بسم الله الرحمن الرحیم

صاحب امتیاز: انجمن علمی حقوق خصوصی
مدیرمسئول: زهرا ایوبی
سردبیر: الهام سادات شیخ الاسلام نوری
فصلنامه علمی-تخصصی مطالعات حقوقی
سال دوم، شماره دوم، بهار ۱۳۹۵

هیات تحریریه:
دکتر مرتضی شهبازی نیا، هیئت علمی دانشگاه تربیت مدرس
دکتر محمد عیسائی تفرشی، هیئت علمی دانشگاه تربیت مدرس
دکتر محمد باقر پارساپور، هیئت علمی دانشگاه تربیت مدرس
دکتر ابراهیم عزیزی، هیئت علمی دانشگاه تربیت مدرس
دکتر محمود صادقی، هیئت علمی دانشگاه تربیت مدرس
دکتر حسن بادینی، هیئت علمی دانشگاه تهران
زهرا ایوبی، دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس
حبیب رمضانی آکردی، دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس
سحر قبادی، دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس
ویراستاران علمی: الهام سادات شیخ الاسلام نوری، حبیب رمضانی آکردی
ویراستاران ادبی: زهرا ایوبی، سیما طغرلی، زهرا قزل سفلی، هاجر زیبایی
کارشناسان اجرایی: سیما طغرلی، هاجر زیبایی
صفحه آرا: سمیه کوهی لای

این نشریه با مجوز شماره ۸۲۸۸۸/د۱۹۳ دانشگاه تربیت مدرس منتشر می‌شود.
بها: ۵۰۰۰ تومان

راهنمای تدوین و ارسال مقالات:

فصلنامه مطالعات حقوقی، نشریه تخصصی انجمن علمی_ دانشجوئی حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس است که مقالات تحلیلی، پژوهشی و توصیفی در زمینه‌های حقوقی را به چاپ می‌رساند.

- مقالات ارسالی قبلاً نباید در نشریه دیگری به چاپ رسیده باشد.

- مقالات، پس از ارزیابی و تأیید داوران به چاپ خواهد رسید.

- مسؤولیت مطالب مطرح شده در مقالات، بر عهده نویسندگان است.

- مقاله باید دارای بخش‌های چکیده، مقدمه، بدنه تحقیق، نتیجه و فهرست منابع باشد.

ارجاعات مقاله به شیوه درون متنی و به صورت (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار، صفحه) و پس از نقل مطلب ذکر گردد و در انتهای مقاله، فهرست منابع بدون شماره، به ترتیب حروف الفبا و به صورت زیر ارائه گردد:

الف – کتاب تألیفی: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان کتاب به صورت ایتالیک»، شماره جلد، نوبت چاپ، محل نشر کتاب، نام ناشر.

ب – کتاب ترجمه‌ای: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان کتاب به صورت ایتالیک»، نام مترجم، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر.

ج - مقالات مندرج در مجلات: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام مجله، شماره مجله و شماره صفحات منابع زبان خارجی نیز با ترتیب فوق آورده شوند.

- مقالات باید در محیط نرم افزار word به نشانی tmuprivatelaw@gmail.com ارسال گردد.

فصلنامه تخصصی

مطالعات علمی- تخصصی حقوقی

سال دوم، شماره دوم، بهار ۱۳۹۵

عنوان	صفحه

- **سخن سردبیر** ۱
- **مصاحبه با جناب آقای دکتر محمدجعفر حبیب زاده، استاد محترم دانشکده‌ی حقوق دانشگاه تربیت مدرس** ۳
- **آشنایی با بزرگان علم حقوق** ۹
- **گردش اسناد تجاری در دوران قبل از توقف، توقف و پس از صدور حکم ورشکستگی** ۱۱
  حبیب رمضانی آکردی
- **شیوه‌های حل‌وفصل اختلاف در معاهده‌ی تریپس** ۳۱
  سحر قبادی
- **تعهدات و مسئولیت متصدی حمل در حقوق ایران و کنوانسیون روتردام** ۷۳
  حمیدرضا اقدس طینت
- **اصل بی‌طرفی دادرس** ۸۹
  ارسلان مهرانپرست
- **آیین‌نامه میانجیگری در امور کیفری** ۱۲۱
- **مهم‌ترین فعالیت‌های انجمن علمی حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس در سال ۱۳۹٤** ۱۳۱
- **چکیده مقالات به زبان انگلیسی** ۱٤۲

سخن سردبیر

حضرت امام علی علیه‌السلام: کسی که با کتاب‌ها خود را آرامش دهد، هیچ آرامشی را از دست نمی‌دهد.

با سپاس از خدای یگانه که با استعانت از درگاه او و لطف و حمایت‌های مؤثر رئیس دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، جناب آقای دکتر شهبازی نیا، شماره دوم نشریه‌ی علمی تخصصی مطالعات حقوقی منتشر گردید.

بی‌شک یکی از مهم‌ترین دستاوردهای انجمن علمی حقوق خصوصی، نشریه‌ی علمی تخصصی مطالعات حقوقی است. ضمن سپاسگزاری از نویسندگانی که حاصل تلاش خود را از طریق این نشریه در اختیار حقوقدانان قراردادند، از دیگر محققان مشتاق علم و معرفت و دوستداران فعالیت‌های مفید علمی نیز دعوت می‌نماییم تا در پیشرفت نشریه و گسترش علم حقوق مشارکت داشته باشند. نشریه‌ی مطالعات حقوقی تلاش می‌کند مقالات حقوقی را در گرایش حقوق خصوصی موردبررسی و در صورت تائید به چاپ برساند تا سهمی در گسترش دانش و پژوهش داشته باشد. امید است که این نشریه موردتوجه دانش‌پژوهان و حقوقدانان محترم واقع شود.

سردبیر نشریه‌ی مطالعات حقوقی

الهام السادات شیخ الاسلام نوری

مصاحبه با جناب آقای دکتر محمدجعفر حبیب زاده،
استاد محترم دانشکده‌ی حقوق دانشگاه تربیت مدرس

جناب آقای دکتر با سلام و تشکر از اینکه وقت گران‌بهای خودتآن‌را در اختیار ما قراردادید.

استاد با یک بیوگرافی شروع می‌کنیم کجا متولد شدید؟

سلام. بسم‌الله الرحمن الرحیم. بنده محمدجعفر حبیب زاده هستم. در بهمن ۱۳۳٦ در شهر تویسرکان در یک خانواده‌ی مذهبی و فرهنگی متولد شدم. پدرم معلم بود. عموماً اعضای خانواده‌ی ما در حوزه‌ی معلمی و دبیری هستند. پدرم آموزگار و کارمند آموزش‌وپرورش و مادرم خانه‌دار بودند. چهارخواهر دارم که دبیر و معلم هستند و من فرزند میانی خانواده هستم و دو خواهر بزرگ‌تر از خود و دو خواهر کوچک‌تر از خود دارم. متأسفانه پدرم در سال ۱۳۵۱ به علت تصادف رانندگی فوت کردند.

آقای دکتر چرا رشته‌ی حقوق را انتخاب کردید و چرا از میان گرایش‌های رشته‌ی حقوق، حقوق جزا را برای ادامه‌ی تحصیل برگزیدید؟

دیپلم من ریاضی است اما به‌رغم دیپلم ریاضی علاقه‌ی زیادی به رشته‌های فنی نداشتم از طرفی هم به پزشکی علاقه‌مند نبودم و به این دلیل دیپلم طبیعی نگرفتم؛ اما اینکه به چه دلیل به حقوق علاقه‌مند شدم به دلیل مشورت با یکی از دبیران بود که باتوجه به شناختی که از من داشتند و چون من مکبر مسجد محل بودم به من گفتند چون شما اطلاعات مذهبی دارید اگر وارد سیستم قضایی شوید می‌توانید به مردم خدمت کنید. من هم کم‌کم علاقه‌مند به حقوق شدم و اینکه چرا به حقوق جزا آمدم دلیلش این بود که قبل از انقلاب سیستم حقوقی ما متفاوت بود و فکر می‌کردم اگر وارد حوزه‌ی حقوق جزا شوم بتوانم نقش‌هایی ایفا کنم و بعد از انقلاب به مدت پنج سال قاضی و بازپرس بودم و تجاربی کسب کردم و احساس کردم با این گرایش خدماتی را که از دستم برمی‌آمد در آن پنج سال انجام دادم و به این دلیل که

به‌شدت قانون‌گرا بودم با برخی از روحانیون این حوزه اختلاف‌های فکری داشتم ازجمله در خصوص بحث قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها اختلاف نظر داشتیم. من به‌شدت معتقد بودم که قانون یعنی قانون نوشته‌ی مجلس شورای اسلامی و نه فقه و منابع فقهی معتبر و فتاوی مشهور. این عقیده را در حدود شش مقاله و یک کتاب مطرح نمودم و عمده بحث‌هایی که در کلاس درس دارم هم در این خصوص است. فکر می‌کنم این گرایش باعث شد به‌عنوان یک قاری اساسی در حقوق کیفری ایران تاحدودی در این بحث و جاافتادن آن مؤثر بودم و در سال ۱۳۹۲ و اصلاحات ماده‌ی ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی گمان می‌کنم بی‌تأثیر نبوده‌ام.

در کدام دانشگاه‌ها تحصیل کرده‌اید؟

من دوره‌ی لیسانس را در دانشگاه شهید بهشتی سابق یعنی دانشگاه ملی و دانشگاه شهید بهشتی فعلی از ۱۳٥٤ تا ۱۳٦۳ گذراندم. هشت سال دوره‌ی لیسانس من طول کشید یک دلیل آن انقلاب فرهنگی بود و دلایل دیگر انقلاب، جنگ و کارهای قضایی و اجرایی بود. در طول دوره‌ی لیسانس یک مدت بازپرس دادسرا بودم و مدتی هم مسئول جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی بودم. تغییر نام دانشگاه شهید بهشتی را من انجام دادم البته به جرم این تغییر نام من را از دانشگاه اخراج کردند و به ژاندارمری فرستادند. فکر می‌کنم بهترین دوران زندگی من دوره‌ی لیسانس بود چون وابستگی‌هایم کم بود. در سال ۱۳٦۳ بعد از فارغ‌التحصیلی همچنان قاضی بودم اما در سال ۱۳٦٤ با تغییرات صورت گرفته احساس کردم جای من در دستگاه قضایی نیست چون دستگاه قضایی به سمت سیاسی شدن حرکت می‌کرد و هم‌زمان ارشد در دانشگاه تربیت مدرس قبول شدم و این باعث شد استعفا دهم که مقام بالاتر قبول نکرد و استعفا را از رئیس وقت قوه‌ی قضائیه گرفتم. از سال ۱۳٦٤ تا ۱۳٦۸ دانشجوی فوق‌لیسانس بودم. آن زمان نزدیک به ۷۰- ۸۰ واحد باید می‌گذراندیم. بعد از فارغ‌التحصیلی در آزمون دکتری دانشگاه تربیت مدرس قبول شدم و از ۱۳٦۸ تا ۱۳۷۲ دوره‌ی دکتری را گذراندم، گمان می‌کنم ۱۳۷۲/۱۱/٥ بود که از رساله‌ی دکتری‌ام دفاع کردم. البته در سال ۱۳٦۸ با مدرک فوق‌لیسانس در همین دانشگاه به‌عنوان مربی استخدام شده بودم و بعد از فارغ‌التحصیلی

وضعیتم به استادیار تبدیل شد و از سال ۱۳۷۲ تا الآن هم مراحل مختلف را طی کردم و در سال ۱۳۷۸ دانشیار دانشگاه و در ۱۳۸۷ استاد شدم. در سال ۱۳۷۹ برگه‌ی استادی من در هیئت ممیزی دانشگاه مطرح و تصویب شد اما رئیس وقت دانشگاه به دلیل مسائل سیاسی حکم کارگزینی من را صادر نکردند و درنتیجه حکم استادی من ۱۳۸۷/۱۱/۱ صادر شد.

آقای دکتر یکی از بهترین اساتید دوران تحصیل خودتآن‌را معرفی کنید.

در دوره‌ی لیسانس آقای علی‌آبادی بودند و دوره‌ی فوق‌لیسانس و دکتری آقای محقق داماد و آقای سید حسن مرعشی از اساتید خوب ما بودند که علاوه‌بر درس تحصیلی از نظر اخلاقی هم بسیار از آن‌ها آموختم. البته همه‌ی اساتید من خوب بودند اما یکی از بهترین‌ها آن‌ها بودند نه اینکه بهترین باشند.

در مورد مقالات و کتب انتشاریافته توسط شما صحبت کنید.

من تقریباً بیش از ۷۰ مقاله‌ی علمی پژوهشی و بیش از ۳٤ مقاله‌ی علمی ترویجی و بیش از ۱۵ مقاله در کنفرانس‌ها و سمینارها دارم. ٤۰ تجربه‌ی استاد راهنمایی و استاد مشاوری دوره‌ی دکتری و نزدیک به ۱۳۰ کارشناسی ارشد داشته‌ام. نزدیک به ۱۲ جلد کتاب که تجدید چاپ شده‌اند دارم و در سال ۱۳۷۷-۱۳۷٦ استاد نمونه‌ی دانشگاه تربیت مدرس شدم. همچنین در سال ۱۳۸۰- ۱۳۷۹ پژوهشگر نمونه‌ی دانشگاه تربیت مدرس و در سال ۱۳۸۲ پژوهشگر برگزیده‌ی وزارتخانه‌ها شدم. همچنین در سال‌های ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۵ و در سال ۱۳۸۸ لوح تقدیر از شورای نشان‌های دانشگاه تربیت مدرس و اخذ یک‌پایه ترفیع دریافت نمودم.

مختصری از سوابق شغلی خود را بفرمایید.

در سال ۱۳۵۹ عضو شورای جهاد دانشگاهی و مسئول کمیته‌ی فرهنگی جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی بودم. در سال ۱۳۷۳ تا ۱۳٦٤ مشاور حقوقی رئیس دانشگاه تربیت مدرس و از سال ۱۳۷۰ تا ۱۳۷۲ مشاور حقوقی دانشگاه خواجه نصیرالدین طوسی و در سال

۱۳۷۲ تا ۱۳۷٤ معاون آموزشی دانشگاه شاهد بودم. در سال ۱۳۷۷ معاون پژوهشی دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس بودم. در سال ۱۳۸۱ تا ۱۳۸٤ مدیرکل حقوقی وزارت کشور شدم و در سال ۱۳۸۷ تا ۱۳۹۱ عضو کمیسیون حقوق و قضایی دبیرخانه مجمع تشخیص مصلحت نظام بودم. در سال ۱۳۸۵ وکیل پایه‌یک دادگستری شدم و در مرداد ۱۳۹۳ مشاور حقوقی و اجرایی رئیس دانشگاه تربیت مدرس و در آذر ۱۳۹۳ عضو شورای حقوقی دانشگاه تربیت مدرس شدم.

فعالیت‌های تحقیقاتی جناب‌عالی اکنون در چه زمینه‌هایی است؟

سه پروژه‌ی تحقیقاتی کارکردم. یکی در مورد جوانان با سازمان ملی جوانان سابق در دوره‌ی اصلاحات و یک تحقیق باعنوان مصونیت پارلمانی که توسط یکی از دانشجویان دکتری‌ام به‌عنوان رساله‌ی دکتری تکمیل و چاپ شد و در سال ۱۳۸٤ منتشر شد اما در دوره‌ی آقای احمدی‌نژاد ممنوع‌الپخش شد و اخیراً مجوز پخش پیداکرده است و یک کار تحقیقی با عنوان حقوق در اندیشه‌ی امام خمینی (ره) که آن هم در مرکز انتشارات آثار امام چاپ شده است. هم‌اکنون هم بیش‌تر در قلمروی حقوق بشر کار می‌کنم و درواقع موازین و اصول حقوق کیفری را با موازین و اصول حقوق بشر تطبیق می‌دهم.

بهترین خاطره‌ی شما چیست؟

بهترین خاطره‌ی من همان تغییر نام دانشگاه ملی به شهید بهشتی است چون در جمهوری اسلامی به این جرم من را از دانشگاه اخراج کردند و به ژاندارمری فرستادند این بهترین خاطره‌ی دوره‌ی دانشگاهی من است.

تلخ‌ترین خاطره‌ی شما چیست؟

در دانشگاه تربیت مدرس هنگامی‌که هیئت ممیزی دانشگاه صلاحیت بنده را به‌عنوان استاد تائید کرد و رئیس وقت دانشگاه به‌دلیل مسائل سیاسی از صدور حکم خودداری کرد و کار

علمی را با مسائل سیاسی همراه کرد و گره زد که نه‌تنها ظلم بر من بود بلکه ظلم به خانواده‌ی علمی دانشگاه و ظلم به علم و دانش بود که بحث علمی را با مسائل سیاسی همراه کنیم و کینه‌ورزانه با موضوع برخورد کنیم.

توصیه‌ی شما به دانشجویان و البته دانشجویان حقوق چیست؟

من روز اول نکاتی را به دانشجویان حقوق می‌گویم که رعایت کنند زیرا مخصوصاً در حقوق کیفری که بعد از انقلاب تحولات بنیادینی پیداکرده است، دانشجو باید علاوه‌بر بحث‌های حقوقی به مطالعات فقهی و فلسفی هم بپردازد. در حقوق خصوصی هم همین‌طور است اما چون در حقوق خصوصی مبانی فکری قبلاً هم منطبق بر فقه بود بعد از انقلاب کم‌تر تفاوت بنیادین پیداکرده است اما در حقوق کیفری بنیان یک‌مرتبه تغییر پیدا کرد. در کنار فقه، فلسفه نیز اهمیت دارد، مثلاً هدف از مجازات یا اعمال خاصی از مجازات‌ها چیست؟ درواقع دانشجو باید توجه کند حقوق تنها قوانین و مقررات ساخته و پرداخته قانون‌گذار یا جامعه‌ی مدنی نیست بلکه ریشه‌هایی در اندیشه‌های فقهی و فلسفی دارد. حقوقدان ایرانی فهیم فردی است که علاوه‌بر قوانین موضوعه به مقررات فقهی و بحث‌های فلسفی هم آگاه باشد.

جناب آقای دکتر از اینکه وقتتآن‌را در اختیار ما قرار دادید از شما صمیمانه سپاسگزاریم اگر نکته‌ای در انتها دارید بفرمایید.

خواهش می‌کنم. نکته‌ای که من همیشه به دانشجویان تأکید می‌کنم این است که حقوقدان باید در ابتدا فردی منظم باشد یعنی تفاوت یک استاد یا دانشجوی حقوق با سایر اساتید و دانشجویان در این است که باید نظم را جز پایه‌های فکری خودشان قرار دهند. یکی از نظم‌ها آداب دینی است. من همیشه توصیه می‌کنم تا می‌توانید منظم باشید و حرمت کلاس و اساتید را حفظ کنید. برای رسیدن به این نظم نمازتآن‌را اول وقت بخوانید. نماز اول وقت انسآن‌را منظم می‌کند. درواقع نمازخواندن خوب و اول وقت خواندن آن بهتر است و یکی از دلایل آن نظم است. نظم یعنی به‌موقع انجام دادن تکالیف و وظایف؛ بنابراین از توصیه‌های اکید من به

دانشجویان حقوق نظم است. به‌طور کلی کارکرد حقوق نظم است. نظم باید منجربه عدالت شود. عدالت بی‌نظم بی‌فایده است و جامعه دچار هرج‌ومرج خواهد شد. اگر عدالت منظم باشد مختل نمی‌شود؛ مثلاً دولتی که ادعای عدالت داشت به دلیل بی‌نظمی به عدالت نرسید و به‌همین دلیل پایه‌های نظم ماندگار قبل را هم نتوانست مختل کند زیرا نظم فقط از طریق نظم به‌هم می‌خورد. عدالت باید با یک نظام سازمان‌یافته باشد تا دچار غلیان‌ها، نافهمی‌ها، تندروی‌ها و کندروی‌ها نشود.

آشنایی با بزرگان علم حقوق

امیرناصر کاتوزیان (زاده‌ی ۱۳۱۰ در تهران- درگذشت یازده شهریور ۱۳۹۳ در تهران) مشهور به دکتر ناصر کاتوزیان، حقوقدان برجسته، استاد تمام دانشکده‌ی حقوق دانشگاه تهران، نویسنده و سیاست‌مدار ایرانی و از تدوین‌کنندگان پیش‌نویس اولیه‌ی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بود. از وی به‌عنوان پدر علم حقوق ایران یاد می‌شود؛ بیش‌تر کتاب‌های وی از منابع اصلی درسِ حقوق مدنی دانشجویان حقوق به‌شمار می‌رود. در چهارده بهمن ۱۳۸۳ محمد خاتمی، رئیس‌جمهور وقت ایران، نشان درجه‌یک فرهنگ و هنر و دانش را به وی اهدا کرد. ناصر کاتوزیان روز سه‌شنبه، یازده شهریور ۱۳۹۳، در هشتادوسه سالگی، به دلیل بیماری ریوی در تهران درگذشت.

خانواده‌ی وی از خاندان اصیل و قدیمی تهران بوده و نام و شهرت اصلی آن، " تهرانی" بود و نام "کاتوزیان"، از نام‌های اصیل پارسی و ایرانی به‌معنای " پارسایان" در جریان اخذ شناسنامه در دوره پهلوی اول، توسط خانواده وی انتخاب و بدین نام نیز معروف گشت.

امیرناصر تحصیلات نخستین خود را در دبستان اقبال در خیابان «شهباز» آغاز کرد. با انتخاب رشته ادبی در کلاس ششم خویش، به‌عنوان " شاگرد اول در کشور" انتخاب شد و مدال درجه دو علمی در کشور را از آن خود کرد. در پی آن، برای ادامه‌ی تحصیل در دبیرستان، به دبیرستان علمیه راه یافت و پس از نقل‌مکان به خیابان «آب منگل» در خیابان ری در جنوب تهران، به ادامه‌ی تحصیل در همان دبیرستان و پایان تحصیلات خود در این مقطع در آن همت گماشت. با ورود به دانشگاه تهران و انتخاب رشته حقوق، پا به‌عرصه‌ی دنیای فراگیر حقوق نهاد و موفق به کسب مدال درجه یک علمی این رشته گردید. شاید در آن روز، کسی تصور نمی‌کرد؛ این جوان آرام و گمنام تهرانی و ایرانی، روزی آسمانِ شهرت و اعتبار ملی و جهانی خویش را در رشته‌ی حقوق درنوردد و به‌سان نگین انگشترِ دانش حقوق و اعتبارِ بی‌بدیل دانشکده‌های حقوق و جامعه‌ی حقوقی کشور در آید.

دکتر کاتوزیان نزدیک به پنج دهه از حیات با برکت خویش را به تدریس و آموزشِ دانش

حقوق در دانشکده‌های حقوق در دانشگاه تهران و مانند آن در مقاطع مختلف کارشناسی، ارشد و دکتری پرداخت و هزاران دانش‌آموخته‌ی حقوقی را تربیت کرد که خود، تربیت کننده‌ی هزاران دانشجوی حقوقی بعدی در ایران و جهان بوده‌اند. نسل حقوقدان دیروز و امروز، بی‌واسطه و باواسطه، خود را از شاگردان مکتب استاد دانسته و بدان نیز افتخار بی‌پایان دارند. دانشجویان استاد، نوعاً در کسوت قضاوت، وکالت، سردفتری و یا به‌عنوان همکاران دانشگاهی وی در دانشکده‌های حقوق و علوم قضایی کشور قرارگرفته و یا از مسئولان عالی‌رتبهٔ قضایی و دولتی در طی این سال‌ها و پس از آن، منشأ خدمات علمی، آموزشی، فرهنگی، حقوقی و اجرائی بوده‌اند. خدمات علمی و دانشگاهی دکتر کاتوزیان به جامعه‌ی حقوقی و علمی کشور بسیار ارزشمند و قابل‌احترام و ستایش می‌باشد.

دکتر کاتوزیان، علاوه‌بر آثار و تألیفات و کتب حقوقی متعدد، دارای مقالات عدیده حقوقی در زمینه‌های مختلف بوده و تألیف و نگارش تحقیقات حقوقی فراوانی را در کارنامه‌ی ارزشمند علمی و پژوهشی خویش ثبت نموده است. استاد ضمن آشنایی و تسلط به زبان انگلیسی و فرانسه، به‌جهت علاقه‌ی فراوان به فقه و متون فقهی و تحقیقات در دستورکار خویش در این‌باره، مسلط به زبان عربی نیز بود. نخستین مقاله استاد در سال ۱۳۳۲ در مجله‌ی کانون وکلای وقت منتشر گردید و با انتشار مستمر مقالات خود در نشریات حقوقی، در سال ۱۳۳۹، رساله دکترای خویش را با عنوان " وصیت" به پایان رساند و متعاقباً، نیز به انتشار آن همت گماشت.

دکتر کاتوزیان، نتایج اندیشه‌ها و تحقیقات خویش را در قالب مقالات و کتب متعدد ثبت و ضبط نموده و منتشر کرده است. از استاد تاکنون بیش از صدها مقاله و نیز نزدیک به پنجاه جلد تألیف و تحقیق منتشر شده است و آثار وی در زمرهٔ منابع اصلی حقوقی به‌شمار می‌رود.

روحش شاد و یادش گرامی باد.

فصلنامه علمی-تخصصی
مطالعات حقوقی
سال دوم، شماره دوم، بهار ۱۳۹۵

گردش اسناد تجاری در دوران قبل از توقف، توقف و پس از صدور حکم ورشکستگی

حبیب رمضانی آکِردی*

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران

چکیده

استفاده از اسناد تجاری برای تاجر غیرقابل‌اجتناب است، ازطرف دیگر با صدور حکم ورشکستگی معاملات تاجر ورشکسته قبل از دوران توقف، توقف و پس از صدور حکم ورشکستگی کنترل می‌شود. مسئله قابل‌بررسی در این راستا این است که درصورت رد یا ابطال معامله‌ای که برمبنای آن سند تجاری به گردش درآمده است وضعیت سند تجاری چه می‌شود؟ بعد از صدور حکم ورشکستگی آیا ورشکسته حق دخالت در سند تجاری را دارد؟

در دوران قبل از توقف و توقف تاجر می‌تواند در گردش اسناد تجاری دخالت کند مگر اینکه مشمول معاملات ضرری شود که در این صورت معامله پایه با ضمانت اجرای مواد مربوطه مواجه می‌شود و بحث ایرادات مطرح می‌شود؛ اما پس از صدور حکم ورشکستگی تاجر صرفاً از «مداخله در اموال» منع شده است و ازآنجایی که صدور سند تجاری متضمن دخالت در اموال نمی‌باشد، تاجر ورشکسته می‌تواند در گردش اسناد تجاری مداخله نماید مگر در مورد ظهرنویسی که متضمن مداخله در اموال است.

واژگان کلیدی: اسناد تجاری، ورشکستگی، گردش سند تجاری، منع مداخله.

---

* نویسنده مسئول مقاله: E-mail: Habibramzani@yahoo.com

مقدمه

قانون‌گذار مقررات ورشکستگی را به‌گونه‌ای تنظیم کرده است که اموال تاجر ورشکسته را در راستای حمایت از بستانکاران حفظ کند. به‌دنبال این هدف قانون‌گذار معاملات تاجر ورشکسته را به‌طور گسترده تحت کنترل درآورده است، به‌طوری که این معاملات را به سه دوره تقسیم کرده که شامل دوران قبل از توقف، توقف و بعد از صدور حکم ورشکستگی می‌شود.

ازآنجایی که امروزه استفاده از اسناد تجاری (برات، سفته و چک) در عرصه تجارت امر رایجی است؛ زیرا این اسناد ابزارهایی هستند که تاجر می‌تواند پرداخت‌های خود را توسط آن انجام دهد و به‌موجب آن کسب اعتبار کند؛ لذا ممکن است در هریک از دوران قبل از توقف، توقف و پس از صدور حکم ورشکستگی تاجر اقدام به صدور این اسناد نماید. در این مقاله درصدد بررسی مسائل ذیل می‌باشیم:

آیا تاجر اهلیت مداخله در گردش اسناد تجاری را در دوران قبل از توقف، توقف و پس از صدور حکم ورشکستگی دارد؟ در صورت صدور، ظهرنویسی و یا قبولی این اسناد توسط تاجر در هریک از دوران مذکور، وضعیت حقوقی سند تجاری چگونه است؟ آیا باوجود ممنوعیت تاجر ورشکسته از مداخله در اموال، تاجر حق به گردش در آوردن اسناد تجاری را پس از صدور حکم ورشکستگی دارد؟

۱. اهلیت تاجر و لزوم آن در گردش اسناد

تا قبل از صدور حکم ورشکستگی اگرچه قانون‌گذار در برخی موارد معاملات تاجر را کنترل می‌کند و در صورتی‌که ضرری برای طلبکاران داشته باشد و یا برخلاف اصل تساوی دیان باشد قابل‌فسخ یا باطل اعلام می‌کند، ولیکن این مسئله برخوردی با اهلیت تاجر ندارد، بلکه اصل بر صحت معاملات تاجر قبل از دوران ورشکستگی می‌باشد؛ بنابراین در دوران قبل از صدور حکم ورشکستگی (دوران توقف و قبل از آن) تاجر ورشکسته اهل محسوب می‌شود؛

اما بحث در مورد اهلیت تاجر ورشکسته در حدود قلمرو ماده ٤١٨ ق.ت.[1] مطرح می‌شود. یکی از اثرات ورشکستگی به‌موجب ماده ٤١٨ ق.ت. منع مداخله تاجر در اموال خود می‌باشد اما باید بین «منع مداخله» و «عدم اهلیت» تفکیک قائل شد؛ زیرا عدم اهلیت به ناتوانی در قوای دماغی فرد برمی‌گردد درصورتی‌که «عدم اختیار» مربوط به عدم اختیار تصرف در دارایی می‌باشد و چون اموال ورشکسته متعلق حق دیان قرارگرفته است، مشارالیه حق دخالت در آن‌را ندارد (کاتوزیان، جلد دوم، ۱۳۸۸، ص ۱۱-۱۲)؛ بنابراین تاجر ورشکسته اهلیت دارد، ولیکن از دخالت در اموال (موضوع ورشکستگی) منع شده است.

نتیجه اینکه تاجر ورشکسته اهلیت صدور، ظهرنویسی و قبولی اسناد تجاری در دوران قبل از توقف، توقف و بعد از صدور حکم ورشکستگی را منوط به رعایت ممنوعیت‌های در نظر گرفته شده در هریک از دوران اشاره‌شده، دارد.

در ادامه سؤالی که مطرح می‌شود این‌است که آیا پرداخت نیاز به اهلیت دارد؟ پرداخت عمل حقوقی محسوب نمی‌شود، زیرا عمل حقوقی نیازمند اراده می‌باشد و ازآنجایی‌که اگر طلبکار خود به طلب دست یابد و یا اینکه از طریق تهاتر قهری پرداخت صورت گیرد، رضایت یا عدم رضایت مدیون اثری ندارد و همچنین اثر پرداخت یا ایفای دین، سقوط تعهد می‌باشد که با پرداخت و بدون اراده مدیون محقق می‌شود (کاتوزیان، جلد چهارم، ۱۳۸۷، ص ١٦-١٧). ولیکن باوجود اینکه پرداخت عمل حقوقی نیست مقنن در ماده ٢٦٩ ق.م. مقرر می‌دارد: «وفای به عهد وقتی محقق می‌شود که متعهد چیزی را که می‌دهد مالک یا مأذون از طرف مالک باشد و شخصاً هم اهلیت تصرف داشته باشد». در این ماده قانون‌گذار به‌دنبال حمایت از محجورین بوده است تا با وفای به عهد اموال خود را در معرض تضییع و تفریط قرار ندهند (کاتوزیان، جلد چهارم، ۱۳۸۷، ص ۱۷)؛ بنابراین پرداخت مانند صدور، ظهرنویسی و قبولی نیازمند اهلیت می‌باشد. فلذا تاجر متوقف و ورشکسته اگرچه در مواردی از پرداخت

۱. «تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است. در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد مدیر تصفیه قائم‌مقام قانونی ورشکسته بوده و حق دارد به‌جای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کند».

(ماده ٤٢٣ ق.ت.) و دخالت در اموال (٤١٨ ق.ت.) منع شده است اما ممنوعیت مذکور به مفهوم عدم اهلیت پرداخت نیست؛ زیرا همان‌طور که اشاره شد عدم اختیار تصرف در اموال با عدم اهلیت تفاوت دارد.

۲. گردش اسناد تجاری در دوره قبل از توقف

در دوران قبل از توقف اصل بر این است که معاملات تاجر ورشکسته صحیح می‌باشد؛ اما قانون‌گذار برخی از معاملات تاجر را با وضع مقرراتی در جهت حمایت از طلبکاران کنترل کرده است که به‌شرح ذیل می‌باشد:

الف) اگر درنتیجه اقامه دعوی مشخص شود که تاجر برای فرار از ادای دین یا اضرار طلبکاران معامله‌ای کرده که منجربه ضرری بیش از یک چهارم قیمت زمان معامله شده است، این معامله تحت شرایطی قابل‌فسخ می‌باشد (به‌موجب ماده ٤٢٤ ق.ت.)

ب) معاملات صوری یا مسبوق به تبانی که خودبه‌خود باطل می‌باشد (به‌موجب ماده ٤٢٦ ق.ت.).

۲-۱. صدور، ظهرنویسی و قبولی سند تجاری

باتوجه به کنترلی که قانون‌گذار در دوره قبل از توقف برمعاملات تاجر اعمال کرده است و از آنجایی‌که اسناد تجاری معمولاً وسیله پرداخت تجار هستند این سؤال ایجاد می‌شود که اگر تاجر معامله‌ای انجام دهد که به‌موجب ماده ٤٢٤ ق.ت. «قابل‌فسخ» یا به‌موجب ماده ٤٢٦ ق.ت. باطل اعلام شود و تاجر جهت پرداخت، سند تجاری صادر یا ظهرنویسی کرده باشد، چه اثری بر سند تجاری می‌گذارد؟

در پاسخ به باید اثر رد و ابطال معامله پایه بر سند تجاری را موردبررسی قرار داد. در مواردی که بر روابط پایه ایرادی وارد شود این سؤال مطرح می‌شود که آیا در مقابل‌دارنده می‌توان به این ایراد استناد کرد؟ متعاقب این سؤال اصل «غیرقابل‌استناد بودن ایرادات» مطرح

می‌شود که یکی از آثار مهم اصل «استقلال امضاها» می‌باشد (دمرچیلی و همکاران، ۱۳۸٦، ص ۵۲۰). به‌موجب این اصل، «اشخاصی که به‌موجب برات علیه آنان طرح دعوی شده است، نمی‌توانند درمقابل‌دارنده برات به روابط خصوصی خود با برات‌کش یا دارندگان قبلی برات استناد نمایند مگر آنکه دارنده هنگام دریافت برات آگاهانه به زیان بدهکار عمل کرده باشد» (ماده ۱۷ قانون متحدالشکل ژنو) (برزش آبادی، ۱۳۸۹، ص ۱۷). منظور از روابط خصوصی یا شخصی «کلیه روابط معاملاتی [است] که موجب صدور یا انتقال سند شده و همچنین اموری مانند پرداخت وجه برات یا تهاتر، تبدیل تعهد و ... که بین صاحبان امضا یا برات‌کش یا دارندگان قبلی (ید سابق) واقع می‌شود» (دمرچیلی و همکاران، ۱۳۸٦، ص ۵۲۰)؛ بنابراین در صورت رد یا ابطال معامله پایه، صادرکننده نمی‌تواند درمقابل‌دارنده به آن استناد کند. البته ناگفته نماند که اصل غیرقابل‌استناد بودن ایرادات درمقابل‌ایادی غیرمستقیم مطرح می‌شود. در مقابل‌ید مستقیم می‌توان به ایرادات در روابط شخصی استناد کرد. نکته دیگر اینکه اگر ید غیرمستقیم نیز حسن نیت نداشته باشد ایرادات درمقابل‌وی قابل‌استناد است. باتوجه به مطالب فوق، درصورت مسئله مدیر تصفیه می‌تواند در مقابل‌طرف معامله با تاجر به ایراد رد یا بطلان معامله پایه استناد کند و از پرداخت وجه سند امتناع نماید.

درمورد قبولی و پرداخت برات توسط تاجر در دوران قبل از توقف این مسئله مطرح می‌شود که آیا قبولی و پرداخت برات می‌تواند باعث اضرار به طلبکاران شود؟ به‌عبارت دیگر آیا قبولی و پرداخت برات می‌تواند در حدود ماده ٤٢٤ ق.ت. موجب از بین رفتن دارایی ورشکسته شود؟ ازآنجایی‌که تاجر ورشکسته قبل از صدور حکم ورشکستگی اهلیت انجام معاملات و حق دخالت در اموال خود را دارد، بنابراین در مورد قبولی صرف برات مانعی وجود ندارد؛ اما متعاقب قبولی بحث پرداخت به‌وجود می‌آید چراکه به‌موجب ماده ۲۳۰ ق.ت.: «قبول‌کننده برات ملزم است وجه آن‌را در سر وعده تأدیه نماید»؛ بنابراین اهمیت قبولی به این دلیل است که قبول‌کننده را در مقام پرداخت‌کننده برات قرار می‌دهد. قبولی نیز درصورتی انجام می‌شود که دارنده محل برات را به قبول‌کننده منتقل کرده باشد که در این حالت هیچ

ضرری متوجه تاجر نمی‌شود؛ اما این امکان نیز وجود دارد که برات‌گیر بدون دریافت محل برات اقدام به قبولی و سپس پرداخت آن کرده باشد که در این حالت حق رجوع به دارنده‌ای که محل برات را به مشارالیه نرسانده است به‌موجب قاعده «منع دارا شدن بلاجهت» باقی خواهد ماند که در این فرض نیز تصور ضرر برای پرداخت‌کننده منتفی است.

۲-۲. ضمانت از اسناد تجاری

در دوران قبل از توقف ممکن است تاجر از سند تجاری ضمانت کند، آیا باتوجه به کنترل محدودی که در این دوران از معاملات تاجر به‌موجب مواد ٤٢٤ و ٤٢٦ ق.ت. به‌عمل‌آمده است، مشارالیه مجاز به انجام این عمل حقوقی می‌باشد؟

«ضامن به رایگان در برابر طلبکار متعهد به تأدیه دین می‌شود و درمقابل‌آن هیچ عوضی دریافت نمی‌کند، آنچه در این عقد دربرابر تعهد ضامن قرار می‌گیرد به سود مدیون اصلی است که برائت می‌یابد. در عقد معوض، ضرورتی ندارد که عوض عاید کسی شود که معوض را می‌دهد. چنانکه در بیمه عمر، نتیجه تعهد بیمه‌گر به شخص دیگری می‌رسد و هیچ‌کس آن‌را عقد مجانی نمی‌داند؛ بنابراین نباید چنین پنداشت که در ضمان تعهد تنها به سود طلبکار ایجاد می‌شود و اهلیت او تابع حالتی است که شخص «تملک بدون عوض» می‌کند (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱٤ ق.م.)» (کاتوزیان، ۱۳۷٦، ص ۲٤٤). نتیجه‌ای که حاصل می‌شود این است که اگرچه ضمانت عقد معوض می‌باشد ولیکن درصورتی‌که تاجر در دوران قبل از توقف از سند تجاری ضمانت کند، منجربه ضرری بیش از ربع قیمت می‌شود و به‌موجب ماده ٤٢٤ ق.ت. درصورت وجود سایر شرایط، قابل‌رد می‌باشد، چراکه عوضِ عقد ضمان به مضمون‌عنه تعلق می‌گیرد نه به ضامن؛ اما با پرداخت دین توسط ضامن، مشارالیه حق رجوع به مضمون‌عنه را دارد، زیرا به‌موجب قسمت اخیر ماده ۲٤۹ ق.ت. ضامن با کسی که از او ضمانت کرده است مسؤولیت تضامنی دارد و در مسؤولیت تضامنی ضامن پس از آنکه دین را پرداخت کرد حق رجوع به مضمون‌عنه را دارد، در همین راستا ماده ٤۱۱ ق.ت. مقرر می‌دارد: «پس‌از آنکه ضامن دین

اصلی را پرداخت مضمون‌له باید تمام اسناد و مدارکی را که برای رجوع ضامن به مضمون‌عنه لازم و مفید است به او داده و اگر دین اصلی با وثیقه باشد آن‌را به ضامن تسلیم کند...» دراین صورت ضمانت تاجر در دوران توقف منجربه ضرر تاجر در حدودی که ماده ٤٢٤ ق.ت. اعلام کرده است نمی‌شود.

ممکن است ضمانت صورت گرفته قبل از دوران توقف، تبرعی باشد، در این‌صورت به‌موجب ماده ۷۲۰ ق.م.[1] و وحدت ملاک ماده ٢٦٧ ق.م.[2] ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه را نخواهد داشت. ازآنجایی‌که ضمانت تبرعی ضرری است، درصورت وجود سایر شرایط ماده ٤٢٤ ق.ت. ضمانت «قابل‌فسخ» است که درصورت اعمالِ ضمانت اجرای مذکور، مدیر تصفیه ورشکسته (ضامن) می‌تواند به مضمون‌له رجوع کرده و مبلغ پرداختی را مسترد نماید.

۳. اثر ورشکستگی برگردش اسناد تجاری در دوره توقف

در این دوران وثیقه عمومی هیئت طلبکاران بیش از قبل در معرض از بین رفتن است؛ چراکه تاجر خود را در آستانه ورشکستگی می‌بیند، بنابراین سعی می‌کند معاملاتی انجام دهد که خود را از خطر ورشکستگی برهاند. همچنین ممکن است اقداماتی انجام دهد که درنهایت منجربه تضییع حقوق طلبکاران شود، در همین راستا قانون‌گذار تدابیری اندیشیده است تا درحد امکان به هیئت طلبکاران ضرری وارد نشود؛ بنابراین کنترل معاملاتی تاجر ورشکسته در این دوران به‌طور خلاصه به‌شرح ذیل می‌باشد:

الف) به‌موجب ماده ٤٢٣ ق.ت. نقل و انتقالات بلاعوض، تأدیه هر قرض اعم از حال یا مؤجل به هروسیله که به عمل آید و هر معامله‌ای که مالی از اموال تاجر ورشکسته را مقید نماید و به ضرر طلبکاران تمام شود، در دوران بعد از توقف باطل می‌باشد.

---

۱. «ضامنی که به‌قصد تبرع ضمانت کرده باشد حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد».

۲. «ایفای دین از جانب غیرمدیون هم جایز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد؛ ولیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند، اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد والا حق رجوع ندارد».

ب) معاملات ناشی از جنحه یا جنایاتی که اشخاص غیر از تاجر ورشکسته در امر ورشکستگی مرتکب می‌شوند، پس از دوران توقف تاجر باطل می‌باشد (ماده ۵۵۷ ق.ت.).

ج) معاملات موضوع ماده ٤٢٤ ق.ت. به‌طریق اولی در دوران توقف نیز قابل‌فسخ می‌باشد.

د) معاملات صوری یا مسبوق به تبانی تاجر ورشکسته که به‌موجب ماده ٤٢٦ ق.ت. خودبه‌خود باطل می‌شود.

۳-۱. صدور، ظهرنویسی، ضمانت و قبولی سند تجاری

در مورد اهلیت تاجر در این دوران شبهه‌ای نیست و مشارالیه اهل محسوب می‌شود و اصل بر این است که معاملات وی صحیح است؛ مگر اینکه شامل موارد مذکور در مبحث قبل باشد؛ بنابراین تاجر صلاحیت صدور، ظهرنویسی، ضمانت و قبولی سند تجاری را دارد.

همان‌طور که می‌دانیم متعاقب صدور، ظهرنویسی، ضمانت و قبولی سند تجاری، به‌موجب ماده ۲٤۹ ق.ت. مداخله‌کننده مسئول سند محسوب می‌شود. درصورت انجام اعمال فوق (صدور، ظهرنویسی، ضمانت و قبولی) دو حالت به وجود می‌آید:

اول اینکه معامله انجام شده برخوردی با مواد ٤٢٣، ۵۵۷، ٤٢٤ و ٤٢٦ ق.ت. نداشته باشد که در این صورت همه اشخاصی که در گردش سند تجاری نقش داشته‌اند، ازجمله تاجر ورشکسته، درمقابل‌دارنده مسئول پرداخت وجه سند تجاری هستند.

در حالت دوم معامله پایه به‌موجب مواد فوق‌الذکر باطل یا قابل‌فسخ می‌باشد که در این صورت تاجر صادرکننده، ظهرنویس، ضامن و قبول‌کننده نمی‌تواند درمقابل‌ید غیرمستقیم به‌موجب اصل عدم توجه ایرادات به ایراد بطلان معامله پایه استناد کند؛ بنابراین درصورت رجوع دارنده‌ای که ید غیرمستقیم است تاجر صادرکننده یا ظهرنویس یا ضامن و یا قبول‌کننده مسئول وجه سند خواهد بود؛ بنابراین در هر دو حالت امکان مسؤولیت ورشکسته وجود دارد. متعاقب این مسئله بحث پرداخت تاجر در این دوران مطرح می‌شود؛ به‌عبارت دیگر اینکه آیا تاجر می‌تواند وجه سند تجاری که سررسید آن در دوران توقف است را پرداخت کند؟ به این

موضوع در مبحث بعدی خواهیم پرداخت.

۳-۲. پرداخت وجه سند تجاری

همان‌طور که بیان کردیم ممکن است سند تجاری در دوره قبل از توقف و در دوره توقف به درستی صادر شود و سررسید آن در دوره توقف واقع شود، آیا دراین‌صورت برات‌گیر یا هر تاجرِ مسئول دیگری که در دوره توقف قرار دارد می‌تواند مبلغ سند تجاری را پرداخت کند؟ لازم به ذکر می‌باشد که ممکن است وصول طلب در این دوران ازطریق دادگاه یا اجرای ثبت صورت گیرد.

درمورد اختلاف در حدود بند ۲ ماده ٤۲۳ قانون تجارت، هیئت عمومی دیوان عالی رأی وحدت رویه (شماره ٥٦١ مورخ ۱۳۷۰/۳/۲۸) صادر نموده است که به شرح آن می‌پردازیم.

حکم ورشکستگی تاجری به‌موجب دادنامه شماره ٦ مورخ ۱۳٥٤/۲/٦ صادر و توقف، تاریخ ۱۳٤۳/۱۰/۲۸ تعیین می‌شود. برخی از طلبکاران قبل از تاریخ صدور حکم ورشکستگی از طریق دادگاه اموال تاجر ورشکسته را تصاحب کرده بودند، مدیر تصفیه تاجر ورشکسته اقدام به‌طرح دعوی می‌کند که درنتیجه حکم به نفع تاجر ورشکسته صادر می‌شود و پرداخت‌های صورت گرفته به‌موجب احکام فرجامی از شعب ۱۷ و ۱۸ دیوان عالی کشور باطل اعلام می‌شود؛ اما در مقابل‌این‌رویه شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۱۳/۳۸ مورخ ٦۸/۱۱/۲۸ اتخاذ کرده و حکم به بطلان دعوای ابطال اجراییه و اسناد انتقالی صادر کرد که به‌شرح ذیل می‌باشد:

«... طبق مفهوم مخالف ماده ٤۱۹ ق.ت. تا تاریخ صدور حکم ورشکستگی دعاوی باید علیه شخص تاجر اقامه شود و تاجر محجور محسوب نمی‌شود و انجام عملیات مزایده و صدور حکم، تملیک معامله محسوب نمی‌شود و چون دلیل موجهی بر ابطال اجراییه و اسناد انتقالی و اسناد مالکیت ارائه نشده، حکم به بطلان دعوی مطروحه را صادر و اعلام می‌دارد» (صقری؛۱۳۷٥؛ ص ۱۸۷).

ازآنجایی‌که درموارد مشابه بین آرای صادره از شعبه ۱۷ و ۱۸ دیوان عالی و رأی شعبه ۱۳ آن دیوان اختلاف وجود داشته است، به‌موجب قانون وحدت رویه ۱۳۲۸، پرونده هیأت عمومی دیوان عالی مطرح و منجربه صدور رأی وحدت رویه شماره ٥٦١ مورخ ۷۰/۳/۲۸ به‌شرح ذیل گردید:

«ماده ٤١٧ قانون تجارت حکم ورشکستگی تاجر را موقتاً قابل‌اجرا شناخته است، در بند ۲ و بند ۳ ماده ٤٢٣ قانون تجارت هم تصریح‌شده که تأدیه هر قرض تاجر ورشکسته اعم از حال یا مؤجل به هروسیله که به‌عمل‌آمده باشد و هرمعامله که مالی از اموال منقول و غیرمنقول تاجر را مقید نماید و به ضرر طلبکاران تمام شود، باطل و بی‌اعتبار است، فلذا، آرا صادره از شعب ۱۷ و ۱۸ دیوان عالی کشور صحیح و منطبق با موازین قانونی است ...» (روزنامه رسمی، شماره ۱۳٥۲۸).

دراین رأی به عملیات ثبتی اشاره‌نشده است، این بدان معنا نیست که عملیات ثبتی شامل این حکم نمی‌شود بلکه همان‌طور که برخی از حقوقدانان بدان اشاره کردند اجرای ثبت در این حکم از قلم‌افتاده است (صقری،۱۳۷٥، ص ۱۸۸؛ روشن، مظفری، ۱۳۸۹، ص ۷۸).

ازآنجایی‌که تصور می‌شد برخی بستانکاران در دوران توقف به طلب خود دست یابند و برای سایر بستانکاران چیزی نماند (نتیجه گزارش تقدیمی به دیوان عالی کشور) و همچنین از تاریخ توقف، تاجر نمی‌تواند دیون خود را پرداخت کند و بستانکاران مجاز نیستند به طرفیت وی به مطالبات خود برسند و درنهایت اینکه تفاوتی در پرداخت دین از جانب تاجر ورشکسته و حاکم وجود ندارد زیرا این عمل به ولایت از سوی حاکم صورت می‌گیرد و حاکم قائم‌مقام قانونی او محسوب می‌شود (مستنبط از آرای صادره در این خصوص)، باعث شده است تا هیأت عمومی دیوان عالی کشور رأی وحدت رویه فوق را صادر نماید (صقری، ۱۳۷٥، ص ۱۸۳؛ روشن، مظفری، ۱۳۸۹، ص ۷۸-۷۹).

همان‌گونه که در رأی مذکور آمده است وصول طلب در دوران توقف حتی ازطریق دادگاه که مصداق بارز نهاد حق‌گذاری می‌باشد، باطل است و ازآنجایی‌که قانون‌گذار در ماده ٤٢٣

ق.ت. تفاوتی بین طلب عادی و طلبی که ناشی از سند تجاری باشد قائل‌نشده است، بنابراین تأدیه مبلغ سند تجاری نیز ازطریق مراجع رسمی باطل می‌باشد و به‌طریق اولی اگر تاجر در این دوران مباشرتاً به پرداخت سند اقدام کند سرنوشتی غیر از پرداخت ازطریق دادگاه نخواهد داشت.

٤. گردش اسناد تجاری بعد از صدور حکم ورشکستگی

ماده ٤١٨ ق.ت. ورشکسته را از مداخله در تمام اموال خود و همچنین اموالی که بعد از صدور حکم ورشکستگی عاید او می‌شود ممنوع اعلام کرده است. این حکم به معنی عدم اهلیت تاجر ورشکسته نمی‌باشد بلکه قانون‌گذار خواسته است در جهت حمایت از هیأت طلبکاران از تضییع اموال توسط تاجر ورشکسته جلوگیری کند؛ بنابراین معاملات تاجر ورشکسته درصورتی‌که مستلزم دخالت در اموال (اعم از اموال موجود وی یا اموالی که پس از صدور حکم ورشکستگی عاید او می‌شود) باشد، با ممنوعیت موجود در ماده ٤١٨ ق.ت. مواجه می‌شود و درغیر این‌صورت صحیح می‌باشد.

باتوجه به مقدمه فوق‌الذکر این سؤال مطرح می‌شود که آیا تاجر ورشکسته می‌تواند در این دوران سند تجاری صادر، ظهرنویسی و یا قبول کند؟

٤-١. صدور سفته و برات

اداره حقوقی در پاسخ بدین سؤال که تکلیف صدور چک، سفته و ... پس از صدور حکم ورشکستگی و قبل از اعاده اعتبار چیست؟ در جلسه مورخ ١٣٥٢/١٠/١٦ آورده است: «پس از صدور حکم تاجر ورشکسته از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است... بنابراین هرگونه معامله‌ای که تاجر ورشکسته پس از صدور حکم بنماید باطل است...» (دمرچیلی و همکاران، ١٣٨٦، ص ٧٥٤). برخی حقوقدانان نیز اینگونه نظر داده‌اند که تاجر ورشکسته بعد از صدور حکم ورشکستگی درصورتی می‌تواند

اقدام به صدور سند تجاری کند که قرارداد ارفاقی منعقد شده باشد؛ زیرا ورشکسته محجور محسوب نمی‌شود بلکه از دخالت در اموال منع شده است و اموال مشارالیه وثیقه عمومی طلبکاران قرارگرفته است و دیونی که پس از صدور حکم توقف بر عهده تاجر قرار می‌گیرد داخل در غرما محسوب نمی‌شود (صقری، ۱۳۸۷، ص ۸۲)؛ اما باوجود پذیرش استدلال فوق‌الذکر نمی‌توان براین عقیده بود که تاجر تنها درصورت انعقاد قرارداد ارفاقی حق صدور سند تجاری را داشته باشد؛ زیرا:

اولاً: قانون‌گذار در ماده ٤١٨ ق.ت. صرفاً تاجر ورشکسته را درجهت حمایت از هیأت طلبکاران از «مداخله در اموال» منع‌کرده است و مدیر تصفیه را در «کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد» قائم‌مقام ورشکسته قرار داده است و در مقام تفسیر نمی‌توان پا را فراتر نهاده و تاجر را بیش از آن چیزی که مقنن مقرر داشته محدود کرد زیرا اصل بر آزادی می‌باشد.

در رد نظر اداره حقوقی باید گفت که حتی باتوجه به صراحت قانون‌گذار در منع تاجر ورشکسته از دخالت در اموال، نمی‌توان بر این عقیده بود که تاجر ورشکسته نمی‌تواند سند تجاری صادر کند؛ زیرا اسناد تجاری ابزارهایی هستند که به‌موجب آن‌ها کسب اعتبار می‌شود، همچنین این اسناد مبتنی بر دستور یا تعهد پرداخت می‌باشند و کسب اعتبار و دستور پرداخت مستلزم دخالت در اموال نیست. علاوه‌بر مسائل بیان‌شده باید توجه کرد که قانون‌گذار تاجر ورشکسته را از دخالت در اموالی که متعلق حق دیان قرارگرفته و یا خواهد گرفت منع کرده است نه از مداخله در «مطلق امور مالی» که اگر این‌گونه بود باید بر این عقیده بودیم که تاجر ورشکسته فاقد اهلیت است، درصورتی‌که چنین عقیده‌ای پذیرفته نیست.

در قسمت دوم ماده مذکور قانون‌گذار مدیر تصفیه را در «کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد» قائم‌مقام ورشکسته قرار داده است درصورتی‌که صدور سفته و برات برای تاجر ایجاد دین می‌کند که مؤثر در تأدیه دیون نیست؛ زیرا دیون بستانکاران با تقسیم اموال ورشکسته تأدیه می‌شود و برای دیونی که پس از صدور

حکم ورشکستگی ایجاد می‌شود، طلبکار نمی‌تواند وارد غرما شود. درهمین راستا یکی از حقوقدانان بیان می‌دارد: «چون موضوع تعهدات فی‌الذمه ورشکسته مستقیماً عین اموال وی نیست، نمی‌توان چنین معاملاتی را غیرنافذ دانست. این معاملات تنها در رابطه طرفین تعهد صحیح‌اند، اما نسبت به طلبکارانی که حقوق مقدم دارند قابل‌استناد نیستند. اثر چنین عدم قابلیت استنادی آن است که ذی‌نفع چنین تعهداتی نمی‌تواند اجرای تعهدات مذکور را به زیان طلبکاران مقدم از محل اموال موجود ورشکسته بخواهد. تعهدات مذکور در ردیف تعهداتی قرار می‌گیرند که پس از تاریخ توقف ایجاد شده‌اند و ازاین‌رو ذی‌نفع چنین تعهداتی اساساً در غرمای ورشکسته وارد نمی‌شود» (رحمانی، ۱۳۹۳، ص ۷٤).

ثانیاً: در حقوق ایران مالکیت محل سند تجاری به دارنده منتقل نمی‌شود و در تأیید این نظر می‌توان به ماده ۲۹۱ ق.ت.[1] اشاره کرد. به‌موجب این ماده امکان استرداد محل برات از جانب برات‌دهنده پیش‌بینی‌شده است. درحالی‌که اگر مالکیت محل برات منتقل می‌شد، برات‌گیر محل برات را باید صرفاً به دارنده آن منتقل می‌کرد حتی اگر دارنده خارج از مهلت‌های مقرر مراجعه می‌کرد (اسکینی، ج ۳، ۱۳۷۸، ص ۷۷). دلیل دیگری که می‌توان در تأیید این دیدگاه ارائه کرد، ماده ۲۵۱ ق.ت. می‌باشد؛ زیرا قانون‌گذار در این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه چند نفر از مسؤولین برات ورشکست شوند، دارنده برات می‌تواند در هریک از غرما یا در تمام غرما برای وصول تمام طلب خود (وجه برات و متفرعات و مخارج قانونی) داخل شود ...»، درصورتی‌که اگر محل منتقل می‌شد، نیازی به ورود دارنده در غرما نبود.

عدم پذیرش نظریه انتقال محل در حقوق ایران بیانگر این مسئله است که صدور سند تجاری مستلزم دخالت در اموالی که به نفع هیأت بستانکاران توقیف‌شده است، نیست.

شبهه‌ای که ممکن است در رابطه با نظر مطرح شده ایجاد شود این‌است‌که اگر ورشکسته را مجاز به صدور سفته و برات بدانیم این مسئله باعث ایجاد ضرر برای اشخاص ثالث

۱. «اگر پس از انقضاء موعدی که برای اعتراض و ابلاغ اعتراض‌نامه یا برای اقامه دعوی مقرر است برات‌دهنده یا هریک از ظهرنویس‌ها به‌طریق محاسبه یا عنوان دیگر وجهی را که برای تأدیه برات به محال‌علیه رسانیده بود مسترد دارد دارنده برات برخلاف مقررات دو ماده قبل حق خواهد داشت که علیه دریافت‌کننده وجه اقامه دعوی نماید.»

می‌شود؛ اما در پاسخ باید گفت که حکم ورشکستگی باید اعلان شود؛ اگرچه این مسئله به‌صراحت در قانون تجارت پیش‌بینی نشده است ولیکن می‌توان باتوجه به ماده **٥٣٦** ق.ت[1] این حکم را استنباط نمود (اسکینی، ج ٤، ١٣٧٨، ص ٥١). با اعلان حکم فرض بر این است که همه به ورشکستگی تاجر آگاه می‌باشند که دراین صورت اگر شخصی سند را از ورشکسته دریافت کند به ضرر خود اقدام کرده است.

باتوجه به مطالب گفته شده، باید براین عقیده بود که تاجر ورشکسته بعد از صدور حکم ورشکستگی حق دخالت درگردش اسناد تجاری، تحت عنوان صادرکننده را دارد.

٤-٢. صدور چک

در مورد چک ممکن است این تصور در ذهن تداعی شود که چون چک وسیله پرداخت فوری است ورشکسته نمی‌تواند پس از صدور حکم ورشکستگی اقدام به صدور آن کند اما اینگونه نیست زیرا:

اولاً: قانون‌گذار در ماده ٣ مکرر قانون صدور چک (اصلاحی ١٣٨٢) مقرر می‌دارد: «چک در تاریخ مندرج در آن و پس از تاریخ مذکور قابل‌وصول از بانک خواهد بود»؛ بنابراین چک تنها وسیله پرداخت نیست بلکه ابزار کسب اعتبار نیز می‌باشد.

ثانیاً: حتی اگر بپذیریم که چک تنها وسیله پرداخت است، همچنان باید براین عقیده باشیم که ورشکسته می‌تواند بعد از صدور حکم ورشکستگی اقدام به صدور چک نماید؛ زیرا در این صورت نیز با صدور چک محل آن به دارنده منتقل نمی‌شود تا «مداخله در اموال» مصداق پیدا کند و باممنوعیت موضوع ماده ٤١٨ ق.ت. مواجه شود.

بعد از صدور حکم ورشکستگی موجودی حساب ورشکسته به نفع هیأت بستانکاران توقیف می‌شود، اما عدم وجود محل خللی در صحت عمل حقوقی صدور چک ندارد

١. «حکم اعلان ورشکستگی و نیز حکمی که به‌موجب آن تاریخ توقف تاجر درزمانی قبل از تاریخ اعلان ورشکستگی تشخیص شود قابل‌اعتراض است».

(اسکینی، ج ۳، ۱۳۸۷، ص ۲۳۵)؛ اگرچه ممکن است به‌موجب ماده ۷ قانون صدور چک[1] (مصوب ۱۳۸۲) با ضمانت اجرای کیفری مواجه شود؛ که در این رابطه در نظریه مشورتی ۷/۳۶۳-۱۳۷۲/۱/۲۱ آمده است: «صدور چک بلامحل چه قبل از صدور حکم ورشکستگی چه بعد از صدور حکم و تاریخ توقف باتوجه به تعریف مقرر در ماده ۲ [۳ اصلاحی] قانون صدور چک، جرم است و صادرکننده چک قابل‌تعقیب کیفری و مجازات است. آنچه درمورد صدور چک به تاریخ قبل و بعد از صدور حکم تفاوت می‌کند، پرداخت ضرر و زیان مدعی خصوصی است...» (دمرچیلی و همکاران؛ ۱۳۸٤؛ ص ٦٢٦) این مسئله حتی درموردی که حساب ورشکسته مسدود شود نیز صادق است.

٤-۳. ظهرنویسی و پرداخت وجه سند تجاری

ظهرنویسی پس از صدور حکم ورشکستگی در دو صورت امکان‌پذیر است:

۱) ظهرنویسی در اسنادی که به نفع هیأت بستانکاران توقیف‌شده است

۲) ظهرنویسی در اسنادی که پس از صدور حکم ورشکستگی به نفع ورشکسته صادر می‌شود

ظهرنویسی در اسنادی که به نفع هیأت بستانکاران توقیف شده است مشمول قاعده منع

---

۱. هرکس مرتکب بزه صدور چک بلامحل گردد به شرح ذیل محکوم خواهد شد:

الف - چنانچه مبلغ مندرج در متن چک کم‌تر از ده میلیون (۱۰ ۰۰۰ ۰۰۰) ریال باشد به حبس تا حداکثر شش ماه محکوم خواهد شد.

ب - چنانچه مبلغ مندرج در متن چک از ده میلیون (۱۰ ۰۰۰ ۰۰۰) ریال تا پنجاه میلیون (۵۰ ۰۰۰ ۰۰۰) ریال باشد از شش ماه تا یک سال حبس محکوم خواهد شد.

ج - چنانچه مبلغ مندرج در متن چک از پنجاه میلیون (۵۰ ۰۰۰ ۰۰۰) ریال بیش‌تر باشد به حبس از یک سال تا دو سال و ممنوعیت از داشتن دسته چک به مدت دو سال محکوم خواهد شد و درصورتی‌که صادرکننده چک اقدام به اصدار چک‌های بلامحل نموده باشد،مجموع مبالغ مندرج در متون چک‌ها ملاک عمل خواهد بود.

تبصره - این مجازات‌ها شامل مواردی که ثابت شود چک‌های بلامحل بابت معاملات نا مشروع و یا بهره ربوی صادر شده، نمی‌باشد».

مداخله موضوع ماده ٤١٨ ق.ت. قرار می‌گیرد؛ بنابراین ورشکسته حق ظهرنویسی در این اسناد را ندارد. درصورتی‌که سندی پس از صدور حکم ورشکستگی برای تاجر ورشکسته صادر شود، شامل اموالی است که پس از صدور حکم ورشکستگی عاید ورشکسته شده است که به‌موجب ماده ٤١٨ ق.ت. از مداخله در آن منع شده است؛ بنابراین در این حالت نیز امکان ظهرنویسی سند تجاری ممکن نیست.

پرداخت وجه سند تجاری در این دوره امکان‌پذیر نمی‌باشد زیرا؛

اولاً تعهد ناشی از سند تجاری بعد از صدور حکم ورشکستگی ایجاد شده است که برای دیونی که بعد از صدور حکم ایجاد می‌شود، طلبکار نمی‌تواند وارد غرما شود.

ثانیاً: پرداخت در این دوره مستلزم دخالت در اموال می‌باشد که به‌موجب ماده ٤١٨ ق.ت. منع شده است.

٤-٤. قبولی برات

درمورد قبولی برات از جانب ورشکسته نیز شاید در ابتدا اینگونه به نظر برسد که تاجر ورشکسته با صدور حکم ورشکستگی نمی‌تواند برات را به قبولی بگیرد، همان‌گونه که برخی حقوقدانان به بطلان قبولی تاجر پس از صدور حکم ورشکستگی نظر دادند (افتخاری، ١٣٧٩، ص ١٨٢)؛ اما همان‌طور که گفتیم تنها معاملاتی باطل است که دخالت در اموال محسوب شود؛ بنابراین صرف قبولی برات از جانب تاجر ورشکسته باطل نیست، زیرا با قبولی، تاجر ورشکسته خود را مسئول برات قرار داده است که دخالت در اموال محسوب نمی‌شود؛ به عبارت‌دیگر با این عمل مشارالیه به دارنده مدیون شده است که این دین پس از صدور حکم ورشکستگی ایجادشده است و دارنده نمی‌تواند برای وصول آن وارد غرما شود.

درصورتی‌که قبولی برات قبل از صدور حکم ورشکستگی صورت‌گرفته باشد، قبول‌کننده (ورشکسته) مسئول برات است و دارنده برای وصول مبلغ برات باید وارد غرما شود؛ زیرا

مشارالیه با قبولی برات به‌موجب ماده ۲۳۰ ق.ت.[1] مسئول پرداخت آن است.

٤-٥. ضمانت از اسناد تجاری

مسئله دیگر در مورد ضمانت از سند تجاری است، بنابراین باید به این سؤال پاسخ گفت که آیا ضمانت انجام‌شده از سند تجاری بعد از صدور حکم ورشکستگی صحیح می‌باشد؟ «ضامن شدن ورشکسته، نه مالی از دارایی او را منتقل می‌سازد یا مقید می‌کند نه از اعتبار ورشکسته می‌کاهد. پس اقدام او مشمول مواد ٤١٨ و ٤٢٣ ق.ت. نمی‌شود. منع تاجر ورشکسته نیز بر خلاف اصل است و باید آن‌را محدود به اعمالی کرد که به زیان طلبکاران تمام می‌شود. درنتیجه ضامن شدن را باید در زمره اعمال مباح آورد» (کاتوزیان، ١٣٧٦، ص ٢٦٢)؛ اما همان‌طورکه در مباحث قبلی آوردیم رجوع به ضامن ورشکسته برای دیونی که پس از صدور حکم ورشکستگی ایجاد شدند در دوران ورشکستگی امکان‌پذیر نیست، بنابراین مسئولانی که حق رجوع به ضامن را دارند می‌توانند بعد از تقسیم دارایی ورشکسته به وی رجوع کنند.

۵. نتیجه‌گیری

تاجر در دوران قبل از توقف اهل محسوب می‌شود و معاملات وی درصورتی‌که ضرری نباشد صحیح است. بعد از صدور حکم ورشکستگی تاجر از مداخله در اموال منع‌شده است که به معنی عدم اهلیت نمی‌باشد؛ بنابراین این امکان وجود دارد که تاجر قبل یا بعد از صدور حکم ورشکستگی اقدام به‌گردش اسناد تجاری نماید که دراین‌صورت حالت‌های زیر به وجود می‌آید:

الف) قبل از دوره توقف: در این دوره درصورتی‌که معامله پایه با مواد ٤٢٤ و ٤٢٦ ق.ت. برخورد نداشته باشد، گردش اسناد تجاری صحیح است ولیکن درصورتی‌که با مواد مذکور برخورد داشته باشد، معامله پایه «قابل‌فسخ» یا باطل می‌باشد که دراین‌صورت بحث ایرادات و

۱. «قبول‌کننده برات ملزم است وجه آن‌را در سر وعده تأدیه نماید».

قابلیت استناد آن مطرح می‌شود.

ب) دوره توقف: در این دوره وضعیت صدور، ظهرنویسی، ضمانت و قبولی سند تجاری همانند دوره قبل از توقف می‌باشد ولیکن کنترل معاملاتی دراین دوره گسترده‌تر است. پرداخت وجه سند تجاری دراین دوره به‌موجب بند ۲ ماده ٤٢٣ ق.ت. باطل می‌باشد.

ج) بعد از صدور حکم ورشکستگی: صدور، ضمانت و قبولی سند تجاری بعد از صدور حکم ورشکستگی با ممنوعیت موضوع ماده ٤١٨ ق.ت. مواجه نمی‌شود چراکه متضمن دخالت در اموال نیست و مؤثر در تأدیه دین نیز نمی‌باشد، اما ظهرنویسی و پرداخت وجه سند تجاری چون دخالت در اموال محسوب می‌شود، به‌موجب ماده مذکور ممنوع می‌باشد.

منابع

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۷)، *«حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته)»*، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۷)، *«حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)»*، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات سمت.
- افتخاری، جواد (۱۳۷۹)، حقوق تجارت ـ ٤ (نظری و کاربردی)، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ اول، تهران، ققنوس.
- برزش آبادی، حمزه (۱۳۸۹)، *«جایگاه اصل عدم توجه به ایرادات در اسناد تجاری در حقوق ایران با لحاظ کنوانسیون برات و سفته بین‌المللی (آنسیترال)»*، استاد راهنما: محمد عیسائی تفرشی، محمد، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس.
- رحمانی، عطاءالله (۱۳۹۳)، *«حقوق ورشکستگی»*، چاپ اول، تهران، انتشارات جاودانه، جنگل.
- روشن، محمد، مظفری، مصطفی (۱۳۸۹)، *«بررسی آثار صدور حکم ورشکستگی و رفع آن»*، فصلنامه حقوق، دوره ٤٠، شماره ١٠١.

- دمرچیلی، محمد و حاتمی، علی و قرائی، محسن، *«قانون تجارت در نظم حقوق کنونی»*، مؤسسه میثاق عدالت، چاپ ششم، تهران، ۱۳۸٦.
- صقری، محمد (۱۳۷۵)، *«بطلان عملیات دوران توقف و سرنوشت وصول طلب از طریق محاکم و یا ادارات ثبت»* دیدگاه‌های حقوقی، شماره اول.
- صقری، محمد (۱۳۸۷)، *«حقوق بازرگانی: اسناد»*، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷٦)، *«عقود اذنی ـ وثیقه‌های دین (عقود معین، ٤)»*، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، *«قواعد عمومی قراردادها (انعقاد و اعتبار قرارداد)»*، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *«قواعد عمومی قراردادها (اجرای قرارداد)»*، جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- روزنامه رسمی، شماره ۱۳۵۲۸ مورخ ۱۳۷۰/۵/۳۰.

فصلنامه علمی-تخصصی
مطالعات حقوقی
سال دوم، شماره دوم، بهار ۱۳۹۵

شیوه‌های حل‌وفصل اختلاف در معاهده‌ی تریپس

سحر قبادی*

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران

چکیده

اوج جریان فرآیند قانون‌سازی در عرصه مالکیت معنوی، در زمان ایجاد وایپو و سپس ایجاد تریپس می‌باشد. همچنین، برای خلق ماهیت و محتوای نظام حقوقی درجهت ایجاد مکانیزم‌های حمایتی اجرایی، سیستم حل‌وفصل اختلاف نیز درنظر گرفته‌شده است. این سیستم از نظر سازندگان قانون، به گونه‌های مختلفی جلوه‌گر شده است: در یکی سیستم قالب مرکز داوری و میانجیگری را نشان داده و در دیگری قالب رکن اجباری حل‌وفصل دعاوی. در تریپس، سعی شده با الگوگیری از سیستم‌های قضایی در معنای خاص، صلاحیت مرجع رسیدگی‌کننده به اصحاب دعوا تحمیل گردیده و احترام به آزادی اراده با فرض آزادی عضویت در سازمان و ابراز آن درهنگام به عضویت در آمدن، رعایت شده محسوب گردد تا بدین وسیله از تک‌روی کشورهای عضو و ایجاد وقفه در اجرای مقررات سازمان جلوگیری شود. در مرکز داوری سعی شده اختلافات با تکیه‌بر اعتماد و حفظ روابط دوستانه میان طرفین اختلاف حل‌وفصل گردد تاهم در مراودات خصوصی و هم در روابط بین‌المللی کشورها، امکان تداوم روابط تجاری حفظ شود. درحالی‌که تریپس سعی‌کرده است با توسل به ضمانت اجراهای مؤثر، از فقدان ضمانت اجرا در مکانیزم‌های حل‌وفصل بین‌المللی که همواره به‌عنوان یک نقطه‌ضعف این نظام حقوقی درمقابل نظام‌های حقوقی ملّی موردتوجه بوده، جلوگیری کند. در حل‌وفصل اختلافات در عرصه حقوق مالکیت معنوی، نباید گفت وایپو یا تریپس، بلکه باید گفت وایپو و تریپس. مسئله مهم و اساسی در رابطه بین این دو مکانیزم، جلوگیری از ایجاد رویه‌هایی ناهماهنگ و متناقض از طرف هریک از این دو سیستم هست که بی‌تردید نه‌تنها موجب رشد و توسعه نظام حقوقی این حوزه نخواهد شد، بلکه می‌تواند به ایجاد تنش و بی‌نظمی منجر گردد.

---

*نویسنده مسؤول مقاله: E-mail: ghobadi.sahar17@gmail.com

واژگان کلیدی: تریپس، رکن حل‌اختلاف ، مرکز داوری و میانجیگری، روش شبه قضایی و روش‌های جایگزین.

مقدمه

مشخصه اصلی سرمایه‌گذاری خارجی مدرن، فراهم کردن امکان دسترسی مستقیم سرمایه‌گذاران به مراجع بین‌المللی جهت حل‌وفصل اختلافات دولت و سرمایه‌گذار است. بسیاری از معاملات تجاری بین‌المللی، بدون بروز اختلاف توسط طرفین اجرا می‌شود. بااین وجود، بروز برخی اختلاف‌ها در روابط تجاری امری عادی است. عادی بودن بروز اختلاف به معنی عادی بودن مراجعه به دادگاه و یا داوری برای حل‌وفصل اختلافات تجاری بین‌المللی نیست. چراکه اولاً مراجعه به دادگاه ممکن است به روابط تجاری طرفین لطمه بزند و ثانیاً مراجعه به دادگاه یا داوری پرهزینه و وقت‌گیر است. پیش از پیدایش موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، مکانیسم حل وفصل اختلافات به‌صورت سنتی بود و سرمایه‌گذاران مجبور به توسل به کشور متبوعشان جهت احقاق حقوقشان بودند؛ اما این مکانیسم به دو دلیل ناکارآمد بود. اول آنکه سرمایه‌گذار به‌عنوان کسی که منافعش مستقیماً متأثر شده از قدرتی برخوردار نبوده که بتواند حقوقش را بدون واسطه از دولت میزبان و مستقل از دخالت دولت متبوع خود پیگیری کند. دوم آنکه، حتماً درصورت اعمال حمایت دیپلماتیک، قطعاً منافع سرمایه‌گذار در درجه بعدی اهمیت قرار گرفتند و بالطبع دربسیاری از موارد، منافع او قربانی روابط سیاسی بین دو کشور می‌شود. فصل ششم قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران، در ماده ۱۹ خود، روش حل‌اختلاف دولت و سرمایه‌گذاران خارجی را به‌شرح ذیل مقرر می‌کند:

«اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذاران خارجی درباره سرمایه‌گذاری‌های موضوع این قانون چنانچه ازطریق مذاکره حل‌وفصل نشود در دادگاه‌های داخلی موردبررسی قرار می‌گیرد مگر آنکه در قانون موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری با دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی درباره شیوه دیگری از حل‌وفصل اختلافات توافق شده باشد.»

ایران تقریباً با کشورهای زیادی موافقت‌نامه دوجانبه همکاری منعقد کرده است؛ اما دو نکته درمورد ماده مذکور قابل‌تأمل است. اول آنکه تقریباً همه قراردادهای سرمایه‌گذاری مهم میان دولت ایران و سرمایه‌گذاران خارجی خصوصاً دربخش منابع طبیعی، حاوی شرط داوری بین‌المللی است که با صدور این ماده که دادگاه‌های داخلی را صالح می‌داند در تعارض است. دوم شرط حل‌وفصل اختلافات در ماده ۱۹ عمدتاً بر سرمایه‌گذاران ایرانی که سرمایه‌ی خود را با منشأ خارجی وارد ایران می‌کنند ناظر خواهد بود؛ زیرا این سرمایه‌گذاران مشمول هیچ موافقت‌نامه‌ای قرار نمی‌گیرند، ازاین‌رو ناگزیر از مراجعه به محاکم ایران هستند؛ اما این ماده درباره ایرانیانی که تابعیت مضاعف دارند ساکت است.

امروزه رسیدگی به دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری عمدتاً در مراجع بین‌المللی به وجود می‌آید. مراجع داخلی به دلایلی که قبلاً گفته شد چندان محبوبیتی برای سرمایه‌گذاران خارجی ندارد. نهاد حمایت دیپلماتیک نیز به علت محدودیت‌هایی که دارد و لزوم مراجعه قبلی به محاکم داخلی، بسیار کم مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ بنابراین تمایل عمده نزد سرمایه‌گذاران برای حل‌وفصل ناشی از سرمایه‌گذاری، رسیدگی بین‌المللی است. تعداد قابل‌ملاحظه‌ای از اختلافات در نهادهای بین‌المللی دائمی یا شبه دائمی که به‌همین منظور ایجادشده‌اند رسیدگی می‌شود. تعداد نیز به‌صورت خاص و موردی حل‌وفصل می‌گردد. در نظام بین‌الملل روش‌های حل‌وفصل به دو صورت طرق جایگزین مانند مذاکره[1]، میانجیگری[2]سازش[3] و طرق اصلی مانند داوری[4]و رجوع به دادگاه صورت می‌پذیرد. در این مقوله یکی از بزرگ‌ترین ابتکارهای سازمان جهانی تجارت، ایجاد یک سیستم یکپارچه حل‌اختلاف است که تمام بخش‌های گوناگون تجارت جهانی را تحت پوشش قرار دهد را موردمطالعه قرار می‌دهیم.

موافقت‌نامه تریپس جزء لاینفک سیستم سازمان تجارت می‌باشد و در مکانیزم یکپارچه

1. Negotiation
2. Mediation
3 . Conciliation
4. Arbitration

حل‌اختلاف برای الزام هرچه بیش‌تر کشورها به رعایت تعهداتشان از روش «تلاقی ضربدری یا متقاطع»[1] استفاده می‌شود، همانند اعمال تحریم در سایر بخش‌های تجاری، کشور خاطی را به اجرای تعهداتش مجبور نماید (آگوستین و دیگران، ۱۳۷٦: ٤٧).

براساس مقررات تفاهم‌نامه حل‌اختلاف و رویه رکن حل‌اختلاف ، تفسیر مقررات سازمان تجارت باید باتوجه به اصول کلی مندرج در حقوق بین‌المللی عرفی انجام شود (ماده ۱۱ تفاهم‌نامه حل‌اختلاف).

مسلماً این امر موجب می‌شود تا این مقررات در یک حالت تجریدی و منفک از سایر مقررات حقوق بین‌الملل اعمال نگردند. (WT/DS2/AB/R. 1996: 18).

در رکن حل‌اختلاف ، حتّی به موافقت‌نامه‌های دوجانبه و منطقه‌ای که جزئی از مقررات سازمان تجارت نمی‌باشند هم توجه شده است.

یکی از امتیازهای بارز مکانیزم حل‌اختلاف سازمان تجارت‌جهانی، پیش‌بینی فرآیند دادرسی سازمان‌بندی شده و مشخص می‌باشد. رکن حل‌اختلاف همانند دادگاهی است که اولاً نسبت به حل‌اختلاف تمام اعضای سازمان تجارت، صلاحیت اجباری دارد و ثانیاً دارای آیین دادرسی از پیش تعیین شده و مشخصی می‌باشد.

در مکانیزم حل سریع اختلاف‌ها به‌طور ماهرانه‌ای به سازمان‌بندی و گنجاندن برخی از شیوه‌های جایگزین درکنار شیوه‌های قضایی توجه شده است. مکانیزم مذکور دارای مقررات نسبتاً کامل و مشخصی راجع به اجرای تصمیمات و تضمین اجرای آن‌ها می‌باشد. درواقع تریپس برای اولین بار با پیش‌بینی ضمانت اجراهای مؤثر، زمینه حمایت جدی از حقوق مالکیت معنوی را فراهم کرده است.

طرفداران معتقدند که این مکانیزم می‌تواند تأثیر زیادی بر فرآیند قانون‌سازی هماهنگ در حوزه حقوق مالکیت معنوی و رشد و توسعه آن داشته باشند (Pamela Samuelson, 2003: 13).

تمام کشورهای عضو سازمان تجارت مکلّف‌اند قوانین داخلی خود را با مقررات تریپس

1. Cross Retaliation

هماهنگ سازند و بی‌توجهی آن‌ها نسبت به انجام این تعهد ممکن است منجربه دخالت مکانیزم حل‌اختلاف و اتخاذ تصمیمات جدی علیه آن‌ها بشود (David Palmeter, 1999: 82).

بی‌تردید آن‌ها علاقه‌ای به این امر نداشته و تلاش می‌کنند بدون فشار به تعهدات خود عمل نمایند. این امر تا جایی است که حتّی به‌طور غیرمستقیم کشورهای غیرعضو را نیز تحت تأثیر خود قرار می‌دهد؛ کشورهایی که هیچ‌گونه تعهدی درقبال اجرای مقررات تریپس ندارند، امّا به دلیل ضرورت برقراری مراودات تجاری با کشورهای عضو سازمان تجارت ناگزیرند تا حدودی استانداردهای موردنظر آن‌ها در حقوق مالکیت معنوی را تأمین نمایند. درغیر این‌صورت ممکن است کشورهای عضو در برقراری روابط‌تجاری با آن‌ها علاوه‌بر موانع اقتصادی و تجاری، با موانع قانونی نیز روبه‌رو گردند.

۱.کلیات

یکی از اسناد لازم‌الاجرای سازمان تجارت جهانی، موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری (تریپس) می‌باشد. این معاهده ازجمله کامل‌ترین مقررات درباره حقوق مالکیت فکری محسوب می‌گردد که تاکنون در سطح بین‌المللی وجود داشته است. معاهده‌ی تریپس در سال ۱۹۹٤ مورد توافق عمومی قرار گرفت و سازمان تجارت جهانی عهده‌دار نظارت و اجرای آن گردید.

موافقت‌نامه‌ی تریپس ابعاد مختلف جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت معنوی را در برمی‌گیرد که یکی از این ابعاد در خصوص حل‌وفصل دعاوی میان اعضای سازمان تجارت جهانی است که دراین زمینه تریپس رکن حل‌اختلاف را صالح در رسیدگی دانسته و برابر تفاهم‌نامه حل‌اختلاف، موضوع به رکن حل‌اختلاف ارجاع و درآنجا رأی نهایی صادر می‌گردد.

باتوجه به اینکه کشور ما به‌دنبال پیوستن به سازمان تجارت جهانی است و یکی از شروط لازم برای این امر، پیوستن به معاهده‌ی تریپس است، اهمیت مطالعات تطبیقی راجع به

معاهده‌ی تریپس روشن می‌گردد. دراین قسمت به‌بررسی مباحث کلی مورد نیاز برای پرداختن به مبحث اصلی یعنی حل‌وفصل اختلاف در معاهده‌ی تریپس می‌پردازیم. دراین راستا ابتدا سازمان تجارت جهانی به‌طور مختصر معرفی می‌گردد سپس به‌معرفی موافقت‌نامه‌های بنیادی سازمان تجارت جهانی می‌پردازیم و در این راستا به‌معرفی موافقت‌نامه‌ی تریپس می‌پردازیم. در پایان نیز به بحث و بررسی درمورد گات خواهیم پرداخت.

۱-۱. سازمان تجارت جهانی

سازمان تجارت جهانی[1] از ابتدای سال ۱۹۹۵ رسماً پدید آمد. این سازمان درواقع جایگزین و ادامه‌دهنده‌ی وظایفی شد که چیزی حدود ۵۰ سال برعهده‌ی گات[2] بود. هدف اساسی گات و سازمان تجارت جهانی، توسعه و بهبود همکاری‌های اقتصادی بین‌المللی، تقویت اقتصاد جهانی، ایجاد ثبات اقتصادی و رشد و توسعه ازطریق تجارت آزاد و منصفانه بین کشورها است. (شیروی، زمستان ۱۳۹۱: ۸۸)

درواقع سازمان تجارت جهانی محلی است برای کشورهای عضو که مسائل و مشکلات تجاری خود را درآنجا مطرح و قبل از فراگیر شدن این مشکلات به‌وسیله‌ی مذاکره برای آن‌ها راه‌حل پیدا کنند. این مذاکرات ممکن است به حصول موافقت‌نامه‌های جدید و یا کاهش موانع تجاری و تعرفه‌های گمرکی منجر گردد. سازمان تجارت جهانی یک روش بی‌طرفانه، منصفانه و هماهنگ حل‌وفصل اختلاف را پایه‌ریزی کرده و کشورها را پایبند تبعیت ازاین‌روش نموده است. برای شناخت سازمان تجارت جهانی و تشکیلات آن لازم است به‌طور خلاصه سابقه‌ی شکل‌گیری گات و جایگزینی سازمان تجارت جهانی مطرح گردد.

۱-۲. موافقت‌نامه‌های بنیادی سازمان تجارت جهانی

یکی از دلایل تشکیل سازمان تجارت جهانی، یکپارچه کردن موافقت‌نامه‌های چندجانبه‌ای بود

1. World Trade Organization (WTO)
2. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

که فقط در روابط آن دسته از کشورهایی که به آن موافقت‌نامه‌ها ملحق شده بودند لازم‌الاجرا بود. یکی از نتایج دور اروگوئه این بود که کلیه‌ی موافقت‌نامه‌های چندجانبه‌ی سازمان به صورت یک بسته به کشورها ارائه گردید که براساس آن کشورهای مذکور ملزم شدند یا کل بسته را قبول و یا از عضویت در سازمان منصرف شوند. براین اساس هرکشوری که تمایل دارد به سازمان ملحق شود باید به‌کلیه‌ی موافقت‌نامه‌های چندجانبه‌ی سازمان که در دور اروگوئه مذاکره‌شده است ملحق گردد و حق پیوستن به بعضی و ردکردن دیگری و یا استفاده از حق رزرو نسبت به بخشی از یک موافقت‌نامه را ندارد. (شیروی، ۱۳۹۱: ۱۰۲-۱۰۱)

یکی از موافقت‌نامه‌های مذکور راجع‌به حقوق مالکیت فکری مرتبط با تجارت می‌باشد که تریپس نام دارد و در ادامه به‌معرفی آن می‌پردازیم

۱-۳. موافقت‌نامه‌ی راجع به حقوق مالکیت فکری مرتبط با تجارت (تریپس)

«موافقت‌نامه‌ی راجع به حقوق مالکیت فکری مرتبط با تجارت» یا همان «تریپس» یکی از تلاش‌های بلندپروازانه‌ی دور اروگوئه جهت رعایت حداقل حقوق مالکیت فکری در سطح جهان است که قبلاً در گات سابقه نداشته است. این موافقت‌نامه شامل مسائلی است که با مالکیت فکری اعم از حق مؤلف و مالکیت صنعتی مربوط بوده و برخلاف عنوان آن بخش جنبه‌هایی از مالکیت فکری که مستقیماً با تجارت مربوط بوده منحصر نیست.

گنجاندن این موافقت‌نامه در سازمان تجارت جهانی براین ایده استوار بوده است که بیش‌تر جنبه‌های حقوق مالکیت فکری بر روند تجارت منصفانه تأثیر خواهد داشت و عدم رعایت مالکیت فکری باعث رقابت غیرمنصفانه می‌شود. (همان: ۱۰۶)

باوجود مخالفت بعضی از کشورهای درحال‌توسعه، مخصوصاً هندوستان، موافقت‌نامه‌ی مزبور جزء اسناد لازم‌الاجرای سازمان تجارت جهانی قرار گرفت.

نهایتاً کشورهای درحال‌توسعه به امید جذب سرمایه‌ی خارجی، توسعه یافتن و محفوظ ماندن

از سیاست‌های تلافی جویانه به پذیرش موافقت‌نامه رضایت دادند.(Paul, 1995: 140)

۱-٤. گات

بروز جنگ جهانی دوم به‌همراه برخی دلایل دیگر باعث تقویت این احساس در بین کشورهای عمده‌ی تجاری دنیا گردید که وابستگی اقتصادی متقابل‌آن‌ها به یکدیگر باعث کاهش انگیزه‌ی جنگ خواهد شد. درنتیجه بلافاصله پس از جنگ جهانی دوم، در جهت جلوگیری از بروز خشونت ترمیم خرابی‌های ناشی از جنگ، تنظیم روابط تجاری بین‌المللی براساس تضمین رقابت سالم و آزادی تجاری، کشورهای عمده‌ی تجاری توافق کردند تا به همراه «بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه (بانک جهانی)»[1] و «صندوق بین‌المللی پول»[2] نسبت به تشکیل سازمان تجاری بین‌المللی[3] به‌عنوان یک نهاد تخصصی وابسته به سازمان ملل اقدام نمایند. هم‌زمان ۱۵ کشور مذاکراتی جهت کاهش تعرفه‌های تجاری و اصلاح سیاست‌های حمایتی موجود آغاز کردند. در اولین دور مذاکرات، ۲۳ کشور موافقت نمودند که بخشی از تعرفه‌های گمرکی خود را کاهش داده و بر مجموعه‌ای از قوانین و مقررات تجاری توافق نمایند. درنتیجه «موافقت‌نامه‌ی عمومی تعرفه و تجارت (گات)» مشتمل بر ۳۸ ماده و ٤ فصل در تاریخ ۳۰ اکتبر ۱۹٤۷ بین ۲۳ کشور عمدتاً پیشرفته و صنعتی به امضاء رسید. (شیروی، زمستان ۱۳۷۸:۷)

از سال ۱۹٤۸ گات بین کشورهای طرف متعاهد لازم‌الاجرا گردید و رفته‌رفته دبیرخانه‌ای کوچک با تعدادی خدمه برای آن‌راه‌اندازی گردید و وظایف محوله به سازمان تجاری بین‌المللی را که به دلایلی در عمل منحل گردید (John Howard and J. Davey 1986: 293-300)، هرچند به‌صورت ناقص و محدود برعهده گرفت. با اینکه گات صرفاً یک موافقت‌نامه‌ی چندجانبه بود، وظایف سازمانی و تشکیلاتی ناقصی را درخود توسعه داد و در عمل کار یک سازمان تجاری بین‌المللی را عهده‌دار گردید. (Thomas, 1995: 352)

1. International Bank for Reconstruction and Development (World Bank)
2. International Monetary Fund (IMF)
3. International Trade Organization (ITO)

این موافقت‌نامه چارچوب شکلی و سیاست‌گذارانه را برای مذاکره درمورد آزادسازی دسترسی به بازارها در برداشت و تا سال ۱۹۹٤ که پایان حیات این موافقت‌نامه به‌عنوان تنها نهاد ناظر بر تجارت بین‌الملل بود، اعضای آن به ۱۲۳ کشور افزایش یافت. (بزرگی، ۱۳۸٦: ۷-۸)

گات امروز به‌عنوان کارگزاری بین‌المللی وجود ندارد اما موافقت‌نامه گات هنوز زنده است و هم‌اکنون نقش کارگزاری خود را به سازمان تجارت جهانی داده است. (ایروانی، ۱۳۸۳: ۲۷)

گات به‌عنوان یک موافقت‌نامه توانست حدود نیم قرن به‌عنوان تنها کارگزار در تجارت جهانی، زمینه آزادسازی تجاری و گسترش تجارت و... را به‌وجود بیاورد؛ اما ازآنجایی‌که اولاً گات تنها یک معاهده بود و دارای شخصیت حقوقی نبود و نتیجتاً سیستم مناسبی درموارد برخورد با شکایات را نداشت و ثانیاً این‌که باگسترش عرصه‌های تجارت و فراتر رفتن زمینه‌های تجارت جهانی از بخش کالا به بخش خدمات[1] و همچنین دارایی‌های فکری، ضرورت ایجاد سازمانی که بتواند توانایی رویارویی با دو مسئله بالا را داشته باشد، توسط کشورهای عضو احساس شد. ازاین‌رو بود که در سال ۱۹۹٤ در چارچوب مذاکرات گات (دور اروگوئه[2])، تصمیم بر این شد که سازمان تجارت جهانی تأسیس شود. به این ترتیب در سال ۱۹۹۵ سازمان تجارت جهانی تأسیس شد و امروز بیش از ۹۷٪ از تجارت جهانی در چارچوب

1. GATS

۲. کشورهای عضو گات در سپتامبر ۱۹۸٦ در PUNTA DEL ESTATE واقع در اروگوئه، هشتمین دور مذاکرات تجاری چندجانبه را آغاز کردند این دور جدید گفتگوها «دور اروگوئه» نامیده شد و هدف اصلی آن برطرف کردن بحرانی بود که در آن هنگام در تجارت بین‌المللی بروز کرده بود و کشورهای زیادی به ایجاد بلوک‌های تجاری و سیاست‌های حمایت‌گرایانه تجاری متوسل شده بودند که این امر باعث کاهش تجارت بین‌المللی و بروز اختلاف تجاری کالاهای صنعتی بود و قادر به کنترل بخش خدمات نبود درحالی‌که بخش خدمات که شامل امور دارائی، بانکداری، بیمه، توریسم، سازندگی و مخابرات می‌شد درحال اثرگذاری و نفوذ بیش‌تری در تجارت بین‌المللی بود و تقریباً نصف مجموع ارزش تجارت بین‌المللی را شامل می‌گردید. منبع: گزارش واصله از← →سفارت جمهوری اسلامی ایران در بانکوک، تارنمای پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی http://www.ensani.ir/fa/content/206237/default.aspx (تاریخ آخرین مشاهده ۱۳۹٤/۰۷/۱۵).

این نهاد انجام می‌گیرد.

موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت اصلاح شده در موافقت‌نامه‌های جدید سازمان تجارت جهانی وارد گشته است. سازمان تجارت جهانی سه موافقت‌نامه گات به‌روز شده و موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات و موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت معنوی (تریپس) را در یک سازمان گردهم می‌آورد و یک مجموعه مقررات و یک سیستم واحد برای حل‌اختلاف در این سازمان وجود دارد. به‌طور خلاصه سازمان تجارت جهانی امتداد ساده‌ای از گات نیست بلکه بسیار بیش‌تر از آن است. گات به‌عنوان یک سازمان بین‌المللی دیگر وجود ندارد، موافقت‌نامه گات هنوز زنده است. متن قدیمی گات، گات ۱۹٤۷ نامیده می‌شود و متن به‌روز شده آن گات ۱۹۹٤ نام‌گذاری شده است. اصول کلیدی گات را موافقت‌نامه‌های خدمات و مالکیت فکری تشکیل می‌دهد. این اصول شامل اصل عدم‌تبعیض، اصل شفافیت و اصل قابلیت پیش‌بینی هستند. درحقیقت سازمان تجارت جهانی به شکل کامل‌تری از درون گات بیرون آمد. گات موقت بود، موافقت‌نامه عمومی هرگز در پارلمان‌های اعضاء به تصویب نرسید و هیچ شرطی برای تأسیس یک سازمآن‌را در برنداشت. سازمان تجارت جهانی و موافقت‌نامه‌های آن دائمی هستند. سازمان تجارت جهانی به‌عنوان سازمان بین‌المللی مبنای قانونی مستحکم دارد؛ زیرا اعضاء موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی را به تصویب پارلمان‌های خود رسانده و خود موافقت‌نامه‌ها برنحوه عمل سازمان تجارت جهانی ناظر و حاکم هستند. سازمان تجارت جهانی دارای اعضاء است درحالی‌که گات دارای طرف‌های متعاهد بود و این ویژگی گات را به‌عنوان یک متن قانونی زیر سؤال می‌برد. گات با تجارت کالا در ارتباط بود درحالی‌که سازمان تجارت جهانی خدمات و دارایی‌های فکری را هم پوشش می‌دهد. سیستم حل‌اختلاف سازمان تجارت جهانی سریع‌تر و خودکارتر از سیستم قدیمی گات است و اجرای احکام آن نمی‌تواند متوقف شود. در طول حدود نیم قرن عمر گات، تحولاتی در سطح بین‌المللی اتفاق افتاده که بر دیدگاه‌های عمومی نسبت به اهداف یک سازمان تجاری بین‌المللی تأثیرگذاشته است. یکی از این تحولات که در موافقت‌نامه‌ی سازمان

تجارت‌جهانی نیز منعکس گردیده است «توجه به جنبه‌های مالکیت فکری که روی تجارت منصفانه تأثیر دارد» می‌باشد. (Edmond,1995: 7)

۲. نظام حل‌وفصل اختلاف در معاهده‌ی تریپس

دراین قسمت به‌بررسی نظام حل‌وفصل اختلاف در معاهده‌ی تریپس می‌پردازیم. در بند نخست ماده‌ی ٦٤ معاهده‌ی تریپس آمده است که مقررات مواد ۲۲ و ۲۳ گات ۱۹۹٤[1] آنگونه که در تفاهم‌نامه‌ی حل‌اختلاف [2] تنظیم و اعمال شده است، در مورد مشورت‌ها و حل‌اختلافات ناشی از این معاهده قابل‌اجرا خواهد بود مگر درمواردی‌که در معاهده‌ی تریپس ترتیب دیگری مقرر گردیده باشد. در مباحث قبلی راجع به گات و سازمان تجارت جهانی به‌طور مختصر بحث نمودیم.

۲-۱. حل‌وفصل بین‌المللی اختلافات به‌روش‌های خاص

صرف‌نظر از روش‌های مذکور درگفتار پیشین در رابطه با نظام کلاسیک حل‌وفصل بین‌المللی اختلافات که بین دول عضو آن کنوانسیون‌ها و در چارچوب مورد قبول آن‌ها کاربرد دارند، موضوع کیفیت حل‌وفصل بین‌المللی اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای مقررات حمایت از حقوق مالکیت معنوی، باتوجه به وضعیتی که در پایان دور مذاکرات اوروگوئه در دهه ۱۹۹۰ پدید آمد و دولت‌های عمدتاً متعاهد گات ۱۹٤۷ یک سند نهایی به انضمام تعدادی موافقت‌نامه از جمله «موافقت‌نامه راجع‌به جنبه‌های مرتبط با تجارت حقوق مالکیت معنوی» مشهور به «موافقت‌نامه تریپس» و «تفاهم‌نامه حل‌وفصل اختلاف » را در سال ۱۹۹٤ در مراکش دایر بر برقراری رژیم حقوقی خاص را تصویب نمودند؛ از اهمیتی بسیار برجسته و استثنایی برخوردار

1. GATT 1994.
2. Dispute Settlement Understanding (DSU).

گردید که درمقایسه با ترتیبات حل‌وفصل اختلافات مذکور در کنوانسیون‌های قبلی حقوق مالکیت معنوی که تنها به یک ارجاع کلی مشتمل برانجام مذاکره، داوری و یا ارجاع اختلاف به دیوان بین‌المللی دادگستری اکتفا نموده‌اند؛ امری کاملاً ابتکاری و بی‌نظیر می‌باشد چراکه معماران حقوقی موافقت‌نامه‌های گات و تریپس، با قرار دادن اکثر کنوانسیون‌های اصلی متضمن حمایت از حقوق مالکیت معنوی تحت پوشش «موافقت‌نامه تریپس» به‌شرح مقرر در مواد ۱، ۳ و ۹ این موافقت‌نامه و با برقراری نظامی خاص برای حل‌وفصل اختلافات مربوط به حقوق مالکیت معنوی ازطریق ارجاع مذکور در ماده ٦٤ موافقت‌نامه تریپس[1] دایر بر قابلیت اعمال کلیه مقررات «تفاهم‌نامه حل‌اختلاف» برای حل‌وفصل اختلافات رژیم حقوقی ویژه‌ای را در این قلمرو برقرار نموده‌اند تا بدان وسیله، مقررات و آیین‌های دقیق مورداستفاده در هیأت‌های رسیدگی‌کننده[2] و واحدهای حل‌وفصل اختلاف [3]، درمورد کلیه اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای حقوق مالکیت معنوی مورد حمایت در کنوانسیون‌های مهم از قبل موجود و مذکور در تریپس هم قابل‌اعمال گردد. مقررات حل‌وفصل اختلافاتی که در وضعیت حاضر به روش خاص و جدید صورت می‌گیرند مشتمل بر نظام دیپلماتیک، قضایی و داوری حل‌وفصل بین‌المللی اختلافات می‌باشند که در ادامه نظام دیپلماتیک را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۱-۱. نظام دیپلماتیک و شبه قضایی حل‌وفصل بین‌المللی اختلافات

برخی معتقدند باتوجه به نحوه تشکیل هیات‌های رسیدگی‌کننده‌ها و اعمال رویه‌های خاص مذکور در تفاهم‌نامه و آیین‌نامه‌های مربوط و مقایسه‌ی آن‌ها با رسیدگی‌های قضایی بین‌المللی، به‌طورکلی به نظر می‌رسد، نحوه‌ی رسیدگی به امثال معاهده‌ی تریپس را می‌توان رسیدگی «شبه

۱. ماده‌ی ٦٤: «مواد ۲۲ و ۲۳ گات ۱۹۹٤، آن‌گونه که در تفاهم‌نامه حل‌اختلاف تنظیم و اعمال شده است، درمورد مشورت‌ها و حل اختلافات ناشی از موافقت‌نامه حاضر، جز در مواردی که دراین سند به‌گونه دیگری مقرر شده است، قابل‌اجرا خواهد بود».

2. Panels

3. DSB

قضایی» پنداشت. (غریبی، پائیز ۱۳۸۲: ۱٤۸-۱۱۱) مراحل حل‌وفصل اختلافات در حوزه سازمان تجارت جهانی، تابع پاره‌ای از ترتیبات، مقررات و مراحلی است که درواقع انجام آن‌ها مستلزم توسل به برخی از اقدامات دیپلماتیک و طی پروسه‌های تقریباً قضایی به‌شرح مذکور در «تفاهم‌نامه راجع به قواعد و رویه‌های حاکم بر حل‌اختلافات» که اختصاراً به آن «تفاهم‌نامه» اطلاق می‌گردد، می‌باشد.

ترتیبات و مقررات غیر قضایی حل‌وفصل اختلاف موردنظر در این نظام که در بدو امر شامل ۱ ـ مساعی جمیله[1] ۲ ـ مصالحه[2] و ۳ ـ میانجیگری[3] بود که این سه روش اگرچه در مقررات اصلی گات سابق مورداشاره قرارنگرفته بود، لیکن در تفاهم‌نامه سال ۱۹۷۹ و نیز در تصمیم وزرا در سال ۱۹۸۹، به‌عنوان اولین راه‌حل‌اختلاف موجود به اعضای گات ارائه و توصیه‌شده بود. (کدخدایی، ۱۳۷٦: ۱٤۹)

رایزنی[4] نیز یکی از ترتیبات مذکور بود که در مرحله‌ی بعد مطرح می‌گردد. این شیوه‌ها در واقع جزو روش‌های دیپلماتیک حل‌وفصل بین‌المللی اختلافات حقوق بین‌الملل کلاسیک هستند که تفاهم‌نامه در ماده ۵ خود به آن‌ها به‌عنوآن‌راه‌های داوطلبانه‌ی حل‌اختلافات براساس موافقت طرف‌های اختلاف تصریح نموده و با تعیین مقرراتی دراین زمینه به‌شرح مقرر در بندهای شش‌گانه ماده ۵ و تجویز استفاده از این شیوه‌ها در هر زمانی و در هرمرحله‌ای از رسیدگی به اختلاف در چارچوب سازمان تجارت جهانی، یک نوآوری جدیدی را پدیدآورده است تا طرفین اختلاف به‌طور اختیاری و با توافق یکدیگر از این شیوه‌ها استفاده نمایند. (غریبی، پیشین، پاورقی شماره ٤۷: ۱۲۸)

از زمان تأسیس سازمان تجارت‌جهانی تاکنون و علی‌رغم اهمیت استفاده از این‌روش‌ها و مؤثر بودن آن‌ها در حل‌وفصل به‌موقع و رضایت‌بخش اختلافات در چارچوب گات ۱۹٤۷ و

1. Good Offices
2. Conciliation
3. Mediation
4. Consultation

گات ۱۹۹٤ در هیچ اختلاف ی به این‌رویه‌ها به دلیل اختیاری بودن رجوع نشده است. (خبرنامه رویدادها و تحولات سازمان تجارت‌جهانی، آذر ۱۳۸۱: ۳۷ – ۳٦)

درحالی‌که استفاده از این‌روش‌ها در حقوق بین‌الملل عمومی به‌عنوان روش‌های غیرقضایی حل‌وفصل اختلافات، درصورت به‌کارگیری در چارچوب سازمان تجارت جهانی می‌توانند زیربنای تصمیمات متخذه از سوی مرجع حل‌اختلاف نیز باشند چراکه براساس آن‌ها، هیات‌های رسیدگی‌کننده در چارچوب سازمان تجارت جهانی می‌توانند اختلافات را بررسی و در صورت قبول، آن‌ها را اجرا نمایند (کدخدایی، پیشین، صص ۱۵۰ – ۱٤۹) و درواقع باتوجه به اهمیت استفاده از این‌روش‌های دیپلماتیک در حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی در چارچوب گات ۱۹٤۷ و در چارچوب گات ۱۹۹٤ می‌باشد که به‌ناچار، مدیرکل «سازمان تجارت جهانی» در تاریخ ۱۳ ژوئیه سال ۲۰۰۱، بیانیه‌ای را دایر بر ترغیب اعضاء به استفاده از این‌روش‌ها صادر نموده است. (موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، پیشین: ۳٦)

۲-۱-۲. «رایزنی» و یا مشورت

رایزنی از روش‌های با اهمیت و غیرقضایی دیگر حل‌وفصل بین‌المللی اختلافات است که در چارچوب نظام سازمان تجارت جهانی به آن تصریح شده است که مقرر می‌دارد هرگاه حقوق کشور عضوی در چارچوب موافقت‌نامه‌های منضم به موافقت‌نامه تأسیس سازمان تجارت جهانی نقض گردد، باید بدواً به‌طور کتبی از کشور عضوی که قرار است مورد شکایت قرار گیرد، ضمن ارسال یک نسخه از تقاضا به رکن حل‌اختلاف تقاضای رایزنی نماید. دراین صورت، دولت طرف، بایستی ضمن پاسخ مثبت به طرف ظرف ۱۰ روز از روز درخواست رایزنی درطی یک ماه با حسن نیت با آن دولت متقاضی رایزنی وارد مشاوره گردد.

این مشورت که با توافق طرف مقابل‌صورت می‌گیرد لازم است ظرف ٦۰ روز انجام گیرد جز در موارد اضطراری مثل کالاهای فاسد شدنی که این مدت ۲۰ روز می‌باشد، (بندهای ۸ و ۹ ماده ٤ تفاهم‌نامه(مگر اینکه طرفین بخواهند آن‌را به مدت حداکثر ٦۰ روز دیگر با توافق

همدیگر تمدید نمایند).

طبق بند ۱ و ۲ مادهی ٤ تفاهمنامه رایزنی در نظام جدید، برخلاف نظام گات ۱۹٤۷ که مشورت کردن درآن چارچوب به اختیار طرفهای متعاهد بود، یک اقدام ضروری به حساب میآید که بایستی علاوهبر محرمانه بودن بهطور کتبی و به انضمام دلایل درخواست و مستندات مربوطه انجام پذیرد و سپس هم به اطلاع رکن حلاختلاف ، شوراها و کمیتههای مربوطه برسد (طبق بند ٤ مادهی ٤ تفاهمنامه).

سؤالی که در اینجا مطرح میگردد این است که آیا مقولهی «مذاکره» که بهعنوان اولین روش حلوفصل مسالمتآمیز در کنوانسیونها مورد تصریح قرارگرفته است، با مقوله «رایزنی» مذکور در این تفاهمنامه دارای یک ماهیت میباشند، یا باهم متفاوتند؟ برخی براین باورند که هردو دارای یک معنا و یک ماهیت باشند و تنها تفاوت قابلتوجه درواقع نحوه و تشریفات اجرایی آنها میباشد که در چارچوب نظام جدید، انجام و نحوه پیگیری آن از شیوه و اهمیت بسزایی برخوردارگردیده است. (غریبی، پیشین: ۱۳۰)

۲-۱-۳. هیأتهای رسیدگیکننده و تقاضای استیناف

همانطور در تفاهمنامه مقرر است و بهطور مختصر به آنها اشارهشد، اگر طرفین اختلاف نتوانند ظرف ٦۰ روز از طریق رایزنی در مرحله اول، به راهحل رضایتبخشی برسند و یا اینکه طرف ادعا یعنی کشور خوانده در موعد مقرر (ظرف ۱۰ روز مقرر در بند ۳ ماده ٤ تفاهمنامه) پاسخی ندهد و یا وارد رایزنی نگردد (ظرف ۳۰ روز مقرر در بند ۳ ماده ٤ تفاهمنامه) دراین صورت کشور مدعی میتواند از رکن حلاختلاف بخواهد تا آن رکن یک هیات رسیدگیکننده یعنی هیاتهای رسیدگیکننده معمولاً سه نفره را که دبیرخانه از بین لیست افراد دولتی و غیردولتی از اتباع کشورهای غیرطرف اختلاف انتخاب میکند (مادهی ۸ تفاهمنامه)، برای بررسی اختلاف تشکیل دهد (مادهی ٦ تفاهمنامه) تا آن هیاتهای رسیدگیکننده ضمن

استفاده از اختیارات خود که شامل ارزیابی موضوعی اختلاف و مشورت دائمی با طرفین اختلاف می‌باشد، یافته‌های خود را جهت کمک به رکن حل‌اختلاف برای صدور توصیه‌نامه ارائه نماید (ماده ۷ تفاهم‌نامه). ۳ لازم به توضیح است که طبق بند دوم ماده‌ی ۱۰ تفاهم‌نامه چنانچه دراین مرحله، دولت عضو ثالثی دارای منافع اساسی در قضیه مطروحه باشد؛ آن دولت هم می‌تواند به‌عنوان «طرف ثالث» و طبق شرایط مذکور در ماده ۱۰ تفاهم‌نامه وارد دعوی گردد و هیات‌های رسیدگی‌کننده وضعیت او را استماع نماید.

۲-۱-٤. نظام داوری سریع[1] به‌منظور حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی

باتوجه به اینکه در جهان معاصر یکی از طرق مسالمت‌آمیز حل‌وفصل اختلافات توسل طرف‌های اختلاف به مکانیزم داوری است؛ فلذا معماران حقوقی تریپس هم ضمن توجه به این مکانیزم مؤثر، آن‌را به‌عنوان یک وسیله جایگزین برای حل‌وفصل اختلافات پذیرفته و آن‌را درمورد اختلافات ناشی از اجرای حقوق مالکیت معنوی در چارچوب معاهده‌ی تریپس قابل‌دسترسی و اعمال ساخته‌اند.(Lee & Von Lewinski, 1996:18)

در بندهای چهارگانه‌ی ماده ۲۵ تفاهم‌نامه حل‌اختلاف آمده است:

۱ ـ داوری سریع در چارچوب سازمان تجارت جهانی، وسیله دیگری برای حل‌اختلاف است که می‌تواند حل برخی اختلافات مربوط به موضوعاتی را که هر دو طرف به‌روشنی معین کرده‌اند، تسهیل نماید.

۲ ـ به‌غیرازمواردی‌که در این تفاهم‌نامه به‌ترتیب دیگری مقررشده است، توسل به داوری منوط به توافق متقابل‌طرف‌ها و همچنین درمورد رویه‌هایی که باید رعایت گردند، می‌باشد. این توافق به داوری در مهلت مناسب قبل از شروع عملی کار به اطلاع همه اعضا خواهد رسید.

۳ ـ اعضاء دیگر فقط درصورت موافقت طرف‌های داوری می‌توانند طرف رسیدگی در داوری قرار بگیرند و طرف‌های داوری توافق خواهند نمود که از رأی داوری تبعیت نمایند.

1. Expeditious Arbitration

آراء داوری به رکن حل‌وفصل اختلاف و به شورا یا کمیته موضوع توافق‌نامه اطلاع داده خواهد شد و در آنجا هر عضوی می‌تواند هرنظری را در ارتباط با آن‌رای مطرح کند.

٤ ـ مواد ۲۱ و ۲۲ با تغییرات لازم، ناظر بر آرای داوری خواهند بود.

البته دراین قلمرو، موارد ارجاع اختلاف به داوری، نه‌تنها محدود و محصور به ماده ۲۵ تفاهم‌نامه به‌شرح فوق نمی‌باشد، بلکه در دیگر موارد اختلاف هم از جمله «موقعی که رسید قضایی منجربه وضعیت تعلیق امتیازات و تعهدات گردیده باشد و موضوع اختلاف مربوط به تعیین زمان مناسب اجرا باشد بنابه تجویز بند ج ماده (۳) ۲۱ تفاهم‌نامه و یا موقعی که امر تعیین میزان منافع ازمیان رفته و یا لطمه دیده مطرح باشد بنابه تجویز بند ج ماده (۱) ۲٦ تفاهم‌نامه»، رسیدگی به موضوعات اختلافی مذکور به داوری ارجاع داده می‌شود و ارجاع این‌گونه اختلافات به داوری درواقع امری جدا از نظام داوری به‌معنای اخص است زیرا این داوری بیش‌تر جنبه‌ی «داوری اجباری» را دارد تا داوری مبتنی‌بر رضایت طرفین اختلاف که در حالت اخیر نقش تعیین‌کننده‌ای ندارند. (غریبی، پیشین: ۱۳٦)

۲-۲. استثنائات مربوط به اعمال نظام حل‌وفصل اختلافات سازمان تجارت جهانی

اگرچه در نظام جدید حمایت از حقوق مالکیت معنوی باتوجه به گستره عام و وسیع موافقت‌نامه تریپس و عضویت اکثر کشورهای عضو جامعه بین‌المللی دیگر تردیدی بر عمومیت حکومت رژیم حل‌اختلاف سازمان تجارت جهانی براختلافات ناشی از تفسیر و اجرای حقوق مالکیت‌های معنوی وجود ندارد، ولی با این وجود و علاوه‌بر خروج اختلافات مذکور در کنوانسیون‌های متضمن حمایت از حقوق مالکیت معنوی در بین غیراعضاء متعاهد آن کنوانسیون‌ها که فعلاً عضو سازمان تجارت جهانی نمی‌باشند و قهراً هم باید اختلافات ناشی از اجرای آن کنوانسیون‌ها مطابق ترتیبات مذکور در آن‌ها و خارج از سیستم حل‌وفصل اختلاف سازمان تجارت جهانی حل‌وفصل گردند، معماران حقوقی گات/تریپس، دراثر فشارها

و اعتراضات نمایندگان کشورهای درحال‌توسعه مذاکره‌کننده در دور اوروگوئه، مواردی به‌شرح ذیل را نیز از پوشش و شمول نظام جدید حل‌وفصل اختلاف در چارچوب سازمان تجارت جهانی، خارج نموده‌اند. (همان: ۱۳۷)

۲-۲-۱. اختلافات مربوط به گات ۱۹٤۷

موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت ۱۹٤۷ مشهور به «گات ۱۹٤۷»، علاوه‌بر داشتن تصریحاتی درخصوص حمایت از پاره‌ای از حقوق مالکیت معنوی ازطریق جلوگیری از علائم تقلبی تجاری کالا و سرقت ادبی، مقرراتی را هم درخصوص کیفیت حل‌وفصل اختلاف بین دول طرف متعاهد آن موافقت‌نامه دارد که علی‌رغم اجرای موقت موافقت‌نامه دریک برهه زمانی طولانی بین سال ۱۹٤۷ تا سال ۱۹۹۵، آن مقررات به‌عنوان روش‌های خاص حل‌وفصل اختلافات و خارج از روش‌های کلاسیک حقوق بین‌الملل، در مورد اختلافات بین‌المللی اقتصادی مورداستفاده قرار می‌گرفته‌اند و اکنون معماران حقوقی گات هم باتوجه به آن مقررات و بنابه اقتضائاتی، امر رسیدگی به آنگونه اختلافات را به‌موجب بند ۱۱ ماده ۳ تفاهم‌نامه حل‌اختلاف از قلمرو نظام حل‌اختلاف سازمان تجارت جهانی خارج نموده‌اند[1]؛ به‌عبارت‌دیگر اختلافاتی که شامل کلیه اختلافات مربوط به گات ۱۹٤۷ بوده و قبل از لازم‌الاجرا شدن موافقت‌نامه تأسیس سازمان تجارت جهانی در اول ژانویه ۱۹۹۵ مطرح بوده و یا مطرح شوند، از قلمرو نظام جدید حل‌اختلاف خارج‌شده و به شیوه‌های جاری در پرتو نظام گات ۱۹٤۷ دایر برصدور اطلاعیه و مشورت در مرحله اول و درصورت عدم توفیق، درخواست مساعی

۱. «... این تفاهم‌نامه فقط در مورد تقاضاهای جدید مشورت طبق مقررات مشورت در موافقت‌نامه‌های تحت‌پوشش که در تاریخ لازم‌الاجرا شدن موافقت‌نامه سازمان تجارت جهانی یا پس‌ازاین تاریخ به‌عمل‌آمده باشند، قابل‌اعمال خواهد بود. در مورد اختلافاتی که برای آن‌ها درخواست مشورت براساس گات ۱۹٤۷ یا طبق یک موافقت‌نامه دیگر منعقده پیش از موافقت‌نامه‌های تحت‌پوشش و قبل از تاریخ لازمالاجراشدن موافقت‌نامه سازمان تجارت جهانی به‌عمل آمده باشد، قواعد و رویه‌های حل‌اختلاف مربوط که درست قبل از تاریخ لازم‌الاجرا شدن موافقت‌نامه سازمان تجارت جهانی مجری هستند، همچنان قابل‌اعمال خواهند بود».

جمیله ازطرف‌های متعاهد گات درمرحله دوم و درصورت عدم توفیق ازاین طریق هم ارجاع مسئله به طرف‌های متعاهد جهت ملاحظه در مرحله سوم و درنهایت هم تشکیل یک هیأت حل‌اختلاف گات با تقاضای طرف تقاضاکننده براساس مقررات مواد ۲۲ و ۲۳ گات ۱۹٤۷ و مقررات تفاهم‌نامه ۱۹۷۹ و اصلاحات بعدی آن موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت، مورد رسیدگی قرار می‌گیرند و درصورت صدور گزارش یا توصیه‌نامه کتبی ازطرف هیات‌های رسیدگی‌کننده براساس یافته‌ها، آن توصیه‌نامه به شورای گات که رسماً قدرت پذیرش گزارش و اعطای قدرت الزام‌آور به آن‌را دارد تسلیم می‌گردد. (Collier and Lowe,1999:96-104)

۲-۲-۲. اختلافات بین‌المللی ناشی از اجرای مقررات حقوق مالکیت معنوی بین غیراعضاء سازمان تجارت جهانی

مسلماً علی‌رغم اینکه کشورهای صنعتی با اعمال سیاست‌هایی خاص و تدوین سند نهایی متضمن موافقت‌نامه تأسیس سازمان تجارت جهانی توانسته‌اند کنوانسیون‌های عمده واصلی متضمن حمایت از حقوق مالکیت معنوی را تحت‌پوشش موافقت‌نامه تریپس قرارداده و با اعمال تدابیری خاص قریب به اتفاق کشورهای عضو جامعه بین‌المللی را بنابه ضرورت‌هایی عضو سازمان تجارت بنمایند تا اختلافات بین‌المللی آن‌ها ازجمله کلیه اختلافات ناشی از اجرای اکثر مقررات کنوانسیون‌های متضمن حمایت از حقوق مالکیت معنوی تحت سیستم سازمان تجارت جهانی قرارگیرند؛ هنوز هم دولت‌هایی هستند که باوجود عضویت در کنوانسیون‌هایی از قبیل «کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت‌های صنعتی» و «کنوانسیون برن برای حمایت از آثار ادبی و هنری» به‌عضویت سازمان تجارت جهانی درنیامده‌اند. (غریبی، پیشین: ۱٤۰)

لذا پر واضح است که در چنین مواردی، حل‌وفصل اختلاف مطروحه به‌دلیل عدم عضویت ولو یکی از طرفین اختلاف عضو آن کنوانسیون‌ها در سازمان تجارت جهانی در

چارچوب نظام آن سازمان، مقدور نبوده و این امر به شیوه‌هایی صورت می‌گیرد که طرفین اختلاف به‌موجب آن اسناد، شیوه‌های مورداشاره در مباحث قبلی را پذیرفته‌اند. این وضعیت درواقع یک استثناء بر صلاحیت عام و ظاهراً اجباری هیات‌های رسیدگی‌کننده‌های حل‌اختلاف سازمان تجارت جهانی درمورد اختلافات مربوط‌به کنوانسیون‌ها و موافقت‌نامه‌های تحت پوشش موافقت‌نامه تریپس به‌حساب می‌آید.

۲-۲-۳. اختلافات مربوط به حقوق استیفا شده[1]

موضوع حقوق استیفا شده که یکی از مشکل‌ترین مباحث دور مذاکرات موافقت‌نامه تریپس بوده است که در مذاکرات دور اروگوئه نیز غیرقابل‌حل باقی‌ماند. باعث شده تا نهایتاً بین طرف‌های مذاکره‌کننده در دور اوروگوئه، در رابطه با حل‌وفصل اختلاف، ازطریق مقبولیت ماده ٦ تریپس[2] مصالحه‌ای صورت بگیرد تا بدین وسیله با خروج این مقوله از حوزه شمول موافقت‌نامه تریپس بر اختلافات بین هیأت‌های مذاکره کننده که گروهی از آن‌ها می‌خواستند از طریق موافقت‌نامه تریپس یک اصل داخلی را وارد حوزه حقوق بین‌الملل بکنند و گروه دیگر که اساساً طرح آن گونه موضوعات را در نزد هیات‌های رسیدگی کننده‌ی حل‌اختلاف تریپس مقدور نمی‌دانستند، خاتمه داده شود. امروزه نیز عده‌ای، ازجمله خبرگان دبیرخانه «سازمان جهانی مالکیت معنوی» عقیده دارند که این مقوله، ولو به شکل تصریح ضمنی در کنوانسیون «برن»، برمبنای قلمرو سرزمینی مورد حمایت می‌باشد. اگرچه این مقوله هنوز از ابهامات فراوانی برخوردار است (Daniel,, 1998: 61) و این امر باعث گردیده است تا هیات وزیران اعضاء سازمان تجارت جهانی هم در اجلاس نوامبر/ دسامبر سال ۲۰۰۱ خود در «دوحه» قطر به آن توجه نموده و در خاتمه با صدور اعلامیه نهایی خود مقرر نمایند که:

1. Exhaustion

۲. این ماده مقرر می‌دارد: «ازلحاظ حل‌وفصل اختلافات تحت موافقت‌نامه حاضر، با عنایت به مقررات مواد ۳ و ٤، هیچ چیز در این مو افقت‌نامه برای رجوع به مسئله حقوق استیفا شده حقوق مالکیت معنوی مورد استفاده قرار نخواهد گرفت».

«اجرای مقررات تریپس در مورد حقوق استیفا شده به عهده هر عضو گذاشته می‌شود تا آن عضو آزاد باشد در این مورد بدون ایراد به اصول رفتار ملی و شرط دولت کامله الوداد، رژیم خود را برقرار سازد».[1]

۲-۳. «عدم نقض» در معاهده‌ی تریپس

در ماده‌ی ۲۳ گات ۱۹۹٤ سه قسم از اسباب اقامه دعوا ذکر گردیده است که عبارتند از: نقض[2]، عدم نقض[3] و وضعیت[4]. «نقض» به‌عنوان سبب اقامه‌ی دعوا برای اکثر حقوقدانان و سیاستمداران واژه‌ای آشناست. اگر دولت عضوی به این ادعا که مرتکب نقض قاعده‌ای شده است که در توافق نامه مقرر گردیده است و این نقض منتهی به از بین رفتن منفعتی یا نقص در آن[5] شده است، طرف دعوا واقع‌شده باشد، مصداقی از اقامه‌ی دعوا با سبب «نقض» محقق گردیده است؛ اما از زمان آغاز شیوه‌ی حل‌اختلاف گات، سببی برای اقامه دعوا پیش‌بینی گردید که کم‌تر معمول و متعارف بود بدین‌صورت که طرفی که علیه او اقامه دعوا گردیده است از قاعده‌ی خاصی تخلف ننموده است اما در عوض به شیوه‌ای رفتار نموده است که یک دولت عضو را از منافعی که در زمان پیوستن به توافق نامه حصول آن منافع را انتظار داشته است، محروم نموده است. این سبب اقامه‌ی دعوا «عدم نقض» نام دارد که در آن رفتار انجام‌گرفته منجربه از بین رفتن منفعتی یا نقص در آن شده است. مبنای دیگر که «وضعیت» نام دارد هرگز مبنای صدور رأی یا تصمیمی قرار نگرفته است.(United Nations, 2003: 36)

در تفاهم‌نامه‌ی حل‌اختلاف[6] در حالتی که سبب اقامه‌ی دعوا عدم نقض باشد، جبران‌ها

1. WT/MIN/۰۱/DEC/2, 2001.
2. Violation
3. Non-violation
4. Situation
5. Nullification or impairment of benefits.
6. Art. 26.1(b)

محدود گردیده است؛ مانند اینکه یک دولت عضو ممکن است درنتیجه‌ی «عدم نقض» ملزم به اصلاح یا خودداری از اقدامات ناسازگار نگردد و در عوض از توافق مذکور کنار گذارده شود.

«عدم نقض» به‌عنوان یکی از مبناهای اقامه‌ی دعوا به این هدف ایجاد گردید که اوضاع و احوالی که در آن عضو نخست یک امتیاز تعرفه[1] را به عضو دیگر اعطاء نموده است که قاعدتاً تعهد به صادرات به کشور نخست را تسهیل می‌نماید. پس از اعطای امتیاز تعرفه، عضو نخست یارانه‌ای به تولیدکنندگان داخلی خود اعطاء می‌نماید که منجربه کاهش قیمت تمام‌شده و قیمت نهایی محصولات داخلی می‌شود و درنتیجه نفوذ به بازار داخلی برای صادر کنندگان کالا مشکل می‌شود. اگرچه ممکن است دولت اعطا کننده‌ی امتیاز تعرفه به دلیل اعطای یارانه به تولید کنندگان داخلی خود نقضی نسبت به مقررات گات مرتکب نشده باشد اما با این رفتار دولت دوم را از بهره‌مندی از منافع امتیاز تعرفه‌ی اعطائی محروم نموده است. (United Nations, 2003: 36)

در بند دوم از ماده‌ی ٦٤ معاهده‌ی تریپس آمده است که «شق‌های (ب) و (ج) از بند ۱ ماده‌ی ۲۳ گات ۱۹۹٤، برای مدت ۵ سال از تاریخ لازم الاجرا شدن موافقت‌نامه‌ی سازمان تجارت جهانی، در مورد حل‌اختلاف ناشی از موافقت‌نامه‌ی حاضر، قابل‌اعمال نخواهد بود»؛ و باتوجه به اینکه شق‌های ب و ج ماده‌ی ۲۳ گات ۱۹۹٤ در مورد دعاوی مبتنی بر «عدم نقض» و «وضیت» است پس بند دوم ماده‌ی ٦٤ به این دو مورد اشاره دارد. بند سوم ماده‌ی ٦٤ نیز « شورای جنبه‌های تجارتی حقوق مالکیت فکری»[2] را ملزم نموده است که دعاوی مبتنی بر عدم نقض و وضعیت را بررسی نماید و توصیه‌هایی را جهت تصویب به کنفرانس وزیران[3] ارائه دهد. در ادامه آمده است که هرگونه تصمیم کنفرانس وزیران در زمینه ی تصویب چنین توصیه‌هایی یا تمدید مدت ۵ سال مقرر در بند دوم ماده‌ی ٦٤، تنها بر اساس اجماع و اتفاق نظر خواهد بود. در تصمیمی که توسط کنفرانس وزیرآن‌راجع به جنبه‌های اجرائی و مسائل مربوط به آن در ١٤ نوامبر سال ۲۰۰۱ اتخاذ گردید، وزرا شورای جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری را به ادامه‌ی

1. Tariff Concession
2. Trips Council
3. Ministerial Conference

بررسی پیشنهادی ملزم نمودند که قرار بود در پنجمین کنفرانس وزرا موردبررسی قرار گیرد و نیز توافق نمودند که دعاوی مبتنی بر عدم نقض و وضعیت نمی‌توانند قبل از تشکیل پنجمین کنفرانس وزرا، طرح و اقامه گردند. (United Nations, Op. Cit:37)

در طی مذاکرات دوره اروگوئه نیز درج مبنای اقامه دعوی «عدم نقض» در فرایند حل‌وفصل اختلاف معاهده‌ی تریپس نه تنها توسط بیشتر کشورهای عضو معاهده بلکه توسط اکثر کشورهای اتحادیه اروپا نیز مورد تأیید و تأکید قرار گرفت.

امروزه بسیاری از کشورهای توسعه دهنده‌ی معاهده‌ی تریپس نگران این مسئله هستند که درج مبنای اقامه‌ی دعوای عدم نقض در فرایند حل‌وفصل اختلاف در معاهده‌ی تریپس دامنه‌ی دعاوی اقامه شده علیه این کشورها را گسترش خواهد داد و بنابراین با گسترش این مبنای اقامه‌ی دعوا مخالفت نموده‌اند. (United Nations, Op. Cit:37)

حقوق مالکیت معنوی عمدتاً حقوق غیر اثباتی هستند بدین معنا که این حقوق به صاحبان خود حق ممانعت دیگران از انجام اعمال خاصی را می‌دهند اما حقوقی اثباتی نیستند که حق «دسترسی به بازار»[1] را به صاحب خود بدهند؛ یعنی داشتن حق مالکیت معنوی به معنای حق ورود به بازار کالای موضوع حق نیست. این حقیقت که شخصی دارنده‌ی کپی رایت یک کتاب یا روزنامه و... است و می‌تواند دیگرآن‌را از باز تولید و پخش آن منع نماید، این حق را به وی نمی‌دهد که آن کتاب یا روزنامه را در هر بازاری به فروش برساند؛ به‌عبارت دیگر ممکن است دارندگان حقوق مالکیت معنوی این گونه استدلال نمایند که حقوق مالی بی معنا هستند مگر اینکه با حق استفاده از آن‌ها ملازمه داشته باشند؛ بنابراین به‌عنوان مثال می‌گویند سود اینکه کسی حق اختراعی داشته باشد اما مجاز نباشد آن‌را بفروشد چیست؟ برای طبقه بندی این حالت در قالب یک دعوای فرضی مبتنی بر «عدم نقض»، باید این گونه استدلال نمود که حقوق دارنده‌ی حق اختراع، به وسیله‌ی ممانعت از ورود وی به بازار مورد نقض

1. Market Access

قرارگرفته است حتی اگر وی همچنان حق ممانعت دیگران از ورود به بازار را داشته باشد.

۲-۳-۱. اختلافات مربوط به ورود لطمه به منافع عضو بدون نقض مقررات[1]

موافقت‌نامه تریپس، با درج بند ۲ در ماده ٦٤ خود که مقرر می‌دارد: «شق‌های ب و ج بند ۱ ماده ۲۳ گات ۱۹۹٤ به مدت ۵ سال از تاریخ لازم الاجرا شدن موافقت‌نامه سازمان تجارت جهانی، در مورد حل‌وفصل اختلافات ناشی از موافقت‌نامه حاضر، قابل‌اعمال نخواهد بود» در واقع به یکی از مجادلات گسترده هیئت‌های مذاکره کننده کشورهای درحال‌توسعهکه شدیداً از عواقب زیان بار این مقرره نگران بوده‌اند، ولو به‌طور موقت و محدود ۵ ساله از زمان اجرای موافقت‌نامه که در اول ژانویه سال ۲۰۰۱ به پایان رسیده، خاتمه بخشیده است.(Gervais (Daniel, op. cit: 249

زیرا بدین‌وسیله برای اولین بار، معماران حقوقی تریپس توانسته‌اند در تاریخ ۵۰ ساله گات در قلمرو اجرایی شق‌های ب و ج بند ۱ ماده ۲۳ گات[2] که به مقوله «ورود لطمه به منافع عضو بدون نقض مقررات» اشتهار دارد تغییرات بنیادین ایجاد و با فرو نشاندن نسبی اعتراضات کشورهای درحال‌توسعهنسبت به ماهیت بسیار غیر حقوقی و بهانه آفرین این مقرره که در لاتین به Non- Violation اشتهار دارد، مقاصد اصلی کشورهای قدرتمند مصر به ابقاء این مقرره را هم حفظ نمایند. (غریبی، پیشین: ۱٤۲)

البته برخی (همان) معتقدند نگرانی کشورهای درحال‌توسعهاز این مقرره کاملاً موجه می‌باشد زیرا از توجه به مقررات ماده ۲۳ گات، به روشنی معلوم می‌شود که دامنه تعرض به دیگر کشورها به استناد این ماده به صرف ادعای لطمه به منافع و آن هم به‌طور غیر مستقیم و

1. Non - Violation

۲. در بندهای مذکور آمده است: «اگر یک طرف متعاهد ملاحظه کند که به‌طور مستقیم یا غیر مستقیم هر منفعت متعلقه به او تحت این موافقت‌نامه ملغی می‌گردد و یا لطمه وارد می‌شود و یا در دستیابی به اهداف موافقت‌نامه مانع ایجاد می‌گردد به نحوی که آن موانع ناشی باشد از: الف ـ قصور طرف دیگر در اجرای تعهدات خود تحت پوشش این موافقت‌نامه، ب ـ به کارگیری هر نوع تدابیر توسط طرف متعاهد قطع نظر از اینکه آن تدابیر با مقررات این موافقت‌نامه تعارض داشته باشد یا نه ج ـ وجود هر نوع وضعیت دیگر».

یا ادعای ایجاد مانع برای تحقق اهداف موافقت‌نامه بر اثر هر اقدامی از طرف دولت مقابل‌جهت اقامه دعوی و نهایتاً هم اعمال تضییقات مذکور در تریپس از طرف کشور مدعی، امری ساده، شدنی و مشکل آفرین است و ابهامات موجود در ابعاد حقوقی عبارت‌های مذکور در ماده ۲۳ گات در رابطه با عباراتی از قبیل «لطمه»، «مانع»، «منافع»، «اهداف»، «هرنوع تدبیر»، «هر نوع وضعیت» و غیره از یک طرف و هم سطح نبودن موقعیت‌های مختلف کشورهای عضو کنوانسیون‌های بین‌المللی در جهان امروز در امکان استفاده از این مقرره از طرف دیگر، هرناظری را مجاب می‌نماید تا اعتقاد پیدا کند که این مقرره تنها برای دادن بهانه به دست دولت عضوی است که می‌خواهد عقده‌های مخصوصاً سیاسی خود را در موارد مقتضی اعمال نماید. چرا که دامنه اعمال این مقرره، بسیار گسترده‌تر از مصادیق و موارد نقض مقررات مذکور در موافقت‌نامه تریپس می‌باشد.(Lee & Lewinski, op. cit:313)

و به همین دلیل در اینجا، این پرسش اساسی مطرح می‌گردد که آیا اصلا اعمال مقرره «عدم نقض» در زمینه اجرای مقررات تریپس امری منطقی است یا خیر؟

در پاسخ به این پرسش مهم، نظر غالب بر این است که چون مبنای اعمال این مقرره مربوط به امتیازات و تعهدات متقابل‌درزمینه تجارت کالا پایه ریزی شده بود؛ پس به‌طور کلی اعمال این مقرره در حوزه تریپس، سنخیت ندارد، چرا که مقررات تفصیلی تریپس، خود به قدر کافی استانداردهای حمایتی کافی بدون ضرورت توسل به چنین مقرره‌ای را متضمن می‌باشد و لزوم رعایت آن مقرره در چارچوب تریپس احساس نمی‌گردد. همان طوری که پروفسور جکسون هم اظهار می‌دارد که اصلاً حق شکایت مربوط به «حق نقض»، بایستی از موافقت‌نامه‌های مزبور حذف گردد.

۲-٤. شفافیت در معاهده‌ی تریپس

یکی از اصول متعدد منعکس‌شده در موافقت‌نامه‌های متعدد سازمان تجارت جهانی این است

که اعضاء باید مقررات تجاری مربوط را به صورت شفاف و روشنی منتشر کرده و در معرض دید همگان قرار دهند. سیاست‌ها و تدابیری که به وسیله‌ی کشورهای عضو اتخاذشده است و تأثیری بر تجارت دارند باید به نحو مقتضی منتشر شوند. (شیروی، ۹۹:۱۳۹۱)

طبق ماده‌ی ۱۰ موافقت‌نامه‌ی عمومی تعرفه و تجارت (گات) ۱۹۹٤، کلیه‌ی قوانین و مقررات، تصمیمات قضائی و دستورالعمل‌های اداری که به وسیله‌ی هر یک از کشورهای عضو برقرار شده است و به نحوی در فروش، توزیع، حمل و نقل، بیمه، انبارداری، مونتاژ محصولات و امثال آن مؤثر است، باید منتشر شود. شفافیت در ماده‌ی ۳ موافقت‌نامه‌ی عمومی راجع به تجارت خدمات نیز الزامی شده است.

شفافیت در قوانین و مقررات موجب خواهد شد که تجار و شرکت‌های تجاری نسبت به شرایط اقتصادی مطمئن شده و نسبت به سرمایه گذاری اقدام نمایند. از طرف دیگر، شفافیت در قوانین نقش مهمی در تحقق اهداف سازمان تجارت جهانی دارد چرا که ضمانت اجرای مقررات آن سازمان عمدتاً بر اتخاذ رفتار تلافی جویانه توسط کشورهای دیگر استوار است و این نوع ضمانت اجرا در صورتی مؤثر است که کشورهای دیگر به صورت شفاف از مقررات موجود و سیاست‌های اتخاذشده در سایر کشورهای عضو آگاهی یابند. (همان: ۹۹)

فقدان شفافیت یکی از مشکلاتی است که نه تنها کشورهای دارای ظرفیت‌های محدود، بلکه نظام‌های حقوقی مهم دنیا نیز با آن دست و پنجه نرم می‌کنند.

در ماده‌ی ٦۳ از معاهده‌ی تریپس نیز مقرراتی راجع به شفافیت[1] مقرر گردیده است. این مقررات شامل تعهداتی مبنی بر انتشار یا به هر صورت در دسترس قرار دادن متون قانونی از جمله مقررات و تصمیمات قضائی می‌باشد. در این ماده تعهدی مبنی بر اطلاع قوانین و مقررات توسط اعضاء به «شورای جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری»[2] نیز مقرر گردیده است. البته شورای مذکور تلاش خواهد نمود که مسئولیت اعضاء در ایفای این تعهد را به

1. Transparency.
2. TRIPS Council.

حداقل برساند و چنانچه مشورت با سازمان جهانی مالکیت فکری[1] در مورد تأمین یک بایگانی مشترک برای این قوانین و مقررات موفقیت آمیز باشد، شورا می‌تواند تصمیم بگیرد که تعهد اعضاء مبنی بر اطلاع مستقیم قوانین و مقررات به شورا ساقط شود (بند ۲ ماده ٦٣). عضوی که معتقد است حقوقش به هرصورت به وسیله‌ی تصمیمات قضائی یا احکام اداری تحت تأثیر قرارگرفته است، می‌تواند کتباً درخواست نماید که عضو دیگر اطلاعات لازم را در اختیار وی قرار دهد (بند ۳ ماده ٦٣). البته این امر نباید باعث افشای اطلاعات محرمانه‌ی اعضاء گردد. اطلاعات محرمانه شامل اطلاعاتی است که به اجرای قانون لطمه زند، به هرگونه‌ای با منافع عموم مغایرت داشته باشد یا به منافع تجاری بنگاه‌های خاص، اعم از عمومی یا خصوصی، زیانی وارد نماید (بند ٤ ماده ٦٣).

۲-۵. سیستم حل‌اختلاف تریپس و مسئله‌ی الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی

قبول سیستم سازمان تجارت جهانی در حل‌وفصل دعاوی تجاری بین دولت ایران و دیگر کشورها با اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هماهنگی لازم را ندارد. اصل ۱۳۹ مقرر می‌دارد: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد، در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد، موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». باتوجه به اینکه عضویت ایران در سازمان تجارت جهانی منوط به قبول سیستم حل‌وفصل اختلاف خاص آن سازمان می‌باشد و تفاهم‌نامه‌ی راجع به قواعد و رویه‌های حاکم بر حل‌اختلاف جزء لاینفک سازمان می‌باشد، اصل ۱۳۹ قانون اساسی باید به نحوی مورد تفسیر و تعبیر قرار گیرد که با مفاد تعهدات تفاهم‌نامه‌ی مذکور مغایرت پیدا نکند. (شیروی، ۱۳۹۱:۱٤٤)

1. WIPO.

شورای نگهبان همین روش را در موافقت‌نامه‌های دو جانبه سرمایه گذاری پذیرفته و اجازه داده است که یک سرمایه گذار خارجی از کشور طرف متعاهد دعاوی خود علیه دولت ایرآن‌را از طریق داوری پیگیری نماید. به‌عنوان نمونه می‌توان از «قانون موافقت‌نامه‌ی تشویق و حمایت از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت قبرس» نام برد. (روزنامه رسمی، شماره ۱۷۸۷۵، مورّخ ۱۳۸۸/۰۹/۲۵)

در این راستا اجازه‌ی ثبت شعبه‌ی شرکت‌های خارجی در کشور نیز نمونه‌ای است که با ساز و کاری مشابه در کشور اتفاق افتاده است.

۳. تریپس

۳-۱. مزایا

۳-۱-۱. ایجاد سیستم یکپارچه حل‌اختلاف باصلاحیت قهری و انحصاری

یکی از بزرگ‌ترین ابتکارهای سازمان تجارت جهانی ، ایجاد یک سیستم یکپارچه حل‌اختلاف است. بر خلاف مکانیزم حل‌اختلاف وایپو که صرفاً صلاحیت حل‌وفصل دعاوی مربوط به مالکیت معنوی را دارد. مکانیزم حل‌اختلاف سازمان تجارت می‌تواند تمام بخش‌های گوناگون تجارت جهانی را تحت پوشش قرار دهد. صرف نظر از آثار مثبت این صلاحیت عام در بخش‌های مختلف تجارت، در حوزه مالکیت‌های معنوی نیز می‌توان برای آن امتیازهای فراوانی ذکر نمود. موافقت‌نامه تریپس جزء لاینفک سیستم سازمان تجارت می‌باشد و در مکانیزم یکپارچه حل‌اختلاف برای الزام هر چه بیشتر کشورها به رعایت تعهداتشان از روش «تلاقی ضربدری یا متقاطع»[1] استفاده می‌شود. بر این اساس اگر کشوری به اجرای تعهدات خود در حوزه مالکیت معنوی عمل نکند و توصیه‌ها و دستورات ارکان مختلف مکانیزم حل‌اختلاف را نیز اجرا نکند، رکن مذکور می‌تواند از طریق توسل به روش‌هایی همانند اعمال تحریم در سایر بخش‌های تجاری، کشور خاطی را به اجرای تعهداتش مجبور نماید. (آگوستین

1. Cross Retaliation

و دیگران، ۱۳۷٦: ٤۷)

براساس ماده ۲۳ تفاهم‌نامه حل‌اختلاف ، اگر یکی از اعضای سازمان تجارت با نقض مقررات این سازمان یا یکی از موافقت‌نامه‌های تحت پوشش آن روبه‌رو گردد، باید برای تعیین موارد نقض صرفاً به رکن حل‌اختلاف متوسّل گردد و از انجام اقدامات یک جانبه یا متقابل‌خودداری نماید. در جریان شکایت علیه آمریکا، مبنی بر نقض ماده ۲۳ تفاهم‌نامه حل‌اختلاف ، به‌موجب پیش‌بینی امکان توسل این کشور به اقدامات یک جانبه در قانون شماره ۱۹۷٤، در صورت نقض مقررات تجاری از سوی دیگر کشورها، پانل آن‌را نوعی نقض صلاحیت انحصاری رکن حل‌اختلاف تلقی نموده و اعلام نمود این امر در پرتو قدرت اقتصادی امریکا می‌تواند تهدید جدی علیه سیستم تجارت دسته جمعی باشد.[1]

۳-۱-۲. وجود قانون ماهوی از پیش تعیین‌شده

یکی دیگر از ویژگی‌های رکن حل‌اختلاف ، وجود قانون ماهوی از پیش تعیین‌شده می‌باشد. (Palmeter and Mavroidis, 1998:398)

بر اساس بند دوازده ماده سه تفاهم‌نامه حل‌اختلاف، پانل‌ها بر اساس مقررات سازمان تجارت و موافقت‌نامه‌های تحت پوشش آن، به اختلافات طرح شده رسیدگی می‌نمایند. از نظر عده‌ای، وجود قانون ماهوی از پیش موجود، نه تنها نمی‌تواند یک امتیاز محسوب گردد، بلکه موجب ورود ایرادهای جدی نسبت به آن نیز می‌باشد. به ویژه در مورد موضوعاتی از حقوق مالکیت معنوی همانند کپی رایت و حق پاتنت که از نظر این عده، به دلیل آن که صرفاً بر اساس مقررات تریپس سنجیده و مورد قضاوت قرار می‌گیرند، در بسیاری از موارد منجربه نقض تعهدات حقوق بشری اعضای سازمان تجارت می‌گردد. از نظر آن‌ها باتوجه به این که پانل‌ها نیز اصولاً نمی‌توانند حقوق و تعهدات کشورهای عضو را کم یا زیاد کنند، به تبع

1. WT/DS165/R, para. 6.133.12.

نمی‌توانند در بررسی‌های خود تعهدات حقوق بشری کشورها را در نظرگیرند.[1]

به نظر این گروه، مقررات ماهوی حاکم بر رکن حل‌اختلاف موجب شده است سازمان تجارت از نظام حقوقی بین‌المللی منفک گردد. امّا به نظر می‌رسد، این انتقاد نسبت به‌نظام حقوقی حاکم بر سازمان تجارت وارد نیست.

رویه قضایی رکن حل‌اختلاف بیانگر این واقعیت است که پانل‌ها و هیأت استیناف مقررات سازمان و موافقت‌نامه‌های تحت پوشش آن را با در نظر گرفتن مقررات حقوق بین‌الملل به کار گرفته و اعمال می‌نمایند. آن‌ها اصول کلی حقوقی را موردتوجه قرار داده و مکرر در تصمیمات خود به آن‌ها استناد کرده‌اند. در قضیه موزها، هیأت استیناف در جهت اثبات حق طرفین دعوا در تعیین ترکیب هیأت نمایندگی خود نزد هیأت استیناف، استدلال نمود که هیچ یک از مقررات تفاهم‌نامه حل‌اختلاف و نیز حقوق بین‌الملل عرفی یا رویه غالب محاکم بین‌المللی، مانع از اعطای این حق به کشورها نیست.[2]

همین طور در مورد تبیین مفهوم بار دلیل، هیئت استیناف در مقررات سازمان تجارت از اصول کلی حقوقی کمک گرفته است[3] یا در تفسیر، مفهوم اصل عطف بما سبق نشدن[4] در مورد مقررات تریپس، پانل با تکیه بر اصول کلی حقوقی به این نتیجه می‌رسد که مقررات تریپس، نباید به گذشته تسری داده شود. بر اساس مواد ۱، ۳، ٤، ۷، ۱۱ و ۱۹ تفاهم‌نامه حل‌اختلاف می‌توان استنباط نمود که سازمان تجارت در واقع یک زیر سیستم حقوق بین‌الملل[5] است که از قواعد ویژه‌ای درزمینه حقوق و تعهدات، دعاوی، جبران خسارت و اقدامات متقابل‌برخوردار می‌باشد و اصطلاحاً از یک رژیم خود تعیینی[6]دارد. (Simma, 1985: 117)

امّا این سیستم حقوقی کوچک، منفک و متعارض از سیستم بزرگ حقوق بین‌الملل نیست

1. Gabrielle Marceau, 7.
2. Appelate Body in EC-Bananas III, para. 10.
3. Appellate Body in Us – Shirts and Blouses, at 14.
4. Nonretroactivity.
5. subsystem of international law.
6. self-contained regime.

و باید هماهنگ با آن تفسیر و اجرا گردد.

بر اساس مقررات تفاهم‌نامه حل‌اختلاف و رویه رکن حل‌اختلاف ، تفسیر مقررات سازمان تجارت جهانی باید باتوجه به اصول کلی مندرج در حقوق بین‌المللی عرفی انجام شود (ماده ۱۱ تفاهم‌نامه حل‌اختلاف). مسلماً این امر موجب می‌شود تا این مقررات در یک حالت تجریدی و منفک از سایر مقررات حقوق بین‌الملل اعمال نگردند. هیئت استیناف نیز در اولین تفسیر خود از مقررات سازمان تجارت، به تبعیت خود از مقررات بین‌الملل عمومی و قواعد عرفی تفسیر صراحتاً اشاره کرده است. (WT/DS2/AB/R. 1996: 18)

در رکن حل‌اختلاف ، حتّی به موافقت‌نامه‌های دو جانبه و منطقه‌ای که جزئی از مقررات سازمان تجارت نمی‌باشند هم توجه شده است. در قضیه موزها. هیأت استیناف، پانل را به دلیل عدم توجه به مقررات کنوانسیون لومه، در رابطه بین آمریکا و اتحادیه اروپا، مورد نکوهش قرار داده است. در دعوای برزیل و اتحادیه اروپا نیز هیأت استیناف، در تفسیر جدول زمان بندی برزیل، به در نظر گرفتن توافق نامه دو جانبه بین برزیل و اتحادیه اروپا به رغم این که جزء مقررات سازمان تجارت نبوده، تأکید ورزیده است. (Ibid: 498)

۳-۱-۳. فرآیند دادرسی سازمان بندی شده و توأم با ضمانت اجرا

یکی از امتیازهای بارز مکانیزم حل‌اختلاف سازمان تجارت جهانی، پیش‌بینی فرآیند دادرسی سازمان بندی شده و مشخص می‌باشد. رکن حل‌اختلاف همانند دادگاهی است که اولاً نسبت به حل‌اختلاف تمام اعضای سازمان تجارت، صلاحیت اجباری دارد و ثانیاً دارای آیین دادرسی از پیش تعیین‌شده و مشخصی می‌باشد.

مؤسسان سازمان تجارت جهانی سعی نمودند تا با تجربه گرفتن از نواقص و کاستی‌های سیستم حل‌اختلاف گات، یک سیستم حل‌اختلاف مفید و مؤثری را ایجاد نمایند. در سیستم حل‌اختلاف گات، هیچ گونه برنامه زمان بندی شده و منظمی وجود نداشت و احکام صادره به

راحتی نادیده گرفته می‌شد و بسیاری از اختلاف‌ها برای مدت‌های طولانی بی نتیجه باقی می‌ماند.

موافقت‌نامه دور اروگوئه، فرآیند سازمان یافته‌ای را همراه با تعیین دقیق مراحل رسیدگی برای حل‌اختلاف معرفی کرد. در این موافقت‌نامه، زمان بندی حل‌وفصل اختلافات نظم بیشتری یافته است. به گونه‌ای که برای حل‌وفصل هر اختلاف معلوم است که چه مقدار زمان لازم است و همان طور که در قسمت‌های قبلی بررسی گردید، رکن حل‌اختلاف کاملاً مقیّد به رعایت فرایند پیش‌بینی‌شده می‌باشد و آن‌را رعایت می‌کند.

این فرایند دقیق و سرعت بالا موجب کوتاه شدن فرایند دادرسی و حل سریع اختلافات می‌شود. بی تردید در تمام اختلاف‌های تجاری حل سریع اختلاف‌ها اهمیت بسیار دارد. در دعاوی مربوط به حقوق مالکیت معنوی نیز این امر می‌تواند از اتلاف وقت و سرمایه جلوگیری کند. در این مکانیزم به‌طور ماهرانه‌ای به سازمان بندی و گنجاندن برخی از شیوه‌های جایگزین در کنار شیوه‌های قضایی توجه شده است. مکانیزم مذکور دارای مقررات نسبتاً کامل و مشخصی راجع به اجرای تصمیمات و تضمین اجرای آن‌ها می‌باشد. پذیرش و اجرای تصمیمات رکن حل‌اختلاف برای اصحاب دعوا الزامی و لازم الاجرا است و رکن حل‌اختلاف بر اجرای تصمیمات مذکور نظارت دقیقی به عمل می‌آورد. در واقع تریپس برای اولین بار با پیش‌بینی ضمانت اجراهای مؤثر، زمینه حمایت جدی از حقوق مالکیت معنوی را فراهم کرده است. (اسلام نژاد، ۵:۱۳۹۲)

۳-۱-٤. تسریع در فرایند قانون سازی و توسعه حقوق مالکیت معنوی

طرفداران مکانیزم حل‌وفصل اختلافات سازمان تجارت معتقدند که این مکانیزم می‌تواند تأثیر زیادی بر فرآیند قانون سازی هماهنگ در حوزه حقوق مالکیت معنوی و رشد و توسعه آن داشته باشند. (Pamela Samuelson, 2003:13)

باتوجه به آن که نظام‌های حقوقی ملّی در حوزه مالکیت معنوی با یکدیگر متفاوت‌اند،

پانل‌های حل‌اختلاف، با الزام کشورها به اجرای مقررات یکسان، نظام‌های ملّی را به سمت هماهنگ شدن و رفع اختلافات موجود سوق می‌دهد. (Ibid: 14)

از سوی دیگر، کشورها مکلّف می‌گردند مقررات داخلی خود را اصلاح کرده و با استانداردهای تریپس منطبق سازند. بدین‌وسیله حقوق مالکیت معنوی در سطح نظام‌های ملّی رشد و توسعه می‌یابد.

تمام کشورهای عضو سازمان تجارت مکلّف‌اند قوانین داخلی خود را با مقررات تریپس هماهنگ سازند و بی‌توجهی آن‌ها نسبت به انجام این تعهد ممکن است منجربه دخالت مکانیزم حل‌اختلاف و اتخاذ تصمیمات جدی علیه آن‌ها بشود. (David Palmeter, 1999: 82)

بی‌تردید آن‌ها علاقه‌ای به این امر نداشته و تلاش می‌کنند بدون فشار به تعهدات خود عمل نمایند. این امر تا جایی است که حتّی به‌طور غیر مستقیم کشورهای غیر عضو را نیز تحت تأثیر خود قرار می‌دهد؛ کشورهایی که هیچ گونه تعهدی در قبال اجرای مقررات تریپس ندارند، امّا به دلیل ضرورت برقراری مراودات تجاری با کشورهای عضو سازمان تجارت ناگزیرند تا حدودی استانداردهای مورد نظر آن‌ها در حقوق مالکیت معنوی را تأمین نمایند. در غیر این صورت ممکن است کشورهای عضو در برقراری روابط تجاری با آن‌ها علاوه‌بر موانع اقتصادی و تجاری، با موانع قانونی نیز روبه‌رو گردند.

۳-۲. معایب رکن حل‌اختلاف تریپس

۳-۲-۱. عدم امکان توسل افراد به‌طور مستقیم

گسترده‌ترین عرصه‌ی طرح موضوعات، مربوط به مالکیت معنوی در روابط میان افراد خصوصی چه در سطح ملّی و چه در سطح بین‌المللی است و به تبع بیش‌تر اختلاف‌های مربوط به این گونه موضوعات نیز در همین گستره ایجاد می‌شود. صرف نظر از اختلاف‌هایی که جنبه داخلی دارند، در مورد اختلاف‌های مربوط به حقوق بین‌المللی خصوصی، وجود یک

مکانیزم سازمان بندی شده و کارآمد همانند رکن حل‌اختلاف سازمان تجارت جهانی بدون تردید می‌تواند در جهت حل‌وفصل هر چه سریع‌تر این گونه اختلاف‌ها بسیار مؤثر و مفید باشد.

مؤسسان سازمان تجارت جهانی، صرفاً صلاحیت رسیدگی به اختلافات کشورها را به رکن حل‌اختلاف سازمان مذکور اعطا نموده و کشورها همانند فیلترهایی هستند که افراد فقط از طریق آن‌ها می‌توانند نزد رکن حل‌اختلاف طرح دعوا نمایند (Rosas,2001: 135 و ر.ک: Hoekman, 1999) و رکن مذکور فاقد هرگونه صلاحیتی در جهت حل‌وفصل اختلافات میان افراد می‌باشد. بدین شکل به نظر می‌رسد در جهت حفظ حقوق بخش خصوصی تلاش جدی انجام نگرفته و عمده توجّه آن‌ها به منافع بخش عمومی بوده است. فلسفه‌ی این عدم صلاحیت به نظر برخی از حقوقدانان ناشی از حاکمیت همان تفکّر قدیمی در مورد سازمان‌های بین‌المللی دولتی بر سازمان تجارت جهانی می‌باشد. البته در مقررات تریپس، به حل‌وفصل اختلافات بخش خصوصی در سطح نظام‌های ملّی توجه گردیده است. در مقررات تریپس، تکالیف زیادی برای کشورهای عضو در جهت ایجاد رویه‌های منصفانه قضایی، اداری و اجرایی که افراد بتوانند به راحتی به آن‌ها دسترسی داشته و اختلافات خود را از طریق آن‌ها حل‌وفصل نماید، پیش‌بینی گردیده است. (پترزمن، ۲۰۰٤: ۳۹)

۳-۲-۲. الزام‌آور بودن مکانیزم تریپس و محدود شدن حاکمیت کشورها

یکی از پیامدهای بسیار مهم تریپس، کاهش اختیارات و صلاحیت‌های ملّی و توسعه دامنه اجرای قوانین بین‌المللی در عرصه حقوق مالکیت معنوی است.

اختیارات گسترده نظام‌های ملّی در این حوزه با تکیه بیش از اندازه بر ویژگی سرزمینی حقوق مالکیت معنوی، مدت‌های مدیدی مانع از شکل گیری یک نظام حقوقی متحدالشکل و یکسان در سطح بین‌المللی در حقوق مالکیت معنوی گردیده بود.

دستاورد این حکمرانی بی چون و چرای ملّی، چیزی جز شکل‌گیری نظام‌های حقوق

پراکنده و ضعیف نبود، این پراکندگی از یک سو و طبیعت سیّار حقوق مالکیت معنوی از سوی دیگر، موجب بروز تعارضات پیچیده و بعضاً غیر قابل‌حلّی در این حوزه گردیده و در بیشتر مواقع به جای حمایت از صاحبان حقوق مالکیت معنوی، موجب تضیع حقوق آن‌ها می‌گردید. اگرچه دیگر اسناد مربوط به حقوق مالکیت معنوی هم در یکسان سازی قوانین و شکل گیری استانداردهای بین‌المللی نقش مؤثری داشته‌اند، امّا نقش تریپس از این‌جهت اهمیت بیشتری دارد. سند مذکور با پیش‌بینی مکانیزم اجباری حل‌اختلاف ها، عملاً موجب انتقال قسمتی از قدرت و صلاحیت قانون سازی نظام‌های ملّی به نظام بین‌الملل گردیده و به کاربردی شدن حقوق و تعهداتی که سالیان سال در مباحثات و نظریات تئوریکی مرور می‌شد، کمک کرده است. با وجود این، این ایراد مطرح شده است که اصل حاکمیت و حفظ استقلال سیاسی که یکی از اصول مهم حاکم بر روابط کشورها است، با ایجاد مکانیزم حل‌اختلاف مذکور تاحدود زیادی محدود گردیده است. مکانیزم مذکور از این جهت مورد ایراد است که از سویی گستردگی دامنه صلاحیت آن و از سوی دیگر الزامی و اجباری بودن صلاحیت مذکور، موجب محدود گردیدن حاکمیت کشورهای عضو گردیده و آزادی عمل آن‌ها را تا حدود زیادی از بین می‌برد، به نظر می‌رسد اگرچه محدود شدن حاکمیت کشورها از طریق مکانیزم حل‌اختلاف سازمان تجارت را نمی‌توان منکر گردید، نباید آن‌را به‌عنوان یک نقطه ضعف تلقی نمود. بلکه می‌توان آن‌را ابتکاری مؤثر در عرصه روابط بین‌المللی و مناسب با شرایط جدید جامعه ملل دانست؛ به ویژه در حوزه مالکیت معنوی. محدود گردیدن حاکمیت کشورها می‌تواند تا حدود زیادی در شکل گیری یک نظام یکسان کمک کرده و امکان بیش‌تری را برای حمایت از این حقوق در سراسر جهان فراهم سازد.

۲-۲-۳. وجود موانع جدی بر سر راه توسل کشورهای درحال‌توسعه

مکانیزم حل‌اختلاف سازمان تجارت جهانی در واقع مجموعه‌ای از اقدامات انجام شده در زمان

حیات گات همراه با اتخاذ برخی تدابیر جدید می‌باشد. هرچند بیش‌تر مفسّران معتقدند تدابیر اتخاذ شده در مکانیزم فعلی اساساً قابل‌مقایسه با مکانیزم قبلی نمی‌باشد، (Muro, J, and Gappah, 2000: 395) امّا هنوز هم موانع جدی بر سر راه توسل کشورهای درحال‌توسعهبه مکانیزم حل‌اختلاف وجود دارد.

یکی از موانع جدی، پیش‌بینی شیوه کنسانسوس یا اجماع منفی است که در موارد مختلف از جمله در مکانیزم حل‌اختلاف به کار گرفته شده و تا حدود زیادی باعث دل نگرانی و عدم اعتماد کشورهای درحال‌توسعهبه مکانیزم مذکور گردیده است. اگرچه کنسانسوس فوایدی هم برای کشورهای درحال‌توسعهبه دنبال داشته که از جمله آن‌ها می‌توان از نقش مؤثرتر آن‌ها در مرحله مذاکره نسبت به قبل نام برد، (فرنیو، ۲۰۰۲: ٢٤) امّا واقعیت این است که به دست آوردن اجماع، به ویژه در مورد کشورهای توسعه یافته، به وسیله کشورهای در حال‌توسعه امر بسیار دشواری است. محدود گردیدن زمان رسیدگی به مواعد معینی که ازجمله اصلاحات مهم مکانیزم فعلی نسبت به قبلی است، از نظر برخی حقوقدانان از جمله دیگر موانع جدی توسل کشورهای درحال‌توسعهبه مکانیزم مذکور است. این کشورها مواعد تعیین شده را در موارد زیادی کافی ندانسته و انطباق خود با آن‌را بنا به علل گوناگون ازجمله موانع اقتصادی و تکنیکی، غیر ممکن می‌دانند. (همان: ۲۵)

امکان توسط به داوری که به‌موجب ماده ۲۵ تفاهم‌نامه حل‌اختلاف پیش‌بینی گردیده، از نظر برخی حقوقدانان موجب نگرانی‌هایی برای کشورهای درحال‌توسعهگردیده است. این کشورها معمولاً نگران این مسئله‌اند که در پرتو توسل به داوری اجباری، ملاحظات سیاسی و اقتصادی کشورهای توسعه یافته به این کشورها تحمیل گردد. فقدان منابع مالی و انسانی از جمله دیگر موانع توسل کشورهای درحال‌توسعهبه مکانیزم حل‌اختلاف سازمان تجارت می‌باشد. (Mukerji, A, 2000: 69)

مشکل قیمت مخصوصاً زمانی که اختلاف بین یک کشور درحال‌توسعه با یک کشور قدرتمند صنعتی ایجاد گردیده باشد، بسیار جدی است. (Wilson, 2000: 78)

پیش‌بینی رفتار ترجیحی نسبت به کشورهای درحال‌توسعهو کم‌تر توسعه یافته در فرایند رسیدگی به وسیله رکن حل‌اختلاف ، در ابتدا برای این کشورها بسیار جذاب و وسوسه کننده بود، امّا به تدریج و در رویه معلوم گردید که موانع جدی بر سر راه این کشورها در ارتباط با استفاده از رفتار ترجیحی وجود دارد. بسیاری از این مقررات به دلیل فقدان صراحت و دقت قابل‌اجرا نمی‌باشند و به همین دلیل بسیاری از حقوق دانان این مقررات را مقررات تشویقی توصیف می‌کنند. (Qureshi, 1996: 142)

علاوه‌بر آن، رویه مکانیزم نشان داده است که پانل‌ها در عمل چندان توجهی به رعایت مقررات رفتار ترجیحی نداشته و در بسیاری از موارد از رعایت آن سرباز زده‌اند. اقدام متقابل‌یکی از ضمانت اجراهایی است که در مکانیزم حل‌اختلاف سازمان تجارت پیش‌بینی گردیده و نقش مهم و اساسی در مکانیزم مذکور ایفا می‌کند. میزان تأثیر این ضمانت اجرا به امتیازهای موجود بین کشورهای درگیر در اختلاف و میزان تأثیر آن‌ها بر یکدیگر بستگی دارد. ازآنجا که اصولاً بین کشورهای درحال‌توسعه با کشورهای توسعه یافته اختلاف عمیقی وجود دارد، معمولاً توسط کشورهای درحال‌توسعه به این ضمانت اجرا علیه کشورهای توسعه یافته اثر چندانی نداشته و منافع اقتصادی کشورهای را تأمین نمی‌کند. باتوجه به این که کشورهای درحال‌توسعهاصولاً سرمایه پذیر بوده و همواره به دانش و تکنولوژی توسعه یافته نیازمندند، توسل به اقدامات متقابل‌به ویژه تعلیق امتیازهای کشورهای توسعه یافته، نه تنها به الزام این کشورها به پایبندی آن‌ها در مقابل‌کشورهای درحال‌توسعه کمک چندانی نمی‌کند، بلکه پیامدهای اقتصادی کوتاه مدت و بلند مدت حادی را برای این کشورها به دنبال خواهد داشت. (Hom, 2000: 19)

کشورهای کمتر توسعه یافته نیز از این جهت خطری برای کشورهای توسعه محسوب نگردیده و توسل آن‌ها به اقدامات متقابل، تأثیری بر وضعیت اقتصادی کشورهای توسعه یافته ندارد. رویه نیز نشان داده است که کشورهای درحال‌توسعه و کم‌تر توسعه یافته عضو سازمان تجارت، به خوبی دریافته‌اند که توسل به اقدامات متقابل‌از سوی آن‌ها تأثیر چندانی نداشته ولی

توسل به این اقدامات از ناحیه کشورهای توسعه یافته علیه آن‌ها خطرات جدی را برای آن‌ها به دنبال خواهد داشت.

٤. نتیجه‌گیری

اساساً دو نوع از دعاوی ناشی از اجرای مقررات معاهده‌ی تریپس را می‌توان پیش‌بینی نمود. نوع اول آن دسته از دعاوی هستند که در آن کشورهای عضو از تصویب مقررات و ایجاد مکانیسم‌های اداری که الزامات اصلی بخش سوم معاهده را برآورده می‌نمایند، سرباز زده‌اند. نوع دوم آن دسته از دعاوی می‌باشند که در آن کشورهای عضو مقررات و مکانیسم‌های مربوط را تصویب و اعمال نموده‌اند اما در عمل از اجرای آن به شیوه‌ای «مؤثر»[1] سرباز زده‌اند. (United Nations, Op. Cit: 32)

بدین علت که مقررات اجرائی معاهده‌ی تریپس از جهات مختلف منحصر به فرد می‌باشند، تجربه‌ی قبلی بین‌المللی اندکی در این مورد در دست می‌باشد که بگوییم با استفاده از آن تجربیات شوراهای داوران[2] (هیات‌های رسیدگی‌کننده) و یا هیأت‌های استینافی[3] دعاوی ناشی از این معاهده را مورد رسیدگی قرار دهند. باتوجه به اینکه نظام‌های حقوقی مختلف در سراسر جهان در مورد آیین دادرسی مدنی و شیوه‌های اجرایی ویژگی‌های نسبتاً متفاوتی دارند و این تفاوت‌ها ناشی از عرف‌های متفاوت حقوقی و فرهنگی می‌باشد، درنتیجه شیوه‌های یکپارچه و یکسان به کارگیری مقررات اجرائی را نباید انتظار داشت. یکی از مسائل اساسی که شوراهای داوری و یا هیأت‌های استینافی با آن رو به رو خواهند شد، این است که تا چه میزان باید به دولت‌های عضو در مورد پیروی از عرف‌های داخلی خود در مورد مسائل اجرائی اختیار داد.

حتی مسئله‌ای که پیش‌بینی آن مشکل‌تر است این است که شوراهای داوری یا هیأت‌های استینافی چگونه به ارزیابی آن دسته از دعاوی خواهند پرداخت که در آن‌ها دولت‌های عضو از

1. Effective
2. Panels.
3. Appellate body.

اجرای «مؤثر» رژیم‌های اجرائی حقوق مالکیت معنوی[1] داخلی خود سرباز زده‌اند.

لزوم ایجاد یک رژیم مؤثر اجرائی مراجعه به یک مورد یا نزاع خاص نیست بلکه باید این رژیم در مورد نقص‌ها و ضعف‌های رایج و سیستماتیک موردتوجه قرار گیرد. مسئله این است که چه مقدار ضعف و نقص در اجرا، تشکیل دهنده‌ی رفتار خلاف تریپس خواهد بود و معیار ارزیابی آن چیست؟ همچنین ماده‌ی ٤١:٥ صریحاً بیان می‌دارد که دولت‌های عضو لازم نیست در مقایسه با رژیم آئین دادرسی قانونی خود، توجه خاصی به اجرای حقوق مالکیت معنوی نمایند بلکه انحراف بیش‌تری از موضوعات اجرائی برای کشورهایی که ظرفیت کمتری در داخل رژیم حقوقی خود دارند، اجازه داده شده است[2]. (United Nations, Op. Cit: 32-33)

تا به حال هیچ گونه تصمیم حل‌اختلاف راجع به بخش سوم (III) معاهده‌ی تریپس وجود نداشته است.

منابع

الف. فارسی

- اسلام نژاد، عفت، (۱۳۹۲). «حل‌وفصل اختلافات مربوط به مالکیت معنوی در وایپو و تریپس». تهران: جشنواره بین‌المللی فارابی.
- ایروانی، محمدجواد، (۱۳۸۳). «بخش اطلاعات و روابط رسانه سازمان تجارت جهانی تجارت در آینده، درآمدی بر سازمان تجارت جهانی». تهران: مؤسسه مطالعات و

1. IPR (Intellectual Property Rights).
2. Art 41:5 (It is understood that this Part does not create any obligation to put in place a judicial system for the enforcement of intellectual property rights distinct from that for the enforcement of law in general, nor does it affect the capacity of Members to enforce their law in general. Nothing in this Part creates any obligation with respect to the distribution of resources as between enforcement of intellectual property rights and the enforcement of law in general).

پژوهش‌های بازرگانی.

- بزرگی، وحید، (۱۳۸٦). «درآمدی بر سازمان تجارت جهانی و الحاق ایران»، تهران: قومس.
- شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۱). «حقوق تجارت بین‌الملل». چاپ ششم. تهران: سمت.
- آگوستین و دیگران، (۱۳۷٦). «کشورهای درحال‌توسعه و سازمان تجارت جهانی فرصت‌ها و چالش‌ها». ترجمه یزدان پناه، احمد، تهران: مؤسسه مطالعات بازرگانی.
- روزنامه رسمی، شماره ۱۷۸۷۵، مورّخ ۱۳۸۸/۰۹/۲۵.
- شیروی، عبدالحسین، (زمستان ۱۳۸۷). «سازمان تجارت جهانی (گات) اهداف، مبانی و ساختار». مجله‌ی مجتمع آموزش عالی قم. شماره‌ی ٤، ۷.
- غریبی، ضرغام، (پائیز ۱۳۸۲). «روش‌های حل‌وفصل بین‌المللی اختلافات در حقوق مالکیت معنوی». مجله‌ی حقوقی. نشریه‌ی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران. شماره‌ی بیست و نهم،۱۱۱-۱٤۸.
- کدخدایی، عباس، (۱۳۷٦). «نگرشی بر ساختار مرجع حل‌اختلاف در سازمان تجارت جهانی». تهران: مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران. شماره ۲۱، ۱٤۹.
- موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، (آذر ۱۳۸۱). «خبرنامه رویدادها و تحولات سازمان تجارت جهانی». شماره ٤۱، ۳٦-۳۷.:
- **ب. انگلیسی**

- Collier J. And Lowe V., (1999). The Settlement of Disputes in International Law». Oxford University Press.
- Demaret, Paul, (1995).»The Metamorphoses of the GATT: form the Havana Charter to the World Trade Organization». 34 Columbia Journal of Transitional Law.
- Dillon, Thomas, (1995).«the World Trade Organization: a New Legal Order for World Trade?».16 Michigan Journal of

International Law.

- Gervais Daniel, (1998).« The TRIPs Agreement Drafting History and Analysis». Sweet and Maxwell, London.
- Jackson, John Howard and William J. Davey, (1986). «Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transitional Economic Relations». West Publishing Co. St paul, Minn.
- Karen Lee & Silk Von Lewinski, (1995). »The Settlement of International Disputes in the Field of Intellectual Property». From GATT to TRIPs. IIC Studies. Max Planck Institute. Munich.
- Mcgovern, (1995).« Edmond International Trade Regulations». Exeter. Globefield Press.
- United Nations, (2003). «Dispute Settlement». World Trade Organization. 3.14, New York and Geneva.
- WT/MIN/۰۱/DEC/2, 2001.

فصلنامه علمی-تخصصی
مطالعات حقوقی
سال دوم، شماره دوم، بهار ۱۳۹۵

تعهدات و مسئولیت متصدی حمل در حقوق ایران و کنوانسیون روتردام

حمیدرضا اقدس طینت*

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران.

چکیده

تعهدات و مسئولیت متصدی حمل دریایی در حقوق ایران عمدتاً در قانون دریایی مصوب شهریور ۱۳۴۳ پیش‌بینی‌شده است. این قانون برگرفته از قواعد لاهه ویزبی است که در اصل به‌عنوان مقرراتی ناظر بر بارنامه‌های دریایی تنظیم شده است. از زمان تصویب این قواعد و نیز قانون دریایی ایران تا به امروز تحولات زیادی مانند عقد قراردادهای حمل با مسئولیت درب تا درب، حمل کالا با کانتینر، صدور اسناد حمل الکترنیکی و غیره در عرصه‌ی حمل و نقل دریایی صورت گرفته که در قوانین ما و نیز کنوانسیون‌های قبل نسبت به آن‌راه حلی دیده نمی‌شود. از این‌رو پی‌ریزی قواعدی جدید که پاسخگوی این مسائل نوین و مقرراتی جامع‌تر و مناسب‌تر برای مسائل پیشین باشد ضروری بوده که در این راستا اقداماتی چند انجام‌گرفته که از آن جمله می‌توان به تدوین کنوانسیون روتردام اشاره نمود که متضمن چنین مقرراتی است. در این گفتار ضمن تطبیق و مقایسه‌ی قانون ایران با کنوانسیون روتردام در زمینه‌ی تعهدات و مسئولیت متصدی حمل، از آن نتیجه‌گیری و در نهایت پیشنهادهایی به منظور بهبود وضع موجود ارائه گردیده است.

واژگان کلیدی: تعهدات متصدی حمل دریایی، مسئولیت متصدی حمل در حقوق ایران، قانون دریایی ایران، قواعد لاهه ویزبی، کنوانسیون روتردام

---

*نویسنده مسؤول مقاله: E-mail:hamidrezaaghdastinat@yahoo.com

مقدمه

تعهدات و مسئولیت‌های متصدی حمل از مباحث اساسی و مهم حقوق تجارت بین‌الملل به شمار می‌رود. به ویژه در زمینه‌ی حمل و نقل دریایی باتوجه به گستردگی این نوع روش حمل، حجم و مقدار کالاهای حمل شده از این طریق و بالطبع ارزش اقتصادی چنین محموله‌هایی، اهمیت مقوله‌ی تعهدات و مسئولیت‌های متصدی حمل دو چندان می‌گردد. در قانون دریایی ایران مصوب ۱۳٤۳/۰٦/۲۹ مباحث مرتبط با این موضوع در فصل پنجم (ماده ۵۲ به بعد) بیان گردیده که تقریباً ترجمه ایست از مواد ٤-۲ کنوانسیون لاهه ویزبی. قانون دریایی ما برای مفهوم حمل از طریق دریا از واژه‌ی باربری دریایی استفاده نموده و این فصل را به این عنوان نامیده است.

در «کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد قرارداد حمل بین‌المللی کالا که تمام یا بخشی از آن از طریق دریا صورت می‌گیرد» (مصوب سال ۲۰۰۸ مجمع عمومی سازمان ملل) که از این به بعد به‌طور خلاصه کنوانسیون روتردام نامیده می‌شود این مباحث در مواد ۱۱، ۱۳، ١٤، ۱۷ و ٢٤ مقرر گردیده است. این کنوانسیون هم نسبت به قراردادهای حمل دریایی و هم نسبت به قراردادهای مرکب که یک بخش آن دریایی است شمول دارد. درنتیجه دامنه‌ی شمول آن می‌تواند بسیار گسترده باشد و مباحث بسیاری را در برگیرد.

با بررسی قانون دریایی ایران و کنوانسیون روتردام روشن می‌شود کنوانسیون روتردام مباحث مرتبط با موضوع ما را در اکثر موارد با تفصیل و دقت بیش‌تر و به صورت جزئی‌تر و کامل‌تر بیان نموده و در هر مورد حکم متناسب با موضوع را مقرر داشته است. لذا می‌توان همراه با اصلاح قوانین داخلی که متأثر از کنوانسیون لاهه ویزبی است و تا حدودی قدیمی محسوب می‌شود از دستاوردهای کنوانسیون روتردام به صورت اصلاح قوانین داخلی و یا الحاق به آن به ویژه برای کشورهای با نظام حمل و نقل دریایی فعال بهره برد. البته رویکرد کنوانسیون روتردام به‌طور کلی در راستای افزایش مسئولیت متصدی حمل است و مسئولیت بسیاری اشخاص دیگر را هم بر دوش متصدی می‌گذارد؛ بنابراین یک کشور باید در نظر بگیرد

الحاق به کنوانسیون منافعش را بهتر تأمین می‌کند یا نه و نهایتاً در خصوص الحاق یا عدم الحاق به آن تصمیم‌گیری نماید.

۱. تعهدات متصدی حمل

۱-۱. تعهد به تحویل کالا

این تعهد به‌عنوان یکی از تعهدات متصدی حمل در قانون دریایی ایران ذکر نشده است. دلیل این امر آن است که مدت حمل و دوره‌ی مسئولیت متصدی حمل در قانون دریایی ما به تبع کنوانسیون لاهه ویزبی با تخلیه‌ی کالا (فرود بار از چنگال جرثقیل در بار انداز) پایان می‌پذیرد (بندهای ۸ و ۹ ماده ۵۲ قانون دریایی ایران)، بدیهی است تحویل کالا که مرحله‌ای پس از تخلیه‌ی آن است مطابق معیار قانون دریایی ایران اصلاً جزء مدت حمل و مسئولیت متصدی قرار نمی‌گیرد که به‌عنوان تعهدی برای او مطرح باشد بلکه دوره‌ی مسئولیت متصدی با تخلیه پایان می‌یابد. لذا به جای ذکر این تعهد، قانون دریایی در بند ۲ ماده ٥٤ تعهد متصدی حمل را چنین مقرر داشته: «باتوجه به مفاد ماده ۵۵، متصدی باربری موظف است با کمال دقت و به نحو مطلوب محمولات را بارگیری، جا به جا، حمل، محافظت، مواظبت و تخلیه نماید»؛ بنابراین در قانون ایران متصدی حمل وظیفه دارد کالا را بارگیری، جا به جا، ... و در محل توافق شده تخلیه نماید. با تخلیه‌ی کالا در بارانداز یا بندر وظایف متصدی نیز به پایان می‌رسد و او تعهدی به تحویل کالا به مرسل الیه ندارد. دلیل دیگر این که چون قانون ما به تبعیت از قواعد لاهه ویزبی تنظیم شده و این کنوانسیون باتوجه به ماهیتش که ناظر بر بارنامه‌هاست چنین تعهدی را ذکر نکرده (شهبازی نیا، ١٣٩٤، ص ٢٤)؛ در قانون ما نیز این تعهد نیامده است.

حال‌آنکه کنوانسیون روتردام در ماده ۱۱ به این وظیفه تصریح کرده و مقرر می‌دارد: «متصدی حمل وظیفه دارد مطابق این کنوانسیون و طبق شرایط قرارداد حمل، کالاها را به

مقصد حمل کند و به مرسل الیه تحویل دهد». تصریح کنوانسیون روتردام به وظیفه‌ی تحویل کالا با دوره‌ی مسئولیتی که این کنوانسیون برای متصدی حمل در نظر گرفته نیز سازگار است؛ زیرا به‌موجب بند ۱ از ماده ۱۲ همین کنوانسیون «متصدی حمل به‌موجب این کنوانسیون از زمانی که وی یا طرف اجرا کننده، کالاهای موضوع حمل را دریافت می‌کند تا زمانی که کالاها تحویل داده می‌شود، دارای مسئولیت است». کنوانسیون روتردام برخلاف قانون ما که در این زمینه معیار چنگک به چنگک را پذیرفته[1]، از معیار درب تا درب استفاده کرده است.

۱-۲. تعهد به مناسب سازی کشتی

این تعهد در بند ۱ ماده ٥٤ قانون دریایی ایران آمده و شامل آماده سازی کشتی برای دریانوردی، تدارک کارکنان و تجهیزات لازم و نیز آماده سازی انبارها، سردخانه‌ها و دیگر قسمت‌های کشتی است. ماده ٥٤ در این خصوص مقرر می‌دارد: «متصدی باربری مکلف است قبل از هر سفر و در شروع آن مراقبت‌های لازم را به شرح ذیل به عمل آورد:

الف-کشتی را برای دریانوردی آماده کند.

ب-کارکنان و تجهیزات و تدارکات کشتی را به‌طور شایسته تهیه و فراهم آورد.

ج-انبارها و سردخانه‌ها و کلیه‌ی قسمت‌های دیگر کشتی را که برای حمل کالا مورد استفاده قرار می‌گیرد مرتب و آماده کند».

در مورد این ماده باید توجه داشت اولاً وظیفه‌ی مذکور باتوجه به اطلاق ماده شامل فراهم نمودن میزان کافی سوخت، خدمه، مواد غذایی، تعداد کافی کاپیتان و هر مورد لازم دیگر برای سفر دریایی نیز می‌شود. ثانیاً در قانون ما (به تبعیت از کنوانسیون لاهه ویزبی) این تعهد صرفاً قبل از سفر و نیز در ابتدای سفر مقرر گردیده، یعنی فقط تعهد نسبت به ایجاد آن وجود دارد اما حفظ قابلیت کشتی در طول سفر (استمرار تعهد مناسب سازی) در قانون ما پیش‌بینی نشده. ثالثاً قانون ما در مورد این که معیار و ملاک این تعهد متصدی چیست و تا چه اندازه باید از او

۱. بند ۹ ماده ۵۲ قانون دریایی ایران.

توقع داشت نسبت به انجام این تعهد اهتمام ورزد، حکم خاصی مقرر نداشته است.

در حالی‌که کنوانسیون روتردام در ماده ١٤ با عنوان تعهدات خاص نسبت به حمل از طریق دریا، در مورد این تعهد متصدی حمل چنین بیان می‌دارد: «متصدی حمل قبل از شروع سفر، در ابتدای آن و همچنین در طول سفر دریایی ملزم است به اعمال احتیاط منطقی نسبت به:

الف-تهیه‌ی کشتی با قابلیت دریانوردی و نیز حفظ قابلیت دریانوردی کشتی.

ب-تأمین خدمه، تجهیزات و ذخایر مورد نیاز به نحو مناسب و نیز حفظ کشتی با خدمه، تجهیزات و ذخیره در طول سفر دریایی.

ج-مناسب سازی انبارها و سایر قسمت‌های کشتی که کالاها در آن حمل می‌شوند و نیز کانتینرهایی که متصدی حمل فراهم کرده و کالاها روی آن یا درون آن حمل می‌شود و حفظ این قابلیت، همچنین نگهداری مناسب و در وضعیت خوب این بخش‌ها جهت دریافت، حمل و نگهداری کالا».

همان‌گونه که مشاهده می‌شود کنوانسیون روتردام در مقایسه با قانون ما اولاً این تعهد را به صورت مستمر پیش‌بینی نموده به نحوی‌که متصدی علاوه‌بر مناسب سازی کشتی در ابتدای سفر، وظیفه‌ی حفظ این قابلیت را در تمام طول سفر نیز بر عهده دارد. البته باید توجه داشت قابلیت‌های بندر محل بارگیری با قابلیت‌های محیط دریا متفاوت است و این تعهد متصدی حمل در هر مورد باتوجه به میزان قابلیت آن محل و امکانات موجود برای مناسب سازی کشتی، در نظر گرفته می‌شود؛ بنابراین استانداردهای ایجاد قابلیت با استانداردهای حفظ آن متفاوت است و در مرحله‌ی ایجاد، استانداردهای بالاتری لازم است رعایت شود. ثانیاً بر خلاف قانون ما که برای این تعهد ضابطه و معیار مشخص نکرده، کنوانسیون روتردام معیار حداکثر سعی به‌طور متعارف[1] را برای این منظور برگزیده است. diligence به معنای تلاش

1. due diligence

مستمر برای انجام کاری است و due diligence[1] به مفهوم چنین تلاشی است هنگامی که به‌طور منطقی و معقول از شخصی انتظار می‌رود که در صدد انجام یک الزام قانونی یا ادای یک تعهد است و همچنین به‌طورمعمول به وسیله‌ی چنین شخصی اعمال می‌شود. (فرهنگ حقوقی بلاک، ۱۳۸۸، ص ٤٨٨). پس متصدی باید به‌طور متعارف و در حد امکان قابلیت دریانوردی کشتی را ایجاد و حفظ نماید.

۱-۳. تعهد به مراقبت از کالا

این تعهد به علت رابطه‌ی نزدیک و تنگاتنگ با تعهد به مناسب سازی کشتی غالباً به صورت همراه با آن ذکر می‌شود. قانون دریایی ایران در بند ۲ ماده ٥٤ این تعهد را بیان کرده و مقرر داشته: «متصدی باربری موظف است با کمال دقت و به نحو مطلوب محمولات را بارگیری، جا به جا، حمل، محافظت، مواظبت و تخلیه نماید». اگرچه قواعد حاکم بر دو تعهد مناسب سازی کشتی و مراقبت از کالا معمولاً یکسان و معیار هردو نیز متعارف و مساعی جمیله است اما قانون دریایی ما تنها در مورد تعهد به مراقبت از کالا به معیار فوق تصریح نموده (با ذکر واژه‌های «با کمال دقت و به نحو مطلوب») و در مورد تعهد به مناسب سازی همان طور که اشاره شد در خصوص معیار، ساکت است.

در این خصوص کنوانسیون روتردام در ماده ۱۳ (تعهدات خاص) مقرر می‌دارد:

«۱-متصدی حمل باید در دوره‌ی مسئولیتش طبق ماده ۱۲ و با رعایت ماده ٢٦، به‌طور مناسب و با دقت کالاها را دریافت، بارگیری، انبارداری، بارچینی، حمل، نگهداری، مراقبت، تخلیه و تحویل نماید.

۲-باوجود بند ۱ این ماده و بدون لطمه به سایر مقررات فصل ٤ و فصول ٥ تا ۷، متصدی حمل و فرستنده می‌توانند توافق نمایند که بارگیری، انبارداری، بارچینی یا تخلیه‌ی کالاها به وسیله‌ی فرستنده، فرستنده‌ی اسنادی و یا گیرنده (مرسل الیه) انجام شود...».

۱. مترادف با common diligence و reasonable diligence.

بنابراین کنوانسیون روتردام نیز با آوردن واژه‌های «به‌طور مناسب و با دقت» همان معیار مساعی جمیله (due diligence) را موردپذیرش قرار داده است.

در مورد تعهد به تحویل کالا که در انتهای قسمت اول این ماده ذکر شده، قبلاً توضیح دادیم.

۱-٤. تعهدات متصدی راجع به سند حمل

در حقوق ایران مطابق با بند ۳ ماده ٥٤ قانون دریایی ۱۳٤۳ تعهد به صدور بارنامه‌ی دریایی برای متصدی پیش‌بینی شده که متن آن چنین است: «پس از وصول و قبول مسئولیت کالا متصدی باربری یا فرمانده‌ی کشتی و یا عامل متصدی باربری برحسب تقاضای فرستنده‌ی بار موظف است بارنامه‌ی دریایی که در آن مشخصات ذیل درج شده است صادر نماید...». در ادامه‌ی ماده مواردی که باید در بارنامه درج شود به تفصیل بیان شده که به جهت اختصار و عدم مدخلیت در بحث ما از ذکر آن اجتناب می‌گردد.

همان طور که ملاحظه می‌شود چون قانون ایران متأثر از کنوانسیون لاهه ویزبی بوده و این کنوانسیون نیز مختص حمل دریایی است و رویکرد سندی دارد به تبع این کنوانسیون قانون ما هم گفته حتماً باید بارنامه‌ی دریایی صادر شود.

ولی در کنوانسیون روتردام از آنجا که می‌تواند علاوه‌بر حمل دریایی شامل انواعی از حمل غیر دریایی (به صورت مرکب) نیز بشود، صدور اسناد حمل متعدد پیش‌بینی‌شده و منحصر در بارنامه‌ی دریایی نیست. از جمله در بندهای ۱۵ و ١٤ ماده ۱ و همچنین در فصل ۸ (ماده ۳۵ به بعد) که به‌طور کلی به سند حمل (به نحو مطلق) اشاره شده است. بند ١٤ ماده ۱ در تعریف سند حمل می‌گوید: «واژه‌ی سند حمل به معنی سندی است که وفق قرارداد حمل به وسیله‌ی متصدی حمل صادر می‌شود که:

الف-دلیلی است بر دریافت کالاها از طرف اجراکننده یا متصدی حمل به‌موجب قرارداد حمل.

ب-دلیل قرارداد حمل یا حاوی قرارداد حمل است».

به علاوه به‌موجب مواد گوناگون این کنوانسیون ازجمله بندهای مختلف ماده ۱ و نیز فصل ۳ کنوانسیون (ماده ۸ به بعد)، ممکن است سند حمل به صورت الکترونیکی باشد. این نوآوری با تحولات نوین حمل و نقل بین‌المللی سازگار و در عین حال به دلیل مزایای آن ضروری نیز بوده؛ البته در قانون دریایی ایران باتوجه به تاریخ تصویب آن، چنین چیزی پیش‌بینی نشده است.

۲. مسئولیت متصدی حمل

هم در قانون ما و هم در کنوانسیون روتردام مبنای مسئولیت، تقصیر در نظر گرفته شده و البته فرض تقصیر نیز شده[1]، منتها اثبات خلاف این فرض امکان پذیر است. این امر از خلال مواد گوناگونی استنباط می‌شود که به‌طور مطلق شخص را مسئول می‌داند مگر این که عدم تقصیر را اثبات نماید. تفاوت‌های میان قانون ما و کنوانسیون روتردام یکی در بحث استثنائات است (مواردی که متصدی از مسئولیت معاف می‌شود)، دوم بحث تفاوت دربار اثبات و تفاوت سوم در این است که مطابق قانون ما تنها نسبت به فقدان (تلف) و خسارت کالا می‌توان طرح دعوا نمود اما در کنوانسیون روتردام علاوه‌بر این دو، مطالبه‌ی خسارت ناشی از تأخیر در تحویل نیز

۱. ماده ٥١٦ ق.م. ازآنجا که تعهدات متصدی حمل و نقل را همان تعهدات امانت داران مقرر نموده، بیان می‌دارد که در صورت ارتکاب تقصیر (تعدی یا تفریط) مسئول خواهند بود. در اینجا اگرچه مفهوم تقصیر به‌عنوان مبنای مسئولیت مورد نظر نیست اما نتیجه‌ای مشابه در پی دارد. در حقیقت تعهد متصدی در حمل سالم کالا تعهد به وسیله است درنتیجه بار اثبات تقصیر او بر عهده‌ی مدعی است. در حالی‌که در ماده ٣٨٦ ق.ت. فرض شده که متصدی به‌طور ضمنی تعهد کرده کالا را سالم به مقصد برساند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ٣٦٠) لذا اگر متصدی بی تقصیری خود را اثبات کند برای معافیت از مسئولیت کافی نیست بلکه او باید برای وجود علت خارجی موجبِ تلف دلیل بیاورد. پس مقنن تنها اماره‌ی تقصیر به وجود نیاورده بلکه نرساندن کالای سالم را تقصیر شمرده است (کاتوزیان، ١٣٦٩، ص ٢٧) چرا که در اینجا تعهد متصدی، تعهد به نتیجه است. البته به نظر حقوقدانان چون در این موارد اثبات دخالت حوادث خارجی متصدی را از مسئولیت معاف می‌سازد، نمی‌توان برای او مسئولیت محض قائل شد (همان جا). این معنای فرض تقصیر و تفاوت آن با مسئولیت محض و اماره‌ی تقصیر است که در متن نیز به آن اشاره شد.

پیش‌بینی‌شده.[1] بند ۱ ماده ۱۷ این کنوانسیون مقرر می‌دارد: «متصدی حمل نسبت به تلف و خسارت کالاها و همچنین تأخیر در تحویل مسئول است...». تفاوت دیگر هم این است که قانون ما به پیروی از کنوانسیون لاهه ویزبی در خصوص رژیم مسئولیت نسبت به حمل حیوانات زنده حکم خاصی ندارد اما کنوانسیون روتردام در این خصوص نیز شمول دارد و در مورد مسئولیت، آن‌را به توافق و قرارداد طرفین واگذار کرده جز در مواردی که تلف، خسارت یا تأخیر ناشی از فعل یا ترک فعلی عمدی است که در این موارد شرط عدم مسئولیت اعتبار ندارد و در هر حال متصدی مسئول است.

۲-۱. استثنائات مسئولیت متصدی حمل

قانون ایران در بند ۱ ماده ۵۵ مقرر داشته: «کشتی و متصدی باربری هیچ کدام مسئول فقدان یا خسارت ناشی از عدم قابلیت دریانوردی نخواهد بود مگر آن که از طرف آن‌ها در آماده نبودن کشتی برای دریانوردی و تأمین احتیاجات آن ازنظر کارکنان و تجهیزات و تدارکات کافی و مناسب کردن انبارها و سردخانه‌ها و کلیه‌ی قسمت‌های دیگر کشتی که کالا در آن حمل می‌شود و همچنین مواظبت حمل طبق بند ۱ ماده ٥٤ سعی و اهتمام کافی مبذول نشده باشد هرگاه فقدان و یا خسارت وارده درنتیجه‌ی عدم قابلیت دریانوردی باشد متصدی باربری و یا اشخاص دیگری که به استناد این ماده ادعای معافیت از مسئولیت می‌نمایند ملزوم‌اند که اعمال سعی و مراقبت را از ناحیه‌ی خود ثابت کنند». این ماده که به تأسی از کنوانسیون لاهه ویزبی تنظیم‌شده نشان می‌دهد قانونگذار ما علی رغم این که برای متصدی وظیفه‌ی ایجاد قابلیت دریانوردی را در نظر گرفته اما در مورد خسارت ناشی از عدم قابلیت برای متصدی فرض

۱-البته به نظر می‌رسد در خصوص خسارات ناشی از تأخیر در تسلیم باتوجه به این که کشتی‌رانی به انحای مختلف ازجمله تصدی حمل و نقل از راه دریا می‌تواند از مصادیق اعمال تجاری باشد (اسکینی،۱۳۸٦، ص ۱۰٦)؛ می‌توان برای جبران زیان ناشی از تأخیر در تسلیم به ماده ۳۸۷ قانون تجارت به‌عنوان قانون مادر در این زمینه استناد کرد.

تقصیر نکرده (سیاق صدر ماده فوق) و این خواهان است که باید عـدم قابلیـت دریـانوردی و عدم سعی و اهتمام کافی در این خصوص را ثابت کند؛ اما اگر خواهان عدم قابلیـت را اثبـات کند، بار اثبات به متصدی بر می‌گردد و او باید ثابت کند در این خصوص سعی و اهتمـام لازم را مبذول نموده است (ذیل ماده فوق).

اما کنوانسیون روتردام باتوجه به تعهد متصدی در مناسب سازی کشتی علی القاعده وی را مسئول می‌داند. بر این اساس در صورتی‌که دارنده‌ی حقوق ثابـت کنـد عـدم مناسـب سـازی کشتی واقعاً یا احتمالاً موجب خسارت، تلف یا تأخیر در تحویل گشته و یا در ایجاد این موارد واقعاً یا احتمالاً مشارکت داشته، متصدی حمل مسئول تمام یـا بخشـی از خسـارت، تلـف یـا تأخیر خواهد بود. (قسمت الف از بند ۵ ماده ۱۷). البته با اثبات عدم مناسب سازی بار اثبات به متصدی بر می‌گردد با این تفاوت که متصدی علاوه‌بر امکان اثبات اعمال رفتار منطقی در ایـن خصوص می‌تواند اثبات کند که اوضاع و احوال مذکور در قسمت الف بنـد ۵ (عـدم مناسـب سازی کشتی) موجب تلف، خسارت یا تأخیر نشده است. (قسمت ب بند ۵ ماده ۱۷) که ایـن مورد اخیر در جایی ممکن است که دارنده‌ی حقوق به صورت احتمالی ثابت کرده باشد عـدم مناسب سازی موجب خسارت شده و متصدی می‌تواند این احتمال را دفع کند.

استثنای دیگر قانون دریایی ایران مواردی است که به‌طور مشروح در بند ۲ مـاده ۵۵ بیـان گردیده که در این موارد متصدی باربری مسئول تلف یا خسارت ناشی از این مـوارد نخواهـد بود. با عنایت به طولانی بودن این بند و برای رعایت اختصار از ذکر آن خودداری می‌گردد، در صورت لزوم به متن ماده در پاورقی رجوع شود.[1] در کنوانسیون روتردام موارد مشـروحی کـه

۱. کشتی و متصدی بار مسئول فقدان یا خسارت ناشی از علل مشروحه زیر نخواهد بود.الف- غفلت و قصور و یا عمل فرمانده و کارکنان و راهنمایان و یا مامور مجاز متصدی باربری هنگام دریانوردی و اداره امور کشتی.ب- آتش سوزی که به سبب فعل و یا خطای متصدی باربری نباشد. ج- خطرات و حوادث خطرناک و یا سوانح دریا و آب‌های قابل‌کشتیرانی.د- بلیات طبیعی.هـ - جنگ و نتایج آن.و- عملیات دشمنان جامعه.ز- بازداشت یا متوقف شدن کشتی درنتیجه اقدامات قهریه یا به سبب امر یا عمل حکام یا مردم یا مقامات قضایی.ح- محدودیت‌های قرنطینه. ط- فعل و یا ترک فعل فرستنده بار یا صاحب بار، عامل یا نماینده او.ی- اعتصاب و یا بستن کارگاه‌ها و یا خودداری و یا جلوگیری از کار به‌طور کلی و جزئی به هر علتی که باشد. ک- شورش و یا اغتشاش.ل- نجات و مجاهدات برای نجات جان افراد و یا اموال در دریا.م- کسر و

در واقع معاذیر معاف‌کننده برای متصدی به شمار می‌آیند در بند ۳ ماده ۱۷ بیان شده که در ادامه‌ی مطلب، موارد مهمی که در قانون ایران حکم متفاوتی در نظر گرفته شده موردبررسی تطبیقی واقع می‌شود:

۱- در قانون ما متصدی نسبت به خسارات ناشی از عمل فرمانده، کارکنان، راهنمایان و مأموران مجاز خود هنگام دریانوردی و اداره‌ی امور کشتی، مسئول نخواهد بود. در حالی‌که در کنوانسیون روتردام این مورد موجب معافیت متصدی از مسئولیت نبوده بلکه مطابق ماده ۱۸ نسبت به عمل این اشخاص نیز مسئول است.

۲- مواردی چون دزدی دریایی و تروریسم در کنوانسیون روتردام علاوه‌بر موارد موجود در قانون ما از علل معاف‌کننده محسوب می‌شود.

۳- در کنوانسیون روتردام اقدامات معقول برای اجتناب از خسارت به محیط (زیست) نیز علاوه‌بر موارد مذکور در قانون ما، از علل معاف‌کننده محسوب می‌شود.

در ادامه‌ی ماده ۵۵ قانون دریایی ایران، موارد دیگری از احکام خاصی که قانون ایران در این زمینه مقرر داشته، بیان گردیده که به جهت عدم آثار حقوقی قابل‌توجه مرتبط با بحث ما، از ذکر آن خودداری می‌شود. خوانندگان محترم می‌توانند در صورت لزوم به متن ماده رجوع نمایند.

آخرین مورد از موارد معافیت از مسئولیت، معافیت از خسارات ناشی از تغییر مسیر است که هم در قانون ایران و هم کنوانسیون روتردام چنانچه انحراف مسیر معقول باشد در صورت بروز خسارت می‌تواند سبب معافیت از مسئولیت گردد. قانون دریایی ایران به‌موجب بند ٤

کمبود وزن و حجم کالا و هر نوع خسارت دیگری که از معایب مخفی، ماهیت و نقایص ذاتی کالا ناشی گردد.ن- نقایص بسته بندی کالا.س- نقایص و یا کامل نبودن علائم و مشخصات.ع- عیوب مخفی که با دقت کافی قابل‌کشف نباشد.ف- هر علت دیگری که از فعل و یا تقصیر متصدی باربری و یا فعل و یا تقصیر عامل یا مأمور مجاز او ناشی شده باشد ولی در این مورد متصدی باربری و عامل و یا مامور مجاز او باید ثابت کند که تقصیر و فعل آنان تاثیری در فقدان و خسارت و زیان وارده نداشته است.

ماده ۵۵ مقرر داشته چنانچه تغییر مسیر در دریا برای حفظ جان آدمی یا اموال باشد و به‌طور کلی هرگونه انحراف معقول، تخلف از مقررات این قانون و قرارداد باربری نیست درنتیجه متصدی در خصوص خسارات ناشی از آن مسئول نخواهد بود.

کنوانسیون روتردام نیز طبق ماده ٢٤ بیان داشته چنانچه مطابق قانون حاکم انحراف از مسیر، نقض تعهد متصدی محسوب شود این انحراف متصدی را از هرگونه دفاع یا محدودیت مسئولیت مقرر در این کنوانسیون به جز آنچه در ماده ٦١ مقرر شده محروم نمی‌کند. نتیجه‌ی این ماده این است که متصدی علی رغم انحراف مسیر می‌تواند به عوامل محدود کننده‌ی مسئولیت استناد کند.

۲-۲. تفاوت قانون ایران و قواعد روتردام از حیث بار اثبات

از حیث بار اثبات اولین مورد مذکور در قانون ما همان مورد خسارت ناشی از عدم مناسب سازی کشتی (بند ۱ ماده ۵۵) است که پیش‌تر مورد بحث واقع شد. بر این اساس ابتدائاً خواهان باید علاوه‌بر اثبات خسارت وارد شده ناشی از عدم مناسب سازی کشتی، عدم سعی و اهتمام کافی را از جانب متصدی در انجام این وظیفه هم ثابت کند. اگر اثبات عدم سعی و اهتمام کافی از سوی خواهان صورت گیرد بار اثبات به متصدی بر می‌گردد و اوست که باید اعمال سعی و مراقبت از ناحیه‌ی خود را در انجام این تعهد ثابت کند تا از مسئولیت بری گردد.

در خصوص معاذیر معاف‌کننده نیز باتوجه به این که قانون ما در باب بار اثبات حکم خاصی مقرر ننموده، علی القاعده پس از اثبات ورود خسارت از سوی خواهان، متصدی باید تحقق یک یا چند مورد از این معاذیر را ثابت کند ونیز اثبات نماید بین وقوع این موارد و ورود زیآن‌رابطه‌ی سببیت وجود داشته است.

اما کنوانسیون روتردام در این زمینه احکام مفصل‌تر، دقیق‌تر و مناسب‌تری مقرر داشته است. بر اساس مقررات این کنوانسیون در درجه‌ی اول خواهان باید اثبات کند تلف، خسارت

و یا تأخیر در تحویل یا عواملی که موجب آن شده یا در ایجاد آن نقش داشته، در دوره‌ی مسئولیت متصدی حمل (که طبق بند ۱ ماده ۱۲ معیار آن از زمان دریافت تا زمان تحویل است) رخ‌داده است (بند ۱ ماده ۱۷). با اثبات این امر در قدم دوم بار اثبات به عهده‌ی متصدی حمل قرار می‌گیرد و او می‌بایست یکی از این امور را ثابت کند: یا اثبات کند علت یا یکی از علل موجب تلف، خسارت یا تأخیر قابل‌انتساب به تقصیر او یا اشخاص مذکور در ماده ۱۸ (کارکان و مأموران متصدی و سایر کسانی که متصدی، مسئول اعمال آن‌هاست) نیست که در این صورت کلاً[1] یا بعضاً[2] از مسئولیت معاف می‌شود (بند ۲ ماده ۱۷) یا این که ثابت کند یک یا چند مورد از معاذیر معاف‌کننده موجب تلف، خسارت یا تأخیر شده یا در ایجاد آن نقش داشته است (بند ۳ ماده ۱۷). با اثبات این امر در گام سوم مجدداً بار اثبات بر عهده‌ی خواهان قرار می‌گیرد و در این صورت وضعیت مشمول یکی از این امور خواهد بود:

۱- خواهان اثبات کند معاذیر معاف‌کننده که متصدی به آن استناد می‌کند ناشی از تقصیر متصدی یا یکی از اشخاصی بوده که متصدی مسئول اعمال آن‌هاست و یا این که تقصیر این اشخاص در تحقق آن مشارکت داشته است (قسمت الف بند ٤ ماده ۱۷).

۲- خواهان اثبات کند اوضاع و احوالی غیر از معاذیر معاف‌کننده که متصدی به آن استناد می‌کند در تلف، خسارت یا تأخیر دخالت داشته است (قسمت ب بند ٤ ماده ۱۷).

در این فرض با اثبات تحقق اوضاع و احوالی غیر از معاذیر معاف‌کننده، به‌عنوان مرحله‌ی چهارم بار اثبات باز هم بر عهده‌ی متصدی قرار می‌گیرد و او بایستی ثابت کند این اوضاع و

۱. معافیت کلی از مسئولیت در صورتی است که متصدی ثابت کند علت موجب تلف، خسارت یا تأخیر قابل‌انتساب به تقصیر او یا اشخاص مذکور در ماده ۱۸ (کارکان ومأموران متصدی و سایر کسانی که متصدی، مسئول اعمال آن هاست) نیست.

۲. معافیت جزئی از مسئولیت در صورتی است که متصدی ثابت کند بخشی از علل موجب تلف، خسارت یا تأخیر قابل‌انتساب به تقصیر او یا اشخاص مذکور در ماده ۱۸ (کارکان و مأموران متصدی و سایر کسانی که متصدی، مسئول اعمال آن‌هاست) نیست.

احوال قابل‌انتساب به تقصیر خود و یا یکی از اشخاصی که متصدی مسئول اعمال آن‌هاست، نبوده است (ذیل قسمت ب بند ٤ ماده ١٧).

٣- خواهان اثبات نماید عدم مناسب سازی کشتی (به معنای عام که شامل کلیه‌ی اقدامات لازم از قبیل تهیه‌ی کافی ذخایر، کارکنان و ...است) واقعاً یا احتمالاً موجب تلف، خسارت یا تأخیر شده و یا در وقوع خسارت واقعاً یا احتمالاً مشارکت داشته است (قسمت الف بند ٥ ماده ١٧).

در این صورت نیز بار اثبات بار دیگر به متصدی حمل باز می‌گردد و او باید یکی از این موارد (مذکور در قسمت ب بند ٥ ماده ١٧) را اثبات نماید:

١- اوضاع و احوال فوق (عدم مناسب سازی کشتی) موجب تلف، خسارت یا تأخیر نشده است.

٢- ثابت نماید با اعمال رفتار منطقی (due diligence) در انجام تعهداتش در خصوص مناسب سازی کشتی، از تعهد بری است.

٣. نتیجه‌گیری

همان طور که بیان گردید کنوانسیون روتردام در مقایسه با قواعد لاهه ویزبی که مأخذ مقررات قانون دریایی ایران بوده مسائل مرتبط با تعهدات و مسئولیت متصدی حمل را به نحو معقولانه و منصفانه‌تری بسط داده به نحوی که هم مسائل موجود به نحو مناسب‌تری حل‌وفصل گردد (چنان که فی المثل تعهد به حفظ قابلیت دریانوردی را علاوه‌بر تعهد به ایجادِ آن، بر تعهدات متصدی حمل افزوده) و هم مسائل پیش‌بینی‌نشده در قانون ما (مانند عدم ضمانت اجرا برای جبران خسارات ناشی از تأخیر در تسلیم) را پوشش می‌دهد و هم پاسخگوی نیازهای جدید در این حوزه (مثل پیش‌بینی اسناد متعدد حمل به صورت الکترونیکی، یکنواخت کردن نظام حمل و نقل کالا با افزایش مدت‌زمان مسئولیت متصدی حمل و نظایر آن) است. از این‌رو پیشنهاد می‌گردد کشور ما نیز که دارای صنعت حمل و نقل دریایی فعال در عرصه‌ی بین‌المللی

است گام‌های اساسی در راستای الحاق به این کنوانسیون و اصلاح قوانین موجود بردارد. این مطلب که کنوانسیون روتردام دامنه‌ی مسئولیت متصدی حمل را بسیار گسترده نموده و مسئولیت بسیاری اشخاص دیگر را نیز بر عهده‌ی او گذاشته، نباید مانع این حرکت گردد به این بهانه که برای کشور ما با دریانوردی بسیار فعال و کشتی‌رانی‌اش که از بزرگ‌ترین متصدیان حمل دریایی است، الحاق به این کنوانسیون با افزایش مسئولیت و تعهدات، در نهایت موجب زیان می‌شود. چرا که الحاق به این کنوانسیون‌ها همگام با تحولات جدید در حوزه‌ی حمل و نقل باتوجه به امکانات وسیع کشتی‌رانی جمهوری اسلامی و موقعیت خاص کشور ما موجب حضور گسترده‌تر و بیش‌تر در این حوزه و کسب درآمدهای سرشار برای کشور می‌گردد و البته برای دست‌یابی به این بازار پر سود باید مسئولیت‌های بیش‌تری نیز پذیرفت.

منابع

الف. فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸٦)، حقوق تجارت- کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازمان‌دهی فعالیت تجاری، چاپ دهم، سمت.
- شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۹٤)، مروری بر حمل‌ونقل دریایی و مقایسه قواعد لاهه-ویزبی، هامبورگ و روتردام (جزوه درسی)، نسخه الکترونیکی.
- قانون دریایی ایران (۱۳٤۳) با اصلاحات بعدی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳٦۹)، حقوق مدنی ضمان قهری-مسئولیت مدنی، دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ بیست و یکم، میزان.
- محمدزاده وادقانی، علیرضا و کاردان، کتایون، (۱۳۹۱)، ترجمه‌ی کنوانسیون رتردام، فصلنامه حقوق، مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ٤۲، شماره ۱.

- فرهنگ حقوقی بلاک (۱۳۸۸)، چاپ دوم، میزان.

ب. انگلیسی

- the Hague-Visby Rules, 1959.
- the Rotterdam Rules, 2009.

فصلنامه علمی-تخصصی
مطالعات حقوقی
سال دوم، شماره دوم، بهار ۱۳۹۵

اصل بی‌طرفی دادرس

ارسلان مهرانپرست*

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران

چکیده

رسیدگی به دعاوی و حل‌وفصل اختلافات در دادگاه‌ها بر اساس قواعد و اصولی صورت می‌گیرد که در مجموع آیین دادرسی را تشکیل می‌دهند. اصول مذکور که در واقع از اصول حقوقی هستند برای دادرسی نقش راهبردی دارند، یکی از این اصول که نقش محوری دارد اصل بی‌طرفی می‌باشد.

در این مقاله پس از بررسی واژه شناسی، ارتباط اصل بی‌طرفی دادرس با برخی اصول دادرسی بررسی شده است و سپس مبانی این اصل بررسی‌شده و برای آن مبانی فردی و اجتماعی شناسایی‌شده است، باتوجه به این مبانی امکان تعلیق یا تعطیل اصل بی‌طرفی دادرس موردبررسی قرار گرفته است و نتیجه این است که اصل بی‌طرفی دادرس اصلی مطلق است که امکان تعلیق و تعطیل آن وجود ندارد، اگرچه ممکن است به دلیل مصالحی مقنن برخی از تضمینات آن‌را نادیده بگیرد. سپس به بررسی مقررات تضمین کننده‌ی این اصل در حقوق ایران پرداخته‌ایم که سیستم‌های حقوقی مختلف جهت رعایت این اصل تضمینات قانونی در نظر گرفته‌اند، در سیستم حقوقی ایران نیز مقرراتی در این زمینه وجود دارد. برخی از مقررت مربوط به سازمان قضاوتی، کیفیت دادرسی، ادله‌ی اثبات دعوا و شکایت از آراء و مسئولیت دادرس در این رابطه بررسی می‌شود.

واژگان کلیدی: اصول دادرسی، اصل بی‌طرفی، دادرسی عادلانه، مقررات تضمین کننده

---

* نویسنده مسئول مقاله: E-mail: arsalan.mehranparast@yahoo.com

مقدمه

تعارض منافع انسان‌ها آن‌ها را به طراحی آیین و شیوه‌های حل‌وفصل اختلاف ناگزیر نموده است و کم‌ترین این راهکار نیز دخالت شخص ثالث برای حل‌وفصل دعاوی می‌باشد. هم طرفین اختلاف و هم شخص ثالث رسیدگی کننده باید در روند رسیدگی قواعد، اصول و تشریفاتی را رعایت نمایند تا حل‌اختلاف به نحو مطلوب‌تری صورت گیرد به این اصول، قواعد و تشریفات دادرسی گفته می‌شود. ماده‌ی ۱ ق.آ.د.م ایران، آیین دادرسی مدنی را «مجموعه‌ی اصول و مقرراتی که در مقام رسیدگی به امور حسبی و کلیه‌ی دعاوی مدنی و بازرگانی در دادگاه‌های عمومی، انقلاب، تجدید نظر، دیوان عالی کشور و سایر مراجعی که به‌موجب قانون موظف به رعایت آن می‌باشند، به کار می‌رود» می‌داند. همان طوری که ماده‌ی ۱ مذکور اشاره کرده است آیین دادرسی مدنی مجموعه‌ای از «اصول و مقررات» است امروزه آیین دادرسی مدنی بر پایه‌ی اصول بنیادینی فرایند حل‌اختلافات را طی می‌کند از این اصول با عنوان «اصول راهبردی دادرسی» یاد شده است. اصول راهبردی دادرسی مجموعه‌ای از قواعد کلی هستند که موضوع اصلی آن‌ها تعیین نقش متقابل‌اصحاب دعوا و دادرس و تضمین حقوق اساسی طرفین است. اصول بنیادین نظیر اصل حق دفاع، اصل ترافع، اصل علنی بودن دادرسی، اصل بی‌طرفی دادرسی ناظر بر تضمین حقوق طرف‌های دادرسی هستند این اصول ناظر به دادرسی ویژه‌ای نیستند و در تمام دادرسی‌ها مورد عمل قرار می‌گیرند.

۱. واژه شناسی

در این بخش به بررسی معانی لغوی و اصطلاحی و مفهوم کلمات، اصل، بی‌طرفی و دادرسی پرداخته می‌شود

۱-۲. معانی لغوی و اصطلاحی اصل

در لغت اصل[1] را به معنای ۱: ریشه، بیخ، بن، بنیاد ۲: تبار، نژاد و گوهر معنا کرده‌اند جمع

1. principle

مصطلح این واژه اصول می‌باشد. در فرهنگ حقوقی بلک کلمه‌ی «principle» به معنای قاعده یا قانون یا تئوری مبنایی آمده است.(black's Law Dictionary - Garner Brayan A p.1321.1999-Eighth Ed pub-Thomson's به نقل از شریفی ۱۳: ۱۳۸۸).

در اصطلاح حقوقی کلمه‌ی اصل ممکن است در معانی چندی بکار رود، اصول لفظیه، اصول عملیه، اصول حقوقی، اصول دادرسی، شیخ انصاری اصل را به معانی زیر به کار برده‌اند: (انصاری،۲۱٤: ۱٤۲۲ هجری قمری به نقل از محسنی ۱۰۱: ۱۳۸۵)

۱: اصل به معنای راجح: این معنا را محقق کرکی در کتاب جامع المقاصد به کار گرفته‌اند که به معنای غلبه است، این غلبه یا در بین افراد وجود دارد یا در مکان‌ها.

۲: اصل به معنای قاعده: این معنای اصل از عمومات ادله به دست می‌آید و در مواردی که شکی حاصل می‌شود مراجعه به آن واجب می‌شود؛ به عبارت‌دیگر اصل در اینجا به معنای قاعده است و قاعده حکمی کلی است که منشأ تحصیل حکم جزئی می‌شود.

۳: اصل به معنای استصحاب: استصحاب به معنای ابقاء ماکان است، یعنی هرگاه ما در وجود یا عدم چیزی که قطعاً در پیش وجود داشته شک کنیم بقاء آن‌را پیشاپیش مفروض می‌دانیم تا زمانی که خلاف آن اثبات شود.

٤: اصل به معنای لغوی آن: یعنی همان بن و ریشه.

اصل می‌تواند در هر یک از معانی فوق به کار رود اما آنچه ما قصد بررسی آن‌را داریم اصل در معنایی است که در ترکیب اصول دادرسی به کار می‌رود. در این معنا اصل به معنای راجح یا استصحاب یا معنای لغوی نیست بلکه اگر در مقام تطبیق با گفتار شیخ انصاری برآییم اصل به معنای قاعده است چرا که متضمن حکمی کلی است.

۱-۳. اوصاف اصول دادرسی

اصول دادرسی هم از جمله اصول کلی حقوقی هستند که بر دادرسی حاکم می‌باشند. از جمله

اوصاف این اصول به کلی بودن، دائمی بودن، انتزاعی بودن و ارزشی بودن اشاره شده است (محسنی،۱۰۱: ۱۳۸۵). مقصود از کلی بودن اصول این است که «یک اصل کلی است از این جهت که تعدادی موارد استعمال نا معین را در بر می‌گیرد.»(ژان بولانژه، به نقل از شریفی منبع پیشین: ۲۱) به‌عنوان مثال اصل بی‌طرفی دادرسی محدود به نوع و شیوه‌ی خاصی از دادرسی نیست و هر جا رسیدگی صورت پذیرد رعایت آن الزامی است خواه رسیدگی مدنی باشد، خواه کیفری، خواه اداری، خواه حسبی.

اصول کلی حقوقی دائمی‌اند یعنی «مقید به زمان خاصی نبوده و تا زمانی که توسط اصل جایگزینی منسوخ نگردیده دارای اعتبار بوده و قانونگذار در مقام وضع قانون و دادرس در مقام صدور حکم و تفسیر قانون نمی‌توانند آن‌را نادیده انگارند»(صادقی،۳٤: ۱۳۸٤) اصول کلی حقوقی انتزاعی‌اند، انتزاع در لغت در قابل‌عینی و محسوسی است. (معین، ٦۲۹: ۱۳٦۰) منظور از انتزاعی بودن اصول حقوقی آن است که در عالم ذهن قابل‌تصورند اگرچه در عین مصادیق آن دیده می‌شود؛ به عبارت دیگر این اصول مجرد از عین‌اند. (محسنی، منبع پیشین:۱۰۷) انتزاعی بودن موجب بی حدود و ثغور شدن اصول حقوقی می‌شود و این اصول در مرز کشور خاصی محصور نمی‌شوند. چون مستقیماً از ذات عدالت جوی آدمی برخاسته‌اند. از این‌رو این اصول بهترین گزینه برای یکنواخت‌سازی حقوق‌اند چه در قالب این اصول است که می‌توان اختلاف‌ها را از بین برد و نظام‌های حقوقی را به یکدیگر نزدیک ساخت. (همان) اصول حقوقی ارزشی‌اند، ارزش‌ها واقعیت‌هایی هستند که احتیاجات و اشتیاق‌های گوناگون انسآن‌را برآورده می‌سازند. (صانعی، ۳۲۵: ۱۳۸۱ به نقل از منبع پیشین ۲۹) منابع این ارزش‌ها می‌توانند اخلاق، مذهب و عوامل گوناگون طبیعی، نژاد اقتصادی، اجتماعی و سیاسی و تاریخی باشند. اصول حقوقی به کمال می‌اندیشند و در صددند آنچه را که باید باشد جایگزین آنچه هست کنند. از این‌رو است که اصول حقوقی نقش راهبردی و تفسیری عمیق می‌یابند و ناخودآگاه ذهن دادرس و قانونگذار را بدون استدلال و حجت به سمت خود راهنمایی می‌کنند (محسنی، منبع پیشین: ۱۲۹)

۲-۱. معانی لغوی و اصطلاحی بی‌طرفی

بی‌طرفی[1] در لغت به معنای (عدم تعصب) عدم جانب‌داری ۲: عدم دخالت در دسته بندی‌های سیاسی به کار رفته است. (معین، منبع پیشین: ٦٢٩) و بی‌طرف بـه کسـی گفتـه مـی‌شـود کـه تعصب ندارد و جانب‌داری نکند (همان) در معنای اصطلاحی حقوقی هم بی‌طرفـی از معنـای لغوی خود دور نیفتاده است و بی‌طرفی دادرس در معنای عدم جانب‌داری و تعصب نسبت به یکی از طرفین دعوا می‌باشد. در فرهنگ حقوقی بلک بی‌طرفی به معنـای موقعیـت یـک فـرد است که در یک اختلاف ، طرف هیچ‌کدام از طراف اختلاف را نمی‌گیرد آمده اسـت. (Bryan A.Garner,op.cit,p.1769)

بی‌طرفی هم در ارتباط با دادگاه و دستگاه قضایی مطرح می‌شود و هم در ارتباط با دادرس. بی‌طرفی دادگاه به معنای عدم جانب‌داری نهادینه شده از یک اندیشه، تفکر یا مکتب و گرایش حقوقی در ارگان قضایی است گاه ممکن است اساساً بنیان‌گذاران یک ارگان قضایی ساختار و آیین‌های آن‌را به گونه‌ای طراحی کنند که نسبت به مکتب یا گرایش حقوقی یا سیاسی خـاص متعصب باشد. بی‌طرفی دادرس مستلزم آن است که وی نسبت به قضیه‌ی مورد رسیدگی دچار پیش داوری نشود و به خود اجازه ندهد که تحت تأثیر عوامل خـارج از پرونـده قـرار گیـرد. کمیته‌ی حقوق بشر اظهار نظر کرده که بی‌طرفانه بودن به این مفهوم است که دادرسان نباید در موضوعی که به آن‌ها محول شده پیش فرضی داشته باشند، هم چنین نباید بـه شـیوه‌ای عمـل کنند که منافع یکی از طرفین را ارتقاء بخشند. دادگاه اروپایی حقوق بشر هم اظهار نظر کـرده است که دادرسان نباید در مورد مخاطب پرونده پیش داوری کند.

این اصل که در فقه به «وجوب تسویه بین‌الخصمین» معـروف اسـت بـدین معناسـت کـه قاضی باید با کمال بی‌طرفی و مساوات بین طرفین رعایت کند. دادرس نه تنها در اجرای قانون و تشریفات مربوط به دادرسی نباید بین طرفین فرق بگذارد بلکه در سلام کردن، سخن گفـتن

1. Impartiality

و نگاه کردن و همه‌ی انواع احترام نمودن باید نسبت به اصحاب دعوا رفتار یکسان داشته باشد فقها این امر را نه به‌عنوان یک توصیه‌ی اخلاقی بلکه به‌عنوان یک واجب شرعی بیان کرده‌اند که عدم رعایت آن موجب خروج دادرس از عدالت خواهد بود.

۲-۲. ملاک بی‌طرفی

ملاک بی‌طرفی دادرس دارای دو ملاک ذهنی و ملاک عینی می‌باشد. ملاک ذهنی جنبه‌ی شخصی دارد و به بی‌طرفی دادرس اشاره دارد؛ اما ملاک عینی مبتنی بر این مطلب است که آیا قطع نظر از رفتار شخصی دادرس، واقعیات یا شرایط خارجی وجود دارد که فی نفسه در مورد بی‌طرفی وی شک و تردید ایجاد کند یا خیر؟

چون ملاک ذهنی به خصوصیات شخصی مربوط می‌شود که وظایف قضایی را انجام می‌دهد و از آنجا که دادرس نیز انسان است و همانند سایر افراد انسانی دارای احساسات و گرایش‌های گوناگون به ویژه نسبت به اندیشه سیاسی است و دارای باورهای خاص فلسفی و مذهبی است و این دادرس نمی‌تواند فارغ از همه‌ی این‌ها باشد باید در این مورد قائل به نوعی پیش فرض بی‌طرفی بود. دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز نظر داده که هنگامی که طرز تلقی و عقاید شخصی دادرس مورد سؤال قرار می‌گیرد فرض بی‌طرفی دادرس تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده است لازم است. چرا که احراز جانب‌داری و تأثیرپذیری او دشوار است و تنها هنگامی می‌توان مسئله‌ی جانب‌داری دادرس را مطرح کرد که این موضوع در رفتارش نمایان شود(فضایلی،۱۳۸٤:۱۸٦ به نقل از منبع پیشین:۳۵)

ملاک عینی به این سؤال مربوط می‌شود که آیا ترکیب و سازمان دهی دادگاه یا تلاقی و تسلط برخی از وظایف یکی از اعضای آن می‌تواند نسبت به بی‌طرفی دادگاه یا عضو مزبور شک و تردید ایجاد کند یا خیر؟ آنچه در اینجا مطرح است حسن اعتمادی است که دادگاه‌ها باید در یک جامعه در مردم و ازجمله طرفین دعوا ایجاد کنند حتی در صورت فقد ملاک ذهنی نشانه‌ای برای بی‌طرفی شخص مورد نظر، اگر دلیلی برای شک و تردید وجود داشته باشد این

امر اعتمادی را که فی نفسه دادگاه باید در جامعه‌ای ایجاد کند به خطر می‌اندازد (ساچوکی،٤٥: ۲۰۰۳ به نقل از منبع همان منبع:٣٦) در این راستا باید علی‌الخصوص مطمئن شد که در آیین دادرسی از بروز شرایطی که انجام پی در پی وظایف مختلف را در طی یک دادرسی یا در دادرسی‌های مختلف ایجاد کرده و می‌تواند به‌طور عینی در مورد بی‌طرفی دادرس شک و تردید ایجاد کند اجتناب گردد.

دادگاه عالی انتظامی قضات در یک رأی بدین شرح اظهار نظر نموده است «چون طبق اصل ١٦٦ قانون اساسی و ماده واحده‌ی ١٣٠٦/١٢/٩ هیأت وزیران و مواد ۸ و ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۱۳۷۳ احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به قانون یا شرع و اصولی که برمبنای آن صادر شده است باشد و همچنین دادگاه است به مستفاد از ماده‌ی ٤٤ قانون آیین دادرسی کیفری به دلایل له و علیه طرفین باکمال بی‌طرفی و بی‌غرضی رسیدگی کند تا شائبه‌ی خروج از بی‌طرفی متوجه دادرس نشود.[1] با اندک تسامح می‌توان از این رأی، هر دو معیار عینی و شخصی (ذهنی) دادرس را دریافت، آنجایی که ساختار دادرسی بر ادله‌ی قانونی استوار است، بی‌طرفی با معیاری عینی تضمین می‌شود و وقتی‌که دادرس باید در ارزیابی این دلایل بی غرضی خود را اثبات نماید، این معیار شخصی است که پای به میان می‌نهد. (غمامی، محسنی،٢٧٤: ١٣٨٥)

۳-۱. معنای لغوی و اصطلاحی دادرس

۱: آنکه به داد مظلوم رسد ۲: کسی که به دادخواهی رسیدگی کند (داور. قاضی نشسته)

معنای اصطلاحی دادرس این ***است که*** در اصطلاح حقوقی دادرس به کسی گفته می‌شود که به شغل قضا و فصل خصومت و ترافع اشتغال دارد و همین معنا در مورد کلمه‌ی قاضی هم به

۱. رأی شماره ی ۲۱۰، ۸/۵/ ۱۳۷٦ به نقل از کریم زاده، احمد، نظارت انتظامی در نظام قضایی ج ۳، انتشارات روزنامه ی رسمی چ اول سال ۱۳۸۰ ص ٤٧

کار رفته است در این معنا دادرس مترادف با کلمه‌ی قاضی است و به هر کسی گفته می‌شود که دارای پایه‌ی قضایی است و نه تنها دادرسان دادگاه‌های حقوقی بلکه دادرسان دادگاه‌های کیفری و حتی دادیاران و بازپرسان شاغل در دادسرا را نیز شامل می‌شود.

٤. مبانی اصل بی‌طرفی دادرس

٤-١. حفظ اعتبار دادگستری

حفظ شأن و اعتبار یک حکومت تا حدود زیادی وابسته به اعتبار دادگستری آن حکومت است. چه عواملی مؤثر در حفظ شأن و اعتبار دادگستری و نهایتاً مشروعیت یک نظام حکومتی از دیدگاه مردم می‌شود؟ بی شک عوامل زیادی تأثیر دارد که مهم‌ترین آن این است که مراجعه کنندگان به دستگاه دادگستری، عملکرد آن‌را عادلانه و بی‌طرفانه بیابند. در واقع عدالت در مورد نهادهای اجتماعی دو معنا دارد ١: قواعد تشکیل دهنده و سازنده‌ی این نهادهای اجتماعی عادلانه باشد.٢: موارد مذکور به‌طور بی‌طرفانه و مناسبی اداره شوند. وقتی قواعد تشکیل دهنده و سازنده‌ی این نهادها شدیداً غیر عادلانه باشند خیلی کم انتظار این امر وجود دارد که این نهادها با بی‌طرفی و به‌طور مناسبی اداره شوند. (صانعی، منبع پیشین: صص ٤١٠-٤١١ به نقل از همان منبع:٣٩)

٤-٢. حفظ نظم و امنیت و عدم توسل به دادگستری خصوصی

اگر دادرس بی‌طرفی را رعایت کند و دو طرف این امر را حس کنند هرچند طرفی که در دعوا شکست‌خورده است چون رعایت اصل بی‌طرفی از سوی او دیده است و بر این باور است که رسیدگی بی‌طرفانه صورت گرفته است راضی است و نا رضایتی از اجرای حکم ندارد و در نهایت این وضعیت می‌تواند به اجرای اختیاری حکم توسط محکوم علیه اگر جنبه‌ی اجرایی داشته باشد منجر شود و درنتیجه از اطاله‌ی دادرسی جلوگیری می‌شود و هزینه‌ی تحمیل به سازمان دادگستری کاهش می‌یابد. در غیر این صورت نا رضایتی خود را به گونه‌ای بروز

می‌دهد که یا در شکایت از رأی و اطاله‌ی دادرسی متبلور می‌شود یا اینکه از زیر بار اجرای حکم شانه خالی می‌کند. به‌عنوان مثال اگر اموالی داشته باشد از دسترس خارج می‌کند تا حکم نتواند اجرا شود. از سویی اگر خواهان محکوم علیه واقع شود و احساس نارضایتی داشته باشد یا احساس کند که در حق وی بی عدالتی رخ‌داده است ممکن است سعی کند تا از طریق شخصی به احقاق حق بپردازد و اصطلاحاً متوسل به دادگستری خصوصی شود.

۵. مبانی فلسفی اصل بی‌طرفی دادرس

۵-۱. حق برخورداری از یک محاکمه‌ی عادلانه و بی‌طرفانه به‌عنوان یکی از حقوق طبیعی

۵-۱-۱. مفهوم حقوق طبیعی

مقصود از حقوق طبیعی گاه قانون طبیعت و نظم طبیعی اشیاء و گاهی قانون عقل و نظم عقلایی در سلوک انسان‌هاست و در این نوشته مقصود از حقوق طبیعی ارزش و آزادی‌هایی است که ملازم طبیعت انسان است و انسان به حکم انسان بودن از آن‌ها برخوردار است همچنین اصطلاحات حقوق فطری و حقوق الهی نیز در همین معنا بکار می‌رود (موحد،۷۱: ۱۳۸٤ به نقل از همان منبع:۳۹) مرسوم است که اصطلاح حقوق طبیعی را در برابر حقوق وضع شده به کار می‌برند. حقوق وضع شده به مجموع قواعدی گفته می‌شود که در زمان معین بر ملتی حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف سازمان‌های اجتماعی تضمین می‌شود ولی حقوق طبیعی به قواعدی گفته می‌شود که برتر از اراده‌ی حکومت و غایت مطلوب انسان است و قانونگذار باید کوشش کند تا آن‌ها را بیابد و راهنمای خود قرار دهد. (کاتوزیان،۲٤: ۱۳۷۷) حقوق طبیعی معمولاً در قانون اساسی نمود پیدا می‌کند البته این حقوق ملازمه با ذات بشر دارد و به مقتضای ذات بشر ایجاد می‌شوند و جهت الزام‌آور بودن نیازی به ذکر در قانون ندارد.

۵-۲. حق دادرسی عادلانه

[1]: به گفته‌ی هابز حقوق طبیعی احکام یا قواعدی هستند که آدمی را از عمل یا ترک عملی که موجب فنای او می‌شود و حیات و موجودیت او را به مخاطره می‌اندازد منع می‌کند، ایشان در این راستا احکام دوازده گانه‌ای را نام می‌برد که از آن جمله وجوب رعایت انصاف، وجوب احتراز انسان از داوری درباره‌ی خود، وجوب احتراز انسان از داوری در امری که خود در آن ذینفع باشد قرار دارند (موحد، منبع پیشین:۲٤ به نقل از همان منبع: ۳۹) برای صیانت از همین حقوق طبیعی است که نظریه‌ی «قرارداد اجتماعی» جان لاک و روسو مطرح شد زیرا در برخی موارد حقوق طبیعی افراد در تعارض با اصول کلی دیگر قرار گرفت. مثلاً این حق طبیعی که هر کس این حق را دارد که قانون طبیعت خود را اجرا کند با اصل مسلم دیگر که هیچ کس نمی‌تواند دادرس خود باشد تعارض دارد پس گرایش به سمت جامعه‌ای مدنی و دولت سیاسی پیش آمد تا در پرتو سازمان‌های آن بتوان به دادگاه بی‌طرف و منصف نیز دسترسی پیدا کرد. لذا دولتی که برمبنای قرارداد اجتماعی تشکیل می‌شود در برابر توانایی‌هایی لازم این تکلیف را دارد که برمبنای قوانین مستقر طبیعی و به‌حکم دادرسان بی‌طرف حکومت شوند و قدرت خود را تنها با اجرای قوانین و احتراز از بی نظمی به کار برد (کاتوزیان، منبع پیشین.۲٤

۵-۳. اصل حاکمیت اراده

اصل حاکمیت اراده هرچند بیش‌ترین تأثیر را در زمینه‌ی قراردادها داشته است ولی در سایر زمینه‌های حقوق هم بازتاب داشت. حاکمیت اراده حاصل اندیشه‌ی فیلسوفان قرن ۱۹ میلادی بود بر این اساس هدف قواعد حقوق تأمین آزادی فرد و احترام به شخصیت و حقوق طبیعی اوست زیرا آنچه در عالم خارج وجود دارد انسان است و اجتماع جز توده‌ای از انسان‌ها نیست. ماده‌ی ۲ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر نیز در همین زمینه می‌گوید «هدف هر جامعه‌ی

۱. حق برخورداری از دادرسی عادلانه در اصل ۳٤ قانون اساسی ج. ا. ایران و ماده ۱۰ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر مورد تصریح واقع شده است

سیاسی حفظ حقوق طبیعی و مرور زمان ناپذیر انسان است».

۵-٤. اصل حاکمیت اراده‌ی اصحاب دعوای مدنی و بی‌طرفی دادرس

هرچند وابستگی این زمینه (دادرسی مدنی) در پاره‌ای از موارد به پشتیبانی دولت نقش اراده‌ی اصحاب دعوا را کم رنگ‌تر نشان می‌دهد؛ اما نهاد دادرسی مدنی دارای دو رکن اساسی است: یکی اصحاب دعوا و دیگری دادگاه. طرفین دعوا به‌عنوان صاحبان دعوا به مانند هر مالکی حق هرگونه تصرفی در مایملک خود رادارند و آنچه در رابطه با دادرس مطرح است انفعال پذیری او می‌باشد. دادرس به منزله‌ی یک مدیر فنی در دادرسی مدنی نقش ایفا می‌کند و در واقع دعوای مدنی به‌عنوان شئ متعلق به اصحاب دعوا می‌باشد فلسفه‌ی اصلی دادرسی مدنی نیز حول این محور می‌چرخد که ابتکار عمل دادرسی مدنی در دست طرفین دعوا به‌عنوان صاحبان دعوا می‌باشد تا در دست دادگاه به‌عنوان مدیر دعوا. در مقابل‌اجتماع گرایان بر این باورند که افزایش ابتکار عمل دادگاه در دادرسی مدنی زمینه را برای کشف حقیقت فراهم نماید. اصل حاکمیت اراده‌ی اصحاب دعوا سنگ بنای اولیه‌ی آیین دادرسی مدنی را تشکیل می‌دهد؛ و در واقع جوهره‌ی این اصل، حقوق اصحاب دعوای مدنی در برابر دادرس است. ارج نهادن به اراده‌ی اصحاب دعوا به گونه‌ای که همه‌ی اقدامات قضایی و اعمال اراده‌ی دادگاه منوط به درخواست صاحبان دعواست. و دادگاه در اعمال مدیریت خود در دادرسی همواره خود را تابع درخواست یکی از دو طرف دعوا می‌داند (در شروع و پایان دادن به دادرسی دادرس نقش بی‌طرفانه دارد). (پوراستاد،۱۰۳: ۱۳۸۷)

٦. ارتباط اصل بی‌طرفی با سایر اصول دادرسی

در اینجا به اصولی اشاره می‌گردد که بیش‌ترین ارتباط را با اصل بی‌طرفی دادرس دارند و حتی ممکن است برخی از آن‌ها با بی‌طرفی آن قدر قرابت معنایی داشته باشد که در یک معنا به کار

روند. علی‌القاعده این اصول با هم، هم پوشانی دارند و جمع آن‌ها به یک دادرسی عادلانه و منصفانه منجر می‌شود

٦-١. ارتباط اصل بی‌طرفی دادرس با اصل استقلال دادرس

استقلال در لغت به معنای ١: برداشتن و بلند کردن ٢: بلند برآمدن به جای بلند آمدن ٣: ضابط امر خویش بودن، به‌خودی‌خود ایستادن (معین منبع پیشین: ٢٥٦) مفهوم اصطلاحی استقلال دادرسی به نبود رابطه‌ی بین دادرس با دستگاه اداری اشاره دارد. در خصوص ارتباط اصل بی‌طرفی دادرس با اصل استقلال لازم به ذکر است که این دو اصطلاح معمولاً توأمان به کار می‌روند. چنانچه ماده‌ی ١٠ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر اعلام می‌دارد «هر فردی با تساوی کامل حق دارد رسیدگی به حقوق و تعهداتش و هر اتهام علیه او در جلسات و منصفانه توسط دادگاهی مستقل و بی‌طرف صورت گیرد». همچنین این کلمات در بند ١ ماده ١٤ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و بند ١ ماده‌ی ٨ و بند ٢ ماده‌ی ٢٨ کنوانسیون آمریکایی، بند ١ ماده‌ی ٦ کنوانسیون بند ١ ماده‌ی ٧ و ماده‌ی ٢١ کنوانسیون آفریقایی به کار رفته است. این دو اصل هرچند ابتدا به یک معنا به نظر می‌رسد اما در واقع از هم متمایز هستند و شأن آن‌ها هم در دادرسی عادلانه متفاوت به نظر می‌رسد. بی‌طرفی به معنای جانب‌داری نکردن از شخصی یا چیزی مانند عقیده یا رأی یا حکم می‌باشد، در رسیدگی‌های قضایی منظور از بی‌طرفی رسیدگی غیر جانب‌دارانه و بدون پیش داوری است و بدیهی است که خود از لوازم دادرسی عادلانه و منصفانه است. بی‌طرفی به روند رسیدگی اشاره دارد و نشان دهنده‌ی این است که دادرس نباید در طول محاکمه از یک طرف جانب‌داری کند اما استقلال دادرس به گونه‌ای که گفته شد عبارت است از مصونیت دادرس یا دادگاه از نفوذ و کنترل قدرت سیاسی به شرط استقلال بیش‌تر به نهاد و ارگان قضایی اشاره دارد تا به خصوصیات شخصی افراد تشکیل دهنده‌ی آن، در مقابل‌مقتضای مفهوم بی‌طرفی آن است که بیش‌تر به تجربیات و خصوصیات شخصی افراد عضو دادگاه وابسته است تا سازمان و تشکیلات قضایی. بی‌طرفی، عدم تعصب،

در حالی‌که استقلال عدم تعهد است، در استقلال مصونیت از عوامل خارجی است و بی‌طرفی مصونیت از عوامل درونی که البته می‌تواند تحت تأثیر شرایط خارجی قرار گیرد. این دو مفهوم بسیار به یکدیگر نزدیک هستند چرا که دادگاه متشکل از اعضای آن است درنتیجه استقلال اعضای آن نیز مطرح می‌شود، نوعی بودن استقلال به این معناست که بی‌طرفی دادگاه به‌طور کلی دادرس و اعضای دادگاه به‌طور خاص به لحاظ جایگاهی که دارند مستقل بوده و دادرس هنگام رسیدگی به موضوعات و ادعاهای مطرح‌شده و اعمال حکم بر آن‌ها و حتی تفسیری که از قانون ارائه می‌دهند تابع سلسله مراتب اداری و تکلیف اطاعت از مقام بالاتر نیست، در نهایت نیز اعمال نفوذ که در مورد استقلال گفته شد ممکن است از درون یا برون دستگاه قضایی صورت گیرد می‌تواند دادرس یا دادگاه را به جانب‌داری از یک طرف یا یک رأی یا عقیده یا حکم خاص وادار کند؛ به عبارت دیگر بی‌طرفی دادرس یا دادگاه را تضعیف کند یا زائل نماید. لذا در مقام مقایسه‌ی این دو می‌توان نتیجه را گرفت که استقلال خود پیش شرط بی‌طرفی است البته بی‌طرفی دادرس در استقلال او مستحیل نیست و می‌تواند از تمام قدرت‌ها مستقل بوده ولی نسبت به طرفین و پرونده‌ی آن‌ها جانب‌دارانه عمل کند، پس بی‌طرفی صرفاً با استقلال حفظ نمی‌شود اما مسلماً با نبود استقلال، بی‌طرفی او هم مفقود می‌شود. پس نباید این دو مفهوم را باهم خلط کرد و باید دانست که هریک ارزش مستقل دارد آنان که بی‌طرفی دادرس را شرط لازم بلکه کافی برای یک دادرسی مشروع می‌دانند روشن است که با لحاظ استقلال دادگاه از سایر قوا و طرفین دعوا و فشارهای بیرونی به این نتیجه رسیده‌اند. (غمامی، محسنی، منبع پیشین: ۲۷۵)

٦-۲. ارتباط اصل بی‌طرفی دادرس با اصل تناظر

تناظر در لغت به معنای ۱: با یکدیگر مناظره کردن ۲: با هم بحث و مجادله کردن آمده است. جهت توفیق دعوا باید طرفین در موقعیتی قرار گیرند که فرصت و امکان طرح آزادانه‌ی ادعاها،

ادله و استدلالات خود را داشته از ادعاها ادله و استدلالات رقیب مطلع شوند تا بتوانند آن‌ها را آزادانه مورد مناقشه قرار دهند. (شمس،۱۳۸۰:٦۳)؛ لذا دادرس باید حکم خود را منحصراً بر پایه‌ی ماهیاتی استوار کند که به شرح مزبور اصحاب دعوا متناظراً مطرح کرده باشند. تناظر اصلی است که از یک سو به هدف تضمین رعایت حقوق دفاع از طریق اطلاع کامل در زمان مناسب برای طرفین و برقراری مجادله بین طرفین و از سوی دیگر به منظور مشارکت در حسن اجرای عدالت از طریق برقراری تساوی بین طرفین و در نهایت برای مساعدت در کشف حقیقت قضیه بر دادرسی حاکم است. (حیدری،۲۳: ۱۳۸۷ به نقل از همان منبع: ٤٤) رعایت اصل مذکور از سوی طرفین و دادگاه الزامی است. بند ٤ از اصل ۱ آیین دادرسی مدنی فراملی مقرر می‌دارد «دادگاه یا دادرس نباید هیچ گونه اطلاعات مربوط به دعوا را که یک طرف در غیاب طرف دیگر ارائه نموده است بپذیرد، مگر اینکه این اطلاعات مربوط به دادرسی غیر تقابلی یا آیین دادرسی بی نیاز به ابلاغ یا مدیریت امور اداری رسیدگی باشد، در صورتی‌که وصول اطلاعات از این دست دادگاه مکلف است طرف غائب را فوراً از مفاد آن آگاه نماید». چون یکی از مفاهیم بنیادین دادرسی آن است که دعوای مدنی مبتنی بر تناظر و تقابل‌منافع طرفین است بر این پایه دادرس مکلف است به منظور رعایت بی‌طرفی در مقام تمیز حق بارعایت تقابل‌منافع اصحاب دعوا آنآن‌را به‌طور مساوی در جریان جزئیات دادرسی قرار دهد و بدون حضور طرف مقابل‌از دیگری ادعا یا دفاعی نشنود و هیچ تصمیمی را بدون اطلاع طرف ذینفع به مرحله‌ی اجرا نگذارد چرا که در غیر این صورت فرض این است که دادرس بی‌طرفانه اقدام نکرده است. (غمامی، محسنی،٤٨: ۱۳۸٦). دادرس حق ندارد تصمیمات خود را بر جهات حکمی که رأساً استخراج کرده است مبتنی کند بدون اینکه از قبل زمینه‌ی ارائه‌ی ملاحظات رقیب را در این خصوص فراهم کند و در صورتی‌که دادرس چنین کند هرچند به‌طور ظاهری و عینی بیم خروج او از بی‌طرفی می‌رود. رعایت اصل تناظر از جمله تضمینات عینی است که می‌تواند بی‌طرفی دادرس را تضمین کند. متصدی دادرسی باید بی‌طرف باشد و اشخاصی که مستقیماً تحت تأثیر قرار دارند بایستی در فرایند منتهی به تصمیم مشارکت داشته باشند و دادگاه تا حدی که به وظایف وی مربوط می‌شود باید امکان اجرای

اصل تناظر را فراهم کند تا شائبه‌ی خروج از بی‌طرفی دادگاه مطرح نشود.

٦-۳. ارتباط اصل بی‌طرفی دادرس با اصل تسلط اصحاب دعوا

یکی از اصول راهبردی مرتبط با نقش متقابل‌اصحاب دعوا و دادرس اصل تسلط اصحاب دعوا بر جهات و موضوعات دعوا است. این اصل بدان معناست که طرفین بر موضوع دعوا تسلط دارند و قدرت تعیین عناصر ادله در اختیار آن‌هاست؛ یعنی دادگاه حق رسیدگی به دعوایی را ندارد مگر اینکه هر یک از اصحاب دعوا بارعایت شرایط قانونی چنین درخواستی را کرده باشند (ماده‌ی ۲ قانون آیین دادرسی مدنی) از حیث قلمرو این اصل صرفاً امور ترافعی را در بر می‌گیرد و شامل امور حسبی نیست چون در این خصوص دادگاه حتی بدون وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه‌ی دعوا از سوی آن‌ها مکلف به رسیدگی است (ماده‌ی ۱ قانون امور حسبی). بنابر اصل تسلط اصحاب دعوای مدنی طرفین بر امور موضوعی تسلط دارند و این اختیارات از لحاظ دادرسی متضمن نوعی مسئولیت است که برمبنای آن طرفین باید به موضوعات مربوط به ادعای خود استناد کنند، محدوده‌ی دعوا نیز به وسیله‌ی ادعاهای متقابل‌اصحاب دعوا تعیین می‌شود و تنها در شرایط مشخص می‌تواند تغییر یابد. مواد ٤٨ تا ٦٣ قانون آیین دادرسی مدنی راجع به محتویات دادخواست و ماده‌ی ۹۸ آن قانون در ارتباط با تغییر نحوه‌ی دعوا متضمن همین معنا می‌باشد. «در عین حال تغییر پذیری محدوده‌ی دعوا اگرچه نسبت به اصحاب دعوا در مواردی انعطاف پذیر می‌شود اما نسبت به دادرس مطلق است و از این‌رو دادرس باید نسبت به تمام چیزهایی که درخواست شده و تنها نسبت به آن‌ها اتخاذ تصمیم نماید لذا می‌توان گفت اصحاب دعوا محدوده‌ی دادرسی و از همین طریق محدوده‌ی تصمیم دادرس را حداقل در ارتباط با عناصر موضوعی به وی تحمیل می‌نمایند»(شمس،١٢٦: ١٣٨٢). اصل ۱۰ از اصول دادرسی فراملی دربند ۱ می‌گوید «رسیدگی با طرح دعوای خواهان آغاز می‌شود، دادگاه نمی‌تواند رأساً خود را صالح به رسیدگی بداند»

بند ۳ اصل مذکور مقرر می‌دارد «موضوع دعوا را ادعاها، دفاعیات طرفین بدان شکل که در دادخواست و لوایح دفاعی ایشان آمده است تعیین می‌کند که شامل تغییراتی که در آن‌ها داده شده نیز می‌گردد» و بند ۵ آن مقرر می‌دارد «طرفین دعوا حق دارند به اراده‌ی خود به‌موجب انصراف، پذیرش، موافقت یا توافق دوستانه به رسیدگی خاتمه داده یا بخشی از آن‌را تغییر دهند. در صورتی‌که ختم یک جانبه‌ی دعوا یا تغییر دادن آن متضمن ورود ضرر به طرف دیگر باشد این کار صرفاً به اراده‌ی یکی از طرفین ممکن نیست».

اصل تسلط اصحاب دعوا در نظام‌های مبتنی بر سیستم اتهامی حاکم است (همان). چون در این نظام ادله دارای خصوصیتی قانونی و مطلق هستند لذا به نوعی مبارزه نزد داوری بی‌طرف و منفعل (دادرسی که اختیارات او به‌طور دقیق مشخص‌شده است) جریان می‌یابد. (همان) پس اصل تسلط اصحاب دعوا اصلی دو وجهی است، اگر آن‌را از منظر اصحاب دعوا نگاه کنیم از آن به اصل تسلط اصحاب دعوای مدنی یاد می‌شود و اگر از منظر دادرس ببینیم از آن به انفعال دادرس و بی‌طرفی او حداقل در ارتباط با برخی جهات موضوعی یاد می‌شود.

۷. استثنائات وارد به اصل بی‌طرفی دادرس

۷-۱. اطلاق یا استثنا پذیر بودن اصل بی‌طرفی دادرس

تضمیناتی است که از سوی مقنن وضع‌شده لکن این تضمینات در مواقعی استثناپذیر می‌باشد. البته مصلحت قانونگذار باید به گونه‌ای باشد که نسبت به آن مصلحت اولیه برتر باشد. مثلاً مقنن بنابر مصالح مترتبه (کشف حقیقت) قاعده‌ی منع تحصیل دلیل را که یکی از تضمینات اصل بی‌طرفی دادرس است تا حدودی تعدیل کرده است منتها مصلحت مترتبه یعنی کشف حقیقت مصلحت برتری است که حتی به نظر می‌رسد هدف اولیه‌ی آیین دادرسی مدنی وصول به این مصلحت است.

۷-۲. علم دادرس

آنچه در ارتباط با «علم دادرس» مطرح است، اطلاعات عمومی و یا دانش دادرس نوعی نیست؛ زیرا انتخاب دادرس از بین اشخاصی که اطلاعات و دانش مزبور را دارند برای این است که آن‌را در قضاوت به کار گیرند. افزون بر آن علم دادرس که بر اساس ادله‌ی قانونی موجود در پرونده (اقرار، سند، گواهی، اماره‌ی قضایی و...) با لحاظ توان اثباتی آن‌ها حاصل می‌شود (باید حاصل شود) نیز در موضوع این بحث جایی ندارد؛ زیرا عمل به چنین علمی مورد تردید نمی‌باشد. لذا منظور این است آیا دادرس می‌تواند به علمی که خارج از پرونده پیدا کرده عمل نماید؟ برای مثال هر گاه خواهان اقامه‌ی دعوا و مطالبه‌ی وجهی را نماید اما دلیلی بر این امر اقامه ننماید و دادرس علم به پرداخت وجه داشته باشد (برای مثال، پرداخت نزد او انجام‌شده) می‌تواند حکم علیه خوانده صادر نماید و در آن به علم خود استناد کند؟ (همان) آیا در صورت پذیرفتن عمل دادرس به علم خود به معنای اخیر بی‌طرفی او زیر سؤال می‌رود؟

۷-۳. علم دارس در فقه

در این خصوص پنج قول ذکرشده است: ۱: جواز حکم به علم به‌طور مطلق ۲: عدم جواز به علم به‌طور مطلق ۳: جواز حکم به علم در حق الناس و عدم جواز آن در حق الله ٤: جواز حکم در علم به حق الله و عدم جواز آن در حق الناس ۵: تفاوت گذاردن بین مبادی و اسباب علم.. (یثربی،٦٦: ۱۳۸۵) صاحبان هر یک از این نظریات برای توجیه نظر خود در کتاب، سنت و عقل مطالبی ذکر کرده‌اند. اشهر بین فقهای امامیه بر صحت حکم مبتنی بر علم جاری است و آنچه دلالت بر مشهور دارد علاوه‌بر اجماع منقول، التزام ترک اقامه‌ی معروف و مطرح شدن منکر به‌طور غالب می‌باشد، ترک عمل به علم، پیروی از مجهول یا تعطیل و توقیف حکم از طریق عقل و شرع خلاف اقوا است، همچنین لازمه‌ی عدم قضا فسق قاضی یا تعلیق حکم

خواهد بود و هر دوی این‌ها باطل است. (همان)

۷-٤. علم دادرس در قوانین

آیا در شرایط فعلی دادرس می‌تواند به استناد علم خود حکم صادر کند؟ اگر پاسخ مثبت باشد در تعارض با انفعال دادرس است (بی‌طرفی دادرس در مقام اثبات یا در رابطه با ادله). در مواد ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ و ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی به علم دادرس اشاره شده است. برخی از حقوقدانان با استناد به مواد مذکور، اصل ١٤ قانون اساسی، مادهی ۱۳۳۵ و مادهی ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی معتقدند دادرس به‌طور مطلق هم در امور کیفری و هم امور مدنی می‌تواند به علم خود عمل کند؛ اما باید گفت چون در ارتباط با ادله در امور کیفری نرمش وجود دارد و استناد به امارات قضایی در این امور قلمرو گسترده دارد مواد مذکور تحولی ایجاد نمی‌کند زیرا حکم دادگاه در امور کیفری می‌تواند مانند گذشته علی القاعده مستند به امارهی قضایی باشد. از سوی دیگر در حقوق ما که مبتنی بر ادلهی اثبات دعوا بوده و نظام ادلهی قانونی حاکم است، ادلهی اثبات دعوا مشخص شده که علم دادرس در آن نیست نه در قانون مدنی و نه در قانون آیین دادرسی مدنی لذا چون علم دادرس موجب خروج او از بی‌طرفی و تضیع حق می‌شود باید مادهی ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی را به نحوی تفسیر نمود که اصول بنیادین دادرسی از جمله بی‌طرفی دادرس نقض نشود. (شمس، صص ۱۲۳-۱۲٤:۱۳۸٤)

۸. انجام تحقیق برای کشف حقیقت

۸-۱. هدف آیین دادرسی مدنی (کشف حقیقت یا فصل خصومت)

سؤال مبنایی این است که آیا هدف آیین دادرسی مدنی وصل به حقیقت است یا صرفاً فصل خصومت هرچند که مطابق امر نباشد؟ در سطح گستردهتر این رشته از علم حقوق میدانی از کشمکش بین «عدالت قضایی» و «امنیت قضایی» میباشد. درحالیکه «عدالت قضایی» اقتضای

رسیدگی دقیق به اختلاف و فعال نمودن نقش دادرس را مطرح و رسیدگی‌های مکرر و اطاله‌ی دادرسی را به بهانه‌ی دست یافتن به عدالت مجاز می‌شمرد. «امنیت قضایی» ریشه کن نمودن سریع اختلافات را می‌طلبد تا در جامعه قلع و قمع نمودن ریشه‌ی نزاع زمینه را برای فعالیت‌های اقتصادی و توسعه فراهم نماید، و در این راستا سرعت رسیدگی و اعتبار حکم قضایی صادرشده را نمی‌توان مسلخ عدالت خواهی قربانی نمود، به ویژه که گاهی این عدالت دست یافتنی نیست. (کریمی،١٦: ١٣٨٨) در قانون آیین دادرسی مدنی کشمکش مزبور مشهود است. از یک طرف ماده‌ی ۳ آن مقرر می‌دارد «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده و حکم مقتضی صادر یا فصل خصومت نماید...» به‌طور ضمنی هدف آیین دادرسی مدنی فصل خصومت بیان شده و همچنین بر طبق ماده‌ی ۵ قانون مذکور با بیان اصل قطعی بودن آراء هدف را فصل خصومت دانسته است. در مقابل‌ماده‌ی ۱۹۹ مقرر می‌دارد «در کلیه‌ی امور حقوقی، دادگاه علاوه‌بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد». این ماده هدف آیین دادرسی مدنی را کشف حقیقت می‌داند. در دنیا سیستم‌های مختلف حقوقی وجود دارد که وضع مقررات آیین دادرسی مدنی متأثر از آن‌هاست.۱: نظام اتهامی به دنبال فصل خصومت ۲: نظام تفتیشی به دنبال کشف حقیقت است.

فقها در تعریف قضا می‌گویند «القضا هو الحکم بین الناس عند التنازع و التشاجرو رفع الخصومه و فصل امر بینهم». یکی از دلایل حرمت تلقین دلیل بین فقها آن است که دادرس برای سد باب نزاع منصوب شده و تلقین دلیل موجب فتح باب منازعات می‌شود. (سنگلجی،٤: ١٣٢٩، به نقل از شمس، منبع پیشین ١٣٨٤). باتوجه به این مطلب به نظر می‌رسد که آنچه مورد نظر فقها بوده فصل خصومت است نه کشف حقیقت.

۸-۲. بررسی جست‌وجوی حقیقت توسط دادرس به‌عنوان استثنایی بر اصل بی‌طرفی دادرس

آیا جست‌وجوی حقیقت توسط دادرس با بی‌طرفی او تعارض ندارد؟ و اگر تعارض دارد چگونه با اصل بی‌طرفی او قابل‌جمع است؟ و آیا آن‌را باید به‌عنوان استثنایی بر اصل بی‌طرفی دانست؟

بی‌طرفی دادرس در دو معنا قابل‌طرح است؛۱: به معنای اخلاقی عدم جانب‌داری دادرس اقتضاء می‌کند که خود را فارغ از هرگونه پیش داوری حفظ کرده و ادله‌ای را که به نفع هر یک از طرفین است به نحو یکسان بررسی کند ۲: به معنای فنی نیز بی‌طرفی دادرس بیانگر منفعل بودن دادرس در جست و جوی ادله است. بی‌طرفی مانع از آن است که سازمان‌های قضایی به‌طور خود به خود و بدون درخواست اصحاب دعوا در جست و جوی حقیقت مداخله کند. (انصاری،۱۸: ۱۳۸٦) این دو دلیل در طول تاریخ با یکدیگر خلط شده‌اند و در ابتدا به نظرمی‌رسید که محروم ساختن دادرس از تحصیل دلیل عدم تبعیض و جانب‌داری او را تأمین می‌نماید و هرگونه تبعیض و خود رأیی را از او دور می‌کند، اما امروزه عقیده‌ی غالب این است که بی‌طرفی دادرس او را در جست‌وجوی دلیل منفعل نمی‌کند، دادرس فرشته‌ی چشم بسته در برابر واقعیت‌ها نیست، انسانی است آگاه و پژوهشگر که به ندای وجدان نیز حساس است. (کاتوزیان،٤۲: ۱۳۷٦) وی باید علاوه‌بر فصل خصومت سعی بدان داشته باشد که حکم وی تا حد امکان با حقیقت منطبق باشد و اجرای عدالت را تأمین سازد و برای این امر باید اختیار لازم را داشته باشد. ماده‌ی ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی این اجازه را به دادرس داده است اما اعمال این اختیار نباید به گونه‌ای باشد که وی را در معرض جانب‌داری قرار دهد یا فرصت دفاع از یکی از طرفین را سلب نماید، بین تلاش برای کشف حقیقت و بی‌طرفی او منافاتی وجود ندارد، اگرچه یکی از تصمیماتی که برای بی‌طرفی وجود دارد همین منفعل بودن دادرس است؛ اما گاهی مقنن می‌تواند بنابر مصالحی که مطرح می‌شود برخی از تضمینات این اصل را نادیده بگیرد و چه مصلحتی بالاتر از کشف حقیقت.

۹. مقررات تضمین کننده‌ی اصل بی‌طرفی دادرس

۹-۱. مقررات مربوط به سازمان قضاوتی

مقررات تشکیل محاکم، استخدام و عزل و نصب دادرسان به کیفیتی تدوین‌شده است که در صورت اجرای دقیق آن‌ها، بی‌طرفی دادرس و تا حدود زیادی استقلال او را تضمین می‌کند. (شمس ۸۲: ۱۲۹) رعایت صلاحیت ذاتی دادگاه‌ها منجربه حفظ بی‌طرفی دادرس می‌شود. مثلاً در ارتباط با ادله در رسیدگی‌های کیفری و مدنی تفاوت وجود دارد. آنچه در دادرسی مدنی تحقیق و خروج از بی‌طرفی نامیده می‌شود در رسیدگی‌های کیفری امری عادی است. سیستم تعدد دادرس اشتباهات قضایی را کاهش می‌دهد، زیرا یک اشتباه کم‌تر از چشم چند نفر پنهان می‌ماند از سوی دیگر این‌روش امکان جانب‌داری دادرس از یکی از طرفین را از بین می‌برد. دیوان عالی کشور و مراجع انتظامی قضات در تأمین بی‌طرفی و عدم جانب‌داری او نقش به سزایی دارند.

۹-۲. مقررات مربوط به ادله‌ی اثبات دعوا

در این زمینه سه نظام ادله‌ی قانونی و اخلاقی و مختلط وجود دارد.۱: در نظام ادله‌ی قانونی مقنن در قانون راه‌هایی که دارس می‌تواند و یا به وسیله‌ی آن‌ها قناعت وجدان یابد را به او تحمیل می‌نماید بدین گونه که دادرس در تشخیص واقع از یک سو مکلف است تنها دلایلی که در قانون شمارش‌شده را بپذیرد و از سوی دیگر باید هر یک از ادله‌ی مزبور را باتوجه به توان اثباتی آن‌ها که در قانون تصریح شده مورد استناد قراردهد. (شمس، صص ۸٦-۸۷: ۱۳۸٤). پس در نظام ادله‌ی قانونی برای اثبات هر رویداد دلایل ویژه‌ای پیش‌بینی‌شده است و دو طرف ناگزیرند برای اثبات حق خود به همان وسیله‌های محدود استناد کنند. (کاتوزیان،۲٦: ۱۳۸۰) خطوط اصلی نظام ادله‌ی قانونی همان خطوط دادرسی اتهامی در رابطه با ادله است زیرا دادرس در این نظام به واقعیت تشریفاتی اکتفا می‌کند و وجدان او به وسیله‌ی آنچه طرفین

با ارائه‌ی دلیل نزد او اثبات می‌نماید اقناع می‌شود و نقش او در ارتباط با دلیل تنها نظارت بر این امر است که آیا اصحاب دعوا ضروریات قانونی و رسوم لازم را در تهیه و تدارک و ارائه‌ی دلیل رعایت کرده‌اند یا خیر؟(شمس، منبع پیشین،۸۷). شاید در ابتدا نظام ادله‌ی قانونی عجیب به نظر برسد زیرا آزادی دادرس در تشخیص حقیقت مطلقاً سلب شده و در مرزهای مشخص قانون محدود است و می‌تواند طرفی را الزاماً محکوم کند که وجدان دادرس این کار را بر نمی‌تابد اما با دقت بیش‌تری روشن می‌شود که نظام ادله‌ی قانونی است که امنیت روابط حقوقی را تضمین می‌کند زیرا طرفین اطمینان دارند که در زمان بروز اختلاف سرنوشت آن‌ها به داوری شخصی واگذار نخواهد شد که بتواند خود سرانه دلایل آن‌ها را بپذیرد یا رد کند یا ارزش اثباتی دلخواه خود را به آن بدهد. ۲- در برابر سیستم ادله‌ی قانونی سیستم ادله‌ی اخلاقی قرار دارد که در آن نه تنها دلایلی که مدعی می‌تواند ادعای خود را با استناد به آن‌ها اثبات کند در قانون شمارش نشده بلکه هیچ دلیلی توان اثباتی محدود ندارد و درنتیجه دادرس بی آنکه با مانع و محدودیتی قانونی رو به رو باشد می‌تواند بر پایه‌ی واکنش‌های وجدان خود دلایلی را که طرفین ارائه می‌نمایند آزادانه پذیرفته یا رد کند و توان اثباتی مورد نظر خود را به آن‌ها داده و اقدام به صدور رأی نماید. (همان). در واقع هدف اساسی در این شیوه اقناع وجدان دارس و راه یابی به واقع است به هروسیله که باشد (کاتوزیان،۳۵: ۱۳۸۲). پس مدعی هیچ قید یا محدودیتی برای اقامه‌ی دلیل ندارد و می‌تواند به هروسیله‌ی معقول مستقیم یا با واسطه برای ایجاد اقناع وجدان دادرس استفاده کند، در مورد ارزش اثباتی ادله نیز قانون محدودیتی ندارد و وجدان دادرس داور نهایی است.۳: نظام ادله‌ی مختلط: این نظام برخی از خطوط اصلی هر یک از دو نظام را دارد. ادله‌ی اثبات در قانون مشخص و محصور می‌باشند؛ اما ارزش اثباتی برخی از آن‌ها در قانون تعیین نشده و در اختیار دادرس می‌باشد تا هر ارزشی را که می‌خواهد به آن‌ها بدهد. در واقع وجدان دادرس را با نسبت به این ادله ازلحاظ اخلاقی اقناع کرد.

۹-۳. نظام پذیرفته شده در حقوق ایران

ادله‌ی اثبات دعوا در قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی شمارش شده بنابراین در نظام حقوقی ایران از نظر تعیین ادله‌ی اثبات دعوا نظام قانونی پذیرفته شده است. از سوی دیگر ماده‌ی ۱۳۰٦ قانون مدنی به‌موجب قانون اصلاح قانون مدنی مصوب ۱۳۰۸/۸/۱٤ نسخ گردیده است، لذا محدودیت توان اثباتی شهادت شهود برداشته شده است. و از طرف دیگر محدودیت‌های موجود در مواد ۱۳۲٤ و ۱۳۲۵ نیز از بین رفت پس در حال حاضر هر یک از ادله‌ی اثبات دعوا توان اثباتی نا محدود دارند و محدودیتی از جهت خواسته دعوا برای استناد به آن‌ها وجود ندارد. (در قانون آیین دادرسی مدنی مواد ۲۵۵ و ۲۵٦) لذا به نظر می‌رسد که حقوق ایران در زمینه‌ی ادله‌ی اثبات دعوا آمیزه‌ای از این دو شیوه را پذیرفته از آن‌جهت که ادله در قانون شمارش‌شده‌اند و محصور می‌باشند متأثر از نظام ادله‌ی قانونی است و از جهت اینکه ارزش اثباتی بعضی از آن‌ها مانند کارشناسی، امارات، معاینه‌ی محل و تحقیق محلی به دادرس واگذار شده به نظام ادله‌ی اخلاقی نزدیک است.

۱۰. منع قاضی از تحصیل دلیل

بر خلاف امور کیفری که قضات اقدام به تحقیقات و جمع‌آوری ادله می‌نماید در امور مدنی تنها قاعده‌ی شناخته شده در این زمینه قاعده‌ی البینه علی المدعی است که در ماده‌ی ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی نیز انعکاس پیداکرده است. تحصیل دلیل توسط دادرس در سیستم‌های حقوقی گوناگون ممنوع یا محدود است. در ایران منع تحصیل دلیل در ماده‌ی ۵۷[1] قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ هجری قمری و سپس در ماده‌ی ۳۵۸[2] قانون

۱. محکمه ی صلح خودش در صدد تحصیل دلیل بر نمی‌آید مدرک حکم او فقط دلایلی است که طرفین اقامه می‌کنند.

۲. هیچ دادگاهی نباید برای اصحاب دعوی تحصیل دلیل کند؛بلکه فقط به دلایلی که اصحاب دعوی تقدیم یا اظهار کرده‌اند رسیدگی می‌کند. تحقیقاتی که دادگاه برای کشف امری که در خلال دادرسی لازم بداند ازمعاینه‌ی محل و تحقیق از گواه‌ها و مسجلین اسناد و ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی و امثال این‌ها تحصیل دلیل نیست.

آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ خورشیدی تصریح و دادن نقش فعال به دارس ممنوع شده بود. دادن نقش فعال در دادرسی به دادرس در امور مدنی در نظام‌هایی که دادرسی اتهامی را پذیرفته‌اند به دو سبب مردود شمرده شده است، از یک سو در دادرسی مدنی حقوق خصوصی اصحاب دعوا مطرح است و همان طوری که هر یک از طرفین می‌توانند نه تنها از امتیازاتی که دارند بلکه از حق اصلی خود نیز چشم پوشی کنند به کارگیری ادله و ارائه و استناد به آن‌ها نیز حق و تکلیف اصحاب دعوا بوده و قاضی نباید نقش فعال در این زمینه داشته باشد. (شمس،۱۵۵: ۱۳۸٤) از طرف دیگر مهم‌ترین نگرانی در هر نظامی حفظ اعتبار دستگاه قضایی است و آنچه بیش از همه اعتبار مزبور را مخدوش می‌کند متهم شدن آن به خروج از بی‌طرفی است و چون دخالت فعال و پرتحرک قاضی در دستیابی به دلیل می‌تواند پیروزی طرف را به دنبال داشته باشد رقیب او نسبت به بی‌طرفی دادرس دچار تردید خواهد شد. (همان) از سوی مقابل‌سیستم‌های حقوقی که خطوط اصلی دادرسی تفتیشی را پذیرفته‌اند، به دلایلی چند دادن نقش فعال به دادرس را در ارتباط با ادله پذیرفته‌اند. نخست اینکه دادرس باید نابرابری اصحاب دعا را جبران نماید و دوم اینکه آنچه اعتبار دادگستری را مخدوش می‌کند صدور رأی بر خلاف حقیقت است نه نقش فعال دادرس.

در فقه به‌اتفاق همه‌ی فقها اعم از شیعه و سنی، قاضی به هیچ وجه اجازه ندارد راه استدلال را به یکی از اصحاب دعوا یا هر دوی آن‌ها نشان دهد، این امر تا حدود زیادی ریشه در اصل لزوم رعایت مساوات بین اصحاب دعوا دارد، زیرا چنانچه قاضی طرفین را راهنمایی کند یا حجتی را به او ارائه نماید اصل تسویه را رعایت ننموده از این امر فقها به منع تلقین دلیل یاد می‌کنند که در میان حقوقدانان به منع تحصیل دلیل معروف است. البته ملاک ممنوعیت در هر دو یکی است اگرچه بتوان گفت رابطه‌ی بین تحصیل دلیل و تلقین دلیل عموم و خصوص مطلق است.

انتقادات وارد بر قاعده‌ی مذکور از جمله این که باعث می‌شد بسیاری از دادرسان بر خلاف میل درونی و بر حسب ظاهر پرونده رأی صادر نمایند موجب شد قانونگذار ایران برای

اولین بار در سال ۱۳۵٦ اولین گام را در تعدیل قاعده‌ی مذکور با وضع ماده‌ی ۸[1] آن بـر دارد. بعد از انقلاب ماده‌ی ۲۸[2] لایحه‌ی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۵۸/۷/۱۰ تعدیل مذکور منعکس شد و سرانجام با تصویب ماده‌ی ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ تثبیت شد.

تفسیر مواد مذکور اختلاف نظرهایی را بین حقوقدانان ایجاد نمود؛ و سه دیدگاه افراطـی، تفریطی. دیدگاه میانه در این زمینه شکل گرفت. که به بررسی دیدگاه‌های مذکور می‌پردازیم.

۱۰-۱. دیدگاه تفریطی

بر اساس این دیدگاه مواد مزبور هیچ تأثیری بر قاعده‌ی منع تحصیل دلیـل نـدارد و منظـور از اقدامات و تحقیقاتی که برای کشف حقیقت می‌کند همان‌هایی است که در بخـش دوم مـاده‌ی ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ تصریح شده بود. (صدر زاده‌ی افشار، به نقـل از شمس: ۱۳۸٤) ایراد این دیدگاه این است که اگر منظور از «اقدامات و تحقیقات» همان مـوارد مصرح در ماده‌ی ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی گذشته بود مصوبه‌ی جدید لازم نمـی‌گردیـد. (شمس،۱۱٦: ۱۳۸٤)

۱۰-۲. دیدگاه افراطی

در برابر دیدگاه تفریطی مذکور دیدگاه افراطی مطرح و ادعاشده که از این پس هدف دادرسـی

۱.رسیدگی به کلیه‌ی دعاوی حقوقی، ارزش و موعد اقامه دلایل برای اصحاب دعوی همان است که در قانون آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی شده است ولی دادگاه می‌تواند هرگونه تحقیق و یا اقدامی را برای کشف واقع به عمل آورد. در مواردی که بر دادگاه معلوم باشد استناد یا تقاضای یکی از طرفین مؤثر در اثبات ادعا نیست دادگاه می‌تواند با استدلال از ترتیب اثر دادن خودداری کند

۲.در کلیه‌ی امور حقوقی دادگاه مختلفه (اعم از حقوقی یا دادگاه صالح) علاوه‌بر رسیدگی به دلائل مورد استناد طرفین دعوی، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد انجام خواهد داد.

حق دادن به حق دار است و بنابراین دادگاه باید هرگونه تحقیق و اقدامی را که برای کشف حقیقت لازم است انجام دهد؛ حتی آن‌هایی که تاکنون مجاز نبوده است، از سوی دیگر چون هدف، رساندن حق به حق دار است رعایت مقررات مربوط به انحصار ادله، توان اثباتی آن‌ها، آیین قانونی و زمان تهیه و ارائه‌ی ادله الزامی نمی‌باشد؛ این دیدگاه نیز قابل‌دفاع نبوده و نیست.

۱۰-۳. دیدگاه میانی

دیدگاه قابل‌پذیرش معدل دو دیدگاه مزبور است. در حقیقت قانونگذار با تصویب مواد ۸ و سپس ۲۸ و سرانجام ۱۹۹ یاد شده، اراده‌ی خود را مبنی بر تعدیل قاعده‌ی منع تحصیل دلیل اعلام نموده؛ این مواد به هیچ وجه دلیل بر این نیست که دادرس حق دارد تمام ممنوعیت‌ها در ارتباط با تهیه و ارائه‌ی ادله انجام دهد، ادله‌ی اثبات دعوا در قانون شمارش‌شده با توان اثباتی و زمان ارائه‌ی مشخص. (همان)

۱۰-٤. راه حل جمع قاعده‌ی منع تحصیل دلیل و ماده‌ی ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی

در این‌باره سه دیدگاه بررسی می‌نماییم. برخی از اساتید پس از بیان بحث راجع به لزوم جمع بین آزادی دادرس در تحقیق و هم چنین حفظ بی‌طرفی وی به این نتیجه رسیده‌اند که آزادی نا محدود دادرس به وسیله‌ی دو قاعده محدود می‌شود: ۱: این آزادی نباید به قواعد مربوط به اعتبار دلایل صدمه بزند برای مثال در فرضی که دادرس از استناد به شهادت یا سوگند ممنوع است به استناد این آزادی نمی‌تواند به تحقیق ممنوع دست زند و نتیجه را در دادرسی دخالت دهد. ۲: اختیار دادرس باید به گونه‌ای اعمال شود که او را از بی‌طرفی خارج نسازد و در معرض اتهام جانب‌داری از طرفی که به سود اوست قرار ندهد و به آزادی فردی و حرمت خانوادگی هیچ یک از اصحاب دعوا صدمه نزند. (کاتوزیان،٤٦: ۱۳۸۰) استاد دیگری برای جمع این دو مهم محدودیت‌هایی برای اعمال ماده‌ی ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی قائل شده

یکی اینکه ادله‌ی اثبات دعوا هنوز هم منحصر هستند و توان اثباتی معلوم دارند و با دستاویز ماده‌ی ۱۹۹ نمی‌توان آن‌را زیر پا گذاشت و از طرف دیگر دادگاه در انجام تحقیقات باید مقررات شکلی مربوط را رعایت کند جهت امور موردتحقیق نیز دادرس نمی‌تواند تحقیقات و اقدامات خود را برای احراز اموری انجام دهد که در پرونده مطرح نشده است زیرا دادگاه نمی‌تواند رأی خود را بر این امور متکی کند. همچنین دادگاه باید رعایت ضمانت اجراهای قانونی را بنماید و همچنین باید محدوده‌ی قانونی ادله رعایت شود و معتقدند که در هر صورت اگر این محدودیت‌های زمانی هم رعایت نشود اصل تناظر باید رعایت شود، همچنین در مواردی که دادگاه در موردی اختیار خاص دارد مثلاً تمدید مهلت اظهار نظر کارشناس، با دستاویز ماده‌ی ۱۹۹ نمی‌تواند برای بیش از یک‌بار تمدید کند. به‌طور کلی دادگاه در انجام تحقیقات و اقدامات مزبور باید به گونه‌ای عمل کند که در مظان اتهام خروج از بی‌طرفی قرار نگیرد. (شمس، منبع پیشین، صص ۱۲۰-۱۲۵) در مقام قضاوت بین دو دیدگاه می‌توان گفت که مرحوم دکتر کاتوزیان قواعد مسئله را بیان نموده و دکتر شمس به بیان مصادیق آن پرداخته‌اند. برخی دیگر در این زمینه بین ادله‌ی اخباری و احرازی قائل به تفکیک می‌باشند، در ارتباط با ادله‌ی اخباری نقش دادرس را منفعل و در ارتباط با ادله‌ی احرازی نقش او را فعال می‌دانند. ادله‌ی احرازی ادله‌ای هستند که در خارج وجود دارند و دادرس به احراز آن‌ها می‌پردازد و ادله‌ی اخباری هم ادله‌ای هستند که دیگران از وجود آن‌ها اخبار می‌کنند از ادله‌ی اثبات دعوا: اقرار، شهادت، سوگند و سند اخباری ولی امارات قضایی، کارشناسی، تحقیق محلی و معاینه‌ی محل و در مواردی سند (شکل سند و خود سند که یک واقعیت خارجی است) جزو ادله‌ی احرازی می‌باشند. (کریمی،۲۸: ۱۳۸٦) ایرادی که بر این نظر وجود دارد این است که مرز قاطعی بین احرازی و اخباری بودن ادله وجود ندارد و هر دلیلی دارای دو ویژگی مذکور می‌باشد.

۱۱. مقررات مربوط به کیفیت دادرسی

۱۱-۱. علنی بودن دادرسی

علنی بودن محاکم در نظام‌های حقوقی مختلف به‌عنوان یکی از شیوه‌های تضمین اجرای عدالت موردتوجه قرار می‌گیرد. علنی بودن دادرسی به دو معنا می‌باشد.۱: اینکه جریان دعوا و مجادلات اصحاب دعوا اصولاً علنی می‌شود و هر کس می‌تواند در اتاق دادگاه حاضرشده و از روند دادرسی مطلع گردد. ۲: آنکه رأی صادره در اختیار عموم گذاشته شود تا مردم بتوانند از نتیجه‌ی کار دستگاه قضایی مطلع شوند و به ارزیابی اعتبار و مشروعیت آن بپردازد. (غمامی، محسنی،۲۸۲: ۱۳۸۵)

در ماده‌ی[۱] ۱۳٦ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸، این اصل به‌صراحت پذیرفته شده بود؛ لیکن در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ حذف گردید. همچنین در اصل[۲] ۱٦۵ قانون اساسی و بند ۱ اصل ۲۰[۳] آیین دادرسی مدنی فراملی به اصل لزوم علنی بودن دادرسی اشاره‌شده است.

۱۱-۲. دو درجه‌ای بودن رسیدگی‌ها

دو درجه‌ای بودن رسیدگی‌ها یا پژوهش می‌تواند در تأمین رعایت بی‌طرفی دادرس مؤثر باشد.

۱۱-۳. لزوم مستدل و مستند بودن آرای قضایی

مشروعیت آرا وابسته به موجه و مستدل بودن آن‌هاست لذا ازاین‌رو باید گفت یکی از مواردی

۱.جلسات دادرسی علنی است مگر در مواردی که علنی بودن جلسه مخل انتظامات عمومی ویا مخالف اخلاق حسنه باشد که در این صورت داگاه می‌تواند مستقلاً و یا به درخواست یکی از اصحاب دعوا و یا به درخواست دادستان قرار غیر علنی بودن جلسه را بدهد.

۱. محاکمات، علنی انجام می‌شود و حضو افراد بلا مانع است، مگر آن که به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی باشد.

۲. بنابر قاعده‌ی کلی، جلسات رسیدگی که شامل جلسات اداره‌ی دلیل و اعلام رأی می‌شود علنی است. با وجود این، پس از مشورت با طرفین، دادگاه می‌تواند دستور دهد که برخی رسیدگی‌ها یا بخشی از جلسات محاکمه طرفین برای پاسداری از عدالت، نظم عمومی یا احترام به زندگی خصوصی محرمانه و سری برگزار شود.

گه می‌تواند عملکرد بی‌طرفانه‌ی دادرسی را تضمین کند همین موجه و مستدل بودن آراء است و اینکه رأی دادگاه باید موجه و مستدل و مستند به قانون صادر شده باشد به نوعی ریشه در بی‌طرفی دادرس دارد. (غمامی، محسنی، منبع پیشین:۲۷۹) باری همان طور که «سزار برو» گفته است: اگر رأی قاضی موجه باشد، این امر موجب تضمین دو نفع است: ۱: نفع خصوصی طرفین؛ ۲: نفع جامعه و دادرس؛ از جانب طرفین این فایده را دارد که آن‌ها احساس کنند که خوب مورد قضاوت قرارگرفته‌اند و از سوی جامعه ـ عموم ـ موجب می‌شود ثابت شود که قاضی جانب‌دارانه و از روی هرج و مرج رأی نداده است و موجب اعتماد بیش‌تر می‌گردد که نتیجه‌ی آن مشروعیت قاضی است. (همان). در فقه اسلامی برای دادرس تکلیفی در خصوص ذکر دلایل حکمی که صادر نشده و شاید به همین دلیل باشد که یکی از شرایط دادرسی اسلامی اجتهاد است و مجتهد هم باتوجه به طی مراحل و مدارج علمی توانایی استنباط و استدلال را دارد ولی لزومی ندارد که این استدلال را در حکم خود بیان کند. بند ٤ ماده‌ی[1] ۲۹٦ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده‌ی ۲٦۲[2] قانون مذکور در خصوص اعلام نظر کارشناس و بند ۹ ماده‌ی ۱۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و بند ۲ اصل[3] ۲۲ از اصول آیین دادرسی مدنی به لزوم مستدل و مستند بودن رأی اشاره کرده است.

۱۱-٤. موارد رد دادرس

رعایت مقررات مربوط به رد دادرس که در ماده‌ی ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ مقرر شده است موجب تضمین بی‌طرفی دادرس می‌گردد. پرسشی که در این رابطه قابل‌طرح است این است که آیا جهات رد شامل قضات دیوان عالی کشور نیز می‌شود یا خیر؟ اگرچه

۱.رأی دادگاه پس از انشای لفظی باید نوشته شده و به امضای دادرس یا دادرسان برسد و نکات زیر درآن رعایت گردد:...٤.جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی بر اساس آن‌ها صادر شده است.

۲. اظهار نظر کارشناس باید صریح و موجه باشد

۳.رأی باید حاوی آن دسته جهات موضوعی، حکمی و اثباتی اساسی باشد که مبنای تصمیم را تشکیل می‌دهند

اصطلاح دادرس به مفهوم اعم شامل قضات دیوان عالی کشور می‌شود و ماده‌ی ۱ قانون آیین دادرسی مدنی رعایت این قانون را در دیوان عالی کشور نیز لازم الرعایه می‌داند؛ اما در عین حال باتوجه به شیوه‌ی نگارش مواد ۹۱ و ۹۲ قانون مذکور باید گفت جهات رد شامل قضات دیوان عالی کشور نمی‌شود. (شمس، منبع پیشین:۲۳) اما علاوه‌بر مقرره مذکور در ماده‌ی ۱ قانون آیین دادرسی مدنی باتوجه به اینکه بی‌طرفی از آن دسته از اصولی است که امکان تخطی از آن به هیچ وجه وجود ندارد و لزوم وجود مشروعیت در هرگونه دادرسی‌ای که منتهی به صدور آراء تأثیرگذار بر اشخاص می‌شود ایجاب می‌کند که اصل کلی حقوقی بی‌طرفی دادگاه بر آن حاکم باشد لذا نقش راهبردی اصول دادرسی ایجاب می‌کند که تفسیری پذیرفته شود که شامل قضات دیوان عالی کشور نیز بشود. (غمامی، محسنی، منبع پیشین:۲۷۷)

۱۲. نتیجه‌گیری

اصل بی‌طرفی دادرس از اصول حقوقی محسوب می‌شوند که دارای اوصاف چهار گانه کلی بودن، دائمی بودن، انتزاعی بودن و همچنین ارزشی بودن است. همچنین این اصل دارای مبانی فلسفی و اجتماعی است که این امر آثاری دارد؛ از جمله اینکه منجربه حفظ اعتبار دادگستری، حفظ نظم و امنیت و عدم توسل به دادگستری خصوصی می‌گردد. اصل بی‌طرفی دادرس با اصول راهبردی دادرسی از جمله اصل استقلال دادرس، اصل تناظر واصل تسلط اصحاب دعوا ارتباط تنگاتنگ دارد به نحوی که وجود یا عدم هر یک در وجود یا فقدان اصل بی‌طرفی دادرس مؤثر می‌باشد. باتوجه به بررسی‌های صورت گرفته مشخص شد که اصل بی‌طرفی دادرس اصلی مطلق و استثناناپذیر می‌باشد هرچند تضمینات آن در پروسه‌ی زمانی دچار تعدیل‌شده است. با تمسک به ماده‌ی ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نمی‌توان قائل به اعتبار مطلق علم دادرس بود. مقررات مربوط به سازمان قضاوتی در تضمین بی‌اعتباری دادرس مؤثر می‌باشد. از سویی به این نتیجه رسیدیم که نظام پذیرفته‌شده در ارتباط با ادله در سیستم حقوقی ایران نظام مختلط حاکم می‌باشد و اینکه نظام ادله‌ی قانونی منجربه تأمین

بی‌طرفی دادرس می‌گردد. در ارتباط با قاعده‌ی منع تحصیل دلیل نظر قابل‌پذیرش در حقوق ما این است که قانونگذار سرانجام با تصویب ماده‌ی ۸ اصلاح قانون پاره‌ای از قوانین دادگستری و ماده‌ی ۲۸ لایحه قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۵۸ و در نهایت با وضع ماده‌ی ۱۹۹ قانون آیین دادرسی در سال ۱۳۷۹ قائل به تعدیل قاعده‌ی مذکور گردید و اینکه دادرس در اعمال آن نباید به گونه‌ای عمل نماید که شائبه‌ی خروج او از بی‌طرفی متصور گردد. علنی بودن دادرسی، مقررات مربوط به دو درجه‌ای بودن رسیدگی و لزوم مستدل و مستند بودن آرای قضایی، همچنین مقررات مربوط به موارد رد دادرس و شکایت از آراء و در نهایت مسئولیت دادرس در حفظ بی‌طرفی او مؤثر می‌باشد.

منابع

- شمس، عبدالله، (۱۳۸۳)، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، انتشارات دراک، چاپ ششم.
- شمس، عبدالله، (۱۳۸۳)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، انتشارات دارک، چاپ پنجم.
- شمس، عبدالله، (۱۳۸٤)، آیین دادرسی مدنی, جلد سوم، انتشارات دارک، چاپ چهارم.
- غمامی، مجید، محسنی، حسن، (۱۳۸٦)، آیین دادرسی مدنی فراملی، نشر میزان، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، نشر میزان، چاپ اول.
- کریمی، عباس، (۱۳۸٦)، آیین دادرسی مدنی، انتشارات مجد، چپ اول.
- پور استاد، مجید، (۱۳۸۷)، اصل حاکمیت اراده‌ی اصحاب دعوای مدنی، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم انسانی، دوره‌ی ۳۸، شماره‌ی ٤.
- شمس، عبدالله، (۱۳۸۱)، اصل تناظر، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، شماره‌ی ۳٦ ـ ۳۵.
- غمامی، مجید، محسنی، حسن، (۱۳۸۵)، اصول تضمین‌کننده‌ی عملکرد دموکراتیک در دادرسی مدنی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم انسانی، شماره‌ی ۷۵.

- محسنی، حسن، (۱۳۸۵)، مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و تمیز این اصول از تشریفات دادرسی، مجله‌ی کانون وکلای دادگستری، شماره‌ی ۱۹۳ ـ ۱۹۲.
- شریفی، مهدی،(۱۳۸۸)، اصل بی‌طرفی دادرس در دعاوی مدنی، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، استاد راهنما: شمس عبدالله، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

آیین‌نامه‌ی میانجیگری در امور کیفری

در اجرای ماده ٨٤ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحیه آن و به پیشنهاد وزیر دادگستری «آیین نامه میانجیگری در امور کیفری» در روزنامه رسمی منتشر گردید.

فصل اول ـ تعاریف و اصطلاحات

ماده ۱ ـ در این آیین نامه، عبارات و اصطلاحات در معانی ذیل به کار می‌روند.

الف ـ میانجیگری؛ فرایندی است که طی آن بزه دیده و متهم با مدیریت میانجیگری در فضای مناسب در خصوص علل، آثار و نتایج جرم انتسابی و نیز راه‌های جبران خسارات ناشی از آن نسبت به بزه دیده و متهم گفتگو نموده و در صورت حصول سازش، تعهدات و حقوق طرفین تعیین می‌گردد.

ب ـ میانجیگر؛ میانجیگر، شورای حل‌اختلاف ، شخص یا مؤسسه‌ای است که فرایند گفتگو و ایجاد سازش بین طرفین امر کیفری را مدیریت و تسهیل می‌نماید.

پ ـ جرم؛ در این آیین نامه، مطابق ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ شامل جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که مجازات آن‌ها قابل‌تعلیق است، می‌باشد.

ت ـ مؤسسه میانجیگر ـ مؤسسه‌ای است که به این منظور طبق قوانین و مقررات حاکم بر مؤسسات غیر تجاری تأسیس می‌گردد یا سایر مؤسسات به تشخیص مقام قضایی ارجاع دهنده می‌باشد.

ث ـ فرآیند میانجیگری؛ مجموعه اقداماتی است که طی آن با مدیریت میانجیگر و با حضور بزه دیده و متهم و در صورت ضرورت سایر اشخاص مؤثر در حصول سازش از قبیل اعضای خانواده، دوستان یا همکاران آن‌ها و نیز حسب مورد اعضای جامعه محلی،

نهادهای ذی‌ربط رسمی، عمومی و یا مردم نهاد، برای حل‌وفصل اختلاف کیفری با یکدیگر به گفتگو و تبادل نظر پرداخته، در صورت حصول توافق، موافقت‌نامه‌ای را تنظیم و برای مقام

قضایی مربوط ارسال می‌شود.

ج ـ جامعه محلی؛ عبارت از کلیه اشخاص یا نهادهایی است که ممکن است به دلیل ارتباط با متهم، بزه دیده و یا تأثیر پذیری از جرم و نتایج آن، بتوانند در فرایند پاسخ دهی به جرم، مسئولیت پذیر کردن متهم و جلب رضایت بزه دیده تأثیرگذار باشند.

چ ـ موافقت‌نامه یا صورت مجلس سازش؛ متنی است که به امضای میانجیگر و طرفین اختلاف می‌رسد. در موافقت‌نامه جزئیات توافق طرفین و از جمله حقوق و تکالیف آن‌ها به روشنی مورد تصریح قرار می‌گیرد .

فصل دوم ـ تشکیلات و نحوه ارجاع به میانجیگر

ماده ۲ ـ امور مربوط به میانجیگری می‌تواند در هر دادسرا یا دادگاه، زیر نظر دادستان عمومی و انقلاب یا رئیس حوزه قضایی محل سامان دهی شود. دادستان یا رئیس حوزه قضایی می‌تواند این وظیفه را به احد از معاونین خود ارجاع دهد.

ماده ۳ ـ ارجاع به میانجیگری در مواردی که ادارات و دستگاه‌های دولتی شاکی هستند با رعایت قوانین و مقررات مربوط بلامانع است.

ماده ٤ ـ جهت ارجاع امر کیفری به میانجیگر، مقام قضایی باید موضوع اختلاف ، صلاحیت، تخصص و مقبولیت وی نزد طرفین اختلاف را موردتوجه قرار دهد.

ماده ۵ ـ در صورت تمایل و توافق طرفین اختلاف به معرفی میانجیگر و موافقت میانجیگر مرضی الطرفین آن‌ها میانجیگری پس از تائید مقام قضایی با وی خواهد بود. در صورت عدم تعیین میانجیگر توسط طرفین، مقام قضایی می‌تواند رأساً اقدام کند.

ماده ٦ ـ توافق طرفین اختلاف جهت ارجاع امر به میانجیگری، توسط مقام قضایی صورت مجلس شده، به امضای آن‌ها می‌رسد.

فصل سوم ـ انتخاب میانجیگر و شرایط آن

ماده ۷ ـ میانجیگر می‌تواند از میان معتمدان محلی یا دانش‌آموختگان رشته‌های مختلف با اولویت مددکاری اجتماعی، علوم تربیتی، روانشناسی، جامعه شناسی، حقوق و فقه و مبانی حقوق انتخاب شود.

ماده ۸ ـ مقام قضایی می‌تواند موضوع کیفری را به مؤسسه‌ای برای میانجیگری ارجاع دهد در این صورت مسئول مؤسسه مزبور در قبال امر میانجیگری به قاضی مربوط پاسخگو می‌باشد.

ماده ۹ ـ فهرستی از اشخاص واجد صلاحیت میانجیگری در هر حوزه قضایی توسط رئیس حوزه قضایی محل تهیه می‌گردد. تهیه این فهرست صرفاً جهت تعیین اولویت بوده و مانع از ارجاع امر میانجیگری به سایرین نمی‌باشد.

ماده ۱۰ ـ احراز صلاحیت میانجیگر پس از توافق طرفین با مقام قضایی رسیدگی کننده می‌باشد. میانجیگرها باید از میان کسانی انتخاب شوند که دارای شرایط مشروح زیر باشند ـ

الف ـ دارای وثاقت

ب ـ تابعیت جمهوری اسلامی ایران برای میانجیگری در مورد اتباع ایرانی

پ ـ نداشتن سوء شهرت

ت ـ دارای حداقل ۲۵ سال تمام شمسی

فصل چهارم ـ شرایط مؤسسات میانجیگری

ماده ۱۱ ـ افراد دارای صلاحیت به شرح مقرر در ماده ۱۲ این آیین نامه می‌توانند با نظارت قوه قضاییه و رعایت مقررات قانونی مربوط به ثبت مؤسسات غیرتجاری جهت ایجاد مؤسسه میانجیگری اقدام کنند.

ماده ۱۲ ـ افراد متقاضی ایجاد مؤسسه میانجیگری علاوه‌بر دارا بودن شرایط مقرر در ماده ۱۰ این آیین نامه و فقدان سابقه محکومیت مؤثر کیفری باید دارای مدرک کارشناسی در یکی از رشته‌های مددکاری اجتماعی، علوم تربیتی، روان شناسی، جامعه شناسی، حقوق و فقه و مبانی حقوق باشند.

تبصره ـ کارکنان شاغل در قوه قضاییه اعم از قضایی و اداری و همچنین ضابطان دادگستری نمی‌توانند متقاضی ایجاد مؤسسه میانجیگری شوند.

ماده ۱۳ ـ فارغ التحصیلان هر کدام از رشته‌های مذکور، باید آموزش‌های لازم جهت میانجیگری در امور کیفری را طی نمایند.

تبصره ۱ ـ کیفیت آموزش میانجیگران و مواد آموزش آن‌ها، مهارت‌ها و دانش لازم برای میانجیگری باید توسط معاونت منابع انسانی قوه قضاییه با همکاری گروه‌های علمی و دانشگاهی ذی‌ربط، تهیه شده و به متقاضیان میانجیگری آموزش داده می‌شود.

تبصره ۲ ـ مؤسسات و مراکز آموزشی دولتی و غیر دولتی نیز می‌توانند بر اساس سر فصل‌های مصوب اداره آموزش قوه قضاییه و تحت نظارت آن نسبت به آموزش میانجی‌ها اقدام نمایند.

تبصره ۳ ـ میانجی باید در خصوص مفاهیم مربوط به جرم، مسئولیت کیفری، مسئولیت مدنی، انواع جرائم، آثار جرم و بزه دیده، بزهکار و اجتماع، روش‌های میانجیگری و مهارت‌های مربوطه، وظایف و تکالیف میانجی، آیین رسیدگی به جرائم، چگونگی مدیریت جلسات رسیدگی به اختلافات طرفین در امور کیفری و سایر موارد آموزش‌های لازم را فرابگیرند.

تبصره ٤ ـ مدت، شیوه و موضوعات آموزش میانجیگری به‌موجب دستورالعملی است که به تصویب معاون منابع انسانی قوه قضاییه می‌رسد.

تبصره ۵ ـ در پایان دوره آموزشی میانجیگری در امور کیفری و گذراندن توأم با موفقیت آموزش‌ها، «گواهی میانجیگری» به میانجی داده می‌شود.

تبصره ٦ ـ مدت اعتبار این گواهی ۳ سال است و تمدید آن از طرف مرجع صادر کننده گواهی، بلامانع است.

تبصره ۷ ـ در صورت تشخیص مرجع صدور گواهی میانجیگری به تجدید دوره آموزش میانجیگران و بازآموزی آن‌ها، میانجیگران موظف به شرکت در دوره‌های مذکور و اخذ گواهی مربوط می‌باشند.

ماده ١٤ ـ به منظور احراز صلاحیت مؤسسه و صدور پروانه میانجیگری، هماهنگی، برنامه ریزی، ایجاد وحدت رویه و نظارت بر فعالیت مؤسسات میانجیگری و ابطال پروانه مذکور، در

سراسر کشور، مرکز امور میانجیگری در معاونت منابع انسانی قوه قضاییه تشکیل می‌شود.

تبصره ـ مؤسسه میانجیگری صرفاً باید در محلی که در مجوز درج گردیده دایر گردد .

فصل پنجم ـ وظایف و اختیارات میانجیگرها

ماده ۱۵ ـ میانجیگر موظف است وظایف میانجیگری را در اسرع وقت پس از ارجاع موضوع از طرف مقام قضایی شروع نماید و جلسه یا جلسات میانجیگری را حداکثر در مهلت معین شده توسط مقام قضایی تشکیل دهد و گزارش فعالیت خود و اظهارات طرفین و نتیجه آن‌را صورت مجلس نماید.

ماده ١٦ ـ میانجیگر باید اهداف، آثار میانجیگری و نیز موضوع اختلاف یا جرمی را که موجب میانجیگری شده برای شاکی و متهم به‌طور صریح و شفاف توضیح دهد و زمینه استماع، اظهار نظر و مذاکرات طرفین اختلاف را فراهم نماید.

ماده ۱۷ ـ در فرایند میانجیگری، اصل بر گفتگوی میان طرفین و تلاش آن‌ها برای تبادل نظر و رسیدن به توافق است. میانجیگر وظیفه مدیریت این فرایند و تسهیل آن‌را بر عهده دارد. میانجیگر باید در کمال بی‌طرفی و در حدود اختیارات قانونی وظایف خود را انجام دهد و نباید هیچ کدام از طرفین را به منظور رسیدن به توافق و امضای آن در معرض تهدید یا اجبار قرار دهد و در مدیریت جلسات میان شاکی و متهم، به ترتیبی عمل نماید که بزه دیده مجدداً دچار بزه دیدگی نشده و طرفین با رعایت احترام و بدون توسل به تهدید و خشونت با یکدیگر گفتگو کنند .

ماده ۱۸ ـ جلسات میانجیگری با حضور طرفین تشکیل می‌گردد. در صورت تمایل شخص بزه دیده به حضور شخص متهم در جلسه، متهم شخصاً باید حاضر شود. حضور سایر اشخاص به تشخیص میانجیگر با رعایت ماده ۲۰ بلامانع است.

تبصره ـ درصورتی‌که حضور شخص متهم لازم باشد و وی در بازداشت باشد، تشکیل جلسه در خارج از بازداشتگاه یا زندان باید با دستور مقام قضایی و رعایت جهات تأمینی

معمول باشد.

ماده ۱۹ ـ در صورت ضرورت، میانجیگر می‌تواند از اعضای خانواده، دوستان، همکاران، همسایگان و سایر اشخاص ازجمله جامعه محلی که بنا به تشخیص میانجیگر یا تقاضای هر کدام از طرفین حضورشان در جلسه میانجیگری مفید است، دعوت به حضور نماید.

ماده ۲۰ ـ میانجیگر نسبت به حفـــظ تمام اطلاعات و اســـراری که از طرفین در جریان میانجیگری به دست می‌آورد، حسب مورد مسئول است.

ماده ۲۱ ـ دریافت یا وعده دریافت هرگونه مال، وجه، منفعـت یا امتیاز از طرفین اختلاف توسط میانجیگر به جز موارد مقرر در این آیین نامه ممنوع است و علاوه‌بر توجه مسؤولیت‌های قانونی، موجب سلب صلاحیت وی برای میانجیگری می‌شود.

ماده ۲۲ ـ کلیه مطالب و اظهارات طرفین در فرایند میانجیگری جنبه محرمانه دارد.

ماده ۲۳ ـ میانجیگر می‌تواند اسناد و اطلاعات مورد نیاز را از طرفین مطالبه کند. طرفین در صورت تمایل می‌توانند اطلاعات و اسناد خود را رأساً و یا به تقاضای میانجیگر ارائه دهند. عدم ارائه اسناد و اطلاعات خواسته شده، مانع تشکیل جلسه میانجیگری نخواهد شد .

تبصره ـ ارائه اطلاعات و اسنادی که جنبه محرمانه و سری دارد، ممنوع است.

ماده ۲٤ ـ در صورت عدم حصول توافق بین طرفین، میانجیگر ارجاع مجدد قضیه به فرایند رسمی رسیدگی کیفری را به آن‌ها اعلام می‌نماید.

ماده ۲۵ ـ میانجیگر باید مفاد صورت جلسات میانجیگری را تنظیم و گفتگوهای طرفین را به‌طور خلاصه منعکس و به امضای آن‌ها برساند. در صورت امتناع هر یک از طرفین، مراتب توسط میانجیگر در صورت مجلس قید می‌شود.

تبصره ۱ ـ در گزارش میانجیگر باید وضعیت کلی بزه دیده و آثار روانی، جسمانی و مالی جرم نسبت به وی، مراتب ندامت یا عذرخواهی متهم و همچنین تلاش یا عدم تلاش وی جهت جبران آثار جرم و التیام بخشیدن به آلام بزه دیده، مورداشاره قرار گیرد.

تبصره ۲ ـ میانجیگر موظف است مشروح توافق طرفین را با ذکر کلیه جزئیات، تعهدات و حقوق آن‌ها، به صورت مکتوب و بدون ابهام تنظیم نموده و پس از تفهیم به طرفین، به امضای

آن‌ها برساند.

ماده ۲۶ ـ در صورتی‌که طرفین اختلاف یا یکی از آن‌ها کم‌تر از ۱۸ سال داشته باشد، حضور ولی یا سرپرست وی الزامی است. در صورت عدم حضور ولی یا سرپرست، میانجیگر مراتب را برای تعیین تکلیف به مقام قضایی اعلام می‌نماید.

ماده ۲۷ ـ هرگونه توافق در امور مالی توسط شخص کمتر از ۱۸ سال و در امور غیر مالی هرگونه توافق توسط اطفال غیر بالغ در فرایند میانجیگری منوط به تأیید ولی یا سرپرست وی است و در صورت امتناع ولی یا سرپرست یا عدم دسترسی به او، مراتب برای تعیین تکلیف به مقام قضایی مربوط اعلام می‌شود.

ماده ۲۸ ـ میانجیگر می‌تواند بنا به تشخیص خود، در مورد اتهامات اشخاص کمتر از ۱۸ سال در فرایند میانجیگری و نیز در مواردی که بزه دیده شخص کمتر از ۱۸ سال است، حسب مورد از مدرسه یا سایر نهادهای ذی‌ربط ازجمله آموزش و پرورش و سازمان‌های موضوع ماده ٦٦ قانون آیین دادرسی کیفری دعوت به عمل آورد. در صورت درخواست سازمان‌های مذکور دعوت از آن‌ها با رعایت مقررات ماده مزبور بلامانع است.

ماده ۲۹ ـ میانجیگر موظف است باتوجه به ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نسبت به تشکیل جلسات میانجیگری و تلاش برای تعیین تکلیف آن در فرصت ۳ ماهه اقدام و نتیجه را به مقام ارجاع‌کننده گزارش کند. در صورت ضرورت تمدید آن، مقام قضایی می‌تواند به‌طور مستقل یا حسب درخواست میانجیگر یا طرفین اختلاف ، اقدام به تمدید آن حداکثر به مدت ۳ ماه دیگر نماید.

ماده ۳۰ ـ تعلل و تأخیر غیر موجه میانجیگر در تشکیل جلسات میانجیگری، در مورد دارندگان پروانه میانجیگری موجب تذکر کتبی، در مرتبه دوم توبیخ کتبی و در صورت تکرار، ابطال پروانه (مجوز) میانجیگر خواهد شد. در مورد اشخاص فاقد پروانه، کوتاهی در امر محوله به تشخیص مقام قضایی ارجاع دهنده موجب خروج وی از فهرست مربوط خواهد شد

و در مورد شوراها طبق مقررات مربوط عمل خواهد شد.

ماده ۳۱ ـ احراز و اعمال مجازات‌های انضباطی مذکور در ماده فوق توسط هیأت رسیدگی به تخلفات که در مرکز امور میانجیگری معاونت منابع انسانی قوه قضاییه تشکیل می‌شود به عمل می‌آید.

تبصره ـ نحوه تشکیل هیات و سایر مقررات مربوط به امور انضباطی و تعداد شعب و محل‌های استقرار آن به‌موجب دستورالعملی است که توسط معاونت منابع انسانی به تصویب می‌رسد.

ماده ۳۲ ـ در صورت ابطال پروانه میانجیگری یا خروج از فهرست میانجیگران، میانجیگر بعد از انقضاء ۳ سال از تاریخ شروع محرومیت می‌تواند مجدداً تقاضای صدور پروانه و میانجیگری نماید .

فصل ششم ـ هزینه‌های میانجیگری

ماده ۳۳ ـ پرداخت دستمزد میانجیگری به عهده متقاضی و در صورت درخواست طرفین بالمناصفه به عهده آن‌ها می‌باشد.

ماده ٣٤ ـ دستمزد میانجیگر در اجرای ماده ۱۰ قانون مدنی بر حسب توافق خواهد بود. حداکثر دستمزد، هر ساله توسط معاونت منابع انسانی قوه قضاییه پیشنهاد به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسد .

فصل هفتم ـ نظارت بر فرایند میانجیگری

ماده ۳۵ ـ نظارت بر فرایند میانجیگری حسب مورد به عهده مقام قضایی ذی‌ربط که پرونده کیفری نزد او مطرح است، می‌باشد.

ماده ٣٦ ـ طرفین اختلاف می‌توانند مراتب عدم صلاحیت و تعلل در پیگیری میانجیگر را به اطلاع مقام قضایی ذی ربط برسانند.

ماده ۳۷ ـ در صورت عدم حضور طرفین در جلسات میانجیگری و گزارش میانجیگر مبنی بر عدم امکان برگزاری جلسات میانجیگری، مقام قضایی ارجاع‌کننده به میانجیگری، باید نسبت به لغو آن اقدام و رسیدگی را ادامه دهد.

ماده ۳۸ ـ این آیین نامه در ۳۸ ماده و ١٤ تبصره با پیشنهاد وزیر دادگستری در تاریخ ۱۳۹٤/۹/۸ به تصویب رئیس قوه قضاییه رسید و از تاریخ تصویب لازم الاجرا است .

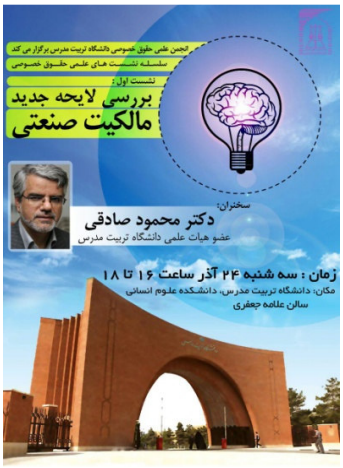
مهم‌ترین فعالیت‌های انجمن علمی حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس در سال ۱۳۹٤

انجمن تازه تأسیس حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس در سال ۱۳۹۳ به لطف خدا و توجهات استاد گرامی جناب آقای دکتر شهبازی نیا و تلاش‌های خانم زهرا ایوبی (دبیر انجمن) تأسیس شد و با همکاری دانشجویان فعال دانشگاه تربیت مدرس در سال ۱۳۹٤ فعالیت‌های مفید و قابل‌توجهی داشت. اگر بخواهیم مهم‌ترین فعالیت‌های انجمن علمی حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس را در سال ۱۳۹٤ بیان کنیم، به شرح ذیل می‌باشد:

۱. انجمن علمی حقوق خصوصی در مهر ماه توانست سهمی در برگزاری جشنواره‌ی حرکت داشته باشد. این انجمن در جشنواره‌ی حرکت غرفه‌ی حقوق خصوصی را به مدت سه روز از ٦ تا ۸ مهر ماه اداره نمود و دستاوردهای پژوهشی، مقالات و پایان‌نامه‌های برتر حقوق خصوصی را به نمایش گذاشت و به معرفی اساتید بزرگ علم حقوق پرداخت. همچنین دانشجویان خوش ذوق و متبحر حقوق در این جشنواره، به صورت کاملاً رایگان به سؤالات حقوقی بازدیدکنندگان، مشاوره‌ی حقوقی می‌دادند.

۲. مهم‌ترین دستاورد انجمن که نشریه‌ی مطالعات حقوقی می‌باشد، در هفتم مهر ماه با حضور مدیر مسئول نشریه خانم ایوبی و چند تن از اعضای هیئت تحریریه و توسط اساتید بزرگوار آقای دکتر شهبازی نیا و آقای دکتر صادقی و دانشجویان و بازدیدکنندگان جشنواره رونمایی شد و به لطف خدا تلاش‌های انجمن به ثمر رسید و نخستین شماره‌ی نشریه منتشر شد.

۳. بیست و چهار آذر نشستی حقوقی با موضوع بررسی لایحه‌ی جدید مالکیت صنعتی در سالن علامه جعفری دانشکده حقوق، با سخنرانی استاد محترم آقای دکتر محمود صادقی و دانشجویان حقوق دانشگاه تربیت مدرس و سایر حقوقدانان تشکیل شد.



٤. چهارشنبه ٢٤ آذر اولین جلسه‌ی کارگاه آموزشی شرکت‌های دانش بنیان آغاز گردید که در چهار هفته متوالی، جمعاً شانزده ساعت این مبحث مهم و کاربردی به سخنرانی خانم دکتر صاحب و آقای دکتر سجادی و با حضور دانشجویان و متقاضیان ثبت نام شده، ادامه داشت و در پایان از جانب دانشگاه به شرکت کنندگان محترم گواهی اعطا شد.

٥. مهم‌ترین رخداد سال ١٣٩٤ برای دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، افتتاحیه‌ی مرکز مطالعات حقوقی دانشگاه تربیت مدرس بود که با دعوت از جمعی از دانشجویان و فارغ‌التحصیلان حقوق دانشگاه تربیت مدرس و حضور اساتید بزرگ دانشکده حقوق دانشگاه

همچون جناب آقای دکتر شهبازی نیا، جناب آقای دکتر فرجی‌ها، جناب آقای دکتر پارسا پور و ... تشکیل شد و به امید خدا در سال ۱۳۹۵ شاهد فعالیت‌های رسمی و مهم مرکز مطالعات حقوقی خواهیم بود.

٦. ازجمله اقداماتی که با همت انجمن علمی حقوق خصوصی آغاز شد و همچنان نیزادامه دارد، برگزاری کلاس‌های مقاله نویسی است که استاد بزرگوار آقای دکتر فرجی‌ها مدرس محترم این کلاس‌ها می‌باشند و با استقبال دانشجویان حقوق رو به رو شد.

۷. انجمن علمی پنجم اسفند ماه جلسه‌ای با موضوع کمیسیون‌های شهرداری‌ها به سخنرانی جناب آقای رهنمایی تک، دبیر کمیته حقوقی شورای اسلامی شهر تهران برگزار کرد که مورد

استقبال از جانب دانشجویان قرار گرفت و در پایان نیز گواهی از طرف دانشگاه به شرکت کنندگان اعطا گردید.

هم اکنون دومین شماره‌ی نشریه‌ی مطالعات حقوقی به چاپ رسیده است. امیدواریم که با استعانت خدا و توجهات رئیس دانشکده، آقای دکتر شهبازی نیا و با همت دانشجویان پر توان و لایق دانشگاه تربیت مدرس بتوانیم در سال ۱۳۹۵ هم به فعالیت‌های حقوقی بپردازیم و گامی در جهت آموزش و پژوهش حقوق برداریم.

The impartiality of Judicial principle

Arsalan Mehran Parast*

Student in Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University

Abstract:
Addressing complaints and resolving disputes in court is done according to the rules and principles which compose the judicature principles. The aforementioned principles which are legal principles have a strategic role and one of such highly significant principles is neutrality principle.

After terminology studies in this paper, communication impartiality of a judge has been studied with some principles and then the foundations of this principle were investigated and individual and social foundations have been identified. With regard to these foundations, the possibility of suspending or shutting down the principle of neutrality has been examined and the result is that the judge's impartiality is absolute and its suspense or shutdown is not possible. Although it is possible some of its guarantees may sometimes due to a particular situation be ignored by the legislator. Then, we have dealt with the principles which guarantee this single principle in Iran's rights and the different legal systems have considered some measures to guarantee it. There are also some regulations in Iran's legal system in this regard. Furthermore, some of the provisions relating to the jurisdiction, procedure, evident establishes, liability cases and the complaints of the vote and the judge responsibility are in this regard investigated.

Keywords: principles of justice, impartiality principle, fair trial, regulating principles.

* corresponding Author's E-mail: arsalan.mehranparast@yahoo.com

Obligations and responsibilities of the carrier in Legal System of Iran and Rotterdam Convention

Mohammad Reza Aghdas Tinat*

Ph.d Student in Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University

Abstract:
In Iran, the carrier's obligations and responsibility have been mainly legislated in Iran Sea Code (1964). These rules are greatly influenced by Huge-Visby Rules, originally legislated to be enforceable on bills of lading. During long time many important changes have occurred in seaborne trade such as: door-to-door carriage contracts, carrying goods in containers, and using electronic instruments as bills of lading. The Iran Sea Code does not contain suitable rules to be enforceable on these new methods of carriage, neither does Huge-Visby Rules. So, it is necessary to ratify new suitable conventions and codes to achieve this goal. In this way one of the most important steps is the adoption of Rotterdam Convention which contains such rules. In this essay after studying related rules in Iran Sea Code, Rotterdam Convention and comparing them with each other; we have concluded and offered some suggestions in order to develop current states.

Keywords: carrier, marine carrier, marine carrier's obligations, marine carrier's responsibility, Iranian Law, Iran Sea Code, Huge-Visby Rules, Rotterdam Convention.

* corresponding Author's E-mail: hamidrezaaghdastinat@yahoo.com

disputes settlement basis has tried to prevent the lack of enforcement guarantee in international settlement mechanisms which had been considered as a weakness of this legal system against the national legal systems. In other cases it is thought that each of these two disputes settlement systems is formed based on some international criteria which can`t be easily ignored. Therefore, in terms of dispute settlements in the intellectual property field "WIPO or TRIPS" should be replaced with "TRIPS and WIPO".

All the decisions made in the dispute settlement basis of these two organizations in order to settle intellectual property disputes will undoubtedly play a significant role in the evolution and development of the legal system governing intellectual property rights. It is therefore an important issue in the relationship between these two mechanisms, which is preventing creation of uncoordinated and inconsistent procedures of each of these two systems that undoubtedly not only will cause the growth and development of the legal system in this area, but in can also create tension and disorder.

Keywords: TRIPS, dispute settlement basis, arbitration and mediation center, quasi- Judicial method and alternative methods.

Methods of Dispute Settlement in TRIPS Agreement

Sahar Ghobadi*

Ph.d Student in Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University

Abstract:

A precise study of law- making process in the intellectual property field reveals a fact that in this process, which was started many years ago and reached it `s highest level at the time of WAIPO and then TRIPS appearance,a certain goal called " legitimatization of the intellectual property rights" has always been considered to be achieved.

To reach this goal, in addition to creation of rules and criteria, to establish administrative –supportive mechanism, a system of disputes settlement has been taken into account. However, according to legislators this system has been illustrated in different ways; in one of them it is shown in the form of arbitration and mediation and in the other in the form of mandatory basis of solving the claims.

Due to the fact that each of these two systems indicates a part of ruling thoughts governing the international community, it is nonsense to discuss which one is more efficient. In TRIPS disputes settlement basis, by modeling judicial systems in a certain sense, it is tried to impose the competence of handler reference to parties of a dispute. By assuming the freedom to join the organization, it is also tried to respect the free will and the right to choose the parties of a dispute, and this is how the individualism of the member states and implementing regulations are prevented.

In the center of arbitration, in order to maintain sustainability of business and cooperation relationships of the countries it is tried to settle the disputes, and this struggle is based on trust and friendly relationships. However, by resorting the effective enforcement TRIPS

* corresponding Author's E-mail: ghobadi.sahar17@gmail.com

Commercial Document Circulation Before and During Sttopage Period and After the Issue of Bankruptcy Decluration

Habib Ramezani Akerdi*

Ph.d Student in Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University

Abstract:
The use of commercial documents is inevitable for merchants. In the other hand, negotiation of bankrupt is controlled with the issue of bankruptcy verdict in the before of stopping (from payment) duration, stopping duration and the after issue of bankruptcy verdict. The question is "what is the law status of commercial documents in the situation that basic negotiations be rejected or be invalid?"

The merchant may interfere in circulation of the commercial documents in the before stopping duration and in the stopping duration, unless the basic transactions create loss. In this situation, the basic transactions confronted with sanctions of sections of the before stopping duration and the stopping duration; right now, the discussion of objections gives rise in connection with commercial documents. After the issue of bankruptcy verdict (section 418 commercial law) the merchant will become prohibited from intervention in the properties. In this duration, the circulation of the commercial documents isn't considering as an intervention in the properties, thus the merchant could circulate commercial documents in the after of the bankruptcy verdict is issued. But, the endorsement is invalid because that is just interfering in the properties.

Keywords: Commercial Documents, Bankruptcy, Circulation of commercial documents, Non-intervention.

* corresponding Author's E-mail: habibramzani@gmail.com