

مسئولیت و قراردادها

ترجمه بخشی از کتاب "حقوق مسئولیت مدنی" اثر آندره تنک^۱

معرفی کتاب مؤلف و کتاب

ترجمه: دکتر ایرج بابایی*

آندره تنک (André TUNC) استاد بازنشسته دانشگاه سوربن (پاریس ۱)، سردبیر سابق مجله بین‌المللی حقوق تطبیقی فرانسه (Revue Internationale de Droit Comparé)، مسئول بخش حقوق مسئولیت مدنی دائره المعارف بین‌المللی حقوق تطبیقی (International Encyclopedia of Comparative Law - Torts) و نویسنده دهها مقاله و کتاب در زمینه حقوق مسئولیت مدنی، حقوق آیین دادرسی، حقوق تجارت و حقوق تطبیقی و یکی از سرشناس‌ترین حقوق‌دانان در بخش مسئولیت مدنی نه تنها در

1- André TUNC: La Responsabilité Civile: Economica; 2^e éd; 1989; n 32 à 48

* استاد بار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

فرانسه که در دنیا است. حقوقدانان ایرانی نیز بواسطه ترجمه بعضی از آثار او به فارسی (حقوق ایالات متحده آمریکا و دیوان عالی آمریکا) با او آشنایی دارند. عقاید و آثار بدیع این متفکر در فرانسه و بسیاری از کشورهای غربی در سالهای اخیر منشأ تحولات عمیقی در زمینه مسئولیت مدنی و بخصوص حقوق تصادفات رانندگی و نیز مبانی و جایگاه حقوق مسئولیت مدنی بوده است.

مقاله حاضر ترجمه بخشی از کتاب نویسنده با عنوان حقوق مسئولیت مدنی است، که خود تفصیل و اصلاح مقاله وی بعنوان مقدمه بر مسئولیت مدنی در جلد یازدهم دائرة المعارف بین المللی حقوق تطبیقی است. در این کتاب تحلیلی کلی از حقوق مسئولیت مدنی شده است و بدون تکیه بر حقوق کشوری خاص، ولی با توجه و استناد به سیستمهای حقوقی مختلف، موضوعات تجزیه و بررسی شده اند. بدین صورت که می توان گفت که غنا و نحوه بحث استاد در این کتاب کم نظیر و شاید بی نظیر باشد.

در خصوص موضوع خاص این مقاله یعنی تفکیک مسئولیت قهری و قراردادی، با توجه به مطرح بودن این موضوع در سیستم حقوقی ما جای چنین مقاله محققانه و مفیدی که در عین تجلی بدیع از موضوع به معرفی بحث در سیستمهای مختلف حقوقی می پردازد را خاکی دیدم و بدین وسیله ترجمه آنرا به حقوقدانان و دانشجویان عزیز تقدیم می نمایم.

مسئولیت مدنی و قراردادی

۳۲- تقسیم بندی میان مسئولیت قهری و قراردادی همان قدر اساسی و ظریف است که تقسیم بندی میان مسئولیت قهری و تأمین اجتماعی.

در نظر اول بنظر می رسد که دو زمینه بسادگی قابل تفکیک باشد: موضوع مسئولیت قهری اجبار شخص به جبران خسارتی است که خارج از هر رابطه قراردادی به دیگری وارد کرده است. در اکثر موارد ضررزننده و متضرر کاملاً از هم بیگانه اند، آنچنان که گفته شده است مسئولیت قهری همزیستی شهروندان آزاد و هماهنگی و مسالمت میان

آزادی عمل آنهاست.

ولی مسئولیت قراردادی بر حقوق و تعهدات افرادی حاکم است که حداقل یکی در مقابل دیگری تعهد به فعل یا ترک فعل و یا پرداختن نموده است. طرفین تعهداتی در مقابل یکدیگر دارند (بوسیله قرارداد بهم بسته شده‌اند) و خودشان این تعهد و ارتباط را پذیرفته‌اند. معمولاً خسارتی که به خواهان وارد شده تنها نتیجه این امر است که او ما به ازای قراردادی را دریافت ننموده است؛ بنابراین اگر قراردادی فیما بین آنها وجود نداشت دعوی نیز وجود نداشت.

بدین صورت در نگاه اول مسئولیت و قهری کاملاً متفاوت به نظر می‌رسد هر چند احکام راجع به خسارت در بعضی موارد در هر دو مشترک باشد.

۳۳- مشکلات ناشی از تفکیک

با مطالعه دقیق‌تر مسئله بنظر می‌رسد که این تفکیک مشکلات و مسائل عدیده‌ای را ایجاد می‌نماید که می‌تواند توجه‌کننده نوعی شک در اصالت و صحت این تفکیک باشد. حتی بعضی این تقسیم‌بندی بعنوان مصنوعی بودن آن حمله کرده‌اند.

در مرحله اول، در تمام کشورهایی که این تفکیک نتایج عملی دارد موارد عملی بسیاری بر خلاف اعتبار و صحت این تفکیک بنظر می‌رسد. این موارد را با مشکل بسیاری می‌توان جزو مسئولیت قراردادی یا قهری گنجانند. یک نویسنده انگلیسی حتی پیشنهاد وجود نوعی دو جنسیتی در این موارد کرده است. مشکل در کشورهایی که معیاری مشخص برای این تفکیک ندارند (مثل کشورهای کامن لو) عمده‌تر است. بهر حال معیار تفکیک از کشوری به کشور دیگری متفاوت است. تمام این مسائل شک و تردید نسبت به تفکیک ایجاد می‌نماید.

دو عامل دیگر نیز باعث این تشکیک‌اند: گوناگونی و تنوع نتایجی که از کشوری به کشور دیگری از این تفکیک حاصل می‌شود^۱ و پیچیدگی روابط مسئولیت قراردادی و

1- WEIR, International Encyclopedia of Comparative Law Volume XI, Torts, ch. 12, s 10-46.

قهری. پاسخ به این مسأله که در بعضی موارد آیا خواهان در عین حال حق دعوی مسئولیت قهری و قراردادی را دارد و یا خیر؟ آیا او حق انتخاب این دعوی را دارد یا آنکه او حق ترکیب منافع حاصل از هر دو دعوی را در شرایط خاص دارد، از کشوری به کشور دیگری متفاوت است و پاسخ این پرسشها در بسیاری کشورها بسیار پیچیده و نامشخص است.

واضح است که هیچ یک از ملاحظات فوق انتقاد و نفی قطعی و تعیین کننده‌ای محسوب نمی‌شود. یک تقسیم‌بندی می‌تواند اساساً صحیح باشد هر چند که بیان آن مشکل باشد و یا حتی بتوان بوضوح آنرا ملاحظه کرده و هر چند که آثار آن در کشورهای مختلف متفاوت باشد و یا از زمان به زمان دیگر تغییر کند ولی بهر حال ابهامات و نسیتهایی که در این باره به چشم می‌خورد باعث جلب توجه و احساس تردید می‌گردد.^۱

نهایتاً می‌توان، حداقل در مورد فرانسه، گفت که بعضی نویسندگان این تفکیک را از پایه و اساس زیر سؤال برده‌اند. با بنا نمودن مسئولیت بر اساس تقصیر، و تعریف تقصیر به تجاوز از تعهد از پیش موجود، آنها هر تقسیم مسئولیت به قهری و قراردادی - که ناشی از تفاوت طبیعت تعهد باشد - مردود و نامشروع می‌دانند. برای اینان عدم ایفای تعهد قراردادی ایجاد مسئولیت قهری می‌نماید. این نظریه می‌تواند اقراطی بنظر آید چون به انکار تفاوتهای غیر قابل بحث منتهی می‌شود، ولی بهر حال نشان می‌دهد تا چه حد لازم است که مینا و اساس تفکیک میان مسئولیت قراردادی، و قهری و تفاوتهای آنها مورد تأمل و نقد قرار گیرد.

۳۴- موضوع تحقیق:

با توجه به تعداد کتب و مقالاتی که درباره این تفکیک نوشته شده می‌توان از خود پرسید که آیا معقول است که در این باره توقف طولانی داشته باشیم و در آن تأمل و

1- WBIR, International Encyclopedia of Comparative Law Volume XI, Torts, ch. 12, § 47-72.

تحقیق اندک طولانی کنیم؟

ولی بهر حال در حقوق مورد عمل، منافع عملی ناشی از تفکیک دو نظام مسئولیت و نیز ناشی از ترکیب آن دو شایسته مطالعه است.^۱

در این مقال احتمالاً می‌توان به نویسنده اجازه داد که دید مشخصاً منتقدانه به این تفکیک داشته باشد. بنظر مفید است که معیارها و آثار عملی این تفکیک را به عنوان نمونه و مثال در سه کشور فرانسه، انگلیس، و آمریکا که هنوز تفکیک اهمیت بسیاری در آنها دارد مورد بررسی قرار دهیم. در پی این ملاحظات ما تفکیک را بررسی مجدد خواهیم کرد و خواهیم دید که تحولات حقوقی بسوی محو آن پیش می‌رود.

الف - تفکیک مسئولیت قهری و قراردادی در سه کشور فرانسه، انگلیس، و آمریکا

اول - فرانسه

۳۵ - اصل:

در روحیه منطقی حقوقدانان فرانسوی این تفکیک امری کاملاً روشن و منطقی است: یا خسارت ناشی از تجاوز به تعهدات قراردادی است که بین طرفین وجود دارد که در این صورت متجر به مسئولیت قراردادی می‌شود؛ یا خسارت در بین دو طرفی ایجاد می‌شود که هیچ رابطه قراردادی با هم ندارد و یا بهر حال خارج از روابط قراردادی ایشان است، که در این صورت تنها مسئولیت قهری ایجاد می‌گردد.^۲

۳۶ - مشکلات تفکیک:

آیا امر به همین وضوح است؟ کتب و آثار زیادی که در این باره نوشته شده است سبب شک و تردید می‌شود^۳ همچنین است هنگامی که متوجه می‌شویم که سالانه آرای

1- WEIR, International Encyclopedie, ch. 12, s 10-46.

۲ - می‌دانیم که مسائل در بلژیک مهمتر است.

3- HUET, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilités, 2 Vol. 1978; ESPAGNON, La

زیادی مربوط به این موضوع توسط دیوان عالی کشور صادر می‌گردد و نیز مازو استاد بزرگ مسئولیت مدنی ۱۳۵ صفحه از کتاب خود را به این موضوع اختصاص می‌دهد.^۱ این حجم وسیع مطالب نشانگر سادگی و روانی موضوع و موقعیت نیست....

علت وسعت و طولانی بودن مباحثی که به تفکیک اختصاصی یافته براحتی قابل فهم است. جهت اعمال منطقی تفکیک به سؤالات بیشماری باید پاسخ گفت: آیا بین طرفین قراردادی منعقد شده است (مثلاً در مورد نامزدی یا ارائه مجانی خدمات و کمک)؟ اگر قراردادی فی‌مابین وجود داشته، کی این روابط قراردادی شروع می‌شود و در چه زمان پایان می‌یابد (مثلاً در مورد حمل و نقل افراد و یا اشیاء)؟ ماهیت مسئولیت تا زمان انعقاد قرارداد (در مدت مذاکره) و یا پس از پایان آن چیست؟ آیا قرارداد مورد نظر صحیح بوده است؟ آیا قرارداد می‌تواند مسئولیتی قراردادی به نفع ثالث ایجاد نماید و یا تعهدی قراردادی به ثالث تحمیل کند؟ رابطه عقد و بعضی از انواع خسارت چیست؟ مثلاً هنگامی که راننده تاکسی مسافر خود را که تا چند لحظه پیش از تاکسی پیاده شده زیر می‌کند یا آنکه او را چون لباس مسافر هنگام پیاده شدن لای در ماشین مانده بسته شده است روی زمین می‌کشد، یا تاکسی که از توقف در جایگاه خود خسته شده درست در هنگامی که مسافر در را برای سوار شدن باز کرده است و پای خود را داخل تاکسی گذاشته است، یا موردی که وکیلی که به همراه موکلش به دادگاه می‌رود و در راه بر اثر رانندگی موکلش را زخمی می‌کند یا موکلش که رانندگی می‌کرده او را زخمی می‌نماید یا موردی که تعمیر کار در آپارتمانی در هنگام کار وسیله ارزشمندی را تلف می‌نماید یا هنگامیکه مأمور آتش‌نشانی در اثر استفاده از لامپی باعث آتش‌سوزی می‌شود؟

چه تعهدات قراردادی بطور ضمنی در قرارداد وجود دارد؟ تکلیف قراردادی متصدی حمل و نقل، معلم، کافه‌ما، هتلدار یا صاحبان رستوران، صاحب مغازه، ترتیب

régie du non - Cumul des Responsabilité délictuelle et contractuelle en droit corré français, Thèse; 1980.

1- MAZAUD (H. et L.), Traité théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6ème éd T. I par Tunc, 1965 PP. 101-236.

دهنده بازی یا جلسه‌ای عمومی، مربی اسکی و غیره در خصوص ایمنی مشتری یا اموالی که او به‌همرا دارد چیست؟ نظر به تعداد، گوناگونی و پیچیدگی این مسائل جای تعجب نیست که در میسیمی که نتایج عملی مهمی به تفکیک مسئولیت مدنی بار می‌کند لازم است صفحات زیادی برای پاسخ‌گویی هر چند مختصر به این پرسشها اختصاص داده شود.

همده‌ترین تردید و تشکیک در ارزش و صحت تفکیک در پی لحاظ آثار عملی تفکیک ایجاد می‌شود. این واقعیت که آثار تعیین شده برای تفکیک در میسیم حقوقی فرانسه کاملاً متفاوت از حقوق انگلیس و آمریکا است این فکر را متبادر می‌کند اختلاف نظامها در این باره ناشی از اختلاف سنن حقوقی است و نه پاسخ معقول به نیازهای ناشی از ایجاد عدالت قضایی.

۳۷- حملات علیه تفکیک:

نهایتاً، هر چند که تفکیک دو نظام مسئولیت مدنی در حقوق مدنی فرانسه جا افتاده است و براساس دو عنوان مختلف کتاب سوم قانون مدنی استوار شده است، نویسندگان برجسته‌ای چنین نظر داده‌اند که این تفکیک فاقد توجیهات و دلایل کافی است. انتقاداتی که علیه تفکیک توسط نویسندگان اواخر قرن نوزدهم مطرح شده بود، در اوائل قرن بیستم مورد حملات پلانیول (نویسنده شرح قانون مدنی که روش او نمونه و مدل برای دیگر شروح قانون مدنی در قرن اخیر بوده است) قرار گرفت. او می‌نویسد: "اگر کسی بخواهد از تقسیمی عملی میان تعهدات قراردادی و تعهدات قانونی صحبت کند، احتمالاً مقررات قانونی که توجیه‌کننده منفعت عملی این تقسیم است می‌خواهد؛ ولی اگر بخواهد از نظر عقلی و دکترین اختلاف خاصی میان خطای قراردادی و خارج از قرارداد معرفی نماید، تقسیمی که عموماً مورد قبول واقع شده نه تنها قابل انکار است بلکه معنی و دلیلی برای آن وجود ندارد."

جدیدتر از پلانیول، هنری ولتون مازو در شرح قانون مدنی خود بیان می‌دارند که این

تقسیم‌بندی "بنیادین" نیست و هر چند که آثار جانبی دارد ولی ایجاب نمی‌نماید که دو منبع مسئولیت بصورت مجزا مورد بحث و فحص قرار گیرند.^۱ اگر رنه ساواتیه بحثی از این تفکیک نمی‌نماید، لاقلاً، حداکثر انعطاف‌پذیری را در این مورد اعمال می‌کند و حق انتخاب ضرر دیده را برای انتخاب مبنای قراردادی یا قهری مسئولیت به رسمیت می‌شناسد (در موردی که اصول هر دو مسئولیت به ظاهر جمع‌اند).^۲

۳۸- معیارهای پیشنهادی نویسندگان حقوقی

در مورد حقوق انگلیس هیچ چیز به‌گویی و روشنگری ارائه خلاصه‌ای از برخورد و نظر چند نویسنده بارز در این باره و افزودن تفسیری مختصر بدان نیست.

هوستن (Heuston) می‌نویسد: "اختلاف میان مسئولیت قهری و قراردادی در این است که در مورد اولی تکالیف اساساً توسط سیستم حقوقی تعیین شده در حالی که در مورد مسئولیت قراردادی این تکالیف بوسیله خود طرفین تعیین شده است. به علاوه در مورد مسئولیت خارج از قرارداد، تکلیف در مقابل همه شهروندان است. در مورد قرارداد، این تکلیف تنها در مقابل یک یا چند شخص خاص وجود دارد."^۳

اینها نظراتی است که در مباحث قبل [مباحث اولیه این کتاب که ترجمه نشده است] به آنها برخوردیم و در مورد آنها بحث کرده‌ایم. این نظرات اساساً صحیح به نظر می‌رسند، ولی قادر به توجیه تفکیک قاطع و مطلق نیستند یا آنرا پدیده‌ای عملی نمی‌نمایند.

نویسنده ادامه می‌دهد: "تا زمانی که قالبهای خاص طرح دعوی نسخ نشده بود، اختلاط میان دو دعوی ناشی از آن بود که امکان داشت شخصی تحت عنوان مسئولیت

1- MAZAUD (H. et L.) Traité théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6ème éd. T. I Par Tunc, 1965, à 102, 104 et notes 4 bis et 5, 174 et notes 9 à 11.

2- SAVATIER, Traité de la responsabilité civile. 2ème éd. 1976, n° 148-160.

3- SALMOND, on the Law of Torts, 17ème éd. Par HEUSTON, 1977, 10.

قهری اقامه دعوی نماید در صورتی که قالب دهری در حقیقت امر قراردادی بوده است.^۱ متأسفانه این اختلاط در زمان فعلی نیز کاملاً از بین نرفته است. پس از توضیح مختصر اهمیت عملی تفکیک (موضوعی که بزودی در مورد آن بحث می‌کنیم) نویسنده ادامه می‌دهد: "مشکلات ممکن است از آنجا ایجاد شود که یک تقصیر در عین حال تجاوز به یک عقد بوده و همچنین از موارد مسئولیت قهری باشد. موارد بسیاری وجود دارد که شخصی داوطلبانه در قراردادی متعهد امری شود که از قبل صرف نظر از وجود هر قراردادی بر او بار بوده است. تخطی از این قرارداد در عین حال ایجاد کننده مسئولیت قهری (Tort) است، چون مسئولیت در موردی که هیچ قراردادی نیز نبود وجود داشت".

نویسنده موارد بسیاری را طرح و بررسی می‌نماید که در آنها هر دو نوع مسئولیت وجود دارد یا می‌تواند وجود داشته باشد. از همین موارد مورد ودیعه، متصدیان حمل و نقل و احتمالاً افراد دیگری که در حقوق کامن‌لو خدمات خود را به عموم ارائه می‌نمایند و در نتیجه تکالیفی را در مقابل عموم بر عهده می‌گیرند، مانند هتل داران، پزشکان و جراحان نیز از موارد مشابه فوق‌اند ولی در مورد معمار، صراف، نمایندگی حمل، شیشه شور یا بنگاه معاملات که به تعهد خود به تودیع مالی که در اختیار آنها گذاشته‌اند عمل نمی‌کنند بدین صورت نخواهد بود.^۲ نتیجه‌گیری نویسنده چنین است: "ممکن است مواردی باشد که در آنها خسارت جانی و مالی، در عین حال، هم ایجاد کننده مسئولیت قهری باشد و هم موجب مسئولیت قراردادی".

این بر عهده ما نیست که در مورد صحت و سقم این نتیجه‌گیری بحث کنیم. ولی جایز است سؤال کنیم چه رابطه‌ای میان خسارتی که می‌تواند از عملکرد خاصی حاصل شود و وجود تکالیفی که اساساً بوسیله اصول حقوقی در مقابل همه افراد بنا شده وجود دارد؟ نتیجه‌گیری، از اصولی که مبنای بحث بودند به نظر فاصله زیادی گرفته است.

۱- این موارد شمارش شده دیگر معبر نیست. 6d. WINFIELD and JOLOWICZ, on Tort, 11 Par ROGERS, 1979.5.

ابهام و اختلاط مذکور در اثر کلاسیک وین فیلد Winfield در مورد مسئولیت مدنی رفع نشده است، مسئولان و متولیان چاپهای جدید، جولوویز (Jolowicz) و بعد از او رورز (Rogers)، از پیشنهاد وینفیلد، مبنی بر آنکه تکالیفی در زمینه مسئولیت خارج از قرارداد بوسیله خود قانون ایجاد شده در حالی که در مسئولیت قراردادی این تکالیف معمولاً تنها بدنبال توافق طرفین ایجاد می‌شود، انتقاد نموده‌اند. اینان این پیشنهاد را ترجیح می‌دهند که "در زمینه خارج از قرارداد، مضمون تکالیف بوسیله قانون تعیین می‌شود و در حالی که مضمون تکالیف قراردادی بوسیله خود قرارداد تعیین می‌گردد".^۱ ولی ایشان متذکر می‌شوند که تفکیک در هر زمینه‌ای معتبر نیست چون امروز مضمون تکالیف قراردادی در موارد بسیار بوسیله سیستم حقوقی تعیین می‌شود.... بر عکس، بعضی تکالیف خارج از قرارداد و قهری می‌توانند موضوع توافق طرفین قرار گیرد.^۲ چند صفحه بعد جولوویز ادامه می‌دهد: "هیچ دلیل قانع کننده‌ای برای تقسیم مسئولیت به قهری و قراردادی وجود ندارد و بر عکس موارد بسیاری وجود دارد که دو نوع مسئولیت در موضوعات همزیستی و همراهی داشته باشند". این آرزو در حال حاضر، آن چنانکه آخرین چاپ این کتاب گواهی می‌دهد، به طور وسیعی تحقق یافته است. این امر نشانگر تمایل فعلی قضات است به در نوردیدن مرزهای موجود تفکیک بطوری که، برای تأمین بهتر عدالت، در دعوایی که از طبیعت یک نوع از مسئولیت است، از اصول حاکم بر نوع دیگر مسئولیت کمک گرفته است و استفاده نماید.^۳

طرح و بررسی این موضوع در این کتاب قابل ستایش می‌تواند بطور جزئی توجه کننده بدینی باشد که در قسمت اول، این تحقیق طرح کرده و به اثبات رساندیم.

1- WINFIELD and JOLOWICZ, on Tort, 11^e éd. Par ROGERS; 1979,5.

۲. WEIR, International Encyclopedic, ch. 12, s. 75, WINFIELD and JOLOWICZ, 6

مقایسه شود.

۳۹- منافع عملی تفکیک:

تحقیق در مورد تفاوت‌های عملی میان دو نظام مسئولیت نیز دلسرد کننده است. عناوین و لیستی که امروز از این تفاوت‌ها ارائه می‌شود از آن چیزی که ۵۰ سال قبل ارائه می‌شد کاملاً متفاوت است. به علاوه در موارد بسیاری وجود این اختلافات محل شک و تردید است. نهایتاً توجه عقلانی هر یک از این اختلافات پیش از آنکه از آن دفاع شود، به راحتی مورد رد و انتقاد قرار گرفته است.^۱ اگر لیستی را که استریت (Street) تحت عنوان "محسناتی که دعوی قراردادی یا دعوی مسئولیت قهری در بر دارند"^۲ مطالعه کنیم شک و تردید اجتناب ناپذیری در مورد یک قسمت از مضمون این اختلافات و نیز توضیحات ارائه شده به عنوان مبنای عقلی اختلافات بخواننده دست می‌دهد.

۴۰- چند پر آورد جدید در مورد تفکیک:

آخرین مطالعاتی که درباره تفکیک دو نوع مسئولیت انجام شده از زوایایی مختلف تأیید می‌کند که تردید درباره صحت این تفکیک امری موجه است.

گست (Guest) در ۱۹۶۱ پس از بحثی کوتاه در مورد اختلاط و ابهام تاریخی نشان می‌دهد که هر چند تجزیه و تحلیل و تفیلد می‌بایست منتج به نفی هر گونه امکان استناد آزاد به این یا آن نظام مسئولیت شود، ولی در عمل این امر مکرراً (و بطور معمول) پذیرفته شده است. او با بررسی عملکرد دادگاه‌ها در این مورد چهار روش متفاوت را می‌یابد. سخن کوتاه! او نتیجه می‌گیرد که "علی رغم نفع تحلیل حقوقی، بحث تفکیک مسئولیت رویهم رفته توجه زیادی را - مگر احتمالاً در دفاتر بعضی از وکلای مشتاق بحث و جدل - برای قانونگذار جلب نمی‌نماید و تمایل عمده‌ای به فرق گذاشتن بین اقامه دعوی براساس تفکیک دو نظام مسئولیت وجود ندارد."

پولتن (Poulton) در ۱۹۶۶ متذکر می‌شود که امروزه تفکیک دعوی به قهری و

۱- ولی دیده شود WEIR, International Encyclopedie, ch. 12, s. 10-46.

2- STREET, The Law of Torts, 6ème éd. 1976. 444.

قراردادی اهمیت بسیار کمتری از قبل یافته است، و بحث در زمینه مسئولیت متصدیان حمل و نقل مشاورین حقوقی و کلاً تحول متضادی یافته است؛ مسئولیت متصدیان حمل و نقل که قبلاً قراردادی ارزیابی می شد امروز به مسئولیت قهری ارزیابی می شود و برعکس مسئولیت مشاوران که قبلاً قهری بود امروز به ارزیابی قراردادی می شود. اساساً نویسنده هیچ گونه دلیلی برای آنکه تکالیف ناشی از هر نظام مسئولیت اختلاف مبنایی داشته باشند و یا آثار متفاوتی از تجاوز به این تکالیف ناشی شود نمی یابد.

هادن (Hadden) در ۱۹۷۱، احتمالاً دید مخالف کمتری نسبت به موضوع تفکیک در مقایسه با نویسندگان قبل از خود دارد. مطابق نتیجه گیری او "اینچنین نیست که تفکیک سستی میان مسئولیت قراردادی و قهری و جرم کیفری بایست کنار گذاشته شود... بلکه بیشتر تقسیم دقیق و شکلی میان آنها باید با هم و در کنار هم در نظر گرفته شده و قبول گردد." می توان تأیید کرد که این امر تغییر مهمی در عادت و برخورد با این مسأله است و مقدمه انعطاف پذیری بسیار مهمی در این باره است. از طرف دیگر نویسنده اعلام می دارد که آنچه فعلاً در عمل وجود دارد اختلاط روز افزون دو نظام مسئولیت قهری و قراردادی است.

تنها در طی سال ۱۹۷۷ و ۱۹۷۸ سه مطالعه و بررسی دیگر به روابط بین دو نظام مسئولیت اختصاص داده شده است.^۱ این مطالعات به نتیجه گیری های قابل مقایسه منتهی شدند. با مطالعه مقدمه مقاله ای که در ۱۹۸۰ نوشته شده است می توان انعطاف ایجاد شده را ارزیابی کرد: "هنگامی که یک قرارداد تکلیف رعایت نکات احتیاط در رفتار را بار می نماید تمایل جدید بر این است که متضرر بتواند دعوی مسئولیت قراردادی و یا مسئولیت قهری طرح نماید. در بعضی زمینه ها، این جریان با نکات وحدتی در آثار و نتایج دعوی در هر دو مورد دعوی همراه شده است، ولی بهر حال

1- FRIDMAN. The interaction of Tort and Contract (1977) 94 L.Q.R. 422; WALLACE. Tort Demolishes Contract in New Construction (1978) 94 L.Q.R. 60; POLMER, The Application of the Torts (Interference With Goods) Act 1977 to Actions in Bailment (1978) 41 M.L.R. 629.

انتخاب مبنای قراردادی یا قهری همچنان برای خواهان آثار خاصی داشته و هر انتخاب محسناتی را برای خواهان در بر دارد. حتی در زمینه‌هایی که خواهان حق انتخاب میان دعوی قراردادی و قهری ندارد می‌توان همگرایی و پیوستگی (اگر نگوییم اختلاط) میان اصول مسئولیت قهری و قراردادی یافت. از این تحولات می‌توان نتیجه گرفت که مسئولیت قراردادی و قهری آنچنان که قبلاً گفته می‌شد جدا نیستند.^۱

سوم - ایالات متحد آمریکا

۴۱- تفکیک مسئولیت قهری و قراردادی از دید نویسندگان مختلف

بحث تفکیک مسئولیت مدنی و قراردادی در حقوق آمریکا نیز ناامید کننده است. هارپر (Harper) و جمیز (James) در شرح با شکوه خود، به نظر لازم ندیده‌اند که بحث از تفکیک مسئولیت را طرح و بررسی نمایند. مطمئناً آنها نمی‌توانستند که از برخورد با این موضوع خودداری کنند، ولی به طرح آن در مبحث مسئولیت تولید کنندگان و پخش کنندگان محصولات رسیده‌اند، که زمینه‌ای است که در آن تفکیک میان مسئولیت قهری و قراردادی کاملاً منتفی شده است. خلاصه‌ای از نتیجه‌گیری آنها گویا و جالب است: "به نظر، نسل قبلی حقوقدانان به طور عموم بدنبال بنای نظام واحدی برای مسئولیت خسارات ناشی از محصولات بوده‌اند. این امر مستلزم انتخاب، برای مثال، میان مبنای تقصیر و تضمین خطرات بوده است. هر علت و نیازی که قبلاً برای وجود چنین انتخابی وجود داشته دیگر در وضعیت حقوقی فعلی منتفی شده است. تقریباً در همه موارد، به خواهان فعلی امکان طرح دعوی براساس زمینه‌های موازی و انتخاب راهها داده شده است یا حتی می‌تواند دعوی را بر مبنای ضد و نقیض قراردادی و قهری بنا نماید..... هنگامی که هیچ مشکلی در صلاحیت محلی دادگاه مطرح نیست، قربانی محصول معیوب می‌تواند در یک دعوی فروشنده جزء، کلی فروش و تولید کننده را با

1- FALMER and DAVIES, Contributory Negligence and Breach of Contract - English and Australasian Attitudes Compared (1980) 29 I.C.L.Q. 415.

استناد به نظریه تقصیر، تضمین یا هر نظریه دیگری که عمل یا دنیای حقوق بروی او باز کرده، تحت تعقیب قرار دهد. مشخصاً، قربانی تنها حق دریافت یکبار ضمانت را دارد ولی او نیازی ندارد که در دعوی انتخابی میان خوانندگان و یا مبنای نظری غیر قابل برگشت انجام دهد. اگر انتخابی انجام شود بوسیله دادگاه است که با سنجیدن تمامی عناصر فعل و حقوق انجام می‌شود.

پروسر (Prosser) نیز در دو جا از کتاب کلاسیک خود به بررسی تفکیک مسئولیت قهری و قراردادی می‌پردازد.

او در مقدمه به رد نظریه کلاسیک انگلیسی می‌پردازد که بر اساس آن مسئولیت قهری ناشی از تجاوز به تکالیف مشخص و تعیین شده‌ای است که از سوی قانون و بدون میل و رضا و انتخاب طرفها به آنها بار شده است، تکالیفی که در مقابل تمامی افراد و یا حداقل گروههایی از عموم افراد وجود دارد. او با تأیید این امر ادامه می‌دهد که "تعریف و توصیف عمل موجب مسئولیت قهری (Tort)، به عنوان کلی، که آنرا از دیگر شعبات حقوقی مجزا می‌نماید مشکل و یا غیر ممکن است ولی کمی راحت‌تر است که نحوه عملکرد و اهداف مسئولیت قهری را مد نظر قرار دهیم". در حالی که مسئولیت قراردادی بوسیله سیستم حقوقی برای محافظت از یک نفع واحد و محدود، یعنی لزوم وفای به عهد - وضع شده است، مسئولیت قهری - در جایی که سیستم حقوقی جبران خسارت را موجه می‌داند - مسیر جبران خسارت افراد بیشتر به سمت حمایت از نفع عموم - به علت خسارتی که از تجاوز به هر گونه منافع مشروع و شناخته شده آنها تحمل کرده‌اند - تا نفع واحد که در مسئولیت قراردادی مطرح است جهت‌گیری شده است.

این توضیحات و مباحث، هر چقدر که منطقی به نظر رسند، هیچ معیار عملی برای تفکیک ارائه نمی‌دهند. به نظر نمی‌رسد که این مباحث توجیه‌گر وجود دو نظام مجزای حقوقی برای دو نوع مسئولیت مدنی باشد.

روابط بین دو نظام مسئولیت به طور مشروحی در بخش ۱۶ مورد بررسی قرار گرفته است. در آنجا نویسنده تذکر می‌دهد که علت تفاوت اساسی دو نظام ناشی از اختلاف

منافعی است که هر نظام در پی حفاظت از آن است. وی چند مثال مطرح می‌کند که او را به بررسی مجزای فعل و ترک فعل خطاآمیز رهنمون می‌شود.

مباحث راجع به ترک فعل بدین امر منتهی می‌شود که "رابطه میان راههای جبران خسارت، که برای خواهان شناخته شده در مورد مسئولیت قهری و قراردادی، سیستم حقوقی بسیار مبهم و در حال توسعه‌ای است که در آن دادگاههای معدودی راه روشنی ترسیم نموده‌اند". ولی "در مواردی که خواننده فعلی انجام داده که متهم به تقصیر شده است، شانس خواهان برای جبران خسارت در دعوی مسئولیت قهری بسیار بیشتر است". برای کسی که در پی تفکیک معقولی است این سؤال مطرح می‌شود که چرا دادگاههای آمریکا در زمینه مسئولیت صاحبان حرف (Professional)، آنچنانکه نویسنده نشان می‌دهد، راه متفاوتی از دادگاه‌های انگلیس پیش گرفته‌اند؟

۴۲- منافع علمی تفکیک:

پروسر (Prosser) همچنین لیستی از منافع عملی تقسیم بندی ارائه می‌نماید. چنین مشاهده می‌شود که موارد اشاره شده توسط وی کمی با آنچه از حقوق انگلیس ارائه شده متفاوت است.

او همچنین این سؤال را مطرح می‌کند که در مورد استناد به نظامهای مسئولیت قهری و قراردادی، در جایی که آثار و شرایط آنها متفاوت است، آیا خواهان حق انتخاب آزاد دارد و یا خود دادگاه باید با توجه به واقعیات مطرح شده و به اثبات رسیده تعیین نماید که دعوی یا کدام نظام منطبق است؟ او می‌نویسد: "در این باره آرا بسیار متشت است و دشوار است که حکم کلی بیان کرد." سه بخش بعدی فصل ۱۶ کتاب پروسر راجع به مسائل خاص و مختلف است. نقطه مشترک این بخشها آن است که حداقل نشان می‌دهد تا چه حد روابط میان دو نظام مسئولیت پیچیده است.^۱

1- Architectural Malpractice: A Contract - based Approach, 92 Harv. L. Rev. 1075 (1979).

مطمئناً این بررسی سریع باعث روشنی بیشتری در مورد روابط مسئولیت قهری و قراردادی برای خواننده نمی‌شود.

۴۳- نتیجه‌گیری:

این بحث کوتاه راجع به تفکیک مسئولیت قهری و قراردادی در سه کشور مذکور بنظر منتهی به نتیجه‌ای می‌شود: تقسیم بندی مسئولیت به قهری و قراردادی عادتاً برسمیت شناخته شده، ولی امری است مبهم و بطور وسیعی مورد انتقاد قرار گرفته است. این پدیده‌ای است که حال باید توضیح دهیم.

ب - انتقاد از تفکیک:

۴۴- آثار تأسف بار تفکیک:

به آسانی می‌توان دریافت به چه علت تفکیک معمولاً مورد انتقاد قرار گرفته است:

(۱) معمولاً مشکل است دقیقاً مشخص کرد که خسارت وارده در کادر قرارداد ایجاد شده و یا خارج از آن.

(۲) تفاوت‌های رژیم (شرایط و آثار) دو نوع مسئولیت، در معمول موارد توجیه معقولی ندارند.

بعلاوه، احترام به اصول تفکیک موجب خواهد شد دعوی که اشتباهات براساس نظام مسئولیت دیگر طرح شده رد شود و خواهان مجبور گردد دعوی دیگری طرح نماید، در حالی که در جایی که اصول و مقررات یکسان بر هر دو نظام حکمفرماست، از هر دوی دعوی نتایج مشابهی حاصل می‌شود. این امری است که خوشبختانه با اصلاحات نظام آئین دادرسی در آمریکا و اخیراً در انگلیس و فرانسه، بندرت اتفاق می‌افتد.

(۳) ایده مستی که مسئولیت قهری بوسیله قانون ایجاد شده و مسئولیت قراردادی بوسیله اراده طرفها همواره مورد انتقاد بوده است. ولی این نظر امروزه از همیشه مهم‌تر است. حتی در کشورهای غیر سوسیالیست قدرت حاکمه، حداقل در اروپا، روز به روز

دخالت بیشتری در تشکیل یا پایان قراردادهای مهم و بنیادی می‌نماید، چه در این باره قراردادی وجود داشته باشد یا خیر.

این امر در قسمت عمده‌ای از فعالیتهای صاحبان حرف (Professionnels) مصداق دارد. مثلاً به نظر واقع بینانه می‌آید که در موارد بسیاری، روابط قراردادی بین پزشک یا جراح و بیمار برای درمان یا جراحی وجود دارد. ولی به نظر تکالیف و تعهدات اساسی پزشک یا جراح در حین انجام فعالیتهای پزشکی شان یکسان است، چه قراردادی بین آنها و بیمار وجود داشته باشد یا آنکه بیمار در حال بیهوشی و بوسیله شخص ناشناسی، در مورد فوریتهای پزشکی، آورده شده باشد. بی‌تردید هنگامی که پزشک یا جراح قبلاً بیمار را ملاقات کرده و با او در مورد درمان بحث کرده باشند، می‌توانستند خود را متعهد به انجام فعل خاص یا ترک آن به نمایند. عدم انجام این تعهد توسط ایشان مشخصاً طبیعت قراردادی خواهد داشت. بجز این مورد خاص تفاوت، به هیچ وجه مشخص نیست که در مورد خطای حرفه‌ای به چه علت مرور زمان، بر آورد خسارات و دیگر عوامل نظام و آثار دعوی در تمام موارد (وجود یا عدم وجود قرارداد) یکسان نباشد.

مشخصاً دیوان عالی کشور فرانسه برای گریز از مرور زمان سه سال جاری در مورد مسئولیت قهری بود که در سال ۱۹۳۶ رویه قضایی خود را تغییر داد و تصمیم گرفت که توافق حاصله بین بیمار و پزشک یا جراح دارای طبیعت قراردادی است. این تصمیم احتمالاً موجه است. ولی این تصمیم هیچ گاه نمی‌بایست لازم می‌شد. وجود دو مرور زمان متفاوت برای خطاهای حرفه‌ای مشابه امری تأسف بار و بدون اساس است.^۱

(۵) در مواردی که یک فعل می‌تواند در رابطه با یک شخص سبب مسئولیت قهری شود و نسبت به دیگری مسئولیت قراردادی ایجاد نماید، اختلاف در اساس و آثار و نظام دو نوع مسئولیت کم و بیش راهی به نظر می‌رسد.

مورد مسئولیت ناشی از عیب محصولات از این موارد است.^۲ از دید نظری و

1- LAMBER - FAIVRE, Assurance de entreprises et des Professions; 1979; n° 925 et s.

2- LAMBER - FAIVRE, Assurance de entreprises et des Professions; 1979; n° 726-792.

تئوریک، مسئولیت تولید کننده در قبال عمده فروش، عمده فروش در قبال جزئی فروش و فروشنده جزء در قبال مصرف کننده با مورد مسئولیت هر یک از ایشان در قبال خریدار غیر مستقیم (با واسطه) متفاوت است. می دانیم که رویه قضایی فرانسه برای قائل آمدن بر این اشکال بهر یک از خریداران اجازه می دهد که دعوی قراردادی علیه همه (یا هر یک) فروشندگانی که در این زنجیره فروش قرار می گیرند طرح نمایند، و برای همین - با کمال شجاعت - دیوان هر گونه دعوی مسئولیت قهری را میان اعضاء این زنجیره قراردادی که مستقیماً رابطه قراردادی با هم ندارند منع کرده است (البته در مورد خسارات ناشی از میعین)^۱.

ولی امری که باقی می ماند آنکه اگر محصول - برای مثال اتومبیل معیوب - سبب خساراتی به اشخاص ثالث خارج از زنجیره قراردادی فوق شود، دعوی قربانی علیه مالک باید تحت مقررات قرار گیرد که با مقررات حاکم بر دعوی مالک علیه تولید کننده متفاوت است، موقعیتی که می تواند برای مالک بسیار ناخوشایند و خسارات بار باشد. در مورد خرابی و ریزش ساختمان، که منجر به زخمی شدن مالک و اشخاص ثالث می شود، دعوی مالک عیار معمار یا پیمانکار از مرور زمان کوتاه تری نسبت به دعوی ثالث بهر مند است. لذا ممکن دعوی وی قبل از انتفای دعوی ثالث متفی شود. لذا اشخاص ثالث می توانند احتمالاً علیه مالک طرح دعوی نمایند در حالیکه دیگر هیچ طرح دعوی دیگری برای مالک (علیه معمار یا پیمانکار) وجود ندارد. اگر قرار است پیمانکار یا معمار در موعد مشخص از هر مسئولیتی بری شود، آیا این امر نباید در مقابل همه افراد باشد و یکسان اعمال گردد؟^۲ اگر کودکی که بوسیله والدینش به مؤسسه ای سپرده شده اتفاقاً بمیرد، آیا منطقی است که مسئولیت مؤسسه در قبال پدر و مادر -

1- Civ. 1^{re}, 9 oct 1979, commenté par DURRY, Rev. trim. dr. civ. 1980, P. 354 et s.

۲- در خصوص تقلب معمار با مقاطعه کاران و مشکلاتی که در مورد تفکیک دو مسئولیت بوجود می آید منابع زیر دیده شود.

Civ. 3^e, 9 mai 1979, D. 1980, 414 et note ESPAGNON; Civ. 2^e, 8 juin 197, D. 1980, 563 et note ESPAGNON.

قراردادی - تابع مقررات خاصی باشد و مسئولیت وی در قبال دیگر بستگان طفل - خارج از قراردادی و قهری - تابع مقررات دیگری باشد.^۱

موقعیت مشابهی در موردی که اعلام خطا کارانه یکی از متعاملین سبب خسارت شخص ثالث بیگانه با قرارداد شود پیش می‌آید. شارح رأی هدلی بیرن علیه هلر (Hedley Byrne V. Heller)، که در آن مجلس لردهای انگلیس در سال ۱۹۶۳، در شرایط خاصی مسئولیت قهری را بر اعلا می‌پذیرد، نوشت که این تصمیم این سؤال را مطرح می‌کند که آیا اصولاً نیازی به غالب زدن و ارزیابی این مسئولیت به قهری و قراردادی وجود دارد. اگر باید واقعاً دو مسئولیت را تفکیک نمود، این رأی نمی‌تواند چنین تفسیر شود که این مورد، با تکیه بر مبنای تضمین، جایگاهی ما بین مسئولیت قهری و قراردادی دارد؟

نهایتاً وجود همزیستی دو نوع مسئولیت قهری و قراردادی در موردی که یک از طرفین قرارداد در حین اجرای آن فوت می‌نماید و عده‌ای از خانواده متوفی دعوی را علیه طرف دیگر قرارداد طرح می‌نماید، مشکل‌زا و ناخوشایند است. از جمله این موارد هنگامی است که در طی قرارداد حمل و نقل شخص فوت نماید. سیستمهای حقوقی کامن‌لو این مشکل را بروش قانع‌کننده‌ای حل و فصل نموده‌اند، و شاید این امر تا مقداری ناشی از دوگانگی دو سیستم مسئولیت است. ولی تناقضات ناشی از دوگانگی سیستم در هیچ جا به اندازه فرانسه پیش نرفته است.

سابقه و تاریخچه این موضوع را بیاد می‌آورید؟ در ابتدا موقعیت بدین صورت بود: اگر خانواده دعوی را علیه متصدی حمل و نقل بعنوان وارث متوفی طرح می‌نمودند، دعوی آنها در حمل عیناً مانند دعوی متوفی یعنی تابع مقررات مسئولیت قراردادی بود. ولی اگر خواهانها وارث متوفی نبودند... و یا اگر وارث بودند و بهر حال تصمیم می‌گرفتند که دعوی را بعنوان خودشان (و نه به عنوان وارث و قائم مقام متوفی) طرح نمایند، دعوی آنها تابع مسئولیت قهری بود. بنابراین در مورد اخیر خواهانها باید خطای

1- Bordeaux. 21 janvier 1980, J.C.P. 1980. IV. 232.

متصدی حمل و نقل را ثابت می‌کردند. در حالی که اگر مسافر تنها مجروح شده بود از تعهد ضمنی قراردادی تضمین امنیت استفاده می‌نمود. این اختلاف میان دو وضعیت بوضوح امری بی‌اساس بود. برای از بین بردن مرزهایی که دو دعوی را از هم جدا می‌کرد، و جهت تسهیل دعوی خانواده و نزدیکان غیر وارث متوفی، دیوان عالی کشور در سال ۱۹۳۲ چنین تصمیم گرفت که شرط ضمنی در قرارداد حمل و نقل به نفع نزدیکان مسافر وجود دارد، نزدیکانی که متوفی قانوناً تکلیف به پرداخت نفقه را آنها داشته است. در نتیجه این افراد می‌توانستند دعوی قراردادی براساس شرط ضمنی بر علیه متصدی حمل و نقل طرح نمایند. ولی از طرف دیگر، دعوی قراردادی لزوماً تابع دیگر شرایط قراردادی و مشخصاً شرایط محدود کننده مسئولیت متصدی حمل - مثلاً شروط محدود کننده مبلغ خسارت و یا مرور زمان کوتاه - بود. بدین لحاظ این رویه قضایی علی‌رغم فلسفه وجودی خود همواره به نفع نزدیکان متوفی نبود. به علاوه اگر دعوی براساس ماده ۱۳۸۴ (که دعوی مسئولیت قهری و براساس مسئولیت به نتیجه است) می‌توانست بنا شود، طرح دعوی قراردادی، دیگر برتری و محسنه خاصی نداشت. بنابر تمایل طبیعی قضات، که بدنبال راهی برای تسهیل پرداخت غرامتند، دیوان عالی کشور در ۱۹۵۱ تصمیم گرفت که، در مورد حمل و نقل دریایی، نزدیکان متوفی می‌توانند شرط ضمن عقدی را که به طور ضمنی به نفعشان شده رد کنند و دعوی خود را براساس مسئولیت قهری طرح نمایند. بدین صورت خانواده متوفی از حق انتخابی سود می‌برد که از خود متوفی، اگر تنها زخمی می‌شد، دریغ می‌گردید. این راه حل به حمل و نقل هوایی نیز تسری داده شد. علی‌ایحال اکنون این راه حل بوسیله مصوبات قانونی منسوخ شده است: در زمینه حمل و نقل هوایی، بوسیله بند ۲ ماده ۳-۳۲۲ مصوبه قانونی شماره ۳۳۳ - ۶۷ راجع به بازنگری در قانون هوایی (متنی که مقررات ضمیمه شد در سال ۱۹۵۷ به قانون را تغییر داده)، و در زمینه حمل و نقل دریایی بوسیله ماده ۴۲ قانون شماره ۶۶ - ۴۲ مورخ ۱۸ ژوئن ۱۹۶۶ راجع به قراردادهای اجاره کشتی و حمل و نقل دریایی: "هر ادهای مسئولیتی به هر عنوان که باشد، نمی‌تواند اعمال شود

مگر در چهار چوب و طبق شرایط این فصل". بنابراین نظام واحد مسئولیت بوسیله این قوانین پیش‌بینی شده است، نظامی صرف نظر از موقعیت خواهان و طبیعت دعوی، این متن چهارمین مرحله قانونگذاری در این باره بود و امیدواریم که آخرین آنها باشد.

مسئله مشابهی در زمینه عملیات پزشکی و جراحی مطرح شده است. اگر این اقدامات سبب جراحت شود، خواهان باید خطای پزشک را ثابت نماید. ولی در صورت مرگ بیمار، در بعضی موارد که خانواده متوفی به نام شخص خود (و نه به عنوان قائم مقام متوفی) طرح دعوی می‌نمود، می‌توانست به بند اول ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی (که بر مبنای مسئولیت بدون اثبات تقصیر است) استناد نماید و بدینوسیله از بار اثبات تقصیر پزشک رهایی یابد. ولی این راه حل امروز بوسیله دیوان عالی کشور محکوم و مردود شده است.

۴۵- تفکیک وجود دارد:

از انتقادات متعددی که می‌توان بر علیه تفکیک نظام مسئولیت مطرح کرد (انتقاد راجع به مبانی نظری و آثار علمی تفکیک) مشکل به توان نتیجه‌گیری مثبت و وجودی بدست داد.

یک نتیجه‌گیری افراطی اشعار به نفی تفکیک خواهد بود. ولی واقعیات به نظر بر خلاف این نتیجه‌گیری است. حتی اگر بپذیریم که قرارداد همواره ترکیبی از توافق طرفین و دستورات و دخالت مراجع عمومی بوده و حتی اگر تأیید نماییم که عامل دخالت و نقش قدرت عمومی بطور روز افزونی در طی قرن اخیر اهمیت بیشتری یافته است، این حقیقت پا برجاست که بعضی موقعیتها و روابط بوضوح قراردادی هستند و بعضی دیگر بوضوح بیگانه از هرگونه قرارداد. اگر فروشنده‌ای به تعهد تسلیم مبیع عمل ننماید و یا اگر خریدار به تعهد پرداخت ثمن عمل نکند، طرف مقابل قرارداد حق اعمال و دعاوی را دارد که، صرف نظر از همه انتقادات وارده بر تفکیک مسئولیتها، بوضوح طبیعت قراردادی دارد. از طرف دیگر، اگر راننده‌ای با عابری که قبلاً با او هیچ رابطه قراردادی

نداشته تعبادف نماید، دعوی قربانی حادثه مشخصاً طبیعت قهری و خارج از قرارداد دارد. بنابراین وجود واقعیت تفکیک امری غیر قابل انکار است، هر چند تعیین طبیعت مسئولیت در موارد خاص می تواند مشکل باشد.

همچنین نمی توان انکار نمود که دو مسئولیت مبنای مختلف دارند. در زمینه قراردادی، تعهد قبل از بروز هر گونه مسئولیتی میان طرفین وجود دارد؛ رابطه طرفین قبل از بروز هر گونه خطایی وجود دارد. برعکس در مورد مسئولیت قهری، تعهد و مسئولیت تنها پس از بروز خطا و یا بهر حال وقوع خساراتی که در شرایط خاص منجر به مسئولیت مدنی می شود ایجاد می گردد.

به مسائل با دید بیشتر فلسفی بنگریم. ویر (Weir) کاملاً صحیح می نویسد: "سعادت بشری که علت وجود حقوق است بسته به ادامه و توسعه ارزشهای انسانی و مشخصاً حیات، سلامتی، دارائی و ثروت است. برای تضمین تداوم این ارزشها ما مسئولیت مدنی را بنا نهاده ایم، و برای توسعه آنها قراردادهای را قرارداد مولد است و مسئولیت محافظ. نوعاً مسئولیت قهری بر افرادی بار می شود که موقعیت موجود را تنزل داده و بدتر کرده اند و مسئولیت قراردادی به کسانی بار می شود که موقعیت را بهبود نبخشیده اند... خلاق بودن، معوض و اجر داشتن و ارادی بودن از مشخصه های یک موقعیت قراردادی است. این مشخصات بطور معمول در یک موقعیت خارج از قراردادی نوهی یافت نمی شوند، هر چند که بعضی از این مشخصه ها در بعضی موارد غیر قراردادی نیز یافت شوند".

درست است که پلانیول (Planiol) بزرگ، حتی در زمینه خارج از قرارداد، خطا را تحت عنوان "عدم انجام تعهداتی که از قبل وجود داشته" تعریف کرده است، ولی می توان از خود پرسید که آیا این تعریف مبنی بر یک اختلاط و شبهه نیست؟ تعهد راننده، تعهدی کل است در برابر همه کسانی که احتمالاً می توانند از رانندگی او زخمی شده و خسارت ببینند. این امر بالقوه تعهدی در مقابل همه افراد است. بدین صورت

1- WEIR, International Encyclopedie, ch. 12,S.6.

افتراق این تعهد از تعهدات قراردادی مانند تفاوت تعهد طرف عقد بیع است و تعهد عمومی همه افراد به احترام به مالکیت خریدار. در مورد تعهد اخیر گفته شده که این امر تعهد عمومی منفی (عدم فعل) است، ولی به همین منوال اگر به این امر با دقت بیشتری نظر کنیم به پدیده و امر متفاوت قابل تفکیک است: تعهد قراردادی، مالکیت و مسئولیت قهری. هنگامی که مسئولیت قهری بوجود می‌آید، تعهدی جدید ایجاد می‌شود که به تعهد قراردادی منضم می‌گردد. ولی قبل از تولد تعهد به جبران خسارت زیان دیده، تعهد (Obligation) به معنی خاص خود، یعنی رابطه حقوقی میان افراد، وجود ندارد بلکه یک تکلیف (Devoir) وجود داشته است - مفهومی عینی دال بر تکلیف رفتار کردن مانند فرد با شعور و وجدان یک جامعه یا تکلیف جبران خسارات قربانیان احتمالی خطراتی که فرد ایجاد می‌نماید.

۴۶- وحدت مطلوب مقررات حاکم بر دو نوع مسئولیت:

بدین صورت، علی‌رغم انتقادات وارده، وجود حقیقت تفکیک دو مسئولیت غیر قابل انکار است. لذا تنها هدف وحدت قاعده و نظام (Regime) دو مسئولیت باید دنبال شود.^۱ بنابراین مسئولیت قهری و قراردادی دو زمینه حقوقی اند، هر یک با مسائل خاص خود، ولی تابع مقررات واحد؛ آنچه که بی‌عدالتیها و تفاوت‌های غیر موجه و مسخره‌ای را که قبلاً تذکر دادیم مرتفع می‌نماید.

۴۷- یک قید و استثناء (Réserve):

یک قید و استثناء که بیشتر ظاهری است تا واقعی، در مورد این اختلاط و ترکیب دو نظام باید مد نظر قرار گیرد: حقوق باید تمامی توافقاتی را که بین طرفین قراردادی می‌تواند وجود داشته باشد، به شرط عدم مخالفت با نظم عمومی، محترم شمرد. مشخص است که وجود چنین توافقی در زمینه قراردادی بسیار معمول است و در زمینه

۱- با WFIR, International Encyclopedia, ch. 12. S, 27 مقایسه شود.

مسئولیت قهری استثنایی است. طرفین به طور معمول شروطی را در عقد می‌گنجانند که موارد تعهد و مسئولیت را تصریح می‌کند و یا آنرا کاهش می‌دهد. این شروط در داخل محدوده خاصی معتبرند و باید معتبر بمانند.

ولی توافقات می‌توانند نتایج مسئولیت قراردادی را نیز تغییر دهند، هر چند که در مورد قبول اعتبار این شروط بطور مستی سکوت عمدی اختیار شده است. قبول خطر می‌تواند به طور ضمنی یا صریح توسط ضرر دیده در محدوده خاصی معتبر باشد. مثلاً هنگامی که متصدی و دارنده کارخانه‌ای که سر و صدا و آلودگی هوایی ناشی از آن همسایگان را می‌آزاد می‌پذیرد که مبلغ مشخص و معقولی را مرتباً (سالانه، ماهانه، ...) به متضررین بپردازد، او هیچ کاری جز به رسمیت شناختن رأیی که می‌توانست از طرف دادگاه در این باره صادر شود انجام نمی‌دهد.

بدین صورت به نظر می‌رسد که این قید و استثناء (Réserve) بر وحدت دو نظام و مقررات حاکم آنها امری واقعی نباشد؛ اگر توافقات راجع به مسئولیت در زمینه قراردادی معمول است و در زمینه مسئولیت قهری استثنایی است، هر دو امر باید تحت مقررات واحد (یعنی قبول توافقات) قرار گیرند.

۴۸- چند قانونگذاری جدید:

باعث خشنودی است که تأیید نماییم که بعضی از قانونگذاران جدید کم و بیش اختلاط و وحدت عملی و قابل اجرای دو نظام را تحقق بخشیده‌اند.

در کشورها بسیاری قانونگذار اقداماتی نموده که حداقل از اهمیت تفکیک، بسیار کاسته است. بدین صورت مجلس انگلیس سعی نموده، و کم و بیش نیز موفق گردیده، که چندین اختلاف ناشی از تفکیک دو مسئولیت را از میان بردارد. حداقل این قانونگذار توانست تعداد اختلافات را کاهش دهد. قانونگذار فرانسه نظام حاکم بر دو نوع مسئولیت را در مورد حمل و نقل هوایی و دریایی وحدت بخشید؛ اصلاحات اخیر این خطر را از بین برده که دعوی خواهان به علت تعیین اشتباهی مبنای دعوی، یعنی مبنای

قهری و قراردادی مسئولیت و برعکس، رد شود.

همچنین در سويس اكثر قوانين خاص راجع به مسئوليت، تفكيك ميان دو مسئوليت را كنار گذاشته است (قوانين راجع به خدمات عمومي، راه آهن و ديگر وسايل حمل و نقل، حمل و نقل هوايي و دريائي، تصادفات رانندگي، استفاده از انژري اتمي و غيره). در زمينه بين المللي، كنوانسيون ۱۹۲۹ ورشو (ماده ۲۴، به خصوص آن چنانكه در نگارش پروتكل گواتمالا آمده است) و كنوانسيون بين المللي ۱۹۶۱ بروكسل راجع به وحدت بعضي از مقررات حاكم بر حمل و نقل مسافران از راه دريا، صراحتاً تمام دعاوي را تحت مقررات واحد قرار مي دهد. طرح اصلاح C.I.V هدف مشابهي را در زمينه حمل و نقل به وسيله راه آهن دنبال مي كرد. در اسناد اروپايي راجع به وحدت مسئوليت ناشي از كالاهاي معيوب (كنوانسيون استراسبورگ و طرح تصويب نامه اروپايي) - همچنانكه در قانون مدل واحد مسئوليت ناشي از محصولات مصوب ۱۹۷۹ امريكا، اين تفكيك كنار گذاشته شده است.

نهایتاً، سه سيستم قضايي نظامهاي مسئوليت را وحدت بخشیده و سيستم چهارمي نيز در آستانه اين امر قرار دارد. براي اولين بار دوگانگي مسئوليت مدني بوسيله چكسلواكي كنار گذاشته شد. در مجموعه قانون مدني ۱۹۵۰ و امروزه در مجموعه قانون مدني ۱۹۶۴ و مجموعه قوانين اقتصادي ۱۹۶۴ جمهوري سوسياليستي چكسلواكي، مسئوليت قراردادي و قهری تحت مقررات واحدی در آمده اند.

وضعيت مشابهي در سنگال در پي تصويب مجموعه قانون تعهدات به سه بخش، به ترتيب قرارداد، شبه جرم و منابع ديگر تعهدات تقسيم شده است. ولي از مجموعه اين قوانين، تعريف خطا در ماده ۱۱۹ ("خطا عدم انجام تعهدي از پيش موجود است، حال اين تعهد از هر طبيعتي كه باشد") و همچنين از شرح نوشته شده بوسيله نويسندگان ميرزا^۱، به نظر مي رسد كه مقررات راجع به بخش دوم (شبه جرم) در زمينه قراردادي و

1- DECOTTIGNIES, Réflexion sur le projet de Code sénégalais des obligations, Ann. Afr. 1962, pp. 171 et S. à la p. 174; ALLIOT, Cours d'institutions privées africaines et

قهری قابل اعمال است. برای هر دو نظام فصل اول "حقوق مشترک مسؤولیت" را (مواد ۱۱۸ تا ۱۳۸، که از خطا، رابطه سببیت و خسارات بحث می‌نماید) و فصل دوم نظامها و موارد خاص مسؤولیت را (مواد ۱۳۷ تا ۱۵۶ مسؤولیت ناشی از اشیاء و حیوانات، مسؤولیت ناشی از فعل غیر، توافقات راجع به میزان و شرایط مسؤولیت) مقرر می‌دارد. از دیدگاه ثنوری، می‌توان اندک تأسفی را در مورد تعریف خطا و محل بیان مقررات راجع به نظام عمومی و مشترک مسؤولیت در بخش حاکم بر شبه جرم و نه در یک بخش مستقل ابراز داشت. ولی، از لحاظ آثار عملی، روش این مجموعه به نظر محل خشنودی بسیار است.

قانون تعهدات ۱۹۷۸ یوگسلاوی خشنودی و اندک تأسف مشابهی را ایجاد می‌نماید. این قانون ۵۶ ماده به مسؤولیت خارج از قرارداد و تنها ۸ ماده به مسؤولیت قراردادی اختصاص داده است ولی مقررات حاکم بر مورد اول در تمام مسائلی که در ۸ ماده قسمت دوم تعیین تکلیف نشده قابل اجرا است.

نهایتاً، طرح قانون مدنی کبک، منتشره در سال ۱۹۷۷، در کتاب پنجم خود راجع به تعهدات، تعهدات ناشی از عقد یا ایقاع و تعهداتی را که مستقیماً از قانون ایجاد می‌شود تفکیک می‌نماید. ولی مقررات حاکم بر تجاوز از یک تعهد، آنچنانکه در بخش پنجم آمده است، علی‌الاصول در مورد تمامی تعهدات قابل اجراست. این امر به خصوص در بخش ششم راجع به خسارات حقیقت دارد.^۱

malgches, Thèse, 1963 - 1964, P. 235; CILABAS, Réflexion sur l'évolution sénégalais, Etudes juridiques Léon Julliot de la Moradière, 1964, PP. 127 et s. à la P. 844; RIVES, Théorie générale des obligations en droit sénégalais, Rev. sén. dr. 1971. PP. 5 et s. aux pp. 30 - 31 - Sur le Code en général, V. F. FARNSWORTH, Le nouveau Code des obligations du sénéral. Ann Afr. 1963, PP. 73 et s.; M'BAYE, Droit et développement en Afrique Francophone de l'Ouest, in A.J.S.J., Les aspects juridiques du développement économique, 1966. PP. 121 et s. aux PP. 147-149.

1- V. Office de Révision du Code civil, Rapport sur le Code civil du Québec, 2 vol. 1977: vol. I, PP. 332 et s., vol. II, ppp. 559 et s., spéc. PP. 568, 571 - 572; CREPEAU,

عدم حضور دولتها در دادگاههای بین‌المللی

نوشته: دی، دلیو، پات
ترجمه: زهرا گسستی*

یکی از پدیده‌هایی که هر روز بیش از پیش مشاهده می‌شود خودداری یک دولت از حضور در داوری یا رویه‌های قضایی به عنوان خواننده (defendant) می‌باشد. این مسئله یکی از ویژگیهای نگران‌کننده برای شیوه‌های حل اختلاف معاصر است و نشانه عدم اعتماد دولت‌ها به این روش‌هاست.^۱ عدم حضور مسلماً بر اطمینان دولت مدعی و نیز بر کل سیستم اثر می‌گذارد. زیرا عدم حضور لاجرم عدم اجرای رأی داوری یا قضایی را به دنبال دارد؛ و ممکن است دولت مدعی (Claimant State) از خود سؤال کند که اگر نتواند رأی را بنفع خودش اجرا کند، آیا اصولاً کل این تلاش‌ها ارزشی خواهد داشت. گرچه پدیده عدم حضور فقط منحصر به دادگاه بین‌المللی نیست ولی ارائه مثال‌های اخیر

La réforme du Code civil du Québec, Rev. int. dr. comp. 1979, ppp. 269 et s., aux pp. 277-278.

* دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی
۱- می‌گوییم "می‌توان" زیرا کاملاً منطقی دیگری هم وجود دارد که براساس آن دولتی که در پیشگاه دادگاه حاضر نمی‌شود اعتناوی به بر حق بودن دعوی خود ندارد بنابراین ترجیح می‌دهد دفاعی از آن به عمل نیاورد

در مورد این دادگاه، برای روشن کردن مسئله کافی است.

در دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی نمونه‌های بسیار کمی از عدم حضور وجود داشت. ولی در دیوان بین‌المللی دادگستری پس از پایان جنگ جهانی دوم، این موارد افزایش یافته است. از جمله این موارد، عدم حضور آلبانی در قضیه کانال کورفو، ایران در قضیه نفت ایران و انگلیس، گواتمالا در قضیه نوتته‌بام، ایسلند در قضیه مناطق ماهیگیری، فرانسه در قضیه آزمایش‌های اتمی، هند در قضیه اسرای جنگی پاکستانی، ترکیه در قضیه دریای اژه، و ایران در قضیه گروگان‌هاست. برخی از این نمونه‌ها نمایانگر عدم حضور در مرحله رسیدگی صلاحیتی (Jurisdiction Phase) هستند، ولی سایر موارد مانند عدم حضور ایسلند در قضیه مناطق ماهیگیری، فرانسه در قضیه آزمایش‌های اتمی، و ایران در قضیه گروگان‌ها، عدم حضور در سراسر مراحل رسیدگی ماهیتی (Merits Phase) نیز ادامه یافت.

۱- ویژگی عدم حضور: نقض وظیفه حضور یا عمل به یک تشخیص

ماده‌ای از اساسنامه که به مسئله عدم حضور می‌پردازد، ماده ۵۳ است این ماده چنین مقرر می‌دارد:

۱- هرگاه یکی از طرفین در دادگاه حاضر نشود یا از دفاع از پرونده‌اش خودداری کند، طرف دیگر می‌تواند از دادگاه بخواهد که بر طبق درخواست‌های او رأی دهد.

۲- دادگاه باید قبل از انجام این کار، خود را قانع سازد که طبق ماده ۳۶ و ۳۷ صلاحیت رسیدگی دارد و دادخواست نیز از نظر حقیقی و قانونی پایه‌های محکمی دارد.

این ماده بیانگر مجازاتی برای نقض یک وظیفه نیست. بلکه احراز حقی برای طرف حاضر در دادگاه است، تا از دادگاه بخواهد که به نفع او رأی دهد. ولی حتی اینجا هم آئین، یک آئین (default Judgement) ساده رأی غیابی^۱ نیست که طرف حاضر خود به خود برنده شود.

دوم مشخص می‌کند که هیچ کار اتوماتیکی در این مورد وجود ندارد بلکه دادگاه باید هم در مورد صلاحیت خود و هم در مورد اساس دادخواست از نظر حقیقی و حقوقی، مجاب شود.

بنابراین به نظر می‌رسد که ماده ۵۳ وظیفه حضور را تحمیل نمی‌کند و به همان نسبت هم صحیح نیست که ماده ۵۳ را حاوی مجازاتی برای نقض وظیفه بدانیم.

از لحاظ نظری ممکن است کسی بتواند وظیفه حضور را در برخی اسناد قانونی دیگر، غیر از اساسنامه دادگاه بیابد. برای مثال ممکن است کسی بگوید که بند ۵ ماده ۲ منشور ملل متحد مبنی بر وظیفه عمومی یاری و کمک به سازمان ملل برای انجام هر اقدامی که مطابق منشور باشد، شامل کمک به دادگاه از طریق حضور در آن نیز می‌گردد، چرا که دادگاه رکن اصلی قضایی سازمان ملل محسوب می‌گردد. ولی در این حال، "اقدام" نامیدن دادرسی‌های دادگاه دشوار است و به علاوه ظاهراً تضادی با ماده ۵۳ اساسنامه که خود "بخش مکمل" منشور است پیدا می‌شود.

در عین حال ممکن است کسی شرط حل اختلاف را نه فقط به عنوان وظیفه پذیرش صلاحیت دادگاه، بلکه به عنوان وظیفه حضور در دادگاه نیز تفسیر نماید. در قضیه ماهیگیری، سر همفری والداک به این نظر متمایل بود، زیرا ظاهراً وی پیشنهاد می‌کند که عدم قبول یادداشت‌های میادله شده سال ۱۹۶۱ از سوی ایسلند، که حاوی شرط حل اختلاف بودند، تا حدودی به خاطر خودداری از حضور بود، ("رد کامل صلاحیت دادگاه") در حالی که امکان دارد شرط حل اختلاف را طوری بنویسند که شامل وظیفه خاص برای حضور نیز بشود، ولی جای تردید است که یک عبارت عادی یا عبارات استفاده شده در یادداشت‌های میادله شده سال ۱۹۶۱ (مبنی بر اینکه اختلافات بانقضای یکی از طرفین به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع گردد) را بتوان چنین تفسیر کرد. زیرا این عبارت شامل یک رجوع عادی به دادگاه و بر طبق اساسنامه آن می‌باشد، که این مطلب ما را دوباره به ماده ۵۳ برمی‌گرداند و همان طور که دیدیم در این ماده ذکر از وظیفه حضور به میان نیامده است بنابراین حال که مجبوریم نتیجه بگیریم که یک دولت حق دارد براساس تشخیص خود در دادگاه حاضر نشود،^۱ و ماده ۵۳ به

۱. ظاهراً قواعد داورى کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل ملل متحد (آنسیترال) نیز همین موضعگیری را دارد. بند دوم از ماده ۲۸ این قواعد تصریح می‌کند که "اگر یکی از طرفین در حالی که براساس این قواعد به درستی اطلاع یافته است بدون ارائه دلیل کافی در یک جلسه رسیدگی حاضر نشود، دیوان داورى می‌تواند داورى را به پیش برد." همچنین نگاه کنید به ماده ۲۸ اساسنامه دیوان داورى حقوق دریاهای که در مورد عدم حضور یکی از طرفین اختلاف می‌گیرد غیبت یک طرفه با عدم دفاع از دعوی خویش مانع و پیشرفت جریان داورى نخواهد

عنوان یک مجازات صدور رای اتوماتیک به نفع درخراست دهنده، را مقرر نمی‌دارد، پس نتایج عدم حضور چیست؟

۲- نتایج عدم حضور (الف) برای دادگاه

در وضعیتی که هیچ مبنای اولیه‌ای برای اعمال صلاحیت بر خواننده وجود ندارد، سکوت کامل یا رد ساده صلاحیت دادگاه از سوی این دولت برای دادگاه چاره‌ای جز خارج نمودن موضوع از دستور کارش باقی نمی‌گذارد.

اما چنانچه مبنای اولیه‌ای برای صلاحیت دادگاه وجود داشته باشد^۱، دادگاه با مشکل بزرگی مواجه خواهد بود. ما بنا را بر این می‌گذاریم که دادگاه باید از خود پرسید که آیا طبق بند ۶ ماده ۳۶ اساسنامه دارای صلاحیت هست یا نه و سپس خود را قانع سازد که صلاحیت دارد^۲. برای این منظور دادگاه باید الزاماً با خواننده غایب به صورت یک طرف دعوا برخورد کند و تمام مدارک مربوط به دعوا را چه مدارکی که خود دادگاه تهیه کرده و چه آنها که دولت خواهان ارائه کرده است، برای وی بفرستد. این نظریه که تا زمانی که صلاحیت دادگاه تحکیم نشده است، نمی‌توان دولت خواننده را یک طرف دعوا دانست، احتمالاً نظریه نادرستی است. زیرا یک دولت حق دارد در دادگاه حاضر شود و صلاحیت دادگاه را مورد اعتراض قرار دهد و اگر استدلال آن مورد قبول قرار گرفت و صلاحیت دادگاه رد شد، آن وقت عجیب خواهد بود که نتیجه بگیریم که دولت هرگز طرف دعوی برای رسیدگی در مرحله برررسی صلاحیتی نبوده است. در واقع ممکن

شد. A / Conf. 62 / 122, 7 October 1982, P.180.

۱- مانند آنچه در دعوی قاره جنوبگان در سال ۱۹۶۵ یا در دعوی تصادف هوایی در سال‌های ۱۹۵۳ و ۱۹۵۹ پیش آمد. توجه کنید که با تجدید نظری که در سال ۱۹۷۸ در قواعد آئین دادرسی دادگاه بین‌المللی دادگستری صورت گرفت بند پنجم از ماده ۱۸ اکنون مانع از آن می‌شود که نا پیش از اظهار رصایت دولت خواننده پرونده در فهرست عمومی دادگاه ثبت شود.

۲- نگاه کنید به نظریه مک نیر (Mc Nair) در پرونده شرکت نفت ایران و انگلیس:

Icj Reports, 1952, P.116

است این پرسش مطرح شود، که اگر این دولت طرف دعوا نیست به چه حقی و با چه سمتی در دادگاه حاضر می شود؟ البته دولتی که در دادگاه حاضر می شود موظف است نظر دادگاه را درباره صلاحیتش بپذیرد ولی در نتیجه دولتی هم که در دادگاه حاضر نشده، می تواند با تدبیر ساده عدم حضور در دادگاه الزامی بودن نظر دادگاه را درباره صلاحیتش بپذیرد اگر دولت خواهان درخواست صدور قرار موقت بنماید، مشکلات دادگاه بیشتر خواهد شد. ماده ۴۱ اساسنامه چنین مقرر می دارد: ۱- دیوان بین المللی دادگستری اختیار دارد در صورتی که شرایط را مقتضی بداند اقداماتی را که باید برای حفظ حقوق طرفین موقتاً به عمل آید انجام دهد.

۲- تا صدور حکم قطعی تعیین این اقدامات باید فوراً به طرفین اختلاف و به شورای امنیت ابلاغ گردد.

در نتیجه اگر دولتی را که در دادگاه حاضر نشده است نتوان تا زمان اثبات صلاحیت دادگاه یک طرف دعوا دانست (نظر قاضی گروس) بنابراین دادگاه مجبور خواهد بود که از پذیرش درخواست صدور قرار موقت تا زمان احراز صلاحیت خودداری نماید. با در نظر گرفتن ماده ۵۳ که در مرحله اجرای قرارهای موقت قابل اعمال است به نتیجه مشابهی می رسیم: زیرا ماده ۵۳ هم ایجاب می کند که دادگاه قانع شده باشد که صلاحیت دارد. بنابراین با ترکیب ماده ۵۳ و بند ۱ ماده ۴۱ وضع نسبت به دولتی که در دادگاه حاضر نشده است از این قرار است که دادگاه باید قانع گردد که دارای صلاحیت است. در حالی که قاعده عادی برای اجرای بند ۱ ماده ۴۱ این است که باید گواه اولیه ای باشد که نشان دهد دادگاه قبل از رسیدگی پرونده برای صدور قرارهای موقت حمایتی، صلاحیت بر ماهیت دارد. در یک کلام از آنجا که زحمت اثبات صلاحیت بیشتر است، دولتی که در دادگاه حاضر نشده، در مرحله صدور قرارهای موقت بر دولت حاضر در دادگاه، امتیاز خواهد داشت.

در عمل دادگاه این دیدگاه را به درستی نپذیرفته است: دادگاه به این قناعت کرده است که برای اجرای بند ۱ ماده ۴۱ صرف دلیل اولیه (Prima Facie evidence of Jurisdiction)

صلاحیت را بخواهد. ولی دادگاه هنوز کاملاً مشخص نکرده است که آیا عدم حضور یعنی ماده ۵۳، در این مرحله اعمال می شود یا خیر؟ بنابراین یک سؤال تعیین کننده باقی می ماند: برای اجرای ماده ۵۳ چه زمانی عدم حضور واقع می شود؟

از لحاظ نظری چند پاسخ احتمالی برای این پرسش وجود دارد:

(۱) عدم حضور تنها در پایان رسیدگی شفاهی نهایی محقق می شود (زیرا طرف دعوا می تواند در تمام مراحل قبل از آن در دادگاه حاضر شود)^۱

(۲) عدم حضور در مرحله ای واقع می شود که هیچ لایحه مقابلی درباره ماهیت دعوی ثبت نشده باشد.^۲

(۳) عدم حضور فقط در مرحله ای واقع می شود که دادگاه صلاحیت خود را درباره ماهیت دعوی تصدیق کرده باشد. (زیرا دولتی که در دادگاه حاضر نشده، قبل از این مرحله یک طرف دعوا محسوب نمی شود).

(۴) عدم حضور می تواند در مرحله رسیدگی ماهوی یا رسیدگی صلاحیتی واقع شود، ولی نه در مرحله ای که قرارهای موقتی حمایتی اعمال می شود.

(۵) عدم حضور در هر مرحله ای که دادگاه مجبور است رأی در پاسخ به دادخواست طرف حاضر در دادگاه بدهد، می تواند واقع شود.

از یک نظر آخرین جواب بهتر از بقیه است. این جواب منوط به آن است که دعوا یا پرونده را فقط دارای یک موضوع اصلی ماهوی تلقی نکنیم، بلکه آن را شامل یک سری دعاوی بدانیم: یک دعوی درباره قرارهای موقت حمایتی، یک دعوی درباره صلاحیت، یک دعوی درباره ماهیت و یک دعوی برای غرامت یا سایر جنبه های جبرانی مشخص.

۱. امکان تغییر رویه یک دولت و تصمیم گرفتن به حضور در مراحل بعدی یکی از دلایل لزوم اتخاذ موضع بیطرفانه و نه عیبجویانه از سوی دادگاه در مراحل اولیه رسیدگی به دعواست.

۲. این تلقی با این اندیشه در پیوند است که هر دولت حق دارد پیش از تصمیم گیری درباره حضور یا عدم حضور در پیشگاه دادگاه او یادداشت طرف مقابل پیرامون ماهیت دعوا اطلاع یابد. نگاه کنید به اظهارات جنی قساضی بنگزون (Bengzon) و قاضی جیمز آر شاکا (Bimenez de Arcechaga) در دعوی مناطق ماهیگیری: Icj reports 1972, 192.

این دعاوی ممکن است در مراحل مختلف دعوا به دادگاه ارائه شوند و در ارتباط با هر دعوی انتظار می‌رود طرف خوانده بصورت کتبی یا اگر استدلالات، شفاهی هستند با حضورش پاسخ بدهد. ظاهراً دلیلی برای اینکه مسئله عدم حضور نتواند در هر مرحله واقع گردد، موجود نیست. در واقع، در قضیه کانال کورفو، آلبانی فقط در مرحله نهایی حاضر نشد و از حضور در آئین‌های مربوط به جبران خودداری نمود، گرچه در مراحل قبلی حاضر شده بود.

اگر این مطلب درست باشد، پس دلیلی وجود ندارد که رویه عدم حضور را از رویه‌های ناشی از درخواست برای صدور قرارهای موقت جدا کنیم. در واقع بدین ترتیب مشکلی از لحاظ ترمینولوژی ماده ۵۳ ایجاد نمی‌شود. همان طور که در بالا متذکر شدیم، دلیلی وجود ندارد که یک دولت نتواند قبل از تأیید صلاحیت، طرف دعوی محسوب شود. اینکه طبق عبارات بند ۲ ماده ۵۳، دادگاه باید "خودش را مجاب کند که نه فقط صلاحیت دارد بلکه دادخواست از نظر حقیقی و حقوقی درست تنظیم شده است"، در واقع تضادی با رویه قضایی دادگاه، مبنی بر لزوم وجود دلیل اولیه‌ای برای صلاحیت ندارد. ما در واقع با مسئله وظیفه اثبات روبرو هستیم. بنابراین دادگاه می‌تواند مجاب شود که دعوی اولیه‌ای از صلاحیت وجود دارد، همان طور که می‌تواند مجاب شود که برای اثبات صلاحیتش برهان قاطعی وجود دارد. مسئله این است که دادگاه درباره چه باید مجاب شود؟

ب - برای خواننده‌ای که در دادگاه حاضر نشده است:

نتیجه برای خواننده‌ای که در دادگاه حاضر نشده است باید این باشد که عدم حضور برایش امتیازی ایجاد نکند و بنابراین به همان میزان ملزم به اجرای رأی باشد با این حال خواننده مجبور به قبول رأی غیابی به معنایی که در اغلب سیستم‌های حقوقی داخلی وجود دارد، یعنی یک رأی اتوماتیک بنفع دولت خواهان، نیست. و این دقیقاً به خاطر آن است که بند ۲ ماده ۵۳ ایجاب می‌کند که دادگاه باید نه فقط از لحاظ صلاحیت خودش؛ بلکه از لحاظ درست بودن دادخواست از نظر حقیقی و حقوقی نیز، قانع گردد.

خواننده‌ای که در دادگاه حاضر نشده نباید مجازات گردد؛ زیرا همانطور که در بالا گفتیم این دولت به دلیل تخلف از یک وظیفه مقصر نیست بلکه باید اینطور تلقی شود که به تشخیص خود برای عدم حضور عمل کرده است. ولی امتیازی که دولتی در دادگاه حاضر نشده، از دست می‌دهد این است که دیگر نمی‌تواند لایحه متقابلی تسلیم کند. با این حال اگر آن دولت تصمیم گرفته باشد که به هیچ وجه به رأیی بر ضد خودش تن ندهد، در این صورت این مسئله به سختی یک امتیاز منفی محسوب می‌شود، مگر اینکه امکان واقعی اجرای رأیی که پذیرفته نشده، نسبت به دارائیهای آن کشور در خارج وجود داشته باشد.

ج - برای خواهانی که حاضر در دادگاه

در واقع این دولت خواهان است که بیشترین تأثیر را از عدم حضور خواننده‌ای در دادگاه، می‌پذیرد. از آنجا که دادگاه باید قانع شود که دادخواست درست تنظیم شده است، خواهان باید در نظر بگیرد که تا چه حد باید در ادعای خود، هر استدلال متقابل یا ادعای متقابلی را پیش‌بینی و پاسخ گوید. برای مثال، قضیه مناطق ماهیگیری را در نظر بگیریم مشکلی که انگلستان با آن روبرو بود این بود که باید می‌دید که استدلالات احتمالی ایسلند را تا چه حد پیش‌بینی نماید، و در ادعای خود به آنها پاسخ بگوید، مانند این استدلال که تبادل یادداشت‌های سال ۱۹۶۱ باطل شده‌اند، یا طبق دکترین تغییر اوضاع و احوال (*Rebus sic stantibus*) دائر بر اینکه عهدنامه تا وقتی معتبر است که اوضاع و احوال و شرایط موجود در زمان انعقاد آن، تغییر اساسی نکرده باشد، پایان یافته‌اند و یا به دلیل اینکه اجباری بوده‌اند، باطل محسوب می‌شوند. اینکه یک دولت را ملزم سازیم استدلال را مورد بحث قرار دهد که به آنها اعتقادی ندارد، آن هم فقط برای اینکه آنها را با استدلالات متقابل، باطل سازد. به وضوح یک کار نادرست است.

البته میزان اطلاع دولت خواهان از استدلالات احتمالی خواننده‌ای که در دادگاه حاضر نشده، می‌تواند بسیار متفاوت باشد. در برخی موارد، عدم حضور با سکوت کامل

همراه است. اغلب، دولت خواهان یک یا چند نامه به دادگاه می‌فرستد که استدالات حقوقی وی را به تفصیل روشن می‌سازند^۱: در قضیه مناطق ماهیگیری، ایسلند استدالات حقوقی خود را نه فقط به دادگاه بلکه به سازمان ملل نیز فرستاد می‌توان گفت که دولتی که در دادگاه حاضر نشده، بدنبال آن است که بدون پذیرش ریسک حضور در دادگاه از طریق این مکاتبات غیر رسمی، از تمام امتیازات در نظر گرفتن استدالاتش از طرف دادگاه، بدین صورت برخوردار گردد. شاید بدترین ویژگی مکاتبات غیر رسمی آنست که نامه‌ها، اسناد یا تلگرام‌ها معمولاً در مرحله‌ای بسیار دیر ارائه می‌شوند. بنابراین طرف حاضر در دادگاه مجبور است که پاسخ آن را در یک اطلاعاتیه خیلی کوتاه بدهد. این خود یک نکته منفی است، زیرا در جریان رسیدگی عادی، دادگاه با تعیین مهلت‌های معین برای ارائه ادعای نامه، از این مسئله جلوگیری می‌کند. دادگاه همیشه می‌تواند این ضرر را با اعطای وقت اضافی برای پاسخگویی، به طرف حاضر، جبران نماید.

وقتی دادگاه مکاتبات را پس از پایان رسمی جریان رسیدگی دریافت می‌کند و در نظر آنها را می‌گیرد، اعتراض جدیتری به این عملکردش وارد است. برای مثال در قضیه آزمایش‌های اتمی، اکثر اعلامیه‌های رسمی فرانسه که دادگاه به آن استناد نمود پس از پایان رسیدگی شفاهی صادر شده بود، اعلامیه‌های که بیان‌کننده قصد عدم ادامه آزمایش‌های اتمی بود. دادگاه کاملاً از مشکلی که این مسئله ایجاد می‌کرد آگاه بود، زیرا بدین ترتیب این خطر پیش می‌آید که دادگاه در مورد آن قضیه براساس استدالات یا اسنادی تصمیم بگیرد که طرف حاضر در دادگاه هیچ فرصتی برای پاسخگویی به آنها نداشته و بنابراین حکم اولیه عدالت طبیعی یعنی "حرف هر دو طرف را بشنو" نقض

۱- ایسلند در دعوی مناطق ماهیگیری، فرانسه در دعوی آزمایش‌های هسته‌ای، ترکیه در دعوی دریای اژه، و ایران در قضیه گروگان‌گیری همگی به این شیوه غیر منظم با دادگاه مکاتبه کردند و به درجات مختلف دیدگاههای خود را شرح دادند برای نمونه ترکیه در دومین روز از مرحله رسیدگی شفاهی، سندی ۱۱ هزار کلمه‌ای تسلیم کرد که حاوی استدالاتی در باب صلاحیت دادگاه بود.

شده بود.^۱ با این حال دادگاه احساس می‌کرد که در مورد حقایق این قضیه، به این حکم اولیه بی‌اعتنایی شده است زیرا استدلالاتی که دادگاه در نظر گرفته بود، فقط مکمل و تقویت‌کننده موضوعاتی بودند که در جریان کار مورد بررسی قرار گرفته بودند و خواهان با آنها آشنا بود. نتیجه واضح این است که اگر موضوعات کاملاً متفاوتی مطرح می‌شدند آنوقت دادگاه مجبور بود یا آنها را نادیده بگیرد یا جریان رسیدگی را مجدداً آغاز نماید.^۲

با قبول اینکه دولت خواهان حاضر در دادگاه ممکن است در اثر این تکنیک مکاتبه غیر عادی و غیر رسمی خوانده غایب از دادگاه، گیج و متضرر گردد، این سؤال پیش می‌آید که پس دادگاه چه باید بکند؟ ممکن است به نظر بیاید که دادگاه باید رویه سخت‌تری در پیش بگیرد و اعلام کند که این مکاتبات غیر قابل پذیرش هستند. دو استدلال مخالف در اینجا وجود دارد: اول آنکه دادگاه باید در تمام مراحل طوری عمل کند که طرف غایب تحت تأثیر بیطرفی و موجودیت دادگاه قرار گیرد، زیرا باید همیشه این امید باشد که آن دولت بالاخره تن به حضور رسمی در دادگاه بدهد، و اگر عدم اعتماد به دادگاه دلیل اصلی عدم حضور در آن است دادگاه باید از رفتاری که این بی‌اعتمادی را شدت بخشیده پرهیز نماید. استدلال دوم این است که حتی اگر اعلام شود که مکاتبات غیر قابل پذیرشند، برخی از قضات آنها را خواهند خواند وقتی دادگاه موظف باشد آنها را غیر قابل پذیرش اعلام کند لاجرم این امر اتفاق می‌افتد زیرا اعلام غیر قابل پذیرش بدون آنها مستلزم خواندنشان است) و بهر تقدیر، امکانی که قضات برای کسب اطلاعات غیر رسمی از طریق این اسناد بدست می‌آورند قابل توجه است. پس حال که ممکن است مضمون این اسناد در ذهن قضات باشد، احتمالاً بهتر است که

۱- در پرونده محاکمه زندانیان جنگی پاکستانی، هند که خواننده دعوا بود در دادگاه حضور نیافته بود در روز گشایش مرحله رسیدگی شفاهی سندی تسلیم دادگاه کرد. به پاکستان نیز اجازه داده شد تا در مرحله بعد طی یک جلسه رسیدگی معوق به سند مزبور پاسخ دهد: *ICJ Pleadings, Oral Arguments Documents*, PP. 68, 70.

۲- اینجا این مسئله عام‌تر مطرح می‌شود که دادگاه تا چه حد قضاوت خود را بر پایه استدلال‌هایی استوار می‌سازد که خواهان هیچ فرصتی برای پاسخگویی به آنها نداشته است یا حتی برای هر دو طرف تازه باشد.

خواهان نیز مجاز یا حتی ملزم به پاسخگویی به آنها باشد و اهمیتی ندارد که این رویه چقدر نامناسب به نظر می‌رسد.^۱

نتیجه‌ای که درباره این مسئله خاص می‌گیریم این است که عدم حضور در دادگاه بعنوان نشانه‌ای از عدم اعتماد، با اتخاذ اقداماتی از سوی دادگاه برای مجازات دولت غایب، برطرف نمی‌شود. راه حل کوتاه مدت که برای هر دعوای خاصی به کار می‌رود، این است که دادگاه هر وقت در مورد صلاحیت خود قانع شد، (و این باید همواره منوط به نظر دادگاه باشد) بر حق خود برای رسیدگی به قضیه پافشاری کند، و اطمینان دهد، که به طرف حاضر در دادگاه، چه در اثر اینکه مجبور است دعوای طرف مقابل را خود بسازد و به آن پاسخ گوید یا در اثر اینکه مجبور است به مکاتبات غیر عادی پاسخ گوید، بنا حق زبانی وارد نخواهد شد. اما راه حل دراز مدت قطعاً در گرو تفسیر و تحول تدریجی حقوق است به صورتی که تمام دول از بیطرفی و شایستگی آن (که در اینجا منظور توانایی است نه صلاحیت) مطمئن گردند.

۱- بویژه هنگامی که طرف غیر حاضر، مانند ایسلند با سازمان ملل نیز مکاتبه نماید. ظاهراً هنگام ارجاع یک موضوع خاص به داوری امکان کمتری برای مکاتبه غیر رسمی با قضات وجود دارد.