



آثار برگزیده حقوقی - ۱۸

آیین دادرسی مدنی فرانسی

دکتر مجید غامی دکتر حسن مجیدی

اعضای هیات علمی دانشکده حقوق دانشگاه تهران



غمامی، مجید- ۱۳۴۶
آیین دادرسی مدنی، فراملی، دکتر مجید غمامی / دکتر حسن محسنی
تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰
۲۲۶ ص.
ISBN 978-964-325-290-8

میرشناسه،
عنوان و نام پدیدآورگان،
مشخصات نشر،
مشخصات ظاهری،
شابک،
وضعیت فهرست نویسی،
یادداشت،

لیبا
چاپ قبلی کتاب حاضر با عنوان " اصول آیین دادرسی مدنی فراملی : بررسی
تطبیقی اصول آیین دادرسی مدنی فراملی- " توسط تشر میسران در سال ۱۳۸۶
منتشر شده است.
اصول آیین دادرسی مدنی فراملی : بررسی تطبیقی اصول آیین دادرسی مدنی
فراملی- .

عنوان دیگر،

آیین دادرسی مدنی (حقوق بین المللی)

موضوع

محسنی، حسن- ۱۳۵۸

شناسه افزوده،

شرکت سهامی انتشار

شناسه افزوده،

۱۳۹۰ الف-۸/ع ۱۲/۱۴ KV۶

رده بندی کنگره،

۳۴۰/۹

رده بندی دیویی،

۲۴۷۲۲۲۸

شماره کتاب شناسی ملی،

آیین دادرسی مدنی فراملی

تألیف : دکتر مجید غمامی و دکتر حسن محسنی

ناشر : شرکت سهامی انتشار

چاپ اول : ۱۳۹۰

چاپخانه حیدری : ۱۱۰۰ نسخه

۶۹۵۰ تومان



دفتر مرکزی: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، نرسیده به میدان بهارستان، جنب خیابان ملت، شماره ۹۲

کدپستی: ۱۱۴۳۹۶۵۱۱۸ تلفن: ۳۳۹۰۴۵۹۲ دورنگار: ۳۳۹۷۸۱۸۸

WWW.ENTESHARCO.COM Email: info@entesharco.com

فروشگاه مرکزی: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، نیش خیابان ملت، شماره ۱۰۲، تلفن: ۳۳۱۱۴۰۴۴

فروشگاه شماره ۱: تهران، میدان انقلاب، بازارچه کتاب، تلفن: ۶۶۴۱۳۸۴ دورنگار: ۶۶۹۶۷۱۰۴

این اثر بررسی تطبیقی «اصول آیین دادرسی مدنی فراملی» مصوب موسسه حقوق آمریکا و موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی رم در سال ۲۰۰۴، و ترجمه پیش نویس «قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی» تهیه شده از سوی استادان جفری سی هازارد، رالف اشتورنر، میکِل تاروفو و آنتونیو جیدی است.

This work is a comparative study of "ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure" approved in 2004 and a Translation of "Draft Rules of Transnational Civil Procedure with Comments" prepared by Professors G. C. Hazard, Jr., R. Stürner, M. Taruffo and A. Gidi.

فهرست مطالب

۱۱.....	دیباچه
۱۳.....	مقدمه
۱۸.....	بند ۱ همکاری به عنوان نظریه مبنای اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی
۲۱.....	بند ۲ نوآوری‌های اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی
۳۰.....	بند ۳ نقاط ضعف اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی

بخش نخست:

بررسی تطبیقی اصول آیین دادرسی مدنی قلمرو اعمال و جایگزینی در حقوق داخلی

۴۹.....	۱. استقلال، بی‌طرفی و اوصاف دادگاه و اعضای آن
۴۹.....	بند یک) استقلال دادگاه
۵۴.....	بند دوم) بی‌طرفی دادرس
۵۷.....	۲. صلاحیت دادگاه نسبت به طرفین دعوا
۵۸.....	بند یک) صلاحیت دادگاه
۵۹.....	بند دو) گسترش صلاحیت
۶۰.....	بند سه) رد صلاحیت و تعلیق صدور رای
۶۲.....	۳. برابری آیینی طرفین دعوا
۶۲.....	بند یک) مفهوم برابری آیینی طرفین دعوا
۶۶.....	بند دو) مصادیق برابری آیینی طرفین دعوا
۶۸.....	۴. حق طرفین دعوا در برخورداری از خدمات وکیل دادگستری
۶۸.....	بند یک) حق برخورداری از خدمات وکیل دادگستری

- بند دو) استقلال حرفه‌ای وکلای دادگستری و مفهوم آن ۷۰
۵. ابلاغ و حق مورد استماع قرار گرفتن ۷۳
- بند یک) آگاهی و ابلاغ ۷۴
- بند دو) حق مورد استماع قرار گرفتن ۷۸
۶. زبان آیین دادرسی ۸۰
۷. سرعت اجرای عدالت ۸۲
۸. اقدامات موقتی و تأمین ۸۵
- بند یک) چرایی صدور اقدامات موقتی یا تأمین و مفهوم این گونه اقدامات ۸۶
- بند دو) مصلحت‌ها و شرایط صدور ۸۷
- بند سه) راهکارهای برقراری تعادل میان مصلحت‌های طرفین دعوا ۸۸
۹. جریان دادرسی ۹۲
۱۰. ابتکار عمل هر طرف و قلمرو دادرسی و اصل تسلط طرفین بر قلمرو موضوعی دعوا ۹۶
- بند یک) معنا و قلمرو اصل ۹۷
- بند دو) آثار اصل ۹۸
- بند سه) تعهدات طرفین دعوا در برابر اصل ۱۰۱
- بند چهار) تعهدات دادرس در برابر طرفین ۱۰۲
۱۱. تکالیف طرفین و وکلای آنان ۱۰۴
- بند یک) تعهد به حفظ و رعایت عدالت ۱۰۵
- بند دو) رعایت حسن نیت و صداقت در دادرسی ۱۰۶
- بند سه) ضمانت اجرای طفره رفتن در دادرسی ۱۰۷
- بند چهار) تعهدات حرفه‌ای وکلا ۱۰۸
۱۲. دعاوی و اشخاص متعدد و دخالت ثالث ۱۰۹
- بند یک) دعاوی طاری ۱۱۰
- بند دو) جایگزینی و قائم مقامی ۱۱۷
- بند سه) تفکیک و ادغام دعاوی، مسائل و طرفین دعوا ۱۱۸
۱۳. مشورت دادن به دادگاه یا نظریه «دوست دادگاه» ۱۲۰
۱۴. نقش دادگاه در اداره رسیدگی ۱۲۲
- بند یک) نظام‌های دادرسی مدنی ۱۲۳
- بند دو) نقش متقابل قاضی و اصحاب دعوا در اداره دادرسی ۱۲۴
۱۵. رای به رد دعاوی مسکوت و رای غیابی ۱۲۵

بند یک)	رای به رد دعوی مسکوت	۱۲۶
بند دو)	رای غیابی	۱۲۷
بند سه)	اعتراض به رد دعوی مسکوت و رای غیابی	۱۲۹
۱۶.	دسترسی به اطلاعات و دلایل	۱۳۰
بند یک)	مفهوم دلیل مرتبط با دعوا	۱۳۱
بند دو)	حق دستیابی به ادله	۱۳۴
بند سه)	قدرت ارزیابی آزادانه ادله	۱۳۷
۱۷.	ضمانت اجراها	۱۳۸
۱۸.	محرمانه بودن و مصونیت از افشا	۱۴۰
۱۹.	کتبی و شفاهی بودن	۱۴۲
۲۰.	علنی بودن دادرسی	۱۴۴
۲۱.	بار اثبات و اقتناع دادرسی	۱۴۷
بند یک)	البینه علی المدعی	۱۴۸
بند دو)	اقتناع دادرسی	۱۴۹
۲۲.	تکلیف قاضی و طرفین در تعیین عناصر موضوعی و حکمی	۱۵۱
بند یک)	نقش‌های دادگاه و طرفین در رابطه با امور موضوعی و حکمی	۱۵۲
بند دو)	تثبیت دعوا؛ اصل تغییر ناپذیری و دور از دسترس بودن دعوا	۱۵۳
بند سه)	اصل مباشرتی بودن انجام عمل قضایی؛ ارزش کارشناسی	۱۵۶
۲۳.	رای دادگاه و جهات موجه آن	۱۵۷
بند یک)	تعیین تکلیف دعوا به طور خاص	۱۵۸
بند دو)	اصل توجیه رای	۱۵۸
۲۴.	صلح و سازش	۱۵۹
۲۵.	هزینه‌ها و خسارات دادرسی	۱۶۳
بند یک)	بازنده دعوا مسئول پرداخت هزینه‌ها و خسارات دادرسی است؛ قاعده	۱۶۴
بند دو)	سوء استفاده از قواعد آیین دادرسی و تحمل هزینه‌های دعوا	۱۶۵
۲۶.	ویژگی اجرای فوری رای	۱۶۸
بند یک)	لازم الاجرا بودن رای؛ قاعده	۱۶۸
بند دو)	تعلیق اجرای رای؛ استثنا	۱۷۰
۲۷.	پژوهش‌خواهی	۱۷۱
بند یک)	تبعیت از آیین پژوهشی قانون مقر دادگاه	۱۷۱

بند دو) محدوده اثر انتقالی پژوهش خواهی.....	۱۷۲
۲۸. سبق طرح دعوای و اعتبار امر قضاوت شده.....	۱۷۴
بند یک) سبق طرح دعوی.....	۱۷۵
بند دو) اعتبار امر قضاوت شده.....	۱۷۷
۲۹. اجرای موثر.....	۱۸۱
۳۰. شناسایی آراء.....	۱۸۴
بند یک) شناسایی و اجرای آراء خارجی.....	۱۸۵
بند دو) معیار شناسایی و اجرا! اصل رفتار متقابل.....	۱۸۵
۳۱. تعاون قضایی بین المللی.....	۱۸۷

بخش دوم:

ترجمه متن و شرح پیش نویس «قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی»

الف. تفسیر و قلمرو.....	۱۹۳
۱. معیارهای تفسیر.....	۱۹۳
۲. اختلافات مشمول قواعد.....	۱۹۴
ب. صلاحیت دادگاه، ادغام دعاوی و محل رسیدگی.....	۱۹۷
۳. دادگاه و صلاحیت محلی.....	۱۹۷
۴. صلاحیت دادگاه نسبت به طرف های دعوی.....	۱۹۷
۵. دعاوی متعدد و اصحاب متعدد؛ دخالت اشخاص ثالث.....	۲۰۰
۶. مشورت دادن به دادگاه یا نظریه «دوست دادگاه».....	۲۰۱
۷. ابلاغ صحیح.....	۲۰۲
۸. زبان های مورد استفاده در دادرسی.....	۲۰۳
ج. ترکیب دادگاه و بی طرفی آن.....	۲۰۴
۹. ترکیب دادگاه.....	۲۰۴
۱۰. بی طرفی دادگاه.....	۲۰۵
د. مرحله ادعا و دفاع.....	۲۰۶
۱۱. آغاز رسیدگی و ابلاغ.....	۲۰۶
۱۲. دادخواست.....	۲۰۷
۱۳. تبیین دفاع و دعاوی متقابل.....	۲۰۹

۲۱۲.....	۱۴. تصحیح دادخواست با دفاع.....
۲۱۳.....	۱۵. رد دعوی مسکوت و رای غیابی.....
۲۱۶.....	۱۶. پیشنهاد صلح و سازش.....
۲۲۰.....	۱۷. حاکمیت عمومی دادگاه.....
۲۲۰.....	۱۷. ترتیبات موقتی و تأمین.....
۲۲۲.....	۱۸. تنظیم پرونده.....
۲۲۵.....	۱۹. تصمیمات ابتدایی دادگاه.....
۲۲۸.....	۲۰. اوامر ناظر به شخص ثالث.....
۲۳۰.....	و. دلیل.....
۲۳۰.....	۲۱. افشای دلیل.....
۲۳۱.....	۲۲. تبادل دلیل.....
۲۳۷.....	۲۳. «شهادت بیرون از دادگاه» و «شهادت با اظهار مقید به سوگند نزد مأمور صالح».....
۲۴۱.....	۲۴. رسیدگی های علنی.....
۲۴۲.....	۲۵. ارتباط و قابلیت پذیرش دلیل.....
۲۴۴.....	۲۶. دلیل کارشناس.....
۲۴۷.....	۲۷. حق محرمانه بودن دلیل.....
۲۴۹.....	۲۸. پذیرش دلیل و اثر آن.....
۲۵۱.....	ز. جلسه رسیدگی نهایی.....
۲۵۱.....	۲۹. جلسه رسیدگی تمرکز یافته.....
۲۵۴.....	۳۰. ثبت دلیل.....
۲۵۵.....	۳۱. مذاکرات نهایی و رای.....
۲۵۶.....	۳۲. هزینه ها.....
۲۵۸.....	ح. پژوهش خواهی و دادرسی های بعدی.....
۲۵۸.....	۳۳. بازنگری پژوهشی.....
۲۶۱.....	۳۴. نقض رای.....
۲۶۲.....	۳۵. اجرای رای.....
۲۶۴.....	۳۶. شناسایی رای و معاضدت قضایی.....

بخش سوم:

متن اصول آیین دادرسی مدنی فراملی به زبان های فرانسه، انگلیسی

بند یک) متن فرانسوی اصول آیین دادرسی مدنی فراملی..... ۲۶۷

بند دو) متن انگلیسی اصول آیین دادرسی مدنی فراملی..... ۲۷۹

بند سوم) متن انگلیسی قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی..... ۲۸۹

فهرست منابع..... ۳۰۷

نمایه..... ۳۱۷

www.ketab.ir

دیباچه

بخشی از این اثر که ساختارش همان طرح پژوهشی انجام شده توسط نگارندگان در موسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران است^۱، پیش از این در سال ۱۳۸۶ با نام «اصول آیین دادرسی مدنی فراملی» چاپ شده بود. اما، از یک سو با تغییرات متعدد محتوایی در متن کتاب، از جمله افزودن ترجمه فارسی «قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی»، دیگر نام پیشین زینده آن نبود و از سوی دیگر، تدریس این اثر در دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق و تذاکرات دلسوزانه همکاران و خوانندگان مجالی برای آگاهی یافتن از اشکالاتی شد که در ترجمه و شرح اصول راه یافته بود. لذا ترجمه قبلی چندین بار مورد بازبینی قرار گرفت و با متون انگلیسی و فرانسه آن دقیقاً مقابله شد و در نتیجه معایب و نارسایی‌هایش در حد امکان برطرف گردید. به راستی، این سخن ادیبان و بزرگان که گفته‌اند «من نویسنده وقتی که دوباره نوشته خود را می‌خواند با حسرت روز شماری می‌کند که فرصتی دست دهد تا مشکلات و نواقص و اشتباهات کار خود را برطرف کند» درباره نگارندگان اثر حاضر نیز صادق بوده است.

همچنین، در این چاپ «مقدمه‌ای تحلیلی و انتقادی» جایگزین «مقدمه و معرفی موضوع» چاپ قبلی گردید که به جرأت می‌توان گفت از جهت زاویه نگرش به موضوع در نظام حقوقی ایران بی‌سابقه است. در این مقدمه تلاش شده است تا از دریچه حقوق ملی و بر پایه اندیشه ایرانی حقوق دادرسی بار دیگر به اصول و قواعدی که داعیه بلندپروازانه یکسان‌سازی و تحول عمیق حقوق دادرسی مدنی را دارند نگریسته شود. نتیجه این مطالعه نشان دادن نوآوری‌ها و نقاط ضعف اصول و قواعد است. از سوی دیگر، منابع و مآخذ بیشتری مورد مطالعه و بررسی قرار گرفت به گونه‌ای که موجب شد در بسیاری از تحلیل‌ها تغییر جدی ایجاد گردد. به یک سخن

۱. طرح پژوهشی شماره ۲۱۰۵۰۲۳/۰۱ که در سال‌های ۱۳۸۴ - ۱۳۸۵ با استفاده از اعتبارات دانشگاه تهران انجام شد.

باید گفت اثر حاضر، «اثری نو» است که هم از لحاظ ترجمه متون، و هم از جهت تالیف و گردآوری شرح‌ها و تحلیل‌ها و مطالعات تطبیقی کاملاً با اثر قبلی تفاوت دارد. از این رو، به علاقمندان توصیه می‌شود جهت مطالعه بهتر و دقیق‌تر پیرامون اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی به کتاب حاضر مراجعه کنند.

خواندن اثر حاضر به راحتی نشان می‌دهد که رویکرد نظام‌های معتبر حقوقی به قوانین و مقررات اصطلاحاً «تضمین کننده» و «اجرا کننده» یا به تعبیر بهتر «محقق کننده» حقوق ماهوی، چگونه است و با چه وسوس و علاقه‌ای راه‌ها و روش‌های «متفاوت» اجرای عدالت برگزیده شده است. به واقع، توجه به همین تفاوت‌هاست که نقطه قوت اصول به شمار می‌آیند و روح حاکم بر تمام کار هستند.^۱ خوانندگان نیز با توجه به این روح به مطالعه اصول پردازند. امید است مطالعه «اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی» در این کتاب که در واقع نتیجه پژوهش و مطالعه حقوق‌دانان زیادی از سراسر جهان است به همواء مطالعات توضیحی تطبیقی و پژوهشی نگارندگان بتواند به رشد و پیشرفت «حقوق دادرسی مدنی» کشور کمک کرده و زمینه پژوهش‌ها و مطالعات دقیق و عمیق‌تر را فراهم کند.

در خاتمه قرارگرفتن این اثر در سلسله «آثار برگزیده حقوقی بنیاد کاتوزیان» بسی مایه مباهات است و نشان این بنیاد که همچون گوه‌ری گران‌بها بر تارک این کتاب می‌درخشد، یادآور حق عظیم استاد گران‌قدر ما بر پدیدآوردن‌گان است. در پایان بایسته است از جناب آقای حسن محبوب مدیر محترم شرکت سهامی انتشار و نیز همکار ایشان آقای امیر راسخی‌نژاد که با پیگیری و علاقه به نشر این کتاب همت کردند سپاسگزاری نمایم.

مجید غمامی^{*} حسن محسنی^{**}

شهریور ماه سال نود خورشیدی - تهران

۱. آقای میکال تاروفو، از بنیانگذاران ایده آیین دادرسی مدنی فراملی، در نطقی که در ۳ ارداد ۱۳۹۰ به مناسبت انتاح چهاردهمین همایش جهانی انجمن بین المللی حقوق دادرسی در هایدلبرگ آلمان ایراد کردند، با فروتنی بسیار به این نکته اساسی پیرامون اصول اشاره فرمودند که نقل آن در این جا، برای پاسخ گفتن به برخی رفتارهای معارض با اصول و مطالعات پیرامون آن، خالی از فایده نیست: «اصول آیین دادرسی مدنی فراملی نه یک چیز فوق‌العاده است و نه یک موضوع پیش یا افتاده. در اهمیت اصول همین بس که توانست به راحتی تفاوت‌های نظام‌های حقوقی را هویدا کند؛ امری که فی نفسه واجد اهمیت است و من تفاوت‌ها را دوست دارم».

*. E-mail : majid.ghamami@gmail.com

** E-mail : hmohseny@ut.ac.ir

مقدمه

موسسه حقوق آمریکا در واشنگتن دی سی^۱ و موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی در رم^۲ تصمیم گرفتند درباره یکی از مهمترین شاخه های حقوق مقررات مشترکی تدوین کنند تا دعاوی بازرگانی بین المللی بر پایه دسته ای از قواعد و مقررات قابل قبول و عادلانه حل و فصل شود. بنیانگذاران این اندیشه دو شخص به نام های جفری هازارد از دانشکده حقوق دانشگاه پنسیلوانیای آمریکا^۳ و میکس تاروفو از دانشگاه پاویای ایتالیا^۴ بودند. بعدها آقای آنتونیو جیدی از سالوادور برزیل و استاد دانشکده حقوق دتیروت مرسى میشیگان^۵ 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^۶ ریخته شد. از آن پس این قواعد مورد بحث و گفتگوهای مختلف قرار گرفته است که یکی از نتایج آن احراز این ضرورت بود که لازم است عمومیت و گسترش بیشتری به این قواعد داده شود تا «هماهنگ سازی»^۷ و «تزدیک سازی»^۸ مقصود نظر نویسندگان فراهم گردیده و «یکنواخت سازی»^۹ قواعد دادرسی مدنی میسر شود. در این مرحله موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی در رم پیشنهاد همکاری در آن طرح را پذیرفت. در سال ۱۹۹۹ آقای رالف اشتورنر استاد حقوق دانشگاه فرایبورگ

1. American Law Institute (ALI) at Washington, D.C, U.S.A.

2. International Institute for the Unification of Private Law at Rome, Italy (UNIDROIT).

3. G. C. HAZARD Jr., University of Pennsylvania Law School, U.S.A.

4. M. TARUFFO, University of Pavia, Italy.

5. A. GIDI, Salvador, Brazil; University of Detroit Mercy School of Law, Detroit, Michigan.

6. Rules of Transnational Civil Procedure.

7. Harmonization.

8. Approximation.

9. Unification.

آلمان^۱ به امکان سنجی درباره طرح اقدام و نتیجه مطالعات خود را در همان سال ارائه کرد.^۲ 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 حقوق‌دانان نظام رومی‌ژرمنی قرار نمی‌گرفتند.^۳ 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.^۴ مطالعه و پژوهش درباره این اصول و قواعد ادامه یافت و پس از آن در سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۳ اسناد دیگری پیشنهاد گردید.^۵ سرانجام، در سال ۲۰۰۴ آن دو موسسه در خصوص متن اصول آیین دادرسی

۱. R. STÜRNER, Professor of Law, University of Freiburg, Germany.

۲. 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.

۳. برای نمونه ر. ک: نقد و بررسی که حقوق‌دانان کشور فرانسه در سال ۲۰۰۰ در مورد پیش‌نویس شماره ۲ قواعد ارائه کردند:

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. See also: Antonio, GIDI, Notes on Criticizing the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, in: *Revue de droit uniforme*, 2001, n° 1;

۴. 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.

۵. UNIDROIT 2001 - Study LXXVI - Doc. 5, Joint American Law Institute / UNIDROIT Working Group on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE: REMARKS AND COMMENTS prepared by Professor Rolf Stürner - Rome, May 2001.

UNIDROIT 2002 - Study LXXVI - Doc. 6, Joint American Law Institute / UNIDROIT Working Group on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. REPORT ON THE SECOND SESSION, ROME, 2 TO 6 JULY 2001 (Prepared by Professor Antonio Gidi, Secretary to the Working Group) - Rome, October 2001.

UNIDROIT 2002 - Study LXXVI - Doc. 7, 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, May 2002.

UNIDROIT 2002 - Study LXXVI - Doc. 8, Joint American Law Institute / UNIDROIT Working Group on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. REPORT ON THE THIRD SESSION, ROME, 27 TO 31 MAY 2002 (Prepared by Professor Antonio Gidi, Secretary to the Working Group) - Rome, September 2002.

مدنی فراملی به توافق رسیدند و آن را در ماه‌های مه و آوریل همان سال به تصویب رساندند.^۱ متن قواعد آیین دادرسی مدنی^۲ نیز بدون این که به تصویب آن دو موسسه برسد در کنار این اصول منتشر گردید.^۳ هدف نویسندگان از تفکیک میان اصول و قواعد، توجه به دو بخش کلی و جزئی مقررات حاکم بر حل و فصل اختلافات ناشی از دعاوی بازرگانی فراملی بود. اصول با فراهم آوردن مقررات بسیار کلی و عمومی، معیارهای دادرسی عادلانه را در نظر می‌گیرد و قواعد با پیش‌بینی مقررات جزئی و تفصیلی به منظور تمهید و تکمیل، امکان انجام تغییرات مورد نظر هر کشور و نظام حقوقی را هموار می‌کند. در حقیقت، درباره تفاوت میان اصول و قواعد دادرسی در این جا باید گفت اصول مورد نظر نویسندگان نمودار مفاهیم کلی عدالت و انصاف در حل و فصل دعاوی مدنی و بازرگانی هستند که در نظام‌های حقوقی مدرن به عنوان «اصول بنیادین» شناخته می‌شوند. این اصول ممکن است با توجه به اوضاع و احوال مختلف،

UNIDROIT 2002 - Study LXXVI - Doc. 9, Joint American Law Institute / UNIDROIT Working Group on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. DRAFT PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE (WITH COMMENTARY) prepared by Professors G. Hazard, Jr., R. Stürmer, M. Taruffo and A. Gidi - Rome, November 2002.

UNIDROIT 2003 - Study LXXVI - Doc. 10, 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. Stürmer, M. Taruffo and A. Gidi; DRAFT RULES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE WITH COMMENTS, prepared by Professors G. Hazard, Jr., R. Stürmer, M. Taruffo and A. Gidi; - Rome, April 2003.

1. 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. Stürmer, M. Taruffo and A. Gidi - Rome, February 2004.

2. 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. Stürmer, M. Taruffo and A. Gidi - Rome, February 2004.

۳. این متون پس از این که در شماره ۴ سال ۲۰۰۴ مجله حقوق متحدالشکل وابسته به موسسه یکنواخت سازی به چاپ رسید و بر روی نارنمای هر دو موسسه قرار گرفت در سال ۲۰۰۶ توسط انتشارات دانشگاه کمبریج منتشر گردید که تماماً در سال ۱۳۸۷ توسط یکی از همکاران ترجمه شد. ر. ک.:

ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, 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, 2006).

اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی، پوراستاد، دکتر مجید (مترجم)، با دیباچه دکتر عباس کریمی و دکتر بیژن ایزدی، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۷. همچنین ر.ک.:

Visit also : Rev. dr. unif / Unif. L. Rev. 2004-4. pp. 759 - 808. Sec:
<http://unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf>
<http://unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>

در قواعد و مقررات کشورها دچار تغییراتی شوند. قواعد آیین دادرسی که به همراه این اصول ارائه شده‌اند همان تغییراتی خواهند بود که برای تکمیل اصول ممکن است انجام شوند. این قواعد اگرچه جزئی‌ترند ولی، برای تحقق کامل اهداف اصول ضروری هستند.^۱

تدوین اصول آیین دادرسی مدنی فراملی به طور کلی با پیروی از نظام حقوقی رومی - ژرمنی انجام شده است. در این راه تلاش شده تا قواعد و مقررات مورد نظر به شکل «اصول کلی حقوقی»^۲ تدوین شوند؛ اصولی که حقوق دانان نظام حقوقی کامن لا با عمومیت آن‌ها انس کمتری دارند. شاید به همین دلیل بوده است که در تدوین نسبتاً همزمان اصول و قواعد پس از سال ۲۰۰۰ میلادی، نویسندگان کوشش کرده‌اند رابطه بین کلیات و موارد جزئی را بیشتر آشکار کنند و بدین سان اصول را راهنمای تفسیری قواعدی قرار دهند که در واقع بدنه تفصیلی‌تر حقوق شکلی آیین دادرسی هستند. از دیگر سو، این اصول را همچنین می‌توان به عنوان اصول تفسیری قواعد شکلی یا دادرسی نظام‌های ملی به شمار آورد. بر همان قیاس، قواعد را نیز می‌توان به عنوان نمونه یا متمم اصول به حساب آورد که امید پذیرش آن در نظام‌های حقوقی ملی می‌رود.

به هر روی، این که این اصول چه سرانجامی در نظم داخلی و بین‌المللی خواهند داشت محل بحث و گفتگوست؛ آیا «خود به خود حجت و کافی» خواهند بود یا این که باید در کنفرانس لاهه ارائه شوند تا از آن کنوانسیون بین‌المللی تدوین گردد؟ آیا لازم است به سازمان ملل متحد برده شوند تا به عنوان «قانون نمونه» معرفی، و اقتباس جزئی یا کلی از آن به ابتکار و خواست کشورها واگذار شود؟^۳ یا این که این اصول در حد سایر اصول پیشنهاد شده موسسه یکنواخت سازی حقوق خصوصی رم باقی

۱. آن چه در خصوص تفاوت اصول و قواعد مذکور افتاد مشابه گفتگوی مناقشه برانگیز تمیز اصول از تشریفات دادرسی در حقوق ایران است. در این باره رک: حسن محسنی، مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آن‌ها و چگونگی تمیز این اصول از تشریفات دادرسی، در: مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، دوره جدید - شماره ۲۳ و ۲۴، شماره پیاپی ۱۹۲ و ۱۹۳، بهار و تابستان ۱۳۸۵، صص ۹۹ به بعد؛ و نیز: محسنی، حسن، فن اداره جریان دادرسی مدنی: سازماندهی دادرسی در قالب اصول دادرسی، در: فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۹، صص ۳۵۳ به بعد.

2. Le principe général du droit.

3. FERRAND, Frédérique, Les « Principes » relatifs à la procédure civile transnationale sont-ils autosuffisants ? De la nécessité ou non de les assortir de « Règles » dans le projet ALI/Unidroit, in: Revue de droit uniforme, 2001-4, pp. 995 sq. spéc. p. 1004.

خواهند ماند که به موجب قراردادهای طرفین یک اختلاف و البته در انظارِ خوبِ منجاز نظم عمومی هر کشور از آن استفاده خواهد شد؟ به نظر می‌رسد آینده به خوبی در این باره قضاوت خواهد کرد.

در این اثر تلاش می‌شود به در قالب یک «مقدمه تحلیلی و انتقادی» ریش از مطالعه اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی، نخست نظریه مبنای این متون تبیین شده (بند ۱) و سپس به نوآوری‌های این مقررات عطف توجه گردیده (بند ۲) و سرانجام ضعیف‌های احتمالی آن از دیدگاه انتقادی (بند ۳) معرفی شود.

این اثر به پیشنهاد آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

و تصحیح آقای دکتر

بند ۱) «همکاری» به عنوان نظریه مبناي اصول و قواعد آیین دادرسی

مدنی فراملی

تدوین مقررات و اصول دادرسی بی‌توجه به یک یا چند نظریه که به مثابه روح حاکم بر آن عمل کنند کاری بیهوده به نظر می‌رسد. چیدن مقرراتی چند در کنار هم به زبان امر و نهی و درج و معرفی تعدادی اصل در میان یا کنار آن بی‌آن که معلوم باشد مقررات وضع شده در تعقیب کدام هدف هستند یا وضع کنندگان قانون چه نظریه‌ای در سر می‌پروراند کار قانونگذاری و دادروری را به سامان نمی‌رساند. واریسی تحولات قانونگذاری هویدا می‌سازد که گویا در گذشته هدف نویسندگان قوانین اجرای صرف مقتضیات اصل حاکمیت قوانین در جامعه بود ولی، دوران وضع قوانین و مقررات بدون توجه به نظریه‌های بنیادین به سر آمده و امروز نظام‌های حقوقی می‌کوشند با چراغ راه به پیش گام بردارند. بسیاری از قوانین و مقررات تازه تدوین در زمینه آیین دادرسی با توجه به یک یا چند مبنا و نظریه نوشته شده‌اند. برای نمونه به عقیده صاحب نظران فرانسوی کد آیین دادرسی مدنی^۱ فرانسه مصوب ۱۹۷۵ بر پایه «تبادل میان حقوق و تکالیف دادرسی و اصحاب دعوا» نگارش شده است.^۲ همچنین گروهی از حقوقدانان انگلیسی قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۹۹۸^۳ انگلستان را در پی فراهم آوردن نوعی آیین دادرسی مدنی می‌دانند که در عین سرعت و ارزانی از مقرراتی روشن، ساده و قابل فهم تشکیل شده باشد و همکاری طرفین با دادگستری را تضمین کند.^۴ قانون آیین دادرسی مدنی فدرال سوئیس نیز که به تازگی پس از ۱۶

۱. Code de procédure civile.

پیش از سال ۲۰۰۸ به این کد برای تمایز از کد آیین دادرسی ۱۸۰۶ ناپلئون که برخی از موادش اجرا می‌شد، «کد نوین آیین دادرسی مدنی» می‌گفتند. اما پس از آن سال با نسخ مقررات کد آیین دادرسی مدنی ناپلئون وصف نوین از عنوان رسمی کد ۱۹۷۵ حذف گردید.

۲. ر. ک به منابع زیر:

HERON, Jacques, Le NCPC, in : La codification, Paris, Dalloz, coll. Thémis et commentaires, 1996, p. 83; CORNU, Gérard, Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, fragment d'un état des questions, in : Mélanges Pierre BELLET, Paris, Litec, 1991, pp. 83-100; JEULAND, Emmanuel, La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975, in : 1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France, Loïc CADIET et Guy CANIVET (dir.), Paris, Litec, 2006, pp. 101-110.

۳. Civil Procedure Rules, 1998.

۴. Lord Harry WOOLF, Civil Justice in the United Kingdom, in : American Journal of Comparative Law, Vol. 45, N° 4. FALL. 1997, pp. 709-736; JOLOWICZ, J.A., The Woolf Report and the Adversary System, in : Civil Justice Quarterly, Vol. 15. July 1996; ZUCKERMAN, Adrian, From Formalism to Court Control of Litigation, in : 1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à

آوریل ۲۰۰۹ مهلت رفراندوم آن به پایان رسیده است به زعم حقوقدانان آن دیار با هدف ایجاد وحدت در شیوه‌های آیین دادرسی مدنی ۲۶ کانتون این کشور طراحی شده است. در این قانون مفاهیم نظری همچون رعایت حسن نیت و تفکیک میان وظائف ناشی از تسلط بر حکم و موضوع برای دادرس و طرفین دعوا دیده می‌شود.^۱ در اسپانیا نیز قانون آیین دادرسی مدنی جدیدی تصویب شده است که به تعبیر نویسندگان اسپانیایی سرآغاز اجرای ویژگی‌های «دادرسی عادلانه» در عین رعایت تعادل در حقوق و تکالیف دادرس و طرفین دعوا و نیز ایجاد نوعی مرجعیت برای آن نسبت به سایر قوانین آیین دادرسی در این کشور بوده است.^۲

دقت در مواد اصول نشان می‌دهد که نویسندگان به دنبال ایجاد بستری مناسب برای همکاری میان طرفین و دادرس در حل و فصل اختلافات بوده‌اند. برای نمونه اصل هفتم که درباره سرعت در دادرسی تدوین شده است رسیدن به آن هدف را منوط به تحقق همکاری میان طرفین دادرسی با دادگاه می‌داند. در این اصل چنین آمده است که: «دادگاه باید در مدتی معقول و متعارف دعوا را حل و فصل کند. بدین منظور، طرفین باید با دادگاه همکاری نمایند». بدین ترتیب از دیدگاه تدوین کنندگان اصول حتی هنگامی که هدف تأمین و تضمین سرعت مطلوب در دادرسی است، این مهم جز با همکاری اصحاب دعوا و دادگاه به دست نمی‌آید. از همین روست که نویسندگان اصول در ادامه آن اصل از لزوم انجام مشورت معقول و متعارف درباره تعیین اوقات رسیدگی سخن گفته‌اند و تلاش کرده‌اند قواعد دادرسی و دستورهای دادگاه را طوری طراحی کنند تا دادگاه بتواند برنامه زمانی پیش‌بینی پذیری را برای دادرسی مشخص نموده و مواعیدی را جهت تضمین اجرای آن معین کند یعنی هر آنچه که در مسیر تدوین برنامه زمانی در مقطع میانی جریان دادرسی انجام می‌پذیرد (قسمت ۲ بند ۳ اصل ۹)، از همکاری برای اداره دادرسی گرفته (بند ۲ اصل ۱۴) تا مشارکت و کمک به

l'autre : 200 ans de procédure civile en France, Loïc CADIET et Guy CANIVET (dir.), Paris, Litec, 2006, pp. 339-362.

۱ . Voyez : Code de procédure civile suisse (CPC) : Titre 3 : Principes de procédure et conditions de recevabilité.

۲ . Sec : LEY 1/2000, de 7 de enero de 2000, ENJUICIAMIENTO CIVIL.

این قانون در ماده ۴ خود به صراحت بر ویژگی تکمیل‌کنندگی و مادر بودن قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به قوانین آیین دادرسی دیگر همچون کیفری، اداری و نظامی و ... اشاره می‌کند :

Artículo 4. Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley.

دادگاه در حل و فصل منصفانه دعوا (بند ۲ اصل ۱۱) و همکاری برای تحقق صلح و سازش (بند ۳ اصل ۲۴)، همکاری باید برخاسته از فرایندی باشند که حاصل همکاری و مشارکت طرفین دادرسی با دادگاه است؛ البته دادگاه نیز باید مشارکت طرفین جهت شرکت در شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات را تسهیل کرده (بند ۳ اصل ۲۴) و اگر طرفین از ایفای تکلیف همکاری و مشارکت بگذرند، با اعمال ضمانت‌اجراه‌های مناسبت ایشان را تنبیه کند (بند ۶ اصل ۱۵ و اصل ۱۷). تکلیف همکاری با دادگاه و مشارکت جدی در اداره جریان دادرسی فقط متوجه طرفی‌های اصلی دعوا نیست بلکه اشخاص ثالثی را که در پی طرح دعاوی طاری یا به تشخیص دادگاه، به دادرسی وارد می‌شوند را نیز در بر می‌گیرد و بر همین قیاس ضمانت اجرای رعایت این تکلیف هم بر آنان تحمیل می‌شود. (بند ۴ اصل ۱۲).

پس، همکاری مذکور در این اصول فقط به معنای تعاون و همکاری قضایی میان دولت خارجی نیست بدان سان که در اصل ۳۱ این اصول آمده است. همکاری در این متن به معنای نظریه‌ای است که تمام مقررات دیگر اصول را به سمت خود می‌کشاند و راهبری می‌کند؛ این نظریه توسط نویسندگان اصول و قواعد از میان نظریه‌های رایج در حقوق دادرسی نشان‌دهنده تعلق خاطر آنان به راهکارهای ارتقاء ظرفیت امکان نیل به حقیقت و اجرای قانون است. اگر دادرسی مبتنی بر فرهنگ همکاری میان طرفین و دادرسی در کشف حقیقت و فصل خصومت برگزیده دیگر مقررات دادرسی که بیشتر مربوط به ادله و دستیابی به آن‌هاست و تا حد زیادی به طور سنتی با مخفی‌کاری انتخاب دعوا و به طور کلی دارندگان ادله مواجه است بویژه به اجرا در خواهند آمد. این که دادرسی مکلف باشد با همکاری طرفین رسیدگی را اداره کند (بند ۲ اصل ۱۴) از یک سو نشان می‌دهد که نقش مشارکت اصحاب دعوا در فرایند صدور آراء

۱. برخی از این نظریه‌ها همچون کشف حقیقت و فصل خصومت، هزینه‌های مادی و معنوی و زمان در دادرسی و مشارکت در جای دیگری بررسی شده‌اند. به ویژه در مورد نظریه اخیر که چهار تفسیر ارائه شده است: کرامت، رضایت، گفت‌وگو و بازی. ر. ک: محسنی، حسن، عدالت آیینی: پژوهشی پیرامون نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی، در: فصلنامه حقوق، دوره ۲۸، شماره ۱، بهار ۱۳۸۷، ص. ۲۸۵ تا ۳۱۹ و نیز:

TYLER, Tom R., *Procedural Justice*, U.S.A, ASHGATE, Vol. 1, 2005; SOLUM, Lawrence B., *Procedural Justice*, in: *Southern California Law Review*, Vol. 78, 2004; BONE, Robert G., *Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness*, in: *Boston University Law Review*, Vol. 83, 2003; THIBAUT, John, & Laurens WALKER, *A Theory of Procedure*, in: *California Law Review*, Vol. 66, 1978.

تأثیرگذار بر سرنوشتشان تا چه مقدار مهم است و از سوی دیگر این امر گویای از بین رفتن مرزهای سستی و غیرقابل نفوذ تفکیک وظایف میان دادرس و اصحاب دعوا در اداره و حل و فصل منصفانه اختلافات است (بند ۲ اصل ۱۱). بدیهی است هنوز فرهنگ دادرسی در نظام‌های حقوقی به شکل همکاری آگاهانه و اختیاری طرفین شکل نگرفته است و از این رو، نویسندگان اصول با وجود پیش بینی تکلیف رفتار با حسن نیت برای طرفین و وکلای آنان، متوجه سوءنیت ایشان در همکاری نکردن نیز بوده‌اند و این کار را بدون ضمانت اجرا رها نکرده‌اند (بند ۶ اصل ۱۵).

به هر ترتیب، توجه و دقت در اصول به روشنی نشان می‌دهد که دادرسی مطلوب از نظر نویسندگان این متن باید حداکثر مشارکت و همکاری میان دادرس و طرفین را تأمین کند. این نیت در جای خود شایسته تقدیر است و باید در تفسیر تمامی مقررات این اصول و قواعد به عنوان یک مورد توجه قرار گیرد. نظریه همکاری میان طرفین و دادرسی در حل و فصل اختلافات از نوین‌ترین نظریه‌های مطرح در حقوق دادرسی است که بی‌شک موجب بالا رفتن عنصر رضایت در ارزیابی نتایج دادرسی و در نتیجه مشروعیت دادرسی و اعمال قضایی حکومت و هر مرجع رسیدگی‌کننده به اختلافات می‌شود. توجه به نظریه حاضر را باید یکی از نوآوری‌های اصول و قواعد آیین دادرسی نیز به شمار آورد. موضوعی که در بند آتی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بند ۲) نوآوری‌های اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی

نکته باید اذعان کرد در کنار توجه به نظریه همکاری در این متن، همین که نویسندگان اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی به این نتیجه رسیده‌اند که بجای دسته‌ای از مقررات در حل و فصل اختلافات ناشی از دعاوی بازرگانی بین‌المللی خالی است خود نوعی نوآوری قابل تقدیر در عرصه حقوق دادرسی مدنی است.

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 خود نوآوری دیگری است در خور توجه.

۱. برای مطالعه درباره این نظریه در حقوق ایران و حقوق تطبیقی، ر. ک: حسن محسنی، اداره جریان دادرسی مدنی، یا دیباچه استاد دکتر ناصر کاتوزیان، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹، ش. ۲۲ به بعد و به ویژه ش. ۲۲ به بعد.

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 پیرامون هماهنگ‌سازی و نزدیک‌سازی تنها در گستره قواعد ماهوی حقوق انجام شده است، نویسندگان اصول در کار مشترک خود بدان 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»^۱.

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 معیارهایی برای نفی انحصارگرایی و جذب انعطاف بیشتر. برای نمونه، اگر بی‌طرفی دادرسی و استقلال دادگاه بدان سان که در اصل یک اصول آمده پذیرفته شود که در تمامی نظام‌های حقوقی پذیرفتنی است، تبیین شیوه‌های تامین آن در قسمت قواعد ممکن‌تر و سهل‌تر فراهم می‌آید.

۱. برای مطالعه بیشتر رک. مجید غمامی، هماهنگ‌سازی آیین دادرسی مدنی، در: منهج عدل، مجموعه مقالات اهدا شده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان، به سعی دکتر حسن جعفری‌تبار، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، صص. ۴۰۳-۳۸۲.

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 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 دادرس، تضمین برابری کامل اصحاب دعوا در دادرسی، رعایت حق اصحاب دعوا در برخورداری از خدمات وکیل دادگستری برای احقاق حق و توجه به آگاهی و ابلاغ در آغاز و جریان و پایان دادرسی نمونه‌هایی از رویکرد وحدت گرا در این اصول و قواعد هستند.

توجه مناسب به سرعت دادرسی در این دو متن ابتکار دیگری است که همواره رد و 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 فراوری دادگاه‌هایی که قصد دارند با این اصول و قواعد به حل و فصل اختلافات بپردازند، قراردادده است؛ سرعتی که با همکاری طرفین و دادرس به دست می‌آید و با هدف کشف حقیقت، که در مطابقی اصول و قواعد 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 درباره اداره رسیدگی به گونه فعال و سریع)، 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 و قواعد این نکته را به زیرکی دریافته‌اند 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. به عبارت دیگر، این نوع سرعت دادرسی، پذیرش ابزارهای سریع تبادل اطلاعات را نیز مهیا می‌کند. اینترنت، ای‌میل، فکس، تلفن و دیگر وسایل ارتباط آن چنان که در زندگی امروز مردم برای خود جای باز کرده است علی‌رغم فراهم بودن زمینه تاثیرگذاری، در آیین‌های دادرسی مقبول نبوده‌اند. 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 تاثیرشان 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 راه حل میانه‌ای را پذیرفته‌اند که نسبت به قوانین داخلی کشورها بدیع است.^۱

همچنین، رویکرد دیگر نگارندگان اصول به سرعت دادرسی در اجرای فوری آراء پیلون یافته است: «اصولا رای نهایی دادگاه نخستین فوراً قابل اجرا است» (اصل ۲۶ اصول). رایی که یک بازرگان علیه بازرگانی دیگر در دعوایی فراملی از دادگاه تحصیل می‌کند نباید دستخوش انواع و اقسام طرق عادی و غیر عادی شکایت از آراء 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 مقر دادگاه دانسته‌اند (اصل ۲۷ اصول). وانگهی، نویسندگان این متون تلاش کرده‌اند با افزایش راهکارهای کشف حقیقت در اصول و قواعد، دلایل را با قید الزام به محرمانه بودن (اصل ۱۸ اصول)، به راحتی در دسترس اصحاب دعوا و دادگاه قرار دهد (اصل ۱۶). کاری که امکان پیروی رای از واقع را تقویت نموده و آن واقعیت را مبنایی برای لزوم اجرای فوری رای دادگاه نخستین می‌کند (اصل ۲۶ اصول).

سپس، پیش‌بینی 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 اصول). 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، میسر می‌شود ضمانت اجرا می‌شوند و حتی ممکن است با وجود برنده شدن از دریافت هزینه‌های معمول مجرم 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، میسر است یا ضمانت اجرایایی به شرح مندرج در اصول مواجه شوند (بند ۳ اصل ۲۴).

همچنین، استنباط قرینه مثبت یا برداشت مخالف^۲ از رفتار متداعیین در عدم متابعت از دستور دادگاه وسیله دیگری است برای جلوگیری از به بن بست رسیدن آیین

۱. برای مطالعه برای وضعیت حقوق ایران و چند کشور دیگر در این خصوص ر. ک: حسن محسنی، اداره جریان دادرسی مدنی، پیشین، ش. ۸۰.

۲. Adverse inference.

دادرسی در مسیر تبیین ضمانت اجراها که نویسندگان اصول به درستی از عهده آن برآمده‌اند (بند ۳ اصل ۱۷ و بند ۲ اصل ۱۸)^۱. پس اگر بتوان نظریه عمومی ضمانت اجراهای آیین دادرسی را بر پایه سوء رفتار و تقصیرات و سوء استفاده 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 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، را باید نوآوری دیگری در این متون دانست. کاری که با بستر سازی دست‌یابی طرفین به طرق جایگزین حل و فصل اختلافات توسط دادگاه و حتی شناسایی توانایی تعیین ضمانت اجراها و تنبیهات برای سوء نیت ایشان تضمین شده است (اصل ۲۴ اصول). این ماموریت بدان سان که در این اثر خواهیم دید گرچه در قوانین داخلی بسیاری از کشورها شناسایی شده است ولی، تبیین آن به عنوان یکی از اصول بنیادین دادرسی در نوع خود اقدامی ابتکاری و در عین حال قابل تحسین به شمار می‌آید.

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 زیر می‌تواند راهگشا باشد:

Court Responsibility for Direction of the Proceeding

14.1 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.

14.2 To the extent reasonably practicable, the court should manage the proceeding in consultation with the parties.

14.3 The court should determine the order in which issues are to be resolved, and fix a timetable for all stages of the proceeding, including dates and deadlines. The court may revise such directions.

L'office du juge dans la conduite de l'instance

14.1 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

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: توضیحات اصل ۱۷ اصول در همین اثر.

loyalement, de façon efficace et dans un délai raisonnable. Le caractère transnational du litige doit être pris en compte.

14.2 Dans la limite du raisonnable, le tribunal conduit l'instance en collaboration avec les parties.

14.3 Le tribunal détermine l'ordre dans lequel les questions doivent être traitées et établit un calendrier comprenant dates et délais pour chaque étape de la procédure. Le tribunal peut modifier ces dispositions.

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 Proceeding و L'instance نیز بدون تردید برابر یکدیگرند. رسیدگی به معنای فرایندی که واریسی 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 ۱۱ 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.

هر دو متن از یک چیز سخن گفته‌اند و آن :

دادگاه به نحو فعال و در سریع‌ترین زمان ممکن، رسیدگی را در چارچوب آیین رسیدگی اداره می‌کند. در این راه، دادگاه به شیوه موثر و در مهلتی معقول و متعارف از صلاحیت ارزیابی و تشخیصی خود به منظور حل و فصل عادلانه دعوا بهره می‌برد. ویژگی فرامشی بودن اختلاف نیز باید مورد توجه قرار گیرد.

تلاش نویسندگان در بازتاب دادن یک معنا در دو ساختار زبانی به این اختصار و ایجاز بی‌گمان کار فوق العاده‌ای است. این که عبارت *with reasonable speed* را بی آن که ترجمه تحت اللفظی کنند 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 همان 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 واژگان و 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.

برابر کورتیو 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 ...

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 ...

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

بدین ترتیب باید اذعان داشت که گویا نویسندگان اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی نتوانسته‌اند با انتخاب اصطلاحات حقوقی مرسوم در زبان فرانسه یا انگلیسی سابقه تاریخی که در پس اصطلاحات حقوقی ملی نهفته است را به سندی که قرار است در «هماهنگ‌سازی» و «نزدیک‌سازی» حقوق دادرسی مدنی نظام‌های حقوقی متنوع کمک کند، متغیر کنند. این دقت نظر که در واقع عطف توجه به تأثیر تاریخ

1. CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF / Quadriga, 7^e éd. 2007, p. 55.

2. GARNER, B. (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, U.S.A., Thomson/West, 2004, 8^e Ed., p. 93.

حقوق در معناکاوی 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 جلوه گر شده است: «دربارۀ 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 تفصیلی 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 رعلی رغم 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، زیرا اگر آن را تعمدی بدانیم آن گاه معلوم نیست چرا در بند ۴ اصل ۱ در مقابل عبارت «*proceedings without notice*» واژگان «*une procédure non contradictoire*» استفاده شده است. لیکن به 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 آراء 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

۱. برای دیدن انتقاد به کار مشترک ازنی دروا و موسسه حقوق آمریکا از این منظر، ر. ک.:

Jacques, NORMAND, *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*, op. cit., p. 89-97.

موتولسکی به بعد بسیار مورد بحث بوده^۱ و در حال حاضر دچار تغییرات و تحولات ویژه‌ای شده 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.^۲ 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 تأمل و دقت نظر هستند.

بند ۳) نقاط ضعف اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی

نخستین ضعف را باید در انحصارگرایی نویسندگان اصول آیین دادرسی مدنی دید که کاری با چنین عظمت و اهمیت را محصور و 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 این گونه 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

1. Voyez : Henri, MOTULSKY, Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, in : ÉCRITS, Paris : Dalloz, 1974, Tome I: études et notes de procédure civile, p. 38-59 et aussi : Marie-Hélène, RENAULT, Le principe dispositif et ses conséquences aberrantes, in : Revue huissiers de justice, 1998, pp. 783-789.

2. Le principe de la coopération efficiente de juge et des parties. Loïc, CADIET, Droit judiciaire privé, Paris, Litec, 3^e éd. 2000; CADIET, Loïc et Emmanuel JEULAND, Droit judiciaire privé, Paris, Litec, 2006, p. 328, n° 516.

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^۱ 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 ایرو آمریکا درباره آیین دادرسی مدنی^۲ 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.^۳ 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 هستند. 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 دارد در رویکردهای جهانی برای یکنواخت‌سازی آئین دادرسی شایسته هرگونه توجهند.

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 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

1. Lord WOOLF.

2. Código procesal civil, 1988, Voyez : Carlos Barbosa MOREIRA, Le code-modèle de procédure civile pour l'Amérique latine de l'Institut Ibero-américain de droit processuel, in : Zeitschrift für Zivilprozeß (International), 1998-3, p. 437 ets.

3. Ichiro KITAMURA, V^e Japon, in : Loïc CADIET (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris, PUF, 2004, pp. 659-666.

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 و قواعد بازمی‌گردد. اگر خواننده یک یا چند بار متن اصول و قواعد 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 و ریزنگری بیشتری در مواد ۹ و ۱۰ ترکیب اعضای دادگاه و نیز بی‌طرفی آن را مشخص می‌کنند. آزاد 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 بنده در خصوص 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 ۱۰؛ 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 ۱۱؛ بند ۲ اصل ۴ در بند ۵ اصل ۱۱؛ بند ۲ اصل ۴ در بند ۱۱؛ بند ۶ اصل ۱۵ و بند ۳ اصل ۲۱ در 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 جایی 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 قراردادهای داوری یک یا چند اصل از این اصول مورد توافق طرفین اختلاف قرار گیرد. از این رو لازم است قاعده‌ای که احتمالا 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 پذیرند بر این بنیان اصل مورد نظر ایشان باید واجد جامعیت کافی باشد. مثلا 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 تکرار بیش از ۲۰ حکم (اعم از مفهوم و منطوق) در میان ۳۱ اصل معقول و متعارف نبوده و کلیت و جامعیت اصول را از بین می‌برد؛ کلیتی که همراه اصول است و در واقع اصول را به این دلیل از قواعد جدا کرده است.

این تکرار ملالت بار حتی در برخی موارد موجب گردیده در یک مورد دو حکم 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، صرفا به دلیل تابعیت خارجی یا نبود اقامتگاه او در کشور مقر 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 بی وجه تشخیص دهد، به طور معمول متقاضی دستور باید از عهده خسارت طرف مقابل برآید. هنگامی که این امر ضروری به نظر رسد، دادگاه می تواند از متقاضی اقدام موقتی بخواهد تا تامینی 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 تامین الزامی گردد، چرا شق اخیر بند ۳ اصل ۸ به دادگاه اجازه داده است در موارد مقتضی از متقاضی تامین 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 تامین یا تضمین از اتباع بیگانه یا کسانی است که در مقر دادگاه اقامت ندارند و در مورد سایر اشخاص حکم بند ۳ اصل ۸ اجرا می شود.

دربارۀ ایراد دیگر باید گفت تقریباً اصلی از اصول نیست که بی ارتباط با ادله باشد. بند ۴ اصل ۵ درخصوص حق ارائه عناصر اثباتی برای طرفین؛ بند ۱ اصل ۶ در بارۀ زبان اسناد و مدارک؛ بند ۲ اصل ۹ پیرامون مقطع ارائه دلیل و قسمت های ۴ و ۶ بند ۳ و نیز بند ۴ همان اصل دربارۀ ارائه، قابلیت پذیرش و آگاهی از ادله و اداره دلایل و نیز طرح آن ها در آخرین جلسه رسیدگی؛ بند ۳ اصل ۱۱ تشریح ادله مستند ادعا به نحو مکفی؛ اصل ۱۶ دربارۀ دسترسی به دلایل؛ اصل ۱۸ درخصوص تکلیف محرمانه بودن و مصونیت از افشاء 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 درخصوص بار اثبات و اقناع دادرس؛ قسمت های 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 پژوهش خواهی و سرانجام اصل ۳۱ در زمینه تعاون قضایی بین المللی 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 افشاء و کشف دلیل یا *Discovery* است که با عنوان «دسترسی به اطلاعات و دلایل» در اصل ۱۶ مقرر شده است. به نظر می رسد علی رغم

توجه جدی، تلاش بی‌حد و حصر جهت نزدیک کردن نظام‌های حقوقی به ویژه پیرامون کشف حقیقت از طریق افشاء و کشف دلیل در این اصول چندان موثر نباشد و سیستمی که حتا در نظام حقوقی آمریکا دچار انتقادات جدی شده، چندان مقبول جامعه جهانی نشود.

افشاء 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 کند. 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.^۱ 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 کند.^۲ این قانون همچنین راه‌ها و ابزارهای زیادی برای این کار پیش بینی کرده است مانند: «بازجویی»،^۳ گواهی بیرون از دادگاه که معمولا مکتوب است،^۴ درخواست جهت پذیرش یا به عبارت دیگر درخواست قبول یا نكول

1. V. Depositions and Discovery: 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery; 27. Depositions to Perpetuate Testimony; 28. Persons Before Whom Depositions May Be Taken; 29. Stipulations Regarding Discovery Procedure; 30. Deposition by Oral Examination; 31. Depositions by Written Questions; 32. Using Depositions in Court Proceedings; 33. Interrogatories to Parties; 34. Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes; 35. Physical and Mental Examinations; 36. Requests for Admission; 37. Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery; Sanctions.

2. (b) Discovery Scope and Limits., (1) Scope in General.: Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any non-privileged matter that is relevant to any party's claim or defense — including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence. All discovery is subject to the limitations imposed by Rule 26(b)(2)(C).

3. Interrogatories.

4. Depositions.

سوگند یا تایید اصالت سند^۱. همچنین ممکن است یک طرف دعوا طرف دیگر را ملزم به آوردن دلیل یا سند و مدرکی نماید.

هازارد و تاروفو 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»^۲.

در نتیجه، به طور کلی باید گفت راهکارهای این نظام برای کشف دلیل بسیار زمان-بر و پرهزینه خواهد بود^۳. از این رو، ناکارآمدی و ناسازگاری آن با معیارهای دادرسی عادلانه امروز از جمله سرعت دادرسی و کم هزینه بودن آن هویدا می‌شود. چه گونه 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 بی‌آمد 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 نزدیک-کننده 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^۴ و سابقه درخشانی نیز ندارد^۵. آیا بیش از علاقه شخصی نویسندگان در کار دخیل بودن است؟

1. Requests For Admission.

2. G. C. HAZARD and M. TARUFFO, *American Civil Procedure: An Introduction*, U.S.A., Yale University Press, 1993, p. 115.

۳. برای مطالعه در جوانب این مشکل در حقوق آمریکا از منظر حقوق تطبیقی ر. ک :

Geoffrey MILLER, *The Legal- Economic Analysis of Comparative Civil Procedure*, in: *American Journal of Comparative Law*. Vol 45. N4, 1997, pp. 905 ets.

4. Loic CADIET, *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 Institue*, op. cit., p. 115-119.

۵. پرفسور 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 دست‌یابی به دلایل موجود در کشور خارجی مورخ ۱۸ مارس ۱۹۷۰ با اعمال حق شرط از سوی اکثر کشورها دلیل به اثبات رسیده است. آن ماده مقرر کرده است :

ایراد دیگر این است که برخی مقررات که به شکل اصل تدوین شده فاقد کلیت مورد نیاز است. تعریف کردن اصل یا *Principe* حتا در نظام رومی-ژرمنی کار مشکلی است. این واژه دارای بار معنا شناختی تاریخی و فلسفی ویژه‌ای است. هر تعریفی از آن با هر منظر و رویکرد به سمت مفاهیم متعددی می‌لغزد. ژرار کورنرو 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. یا یک مثل و قاعده‌ای کلی که اگر چه در متنی نیامده ولی، از لحاظ حقوقی الزامی است.^۱

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 آیین نامه‌ای هستند؛ مانند این که دادرسی باید به زبان دادگاه انجام شود و این که 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 منتخب طرفین یا دادگاه محدود کرد. نویسندگان می‌توانستند این مقررات را که در حد آیین نامه هستند در بخش قواعد پیش‌بینی کنند.

باری، نمی‌توان انکار کرد که ممکن است در عرصه بین المللی 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

Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale :
 Art. 23 : Tout Etat contractant peut, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les Etats du Common Law sous le nom de « pre-trial discovery of documents ».
 ۱. CORNU, Gérard, Vocabulaire juridique, op. cit., p. 720.

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.

به کارگیری 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»^۱، و متضاد واژه «استبدادی»^۲ قرار دهند.

نویسندگان اصول چنین تلقی کرده‌اند که ارجاع به این واژه موجب می‌شود تا دادگاه از ارایه 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 به کارگیری این واژه میسر شود بی‌گمان باید آن را از مزایای اصول دانست و نه از معایب آن. اما، باید اعتراف کرد به کارگیری مفاهیم غیرمنضبطی 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 به کارگیری یکی از آن‌ها جز در مورد بند ۱ اصل ۲۵ که گزیری وجود نداشت خودداری کنند. در

1 . Proportionnel (Proportional).

2 . Significatif (Significant).

3 . Non excessif (Not excessive).

4 . Équitable (Fair).

5 . Arbitraire (Arbitrary).

این اصل آمده است که : «محکوم‌له اصولاً حق دارد تمام یا بخش اساسی هزینه‌های متعارف دادرسی را مسترد کند. واژه هزینه در اینجا شامل هزینه طرح دعوا، هزینه‌های کارمندان قضایی مانند مدیران دفاتر، هزینه‌های مربوط به کارشناسی و حق الوکاله و مانند آن می‌شود». ممکن است مراجعه به ۵ 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»^۱ در بند ۸ اصل ۵ و بند ۱ اصل ۸، «ارتباط اساسی»^۲ در قسمت ۲ بند ۲ اصل ۲ و بند ۱ اصل ۱۲، امر موضوعی و حکمی و اثباتی «مرتبط»^۳ در بند ۱ و ۲ اصل ۱۶ و بند ۳ اصل ۲۱ و بند ۱ اصل ۲۲ و «مسائل مرتبط»^۴ 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 از عبارت «ارائه دلیل دروغین» استفاده شده است که اعم از «ادای شهادت دروغ» است که در متن فرانسوی آن آمده است :

1 . Proportionnalité.

2 . Lien substantiel (Substantial Connection).

3 . Pertinent (Relevant).

4 . Question pertinente (Relevant Issue).

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 توجیه 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 و قواعد 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 تامینی 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. بنابر این تبعیض در آوردن نام هر دو فاقد مبنای حقوقی و منطقی است.

مطالعه حاضر در این جا به پایان می‌رسد. امید است با رویکردی که مبنای شرح و بررسی اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی را در این اثر تشکیل می‌دهد، زمینه نقد منصفانه اصول و در خدمت گرفتن آن برای پیشرفت حقوق داخلی فراهم شود.

در بخش نخست اثر حاضر همان طور که وعده داده شد ابتدا «اصول آیین دادرسی مدنی فراملی» بررسی می‌شود و سپس در بخش دوم آن ترجمه متن و شرح پیش‌نویس «قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی» که بدنه تفصیلی و جزئی‌تر مقررات آیین دادرسی مدنی فراملی هستند ارائه می‌شود و سرانجام در بخش سوم برای کمک به ارتقای

کیفیت تحقیق و پژوهش، متون فرانسه، انگلیسی اصول و متن انگلیسی قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی در دسترس علاقه‌مندان قرار می‌گیرد.

www.ketab.ir