این ره‌یافت نداشت که در برخی اوقات، لازم است حسن نیت در ردیف ابزارهای ثانوی تفسیر یعنی بعد از متن و واژگان موافقت‌نامه‌ها قرار گیرد.

رکن همچنین بیان می‌کند که اگرچه با پنل هم نظر است که «امنیت» و «قابل پیش‌بینی بودن»، هدف و موضوع موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی و گات است اما با این نظر مخالفت می‌کند که امنیت و قابل پیش‌بینی بودن، با صیانت از انتظارات مشروع یک طرف موافقت‌نامه حاصل می‌آید بلکه این موضوع فقط از طریق ارزیابی مقاصد مشترک طرف‌ها یا همان توجه به معیار ذهنی حسن نیت به دست می‌آید (Ibid, para.82). در نتیجه، رکن صراحتاً

اعلام می‌کند که وظیفه مفسر آن است که واژگان معاهده را در راستای تعیین مقاصد دو طرف بررسی کند (Ibid, para.45-46). بنابراین، برخلاف پنل‌ها که اعتقاد داشتند وظیفه مفسر کشف انتظارات مشروع طرف یا طرف‌های موافقت‌نامه‌هاست، رکن استیناف، کارکرد مفسر را احراز مقاصد مشترک می‌دانست. شایسته توجه است که رکن به همین دلیل اعتقاد داشت تفسیر معاهده باید با تمرکز بر متن آن انجام شود چراکه متن بهتر از هر عنصر دیگری، می‌تواند بازتاب مقاصد طرف‌ها باشد (WT/DS394/ AB, 2012: para. 278). بنابراین، اگرچه گفته شده است که رکن استیناف، تلاش داشته تا به آنچه که «تفسیر کل‌گرا» خوانده می‌شود، یعنی تفسیری که همه ابزارها و عناصر تفسیر مندرج در ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات را بدون آنکه میان آن‌ها سلسله مراتبی قائل باشد، توأمان به کار گیرد (Joyner, 2015: 55-57). اما همان‌طور که نشان داده شد رکن استیناف عملاً رفتار ممتازی با عنصر «متن» داشته است. در نتیجه، بی‌دلیل نیست که یکی از قضات سابق رکن استیناف در توضیح عملکرد این رکن گفته است: «در میان سه معیار [موجود در بند نخست ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات یعنی معنای عادی، سیاق و هدف و موضوع] رکن استیناف، قطعاً بیشترین توجه را به عامل نخست یعنی معنای عادی اصطلاحات معاهده دارد» (Ehlermann, 2002: 616). این توجه به متن باعث می‌شود تا رکن استیناف به صورت ناخودآگاه، کمتر به عوامل غیر متنی همچون معیار عینی حسن نیت یا همان انتظارات مشروع توجه داشته باشد. این در حالی است که پنل نوعاً نظری عکس رکن استیناف داشته و از جمله در قضیه «تعرفه‌های وارد بر گوشت مرغ»<sup>۱</sup> صراحتاً اعلام می‌دارد که همه عناصر تفسیر باید در هماهنگی کامل با یکدیگر مورد استفاده قرار گیرند (WT/DS492, 2017: para.7.20). با وجود این، رویکرد سلسله مراتبی رکن استیناف به عناصر تفسیر بر آرای پنل بی‌تأثیر نبوده است به گونه‌ای که پنل در یکی از آرای اخیر خود در قضیه «اقدامات راجع به صادرات»<sup>۲</sup> به ناگزیر اعلام کرده است که عنصر متن «در جایگاه نخست» در میان عناصر تفسیر قرار دارد

1. Measures Affecting Tariff Concessions on Certain Poultry Meat Products.  
2. Export Related Measures.

(WT/DS541, 2019: para. 733)، و بلافاصله این یافته را به یکی از آرای رکن استیناف ارجاع داده است (Ibid, footnote 75)، تا نشان دهد که کاملاً تحت تاثیر جایگاه عالی تر رکن استیناف چنین تلقی سلسله مراتبی از عناصر تفسیر موجود در ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات را پذیرا شده است.

### ۳- معیار عینی و ذهنی حسن نیت در بوته ارزیابی

این امری تثبیت شده است که غرض اصلی از تفسیر معاهده، یافتن اراده یا مقاصد مشترک طرف‌های معاهده به شمار می‌آید. کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز صراحتاً تاکید دارد که تفسیر، عملی است به قصد حصول به مقاصد بیان شده طرف‌ها و در نتیجه عمل تفسیر، نمی‌تواند ره‌یافتی «لیبرال» یا «توسعه‌گرایانه» که به معنای فاصله گرفتن از مقاصد طرف‌های معاهده است، باشد (ILC Ybk, 1966: Vol II, p. 219: para. 6). در واقع، همان‌گونه که معاهده، عملی است که در اثر تراضی مشترک طرف‌ها حاصل می‌شود، تفسیر نیز که قرار است، ابهام را از این تراضی مشترک بزداید، هیچ چاره دیگری ندارد که در جست‌وجوی دستیابی به مقاصد مشترک طرف‌ها باشد و نه انتظارات مشروعی که ممکن است، یک طرف هرگز در آن اشتراکی نداشته باشد. وانگهی، یکی از پیامدهای اصل حاکمیت برابر دولت‌ها در حقوق بین‌الملل، ضرورت تفسیر مطابق با اصل «تفسیر مضیق»<sup>۱</sup> است. بنابراین اصل، «اگر معنای یک عبارت در معاهده مبهم باشد، معنایی ترجیح دارد که بار کمتری بر دوش طرف‌های معاهد می‌گذارد یا این که کمتر در حاکمیت شخصی و سرزمینی طرف معاهده مداخله می‌کند یا این که محدودیت کمتری به همراه دارد» (De Brabandere & Van Damme, 2015: 45). این اصل حداقل یک بار از سوی دیوان - در قضیه آزمایش‌های اتمی - مورد تاکید قرار گرفته است (ICJ Rep, 1974: 267, para. 44). مضاف بر اینکه اصل تفسیر مضیق را باید یکی از پیامدهای قاعده لوتوسی در حقوق بین‌الملل دانست که براساس آن، محدودیت بر دولت‌ها، امر مفروضی نیست. در نتیجه تفسیر، نمی‌تواند دایره تعهدات

1. in dubio mitius interpretation.

یک دولت را بیشتر از آن چیزی که هست، افزایش دهد. در این چارچوب، همه ابزارهای تفسیر از جمله حسن نیت باید با این کارکرد و هدف تفسیر انطباق داشته باشند. بنابراین، استفاده از عنصر حسن نیت در تفسیر ایجاب می‌کند که «مفسر تلاش کند که هم به حاکمیت دولت‌ها احترام بگذارد و هم اصل وفای به عهد را در نظر بگیرد» (فلسفی، ۱۳۹۱: ۵۶۲).

این یافته‌ها حاکی از است که قاعده‌تاً یکی از کارکردهای اصلی تفسیر با حسن نیت این است که اجازه ندهد، معنا و مفهومی که در معاهده وجود نداشته است، به آن وارد شود. به عبارت دیگر، در مواردی که متن معاهده دچار ابهام است، حسن نیت، باید به عنوان محافظی برای هدف و موضوع معاهده عمل کند. همه این نتایج نشان می‌دهد که رکن استیناف به درستی اعتقاد داشت که برداشت پنل از حسن نیت، فراتر از هدف و منظور تفسیر معاهدات قرار می‌گیرد و معانی‌ای را وارد معاهده می‌کند که اصولاً طرف‌های معاهده در ابتدا، نظری روی آن نداشته‌اند. نباید فراموش کرد که انتظار مشروع، حد و مرز مشخصی ندارد و در نتیجه معتبر شناختن آن، می‌تواند اصولاً معاهده جدیدی بیافریند. از سوی دیگر، مخالفت رکن استیناف با معیار عینی حسن نیت، فقط ناشی از مغایرت این معیار با اصول عام تفسیر نبود بلکه الزامات ناشی از مقررات سازمان نیز مانع از آن می‌شد که اعتبار معیار عینی حسن نیت را تایید کند. ماده ۳۰۲ تفاهم‌نامه حل اختلاف سازمان اعلام می‌کند که احکام و قواعد مربوط به حل اختلاف نمی‌تواند «حقوق و تعهدات مقرر در موافقت‌نامه‌ها را کاهش یا افزایش دهد.» در نتیجه، رکن استیناف قطعاً این حقیقت را مدنظر داشته است که گرایش به سمت معیار عینی حسن نیت می‌تواند تعهدات مقرر در موافقت‌نامه‌ها را افزایش دهد.

اصل حسن نیت، از مهم‌ترین و پرکاربردترین اصول کلی حقوق بین‌الملل به شمار می‌آید. این اصل که میراث تئوری حقوق طبیعی در حقوق بین‌الملل است معانی و کاربردهای متفاوتی از صحت و راستی در عمل گرفته تا منع سوءاستفاده از حق را شامل می‌شود. به دلیل همین معانی و تعابیر متکثر، نمی‌توان کاربرد اصل حسن نیت را به حوزه خاصی از حقوق بین‌الملل محدود کرد. با این همه، مهم‌ترین کاربرد اصل حسن نیت را باید در حوزه حقوق معاهدات بین‌المللی و به ویژه در تفسیر معاهدات جست‌وجو کرد. به همین دلیل، مفسران معاهدات بین‌المللی بارها به هنگام تفسیر به این اصل رجوع کرده‌اند.

پنل و رکن استیناف سازمان تجارت جهانی نیز مکرراً به هنگام تفسیر موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی متوسل به اصل حسن نیت شده‌اند. یافته‌های این مقاله نشان داد که این دو رکن هم در مورد معنا و مفهوم اصل حسن نیت و هم در مورد جایگاه این اصل در رویه تفسیر دچار اختلاف هستند. در حالی که پنل در آرای مختلف خود، اعلام کرده است که معنای عینی از حسن نیت مرجح است و این معنا به صیانت از انتظارات مشروع منجر می‌شود اما رکن استیناف با صراحت این برداشت را رد کرده و به سمت معنای ذهنی حسن نیت که متضمن توجه به «مقاصد مشترک» طرف‌های یک معاهده است، تمایل دارد. بررسی‌های این مقاله مشخص می‌سازد که معیار یا معنای عینی از حسن نیت، منطبق با تبار حقوق طبیعی حسن نیت، ظرفیت‌های به مراتب بیشتری در کاهش پیامدهای حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل دارد تا آنجا که قادر است، تعهداتی برای دولت‌ها ایجاد کند که رضایتی به آن‌ها نداده‌اند. همین نقطه قوت، به نحوی پارادوکسیکال، تبدیل به پاشنه آشیل معیار عینی از حسن نیت شده است. در واقع، حقوق بین‌الملل با وجود تمامی تحولاتی که در دهه‌های اخیر از سر گذرانده است، همچنان منطق رضایی خود را حفظ کرده و دگرگونی در این منطق، مستلزم دگردیسی‌هایی در مفاهیم دیگری است که هنوز در این نظام حقوقی رخ نداده‌اند. به همین دلیل، در چارچوب حقوق بین‌الملل موجود، چاره‌ای نیست که باید نتیجه گرفت، رویکرد رکن استیناف درباره حسن نیت، با منطق حقوقی سازگارتر است.

## الف- منابع فارسی:

۱. ابراهیم گل، علیرضا و کریمی، سیامک، (۱۳۹۶)، «دیالکتیک صلح و بربریت: مطالعه و نقد نظریه لیبرالی حقوق بین الملل»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۷، شماره ۱.
۲. ابراهیمی، یحیی، (۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قراردادها»، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۴۱، صص ۶۱-۹۰.
۳. انصاری، علی، (۱۳۸۸)، «مفهوم و معنای حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۳، شماره ۴، صص ۱۹-۴۶.
۴. الهویی نظری، حمید و محمدی، عقیل، (۱۳۹۴)، «تحلیل ابعاد حسن نیت در حقوق بین الملل در پرتو رویه قضایی»، مجله حقوقی بین المللی، پاییز- شماره ۵۳، صص: ۹۹-۱۲۶.
۵. باریکلو، علیرضا و خزایی، سید علی، (۱۳۹۰)، «اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره پیش قرارداد؛ با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۶، صص ۵۳-۸۷.
۶. جعفرپور، کوروش، (۱۳۸۴)، «حسن نیت در تجارت بین الملل»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۳، صص ۱۴۵-۱۷۴.
۷. سیمایی صراف، حسین، (۱۳۹۳)، «بررسی تطبیقی حسن نیت در فقه، حقوق خارجی و اسناد بین المللی»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۰، صص ۵۱-۷۴.
۸. جوینر، دانیل، (۱۳۹۳)، تفسیر معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای، ترجمه: علیرضا، ابراهیم گل و سیامک، کریمی و رضا، اسمخانی، تهران: انتشارات خرسندی.
۹. زمانی، قاسم و شکیب منش، هدی، (۱۳۹۸)، «جایگاه اصل انتظارات مشروع در سازمان تجارت جهانی»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۶۴.
۱۰. فلسفی، هدایت‌الله، (۱۳۹۱)، حقوق بین الملل معاهدات، تهران: فرهنگ نشر نو.

11. Barak-Erez, Daphne. (2005). The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests, *European Public Law*, Vol 11, Issue 4.

12. Byers, Michael. (2002). Abuse of Rights: An Old Principle, A New Ag, *McGill Law Journal*, Vol. 47.

13. Cheng, Bin. (1987). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications.

14. Cottier, Thomas & Schefer, K. (1997). NVNI Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future”, in Petersmann, Ernst-Ulrich (ed) *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Studies in Transnational Economic Law, Vol. 11, The Hague, Kluwer Law International.

15. Crawford, James. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 8<sup>th</sup> Edition.

16. D'amato, Anthony. (1992). Good Faith, in R Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol I, Amsterdam, Elsevier.

17. De Brabandere, Eric, Van Damme Isabelle. (2015). Good Faith in Treaty Interpretation, in Jackson, John et al, *Good Faith as a General, Principle of (International) Law*, Oxford, Oxford University Press.

18. Dorr, Oliver, Schmalenbach, Kirsten. (2012). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, New York, Springer.

19. Ehlermann, Claus-Dieter. (2002). Six Years on the Bench of the “World Trade Court”: Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization, *Journal of World Trade*, Vol. 36.

20. Falla, Laureano F. Gutierrez. (2005). Good Faith in Commercial Law and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, *Penn State International Law Review*, Vol 23, No 3.

21. Finegan, Thomas. (2011). Neither Dualism nor Monism: Holism and the Relationship between Municipal and International Human Rights Law, *Transnational Legal Theory*, Vol 2, No. 4.

22. Goldmann, Matthias, (2016). Putting your Faith in Good Faith: A Principled Strategy for Smoother Sovereign Debt Workouts, the Yale Journal of International Law, Vol 41, No. 2.

23. Howse, Rober. (2000). Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence, in Weiler, JHH (ed) The EU, the WTO, and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?, Oxford, Oxford University Press.

24. Jennings, Robert, & Watts Arthur. (2008). Oppenheim's International Law, Vol I, Oxford, Oxford University Press.

25. Kolb, Robert. (2006). Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith, Netherlands International Law Review, Vol. 53.

26. Kolb, Robert. (2017). Good Faith in International Law, Oxford: Hart Publishing.

27. Koskenniemi, Marti. (1991). The Politics of International Law, EJIL, Vol 1, No. 1.

28. Koskenniemi, Martti. (2006). From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Cambridge, Cambridge University Press.

29. Lennard, Michael. (2002). Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements, Journal of International Economic Law, Vol. 5.

30. Lowe, Vaughan. (1992). The Role of Equity in International Law", Australian Yearbook of International Law, Vol 12.

31. Manu, Thaddeus. (2016). Interpreting Doctrine of Legitimate Expectations in WTO Jurisprudence in its Application to Compulsory Licensing, Trade Law & Development, Vol. 8, No. 63.

32. Mitchell Andrew D. (2006). Good faith in WTO dispute settlement", Melbourne Journal of International Law, vol. 7, No. 2.

33. Panizzon, Marion. (2006). Good Faith in the Jurisprudence of the WTO, Oxford: Hart Publishing.

34. Papastavridis, E., (2007). Interpretation of security council resolutions under chapter VII in the aftermath of the Iraqi crisis, International and Comparative Law Quarterly, Vol 58.

35. Qureshi, Asif. (2006). *Interpreting WTO Agreements (Problems and Perspectives*, New York: Cambridge University Press.

36. Reinhold, Steven. (2013). *Good Faith in International Law*, UCL Journal of Law and Jurisprudence, Vol 2.

37. Rietiker, Daniel. (2014). *The Meaning of Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons: Analysis Under the Rules of Treaty Interpretation*”, in Fleck, D (Ed), *Nuclear Non-Proliferation in International Law*, Vol I, London: University of London.

38. Rios-Herran, Roberto. (2007). *The Principle of Good Faith in the Law of the World Trade Organization*, in Kozyris, Phaedon, *Justice in Particular: festschrift in honour of Professor P.J. Kozyris*. Athens, Sakkoulas.

39. Rosenne, Shabtai. (1989). *Development in the law of the treaties 1945-1956*, London, Cambridge University Press.

40. Sjef Van Erp. (1991). *Good Faith: A Concept "Unworkable in Practice"?*, Tilburg Law Review, Vol 1, No. 1.

41. Villiger, Mark. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Boston: Martinus Nijhoff.

42. Ziegler, Andreas R & Baumgartner, Jorun. (2015). *Good Faith as a General Principle of (International) Law*, in Jackson et al, *Good Faith and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press.

43. Zeidler, Helge Elisabeth. (2005). *Good Faith in the WTO Jurisprudence: Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism?*, Journal of International Economic Law, Vol. 8.

### **Panel Report of WTO**

44. *India-patent protection for pharmaceutical and agricultural chemical products*, WT/DS/50/R, 5 September 1997.

45. *EC-LAN*, WT/DS62/R, 22 June 1998.

46. *Japan–Film*, WT/DS44/R, 22 April 1998.

47. *Italy–Agricultural Machinery*, L/833, 23 Oct 1998.

48. *US – Underwear*, WT/DS24/R, 25 February 1997.

49. Colombia — Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry, WT/DS366/R, 27 April 2009.

50. European Union — Measures Affecting Tariff Concessions on Certain Poultry Meat Products, WT/DS492, 19 April 2017.

51. China — Anti-Dumping Measures on Imports of Cellulose Pulp from Canada, 25 April 2017.

52. Australia - Certain Measures Concerning Trademarks, WT/DS435, 28 June 2018.

53. India — Export Related Measures, WT/DS541, 31 October 2019.

### **Appellate Body Report of WTO:**

54. US – Shrimp, WT/DS58/AB/R, DSR, 6 November, 1998.

55. US–Offset Act (‘Byrd Amendment’), WT/DS234/AB/R, 16 January 2003.

56. India-patent protection Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, WT/DS50/AB/R, 16 January 1998.

57. EC-LAN, WT/DS62,67,68/AB/R,5, 5 June 1998.

58. US–Gasoline, WT/DSB/M/17, 20 May 1996.

59. United States — Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico, WT/DS344/AB/R, 30 April 2008.

60. China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS394/AB/R, 30 January 2012.

61. Peru- Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, WT/DS457/AB/R, 20 July 2015.



# The Comparative Study of the of the Bona Fide Application in the Process of Interpretation of Agreements before Dispute Resolution Bodies of WTO

Siamak Karimi<sup>1</sup>

## Abstract

Good faith is one of the current tools in Article 31 of the Vienna Convention on Law of Treaties concerning treaty interpretation. The numerous international treaties, including WTO agreements, have been interpreted in the light of this element. Despite the frequent use of this concept in the treaty interpretation, the exact limits of the meanings and instances of good faith in the process of interpretation are controversial. WTO Dispute Resolution Bodies have repeatedly resorted to good faith in interpretation of Organization's agreements. The diverse concepts and applications of good faith have led the WTO's Appellate Body and Panel to use good faith in two very different concepts in interpreting treaties. The result of this conflict is to produce the different interpretations regarding the rights and obligations of parties of WTO's agreements. This article, while explaining the different meanings of good faith in public and economic international law, and especially its application in the process of interpretation of treaties, examines the differences between WTO Dispute Resolution bodies' approaches. Finding of this article shows that the Appellate' approach is more consistent with the logic of interpretation in international law.

**KeyWords:** *Good Faith, WTO's Agreements, Legitimate Expectation, Appellate Body, Panel, Treaty interpretation.*

---

1. Adjunct Professor at University of Tehran (Farabi College),  
(Email: karimi.sia@gmail.com)

## ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

### منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

۱. ابراهیم‌گل، علیرضا؛ کریمی، سیامک، (۱۳۹۶)، «دیالکتیک صلح و بربریت: مطالعه و نقد نظریه لیبرالی حقوق بین‌الملل»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۷، شماره ۱.
۲. ابراهیمی، یحیی، (۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی مفهوم و آثار حسن نیت در انعقاد، تفسیر و اجرای قراردادها»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۱.
۳. انصاری، علی، (۱۳۸۸)، «مفهوم و معنای حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۳، شماره ۴، صص ۱۹-۴۶.
۴. جعفرپور، کوروش، «حسن نیت در تجارت بین‌الملل»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، تابستان ۱۳۸۴، شماره ۳، صص ۱۴۵-۱۷۴.
۵. سیمایی صراف، حسین، «بررسی تطبیقی حسن نیت در فقه، حقوق خارجی و اسناد بین‌المللی»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۰، صص ۵۱-۷۴.
۶. جویئر، دانیل، (۱۳۹۳)، تفسیر معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای، ترجمه: علیرضا، ابراهیم‌گل؛ سیامک، کریمی و رضا، اسمخانی، تهران: انتشارات خرسندی.
۷. زمانی، قاسم؛ شکیب منش، هدی (۱۳۹۸)، «جایگاه اصل انتظارات مشروع در سازمان تجارت جهانی»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۶۴.
۸. فلسفی، هدایت‌الله، (۱۳۹۱)، حقوق بین‌الملل معاهدات، تهران: فرهنگ نشر نو.

### کد مقاله

LAW-2101-1039 (R2)

### دانشنامه‌های مرتبط

۱. حقوق تجارت بین‌الملل
۲. حقوق بین‌الملل عمومی
۳. حقوق اقتصادی

### مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱. حسن نیت
۲. موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی
۳. انتظارات مشروع
۴. رکن استیناف
۵. پنل

### مدخل‌های فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. معانی و مصادیق حسن نیت در حقوق بین‌الملل
۲. معیار ذهنی حسن نیت
۳. معیار عینی حسن نیت
۴. رویکرد پنل‌ها به حسن نیت
۵. کاربرد معیار عینی حسن نیت در قضیه رایانه‌های ای‌سی-لن
۶. رویکرد رکن استیناف به حسن نیت
۷. کاربرد معیار ذهنی حسن نیت در قضیه رایانه‌های ای‌سی-لن
۸. معیار عینی و ذهنی حسن نیت در بوته ارزیابی

### قانون یا مواد قانونی مرتبط

مواد ۲۶ و ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات

# تضمین‌های حقوق شهروندی متهمان جرایم تروریستی در مرحله تحقیقات؛

## مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، انگلستان و مصر

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

محمسن کهندانی \*

بهزاد رضوی فرد<sup>۱</sup>

### چکیده

جرایم تروریستی مفهوم جدیدی در ادبیات حقوقی نیست. اما با توجه به فجایع حادث شده بالاخص حوادث ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، مورد توجه ویژه در عرصه حقوق بین‌الملل قرار گرفته است. از آثار مهم مبارزه با این جرایم، چیرگی امنیت‌گرایی بر قضامندی عادلانه است که در پرتو این رویکرد، دولتها ترجیح می‌دهند مرتکبان اقدامات تروریستی را، خارج از قواعد حقوق بین‌الملل مورد بازجویی قراردهند. لذا در این راستا حقوق شهروندی متهمان در معرض خطر قرار می‌گیرد. اما نقض حقوق شهروندی متهمان جرایم تروریستی و دادرسی افتراقی مبتنی بر نقض اصول، منجر به تضمین امنیت نمی‌گردد. همچنانکه حوادث تروریستی در دنیای امروز رو به گسترش است. لذا راهکار، خلاف رویکرد امنیت‌گراهاست. بررسی اصول حقوق کیفری و قوانین اساسی کشورها و کنوانسیون‌های متعدد حقوق بشری بین‌المللی، نشان از لزوم رعایت حقوق شهروندی تمام متهمان دارد. هدف ما در این مقاله بررسی و مطالعه این حقوق و تضمین‌های آن - با روش توصیف و تحلیل - در مرحله تحقیقات با بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان و مصر است و نتیجه حاصله این است که حقوق متهمان در کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین اساسی به صراحت تضمین گردیده است و اصول مسلم حقوق کیفری نیز بر این امر صحه می‌گذارند لذا نقض حقوق شهروندی به بهانه مبارزه با تروریسم قابل پذیرش نیست.

**کلیدواژه‌ها:** جرایم تروریستی، حقوق کیفری، حقوق شهروندی، اسناد بین‌المللی، حقوق بشر

\*. دکترای تخصصی، دانش آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی

Email: k.mohsen1366@yahoo.com (نویسنده مسئول)

<sup>۱</sup>. دکترای تخصصی، دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی

Email: razavi1351@yahoo.com

جرایم تروریستی با توجه به نتایج فاجعه بار و نقض بنیادین اصول حقوق بشری مورد توجه ویژه قرار گرفته است و در این راستا به بهانه حفظ امنیت و مبارزه با این جرایم حقوق شهروندی متهمان این جرایم در دادرسی به ویژه در مرحله تحقیقات مورد توجه قرار نمی گیرد.

امروزه چنانچه فردی در مظان اتهام تروریستی قرار گیرد از بسیاری از حقوق خویش محروم می گردد. آیین دادرسی کیفری دیگر به مانند سابق در این جرایم دنبال تضمین عدالت کیفری کلاسیک نیست. پابندی به اصول در معنای کلاسیک آن در قرائت‌های نوین عدالت کیفری جایی ندارد (پاک نیت، ۱۳۹۲: ۲۹۲).

اقدامات مبارزه با تروریسم به نقض حقوق اساسی افراد کشیده شده است. این امر به اراده قانونگذار در جلوگیری از اقدام تروریستی به هر قیمت گزافی باز می گردد. تصریح جرج بوش پسر، رئیس جمهور سابق آمریکا ما را غافلگیر نمی کند که: «هر گاه نیاز باشد برای مبارزه با تروریسم، تعدیلاتی در حقوق و آزادی‌های انسان انجام خواهیم داد» (Walker, 2006: 57).

با توجه به رویکرد اخیر دولتها در مبارزه با تروریسم که به ویژه متأثر از حوادث ۱۱ سپتامبر سال ۲۰۰۱ است سؤال اساسی مطرح این است که متهمان جرایم تروریستی در مرحله تحقیقات، دارای حقوق شهروندی مقرر در قوانین می باشند یا با توجه به نوع جرم، رعایت حقوق شهروندی در خصوص آنان ضرورتی ندارد و در صورت نقض این حقوق چه تضمین‌هایی در عرصه حقوق داخلی کشورها و در عرصه بین‌المللی وجود دارد؟ در پاسخ باید گفت اگرچه قوانین مبارزه با تروریسم در بیشتر دولتها اختیاراتی را به برخی دستگاه‌ها داده که با حقوق شهروندی و آزادی اشخاص برخورد دارند، اما این به معنای هدر رفتن ضمانت‌های آزادی فردی و حقوق شهروندی یا سلب آن تحت لوای جنگ با تروریسم نیست. این امر در دو مصوبه شورای امنیت به شماره‌های ۱۵۳۵ و ۱۵۶۶ سال ۲۰۰۴ تجلی می‌یابد که منظور از آن تذکر به دولت‌های عضو بود که تاکید داشت تدابیر جنگ با تروریسم، باید با التزامات حقوق بشری قانون بین‌المللی موافقت داشته باشند. از سوی دیگر جهان، دهه‌ها زمان، صرف مبارزه برای استحکام حقوق و آزادی‌های انسان

و بنای دولت قانون نموده است که به یک میزان، مصلحت جامعه از سویی و حفاظت از حقوق و آزادی افراد را از سوی دیگر تضمین نماید. یکی از نتایج این امر آن بود که ملل و حکومت‌ها عمداً تضمین این آزادی‌ها را در قوانین اساسی خود آوردند تا این قوانین آنها را کفالت کرده و ضمانتی برای رعایت آن باشند. سپس در سطح بین‌المللی، توجه به آزادی‌ها و حقوق انسانی پدیدارگشت که از نتایج آن، اعلامیه جهانی حقوق بشر و دیگر توافق‌های بعدی بین‌المللی و منطقه‌ای بود. قبل از این‌ها شریعت اسلامی -چند قرن پیش از ظهور این فلسفه- دارای ذخیره بزرگی از مبادی آزادی‌ها و حقوق افراد بود (الغزال، ۲۰۰۷: ۱۴). لذا متهمان دارای حقوق مشخصی هستند که قوانین بین‌المللی و قوانین اساسی کشورها آن را تضمین نموده‌اند، حتی اگر متهم به جرایم تروریستی باشند.

مهم‌ترین حقوق متهمان در مرحله تحقیقات مقدماتی حق بر سلامت بدنی و ذهنی، حق امنیت شخصی و آزادی جابه‌جایی و حق بر حریم خصوصی و حق داشتن وکیل است که صراحتاً در قوانین اساسی و اسناد بین‌المللی اشاره گردیده است و در این خصوص تفاوتی بین اینکه فرد متهم به چه جرمی باشد وجود ندارد و عدم رعایت آنها به حدی مهم است که موجب بی‌اعتباری تحقیقات و حتی مجازات متعدي می‌شود. لذا در این مقاله برآنیم که این حقوق و ضمانت‌های آن را به صورت تطبیقی در نظام حقوقی ایران و انگلستان و مصر با روش توصیفی و تحلیلی بیان نماییم.

## ۱- تضمین حقوق متهم در سلامت بدنی و ذهنی

قانونگذاران در جرایم تروریستی به نیروهای ضابط و تحقیق قضایی، قدرت فراوانی اعطا کرده‌اند. این قدرت دادن با دادن صلاحیت‌ها و اختیارات وسیعی صورت گرفته است که با قواعد عمومی در جرایم دیگر تفاوت دارد. با این اقدام، امنیت بر آزادی و حقوق افراد ترجیح داده شده است. اما باید گفت همه انسان‌ها حق برخورداری از سلامت جسمی و حفظ جان و حمایت از آزادی فردی در مقابل همه بی‌حرمتی‌ها و دوری از شکنجه و ممنوعیت به کارگیری روش‌های اجبار به اعتراف را دارند و تفاوتی ندارد که اشخاص متهم به چه جرمی باشند.

حمایت از حق مظنون به ارتکاب جرایم تروریستی اقتضا می‌نماید که او از برخی ضمانت‌ها برخوردار باشد که برایش حمایت از سلامت جسمی را تضمین می‌کنند. مهم‌ترین این‌ها عبارتند از: غیر مجاز بودن استفاده از شکنجه و حق او در رفتاری که سلامت جسمی و روانیش را حفظ کند. یعنی عدم استفاده از عملیاتی که به سلامت جسمی صدمه بزند.

### ۱-۱- ممنوعیت شکنجه

شکنجه در معنای خاص هرگونه آزار جسمی است که مأموران دولت یا صاحبان مقامات رسمی در جهت انجام وظیفه یا به مناسبت شغل خود به قصد اخذ اقرار و کسب اطلاعات از متهم مرتکب می‌شوند. لیکن در مفهوم عام هرگونه رفتار خشن نسبت به بازداشت‌شدگان متهم و محکوم اطلاق می‌شود. مبنا و مفهوم این حق، حیثیت و مقامی است ذاتی بشر که همه افراد بشر باید آن را درباره یکدیگر بشناسند (اردبیلی، ۱۳۷۷: ۱۰۵).

در جرایم تروریستی نیروهای حکومتی، اقدام به شکنجه مظنونان می‌نمایند تا آنان را به اعتراف وادارند یا سازمان‌های تروریستی را کشف نمایند. آنان این کار را دستاویز مبارزه با تروریسم قرار می‌دهند، بدون آن که ضمانت‌های اساسی برای آزادی فردی را در نظر بگیرند که اسناد بین‌المللی و قانون اساسی و دیگر قوانین جزایی از آن حمایت می‌کنند (تمام، ۲۰۰۷: ۱۶۴).

استفاده از روش‌های مختلف اجبار و شکنجه برای گرفتن اعتراف از مظنون، عملی منافی اخلاق و وجدان به شمار آمده و کرامت انسانی را نقض می‌کند و همه حقوق و آزادی‌ها را زیر پا می‌گذارد. حتی بعضی افراد، تحمل درد را ندارند و به قصد خلاصی از شکنجه، اعترافات نادرستی انجام می‌دهند. این اجرائیات، تنها غیر قانونی و غیر مشروع نیستند، بلکه اعمالی مجرمانه به شمار می‌آیند که عامل آنها باید مورد پیگرد قرار گیرد و هیچ عذری در این زمینه پذیرفته نیست، حتی اگر فرمان مافوقی باشد که اطاعت از او واجب است (القاضی، ۲۰۰۸: ۸۱). با این وجود برخی از افراد که تقاضای استفاده از شکنجه به عنوان روشی مشروع در جرایم تروریستی را دارند می‌گویند با یک محاسبه ساده بین هزینه‌ها و منافع استفاده از شکنجه‌ای که به مرگ نینجامد، منفعت آن واضح و بی‌نیاز از مناقشه می‌باشد. چرا که شکنجه یکی از گناهکاران تروریست که به مرگ ختم

نشود و اطلاعات لازم برای جلوگیری از وقوع اقدام تروریستی را فاش کند از مرگ تعداد زیادی از بی‌گناهان بهتر است. این اندیشه‌ای است که مکتب اسرائیلی آن را آورده است. دیوان عالی اسرائیل، استفاده میزان معینی از خشونت، برای دستیابی به اطلاعاتی از فلسطینیان مظنون به اعمال تروریستی را، مجاز نموده است (سرور، ۲۰۰۸: ۲۱۴).

حقوقدانان علی‌رغم همه اختلاف نظرهایی که دارند، نظر به حرمت انسانی که شکنجه را نمی‌پذیرد همگی با اجبار فرد به اعتراف مخالفند. حتی اگر به دستاویز مصلحت جامعه در رسیدن به حقیقت و با هدف جلوگیری از جرم باشد. بر این اساس، به موجب همه میثاق‌های بین‌المللی و قوانین جزایی در دولت‌های مختلف، شکنجه ممنوع است.

قاعده منع شکنجه، قاعده‌ی جهانی و در هر زمان و در هر شرایطی اطلاق دارد. در خصوص جرایم تروریستی شاید این گونه به نظر بیاید که شکنجه علیه یک نفر مظنون به تروریست برای نجات جان هزاران نفر صحیح است، اما عکس قضیه نیز صادق است، چرا که ممکن است هزاران نفر را به بهانه نجات افراد دیگر به نابودی و تحقیر کشانده و کرامت انسانی آنها را نابود کند (قدیری بهرام آبادی، ۱۳۹۵: ۲۳۵).

سزار بکاریا معتقد است تا زمانی که گناه کسی ثابت نشده است جامعه باید از وی حمایت کند و نباید اجازه دهد بی‌گناهی از سر درد اعتراف نماید. اگر گناه کسی با دلیل و مدرک ثابت شد دیگر نیاز به شکنجه و آزار او نیست و باید همان کیفر قانونی درباره او اجرا شود (بکاریا، ۱۳۸۹: ۱۸).

پس از حادثه ۱۱ سپتامبر شکنجه از ابزار و وسایلی برای تحصیل دلیل قرار گرفت. به گونه‌ای که گزارش شده است مظنونین تروریست در وضعیت بدی به سر می‌برند و تحت سوءاستفاده‌های جسمی و روانی قرار دارند و به ویژه در زندان‌های تحت اختیار دولت فدرال آنها را با مجانین جنایتکار در یک محل نگه می‌دارند (ایزک غنمی، ۱۳۸۶: ۹۸-۹۹). اما شکنجه تحت هر شرایطی ممنوع است. هیچ‌گونه شرایط استثنایی، حالت جنگ یا تهدید به جنگ، عدم ثبات سیاسی یا هرگونه وضعیت اضطراری نمی‌تواند به عنوان توجیه برای شکنجه مورد استناد قرار گیرد (GROSS, 2003: 11).

# ۱-۱-۱- تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در اسناد بین‌المللی

در معاهدات متعدد بین‌المللی بر منع شکنجه تأکید شده است از جمله: کنوانسیون منع شکنجه سال ۱۹۸۴، کنوانسیون آمریکایی منع شکنجه سال ۱۹۸۵ و همچنین کنوانسیون اروپایی منع شکنجه سال ۱۹۸۷. اینها علاوه بر مصوبات مجمع عمومی سازمان ملل برای دوری از شکنجه می‌باشند. این توافقات، منع شکنجه را به زمان صلح منحصر نمی‌کنند، بلکه انجام آن در زمان جنگ را نیز اجازه نمی‌دهند زیرا جرمی جنگی محسوب می‌شود. همچنین کنوانسیون‌های بین‌المللی ژنو نیز منع شکنجه را تصویب کرده اند. به گونه‌ای که انجام رفتارهای معینی بر علیه اشخاص در همه اوقات و اماکن را ممنوع ساخته اند. از جمله این رفتارها، تعدی به جان و سلامت جسمی و به ویژه قتل به همه اشکال آن و کتک زدن و رفتار ستمگرانه و شکنجه و تعدی به کرامت فردی و به خصوص رفتار اهانت آمیز و ناقض کرامت می‌باشد. این چیزی است که در ماده سوم مشترک در همه کنوانسیون‌های ژنو در سال ۱۹۴۹ آمده است (علام، ۲۰۰۴: ۵۳-۵۵).

دادگاه حقوق بشری اروپا در احکام مکرر و قاطع خود بر ضرورت رعایت حقوق بشر و حقوق شهروندی و آزادی اشخاص در هنگام جنگ با تروریسم تصریح کرده است. به گونه‌ای که این دادگاه در ۲۷ ژانویه ۲۰۰۵ حکم داد که در شرایط بسیار سخت مانند مبارزه با تروریسم و جرایم سازمان یافته، شکنجه و مجازات‌ها یا رفتارهای غیر انسانی یا توهین آمیز با عبارات مطلق توسط کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ممنوع گردیده است (سرور، ۲۰۰۸: ۲۱۲). همچنین این دادگاه در زمان در نظر گرفتن اجرای ماده سوم از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بر آن تأکید داشته و گفته: «این میثاق، شکنجه و بدرفتاری و نیز مجازات قساوت آمیز و زیر پا گذاشتن کرامت انسانی را مطلقاً ممنوع می‌کند» و چنین پایان می‌دهد که: «برای این ممنوعیت، هیچ استثنایی به هیچ شکل، حتی در زمان وضعیت فوق العاده... که حیات ملت تهدید می‌شود وجود ندارد و در همه حال رعایت حقوق متهمان الزامی است (European court of human Rights, series A, No 26). کاری که رییس جمهور آمریکا باراک اوباما فقط با فاصله یک روز از آغاز ریاست جمهوری‌اش انجام داد نیز این سخن را تأیید می‌کند. او فرمان اجرایی بستن زندان گوانتانامو در طول یک سال

را در ۲۲ دسامبر سال ۲۰۰۹ صادر کرد. این فرمان در پاسخ به اقدامات گروه‌های حقوق بشری انجام شد که تاکید داشتند در این بازداشتگاه، شکنجه صورت می‌گیرد.

### ۱-۱-۲- تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در قوانین

علاوه بر اسناد بین‌المللی، قوانین اساسی مختلف، غیر مجاز بودن استفاده از شکنجه و وسایل اجبار و درد و رفتار وحشیانه و اجبار مادی جسمی یا روانی را مقرر داشته‌اند. حتی همه قوانین اساسی به تصریح بر ممنوعیت استفاده از وسایلی که بر سلامت جسمی و ذهنی افراد تاثیر می‌گذارد و سلامتی فردی و روانی او را حفظ نمی‌کند علاقه‌مند بوده‌اند.

در نظام حقوقی ایران مطابق اصل ۳۸ قانون اساسی هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است و متخلف به مجازات قانونی محکوم می‌شود. قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز در ماده ۷ رعایت حقوق شهروندی مقرر در قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی را در تمام مراحل دادرسی کیفری ضروری دانسته است. ماده ۱۶۹ قانون مجازات اسلامی نیز اکراه، اجبار، شکنجه و یا اذیت و آزار روحی یا جسمی را منع و ادله تحصیلی از این راه را بی‌اعتبار دانسته است و مطابق ماده ۲۱۸ همین قانون اگر متهم ادعا کند که اقرار او با تهدید و ارعاب یا شکنجه گرفته شده است ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود. این مقررات در خصوص تمام جرایم است و در مورد جرایم تروریستی نیز استثنا بردار نیست. قانون حقوق شهروندی نیز به صراحت هرگونه شکنجه از قبیل بستن چشم و سایر اعضا را ممنوع اعلام نموده است.

در حقوق انگلستان منع شکنجه در قوانین جزایی درج گردیده است و در قوانین مبارزه با تروریسم نیز متنی بر تجویز شکنجه بر مرتکبین جرایم تروریستی وجود ندارد، اما کمیته اروپایی پیشگیری از شکنجه و رفتار غیر انسانی یا تحقیر آمیز در خصوص گزارش خود در مورد بازدید از انگلستان در سال ۲۰۰۴ اظهار داشت: تعداد زیادی از بازداشت‌شدگان در وضعیت روحی نامطلوب که نتیجه بازداشت است به سر می‌برند و برخی که در شرایط نامطلوب جسمانی بودند، بازداشت، سبب اخلال روحی در اکثریت آنها شده است (حاتمی، ۱۳۸۶: ۱۵۱).

در حقوق مصر، قانون اساسی صادره در سال ۱۹۷۱، بر اجتناب از شکنجه تصریح کرده و در ماده ۴۲ می‌گوید: «هر شهروندی که دستگیر یا حبس شود یا آزادیش به هر صورتی محدود شود باید مورد رفتاری قرار گیرد که کرامت انسانی او را حفظ کند و آزار جسمی یا روانی او مجاز نیست. همچنین بازداشت یا حبس او در اماکنی غیر از اماکن تحت‌نظر سازمان زندان‌ها مجاز نیست و هر اعترافی که از شهروندان تحت یکی از این موارد یا تهدید به یکی از آن‌ها گرفته شود بی‌فایده است و اعتباری ندارد».

قانونگذار مصری بر جرم‌انگاری شکنجه در ماده ۱۲۶ قانون مجازات‌ها تصریح داشته و می‌گوید: «هر کارمند حکومت که به شکنجه متهم فرمان دهد یا خود شخصا آن را انجام دهد تا او را به اعتراف وادار با اعمال شاقه یا زندان از سه تا ده سال مجازات می‌شود و اگر قربانی بمیرد حکم او مجازات قتل عمدی می‌باشد». همین معنی در ماده ۴۰ قانون اجرائیات جنایی مصر آمده است. حقیقت آن است که قانونگذار جزایی در همه دولت‌ها به جرم‌انگاری ذات شکنجه علاقه‌مند بوده است، چرا که آن را دشمنی با آزادی فردی و حقوق شهروندی شمرده است. این امر موجب جرم‌انگاری همه انواع شکنجه و عدم انحصار آن به شکلی معین می‌شود. همچنین در این مورد، تبعیض بین جرایم تروریستی و دیگر جرایم، مجاز نیست.

منع شکنجه توسط اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی کشورها مورد تصریح قرار گرفته است و ضمانت اجرای آن با بی‌اعتباری تحقیقات مبتنی بر شکنجه و حتی جرم‌انگاری شکنجه در قوانین اساسی و قوانین عادی مشخص شده است. بنابراین هر گونه اقرار و اعتراف توسط متهم که با شکنجه و آزار و اذیت جسمی همراه باشد ضمن اینکه دارای اثر حقوقی نمی‌باشد دارای مجارت هم نیست. از سوی دیگر کرامت انسانی نافی هر گونه تحقیر و توهین و شکنجه افراد است، حتی اگر این افراد مرتکب جرایم بسیار مهم از جمله جرم تروریستی باشند که عمل آنها خود منجر به نقض اصول بنیادین حقوق بشری می‌شود.

## ۲-۱- غیرمجاز بودن روش‌های علمی منجر به آسیب جسمی

پیشرفت‌های علمی به تعدد روش‌های جدید در تحقیقات جزایی منجر شده است. برخی از اینها بر اراده متهم تاثیر می‌گذارند. از آنجا که چنین اقدامی باعث تعدی به سلامت جسمی و آزادی فرد است و به خاطر سلب عقل و شعور و تاثیر در اراده و نابودی آن، معنای شکنجه در آن متجلی است، نیروهای حکومتی از استفاده از این روش‌ها در تحقیق، منع شده‌اند و اگر بدین امر پایبند نباشند اقدامات آنها بی‌ارزش و مدارک به دست آمده از آن غیر قابل استناد می‌باشد.

استفاده از این سیستم‌ها برای اجبار روانی یا مادی که از طریق آن عقل و اراده و شعور متهم زایل می‌شود نقض حریم خصوصی افراد است که قوانین اساسی و میثاق‌های بین‌المللی حمایت از آن را تضمین کرده‌اند. از نمونه این روش‌ها می‌توان از سیستم دروغ سنج و سرم راستگویی نام برد.

### ۱-۲-۱- سیستم دروغ سنج

سیستم دروغ سنج یکی از سیستم‌های علمی است که هدف آن کشف دروغ از طریق رصد اضطراب‌ها یا حالات روانی است که شخص در حالت برانگیختگی اعصاب یا حسی مانند ترس، خجالت یا احساس مسئولیت، بدان‌ها دچار می‌شود. معروف است که این سیستم برخی تغییرات فیزیولوژیک بدن مانند فشار خون و تنفس و درجه مقاومت پوستی در برابر جریان برق که برای شخص در زمان بازجویی پیش می‌آید را ثبت می‌کند (الشاوی، ۱۹۷۵: ۱۴۳). تغییرات این پدیده‌ها امکان کشف دروغ را میسر می‌سازد.

### ۱-۲-۱-۱- تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از دروغ سنج

استفاده از دروغ سنج به منظور اخذ اقرار و کسب اطلاعات از متهم، هرچند که با رضایت خود ایشان باشد، بنا به دلایل متعددی هم در سطح داخلی و هم بین‌المللی مردود است. چراکه در این روش از متهم به عنوان یک وسیله و حیوان آزمایشگاهی استفاده می‌شود (رحیمی نژاد، ۱۳۸۷: ۲۶۱). چرا که به کرامت و شخصیت انسان خدشه وارد می‌شود و شخص به عنوان یک جاندار که در

آزمایشگاه مورد استفاده قرار می‌گیرد تنزل می‌یابد. دلیل دیگر برای مردود دانستن این روش احتمال خطای این دستگاه است. چرا که به طور قطع نمی‌توان گفت این دستگاه دچار اشتباه نمی‌شود و همین امر کافی است که حکم به محکومیت فردی بی‌گناه داده شود، مگر اینکه هدف صرفاً یک دستاویز و بهانه برای محکوم نمودن فرد مورد نظر باشد (قدیری بهرام آبادی، ۱۳۹۵: ۲۴۱).

استفاده از دروغ سنج به منظور تحصیل دلیل، مخالف با اصل برائت است. یعنی به جای آنکه مراجع قضایی و مراجع تعقیب با آوردن دلیل جرم را ثابت کند، شخص متهم ملزم به اثبات بی‌گناهی خویش می‌شود و این خلاف اصل برائت است. به طور کلی قاضی نباید با این امر جایگاهش را تنزل دهد. خلاصه اینکه هم دکترین و هم رویه قضایی در خصوص تحصیل دلیل، معتقد به رعایت صحت و امانت هستند (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۲۸۸).

در حقوق ایران مطابق ماده ۱۶۸ قانون مجازات اسلامی اقرار در صورتی نافذ است که اقرار کننده در حین اقرار عاقل، بالغ، قاصد و مختار باشد. همچنین طبق ماده ۱۶۹ قانون مذکور اقراری که ناشی از آزار و اذیت روحی یا جسمی باشد فاقد اعتبار است. به عبارت دیگر قانونگذار ایران هرگونه تاثیر بر قوه عقلانی را مردود اعلام نموده و مدارک بدست آمده از چنین اقداماتی را فاقد ارزش می‌داند. لازم به ذکر است در مصاحبه‌ای که این پژوهشگر با بیش از ۳۰ تن از محکومین جرایم تروریستی-عضویت در گروهک القاعده و داعش- صورت داد حتی یک مورد نیز در جهت استفاده از سیستم دروغ سنج مشاهده نشد و به نظر نویسنده این امر برگرفته از این است که حقوق ایران که بر مبانی دینی و مذهبی استوار است بر منع استفاده از چنین دستگاهایی که در عقل و شعور انسان تاثیر می‌گذارند-با اعتقاد به قاعده کرامت ذاتی انسان- تاکید دارد.

در حقوق انگلستان علی‌رغم آن که دادگاه‌ها به استفاده از روش‌های جدید علمی در اثبات جرایم تمایل دارند، اما در رسیدن به حقیقت، به سیستم دروغ‌سنج استناد نمی‌کنند. اما دادگاه‌های آمریکایی دارای احکام متضادی درباره نتایج سیستم دروغ‌سنج هستند. درحالی که برخی دادگاه‌های بعضی ایالات، استفاده از این سیستم و قبول نتایج آن را رد کرده‌اند. برخی دیگر از دادگاه‌ها نتایج

این سیستم را پذیرفته‌اند. اما قاعده عمومی آن است که اغلب دادگاه‌های آمریکایی، استفاده از سیستم دروغ سنج به عنوان یکی از روش‌های اثبات را رد می‌کنند (David, 1979: 185).

در حقوق مصر دستورات دادستان کل در اعلام عدم استفاده از سیستم دروغ سنج صریح بوده و در ماده ۲۲۰ از این دستورات می‌گوید: «استفاده از سیستم دروغ سنج برای اعتراف‌گیری از متهم مجاز نیست زیرا درباره نتایج این روش، تردید وجود دارد و به همین خاطر از ارزش علمی آن‌چنانی برخوردار نیست که اطمینان کافی در دقت نتایج آن ایجاد نماید» (شمس الدین، ۲۰۰۷: ۱۲۲).

همان‌گونه که ملاحظه شد قوانین کشورهای مورد بررسی هر اقراری را دارای اثر حقوقی نمی‌دانند و استفاده از هر روش علمی را در کشف جرم و کسب دلیل مجاز نمی‌شمارند. استفاده از سیستم دروغ سنج برای اعتراف‌گیری از متهم در مسائل جزایی مجاز نیست زیرا پذیرفتن استفاده از این سیستم، نقض حقوق قانونی متهم از جمله حق سکوت و آزادی دفاع است. همچنین قرار دادن متهم، تحت این سیستم، مصادره ضمانت‌ها و حقوقی است که قوانین به او داده‌اند. حقوقی که اندیشمندان متعدد حقوق کیفری برای تثبیت آن سالهای متمادی تلاش و کوشش کرده‌اند. از سوی دیگر پذیرش این روش به صراحت در تعارض با اصل براءت است که مطابق آن دستگاه تعقیب کننده ملزم به ارائه دلیل علیه متهم است نه اینکه متهم با چنین روش‌های علمی صداقت خویش را اثبات کند.

در مجموع باید گفت دلایلی که با استفاده از سیستم دروغ سنج به دست آید فاقد اثر قانونی است و چنانچه در این راه منجر به آسیب جسمی و ذهنی متهم گردد دارای ضمانت اجرای کیفری نیز خواهد بود که در اسناد بین‌المللی و قوانین کیفری مورد اشاره قرار گرفته است.

## ۲-۱-۲- سرم راستگویی یا تجزیه و تحلیل با بیهوشی

منظور از تجزیه و تحلیل با استفاده از بیهوشی یا سرم حقیقت، روشی علمی است که در آن دارویی به فرد تزریق می‌شود که به از دست رفتن کنترل عقلی و ارادی وی منجر می‌شود به گونه‌ای که فرد، سخنانی می‌گوید که بدون استفاده این دارو بدانها اعتراف نمی‌کرد. زمانی که

کمی از این دارو به متهم داده شود بندها و مهارهای کتمان امور گشوده می‌شوند و زمانی که فرد سخن می‌گوید از بسیاری از حقایق پرده برداشته می‌شود (القاضی، ۲۰۰۸: ۹۲-۹۳).

نظرات حقوقی و قانونی درباره میزان اعتبار مدارک به دست آمده از بازپرسی متهم، با استفاده از این روش و قبول آن به عنوان دلیل و مدرکی محکمه پسند علیه متهم، اختلاف دارند. بعضی از حقوقدانان کیفری معتقد به جواز استفاده از این روش در شرایطی معین و مطابق شرط معینی هستند. شرایط و شروطی مانند شرایط و شروط عمل‌های جراحی پزشکی یا در صورت موافقت متهم با انتخاب خود و آگاه بودن از تاثیر آن، یا استفاده از این روش در برخی جرایم مانند جرایم تروریستی که اهمیت استفاده از چنین روش‌هایی را ایجاب می‌نماید؛ به شرطی که تحت نظارت کامل قضایی صورت گیرد (ناجی، ۱۹۸۹: ۱۸۴). اما نظر پذیرفته شده تر، استفاده از این روش‌ها را - با هر درجه علمی که باشند - رد می‌کند و طبیعتاً این رد متوجه کسانی نیز می‌شود که تلاش یا حيله گری می‌کنند تا برخی جرایم را استثنا نمایند.

### ۱-۲-۲-۱- تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از سرم راستگویی

در حقوق ایران هر گونه اجبار مادی در تحقیقات مردود اعلام گردیده است. تحقیقات نیز باید تحت نظارت و تدابیر قانونی صورت گیرد و مقام تحقیق در انجام تحقیقات مجاز به هر اقدامی برای تحصیل دلیل نیست. در این راستا بند ۱۰ قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی بیان می‌دارد: «تحقیقات و بازجویی‌ها باید مبتنی بر اصول و شیوه‌های علمی قانونی و آموزش‌های قبلی و نظارت لازم صورت گیرد و با کسانی که ترتیبات و مقررات را نادیده گرفته و در اجرای وظایف خود به روش‌های خلاف آن متوسل شده‌اند بر اساس قانون برخورد جدی صورت گیرد».

در حقوق انگلیس نیز مقرره‌ای در این خصوص موجود نیست و با توجه به اینکه دادگاه‌ها به استفاده از روش‌های علمی جدید تمایل دارند این امر که آیا در عمل از چنین ابزاری استفاده می‌گردد یا خیر مستلزم بررسی رویه قضایی این کشور می‌باشد که برای نویسنده مقدور نمی‌باشد.

در حقوق مصر، در ماده ۲۱۸ دستورات دادستان عمومی ذکر گردیده است: «بازپرسی از طریق استفاده از داروهای بیهوش کننده برای وادار کردن متهم، باطل و اعتراف حاصل از آن بی‌فایده است. زیرا چنین اعمالی از جمله اعمال اجبار مادی به شمار می‌آید» (قاید، ۲۰۰۵: ۱۲۵). دیوان عالی مصر نیز حکم داده که این روش‌ها جزو روش‌های اجبار مادی هستند که در اعترافات متهم تاثیر دارند و بر این اساس، باطل می‌باشند. بدین صورت، دادگاه عالی مصر دادن مواد بیهوش کننده یا آنچه سرم حقیقت نامیده می‌شود و اجبار مادی را یکی دانسته است (قاید، ۲۰۰۵: ۱۲۷).

بر اساس آنچه پیش از این آمد، نویسنده، استفاده از داروهای بیهوش کننده در زمینه تحقیق جنایی را نقض حریم خصوصی و تعدی به شخصیت متهم می‌داند. زیرا به سلامتی جسمی و آزادی اراده و اندیشه آسیب می‌رساند. همچنین نمی‌توان استفاده از این روش در جرایم تروریستی را تحت دلایل اهمیت این جرایم پذیرفت. زیرا مبارزه با تروریسم به وسیله تروریسمی بزرگتر از خود آن مجاز نیست و این کار، تعدی به کرامت انسانی است.

بنابراین ضمانت اجرای استفاده از داروهای بیهوش کننده برای وادار کردن متهم، باطل و بی‌فایده بودن اقرار و اعتراف ناشی از آن است زیرا چنین اعمالی از جمله اعمال اجبار مادی به شمار می‌آید که در قوانین بر منع آن تصریح گردیده است و در صورتی که در راستای استفاده از این داروها به متهم آسیبی وارد شود جرم بوده و قابل مجازات نیز می‌باشد.

## ۲- تضمین حق امنیت شخصی و آزادی جابجایی

از آنجا که حق انسان در امنیت و آزادی جابه‌جایی از حقوق اساسی اشخاص به شمار می‌آیند که چشم پوشی از آن پذیرفته نیست، همه افراد جامعه حق حیات ایمن و مطمئن در سرزمین خود را دارند. بنابراین دستگیری یا توقیف آنان به صورت ستمگرانه و مصادره حق او در آزادی جز بر اساس مقررات قانون اساسی و طبق اجرائیات مقرر در سایر قوانین، مجاز نیست. اما در مورد جرایم تروریستی، برخی اجرائیات ناقض حقوق شهروندی و آزادی فردی وجود دارد که نیروهای تحقیقی انجام می‌دهند و خروج از قواعد و احکام عمومی به شمار می‌آید یا این نیروها آن را بدون اجازه قانونگذار و داشتن سندی از قانون انجام می‌دهند. مهم ترین این اجرائیات آن است

که توقیف یا بازداشت مظنون به جرم تروریستی برای زمان‌های طولانی یا نامعلومی صورت می‌گیرد. این اقدام، خروجی واضح و صریح از مهم‌ترین حقوق بشر است که همان حق انسان در آزادی جابه‌جایی می‌باشد و بر اساس آن نباید فردی را جز بر اساس سندی قانونی و برای مدتی محدود از آزادی محروم نمود.

اعلامیه جهانی حقوق بشر سال ۱۹۸۴ در مواد ۹ و ۱۳ خود بر حق آزادی جابه‌جایی تصریح کرده است. همچنین قوانین اساسی مختلف نیز حمایت از امنیت فردی و آزادی جابه‌جایی افراد را آورده اند.

در حقوق ایران اصل ۳۲ قانون اساسی مقرر نموده است: «هیچ کس را نمی‌توان دستگیر کرد مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند...». همچنین اصل سی و سوم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «هیچ کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه‌اش ممنوع یا به اقامت در محلی مجبور ساخت مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد». ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری نیز مقرر نموده است: «اصل برائت است. هرگونه اقدام محدود کننده، سلب آزادی و ورود به حریم خصوصی اشخاص جز به حکم قانون و با رعایت مقررات و تحت نظارت مواد قضایی مجاز نیست و...».

در حقوق انگلستان در قانون تروریسم ۲۰۰۰، اختیار محدود کردن حقوق اشخاص به یک مقام اجرایی کشور اعطا شده است. در حالی که این امر باید با مجوز یک مقام قضایی صورت گیرد، زیرا اصولاً در هر کشوری قوه قضاییه ضامن صیانت از حقوق فردی است و هرگونه تهدید این حقوق باید با اجازه آن نهاد صورت گیرد (آقابابایی، ۱۳۸۹: ۲۷۲). بخش پنجم این قانون نیز مجموعه‌ای محدود از اختیارات مربوط به توقیف و بازداشت و بازجویی مظنونین تروریستی را ایجاد می‌کند. به موجب ماده ۴۱ این قانون، اگر پلیس به صورت معقولی مظنون شود که کسی یک تروریست است می‌تواند بدون مجوز قضایی وی را بازداشت کند (Conte, 2010: 235).

قانون ضدتروریسم، جرم و امنیت ۲۰۰۱ نیز به نحو مهمی به رژیم قانونی حاکم بر قانون تروریسم ۲۰۰۰ اضافه می‌شود. از اختیارات آمده در قانون تروریسم ۲۰۰۱ می‌توان به بازداشت اتباع خارجی برای مدت نامعلوم اشاره کرد. در این قانون به اداره مهاجرت اختیار داده شده است تا

بتواند افرادی را که نسبت به آنها ظن و گمان تروریست بودن وجود دارد مشمول ضمانت اجراهای قانون مهاجرت مصوب ۱۹۷۱ قرار دهد بدون این که تروریست بودن فرد در دادگاه به اثبات رسیده باشد. مفهوم چنین اختیاری این است که اداره مهاجرت خود به جای مقام قضایی و آن هم بر اساس ظن و گمان می‌تواند نسبت به افراد تصمیم‌گیری نماید (قدیری بهرام آبادی، ۱۳۹۵: ۲۰۵).

در حقوق مصر حمایت از امنیت فردی و آزادی جابه‌جایی همان چیزی است که در مواد ۴۱ و ۵۱ قانون اساسی سال ۱۹۷۱ آمده است. اگرچه قانون فوق‌العاده مصر در ماده سوم خود بر برخی تدابیر ناقض حق فرد در آزادی انتقال مانند حق بازداشت و زندانی کردن مظنونان و نیز تفتیش اشخاص و مکان‌ها، بدون پایبندی به قانون اجرائیات جنایی تصریح کرده، اما این خروج از احکام و قواعد قانون اساسی به شمار می‌آید و با آزادی‌های عمومی برخورد دارد (تمام، ۲۰۰۷: ۷۷).

قانون اجرائیات جنایی مصر در ماده ۴۰ خود می‌گوید: «دستگیری یا حبس فرد، بدون دستور بخش‌های مربوطه، قانوناً مجاز نیست...» و در ماده ۴۱ نیز می‌گوید: «حبس هیچ فردی جز به مقتضای دستور ارگان مربوطه آن هم برای مدتی محدود، مجاز نیست». این حمایت در قانون مجازات‌های مصر نیز آمده و ماده ۲۸۰ آن می‌گوید: «هر کس بدون فرمان یکی از حکم‌دهندگان مربوطه و در شرایطی غیر از شرایط تصریح شده در قوانین و لوایح مربوطه به دستگیری مظنون، اقدام به دستگیری یا حبس یا بازداشت فردی نماید به حبس یا غرامت تا دویست جنية مصری محکوم می‌شود».

در حقوق ایران و مصر همان‌گونه که اشاره شد به صراحت بر منع تعرض به امنیت شخصی و آزادی افراد در قوانین اساسی و عادی تصریح گردیده است و ضمانت اجرای پیش‌بینی شده مجازات شخصی است که بدون مجوز قانونی و حکم قضایی نسبت به سلب آزادی اشخاص اقدام می‌کند. برای مثال مطابق ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی ایران هر گونه سلب آزادی افراد بدون مجوز قانونی با مجازات حبس قابل مجازات است و این ضمانت اجرا برای تمام افراد و در برابر تمام متهمان است و نمی‌توان با این استدلال که شخص متهم به جرایم تروریستی است لذا نسبت به سلب آزادی وی خارج از مقررات قانونی اقدام کرد. اما در حقوق انگلستان همان‌گونه

که اشاره شد قانونگذار صلاحیت دستور بازداشت و سلب آزادی اشخاص را در برخی موارد به یک مقام اجرایی داده است و در برخی موارد نیز بازداشت فرد را بدون اتهام تجویز نموده است. به نحوی که به صرف ظن به تروریست بودن مجوز دستگیری وی به پلیس داده شده است که این امر خلاف صریح اصول مسلم حقوق کیفری و اسناد بین‌المللی حقوق بشری است که لازم است قانونگذار انگلستان در این خصوص تجدیدنظر نموده و راه را برای نقض حقوق شهروندی متهمان جرایم تروریستی باز نگذارد. چرا که نقض حقوق شهروندی متهمان جرایم تروریستی خود اقدامی خارج از قانون است و اقدام غیر قانونی مجرمین نباید با اقدام غیر قانونی دیگر پاسخ داده شود.

### ۳- تضمین حق بر حریم خصوصی

حریم خصوصی، حق خلوت برای انسانهاست که با آزادی‌های فردی در بستر جامعه هم ریشه و هم بستر است. ماهیت آن با شخصیت و هویت انسان پیوند خورده است و به مانند حقوق فطری که مطلوب انسان است امری فطری و لازمه حفظ حقوق انسانی است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۴).

منزل و مسکن و جسم و اطلاعات و ارتباطات خصوصی از مهم‌ترین عرصه‌های حریم خصوصی هستند. ورود بدون اجازه به منزل خصوصی، ایست بازرسی‌ها و تفتیش‌های بدنی، شنود مکالمات و کنترل مراسلات و ارتباطات دسترسی به اطلاعات شخصی، افشای مسائل خصوصی در رسانه‌ها و... از مصادیق ورود به حریم خصوصی محسوب می‌شود (انصاری، ۱۳۸۶: ۱). اینها هنجارشکنی‌هایی است که تقریباً تمامی آنها نسبت به متهمان جرایم تروریستی اعمال می‌شود و امروزه با پیشرفت فناوری اطلاعات و ارتباطات، نقض حریم خصوصی افراد به راحتی امکان پذیر است و دیگر محدود به انجام یک تفتیش فیزیکی در خانه نیست (Charles, 2008: 38).

ملاحظه می‌شود که قوانین مقابله با تروریسمی که بسیاری از دولت‌ها صادر کرده اند آزادی زیادی برای مبارزه با تروریسم به نیروهای حکومتی داده و این به ضرر ضمانت‌های آزادی فردی افراد تمام می‌شود و زندگی خصوصی افراد در معرض تجاوز زیادی قرار گرفته است، زیرا به

نیروهای حکومتی، اجازه تحت نظر گرفتن زندگی خصوصی فرد مظنون به ارتکاب جرایم تروریستی داده شده و این در صورتی است که حرمت زندگی خصوصی به موجب میثاق‌های بین‌المللی و متون قانون اساسی - که بالاتر از هر قانونی است که حریم خصوصی انسان را نقض کند- مصون است و حفظ و رعایت آن تضمین گردیده است و در صورت نقض آن ضمانت اجرای کیفری پیش بینی شده است.

### ۱-۳- تضمین حق بر حریم خصوصی در اسناد بین‌المللی

زندگی خصوصی دارای جایگاهی بین‌المللی است، چرا که اعلامیه جهانی حقوق بشر سال ۱۹۴۸ در ماده ۱۲ می‌گوید: «هیچ ورود ستمگرانه در زندگی خصوصی افراد یا امور خانوادگی یا مسکن یا نامه‌های آنها و حمله به شرافت و آبروی او مجاز نمی‌باشد و هر فردی حق دارد در برابر چنین ورودها یا حملات در حمایت قانون باشد». این اعلامیه همه اقدامات پیشین در زمینه حقوق بشر را در یک‌جا جمع کرده و فلسفه قانونی برای بسیاری از اسناد بین‌المللی را فراهم آورده که حمایت از حقوق و آزادی‌های این اعلامیه را هدف قرار داده اند (الشرعه الدولیه لحقوق الانسان، ۱۹۹۶: ۷).

در تاکید بر محتویات اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در ماده ۱۷ می‌گوید: «ورود ستمگرانه یا غیر قانونی در امور خصوصی فرد یا خانواده یا محیط یا نامه‌های او و نیز تعرض غیر قانونی به شرف و اعتبار او مجاز نمی‌باشد و هر فردی حق دارد در برابر چنین ورود یا تعرضی در حمایت قانون باشد». همچنین کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که در سال ۱۹۵۰ در رم صادر شد در ماده هشتم می‌گوید: «هر فردی حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی و مسکن و نامه‌هایش را دارد و حکومت نمی‌تواند در این حق ورود کند مگر آن که این ورود، طبق قانون و اقدامی ضروری در جامعه دموکراتیک برای حمایت از امنیت ملی یا امنیت عمومی یا رفاه اقتصادی دولت یا حمایت از نظم عمومی یا منع جرایم یا حمایت بهداشتی یا اخلاق یا حمایت از حقوق و آزادی‌های دیگران باشد» (هاریمسون، ۱۹۸۹: ۴۴۶-۴۴۸).

مهم‌ترین ضمانت‌های آزادی فردی و حفاظت از حرمت زندگی خصوصی تنها در متون میثاق‌های حقوق بشری نیامده‌اند، بلکه دولت‌ها در این زمینه تحت نظارت بین‌المللی سازمان‌های

حقوق بشری قرار دارند که برجسته ترین آن‌ها کمیته بین‌المللی حقوق بشر است که هدف آن در درجه اول نظارت بر حسن اجرای حقوق مدنی اشخاص در دولت‌ها می‌باشد (البرعی، ۱۹۸۵: ۳۰-۳۱). نظارت کمیته حقوق بشر، روشی پیشرفته تر از سطح بین‌المللی دارد. چرا که نظام قانون در اروپا به هر فردی که یکی از حقوق مذکورش در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر توسط نیروهای حکومتی در کشورش یا هر کشور اروپایی دیگر نقض شده اجازه می‌دهد در پیشگاه دادگاه اروپایی حقوق بشر طرح دعوی نماید. این دادگاه می‌تواند حکم به بطلان آن اقدام داده و علاوه بر آن برای آن فرد، جبران خسارت، تعیین کند. به عنوان مثال دادگاه عدل اروپایی در ۲۴ آوریل ۱۹۹۰ حکم به محکومیت شنود مکالمات تلفنی در فرانسه توسط قاضی تحقیق به دلیل مخالفت با ماده هشتم کنوانسیون اروپایی حقوق بشر صادر کرد که این امر قانونگذار فرانسوی را ناچار به صدور قانون شماره ۶۴۶/۶۱ سال ۱۹۹۱ نمود که در آن ضمانت‌هایی در شرایط شنود قضایی مکالمات ذکر شده بودند (الشهاوی، ۲۰۰۵: ۴۱۷).

شایان ذکر است که از بیش از چهارده قرن پیش تاکنون، قرآن کریم و سنت نبوی بر احترام و تقدیس حرمت زندگی خصوصی افراد تاکید داشته و اسلام از تجسس و جاسوسی برای کشف امور خصوصی افراد نهی نموده است. به عنوان نمونه خداوند تعالی در قرآن می‌فرماید: «ای کسانی که ایمان آورده اید از بسیاری گمان‌ها بپرهیزید. همانا برخی از گمان‌ها گناه هستند و تجسس نکنید و غیبت یکدیگر را نکنید...» (قرآن کریم، حجرات: ۱۲). همچنین رسول خدا (ص) خطبه‌ای ایراد کرد و در آن از جستجو در رازهای مسلمانان نهی کرده و فرمود: «ای کسانی که به زبان ایمان آورده اید اما ایمان وارد قلبتان نشده! غیبت مسلمانان را نکنید و رازهای نهان آنها را مجوید. هر کس عیب نهانی برادرش را بجوید خداوند عیب نهانی اش را خواهد جست» (ابن کثیر، ۱۹۸۸: ۲۱۲-۲۱۴).

از آنچه آمد روشن می‌شود که شریعت اسلامی در حمایت از زندگی خصوصی انسان بر دیگران پیشی بسته و این حمایت، احترام به آزادی‌ها و حقوق افراد می‌باشد و به گونه‌ای بیان شده که جایی برای شک نمی‌گذارد که شریعت اسلامی بر رعایت حریم خصوصی افراد تاکید ویژه‌ای دارد.

## ۲-۳- تضمین حق بر حریم خصوصی در قوانین

در حقوق ایران هر چند مواد پراکنده‌ای در خصوص حریم خصوصی وجود دارد، اما تعریفی از آن صورت نگرفته است. اما در ماده ۲ لایحه «حمایت از حریم خصوصی» بدین شرح تعریف شده بود: «حریم خصوصی قلمرویی از زندگی هر شخص است که آن شخص عرفاً یا با اعلان قبلی در چارچوب قانون انتظار دارد تا دیگران بدون رضایت وی به آن وارد نشوند یا بر آن نگاه یا نظارت نکنند یا به اطلاعات راجع به آن دسترسی نداشته یا قلمرو وی را مورد تعرض قرار ندهند. جسم و البسه و اشیای همراه افراد، اماکن خصوصی، منازل، محل‌های کار، اطلاعات شخصی و ارتباطات خصوصی با دیگران حریم خصوصی محسوب می‌شوند» (محسنی، ۱۳۸۹: ۳۲ و انصاری، ۱۳۸۶: ۳۸-۳۹).

قانون اساسی ایران در اصل ۲۲ مقرر کرده است: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند». همچنین اصل بیست و پنجم قانون اساسی مقرر نموده است: «بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آنها، استراق سمع و هرگونه تجسس ممنوع است مگر به حکم قانون». به عبارتی قانون اساسی همه‌گونه تعرض به حریم خصوصی اشخاص را منع نموده است و در این خصوص تفاوتی ندارد که شخص متهم به چه جرمی باشد.

بند ۸ ماده واحده قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوبه ۱۳۸۳ در راستای حمایت از حریم خصوصی اشخاص مقرر نموده است: «بازرسی و معاینات محلی جهت دستگیری متهمان فراری یا کشف آلات و ادوات جرم بر اساس مقررات قانونی و بدون مزاحمت و در کمال احتیاط انجام شود و از تعرض نسبت به اسناد و مدارک و اشیایی که ارتباطی به جرم نداشته و یا به متهم تعلق ندارد و افشای مضمون نامه‌ها و نوشته‌ها و عکس‌های فامیلی و فیلم‌های خانوادگی و ضبط بی‌مورد آنها خودداری گردد». تضمین این ماده واحده در ماده ۷ قانون آیین دادرسی کیفری صورت گرفته است به نوعی که عدم رعایت این ماده واحده از سوی تمام

مقامات قضایی و ضابطین دادگستری و سایر اشخاصی که در فرایند دادرسی مداخله دارند ضمن جبران خسارت، محکومیت به حبس نیز دارد.

نظام حقوقی انگلستان حریم خصوصی را به رسمیت نمی شناسد و شخصی که به حریم او تجاوز شده است باید اثبات کند که فعل شخص متجاوز یک خطای شناخته شده است و بر مبنای آن خطا اقدام به طرح دعوا کند (انصاری، ۱۳۸۶: ۸۹). البته اقدامات انگلستان در نقض حریم خصوصی موجب شد تا پاسخی از دیوان اروپایی حقوق بشر صادر گردد. در یکی از پرونده‌ها<sup>۱</sup>، ماده ۴۴ قانون مبارزه با تروریسم انگلستان که بازجویی عمومی و بازداشت اشخاص مظنون را مجاز می‌دانست مورد بررسی قرار گرفت و دیوان عنوان کرد که معیار مندرج در این قانون که تقریباً شامل هر کس می‌گردید، ناقض حریم خصوصی است. از سوی دیگر شکایت به دادگاه اروپایی، ضمانتی قوی برای حفظ حریم خصوصی افراد در برابر تعدیات از سوی افراد حکومتی چه در جرایم تروریستی و چه در جرایم عادی می‌باشد به گونه‌ای که سابقه دارد که دادگاه، توسعه اختیارات نیروهای حکومتی در انگلستان را مخالف کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به شمار آورده است (الشهاوی، ۲۰۰۵: ۳۲-۴۱). اما در هر حال قانونگذار انگلستان به صورت مستقل به حق زندگی خصوصی اعتراف نکرده است. این امر موجب خروج اشکالی از نقض حق خصوصی افراد از حیطه جرم انگاری می‌شود و قوانینی نیز برای حمایت از این حق صادر نکرده است، بلکه برخی قوانین را به صورت اصلاحی برای حمایت از آبروی افراد یا حمایت از دارایی آن‌ها صادر کرده است. از جمله اینها قانون ایمنی صادره سال ۱۸۷۵ می‌باشد که در آن قانونگذار، عمل تحت نظر گرفتن یا نگاه کردن به داخل خانه‌ها را جرم شمرده است. همچنین در قانون پستخانه صادره سال ۱۹۵۳ مزاحمت چند باره تلفنی را جرم شمرده و به قربانی اجازه اقامه دعوی نزد ارگان‌های قضایی را داده است (الشهاوی، ۲۰۰۵: ۲۲۶-۲۳۴).

عدم اختصاص جایگاهی مستقل به حریم خصوصی به عنوان یک حق در قانون انگلستان، به معنای عدم وجود مقدار مشخص از حمایت در برابر نقض این حق نیست. قوه قضاییه انگلستان

<sup>1</sup>. Gillian and Quinton, v. United Kingdom, (2010), England

توانسته در راه رسیدن به این مقدار از حمایت به روش‌ها و وسایل گوناگون تلاش کند. این امر از اینجا معلوم می‌شود که نقض حریم خصوصی را رفتاری مجرمانه از قبیل دشنام به شمار آورده و در حالت‌های دیگر آن را از قبیل تعدی به دارایی و حقوق دیگران و گروهی از این نقض را از جمله مزاحمت و قسمتی دیگر را از قبیل اخلال در اعتماد به شمار آورده است. همه اینها از جمله خطاهایی هستند که در قانون انگلیس آمده اند (حجازی، ۲۰۰۴: ۳۲).

در نظام حقوقی مصر، قانون اساسی سال ۱۹۷۱، حمایت از حق خصوصی افراد را در بابی ویژه تحت سیادت قانون درآورده و در ماده ۴۵ مقرر نموده: «حریم خصوصی شهروندان دارای حرمتی است که قانون از آن حمایت می‌کند و نامه‌های پستی و الکترونیکی و مکالمات تلفنی و دیگر وسایل ارتباطی، حرمت دارند و طبق احکام قانون، محرمانگی آنها تکفل می‌شود و مصادره آن‌ها یا اطلاع از آنها یا نظارت بر آنها جز با امر مستدل قضایی و برای مدتی محدود مجاز نمی‌باشد». همچنین در ماده ۵۷ خود، تجاوز به آزادی فردی یا حریم خصوصی افراد را جرمی دانسته که با مرور زمان ساقط نمی‌شود (القاضی، ۲۰۰۸: ۱۷۰-۱۷۱).

قانونگذار مصر در ماده ۳۰۹ مکرر از قانون مجازات‌ها می‌گوید: «هر کس به حریم خصوصی شهروندان تعدی کند یا بدون رضایت قربانی، کارهای زیر را انجام دهد به حبس تا شش ماه محکوم می‌شود:

- شنود یا ضبط یا نقل گفت‌وگوهای یک مکان خصوصی یا مکالمات تلفنی از طریق هر نوع سیستمی

- عکس برداری یا انتقال این عکس از فردی در یک مکان خصوصی از طریق هر نوع سیستمی».

در مجموع باید گفت حقوق ایران و مصر به صراحت به حرمت نقض حریم خصوصی تاکید داشته اند و برای نقض حریم خصوصی اشخاص مجازات تعیین کرده اند و تفکیکی نیز بین متهمان صورت نگرفته است که این رویکرد مطابق با موازین بین‌المللی و اسناد حقوق بشری است چرا که ورود به حریم خصوصی متهمان جایز نیست و به بهانه مبارزه با تروریسم نمی‌توان نسبت به نقض حریم خصوصی اشخاص اقدام کرد. در این بین حقوق انگلستان علیرغم تصریح

بر وجود حریم خصوصی در قوانین، نسبت به حمایت از حریم خصوصی اشخاص به انحراف گوناگون اقدام نموده است.

#### ۴- تضمین حق بهره مندی از وکیل

شاید بتوان گفت مهم‌ترین دلیل برای منع استفاده از وکیل توسط متهمان تروریستی، امکان انحراف واقعیت باشد. اما با توجه به اصل تساوی سلاح‌ها باید گفت ضرورت داشتن وکیل برای همه متهمان از اصول دادرسی منصفانه است.

در حقوق ایران بر اساس مواد ۴۸ و ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ متهم می‌تواند در مرحله تحقیقات مقدماتی یک نفر وکیل همراه خود داشته باشد. این حق باید پیش از شروع به تحقیق به متهم ابلاغ و تفهیم گردد و سلب این حق یا عدم اعلام به متهم موجب بی‌اعتباری تحقیقات خواهد بود. چنین حقی در تمامی جرایم موجود است و هیچ جرمی نیز استثنا بر این امر نیست. البته در تبصره اصلاحی ماده ۴۸ قانون مذکور حق انتخاب وکیل توسط طرفین در مرحله تحقیقات مقدماتی در برخی از جرایم از جمله جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی محدود شده و آنها را مکلف به انتخاب وکلایی نموده است که مورد تایید رئیس قوه قضاییه باشند که به نظر وجود چنین شرطی و پیش بینی آن در قانون منطقی به نظر نمی‌رسد. هر چند که تهیه‌کنندگان این تبصره با این پیش فرض که پرونده‌های امنیتی می‌تواند مخاطرات فراوانی برای امنیت ملی داشته باشد- لذا لازم است از وکلایی در این چنین پرونده‌هایی استفاده شود که مورد اعتماد نظام قرار دارند- اقدام به درج این شرط نموده اند. اما در هر حال این محدودیت صرفاً در مرحله تحقیقات مقدماتی وجود دارد و در مرحله محاکمه این محدودیت وجود ندارد و مطابق ماده ۳۴۶ قانون آیین دادرسی کیفری طرفین در دادگاه می‌توانند در تمام امور کیفری از وکیل دادگستری استفاده کنند و این امر استثنا بردار نیست. همچنین مطابق ماده ۳۴۸ همین قانون در برخی جرایم حتی جلسه رسیدگی بدون حضور وکیل متهم تشکیل نمی‌گردد که این امر نشان از اهتمام قانونگذار ایران بر استفاده از وکیل در مرحله محاکمه دارد.

در حقوق انگلستان حق داشتن وکیل و همچنین اطلاع دادن این حق به موجب قانون پلیس و ادله کیفری ۱۹۸۴ انگلیس در دستورالعمل‌های پلیس منعکس شده است (دستورالعمل C قانون پلیس و ادله کیفری، ۱۹۸۴). اما لازم به ذکر است که قانون ضد تروریسم جرم و امنیت ۲۰۰۱ انگلیس حق دسترسی به وکیل را در ۴۸ ساعت اولیه بازداشت محدود نموده است (لارگیه، ۱۳۷۸: ۹۳). برخی قوانین نیز مانند قانون تروریسم ۲۰۰۶، قائل به کنترل وکالت یا مشاوره در دعاوی مرتبط با اقدامات تروریستی است که در گذشته برخورد سخت‌گیرانه انگلیس با بازداشت شده‌های ایرلندی سبب محکومیت آن از سوی دیوان اروپایی حقوق بشر شده است. دیوان اروپایی حقوق بشر در شکایت شخصی به نام "لالس" علیه کشور ایرلند که از ۳ ژوئیه تا ۱۱ دسامبر ۱۹۷۵ به مدت ۶ ماه و به استناد قانونی خاص (ضد تروریسم) در یک کمپ نظامی تحت بازداشت قرار می‌گیرد، تصریح کرد که برخورداری از امتیازات مواد ۶ و ۷ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر شامل همه افراد می‌گردد؛ حتی اگر فرد تروریستی باشد که با دولت متعاقد خصومت پیشه کرده است. به عبارت دیگر ناشایست بودن دادخواه مندرج در مواد ۵، دلیلی بر محرومیت وی از دادرسی منصفانه نخواهد بود (آشوری، ۱۳۹۵: ۳۳۰).

در حقوق کیفری مصر ماده ۴۱ قانون مبارزه با تروریسم ۲۰۱۵ مقرر داشته است: مأمور ضابط قضایی، هر کس را که طبق ماده ۴۰ این قانون بازداشت نموده از دلایل آن آگاه می‌کند و فرد حق تماس با کسانش برای آگاه کردن آنان و کمک گرفتن از وکیل را دارد البته به شرطی که در مصلحت تحقیقات، اخلاقی ایجاد نشود.

بنابراین باید گفت حق بهره‌مندی از وکیل در تحقیقات مقدماتی از حقوق مهم متهمان است که لازمه یک دادرسی منصفانه است و در این راستا تفاوتی بین متهمان وجود ندارد و منع این حق برای متهمان جرایم تروریستی موجب بی‌اعتباری تحقیقات است.

با وجود قوانین ضد تروریستی بسیار تا قبل از سال ۲۰۰۱ در کشورهای مختلف در دوره کوتاهی پس از حادثه در این سال بسیاری از کشورها تحت فشار افکار عمومی به خیل تصویب کنندگان قوانین ضد تروریستی جدید پیوستند و در فاصله‌ای کوتاه قوانین بسیاری در این عرصه به تصویب رسید. این قوانین در جدالی سخت با اصول کلاسیک حقوق کیفری دولت‌ها را به نقض حقوق بشر واداشتند. این قوانین آشکارا با اصول کلی و اساسی حقوق بشر در تعارض قرار گرفتند. اما باید گفت که یکی از الزامات حقوق بشری در مبارزه با جرایم تروریستی رعایت حقوق متهم در تمام مراحل دادرسی می‌باشد. این امر مورد تأکید اسناد متعدد بین‌المللی قرار گرفته است و قوانین اساسی کشورهای مختلف نیز این امر را ضمانت نموده‌اند.

یکی از مراحل مهم دادرسی کیفری مرحله تحقیقات است که در خصوص متهمان جرایم تروریستی به صورت افتراقی صورت می‌گیرد. متهم به جرایم تروریستی بر خلاف سایر متهمان از حقوق شهروندی مقرر در قوانین برخوردار نیست. در حالی که این حقوق به صراحت در اسناد بین‌المللی و قوانین کشورها مورد تأکید قرار گرفته است و با ضمانت اجرای بی‌اعتباری تحقیقات و حتی جرم انگاری اقدامات تعدی گرایانه مشخص شده است.

حق متهم به سلامت جسمی و ذهنی و به تبع آن منع هر گونه شکنجه و آزار و اذیت و همچنین حق متهم به امنیت و آزادی در جابه‌جایی و عدم هر گونه بازداشت بدون دلیل قانونی و حق بر حریم خصوصی اشخاص و حق بهره‌مندی از وکیل از حقوقی است که در مرحله تحقیقات در اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی به صراحت مورد تأکید قرار گرفته است و در این زمینه تفاوتی وجود ندارد که شخص متهم به چه جرمی باشد. به عبارت دیگر شخص حتی اگر متهم به جرایم تروریستی باشد از حقوق معینی برخوردار است که اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی آن را تکفل کرده‌اند و هر گونه نقض این حقوق موجب بی‌اعتباری تحقیقات می‌گردد و در مواردی برای شخص تعدی کننده مجازات نیز در پی خواهد داشت.

در نظام حقوقی ایران در خصوص جرایم تروریستی دادرسی افتراقی پیش بینی نگردیده است و دادرسی متهم جرایم تروریستی به مانند سایر متهمان است و برای نقض حقوق شهروندی متهمان نیز صراحتاً ضمانت اجرای بی اعتباری تحقیقات و مجازات متعدی را پیش بینی کرده است. اما اینکه در رویه به واقع قانون به صورت کامل اجرا می گردد یا خیر جای تامل دارد. نظام حقوقی انگلستان در قوانین مبارزه با تروریسم مقررات خاصی را پیش بینی کرده است و به عبارتی بر لزوم دادرسی افتراقی این متهمان تاکید داشته است که منجر به نقض حقوق شهروندی متهمان گردیده است. در حالی که مطابق اسناد حقوق بشری بین المللی نقض حقوق شهروندی متهمان ممنوع بوده و موجب بی اعتباری تحقیقات می شود.

نظام حقوقی مصر بر رعایت حقوق متهمان تاکید کرده است و در قانون مبارزه با تروریسم نیز بر این امر تصریح داشته است و برای تعدی کنندگان به حقوق شهروندی متهمان - بدون تمیز بین متهمان - بی اعتباری تحقیقات و مجازات را پیش بینی کرده است.

## قرآن کریم

## ۱- منابع فارسی:

## کتاب:

- ۱- انصاری، باقر، (۱۳۸۶)، حقوق حریم خصوصی، نشر سمت، چاپ اول.
- ۲- آقا بابایی، حسین، (۱۳۸۹)، قلمرو امنیت در حقوق کیفری، نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول.
- ۳- بکاریا، سزار، (۱۳۸۹)، رساله جرایم و مجازات‌ها، برگردان اردبیلی، محمد علی، نشر میزان، چاپ ششم.
- ۴- رحیمی نژاد، اسماعیل، (۱۳۸۷)، کرامت انسانی در حقوق کیفری، نشر میزان، چاپ اول.
- ۵- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد اول، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- ۶- گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۶)، ادله اثبات دعوا، نشر میزان، چاپ سوم.
- ۷- لارگیه، ژان، (۱۳۷۸)، آیین دادرسی کیفری فرانسه، برگردان کاشفی اسماعیل زاده، اسماعیل، نشر گنج دانش، چاپ اول.
- ۸- محسنی، فرید، (۱۳۸۹)، حریم خصوصی اطلاعات (مطالعه کیفری در حقوق ایران، ایالات متحده آمریکا و فقه امامیه)، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق.

## مقالات و پایان نامه:

- ۹- آشوری، محمد، (۱۳۹۵)، مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در مجموعه حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، خرسندی.
- ۱۰- اردبیلی، محمد علی، (۱۳۷۶-۱۳۷۷)، «گفتاری درباره شکنجه و پیشگیری از آن»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۱ و ۲۲

۱۱- ایزک غنمی، سیما، (۱۳۸۶)، «سازگاری اقدامات ضد تروریستی استانداردهای بنیادین

حقوق بشر»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.

۱۲- پاک نیت، امیر، (۱۳۹۲)، «احساس ناامنی و ترس از جرم»، آموزه‌های حقوق کیفری،

دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۵.

۱۳- حاتمی، مهدی و حاجی زاده، محمد، (۱۳۸۶)، «بررسی قانون ضد تروریسم انگلستان»،

مجله حقوقی نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۳۶.

۱۴- قدیری بهرام، رشید، (۱۳۹۵)، مبانی و اصول آیین داری کیفری جرایم تروریستی،

رساله دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.

## ۲- منابع عربی:

۱۵- البرعی، عزت سعد السید، (۱۹۸۵)، حمایه الانسان فی ظل التنظيم الدولیه الاقليمیه، کلیه

الحقوق، جامعه عین شمس.

۱۶- ابن کثیر، (۱۹۸۸)، تفسیر القرآن العظیم لابن کثیر، الجزء الرابع، دار مصر، للطباعه.

۱۷- تمام، احمد حسام طه، (۲۰۰۷)، الجوانب الاجرائیه فی الجرمه الارهابیه، دراسه مقارنه

فی التشريع الفرنسی، القاهره، دار النهضه العربیه.

۱۸- حجازی، مصطفی احمد عبد الجواد، (۲۰۰۴)، المسؤولیه المدينه للصحفی عن انتهاک

حرمة الحياه الخاصه، القاهره، دار النهضه العربیه.

۱۹- سرور، احمد فتحی، (۲۰۰۸)، المواجهه القانونیه الارهاب، القاهره، دار النهضه العربیه.

۲۰- الشاوی، سلطان، (۱۹۷۵)، اصول التحقيق الاجرامی، بغداد، مطبعه الارشاد.

۲۱- شمس الدین، اشرف توفیق، (۲۰۰۷)، الحمایه الجنائیه للحریه الشخصیه من الوجهه

الموضوعیه، دراسه مقارنه، الطبعه الثانيه، قاهره، دار النهضه العربیه.

۲۲- الشهاوی، محمد، (۲۰۰۵)، الحمایه الجنایه لحرمة الحياه الخاصه، القاهره، دار النهضه

العربیه.

- ۲۳- علام، وائل، (۲۰۰۴)، الحماية الدولية لضحايا الجريمة، القاهرة، دار النهضة العربية.
- ۲۴- الغزال، عبد الحكيم ذنون، (۲۰۰۷)، الحماية الجنائية للحريات الفردية، دراسه مقارنه، الاسكندريه، منشاه المعارف.
- ۲۵- القاضي، محمد محمد مصباح، (۲۰۰۸)، الحماية الجنائية للحريه الشخصيه فى مرحله ما قبل المحاكمه، دراسه مقارنه، القاهرة، دار النهضة العربية.
- ۲۶- قايد، اسامه عبد الله، (۲۰۰۵)، حقوق و ضمانات المشتبه فيه فى مرحله الاستدلال، دراسه مقارنه، القاهرة، دار النهضة العربية.
- ۲۷- ناجى، سمير، (۱۹۸۹)، «تاريخ التحقيق و مستحدثات العلم»، مجله الدراسات الجنائيه الحديثه، المؤتمر الثانى للجمعيه المصريه للقانون الجنائيه، الاسكندريه، ۹-۱۲
- ۲۸- هاريمسون، اريك، (۱۹۸۹)، «اتفاقيه حقوق الانسان اطار مجلس اوروبا»، مجلدات مؤتمر سيراكوزا، المجلد الثانى، دراسات حول الوثائق العالميه والاقليميه، دار العلم للملايين.

### ۳- منابع لاتين:

- 29- Charles Golumbic, Martine, (2008), fighting terror online, New York, Springer press
- 30- Conte, Alex, (2010), human rights in the prevention of terrorism, Germany, Springer publish
- 31- David, Eric, (1979), Le terrorism in droit international, in relation Sur de finition ET La repression du terrorism, editions de L university Braxcells, Brussels
- 32- European Court of human Rights, series A.No 26 (23, para4)
- 33- Gillian and Quinton,v. United Kingdom, (2010), England
- 34- Gross, Oren, (2003), "Chaos and rules: should responses to violent Crises allways be constitutional"? Yale low journal, vol. 112
- 35- Walker, Carin, (2006), clamping Down on terrorism in the United Kingdom, journal of international criminal justice, vol. 4, No. 5

#### ۴- قوانین:

قوانین ایران:

۳۶- قانون اساسی

۳۷- قانون آیین داری کیفری مصوب ۱۳۹۲

۳۸- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

۳۹- ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و رعایت حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳

قوانین انگلستان:

۴۰- قانون تروریسم ۲۰۰۰

۴۱- قانون ضدتروریسم، جرم و امنیت ۲۰۰۱

۴۲- قانون ضد تروریسم ۲۰۰۶

۴۳- قانون ضد تروریسم ۲۰۰۸

قوانین مصر:

۴۴- قانون اساسی ۱۹۷۱

۴۵- قانون اجرائیات جنایی ۱۹۵۰

۴۶- قانون عقوبات ۱۹۳۷

۴۷- قانون مبارزه با تروریسم ۲۰۱۵.

# Guarantees of terrorism crimes accused's citizenship rights in investigation process: a comparative study on Iranian, English and Egyptian legal system

Mohsen Kohandani<sup>1</sup>

Behzad Razavifard<sup>2</sup>

## Abstract

Terrorist crimes are not a new concept in the legal literature. However, due to the tragedies that took place, especially the events of September 11, 2001, it has received special attention in the field of international law. One of the important effects of combating these crimes is the dominance of securitism over fair judgment, which in the light of this approach, governments prefer to prosecute perpetrators of terrorist acts outside the rules of international law. Therefore, in this regard, the citizenship rights of the accused are endangered. Therefore, the solution is contrary to the security-oriented approach. However, the violation of the citizenship rights of those accused of terrorist crimes and the discriminatory trial based on the violation of principles do not lead to the guarantee the security. As terrorist incidents spread in today's world. A review of the principles of criminal law, the constitutions of various countries and numerous international human rights conventions shows the need to respect the citizenship rights of all defendants. Our aim in this article is to consider and study these rights and their guarantees - by the method of description and analysis - in the stage of investigation with a comparative study of Iranian, British and Egyptian law and the result is that the rights of the accused in international conventions and the Constitutions has been explicitly guaranteed and the inalienable principles of criminal law also confirm this, so the violation of citizenship rights under the pretext of combating terrorism is not acceptable.

**Keywords:** *terrorism crimes, criminal law, citizenship rights, international documents, human rights.*

1. PhD student in criminal law and criminology, (Email: k.mohsen1366@yahoo.com)

2. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Allameh Tabatabai University, (Email: razavi1351@yahoo.com)

# ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

## منتخب منابع قابل استفاده در پرونده علمی

- ۱- انصاری، باقر، (۱۳۸۶)، حقوق حریم خصوصی، نشر سمت، چاپ اول
- ۲- آقا بابایی، حسین، (۱۳۸۹)، قلمرو امنیت در حقوق کیفری، نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول
- ۳- یکاریا، سزار، (۱۳۸۹)، رساله جرایم و مجازاتها، برگردان اردبیلی، محمد علی، نشر میزان، چاپ ششم
- ۴- رحیمی نژاد، اسماعیل، (۱۳۸۷) کرامت انسانی در حقوق کیفری، نشر میزان، چاپ اول
- ۵- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد اول، انتشارات شرکت سهامی انتشار
- ۶- گلدوزیان، ایرج، (۱۳۸۶) ادله اثبات دعوا، نشر میزان، چاپ سوم
- ۷- لارگیه، ژان، آیین دادرسی کیفری فرانسه، برگردان کاشفی اسماعیل زاده، اسماعیل، نشر گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸
- ۸- محسنی، فرید، (۱۳۸۹)، حریم خصوصی اطلاعات (مطالعه کیفری در حقوق ایران، ایالات متحده آمریکا و فقه امامیه)، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق
- ۹- آشوری، محمد، مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در مجموعه حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، خرسندی، ۱۳۹۵
- ۱۰- اردبیلی، محمد علی، (۱۳۷۶-۱۳۷۷)، «گفتاری درباره شکنجه و پیشگیری از آن»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۱ و ۲۲
- ۱۱- پاک نیت، امیر، (۱۳۹۲)، «حساس ناامنی و ترس از جرم»، آموزه های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۵
- ۱۲- حاتمی، مهدی و حاجی زاده، محمد، (۱۳۸۶)، «بررسی قانون ضد تروریسم انگلستان»، مجله حقوقی نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۳۶
- ۱۳- قدیری پهرام، رشید، (۱۳۹۵)، مبانی و اصول آیین دادرسی کیفری جرایم تروریستی، رساله دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

## کد مقاله

LAW-2101-1040 (R1)

## دانشنامه‌های مرتبط

۱. حقوق بشر
۲. حقوق شهروندی
۳. آیین دادرسی کیفری
۴. جرائم تروریستی

## مدخل‌های مرتبط قابل استخراج

۱. جرایم تروریستی
۲. حقوق کیفری
۳. حقوق شهروندی
۴. اسناد بین المللی
۵. حقوق بشر

## مدخلهای فرعی قابل استفاده در تدوین مدخلها

۱. تضمین حقوق متهم در سلامت بدنی و ذهنی
۲. تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در اسناد بین‌المللی
۳. تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در قوانین
۴. غیرمجاز بودن روشهای علمی منجر به آسیب جسمی
۵. تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از دروغ
۶. تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از سرم راسنگویی
۷. تضمین حق امنیت شخصی و آزادی جابجایی
۸. تضمین حق بر حریم خصوصی در اسناد بین المللی
۹. تضمین حق بر حریم خصوصی در قوانین
۱۰. تضمین حق بهره مندی از وکیل

## قانون یا مواد قانونی مرتبط

۱. ماده سوم از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر
۲. کنوانسیون منع شکنجه سال ۱۹۸۴
۳. کنوانسیون اروپایی منع شکنجه سال ۱۹۸۷
۴. کنوانسیون آمریکایی منع شکنجه سال ۱۹۸۵
- قوانین ایران: ۱. اصول ۲۲-۲۵ - ۳۸ قانون اساسی
- مواد ۷ و قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲
۳. پندهای ۷ و ۸
- ۱۰ قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی
۴. مواد ۱۶۹ و ۲۱۸ و ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی
- قوانین انگلستان: ۱. قانون تروریسم ۲۰۰۰
۲. قانون ضد تروریسم، جرم و امنیت
۳. ۲۰۰۱. قانون ضد تروریسم
۴. ۲۰۰۶. قانون ضد تروریسم
- قوانین مصر: ۱. قانون اساسی ۱۹۷۱
۲. قانون اجرائیات جنایی ۱۹۵۰
۳. قانون عقوبات ۱۹۳۷
۴. قانون مبارزه با تروریسم ۲۰۱۵

## چکیده دانشنامه‌ای نشریه

مقالات این شماره نشریه در ارتباط با ۱۲ عنوان دانشنامه حقوقی کاربرد دارند که

عبارتند از:

۱. حقوق اقتصادی
  ۲. حقوق بین الملل خصوصی
  ۳. حقوق بانکی
  ۴. حقوق ثبت احوال
  ۵. حقوق داوری
  ۶. مشاهیر و نقش آفرینان حقوقی و قضایی
  ۷. حقوق تجارت بین الملل
  ۸. حقوق بین الملل عمومی
  ۹. حقوق بشر
  ۱۰. حقوق شهروندی
  ۱۱. آیین دادرسی کیفری
  ۱۲. جرائم تروریستی
- آمار و اطلاعات راجع به مدخل‌های هر دانشنامه به شرح زیر است:

تعداد ۱۰ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق اقتصادی شناسایی شد که عبارتند

از:

۱. اشتباه یک‌طرفه
۲. قلمرو تراضی
۳. کارایی تخصیصی
۴. انگیزه افشا و بدست آوردن اطلاعات حسن نیت
۵. موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی
۶. انتظارات مشروع
۷. رکن استیناف
۸. پنل
۹. تفسیر معاهدات

- تعداد ۱۷ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق اقتصادی شناسایی شد

که عبارتند از:

۱. اقسام اشتباه در حقوق ایران و انگلیس
۲. مبنای تأثیر اشتباه
۳. اثر اشتباه یک طرفه بر سرنوشت عقد
۴. تحلیل اقتصادی اشتباه یک طرفه
۵. اطلاعات تولیدی و توزیعی
۶. اطلاعات آگاهانه و اتفاقی
۷. مبنای تأثیر اشتباه یک طرفه از دیدگاه تحلیل اقتصادی
۸. بررسی کارایی قواعد حقوقی ایران و انگلیس در خصوص «اشتباه یک طرفه»
۹. انگیزه افشای اطلاعات
۱۰. انگیزه دستیابی به اطلاعات
۱۱. معانی و مصادیق حسن نیت در حقوق بین الملل
۱۲. معیار ذهنی حسن نیت
۱۳. معیار عینی حسن نیت
۱۴. رویکرد پنل ها به حسن نیت
۱۵. کاربرد معیار عینی حسن نیت در قضیه رایانه های ای سی - لن
۱۶. رویکرد رکن استیناف به حسن نیت
۱۷. کاربرد معیار ذهنی حسن نیت در قضیه رایانه های ای سی - لن
۱۸. معیار عینی و ذهنی حسن نیت در بوته ارزیابی

- تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق بین الملل خصوصی شناسایی شد

که عبارتند از:

۱. قواعد انتظامی
۲. اعتبار اسنادی
۳. تعارض قوانین
۴. نظم عمومی

- تعداد ۹ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق بین الملل خصوصی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. مفهوم قواعد انتظامی
۲. مقایسه قواعد انتظامی با نظم عمومی بین المللی
۳. مفهوم نظم عمومی بین المللی
۴. جایگاه قواعد انتظامی در نظم عمومی بین المللی
۵. مصادیق قواعد انتظامی در روابط موجود در اعتبار اسنادی
۶. مقررات ارزی
۷. مقررات صادرات و واردات
۸. کارکرد قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی
۹. نحوه تأثیرگذاری قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی

-تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق ثبت احوال شناسایی شد که عبارتند از:

۱. هیأت حل اختلاف
۲. ثبت احوال
۳. آیین دادرسی
۴. اسناد سجلی

-تعداد ۵ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق ثبت احوال شناسایی شد که عبارتند از:

۱. سازمان و صلاحیت هیأت حل اختلاف
۲. فلسفه و ضرورت تشکیل هیأت
۳. ساختار و اعضاء صلاحیت ذاتی و محلی هیأت حل اختلاف
۴. جایگاه دادرسی عادلانه در هیأت
۵. اصول حاکم بر رسیدگی هیأت حل اختلاف

-تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق داوری شناسایی شد که عبارتند از:

۱. داوری
۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی
۳. قواعد ماهوی داوری
۴. نهاد وکالت

-تعداد ۱۰ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق داوری شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. تحقق داوری
۲. تمایز داوری و وکالت
۳. ضمانت اجرای شرایط داوری داوری شخص حقوقی
۴. تعیین داور
۵. داوری با حق صلح و سازش
۶. مره و تکرار در داوری
۷. لزوم استناد خوانده به شرط داوری
۸. اختیار دادگاه در تمدید مهلت داوری
۹. صلاحیت رسیدگی به دعوی ابطال رأی داور
۱۰. دادخواست یا درخواست ابطال رأی داوری

-تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق بانکی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. قواعد انتظامی
۲. اعتبار اسنادی
۳. تعارض قوانین
۴. نظم عمومی

-تعداد ۹ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق بانکی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. مفهوم قواعد انتظامی
۲. مقایسه قواعد انتظامی با نظم عمومی بین‌المللی
۳. مفهوم نظم عمومی بین‌المللی
۴. جایگاه قواعد انتظامی در نظم عمومی بین‌المللی

۵. مصادیق قواعد انتظامی در روابط موجود در اعتبار اسنادی

۶. مقررات ارزی

۷. مقررات صادرات و واردات

۸. کارکرد قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی

۹. نحوه تأثیرگذاری قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی

-تعداد ۴ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه مشاهیر و نقش آفرینان حقوقی و قضایی

شناسایی شد که عبارتند از:

۱. داوری

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی

۳. قواعد ماهوی داوری

۴. نهاد وکالت

-تعداد ۱۰ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه مشاهیر و نقش آفرینان حقوقی و

قضایی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. تحقق داوری

۲. تمایز داوری و وکالت

۳. ضمانت اجرای شرایط داوری داوری شخص حقوقی

۴. تعیین داور

۵. داوری با حق صلح و سازش

۶. مره و تکرار در داوری

۷. لزوم استناد خواننده به شرط داوری

۸. اختیار دادگاه در تمدید مهلت داوری

۹. صلاحیت رسیدگی به دعوای ابطال رأی داور

۱۰. دادخواست یا درخواست ابطال رأی داوری

-تعداد مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق تجارت بین الملل شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. حسن نیت
۲. موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی
۳. انتظارات مشروع
۴. رکن استیناف
۵. پنل
۶. تفسیر معاهدات
۷. سازمان تجارت جهانی

-تعداد عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق تجارت بین الملل شناسایی

شد که عبارتند از:

۱. معانی و مصادیق حسن نیت در حقوق بین‌الملل
۲. معیار ذهنی حسن نیت
۳. معیار عینی حسن نیت
۴. رویکرد پنل‌ها به حسن نیت
۵. کاربرد معیار عینی حسن نیت در قضیه رایانه‌های ای-سی-لن
۶. رویکرد رکن استیناف به حسن نیت
۷. کاربرد معیار ذهنی حسن نیت در قضیه رایانه‌های ای-سی-لن
۸. معیار عینی و ذهنی حسن نیت در بوته ارزیابی

-تعداد ۷ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق بین‌الملل عمومی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. حسن نیت
۲. موافقتنامه‌های سازمان تجارت جهانی
۳. انتظارات مشروع
۴. رکن استیناف
۵. پنل
۶. تفسیر معاهدات
۷. سازمان تجارت جهانی.

- تعداد ۸ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق بین الملل عمومی شناسایی

شد که عبارتند از:

۱. معانی و مصادیق حسن نیت در حقوق بین الملل
۲. معیار ذهنی حسن نیت
۳. معیار عینی حسن نیت
۴. رویکرد پدل ها به حسن نیت
۵. کاربرد معیار عینی حسن نیت در قضیه رایانه های ای سی - لن
۶. رویکرد رکن استیناف به حسن نیت
۷. کاربرد معیار ذهنی حسن نیت در قضیه رایانه های ای سی - لن
۸. معیار عینی و ذهنی حسن نیت در بوته ارزیابی

- تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق بشر شناسایی شد که عبارتند از:

۱. جرایم تروریستی
۲. حقوق کیفری
۳. حقوق شهروندی
۴. اسناد بین المللی
۵. حقوق بشر

- تعداد ۱۰ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق بشر شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. تضمین حقوق متهم در سلامت بدنی و ذهنی
۲. تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در اسناد بین المللی
۳. تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در قوانین
۴. غیر مجاز بودن روش های علمی منجر به آسیب جسمی
۵. تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از دروغ سنج
۶. تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از سرم راستگویی
۷. تضمین حق امنیت شخصی و آزادی جابجایی
۸. تضمین حق بر حریم خصوصی در اسناد بین المللی
۹. تضمین حق بر حریم خصوصی در قوانین
۱۰. تضمین حق بهره مندی از وکیل

- تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه حقوق شهروندی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. جرایم تروریستی
۲. حقوق کیفری
۳. حقوق شهروندی
۴. اسناد بین المللی
۵. حقوق بشر

- تعداد ۱۰ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه حقوق شهروندی شناسایی شد

که عبارتند از:

۱. تضمین حقوق متهم در سلامت بدنی و ذهنی
۲. تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در اسناد بین المللی
۳. تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در قوانین
۴. غیر مجاز بودن روش های علمی منجر به آسیب جسمی
۵. تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از دروغ سنج
۶. تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از سرم راستگویی
۷. تضمین حق امنیت شخصی و آزادی جابجایی
۸. تضمین حق بر حریم خصوصی در اسناد بین المللی
۹. تضمین حق بر حریم خصوصی در قوانین
۱۰. تضمین حق بهره مندی از وکیل

- تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه جرائم تروریستی شناسایی شد که

عبارتند از:

۱. جرایم تروریستی
۲. حقوق کیفری
۳. حقوق شهروندی
۴. اسناد بین المللی
۵. حقوق بشر

- تعداد ۱۰ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه جرائم تروریستی شناسایی شد که عبارتند از:

۱. تضمین حقوق متهم در سلامت بدنی و ذهنی
۲. تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در اسناد بین المللی
۳. تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در قوانین
۴. غیر مجاز بودن روش های علمی منجر به آسیب جسمی
۵. تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از دروغ سنج
۶. تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از سرم راستگویی
۷. تضمین حق امنیت شخصی و آزادی جابجایی
۸. تضمین حق بر حریم خصوصی در اسناد بین المللی
۹. تضمین حق بر حریم خصوصی در قوانین
۱۰. تضمین حق بهره مندی از وکیل

-تعداد ۵ مورد مدخل مرتبط با دانشنامه آیین دادرسی کیفری شناسایی شد که عبارتند از:

۱. جرایم تروریستی
۲. حقوق کیفری
۳. حقوق شهروندی
۴. اسناد بین المللی
۵. حقوق بشر

-تعداد ۱۰ عنوان مدخل فرعی در زمینه دانشنامه آیین دادرسی کیفری شناسایی شد که عبارتند از:

۱. تضمین حقوق متهم در سلامت بدنی و ذهنی
۲. تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در اسناد بین المللی
۳. تضمین حق بر ممنوعیت شکنجه در قوانین
۴. غیر مجاز بودن روش های علمی منجر به آسیب جسمی
۵. تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از دروغ سنج
۶. تضمین حق بر ممنوعیت استفاده از سرم راستگویی
۷. تضمین حق امنیت شخصی و آزادی جابجایی

۸. تضمین حق بر حریم خصوصی در اسناد بین المللی

۹. تضمین حق بر حریم خصوصی در قوانین

۱۰. تضمین حق بهره مندی از وکیل

بر این اساس در مجموع تعداد ۷۴ مورد پرونده علمی در ارتباط با این مدخل ها تشکیل یا تکمیل شده است. ضمن اینکه منابع متعددی در ارتباط با هر یک از این مدخل ها نیز شناسایی شده است که موجب غنای هرچه بیشتر پرونده علمی این مدخل ها شده است. مشخصات این منابع نیز به صورت متناظر با هر مقاله و هر مدخل شناسایی شده که پس از چکیده انگلیسی هر مقاله آورده شده است.

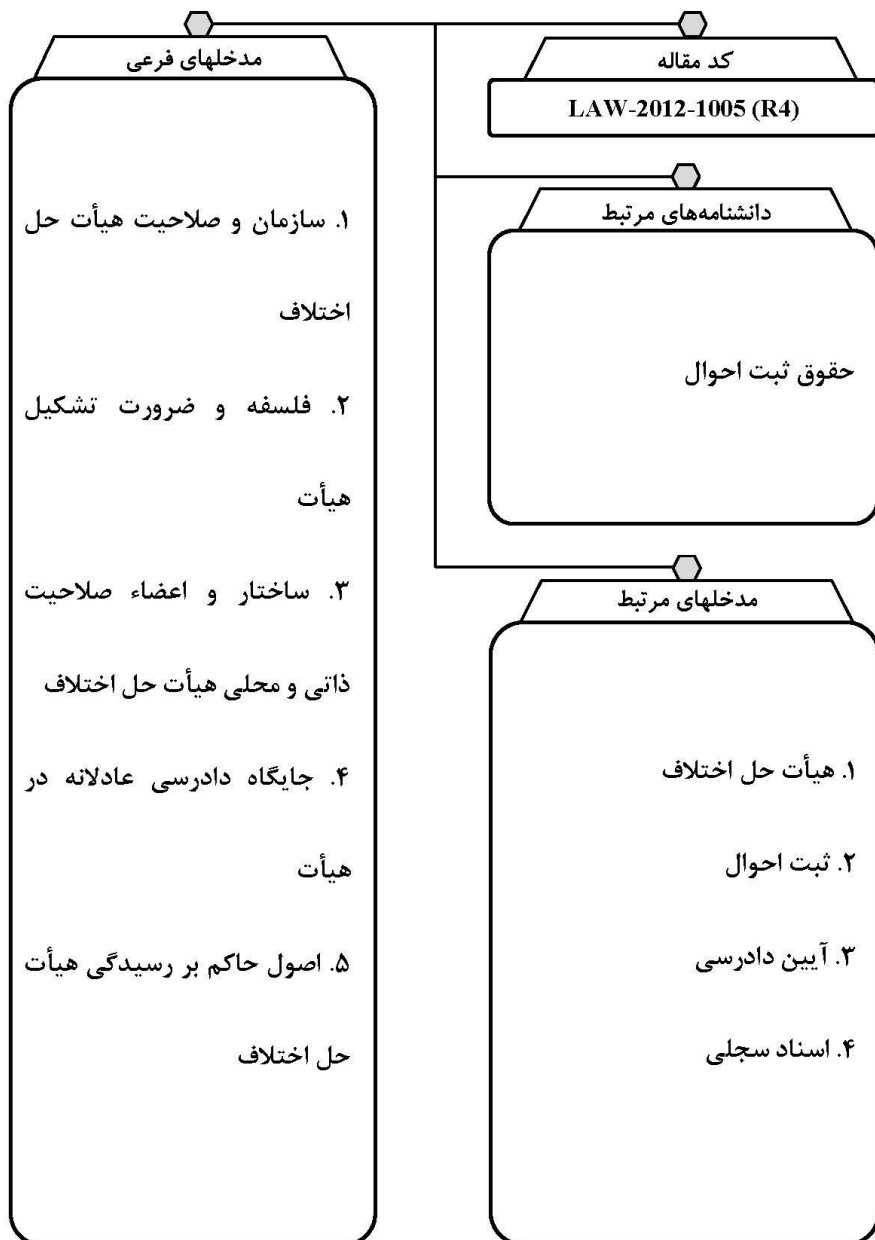
واحد امور دانشنامه‌ای نشریه

# **خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات**

## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات



## خلاصه ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقالات

