

پیرامون برخی نوآوری‌ها و نقاط ضعف اصول آیین دادرسی مدنی فراملی

مجید غمامی*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

حسن محسنی

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۹/۲۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۹/۲۶)

چکیده:

اصول آیین دادرسی مدنی فراملی که دو موسسه حقوقی بین‌المللی آن را تهیه و پیشنهاد کرده‌اند یکی از اسناد ارشادی بین‌المللی در سلسله مراتب منابع آیین دادرسی مدنی است. هدف از نوشتن این اصول یکنواخت سازی مقررات حقوق دادرسی با استفاده از ابزارهای هماهنگ‌سازی و نزدیک‌سازی است. این که اصول که به زبان فارسی نیز ترجمه و منتشر شده‌اند از چه نوآوری‌هایی برخوردارند و چه نقاط ضعفی در آنها دیده می‌شود، موضوع این مقاله می‌باشند.

واژگان کلیدی:

اصول دادرسی، اصول کلی حقوقی، اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی، موسسه حقوق آمریکا، موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی، نظریه همکاری.

مقدمه

دو موسسه حقوق آمریکا در واشنگتن دی سی و یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی در رم تصمیم گرفتند درباره یکی از مهمترین شاخه‌های حقوق، مقررات مشترکی تدوین کنند تا دعای بازرگانی بین‌المللی بر پایه دسته‌ای از قواعد و مقررات قابل قبول و عادلانه حل و فصل شود. بنیانگذاران این اندیشه دو شخص به نام‌های جفری هازارد از دانشکده حقوق دانشگاه پنسیلوانیای آمریکا و میشل تاروفو از دانشگاه پابویای ایتالیا بودند. بعدها آقای آنتونیر جیدی از سالوادور برزیل و استاد دانشکده حقوق دتیروت مرسی میشیگان نیز به ایشان ملحق گردید. پس از آن که موسسه حقوق آمریکا در سال ۱۹۹۷ از این اندیشه حمایت کرد طرح اولیه «قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی» (*Rules of Transnational Civil Procedure*) ریخته شد. از آن پس این قواعد مورد بحث و گفتگوهای مختلف قرار گرفته است و یکی از نتایج این گفتگوها احراز این ضرورت بوده است که باید عمومیت و گسترش بیشتری به آن‌ها داده شود تا «هماهنگ‌سازی» و «نزدیک‌سازی» مقصود نظر نویسندگان فراهم گردیده و «یکنواخت‌سازی» قواعد دادرسی مدنی میسر شود. در این مرحله موسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی رم پیشنهاد همکاری در آن طرح را پذیرفت. در سال ۱۹۹۹ آقای رالف اشتورنر استاد حقوق دانشگاه فرایبورگ آلمان به امکان سنجی درباره طرح اقدام نمود و نتیجه مطالعات خود را در همان سال ارائه کرد (UNIDROIT 2001 - Study LXXVI - Doc. 3). تا سال ۲۰۰۰ مطالعه حول محور مقرراتی که «قواعد» نامیده می‌شوند، انجام می‌گرفت. مقررات اخیر متأثر از نظام حقوقی کامن لا نوشته شده بودند و هم از این رو، موافق دیدگاه‌های حقوق دانان نظام رومی ژرمنی قرار نمی‌گرفتند (See: FOUCHARD, 2001). این گونه بود که موسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی رم که پیش از این درباره «اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی» مقرراتی تدوین نموده بود، پیشنهاد کرد که لازم است در کنار این «قواعد» دسته‌ای مقررات کلی‌تر که «اصول» نامیده می‌شوند نوشته شود. بر این اساس اشتورنر، تاروفو، جیدی و هازارد در سال ۲۰۰۱ پیش‌نویس اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی را تدوین و معرفی نمودند (UNIDROIT 2001 - Study LXXVI - Doc. 4). مطالعه و پژوهش درباره این اصول و قواعد ادامه یافت و پس از آن در سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۳ اسناد دیگری پیشنهاد گردید. سرانجام، در سال ۲۰۰۴ آن دو موسسه در خصوص متن اصول آیین دادرسی مدنی فراملی به توافق رسیدند و آن را در ماه‌های مه و آوریل همان سال به تصویب رساندند (UNIDROIT 2004 - Study LXXVI - Doc. 11). متن «قواعد آیین دادرسی مدنی» نیز بدون این که به تصویب آن دو موسسه برسد در کنار این اصول منتشر گردید.

در این مقاله نگارندگان کوشیده‌اند تا امتیازها و ضعف‌های کار مشترک این دو موسسه را بی‌طرفانه مورد ارزیابی قرار دهند. بر این بنیان تلاش شده است که نخست به نوآوری‌های این مقررات عطف توجه گردد (بند ۱) و سرانجام ضعف‌های احتمالی آن از دیدگاه انتقادی (بند ۲) معرفی شود.

بند ۱) نوآوری‌های اصول آیین دادرسی مدنی فراملی

نویسندگان اصول آیین دادرسی مدنی فراملی به این نتیجه رسیده‌اند که جای دسته‌ای از مقررات در حل و فصل اختلافات ناشی از دعاوی بازرگانی بین‌المللی خالی است و این خود نوعی نوآوری قابل تقدیر در عرصه حقوق دادرسی مدنی است. به بیان دیگر، تلاش برای یکنواخت‌سازی مقررات آیین دادرسی مدنی که در حقیقت می‌توان آن را به واسطه وابستگی به بدنه قضایی حاکمیت ملی جزو غیرمنعطف‌ترین بخش‌های حقوق داخلی هر کشور به شمار آورد نوآوری‌ای است، در خور توجه. راهکار تحقق این نوآوری را نویسندگان و طراحان، اصول «هماهنگ‌سازی» و «نزدیک‌سازی» دانسته‌اند. در هماهنگ‌سازی، هماهنگ کردن نظام‌های حقوقی با وضع قوانین یا تدوین اسناد بین‌المللی مد نظر قرار می‌گیرد و در نزدیک‌سازی اصلاح قواعد حقوقی نظام‌های مختلف مورد توجه خواهد بود تا جایی که این قواعد به یکدیگر نزدیک شوند. با وجود این که اکثر تلاش‌های هماهنگ‌سازی و نزدیک‌سازی تنها در گستره قواعد ماهوی حقوق انجام شده، نویسندگان اصول در کار مشترک خود به حقوق شکلی توجه کرده‌اند و در شرح مربوط به «قلمرو اعمال و جایگزینی در حقوق داخلی» تحقق هر دو را آرزو کرده‌اند: «این اصول به منزله معیارهای حداقلی قضاوت در دعاوی بازرگانی بین‌المللی محسوب می‌شوند که در عین حال شایستگی استفاده برای حل و فصل سایر اقسام دعاوی مدنی را نیز دارند. همچنین، می‌توان اصول حاضر را الگویی مناسب برای قانونگذاری‌های ملی جهت اصلاح نظام‌های داخلی در زمینه آیین دادرسی مدنی به شمار آورد. از سوی دیگر، هر نظام ملی که قصد انطباق خود با این اصول را داشته باشد، می‌تواند با تصویب قوانین متناسب با اصول چنین کاری را انجام دهد. علاوه بر این راه حل، می‌توان این اصول را به منزله پیمانی بین‌المللی در معرض پذیرش کشورهای عضو جامعه بین‌المللی نهاد» (ر. ک: غمامی، ۱۳۸۸، ص ۳۸۳ تا ۴۰۳).

تفکیک میان «اصول» و «قواعد» نیز کار قابل توجه دیگری است که در راستای یکنواخت‌سازی بیشتر قواعد دادرسی نظام‌های حقوقی انجام گرفته است؛ دسته‌ای از مقررات کلی و عمومی که به مثابه اصول کلی حقوقی در زمینه آیین دادرسی عمل می‌کنند با نام «اصول دادرسی» مورد مطالعه قرار می‌گیرند و دسته‌ای دیگر که به نحو جزئی و تفصیلی به تشریفات،

فنون و نحوه محاکمه و دادرسی توجه می‌کنند «تشریفات یا فنون دادرسی» نامیده شوند. مقررات کلی ایده‌های عمومی و مقبول و کمتر تشکیک شده نظام‌های حقوقی ملی هستند و مقررات جزئی معیارهای نفی انحصارگرایی و جذب انعطاف بیشتر. برای نمونه، اگر بی‌طرفی دادرسی و استقلال دادگاه بدان‌سان که در اصل ۱ اصول آمده است، پذیرفته شود شیوه‌های تضمین آن در قسمت قواعد ممکن‌تر و سهل‌تر فراهم می‌آید.

بر این بنیان، نزدیک و هماهنگ ساختن دو نظام کامن لا و رومی-ژرمنی در عرصه آیین دادرسی را باید دیگر نوآوری این اصول و قواعد مربوط دانست؛ دو نظام حقوقی که در زمینه آیین دادرسی گاه با یکدیگر تفاوت‌های ژرف دارند پیش‌بینی حداقل‌های پذیرفته شده این دو نظام مانند رعایت اصل حسن نیت و صداقت در دادرسی، تامین استقلال و بی‌طرفی دادگاه و دادرسی، تضمین برابری کامل اصحاب دعوا در دادرسی، رعایت حق اصحاب دعوا در برخورداری از خدمات وکیل دادگستری و توجه به آگاهی و ابلاغ در آغاز و جریان و پایان دادرسی نمونه‌هایی از رویکرد وحدت‌گرا در این اصول هستند.

توجه مناسب به سرعت دادرسی در این دو متن ابتکار دیگری است که همواره اثر آن در جای جای این متون دیده می‌شود. اصل ۷ اصول به درستی بر سرعت معقول و متعارف برای رسیدگی تاکید کرده و ساز و کارهای نیل به آن را فراروی دادگاه‌هایی که قصد دارند با این اصول به حل و فصل اختلافات بپردازند، نهاده است؛ سرعتی که با همکاری طرفین و دادرسی به دست می‌آید و با هدف کشف حقیقت، که در مطاوی اصول خوش نمایان است، منافاتی ندارد. سرعت مطلوب نویسندگان اصول تنها در جریان فرایند حل و فصل اختلافات بدان نحو که در اصل ۱۴ مقرر گردیده است (بند ۱ اصل ۱۴)، مورد توجه نبوده، بلکه اجرای موثر و سریع رأی صادر شده از دادگاه را هم که لازمه تحقق مفهوم دادرسی عادلانه است در بر می‌گیرد و نویسندگان اصول این نکته را به زیرکی دریافته و بدان توجه داشته‌اند. این نکته نیکو را می‌توان از اصل ۲۹ اصول دریافت زیرا از این اصل این گونه استنباط می‌شود که اجرای رای نیز بخشی از دادرسی، و به تبع آن مشمول اصل لزوم سرعت در دادرسی، تلقی می‌گردد (در خصوص اجرای موثر رای رک: محسنی، ۱۳۹۱، ص. ۱۹۷-۲۱۶). به عبارت دیگر، این نوع سرعت، پذیرش ابزارهای سریع تبادل اطلاعات را نیز مهیا می‌کند. اینترنت، ای‌میل، فکس، تلفن و دیگر وسایل ارتباط آن‌چنان که در زندگی امروز مردم برای خود جای باز کرده است علی‌رغم فراهم بودن زمینه تأثیرگذاری، در آیین‌های دادرسی مقبول نبوده‌اند (پیرامون فناوری اطلاعات و ارتباطات و دادگستری رک: محسنی و رضایی نژاد، ۱۳۹۱، ص. ۱۴۲-۱۱۷). نویسندگان اصول، دقیق‌تر به واقعیات اجتماعی نگریسته‌اند از این رو، به نظر می‌رسد با فراغت بال بیشتری به سمت این ابزارهای نوین تبادل اطلاعات روی آورده‌اند (بند ۷ اصل ۵). ابزارهایی که تأثیرشان همچون

زندگی اجتماعی بر دادرسی و مفهوم ارزیابی کیفیت و سرعت و دقت آن غیرقابل انکار است. اصول با پیش بینی لزوم توافق طرفین جهت استفاده از این ابزارها راه‌حل میانه‌ای را پذیرفته‌اند که نسبت به قوانین داخلی کشورها بدیع است (ر.ک: محسنی، ۱۳۸۹، ش. ۸۰).

همچنین، رویکرد دیگر نگارندگان اصول به سرعت دادرسی در اجرای فوری آرا تبلور یافته است: «اصولا رای نهایی دادگاه نخستین فوراً قابل اجرا است» (اصل ۲۶). رایی که یک بازرگان علیه بازرگانی دیگر در دعوایی فراملی از دادگاه تحصیل می‌کند، نباید دستخوش انواع طرق عادی و غیر عادی شکایت از آرا قرار گیرد به نحوی که مقصود دادرسی را از بین ببرد. باری، این گونه است که نویسندگان اصول در اقدامی نوآورانه دیگر پژوهش‌پذیری رای را تابع قوانین مقرر دادگاه دانسته‌اند (اصل ۲۷). وانگهی، نویسندگان این متون تلاش کرده‌اند با افزایش راهکارهای کشف حقیقت در اصول دلایل را با قید الزام به محرمانه بودن (اصل ۱۸)، به راحتی در دسترس اصحاب دعوا و دادگاه قرار دهند (اصل ۱۶). کاری که امکان پیروی رای از واقع را تقویت نموده و آن را مبنایی برای لزوم اجرای فوری رای دادگاه نخستین می‌کند (اصل ۲۶).

پیش بینی ضمانت اجرای اعمال و اقدامات طرفین در دادرسی را باید ابتکار دیگری دانست که اغلب قوانین آیین دادرسی همچون قانون آیین دادرسی مدنی ایران از آن بی‌بهره است (اصل ۱۷، اصل ۱۵ و اصل ۲۵). چه طور ممکن است امروز دادرسی و آیین آن را بدون وجود ضمانت اجرا اداره کرد. تلاش نگارندگان برای دستیابی به نوعی نظریه عمومی ضمانت اجراها در این اصول شایسته تقدیر است. اگر طرفین یا وکلای آنان در جریان دادرسی حسن نیت و صداقت نداشته باشند مشمول ضمانت اجرا می‌شوند و حتی ممکن است با وجود برنده شدن از دریافت هزینه‌های معمول محروم گردند (بند ۲ اصل ۲۵). اگر آنان از مذاکرات و تلاش‌ها جهت نیل به صلح و سازش و شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات طفره روند ممکن است با ضمانت اجراهایی به شرح مندرج در اصول مواجه شوند (بند ۳ اصل ۲۴).

همچنین، استنباط قرینه مثبتی برای جلوگیری از به بن بست رسیدن آیین دادرسی راهکار دیگری است در مسیر تبیین ضمانت اجراها که نویسندگان اصول به درستی از عهده آن برآمده‌اند (بند ۳ اصل ۱۷ و بند ۲ اصل ۱۸). پس اگر بتوان نظریه عمومی ضمانت اجراهای آیین دادرسی را بر پایه سوءرفتار و تقصیرات و سوءاستفاده از مقررات آیین دادرسی و نیز فقدان حسن نیت استوار کرد، کار نو و هماهنگی به وجود می‌آید که نویسندگان متون حاضر از عهده آن به خوبی برآمده‌اند.

پیش‌بینی تکلیف دادگاه را در تشویق طرفین به صلح و سازش و به عبارت دیگر تعریف ماموریتی جدید برای دادگاه که می‌تواند به استناد آن طرفین را به سازش و صلح دعوت کند، باید نوآوری دیگری در این متون دانست. کاری که با بسترسازی دست‌یابی طرفین به طرق جایگزین حل و فصل اختلافات توسط دادگاه و حتی شناسایی توانایی تعیین ضمانت اجراها و تنبیهات برای سوءنیت ایشان، تضمین شده است (اصل ۲۴).

مزایای نوشتن متنی سلیس و روان برای اصول آیین دادرسی مدنی فراملی به زبان‌های فرانسه و انگلیسی را نباید انکار کرد. هر دو متن اصول بی‌تردید از نمونه‌های قابل قبول در ادبیات حقوق دادرسی به شمار می‌آیند. برای نمونه مقابله متون انگلیسی و فرانسوی اصل ۱۴ می‌تواند راهگشا باشد. در این اصل که به نقش دادگاه در اداره رسیدگی پرداخته می‌بینیم نویسندگان به خوبی توانسته‌اند ضمن رساندن مقصود، واژگان تقریباً دقیقی را برای این مهم برگزینند. واژه «l'office» که معانی متعددی در زبان حقوقی فرانسه دارد بهترین معادل برای «Responsibility» است. اوفیس در این اصل فقط به معنای اقدام و ابتکار نیست بلکه گویای نقشی است که بر پایه مسئولیت‌های دادگاه اعم از حقوق و تکالیف، بر عهده قاضی نهاده شده است. همچنین «Direction» می‌تواند معادل مناسبی برای «la conduite» باشد که هم به معنای هدایت است و هم به معنای مدیریت و اداره. واژگان «l'instance» و «Proceeding» نیز بدون تردید برابر یکدیگرند. رسیدگی به معنای فرایندی که واری و بررسی یک موضوع را به تدریج انجام می‌دهد معنایی است که به درستی از دو واژه فوق استنباط می‌شود. در واقع، پس از دادخواهی نوعی رابطه میان طرفین در دادگستری ایجاد می‌شود که در دل آن فرایندی برای بررسی و تحقیق وجود دارد. روش این تحقیق را آیین دادرسی تعریف می‌کند اما کار هدایت و اداره را دادگاه یا به تعبیری قاضی انجام می‌دهد. او رسیدگی را در قالب آیین دادرسی از پیش مقرر شده هدایت می‌کند. این مهم به وضوح در بند یک اصل ۱۴ تبلور یافته است:

Commencing as early as practicable, the court should actively manage the proceeding, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed. Consideration should be given to the transnational character of the dispute.

معنای متن انگلیسی به همان شفافیت در متن فرانسوی اصول نیز دیده می‌شود:

Le tribunal conduit activement l'instance le plus tôt possible dans la procédure. Il exerce un pouvoir d'appréciation afin de pouvoir mettre fin au litige loyalement, de façon efficace et dans un délai raisonnable. Le caractère transnational du litige doit être pris en compte.

تلاش نویسندگان در بازتاب دادن یک معنا در دو ساختار زبانی به این اختصار و ایجاز بی‌گمان کار فوق‌العاده‌ای است. این که عبارت «with reasonable speed» را بی آن که ترجمه تحت‌اللفظی کند برابر اصطلاح «dans un délai raisonnable» قرار داده‌اند خود نشان دهنده عمق دانش گروه تطبیق و مقابله دو متن است. تردیدی نیست که مترجم عبارت اخیر از

انگلیسی به فرانسه می‌توانست از جمله «avec/en raisonnable rapidité/vitesse» استفاده کند ولی، از آن جا که جملات اخیر در زبان حقوقی فرانسه نمی‌تواند معنای مورد نظر را برساند و حتی واژگان حقوقی جدیدی همچون «la célérité» که در حال حاضر موضوع پژوهش‌های جدید درباره سرعت آیین دادرسی در نظام حقوقی فرانسه است برای ادای مقصود کافی به نظر نمی‌رسد، نویسندگان اصول ترجیح داده‌اند آن عبارت را برابر واژگان انگلیسی یاد شده قرار دهند که به نظر درست می‌رسد.

در خصوص واژه «discretion» که به معنای صلاحدید و میل و اختیار تصمیم‌گیری آزادانه است به این نکته باید توجه داشت که اگر چه در زبان فرانسه همان واژه «discretion» وجود دارد ولی، نویسندگان ترجیح داده‌اند از عبارت «un pouvoir d'appréciation» جهت رساندن این معنا استفاده کرده و از به کارگیری واژگانی همچون «Pouvoir discrétionnaire» که می‌توانست نزدیک به واژگان انگلیسی باشد صرف نظر کنند. این گزینش واژگان را باید تایید کرد. چه، داشتن قدرت ارزیابی بدان شکل که در عبارت فرانسه آمده چیزی بیشتر از صلاحدید و میل و اراده آزاد است. در ارزیابی، دادگاه دانش حقوقی خود را با محتویات پرونده اعم از موضوع و حکم در می‌آمیزد و سپس به تشخیص خود عمل می‌کند. شناخت این نوع توانایی برای قاضی که ریشه در اصل استقلال دادگاه و آزادی وی در تفسیر قضایی دارد اگر در واژه «discretion» انگلیسی ممکن است ولی، در معادل «discretion» فرانسه نمی‌گنجد. از این رو، به نظر لازم بوده نویسندگان به استفاده از عبارت فرانسوی دیگری که گویای همه معنا باشد، روی آورند. جالب‌تر این که در ادبیات حقوق دادرسی ایران نه ارزیابی به تنهایی رساننده مقصود فوق خواهد بود و نه صلاحدید شخصی، بر این بنیان نگارندگان عبارت «صلاحیت ارزیابی و تشخیصی» را به عنوان برابر انتخاب کرده‌اند که وافی به مقصود باشد.

از دیدگاه زبان به کار رفته باید به این مزیت مضاعف نیز اشاره کرد که نویسندگان با رویکرد همگرایی و یکنواخت‌سازی، تنها هنگامی از اصطلاحات لاتین استفاده کرده‌اند که آن واژه لاتین در زبان حقوقی انگلیسی و فرانسه دارای یک معنا باشد. به عنوان مثال اصطلاح «Amicus curiae» که در اصل ۱۳ به کار رفته در این دو زبان معنای واحدی دارد.

ژرار کورنو حقوقدان و زبان‌شناس فرانسوی این واژه لاتین را در واژه‌نامه حقوقی خود

چنین توصیف کرده است:

Expression latine signifiant littéralement "ami de la Cour" empruntée au droit anglais pour désigner la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole ... (CORNU, 2007, p. 55).

در همان راستا، نویسندگان فرهنگ حقوقی بلک نیز همان واژه را این گونه تبیین نموده‌اند:

Latin "friend of the court". A person who is not a party to a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter ... (GARNER, 2004, p. 93).

این نوع نگرش یکسان‌ساز را می‌توان در خصوص واژگانی همچون *Quasi in Ex parte* و *Infra/Ultra petita Res judicata Status quo Lis pendens rem* نیز دید که خود به واقع گونه دیگری از تلاش برای یکنواخت‌سازی حقوق است.

بدین ترتیب باید اذعان داشت که گویا نویسندگان اصول آیین دادرسی مدنی نخواستند با انتخاب اصطلاحات حقوقی مرسوم در زبان فرانسه یا انگلیسی سابقه تاریخی را که در پس اصطلاحات حقوقی ملی نهفته است، به سندی که قرار است در «هماهنگ‌سازی» و «نزدیک‌سازی» حقوق دادرسی مدنی نظام‌های حقوقی متنوع کمک کند، منتقل کنند. این دقت نظر که در واقع عطف توجه به تأثیر تاریخ حقوق در معناکاوای واژگان و اصطلاحات حقوقی است، در جای خود شایسته تحسین است. باری، به نظر می‌رسد که هم بر این مبنا بوده است که در متن انگلیسی و فرانسوی اصل ۵ اصول و متن انگلیسی قاعده ۷ قواعد که در مورد ابلاغ و حق مورد استماع قرار گرفتن است اثری از اصطلاح جا افتاده و مرسوم «*Le principe du contradictoire*» یا «*Le principe de la contradiction*» دیده نمی‌شود. در حقوق فرانسه اصل اخیر در مفاد ماده ۱۴ کد آیین دادرسی مدنی زیر عنوان «*La contradiction*» چنین جلوه‌گر شده است: «در باره هیچ کس نمی‌توان قضاوت کرد بدون این که مورد استماع قرار گرفته باشد یا این که به دادرسی فراخوانده شده باشد». همان چیزی که به طور تفصیلی‌تر در بند ۱ اصل ۵ اصول و بند ۱ قاعده ۷ مقرر شده است.

بندهای ۴ و ۵ اصل ۵ نیز تقریباً حکم ماده ۱۵ کد فرانسه را تکرار می‌کنند. نویسندگان این متون علی‌رغم اقبال به این اصطلاح در حقوق بسیاری از کشورها همچون قانون آیین دادرسی مدنی سال ۲۰۰۰ اسپانیا، از به کار بردن آن در عنوان اصل خودداری کرده‌اند و به جای آن در متن انگلیسی اصول از عبارت: «*Due Notice and Right to be Heard*» و در متن فرانسه آن از جمله «*Notification et droit d'être entendu*» استفاده کرده‌اند. با وجود این که ممکن است این بی‌توجهی به اصطلاح فوق از نقاط ضعف کار این دو موسسه شمرده شود (NORMAND, p. 89-97)، زیرا اگر آن را تعمدی بدانیم آن‌گاه معلوم نیست چرا در بند ۴ اصل ۱ در مقابل عبارت «*proceedings without notice*» واژگان «*une procédure non contradictoire*» استفاده شده است، لیکن نظر می‌رسد نگارندگان اصول تلاش نموده‌اند متن مستقل و در عین حال قابل فهمی را به علاقه‌مندان ارائه کنند و بیش از آن که بخواهند غرق در تعارض و تهافت آرای نظام‌های حقوق ملی شوند، مقررات مفیدی به عرصه حل و فصل اختلافات بین‌المللی عرضه نمایند.

با وجود این، چنین رویه‌ای در مورد اصل ۱۰ اصول بین دو متن انگلیسی و فرانسوی دیده نمی‌شود. «*Le principe dispositif*» که به معنای تسلط طرفین دعوا بر امور موضوعی دعواست

منشاء رومی- ژرمنی داشته و به ویژه در حقوق فرانسه از زمان موتولسکی به بعد بسیار مورد بحث بوده (ببینید: RENAUT, 1998, pp. 783-789; MOTULSKY, 1974, p. 38-59 et aussi). در حال حاضر دچار تغییرات و تحولات ویژه‌ای شده است به نحوی که دسته‌ای از بزرگان دادرسی این کشور معتقدند اصل تسلط که از سلطه طرفین بر امور موضوعی سخن می‌گوید با گسترش متقابل اختیارات دادرس در امور موضوعی و طرفین در امور حکمی، به اصل نوین «همکاری موثر دادرس و طرفین» تبدیل شده است (CADIET, 2000; CADIET, 2006, p. 328, n°). با وجود این، در متن فرانسه اصول، واژه فوق‌الذکر به کار رفته است ولی، در متن انگلیسی عبارت «Party Initiative and Scope of the Proceeding» دیده می‌شود. این بخش از نوآوری که برپایه آن اصطلاح مورد اشاره وارد متن انگلیسی اصول نشده است قابل تایید است اما، موقعیت بخش دیگر که نشان دهنده استفاده از همان اصطلاح در متن فرانسوی است مبهم به نظر می‌رسد. وانگهی، همان طور که خواهیم دید انتقادات جدی بر واژگان این اصل وارد است که درباره آن خواهیم نوشت.

نوشته حاضر فرصت بحث درباره تمامی ظرافت‌های زبانی این متن را ندارد و همان طور که در بند آتی خواهیم دید وجود برخی ایرادات را نیز در آن نمی‌توان انکار کرد؛ ایراداتی که اگر چه از ارزش مجموع کار نمی‌کاهد اما، شایسته تامل و دقت نظر هستند.

بند ۲) برخی نقاط ضعف اصول آیین دادرسی مدنی

نخستین ضعف را باید در انحصارگرایی نویسندگان اصول آیین دادرسی مدنی دید که کاری با چنین عظمت و اهمیت را محدود به مقتضیات دو نظام کامن لا و رومی- ژرمنی کرده‌اند. گویا در دنیای حقوق دو نظام بیشتر وجود ندارد که یکی کامن لا با گرایش آنگلو- آمریکایی است و دیگری رومی- ژرمنی با پس زمینه حقوق فرانسه. اما واقعیت این‌گونه که تصور کرده‌اند نیست. حقوق در شرق و حتی غرب به اشکال مختلف و با فرهنگ‌های گوناگون در حال رشد و حرکت است. در اروپای امروز وقتی که سوییسی‌ها اقدام به نوشتن قانونی نوین برای آیین دادرسی مدنی کردند تنها به حقوق فرانسه یا آلمان یا ایتالیا توجه نمودند بلکه حقوق خود را شناخته و با توجه به فرهنگ سیاسی و قضایی خود متن جدیدی را نوشتند. حتی انگلیسی‌ها در زمان وضع قانون آیین دادرسی مدنی ۱۹۹۸ خود بنا بر تحقیقات و مطالعاتی که لرد ولف انجام داده است، مقید به سنت‌های کامن لای انگلیسی باقی نماندند و تا حد زیادی به راهکارهای نظام‌های حقوقی دیگر توجه کردند. نمی‌توان گفت در آمریکای لاتین و آمریکای جنوبی، نویسندگان قوانین چشم به حقوق اسپانیا یا ایتالیا و فرانسه دوخته‌اند تا مرّ قوانین این کشورها را ترجمه و به کدهای خود تبدیل کنند. سند کد نمونه

ایبرو آمریکا درباره آیین دادرسی مدنی (MOREIRA, Voyez : *Codigo procesal civil, 1988*, p. 437 ets. 1998-3) مثال روشنی است برای اثبات این مدعا که حقوق آمریکای لاتین با چه قدرت و صلابتی در حال حرکت و پیشرفت است. تحولات حقوق مشرق زمین نیز در زمینه حقوق دادرسی غیر قابل انکار است. نمی‌توان نهضت حل و فصل اختلافات بیرون از دادگستری را که در ژاپن به کمال رسیده نادیده گرفت (KITAMURA, 2004, pp. 659-666). واقعیت‌های موجود در نظام‌های وابسته به حقوق اسلام را نیز نباید از چشم دور داشت، هر چند اغلب کشورهای اسلامی در آیین دادرسی متأثر از حقوق رومی- ژرمنی باشند. در حقوق اسلام نیز به هر روی نکات و جهات قابل توجهی وجود دارد که در نوع خود بی‌نظیر است. رویکرد باز و غیرانحصاری که مکتب اسلام و رویه قضایی کشورهای مسلمان همچون ایران به نقش سازنده علم قاضی در دادرسی دارند در رویکردهای جهانی برای یکنواخت‌سازی آیین دادرسی شایسته هرگونه توجه‌هاست.

به عبارت بهتر، اختلافات بازرگانی فراملی در عرصه بین‌المللی تنها میان شهروندان نظام‌های حقوقی خاص به وجود نمی‌آید تا این که قواعد و مقررات مربوط به حل و فصل آن‌ها منبث از همان نظام‌های خاص باشد. درست است که نخستین بار ایده نوشتن چنین مقرراتی در ذهن یک آمریکایی و یک ایتالیایی تبار جرقه زده ولی، این امر موجب نمی‌شود که برای جست و جوی قواعدی این چنین عمومی زمینه‌ای محدود در نظر گرفته شود. این که می‌گویند اصول با تأثیر از نظام رومی- ژرمنی نوشته شده است و قواعد با الهام از حقوق کامن لا به نظر دلیل موجهی خواهد بود برای این که بسیاری از نظام‌های حقوقی ملی جز از سر تفنن رغبتی به این متون نداشته باشند. چیزی که با اساس هماهنگ‌سازی، نزدیک‌سازی و یکنواخت‌سازی مقصود نظر نویسندگان، منافات دارد.

ایراد بعدی به تکرار مفاهیم و مقررات در متن اصول باز می‌گردد. اگر خواننده یک یا چند بار متن اصول آیین دادرسی مدنی فراملی را بخواند بی‌درنگ درمی‌یابد که مفاد و مفاهیم مندرج در اصول در متن قواعد تکرار شده‌اند. این تکرار با توجه به این که فلسفه تدوین قواعد نوشتن مقرراتی جزئی در راستای اصول بوده است با اشکالی مواجه نیست. به واقع شاید بیهوده نباشد برای نمونه مفهوم اصل نخست اصول درباره استقلال، بی‌طرفی و اوصاف دادگاه و اعضای آن با جزئیات بیشتر در بخش C قواعد یعنی مواد ۹ و ۱۰ تبیین شود. قانونگذاران ملی با دقت بیشتری در مواد ۹ و ۱۰ ترکیب اعضای دادگاه و نیز بی‌طرفی آن را مشخص می‌کنند. ایراد در آن است که در خود اصول شاهد تکرار بیش از حد مفاهیم و مقررات هستیم. چه‌گونه ممکن است بتوان تکرار بندهای ۲ و ۳ اصل ۱۰ را در اصل ۲۸ توجیه نمود؟ اگر آن دو بند درخصوص تاریخ ارزیابی سبق طرح دعوا و موضوع دعوا سخن گفته‌اند،

دیگر چه نیازی است همان امر در بندهای اصل ۲۸ تکرار شود؟ در واقع، این وضعیت را می‌توان در اصل‌های زیادی دید: تکرار بند ۱ اصل ۵ در بندهای ۲ و ۳ اصل ۱۵؛ بند ۲ اصل ۸ در بند ۸ اصل ۵ و بند ۴ اصل ۱؛ بند ۲ اصل ۹ در بند ۲ اصل ۸ و بند ۳ اصل ۱۱؛ تکرار بند ۴ اصل ۹ در بند ۳ اصل ۱۱؛ اصل ۷ در بند ۴ اصل ۱۰؛ بند ۲ اصل ۴ در بند ۵ اصل ۱۱؛ بند ۲ اصل ۴ در بند ۵ اصل ۱۷؛ مفهوم کلی بند ۲ اصل ۷ در بند ۲ اصل‌های ۱۱، ۱۲ و ۱۴؛ بند ۲ اصل ۷ در بند ۳ اصل ۱۴ و قسمت ۲ بند ۳ اصل ۹؛ بند ۴ اصل ۱۶ در بند ۴ اصل ۱۹؛ بند ۳ اصل ۱۷ و بند ۲ اصل ۱۸ در بند ۳ اصل ۲۱؛ بند ۶ اصل ۵ در بند ۲ اصل ۲۳؛ بند ۳ اصل ۲۴ در بند ۲ اصل ۲۵؛ قسمت ۲ بند ۲ اصل ۲۲ در بند ۳ اصل ۲۷؛ بند ۳ اصل ۱۰ در قسمت ۱ بند ۲ اصل ۲۲؛ بند ۶ اصل ۲ و بند ۳ اصل ۱۰ در اصل ۲۸.

ممکن است گفته شود همبستگی مفاهیم کلی حقوق به یکدیگر ایجاب می‌کند در صورت لزوم تکرار شوند. برای نمونه تکرار مسأله ابلاغ و رعایت حقوق دفاعی در هر جا که بیم تخطی از آن می‌رود نه تنها بدون اشکال است بلکه نوعی مزیت به شمار می‌آید. مانند تکرار مقررات بند ۱ اصل ۵ در بندهایی از اصل ۱۵. این نوع تکرار به نظر بی‌اشکال است. برخی از مثال‌های یاد شده در بالا از این دست هستند؛ همچون تکرار لزوم سرعت رسیدگی و پرهیز از اطاله که در اصل ۷ آمده در سایر اصول یا تکرار لزوم همکاری و مشارکت که در اصل اخیر آمده در دیگر اصول.

همچنین، می‌توان گفت ممکن است در قانون حاکم بر آیین داورى یک یا چند اصل از این اصول مورد توافق طرفین اختلاف قرار گیرد. از این رو لازم است قاعده‌ای که احتمالاً در آینده مورد توافق قرار می‌گیرد از جامعیت برخوردار باشد. به عنوان مثال، توافق در مورد اجرای اصل ۱۱ که قسمتی از بند ۳ آن تکرار بند ۴ اصل ۹ است، اگر چه در خصوص تکالیف طرفین و وکلای آنان احکامی مقرر کرده، نمی‌تواند بدون توجه به ابلاغ و آگاهی به شرحی که در بند ۴ آن اصل آمده است، باشد. به تعبیر بهتر، شاید نویسندگان اصول با این تکرار خواسته‌اند به تمامی سلائق پاسخ دهند. همچنین، این احتمال وجود دارد برخی از کشورها تنها تعدادی از اصول را برای اصلاح نظام حقوقی خود بپذیرند بر این بنیان اصل مورد نظر ایشان باید واجد جامعیت کافی باشد. مثلاً اگر تنها اصل ۲۸ مورد توجه کشوری قرار بگیرد، این اصل باید هم به موضوع بپردازد که زمینه تشخیص و معیار است و هم حکم اعتبار امر قضاوت شده یا سبق طرح دعوا را مشخص کند. باری، اگر این حد تکرار پذیرفته نشود بندهای بسیاری از اصول تبدیل خواهند شد به ارجاع به بندهای اصول دیگر. برای نمونه در بند ۱ اصل ۲۸ خواهند نوشت: «برای شناخت موضوع دعوا رجوع کنید به بند ۳ اصل ۱۰». کاری که در سنت قانون

نویسی چندان معمول نیست. در جهت مقابل تکرار نیز باید حد قابل قبولی داشته باشد. به نظر می‌رسد بیش از ۲۰ حکم (اعم از مفهوم و منطوق) در میان ۳۱ اصل متعارف نبوده و جامعیت اصول را از بین می‌برد.

این تکرار ملالت بار حتی در برخی موارد موجب گردیده در یک مورد دو حکم ظاهراً متعارض در یک موضوع نوشته شود. بند ۳ اصل ۳ که درباره یکی از اصول کلی حاکم بر دادرسی یعنی برابری آیینی طرفین دعوا است مقرر کرده است که: «نباید هیچ‌گونه وثیقه یا تأمینی بابت هزینه دادرسی به یک شخص، صرفاً به دلیل تابعیت خارجی یا نبود اقامتگاه او در کشور مقرر دادگاه تحمیل شده و یا در فرض درخواست اقدامات موقتی به احتمال این که درخواست کننده ممکن است در ماهیت محکوم شود پرداخت چنین تأمینی الزامی گردد». حکم این بند از اصل ۳ با قسمت اخیر بند ۳ اصل ۸ در تعارض است. در بند اخیر چنین نوشته شده است: «اگر در نتیجه رسیدگی بعدی، دادگاه صدور آن اقدام را بی‌وجه تشخیص دهد، به طور معمول متقاضی دستور باید از عهده خسارت طرف مقابل برآید. هنگامی که این امر ضروری به نظر رسد، دادگاه می‌تواند از متقاضی اقدام موقتی بخواهد تا تأمینی سپرده یا این که به شکل رسمی التزام به جبران خسارت طرف مقابل را بپذیرد». به بیان دیگر، اگر به موجب صراحت بند ۳ اصل ۳ نباید در فرض درخواست اقدامات موقتی به احتمال این که درخواست کننده ممکن است در ماهیت محکوم شود پرداخت تأمین الزامی گردد، چرا شق اخیر بند ۳ اصل ۸ به دادگاه اجازه داده است در موارد مقتضی از متقاضی تأمین گرفته یا اقدام موقتی را منوط به التزام رسمی متقاضی به جبران خسارات احتمالی کند؟ پاسخ این پرسش و علت این تعارض در فاصله ۵ اصل مشخص نیست مگر این که گفته شود بند ۳ اصل ۳ صرفاً ناظر به منع اخذ تأمین یا تضمین از اتباع بیگانه یا کسانی است که در مقرر دادگاه اقامت ندارند و در مورد سایر اشخاص حکم بند ۳ اصل ۸ اجرا می‌شود.

درباره ایراد دیگر باید گفت تقریباً اصلی از اصول نیست که بی‌ارتباط با ادله باشد. بند ۴ اصل ۵ در خصوص حق ارائه عناصر اثباتی برای طرفین؛ بند ۱ اصل ۶ در باره زبان اسناد و مدارک؛ بند ۲ اصل ۹ پیرامون مقطع ارائه دلیل و قسمت‌های ۴ و ۶ بند ۳ و نیز بند ۴ همان اصل درباره ارائه، قابلیت پذیرش و آگاهی از ادله و اداره دلایل و نیز طرح آن‌ها در آخرین جلسه رسیدگی؛ بند ۳ اصل ۱۱ تشریح ادله مستند ادعا به نحو مکفی؛ اصل ۱۶ درباره دسترسی به دلایل؛ اصل ۱۸ در خصوص تکلیف محرمانه بودن و مصونیت از افشای دلیل؛ بند ۳ اصل ۱۹ ناظر به دلیل مبتنی بر گواهی شفاهی یا مکتوب؛ بند ۱ اصل ۲۰ پیرامون علنی بودن جلسه اداره دلایل؛ اصل ۲۱ در خصوص بار اثبات و افتناع دادرسی؛ قسمت‌های چندگانه بند ۲ اصل ۲۲ مربوط به دلایل اضافی، دلایل جدید، نحوه وصول و گردآوری و ارزیابی دلیل و کارشناس

و اظهار نظر او؛ بند ۲ اصل ۲۳ پیرامون دلیل مستند رای؛ بند ۳ اصل ۲۷ ناظر به دلایل جدید در پژوهش‌خواهی و سرانجام اصل ۳۱ در زمینه تعاون قضایی بین‌المللی در تعیین، حفظ و ارائه دلیل. از میان مسائل پیرامون دلایل که به شرح فوق بیان گردید آن چه بیش از حد ذهن نویسندگان را مشغول نموده مسئله افشا و کشف دلیل یا «Discovery» است که با عنوان «دسترسی به اطلاعات و دلایل» در اصل ۱۶ مقرر شده است. به نظر می‌رسد علی‌رغم توجه جدی، تلاش بی‌حد و حصر جهت نزدیک کردن نظام‌های حقوقی به ویژه پیرامون کشف حقیقت از طریق افشا و کشف دلیل در این اصول چندان موثر نباشد و سیستمی که حتی در نظام حقوقی آمریکا دچار انتقادات جدی شده، چندان مقبول جامعه جهانی نشود.

افشا و کشف دلیل در نظام کامن لای آمریکایی که زیر عنوان «Discovery» شناخته می‌شود اجمالا بدین معناست که طرفین دعوا از دادگاه می‌خواهند جهت گردآوری اطلاعات برای دادرسی اقدام کنند. در دعاوی مدنی این کار ممکن است در مرحله «پیش محاکمه» انجام شود. قواعد آیین دادرسی مدنی فدرال آمریکا مقررات مفصلی درباره کشف دلیل دارد. پیش از تصویب این قواعد در سال ۱۹۳۸ مدعی باید مطابق قاعده شخصا ادعای خود را در دادگاه ثابت می‌کرد. قواعد فدرال این سنت مشکل و سخت را تغییر داد، به نحوی که اینک می‌توان حتی بدون دلیل نیز دعوا اقامه کرد. قانونگذار آمریکایی در بخش ۵ این قانون مقررات مفصلی در این باره تدوین نموده است.

بر اساس بند ۱ قسمت ب ماده ۲۶ قواعد آیین دادرسی مدنی فدرال آمریکا طرفین می‌توانند از دادگاه بخواهند آیین کشف دلیل در مورد هرگونه دلیل غیرمحرمانه مرتبط با هر بخش از ادعا یا دفاع اجرا کنند. این قانون همچنین راه‌ها و ابزارهای زیادی برای این کار پیش بینی کرده است مانند: بازجویی (Interrogatories)، گواهی بیرون از دادگاه که معمولاً مکتوب است (Depositions)، درخواست جهت پذیرش یا به عبارت دیگر درخواست قبول یا نکول سوگند یا تایید اصالت سند (Requests For Admission). همچنین ممکن است یک طرف دعوا طرف دیگر را ملزم به آوردن دلیل یا سند و مدرکی نماید. هازارد و تاروفور که از نویسندگان اصول نیز به شمار می‌آیند، در کتابی راجع به آیین دادرسی مدنی آمریکا در این باره نوشته‌اند: «کشف دلیل ممکن است در مورد وقایعی نیز که به طور اتفاقی با دعوا ارتباط دارند تجویز شود، به نحوی که حتی اگر این وقایع به طور مستقیم اثبات شده یا مردود اعلام نشوند فرایند کشف دلیل اجرا گردد» (HAZARD et al, 1993, p. 115).

در نتیجه، به طور کلی باید گفت راهکارهای این نظام برای کشف دلیل بسیار زمان‌بر و پرهزینه خواهد بود (ر. ک. : MILLER, 1997, pp. 905 ets). از این رو، ناکارآمدی و ناسازگاری آن با معیارهای دادرسی عادلانه امروز از جمله سرعت دادرسی و کم هزینه بودن آن هویدا

می‌شود. چگونه می‌توان با این نظام گسترده کشف دلیل و افشای آن مقتضیات سرعت دادرسی را که در اصل ۷ اصول آمده به اجرا درآورد؟ در دعاوی بازرگانی فراملی که طبعاً نیازمند سرعت در رسیدگی است چرا باید سال‌های سال به دنبال تحصیل یک رای از دادگاه فراملی بود در حالی که دیوان‌های داوری سریع‌تر به اختلافات بازرگانان رسیدگی می‌کنند؟ این رویکرد به نظر موجب بروز پی‌آمد دیگری نیز گردیده است؛ از جمله اجرای فوری رای دادگاه نخستین و پژوهش ناپذیری آن (اصل ۲۶ و ۲۷). از سوی دیگر، این هم معلوم نیست که چرا باید نویسندگان سندی این چنین عام که قاعدتا باید نزدیک‌کننده دو نظام حقوقی کامن لای آمریکایی و رومی-ژرمنی باشد، یکجانبه به سمت چنین نظام پرهزینه و پراطاله‌ای گرایش یافته‌اند؛ گرایشی که موافق رعایت فرهنگ‌های حقوقی و قضایی کشورها نیز تلقی نشده است (CADIET, 2001, p. 115-119) و سابقه درخشانی نیز ندارد.^۱ آیا بیش از علاقه شخصی نویسندگان در کار دخیل بودن است؟

برخی مقررات که به شکل اصل تدوین شده فاقد کلیت مورد نیاز است. تعریف کردن اصل یا «Principle» حتی در نظام رومی-ژرمنی کار مشکلی است. این واژه دارای بار معناشناختی تاریخی و فلسفی ویژه‌ای است. هر تعریفی از آن با هر منظر و رویکرد به سمت مفاهیم متعددی می‌لغزد. ژرار کورنو در اثر خود چندین معنا برای آن نوشته است. از جمله قاعده یا هنجاری عمومی با ویژگی غیر حقوقی که می‌توان از آن هنجاری حقوقی استنباط کرد، و یا قاعده‌ای حقوقی که متنی قانونی آن را به نحوی کلی و عمومی بیان کرده که قابلیت اعمال بر موارد متعدد را دارد و از طریق یک مقام عالی تحمیل می‌شود. قاعده‌ای کلی که اگر چه در متنی نیامده ولی، از لحاظ حقوقی الزامی است (CORNU, 2007, p. 720).

دست کم بر کلیت و قاعده بودن «اصل» در این نظام همگان اذعان دارند. پس اصل آن قاعده‌ای است که از کلیت کافی برخوردار است و قابلیت اعمال و اجرا در موارد متعدد و بی‌شماری را دارد. اکثر اصول آیین دادرسی مدنی فراملی از این کلیت و عمومیت برخوردارند ولی، برخی از آن‌ها مانند اصل ۶ آن چنان که باید عام نیستند. در این اصل که پیرامون زبان دادرسی است به مسائلی پرداخته شده که بیشتر در حد مقررات آئین نامه‌ای هستند؛ این که دادرسی باید به زبان دادگاه انجام شود، می‌توان اجازه داد تمام یا بخشی از دادرسی با زبانی دیگر انجام شود مشروط به این که از این کار به حقوق هیچ یک از طرفین دادرسی خللی وارد نشود؛ و این که ترجمه اسناد و مدارک طولانی و پرحجم را می‌توان به ترجمه قسمت‌های

۱. پروفیسور کادیه در صفحه ۱۱۶، پاورقی شماره ۲ مقاله فوق‌الذکر نوشته‌اند که این بی‌رغبتی به نظام *discovery* یک بار در مورد ماده ۲۳ کنوانسیون لاهه پیرامون دست یابی به دلایل موجود در کشور خارجی مورخ ۱۸ مارس ۱۹۷۰ با اعمال حق شرط از سوی اکثر کشورها دلیل به اثبات رسیده است.

منتخب طرفین یا دادگاه محدود کرد. نویسندگان می‌توانستند این مقررات را که در حد آئین نامه هستند در بخش قواعد پیش‌بینی کنند.

باری، نمی‌توان انکار کرد که ممکن است در عرصه بین‌المللی مشخص کردن زبان رسیدگی لازم و واجب باشد اما، ایراد مورد نظر ناظر به این است که آن چنان که سایر اصول همچون اصل ۱ و ۲ و ۴ و غیره از کلیت و جامعیت در اداره‌کنندگی برخوردارند اصل ۶ فاقد آن است. با وجود این، ارزش شق نخست بند ۳ اصل ۶ را که از فراهم آوردن امکان ترجمه برای کسی که قادر به فهم زبان دادرسی نیست سخن گفته است نباید کمتر از سایر اصول دانست. پیوند خوردن لزوم ترجمه با رعایت حقوق دفاعی موجب شده است خواننده ارزش و اهمیت همان اصل را برای مورد اخیر شناسایی کند. به هر روی، آن چه در مورد کمتر کلی و عام بودن اصل ۶ مرقوم گردید از منظر نگارندگان این سطور بیشتر انتزاعی و ذهنی است تا عملی و واقعی. ممکن است خواننده‌ای دیگر چنین برداشتی از اصل ۶ نداشته باشد.

به‌کارگیری برخی واژگان تقریباً مبهم را باید ایراد دیگر این متون دانست. در اصول آیین دادرسی مدنی فراملی به کرات واژه «Reasonable» یا «Raisonnable» تکرار شده است. این واژه همان طور که در شرح اصل ۳ اصول تبیین گردید به نظر دست کم واجد دو معنای «معقول و متعارف» است. به دلیل ابهام این واژه هم در حقوق فرانسه و هم در حقوق آمریکا نویسندگان اصول تلاش کرده‌اند آن را برابر با واژگان «متناسب»، «پراهمیت»، «متعادل»، «منصفانه»، و متضاد واژه «استبدادی» (Proportionnel, Significatif, Non excessif, Fair, Arbitrary) قرار دهند. نویسندگان اصول چنین تلقی کرده‌اند که ارجاع به این واژه موجب می‌شود تا دادگاه از ارائه تفسیرهای پیچیده منع گردیده و در واقع، از نوعی قدرت تشخیص بهره‌مند شود؛ تفسیری که به زعم ایشان مانع اجرای سختگیرانه، افراطی و غیرمنطقی اختیارات دادگاه می‌شود. این مقصود اگر با به‌کارگیری این واژه میسر شود بی‌گمان باید آن را از مزایای اصول دانست و نه از معایب آن. اما، باید اعتراف کرد به‌کارگیری مفاهیم مشککی همچون واژه فوق نتیجه‌ای نخواهد داشت جز افزودن بر ابهامات و در نتیجه قدرت تشخیص و ارزیابی بیش از حد برای قاضی؛ چیزی که تعادل نظام دادرسی را به هم خواهد ریخت. مقررات آیین دادرسی برخلاف قواعد ماهوی حقوق باید به حد اعلی روشن و غیر مبهم باشند تا مقتضیات دادرسی منصفانه از جمله قابل فهم بودن آیین دادرسی برای همگان رعایت شود. واژه‌ای که ممکن است دارای معانی متناسب، پراهمیت، متعادل و منصفانه باشد و در برابر واژه استبدادی قرار بگیرد به خودی خود وجود ابهام را نشان خواهد داد. این ابهام به حدی بوده که نگارندگان این نوشته ترجیح دادند این واژه را برابر با «معقول و متعارف» قرار دهند و از به‌کارگیری یکی از آن‌ها جز در مورد بند ۱ اصل ۲۵ که گریزی وجود نداشت خودداری کنند. در این اصل آمده است:

«محکومله اصولاً حق دارد تمام یا بخش اساسی هزینه‌های متعارف دادرسی را مسترد کند. واژه هزینه در این جا شامل هزینه طرح دعوا، هزینه‌های پرسنل قضایی مانند مدیران دفاتر، هزینه‌های مربوط به کارشناسی و حق الوکاله و مانند آن می‌شود». ممکن است مراجعه به پنج کارشناس در ابتدای دعوا از منظر ذی‌نفع معقول باشد ولی هزینه آن را نمی‌توان هزینه متعارف دانست.

ایراد یاد شده را می‌توان همچنین در مورد واژگانی همچون «تناسب» (Proportionnalité) در بند ۸ اصل ۵ و بند ۱ اصل ۸، «ارتباط اساسی» (Lien substantiel (Substantial Connection)) در قسمت ۲ بند ۲ اصل ۲ و بند ۱ اصل ۱۲، امر موضوعی و حکمی و اثباتی «مرتبط» (Pertinent (Relevant)) در بند ۱ و ۲ اصل ۱۶ و بند ۳ اصل ۲۱ و بند ۱ اصل ۲۲ و «مسائل مرتبط» (Question pertinente (Relevant Issue)) در بند ۴ اصل ۲۲ و قسمت ۲ بند ۴ اصل ۲۲ و «مسائل غیرمرتبط» در بند ۲ اصل ۲۵ وارد دانست. گرچه کوشش‌های زیادی انجام شده است تا واژگان مذکور تبیین شوند و واجد معنای منطقی گردند.

ایراد دیگر مربوط است به ناهماهنگی متون انگلیسی و فرانسه اصول. علی‌رغم مزایای چشمگیر متن اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی و در حقیقت با وجود این که می‌توان گفت هر دو متن اصول و قواعد از بهترین نمونه‌های متون قابل فهم و روان حقوقی محسوب می‌شوند، گاه در مقابله آن دو متن تعارض‌هایی دیده می‌شود که مخل به معنا هستند. برای نمونه در متن فرانسوی بند ۴ اصل ۱۱ عبارت: «پس از تذکر به او» نیامده است:

English: *A party's unjustified failure to make a timely response to an opposing party's contention may be taken by the court, after warning the party, as a sufficient basis for considering that contention to be admitted or accepted.*

Français: *En l'absence de contestation en temps utile par une partie d'un moyen soulevé par la partie adverse, le tribunal peut considérer que ledit moyen a été admis ou accepté.*

در متن انگلیسی بند ۴ اصل ۱۷ عبارت «ارائه دلیل کذب» استفاده شده است که اعم از «ادای شهادت دروغ» است که در متن فرانسوی آن آمده است:

English: *The law of the forum may also provide further sanctions including criminal liability for severe or aggravated misconduct by parties and nonparties, such as submitting perjured evidence or violent or threatening behavior.*

Français: *Le droit du for peut prévoir des sanctions supplémentaires, telles que la responsabilité pénale d'une partie ou d'un tiers ayant commis une faute grave, par exemple en cas de faux témoignage, de violence ou de tentative d'intimidation.*

«ارائه شفاهی جهات تکمیلی» که در بند ۱ اصل ۱۹ آمده در متن انگلیسی به عنوان «ارائه

استدلال شفاهی» مقرر شده است:

Français: *Les conclusions, mémoires et moyens de droit sont en principe présentés initialement par écrit. Les parties peuvent toutefois présenter oralement des moyens supplémentaires sur des questions importantes de fond ou de procédure.*

English : *Pleadings, formal requests (motions), and legal argument ordinarily should be presented initially in writing, but the parties should have the right to present oral argument on important substantive and procedural issues.*

به طور کلی ساختار و ادبیات بند ۲ اصل ۲۵ در دو متن انگلیسی و فرانسه متفاوت است؛ تفاوتی که قابل توجه به نظر می‌رسد.

این میزان تفاوت دو متن اگر چه ممکن است بیشتر ناشی از ساختار زبانی آن دو باشد ولی، دست کم در یک مورد به هیچ روی قابل توجه نیست. از مطالعه متن انگلیسی بند ۳ اصل ۱۲ «تکلیف» دادگاه در تجویز جایگزینی یا قائم مقامی شخص دیگری به جای طرفین دادرسی به دست می‌آید و از خواندن متن فرانسوی آن «اختیار» در این کار:

English: *When appropriate, the court should grant permission for a person to be substituted for, or to be admitted in succession to, a party.*

Français: *Lorsque cela lui paraît justifié, le tribunal peut autoriser une personne à se substituer à une partie ou à continuer l'action en cours d'instance.*

این تفاوت که موجب تغییر جدی در نقش دادگاه گردیده است جزئی و قابل اغماض به نظر نمی‌رسد و لازم است در ویرایش‌های بعدی اصول مورد توجه قرار گیرد.

همچنین، عنوان اصل ۱۰ اصول در متن فرانسه «*Le principe dispositif*» است در حالی که در متن انگلیسی عبارت «*Party Initiative and Scope of the Proceeding*» آمده است. به این نکته در بند مربوط به نوآوری‌های اصول اشاره شد اما، ایرادی که نمی‌توان از آن گذشت این است که اصل «ابتکار عمل خصوصی» اگر چه با اصل «تسلط طرفین بر قلمرو امور موضوعی دعوا» تا حد زیادی مرتبط است ولی، اولی از ابتکار عمل‌ها و اختیارات طرفین در «آغاز کردن و پایان دادن به رسیدگی» سخن می‌گوید و دومی از سلطه طرفین بر «امور موضوعی دعوا و قلمرو آن». به بیان دیگر اولی در خصوص «رسیدگی» است و دومی درباره «موضوع دادرسی». علاوه بر این که بر خلاف متن فرانسوی اصول، عنوان اصل ۱۰ متن انگلیسی از اصل ابتکار عمل خصوصی و قلمرو رسیدگی سخن گفته است، این تفکیک در خود اصل ۱۰ نیز رعایت نشده است. بندهای ۱، ۲ و ۵ ناظر به اصل ابتکار عمل خصوصی طرفین دعوا هستند و به ویژه بند ۲ آن هیچ ارتباطی با اصل تسلط ندارد و بندهای ۳ و ۴ با اصل تسلط و قلمرو موضوع دعوا ارتباط دارند. این آمیختگی را ممکن است با توجه به ارتباط دو اصل توجیه کرد اما از ناهماهنگی دو عنوان در دو متن نمی‌توان چشم پوشید.

بی‌نظمی دیگری که در متن اصول می‌توان جست به بند ۲ اصل ۳، بند ۳ اصل ۳، قسمت ۳ بند ۳ اصل ۹، اصل ۲۶، اصل ۲۹ و اصل ۳۰ مربوط است. در واقع، با وجود این که اصول آیین دادرسی مدنی فراملی در اصل ۸ خود از «اقدامات تأمینی و موقتی» سخن گفته است و در اصل ۳۱ نیز هر دو اقدام را مورد اشاره قرار داده است ولی، در اصول یاد شده تنها از اقدام

موقتی «*Mesures provisoires*» یا «*Provisional Measures*» نام برده است. این در حالی است که مصلحت و شرایط صدور هر دو اقدام یک چیز و آن حمایت از منافع در حال تضییع و خطر ذی‌نفع به شکل تامینی یا موقتی است. بنابراین تبعیض در آوردن نام هر دو فاقد مبنای حقوقی و منطقی است.

نتیجه

از بررسی اصول آیین دادرسی مدنی فراملی می‌توان دریافت که نوآوری‌هایی درخور توجهی مانند توجه به دسته‌ای مقررات عمومی و کلی در کنار مقررات جزئی و تفصیلی برای دادرسی، تلاش برای نزدیک کردن نظام‌های حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی، توجه مناسب به اصل سرعت در دادرسی، اجرای فوری آراء، پیش‌بینی ضمانت‌های اجراهای متناسب برای نظم دادن به آهنگ و حرکت کشف حقیقت در دادرسی، پیش‌بینی تکلیف دادگاه در ایجاد صلح و سازش میان طرفین اختلاف و بهره‌مندی از متونی روان و قابل فهم را باید به عنوان مزایای اصول آیین دادرسی مدنی فراملی برشمرد و ایراداتی مانند انحصارگرایی نویسندگان اصول در توجه صرف به دو نظام حقوقی کامن‌لا و رومی ژرمنی، تکرار مفاهیم و مقررات اصول که گاه مخل است، توجه بیش از حد به نظام منتخب اداره دلیل و گرایش بلاوجه به نظام افشا و کشف دلیل کامن‌لا آمریکا، فقدان کلیت مناسب در خصوص برخی از اصول و سرانجام به‌کارگیری برخی واژگان و اصطلاحات مبهم در متن اصول و بعضاً ناهماهنگی متون فرانسوی و انگلیسی آن و وقوع نوعی بی‌نظمی در خصوص برخی اصطلاحات را باید به عنوان نقاط ضعف این متن معرفی کرد. پیشنهاد می‌شود با توجه به گذشت قریب به ده سال زمان تصویب اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، کارگروه جدیدی متشکل از دست‌کم حقوق‌دانان کشورهای عضو موسسه یک نواخت سازی حقوق خصوصی برای بررسی نقاط ضعف و قوت اصول تشکیل گردد و کشور ما نیز به واسطه عضویت در این موسسه، می‌تواند به منظور دفاع از نظام حقوقی کشور در این قبیل کارگروه‌ها مشارکت داشته باشد.

منابع و مآخذ

الف- فارسی

۱. غمامی، مجید، (۱۳۸۸)، *مهمانگ سازی آیین دادرسی مدنی*، در: *منهج عدل*، مجموعه مقالات اهدا شده به استاد ناصر کاتوزیان، به سعی دکتر حسن جعفری تبار، انتشارات دانشگاه تهران.
۲. محسنی، حسن، (۱۳۹۱)، *اجرای موثر رای مدنی (مفهوم، موانع و راهکارها)*، فصلنامه حقوق، دوره ۴۲، شماره ۴، زمستان.
۳. محسنی، حسن و همایون رضایی نژاد، (۱۳۹۱)، *دادگستری و پیشرفت فناوری اطلاعات و ارتباطات، مطالعات حقوقی* دانشگاه شیراز، دوره ۴، شماره ۲، پائیز و زمستان.

۴. محسنی، حسن، (۱۳۸۹)، *اداره جریان دادرسی مدنی، بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی*، با دیباچه استاد ناصر کاتوزیان، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۵. محسنی، حسن، (۱۳۸۷)، *عدالت آیینی: پژوهشی پیرامون نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی*، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۱، بهار.

ب- خارجی

1. *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*, 2006, as adopted and promulgated by American Law Institute at Washington, D.C, U.S.A. May 2004 & by UNIDROIT at Rome Italy April 2004, U.S.A: Cambridge University Press.
2. BONE, Robert G., 2003, *Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness*, in : Boston University Law Review, Vol, 83.
3. CADIET, Loïc et Emmanuel JEULAND, 2006, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec.
4. CADIET, Loïc, 2000, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 3^e éd.
5. CADIET, Loïc, 2001, *Quelles preuves? Discovery, Témoins, Experts, Rôle respectif de parties et du juge*, in : Philippe FOUCHARD, (Sous la dir.), *Vers un procès civil universel? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Paris: Éditions Panthéon – Assas (Paris II), 2001.
6. CORNU, Gérard, 2007, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF / Quadriga, 7^e éd. 2007.
7. FOUCHARD, Philippe, 2001, (Sous la dir.), *Vers un procès civil universel? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Paris: Éditions Panthéon – Assas (Paris II), 2001.
8. GARNER, B. 2004, (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, U.S.A., Thomson/West, 8th Ed..
9. HAZARD G. C., and M. TARUFFO, 1993, *American Civil Procedure: An Introduction*, U.S.A., Yale University Press.
10. KITAMURA, Ichiro, 2004, *1^o Japon*, in : Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.
11. MILLER, Geoffrey, 1997, *The Legal- Economic Analysis of Comparative Civil Procedure*, in: American Journal of Comparative Law. Vol 45. n°4.
12. MOREIRA, Carlos Barbosa, 1998, *Le code-modèle de procédure civile pour l'Amérique latine de l'Institut Ibéro-américain de droit processuel*, in : Zeitschrift für Zivilproze (International), n° 3.
13. MOTULSKY, Henri, 1974, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, in : ÉCRITS, Paris, Dallòz, Tome I.
14. NORMAND, Jacques, *La confrontation des principes directeurs*, in : Philippe FOUCHARD, (Sous la dir.), *Vers un procès civil universel? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Paris: Éditions Panthéon – Assas (Paris II), 2001.
15. RENAUT, Marie-Hélène, 1998, *Le principe dispositif et ses conséquences aberrantes*, in : Revue huissiers de justice.
16. UNIDROIT 2001 – Study LXXVI – Doc. 3, Joint American Law Institute / UNIDROIT Working Group on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. REPORT ON THE FIRST SESSION ROME, 22 TO 26 MAY 2000 (Prepared by Antonio Gidi, Secretary to the Working Group) – Rome, October 2000.
17. UNIDROIT 2001 - Study LXXVI - Doc. 4, Joint American Law Institute / UNIDROIT Working Group on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. DRAFT PRINCIPLES AND RULES prepared by Professors G. Hazard, Jr., R. Stürner, M. Taruffo and A. Gidi – Rome, April 2001.
18. UNIDROIT 2004 - Study LXXVI - Doc. 11, Joint American Law Institute / UNIDROIT Working Group on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. DRAFT PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE WITH COMMENTS, prepared by Professors G. Hazard, Jr. , R. Stürner, M. Taruffo and A. Gidi – Rome, February 2004.
19. UNIDROIT 2004 - Study LXXVI - Doc. 12, Joint American Law Institute / UNIDROIT Working Group on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure.

DRAFT RULES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE WITH COMMENTS,
prepared by Professors G. Hazard, Jr., R. Stürner, M. Taruffo and A. Gidi – Rome,
February 2004.

Archive of SID