

پژوهشنامه‌ی
حقوق تطبیقی
(دوفصلنامه)

سال سوم / شماره‌ی چهارم
بهار و تابستان ۱۳۹۸

پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه مازندران

مدیر مسؤول: دکتر جواد تقی زاده

سر دبیر: دکتر حمید ابهری

مدیر داخلی: دکتر مسعود فریادی

اعضای هیأت تحریریه:

دکتر حمید ابهری	استاد دانشگاه مازندران
دکتر محسن ایزنلو	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر علی اکبر ایزدی فرد	استاد دانشگاه مازندران
دکتر ابوالحسن شاکری	استاد دانشگاه مازندران
دکتر بیژن عباسی	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر محسن عبدالهی	دانشیار دانشگاه شهید بهشتی
دکتر کیومرث کلاتری	استاد دانشگاه مازندران
دکتر پژمان محمدی	دانشیار دانشگاه شهید چمران

ویراستار فارسی: سید صادق بردبار ویراستار انگلیسی: دکتر زهرا محمودی

حروفچینی و صفحه آرایی:

کارشناس نشریه: رابعه مهدی پور

شمارگان: ۵۰ نسخه

چاپ و صحافی: کتیه

قیمت: ۱۰۰۰۰ (ریال)

نشانی: بابلسر- پردیس دانشگاه مازندران- دانشکده حقوق و علوم سیاسی- دفتر پژوهشنامه حقوق تطبیقی

تلفکس: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۴

نمابر: ۰۱۱۳۵۳۰۲۱۰۲

پست الکترونیکی: pajohesh.l-p@umz.ac.ir

نشانی اینترنتی: www.lp.umz.ac.ir

این دو فصلنامه مسؤول آرا و نظریات مندرج در مقالات نیست. دو فصلنامه در ویرایش مطالب آزاد است.

اسامی داوران این شماره‌ی پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی

استاد دانشگاه مازندران	دکتر حمید ابهری
استادیار دانشگاه مازندران	دکتر فرهاد الله وردی
دانشیار دانشگاه مازندران	دکتر جواد تقی زاده
استادیار دانشگاه مازندران	دکتر آزاده صادقی
استادیار دانشگاه مازندران	دکتر ام البنین رمضان زاده
استادیار دانشگاه مازندران	دکتر سید حسن حسینی مقدم
استادیار دانشگاه مازندران	دکتر محمد فرزندگان
استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد چالوس	دکتر علی مشهدی
دانشیار دانشگاه مازندران	دکتر مرتضی نجابت خواه

انتشار این نشریه بر اساس موافقتنامه‌ی شماره‌ی ۹۱/۲۸۴۴۶ مورخ ۹۱/۱۲/۲۰ هیات نظارت بر مطبوعات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی است و مقالات این دو فصلنامه در ارتقای اعضای هیات علمی موثر است.

به نام خداوند جان و خرد

سخن سردبیر

خداوند بزرگ را سپاسگزاریم که با همدلی و همکاری پویندگان علم حقوق، اولین شماره پژوهشنامه حقوق تطبیقی با گروه دبیران جدید منتشر شده است. انتشار پژوهشنامه حقوق تطبیقی در واقع تداوم فعالیت علمی پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران است که پس از انتشار ۳۱ شماره با مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی تغییر نام داده است. با تقدیم این شماره از مجله از همه فرهیختگان، دانشوران و اندیشمندان و فعالان عرصه‌ی علم و پژوهش حقوق انتظار می‌رود با ارسال مقالات ارزشمند خویش بر غنای علمی دو فصلنامه بیفزایند و زمینه ارتقای سطح علمی مجله را فراهم نمایند. از همکاران ارجمند که عضویت در گروه دبیران مجله را پذیرفتند، کمال تشکر و قدردانی را دارم.

دکتر حمید ابهری

سردبیر پژوهشنامه حقوق تطبیقی

دانشگاه مازندران

راهنمای نگارش و تدوین مقالات

پژوهشنامه حقوق تطبیقی

از مؤلفان گرامی تقاضا می شود برای جلوگیری از تأخیر در داوری و انتشار به موقع دو فصلنامه، هنگام ارسال مقاله به نکات زیر توجه فرمایند:

اهداف پژوهشنامه:

- ۱- اشاعه و نشر تحقیقات و پژوهش‌های انجام شده در زمینه حقوق تطبیقی
- ۲- کمک به توسعه و اعتلای دانش در زمینه حقوق تطبیقی
- ۳- فراهم نمودن زمینه مناسب برای تبادل افکار و اطلاعات میان مراکز دانشگاهی و تحقیقاتی کشور در زمینه حقوق تطبیقی

موضوع مقالات:

موضوع مقالات باید در زمینه‌های حقوق تطبیقی باشد.

شرایط بررسی مقالات:

- ۱- در جهت هدف‌ها و در قالب موضوعات تعیین شده باشد.
- ۱- حاصل مطالعات، تجربه‌ها و پژوهش‌های نویسنده باشد.
- ۲- اسامی افراد در متن و در داخل پرانتز به زبان اصلی آورده شود.
- ۳- واژه‌ها و اصطلاحات خارجی به صورت اعداد از ۱ تا ... شماره‌گذاری شده و در انتهای مقاله آورده شوند.
- ۴- مقاله قبلاً در نشریه یا مجموعه مقالات سمینارها و مجامع علمی دیگر چاپ نشده باشد.
- ۵- زبان رسمی مجله فارسی است.
- ۶- مقاله باید مشتمل بر چکیده فارسی و انگلیسی (۲۰۰-۲۵۰ کلمه معادل حداکثر ۱۵ سطر) واژه‌های کلیدی، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه‌گیری و فهرست منابع و مآخذ باشد.
- مقالات مروری (Review Article) از نویسندگان مجرب و صاحب مقالات پژوهشی در زمینه مورد بحث، به شرطی پذیرفته می‌شود که منابع معتنا بهی در تحقیق مورد استفاده قرار گرفته باشد.
- ۷- مقالات ارسالی باید در صفحات کاغذ A4 یکرو با فاصله تقریبی میان سطور ۱/۵ سانتیمتر ترجیحاً با قلم یا قوت نازک فونت ۱۲ (برای اصطلاحات لاتین با قلم تایمز ۱۲) تحت نرم‌افزار Word حروفچینی شود و به دفتر پژوهشنامه ارسال شود. ارسال فایل مقاله بعد از پذیرش آن ضروری است.
- ۸- مقالات ارسالی به جز اصل مطالب باید دارای صفحات ذیل باشند:

صفحه اول:

- عنوان مقاله به انگلیسی و فارسی، نام نویسنده یا نویسندگان به انگلیسی و فارسی (نام نویسنده عهده‌دار مکاتبات با ستاره مشخص شود).
- رتبه علمی و نام مؤسسه یا محل اشتغال نویسنده یا نویسندگان به فارسی و انگلیسی
- نشانی کامل نویسنده عهده‌دار مکاتبات: شامل شماره تلفن و نشانی پست الکترونیکی
- * چنانچه مقاله حاصل طرح پژوهشی باشد در صفحه اول درج شود.

صفحه دوم:

- عنوان کامل مقاله به انگلیسی
- چکیده انگلیسی (حداکثر ۲۵۰ واژه)
- کلید واژگان انگلیسی (حداکثر پنج واژه)

صفحه سوم:

- عنوان کامل مقاله به فارسی
- چکیده فارسی (حداکثر ۲۵۰ واژه)
- کلید واژگان فارسی (حداکثر پنج واژه)
- ۹- ارجاعات در متن مقاله داخل پرانتز به صورت (نام خانوادگی، سال، صفحه) آورده شود.
- ۱۰- فهرست منابع به ترتیب حروف الفبا (ابتدا فارسی و سپس انگلیسی) آورده شود.
- ۱۱- در ذکر منابع از الگوی زیر استفاده شود:
- الف- کتاب: نام خانوادگی، نام: نام کتاب، نام مترجم، دوره‌ی چند جلدی، نوبت چاپ، نام ناشر، محل نشر، سال نشر.
- ب- مقاله: نام خانوادگی، نام: «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره یا جلد، شماره نشریه، سال نشر.
- ۱۲- مقاله‌های رسیده ابتدا از طرف هیأت تحریریه مورد بررسی قرار می‌گیرد و در صورتی که مناسب تشخیص داده شود توسط سه نفر از صاحب‌نظران به صورت محرمانه داوری خواهد شد.
- ۱۳- مسؤولیت صحت و سقم مطالب به عهده نویسنده است.
- ۱۴- مقالات برگرفته از پایان‌نامه کارشناسی ارشد یا رساله دکتری در صورتی که مسؤولیت آن را استاد راهنما قبول کرده باشد قابل بررسی است.
- ۱۵- حداکثر حجم مقالات، شامل جدول‌ها و منحنی‌ها ۲۰ صفحه می‌باشد.
- ۱۶- پژوهشنامه حق رد یا قبول و نیز ویراستاری مقالات را برای خود محفوظ می‌دارد.

« فهرست مقالات »

صفحه	نام نویسنده	عنوان
۹	جواد تقی زاده حسین میر احمدی	بررسی ادعای برتری نظام پارلمانی و عملکرد آن در ایران و فرانسه
۳۹	سید حسن حسینی مقدم	مطالعه تطبیقی پیامد فسخ قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق موضوعه کشور ایران
۶۵	محسن خان محمدی	بررسی تطبیقی جایگاه توبه در حقوق جزای موضوعه و فقه امامیه در سقوط مجازات های حدی
۸۳	بیتا دشتی مریم افشاری	مطالعه تطبیقی جرایم سایبری در ایران و حقوق بین الملل
۱۱۱	صدیقه فهیمی محمود باقری	تحریم های اتحادیه اروپا در خصوص ضمانت نامه های بانکی
۱۴۵	آیت مولائی مهدی معنوی	آسیب شناسی انتخابات «ولسی جرگه» افغانستان در پرتو انتخابات مجلس نمایندگان امریکا
۱۷۷	وحید قاسمی عهد	مطالعه تطبیقی روش های حمایت از بیمه گذار در قراردادهای الحاقی بیمه در حقوق ایران و امریکا

بررسی ادعای برتری نظام پارلمانی و عملکرد آن در ایران و فرانسه

جواد تقی زاده^۱

حسین میراحمدی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۴/۳۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۱۹

چکیده:

اعتقاد به برتری نظام پارلمانی در دهه‌ی هشتاد میلادی رواج داشت که البته دیگر رایج نیست. بررسی اختیارات ریاست جمهوری و نیز وضعیت اکثریت حاکم در نظام های پارلمانی حاکی از آن است که نه نظام ریاستی همواره موجب تعارض است و نه نظام پارلمانی موجب رفع تعارض و حکومت یکپارچه. بنابراین، این نظام ها دارای برتری ذاتی نیستند و تناسب یا عدم تناسب آنها با شرایط جامعه است که می تواند عملکرد خوب یا بد آنها را مشخص کند. از طریق مطالعات تطبیقی می توان به وجود یا عدم این تناسب پی برد. در این راستا بی ثباتی حکومتی در جمهوری چهارم فرانسه و حکومت مشروطه ایران نشان می دهد که نظام پارلمانی متناسب با شرایط این جوامع نبوده است. علت عدم وجود فرهنگ ائتلاف بین احزاب است که حتی در صورت وجود احزاب آزاد نیز ائتلاف سیاسی نادر می باشد. غالباً نظام پارلمانی در جوامعی با فرهنگ سیاسی نظیر ایران و فرانسه عملکرد ثبات آفرینی نداشته است.

واژه های کلیدی: نظام پارلمانی، اختیارات ریاست جمهوری، فرانسه، ایران، مطالعات

تطبیقی

^۱ دانشیار دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) - jtaghizadehd@yahoo.com

^۲ دانش آموخته حقوق عمومی دانشگاه شیراز

مقدمه

نظام‌های سیاسی موجود در قوانین اساسی مدرن اشکال متنوعی دارند؛ ولی می‌توان آنها را در دو نوع کلی نظام ریاستی و نظام پارلمانی تقسیم‌بندی کرد. فارغ از جزئیات و به طور کلی می‌توان نظام‌های ریاستی را نظام‌هایی دانست که در آن‌ها اولاً رئیس‌جمهور که دارای اختیارات قابل توجه و تاثیرگذاری است به صورت مستقیم توسط مردم انتخاب می‌شود و ثانیاً مقام مزبور در یک دوره‌ی زمانی در کرسی خود باقی می‌ماند و جز از شیوه‌های خاص تعقیب و محاکمه که جنبه‌ی استثنایی دارند قابل عزل نیست (Linz, 1990: 259). در نظام‌های پارلمانی اما نخست وزیر که اختیارات اصلی حکومت را بر عهده دارد نه توسط رای مردم؛ بلکه بر مبنای انتخاب پارلمان عهده دار آن مقام می‌شود و در اعمال و انتصابات خود باید رضایت نهاد مزبور را به همراه داشته باشد که در غیر این صورت با عزل روبه‌رو می‌شود. هر دوی این نظام‌ها در راستای تحقق هدف تفکیک قوا قرار دارند که حفاظت از آزادی‌ها و همچنین کارآمدی است (وکیلان، ۱۳۹۲: ۲۴)؛ اما هر یک از آنها با قواعد متفاوت شکل خاصی به بازی سیاسی می‌دهند. نظام ریاستی با دو انتخابات مجزا پارلمان را از دولت تفکیک می‌کند و همین موضوع سبب می‌شود که دولت دارای دوام و اقتدار بیشتری باشد و از دخالت‌های پارلمان مصون بماند (Calabresi, 2005: 5). اما این ساختار احتمال درگیری سیاسی بین دو قوه را بالا می‌برد در حالی که راه حل حقوقی مناسبی جهت رفع درگیری وجود ندارد که می‌تواند به حکومت ناکارآمد و حتی تشویق به اعمال ساختارشکنانه همچون کودتا منجر شود. به دلیل وجود این نقص بزرگ است که بسیاری از اندیشمندان نظام پارلمانی را نظامی بهتر دانسته‌اند زیرا نظام مزبور با ایجاد دولت از درون پارلمان هماهنگی مطلوبی بین این دو قوه ایجاد می‌کند و در صورت حدوث اختلاف نظر نیز با رای عدم اعتماد به دولت و یا انحلال پارلمان از تشدید اختلافات و تشویق به اعمال ساختارشکنانه جلوگیری می‌کند و منازعه پایان می‌یابد. از این رو، این نظام دارای انعطاف بیشتری است و بهتر می‌تواند به تغییرات زمان پاسخگو باشد و از درگیری بین دو قوه و اثرات نامطلوب آن ممانعت کند (Linz, 1990: 260). به همین دلیل این عقیده رایج گشت که نظام ریاستی به دلیل گفته شده تنش‌آفرین است و احتمال فروپاشی نظام و

برپاشدن حکومت اقتداری در نظام مزبور بیشتر است. این عقیده مورد موافقت بسیاری از پژوهشگران قرار گرفته به طوری که آنها به برتری رژیم پارلمانی اعتقاد پیدا کرده اند (پرزورسکی، ۱۳۹۰: ۱۶ و وکیلان، ۱۳۹۲: ۶۶ و دال، ۱۳۸۹: ۱۶۳). در این بین عقاید خوان لینز به عنوان مخالف برجسته نظام های ریاستی جایگاه ویژه ای داشته است (Reynolds, 2005: 84). سقوط پی در پی نظام های ریاستی در آمریکای جنوبی که پس از بحران های سیاسی و وقوع منازعه ی سیاسی بین دو قوه بود، لینز را به این اعتقاد رهنمون کرد و تایید بیشتر پژوهشگران را نیز به دست آورد (وکیلان، ۱۳۹۲: ۵۰). اما با بررسی نمونه های بیشتر و تدقیق در آنها این ادعا مورد نقد قرار گرفت. با توجه به این بررسی ها که در دو قسمت نخست مقاله ارائه می شوند، باید دانست که نظام های سیاسی به طور مطلق خوب یا بد نیستند^۱ بلکه تناسب یا عدم تناسب آنها با جامعه است که می تواند سبب عملکرد خوب یا بد آنان باشد. به این صورت که جامعه باید شرایط لازم را جهت عملکرد مطلوب نظام دارا باشد. از طریق مطالعات تطبیقی می توان این شرایط را تحلیل و ادراک کرد به این صورت که از مقایسه ی موارد مشابه و یا متفاوت به علت وقوع پدیده ها پی برد (لینز، ۱۳۷۳: ۴۴). در شیوه ی تشابه پدیده های مشابه مورد بررسی قرار می گیرند و از طریق عوامل حاضر در هر یک علت وقوع پدیده شناسایی می شود.^۲ در این راستا نظام پارلمانی در بین سالهای ۳۲-۱۳۲۰ در ایران با نظام پارلمانی در جمهوری چهارم فرانسه به عنوان دو دوره ی مشابه که در هر دوی آنها بی ثباتی سیاسی وجود داشته است مورد بررسی قرار می گیرند تا علل مشترک در هر دو دوره شناسایی شود. به این ترتیب در قسمت اول و دوم مقاله نظام حزبی و اختیارات ریاست جمهوری و نقش آن در

^۱ برای مطالعه ی بیشتر در خصوص مزایای نظام ریاستی و معایب نظام پارلمانی به منبع ذیل رجوع کنید:

- Calabresi Steven, 2001, the virtues of presidential government, constitutional commentary, 1. 18: 51- 104

همچنین برای مطالعه در خصوص مزایای نظام پارلمانی و معایب نظام ریاستی به منبع ذیل:

- Juan Linz, 1990. The perils of presidentialism, journal of democracy, 1.1: 51- 69

^۲ برای توضیح بیشتر در خصوص شیوه های تفاوت و تشابه و شیوه های دیگر مطالعات تطبیقی رجوع کنید به منبع

ذیل:

چارلز ریگین (۱۳۸۸)، روش تطبیقی فراسوی راهبردهای کمی و کیفی، ترجمه محمد فاضلی، تهران، نشر آگه

بروز اختلافات در نظام ریاستی و همچنین وضعیت اکثریت حاکم در نظام پارلمانی مورد بحث واقع می‌شوند و سپس در قسمت سوم مقایسه بین نظام پارلمانی در ایران و فرانسه به عمل می‌آید.

۱. نظام احزاب و اختیارات ریاست جمهوری

منازعه‌ی بین قوا در نظام ریاستی که سبب بدینی محققان به نظام مزبور شده بود از یک طرح ساختاری در نظام ریاستی ناشی می‌شود. طرح ساختاری مزبور مشروعیت دوگانه مجلس و دولت است که هر کدام به نحو مجزا از هم تشکیل می‌شوند و این مورد سبب تصادم این دو قوه می‌گردد. می‌توان به طور کلی اعتقاد داشت که نظام پارلمانی وضعیت بهتری نسبت به نظام ریاستی در تحقق دموکراسی دارد. ولی نمی‌توان ادعا کرد که ناپایداری دموکراسی نسبت مستقیمی با عدم وجود نظام پارلمانی دارد. زیرا قدیمی‌ترین و باثبات‌ترین جمهوری دموکراتیک جهان یعنی ایالات متحده آمریکا و همچنین کاستاریکا دارای تجربه‌های موفق و طولانی دموکراسی با وجود نظام ریاستی می‌باشند و از دیگر سوی نظام‌های پارلمانی نظیر جمهوری‌های سوم و چهارم فرانسه قابل مشاهده‌اند که در ثبات سیاسی و دموکراسی کارآمد ناموفق بوده‌اند. علت وجود چنین شرایطی و تصادم بین دو قوه را باید در نظام حزبی جامعه جویا شد.

با مشاهده‌ی نمونه‌های موفق نظام ریاستی عاملی که قابل مشاهده است فقدان وجود نظام حزبی کثرت‌گرا در این جوامع است (Mainwaring, 1993: 267). هر چه تعداد احزاب بیشتر باشد گرایش‌های موجود در پارلمان نیز بیشتر می‌شود و همین مسئله احتمال بروز حالت بن بست سیاسی را بیشتر می‌کند و این در حالی است که راه حلی همچون انحلال مجلس و یا رای عدم اعتماد برای این وضعیت در نظام‌های ریاستی وجود ندارد. همچنین تشکیل ائتلاف در رژیم‌های ریاستی با نظام حزبی کثرت‌گرا امری دشوار است؛ زیرا بر خلاف رژیم‌های پارلمانی دولت عملاً تشکیل شده است و قوه‌ی مجریه نیازی مبرم برای ائتلاف جهت کسب مشروعیت نمی‌بیند. همچنین در نظام ریاستی تعهد نمایندگان به حمایت از دولت کم‌رنگ‌تر است بر خلاف نظام پارلمانی که عدم حمایت اکثریت پارلمان در واقع خیانت به حزب تلقی می‌شود و می‌تواند حتی باعث از دست

رفتن کرسی نماینده در انتخابات بعدی مجلس باشد. این موارد، ائتلاف‌ها در نظام ریاستی را سست تر می‌کنند که با وجود نظام حزبی کثرت‌گرا ممکن است سبب تشتت و ضعف قوه مجریه و ایجاد شرایط بن‌بست شود. البته جدا از تعداد احزاب باید به ساختار آنها نیز توجه داشت. چنانچه احزاب گوناگون به هیچ وجه حاضر به مذاکره و ائتلاف نباشند در این صورت وضعیت بغرنج تر هم می‌شود (Mainwaring, 1993: 270-271). به عبارت دیگر، مشکل نظام ریاستی به دلیل تعداد احزاب جامعه و مهمتر از آن ساختار احزاب و فرهنگ حزبی جامعه است. به همین دلیل عده‌ای معتقدند که ترکیب نظام ریاستی باید با نظام اکثریتی در انتخابات مجلس همراه باشد تا از این وضعیت جلوگیری کند (Reynolds, 2004: 22). علاوه بر نهادهای حزبی و تعداد و قطب‌بندی احزاب موضوع دیگر نحوه‌ی ارتباط رییس جمهور و پارلمان است که تحت الشعاع اختیارات دو قوه قرار دارد و می‌تواند در سرنوشت نظام ریاستی موثر باشد.

رییس دولت دارای اختیارات حقوقی متنوعی است که این اختیارات در یک تقسیم‌بندی کلی شامل دو دسته اختیارات مربوط به قانونگذاری و اختیارات غیرقانونگذاری است و هر کدام از این اختیارات نیز خود دارای طیفی هستند که می‌توانند قدرت رییس جمهور را زیاد یا کم کنند. اختیارات قانونگذاری رییس جمهور و تنوع آن‌ها شامل موارد زیر است که در ادامه از شدید به ضعیف شمارش شده است (Shugart and Carey, 1992: 273):

- ۱- اختیار وتوی کلی مصوبه مجلس:
- بدون اختیار لغو و تو از سوی مجلس
- اختیار لغو و تو برای مجلس با اکثریت بیش از دو سوم
- اختیار لغو و تو برای مجلس با اکثریت دو سوم
- اختیار لغو و تو برای مجلس با کمتر از دو سوم
- اختیار لغو و تو برای مجلس تنها با اکثریت ساده
- عدم وجود حق وتوی کلی
- ۲- اختیار وتوی جزئی یا وتوی بخشی از مصوبه مجلس:

- فقدان اختیار لغو و مقابله برای مجلس
- اختیار لغو و تو برای مجلس با اکثریت بالا
- اختیار لغو و تو برای مجلس با اکثریت مطلق تمام اعضا
- اختیار لغو و تو برای مجلس با اکثریت ساده
- عدم وجود حق و توی جزئی
- ۳- اختیار صدور فرمان قانونی:
- بدون اختیار نسخ برای پارلمان
- فرمان قانونی موقت با محدودیت های کم
- اختیار صدور فرمان قانونی به صورت محدود و در بعضی زمینه ها
- ۴- حق انحصاری رایحه لایحه به مجلس:
- بدون اختیار اعمال اصلاحات از سوی مجلس
- با اختیار اعمال اصلاحات محدود از سوی مجلس
- وجود اختیار اعمال اصلاحات از سوی مجلس
- عدم وجود حق انحصاری رایحه لایحه به مجلس
- ۵- اختیار ارائه ی لایحه بودجه:
- رئیس جمهور لایحه را رایحه می کند و هیچ تغییری مجاز نیست
- مجلس می تواند ارقام بودجه را کاهش دهد
- رئیس جمهور رقم کلی هزینه ها را مشخص می کند که مجلس می تواند آن را اصلاح کند
- مجلس نمی تواند هزینه جدید پیشنهاد کند مگر اینکه طریقه ی تامین آن را نیز رایحه کند
- اختیار نامحدود مجلس در بررسی لایحه ی بودجه و اصلاح آن
- ۶- همه پرسى:
- به صورت نامحدود
- به صورت محدود

به علاوه، اختیارات غیر قانونگذاری رییس جمهور متنوع و شامل موارد زیر است که در ادامه از شدید به ضعیف شمارش شده است (Shugart and Carey, 1992: 273):

۱- تشکیل کابینه:

- تعیین کابینه بدون نیاز به تایید مجلس
- تعیین اعضای کابینه منوط به تایید یا تحقیق مجلس است.
- تعیین نخست وزیر که نیازمند تایید مجلس است و سپس نخست وزیر سایر وزرا را گزینش می کند.

۲- عزل اعضای کابینه:

- عزل اعضای کابینه به صلاحدید رییس جمهور
- اختیار محدود عزل اعضای کابینه به وسیله ی رییس جمهور
- اختیار عزل اعضای کابینه به وسیله ی رییس جمهور تنها در صورت موافقت مجلس با عضو

جایگزین

- امکان عزل کابینه یا وزرا به وسیله مجلس

۳- سانسور یا استیضاح دولت که البته از اختیارات رییس جمهور نیست ولی بر آن تاثیرگذار است:

- مجلس چنین اختیاری ندارد.
- مجلس دارای اختیار سانسور دولت است ولی رییس جمهور متقابلاً حق انحلال پارلمان را خواهد داشت.

- وجود اختیار استیضاح سازنده برای پارلمان که بیانگر این است که پارلمان فقط در صورتی می تواند کابینه یا وزیری را استیضاح کند که همزمان جانشین آنها را انتخاب کرده باشد.

- وجود اختیار سانسور برای مجلس بدون هیچ قیدی

۴- انحلال پارلمان:

- اختیار انحلال پارلمان به صورت نامحدود برای رییس جمهور وجود دارد.

- محدودیت‌های زمانی برای انحلال پارلمان وجود دارد.

- انحلال پارلمان مستلزم برگزاری انتخابات جدید ریاست جمهوری است.

- تنها در پاسخ به استیضاح می‌توان از انحلال پارلمان استفاده کرد.

- رئیس‌جمهور اصلاً اختیار انحلال پارلمان را ندارد.

با بررسی دموکراسی‌های ریاستی این موضوع استنباط می‌شود که نظام‌هایی با روسای جمهور دارای اختیارات قانونگذاری کم‌تر در تحکیم دموکراسی موفق‌تر هستند (Shugart and Carey, 2012: 276). در این شرایط پارلمان دارای اختیارات مجزا و مشخص است و می‌تواند موجب مشارکت بیشتر در کنار ثبات آفرینی این نظام‌ها باشد و در عین حال از خطر انسداد در نظام ریاستی نیز جلوگیری شود. تشکیل دو گانه این قوادر این حالت نه تنها باعث بن بست سیاسی نمی‌شود، بلکه سبب تعدیل قوه‌ی مجریه از سوی قوه‌ی مقننه خواهد شد و هر دو شرط ثبات حاکمیت و پاسخگویی عمومی را که هدف حقوق عمومی است تامین خواهد شد.

همان‌طور که گفته شد عواملی همچون تعداد و سازمان احزاب و ارتباط رئیس‌جمهور و پارلمان نقشی مهم در تحکیم دموکراسی توسط نظام ریاستی ایفا می‌کند. این گزاره‌ها با بررسی دموکراسی‌های ریاستی موفق استنباط شده‌اند ولی هنوز این پرسش باقی است که چه عاملی سبب سقوط دموکراسی‌های ریاستی و وضعیت بن بست سیاسی می‌شود؟ در جواب این پرسش حکومت اقلیت شایان بررسی است.

۲. حکومت اقلیت^۱

حکومت اقلیت به موردی اطلاق می‌شود که دولت متصدی امور دارای اکثریت کرسی‌ها در مجلس نیست و این مورد سبب ایجاد وضعیت بن بست سیاسی می‌شود. در نظام‌هایی که رئیس‌جمهور دارای اختیارات قانونگذاری می‌باشد احتمال برخورد با قوه مقننه وجود دارد که در این صورت سه حالت متصور است (Cheibub, 2002: 279):

^۱. minority government

اول- رییس جمهور لایحه را به مجلس تقدیم می کند و مجلس با نظر موافق آن را به تصویب می رساند. در این حالت رییس جمهور در موضع برتر است.

دوم- رییس جمهور قانون مجلس را وتو می کند و در مقابل مجلس با اکثریت لازم وتو را لغو و قانون را لازم الاجرا می کند. در این حالت پارلمان قدرت برتر است.

سوم- رییس جمهور قانون مصوب پارلمان را رد می کند ولی مخالفان با وجود دارا بودن اکثریت توان کافی برای لغو وتوی رییس جمهور را ندارند. در واقع آنها اکثریت کافی ندارند و اقلیت حامی رییس جمهور مانع لغو وتو می شود. در این حالت بن بست سیاسی اتفاق می افتد و اکثریت موجود در مجلس در مخالفت با دولت است.

چندین عامل در ایجاد حکومت اقلیت در نظام ریاستی دخالت دارند مانند دومجلسی بودن نظام قانونگذاری که احتمال بروز این شرایط را تشدید می کند، سیستم انتخاباتی تناسبی و همچنین نظام حزبی چندگانه که احزاب دارای مرزبندی شدید می باشند و مایل به سازش و ائتلاف سیاسی نیستند، این عوامل می توانند سبب ایجاد حکومت اقلیت شوند که در صورت بروز آن شاهد ناتوانی دموکراسی در اداره ی جامعه خواهیم بود (Foweraker, 1998: 310 and Cheibub, 2002: 282). موضوع شایان توجه این است که نمی توان از مباحث گفته شده ناپایداری نظام ریاستی را استنباط کرد. وجود احزاب متعدد و انتخابات تناسبی می توانند سبب ایجاد حکومت اقلیت شوند و ممکن است که این نوع حکومت به بی ثباتی منتهی شود. این وضعیت به نظام ریاستی منحصر نیست. با مطالعه ۱۳۳ گذار دموکراتیک بین سالهای ۱۹۴۶ - ۱۹۹۶ مشخص می شود که حدود چهل درصد سالهای تصدی دولت در نظام های ریاستی توام با حکومت اقلیت بود که این میزان در ساختار یک مجلسی به سی و شش درصد می رسد. در حالی که وجود این نوع حکومت در دموکراسی های پارلمانی با اندکی تفاوت بین سی تا سی و شش درصد سالهای حکومت را دربر می گیرد که تفاوت چندان چشمگیری نیست (Cheibob, 2002: 279). بنابراین حکومت اقلیت معضلی نه فقط مربوط به نظام ریاستی ؛ بلکه گریبانگیر نظام پارلمانی نیز است.

حکومت اقلیت زمانی روی می دهد که مزیت بودن در اپوزیسیون از مزایای بودن در دولت برای اکثریت احزاب بیشتر باشد. این وضعیت در شرایطی رخ می دهد که احزاب در پارلمان تاثیرگذاری بیشتری دارند و حضور در دولت ائتلافی سبب عدم موفقیت آنها در انتخابات به دلیل عدم انجام وعده ها و یا نرسیدن به اهداف خواهد بود. در حکومت پارلمانی ساختار کمیسیون ها در پارلمان و همچنین نحوه ی پیش بینی نتیجه انتخابات در عدم تمایل احزاب برای شرکت در حکومت اهمیت دارد. به این صورت که هر چقدر ساختار کمیسیون ها به شکلی باشد که قدرت زیادی به نمایندگان برای تاثیر گذاری بر دولت اعطا کند و از سوی دیگر نتیجه ی انتخابات پیش رو نیز مشخص نباشد، احزاب مایل به شرکت در دولت نیستند و در این حالت حکومت اقلیت در قوه ی مجریه شکل می گیرد (Storm, 2003: 300-302). بنابراین باید توجه داشت که سبب وضعیت بن بست سیاسی که به زعم منتقدان این نظام مهمترین ضعف نظام ریاستی است و از مشروعیت دوگانه دولت و پارلمان ریشه می گیرد، حکومت اقلیت است که این نوع حکومت بیش از آنکه به وضعیت نهادهای نظام ریاستی بازگردد با ساختار و وضعیت احزاب مرتبط است.

برای مثال، نظام سیاسی حاکم در برزیل نظام ریاستی است که رییس جمهور در آن از اختیارات قانونگذاری در شدیدترین میزان خود برخوردار است. به طوری که رییس جمهور برزیل بعد از رییس جمهور شیلی به عنوان یکی از قدرتمندترین روسای جمهور شناخته می شوند (Shugart, 1999: 274). این مقام در برزیل علاوه بر اختیارات قانونگذاری قابل توجه همچون اختیار و تو مصوبات مجلس و قانونگذاری موقت در همه ی امور، دارای اختیار قانونگذاری تفویضی با اجازه ی مجلس است و در برخی امور اداری و امور نظامی دارای اختیار انحصاری تقدیم لایحه نیز است (مدکس، ۱۳۹۲: ۱۴۶). همچنین سیستم انتخاباتی مجلس اول که مجلس سراسری و مهمتر در این کشور است، نه تنها به شیوه ی تناسبی است؛ بلکه روش لیست باز نیز در انتخابات اعمال می شود؛ یعنی رای دهندگان مجازند که به حزب یا کاندیدا رای دهند و توزیع کرسی ها به این صورت خواهد بود که احزاب به تناسب آرای کسب شده صاحب کرسی در پارلمان خواهند شد؛ با این نکته تکمیلی که کرسی ها توسط نمایندگانی از آن حزب کسب می شود که دارای رای

انفرادی بیشتری نسبت به سایر هم حزبی های خود باشد و این مورد سبب رقابت درون حزبی و تشتت بیشتر احزاب می شود. این شرایط همان طور که گفته شد جهت حکومت ریاستی اصلا مناسب به نظر نمی رسد (Reynolds, 2005: 86). ولی حکومت برزیل پس از گذار به دموکراسی و تصویب قانون اساسی جدید از سال ۱۹۸۸ در تعامل با مجلس و ایجاد توافق های پارلمانی موفق عمل کرده است که این مهم از راه کسب رضایت احزاب ممکن شده است. در واقع رفتار حزبی به گونه ای است که احزاب در حکومت شرکت و با آن همکاری می کنند به گونه ای که تا سال ۲۰۰۰ بیش از هشتاد درصد لوایح رییس جمهور تصویب شده اند که از طرح های پارلمان نیز بیشتر است (Figueiredo, 2000: 308). بنابراین موضوع مهم در ایجاد حکومت اقلیت علاوه بر نهادها، روند تصمیم گیری سیاسی نیز است و این معضل تنها مربوط به نظام ریاستی نیست.

چنانکه ملاحظه شد وضعیت احزاب و اختیارات قانونگذاری رئیس جمهور در عملکرد نظام ریاستی موثر است و نمی توان نظام ریاستی را ذاتا تعارض آمیز دانست همچنین احتمال وقوع تعارضات بین قوا در نظام پارلمانی هم کم تر از نظام ریاستی نیست و نمی توان این نظام را هم ذاتا سبب یکپارچگی نظام سیاسی و دفع احتمال تعارض دانست. شرایط اجتماعی و سایر نهادها در عملکرد این نظام ها موثرتر هستند و باید با توجه به آنها نهادهای سیاسی را انتخاب و طراحی کرد. اینکه چطور باید این نهادها و شرایطو تاثیر آن ها را شناسایی کرد موضوعی بر عهده ی مطالعات تطبیقی است که نمونه ای از آن ارائه می شود.

۳. عملکرد نظام پارلمانی در جمهوری چهارم فرانسه و سلطنت مشروطه ایران در

دهه ی ۳۰

از نتایج آنچه که گفته شد استنباط می شود که نظام ریاستی و پارلمانی فی نفسه دارای برتری نیستند و ترکیب آنها با شرایط اجتماعی است که می تواند سبب عملکرد مطلوب یا نامطلوب آنان شود. مطالعات تطبیقی می تواند این شرایط را تحلیل و عیان کند که در این راستا عملکرد نظام پارلمانی در جمهوری چهارم فرانسه بررسی می شود. نظام مزبور به عنوان موردی ناموفق از عملکرد نظام پارلمانی شناخته می شود که موجب بی ثباتی سیاسی گشت (Horowitz, 1990: 78). سپس

وضعیت مشابه در ایران بین سالهای ۱۳۲۰-۱۳۳۲ بررسی می‌گردد که این مقایسه می‌تواند عدم تناسب نظام پارلمانی با وضعیت سیاسی ایران را نشان دهد. لازم به ذکر است که سلطنت مشروطه در واقع حکومت پارلمانی است و تفاوتی با جمهوری پارلمانی ندارد بنابراین اطلاق عنوان سلطنت یا پادشاهی برای این نظام ها نباید موجب این تلقی نادرست گردد که نظام سلطنت مشروطه با جمهوری متفاوت است همانطور که نظام های پادشاهی مشروطه در دنیا همچون انگلستان و سوئد در ردیف نظام های پارلمانی طبقه بندی می‌شوند.^۱ نظام فرانسه جمهوری پارلمانی و نظام حاکم بر آن زمان ایران سلطنت پارلمانی یا مشروطه بود که عملکرد نامطلوب پارلمان موجب گذار نظام اول به نظام نیمه ریاستی و گذار نظام دوم به سلطنت اقتدارگرا شد.

۳-۱. عملکرد نظام پارلمانی در جمهوری چهارم فرانسه

جمهوری چهارم پس از جنگ جهانی دوم و در پی رفراندوم سال ۱۹۴۶ در فرانسه تاسیس شد. قوه ی مقننه از مجلس ملی و شورای جمهوری تشکیل شده بود که مجلس اول به صورت مستقیم توسط مردم برای مدت ۵ سال و مجلس دوم برای مدت ۶ سال در انتخابات شهرستانی غیرمستقیم انتخاب می‌شدند. دولت تنها در مقابل مجلس اول مسئول بود و در اختیارات قانون گذاری هم کفه ی ترازو به سمت مجلس ملی سنگینی می‌کرد. رئیس جمهور نیز منتخب دو مجلس در نشست مشترکی در ورسای بود که کنگره نامیده می‌شد. رئیس جمهور بسیاری از اختیارات خود نظیر انحلال مجلس، مسئولیت اجرای قوانین و ابتکار طرح لوایح را در مقایسه با قانون اساسی جمهوری سوم از دست داد. بقیه ی اختیارات رئیس جمهور نیز باید با رضایت مجلس و امضای متقابل وزیران انجام می‌شد. به این ترتیب نقش تشریفاتی رئیس جمهور کاملاً تثبیت شد. موضوع اصلی نحوه ی

^۱. برای ایضاح بیشتر مطلب گفته شده در مورد پادشاهی های مشروطه رجوع کنید به منبع ذیل:

Constitutional monarchs in parliamentary democracy(2017), Elliot Bulmer, published by international IDEA institute

و برای درک پادشاهی مشروطه در ایران و تفسیر قانون اساسی مشروطه در زمان خود نگاه کنید به منبع ذیل:

حقوق اساسی یا آداب مشروطیت دول: اولین رساله حقوق اساسی در ایران (۱۳۸۲)، محمد علی فروغی، به کوشش

علی اصغر حقدار، انتشارات کویر

تشکیل دولت است که در ترکیب با فضای سیاسی فرانسه موجب بی ثباتی و عملکرد نامطلوب نظام شد. نخست وزیر توسط رییس جمهور پس از مشورت با رئیس مجلس و رهبران احزاب به مجلس معرفی می شد و نامزد معرفی شده برنامه ی خود را به پیشگاه مجلس ارائه می کرد و چنانچه با رای اکثریت مطلق نمایندگان تایید می شد رئیس جمهور رسماً او را منصوب می کرد و او سپس می توانست کابینه ی خود را تشکیل دهد (قاسم زاده، ۱۳۳۶: ۲۴۵). اولین نخست وزیر جمهوری چهارم پل رامادیه پس از گرفتن رای اعتماد و انتصاب رسمی برای ترکیب کابینه ی خود نیز درخواست رای اعتماد مجدد کرد و به سنت جمهوری سوم بازگشت. فرآیند اخیر در اصلاح قانون اساسی در سال ۱۹۵۴ با تغییراتی تثبیت شد و این طور مقرر شد که دولت در کلیت خود به مجلس پیشنهاد شود و نخست وزیر و وزرا با هم در مقابل مجلس برای اخذ رای اعتماد حاضر شوند. مسئولیت دولت نیز نسبت به جمهوری سوم با قواعد سخت تری زیر سوال می رفت. تنها نخست وزیر می توانست درخواست رای اعتماد کند نه هریک از وزرا همچون نظام پیشین. سلب اعتماد باید با اکثریت مطلق نمایندگان مجلس حاصل می شد و سنا نیز نمی توانست دولت را استیضاح کند؛ هرچند که در جمهوری سوم به ندرت از این اختیار استفاده کرده بود (اردان، ۱۳۸۹: ۶۸۲-۶۷۰). جمهوری چهارم درگیر مشکلاتی همچون مشکلات اقتصادی، اعتصابات کارگری، جنگ سرد و به خصوص مبارزات ضد استعماری با فرانسه در شمال آفریقا و جنوب شرقی آسیا بود. در اثنای مشکلات سه انتخابات مجلس برگزار شد که در هیچ یک از آنها هیچ حزبی دارای اکثریت مطلق نشد و به منظور تشکیل دولت باید ائتلاف تشکیل داده می شد. در انتخابات مجلس سال ۱۹۴۶ حزب کمونیست ۱۸۲ کرسی، حزب جمهوری خواه مردمی ۱۷۳ کرسی و حزب سوسیالیست ۱۰۲ کرسی کسب کردند. رادیکال ها و جریان راست مستقل نیز با ۶۹ و ۷۲ کرسی در مجلس حضور داشتند. سه حزب برتر ائتلافی تشکیل دادند که نخست وزیر را تعیین می کرد. ولی طولی نکشید که اختلافات حزب کمونیست با دو حزب دیگر شدید شد و در نهایت وزرای آن هم توسط نخست وزیر از دولت اخراج شدند. حزب رادیکال که کم تر از هفتاد رای کسب کرده بود جایگزین این حزب در ائتلاف حاکم شد. حزب کمونیست تا انتهای جمهوری چهارم با وجود داشتن آرای قابل

توجه در مقام اپوزیسیون دولت باقی ماند و در نهایت در انتخابات سال ۱۹۵۸ تنها ۱۰ کرسی کسب کرد و اقبال عمومی خود را از دست داد. حزب رادیکال اما هرگز در مقام سه حزب دارای بیشترین آرا قرار نگرفت ولی به دلیل نقش مهم خود در شکل دهی ائتلاف حاکم نقش مهمی در جمهوری چهارم بازی کرد به طوری که هشت بار اعضای این حزب مقام ریاست شورای وزیران یا همان نخست وزیر را کسب کردند (ایوبی، ۱۳۸۹: ۱۱۹). همچنین دوگل که شخصیتی نزدیک به حزب جمهوری خواه مردمی (M.R.P) محسوب میشد در سال ۱۹۴۷ حزب مستقل خود یعنی اتحاد مردم فرانسه را تاسیس و هدایت کرد که به جمع احزاب موجود در انتخابات سال ۱۹۵۱ اضافه شد و در مقام اپوزیسیون که مخالف نظام حزب محور پارلمانی کنونی بود وضعیت را بغرنج تر کرد، هرچند بعدها با این حزب نیز به اختلاف نظرهایی رسید و حزب دیگری تاسیس کرد. در طول جمهوری چهارم ائتلافی موسوم به جریان سوم که حاصل اتحاد سوسیالیست ها، جمهوری خواهان مردمی و احزاب کوچکتر همچون رادیکال ها بود حکومت می کردند. مشکل اینجا بود که علاوه بر اختلاف دیدگاه خود این احزاب، در درون آنها هم گرایش های مختلفی در مورد مسایل اقتصادی، فرهنگی و بین المللی وجود داشت که سبب انتظارات متعارض از دولت و در نتیجه، سقوط پی در پی دولت ها می شد. در طول جمهوری چهارم که دوازده سال به طول انجامید، بیست کابینه به روی کار آمدند با متوسط طول عمر شش ماه که در این شرایط اتخاذ سیاست یکنواخت از سوی دولت ناممکن می شد و بی ثباتی دولتی رخ می داد (اردان، ۱۳۸۹: ۶۸۷). نظام جمهوری چهارم در واقع بسیار مشابه با نظام جمهوری سوم بود. عمر متوسط دولت ها در جمهوری سوم ۸ ماه بود که در طول سالهای جنگ جهانی اول به ۶ ماه کاهش پیدا کرد و ضعف نظام سیاسی فرانسه را کاملاً عیان کرد. در طول ۶۵ سال عمر جمهوری سوم ۱۰۷ کابینه روی کار آمدند که طولانی ترین آنها سه سال دوام داشت. کشمکش های پارلمانی و ائتلاف های گذرا بین احزاب متعدد موجب بی ثباتی سیاسی شده بود و از این جهت می توان نظام پارلمانی در فرانسه را نقطه ی مقابل نظام باثبات پارلمانی در انگلستان دانست (نقیب زاده، ۱۳۹۳: ۱۳۵). این وضعیت در نهایت در جمهوری چهارم با بحران الجزایر به پایان رسید. مبارزات ضد استعماری و استقلال طلبانه ی ملت الجزایر دولت فرانسه را دچار مشکل

کرد و کابینه ها یکی پس از دیگری سقوط می کردند. در چنین شرایطی بود که دوگل با شرط تغییر قانون اساسی و اختیارات ویژه نخست وزیر شد و با پایه گذاری جمهوری پنجم بحران الجزایر را هم رفع و رجوع کرد. او همواره تاکید داشت که نه نظام پارلمانی موجود در جمهوری های سوم و چهارم بلکه حکومت ریاستی می تواند مشکلات را حل کند. این مطلب با تغییر قانون اساسی و تقویت جایگاه سیاسی و حقوقی ریاست جمهوری بر همگان ثابت شد (کوبان، ۱۳۹۳: ۲۶۲). در جمهوری پنجم فرانسه ابتدا رییس جمهور با رای غیر مستقیم انتخاب می شد؛ نه توسط کنگره ی دو مجلس بلکه توسط هیئت انتخاب کنندگان متشکل از اعضای پارلمان، اعضای شوراهای شهرستان، نمایندگان منتخب شوراهای شهر، نمایندگان سرزمین های ماورای بحار که مجموعاً در حدود ۸۰۰۰۰ نفر می شدند. این مقام پس از بازنگری قانون اساسی از طریق همه پرسی در سال ۱۹۶۲ با آرای مستقیم مردم تعیین می شود. پیشرفت های بسیاری در سایه ثبات دولتی در این دوران حاصل شد که پیش از این در سایه اختلاف نظرهای پارلمانی ممکن نبود. در دوره ی دوازده ساله ی جمهوری چهارم ۲۰ نخست وزیر روی کار آمدند، در حالی که در دوره ی یازده ساله ی حکومت دوگل فقط سه نخست وزیر روی کار آمدند. شکوفایی اقتصادی در سایه حکومت با ثبات رو به افزایش گذاشت و تجارت خارجی فرانسه رونق گرفت. البته نباید تمامی این پیشرفت ها را به حساب جمهوری پنجم گذاشت زیرا عوامل آن ها از قبل فراهم بوده اند. ولی ثبات سیاسی در این توسعه بسیار تاثیر داشت و شرط لازم؛ اما غایب جمهوری فرانسه بود که با مقام ریاست جمهوری تامین شد (نقیب زاده، ۱۳۹۳: ۱۶۰). شکست جمهوری چهارم در وهله ی اول به نظام حزبی آن باز می گشت که ناتوان از ایجاد اکثریت با ثبات بود و مانع عملکرد موثر نهادهای سیاسی می شد (اردان، ۱۳۸۹: ۶۹۰). ولی چرا در حالی که در کشورهایی مانند انگلستان و سوئد نظام حزبی به خوبی عمل می کند، در فرانسه همان نظام موجب بی نظمی می شود؟ پاسخ را باید در شکل خاص احزاب سیاسی فرانسه، فرهنگ سیاسی آنان و نحوه ی رقابت آنها جست و جو کرد.

احزاب در فرانسه شکننده، ناپایدار و ضعیف هستند (ایوبی، ۱۳۸۹: ۲۵۰). در ابتدای انقلاب فرانسه وجود احزاب با اندیشه اراده ی ملی سازگاری نداشت و به عنوان نماد تفرقه نگریسته می شد.

در ادامه هم احزاب این کشور نتوانستند در درون خود وحدت کلمه داشته باشند که باعث شده است فرانسوی‌ها نسبت به گروه‌گرایی بدبین باشند (نقیب زاده، ۱۳۷۸: ۱۸۷). احزاب این کشور از درون پارلمان و حول محور شخصیت‌ها شکل گرفته‌اند. حزب سوسیالیست به عنوان بزرگترین حزب جریان چپ که حزب غیرشخصیت‌گرا محسوب می‌شد، در درون خود گرایش‌های متفاوتی داشته و برخلاف انگلستان نتوانسته است با اتحادیه‌های کارگری هماهنگ باشد و اتحادیه‌های کارگری رسماً در فرانسه از احزاب دوری می‌جویند. احزاب دست راستی از انتخاب عنوان حزب برای خود اجتناب می‌کنند و بیشتر از عناوینی مانند تجمع، اتحاد و ... استفاده می‌کنند. دوگل قهرمان این جریان حکومت خود را پایانی بر حکومت احزاب می‌دانست. همین موضوعات سبب شده است که نظام فرانسه نماینده محور باشد نه حزب محور و ائتلاف‌های برخاسته از این احزاب شکننده باشد (ایوبی، ۱۳۸۹: ۲۶۵). این شرایط را می‌توان به فرهنگ سیاسی فرانسه نسبت داد. در فرانسه در مقایسه با انگلستان نوعی بی‌اعتمادی به نهاد دولت و سازمان‌های وابسته به آن وجود داشت که موجب می‌شد شهروندان نسبت به فعالیت‌های مبتنی بر اعتماد متقابل بر حذر باشند و در مقابل دولت حالت انفعالی و غیرمشارکتی اتخاذ کنند. در واقع در فرانسه مردم در برابر چیزی از خود دفاع می‌کنند به جای آنکه با همدیگر برای چیزی کار کنند (نوذری، ۱۳۸۱: ۲۰۶). این خصلت فرهنگ سیاسی همکاری را دشوار می‌کند که موجب پیدایش احزاب نه‌چندان منضبط و همه‌شمول می‌شود که در نتیجه، در پارلمان به صورت ائتلاف‌های شکننده خود را نشان می‌دهد و مدیریت عمومی را با رکود مواجه می‌نماید. با تاسیس نظام نیمه ریاستی در جمهوری پنجم و انتخاب مستقیم رییس‌جمهور توسط مردم و نه به واسطه‌ی احزاب، مشکل بی‌ثباتی دولتی نیز برطرف شد و دولت فرانسه از قدرت کافی جهت مدیریت جامعه بهره‌مند گردید. در بین سالهای ۱۳۲۰ تا ۱۳۳۲ در ایران نیز شرایط مشابه‌ای وجود داشت که احزاب بی‌انضباط کشور در کنار نظام پارلمانی در بروز آن نقش اصلی را داشتند.

۲-۳. عملکرد نظام پارلمانی در ایران بین سال های ۱۳۲۰-۱۳۳۲

نظام سیاسی ایران پیش از پیروزی انقلاب اسلامی نظام پادشاهی پارلمانی بود. در متمم قانون اساسی مشروطه مطابق اصول ۴۶ و ۵۰ عزل و نصب وزرا و فرماندهی نیروهای نظامی بر عهده ی شاه قرار داشت؛ ولی اصل ۴۵ مقرر می داشت: «تمامی قوانین و دستخط های پادشاه در امور مملکتی وقتی اجرا می شود که به امضای وزیر مسئول رسیده باشد و مسئول صحت مدلول آن فرمان و دستخط همان وزیر است». اصل ۴۴ نیز پادشاه را از مسئولیت مبری می دانست. اصول ۶۰ و ۶۷ مقرر می داشتند که وزرا در مقابل مجلس ملی و سنا مسئول و قابل عزل می باشند. همچنین طبق اصل ۶۴ آنها نمی توانند احکام شفاهی یا کتبی پادشاه را مستمسک سلب مسئولیت از خود قرار دهند. نهایتاً در اصل پانزدهم قانون اساسی مجلس در عموم مسائل صاحب اختیار شده بود. اصول نامبرده در کنار هم کاربست مشروطیت و پادشاهی پارلمانی را اعمال می کردند. نظام مزبور از سال ۱۲۸۵ شمسی در کشور مستقر شد ولی کشور با نبود زیرساخت های لازم از جمله امنیت و دستگاه اداری مدرن ناتوان از اجرای آن بود. پس از روی کار آمدن حکومت پهلوی نیز این زیرساخت ها به بهای اقتدارگرایی پهلوی به مرور و تا حدی ایجاد شدند. ولی پس از سقوط رضاشاه توسط متفقین فرصت مطلوبی جهت کاربست پادشاهی پارلمانی فراهم آمد. به همین دلیل بازه ی زمانی بین سالهای ۱۳۲۰ تا ۱۳۳۲ مناسب برای بررسی عملکرد نظام پارلمانی است زیرا در این دوره هم اقتدارگرایی سقوط کرده است و هم حداقل های لازم برای اعمال نظام حکومتی مدرن وجود دارند. اولین مجلس این دوره مجلس سیزدهم است که انتخابات آن از بخت خوب شاه جوان در دوره ی پدرش و با شیوه ای ناسالم انجام یافته بود. این مجلس آماده بود که طی توافقی نانوشته، امور نظامی را همچنان در اختیار شاه باقی بگذارد و در عوض شاه نیز نظرش را در مسایل سیاسی اعمال نکند. در نتیجه، سلسله مراتب نظامی همچنان دست نخورده باقی ماند و دستورات از دفتر نظامی دربار به رئیس ستاد مشترک و از آنجا نیز به فرماندهان محلی ابلاغ می شد؛ در حالی که وزارت جنگ در این میان به اداره ی تدارکات نظامی و مقام تشریفاتی تبدیل شد. در سوی دیگر رویه ی تعیین نخست وزیر تغییر کرد و مجلس نقش اساسی و واقعی خود را بازیافت. در زمان رضاشاه کاندیدای مقام نخست

وزیری به همراه فرمان سلطنتی جهت کسب رای اعتماد به مجلس معرفی می شد؛ در حالی که در این دوره نمایندگان ابتدا به نخست وزیر رای تمایل می دادند و سپس او را برای گرفتن فرمان به شاه معرفی می کردند. سرانجام نیز برنامه و کابینه‌ی او در معرض رای اعتماد قرار می گرفت (آبراهامیان، ۱۳۸۴: ۲۱۷). به این ترتیب نظام پارلمانی ایران جانی تازه و معنایی واقعی گرفت، ولی سایه‌ی سنگین دربار با نیروهای نظامی اش که با دولت پیوند خورده بود و نیرویی حتی کارآمدتر از آن بود و همچنین سایه سفارت خانه‌های خارجی بر آن سنگینی می کرد. در این دوران مشکلاتی همچون کمبود مواد غذایی و مشکلات اقتصادی پس از جنگ، تحرکات تجزیه طلبانه در شمال و جنوب و موضوع نفت مسایل اصلی حکمرانی را تشکیل می دادند. هر چند که سفارت خانه‌های خارجی و دربار سعی داشتند در امور کشور مداخله کنند ولی ضعف اصلی آنجا بود که پارلمان ایران همچون پارلمان فرانسه در جمهوری‌های سوم و چهارم از ایجاد ائتلافی پایدار و به تبع آن کابینه‌ای مداوم و با ثبات ناتوان بود که همین موضوع نقش مهمی در زمینه‌سازی برای مداخله‌ی سفارت خانه‌ها یا دربار ایفا می کرد. این وضعیت موجب شد که طی دوازده سال ۱۲ نخست وزیر، ۱۷ کابینه تشکیل دادند. در صورت احساس خطر و جلوگیری از سقوط کابینه، روسای دولت اقدام به تغییر کابینه خود و درخواست رای مجدد جهت کسب رضایت اعضای مجلس می کردند که این عمل به ترمیم کابینه مشهور بود. هفده کابینه‌ی مزبور ۲۳ بار نیز با ترمیم روبه رو شدند. به این ترتیب میانگین عمر هر کابینه بدون در نظر گرفتن ترمیم‌ها ۸ ماه و با در نظر گرفتن ترمیم‌ها فقط ۳ ماه و نیم بود (عظیمی، ۱۳۹۱: ۶۴۰). وضعیت مزبور موجب بی‌ثباتی حکومتی شد و بهانه‌ای برای شاه بود جهت انتقاد از حکومت پارلمانی، توجیه وضع محدودیت بر آن و زمینه‌سازی اقتدارگرایی پهلوی. نگاهی دقیقتر می‌تواند علت این بی‌ثباتی را روشن سازد.

علاوه بر مجلس سیزدهم چهار مجلس دیگر نیز در این دوره شکل گرفتند. نمی‌توان فراکسیون یا گروه واحدی را دارای اکثریت در این مجالس دانست جز مجلس پانزدهم که حزب دموکرات با هفتاد نماینده بر آن برتری داشت که حزب مزبور به رهبری نخست وزیر احمد قوام تشکیل شده بود. همچنین مجلس شانزدهم و هفدهم که تحت تسلط اقلیت قدرتمند جبهه‌ی ملی به رهبری

محمد مصدق قرار داشت که دارای پشتیبانی مردمی و خیابانی قدرتمندی بود. انتظار می رفت که حزب دموکرات و جبهه ی ملی بتوانند پشتیبانی پارلمانی قابل اطمینانی را برای دو نخست وزیر مزبور فراهم نمایند و پایه های حکومت پارلمانی را مستحکم کنند ولی این مهم حادث نشد.

۳-۲-۱. دولت قوام

قوام که پیش از این نیز در اواخر زمان قاجار دو بار به نخست وزیری رسیده بود در این دوران نیز سه بار نخست وزیر شد. دوره اول نخست وزیری او از مرداد تا بهمن ۱۳۲۱ بود. او در سطح سیاست داخلی قصد محدود کردن قدرت شاه را داشت. پست وزارت جنگ را برای خود نگه داشت و اعلام کرد که در آینده فرماندهی کل ارتش تابع وزارت جنگ خواهد بود که این اولین تلاش سیاسیون برای کنترل ارتش محسوب می شد. همچنین سلطنت طلبان را از وزارت جنگ بیرون کرد و مقرر کرد که اعضای دولت تنها از طریق دفتر نخست وزیر با دربار تماس بگیرند (آبراهامیان، ۱۳۸۴: ۲۲۵). دوره ی دوم نخست وزیری او در اوج بحران جداسازی تبریز و کردستان از ایران که توسط شوروی برنامه ریزی شده بود، آغاز شد. قوام در راستای سیاست موازنه ی مثبت خود ابتدا با نزدیکی به شوروی موجب قطع حمایت آنان از جدایی طلبان شد و بحران آذربایجان را خاتمه داد ولی کمی پس از این بحرانی مشابه در جنوب کشور تحت عنوان نهضت ملی فارس اتفاق افتاد که نخست وزیر اینبار با گفتگوی با مقامات انگلستان ضمن فاصله گرفتن از شوروی موفق به حل این بحران نیز شد. به این ترتیب سیاست موازنه ی مثبت او موثر گشته بود و قوام در تمامی جبهه ها پیروز شد (بهنود، ۱۳۸۴: ۲۷۹). او سفارت خانه های خارجی و دربار را منفعل کرد و انتظار میرفت که با پیروزی در انتخابات پیش رو موضوع نقش شاه در مقام فرماندهی کل قوا هم مشخص شود و پارلمان و دولت به تمامه قدرت را در دست گیرند ولی اینطور نشد. حتی سیاستمدار زبده ای مثل قوام که توان آن را داشت که قدرت های جهانی را فریب دهد از ایجاد ائتلافی نیرومند و حزبی با دوام در مجلس و جامعه ی ایران ناتوان بود. او که با شرایط پارلمان ایران آشنا بود بیان کرده بود که نظام مشروطه بدون حزبی منضبط مانند خانه ای بدون سقف است (آبراهامیان، ۱۳۸۴:

(۲۷۷). لذا چاره‌ی بی‌ثباتی دولتی در ایران را تاسیس حزبی بزرگ و منضبط می‌دانست تا پشتوانه دولت در مجلس باشد و اقدام به راه‌اندازی حزب دموکرات ایران کرد. در عمل نیز حزب مزبور توانست در انتخابات مجلس پانزدهم ۷۰ کرسی از ۱۳۶ کرسی را کسب کند و پیروز انتخابات باشد ولی اختلافات نیز آغاز شده بود. قبل از پایان انتخابات در داخل حزب احمد آramش که دبیر کلی آن را بر عهده داشت با علی‌اکبر موسوی زاده عضو کمیته‌ی مرکزی حزب در مورد مسایلی همچون فساد و سیاست‌های اجتماعی دچار اختلاف شدند. این اختلافات ادامه داشت تا جایی که پس از تشکیل مجلس از هفتاد نماینده که وفاداری خود را به نخست‌وزیر به طور کتبی اعلام کرده بودند چهل نفر به مخالفت با وی برخاستند. کمی بعد کودتایی داخلی در حزب رخ داد و کمیته‌ی اجرایی موقت در مقابل کمیته‌ی ای که شخص وی تایید کرده بود، انتخاب شد. به این ترتیب فراکسیونی که قرار بود حامی دولت باشد به دو گروه متخاصم تبدیل شد و گروه مخالف قوام به رهبری فاخر حکمت دوست سابق او که با تلاش قوام رییس مجلس شده بود، در همکاری با مخالفان دیگر او باعث سقوط دولت شدند (عظیمی، ۱۳۹۱: ۳۲۳). تنها بیست روز پس از شروع مجلس بود که حزب دموکرات با وجود تشکیلات وسیع، امکانات مالی گسترده و پیروزی در انتخابات دچار چنین انشقاقی شد. این را نخستین شکست قوام در دوره‌ی نخست‌وزیری اش می‌دانند که موجب سقوط دولت او شد (بهنود، ۱۳۸۹: ۲۷۸). نخستین شکست نخست‌وزیر را نه دخالت دولت‌های خارجی و نه دربار بلکه یاران او تحمیل کردند. سرنوشت حزب دموکرات نشان می‌داد که علت بی‌ثباتی پارلمانی نه دربار و سفارتخانه‌ها بلکه ناتوانی سیاستمداران در یکصدایی بود. این گزاره با نگاه به جبهه‌ی ملی هم تایید می‌شود.

۲-۲-۳. دولت مصدق

مصدق با پشتیبانی جبهه‌ی ملی در مجلس شانزدهم و در بوجه‌ی مسئله‌ی نفت به نخست‌وزیری رسید. او با ارائه‌ی لایحه‌ی ملی شدن صنعت نفت، دربار و انگلستان را غافلگیر کرد و از مجلس اختیارات ویژه و از شاه فرماندهی کل ارتش را تقاضا نمود. مخالفت شاه و استعفای اعتراض

آمیز مصدق به قیام سی تیر و بازگشت پیروزمندانه ی او منجر شد. برای اولین بار رهبری ارتش به دست سیاسیون افتاد و شاه در انفعال کامل قرار گرفت. به نظر جبهه ی ملی پشتیبان مصدق از حزب دموکرات قوام موفق تر بود. مصدق نیز همچون قوام به لزوم ایجاد پشتوانه ای مستحکم در مجلس به عنوان پیش شرط دولت باثبات پارلمانی پی برده بود. ولی بر خلاف قوام اعتقادی به وجود حزبی بزرگ نداشت و اعتقاد داشت که تشکیل چنین حزب فراگیری در ایران بسیار دشوار است (آبراهامیان، ۱۳۸۴: ۳۱۲). او با نگاه به تجربه ی عمومی ایرانیان در تحزب که نمونه ای از آن در حزب دموکرات دیده شد، تلاش کرد که جبهه ی ملی را به صورت ائتلافی از احزاب در آورد نه تشکیلی از اشخاص، تا بدین وسیله اختلاف نظر ها سبب متلاشی شدن آن نشود. بدین ترتیب این جبهه با احزابی مانند حزب ایران، حزب زحمتکشان، حزب ملت ایران، جامعه ی مجاهدین اسلام، همکاری غیر رسمی فداییان اسلام و تعدادی روزنامه و تشکل سازماندهی شد. با وجود تلاش های دربار برای عدم ورود نمایندگان جبهه ی ملی به مجلس، آنها در انتخابات تهران موفق به کسب پیروزی شدند و به مجلس راه پیدا کردند. هرچند که آنها تنها فراقسیون اقلیت هفت نفره ای را تشکیل می دادند، ولی بر مجلس مسلط بودند. زیرا شهرت آنها به فسادناپذیری و دشمنی با استبداد برای آنها در بین مردم محبوبیتی را رقم زده بود که به پشتوانه ی آن و از طریق سیاست های خیابانی به اکثریت مجلس فشار مقهورکننده ای را وارد می کردند و به این ترتیب اقلیت جبهه ی ملی دارای تفوقی مصنوعی بر مجلس و دولت بود (عظیمی، ۱۳۹۱: ۴۰۸). قدرت جبهه ی ملی همچون حزب دموکرات در ابتدا خلل ناپذیر به نظر می رسید ولی اختلافات درون این تشکل نیز بالا گرفت و در نهایت موجب فروپاشی آن و شکست نخست وزیر شد. در انتخابات مجلس هفدهم این اختلافات تشدید شد و شکل جدی تری به خود گرفت به طوری که موجب استعفای پیاپی دو وزیر کشور که از نزدیکان مصدق بودند شد. کاشانی و حائری زاده از نمایندگان پرنفوذ مجلس از عدم حمایت دولت در حمایت از کاندیداهای خود ناراضی بودند (عظیمی، ۱۳۹۱: ۵۲۰). اوج اختلافات در مجلس هفدهم زمانی بود که مصدق خواهان تمدید اختیارات ویژه خود شد که این موضوع به مذاق آیت الله کاشانی که ریاست مجلس را داشت خوش نیامد. همچنین بقایی دیگر نماینده

قدرتمند مجلس نیز به طور کامل با مصدق دشمن شد و به این ترتیب جامعه‌ی مجاهدین اسلام و حزب زحمتکشان که نقش مهمی در پیروزی‌های جبهه‌ی ملی و بسیج خیابانی هواداران داشتند از این ائتلاف خارج شدند (آبراهامیان، ۱۳۸۴: ۳۴۱). وضعیت به جایی رسید که سفیر انگلستان در گزارشی جبهه‌ی ملی را به دو جناح چپ به رهبری حسین فاطمی و جناح راست به رهبری آیت الله کاشانی تقسیم کرد و آنها را در حال زورآزمایی با یکدیگر توصیف نمود (عظیمی، ۱۳۹۱: ۵۹۳). مصدق که با این وضعیت مجلس را مختل کننده تر از قبل می‌دید تصمیم به انحلال مجلس گرفت. او چون مجلس موسسان و مصوبات آن را قبول نداشت این کار را نه از راه تقاضا از شاه بلکه از طریق فرماندوم انجام داد؛ عملی که از سوی وفادارترین یاران او هم مخاطره آمیز توصیف شده بود. در این زمان سلطنت طلبان و انگلستان و آمریکا که از مدت‌ها پیش کودتایی را طراحی می‌کردند از این فرصت استفاده کرده و آن را به اجرا گذاشتند و مصدق در نبود پشتیبانان سابق خود که بعضاً با کودتا نیز همراه شدند سقوط کرد و به این ترتیب پرونده‌ی سلطنت پارلمانی ایران نیز بسته و سلطنت اقتداری پهلوی دوم آغاز شد.

۳-۲-۳. ارزیابی نظام پارلمانی در ایران

نظام پارلمانی ایران در سال‌های ۱۳۲۰ تا ۱۳۳۲ همچون نظام پارلمانی در جمهوری‌های سوم و چهارم فرانسه درگیر بی‌ثباتی بود و بعضی از رجال سیاسی نیز به این موضوع آگاهی داشتند. همان طور که عباس اسکندری نماینده‌ی مجلس پانزدهم که تنها سه هفته پس از روی کار آمدن دولت هژیر دست به استیضاح دولت زده بود بر آن بود که تغییر پی در پی دولت‌ها وجه مشخصه‌ی کلیه‌ی نظام‌های پارلمانی است و برای تایید سخن‌اش جمهوری سوم فرانسه را مثال می‌زد و عمر دولت‌ها را در آن به طور میانگین ۷۵ روز می‌دانست (عظیمی، ۱۳۹۱: ۳۵۵). در ایران سیاستمداران برای رفع این مشکل از شیوه‌های حقوقی و سیاسی کمک می‌گرفتند. اختیارات ویژه حربه‌ی حقوقی بود تا به دولت استقلال بیشتری دهد و آن را از خواسته‌های متشتت پارلمان مصون نگه دارد. این اختیارات در دوره‌ی قوام به عنوان نشانه‌ای از دیکتاتوری رد شد (بهنود، ۱۳۸۹: ۲۰۷) و همچنین

در دوره ی مصدق پذیرفته ولی تمديد آن سبب اختلافات شديد شد در حالی که برخی از وظایف محول شده به دولت همچون چاپ اسکناس که در لایحه بود در شرایط عادی نیز در دموکراسی ها در صلاحیت پارلمان نیستند و برعهده ی دولت قرار دارند (گازیوروسکی و برن، ۱۳۸۴: ۵۰).

جالب است بدانیم که در جمهوری های سوم و چهارم فرانسه هم به دلیل صلاحیت عام پارلمان و وجود چند صدایی در آن که مدیریت را مشکل می کرد وجود این فرامین قانونی مرسوم شده بود که در ادامه همین امر زیربنایی برای مواد ۳۴ و ۳۷ قانون اساسی فرانسه در جمهوری پنجم شد؛ موادی که صلاحیت های قانون گذاری پارلمان و صلاحیت آیین نامه ای دولت را مشخص می کند و آنها را از ورود به صلاحیت همدیگر منع می کند (اردان، ۱۳۸۹: ۶۸۹). این موضوع را نمی توان غیر دموکراتیک دانست زیرا هرچند صلاحیت قانون گذاری پارلمان محدود می شود ولی صلاحیت نظارتی او بر دولت همچنان باقی است و می تواند اقدام لازم را در صورت نامناسب دیدن اعمال دولت جهت سوال، تحقیق و تفحص و یا محاکمه و استیضاح آن معمول دارد؛ استدلالی که مصدق هم در خصوص اختیارات ویژه داشت. علاوه بر اختیارات ویژه، مصدق و قوام کوشیدند که با ایجاد تشکل هایی فراگیر پشتوانه ی پارلمانی لازم را برای دولت جهت مدیریت کارآمد فراهم کنند ولی هر دوی آن ها به بن بست رسیدند. نمی توان منکر نقش دربار و دولت های خارجی در سقوط مشروطه خواهی در ایران بود، ولی نمی توان منکر این هم بود که اولین ضربه را به رهبران مشروطه خواه خود پارلمان و یاران آنها وارد می کردند و دربار و قدرت های خارجی تنها از آن بهره می جستند. واقعیت این است که همانگونه که پژوهشگران سیاست تطبیقی گفته اند (Sartori, 1994:94) نظام پارلمانی نمی تواند مناسب یک کشور باشد مگر در صورت وجود احزاب منضبط در آن. احزاب ایرانی اگر از احزاب فرانسوی بی ثبات تر نباشند با ثبات تر نیز نیستند و حکومت پارلمانی با وجود آنها در ایران حکومتی معضل آفرین خواهد بود. احزاب تشکیل شده در ایران با ویژگی هایی همچون انشعاب های مکرر، فقدان انسجام، شخصیت گرایی، رابطه ی خصمانه و حذفی نسبت به یکدیگر، دوری گزیدن از ائتلاف و یا سست بودن ائتلاف در صورت حصول شناخته می شوند (دلآوری، ۱۳۷۵: ۲۱۷). این پدیده را می توان در کنار عوامل اقتصادی و سیاسی،

تا حد زیادی به خصوصیات فرهنگ سیاسی ایران مربوط دانست، چراکه بی‌اعتمادی شهروندان نسبت به یکدیگر و عدم وجود فرهنگ مشارکتی در آنها را از ویژگی‌های رفتارهای سیاسی ایرانیان می‌دانند (سریع‌القلم، ۱۳۹۲: ۱۶۶). این خصوصیات همکاری را بسیار دشوار می‌کند و نظام پارلمانی هم جهت برقراری حاکمیتی پاسخگو به همکاری نیازی مبرم دارد. در صورت ناتوانی در همکاری و حصول اجماع، نظام پارلمانی نه تنها حاکمیتی پاسخگو به وجود نمی‌آورد بلکه تنها موجب هرج و مرج خواهد بود. این در حالی است که انقلاب مشروطه‌ی ایران در واقع به دنبال ثبات بود. تاریخ سیاسی ایران را دوره‌های متناوب هرج و مرج و استبداد دانسته‌اند. حکومت‌های استبدادی در ایران خود را به هیچ قانونی پایبند نمی‌دانستند و بالاترین قانون فرمان شاه بود که از الگوی ثابتی پیروی نمی‌کرد و انقلاب مشروطه در درجه اول به دنبال استقرار قانون بود. در حالی که در موارد مشابه انقلاب‌های اروپایی نه خود قانون بلکه جابه‌جایی قوانین کهن با قوانین آزادی خواهانه‌ی جدید مورد مطالبه بودند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۲۱). با این وجود، پارلمان ایران با گستردگی اختیارات خود نه تنها نتوانست مانع خودکامگی حکومت شود بلکه با ناتوانی نمایندگان مجلس در هم‌صدایی تنها موجب ایجاد هرج و مرج شد که تفاوت زیادی با استبداد نداشت. شایسته‌تر بود که نویسندگان قانون اساسی مشروطه اگر مایل و قادر به ایجاد حکومت جمهوری نبودند حداقل صلاحیت‌های پارلمان را تحدید می‌کردند تا دولت توان تصمیم‌گیری بیشتری داشته باشد. خوشبختانه با وقوع انقلاب اسلامی مقام ریاست جمهوری منتخب مستقیم مردم ایجاد شد که با فضای سیاسی ایران قرابت بیشتری دارد. جمهوری اسلامی ایران را نیز به هیچ وجه نمی‌توان در قالب حکومت پارلمانی موفق تصور کرد.

نتیجه گیری

نظام پارلمانی و ریاستی به خودی خود مطلوب نیستند و باید در ترکیب با جامعه مطلوبیت آنها را سنجید. با نگاه به تاریخ سیاسی و شرایط جامعه ی ایران پی می بریم که در ایران نیز مشابه جامعه ی فرانسه در جمهوری سوم و چهارم نظام پارلمانی موفق نبوده و موجب بی ثباتی حکومتی شده است. علت اصلی فرهنگ سیاسی حاکم بر احزاب در هر دو جامعه است. هرچند بعضی اساتید به درستی بر لزوم وجود نظام حزبی به عنوان شرط استقرار نظام پارلمانی در ایران تاکید کرده اند ولی باید توجه داشت که حتی در صورت وجود احزاب آزاد به دلیل فرهنگ سیاسی سازش ناپذیر در کشور باز هم موفقیت نظام پارلمانی محتمل نخواهد بود و موجب سقوط دولت ها و بی ثباتی می شود. لذا اصولاً نمی توان نظام پارلمانی را مناسب جامعه ی سیاسی ایران دانست و تاسیس آن را باید از باب آزمودن آزموده خطایی استراتژیک تلقی کرد. همچنین تاسیس این نظام در قالب جمهوری اسلامی را باید خطایی دوجندان دانست زیرا فارغ از تهدید بی ثباتی، نهاد ریاست جمهوری منتخب مستقیم مردم سبب احساس نزدیکی بین مردم و حکومت می شود و در صورت حذف مقام مزبور با وجود نظارت استصوابی در انتخابات مجلس احتمال بیگانگی مردم از نظام سیاسی می رود که سبب بی اعتمادی و حتی مشکلات امنیتی خواهد بود. باید این پندار را نیز رها کنیم که تاسیس نظام پارلمانی سبب رشد و گسترش احزاب و فرهنگ ائتلاف می شود زیرا تجربه های تاریخی این قضیه را رد می کند که این موضوع خود به دلیل تفاوت حقوق عمومی با سایر گرایش های حقوق است. در سایر گرایش های حقوقی قوانین و نهادهای جدید به پشتوانه ی جبر دولت بر جامعه اعمال می شوند ولی در حقوق عمومی باید قوانین را بر خود دولت اعمال کرد و پشتیبانی جامعه از این قوانین در غیاب عنصر اجبار امری ضروری است و چنانچه جامعه آمادگی لازم را برای اجرای قوانین نداشته باشد آنها به درستی اجرا نخواهند شد و مشکل ساز می شوند. شرط احزاب منضبط و فرهنگ سیاسی مایل به سازش و ائتلاف در جامعه جهت کارکرد صحیح نظام پارلمانی هم از این قاعده پیروی می کند که شرط مزبور در برخی جوامع از جمله ایران و فرانسه وجود ندارد و نظام پارلمانی در غیاب این مهم نه تنها سبب ایجاد آن نخواهد شد بلکه

حکومت را دچار بی‌ثباتی خواهد کرد. مقاله‌ی حاضر ادعای قطعیت در نتایج گفته شده را ندارد. می‌توان ادعای مطرح شده در این مقاله را از طریق مطالعات تطبیقی و از طریق موارد مشابه دیگر مورد سنجش عمیقتر قرار داد. به این صورت که عملکرد پارلمان در ایتالیا و جمهوری وایمار در آلمان را بررسی کرد و دلایل عدم موفقیت پارلمان در ثبات آفرینی در آنها را کاوید. همچنین می‌توان از طریق شیوه تفاوت نیز این سنجش را انجام داد و نظام پارلمانی در کشورهایمانند انگلستان و سوئد که به درستی عمل کرده است را بررسی کرد و نظام احزاب در آن کشورها را مورد تحقیق قرار داد که آیا دارای انضباط و ائتلاف با ثبات هستند یا خیر. همچنین در خصوص حل تعارضات بین قوه مجریه و مقننه در کشور نیز می‌توان به جای تاسیس نظام پارلمانی که مشکلات بیشتری را سبب خواهد شد از شیوه‌های نوین نظام‌های نیمه ریاستی استفاده نمود که در مقالی جداگانه باید به آنها پرداخته شود.

منابع و مآخذ

الف. فارسی:

۱. آبراهامیان، یرواند، ایران بین دو انقلاب، ترجمه احمد گل محمدی و محمد ابراهیم فتحی و لیلیایی، چاپ یازدهم، نشر نی، تهران، ۱۳۸۷.
۲. اردان، فیلیپ، نهادهای سیاسی و حقوق اساسی، ترجمه رشید انصاریان، چاپ اول، انتشارات دانشگاه اهواز، اهواز، ۱۳۸۹.
۳. ایوبی، حجت الله، احزاب سیاسی در فرانسه، چاپ اول، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۹.
۴. بهنود، مسعود، از سید ضیا تا بختیار، چاپ دوازدهم، انتشارات جاویدان، تهران، ۱۳۸۹.
۵. دال، رابرت، درباره ی دموکراسی، ترجمه فیروز سالاریان، چاپ اول، نشر چشمه، تهران، ۱۳۸۹.
۶. دلاوری ابوالفضل، زمینه های اجتماعی ناپایداری احزاب سیاسی در ایران»، نقد و نظر، تابستان و پاییز، شماره ۷ و ۸، ۱۳۷۵.
۷. سریع القلم، محمود، فرهنگ سیاسی ایران، نشر فرزاد، چاپ سوم، تهران، ۱۳۹۲.
۸. عظیمی، فخرالدین، بحران دموکراسی در ایران، ترجمه عبدالرضا مهدوی و بیژن نوذری، چاپ چهارم، نشر آسیم، تهران، ۱۳۹۱.
۹. قاسم زاده قاسم، حقوق اساسی فرانسه، ۱۳۳۶، موجود در آدرس ketabnak.com/book/55111:
۱۰. کویان آلفرد، تاریخ معاصر فرانسه، ترجمه عباسقلی غفاری فرد، چاپ اول، انتشارات اطلاعات، تهران، ۱۳۹۳.
۱۱. گازیروسکی، مارک و برن، مالکوم، مصدق و کودتا، ترجمه علی مرشدی زاد، انتشارات قصیده سرا، تهران، ۱۳۸۴.
۱۲. لیتل دانیل، تبیین در علوم اجتماعی، ترجمه عبدالکریم سروش، چاپ پنجم، موسسه فرهنگی صراط، تهران، ۱۳۸۷.

۱۳. مدکس رابرت ، قوانین اساسی کشورهای جهان، ترجمه مقداد ترابی، چاپ دوم، انتشارات شهر دانش، تهران، ۱۳۹۲.
۱۴. نقیب زاده احمد ، سیاست و حکومت در اروپا، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۳.
۱۵. نوذری حسینی ، احزاب سیاسی و نظام های حزبی، چاپ اول، انتشارات گستره، تهران، ۱۳۸۱.
۱۶. وکیلان، حسن ، ویژگی ها و معیارهای ارزیابی نظام های حکومتی، دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهشهای مجلس، ۱۳۹۲.
۱۷. همایون کاتوزیان محمد علی، تضاد دولت و ملت: نظریه تاریخ و سیاست در ایران، ترجمه علیرضا طیب، چاپ اول، نشر نی، تهران، ۱۳۸۰.

ب. منابع انگلیسی:

1. Cheibub Jose Antonio (2002), Minority Governments, Deadlock Situations, and the Survival of Presidential democracies in the democracy sourcebook, Robert Dahl et al , New York, the MIT press, 2003
2. Figueiredo Argelina and Fernando Limongi (2000), Presidential Power, Legislative Organization, and Party Behavior in Brazil, in the democracy sourcebook, Robert Dahl et al, New York, the MIT press, 2003
3. Foweraker Joe (1998), Institutional Design, Party Systems and Governability: Differentiating the presidential regimes of Latin America, in the democracy sourcebook, Robert Dahl et al, the MIT press, 2003
4. Horowitz Donald, comparing democratic systems, journal of democracy, vol 1, no 4, pp. 1-9, 1990
5. Linz Juan (1990), perils of presidentialism, in the democracy sourcebook, Robert Dahl et al, New York, the MIT press, 2003
6. Mainwaring scot (1993), Presidentialism, Multipartyism and Democracy: The Difficult Combination, in the democracy sourcebook, Robert Dahl et al, New York, the MIT press, 2003
7. Przeworski Adam, what makes democracies endure, journal of democracy vol 7. No 1, pp. 39- 55, 1995

8. Reynolds Andrew, reilly ben, Ellis Andrew, electoral system design, trydells tryckeri ab, Sweden, 2005
9. Sartori Giovanni, comparative constitutional engineering, New York, MacMillan press, 1994
10. Soberg Shugart Matthew and John Carey (1992), Presidents and Assemblies, in the democracy sourcebook, Robert Dahl et al, New York the MIT press, 2003

مطالعه‌ی تطبیقی پیامد فسخ قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران

سید حسن حسینی مقدم^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۲/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۰۸

چکیده

همانند بسیاری از نظام‌های حقوقی، در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین نیز بر پای بندی طرفین قرارداد به مفاد عقد و تعهدات ناشی از آن تاکید گردیده و فسخ از جنبه‌ی استثنایی برخوردار می‌باشد. بررسی اینکه با تحقق فسخ چه نوع از تعهدات قراردادی پس از وقوع فسخ بر عهده‌ی طرفین باقی و لازم‌الاجراء است و اثر فسخ نسبت به مالکیت عین و منافع چگونه و از چه زمانی است؟ نهایت آنکه آیا پس از اعمال فسخ امکان مطالبه‌ی خسارت برای هیچ‌یک از طرفین وجود خواهد داشت یا خیر؟ امر حائز اهمیت می‌باشد. در این مقاله به وجوه اشتراک و تفاوت حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، ۱۹۸۰ نسبت به موضوعات یاد شده می‌پردازیم و خواهیم دید که در حقوق ایران فسخ اثر قهقرایی نخواهد داشت در حالی که در کنوانسیون اثر فسخ به گذشته نیز سرایت می‌نماید و همچنین در کنوانسیون اساساً اجرای حق فسخ به امکان اعاده کالا منوط است؛ اما در حقوق ایران چنین نیست. به علاوه، آنکه شروط و تعهدات تبعی در هر دو نظام حقوقی پس از فسخ از پایداری برخوردارند و خسارت ناشی از فسخ نیز تحت شرایطی قابل مطالبه می‌باشد. واژه‌گان کلیدی: کنوانسیون، بیع، فسخ، خسارت، منافع.

^۱ استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) - s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

مقدمه

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین، ضمانت اجراهای متعددی پیش‌بینی گردید و تلاش شد تا به هر شکل ممکن از انحلال قرارداد جلوگیری و زمینه‌ی اجرای عین تعهد فراهم آید. پس طرفین مکلف به اجرای عین تعهد هستند. مقنن راه‌های تکمیلی مطالبه‌ی خسارت را در مواد ۷۴، ۷۹ تعیین نموده است و همچنین اجرا نشدن قرارداد را به جهت تحقق شرایطی که می‌تواند از نقض اساسی یا غیراساسی باشد، به طور استثنایی پیش‌بینی نمود. راه حل اخیر در بیشتر نظام‌های حقوقی مانند ایران ناخوشایند و یا آن را آخرین راه حل دانسته‌اند. در برخی از کشورها از جمله فرانسه؛ شرایط فسخ بسیار سخت و پیچیده است و تحقق آن با مراجعه به دادگاه و نیز وجود شرط نقض شدید تعهدات محدود گردید (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴: ۲۴۸). پیامد فسخ حسب مورد می‌تواند در حقوق طرفین اثرگذار باشد؛ چرا که اگر پذیرفته شود فسخ اثرش مانند بطلان است و قرارداد را از ابتدا، منتفی خواهد ساخت، منافع حاصله نیز از ابتدا به مالک عوض برمی‌گردد در این صورت وضعیت آن بسیار متفاوت است از اینکه تا پذیرفته شود فسخ فاقد اثر قهقهه‌رایی بوده و برگزیده اثرگذار نیست. همچنین آیدر کنار فسخ امکان مطالبه‌ی خسارت وجود دارد یا خیر؟ ضمانت اجراهایی متفاوتی حسب مورد برای طرفین وجود خواهد داشت. با آنکه فسخ، تأثیری بر شروط تبعی مانند داوری ندارد؛ اما برخی از تعهدات طرفین را منتفی و برخی دیگر پس از فسخ باقی خواهند ماند. وجود برخی از این موارد مانند مطالبه‌ی خسارت در کنار حق فسخ و امکان پایداری شروط داوری، می‌تواند تا حدودی ضرر وارده فسخ‌کننده را پوشش دهد و مانع رهایی عهدشکن از تعهدات قراردادی گردد.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ماده ۸۱ تا ۸۴ مواردی را با عنوان «Effects Avoidance» بیان داشته است که برخی عبارت Effects را به عنوان اثر تعبیر و معنای کلی عبارت را اثر فسخ می‌نامند. ولی عبارت «اثر» در برگیرنده‌ی تمام عواقب حاصله از فسخ نمی‌تواند گردد. زیرا ممکن است اثر فسخ، به طور مستقیم شامل مسائلی مانند بازگشت عین و انتفای برخی از تعهدات طرفین باشد، اما بقای برخی از تعهدات دیگر و یا، مطالبه‌ی خسارت نمی‌تواند در زیر عنوان «اثر فسخ»

قرار گیرد. از این جهت باید عبارت «پیامد فسخ» را به کار بست تا جامع تمامی عواقب فسخ قرارداد باشد. در مقاله‌ی حاضر پیامدهای فسخ را در کنوانسیون بیع بین المللی و حقوق ایران به طور تحلیلی و توصیفی بررسی می‌نمائیم.

مبحث اول: وضعیت شروط و تعهدات قراردادی پس از فسخ

قصد فسخ کننده‌ی قرارداد آن است به رابطه‌ی قراردادی خویشی با طرف دیگر پایان بخشد تا بیش از این به قراردادی فیصله دهد که او را به مقصود و انتظارش نرساند. بنابراین فسخ قرارداد، طرفین را از انجام تعهداتشان معاف می‌کند (پلان تار، ۱۳۷۰ : ۳۷۴) اما قرارداد را کاملاً منتهی نمی‌سازد و در نتیجه اثر فسخ بر تعهدات اصلی اجرا شده در برابر تعهدات اجرا نشده یکسان نخواهد بود (Schlechtriem, 1998: 639). از سوی دیگر فسخ تأثیری بر برخی از تعهدات تبعی یا شروط قراردادی نخواهد داشت. بنابراین به هر یک از این موضوعات جداگانه خواهیم پرداخت.

گفتار اول: تعهدات اجرا نشده

در برخی موارد مبنای اعمال حق فسخ در کنوانسیون، ناشی از تأخیر بیش از اندازه‌ی یکی از طرفین در اجرای به موقع تعهد و اعلام پیش از موعد مبنی بر عدم توانایی انجام قرارداد می‌باشد. در این فروض یا اجرای تعهد دیگر ممکن نیست و یا در فرض اجرا، برای متعهد له مفید فایده نخواهد بود. مانند موارد مذکور در بند ۱ ماده ۳۳، بند ۳ ماده ۷۲ و شق ب از بند ۱ ماده ۶۴. عملاً هنوز نه فروشنده اقدام به تسلیم مبیع نمود و نه خریدار مبادرت به تأدیه ثمن، به کیفیت مذکور در قرارداد اقدام ورزید. در این فرض از مهمترین اثر فسخ انتفای تعهدات اجرا نشده طرفین و رهایی آنها از مسئولیت اجرای قرارداد است. (kritzer, 1998, 527). بند ۱ ماده ۸۱ کنوانسیون مقرر داشت «بطالان قرارداد طرفین را از انجام تعهدات موضوع قرارداد ... مبری می‌کند...» پس تردیدی در معافیت طرفین از انجام تعهد برای بعد از فسخ نیست و این امر شامل مواردی نیز خواهد شد که بخشی از تعهدات اجرا و بخش دیگر آن باقی مانده باشد. برای مثال، در قرارداد خرید ۱۰۰۰۰ عدد یخچال فریزر، میزان ۳۰۰۰ عدد آن در مرحله‌ی اول تحویل گردید؛ ولی فروشنده در مرحله‌ی

دوم اعلام داشت قادر به تحویل ۷۰۰۰ عدد دیگر نیست. بنابراین تعهدات موضوع ۷۰۰۰ عدد مرحله‌ی دوم نیز اجرا نشده تلقی و با فسخ قرارداد از سوی خریدار، دیگر به اجرای آن از سوی فروشنده نیاز نیست. این امر از مفاد ماده ۷۳ و ۵۱، که ناظر به انجام تعهدات با وضعیت اجرایی خاص و اقساطی است، استنباط می‌گردد.^۱ تحقق این اثر، به نظر برخی از نویسندگان منوط به رعایت قید مذکور در بند ۱ ماده ۸۱ مبنی بر، پرداخت هر نوع خسارت قابل مطالبه می‌باشد (Honnold, 1999.440). در واقع رعایت این قید برای معافیت و رهایی از تعهدات قراردادی به نوعی پیش شرط الزامی است، که جداگانه بدان می‌پردازیم. بند ۱ ماده ۸۱ که مقرر می‌دارد: «فسخ قرارداد طرفین را از انجام تعهدات موضوع قرارداد.... معاف می‌سازد...» باید منظور از معافیت در این ماده نسبت به تعهدات انجام نشده باشد چون در سایر مواردی که تعهدات انجام می‌پذیرند موضوع معافیت طرفین بدین شکل معنا نخواهد داشت و از آن به عنوان اثر آینده فسخ یاد می‌کنند (Tallon, 1987, 801, 606). در حقوق ایران نویسندگان حقوق مدنی بر آن هستند که فسخ سبب انحلال عقد لازم خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۷۹). پس از فسخ قرارداد، عقد منحل و از ادامه اثر عقد که از جمله همان اجرای تعهدات می‌باشد جلوگیری می‌شود و هدف طرفین از انعقاد قرارداد حاصل نمی‌گردد (امامی، ۱۳۶۸: ۱۷۹) با همه این اوصاف نص قانونی در این زمینه وجود ندارد؛ مگر اینکه از روح موادی مانند ۲۸۴، ۲۸۶ و ۳۸۷ ق.م استفاده گردد. فسخ قرارداد به موجب بند ۱ ماده ۸۱ کنوانسیون که عیناً عبارت «طرفین» را به کار برده است، هر دو طرف قرارداد را نسبت به تعهدات قراردادی اجرا نشده معاف خواهد نمود. در حقوق ایران نیز اعمال فسخ همین اثر برای طرفین مسلم می‌باشد؛ با این تفاوت که به موجب کنوانسیون طرف با حسن نیت که به دلیل ضرر وارده، قرارداد را فسخ نموده است طبق مواد ۷۹، ۷۴... می‌تواند از ناقض قرارداد، مطالبه خسارت نماید ولی این موضوع در حقوق ایران از صراحت لازم برخوردار نیست.

¹. chengwei, Lium article: Effects Avoidance perspectives form the ciscg, UNIDROIT, pace law school inslitue of international, law, 2005.

گفتار دوم: تعهدات اجرا شده و اثر قهقرایی فسخ

برخی از تعهدات از سوی طرفین ممکن است در زمان فسخ انجام شده باشد. برای مثال اگر خریدار پیش از دریافت کالا، نسبت به پرداخت ثمن معامله اقدام نموده یا بالعکس، فروشنده پیش از دریافت ثمن معامله، نسبت به تسلیم بخشی از مبیع مبادرت ورزد؛ اگر قرارداد به هر دلیلی فسخ شود، آیا از ظاهر مفاد بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون استفاده می‌گردد تا آنچه به موجب قرارداد تحویل یا تأدیه گردیده، به طور مطلق قابل اعاده است و فسخ دارای اثر قهقرایی در کنوانسیون است؟^۱ اعمال حق فسخ در کنوانسیون سبب خواهد شد تا اثر قهقرایی آن نسبت به تمامی تعهدات انجام شده اعمال، و موجب بازگشت آن عوض به طرف دیگر شود؛ در حالی که این نظر در برخی موارد با موانع مواجه خواهد شد در آن صورت موجبات نقض قاعده، اثر قهقرایی را به بار می‌آورد و گویی آن را از شمول مفاد بند ۲ ماده ۸۱ خارج می‌سازد زیرا: اولاً: ممکن است حق فسخ قرارداد مذکور در ماده ۴۹، با رعایت ماده ۵۱ از سوی مشتری قابل اعمال باشد. اگر ارتباطی بین بخش‌های کالا نباشد برای مثال مرحله ی اول ۵ تن برنج منطبق با قرارداد تسلیم شد و در مرحله ی دوم پنج تن دیگر تسلیم شده فاقد انطباق باشد، وفق بند ۱ ماده ۵۱ خریدار صرفاً حق فسخ قرارداد را نسبت به قسمت غیرمنطبق دارد. زیرا بخشهای منطبق نیاز خریدار را مرتفع می‌نماید پس لزومی بر فسخ این بخش از قرارداد وجود ندارد. همچنین در صورت تأخیر در تسلیم که صرفاً نسبت به بخش دوم صورت می‌گیرد و نقض اساسی تلقی شود، همان قاعده ی حاکم و فسخ شامل کالای تحویل شده در مرحله ی اول نمی‌گردد (Honnold, 1999, 344, 347). بنابراین در مواردی خریدار حق فسخ کل قرارداد را دارا می‌باشد که وفق بند ۲ ماده ۵۱ یک نوع ارتباط منطقی بین استفاده از کالای تسلیمی در مرحله ی اول و دوم وجود داشته باشد در این صورت خریدار بناچار حق فسخ کل قرارداد را خواهد داشت. مانند اینکه اجزای خط تولید یک کارخانه در مرحله ی اول سالم و در

^۱ - برای ملاحظه نظر مخالف مراجعه کنید به صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص: ۲۶۵ و داراب پور مهربان، ۱۳۷۴، ترجمه، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین نوشته هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاههای معتبر جهان، جلد سوم. تهران، گنج دانش، ص: ۱۶۹.

مرحله‌ی دوم معیوب تسلیم شود و چون همگنی و ارتباط این قطعات ضروری می‌باشد، به ناچار کالای فاقد عیب نیز مشمول فسخ و عودت خواهد شد. پس در تمامی موارد نمی‌توان گفت فسخ اثر قهقرایی داشته و کل عوضین که از سوی هر یک تأدیه شد به طرف دیگر عودت می‌گردد. ثانیاً: در فرض آنکه قایل به اثر قهقرایی فسخ در کنوانسیون به عقیده‌ی برخی از مفسرین گردیم (Chengwei, 2005, No2)، که معتقدند همانند قرارداد به وجود نیامده است، در آن صورت چرا باید در فرضی که امکان اعاده‌ی کالا به همان وضعیتی که خریدار آن را دریافت داشت وفق مفاد ماده ۸۲ مقدرو نباشد، حق اعلام فسخ قرارداد را از دست بدهد. در حالی که اگر اثر فسخ را جنبه‌ی قهقرایی مطلق بدانیم باید در صورت موجود بودن کالا، حتی با انتقال آن به غیر، عین آن اعاده و در فرض مصرف یا تغییر منتهی به تلف نیز، بدل آن جهت تحقق شرایط فسخ تهیه گردد. وفق بند ۲ ماده ۸۲ در مواردی علیرغم عدم امکان اعاده کالا، حق فسخ همچنان وجود دارد اما دامنه‌ی این اختیار محدود به مواردی گردید که خریدار در فقدان آن نقش نداشته است. بنابراین در کنوانسیون نیز اثر قهقرایی فسخ مطلق نیست؛ بلکه موارد مذکور در آن بیانگر نسیت می‌باشد. در حقوق ایران در صورتی که تعهدات به طور کامل یا قسمتی از آن انجام گردد و قرارداد فسخ شود، به نظر بیشتر حقوقدانان، اثر فسخ بر آینده بوده و نسبت به گذشته تأثیری نخواهد داشت^۱ چون عقدی که فسخ شد در زمره‌ی عقد صحیح محسوب می‌شود و دارای کلیه آثار خویش از زمان تشکیل تا فسخ، است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۲۸؛ شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۹۱). اختلاف کنوانسیون با حقوق ایران آن است، با فسخ عقد در کنوانسیون فسخ اثر قهقرایی، نه به طور مطلق، بلکه به طور نسبی دارد و طبق مفاد ماده ۸۱ و ۸۴ منافع و عین از گذشته اعاده می‌گردد. اما در حقوق ایران این اثر قهقرایی مشهود نیست و نص صریحی هم دال بر زمان تأثیر فسخ وجود ندارد. به نظر برخی آثار

۱- دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، علیرغم آنکه معتقد است که در فقه نظر مشهور آنست که فسخ اثر قهقرایی ندارد اما در عین حال اعتقاد دارند که گاه فسخ اثر قهقرایی دارد. برای مطالعه‌ی بیشتر رجوع کنید به آثار این مؤلف (۱۳۸۸)، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران گنج دانش ص ۳۲۹؛ (۱۳۸۷) حقوق تعهدات، چاپ سوم، تهران، گنج دانش ص ۲۹۸.

ناشی از فسخ همانند اقاله در ماده ۲۸۷ ق.م است و بین منافع متصله و منفصله نیز قابل به تفکیک هستند (نهرینی، ۱۳۸۳: ۲۲۰). به موجب ماده ۱ کنوانسیون تنها راجع به کالای مادی است حیوانات و نباتات دارای رشدند از شمول آن خارج است. اما از جهت منافع منفصله به استناد آن ماده و به استناد ماده ۴۸۰ قانون مدنی ایران که مورد تأیید حقوقدانان دیگر هم می‌باشد (صفایی، ۱۳۵۷، ص ۳۶۶) و همچنین به موجب سایر مواد از قبیل ۴۵۹ در بیع شرط، ۳۸۷ تلف مبیع قبل از قبض، ۴۹۶ در اجاره، ۸۰۴ در هبه... جمله‌گی بر صحت آن نظر و نیز مخالفت با ماده ۸۱ کنوانسیون دلالت دارند. برای مثال، در عقد بیع که عقد حالت استمرار نداشته و یا منافی از آن حاصل نگردد، مبیع با فسخ از مالکیت خریدار خارج می‌شود، و به مالکیت بایع در خواهد آمد. این امر از شق آخر ماده ۴۵۹ ق.م که مقرر می‌دارد «در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می‌شود... و اگر بالعکس بایع به شرط مزبور عمل نماید و ثمن را مسترد کند از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد...» استنباط می‌شود. به این ترتیب انتقال مالکیت پس از فسخ بدون اثر قهقرایی و بر خلاف کنوانسیون همزمان با تحقق فسخ به بایع بر می‌گردد و منافع نیز در فرض وجود از همین حکم تبعیت می‌نماید.

گفتار سوم: پایداری شروط قراردادی پس از فسخ

وفق ماده ۸۱ کنوانسیون عیبرغم تأثیر فسخ بر تعهدات قراردادی و منتفی شدن تعهداتی که اجرا نشده است، برخی از شروطی باقی خواهد ماند که خارج از بحث تعهدات اصلی و اساسی می‌باشند. این قبیل شروط در فرض اجرای کامل تعهدات اصلی معمولاً به انجام آنها نیازی نیست. مانند شروط داوری و یا مقررات مربوط به حفظ کالا، یا تعیین خسارات و وجه التزام که صرفاً در فرض عدم وفای به عهد و پدیدار شدن فسخ، استفاده از آن شروط مفید است. فلسفه ی وجودی پیش بینی چنین شرایطی، و اثر بخشی آنها، در فاصله ی بین فسخ و خاتمه کامل عقد می‌باشد؛ برای مثال پس از فسخ ممکن است در اعمال حق فسخ و تحقق شرایط و یا موارد آن، اختلاف حادث گردد در این صورت شرط داوری، امکان رسیدگی و مجال حل و فصل اختلافات را خواهد یافت. حال آیا منطقی است همزمان با فسخ قرارداد آنها هم کاملاً منتفی گردد؟ در نظر برخی مفسران فسخ قرارداد،

به بقا و پایداری شروط ذیل، تعرض ننموده و علیرغم تحقق فسخ لازم الاجراء می‌باشند
(Schwenzer and Fountoulakis, 2007, p. 584).

بند اول: شروط داوری

در بسیاری از قراردادهای بیع بین المللی استفاده از نهاد داوری برای حل و فصل اختلافات پیش
بینی می‌گردد. از این جهت فایده این شرط و بقاء آن پس از فسخ انکار ناپذیر می‌باشد. در ماده
۲۱ مقررات داوری آنسیترال ۱۹۷۶ نیز در جهت تأکید بقاء این شرط این چنین پیش بینی شد
که «شروط داوری به عنوان یک توافق مستقل از سایر قرارداد محسوب می‌گردد (Honnold, 1999, p.p. 504, 505). به هر حال تحت هر شرایطی اعم از ادعاء بطلان قرارداد اصلی، تحقق
حیله و تقلب در قرارداد... قرارداد داوری مستقل فرض و معتبر تلقی می‌شود و نسبت به اختلافات
طرفین نیز قدرت رسیدگی دارد.

بند دوم: شرط حفظ کالا، تعیین خسارت و وجه التزام

ممکن است پس از اجرای تعهد و تحویل مبیع یا پرداخت ثمن بنا بر علتی از جمله عدم انطباق
کالا با اوصاف و شرایط قرارداد، فسخ محقق گردد؛ در این صورت طرفین قرارداد مکلفند که وفق
بند ۲ ماده ۸۱ نسبت به اعاده مبیع و ثمن به یکدیگر اقدام ورزند ولی تا فرا رسیدن مقدمات این امر
و اجرایی شدن موضوع مبادله، اگر در قالب شرط مندرج در قرارداد تکلیف طرفین بر حفظ کالا
به نحو خاصی تعیین شده باشد اجرای آن به عنوان تعهد تبعی و فرعی ضروریست. همین طور اگر
طرفین به پیش‌بینی خسارت مقطوعی، همزمان با انعقاد قرارداد و تعیین معیاری برای شیوه جبران آن
مبادرت نمایند، در اعتبار آنها و فواید آن، تردیدی نیست.

در پرونده‌ای یک فروشنده‌ی روسی و خریدار آلمانی قراردادی را منعقد نمودند و خریدار به
ادعای عدم کیفیت لازم کالا، از پرداخت ثمن خودداری کرد. فروشنده با اعلام فسخ، دعوی مطالبه
خسارت را مطرح نمود. دیوان داوری روسیه به دلیل وضعیت محل تجارت طرفین، قرارداد را تابع
کنوانسیون تلقی و مقرر داشت به موجب بند ۱ ماده ۸۱، فسخ قرارداد تأثیری بر شرط داوری نداشته

و چون صراحتاً طرفین تصریح به صلاحیت کنوانسیون ننموده‌اند برای رسیدگی به قانون روسیه و دیگر قوانین حاکم به موجب بند ۲ ماده ۷ احاله می‌نماید و مقرر داشت که فروشنده، به طور صریح تعهدات خود را انجام داده است. اما خریدار نتوانست عدم مطابقت کالا را ثابت کند، در نتیجه فروشنده مستحق مطالبه و دریافت ثمن به موجب ماده ۵۳ کنوانسیون می‌باشد. زیرا فسخ نمی‌تواند نسبت به شروطی که حاکم بر حقوق و تعهدات طرفین است تأثیرگذار باشد بنابراین به موجب همان شروط حکم به پرداخت خسارت داد^۱. در حقوق ایران در خصوص اعتبار شروط مانند داوری، پس از انحلال قرارداد، نص قانونی خاصی وجود ندارد. حقوقدانان به این موضوع در قالب رابطه، عقد و شرط نگریسته و بر آن هستند که شروط ضمن عقد تابع عقد است و با انحلال عقد اصلی به موجب فسخ یا علت دیگر به تبع عقد از بین می‌رود (صفایی، ۱۳۸۷: ۲۰۰) عده‌ای دیگر نیز ضمن پذیرش اصل قاعده تأثیرگذاری بر انحلال و فسخ عقد بر از بین رفتن شرط، صرفاً در مواردی قایل به تفکیک شده‌اند که انحلال شرط نیازمند اسباب و تشریفات خاصی باشد. همانند عقد نکاح ضمن عقد بیع که با فسخ بیع، خود به خود نکاح نیز منحل نمی‌شود چرا که انحلال نکاح منوط به تشریفات خاص قانونی (فسخ - طلاق) است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۹۸). اما می‌توان پا را فراتر نهاد و بر اساس اراده طرفین عقد توأم با اوضاع و احوال زمان انعقاد بر آن بود که، انشاء همزمان، عقد و شرط سبب اختلاط ماهیت مستقل آنها نباید شود. زیرا شرط مربوط به داوری و یا مطالبه‌ی خسارت تعهدات مستقلی راجع به یک موضوع دیگر هستند و به همراه عقد اصلی واقع می‌شوند. عملاً کارایی این تعهدات بنا بر اراده طرفین در زمان انعقاد، مربوط به هنگام تحقق اختلاف یا انحلال عقد اصلی است. نقض غرض خواهد بود که آن شرط برای حل و فصل دعوی وضع شود؛ اما با فسخ عقد، شرط داوری یا مطالبه‌ی خسارت ناشی از عدم انجام و فسخ هم به دنبال اصل عقد زایل گردد. گویا دو عقد مستقل بوده ولی طرفین به جهت ارتباط موضوع، کاهش وقت، هزینه، آنها را توأم‌ان منعقد نمودند. طبق ۱۳۹ قانون مدنی آلمان هرگاه شرطی در یک عمل حقوقی باطل شد کل آن عمل باطل است ولی این امر در رابطه بین قرارداد اصلی و قرارداد داوری پذیرفته نشد و بطلان عقد بر

¹- available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?Id=898> Date 13/6/2000 Number, 280/99

شرط داوری ضمن آن اثر نمی گذارد (کلانتریان، ۱۳۷۴: ۶۲ و ۱۳۸) در حقوق ایران نیز نه تنها بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶، بالصراحه شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد را به عنوان موافقت نامه مستقل تلقی می نماید، بلکه حقوقدانان نیز طبق ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م. از این روش دفاع نموده‌اند البته تعمیم این حکم به سایر شروطی که در قرارداد پیش بینی می شود مانند تعیین خسارت، حفظ کالا تا استرداد آن، نیز امکان پذیر می باشد (شمس، ۱۳۸۶، ۵۳۹؛ جنیدی، ۱۳۷۶، ۱۷۵).

بند سوم: بازگشت مبیع، ثمن و منافع

به موجب بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون یکی از بدیهی ترین پیامد فسخ برای هر یک از طرفین امکان مطالبه نسبت به آنچه که تادیه یا تسلیم نمود به همراه منافع متعلقه از طرف مقابل می باشد. این اقدام نشان از آن دارد که در کنوانسیون فسخ دارای اثر قهقرایی است. اما بازگشت کالا و منافع هر یک دارای قواعد ویژه‌اند که بدان خواهیم پرداخت.

الف: بازگشت مبیع و ثمن

با تحقق فسخ و انحلال عقد بیع در کنوانسیون، مالکیت هر یک از طرفین نسبت به آنچه که در پی عقد بیع برای او حاصل شده است زایل می گردد و مجدداً آن مال اعم از ثمن یا مبیع به ملکیت مالک پیش از عقد برمی گردد. این امر در بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون به همان جواز مطالبه آنچه که طرفین حسب مورد تسلیم یا تادیه نموده اند، تعبیر شده است؛ از این جهت برای وقوع این امر وجود شروطی لازم است؛ اکنون طی بندهای جداگانه به این موارد خواهیم پرداخت.

۱- اجرای تعهد

به موجب بند ۲ ماده ۸۱ کنوانسیون، موضوع بازگشت عوضین مختص قراردادهای اجرا شده می باشد، زیرا تعهداتی که اجرا نشده‌اند، اساساً به دلیل عدم تحویل و تسلیم مبیع و ثمن، موضوعیت ندارند و فسخ موجب معافیت آنان از اجرای مفاد قرارداد خواهد شد. بر اساس تفسیر دبیر کل کنوانسیون، وفق ماده ۸۱، این حق برای طرفین قرارداد بوده و هیچ گونه تفکیکی بین آنان

نیست (Chenywel, 2005, p.76). تأکید به اقدام همزمان طرفین در قسمت آخر بند ۲ ماده ۸۱ زمانی که هر دو طرف نسبت به اجرای تعهد اقدام نموده‌اند، موید وجود این حق برای طرفین می‌باشد. چون رهایی طرفین از اجرای تعهد پذیرفته شده است؛ اجرای همزمانی، اعاده کالا نیز می‌تواند یک قاعده تلقی شود. (Honnold, 1999.508) بنابراین موضوع اعاده ی کالا را نباید ناشی از بطلان عقد دانست؛ بلکه همان نتیجه انحلال عقد است که بر طرفین تحمیل می‌گردد. در پرونده‌ای که در دادگاه آلمان به موجب کنوانسیون رسیدگی شد فروشنده و خریدار یک دستگاه اتومبیل اسپورت ثمن معامله را ۱۷۰۰۰۰ یورو تعیین و مبلغ ۷۰۰۰۰ یورو پرداخت شد. خریدار فوراً نسبت به فروش ماشین اقدام نمود، فروشنده متوجه شد که او قادر به پرداخت مابقی ثمن نیست. پس از تعیین مهلت معین و انقضاء آن مدت، نسبت به فسخ معامله و مطالبه ی خسارت اقدام نمود. دادگاه بدوی رأی داد که فروشنده محق مطالبه ی خسارت به میزان ۱۰۰۰۰ یورو می‌باشد، ولی دعوی فسخ را مردود اعلام کرد؛ زیرا فروش مجدد توسط خریدار پیش از فسخ در حالت طبیعی جریان امور بود. دادگاه پژوهش بدان جهت که مهلت برای پرداخت به خریدار داده شد و او توجه نکرد صرفاً حکم به پرداخت خسارت فروشنده را امتیازی برای او ندانسته؛ بلکه ضمن ورود دعوی فسخ، حکم به اعاده ی اتومبیل به فروشنده نمود^۱.

۲- امکان بازگشت مبیع با همان وضعیت اولیه

مشتری مکلف است کالای تحت تصرف خویش، به عنوان مبیع خریداری شده را با همان وضعیت اولیه ای که کالا دارا بوده است به بایع برگرداند تا به فسخ معامله و در نهایت دریافت ثمن پرداختی خویش قادر شود. در کنوانسیون این شرط برای فروشنده پیش‌بینی نشد. شاید علتش این بود که در مبیع ممکن است تغییراتی اعم از حوادث طبیعی و یا انسانی واقع گردد؛ اما این بحث در خصوص ثمن منتفی به نظر می‌رسد؛ از این رو مشتری همیشه قادر به اعمال حق به نظر می‌رسد. برخی از نویسندگان در این خصوص تأکید ورزیده‌اند که کافی است کالا موجود باشد و در آن

¹- available at: <http://www.unilex.info/case.cefm?Pid 1336 Dute, 14/2/2008. Number u 46/07>

تغییر اساسی رخ نداده باشد، از این جهت هر نوع تغییر را نمی‌توان مانع اعمال حق خریدار دانست و تغییرات اساسی ملاک می‌باشد. مانند آنکه کالا تحت تأثیر کالای دیگر ترکیب و قابل برگشت به حالت اولیه نباشد پس اقداماتی مانند مصرف، انتقال، تلف، از مصادیق مانع به شمار می‌آیند. از این حیث تغییرات جزئی مانع و مشکل در اعمال حق محسوب نمی‌شود (Schlectriem, 1998, 298, Cheshier, Fifoot, 1988, 641). در پرونده‌ای، خریدار که یک شرکت فرانسوی بود با فروشنده‌ای که او نیز یک شرکت فرانسوی بود قرار داد اجاره به شرط تملیک منعقد نمودند و مقرر شد عمل فایناس از سوی شرکت آلمانی برای خریدار تأمین گردد. به جهت وجود نقص در اتومبیل، خریدار خواستار فسخ قرارداد اجاره به شرط تملیک گردید. دادگاه حکم به نفع خریدار صادر نمود و استدلال کرد که اگر خریدار مطلع بود، اقدام به خرید نمی‌نمود. دادگاه عالی در پی اعتراض فروشنده مقرر داشت که به موجب ماده ۸۲ کنوانسیون حقوق خریدار در اعمال حق فسخ منتفی می‌باشد. زیرا او نه تنها نسبت به عودت اتومبیل اقدام ننمود؛ بلکه به مدت ۵ سال نیز از آن استفاده کرد. بنابراین نوعی مانع در اعاده ی ماشین وجود داشت^۱. بر اساس رأی صادره عدم اعاده ی کالا به همان وضعیت اولیه (فاقد تغییر اساسی) می‌بایست ناشی از فعل یا ترک فعل مشتری باشد. با ملاحظه موارد برشمرده شده در بند ۲ ماده ۸۲ به عنوان استثنائات بند ۱ و اجازه اعمال حق فسخ به مشتری علیرغم تغییر در کالا، مؤید همین ادعاست. آن چه به عنوان استثنای بر بند ۱ ماده ۸۲ شناخته شد و علیرغم تغییر باز هم فروشنده دارای حق فسخ است عبارتند از: (۱) عدم امکان بازگشت کالا با شرایط اولیه ناشی از فعل یا ترک فعل خریدار نباشد. (۲) از بین رفتن و فقدان کالا در پی انجام بازرسی موضوع ماده ۳۸ باشد. (۳) کالا دریافتی در روند عادی و طبیعی تجارت و پیش از کشف عیب یا عدم مطابقت، مصرف شده و یا به فروش رفته باشد (Inebory schnow enzer, 2007, 589, 590). اینکه اعاده ی کالا الزاماً باید در یک مدت زمان معینی صورت پذیرد؟ برخی از نویسندگان معتقدند در کنوانسیون مدت معینی پیش‌بینی نشد. پس در این صورت فروشنده حق

¹ Available at: <http://www.unilex.info/case.cfm? Pid. 1491, Number, 0812399.Date 3/11/2009>

دارد، مدتی را برای اعاده ی تعیین تا خریدار در آن مدت اقدام ورزد (Schlechtrim, 1988,p.646). برخی دیگر معتقدند خریدار باید طی مدت زمان معقولی اعمال نماید. نظر اخیر با اصول کلی سازگارتر است اما نظر پیشین از لحاظ عملی و اجرایی دارای فواید بیشتری می باشد^۱.

۳-ارائه ی بدل کالا

نکته‌ای که در کنوانسیون و از سوی مفسران چندان بدان توجه نشده این است، اگر اعاده ی کالا با همان وضعیت اولیه از سوی مشتری امکان پذیر نیست، آیا حق فسخ نامبرده از بین خواهد رفت؟ با توجه به مفاد شق ب از بند ۲ ماده ۸۴ که اجازه ی تهیه و ارائه ی بدل را می‌دهد، باید بر آن شد تا عدم اعاده ی کالا با همان وضعیت حین تسلیم، ناظر بر کالاهای است که به صورت عین معین معامله می‌شود. وگرنه با اغماض به دست داده شده در ذیل ماده ۸۴ و امکان ارائه ی بدل می‌توان مانع مندرج در بند ۱ ماده ۸۲ را مرتفع ساخت و چون در شق ب از بند ۲ ماده ۸۴ اجازه بدل را می‌دهد؛ پس باید به طور محدود حمل بر مواردی ساخت که خریدار در قالب استثناء و علیرغم عدم امکان اعاده ی کالا به موجب ماده اخیرالذکر، اجازه ی فسخ را داراست. بنابراین نباید به طور کلی حکم به مواردی نمود که تحت هر شرایطی اگر خریدار نمی‌تواند نسبت به اعاده ی عین کالا اقدام نماید با ارائه ی بدل قادر به حفظ حق خویش باشد. چون نباید از حق فسخ سوء استفاده شود زیرا موارد مذکور در استثناء توسعه می‌یابد؛ ولی برخی از نویسندگان نیز صرفاً به ارائه ی بدل بسنده نموده و تفکیکی در این زمینه قایل نشده‌اند (Honnold, 1999, 509,510).

۴-اعاده ی قسمتی از کالا

برخی از قراردادهای حسب ماهیت خود دارای قابلیت تجزیه بوده و بی‌آنکه هیچ نوع ارتباط منطقی در اجزای آن وجود داشته باشد یا تاثیر هر بخش مکمل اثرگذاری بخش دیگر باشد، عملاً نیز طرفین با تعیین اقساط پرداخت، بر این امر صحه نهادن که وابستگی بین اقساط وجود ندارد؛ در

¹- Tonathan, yovel, Buyer's right to avoid the contrat 2005. Available at: <http://ssrn.com/abstract- 906608>

این صورت ماده ۷۳ نیز در بند ۱ و ۳ به فسخ کننده اجازه نمی‌دهد بیش از آنچه ضرورت دارد برای موارد زاید اعمال فسخ نماید. زیرا فسخ را نباید توسعه بخشید و از آن قاعده ساخت. چون در بسیاری از موارد صرفاً بخشی از کل تعهدات انجام شده و کالای معیوب یا غیر منطبق تسلیم و یا اساساً از تسلیم آن خودداری شده است، در این صورت مشکلات مربوط به این بخش (در فرض عدم وابستگی با سایر بخش‌ها) نباید به دیگر موارد تسری داده شود (میرزاژاد جویباری، ۱۳۸۲: ۲۴).

همچنین اگر مبیع و ثمن در پی فسخ اعاده می‌گردند بدان معنا نیست که الزاماً در اعاده مبیع ممکن است تمام آن مورد بازگشت واقع شود. زیرا همان میزان از مبیع که موضوع فسخ واقع شده، به تناسب نیز مورد بازگشت واقع می‌گردد. اما آیا عدم تغییر مبیع و امکان اعاده آن به همان وضعیت اولیه به عنوان شرط لازم، جهت اعمال فسخ خواهد بود یا خیر؟ باید گفت در حقوق ایران قواعد خاصی در خصوص فسخ وجود ندارد، حقوقدانان به قواعد اقاله، تمسک می‌جویند (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۱۲ و ۳۷). زیرا در کنوانسیون جزء در موارد استثنایی، برای اعمال حق فسخ باید مبیع با همان وضعیت اولیه قابل اعاده باشد. در حالی که در ماده ۲۸۶ ق.م.تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست و مقنن اجازه داده است که بدل مال تلف شده جایگزین شود. اما مقنن در ماده ۴۲۹ ق.م.راجع به اختیار عیب بیان داشت «... در موارد ذیل مشتری نمی‌تواند ببع را فسخ کند و فقط می‌تواند ارش بگیرد: ۱- در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن به غیر ۲- در صورتی که تغییر در مبیع پیدا شود اعم از اینکه تغییر به فعل مشتری باشد یا نه ۳- ... در واقع موارد مذکور در ماده ۴۲۹ ق.م. را مقنن موانع اعمال فسخ در عقد ببع می‌داند و از کنوانسیون نیز شدیدتر برخورد نمود. پس نباید حکم به جواز فسخ عقد حداقل در زمینه عقد ببع را در تمام موارد نمود زیرا: اولاً: مقنن در ماده ۴۲۹ ق.م. واژه‌های «مشتری» و «ببع» را به کار گرفت و این محدودیت را ناظر بر ببع دانست و اکنون که موضوع کنوانسیون، ببع کالا است پس در حقوق ایران نیز محدودیت مذکور در ماده ۸۲ کنوانسیون (عدم امکان اعاده کالا با همان وضع) نسبت به عقد می‌تواند جاری شود. ثانیاً: در بند ۲ ماده ۸۲ کنوانسیون، در مقام بیان استثنائات، اقداماتی که موجب تغییر در کالا می‌شود و ناشی از فعل خریدار نباشد، مانع اعمال حق فسخ او نیست. در حالی که در بند ۲ ماده ۴۲۶ ق.م. تغییرات

اعم از اینکه ناشی از فعل خریدار باشد یا ناشی عوامل دیگر، مانع از اعمال حق فسخ ناشی از خیار عیب است و نویسندگان معتقدند تغییر به طور اطلاق مورد نظر است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۴۲۲). در خصوص تجزیه حق فسخ و امکان اعمال آن نسبت به قسمتی از مبیع، از روح مواد ۴۳۳ و ۴۴۱ ق.م، کلیت تقسیم و تجزیه عقد اجازه داده شد و در شرایط خاص عقد می تواند تجزیه شود (میرزائزاد، ۱۳۸۲: ۲۴). بنابراین در حقوق ایران نیز، اگر مبیع دارای وضعیت خاصی مانند امکان استقلال هر بخش از مبیع نسبت به بخش دیگر و عدم وابستگی و ارتباط منطقی بین اجزای مبیع باشد، می توان به دلیل بروز حق فسخ برای هر قسمت اجازه ی حق فسخ عقد را فقط به همان نسبت خاص داد و فسخ سبب اعاده ی کل موضوع عقد نشود.

۵-اعاده ی منافع

یکی از پیامدهای ویژه فسخ در کنوانسیون الزام طرفین به اعاده ی منافع حاصله از مبیع یا ثمن حسب مورد، در فاصله بین وقوع عقد تا تاریخ فسخ می باشد. در زمان نگارش مواد راجع به منافع در کنوانسیون عده ای معتقد بودند منافع را نباید از منظر خسارت نگریست و باید آن را از شمول بند ۵ ماده ۷۹ خارج دانست، بالعکس عده ای آن را سود حاصله از سرمایه تلقی و مطالبه ی آن را نیازمند طرح دعوی در قالب خسارت دانسته اند. انگلیسی ها اصرار داشتند منافع بر اساس مقررات حقوق داخلی محاسبه شود (Hommod, 1999, 420) کنوانسیون در ماده ۸۴ موضوع پرداخت منافع را در زمان اعاده پیش بینی نمود و این امر نشان از تفاوت خسارت و منافع از یکدیگر، علیرغم اشتراک در مبانی خواهد داشت. نویسندگان نیز منافع را متفاوت از پرداخت خسارت و آن را مختص به زمان فسخ دانسته اند (Schlectriem, 1988, 656) البته هر یک از طرفین مستحق دریافت منافع مستقیم و متعارف عوض خویش از دیگری می باشد. فرض بر آن است هر یک از طرفین از منافع مستقیم مال طی مدت تصرف برخوردار می شوند و این منافع بخشی از تعهدات آنان در زمان اعاده کالا را تشکیل می دهد (Kritzer 1998, 536). بند ۲ ماده ۸۲ که علیرغم عدم امکان اعاده عین از سوی خریدار و تکلیف وی بر رد بدل، مشتری را مکلف به پرداخت منافع دانست ولی برخی

از نویسندگان تکلیف پرداخت سود توسط مشتری را، در فرضی که از کالا استفاده نمود، امری اختلافی دانسته و با تردید بدان نگریسته‌اند (Ingeborn, 2007, p.597). نویسندگان دیگر معتقدند: منافعی که به طور متعارف انتظار دریافت آن در جریان طبیعی تجارت حاصل می‌شود ولی در حقیقت تحصیل نشد، با وجود عدم پیش‌بینی از سوی کنوانسیون می‌تواند بر اساس اصول و قواعد کلی کنوانسیون، مورد مطالبه واقع شود و طرفین مکلف به پرداخت آن در حین اعاده به همراه عوض می‌باشند (Schlechtriem 1988.66) بنابراین در کنوانسیون خسارت و منافع دو امر جدا و بعضاً در کنار یکدیگر قابل مطالبه می‌باشند. مبنای خسارت ماده ۷۴ و مبنای منافع مواد ۷۸ و ۸۴ است، اما دامنه‌ی خسارت وسیع‌تر از منافع می‌باشد. چون در بسیاری از موارد امکان مطالبه منافع طبق موانع پیش‌بینی شده در ماده ۷۹ وجود ندارد ولی ممکن است در قالب خسارت بتوان آن وجه را مطالبه کرد. در پرونده‌ای فروشنده اسپانیایی و خریدار فرانسوی برای فروش تعدادی فیل جهت استفاده در سیرک قرارداد منعقد نمودند. خریدار تمام وجه را پرداخت نموده است؛ اما بعداً از انجام قرارداد پشیمان شد؛ ظاهراً این اختیار برای او وجود داشت و فروشنده نیز بخشی از وجوه را مسترد نمود. خریدار برای مابقی وجه و نیز مطالبه‌ی خسارت طرح دعوی نمود. دیوان داوری فرانسه دعوی را در صلاحیت دیوان داوری اسپانیا دانست. اما دادگاه پژوهش فرانسه دعوی را محمول کنوانسیون تلقی و فروشنده را ملزم به پرداخت مابقی وجه سود آن دانست. مبنای این امر را نیز بر اساس نرخ محل تجارت فروشنده که وجه در آن محل به وی پرداخت شده، به استناد ماده ۵۷ قرارداد اعلام و منطبق با اصول کلی کنوانسیون تلقی نمود.^۱ در پرونده‌ی دیگر فروشنده‌ی استرالیایی، مبلمان با کیفیت بالایی را به خریدار آلمانی فروخت. خریدار آن را مجدداً به مصرف‌کننده‌ی دیگر فروخت و مصرف‌کننده اعلام کرد کالا فاقد کیفیت است. خریدار آلمانی پذیرفت و آن را برای فروشنده استرالیایی فرستاد. فروشنده استرالیایی نسبت به تغییر و اعاده آن اقدام نمود؛ اما مصرف‌کننده همچنان اصرار بر عدم کیفیت داشت و نهایتاً خریدار آلمانی اعلام فسخ نمود. دادگاه رای داد که خریدار مطابق ماده ۴۹ عمل کرده است و ظرف ۵ هفته از تاریخ تغییر و تحویل، اعلام فسخ نمود و

¹- available at: <http://www.unilex.info/cuse.cfm?id=278>. date 1A/1/1998 Number.5

این تاخیر نیز متعارف و معقول به نظر می‌رسد و تاخیر از سوی فروشنده برای تعمیر صورت گرفت. از این رو، دادگاه ادعای فروشنده را برای مطالبه ی منافع را فاقد دلیل دانست؛ در نتیجه حکم به فسخ و پرداخت خسارت داد.^۱ وضعیت اعاده ی منافع در حقوق ایران از مجموعه مواد پراکنده در زمینه ی انحلال عقد، حکایت از آن دارند که به محض انحلال عقد تاثیر گذار خواهد شد و ما قبل آن، منافع برای شخصی است که با عقد مالک مبیع یا ثمن گردید. پس با فسخ نیز وضعیت از گذشته دستخوش دگرگونی نخواهد شد. از این جهت به موجب قواعد عام مانند مواد ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۴ ق.م. هر کسی مالک مالی باشد منافع حاصله نیز متعلق به او خواهد بود (امامی، ۱۳۶۸: ۴۲). مقنن در شق آخر ماده ۴۵۹ ق.م با این عبارت، این مهم را به عنوان قاعده تائید نموده است. «در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می‌شود ... از حین فسخ مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمآت و منافع از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.» بنابراین مفاد ماده ۴۵۹ ق.م کاملاً مغایر مفاد ماده ۸۴ کنوانسیون است که حکم به بازگشت منافع و اعاده آن در دوره ی زمانی بین عقد تا فسخ، برای هر شخصی که قبل از بیع مالک مبیع و ثمن بوده، می‌نماید. مقنن همین قاعده را در صورت رجوع واهب در عقد هبه طبق ماده ۸۰۴ و یا در ماده ۸۱۹ در اعمال حق شفعه نیز رعایت نموده از این جهت این اقدام مقنن بیانگر وجود قاعده ی خاص در حقوق ایران طبق ماده ۴۵۹ ق.م در زمینه ی عدم تاثیر فسخ نسبت به منافع حاصله گذشته می‌باشد.

مبحث دوم: مطالبه ی خسارت

گفتار اول: رابطه ی فسخ با مطالبه ی خسارت

اثر مستقیم فسخ انحلال عقد است و الزاماً نیز در همه موارد با تحقق فسخ ضرر به بار نمی‌آید تا به طور مستقیم اثر فسخ مطالبه ی خسارت محسوب گردد. از این جهت یادآور می‌گردد که؛ اولاً: در کنوانسیون وفق مواد ۸۳، ۷۴ و بند ۵ ماده ۷۹ بنابر دلایل دیگر به جز فسخ، یکی از طرفین در

¹- availableat: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=244>. Dute. 1/2/1995. Number 11.a.64/94

اثر نقض قرارداد از ناحیه‌ی طرف مقابل، حق مطالبه‌ی خسارات وارده را خواهد داشت. ثانیاً: در فرض فسخ قرارداد و تحقق ضرر طرف با حسن نیت و متضرر حق مطالبه‌ی خسارت را علاوه بر اعمال حق فسخ طبق مواد ۴۵، ۷۴، ۷۹، ۸۳ کنوانسیون داراست. ثالثاً: در بسیاری از موارد طرفی که به ناچار به فسخ پناه می‌آورد، ناگزیر از قطع رابطه قراردادی و جلوگیری از اشاعه‌ی ضرر می‌باشد (اصغری آقمشهدی و اسکندری، ۱۳۸۸: ۳۰)، اما احتمال بروز ضرر تا حدی در پی عهدشکنی یقینی می‌باشد. پس می‌توان مطالبه‌ی خسارت را در برخی موارد به عنوان پیامد فسخ دانست. زیرا عموماً با وقوع فسخ تمام خسارت جبران نمی‌گردد و به دنبال آن باید دعوی مطالبه‌ی خسارت طرح نمود. پس ارتباط بین فسخ و مطالبه‌ی خسارت رابطه‌ی علی و معلولی نیست؛ بلکه این دو مقوله در عرض یکدیگرند؛ ولی هر دو آنها ارتباط مستقیم با عهدشکنی داشته و به نوعی مطالبه‌ی خسارت، مکملی برای فسخ می‌باشد.

گفتار دوم: قواعد مطالبه‌ی خسارت خاص در کنوانسیون

برخلاف مسئولیت مدنی، که اثبات تقصیر عامل ورود زیان بر عهده‌ی زیان دیده است در مسئولیت قراردادی، عدم انجام تعهدات قراردادی تقصیر و موجب مسئولیت است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۷۶). در کنوانسیون، از یکسو مستند ضرر واقعی، ضرر مذکور در ماده ۷۴ بوده که عبارت از تحمل هر نوع زیان از جمله عدم النفع ناشی از نقض قرارداد می‌باشد. در نتیجه ضرر و زیان معنوی طبق ماده ۵ از شمول کنوانسیون خارج و مفهوم خسارت بر آن اطلاق نمی‌یابد. از سوی دیگر قلمروی ضرر مورد مطالبه در مبحث آثار فسخ نباید شامل تمامی ضررهای ناشی از نقض باشد در آن صورت مطالبه‌ی خسارت از پیامد فسخ خارج می‌گردد؛ بلکه صرفاً باید محدود به مواردی شود که بر اثر فعل خاطی طرف دیگر ناچار از فسخ شد. بنابراین نسبت به دیگر ضرر وارده جبران نشده ضمانت اجرای دیگری مثل درخواست تعمیر کالا، استفاده از کالای جانشین ... به کار گرفته می‌شود. پس با ورود ضرر و امکان مطالبه‌ی خسارت خاص و مرتبط، فسخ منتفی نمی‌باشد و مورد حمایت کنوانسیون در مواد ۴۵، ۷۳ و ۷۹ است. به زعم برخی ماده ۸۳ می‌تواند، غیر ضروری تشخیص

و با سایر مواد نیز ممکن است به هدف مقنن در آن ماده نایل شد (Honnold, 1999.531). بدین ترتیب زیان دیده بر مبنای نقض قرارداد، ضرر متحمل‌ه حق فسخ را تحت شرایطی مانند ماده ۶۴ اعم از نقض اساسی یا غیراساسی دارا می‌باشد؛ و چون تمامی ضرر با اعلام فسخ جبران نمی‌شود به طور هم زمان حق مطالبه میزان ضرر واقعی متحمل‌ه را، خواهد داشت (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴: ۲۶۲)^۱. در مواردی که تعهدات قراردادی نقض می‌گردد و برای مثال، فروشنده از تسلیم کالا خودداری می‌نماید و با اعطای مهلت اضافی نیز توجهی بر انجام تعهدات ننماید، خریدار حق خواهد داشت تا طبق ماده ۴۹ هم قرارداد را فسخ شده اعلام نماید^۲ و هم خسارات متحمل‌ه را نیز درخواست نماید. این خسارت شامل هزینه‌های از دست دادن سود و خرید کالای گرانتر هم می‌شود. مبنای مستند حق فسخ در کنوانسیون برای مشتری در مواد ۴۹، ۷۱، ۷۲ و برای بایع در ماده ۶۴، ۷۱، ۷۲ پیش‌بینی شد. در پرونده‌ای که دو قرارداد بین فروشنده ی آمریکایی و خریدار روسی منعقد شد، مقرر بود در قرارداد اول، مواد اولیه تولید چیپس ارائه شود و در قرارداد دوم مقادیر چیپس بسته‌بندی شده ارائه گردد. خریدار مدعی شد چون محصول منطبق با مفاد و شرایط قراردادی نبوده، او از فروش آنها سودی حاصل ننمود. بنابراین خواستار اعاده پیش‌پرداخت و هزینه‌هایی شد که بابت طراحی و تحقیق به فروشنده داده بود. فروشنده نیز در پاسخ به دعوا اعلام داشت، خریدار تاخیر نامعقول در دریافت کالا نموده و سبب بروز ضرر شد. در نتیجه فروشنده خواستار جبران ضرر ناشی از عدم تحصیل سود و نیز هزینه ی خدمات انجام شده گردید. دیوان دآوری رای داد طرفین نسبت به اثر فسخ قرارداد عملاً به توافق رسیده‌اند و باید هزینه مربوط به تطبیق کالا (توسط خریدار) منظور گردد و از این جهت ماده ۸۱ کنوانسیون را بی‌تاثیر نسبت به توافق انجام شده دانست. دیوان از پذیرش ادعای از دست دادن سود فروشنده، خودداری نمود و فروشنده را مکلف به باز پس دادن پیش

^۱ - منظور از عدم النفع عبارت است از فوت شدن منفعت محقق‌الوصولی که شخص از آن محروم شده است، برای مطالعه ی بیشتر رجوع کنید به مقاله ی اصفری آقشمدی، فخرالدین (۱۳۸۱)، «خسارت عدم النفع در حقوق ایران و

کنوانسیون بیع بین‌المللی - نامه مفید شماره ۲۹، صفحه ۷۹ به بعد

^۲ - Ulrich Magnus. The Remedy of avoidance of contract under CISG, www. cisgw. law. Pace.Edu available. Journal of law and commerce (2005) 423- 436

پرداخت خریدار کرد اما در عین حال هزینه انجام شده از سوی فروشنده بابت تطبیق مدارک را پذیرا شد.^۱

گفتار سوم: وضعیت مطالبه‌ی خسارت ناشی از فسخ در حقوق ایران

در حقوق ایران نقض قرارداد در مواد ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۶، الی ۲۳۰ قانون مدنی و ماده ۵۱۵ به بعد قانون دارای ضمانت اجرا برای جبران خسارت است؛ از این جهت منطبق با مقررات کنوانسیون می باشد. اما همیشه ضمانت اجرای نقض قرارداد فسخ نیست؛ بلکه مقنن زمینه اجرای قرارداد را با اجبار به اجرای عین قرارداد و یا اجرای آن به هزینه متخلف راپیش روی متضرر قرار داده است (صفایی، ۲۰۴). تنها در مواردی که قرارداد قائم به شخص باشد و انجام آن توسط دیگری مقدور نیست و خود مشروط علیه نیز اقدام نمی نماید، یا اجرای تعهد از سوی او ممکن نیست، در ماده ۲۳۹ ق.م. اجازه فسخ معامله به متعهد له داده شد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۲۴). تردیدی نیست در موارد نقض قرارداد به طور اعم، مطالبه خسارت امکان پذیر است، اما در موقعیتی که قرارداد با فسخ پایان می پذیرد صراحتاً نصی که حاکم بر جبران خسارت ناشی از فسخ قرارداد باشد وجود ندارد، اعم از اینکه مبنای فسخ خیرات مذکور در قانون مدنی مانند، عیب، یا ناشی از مفاد مواد ۲۳۹، ۴۹۶، ۴۷۸، و یا مهمتر از آن خیار شرط مذکور در ماده ۳۹۹ ق.م. باشد. در همه این موارد فسخ بدون ضمانت اجرای مشخص جهت مطالبه‌ی خسارت رها شد. باین حال باید پذیرفت علاوه بر اجاره‌ی فسخ و انحلال قرارداد حق مطالبه‌ی خسارت را نیز به طرف با حسن نیتی که قرارداد را فسخ نمود، داده شود مگر در موارد استثنایی مانند خیار شرط مذکور در ماده ۳۹۹ ق.م. و یا بیع شرط مذکور در مواد ۴۵۹ و ۴۵۸ ق.م. که حق مطالبه‌ی خسارت قابل تصور نمی باشد. در این موارد آمادگی لازم در طرفین برای پذیرش احتمالی ضرر وجود دارد. این امر می تواند ناشی از حاکمیت اراده‌ی طرفین و یا قاعده‌ی اقدام، تحلیل و توجیه گردد، اما در سایر موارد در فرض ورود خسارت می توان مطالبه‌ی خسارت را بر اساس قواعد عام حاکم بر جبران خسارت در قرارداد ممکن شمرد

¹- available at, <http://www.unilex.info/caseCFmzid=378> Date: 03/3/199 Number 82/1996

(نهرینی، ۱۳۸۳: ۲۶۴). تنها ماده‌ای که در آن مقنن به طور روشن مطالبه‌ی ضرر و زیان ناشی از فسخ را در حقوق ایران پیش‌بینی نموده، ماده ۳۸۶ ق.م. است. این ماده مقرر می‌دارد اگر «در مورد دو ماه قبل معامله فسخ شود بایع باید علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری نموده است بدهد...» این ماده صراحتاً ناظر بر جبران خسارت ناشی از فسخ معامله مذکور در مواد ۳۸۴ و ۳۸۵ است اما واجد این امتیاز است که مقنن به طور خاص پیش‌بینی خسارت ناشی از فسخ را در ذهن داشته و در این ماده برای جبران ضرر، علاوه بر اجازه‌ی فسخ معامله، بایع را مکلف به اعاده‌ی ثمن و جبران خسارت ناشی از مخارج معامله نموده است. اما از خاص بودن این حکم نباید دچار تردید شد که در سایر موارد از این ماده به عنوان قاعده نمی‌توان استفاده نمود؛ زیرا هم اصول حقوقی و هم مواد مربوط به جبران خسارت اعم از ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۶، ۲۲۷، ۲۲۸ ق.م. و مواد ۱، ۲، ۳ قانون مسئولیت مدنی و همچنین ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی اجازه‌ی مطالبه‌ی خسارت را به اشکال مختلف خواهند داد. بنابراین منعی برای تسری مفاد ماده ۳۸۶ ق.م. به سایر موارد به شکل یک قاعده وجود ندارد و خصوصیتی برای جبران ضرر و زیان ناشی از فسخ در مواد ۳۸۵ و ۳۸۴ ق.م. نسبت به سایر مواد وجود ندارد تا از تعمیم آن امتناع گردد.

نتیجه

فسخ به عنوان یکی از ضمانت اجرای عدم انجام یا نقض قرارداد، در کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران پیش‌بینی گردید. پیامد فسخ در کنوانسیون و حقوق ایران دارای وجه اشتراک و افتراق می‌باشند. در کنوانسیون طرفین پس از فسخ از اجرای تعهدات به شرط پرداخت خسارت، بری می‌شوند ولی فسخ تأثیری در شروط و تعهدات تبعی مانند شرط داوری، حفظ کالا، ... نخواهد داشت. پس از اعمال فسخ طرفین مکلف به اعاده‌ی آنچه که در راستای اجرای تعهد به آنان پرداخت شد به طرف دیگر می‌باشند و اعمال فسخ منوط به امکان اعاده‌ی کالا با همان وضعیتی است که دریافت شد. در شرایط استثنایی نیز با تسلیم بدل هم فسخ امکان‌پذیر است. همچنین اثر فسخ در خصوص مطالبه‌ی منافع، جنبه‌ی قهقهرایی داشته و طرفین مکلف به اعاده منافع مبیع یا ثمن از تاریخ وقوع عقد می‌باشند. در عین حال امکان فسخ و مطالبه‌ی خسارت همزمان میسر است. به هر حال الزام به جبران خسارت ناشی از فسخ مبتنی بر مواد کلی است و صراحتاً در کنوانسیون برای جبران خسارت ناشی از فسخ، ماده خاصی وجود ندارد. در حقوق ایران معافیت طرفین از اجرای تعهدات قراردادی پس از فسخ نص صریحی وجود ندارد و برخلاف کنوانسیون اعمال حق فسخ منوط به امکان اعاده‌ی مبیع توسط خریدار نیز نگردید. در ماده ۲۸۶ ق.م. با وجود تلف موضوع معامله‌ی اجازه‌ی اقاله را با تادیه بدل داده است. اما بر اساس ماده ۴۲۹ ق.م. اعمال فسخ ناشی از عیب در مبیع همانند کنوانسیون منوط به اعاده مبیع، بدون تغییر و عدم انتقال و یا تلف می‌باشد مضافاً آنکه به طور صریح حق مطالبه عین توسط بایع و حق مطالبه‌ی ثمن توسط مشتری پس از فسخ، پیش‌بینی نشد. اما شروط و تعهدات تبعی پس از فسخ، همانند کنوانسیون پایدارند. منافع حاصله از مبیع و ثمن هم در فاصله بین عقد تا فسخ، قابل برگشت به طرفین به همراه اعاده عین نبوده و فسخ اثر قهقهرایی ندارد، اما مطالبه‌ی خسارت ناشی از فسخ بر اساس ماده ۳۸۶ ق.م. در ایران نسبت به کنوانسیون دارای صراحت بیشتری است. بنابراین پیامد فسخ در حقوق ایران علیرغم وجه اشتراک با کنوانسیون، دارای اختلافاتی همانند اثر قهقهرایی به ویژه راجع به منافع داراست که انطباق قانون داخلی و الحاق به کنوانسیون را دشوار می‌سازد. با وجود مزیت‌های ناشی از تعیین تکلیف

موضوعات مربوط به فسخ از سوی کنوانسیون به عنوان یک امتیاز در برابر حقوق ایران انکارناپذیر است و الحاق به کنوانسیون را توجیه می‌سازد.

منابع

- ۱- اصغری آقمشهدی، فخرالدین (۱۳۸۱) «خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی»، نامه مفید شماره ۲۹ صفحات ۷۷ تا ۹۳
- ۲- اصغری آقمشهدی، فخرالدین و اسکندری، فرشته (۱۳۸۸)، «مطالقت حقوقی کالا با قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی»، حقوق مدنی تطبیقی به قلم گروهی از مولفان، به مناسبت بزرگداشت دکتر صفایی، تهران، سمت صفحات ۱۹ تا ۴۲
- ۳- امامی، سید حسن (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، جلد پنجم، تهران انتشارات اسلامیة
- ۴- پلان تار، ژان پیر، (۱۳۷۰) حقوق جدید متحدالشکل بیع بین‌المللی کنوانسیون سازمان ملل متحد، ترجمه، صدیقی، ایرج، مجله دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۴، ۱۵
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، دایرة‌المعارف مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران، گنج دانش،
- ۶- ----- (۱۳۸۷)، حقوق تعهدات، چاپ سوم، تهران، گنج دانش
- ۷- جنیدی، لعیا (۱۳۷۶)، قانون حاکم بر داوری های تجاری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر
- ۸- داراب پور، مهرباب، (۱۳۷۴)، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین نوشته هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاههای معتبر جهان، جلد سوم. چاپ اول، تهران، گنج دانش
- ۹- شهیدی، مهدی، (۱۳۷۳)، سقوط تعهدات، چاپ سوم، تهران، شفق
- ۱۰- شمس، عبدالله (۱۳۸۶)، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، جلد دوم، چاپ دهم، تهران، دراک
- ۱۱- صفایی، سید حسین و همکاران (۱۳۸۴) حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران،
- ۱۲- صفایی، سید حسین (۱۳۵۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، موسسه عالی حسابداری

۱۳- ----- (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران، نشر

میزان

۱۴- کاتوزیان امیر ناصر (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها جلد پنجم، چاپ دوم، تهران،

سهامی انتشار

۱۵- ----- (۱۳۸۷)، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ هشتم، تهران، سهامی انتشار

۱۶- ----- (۱۳۶۹)، قواعد عمومی قراردادها - جلد پنجم، تهران، چاپ بهنشر

۱۷- ----- (۱۳۷۴)، الزامهای خارج از قرارداد و ضمان قهری، چاپ اول،

تهران، دانشگاه تهران

۱۸- کلانتریان، مرتضی (۱۳۷۴)، بررسی نظام های حقوقی داوری در جهان، چاپ اول،

تهران، دفتر خدمات حقوقی

۱۹- میرزائزاد جویباری، اکبر (۱۳۸۲)، فسخ جریبی یا تجزیه قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی

کالا ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران، مجله دفتر خدمات حقوقی شماره ۲۹، صفحات ۲۸۵ تا ۳۳۰

۲۰- نهرینی، فریدون (۱۳۸۳)، ماهیت و آثار فسخ در حقوق ایران، تهران، انتشارات گنج دانش

21. Benjamiws (1997), Sale of goods, London, Fifthin edition, sweet and Max well .

22. Chengwei, Lium (2005), article: Effects of Avoidance perspectives form the cisg, UNIDROIT, pace law school inslitue of international, law.

23. Cheshrie and Fifootfurmstons (1998), law of contract, London- thirteen edition- Butter worth.

24. Honnold, john (1999), uniform law for international sales under the united Notion convention, 3rd- edition .

25. Ingeboryschwenzer and Christina fountoulakis(2007), international, sales, law, London, Routledye.

26. Kritzer, Albert (1998), Guide to practical applications, of the united Nation convention on contracts for the international, sale of goods.

27. Paul todd (2003), cases and Materials on international law, London, sweet and Max well.

28. Schlechtriem, peter (1998), Commentary on the un convention on the international sale of Goods, second edition-cluredon press. Oxford.
29. Tallon in Bianca- Bonell (1998), commentary on the international sale law, Giuffer Milan.
30. Treitel (1995), the law of, contract. Nintn edition, London, Sweet and Maxwell.
31. TonathanYovel (2005), Buyer's right to avoid the contrat. Available at: <http://ssrn.com/abstract>.
32. <http://www.cisg.pace.edu>
33. <http://www.unilex.info/case.cefm>

بررسی تطبیقی جایگاه توبه در حقوق جزای موضوعه و فقه امامیه در سقوط مجازات های حدی

محسن خان محمدی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۳/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۲۰

چکیده

توبه یکی از جهات سقوط مجازات های عمومی است و قانونگذار با تأسی از فقه امامیه مقررات مربوط به توبه را وارد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نموده است. لذا اگر مجرم قبل از صدور حکم قطعی توبه نماید در حال حاضر در مورد حدود به جز حدِ قذف، توبه با حصول شرایط مقرر، منجر به سقوط مجازات خواهد گردید. اما در سایر حدود (به جز محاربه) در صورتیکه متهم قبل از اثبات جرم توبه نماید با جمع سایر شرایط، مُسقطِ حد است و در محاربه این مرحله، بایستی قبل از دستگیری یا تسلط بر او باشد. همچنین طبق قسمت دوم ماده ۱۱۴ قانون مذکور اگر کلیه حدود به غیر از قذف، با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رییس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست کند. این مقاله از نوع نظری می باشد و از روش تحلیلی، توصیفی و مقایسه قوانین با فقه امامیه استفاده شده است.

کلید واژه ها: سقوط دعوی عمومی، فقه امامیه، توبه، ندامت، اصلاح.

^۱ استادیار حقوق، دانشگاه آزاد واحد کرج (نویسنده مسئول) m.khanmohammadi1367@yahoo.com

مقدمه

امنیت و آرامش، رسیدن به قلّه‌های رفیع اخلاقی، ساختن شخصیت والای انسانی، متصل شدن به منبع فیض و رسیدن به سعادت، همه از مواردی هستند که برای آدمی جز با ترک گناه میسر نمی‌شود. انسان گنهکار تا زمانی که لباس گناه بر تن دارد و در دایره معصیت و غضب الهی قرار دارد از درک فیوضات و اخذ امور معنوی محروم است، لذا کسب حسنات در هستی جز با ترک گناه و معصیت ممکن نیست.

لذا حضرت حق تعالی از باب رحمت به آدمی، پلی را برای معصیت کاران جهت جبران مافات ایجاد نموده است که توبه نام دارد و از طریق آن انسان گنهکار آلودگی‌هایی که توسط ارتکاب معاصی ایجاد شده را از لوح وجود خویش پاک می‌نماید. موضوع جالب در مورد تواین این است خداوند متعال آنچنان از باب رحمت با آنان برخورد می‌کند که علاوه بر زدودن تمام آلودگی‌ها از صفحه نفسشان، آنان را به درجات بالای معنوی می‌رساند.

با توجه به مطالب فوق می‌توان گفت که توبه یک نهاد مهم، ضروری و حیاتی است که امت اسلامی در هر عصری نیازمند آن است، عنوانی شناخته شده و مشترک میان علوم کلام، اخلاق، عرفان، فقه و حقوق اسلامی است که هر کدام از این علوم از یک جهت به آن نگریسته‌اند. در کتابهای فقهی به وجوب توبه اشاره شده و امروزه نیز به عنوان یکی از عوامل تخفیف یا سقوط مجازات مطرح است. تاکید فراوان قرآن و تشویق گناهکاران به آن، نشان از اهمیت توبه دارد. با توجه به این جایگاه رفیع توبه در اسلام و با عنایت به اینکه هدف اصلی از نظام کیفری اصلاح و بازپروری فرد مجرم است و اصولاً در هر مرحله و فرایند رسیدگی که ثابت شود، متهم یا محکوم اصلاح گردیده است اجرای مجازات یا ادامه رسیدگی امر عبثی خواهد بود، لذا به نظر نگارنده توبه می‌تواند نقش مهمی در کیفیت صدور و اجرای احکام جزایی داشته باشد.

از این رو در فقه و قانون مجازات اسلامی برای توبه جایگاه والایی در نظر گرفته شده است آن هم به این دلیل که هدف اصلی از اجرای مجازات از دیدگاه فقها و حقوقدانان اسلامی متنبه شدن مجرم و باز اجتماعی شدن اوست لذا در این مقاله سعی شده اثر توبه در میزان مجازات‌های انواع

جرائم حدی در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بررسی تطبیقی شود و نظر مشهور فقه امامیه را با قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقایسه نماییم.

الف- مفهوم شناسی توبه

ضرورت از طرح این مبحث پرداختن به مفهوم لغوی و اصطلاحی توبه و توبه کنندگان می باشد. به دلیل اینکه از توبه تعاریف زیادی شده است سعی شده تعریف لغوی و اصطلاحی مناسبی از آن بیان شود و انواع و اقسام توبه بیان گردد.

۱- معنای لغوی و اصطلاحی توبه

توبه از ریشه «ت و ب» در لغت به معنای بازگشت یا بازگشت از گناه است. صاحب مقائیس اللغه می نویسد: «توب، التاء والواو والباء كلمة واحدة تدلّ الى رجوع، يقال تاب من ذنبه، ای رجع عنه، يتوب الى الله توبةً و متاباً». راغب اصفهانی قید معصیت را نیز در تعریف توبه اضافه کرده و رجوع از معصیت را توبه دانسته است (پورعسکری، ۱۳۸۸، صص ۲-۳). توبه همانند بسیاری از لغات دیگر عربی، علاوه بر معنای لغوی یک معنای اصطلاحی دارد. علمای اخلاق علاوه بر معنای لغوی، به بیان معنای اصطلاحی این واژه نیز پرداخته اند، چرا که در بحث توبه و توبه پذیری خداوند، بیشتر معنای اصطلاحی مراد است نه معنای لغوی آن. ناگفته نماند که بین معنای لغوی و معنای اصطلاحی باید یک رابطه بسیار ظریف و شفافی وجود داشته باشد و بین معنای لغوی و اصطلاحی توبه، این رابطه کاملاً مشهود است. توبه عبارت است از یک نوع انقلاب درونی، نوعی قیام، نوعی انقلاب از ناحیه خود انسان علیه خود انسان. از این جهت، از مختصات انسان است.

به نظر نگارنده، با تأمل در آیات و روایات و نظر بزرگان دین و عرفان که در باب توبه وارد شده است استنباط می شود که توبه، عبارت از یک ندامت و پشیمانی است که اعتراف و اعتذار را در پی دارد و مانع از بازگشت به اعمال مجرمانه و گناه می شود لذا سه عنصر ندامت و پشیمانی، اعتذار و عدم عود بر گناهان در مفهوم توبه نهفته است.

ب- مبانی فقهی توبه

ضرورت از طرح این مبحث شناخت مبانی توبه می باشد تا به وسیله آن اساس و مستندات توبه شناخته شود. و چون مبانی و مستندات توبه در فقه می باشد، فلذا نگارنده با توجه به فقه امامیه چهار مورد از مبانی فقهی توبه، شامل آیات، روایات، اجماع و عقل را مطرح کرده و هر کدام را به طور دقیق توضیح داده است. در این زمینه آیات و روایات معصومین مورد بررسی قرار گرفته است و همینطور اجماع فقها و دلایل عقلی و جوب توبه و ارکان و اهمیت توبه بررسی شده است.

۱- مستندات فقهی توبه

اول- آیات:

یکی از مهمترین مستندات فقهی توبه آیات مبارکه قرآن کریم می باشد، لذا کلام خداوند متعال در این قسمت، در مورد توبه بررسی شده است. همانطور که مشاهده می شود خداوند متعال در آیات متعددی بندگان خود را به توبه و بازگشت از گناه و معصیت دعوت می کند و بسیار توبه کنندگان را دوست دارد، در ذیل موارد توبه در قرآن کریم آورده شده است.

۱- سوره مانده/۳۳ و ۳۴: « إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ »

۲- سوره نساء/۱۶ و ۱۷: « الَّذِينَ يَأْتِيَانَهَا مِنْكُمْ فَادُّوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا. إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ فَأُولَئِكَ يَتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا »

۳- سوره نور/۳۱: « وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ »

۴- سوره نور/۴ و ۵: « وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ »

دوم- روایات:

در کلام معصومان علیهما السلام نیز از توبه و اثر آن در سقوط مجازات، بسیار صحبت به میان آمده است که به برخی از آنان اشاره می‌کنیم:

۱- روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (علیه السلام) است که ایشان فرمودند: سارق زمانیکه توبه کرد و مال مسروقه را به صاحبش رد کرد، پس دستش بریده نمی‌شود (حر عاملی، ۱۳۷۰، ج ۱۸ / ص ۵۳۰).

۲- روایت جمیل از امام باقر یا صادق (علیهما السلام) در مورد مردی که سرقت کرده یا شراب نوشیده و یا زنا کرده است. از حضرت سوال شد که اگر کسی بر او آگاهی نیابد و او دستگیر هم نشود تا اینکه توبه کند و اصلاح شود، پس امام فرمودند، زمانیکه اصلاح شد، حد بر او جاری نمی‌شود (حر عاملی، ۱۳۷۰، ج ۱۸ / ص ۳۲۸).

همانطور که ملاحظه می‌شود روایات به مساله توبه اشاره کرده و آن را مورد توجه قرار داده‌اند. بنابراین می‌توان یکی از مستندات توبه را روایات دانست.

سوم- اجماع:

اکثر فقهاء بر مساله توبه ادعای اجماع کرده و آن را مورد پذیرش قرار داده‌اند. در اصل وجوب توبه مخالفتی در میان فقهاء دیده نمی‌شود لکن اختلاف در وجوب توبه تنها بر سر این است که آیا وجوب آن ارشادی است یا مولوی. به این معنی که در صورت ارشادی بودن وجوب توبه ارشاد به حکم عقل است و در صورت مولوی بودن ناظر بر ثواب و عقاب است.

چهارم- عقل:

صاحب کتاب قواعد فقهیه (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲، ج ۷ / ص ۳۳۴-۳۳۸) چهار دلیل را از زمره دلایل عقلی بر توبه دانسته که به ذکر آنان می‌پردازیم:

۱- حکم عقل به لزوم درک مصالح ملزمه و عدم جواز فوت آن: حق در نزد ما امامیه این است که احکام تابع مصالح و مفاسدی است که ما آن را ملاکات احکام می‌نامیم، پس شخص عاصی، یا واجبی را ترک می‌کند که در این صورت مصلحت از او فوت می‌شود یا حرامی را مرتکب

می‌گردد که در مفسده می‌افتد و توبه یعنی رجوع به اطاعت مولی و ترک مخالفت از اوامر، بازگشت توبه، به عدم ترک واجب است، پس از او مصلحت ملزمه فوت نمی‌شود و بازگشت توبه به ترک حرام بر می‌گردد پس در مفسده نمی‌افتد، و هر دوی این‌ها (عدم فوت مصلحت ملزمه و عدم وقوع در مفسده) از آن مواردی است که عقل به لزوم این دو حکم می‌کند، پس نتیجه آن که توبه به حکم عقل لازم است.

۲- حکم عقل به لزوم کمال و ترقی در مراتب حقیقه: علاج و دواء امراض نفس بهتر و سودمندتر و مفیدتر از توبه نیست زیرا توبه قلب را از رذایل تطهیر می‌کند و سلامت را حفظ می‌کند و بواسطه توبه، انسان از حیوانیت خارج شده و چه بسا برای او مرتبه‌ای والا از ولایت تکوینی حاصل می‌شود به گونه‌ای که بعضی از علما به این مرتبه دست یافتند.

پ- آثار توبه قبل و بعد از صدور حکم قطعی در انواع حدود

ضرورت از طرح این مبحث بررسی شرایط تحقق توبه در جرایم مختلف حدی است. شرایط تحقق توبه در هر جرمی با جرم دیگر متفاوت می‌باشد بنابراین باید به طور دقیق بررسی شود تا شروط تحقق توبه در هر یک از جرایم حدی درک گردد لذا در ادامه این بحث تاثیر توبه را در انواع حدود بررسی خواهیم کرد و اثر آن را در تمامی حدود طبق قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و با تطبیق فقه امامیه مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱- توبه در آموزه‌های فقهی

در مورد تاثیر توبه در جرایم منافی عفت باید گفت که در قرآن مجید در چند آیه واژه «زنا» یا کلمه‌ای از این ریشه آمده است: فرقان: ۶۸؛ ممتحنه: ۱۲؛ اسراء: ۲۳؛ نور: ۳-۲. طبق نظر شهید ثانی در لمعه «الزنا هو ایلاجُ البالغِ العاقلِ فی فرجِ امرأه، بل مطلقِ الأنثی قُبلاً أو دُبراً محرّمه علیه من غیر عقدِ نکاحِ بینهما و لا شُبّهه موجه لاعتقادِ الحِلِّ قدر الحَشَفَه عالمّاً بالتحريم مختاراً فی الفعل» (شهید ثانی، ۱۳۷۷، ص ۴۳۰). مشهور فقیهان امامیه معتقدند، اگر زانی یا زاینه قبل از قیام بینه توبه نماید حد از او ساقط می‌شود، چه حد رجمی باشد و چه حد جلدی باشد. اما اگر بعد از قیام بینه توبه نماید، حد از او ساقط نمی‌شود. روایاتی بر این معنا دلالت می‌نمایند «کیس للامام آن یعفو بعد

قیامِ البینه» اگر زنا با اقرار ثابت شده باشد و بعد از اقرار زانی یا زانیه توبه نماید، در این صورت قاضی مخیر است که حد را اجرا نماید یا تقاضای عفو او را از ولی امر مسلمین نماید. این دیدگاه در موادی از قانون مجازات اسلامی ظهور پیدا کرده است.

نظر شهید ثانی در لمعه در مورد لواط این است که « من أقرَّ یا یقاب ذکر فی دُبره و لو مقدارَ الحَشْفَةِ مختاراً غیر مکرَّوه علی الإقرارِ أربع مرّاتٍ أو شَهِدَ علیه أربعه رجالٍ عُدولٍ بالمعاینه للفعلِ و کان الفاعلُ المقرُّ أو المشهودُ علیه بالغاً عاقلاً قُتِلَ محصناً کان أو لا » (شهید ثانی، ۱۳۷۷، ص ۴۳۸). مشهور فقیهان امامیه معتقدند، که فاعل یا مفعول لواط اگر قبل از قیام بینه توبه نماید حد از او ساقط می شود. اما اگر بعد از قیام بینه توبه نماید، حد از او ساقط نمی شود.

طبق نظر فقها، یکی از انواع لواط حالتی است که دخول در غیر دبر صورت می گیرد که به آن تفخیز می گویند و مجازات فاعل و مفعول صد تازیانه است. مشهور فقیهان امامیه معتقدند، که فاعل یا مفعول تفخیز اگر قبل از قیام بینه توبه نماید حد از او ساقط می شود. اما اگر بعد از قیام بینه توبه نماید، حد از او ساقط نمی شود.

در تعریف «سحق» آمده: « الذی هو وطء المرأة مثلها »، یعنی وطی زن با زن دیگر. مشهور فقیهان امامیه معتقدند، اگر طرفین مساحقه قبل از قیام بینه توبه نمایند حد از آنها ساقط می شود اما اگر بعد از قیام بینه توبه نمایند، حد از آنها ساقط نمی شود.

قیادت یا قوادی نیز عبارت است از جمع و مرتبط کردن دو نفر یا بیشتر برای زنا یا لواط. نظر شهید ثانی در لمعه در مورد قیادت این است که « القيادة الجمعُ بین فاعلی الفاحشه من الزنا و اللواط و السَّحْق. و تثبت بالإقرار مرّتين من الکامل المختار أو بشهادة شهادین ذکرین عدلین » (شهید ثانی، ۱۳۷۷، ص ۴۴۱). قدر متیقن از کلام فقهاء این است که توبه قبل از قیام بینه، مجازات را ساقط می کند. مشهور فقهاء در مورد توبه بعد از قیام بینه قائل به عدم سقوط حد می باشند.

قذف در لغت به معنی پرتاب کردن است. در زبان عربی می گویند: قذف الحجر او بالحجر (یعنی سنگ را پرتاب کرد)، قذف المحصنه یعنی زن عقیفه و یا زن شوهردار را به زنا وصف نمودن. قذف معادل «رمی» یعنی نسبت دادن زنا یا لواط به دیگری است با استفاده از الفاظی که

صراحت در این معانی دارد، البته در صورتی که گوینده عالم به معنای آن الفاظ باشد. به این جرم در قرآن کریم در آیات ۴ و ۵ سوره مبارکه نور اشاره شده است و همچنین آیات ۶ تا ۱۰ همان سوره در مورد شرایط قذف و رهایی از آن دستوراتی دارد.

لذا با توجه به آیات فوق چنانچه شخص قاذف، دیگری را به نسبت‌های مذکور قذف کند و نتواند برای گفته خود بینه اقامه کند، محکوم به هشتاد تازیانه خواهد شد. فقیهان اتفاق کرده اند که توبه در جرم قذف مجازات را ساقط نمی کند و نیز اتفاق دارند که شهادت قاذف تا زمانی که توبه نکند مسموع نیست، زیرا وی مرتکب معصیتی شده که شرط عدالت را زایل نموده و به نظر می رسد توبه قاذف منوط به تحصیل رضایت مقذوف می باشد و باید از وی اعتذار جوید و در نزد کسانی که او را قذف کرده است، سخنان خود را تکذیب نموده و از وی ذکر خیر کند و نیز اعاده حیثیت نماید.

در مورد تاثیر توبه در جرم سب النبی صلی الله علیه و آله باید گفت که سب النبی، دشنام دادن و توهین به ساحت مقدس حضرت رسول اکرم (صلی الله علیه آله و سلم) است. شایان ذکر است که لفظ «نبی» در عنوان مذکور، پیامبران دیگر را هم در بر می گیرد، چرا که آنان نیز همانند پیامبر اکرم (صلی الله علیه آله و سلم) از جانب خدا مبعوث شده اند و از جهت وجوب احترام و تقدیس تفاوتی میان آنان و پیامبر اسلام (صلی الله علیه آله و سلم) نیست و سب تمامی آنان مانند سب پیامبر موجب مجازات است. فقهای امامیه حکم سب النبی را قتل می دانند و نیز تأثیری برای توبه سب النبی در سقوط مجازات وی قائل نیستند.

در مورد تاثیر توبه در جرم شرب خمر باید گفت که، طبق نظر شهید ثانی در لمعه شرب خمر عبارت است از: « ما أسکر جنسه ای کان الغالبُ فیهِ الاسکارَ و إن لم یُسکرِ بعضُ الناسِ لادمانه أو قلّه ما تناول منه أو خروج مزاجه عن حدِّ الاعتدال یحرّم تناول القطره منه فیما فوقها، و کذا یحرّم الفُقاع. ولو مُزجا بغیرهما و إن استهلکا بالمزج. و کذا یحرّم العَصیرُ العنْبیُّ إذا غلا بأن صار أسفله أعلاه و اشتدَّ بأن أخذ فی القوام و إن قلَّ، و یتحقّق ذلک بمسَمی الغلیان إذا کان بالنار، و لم یذهب ثلثاه به، و لا انقلبَ خلاً » (شهید ثانی، ۱۳۷۷، صص ۴۴۶-۴۴۵). مشهور فقهاء، توبه شارب خمر بعد

از اقرار را موجب تخیر امام در عفو یا اقامه حد می دانند، به این جهت که در حد زنا اعم از اینکه رجم باشد یا جلد، توبه بعد از اقرار، حاکم را مخیر در عفو یا اقامه حد می گرداند، بنابراین به طریق اولی در مورد شرب خمر که مجازاتش جلد است و قباح آن از زنا کمتر است، امام چنین تخیری را خواهد داشت و همچنین اگر خورنده مسکر پیش از قیام بینه توبه کند حد از او ساقط می شود. در مورد تاثیر توبه در جرم سرقت باید گفت که یکی از حدود در معنای دقیق قرآنی آن، سرقت است. سرقت عبارت است از بردن مال دیگری به طور مخفیانه به قصد تصرف در آن که در کنار جنبه حق الهی، جنبه حق الناسی نیز دارد. از دیدگاه امامیه چنانچه سارق قبل از قیام بینه توبه نماید، حد از او ساقط می شود و صاحب جواهر بر این حکم ادعای اجماع می کند، اما توبه پس از شهادت مسقط نیست. همچنین اگر بعد از اقرار توبه کند، قول اول عدم سقوط است و بنابر قول دیگر امام مخیر است که عفو کند و یا حد را استیفا نماید.

در مورد تاثیر توبه در جرم محاربه باید گفت که خداوند متعال در سوره مبارکه مائده می فرماید: « إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ رَحِيمٌ ». در قرآن کریم، پس از تبیین محاربه و مجازات محارب، استثنایی ذکر شده است: «...إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ...» و به این وسیله محاربینی را که قبل از تسلط و غلبه بر آن ها توبه کنند از مجازات های مذکور در آیه بری می نماید. تمام مفسران و فقیهان امامیه با استناد به صراحت آیه ۳۴ سوره مائده به این امر اذعان دارند که اگر محارب پیش از تسلط توبه کند، عفو می شود.

عده ای از فقها مثل شهید ثانی در تعریف بغی می گویند: « كُلٌّ مَنْ خَرَجَ عَلَى الْمَعْصُومِ مِنَ الْأُمَّةِ (ع) فَهُوَ بَاغٌ » و آن را شامل خروج بر امام معصوم می دانند و می گویند هر کس بر امام معصوم خروج کند باغی است و جنگ با او واجب است، باید با او جنگید تا به اطاعت امام معصوم برگردد یا همانند کفار کشته شود و دسته ای دیگر از فقهاء در تعریف بغی می گویند: « كُلٌّ مَنْ خَرَجَ عَلَى إِمَامٍ مَنْصُوعٍ عَلَى إِمَامَتِهِ وَجِبَ قِتَالُهُ » و آن را خروج بر امام عادل می دانند و می گویند

باغی کسی است که بر امام عادل خروج کند و دستۀ سومی هم هستند که خروج بر امام را مطلقاً باغی می‌دانند، بدون ذکر صفت عادل، این گروه را بیشتر، فقهای اهل سنت تشکیل می‌دهند.

با توجه به آیات قرآن و سیره امیرالمومنین (ع) و همچنین روایات ائمه علیهم السلام باید گفت که توبه در مرحله قبل از اثبات قابل پذیرش است و خداوند متعال در آیه ۹ سوره الحجرات می‌فرماید: «وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَ مَا صُلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسَطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ». مفسران در تفسیر « فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا » می‌گویند: « پس اصلاح کنید میان ایشان به نصیحت ، یعنی این هر دو دسته را به حکم خدا دعوت کنید و میان آنان اصلاح نمایید ». با توجه به این تفاسیر می‌توان گفت که توبه یکی از مصادیق صلح است که در این مرحله باید مورد توجه قرار گیرد.

در مورد تاثیر توبه در گناه ارتداد باید گفت که ارتداد همان طوری که در لغت آمده عبارت است از رجوع و برگشت. فلذا شهید اول در کتاب لمعه در تعریف ارتداد می‌فرماید: «الارتدادُ هو الكفرُ بعد الإسلام». مرحوم شهید ثانی در توضیح این عبارت می‌فرماید: «والكفرُ يكون بنيةً و بقولٍ كفرٍ و فعلٍ مكفرٍ فالاولُ العزم على الكفر و الثاني كنفى الصانع لفظاً و أو الرسل و تحليلٍ محرم». مشهور فقها ارتداد را جزء مجازات های متفرقه آورده اند و برخی دیگر از فقهاء ارتداد را یک جرم حدی می‌دانند که مجازات آن قتل است.

طبق نظر معظم فقهای امامیه معتقدند، مرتد بر دو نوع است:

۱- مرتد ملی: کسی که از ابتدا کافر بوده، یعنی انعقاد نطفه اش در حال کفر والدین صورت گرفته و بعد از رسیدن به بلوغ، دین اسلام را برگزیند اما دوباره از تدین به کفر برگردد، مشمول این عنوان می‌شود. مرتد ملی توبه داده می‌شود، اگر توبه کرد مجازات وی ساقط می‌گردد و در غیر این صورت کشته می‌شود. اموال چنین فردی از مالکیت او خارج نمی‌شود مگر آنکه بمیرد. همسرش نیز از هنگام ارتداد وی عده طلاق نگه می‌دارد. اگر بعد از پایان مدت زمان عده، بر کفر خویش باقی بود همسرش از او جدا می‌شود اما در صورت توبه و بازگشت به اسلام، حرمت نکاح او از بین نمی‌رود.

۲- مرتد فطری: کسی که بر فطرت اسلام متولد شده باشد یعنی نطفه او در هنگام مسلمان بودن ابوبن او و یا یکی از آنان بسته شده باشد و او نیز بعد از بلوغ، دین اسلام را برگزیند اما بعد از آن کافر گردد و از دین اسلام خارج گردد چنین فردی مرتد فطری است. اکثر فقهای که مرتد را شامل ملی و فطری می دانند، در خصوص کیفر و مجازات وی معتقدند که توبه مرتد فطری به هیچ وجه پذیرفته نمی شود و مجازات او یعنی قتل، حتمی است. همسرش نیز باید از او جدا شده و عده وفات نگه دارد. دارایی او که در زمان ارتداد مالک آن بوده است پس از ادای دیونی که سابق بر ارتداد بر ذمه اش بوده به ورثه او یعنی خویشاوندان مسلمانش منتقل می گردد، و اگر اقوام مسلمان نداشته باشد، امام وارث او محسوب می گردد و کافر مطلقاً از او ارث نمی برد.

در مورد ارتداد زن، تفاوتی میان مرتد فطری و ملی نیست به این معنا که گرچه زن مرتد فطری باشد، ولی کشته نمی شود بلکه توبه داده می شود. اگر توبه نکرد به حبس ابد با اعمال شاقه محکوم می شود هنگام هر نماز چند تازیانه به او می زنند، خشتترین لباسها را که معمولاً برای پوشش استفاده می شود بر او می پوشانند و بدترین و نامطلوبترین خوراک را به او می دهند تا توبه کند یا بمیرد. پس اگر توبه کرد، مجازات او برداشته می شود و رها می گردد، در غیر این صورت در حبس باقی می ماند.

۲- توبه در گفتمان حقوقی

قانونگذار با تاسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم زنا را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می داند، و در صورتی که جرم زنا با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

در ضمن طبق تبصره ۲ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه در زنا به عنف، اکراه و اغفال اگر قبل از اثبات باشد حد ساقط می شود و مجازات حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هردو جایگزین مجازات حدی می شود و توبه در زنا به عنف، اکراه و اغفال اگر بعد از

اثبات باشد قابل عفو از طریق رهبری می‌باشد و مانند حالت فوق، مجازات حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هردو جایگزین مجازات حدی می‌شود.

قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم لواط را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می‌داند، و در صورتی که جرم لواط با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

در ضمن طبق تبصره ۲ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه در لواط به عنف، اکراه و اغفال اگر قبل از اثبات باشد حد ساقط می‌شود و مجازات حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هردو جایگزین مجازات حدی می‌شود و توبه در لواط به عنف، اکراه و اغفال اگر بعد از اثبات باشد قابل عفو از طریق رهبری می‌باشد و مانند حالت فوق، مجازات حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هردو جایگزین مجازات حدی می‌شود.

قانونگذار در ماده ۲۳۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، جرم تفخیز را این طور تعریف می‌کند: « تفخیز عبارت از قرار دادن اندام تناسلی مرد بین رانها یا نشیمنگاه انسان مذکر است ». تبصره- « دخول کمتر از ختنه گاه در حکم تفخیز است ». قانونگذار در ماده ۲۳۶ همین قانون مجازات تفخیز را اینطور بیان می‌کند که: « در تفخیز، حد فاعل و مفعول صد ضربه شلاق است و از این جهت فرقی میان محصن و غیر محصن و عنف و غیر عنف نیست ». تبصره- « در صورتی که فاعل غیر مسلمان و مفعول، مسلمان باشد، حد فاعل اعدام است ».

در مجموع، قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم تفخیز را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می‌داند، و در صورتی که جرم تفخیز با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم مساحقه را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می‌داند، و در صورتی که جرم

مساحقه با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم قوادی را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می داند، و در صورتی که جرم قوادی با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

به همین دلیل ماده ۱۱۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز مقرر می دارد: دیه، قصاص، حد قذف و محاربه با توبه ساقط نمی گردد.

قانونگذار با توجه به قاعده عمومی مندرج در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بر خلاف نظر مشهور فقها، توبه مرتکب جرم سبّ النبی را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می داند، و در صورتی که جرم سبّ النبی با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه شارب خمر را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می داند، و در صورتی که جرم شرب خمر با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

قانون مجازات اسلامی از نظر مشهور فقهای امامیه الهام گرفته و توبه سارق قبل از اثبات جرم را مسقط حد و در صورت توبه بعد از این مرحله، کیفر را حتمی دانسته و هیچگونه تخییری برای قاضی قائل نگردیده است. در ضمن قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در مورد حبس ابد سارق در مرتبه سوم که یک حبس حدی است و نیز سایر حبس‌هایی که مشمول عنوان تعزیر نیست، بیان کرده است که «...هرگاه مرتکب حین اجرای مجازات توبه کند و مقام رهبری آزادی او را مصلحت بدانند، با عفو ایشان از حبس آزاد می‌شود. همچنین مقام رهبری می‌تواند مجازات او را به مجازات تعزیری دیگری تبدیل کند». همچنین طبق ماده ۱۱۴ قانون

مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در صورت توبه سارق بعد از اقرار، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

قانونگذار از نظر مشهور فقهای امامیه الهام گرفته و طبق تبصره ۱ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ توبه محارب را قبل از دستگیری یا تسلط بر او موجب سقوط حد می‌داند، و نیز طبق نص ماده ۱۱۴ همین قانون اگر جرم محاربه با اقرار ثابت شده باشد و مرتکب پس از اثبات جرم توبه نماید، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید. ولی ماده ۱۱۶ همین قانون مقرر می‌دارد: «... محاربه با توبه ساقط نمی‌گردد.»

بدین ترتیب به نظر می‌رسد با توجه به نظر مشهور فقهای امامیه باید قائل به اعمال ماده ۱۱۴ در زمینه توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر وی باشیم، و بدین گونه تحلیل کنیم که اطلاق ماده ۱۱۶ مبنی بر عدم پذیرش توبه محارب، به وسیله نص تبصره ماده ۱۱۴ تخصیص خورده است.

نکته پایانی در خصوص توبه محارب مربوط به ماده ۱۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ است که در مورد نظامیان مقرر می‌دارد: «هریک از اشخاص مذکور در ماده (۱۷) قبل از کشف توطئه و دستگیری، توبه نماید و خود را به ماموران معرفی کند و اطلاعاتش را در اختیار بگذارد به نحوی که توبه وی در دادگاه محرز شود حد محاربه از او ساقط شده و چنانچه اقدام مرتکب موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری وی یا دیگران گردد، به حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد و در صورتی که مرتکب جرم دیگری شده باشد به مجازات آن جرم نیز محکوم می‌شود». همانطور که ملاحظه می‌شود قانونگذار در این قانون بر خلاف قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برای محارب در صورتی که توبه کند ولی اقدام او موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری وی یا دیگران گردد، مجازات تعزیری معین کرده است.

قانونگذار در فصل حدود در ماده ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بغی را جرم مستقلی در نظر گرفته^۱ و در بخش حدود به آن پرداخته است.

در مورد تاثیر توبه در جرم افساد فی الارض ابتدا باید گفت که، قرار گرفتن افساد فی الارض در کنار محاربه این شبهه را به وجود می آورد که جرمی با عنوان مستقل افساد فی الارض وجود ندارد. افساد فی الارض یکی از جرایمی است که از فقه اسلام و از طریق آیه 33 سوره مائده، وارد حقوق موضوعه ایران گردیده است. قانونگذار ایران نیز با ذکر مصادیقی از جرم افساد فی الارض این جرم را جرم مستقلی از محاربه می داند.

در مجموع، قانونگذار با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، توبه مرتکب جرم بغی و افساد فی الارض را قبل از اثبات جرم موجب سقوط حد می داند، و در صورتی که جرم بغی و افساد فی الارض با اقرار مرتکب ثابت شود و وی پس از آن توبه کند، دادگاه می تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید. در مورد ارتداد نیز باید گفت که در قانون مجازات اسلامی جرمی تحت عنوان «ارتداد» وجود ندارد.

۱. «گروهی که در برابر اساس نظام جمهوری اسلامی ایران، قیام مسلحانه کنند باغی محسوب و در صورت استفاده از سلاح، اعضای آن به مجازات اعدام محکوم می گردند».

نتیجه گیری

با توجه به مطالبی که در این مقاله مطرح شد به نظر می‌رسد که توبه به معنی رجوع و بازگشت به سوی خدای متعال، ندامت و پشیمانی قلبی از گناه انجام گرفته، تصمیم راسخ در ترک آن گناه و جبران مافات است. با توجه به آیات و روایات و نظر فقهای امامیه می‌توان گفت که خداوند بسیار توبه پذیر است و با تائبین از سر لطف و رحمت برخورد می‌کند و گناهکاران را در هر مرحله ای از انجام فعل حرام که باشند به توبه و بازگشت از معصیت دعوت می‌نماید.

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه هدف اصلی از اجرای مجازات در شرع مقدس اسلام اصلاح مجرم و درمان او می‌باشد، با انجام توبه توسط مجرم دیگر اجرای مجازات وی امری عبث و به دور از منطق است. چون در این حالت فرد خاطی زمانی که صادقانه توبه می‌کند آنقدر از کرده خود پشیمان است که در واقع قصد دارد دیگر سمت آن جرم نرود و در پی جبران مافات بر می‌آید و در این حالت فرد مجرم تصمیم دارد که زندگی شرافتمندانه‌ای را در پیش بگیرد و مانند دیگر افراد جامعه زندگی نماید. از این رو توبه مجرم در بسیاری از مواقع می‌تواند موجب سقوط مجازات وی گردد.

به نظر می‌رسد با توجه به مطالب این مقاله و طبق ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ باید گفت که توبه متهم قبل از اثبات جرم، در همه حدود بجز حد قذف موجب سقوط مجازات وی است البته توبه محارب در صورتی مقبول است و موجب سقوط مجازات می‌گردد که قبل از دستگیری یا تسلط بر محارب باشد.

در ضمن به نظر می‌رسد طبق بخش دوم ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در همه جرایم حدی بجز قذف توبه متهم پس از اثبات جرم، به شرط اینکه جرم با اقرار متهم ثابت شده باشد، می‌تواند موثر باشد چون دادگاه مخیر است (نه ملزم) عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.

در کل به نظر می‌رسد قانونگذار از دیدگاه فقهای عظیم الشان امامیه دور نشده و تمام سعی خود را کرده تا نظرات آن بزرگواران را در مقررات جزایی پیاده سازی نماید.

منابع

- ۱- قرآن کریم
- الف- کتب فارسی
- ۲- اردبیلی، محمد علی: حقوق جزای عمومی، چاپ سی و یکم، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- ۳- حسنی، علیرضا: توبه در قرآن و سنت تولدی بدون گناه، چاپ اول، انتشارات نشر رایزن، تهران، ۱۳۴۴.
- ۴- خان محمدی، محسن: توبه در نظم حقوقی کنونی، چاپ اول، نشر غنچه، ۱۳۹۷.
- ۵- شیر، عباس: سقوط مجازات در حقوق کیفری اسلام و ایران، چاپ اول، مرکز انتشارات جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، ۱۳۷۲.
- ۶- عاشری، علی: متون فقه جزایی (همراه با مواد قانونی)، چاپ اول، عصر دانش ماد، همدان، ۱۳۹۴.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر: چاپ سی ام، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۹۶.
- ۸- محدثی، جواد: چاپ یازدهم، توبه بازگشت به فطرت، انتشارات بنیاد پژوهشهای اسلامی، مشهد، ۱۳۸۳.
- ۹- نوربها، رضا: چاپ ششم، زمینه حقوق جزای عمومی، کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۶۹.
- ب- کتب عربی
- ۱۰- نجفی، محمدحسن: چاپ هجدهم، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ۱۱- شهید ثانی، زین الدین بن علی الجعفی العاملی: چاپ پنجم، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، مرکز النشرمکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۰.
- ۱۲- الموسوی الخمینی، روح الله: چاپ اول، تحریرالوسیله، انتشارات دارالعلم، قم، ۱۳۷۰.

۱۳- محقق حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن بن یحیی بن سعید: شرایع الاسلام، انتشارات استقلال، تهران، ۱۴۰۹ق.

پ- مقالات

۱۴- (پورعسکری، اسلام): جایگاه توبه و نقش آن در امور کیفری اسلام، فصلنامه رواق اندیشه، شماره سی و نهم، ۱۳۸۸.

۱۵- (زرگوش نسب، عبد الجبار- غیبی، سیده معصومه): بررسی فقهی جرم سیاسی بغی و نقش توبه در تخفیف مجازات آن، مجله معرفت سیاسی، شماره اول، ۱۳۹۱.

۱۶- (طاهری، حبیب الله): نقش توبه در اسقاط حدود، مجله پژوهش های فقهی، شماره دوم،

مطالعه‌ی تطبیقی جرایم سایبری در ایران و حقوق بین‌الملل

بیثا دشتی^۱

دکتر مریم افشاری^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۸/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۹/۱۱

چکیده

هرگونه تغییر و تحول در دنیای کنونی، خواه ناخواه آثار و پیامدهایی به همراه خواهد داشت. به گونه‌ای که با اختراع وسیله‌ای جدید همواره امکان سوء استفاده از آن‌ها وجود دارد. در این راستا علم حقوق هر آن‌چه را که کوچک‌ترین خدشه‌ای به این توازن وارد نماید، تحت پوشش قرار داده و در رفع یا پیشگیری از آثار نامطلوب سعی می‌نماید. فضای سایبر نیز از این قاعده مستثنی نبوده و آثاری به صورت مثبت و منفی در زندگی بشر وارد نموده است که ضرورت مطالعه‌ی آن را انکارناپذیر می‌نمایاند. متعاقب این کار با این امر سیاستگذاران جنایی، حقوقدانان و جرم‌شناسان به این فضا ورود پیدا کرده و با تعریف جرایم سایبری، پیش‌بینی مجازات‌های متناسب با آن و ارائه و انجام تدابیر امنیتی و پیشگیرانه نسبت به مخاطرات این فضا و آموزش و آگاه‌سازی افراد از پیامدهای مخرب فضای سایبر، وظایف اساسی خود را در این زمینه انجام می‌دهند که بررسی کیفیت و ابعاد این کارکرد امری ضروری است. در این مقاله ماهیت فضای سایبر و ابزارهای ارتباطی، تعریف، تاریخچه، ویژگی و طبقه‌بندی آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. خطرات احتمالی و جهانی شدن مقابله با جرایم سایبری از نکاتی بود که به عنوان نتیجه بحث مطرح شد. همچنین پیشنهاداتی به عنوان مدل مورد استفاده برای سیاست‌گذاران جنایی کشور جهت مقابله و پیشگیری

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد دانشکده‌ی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد دماوند (نویسنده-مسئول)

bita_dashti@yahoo.com

^۲ دانشیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد دماوند - afshari2005m@yahoo.com

از جرایم سایبری ارائه شده که امید است مورد توجه حقوقدانان، جرم شناسان و کاربران عزیز قرار گیرد.

کلیدواژگان: رایانه، جرایم سایبری، اطلاعات رایانه‌ای، حقوق بین‌الملل، حقوق ایران

مقدمه

بی تردید هر کاری ابزاری می خواهد و ابزار تحقق یک جامعه ی مدرن، فناوری اطلاعات و ارتباطات است. هدف از اختراع رایانه، تسریع و تسهیل پردازش اطلاعات بود که به خوبی به ثمر نشست و مخابرات نیز به عنوان مهم ترین ابزار ارتباطی، در نشر این اطلاعات پردازش شده نقش به سزایی ایفا کرده است. از حدود نیم قرن اخیر، به تدریج با کشف قابلیت های شگرف ناشی از تلفیق این دو فناوری، انقلابی در عرصه ی فناوری اطلاعات و ارتباطات رقم خورد. اوج این انقلاب را می توان در ظهور شبکه های اطلاع رسانی رایانه ای جهانی دانست که از دهه نود میلادی به بعد، تحولی بنیادین را در این حوزه رقم زده اند. این شبکه ها که خود از بسیاری سیستم های رایانه ای متصل به یکدیگر تشکیل شده اند، به مدد فناوری های پیشرفته مخابراتی با یکدیگر ارتباط برقرار کرده و فضایی با ویژگی های کاملاً متمایز از دنیای فیزیکی به وجود آورده اند که عده ای آن را فضای مجازی^۱ نامیده اند و عده ای هم عنوان فضای سایبر^۲ را برای آن برگزیده اند.^۳ فضای سایبری علاوه بر امکاناتی که برای رشد و توسعه در اختیار بشر قرار داده، فرصت هایی نیز برای مجرمان ایجاد کرده است. از این روست که امروزه سخن از وجه سیاه اینترنت به میان می آید از جمله ویژگی های این فضا آن است که مجرمان می توانند راحت تر مرتکب جرم شده و جرایم بیشتری مرتکب شوند و آماج مجرمانه متکثرتری را هدف بگیرند. این ویژگی های فضای سایبری باعث شده است که مقرراتی در خصوص پاسخ دهی کیفری برای مجرمان چه در حقوق ایران و چه در حقوق بین الملل وضع شود و این مقاله درصدد این است که بتواند به سوالات زیر پاسخ دهد.

جرایم سایبری در ایران و حقوق بین الملل از منظر حقوقی چگونه مطابقت دارند؟

قدرت بازدارندگی مجازات های کنونی نسبت به جرایم سایبری به چه صورتی می باشد؟

جرایم سایبری در چه فضاهایی قابل اعمال است؟

¹ Virtual Space

² Cyber Space

^۳ اصطلاح فضای سایبر، برای اولین بار در سال ۱۹۸۲ در یک داستان علمی-تخیلی به کار رفت و در سال ۱۹۹۰ پروفیسور جان پری بارلو به هنگام صحبت در یک کنفرانس آنلاین، از آن استفاده کرد و آن را بر سر زبان ها انداخت.

این مقاله براساس روش توصیفی_تحلیلی نوشته شده است که پس از بررسی و واکاوی قانون جرایم رایانه‌ای ایران و کنوانسیون بین‌المللی جرایم سایبری، به توصیف و تحلیل جرایم سایبری در حقوق ایران و حقوق بین‌الملل پرداخته شده و لازم به ذکر است که در تنظیم پژوهش پیش رو از روش اسنادی و کتابخانه‌ای استفاده شده است.

یافته‌های تحقیق

تعریف جرم سایبری

اولین مشکل در ارائه‌ی تعریف، ماهیت جرم سایبری است. در مورد تعریف و ماهیت جرایم، الگوی یکسانی مورد تبعیت قرار نگرفته است (زندى، ۱۳۸۹: ۱۵). برای درک مفهوم جرم سایبر و تفاوت آن با سایر جرایم رایانه‌ای، درک تعریف محیط سایبر و ویژگی‌های آن ضروری است. سایبر از لحاظ لغوی در فرهنگ‌های مختلف به معنی مجازی و غیر ملموس است. بدون وجود تعریفی از جرم سایبر در فرهنگ‌لغت‌ها، قانون‌گذاران و مجریان قانون در سراسر جهان جرم سایبر را درک کرده‌اند. وقتی آن را می‌بینند، می‌شناسند. انتشار ویروس‌ها و کرم‌های رایانه‌ای، انجام حملات الکترونیکی و به‌طور کلی هرگونه فعالیتی که سبب ایجاد اختلال در شبکه‌های رایانه‌ای و امور مبتنی بر آن شود، جرایم سایبری نامیده می‌شوند. جرایم سایبری را در معنی جامع می‌توان به هرگونه فعالیتی که به‌منظور انجام تبهکاری در شبکه‌های رایانه‌ای به‌خدمت می‌گیرد، اطلاق نمود. بر اساس تعریف فوق اقداماتی چون حمله‌ی الکترونیکی به زیرساخت‌های حیاتی و ملی کشورها، کلاهبرداری، پولشویی الکترونیکی، استفاده جنایتکارانه از اینترنت، جعل آی‌دی^۱ و حتی استفاده از رایانه و مفاهیم فناوری اطلاعات در جریان جنایات غیر سایبری مصداق‌هایی از جرایم سایبری است. در کل می‌توان گفت که جرم سایبری زیرمجموعه جرم رایانه‌ای است (حسینی خواه، ۱۳۹۰: ۲۳).

^۱ ID

ویژگی های جرایم سایبری

۱- جرایم کلاسیک با توصیف سایبری

۱-۲-۱ جرایمی در این دسته قرار می گیرند که جرایم سنتی تلقی می شوند؛ اما در حال حاضر به علت پیشرفت فناوری، با وسایل طبقه بندی جرایم سایبری جرایم سایبری را در چهار دسته یا طبقه ی کلی می توان جای داد. از جمله این جرایم می توان به کلاهبرداری سایبری، جعل سایبری، تخریب سایبری، جاسوسی سایبری و... اشاره نمود.

جرایم علیه محرمانه بودن داده ها و سیستم ها

هر نمادی از موضوع ها، مفاهیم یا دستورالعمل ها از جمله متن، صوت یا تصویر را که برای برقراری ارتباط میان سیستم های رایانه ای یا پردازش توسط شخص یا سیستم رایانه ای به کار گرفته شده و به وسیله ی سیستم رایانه ای ایجاد می گردد، داده ی محتوا گویند. از جمله جرایمی که در این دسته جای می گیرند می توان به شنود غیر مجاز داده های مخابراتی در یک ارتباط خصوصی یا داده های سری اشاره کرد که واجد ارزش برای امنیت داخلی و خارجی کشور می باشند.

جرایم علیه صحت و تمامیت داده ها و سیستم ها

تغییر، ایجاد، محو یا متوقف کردن رایانه ای و مخابراتی به قصد تقلب، غیر قابل استفاده کردن، تخریب یا اختلال در داده ها یا امواج الکترو مغناطیسی، ممانعت از دستیابی اشخاص مجاز به داده ها با تغییر رمز ورود و یا رمز نگاری از جمله جرایمی هستند که در این دسته قرار می گیرند.

جرایم مرتبط با محتوا

این دسته جرایمی را تحت شمول خود قرار می‌دهد که در آن‌ها، رایانه به عنوان ابزار و وسیله توسط مجرم برای ارتکاب جرم به کار گرفته می‌شود و صرفاً فناوری اطلاعات، زمینه‌ی ارتکاب آن‌ها را فراهم می‌سازد. برای مثال، انتشار محتویات مستهجن از قبیل نمایش اندام جنسی زن و مرد یا نمایش آمیزش جنسی انسان، تبلیغ یا تحریک یا تشویق به انحرافات جنسی یا خودکشی از طریق سیستم رایانه‌ای یا مخابراتی در این دسته قرار می‌گیرند (سایت www.CyberCrimes.com).

راهکارهای احتمالی در مقابله و پیشگیری از جرایم رایانه‌ای

وظیفه نظام حاکم است که با توجه به روند تحولات جهانی ابزار قانونی و اجرایی لازم را برای مقابله و پیشگیری از جرایم مهیا نماید. تجربه‌ی کشورهایی که حداقل یک دهه از عمر قانون‌گذاری و نهادهای اجرایی مقابله با جرایم رایانه‌ای آن‌ها می‌گذرد بیانگر این امر مهم است که:

- (۱) سعی کرده‌اند تعادلی بین نیازهای جامعه و ضمانت اجرای لازم برای مجریان قانون به وجود آورند.

- (۲) نه تنها سه نهاد اصلی یعنی قانون‌گذار نظام قضایی و پلیس؛ بلکه سازمان‌ها و وزارت‌خانه‌های متعددی دست به دست یکدیگر داده‌اند تا طرح مبارزه با جرایم را از طریق آموزش عمومی و مقابله با مجرمان به اجرا در آورند (فهیمی، ۱۳۸۰: ۱۳۶).

مشکلات مقابله با جرایم سایبری بین‌المللی

اصول صلاحیت کیفری مربوط به مجرمان بین‌المللی

جرایم سایبری فراتر از مرزهای جغرافیایی اتفاق می‌افتد و در نتیجه محل اصلی ارتکاب جرم و کشور آسیب‌دیده ممکن است متفاوت باشند؛ برای مثال اگر شخص (الف) با ملیت فیلیپین،

ویروسی در فیلیپین منتشر کند و این ویروس به شرکتی در ایالات متحده آسیب بزند، این مسئله پیش می آید که این فرد باید طبق قانون کدام کشور مجازات شود.

اصول صلاحیت کیفری اعمال مجرمانه بین المللی به چند دسته اقلیمی، صلاحیت شخصی منفعل، حمایت گرایی و شخصی گرایی تقسیم شده اند؛ براساس مثال بالا به شرح هر کدام از این اصول پرداخته شده است.

اصل اقلیمی

این اصل به معنی اعمال قانون ملی به تمام جرایم مرتکب شده در قلمروی یک کشور صرف نظر از ملیت مجرمان گفته می شود. با توجه به این اصل وقتی فرد (الف) در فیلیپین مرتکب جرمی می شود برای مجازات این شخص باید قانون کشور فیلیپین اعمال شود با این حال براساس اصل حضور همه جانبه اگر این جرم در آمریکا هم اتفاق افتاده باشد چه بسا اجرای قانون در اختیار و صلاحیت این کشور باشد اگر فیلیپین هیچ قانونی برای مجازات این جرم نداشته باشد پس در نتیجه این عمل در فیلیپین جرم محسوب نمی شود. در نتیجه می توان گفت حوزه ی قضایی این جرم به فیلیپین محدود نمی شود.

اصل صلاحیت شخصی

اصل صلاحیت شخصی فعال صرف نشر از محل ارتکاب جرم به اعمال قانون کشور فرد مجرم اطلاق می شود براساس این اصل اگر چه جرم شخص (الف) در آمریکا صورت گرفته باشد و خود فرد دارای ملیت فیلیپینی باشد فقط فیلیپین صلاحیت رسیدگی به این جرم را دارد نه آمریکا. در صورتی که فیلیپین هیچ قانونی برای رسیدگی به این جرم نداشته باشد این عمل جرم محسوب نشده و به اصل مشروعیت ارجاع داده می شود.

اصل صلاحیت شخصی منفعل

این اصل می‌گوید که دادگاه کشور قربانی صلاحیت رسیدگی به این جرم را دارد؛ با توجه به این اصل کشور قربانی، همان آمریکا است که دارای صلاحیت داوری است نه فیلیپین. با این حال این اصل در سطح بین‌المللی مورد استفاده قرار نگرفته و هیچ معاهده‌ای براساس آن وجود ندارد. حمایت‌گرایی

سیستم حمایت‌گرایی به این معنی است که صرف‌نظر از کشوری که مرتکب جرم شده و کشور قربانی قانون، کشور مورد نظر به هر کدام از اعمال مجرمانه که حقوق آن کشور را نقض کرده است اعمال شود؛ براساس این اصل شرکتی که در آمریکا است و اقدام مجرمانه (الف) باعث به خطر افتادن حقوق آن شده است، به حوزه‌ی قضایی فدرال مربوط می‌شود؛ با این حال جرایم مربوط به ملی، تحت قانون هر دو کشور قرار می‌گیرند که حوزه‌ی قضایی فدرال در پشتیبانی و حمایت از آن‌ها مختار است.

جهان‌گرایی

جهان‌گرایی، استفاده از کشور برای یک عمل خاص مجرمانه (دزدی دریایی، جنگ و...) صرف‌نظر از کشور محل وقوع جرم و جنایت و مجرم و قربانی است؛ در این حالت اعمال مجرمانه معین در چهارچوب جهانی‌گرایی شامل دزدی دریایی و جنگ، جرم علیه بشریت است که توسط عوامل بین‌المللی تشخیص داده می‌شود؛ بنابراین براساس این قانون، آمریکا سازوکار رسیدگی به این جرایم را ندارد.

قطعنامه‌های اتحادیه‌ی بین‌المللی ارتباطات

اتحادیه‌ی بین‌المللی ارتباطات چندین قطعنامه مرتبط با موضوع جرایم سایبری را در حالی صادر نموده است که مستقیماً و با مقررات و قوانین کیفری مشخص به مسئله نمی‌پردازند. از جمله مهم‌ترین این قطعنامه عبارتند از:

- قطعنامه ی شماره ی ۱۳۰، صادره در کنفرانس مستقل اتحادیه در گوادالاجارای مکزیک در سال ۲۰۱۰ با موضوع تقویت نقش اتحادیه ی بین المللی ارتباطات در ایجاد اطمینان و امنیت در استفاده از فناوری های ارتباطاتی و اطلاعاتی.

توضیح این که وظیفه ی اتحادیه در ایجاد ظرفیت های لازم، در کنفرانسی که در سال ۲۰۱۰ در گوادالاجارا در مکزیک برگزار و به صدور قطعنامه شماره ی ۱۳۰ منجر شد، مورد تأکید قرار گرفت. براساس این قطعنامه، اتحادیه ی بین المللی ارتباطات وظیفه دارد با کشورهای عضو و به ویژه کشورهای در حال توسعه در اتخاذ تدابیر قابل اجرا و مناسب مرتبط با محافظت در برابر تهدیدات سایبری، همکاری و مساعدت نماید. که این همکاری و مساعدت شامل فعالیت های ظرفیت ساز در توسعه و پیشرفت راهبردهای ملی، قوانین و اجرای آنها، ساختارهای سازمانی (به طور مثال هشدار، نظارت و عکس العمل) می باشد (Gercke, 2014: 133). به علاوه اتحادیه ی بین المللی ارتباطات تعدادی کنفرانس منطقه ای را که به طور ویژه به مسئله جرایم سایبری می پردازند را برگزار نمود.^۲

- قطعنامه ی شماره ی ۱۴۹، صادره در کنفرانس مستقل اتحادیه در آنتالیای ترکیه در سال ۲۰۰۶؛ با موضوع بررسی و مطالعه ی تعاریف و ترمینولوژی در حوزه ی ایجاد اطمینان و امنیت در استفاده از فناوری های ارتباطاتی و اطلاعات^۳.

- قطعنامه ی شماره ی ۵۰، صادره در مجمع جهانی استانداردسازی ارتباطات^۴ در سال ۲۰۰۸ در ژوهانسبورگ آفریقای جنوبی^۵ درباره ی امنیت سایبری.

¹ ITU Resolution 130 (Rev. Guadalajara, 2010).

^۲ از جمله: کنفرانس ۲۰۰۹ سانتا دوینگو نوامبر سال - ۲۰۰۹، جمهوری دومینیک؛ کنفرانس ۲۰۰۹ حیدرآباد نوامبر - ۲۰۰۹، هند؛ کنفرانس ۲۰۰۹ تونس ژوئن - ۲۰۰۹، تونس؛ کنفرانس ۲۰۰۹ ژنو می - ۲۰۰۹، ژنو.

³ Resolution 149 (Antalya, 2006) – Study of definitions and terminology relating to building confidence and security in the use of information and communication technologies.

⁴ World Telecommunication Standardization Assembly

⁵ ITU Resoulution 50 (Johannesburg, 2008).

- قطعنامه‌ی شماره‌ی ۵۲، صادره در مجمع جهانی استانداردسازی ارتباطات در سال ۲۰۰۸ در ژوهانسبورگ آفریقای جنوبی؛ با موضوع مواجهه و مبارزه با هرزنامه‌ها.^۱
- قطعنامه‌ی شماره‌ی ۵۸، صادره در مجمع جهانی استانداردسازی ارتباطات در سال ۲۰۰۸ در ژوهانسبورگ آفریقای جنوبی؛ در مورد تشویق کشورها به ویژه کشورهای در حال توسعه به تشکیل گروه‌های عکس‌العمل سریع رایانه‌ای.^۲
- قطعنامه‌ی شماره‌ی ۴۵، صادره در کنفرانس توسعه‌ی جهانی ارتباطات^۳ در سال ۲۰۰۶ در دوحه قطر؛ راجع به سازوکارهای افزایش همکاری در امنیت سایبری شامل مبارزه با هرزنامه‌ها.^۴
- علاوه بر این از حیث همکاری‌های دوجانبه در سال ۲۰۱۱ اتحادیه‌ی بین‌المللی ارتباطات تفاهم‌نامه‌ای را در زمینه‌ی جرایم سایبری با «اداره مبارزه با مواد مخدر و جرایم» سازمان ملل متحد امضاء نمود. این تفاهم‌نامه راجع به همکاری (به ویژه در حوزه‌ی ظرفیت‌سازی و ارائه‌ی مساعدت-های فنی به کشورهای در حال توسعه) و برگزاری کارگاه‌های آموزشی مشترک می‌باشد. همچنین این دو سازمان بر تبادل متقابل و مشترک تحلیل اطلاعات، علوم و داده‌ها توافق نمودند (Ibid, p: 121).

شورای اروپا

شورای اروپا^۵ که در سال ۱۹۴۹ تأسیس شد و مقر آن در استراسبورگ می‌باشد، نقش بسیار فعالی را در زمینه پرداختن به مسائل و چالش‌های جرایم سایبری ایفا می‌نماید. این شورا سازمانی بین‌المللی با ۴۷ کشور عضو در ناحیه اروپا است. شورای اروپا سازمانی معجزا است. در سال ۱۹۷۹

¹ ITU- WTS Resolution 52- Countering and combating spam

² ITU Resolution 58 (Johannesburg, 2008)

³ World Telecommunication Development Conference

⁴ ITU Resolution 45 (Doha, 2006)

⁵ Council of Europe

شورای اروپا در کنفرانسی که راجع به «جنبه‌های جرایم اقتصادی» برگزار شده بود، ماهیت بین-المللی جرایم رایانه‌ای را مورد توجه قرار داد.^۱ در سال ۱۹۸۵، شورای اروپا کمیته‌ای تخصصی را^۲ برای بحث در مورد جنبه‌های قانونی و حقوقی جرایم رایانه‌ای تعیین نمود (کنفرانس سازمان ملل در تجارت و توسعه، ۲۰۰۵: ۲۳۳). در سال ۱۹۸۹، «کمیته ی اروپایی بررسی مشکلات جرایم»^۳، گزارشی در مورد جرایم رایانه‌ای که مقررات حقوقی کیفری ماهوی ضروری در راستای مبارزه با اشکال جدید جرایم الکترونیکی - شامل کلاهبرداری و جعل رایانه‌ای - تجزیه و تحلیل نموده بود را منتشر کرد. همچنین «کمیته وزیران شورا»^۴، در سال ۱۹۸۹ توصیه نامه ی شماره ۹(۸۹) را که مشخصاً به ماهیت بین‌المللی جرایم رایانه‌ای می‌پرداخت را صادر نمود.^۵ به موجب این توصیه‌نامه: «کمیته ی وزیران وفق مفاد بند ب از ماده ی ۱۵ اساسنامه ی شورای اروپا، با در نظر گرفتن این که هدف شورا دستیابی به یکپارچگی بیشتر بین اعضایش می‌باشد اهمیت نشان‌دادن عکس‌العمل مناسب و سریع به چالش‌های نوین جرایم مرتبط با رایانه (توجه به این که جرایم رایانه‌ای اغلب خصوصیتی فرامرزی دارند)، آگاه بودن از نیاز برای یکسان‌سازی و هماهنگی بیشتر قوانین و رویه‌ها و همچنین بهبود همکاری‌های حقوقی بین‌المللی را مورد شناسایی قرار می‌دهد و به دول عضو توصیه می‌نماید:

^۱ دوازدهمین کنفرانس مدیران موسسات تحقیقاتی جرم‌شناسی: جنبه‌های جرم شناختی جرایم اقتصادی در استراسبورگ، ۱۹۷۶.

^۲ کمیته متخصصان شامل ۱۵ عضو به علاوه ناظرانی از ژاپن، کانادا، ایالات متحده، سازمان ملل متحد، سازمان توسعه و همکاری‌های اقتصادی و جامعه اقتصادی اروپا می‌باشد.

^۳ European Committee on Crime Problems

^۴ Committee of Ministers

^۵ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (89) 9 (1989)

توصیه‌نامه ی شماره ۹(۸۹)، صادر شده توسط کمیته وزرا در ۱۳ سپتامبر ۱۹۸۹ در چهارصد و بیست و هشتمین نشست وزرا؛ با موضوع جرایم مرتبط با رایانه.

۱- به هنگام بازبینی قوانین و مقررات با وضع قوانین جدید خود، گزارش «کمیته‌ی اروپایی بررسی مشکلات جرایم» در مورد جرایم مرتبط با رایانه، و به ویژه خطوط راهنمای قانونگذاری‌های ملی را مد نظر قرار دهند؛ و

۲- از هرگونه پیشرفت در قانونگذاری‌ها، رویه‌های قضایی و تجربه‌های همکاری حقوقی بین-المللی خود در ارتباط با جرایم رایانه‌ای گزارش جامعی تهیه و به دبیرکل شورای اروپا ارائه نمایند (Gercke, 2014: 134).

علاوه بر توصیه‌نامه‌ی مذکور «کمیته‌ی وزیران شورای اروپا» توصیه‌نامه‌های مرتبط دیگری را نیز صادر نموده است. از جمله: توصیه‌نامه‌های شماره (۸۵) ۱۰ راجع به قطع ارتباطات^۱، توصیه‌نامه شماره (۸۷) ۱۵ راجع به تنظیم و قاعده‌مند نمودن استفاده از داده‌های شخصی در بخش‌های انتظامی^۲ و توصیه‌نامه‌ی شماره (۹۵) ۴ راجع به حمایت از داده‌های شخصی در حوزه‌ی خدمات ارتباطی^۳. در سال ۱۹۹۵ نیز این کمیته توصیه‌نامه‌ی دیگری را در مورد مشکلات ناشی از جرایم رایانه‌ای

¹ Council of Europe, Ccommittee of Ministers, Recommendation No. R (85) 10 (1985).
توصیه‌نامه‌ی شماره (۸۵) ۱۰ صادر شده توسط کمیته‌ی وزیران در ۲۸ ژوئن ۱۹۸۵ در سیصد و هشتاد و هفتمین نشست وزرا؛ با موضوع اجرای عملی کنوانسیون اروپا راجع به همکاری‌های متقابل در موضوعات کیفری راجع به قطع ارتباطات.

توصیه‌نامه‌ی شماره (۸۷) ۱۵ صادره در ۱۷ سپتامبر ۱۹۸۷ در چهارصد و دهمین نشست وزیران؛ با موضوع قاعده‌مند-سازی استفاده از داده‌های شخصی در بخش‌های انتظامی.

² Council of Europe, Ccommittee of Ministers, Recommendation No. R (87) 15 (1987).

³ Council of Europe, Ccommittee of Ministers, Recommendation No. R (95) 4 (1995).

توصیه‌نامه‌ی شماره (۹۵) ۴ صادره در ۷ فوریه ۱۹۹۵ در پانصد و بیست و هشتمین نشست وزیران؛ با موضوع حمایت از داده‌های شخصی در زمینه‌ی خدمات ارتباطی به ویژه خدمات تلفنی.

فراملی صادر نمود^۱ که خطوط راهنما برای نگارش قوانین مورد نیاز در ضمیمه این توصیه نامه به طور خلاصه آورده شده است.^۲

کنوانسیون جرایم سایبری شورای اروپا و پروتکل الحاقی آن

« کمیته ی اروپایی بررسی مشکلات جرایم»^۳، در سال ۱۹۹۶ تصمیم به ایجاد کمیته ای متشکل از متخصصین امر برای مقابله با جرایم سایبری گرفت^۴. در واقع ایده ی اولیه حرکت ورای اصول موجود برای صدور توصیه نامه های دیگر و البته مهم تر از آن پیش نویس نمودن یک کنوانسیون، در زمان تشکیل کمیته ی تخصصی بین سال های ۱۹۹۷ و ۲۰۰۰ شکل گرفت (گزارش تفصیلی از کنوانسیون جرایم سایبری (۱۸۵)، شماره ۱۰). طی این سال ها کمیته مذکور ۱۰ نشست عمومی و ۱۵ نشست با حضور گروه تدوین کننده کنوانسیون برگزار نمود. مجمع شورای اروپا در دومین بخش از نشست های عمومی خود در آپریل سال ۲۰۰۱ پیش نویس کنوانسیون را پذیرفت و متن نهایی کنوانسیون برای تأیید به « کمیته اروپایی بررسی مشکلات جرایم» ارسال گردید و پس از آن متن نهایی کنوانسیون برای تصویب و امضا به کمیته وزیران شورا تسلیم شد. این کنوانسیون برای امضای کشورها در مراسمی با عنوان «مراسم امضاء» در بوداپست مجارستان در ۲۳ نوامبر سال ۲۰۰۱ باز اعلام گردید، که در طول مراسم ۳۰ کشور (از جمله ۴ کشور غیر عضو شورای اروپا یعنی کانادا، ایالات متحده، ژاپن و آفریقای جنوبی که در مذاکرات شرکت کرده بودند) کنوانسیون را امضا نمودند. کنوانسیون جرایم رایانه ای بوداپست در سال ۲۰۰۴ لازم الاجرا گردید و امروزه به عنوان یک سند بین المللی بسیار مهم و تنها سند بین المللی الزام آور برای دول عضو در مبارزه با جرایم سایبری، شناسایی و توسط سازمان های بین المللی متفاوتی حمایت می شود. بدین صورت که اینترنت

¹ Council of Europe, Ccommittee of Ministers, Recommendation No. R (95) 13 (1989)

توصیه نامه ی شماره ۱۳(۹۵) صادر شده توسط کمیته ی وزیران در ۱۳ سپتامبر ۱۹۸۹ در پانصد و چهل و سومین نشست وزیران؛ با موضوع مشکلات آیین دادرسی کیفری مرتبط با فناوری اطلاعات.

^۲ «خطوط راهنما» مذکور با ابزارهای پیگیری (برای مثال جستجو و توقیف) و ادله الکترونیک و همکاری های بین المللی سر و کار دارد.

³ The European Committee on Crime Problems

^۴ رأی شماره ۱۰۳ / ۲۱۱۱۹۶ کمیته ی مشکلات جرایم اروپا.

بر اهمیت کنوانسیون جرایم سایبری در بیانیه‌ی ششمین کنفرانس بین‌المللی در مورد جرایم سایبری که در قاهره مصر برگزار گردید، بدین شرح تاکید کرده است: «کنوانسیون جرایم سایبری شورای اروپا باید به کمیته‌ی تدوین قوانین بین‌المللی پیشنهاد گردد و به عنوان استاندارد و معیار در جهت مبارزه با جرایم سایبری در نظر گرفته شود و کشورها باید برای پیوستن به آن تشویق شوند. و این که این کنوانسیون باید بین تمامی کشورهای عضو اینترپل در چهار زبان رسمی توزیع گردد»^۱؛ یا «اجلاس جهانی جامعه‌اطلاعاتی» در دستور جلسه خود در اجلاس سال ۲۰۰۵ که در تونس برگزار شد بیان داشت: «ما از کشورها در همکاری با یکدیگر برای توسعه‌ی قانونگذاری‌های مورد نیاز با هدف پیگیری و تعقیب جرایم سایبری دعوت می‌کنیم، تا با ملاحظه به چهارچوب‌های موجود، برای مثال، قطعنامه‌های شماره ۵۵/۶۳ و ۵۶/۱۲۱ مجمع عمومی سازمان ملل متحد راجع به مبارزه با جرایم سوء استفاده از فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات، و ابتکارات منطقه‌ای شامل (نه محدود به) کنوانسیون جرایم سایبری شورای اروپا اقدام نمایند^۲؛ یا این که سازمان همکاری اقتصادی آسیا - اقیانوسیه برای مطالعه‌ی جرایم سایبری از اقتصاددانان دعوت به عمل آورده است» (دستورات مورد بحث امنیت سایبری جهانی، ۲۰۰۸: ۱۸). سازمان همکاری کشورهای آمریکایی نیز از کشورهای عضو برای ارزیابی کنوانسیون به هنگام وضع قوانین مربوط، دعوت به عمل آورده است (همان، ص ۱۹).

همچنین در نوامبر سال ۲۰۰۲، پروتکل الحاقی به کنوانسیون جرایم سایبری تدوین و آماده امضا گردید^۳. در طول مذاکرات در خصوص متن کنوانسیون مشخص شد که جرم‌انگاری جرایمی مانند نژادپرستی و انتشار محصولات بیگانه‌ستیزی مسئله‌ی بحث برانگیزی بوده است^۴، چرا که برخی

^۱ http://www.interpol.com/Public/TechnologyCrime/Conferences/6thIntConf/Resolution_Asp (visited on 11.5.1394).

^۲ http://ec.europa.eu/information_society/activities/internationalrel/docs/wsis/tunis_agenda.pdf (visited on 11.5.1394).

^۳ پروتکل الحاقی به کنوانسیون جرایم سایبری در خصوص جرم‌انگاری اعمال نژادپرستی و موضوعات بیگانه‌ستیزی ارتکاب یافته از طریق رایانه. ETS شماره ۱۸۹.

^۴ گزارش تبیینی پروتکل الحاقی به کنوانسیون جرایم سایبری اروپا، شماره ۴ کمیته‌ی نگارنده کنوانسیون احتمال.

کشورها که حمایت شدیدی از اصل آزادی بیان داشتند نگرانی خود را در خصوص این که اگر مقررات ناقص این اصل در کنوانسیون باشد آن را امضا نخواهند کرد، بیان نمودند (کنفرانس تجارت و توسعه ی سازمان ملل، ۲۰۰۵: ۲۳۴). در چهارمین نسخه پیش نویس، از سال ۱۹۹۸ کنوانسیون همچنان شامل مقرره ای بود که طرفین را ملزم می ساخت موضوع محتوای مجرمانه به ویژه در خصوص هزینه نگاری کودکان و دشمنی های نژادپرستانه^۱ را جرم انگاری نماید و به جهت اجتناب از وقوع شرایطی که مانع از امضای سایر کشورها به دلائل مرتبط با آزادی بیان گردد، موضوعات این چینی در طول روند نگارش از کنوانسیون حذف و در پروتکل دیگری گنجانده شدند. به هر حال پروتکل مذکور در ژانویه سال ۲۰۰۳ برای امضا گشوده شد و در مارچ ۲۰۰۶ لازم الاجرا گردید. همچنین تا آغاز سال ۲۰۱۵، ۲۲ کشور آن را تصویب و ۱۳ کشور آن را بدون تصویب امضاء نمودند (Gercke, 2012: 26).

کنوانسیون جرایم سایبری شورای اروپا دارای ۴ فصل است که فصل اول آن راجع به تعریف واژه های تخصصی، فصل دوم آن در مورد حقوق کیفری ماهوی (انواع جرایم رایانه ای) و حقوق کیفری شکلی (آئین دادرسی کیفری) می باشد. در فصل سوم به همکاری های بین المللی اشاره شده و فصل چهارم کنوانسیون راجع به مقررات مربوط به امضا، لازم الاجرا شدن و الحاق به کنوانسیون می باشد. در مقدمه کنوانسیون آمده است:

«دولت های امضاکننده این کنوانسیون با هدف دستیابی به اتحاد فراگیر میان اعضا و یا اعتقاد به ضرورت اتخاذ سیاست های جنایی عمومی در حمایت از جامعه در برابر جرایم سایبری، به تصویب قوانین مناسب و گسترش همکاری های بین المللی اقدام کرده و با آگاهی از تحولات شگرفی که در اثر همگرایی و تداوم روند جهانی شدن شبکه های رایانه ای و داده های الکترونیکی به منظور ارتکاب جرایم و با احساس نیاز به همکاری بین دولت ها و بخش های خصوصی در زمینه مبارزه با جرایم سایبری و حمایت از منافع مشروع در توسعه ی فناوری اطلاعات در راستای تصویب قوانین

^۱ ماده ۳ چهارمین پیش نویس کنوانسیون

یکپارچه و یکسان در این زمینه گام بر می‌دارند». این کنوانسیون توصیه می‌نماید دولت‌های امضا-کننده از طرق مختلف و ممکن در موارد لزوم بخصوص در مسایل مربوط به ارائه ادله جرم و اعلام دقیق محل وقوع آن با یکدیگر مساعدت نمایند. همچنین در این سند هماهنگ‌سازی بین حقوق کیفری داخلی و مقررات یکپارچه بین‌المللی در خصوص عناصر تشکیل‌دهنده جرایم سایبری به چشم می‌خورد.

محتوای کنوانسیون در ۴ بخش و ۴۸ ماده دسته‌بندی شده‌اند که عبارتند از:

۱. استفاده از اصطلاحات؛

۲. اقدامات داخلی کشورها (که در ۳ بخش قوانین ماهوی، قانون آئین دادرسی کیفری و

صلاحیت آمده است)؛

۳. همکاری بین‌المللی؛

۴. مقررات نهایی^۱

اهداف کنوانسیون بوداپست نیز شامل موارد ذیل ذکر شده‌اند:

الف - هماهنگی ارکان تشکیل‌دهنده جرم در حقوق جزای ماهوی داخلی کشورها و مسایل

مربوط به بخش جرایم فضای سایبری؛

ب- فراهم آوردن اختیارات لازم آئین دادرسی کیفری داخلی برای پیگیری و تعقیب جرایمی

که با استفاده از سیستم‌های رایانه‌ای انجام می‌شود با مدارک مرتبط با جرم به شکل الکترونیکی

است؛

ج- تدوین سیستم سریع و موثر برای همکاری‌های بین‌المللی (باقری اصل، ۱۳۸۴: ۷)

کنوانسیون بوداپست

کنوانسیون بوداپست به نام «پیمان جرایم اینترنتی بین‌المللی» نیز معروف است و اولین پیمان

بین‌المللی ایجاد شده برای مقابله با جرایم اینترنتی است که حدود ۴۰ کشور مختلف در کنفرانس

بین‌المللی بوداپست با موضوعیت جرائم اینترنتی در ۲۳ نوامبر ۲۰۰۱ در مجارستان آن را امضاء

¹ Council of Europe, Convention on Cybercrime, Budapest 23.11.2001

کردند که از آن پس این پیمان به نام پیمان بوداپست معروف شد. این پیمان شامل تعاریف دقیق برای همه نوع از جرایم اینترنتی است و کیفر مربوط به هر کدام نیز مشخص شده است. در این پیمان سیستم کامپیوتری دسترسی غیرقانونی به اطلاعات، نقض قانون مالکیت معنوی تولید و پخش ویروس کامپیوتری و ترویج پورنوگرافی کودکان به عنوان یک عمل مجرمانه تعریف شده است و کشورها را موظف به الحاق به این قانون و ممنوعیت این گونه جرم‌ها در قوانین داخلی خود می‌سازد. همه کشورهایی که این پیمان را امضاء کرده‌اند قانون و مقررات یکسانی برای کنترل جرایم اینترنتی داشته و جهت همکاری بین المللی یک خط تلفن استاندارد برای این بخش فراهم کرده‌اند. دستاورد این پیمان این است که تغییراتی عملی یا بهتر بگوییم انقلابی در قانونگذاری جرایم اینترنتی ایجاد کرده است. شورای اروپا در حدود ۲۰۰۶ پروژه‌ای جهانی در مورد جرایم اینترنتی راه‌اندازی کرد که به منظور تقویت ثبات داخلی بر اساس پیمان بوداپست طراحی شده بود. انقلاب قانونی و نهادی در مورد جرائم اینترنتی به حدود ۱۲۰ کشور مختلف توصیه شد؛ تحت تأثیر این فرایند مجمع عمومی سازمان ملل متحد، پیمان بوداپست را به عنوان پایه‌ای برای توسعه قانون و نهادی برای تحقیق و تعقیب جرایم اینترنتی ذکر کرده است و الحاق به آن را به تمام کشورهای جهان پیشنهاد کرد. سازمان ملل متحد نقش پیشگام در استانداردسازی پیمان بوداپست و مدیریت بهبود آن را بر عهده داشته است.

کنوانسیون حمایت از کودکان در برابر سواستفاده و بهره‌کشی جنسی

شورای اروپا در راستای رویکرد خود با هدف بهبود حمایت از اطفال در برابر سواستفاده جنسی، کنوانسیون جدیدی را در سال ۲۰۰۷ تدوین نمود^۱. یکی از اهداف کلیدی کنوانسیون، یکسان‌سازی آن دسته از مقررات قوانین کیفری است که در مورد حمایت از کودکان در برابر سواستفاده‌های جنسی می‌باشند و برای رسیدن به این هدف، کنوانسیون مجموعه‌ای از قوانین کیفری را پیش‌بینی نموده است. جدا از جرم‌انگاری سواستفاده جنسی از کودکان (ماده ۱۸)، کنوانسیون در بردارنده ی

¹ Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (2007)

ماده‌ای در خصوص جرم دانستن تبادل هرزه‌نگاری کودکان (ماده ۲۰) و همچنین درخواست از کودکان برای مقاصد جنسی (ماده ۲۳) می‌باشد (Gercke, 2009: 95).

- در بند یک از ماده ۲۰ کنوانسیون آمده است: هر کشور عضو می‌بایست هرگونه اقدام لازمی (از جمله قانونگذاری یا سایر اقدامات) را به منظور تضمین این که اقدامات عمدی زیر در صورت ارتکاب، جرم شناخته خواهند شد را اتخاذ نماید:

الف - تولید محصولات هرزه‌نگاری کودکان؛

ب- سفارش یا قابل دسترسی نمودن محصولات هرزه‌نگاری کودکان؛

ج- انتشار یا تجارت محصولات هرزه‌نگاری کودکان؛

د- تأمین محصولات هرزه‌نگاری کودکان؛

ه - در اختیار داشتن محصولات هرزه‌نگاری کودکان؛ و

ی - دستیابی آگاهانه به محصولات هرزه‌نگاری کودکان از طریق فناوری‌های ارتباطاتی و

اطلاعاتی^۱

- ماده ی ۲۳: هر کشور عضو باید هرگونه اقدام لازمی (از جمله قانونگذاری یا سایر اقدامات) را به منظور جرم‌انگاری درخواست عمدی - از طریق فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی - از یک فرد بالغ برای ملاقات با کودکی که به سن مندرج در بند ۲ ماده ۱۸ این کنوانسیون نرسیده است و به منظور ارتکاب هریک از جرایم مذکور در قسمت الف بند یک ماده ۱۸ یا بند یک ماده ۲۰ علیه وی انجام می‌گیرد را صورت دهد.

روند تدوین قانون جرایم رایانه‌ای در ایران

با توجه به پیشرفت سریع رایانه و کاربردهای متعدد و متنوع در بخش‌های مختلف امکان سواستفاده از این صنعت و عدم پاسخگویی قوانین مرسوم کیفری به مسائل جرم رایانه‌ای، در جریان بازنگری بخشی از قانون مجازات اسلامی، (تعزیرات) هیات محترم وزیران مقرر ساخت تا در

¹ Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (2007), Art 20 and 23.

خصوص جرایم رایانه‌ای نیز بررسی‌های لازم صورت گرفته و چنانچه پیشنهادهای مشخصی وجود دارد به متن لایحه‌ی جدید تعزیرات افزوده شود. دو متن پیشنهاد گردید، یکی توسط دبیرخانه شورای عالی انفورماتیک و دیگری به وسیله‌ی بانک مرکزی که متون پیشنهادی در کمیسیون لوایح دولت بررسی گردید و در نهایت یک لایحه با عنوان «چگونگی برخورد با جرایم رایانه‌ای» در جلسه هیات وزیران مورخ ۱۳۷۳/۶/۶ به تصویب رسید که طبق آن فصلی با ۲ ماده به قانون مجازات اسلامی افزوده می‌شود. متأسفانه این لایحه در مجلس شورای اسلامی به تصویب نرسید. با وجود تلاش متخصصان و حقوقدانان کشور، فصل یا قانونی با این عنوان به قانون مجازات اسلامی افزوده نشد.

تقریباً از اواخر دهه ۷۰ و ابتدای ۱۳۸۰ تدابیر گوناگونی در رده‌های حاکمیتی کشور در خصوص ضرورت مقابله با سواستفاده‌های مجرمانه سایبری اتخاذ شده که مهم‌ترین آن ابلاغیه ۷ ماده‌ای مقام معظم رهبری درباره‌ی شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای در سال ۱۳۸۰ است که می‌توان از آن به عنوان منشور سیاست جنایی ملی جرایم رایانه‌ای یاد کرد. این سیاست‌نامه، علاوه بر جنبه‌های کیفری موضوع، حاوی تدابیر پیشگیرانه و ارزشمندی است که توجه و پایبندی به آن می‌تواند مشکلات این حوزه را تا حد زیادی برطرف کند. در سخنرانی مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۷ نیز رهبر معظم انقلاب در خصوص فضای مجازی چنین ایراد فرمودند: «گسترش فزاینده فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی به ویژه شبکه‌ی جهانی اینترنت و آثار چشمگیر آن در ابعاد زندگی فردی و اجتماعی، و لزوم سرمایه‌گذاری وسیع و هدفمند در جهت بهره‌گیری حداکثری از فرصت‌های ناشی از آن در جهت پیشرفت همه‌جانبه کشور و ارائه خدمات گسترده و مفید به اقشار گوناگون مردم و همچنین ضرورت برنامه‌ریزی و هماهنگی مستمر به منظور صیانت از آسیب‌های ناشی از آن اقتضا می‌کند که نقطه‌ی کانونی متمرکزی برای سیاست‌گذاری، تصمیم‌گیری و هماهنگی در فضای مجازی کشور به وجود آید».

از سال ۱۳۸۱ فعالیت مجدد حوزه‌ی جرایم رایانه‌ای آغاز گردید که به تنظیم پیش‌نویس جرایم رایانه‌ای در شورای عالی توسعه‌ی قضایی قوه‌ی قضاییه منجر شد و نهایت لایحه‌ی جرایم رایانه‌ای

بعد از گذشت ۱۵ سال (از زمان تصویب آن در هیات وزیران آن زمان) توسط شورای عالی توسعه‌ی قضایی تهیه و پیشنهاد گردید که در خردادماه ۱۳۸۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی و مورد تایید شورای نگهبان قرار گرفت.

این قانون (قانون جرایم رایانه‌ای) مشتمل بر سه بخش و پنجاه و چهار ماده است و در بخش یکم این قانون به جرایم و مجازات مقرر در قانون می‌پردازد و در هفت فصل جرایم، به تقسیم‌بندی و در فصل هشتم موارد تشدید مجازات را مطرح می‌کند. فصل یکم با عنوان جرایم، علیه محرمانگی داده‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی دسترسی غیر مجاز، شنود غیر مجاز و جاسوسی رایانه‌ای را از مصادیق این نوع جرم شناخته و حداکثر مجازات این گونه جرایم توسط افراد عادی را بیست میلیون ریال تا شصت میلیون ریال جزای نقدی و از یک تا سه سال حبس در نظر گرفته است. عنصر مادی این گونه جرایم، شبیه جرایم علیه امنیت در فضای واقعی است و فقط ابزار جرم تغییر یافته است.

قانونگذار در فصل دوم و سوم جرایم، علیه صحت و تمامیت داده‌ها و سامانه‌های مخابراتی را عنوان نموده که عنصر مادی این نوع جرایم را می‌توان مانند جرایم علیه اموال و مالکیت دانست. قانونگذار در این فصول، جرایم همچون جعل رایانه‌ای، تخریب و اختلال در سامانه‌های رایانه‌ای و سرقت و کلاهبرداری مرتبط با رایانه را مطرح نموده و حداکثر مجازات را برای جعل رایانه‌ای، حبس از یک تا پنج سال و جزای نقدی از بیست میلیون ریال تا یکصد میلیون ریال در نظر گرفته است. به نظر می‌رسد با توجه به این که جرایم رایانه‌ای مانند سرقت و کلاهبرداری رایانه‌ای ابتدا با جعل یک سایت مشهور شروع می‌شود قانونگذار چنین مجازات سنگینی را نسبت به دیگر جرایم در این بخش در نظر گرفته است.

فصل چهارم قانون، به جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی پرداخته و مصادیق محتویات مستهجن را بیان نموده است. عنصر مادی این جرایم مانند جرایم علیه عفت عمومی و ماده ۶۴۰ قانون مجازات اسلامی می‌باشد. حداکثر مجازات در نظر گرفته شده برای این گونه جرایم، حبس از نود و یک روز تا یکسال و جزای نقدی از پنج میلیون تا بیست میلیون ریال است.

فصل پنجم به مصادیق جرم هتک حیثیت و نشر اکاذیب به وسیله ی سامانه های رایانه ای پرداخته که عنصر مادی این گونه جرایم مانند مواد ۶۹۷ تا ۷۰۰ قانون مجازات اسلامی می باشد.

در فصل ششم مواد ۷۶۷ تا ۷۵۲ قانون مجازات اسلامی، قانونگذار مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی و حقوقی مانند شرکت های ارائه دهنده ی خدمات دسترسی را مشخص نموده و عدم تأمین نظر قانونگذار را جرم تلقی و حتی مجازات جزای نقدی تا یک میلیارد ریال و تعطیلی موقت در نظر گرفته است. از آنجایی که نوع خدمات این گونه شرکت ها نقش به سزایی در کنترل جرایم سایبری دارند و در صورتی که موازین قانونی و اخلاقی را مانند پالایش سایت های غیر اخلاقی، رعایت نمایند خسارات مادی و معنوی زیادی به جامعه وارد خواهد شد؛ قانونگذار چنین ضمانت اجرایی سنگینی را به نسبت سایر جرایم تعیین نموده است. ضمناً در این فصل، قانون کار گروهی را برای بررسی محتوای مجرمانه فضای سایبری تعیین نموده که این کار گروه به ریاست دادستان کل کشور دوبار در ماه تشکیل جلسه می دهد و مصادیق پالایش را رسیدگی می نمایند. این کمیته وظیفه دارد هر شش ماه در خصوص پرونده ی پالایش محتوای مجرمانه گزارشی را به روسای قوای سه گانه و شورای عالی امنیت ملی تقدیم کند.

در فصل هفتم مواردی مانند توزیع و انتشار ویروس، معامله نرم افزار، آموزش تخریب در سامانه های رایانه ای و مجازات حبس از نود و یک روز تا یکسال و جزای نقدی پنج میلیون ریال تا بیست میلیون ریال پیش بینی شده است.

در فصل هشتم و قسمت آخر بخش یکم، مواردی همچون کارمند دولت یا عضویت نیروهای مسلح یا مقامات قضایی و به طور کلی عضویت رسمی و غیر رسمی قوای سه گانه را که به مناسبت انجام وظیفه مرتکب جرم رایانه ای شده اند و نیز تکرار جرم برای بیش از دو بار را جزء تشدید مجازات قلمداد نموده که مرتکب را به بیش از دو سوم حداکثر یک یا دو مجازات مقرر در قانون محکوم می نماید. در بخش دوم، قانونگذار، آیین دادرسی برخورد با جرایم رایانه ای را مشخص کرده و در ابتدا، اصل سرزمینی بودن و جرایم علیه حاکمیت جمهوری اسلامی را مطرح می کند و در ادامه نحوه ی حفظ ادله ی جرم، تفتیش و توقیف سامانه های رایانه ای را توسط ضابطان و نیز

وظایف شرکت‌های ارائه‌دهنده‌ی خدمات اینترنتی را در حفظ داده‌ها و اطلاعات رایانه‌ای مشخص می‌نماید. ضمناً اینکه ضابطین موظف به رعایت حریم خصوصی افراد بوده و در صورتی که ضابط برابر دستور مقام قضایی عمل نکرده باشد، مجازات‌های لازم پیش‌بینی شده است.

می‌توان گفت در حوزه‌ی برخورد با جرایم سایبری از نظر قانون مشکل خاصی وجود ندارد تنها در خصوص برخی از جرایم مانند جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی و یا انتشار ویروس رایانه‌ای، مجازات‌های خفیفی در نظر گرفته شده که بایستی با توجه به گستردگی این فضا و حجم خسارت‌هایی که وارد می‌آید تناسب جرم و مجازات رعایت و در مجازات‌ها تجدید نظر شود. در آخر می‌توان به این نکته اشاره کرد که رسیدگی به پرونده‌های جرایم رایانه‌ای در تهران و در دادسرای ویژه مبارزه با جرایم رایانه‌ای صورت می‌گیرد و امید است با تلاش مسئولان در سایر نقاط کشور نیز راه‌اندازی دادسراهای مشابه تسری یابد.

مفهوم سیاست جنایی تقنینی در پیشگیری از جرایم سایبری:

پیدایش اصطلاح «سیاست جنایی» توسط فون‌رباخ^۱، حقوقدان آلمانی در پایان قرن هجدهم میلادی به همین «حکمت‌گرایی» در برخورد با جرم مربوط بوده و زاینده آن است. واژه «سیاست» که متضمن مفهوم اندیشیدگی، هدایت‌شدگی و غایت‌دار بودن است با معنای ویژه‌ای که به اصطلاح «سیاست جنایی» داده موجب پذیرش و رواج این اصطلاح در زبان حقوقی و جامعه‌شناسی امروز شده است. همانند رواج اصطلاحاتی از قبیل «سیاست اقتصادی» و «سیاست فرهنگی».

یکی از مهمترین سیاست‌های جنایی ایران در پیشگیری از جرایم رایانه‌ای بحث قانونگذاری آن در همین حوزه می‌باشد. قانونگذاری در فضای سایبری را با رویکردی در سه مرحله می‌توان تبیین کرد. قانونگذاری در روش‌های حقوق کیفری باید با شناخت به کارگیری فناوری جدید شروع شود و بخش‌های ویژه به همراه ساختارهای امنیتی انتظامی یا در مفهوم کلی پلیس مورد نیاز می‌باشند که برای بررسی جرایم سایبری دارای شرایط لازم باشند.

^۱ اصطلاح سیاست جنایی برای اولین بار توسط آنسلیم فون فون‌رباخ (Anselm von Feuerbach) در کتاب حقوق کیفری او که در سال ۱۸۰۳ میلادی منتشر گردید به کار برده شد.

پی ریزی قانون موثر، مقایسه قانون کیفری در قوانین موضوعه با نیازهای برخواسته از انواع جدید تخلفات جنایی ضروری است. در موارد زیادی، قانون های موجود ممکن است نتوانند تغییرات جدید جرایم موجود را پوشانند.

مرحله ی سوم نگارش قوانین جدید است. براساس تجربه ممکن است برای مراجع قانونی اجراکردن فرآیند نگارش قانون برای جرایم سایبری بدون همکاری بین المللی به دلیل رشد سریع فناوری شبکه و ساختارهای پیچیده آنها سخت و مشکل است. نگارش قوانین جرایم سایبری به طور جداگانه ممکن است به تعارض قوانین و هدر رفتن منابع منجر گردد و همچنین دنبال کردن توسعه ی استراتژی ها و استانداردهای بین المللی ضروری است.

بر همین مبنا می توان گفت تقسیم بندی جرایم رایانه ای از یک سو شامل جرایم علیه اشخاص، علیه اموال و جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی و از طرف دیگر جرایم نرم افزار، جرایم داده ها و جرایم علیه حقوق خصوصی فردی می باشند. از این رو، به منظور پیشگیری از جرایم رایانه ای سیاست جنایی ایران در بحث قانونگذاری بر این است که با تقنین و وضع قوانین در همین حوزه از ارتکاب جرم توسط مجرمان بالقوه و بالفعل پیشگیری نماید.

با رشد جرایم رایانه ای و نوظهور در عصر کنونی پلیس به عنوان یکی از ارکان موثر در سیاست قضایی کشور نسبت به اصلاح و تحول در ساختار سازمانی خود اقدام نموده است و با توجه به این بحث، به منظور ایجاد امنیت در فضای تولید و تبادل اطلاعات ضمن تحول در ساختار امنیتی و انتظامی یعنی تشکیل پلیس فضای تولید و تبادل اطلاعات، براساس دومین راهبرد از سند راهبردی امنیت فضای تولید و تبادل اطلاعات کشور که در تاریخ ۱۳۸۷/۱۲/۷ به تصویب هیات وزیران رسید برای نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران وظیفه ای در نظر گرفته شد.

نتیجه

از این مقاله نتیجه می‌گیریم که جرایم رایانه‌ای نیز مانند سایر جرایم دارای ارکان سه‌گانه‌ی قانونی معنوی و مادی هستند؛ یعنی برای تحقق این جرایم نیز این سه عنصر باید وجود داشته باشد. البته در بین عناصر مذکور عنصر قانونی بحث برانگیزتر است. دیدیم که اغلب کشورها ناچار شدند در زمینه‌ی جرایم مذکور قانون وضع کنند و حتی برخی از آن‌ها به اصلاح همان قوانین جدید مبادرت ورزیده‌اند. با توجه به استدلالات مذکور در متن نوشتار به این نتیجه رسیدیم که در حقوق نیز باید قوانین لازم در مورد جرایم رایانه‌ای توصیف شوند شاید در مرحله‌ی نخست چنین به نظر می‌رسد که تجاوزات به سخت‌افزار از حیطة‌ی رایانه‌ای بیرون است؛ ولی باید گفت سخت‌افزار بدون داده و نرم‌افزار کمترین اهمیتی ندارد دیگر این که سخت‌افزار اجرا کننده‌ی برنامه و پردازش-کننده‌ی داده‌ها و محلی برای نگه‌داری آن‌ها است. از این نظر لازم است تا در بحث جرایم رایانه‌ای مطرح شود اما آن‌چه که بیشتر مدنظر مجرمان است داده‌ها و برنامه‌ها است. بنابراین در مورد برنامه‌ها به‌عنوان اصلی‌ترین موضوع مورد نظر متجاوزان باید دقت و توجه خاصی از طرف قانونگذار صورت پذیرد. بخشی از مرتکبین جرایم رایانه‌ای متخصصان و اهل فن هستند هدفی که این دسته دنبال می‌کنند واقعاً مجرمانه نیست؛ بلکه نتیجه‌ی کار آن‌ها اغلب منتهی به یک اکتشاف و نوآوری می‌گردد. این نکته مسلم است که قابلیت‌های تکنولوژی به کشورها این امکان را داده تا به داده‌های موجود در کشورهای دیگر دست یابند به عبارتی مسئله دستیابی به این داده‌ها از لحاظ فنی امری گریزناپذیر است؛ بنابراین به‌جای ممنوع ساختن دستیابی داده‌ها آن را تحت نظم و قاعده درآورد نظم و قاعده به این موضوع در حقیقت همان جمع کردن بین دو مسئله ضرورت تحقیق و حاکمیت دولت دارنده داده است. به این ترتیب کشورها و به خصوص کشورهایی که میزان وابستگی اجتماعی و اقتصادی آن‌ها به محیط سایبر بیشتر است به اصلاح یا وضع قوانین کیفری در این زمینه اقدام کرده‌اند. احساس این وابستگی به محیط سایبر در کشور ما نیز هر روز افزون‌تر می‌گردد و به این ترتیب باید بر آن بود که حقوق ایران نیز باید در راستای حمایت از امنیت داده‌ها و سیستم‌های رایانه‌ای کاربران، دستگاه‌های دولتی، نهادهای عمومی و موسسات خصوصی به وضع قوانین کیفری

یا اصلاح قوانین موجود اقدام نماید تا به این ترتیب موجبات امنیت داده‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای و در نتیجه رشد و توسعه ی اجتماعی و اقتصادی کشور را در محیط سایبر فراهم آورد.

پیشنهاد و راهکارها

جرایم سایبری مستلزم مبارزه فراملی و فرامرزی از سوی پلیس و قضات است. برای جرایم سایبری باید قوانین منسجم جداگانه، تدوین و تضمین شود این قوانین شامل ابعاد ماهوی و شکلی بین‌المللی به علاوه ضمانت اجراهای جزایی برای کپی‌رایت حمایت از داده‌ها و... می‌شود.

باید پلیس و قضات به صورت تخصصی آموزش ببینند؛ آموزش تخصصی پلیس از بدو تحصیلات نظامی باید شروع شود و به صورت تخصصی تر پلیس جرایم سایبری برای هر جرم سایبری به طور جداگانه وجود داشته باشد. مثلاً پلیس متخصص کلاهبرداری سایبری، پلیس متخصص جعل سایبری و به تبع قضات متخصص هم باید وجود داشته باشند.

باید در واحدهای تخصصی مبارزه با جرایم رایانه‌ای و سایبری در نیروی انتظامی، وزارت اطلاعات، وزارت دفاع و فرماندهی نیروهای مصلح تجهیزات روزآمد و لازم به کار گرفته شود و اگر چنین واحدهایی تأسیس نشده است بدو این واحدها تأسیس و تجهیز شوند.

باتوجه به این که فناوری اطلاعات و ارتباطات فضای جدیدی را برای متخلفان جامعه فراهم کرده‌اند. ازاین رو، بر سیاست‌گذاران و مدیران جوامع است که برای این مشکل راهکارهای قانونی و اجرایی تدارک ببینند.

به منظور مهار کردن جرایم رایانه‌ای در سطح جهانی لازم است تاکید کشورها دارای قوانین مصوب بوده و سعی شود قوانین تاحد توان همگرایی داشته باشند در این رابطه اقدام به ایجاد یک الگوی جهانی ضروری به نظر می‌رسد.

دستورات مورد بحث امنیت سایبری جهانی / گروه متخصصان حرفه ای، گزارش استراتژیک

مشارکت عمومی جامعه به‌ویژه بخش خصوصی ضمانت اجرایی قوانین و طرح آموزش‌ها را قویاً تقویت می‌نمایند.

قوانین جرایم رایانه‌ای و نیز طرح ملی آموزش‌های عمومی در کشورها توسط شورای متشکل از سازمان‌های علمی و صنعتی، تجاری، امنیتی و خدماتی تدوین می‌گردد.

در بسیاری از کشورها مراکز با عنوان مراکز مراقبت از سامانه‌های حساس اطلاعاتی و مراکز و واکنش سریع رایانه‌ای فعالیت می‌کنند؛ این مراکز از جانب دانشکده‌های برق، رایانه و حقوق، حمایت علمی و از جانب سازمان‌های دفاعی و امنیتی، حمایت‌های مالی و سیاسی دریافت می‌کنند. دولت‌ها ضمن ایجاد بستر قانونی، اجرایی و قضایی برای رسیدگی امر جرایم رایانه‌ای موظف به ایجاد اطمینان از گردش اطلاعات مناسب بین سازمان‌های دولتی، سیاست‌گذاری مجرمان قانون و بخش خصوصی از جمله وظایف خطیر دولت‌ها ترویج فرهنگ رعایت اخلاق در محیط زندگی و کار در فضای اطلاعاتی جدید است.

منابع

فارسی:

- باقری اصل، رضا، «کنوانسیون جرایم سایبر و گزارش توجیهی آن»، گروه ارتباطات و فناوری های نوین، گروه کارشناسان، کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس، شماره ۷۶۴۶، ۱۳۸۴، ص ۷.
- پروتکل الحاقی به کنوانسیون جرایم سایبری در خصوص جرم‌انگاری اعمال نژادپرستی و موضوعات بیگانه‌ستیزی ارتکاب یافته از طریق رایانه. ETS شماره ۱۸۹.
- توصیه‌نامه ی شماره (۸۹) ۹، صادر شده توسط کمیته ی وزیران در ۱۳ سپتامبر ۱۹۸۹ در چهارصد و بیست و هشتمین نشست وزرا؛ با موضوع جرایم مرتبط با رایانه.
- توصیه‌نامه ی شماره (۸۵) ۱۰ صادر شده توسط کمیته ی وزیران در ۲۸ ژوئن ۱۹۸۵ در سیصد و هشتاد و هفتمین نشست وزرا؛ با موضوع اجرای عملی کنوانسیون اروپا راجع به همکاری‌های متقابل در موضوعات کیفری راجع به قطع ارتباطات.
- توصیه‌نامه ی شماره (۸۷) ۱۵ صادره در ۱۷ سپتامبر ۱۹۸۷ در چهارصد و دهمین نشست وزیران؛ با موضوع قاعده‌مندسازی استفاده از داده‌های شخصی در بخش‌های انتظامی.
- توصیه‌نامه ی شماره (۹۵) ۴ صادره در ۷ فوریه ۱۹۹۵ در پانصد و بیست و هشتمین نشست وزیران؛ با موضوع حمایت از داده‌های شخصی در زمینه ی خدمات ارتباطی به ویژه خدمات تلفنی.
- توصیه‌نامه شماره (۹۵) ۱۳ صادر شده توسط کمیته ی وزیران در ۱۳ سپتامبر ۱۹۸۹ در پانصد و چهل و سومین نشست وزیران؛ با موضوع مشکلات آیین دادرسی کیفری مرتبط با فناوری اطلاعات.
- حسینی خواه، نورالله، ۱۳۹۰، پلیس و جرایم رایانه ای، تهران: انتشارات معاونت تربیت و آموزش ناجا.
- خداقلی، زهرا، جرایم کامپیوتری، ۱۳۸۳، چاپ اول، انتشارات آریان، ص ۳۸.
- دوازدهمین کنفرانس مدیران موسسات تحقیقاتی جرم‌شناسی: جنبه‌های جرم شناختی جرایم اقتصادی در استراسبورگ، ۱۹۷۶.
- زندى، محمدرضا، تحقیقات مقدماتی در جرایم سایبری، انتشارات جنگل، ۱۳۸۹.

فهیمی، مهدی، جرایم رایانه‌ای و روش‌های مقابله و پیشگیری از آن، ۱۳۸۰، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، ش ۲۳ و ۲۴، ص ۱۳۶.

کنفرانس سازمان ملل در تجارت و توسعه، گزارش اقتصاد اطلاعاتی، ۲۰۰۵، فصل ۶، ص ۲۳۳.
انگلیسی:

Council of Europe, Ccommittee of Ministers, Recommendation No. R (89) 9 (1989)

Council of Europe, Ccommittee of Ministers, Recommendation No. R (85) 10 (1985).

Council of Europe, Ccommittee of Ministers, Recommendation No. R (87) 15 (1987).

Council of Europe, Ccommittee of Ministers, Recommendation No. R (95) 4 (1995).

Council of Europe, Convention on Cybercrime, Budapest 23.11.2001

Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (2007)

Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (2007), Art 20 and 23.

<http://www.interpol.com/Public/TechnologyCrime/Conferences/6thIntConf/Resolution.Asp> (visited on 11.5.1394).

http://ec.europa.eu/information_society/activities/internationalrel/docs/wsis/tunis_agenda.pdf (visited on 11.5.1394).

Marco, Gercke (2009) Understanding Cybercrime: A Guide For Developing Countries, ITU, p: 95.

Marco Gercke (2012), Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Responses, ITU.

Marco Gercke (2014), Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Responses, ITU, p.133.

Resolution 149 (Antalya, 2006) – Study of definitions and terminology relating to building confidence and security in the use of information and communication technologies.

تحریم های اتحادیه اروپا در خصوص ضمانت نامه های بانکی

صدیقه فهیمی^۱

محمود باقری^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۹/۳۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۲/۲۲

چکیده:

متعاقب تحریم های اتحادیه اروپا بانکهای کارگزار خارجی از پرداخت وجه ضمانت نامه های بانکی و همچنین تمدید آنها به نفع بانکهای ایرانی مشمول تحریم با استناد به مقررات اتحادیه اروپا استنکاف نمودند. بانکهای یاد شده دلیل استنکاف خود از انجام تعهدات قراردادی را بروز شرایط فورس ماژور و یا فراستریشن در اثر اعمال تحریمها می دانند. با توجه به اینکه وجوه مربوط به ضمانت نامه های یاد شده مبلغ قابل توجهی را به خود اختصاص می دهد، مطالعه دقیق در مقررات اتحادیه اروپا، بررسی ادعاهای بانکهای یاد شده و یافتن راهکارهای حقوقی مناسب در این خصوص لازم می باشد. لذا باید این موضوع مورد بررسی قرار گیرد که آیا تحریم های اتحادیه اروپا به عنوان یکی از شرایط فورس ماژور و یا فراستریشن از موانع اجرای قرارداد تلقی می شوند یا خیر؟ بررسی این موضوع مستلزم بررسی تحریمهای مربوط به ضمانت نامه‌های بانکی از منظر مقررات اتحادیه اروپا می باشد. در این مقاله ابتدا مقررات اتحادیه اروپا در حوزه ضمانت نامه‌های بانکی و موارد ممنوعیتها، محدودیتها و تجویزها بررسی می‌شود، سپس به دلیل اهمیت این قراردادها و ماهیت تضمینی بودن آنها و با توجه به اینکه خلل در اجرای آنها موجب تزلزل اجرای قراردادهای دیگر می شود راهکارهای حقوقی مقابله با تحریم آنها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

کلمات کلیدی: تحریم، ضمانت نامه های بانکی، فراستریشن، فورس ماژور، قرارداد

^۱ دانش آموخته حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) - sefahimi@yahoo.com

^۲ دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه تهران

مقدمه:

جامعه جهانی امروزه از ابزار تحریمها در جهت اعمال فشار بر کشورهایی که سیاست و رفتار آنها مطابق با اصول حقوق بین الملل نمی باشد استفاده می نماید و شورای امنیت سازمان ملل متحد به عنوان نماینده جهانی جهت برقراری صلح و امنیت بین المللی متصدی این امر می باشد. در کنار شورای امنیت برخی از دولتها و سازمانهای بین المللی از جمله اتحادیه اروپا با سرمشق گرفتن از قطعنامه‌های شورا در قوانین داخلی و تصمیمات خود اقدام به تدوین و تصویب مقرراتی نمودند که فراتر از قطعنامه‌های سازمان ملل کشورهای تحریم شده را محدود می نماید. تدابیر محدود کننده‌ای که شورای اتحادیه اروپا علیه ایران و اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی وضع نموده است نمونه‌ی مسلم تحریمها فراقطعنامه‌ای می باشند. این تحریمها شامل محدودیت‌هایی مربوط به واردات و صادرات، امور مالی در خصوص برخی از موسسات، انسداد داراییها و منابع اقتصادی محدودیت‌های مربوط به حمل و نقل از جمله حمل و نقل دریایی و تعهدات مالی و به ویژه ضمانت نامه‌ها می شود. محدودیت‌های ایجاد شده در مقررات اتحادیه اروپا مانعی جهت انجام تعهدات قراردادی تلقی شده و همین موضوع طرفین اروپایی را از انجام تعهدات قراردادی بازمی دارد و اجرای برخی قراردادها از جمله ضمانت نامه‌های بانکی که خود تضمینی در مقابل عدم ایفای تعهدات قراردادی می باشد، را مشکلات جدی مواجه نموده و تأثیر جدی بر روابط بازرگانی و تجارت خارجی ایران گذاشته است و روابط تجاری را با بی اعتمادی و تزلزل و عدم اطمینان روبرو کرده است. در واقع با اعمال این تحریمها در خصوص ضمانت نامه‌های بانکی طرفین قراردادی در شرایط نابرابری قرار می گیرند چرا که چنین مقرراتی به طرف اروپایی اجازه قصور در اجرای تعهدات قراردادی را می دهد و هیچ ضمانت اجرایی برای این قصور وجود ندارد و این در حالی است که طرف ایرانی در صورت قصور با مطالبه ضمانت نامه‌هایی مواجه می شود که جهت اجرای قرارداد به طرف مقابل داده است. به علاوه در مواردی اصل استقلال ضمانت نامه نادیده گرفته شده و بانکهای خارجی ضمانت نامه‌هایی را به دلیل ارتباط آنها با قرارداد پایه توقیف می کنند. در این

مقاله ضمن بررسی مقررات اتحادیه اروپا به بررسی راهکارهای موجود جهت مقابله با تحریمهای مربوط به آن پرداخته خواهد شد.

۱- تأثیر تحریمها بر تعهدات قطعی و مستقل ناشی از ضمانت نامه ها

۱-۱- سابقه و ماهیت تحریمهای اتحادیه اروپا

اصطلاح تحریم عبارت است از امتناعی نظام یافته از برقراری روابط اجتماعی، اقتصادی، سیاسی یا نظامی یک دولت یا گروهی خاص از دولتها برای تنبیه یا ایجاد رفتار مورد قبول. (مشیرزاده و شریفی طراز کوهی، ۱۳۸۱ص ۹۶) تحریمهای بین المللی که در قالب سازمانی آن، از جمله در چارچوب فصل هفتم منشور مورد توجه قرار گرفته اند از این ظرفیت برخوردارند که با تحت فشار قرار دادن دولتی خاص آن را به تمکین در مقابل اراده شورای امنیت به عنوان نماینده جامعه بین المللی وادار سازند. (زمانی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۰)

شورای امنیت سازمان ملل با استناد به همین فصل از منشور قطعنامه‌های ۱۷۳۷، ۱۸۰۳، ۱۷۴۷ و ۱۸۳۵ و در نهایت ۱۹۲۹ را علیه ایران صادر نموده و محدودیت‌هایی را در جهات مختلف مالی و تجارت خارجی برای اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی در نظر گرفت. شورای اتحادیه اروپا نیز پس از صدور قطعنامه ۱۷۳۷ شورای امنیت سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۶ در چارچوب سیاست خارجی و امنیت عمومی اتحادیه اقدام به اتخاذ رویه مشترک شماره PESC/۱۴۰/۲۰۰۷ در ۲۷ فوریه ۲۰۰۷ نمود. موضوع این سند اتخاذ تدابیر محدودکننده علیه ایران جهت تحقق بخشیدن به اهداف قطعنامه شورای امنیت سازمان ملل متحد بود. با صدور قطعنامه های بعدی سازمان ملل متحد به شماره های ۱۷۴۷ در سال ۲۰۰۷ و ۱۸۰۳ در سال ۲۰۰۸ شورای اتحادیه اروپا نیز اقدام به اتخاذ رویه مشترک PESC/۲۴۶/۲۰۰۷ و PESC/۶۵۲/۲۰۰۸ با هدف فوق الذکر نمود. با صدور قطعنامه ۱۹۲۹ شورای امنیت سازمان ملل متحد در ۹ ژوئن ۲۰۱۰ در جهت گسترش دامنه تدابیر محدودکننده، شورای اتحادیه اروپا نیز اقداماتی را جهت وضع مقررات و تصمیمات جدید با همان هدف علیه جمهوری اسلامی ایران آغاز نمود که از جمله آن تصمیم شماره ۴۱۳/۲۰۱۰ و مقررات شماره

۹۶۱/۲۰۱۰ می باشد. شورای اتحادیه اروپا بر اساس تصمیمات و مقررات فوق‌الذکر دو هدف را تاکنون دنبال نموده است: هدف اول اتخاذ تدابیری است که هماهنگ با تدابیر اتخاذی توسط شورای امنیت سازمان ملل متحد می‌باشد و از سوی دیگر ایجاد محدودیت‌هایی است که با ابتکار خود شورا پیش بینی شده است. تدابیر محدودکننده اتحادیه اروپا در زمینه‌های تجاری، مالی، حمل و نقل، صنعت گاز و نفت و بیمه بوده و شورا با اشاره به قطعنامه ۱۹۲۹ تدابیر خود را به محدودیت‌های سرمایه‌گذاری نیز تعمیم داده است، در این راستا شورا علاوه بر مسدود نمودن اموال و دارایی‌های موسسات، شرکتها، نهادهایی که در قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل متحد آمده، اقدام خود را در این زمینه به موسسات و شرکتها و کلاً نهادهای دیگری نیز تعمیم داده است که در برخی موارد عیناً به دنبال اتخاذ تصمیمات مشابه توسط ایالات متحده آمریکا بوده و در برخی موارد هم صرفاً بر اساس تصمیم خود (بر اساس بررسی و یا درخواست یک یا برخی از کشورهای عضو) بوده است. به طور کلی این تدابیر شامل حوزه‌های زیر می‌باشد:

۱. محدودیت‌های مربوط به واردات و صادرات
۲. محدودیت‌های امور مالی در خصوص برخی از موسسات
۳. انسداد دارایی‌ها و منابع اقتصادی
۴. محدودیت‌های مربوط به حمل و نقل از جمله حمل و نقل دریایی
۵. محدودیت‌های مربوط به تعهدات مالی و به ویژه ضمانت نامه‌ها

این محدودیت‌ها بر طبق ماده ۲۱۵ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا اتخاذ شده است که طبق آن اتحادیه اروپا می‌تواند روابط تجاری و مالی خود را نسبت به کشورهای خارج از حوزه اتحادیه اروپا که در تعارض با سیاست خارجی اتحادیه اروپا و امنیت عمومی مقابله‌ی نمایند محدود نماید.^۱ در خصوص ماهیت حقوقی این تدابیر میان حقوقدانان بین‌المللی اتفاق نظر وجود ندارد. برخی آن را مجازات یک دولت بابت سیاست‌های وی و برخی دیگر آن را نوعی اقدام متقابل و برخی نیز آن

¹ Article 215 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) Available on http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/docs/measures_en.pdf

را نوعی فشار در جهت تغییر سیاست های کشوری دیگر می دانند. (حدادی، ۸۲، ص ۱۱۱) صرفنظر از ماهیت حقوقی این تدابیر و مشروعیت و عدم مشروعیت آنها از منظر قواعد بین المللی باید گفت که آنها تأثیر جدی بر روابط بازرگانی و تجارت خارجی ایران گذاشته است و روابط تجاری را با بی اعتمادی و تزلزل و عدم اطمینان روبرو کرده است.

۱-۲- نقش ضمانت نامه ها در روابط تجاری بین الملل

انجام هر فعالیت اقتصادی مستلزم وجود دو رکن مهم و اساسی است. یکی از آنها وسیله پرداخت و دیگری ابزار تضمین است. در معاملات اقتصادی به منظور حداقل کردن ریسک و مخاطرات ناشی از معامله از تضمین استفاده می شود. به عبارتی اگر تضمین مناسب، کافی و معتبر وجود نداشته باشد، اساساً معامله صورت نمی پذیرد. یکی از مهم ترین ابزارهای پوشش ریسک تعهدات تجاری و مالی ضمانت نامه های بانکی است. ضمانت نامه های بانکی از اسناد مهم بانکی هستند که نقش بزرگی را در تضمین معاملات به ویژه قراردادهای پیمانکاری و دولتی ایفا می کنند و با گسترش تجارت، استفاده از آنها نیز در معاملات به نحو چشمگیری افزایش یافته است. در واقع پیش بینی ارائه این ضمانت نامه ها از طرف متعاهدین به نوعی موجب آسودگی خاطر طرفین برای اجرای تعهدات قراردادی می شود و به طرفین این اطمینان را می دهد که در صورت عدم ایفای تعهدات قراردادی و یا نقص در اجرای تعهدات تضمینی معتبر وجود دارد که خسارت آنها را بدون مراجعه به مراجع حل و فصل اختلاف جبران می نماید. ضمانت نامه های بانکی تعهدات مستقلی از قرارداد پایه محسوب می شوند. مستقل بودن تعهد بانک به این معناست که دفاعها و ایراداتی که در قرارداد پایه میان متعهد اصلی و ذینفع وجود دارد به تعهد بانک تسری نمی یابد و بانک حق استفاده و استناد به آنها را ندارد و همچنین نمی تواند به استناد اینکه بخشی از تعهد متعهد اصلی صورت پذیرفته درخواست کند که به همان میزان از تعهد او کاسته شود، لیکن باید پذیرفت که استقلال ضمانت نامه بانکی آن را به کلی از قرارداد پایه منفصل نمی سازد. (Hsut,2006,p6) ضمانت نامه بانکی برای تضمین تعهدی است که متعهد اصلی به موجب قرارداد مبنا در برابر ذینفع دارد. بنابراین

اگر در شخص یا مورد معامله در قرارداد پایه اشتباهی رخ دهد آن را از ریشه باطل سازد تعهد بانک نیز بی مفهوم خواهد بود و دادگاه می تواند به تقاضای متعهد اصلی آن را باطل اعلام کند، زیرا استقلال ضمانت نامه‌های بانکی و غیر قابل استناد بودن ایرادات دین پایه در آن حد نیست که حتی در صورت بطلان قرارداد مبنا اعتبار ضمانت نامه و تعهد بانک به قوت خود پایدار بماند. چرا که قصد مشترک طرفین ضمانت نامه تضمین تعهدی است که متعهد اصلی بر عهده دارد و گر چه رابطه مستقیمی میان این تعهد و تعهد بانک موجود نیست ولی انگیزه و جهت معامله برای طرفین قرارداد ضمانت، وجود این تعهد بوده است و با کشف این مطلب که تعهد از ابتدا به وجود نیامده است، استمرار وجود ضمانت نامه دلیلی ندارد. با این وجود مفهوم استقلال ضمانت نامه آن است که بانک نمی تواند به این بطلان در برابر ذینفع استناد کند و ضمانت نامه تا هنگامی که به تقاضای متعهد اصلی از سوی دادگاه باطل اعلام نشده، همچنان معتبر باقی می ماند و بانک در صورت مطالبه ذینفع مکلف به پرداخت آن است. اصل استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه با یک استثنای عمده، یعنی تقلب یا سوء استفاده آشکار^۱ در جریان مطالبه وجه ضمانت نامه روبرو است.^۲ (Cranston, 1997, p428) به طور کلی مراد از تقلب و سوء استفاده از آن بر خلاف هدف سند مذکور است. هدف از ضمانت نامه تضمین تعهدات ضمانت خواه در قرارداد پایه است و لذا اگر تعهدات مذکور به نحو کامل اجرا شده باشند مطالبه وجه ضمانت نامه متقابلانه تلقی می شود.

این استقلال ضمانت نامه‌های بانکی و تضمینی بودن آنها موجب آسودگی خاطر طرفین قراردادی شده و آنها را نسبت به تأمین خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد طرف مقابل مطمئن می نماید اما سازمان های تحریم کننده با پیش بینی محدودیتها در خصوص این ضمانت نامه ها و مسدود نمودن مبالغ مربوط به آنها حتی در صورت عدم ایفای تعهدات قراردادی باعث ایجاد تشویش و نگرانی در انعقاد قراردادها شده و روابط تجاری را مختل می نمایند.

^۱ Fraud or Manifest Abuse

^۲ Cranston, Ross, Principles of banking Law, Great Britain, Oxford University Press, 1997, p428

۱-۳- مقررات اتحادیه اروپا در خصوص ضمانت نامه های بانکی

تحریم های اتحادیه اروپا تأثیر بسزایی در اجرای تعهدات قراردادی طرفین قراردادهایی دارد که یکی از متعاهدین آنها در قلمرو اتحادیه اروپا مستقر می باشد. این مقررات داشتن هرگونه ارتباط مالی را با اشخاص مشمول تحریم منع می نماید. به موجب بند ۳ ماده ۱۰ تصمیم شماره ۴۱۳/۲۰۱۰ به طور کلی هر نوع انتقال وجه به اشخاصی که نام آنها در فهرست اشخاص مشمول تحریم درج شده است ممنوع شده است.^۱

همچنین به موجب ماده ۲۳ آیین نامه شماره ۲۰۱۲/۲۶۷ اتحادیه اروپا، اموال و دارائی های اشخاص مندرج در فهرست ۸ و ۹ آیین نامه، مسدود گردیده و بند ۳ ماده فوق اعلام می دارد که هیچ وجهی یا هیچ منبع اقتصادی نباید بطور مستقیم یا غیر مستقیم در اختیار اشخاص مندرج در فهرست فوق الاشعار قرار گیرد و یا بنفع این اشخاص آزاد شود.^۲ در نتیجه این ماده فقط در خصوص اشخاص و مؤسساتی می باشد که نامشان در فهرست قید شده است. مقررات یاد شده اجرای کلیه قراردادهای فی مابین اشخاص ایرانی مشمول تحریم را با متعاهدین اروپایی با محدودیتهای جدی روبرو می کند. اما برخی از مقررات اتحادیه اروپا مستقیماً به بحث ضمانت نامه ها می پردازد. حسب ماده ۳۸ آیین نامه، مؤسسات مالی اروپایی از انجام هرگونه درخواست اشخاص حقیقی و حقوقی مبنی بر پرداخت و یا تمدید ضمانت نامه ها که نامشان در فهرست ۸ و ۹ این آیین نامه آمده و به موجب آن اموالشان در اروپا مسدود گردیده و همینطور از انجام درخواست کلیه اشخاص و یا نهادها از جمله دولت ایران، ممنوع گردیده اند. به موجب ماده اخیرالذکر این درخواست مربوط به هر نوع قرارداد یا معاملاتی می گردد که اجرای آن به طور مستقیم یا غیرمستقیم، جزئاً یا کلاً مرتبط با تدابیر متخذه می باشد. درخواست تمدید، پرداخت ضمانتنامه و ضمانتنامه متقابل از جمله این قراردادها محسوب می گردد.

¹ Article 10(3) Council Decision of 26 July 2010 , available at Official Journal of the European Union, I.195/39, 27/7/2010

² Article 23(3) Council Regulation (EU) No 267/2012 available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/Leuriserv.do?>

البته بند ۴ این ماده اعلام می‌دارد که مفاد این قرارداد خدشه‌ای به حقوق اشخاص و نهادها (حق نظارت قضایی نسبت به مشروعیت عدم رعایت تعهدات قراردادی) وارد نمی‌آورد.^۱ به عبارت دیگر علیرغم ممنوعیت پیش‌بینی شده در این ماده، حق اشخاص و نهادها برای مراجعه به دادگاه‌ها و طرح دعوی به منظور اعمال نظارت قضایی در مورد عدم انجام تعهدات قراردادی، محفوظ می‌باشد.

۱-۴- تحلیل تحریم‌ها از منظر فورس ماژور و انتفای قرارداد

متعهدین اروپایی پس از وضع تدابیر محدود کننده اتحادیه اروپا با استناد به این موضوع که وضع این قوانین و مقررات برای آنها نوعی شرایط فورس ماژور^۲ (در کشورهای تابع نظام حقوق نوشته) و یا انتفای قرارداد^۳ (در کشورهای کامن‌لا) را به وجود می‌آورد از ایفای تعهدات قراردادی خود سرباز زدند. صرف‌نظر از شروط مندرج در این قراردادها در مورد شرایط فورس ماژور و یا سایر موانع اجرای قرارداد از جمله فراستریشن در ذیل به این موضوع پرداخته خواهد شد آیا به تحریم‌ها می‌توان به عنوان فورس ماژور یا فراستریشن استناد کرد یا خیر؟

۱-۴-۱- فورس ماژور و فراستریشن در حقوق کشورهای اروپایی

۱-۴-۱-۱- مفهوم فورس ماژور و شرایط تحقق آن

واژه فورس ماژور یک اصطلاح فرانسوی است که ظاهراً برای نخستین بار در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) به کار رفته است. این نهاد با همین عنوان^۴ یا با معادل‌هایی نظیر قوه قهریه^۵ و قوه قاهره وارد قوانین ایران شده است و یا بدون عنوان خاصی تنها به بیان ارکان و نتایج آن پرداخته است.^۶ قوه قاهره عبارت است از حادثه‌ای ناگهانی و گریز ناپذیر که قابل انتساب به شخص مورد نظر نباشد.

^۱ Article 38 Council Regulation(EU) No 267/2012

^۲ Force major

^۳ frustration

^۴ ماده ۴ قانون بیمه اجباری مسئولیت

^۵ ماده ۱۵۰ قانون دریایی

^۶ مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.

هر گاه در اثر چنین حادثه ای اجرای تعهدی کاملاً ناممکن شود و یا ضرری به دیگران وارد گردد اجرای تعهد متوقف و آن شخص معاف از مسئولیت (مدنی یا جزائی) خواهد بود. (کاتوزیان، صص ۲۹۱، ۲۹۰، جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۵۵۳)

«در حقوق فرانسه فورس ماژور دارای معنای عام و معنای خاص است. فورس ماژور در معنای عام عبارت است از هر حادثه خارجی غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب که مانع اجرای تعهد باشد. فورس ماژور بدین معنی شامل عمل شخص ثالث و عمل متعهدله که واجد دو صفت مذکور باشند نیز خواهد شد. اما فورس ماژور به معنای خاص حادثه ای است بی نام (غیر منتسب به شخص معین و صرفاً ناشی از نیروهای طبیعی) غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب» (صفایی، ۱۳۶۴، ص ۱۱۳)

گرچه این اصطلاح در بدو امر تفسیر مضیق می شد ولی به تدریج قابلیت انعطاف بیشتری پیدا کرده و نظریه پردازان تمایلی به منحصر کردن مفهوم آن در حوادث طبیعی از خود نشان نمی دهند. (همان، ص ۱۱۴).

ممکن است بعد از عقد قرارداد در اثر تغییر مقررات، اجرای تعهد غیر ممکن شده و به تعبیر دیگر مانع قانونی برای آن ایجاد شده باشد. این نیز از مصادیق فورس ماژور به شمار می آید. امروزه در همه ی نظامهای حقوقی در فورس ماژور و یا نهادهای مشابه آن، علاوه بر عدم امکان مادی و فیزیکی، از عدم امکان حقوقی یا قانونی سخن گویند. (همان، ص ۱۴۱) قاعده عمومی این است که اجرای قرارداد هنگامی که مستلزم نقض حقوق یا دستور یا تصویب نامه دولت است، نمی تواند الزامی باشد. بنابراین جز در اوضاع و احوال غیر عادی و جز در مواردی که ثابت شود خلاف آن اراده شده است، هنگامی که اجرای قرارداد بعد از زمان انعقاد غیر قانونی شده باشد، قرارداد ساقط یا خاتمه یافته تلقی می شود. اجرای قرارداد در چنین شرایطی تجاوز به نظم عمومی است. تغییر مقررات ممکن است ناشی از قانونگذاری یا تصمیمات اداری باشد و این قاعده حتی هنگامی که شرطی در قرارداد مبنی بر معافیت متعهد در اجرا در چنین موردی وجود نداشته باشد، لازم الاجراست، یکی از موانع قانونی، عدم صدور پروانه صدور یا ورود کالا به موجب مقررات دولتی

است که از مصادیق فورس ماژور به شمار آمده و موجب معافیت متعهد است. در حقوق انگلیس و آمریکا بر اساس رویه قضایی دو استثنا برای این قاعده ذکر شده است:

۱. اگر متعهد صریحاً یا ضمناً خطر عدم صدور پروانه را پذیرفته باشد.
۲. اگر متعهد اقدامات لازم جهت تحصیل پروانه را در حد معقول انجام نداده و در این باب کوتاهی کرده باشد. (همان)

حتی برخی از حقوقدانان معتقدند قواعد و قوانینی که موجب غیر قانونی شدن انعقاد قراردادی می شوند موجب بطلان قرارداد می شوند و در واقع مانع ایجاد یک رابطه حقوقی صحیح از همان ابتدا می شوند. در خصوص چنین قراردادی نمی توان دعوای حقوقی اجرا و یا جبران خسارت مطرح نمود. (Brunner, 2009, p245)

برای تحقق فورس ماژور شرایطی لازم است که در اکثر نظامهای حقوقی این شرایط مشابه می باشد که در ذیل به آن خواهیم پرداخت:

۱- خارجی بودن

حادثه فورس ماژور باید خارج از اراده مدیون باشد به گونه ای که نتوان حادثه را به عمد یا تقصیر به او نسبت داد. قانون مدنی ایران نیز در ماده ۲۲۷ چنین معیاری را در نظر گرفته است. ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه که مأخذ و پیشینه ماده مذکور در قانون مدنی ایران است، با جمله ی « علت خارجی که قابل انتساب به متعهد نباشد» همین معنی را افاده می کند و دیگر آنکه مشابه همین شرط در مورد نظریه تغییر اوضاع و احوال هم مطرح و به همین معنی تفسیر شده است..

۲- غیر قابل دفع بودن

شرط دیگری که همه نظریه پردازان برای تحقق قوه قاهره ذکر کرده اند غیر قابل اجتناب بودن یا عدم امکان دفع است. مقصود از این شرط آن است خارجی و بیگانه بودن علت عدم انجام تعهد در صورتی رفع مسئولیت از متعهد می نماید که او نتواند علت مزبور را خنثی و از تأثیر بیندازد و الا

هرگاه قادر باشد که از تأثیر آن جلوگیری کند و اقدام نمایند تقصیر در انجام تعهد کرده و مسئول خسارات وارده بر متعهد له می باشد. (امامی، ۱۳۷۰، ص ۲۴۱)

۱. عدم قابلیت پیش بینی حادثه

یکی از شرایط تحقق فورس ماژور آن است که به شکل معقول نتوان از طرف قرارداد انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد مانع و حادثه مذکور و تأثیری را که بر توانایی او در اجرای قرارداد خواهد گذاشت، پیش بینی کرده باشد. رویه قضایی فرانسه در موارد متعددی بر همین اساس اقدام کرده و رأی به مسئولیت صادر نموده است. (معدل، جلیل، ۱۳۵۱، ص ۷۳)

ماده ۷۹ کنوانسیون سازمان ملل راجع به بیع بین المللی کالا نیز بر ضرورت غیر قابل پیش بینی بودن حادثه ناگهانی تأکید کرده است. با این وجود در نظام کامن لا و حقوق انگلیس تردیدهایی در این زمینه ابراز شده است.

اثر قوه قاهره بر تعهدات طرفین ممکن است کوتاه مدت و موقتی یا دراز مدت یا دائمی باشد و در هر دو حالت مسأله نقض تعهد یا قرارداد مطرح خواهد بود. قانون مدنی فرانسه در خصوص وضعیت قرارداد در حالت قوه قاهره ساکت می باشد و این دادگاه است که با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال و زمان و مکان تصمیم می گیرد که آیا قراردادی که در حالت قوه قاهره قرار گرفته معلق می شود یا منحل و یا قابل ابطال و یا قابل فسخ. در قانون مدنی فرانسه بیان صریحی از نتیجه غیر ممکن شدن کامل اجرای قرارداد وجود ندارد. اما مدلول موادی نظیر مواد ۱۷۲۲، ۱۷۴۱، ۱۷۹۰، ۱۷۸۸، ۱۸۶۷ این قانون حاکی است که متعهد از تعهدش خلاص می شود. (Barry, 1992, p.205) تعهد طرف مقابل نیز با توسل به دکترین علت^۱ منتفی می شود. بنابراین قوه قاهره در سیستم حقوقی فرانسه و ایران جز در مواردی که نص قانونی خلاف وجود داشته باشد به طور خود به خود تأثیر حقوقی بر قرارداد ندارد. بلکه اثر آن در مرحله ی نتایج نقض قرارداد است و طرف متخلف از اجرای تعهد باید وجود آن را به عنوان مانع اجرا و در دفاع در مقابل دعوای

^۱ (cause)

خواهان اثبات کند که در این صورت تخلف وی در اجرای قرارداد و پرداخت خسارت مربوطه بخشیده خواهد شد و مسئولیتی به دنبال نخواهد داشت. البته چنانکه خواهیم گفت در این نظام نهاد فورس ماژور با این نام وجود ندارد و در عوض از فراستریشن بحث می‌شود. برخی از بزرگترین نظریه پردازان کامن لا معتقدند حتی اگر حادثه‌ای که قابل پیش بینی است موجب انتفای قرارداد شود، تعهد قراردادی ساقط است. به عقیده آنان « صرف اینکه طرفین قرارداد یا یکی از آنها باید وقوع حادثه را پیش بینی کند مانع اجرای این نظریه نیست و به همین جهت در دعاوی تاجگذاری ابتلای ادوارد هفتم (که در آن زمان ۶۰ ساله بود) به بیماری به طور معقول قابل پیش بینی بوده و با وجود این نظریه انتفای قرارداد در مورد آن دعاوی اجرا شده است. (Treitel, G, 1990, p764)

۱-۴-۱-۲- مفهوم انتفای قرارداد

در نظامهای حقوقی دیگر برای حل مشکلات قراردادهایی که پس از انعقاد و در اثر تغییر شرایط، اجرای آنها از نظر مادی یا حقوقی (واقعیاً یا حکماً) ناممکن می‌شود راه‌حلهایی اندیشیده شده است. از جمله در حقوق انگلیس که برای چنین موقعیتی نظریه انتفای قرارداد^۱ پذیرفته شده است.^۲ (Anson 1986, pp443-450)

انتفای قرارداد عبارت است از انحلال و خاتمه نابهنگام قرارداد در اثر اوضاع و احوالی که اجرای آن را غیر ممکن ساخته یا غیر قانونی کرده و یا هدف اصلی طرفین را منتفی نموده باشد. به عنوان مثال در موارد زیر قرارداد منتفی خواهد بود: عین معینی که موضوع معامله است از بین برود (ناممکن شدن اجرای قرارداد)^۳ وقوع جنگی ناخواسته طرف قرارداد را به دشمن تبدیل کرده باشد (غیر قانونی شدن اجرای قرارداد)^۴ یا شخصی اتافی را برای هدف خاصی که برای موجر نیز

¹ Frustration

² Anson's Law of Contract, 2ed, Oxford University press, 1986, pp443-450

³ Impossibility of performance

⁴ Illegality

شناخته شده است، اجاره می کند و سپس آن هدف منتفی و دست نیافتنی می شود. (از بین رفتن هدف اصلی)^۱

همانگونه که ملاحظه می شود این قاعده شکلهای گوناگونی دارد که همگی از اسباب سقوط تعهدات قراردادی به شمار می رود که یکی از آنها ممنوعیتهایی است که به وسیله قوانین لاحق برقرار می شود مانند جایی که بعد از تشکیل قراردادی مبنی بر تحویل گندم قانون جدیدی به تصویب می رسد و تمامی گندمها را به نام دولت مصادره می کند.

لازم به ذکر است که حادثه ای که قرارداد را عقیم می کند نباید نتیجه عمل یا انتخاب طرف قرارداد باشد. به عبارت دیگر آن حادثه نباید قابل انتساب به متعهد به شمار آید و عقیم شدن خود ساخته یا خود برانگیخته^۲ نمی تواند مستند قابل قبولی برای نقض تعهد محسوب شود. (Anson, op.cit, p459)

۱-۴-۲- استناد به تحریمها به تفکیک شخص استناد کننده

این موضوع که تحریمها فورس ماژور تلقی می شوند یا دیگر معاذیر قراردادی مستلزم بحث مفصلی است که در این مقاله نمی گنجد اما به طور مختصر می توان گفت ویژگی مشترک تمامی این مفاهیم، خارجی بودن و غیر قابل دفع بودن واقعه ای است که به عنوان مانع اجرای قرارداد تلقی می شود که در این مبحث این دو معیار در خصوص تحریمها سنجیده می شود. لازم به ذکر است که این دو معیار به تفکیک شخص استناد کننده به آن مورد بررسی قرار می گیرد.

۱-۴-۱- استناد به تحریم از سوی اشخاص ایرانی

الف- غیر قابل دفع بودن

¹ Failure of main purpose

² Self-induced Frustration

با وجود ممنوعیت‌هایی که در خصوص منع هرگونه مبادله مالی با اشخاص مشمول تحریم پیش بینی شده است در متن همین قوانین، ترتیباتی جهت پرداخت و ایفای تعهدات قراردادی اشخاص ایرانی به شرح ذیل پیش بینی شده است:

یک- پرداخت مبالغ قراردادی با أخذ مجوز جهت انتقال وجه: در ماده ۱۰ تصمیم شماره ۲۶ ژوئیه ۲۰۱۰ مورخ ۲۰۱۰/۴۱۳/GFSP ضوابطی در خصوص تنظیم و نظارت بر پرداخت ها و انتقال وجوه به و یا از ایران بین اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی و اروپایی پیش بینی شده است. بموجب این ضوابط، حواله و انتقال وجه تا ۴۰ هزار یورو فقط با اطلاع دولت عضو ذیربط و حواله مبالغ بیشتر از آن باید با مجوز قبلی آن دولت بعمل آید. در مورد ترتیب و چگونگی اخذ مجوزهای لازم از دولت های عضو برای انتقال وجوه، شق سوم بند الف ۳ ماده ۳۰ آئین نامه اجرایی مورخ ۲۳ مارس ۲۰۱۲ که جایگزین ماده ۲۱ آئین نامه اجرایی ۹۶۱/۲۰۱۰ مورخ ۲۵ اکتبر ۲۰۱۰ شده است مقرر می کند: «اطلاعیه ها و تقاضا برای کسب مجوز مربوط به انتقال وجوه از اشخاص، مؤسسات یا نهادهای ایرانی که در خارج از قلمرو اتحادیه می باشند، توسط یا از طرف ارایه کننده خدمات بانکی به دریافت کننده وجه، به مقامات ذیصلاح دولت عضوی که دریافت کننده وجه مقیم آن باشد و یا نهاد ارایه دهنده خدمات در آن تشکیل شده تسلیم می گردد.»

مطابق این ضوابط، مسئول اخذ مجوزهای لازم از کشورهای ذیربط عضو اتحادیه در مورد وجهی که قرار است توسط یا مع الواسطه از طرف اشخاص حقیقی یا حقوقی ایرانی از جمله بانک‌ها به حساب طلبکاران حقیقی یا حقوقی مقیم در حوزه اتحادیه اروپا حواله گردد، بانک‌ها یا مؤسسات مالی هستند که از جانب آن طلبکاران اقدام می نمایند.

دو- پرداخت بدهی از محل وجوه مسدود شده: در مواردی که اموال و وجوه اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی بموجب ماده ۲۰ تصمیم ۴۱۳/۲۰۱۰ مسدود گردیده، پرداخت بدهی آن اشخاص از محل وجوه مسدود شده بابت بدهی ناشی از قراردادهای منعقد شده قبلی توسط آنها با رعایت ترتیباتی مجاز گردیده است. بند ششم ماده ۲۰ تصریح می کند: «بند ۱ (که در خصوص انسداد اموال می باشد) نباید شخص یا مؤسسه مورد تحریم را از پرداخت مبالغی که بموجب قراردادهای

منعقدہ قبل از تحریم بر عہدہ گرفته، منع کند مشروط بر اینکه دولت عضو تعیین کند کہ: الف) قرارداد مربوط بہ اقلام، مواد، تجهیزات، کالاہا، فن آوری ہا، ہمکاری، آموزش، کمک مالی، سرمایہ گذاری، دلالی، یا خدمات ذکر شدہ در مادہ ۱ مربوط بہ فعالیت های ہستہ ای و غنی سازی، اقلام و تجهیزات نظامی و یا با استفادہ دوگانہ نباشد. ب) پرداخت مزبور بطور مستقیم یا غیر مستقیم بہ اشخاص ممنوع المعاملہ طبق بند اول صورت نگیرد و پس از اینکه دولت عضو ظرف دہ روز کمیٹہ (تحریم ہا) را از قصد پرداخت یا دریافت این وجوہ یا عندالافتضا صدور مجوز برای رفع انسداد وجوہ و منابع اقتصادی برای این منظور آگاہ نماید. ضوابط اجرایی این مادہ در مادہ ۲۵ آیین نامہ مورخ ۲۳ مارس ۲۰۱۲ (کہ جایگزین مادہ ۱۸ آیین نامہ شمارہ ۹۶۱/۲۰۱۰ شدہ است) پیش بینی شدہ است.»

مطابق بند ہفتم تصمیم ۲۳ ژانویہ ۲۰۱۲ نیز مواردی بہ مادہ ۲۰ تصمیم شمارہ ۴۱۳/۲۰۱۰ اضافہ شدہ است و مطابق آن امکان پرداخت از محل وجوہ و منابع مسدود شدہ بابت پرداخت بدہی های ناشی از قراردادهای تجاری بہ شرط اجازہ دولت عضو پیش بینی شدہ است. در بندہای ہفتم و ہشتم مادہ ۲۰ اصلاحی قید شدہ است:

"۷- بندہای ۱و ۲) (کہ مربوط بہ انسداد اموال و عدم امکان پرداخت از محل آنها می باشد) نسبت بہ مواردی کہ وجوہ یا منابع اقتصادی بوسیلہ یا از طریق بانک مرکزی ایران انتقال یافتہ و پس از تاریخ ممنوع المعاملہ شدن مسدود گردیدہ و در خصوص آن دستہ از وجوہ و منابع اقتصادی کہ پس از تاریخ ممنوع المعاملہ شدن از طریق یا بوسیلہ بانک مرکزی انتقال یافتہ، در صورتی کہ پرداخت مربوط بہ تسویہ بدہی بہ یک مؤسسہ مالی غیر ممنوع المعاملہ در ارتباط با قرارداد تجاری خاصی باشد، اعمال نمی گردد بہ شرط آنکہ دولت عضو ذیربط در ہر مورد تعیین نماید کہ پرداخت بطور مستقیم یا غیرمستقیم بوسیلہ شخص یا مؤسسہ مذکور در بند ۱ دریافت نمی گردد.

۸- بند ۱) (کہ مربوط بہ انسداد اموال می باشد) در مورد انتقال آن دستہ از وجوہ یا منابع اقتصادی کہ توسط یا از طریق بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران از محل وجوہ و منابع اقتصادی مسدود

شده با هدف تسویه بدهی ناشی از فاینانس تجاری به مؤسسات مالی دولت های عضو صورت گرفته، اعمال نمی گردد مشروط به آنکه توسط دولت عضو ذریبط اجازه داده شود.»
بنابراین ایفای تعهدات از طریق انتقال وجوه خارج از قلمرو اتحادیه اروپا مطابق ماده ۱۰ تصمیم مورخ ۲۶ ژوئیه ۲۰۱۰ و یا از محل وجوه مسدود شده در قلمرو کشورهای عضو اتحادیه عملی است.

ب) خارجی بودن

به نظر می رسد تحریمها به دلیل عدم انتساب به عمل اشخاص و خارجی بودن آنها می توانند فورس ماژور تلقی شوند.

۱-۴-۲- استناد به تحریم از سوی اشخاص اروپایی

الف) غیرقابل دفع بودن

همانطور که در بالا اشاره شد اشخاصی که در قلمرو اتحادیه اروپا بوده و موظف به رعایت مقررات وضع شده از سوی اتحادیه اروپا می باشند در برابر عدم ایفای تعهدات قراردادی خود از جمله پرداخت ضمانت نامه‌های متقابل به مقررات یاد شده استناد می نمایند. این اشخاص معمولاً به مقررات اتحادیه اروپا مبنی بر منع انتقال وجوه به اشخاص ایرانی مشمول تحریم و انسداد دارایی آنها استناد می نمایند که فوقاً به آن اشاره شد. اما با وجود محدودیتهای پیش بینی شده در مقررات اتحادیه اروپا در همین مقررات می توان مواد و مستندات ملاحظه نمود که مجوزهایی جهت پرداخت وجوه مربوط به تعهدات قراردادهای منعقد شده قبل از تحریمها پیش بینی نموده است. به عنوان مثال به موجب بند ۲ ماده ۲۹ آیین نامه شماره ۲۰۱۲/۲۶۷ ممنوعیت مندرج در بند ۳ ماده ۲۳ آیین نامه یاد شده در مورد افزایش حسابهای مسدودی که تحت اشکال ذیل صورت می پذیرد، قابل اعمال نمی باشد:

«بهره ها یا سایر دستمزد های مربوط به این حسابها؛

دیونی که پرداخت آن به موجب قراردادهای، توافقات و یا تعهدات ایجاد شده قبل از درج نام اشخاص توسط شورای امنیت سازمان ملل یا شورای اتحادیه اروپا لازم است.»

مجوز فوق مشروط به این است که مبالغی که پرداخت می شود خود به موجب بند ۱ ماده ۲۳ مسدود باشند. یعنی در حساب های مسدودی نزد همان کارگزاران نگهداری خواهند شد.

از ماده فوق چنین استنباط می شود بانک های ضامن نمی توانند در خصوص آن دسته از ضمانتنامه ها که قبل از درج نام بانک های مربوطه ایرانی در فهرست تحریم ها صادر گردیده از تعهد خود شانه خالی نمایند، زیرا آیین نامه در این خصوص اجازه می دهد که مبالغ ضمانتنامه ها به حساب های مسدودی واریز شود. به علاوه در رویه ای که در محاکم خارجی در خصوص استناد به تحریمها به عنوان یکی از موانع اجرای تعهدات قراردادی شکل گرفته است متعاهد اروپایی باید ابتدا به دنبال مجوزهای لازم جهت ایفای تعهدات قراردادی خود رفته و ابتدا به ساکن نمی تواند به تحریمها جهت فرار از ایفای تعهدات قراردادی توسل نماید. در پرونده ملی بانک plc علیه هلبود این موضوع توسط دادگاه تجارت انگلیس مورد بررسی قرار گرفته است. جریان این پرونده از این قرار است که در تاریخ ۲۵ آوریل ۲۰۰۸ مشتری بانک را مطلع نمود که قصد دارد از تسهیلات استفاده کند و مدت استفاده از تسهیلات را تا تاریخ ۳۰ ژوئن ۲۰۰۸ معین نمود. دو ماه بعد یعنی در تاریخ ۲۴ ژوئن ۲۰۰۸ طبق تصمیم شماره 2008/475/EC شورای اتحادیه اروپا، بانک PLC مشمول تحریمهای اتحادیه اروپا شد و این تصمیم متضمن این بود که تمامی اموال بانک یاد شده بلوکه شود. در همان روز وزارت خزانه داری انگلیس نیز مقرره ای در خصوص تحریمهای مالی منتشر نمود که در آن علاوه بر دستور توقیف وجوه بانک به مجوزهایی جهت انجام امور بانک اشاره شده بود. و به طور خاص این موضوع تأکید شده بود که وزارت خزانه داری قصد دارد به اشخاصی که به موجب قراردادهای منعقد شده قبل از تاریخ تحریم در مقابل اشخاص مشمول تحریم ملزم به ایفای تعهدات قراردادی می باشند از جمله اعتبارات اسنادی جایی که شرایط مقرر رعایت شده باشد مجوز پرداخت وجوه مربوطه را بدهد. پس از ۳۰ ژوئن ۲۰۰۸ بانک از مشتری خواست که وجوه مربوط به اعطای تسهیلات را بپردازد و مشتری در مقابل ادعا نمود که توافق انجام شده

مشمول فراست‌ریشن شده و لذا به دلیل تحریم‌های اعمالی تعهدی در خصوص ایفای تعهدات قراردادی خود ندارد. موضوع برای حل اختلاف به دادگاه تجارت انگلیس ارجاع شد. در خصوص نگرفتن مجوز مشتری مدعی بود که قبل از تاریخ منقضی شدن استفاده از تسهیلات گرفتن مجوز غیر ممکن بود و همچنین مشتری مدعی بود که نیاز به اقدامات بیشتری در این خصوص لازم بود که خطر نقض مقررات اتحادیه اروپا را به همراه داشت. به علاوه مشتری ادعا نمود حتی اگر این موضوع فراست‌ریشن تلقی نشود تحریم‌های اتحادیه اروپا و قرار گرفتن ملی بانک در فهرست تحریم موجب غیر قانونی شدن توافق بوده به نوعی موجب ناکافی بودن منابع اقتصادی بانک شده و لذا موجب نقض قرارداد می‌شود. دادگاه ادعاهای مشتری را رد نمود و حکم داد که وجوه مورد مطالبه بانک به وی پرداخته شود چرا که مشتری نتوانسته تحقیقاتی را در ارتباط با گرفتن مجوز از اداره خزانه داری انگلیس انجام دهد.

در این پرونده دادگاه حکم داد که تحریم‌ها به عنوان فراست‌ریشن در نظر گرفته نمی‌شوند چرا که این امکان برای طرف مقابل وجود داشته که بتواند پس از گرفتن مجوز از مقامات صالح وجوه مورد مطالبه را بپردازد. این پرونده اهمیت کسب توصیه را از مراجع ذیصلاح بعد از به وجود آمدن شرایط استثنایی نظیر تحریم‌ها نشان می‌دهد و در واقع تحریم لزوماً به معنای ایجاد شرایط فراست‌ریشن نمی‌باشد.

در پرونده دیگری که شرکت کشتیرانی علیه شرکت بیمه استیم شپ طرح دعوا نمود شرکت بیمه یاد شده شرکت کشتیرانی را در مقابل خسارات ناشی از آلودگی تحت پوشش بیمه ای خود قرار داده بود. در طول مدت بیمه شرکت کشتیرانی مشمول تحریم‌های اتحادیه اروپا شد و وزارت خزانه داری انگلیس مجوز سه ماهه ای صادر کرد که به موسسه بیمه گر اجازه می‌داد که تا سه ماه شرکت کشتیرانی را تحت پوشش بیمه خود قرار دهد و شرکت بیمه گر پس از سه ماه قرارداد بیمه را فسخ کرده و ادعا نمود که معنای مجوز خزانه داری این است که شرکت تنها سه ماه اجازه ارائه خدمات موضوع قرارداد بیمه را به شرکت کشتیرانی دارد. دادگاه در این پرونده حکم داد که مقررات تحریم و مجوز یاد شده به خودی خود قرارداد را منتفی نمی‌کند. درست است که مجوز

ارائه شده مدت محدودتری نسبت به قبل در خصوص ارائه خدمات بیمه ای در نظر می گیرد اما به هیچ وجه قرارداد را منتفی نمی نماید. البته در پرونده دیگری به نام شرکت کشتیرانی آرش علیه شرکت حمل و نقل گروپاما با توجه به اینکه به شرکت بیمه گر اجازه داده شده بود که در صورت اعمال تحریم علیه بیمه شده قرارداد را منتفی نماید دادگاه حکم داد که بیمه گر دارای جنین حقی بوده است.

دادگاه انگلیس در رأی دیگری که در پرونده پرشیا اینترنشنال PLC و DVB BANK SE صریحاً اعلام نمود که تحریمها نمی توانند مانع از اجرای تعهدات بدهکار به بانکهای تحت تحریم باشند. از این قضایا می توان اینطور نتیجه گرفت که علیرغم اینکه تحریمها به این دلیل اتخاذ شده است که اشخاص مشمول تحریم را تحت فشار بیشتری قرار دهند اما دادگاهها تمایل کمتری دارند که متعاهدین اروپایی آنها را دستاویزی جهت فرار از تعهدات قراردادی خویش قرار دهند.

ب) خارجی بودن

این موضوع بسته به این که شخص استناد کننده به تحریم دولتی باشد یا خصوصی متفاوت است چرا که در مواردی که شخص استناد کننده خصوصی باشد تحریم ها به عنوان یک مانع قانونی برای وی تلقی می شود اما اگر شخص استناد کننده دولتی باشد با توجه به دخالتی که دولت (به نحوی که در بخش بعدی این مقاله به صورت مفصل به آن پرداخته خواهد شد) در تدوین چنین مقرراتی دارد چنین مقرراتی خارجی نبوده و لذا خارجی تلقی نخواهد شد.

۲- مقابله با تحریم های مربوط به ضمانت نامه های بانکی

با توجه به اینکه ضمانت نامه های بانکی خود به عنوان تضمین انجام تعهدات قراردادی تلقی می شوند و به علاوه بخش عظیمی از منابع مالی کشور به دلیل عدم پرداخت آنها ممکن است تحت تأثیر قرار گیرد و همچنین ماهیت صدور آنها که ضمانت اجرا جهت انجام تعهدات طرفین قرارداد اصلی می باشد لازم است چاره ای در خصوص معضل مربوط به تحریم آنها اندیشیده شود که

نگارنده در ذیل راهکارهای حقوقی مربوط به این قراردادها در مقابل تدابیر محدود کننده را پیشنهاد می نماید.

۲-۱- انتقال عایدی ضمانت نامه

با توجه به اینکه ضمانت نامه موجد حقوقی برای ذینفع می باشد که مستقیماً از خود سند مذکور نشأت می گیرد، بر اساس قواعد کلی ذینفع باید حق تصرف در این حقوق و از جمله انتقال آن را داشته باشد. البته چنانچه در متن ضمانت نامه به صراحت قابلیت انتقال سند پیش بینی شده باشد، با توجه به اصل حاکمیت اراده در حقوق تجارت بین الملل و اصل کلی قابلیت انتقال حقوق نباید در صحت چنین توافقی تردید نمود. اما اگر در متن ضمانت نامه، شرط صریحی در مورد قابلیت انتقال سند وجود نداشته باشد باید به قانون یا مقررات حاکم بر ضمانت نامه مراجعه نمود. مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین المللی در خصوص ضمانت نامه های بانکی (URDG458) در این خصوص مقرره ای دارد که طبق آن میان واگذاری سند ضمانت نامه و حقوق ناشی از آن قائل به تفکیک شده است. طبق ماده ۴ مقررات یاد شده «حق ذینفع در مطالبه وجه ضمانت نامه قابل انتقال نیست مگر اینکه صراحتاً در ضمانت نامه یا اصلاحیه پیش بینی شده باشد مع ذلک این ماده بر حق ذینفع نسبت به انتقال هر گونه عایدی که به موجب ضمانت نامه مستحق آن شده یا ممکن است شود، تأثیری نخواهد داشت.» (Goode, 1993, p215)

ماده ۹ کنوانسیون آنسیترال به موضوع انتقال ضمانت نامه اختصاص یافته است. عنوان ماده مذکور «انتقال حق ذینفع برای مطالبه ضمانت نامه» می باشد.^۱ در بند ۱ ماده یاد شده اصلی ترین حق ناشی از سند یعنی حق مطالبه وجه آن مورد اشاره قرار گرفته و در بند ۲ نیز به نحو صریحتری در مورد شرط قابل انتقال بودن ضمانت نامه ها (و نه حقوق ناشی از آن) سخن به میان آمده است. موضوع انتقال منافع و عایدی ناشی ضمانت نامه در ماده ۱۰ کنوانسیون بیان شده است.

بند یک ماده ۱۰ مقرر می دارد:

¹ Transfer of beneficiary's right to demand of payment

جز در مواردی که ذینفع و ضامن توافق دیگری در ضمانت نامه یا جای دیگر داشته باشند ذینفع می تواند هر گونه عایدی را که به موجب ضمانت نامه مستحق آن است، به شخص دیگری منتقل کند.^۱

منظور از انتقال حق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت نامه ی بانکی، انتقال آن بدون واگذاری خود ضمانت نامه است. اهمیت عملی انتقال حق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت نامه ی بانکی از آنجا ناشی می شود که در بسیاری از ضمانت نامه های بین المللی ذینفع به منظور تحصیل اعتبارات از بانک، حق خود نسبت به منافع احتمالی یا مسلم ضمانت نامه را به بانک اعطا کننده تسهیلات واگذار می کند. تردیدی نیست که حق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت نامه قابلیت انتقال دارد، این انتقال به وسیله قرارداد و بر اساس تشریفات قانونی بین ذینفع (انتقال دهنده) و شخص ثالث (منتقل الیه) منعقد می شود. چنین انتقالی اعم از اینکه در ضمانت نامه پیش بینی شده باشد یا خیر مجاز می باشد. (Bertrams, 1996, pp497-498)

البته این راهکار با نوعی منع قانونی روبرو خواهد بود چرا که ممکن است بانکهای اروپایی به بند سه از ماده ۲۳ مقررات ۲۶۷/۲۰۱۲ مورخ ۲۳ مارس ۲۰۱۲ شورای اتحادیه اروپا استناد نموده و ادعا نمایند به موجب این مقررده هیچگونه وجوه و منبع اقتصادی چه مستقیم و چه غیر مستقیم در اختیار اشخاص حقیقی یا حقوقی، نهادها یا سازمانهای مندرج در فهرست ۸ و ۹ قرار نگرفته و به نفع آنان آزاد نخواهد شد و ممکن است انتقال عایدی ضمانت نامه های متقابل تحت عنوان انتقال غیر مستقیم قرار گرفته و به نوعی دور زدن تحریم ها محسوب خواهد شد.

۲-۲- استفاده از ظرفیت های موافقت نامه های دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه گذاری

عرصه قانونگذاری کشور ما شاهد میزان قابل توجهی از موافقتنامه های دو جانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری با دولتهای دیگر بوده است. معاهدات یاد شده به عنوان قانونی

¹Assignment of proceed

خاص تنها بر رابطه حقوقی دولت متعاقد و اتباع آنها حکومت دارند و در راستای تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری خارجی با اعطای امتیازات و تضمینهایی به سرمایه‌گذار و نیز قانونمند کردن رابطه حقوقی سرمایه‌گذار و دولت سرمایه‌پذیر تصویب شده‌اند. متعاقب تحریمهای اتحادیه اروپا و انسداد وجوه بانکها و مخصوصاً عدم پرداخت وجوه ضمانت نامه بانکی مطالبه شده این مسأله مطرح شد که با توجه به اینکه بانکهای ضامن متقابل به استناد تحریم ها و مقررات اتحادیه اروپا از پرداخت وجه ضمانت نامه ها سر باز می زنند و با توجه به اینکه تحریم های یاد شده با رأی مثبت دولتهای طرف معاهدات مزبور وضع شده اند این تئوری مطرح شد که می توان علیه دولتهای متعاقد موافقت نامه ها طرح دعوی نمود. اما برای طرح دعوی اینچنینی باید چند موضوع را مد نظر قرار داد.

۲-۲-۱- شمول ضمانت تحت عنوان سرمایه

بطور کلی موافقتنامه های دوجانبه سرمایه گذاری تنها از موضوعاتی حمایت می کنند که تحت عنوان سرمایه به مفهومی که در موافقتنامه ها تعریف شده است قلمداد شود. عموماً ماده ۱ موافقتنامه های دوجانبه سرمایه گذاری کلیه موافقتنامه های منعقد شده بین ایران و سایر دولت ها سرمایه را تعریف می کند. به عنوان مثال ماده ۱ موافقتنامه ایران و آلمان در این خصوص مقرر می دارد: «اصطلاح سرمایه گذاری عبارت از هر نوع دارایی از جمله اموال منقول و غیرمنقول و حقوق مربوط به آنها، سهام یا هر نوع مشارکت در شرکت ها، حقوق مالکیت معنوی و صنعتی و حقوق دارای ارزش اقتصادی است که بطور مستقیم یا غیرمستقیم توسط سرمایه گذاران یکی از طرف های متعاقد در قلمرو طرف دیگر طبق قوانین و مقررات آن طرف بکار گرفته می شود.» این تعریف از سرمایه گذاری که کم یا بیش در موافقتنامه های منعقد شده ایران با سایر کشورهای عضو اتحادیه اروپا مانند فرانسه، اتریش، ایتالیا، اسپانیا، فنلاند، لهستان، بلغارستان و رومانی نیز بکار رفته است، کلی بوده و موضوعات مختلفی را شامل می شود. در واقع طبق این ماده جهت تحقق سرمایه گذاری باید آورده ای وجود داشته باشد که این آورده ممکن است نقدی یا غیر نقدی باشد که آورده غیر نقدی می

تواند محسوس یا نامحسوس باشد. آورده غیر نقدی نامحسوس مانند حقوقی که ارزش اقتصادی دارند مانند حق اختراع و آورده های غیرنقدی محسوس اموال منقول یا غیر منقول را شامل می شود. در رویه های داوری با توجه به متن موافقتنامه مورد استناد و سایر شرایط حاکم بر دعوا معیارهای جزئی تری در خصوص اطلاق عنوان سرمایه بر موضوع مورد اختلاف توسط دیوان های داوری در نظر گرفته شد. به عنوان مثال در پرونده سالینی علیه مراکش^۱ که در دیوان داوری ایکسید مطرح شد و در تعیین قلمرو شمول موافقتنامه ها در دیوان های دیگر داوری به آن استناد شده معیارهای ذیل در نظر گرفته شد:

۱. سرمایه گذار می بایست حجم عظیم و قابل توجهی از منابع فنی و مالی را به پروژه اختصاص دهد.
۲. سرمایه گذار باید انتظار بازگشت منظم سود را داشته باشد.
۳. سرمایه گذاری برخلاف قراردادهای تجاری عادی باید واجد طول مدت قابل توجهی باشد.
۴. سرمایه گذار باید ریسک قابل توجهی را تقبل کرده باشد. (Nadakavukaren, 2013, p91).

البته ذکر این نکته لازم است که معیارهای فوق با لحاظ ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید در نظر گرفته شده است. با توجه به توضیحاتی که فوقاً به آن اشاره شد علیرغم اینکه با استناد به متن موافقتنامه ها وجه ضمانت نامه های بانکی ممکن است به عنوان سرمایه تلقی شود اما به نظر نمی رسد واجد معیارهایی باشد که در رویه داوری ایجاد شده پس از پرونده سالینی برای یک سرمایه گذاری مد نظر قرار می گیرد. در خصوص تضمین به طور خاص و اطلاق عنوان سرمایه بر آن می توان به دوقضیه جوی ماینینگ علیه مصر و البالکات علیه آرژانتین اشاره نمود.

در قضیه جوی ماینینگ علیه مصر، قراردادی میان جوی ماینینگ به عنوان پیمانکار و سازمان عمومی پروژه های صنعتی و معدنی مصر جهت احداث معدن منعقد شده بود که پیمانکار جهت حسن انجام کار و پیش پرداخت دستور صدور ضمانت نامه هایی را به نفع کارفرما صادر نموده بود.

¹ Salini v Morocco, 2001

و مقرر شد طبق جدول زمانی و همزمان با اتمام بخشهای مختلف پروژه قسمتی از ضمانت نامه‌ها آزاد شود. در طول پروژه مشکلاتی به وجود آمد که جوی ماینینگ آن را ناشی از مشکلات زمین شناسی و مدیریت ضعیف کارفرما می‌دانست و این در حالی بود که کارفرما آن را از تجهیزات پیمانکار می‌دانست. به هر حال پیمانکار با توجه به تحویل کامل تجهیزات و آزمایش همگی آنها ادعا می‌نمود که ضمانت نامه باید آزاد شود و کارفرما به دلیل اختلافاتی که به وجود آمد ضمانت نامه‌های یاد شده را آزاد ننمود. شرکت ادعا نمود که قرار داد یک قرارداد سرمایه‌گذاری بوده و تصمیم سازمان عمومی به نوعی نقض معاهده تلقی می‌شود و به طور خاص ادعا نمود که ملی کردن یا اقداماتی شبیه به مصادره در خصوص ضمانت نامه‌های بانکی صورت گرفته که باعث شده است که از انتقال آزاد منابع اقتصادی جلوگیری شود و همچنین تبعیض صورت گرفته و اصل رفتار منصفانه و حمایت کامل رعایت نشده است. دفاع خواننده بر سه مینا استوار بود:

۱. تمامی اختلافات ناشی از قرارداد باید در مرجع حل اختلاف مقرر در قرارداد حل و فصل

شوند

۲. هیچ نقضی از طرف دولت مصر صورت نگرفته است.

۳. شرایط مواد ۲۵ و ۲۶ کنوانسیون ایکسید رعایت نشده و لذا سرمایه‌گذاری به مفهومی

که در معاهده و کنوانسیون آمده رعایت نشده است.

خواننده ادعا می‌کند ضمانت نامه یکی از تعهدات قراردادی پیمانکار بوده و تا زمانی که ادعایی در خصوص اصل اجرای قرارداد داشته باشد قانوناً آزاد نخواهد شد. و اصلاً سرمایه‌گذاری به معنای ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید و ماده ۱ معاهده دوجانبه وجود ندارد. در مقابل خواهان ادعا نمود ضمانت نامه بانکی طبق ماده ۱ عهدنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری تلقی می‌شود چرا که به موجب ماده یاد شده:

«سرمایه شامل هر نوع مال و دارایی، وثیقه یا رهن و ادعای پول یا هر نوع تعهدی که دارای ارزش مالی باشد، می‌شود و ضمانت نامه هم نوعی وثیقه می‌باشد. دیوان داوروری با توجه به اینکه در کنوانسیون ایکسید از سرمایه‌گذاری تعریفی نشده به متن معاهده دوجانبه مراجعه نمود. دیوان

استدلال خواهان را جهت تلقی نمودن ضمانت نامه بانک به عنوان سرمایه نپذیرفت و اعلام نمود که ضمانت نامه بانکی یک مسئولیت مشروط می باشد چرا که می بایست پس از انجام تعهدات قراردادی طبق جدول زمانی آزاد شود و اینکه این مسئولیت مشروط را به عنوان سرمایه تلقی نماییم در واقع از مفهوم سرمایه گذاری به معنایی که در ماده یک عهدنامه آمده است دور شده ایم. استدلال دیگر خواهان این بود که ضمانت نامه ذیل عنوان وثیقه طبق ماده ۱ قرار می گیرد. دیوان این استدلال را نیز نپذیرفت و با توجه به اینکه طرفین از ابتدا ضمانت نامه را به عنوان سرمایه تلقی نکرده بودند و به علاوه هیچ یک از مجوزهایی که در مصر جهت حمایت از سرمایه گذاری معمول است توسط خواهان اخذ نشده بود ضمانت نامه را مشمول عنوان سرمایه ندانست.^۱

این در حالی است که دیوان داوری ایکسید در رأی دیگری تضمین های دولتی را با توجه به تعریف سرمایه در موافقتنامه و اینکه خواهانها در مقابل یک حق تضمینی پول پرداخت نموده اند و این حق به موجب ماده (c) 1(I) موافقتنامه دوجانبه آرژانتین و ایتالیا سال ۱۹۹۰ تضمین شده است آن را مشمول عنوان سرمایه تلقی نموده و تحت حمایت موافقتنامه دوجانبه سرمایه گذاری دانست و آنها را دارای ماهیت کاملاً مالی دانست چرا که آنها به سود دولت توسط بانکها فروخته شده بودند.^۲ به عقیده دیوان عباراتی که در موافقتنامه سرمایه را تعریف نموده بدون هیچ محدودیتی شامل تمامی حقوق و خدماتی می شوند که ارزش اقتصادی دارند از جمله عایدی سرمایه گذاری شده.^۳ عنوان تعهد^۴ در ماده یاد شده ممکن است به ارزش اقتصادی بازگردد که در یک عنوان

¹ Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt ICSID Case No.ARB/03/11 Award on Jurisdiction, August 6, 2004, <http://www.asli.org/ilib/JoyMining.Egypt.pdf> & Columbia Program on International Investment Karl P Sauvart Executive Director, Appeals Mechanism in International Investment Disputes, Oxford University Press, 2008, p93-95 & Douglas, Zachary, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009, p229

² obligations, private or public titles or any other right to performances or services having economic value, including capitalized revenues

³ Capitalized revenue

⁴ obligation

اعتباری در نظر گرفته شده و نشان دهنده قرضی است که داده شده است. این نوع تعهدات در زبان انگلیسی تضمین^۱ نامیده می‌شوند که در واقع دارای ارزش مالی است.^۲

۲-۲-۲- نقض تعهداتی که طرفین به موجب موافقتنامه‌ها برعهده گرفته‌اند

۲-۲-۲-۱- نقض تعهد به بازگشت و انتقال سرمایه

کلیه موافقتنامه‌های تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری، تعهداتی در خصوص بازگشت و انتقال سرمایه دارند و انسداد وجوه مربوط به ضمانت‌نامه‌ها مغایر با تعهد دولتهای میزبان به آزادی انتقال وجوه با هدف ایجاد، اداره یا گسترش سرمایه‌گذاری، بعلاوه، آزادی بازگشت عواید حاصله از سرمایه‌گذاری و آزادی انتقال وجوه لازم‌بمنظور بازپرداخت وام‌ها و وجوه ناشی از تصفیه یا انتقال سرمایه‌گذاری می‌باشد.

۲-۲-۲-۲- نقض تعهد به داشتن رفتار عادلانه منصفانه

همه موافقتنامه‌های تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در بردارنده موادی است که کشور میزبان را متعهد به داشتن رفتار عادلانه و منصفانه نسبت به سرمایه‌گذار در قلمرو دولت میزبان سرمایه‌می‌کند. برای مثال در بند سوم ماده ۲ موافقتنامه میان ایران و آلمان مقرر شده است: «طرف‌های متعاقد همیشه اعمال رفتار عادلانه و منصفانه نسبت به سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف متعاقد دیگر را تضمین خواهند کرد و مدیریت، فعالیت، نگهداری، استفاده، تغییر شکل،

¹ bond

² *Abaclat & Others v The Argentine Republic*, ICSID CASE NO. ARB/07/5, P355

بهره مندی، فروش یا واگذاری سرمایه گذاری های مزبور را به هیچ وجه مشمول اقدامات تبعیض آمیز قرار نخواهد داد».

با توجه به اینکه طبق ماده ۳۸ مقررات ۲۰۱۲/۲۶۷ اتحادیه اروپا هیچ یک از بانکهای ایرانی حق ندارند وجوه مربوط به ضمانت نامه های بانکی را دریافت نمایند و با اتخاذ تدابیر اینچنینی علیه بانکها آنها از داشتن حداقل استانداردها محروم نموده اند.

۲-۲-۲-۳ انقضی تعهد به عدم مصادره

در همه ی موافقتنامه های منعقد شده میان دولت ایران و دولتهای اروپایی برای متعاهدین تعهداتی در خصوص عدم مصادره اموال و سرمایه های سرمایه گذاران توسط دولت میزبان وجود دارد به عنوان مثال ماده ۵ موافقتنامه منعقد شده میان ایران و فرانسه در خصوص مصادره مقرر می دارد: «سرمایه گذاری های سرمایه گذاران هر یک از طرف های متعاقد توسط طرف متعاقد دیگر ملی، مصادره و سلب مالکیت نخواهد شد و یا تحت تدابیر مشابه قرار نخواهد گرفت».

همانگونه که اکثر نویسندگان عقیده دارند و در رویه دیوانهای داوری نیز پذیرفته شده است دخالتهای دولت در حقوق مالی بیگانگان منحصر به ضبط اموال به نحو مستقیم نیست و اقدامات دولت که نتیجه آن محرومیت بیگانه از اموال خود باشد نیز همانند ضبط اموال به نحو مستقیم می تواند مسؤولیت دولت را به همراه داشته باشد. (پیران، حسین، ۱۳۷۳، ص ۳۹۴)

برخی ادعا می کنند در صورتی که دولت به نحوی در قراردادهای مداخله کند که عملاً وجود آنها را بی اعتبار سازد و از این طریق باعث ورود ضرر و زیان به یکی از طرفین شود، به صورت ضمنی مالکیت را سلب نموده است. مثلاً در پرونده اینترنتشال سیستمز اند کنتراز کورپورشین علیه جمهوری اسلامی ایران، دولت با متوقف ساختن پرداختها، فراخواندن پیمانکار جهت مذاکرات و در عین حال خودداری از پرداخت وجه و یا شروع مجدد کار، بدون آنکه قراردادها فسخ کند، پرداختها را متوقف می سازد و بدین ترتیب به صورت عمده ی به اقداماتی دست می زند که پیمانکار را متوقف کرده وی را از کلید منافع بالقوه کسب و کارش محروم می سازد. در این پرونده دیوان

تصدیق می‌کند که ممکن است حتی بدون ملی کردن یا سلب مالکیت رسمی نیز، در صورتی که دولت به نحو غیرمنطقی در استفاده از مال مداخله کرده باشد، ضبط مال واقع شود.

- برای اثبات این ادعا که دولت ایران حقوق قراردادی متعلق به کانتینرهای مورد اجاره هانزا لاین، سی‌ترین لاینز و سی‌ترین اس.ا. را مصادره کرده، سی‌کو باید ثابت کند که حقوق قراردادی نقض شده و این نقض ناشی از دستورالعمل‌ها، توصیه‌ها یا دستورات دولت ایران بوده است.^۱

در پرونده فلیس داج کورپورشین^۲، دیوان مطالبی را به شرح زیر ذکر می‌کند:

«محروم کردن از اموال یا گرفتن آنها می‌تواند طبق حقوق بین‌الملل از طریق مداخله دولت در استفاده از مال یا بهره‌مند شدن از مزایای آن صورت گیرد، حتی وقتی که این عمل، تأثیری در مالکیت قانونی آن مال نداشته باشد. در حالی که به دست گرفتن کنترل اموال توسط دولت، خود به خود و بلافاصله این نتیجه‌گیری را که دولت آن اموال را ضبط کرده، و بنابراین طبق حقوق بین‌الملل مستلزم پرداخت غرامت است، توجیه نمی‌کند، مع‌هذا هرگاه رویدادها نشان دهد که مالک از حقوق اساسی مالکیت محروم شده و ظاهراً محرومیت امری صرفاً گذار نبوده، این چنین نتیجه‌گیری قابل توجیه است. قصد دولت اهمیت کمتری از آثار اقدامات دولت بر صاحب مال داشته و شکل کنترل یا مداخله، از واقعیت اثر آن کنترل و مداخله حائز اهمیت کمتری می‌باشد.^۳

با توجه به آنچه گفته شد و ملاحظه می‌شود که مالک باید حداقل از پاره‌ای حقوق اساسی مالکیت محروم گردیده و این محرومیت نیز نباید امری گذرا باشد. ادعای متفی شدن کسب و کار، باید از حد نقض عادی قرارداد فراتر رود. ضمن اینکه ممکن است عمل شبه جرم به قرارداد مربوط باشد اما از قرارداد ناشی نشده باشد.

¹ See flexi-van leasing, Inc v Iran, Award No 259-361-1, at 20 (130 .1986) reprinted in 12 Iran-US C.T.R , 335, 349

See also seaco Inc v Iran, Award No 531-260-2, 28 Iran-US

² Phelps Dodge Corp v Iran, Award No. 217-99-2) (19 March 1986), 10 Iran-US. C.T.R. P 32

³ Tippets, Abbatts, Mc Carthy, Stratton v Tams-Affa Consulting Engineers of Iran ef al, Award No.141-7-2 29 June 1984, 6 Iran-US. C.T.R P 225

ممکن است عملکرد دولتهای اروپای در خصوص ضمانت نامه های بانکی را بتوان تحت عنوان مصادره غیر مستقیم لحاظ نمود. چرا که در بسیاری از آرای دیوانهای داوری دخالت در حقوق قراردادی به نحوی که اجرای قرارداد با مشکل جدی مواجه شود نوعی مصادره غیر مستقیم در نظر گرفته شده است.^۱

۲-۲-۳- قابلیت انتساب نقض عهدنامه ها به دولت های متعاقد

یکی از موضوعات کلیدی در خصوص استفاده از ظرفیت موافقتنامه های دوجانبه سرمایه گذاری این است که تحریم ها منتسب به دولت متعاقد باشد. انتساب عمل مورد شکایت به دولت از عناصر مهم مسئولیت دولت در حقوق بین الملل است و بی شک بار اثبات این امر به دوش طرفی است که مدعی چنین انتسابی است. در این رابطه مدعی باید ثابت کند که عمل مورد شکایت که بنا به ادعا منجر به محرومیت وی گردیده قابل انتساب به دولت است. (پیران، همان ص ۳۹۹) دیوان داوری ایران آمریکا در پرونده اوتیس به صراحت این موضوع را بیان نموده است:

«برای آنکه اوتیس در ادعای خود در دیوان حاکم شناخته شود، باید ابتدا ثابت کند که در حقوق مالکانه وی به اندازه ای مداخله شده که در استفاده حقوق یا بهره مندی از منافع آن تأثیر اساسی گذاشته و وی در اثر این دخالت متحمل زیان شده است و ثانیاً اینکه مداخله قابل انتساب به دولت ایران است... بنابراین دیوان باید دخالتهای مورد شکایت اوتیس را بررسی و تعیین کند که آیا هیچ یک از این مداخلات یا تمامی آنها قابل انتساب به دولت ایران هست یا خیر»^۲

به همین ترتیب در پرونده پترولیم دیوان چنین نتیجه گرفت که هر چند خواهان از اموال خود محروم گردیده ولی نتوانسته مدارکی ارائه دهد که این محرومیت قابل استناد به دولت است.^۳

^۱Pope and Talbot v Canada & Republic S.D.Meyers v Canada see at <http://italaw.com/cases/documents/867>

^۲Otis v Iran & bank mellat, 14 Iran-Us C.T.R ,p283

^۳دعوی پترولیم اینک (Petrolane Inc) علیه ایران، حکم شماره ۲-۱۳۱-۵۱۸ مورخ ۲۴ مرداد ۱۳۷۱

در بحث حاضر با توجه به اینکه مقررات مربوط به تدابیر محدود کننده از طرف شورای اتحادیه اروپا اتخاذ شده اند و از طرفی این دولتها هستند که طرف موافقتنامه های دوجانبه سرمایه گذاری می باشند موضوع انتساب نقض این معاهدات به دولتهای عضو قابل بررسی می باشد. مطابق ماده ۶۱ طرح کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل درباره مسئولیت سازمان های بین المللی هر گاه دولت عضو یک سازمان بین المللی با استفاده از این امر که سازمان در رابطه با یکی از تعهدات بین المللی آن دولت واجد صلاحیت است، مسبب ارتکاب فعلی توسط سازمان گردد که اگر توسط دولت مزبور ارتکاب یافته بود نقض آن تعهد محسوب می گردید، مسئولیت بین المللی خواهد داشت. لذا طبق ماده مزبور جهت تحقق مسئولیت بین المللی چند شرط لازم است. اول اینکه سازمان بین المللی در رابطه با یکی از تعهدات بین المللی آن دولت واجد صلاحیت است. دوم اینکه جهت تحقق مسئولیت بین المللی به شرح فوق باید یک ارتباط قوی میان رفتار دولت و سازمان بین المللی وجود داشته باشد. در واقع سبب عمل سازمان بین المللی، دولت عضو باشد. سوم اینکه سازمان بین المللی فعلی را مرتکب گردد که اگر توسط دولت عضو انجام می شد نقض تعهد تلقی می شد.^۱ در برخی از پرونده هایی که در دادگاه اروپایی حقوق بشر طرح شد این موضوع صریحاً یا به طور ضمنی مورد تأکید قرار گرفته است که هر گاه دولت ها بخشی از اختیارات حاکمیتی خود را به یک سازمان بین المللی منتقل نمایند که در آن عضویت دارند، متعهدند اطمینان حاصل کنند که در سازمان مزبور تعهدات ناشی از معاهدات آنها نقض نشده و حمایت می شوند.^۲ به علاوه، همکاری دولت های عضو شورای اتحادیه اروپا، استدلالی دیگر در جهت مسئول شناختن دولت های طرف موافقتنامه های تشویق و حمایت از سرمایه گذاری با ایران است چون تصمیمات شورا در زمینه سیاست خارجی و امنیت مشترک به اتفاق آراء اتخاذ می گردد بنابراین، هر یک از دولت ها حق وتو دارد و عدم مخالفت هر دولت اروپایی طرف موافقتنامه با ایران، زمینه نقض تعهدات بین المللی را فراهم ساخته است.

¹ Commentary of Article 61, Yearbook ILC 2011, p.95

² Gasparini ECHR, application No 10750/03, decision of 12 May 2009, Issued in French, text available at www.rtdh.eu

نتیجه گیری:

به دلیل تضمینی بودن ماهیت ضمانت نامه های بانکی لازم است که راهکارهای حقوقی مناسب جهت مواجهه با تحریمهای اعمالی اندیشیده و قبل از هر اقدام حقوقی ابتدا باید به مقررات اتحادیه اروپا جهت استفاده از راهکارها و ظرفیتهای موجود در این مقررات جهت اخذ مجوزهای پرداخت وجوه مربوط به ضمانت نامه های بانکی مراجعه شود. زمانی که در مقررات چنین مجوزهایی پیش بینی شده باشد بانکهای خارجی به راحتی و بدون مراجعه به مراجع ذیصلاح جهت اعطای مجوز نمی توانند به تحریمها به عنوان موانع اجرای قرارداد استناد نمایند. در صورت عدم بهره گیری از چنین مجوزهایی استفاده از ظرفیت موافقتنامه های سرمایه گذاری می تواند به عنوان یکی از راهکارهای حقوقی مقابله با تحریم از سوی دولت و سرمایه گذاران ایرانی جهت اعتراض به دول اروپایی ذیربط با رجوع به مراجع حقوقی جهت رسیدگی به دعوی مورد توجه قرار گیرد. البته اتخاذ چنین راهکاری مستلزم این است که وجوه مربوط به ضمانت نامه ها که بر اثر اقدامات محدود کننده توقیف شده مشمول تعریف سرمایه و تضییقات مالی اعمال شده ناشی از تحریمها مشمول عناوین نقض تعهدات دولت میزبان و تصمیمات شورا و کمیسیون اتحادیه اروپا منتسب به دولتهای متعاقد شود.

-منابع فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ هشتم، تهران، کتابفروشی اسلامیه
۲. پیران، حسین، مصادره غیر مستقیم در حقوق بین الملل و رویه دیوان داوری، مجله حقوقی، شماره هجدهم و نوزدهم، ۱۳۷۳
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲
۴. کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری-مسئولیت مدنی، چاپ سوم، دانشگاه تهران، ۱۳۷۰
۵. صفایی، سید حسین، قوه قاهره یا فورس ماژور، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۳، تابستان ۱۳۶۴
۶. معدل، جلیل، بحثی درباره فورس ماژور و حوادث مترقبه، مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره نخست، اسفند ماه ۱۳۵۱

-Articles and books:

7. Anson's Law of Contract, 2ed, Oxford University press, 1986
8. Barry Nicholas: "The French Law of Contract", 2nd, Clarendon Press Oxford, 1992
9. Brunner, Christoph, Force Majeure and Hardship under general contract, Kluwer Law International, 2009
10. Bertrams, R.I.V.F. Bank Guarantees in International Trade, 2nd ed, The Netherland, Kluwer, 1996
11. Columbia Program on International Investment Karl P Sauvart Executive Director, Appeals Mechanism in International Investment Disputes, Oxford University Press, 2008
12. Douglas, Zachary, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009
13. Goode, Roy: "Guide to The ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No. 510, 1993
14. Nadakavukaren Schefer, Krista, International Investment Law: Text, Cases and Materials, Edward Elgar Publishing, 2013
15. Treitel, G.H, The Law of Contract, London, Steven & son, 7th ed, 1990

-List of cases:

16. Gasparini ECHR, application No 10750/03, decision of 12 May 2009
17. Salini v Morocco 2001
18. Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt ICSID Case No. ARB/03/11 Award on Jurisdiction, August 6, 2004
19. Abaclat & Others v The Argentine Republic, ICSID CASE NO. ARB/07/5
20. flexi-van leasing, Inc v Iran, Award No 259-361-1, at 20 (130 .1986) reprinted in 12 Iran-US C.T.R
21. also seaco Inc v Iran, Award No 531-260-2, 28 Iran-US C.T.R
22. Phelps Dodge Corp v Iran, Award No. 217-99-2) (19 March 1986), 10 Iran-US. C.T.R
23. Tippetts, Abbatts, Mc Carthy, Stratton v Tams-Affa Consulting Engineers of Iran et al, Award No. 141-7-2 29 June 1984, 6 Iran-US. C.T.R
24. Pope and Talbot v Canada & Republic S.D. Meyers v Canada

مطالعه تطبیقی روش‌های حمایت از بیمه‌گذار در قراردادهای الحاقی بیمه در حقوق ایران و آمریکا

وحید قاسمی عهد^۱

علیرضا رست^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۲/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۰۸

چکیده

قرارداد الحاقی یا استاندارد عبارت است از قراردادی که بوسیله یکی از طرفین قرارداد نوشته و به طرف دیگر پیشنهاد می‌شود، طرف دیگر قرارداد نیز بی آنکه بتواند در خصوص شروط قرارداد مذاکره نماید، تنها این فرصت را دارد که یا قرارداد پیشنهادی را بپذیرد یا کلاً از آن صرف‌نظر نماید. بسیاری از قراردادهای بیمه (نه تمام آنها) نیز جز قراردادهای الحاقی محسوب می‌شوند. بیمه‌گران که دارای قدرت معاملاتی برتری هستند بنا به مقتضیات صنعت بیمه ابتدا در فرمهای از پیش تعیین شده یا استاندارد شروطی را می‌گنجانند و بیمه‌گذار تنها امکان رد یا قبول کل را دارد. بنا به ماهیت این قراردادها گاه شروط مبهم، غیر منتظره یا خلاف وجدانی در این قراردادها وجود دارد. در این مقاله ابتدا تلاش بر این شده است که روشهایی را که در حقوق آمریکا برای حمایت از بیمه‌گذاران در برابر این دسته از قراردادها وجود دارد معرفی گردد. منجمله روشهای حمایتی بکارگیری قواعدی چون تفسیر علیه پیش‌نویسنده قرارداد، قاعده استاپل، دکترین خلاف وجدان بودن شروط و قراردادها و قاعده انتظارات معقول است و سپس بررسی می‌شود که تا چه حدی این روشها در حقوق ایران قابل اعمال می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: قرارداد بیمه، قرارداد الحاقی، حمایت از بیمه‌گذار، قرارداد استاندارد، مطالعه

تطبیقی

^۱ استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد اراک (نویسنده مسئول) - v.ghassemi@gmail.com

^۲ علیرضا رست دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی

مقدمه:

دنیا در حال تغییر است نوع روابط بشر نیز به تبع آن دستخوش دگرگونی شده است. بدیهی است که نوع روابط حقوقی نیز هر روزه تغییر می کند. دهه های متمادی است که قراردادهای جدیدی پا به عرصه حوزه تجارت نهاده اند. قراردادهای الحاقی از جمله این نوع قراردادهاست. قرارداد الحاقی یا استاندارد عبارت است از قراردادی که بوسیله یکی از طرفین آنرا نوشته و به طرف دیگر پیشنهاد می شود، طرف دیگر نیز بی آنکه بتواند در خصوص شروط قرارداد مذاکره نماید یا توانایی تغییر و اصلاح آنرا داشته باشد، تنها این فرصت را دارد که یا قرارداد پیشنهادی را بپذیرد یا آنرا رد نماید. ضرورت وجود این نوع قراردادها برای زندگی امروز انکار ناپذیر است. بانکها، موسسات حمل و نقل و بیمه ها عمده قراردادهای خود را در قالب قراردادهای الحاقی تنظیم می کنند. این قراردادها گاه موجب بروز ناعدالتی ها و مشکلاتی برای الحاق شوندگان به قرارداد می شود. در برخی از موارد، همانگونه که خواهیم دید قواعد سنتی قراردادها پاسخگوی این مشکلات نیست. برای نمونه فرض کنید شخصی برای پرواز هوایی خود به مقصد شهری بیمه نامه عمر دریافت می کند تصور معقول و معمولی او از این بیمه نامه این است که سفر تحت پوشش بیمه باشد. حال از یکسو، در قرارداد شرطی درج شده باشد که تنها پروازهای طبق برنامه تحت پوشش بیمه است و از سوی دیگر بنا به مشکلات و نقص فنی هواپیما یا شرایط جوی پرواز باطل شود و بیمه گذار ساعاتی بعد با پرواز جایگزینی مسافرت می کند و هواپیما سقوط نماید. آیا ذینفع می تواند از بیمه نامه عمر استفاده نماید؟ قواعد سنتی قراردادها به استناد اصولی چون آزادی قراردادها و لزوم به این پرسش پاسخ منفی می دهد؛ زیرا، پرواز طبق برنامه نبوده است. اما حقوق مدرن با روشهای حمایتی خود تلاش می کند که در قراردادهای الحاقی پوشش بیمه ای برای پرواز اخیر در نظر بگیرد؛ زیرا، انتظار معقول از خریداری این بیمه نامه این است که سفر هوایی را بیمه نماید و این شرط غیر منتظره را باطل و بی اعتبار سازد. در ذیل پس از شناسایی قراردادهای الحاقی، به نمونه هایی از این تلاشها خواهیم پرداخت.

۱. تعریف قراردادهای الحاقی و استاندارد بیمه

بسیاری از قراردادهای بیمه در فرمهای از پیش تعیین شده یا استاندارد منعقد می شوند؛ به گونه ای که طرفین قرارداد در آن به چانه زنی برای انعقاد قرارداد نمی پردازند (Kenneth S. Telford Hollman, 1978, p32: Abraham, 2000, p275).. از جمله این قراردادها بیمه اتومبیل (اعم از بیمه ثالث و بیمه بدنه) بیمه های عمر و سرمایه گذاری، بیمه های حوادث، بیمه های آتش سوزی و.. است. بیمه گذاران عمدتاً با این فرض که کلیه پوشش های بیمه ای را خریده اند و پوشش کافی وجود دارد، قرارداد را منعقد می نمایند.

در یک تعریف ابتدایی می توان گفت قرارداد الحاقی عبارت است از فرم قرارداد که بوسیله یکی از طرفین قرارداد (که عموماً دارای قدرت معاملاتی برتری است) نوشته و به طرف دیگر (که دارای قدرت معاملاتی کمتری است) پیشنهاد می شود، طرف ضعیف نیز بی آنکه بتواند در خصوص شروط قرارداد مذاکره نماید، یا توانایی تغییر و اصلاح شروط آنرا داشته باشد تنها می تواند یا قرارداد پیشنهادی را بپذیرد یا کلاً از آن صرف نظر نماید. برخی در مقام تعریف قرارداد الحاقی گفته اند: «یک متن از پیش تنظیم شده است که حاوی جزییات قرارداد از قبیل حقوق، تعهدات و مسوولیت های طرفین، موارد نقض قرارداد، ضمانت اجرای نقض تعهدات و چگونگی حل و فصل اختلافات می باشد که یکی از طرفین به طرف مقابل ارائه می نماید و به او امکان داده نمی شود که شروط مزبور را مورد بحث و مذاکره قرار دهد و یا آن ها را تغییر دهد و در نتیجه انعقاد قرارداد به پذیرش کلیه شروط مزبور منوط می باشد» (شیروی، ۱۳۸۰، ص ۷۰). البته این نویسنده همانند بسیاری از نویسندگان معتقد است که بجای تعریف قرارداد بهتر است مشخصات آن مورد بحث قرار گیرد. (Rakoff, 1983, p896: David Goodhu, 1991, p1177). بطور خلاصه، مشخصات این قرارداد عبارتند از کتبی بودن، غیر قابل مذاکره بودن شروط، قدرت معاملاتی برتر پیش نویسنده، استفاده مکرر از فرم قراردادی و... (شیروی، ۱۳۸۰، ص ۷۰-۷۱: Todd D. Rakoff, 1983, p1177).

در حقوق کشورهای دارای حقوق کامن لا به این نوع قراردادها قرارداد استاندارد^۱ نیز می‌گویند. در حقوق ایران نیز نام‌های متعددی برای این قرارداد از سوی حقوقدانان نهاده شده است که می‌توان به قراردادهای تحمیلی، قرارداد های تصویبی و قراردادهای الحاقی اشاره کرد (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۸۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص ۴۵۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۰) به نظر می‌رسد عنوان قرارداد الحاقی مقبولیت و شهرت بیشتری بین حقوقدانان یافته است.

در این نوع قراردادها، طرفی که قدرت معاملاتی کمتری دارد و به تعبیر دیگر قدرت چانه زنی کمتری دارد باید به هر شرط موجود در قرارداد پیشنهادی تن دهد بی آنکه بتواند شرطی را کم یا زیاد نماید. (p1173 Todd D. Rakoff, ۱۹۸۳) این وضع دقیقاً اصل آزادی قراردادی را تحت تاثیر خود قرار می‌دهد (Susan Randall, 2008, p109). زیرا همانگونه که گفته اند یکی از نتایج اصل این است که « اشخاص می‌توانند قراردادها را به هر صورت که مایلند منعقد سازند و نتایج و آثار آن را آزادانه منعقد کنند» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۴۴)؛ با توجه به اینکه در عالم واقع بیمه‌گران فرمهای قراردادی تقریباً یکسانی را مورد استفاده قرار می‌دهند بیمه‌گذار نیز در یک دو راهی قرار می‌گیرد که یا باید تسلیم قرارداد پیشنهادی شود یا اینکه سراسر عمر بدون پوشش بیمه‌ای زندگی را سپری نماید. ماهیت خاص قراردادهای الحاقی موجب شده که به نظر بسیاری از نویسندگان حقوقی ماهیتی جدا از قراردادهای عادی داشته باشد. (Kessler, 1943, p 629, 636)

لازم به ذکر است بسیاری از قراردادهای بیمه، مانند بیمه، آتش سوزی و بیمه بدنه خودرو که در ایران مورد استفاده قرار می‌گیرد از مصادیق قراردادهای الحاقی می‌باشند. عموماً قراردادهای متشکل از دو نوع شرط هستند. شروط عمومی که توسط شورای عالی بیمه تصویب می‌شوند و شرایط اختصاصی که توسط شرکتهای بیمه تدوین و در پشت بیمه‌نامه‌ها بصورت چاپی شکل درج می‌شود. بررسی مفاد بیمه‌نامه‌ها نشان می‌دهد که بیمه‌نامه‌ها با ادبیات مختلف در تعقیب یک هدف تهیه می‌شوند.

¹ standard or boilerplate

همانگونه که برخی از نویسندگان گفته اند با توجه به روش و شکل انعقاد قرارداد نباید همه قراردادهای بیمه را جز قراردادهای الحاقی شمارش کرد. قراردادهایی الحاقی محسوب می شوند که متقاضی بیمه فرم از پیش تهیه شده بیمه نامه را دریافت می کند و بی آنکه توانایی مذاکره و چانه زنی و تغییر یا اصلاح شروط ضمن آنرا داشته باشد تنها می تواند تمام بیمه نامه را قبول یا رد نماید. (William A. Mayhew, 1986, p897): David Goodhu, 1991, p897): Holmes, 1978, p381: Holmes, 1978, p381: David Goodhu, 1991, p897): William A. Mayhew, 1986, p2) اما آن دسته از قراردادهایی که شروط آن پیرو مذاکره تهیه شده یا قابلیت مذاکره دارد، حتی اگر به صورت فرم قراردادی هم در اختیار بیمه گذار و متقاضی بیمه قرار گیرد، جز قرارداد الحاقی محسوب نمی شود. (William A. Mayhew, 1986, p2). نابرابری دانش و قدرت معاملاتی بیمه گذار و بیمه گر و این واقعیت که بسیاری از قراردادهای بیمه پس از انعقاد به رویت بیمه گذار می رسد دلایل عمده است که قرارداد بیمه را در زمره قراردادهای الحاقی قرار می دهد. در عمل بسیاری از قراردادها پس از واریز حق بیمه از سوی بیمه گذار، بی آنکه بیمه گذار قرارداد را مطالعه کند چند روز بعد از طریق پست به او تحویل می شود و در آن هنگام است که بیمه گذار فرصت و امکان مطالعه بیمه نامه را می یابد.

۲. ضرورت الحاقی بودن برخی از قراردادهای بیمه

علیرغم اینکه قراردادهای بیمه در برخی از مواقع مشکلاتی را برای بیمه گذاران در بر دارد اما نباید به واقعیات عملی و ضرورت وجود آن برای صنعت بیمه بی تفاوت ماند. از لحاظ عملی قراردادهای الحاقی یک ضرورت انکار ناپذیر برای صنعت بیمه محسوب می شود. زیرا:

- بیمه گران بجای اینکه با تک تک بیمه گذاران مذاکره نمایند با هزینه کمتری تعداد انبوهی از قرارداد بیمه (بیمه نامه) و فرمهای از پیش تهیه شده را در اختیار متقاضی بیمه نامه قرار می دهند.

- بیمه‌گران ریسکهای خاصی که گروهی از بیمه‌گذاران با آن روبرو هستند را بین ایشان تقسیم می‌کنند. این امر میسر نمی‌شود مگر اینکه بیمه‌گذاران تحت پوشش خاص و مشابه‌ای قرار گیرند. (Jeffrey W. Stempel, 2006, p ۲-۴۶).

- با وجود قراردادهای الحاقی ریسکهای قضایی^۱ نیز کاهش می‌یابد. با این توضیح که شروط یکسان قراردادی در بیمه‌ها، در طول زمان نشان می‌دهد که کدام بخش از قرارداد ناقص یا مخالف قانون است. برای مدیریت این ریسکها، شرکتهای بیمه شروع به اصلاح آن شروط می‌نمایند و از این لحاظ امکان محکومیت خود را در دعاوی کاهش می‌دهند. (Peter N. Swisher, 1996, p544; Allen Reames, 1964, p62; Jeffrey W. Stempel, 2006, p ۲-۴۷).

علاوه بر فوایدی که بیمه‌نامه‌های الحاقی برای بیمه‌گران دارد وجود این فرم‌قراردادها برای بیمه‌گذاران نیز واجد اهمیت است و از آن منتفع می‌شوند. زیرا؛

- در عمل برخی از شرکتهای بیمه سالانه صدها هزار بیمه‌نامه صادر می‌کنند. بر فرض که بخواهند با تک‌تک مشتریان مذاکره نمایند تعداد بیشماری کارمند نیاز است و علاوه بر آن و وقت و هزینه بسیار زیادی در بردارد. بیمه‌گران با تهیه فرم قرارداد دیگر مجبور نیستند که با تک‌تک متقاضیان بیمه‌نامه به مذاکره پردازند. لذا در هزینه‌های خود صرفه‌جویی می‌نمایند و به تبع آن بیمه‌گذاران نیز حق بیمه کمتری پرداخت می‌نمایند. (Jeffrey W. Stempel, 2006, p ۲-۴۷)

بیمه‌گذاران نیز با توجه به ماهیت قرارداد و اینکه می‌دانند هیچ‌تاثیری در شروط قرارداد ندارند دیگر وقت و هزینه‌ای برای انعقاد قرارداد نمی‌پردازند و بطور کلی هزینه‌هایی از قبیل مشاوره حقوقی را پرداخت نمی‌کنند. (Jeffrey W. Stempel, 2006, p ۲-۴۷)

^۱ . judicial risk.

۳. دلایل مداخله دادگاهها در قرارداد الحاقی بیمه

با وجود اینکه قرارداد الحاقی بیمه، برای صنعت بیمه ضروری و واجد اهمیت است. اما چنین قراردادهایی دشواری هایی را برای بیمه گذاران بوجد می آورد. قراردادهای بیمه عموماً بصورت متنهای طولانی و با زبان پیچیده و تخصصی نگارش می یابند و با سائز ریز در بیمه نامه ها چاپ می شوند. به نحویکه، در اغلب موارد بیمه گذاران متوجه پوششهای مقرر شده و میزان پوشش نمی شوند. زیرا، همانگونه که گفته شد تخصصی بودن و پیچیدگی واژگان و جملات بکار رفته در بیمه نامه ها مانع از این است که انسان عادی و عامی بتواند معنای آنها را درک نماید. (۱۹۷۴، p13 Slawson :Frank Gardner, 1978,p574)

افزون بر این، از بیمه گذاران نمی توان انتظار داشت که بیمه نامه را مطالعه نماید (Jeffrey W. Stempel, 2006,p ۴۸-۲) بسیاری از دادگاهها در ایالات متحده آمریکا به این واقعیت عملی توجه نموده اند و بیمه گذار را از هرگونه تعهد و تکلیفی برای مطالعه پرونده معاف دانسته اند. عمده ترین دلایلی که دکتربین حقوقی به واسطه آن تکلیف مطالعه بیمه نامه را از دوش بیمه گذار بر می دارد مبتنی بر واقعیات عملی و موجود در انعقاد این نوع قراردادها است. که عبارتند از اینکه؛

نخست، ماهیت و نحوه انعقاد قرارداد بیمه گذار را از مطالعه فرم پیشنهاد و بیمه نامه دلسرد می کند. در این وضعیت بیمه گذار یا متقاضی بیمه بنا و فرض را بر این می نهد که بیمه نامه موافق انتظاراتی است که بوسیله آگهی های تبلیغاتی یا اظهارات نماینده بیمه گر بوجود آمده است و انتظار دارد که بیمه نامه منعکس کننده آن انتظارات باشد و براین اساس نیازی به مطالعه بیمه نامه احساس نمی کند.^۱

دوم، در عمل بیمه گذار هنگامی از شروط بیمه نامه مطلع می شود که قرارداد بیمه منعقد شده است. با این توضیح که در عمل بیمه گذار ابتدا حق بیمه نامه را پرداخت می کند و پس از آن از طریق پست بیمه نامه را دریافت می کند یا چنانچه در نمایندگی بیمه نیز حضور داشته باشد پس از

^۱ . C&J Fertilizer, Inc. v. Allied Mut. Ins. Co., 227 N.W.2d 169, 176 (Iowa 1975)

پرداخت حق بیمه منتظر می ماند که نسخه قرارداد (بیمه نامه) از دستگاه چاپگر بیرون آید).

Michelle E. Boardman, 2006, P1120)

سوم، بیمه گذار انگیزه‌ای برای مطالعه بیمه نامه‌ای که می داند متوجه مفهوم آن نخواهد شد ندارد. حتی در مواردی که زبان بکار گرفته در بیمه نامه زبان ساده‌ای است و استثنائات پوشش بیمه‌ای بطور ساده بیان شده است رابطه میان پوشش و استثنائات صریح و قابل فهم نمی باشد.

(Michelle E. Boardman, 2006, P112).

چهارم، از آنجاییکه قراردادهای الحاقی بیمه مبتنی بر هیچ مذاکره‌ای نیست بیمه گذار انگیزه بسیار کمی برای مطالعه بیمه نامه‌ای دارد که توان تغییر آنرا ندارد. حتی میزان حق بیمه بوسیله نمودار اکچوئری^۱ تعیین می شود و بیمه گذار هیچ نقشی در تعیین آن ندارد؛ با این توضیح که امروزه نهادهای مالی خصوصاً شرکت‌های بیمه جهت کنترل ریسک‌های خود از طریق پیش‌بینی فراوانی و شدت مورد انتظار در صورت وقوع ریسک‌ها از دانشی به نام اکچوئری استفاده می نمایند و با بهره‌گیری از آمار و ریاضیات احتمال وقوع پدیده‌ها را محاسبه می نمایند.

در ایران نرخ بیمه نامه عموماً از طرف بیمه مرکزی اعلام می شود. البته تلاش‌های گسترده‌ای از سوی بیمه مرکزی تحت عنوان برنامه اصلاح نظام تعرفه بازار بیمه صورت پذیرفته است که تاکنون مرحله ششم آن نیز به اجرا در آمده است. برای مثال طی آیین نامه شماره ۶۵ مصوب شورای عالی بیمه شرکت‌های بیمه موظفند مبانی و روش‌های تعیین حق بیمه و یا نرخ بیمه را با توجه به موازین فنی، ارزیابی ریسک و محاسبات اکچوئری در هیات مدیره خود تصویب و یک نسخه از آن را به بیمه مرکزی ارسال کنند. در گذشته نیز به استناد بند ۴ ماده ۱۷ قانون تاسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری، میزان حق بیمه‌ها بصورت دستوری از سوی شورای عالی بیمه تعیین می شد.

۱. اکچوئری (ACTUARIAL) علمی است که با استفاده از فنون، تکنیک‌ها و روش‌های آمار، احتمال و ریاضی وقایع آینده سازمان و شرکت‌های بیمه‌ای را پیش‌بینی می کند. به علت تفاوت در چگونگی استفاده از روش‌های آماری و احتمالی اکچوئری به دو شاخه اصلی بیمه‌های عمر و بیمه‌های غیرعمر تقسیم می شود.

فارغ از اینکه آیا نرخ بیمه ها توسط شرکتهای بیمه تعیین می شوند یا خیر. در بحث ما مهم این است که بیمه گذاران در ایران نیز نقشی در تعیین حق بیمه ندارند. لذا بیمه گذار انگیزه ای برای مطالعه بیمه نامه ندارد.

پنجم، بیمه گذار پوشش و میزان آن را درک نمی کند به تبع آن اقدامی برای رفع این نقیصه نمی کند؛ زیرا، اگر بیمه گذار می دانست چه پوشش بیمه ای را تحصیل نموده و چه استثنائاتی در بیمه نامه وجود دارد به دنبال بیمه نامه ای می رفت که پوشش کافی برای او در نظر می گیرد. (Michelle E. Boardman, 2006, P112).

با توجه به اینکه بیمه گذار علمی به بیمه نامه خود ندارد بدیهی است نمی تواند بیمه نامه خود را با سایر بیمه نامه های دیگر مقایسه نماید. در چنین حالتی بیمه گذار بدون آگاهی و درک از شروط بیمه نامه و بی آنکه بیمه نامه را مطالعه نماید و بر استثنائات آن آگاهی یابد بنا بر این می نهد که بیمه نامه کلیه انتظارات معقول او را تحت پوشش قرار می دهد.

ششم، با توجه به واقعیات عملی، بیمه گران نیز می دانند که بیمه گذار به مطالعه بیمه نامه نمی پردازد لذا، محدودیتها و استثنائاتی را برای کاهش و تقلیل پوشش بیمه ای نسبت به آنچه که مورد انتظار بیمه گذار حین انعقاد قرارداد است، اعمال می کنند غالباً، این امر با پیشنهاد اعطای حمایت فراوانی که مورد توجه بیمه گذار واقع می شود، صورت می پذیرد و سپس با قرارداد استثنائاتی و بکارگیری واژگانی در بیمه نامه، همه آن پیشنهادها را به واسطه شروط غیر قابل تغییر از بین می برند.

۴. روشهای حمایت از بیمه گذار

مطالعات نشان می دهد که مسایل عملی کانون توجه و تلاشهای دادگاههای ایالات متحده آمریکا برای کاهش نتایج و آثار ناگوار ناشی از الحاقی بودن بیمه نامه ها می باشد. اما از لحاظ تئوریک و آموزه های علم حقوق مشکل قابل توجهی وجود دارد؛ دادگاههای ایالات متحده

آمریکا تلاشهای گسترده‌ای برای حمایت بیمه‌گذاران صورت داده‌اند که به اهم آن اشاره می‌شود:

۴-۱. قاعده تفسیر علیه پیش نویسنده بیمه نامه یا بیمه گر

در این بحث ابتدا به مفهوم قاعده و سپس به اشکالات آن می‌پردازیم:

۴-۱-۱. مفهوم قاعده تفسیر علیه بیمه گر

یکی از قواعد سنتی حقوق کامن لا در قرارداد های الحاقی، قاعده تفسیر علیه پیش نویسنده^۱ است. (وفق این قاعده هنگام انتخاب دو معنای ممکن برای یک شرط مبهم، دادگاه برتری و رجحان را به تفسیری می‌دهد که معارض منافع طرفی است که به پیش نویس قرارداد دست یازیده است یا به عبارت دیگر قرارداد را به نفع الحاق شونده تفسیر می‌کنند.^۲ این قاعده جای خود را قراردادهای الحاقی بیمه باز کرده است (Scott G. Johnson, 2004, p. ۳۳). دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا برای حمایت از بیمه‌گذار و برای رهایی از شروط مبهم و غیرمنصفانه قراردادهای بیمه این قاعده تفسیری را بکار برده‌اند (Eugene R. Anderson, Jordan S. Stanzler, Lorelie S. Masters, 1999 : Jeffrey W. Stempel, op. cit, p4-08). توجیه این روش تفسیر در خصیصه قرارداد بیمه‌ای مستتر است زیرا بیمه قراردادی است الحاقی است و بیمه‌گر در وضعیت برتر قراردادی قرار دارند و این بیمه‌گذار نا مطلع و نا آگاه است که نیازمند حمایت و معاضدت می‌باشد (James M. Fischer, 1992, p995: Jeffrey W. Stempel, 2006, p408).

در حقوق ایران نیز، می‌توان با استفاده از قواعدی چون *من له الغنم فعليه الغرم* تلاشهایی صورت داد که قاعده تفسیر علیه پیش نویسنده پذیرفته شود؛ در قراردادهای الحاقی تنظیم‌کننده سند، با رعایت جوانب احتیاط، پیش نویس قرارداد را تنظیم می‌کند و طرف قبول‌کننده، حالت تسلیم و

^۱ .contra proferentem

^۲ . Baybutt Const. Corp. v. Commercial Union Ins. Co (1983) .

پذیرش در برابر قرارداد را دارد، بدون اینکه حق انتخاب داشته باشد. در نتیجه، این تحلیل می تواند نزدیک به صواب باشد در جایکه امر، تخریب به ضرر یکی از اطراف قرارداد باشد شایسته ترین فرد تنظیم کننده قرارداد است چه اوست که از این مکانیزم سود می برد لذا، در صورت ابهام اوست که باید تبعات سوء نیت و سوء تنظیمش را تحمل کند و در حقیقت این استثنا یک نوع کیفر برای پیش نویسنده است که چرا با وجود توانایی لازم، عبارات را واضح و روشن بیان نکرده است و از طرف دیگر، لازمه عدالت علاوه بر ضمانت اجرای فوق، حمایت از جانب ضعیف در برابر طرف قوی می باشد.

در خصوص اعمال قاعده تفسیر علیه بیمه گر به پرونده ای^۱ در این خصوص اشاره می کنیم. در این پرونده راشتون علیه شرکت بیمه تجاری استاندارد طرح دعوی می کند. راشتون، راننده حرفه ای کامیون است. او تحت پوشش بیمه نامه اتومبیلی با شرط راننده بدون بیمه نامه ای می باشد که توسط کارفرمایش^۲ از شرکت خواننده خریداری شده است. در مارچ ۱۹۸۱ با خودرویی که در جلوی تریلی او در حال حرکت بود تصادف می کند و صدماتی به او وارد می شود. راشتون علیه شرکت بیمه به استناد بیمه نامه فوق الذکر طرح دعوی می کند. زیرا در بیمه نامه شروط متعارضی وجود داشت. هریک از طرفین دعوا به شرطی که به نفع خودشان بود استناد می نمود. یکی از شروط مسوولیت را تا ۲۵/۰۰۰ دلار محدود می نمود در حالیکه شرط دیگر موجود در بیمه نامه مسوولیت را به مبلغ محدودیتهای قابل اعمال بر همه وسایل نقلیه تحت پوشش بیمه نامه محدود می کرد. با توجه به اینکه کارفرمای راشتون ۶۷ تریلی را تحت بیمه نامه، بیمه کرده بود مدعی بود که

¹ . Rusthoven v. Commercial Standard Insurance Company. North Western Reporter, Second Series

قابل دسترسی در سایت:

http://www.leagle.com/decision/1985859363NW2d496_1799.xml/RUSTHOVEN%20v.%20COMMERCIAL%20STANDARD%20INS.%20CO.

² . uninsured motorist clause

این نوع شرط در بیمه های اتومبیل در آمریکا رایج است طبق این شرط هرگاه راننده یا بیمه گذار با خودروی مقصریکه فاقد پوشش بیمه ای باشد، تصادف کند، می تواند خسارات را از شرکت بیمه تحت پوشش خود دریافت کند.

بر اساس این شرط، شرکت بیمه مسوول ۱/۶۷۵/۰۰۰ دلار است؛ این عدد از ضرب محدودیت‌های قابل اعمال در تعداد تریلی‌های بیمه شده بدست می‌آید.

دادگاه عالی ایالت مینسوتا با توجه به ابهام موجود در قرارداد با استناد به قاعده تفسیر علیه بیمه‌گر حکم داد که شرکت بیمه مسوول مبلغ ۱/۶۷۵/۰۰۰ دلار می‌باشد.

در دعوایی^۱ دیگر خواهان مالک بخشی از شرکتی بود که بیمه‌نامه اتومبیل تحصیل کرده بود. خواهان با اتومبیل بیمه نشده‌ای تصادف می‌کند و تلاش می‌کند که تا منافع خودروی بیمه نشده را بر اساس بیمه‌نامه‌ای که شرکتش اخذ کرده، بدست آورد. اما بیمه‌گر از پرداخت خسارت سر باز می‌زند و استدلال می‌کند که صفحه توضیحات بیمه‌نامه به صراحت دلالت می‌کند که پوشش خودروی بیمه شده تنها برای خودروی تعیین شده است و خودروی خواهان جزء موارد تصریح شده نیست. خواهان نیز متقابلاً استدلال می‌کند که صفحه توضیحات قلمرو پوشش خودروی بیمه شده را تعیین نمی‌کند و همچنین زبان بیمه‌نامه آنجاییکه مقرر می‌کند "شما و همه اعضای خانواده" مبهم است زیرا "شما" به شرکتی بر می‌گردد که خانواده ندارد. دادگاه استدلال خواهان را می‌پذیرد و حکم می‌دهد که زبان بیمه‌نامه مبهم است زیرا بیمه‌نامه مستعد چند تفسیر است و این تفسیرها متضمن معانی متعددی برای "شما" است. "شما" به معنای رانندگان لیست شده در بیمه‌نامه است و همچنین به معنای رانندگان لیست شده در بیمه‌نامه و اعضای خانواده‌شان است. "شما" به معنای شرکت است به نحویکه هیچ شخصی را در بر نمی‌گیرد. دادگاه در نهایت استدلال نمود که بیمه‌گری که بیمه‌نامه‌های گوناگون و پیچیده‌ای را تنظیم می‌کند در شرایط بهتری وجود دارد که از اشتباهات و ابهامات در بیمه‌نامه‌ها جلوگیری نماید. لذا با استناد به قاعده پوشش بیمه‌ای را برای بیمه‌گذار در نظر گرفت

¹. Progressive casualty insurance company v. hurley(2001)

قابل دسترسی در سایت:

<http://caselaw.findlaw.com/nj-supreme-court/1218242.html>

۲-۱-۴. مشکلات اعمال قاعده

به نظر میرسد بکارگیری این قاعده منصفانه است، زیرا، از آنجاییکه بیمه گری که قرارداد بیمه را پیش نویس می کند بهترین گزینه است تا بار نقصها و تعارضات آن را بردوش کشد. اما، همانگونه که مشخص است ابتدا دادگاه پیش از اعمال قاعده، وجود ابهام در قرارداد را احراز نماید. در مواجهه با این تکلیف، برخی از دادگاه ها به خلق ابهام های تصنعی و ساختگی پرداخته اند و بدین علت برخی نویسندگان حقوقی در توضیح این وضعیت بیان داشته اند که قاعده تفسیر علیه پیش نویسنده، در اصل توضیحی بر این است که این قاعده کامل نیست و دادگاهها ناگزیر برای اعمال این قاعده ابهاماتی را که هرگز وجود نداشته، ابداع نموده اند و سپس بواسطه این ابهامات ساختگی قرارداد را بر خلاف شروط صریح و روشنش علیه بیمه گر تفسیر نموده اند (Keeton, 1970, p 972.)

تردید دیگری که می توان ایجاد نمود این است که در قراردادهای بیمه، در صورتیکه ابهام یا اجمالی در قرارداد باشد امارات و قراینی وجود دارد که قصد طرفین را مشخص سازد و در نتیجه، بساط بحث فعلی را برچیند؛ زیرا، در قراردادهای الحاقی منجمله بیمه نامه ها تنظیم شروط و بندهای قرارداد تنها به دست بیمه گر به عنوان ایجاب کننده صورت می پذیرد و متقاضی بیمه به عنوان مخاطب ایجاب، مجبور است یا همه منویات بیمه گر را قبول نماید و یا همه را رد می کند (Eugene Anderson, Jordan S. Stanzler, Lorelie S. Masters, 1999, p ۹۹-۲R). بیمه گر به عنوان ایجاب کننده نیز در این فرایند تنها منافع و مصلحت خودش را در نظر می گیرد و همان چیزی را قصد می کند که به مصلحتش است، پس هنگام تردید در مفهوم یک عبارت، برای این که قصد واقعی از آن معلوم شود، باید به مصلحت تنظیم کننده (بیمه گر) توجه شود. این اماره در قراردادهای دیگر وجود ندارد؛ زیرا، طرفین به چانه زنی و مذاکرات مقدماتی پیش از عقد می پردازند و اینطور نیست که طرفی اراده خود را بر طرف دیگر تحمیل نماید حتی در جاییکه یکی از طرفهای قرارداد اقدام به تهیه قرارداد و پیش نویس آن می کند پس همیشه مصلحت تنظیم کننده نشانه قصد مشترک نخواهد بود (Kenneth J. Homer Jr., 1986, p59).

پرسش دیگری که در خصوص اعمال این قاعده وجود دارد و به پیچیدگی و دشواری اعمالش از سوی دادگاه‌ها می‌افزاید این است که آیا دادرس به محض دیدن ابهامی در قرارداد باید ابتدائاً به سراغ قاعده تفسیری برود؟ به عبارت دیگر گامها و مراحل که باید برداشته شود تا به این قاعده رسید؟ (Kenneth J. Homer Jr., 1986, p59).

در این خصوص بین حقوقدانان و رویه قضایی اختلاف است علت این اختلافات را باید در تعریف مبهم یا مجمل دانست. گروهی معتقدند معیار ابهام این است که جایکه زبان بیمه نامه به دو معنا دلالت می‌کند که یک معنا به نفع بیمه‌گر و دیگری به نفع بیمه‌گذار است تفسیری که متضمن پوشش بیمه‌ای است باید اعمال شود. (Horton, David, 2009, p. 435)

بطور خلاصه باید گفت در این دیدگاه، برخلاف دعوی قراردادی غیر بیمه‌ای، که دکترین تفسیر علیه تنظیم‌کننده، اغلب به عنوان «آخرین راه حل» برای رفع عبارت مبهم قرارداد استفاده می‌شود (Scott G. Johnson, 2004, p35-6) در اختلافات قراردادی بیمه‌ای، بعنوان قاعده‌ای تفسیری برای «اولین راه حل» تلقی می‌گردد. (Duncan, Ed E, 2006. pp. 1124)

ایرادات و شبهات فوق موجب شده است که این قاعده، در نظر حقوقدانان ایالات متحده آمریکا قاعده‌ای کافی و جامع جلوه نکند.

۴-۲. خلاف وجدان بودن

دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا برای حمایت از بیمه‌گذاران در مقابل شروط غیر منصفانه موجود در قراردادهای الحاقی از دکترین خلاف وجدان بودن شروط بهره برده‌اند. این دکترین ریشه در حقوق تجارت دارد. (Robert H. Jerry, 1967, p1159:Left, 1999, p 488) در بند ۱ پارگراف ۳۰۲ ماده ۲ قانون یکنواخت تجاری آمریکا^۱ و در پارگراف ۲۰۸ شرح حقوق قراردادهای آمریکا^۲ (ویرایش دوم) ۱۹۸۱ به این دکترین اشاره شده است. طبق این دکترین شروط

^۱ uniform commercial code(ucc)

^۲ .restatement of contract

ظالمانه، غیر منتظره و غیر منصفانه نباید اجرا شوند. هدف این حمایت از طرف ضعیف در قراردادهای استاندارد یا الحاقی در برابر شروط غیر منتظره و خلاف وجدان است.

تعریف مشخصی از قراردادهای خلاف وجدان وجود ندارد. ولی تلاشهای زیادی برای ارایه تعریف از این ماهیت حقوقی صورت پذیرفته است. برخی در تعریف آن گفته اند: «قراردادهای غیر منصفانه و خلاف وجدان به قراردادهایی اطلاق می شود که از یکطرف هیچ فرد با وجدانی که دچار تدلیس نشده حاضر نباشد آنها را تقبل نماید و از طرف دیگر هیچ فرد منصف و درستکاری چنین قراردادی را پیشنهاد نمی دهد» (شیروی، 1380، ص ۹۷)

در حقوق آمریکا قواعد سنتی در مقابل شروط غیر منصفانه راهکاری ندارد. طبق حقوق این کشور و بطور کلی حقوق کامن لا، زمانی اعتبار قراردادها تحت تاثیر قرار می گیرد که یکی از موارد ابطال قرارداد (یا بطلان) آن وجود داشته باشد. اشتباه، اکراه، اعمال نفوذ ناروا و اظهارات خلاف واقع می توانند اعتبار قرارداد را مخدوش نماید. در خصوص قراردادهای الحاقی و شروط خلاف وجدان هیچیک از قواعد فوق دخیل نمی باشند؛ چه، بیمه گذار در کمال صحت عقل و اراده و با رضایت و اختیار کامل بی آنکه مرتکب اشتباهی شود به شروط مندرج در فرم پیشنهاد، رضایت می دهد. بدین دلیل است که حقوقدانان این کشور در برابر ظلم و نا عدالتی محرز که در برخی از قراردادهای الحاقی وجود دارد سکوت نکرده اند و در پی آنند که طرحی نو در اندازند. در حقوق ایران نیز وضع به همین منوال است. قواعد سنتی مانند ضمانت اجرای اشتباه، اکراه پاسخگوی نیازها نیستند. مطالعه مقررات مربوط به خيارات و حقوق فسخ نیز بیانگر این موضوع است که تمهیدی برای مقابله با شروط غیر منصفانه در قراردادهای الحاقی نیاندیشیده شده است. و برعکس، قواعد سنتی حقوق قراردادها، در نظم کنونی حامی طرف قوی می باشند. زیرا، قواعدی چون اصل صحت قراردادها، اصل لزوم و قواعد مربوط به شرایط اساسی صحت قراردادها حکم به صحت چنین قراردادهایی می دهند. حقوقدان در دو راهی سرنوشت سازی قرار می گیرد و او مخیر است به این نابرابری ها به استناد قواعد سنتی تن دهد یا جهدی جدی در پیش گیرد

و برای مقابله با چنین شروطی قواعدی از دل قواعد کهن قراردادهای مستخرج نماید یا قواعدی را ابداع کند.

در حقوق آمریکا بسیاری از نویسندگان، این توسعه حقوقی را مورد ستایش قرار داده‌اند؛ زیرا طبق این دکترین به دادگاهها این مجوز را اعطا می‌کند که شروط غیر منظره و غیر منصفانه را غیر قابل اجرا اعلام نمایند بی‌آنکه قواعد سنتی قراردادهای را برای رسیدن به چنین هدف و نتیجه‌ای (غیر قابل اجرا بودن شروط) دستخوش تغییر نمایند (Nancy E. Matteuzzi, 1982, p 580)

دادگاه عالی ایالت یوتا خلاف وجدان بودن شروط و قراردادهای نه تنها در مرحله انعقاد قرارداد مهم تلقی نموده است بلکه برای آثار قراردادهای نیز واجد اهمیت می‌داند. در صورتیکه در انعقاد قرارداد وسایل متقابلانه و ظالمانه‌ای بکار رود، قرارداد خلاف وجدان محسوب می‌شود. عناصری که از لحاظ رویه قضایی قرارداد را خلاف وجدان می‌نماید عبارتند از؛ استفاده وسیع از شروط استاندارد (الحاقی)، استفاده از زبان غیر قابل فهم، پنهان نمودن شروط اصلی و اساسی در دریای بیکران شروط و واژه‌های بیمه‌نامه، چه در عمل شروط مهم و غیر مهم با سائز کوچک و غیر قابل فهم در بیمه‌نامه‌ها گنجانده می‌شوند، همچنین اگر شروط بطور آشکار غیر منصفانه باشند، قرارداد یا شروط ذاتا خلاف وجدان تلقی می‌گردد. (JE Minnock, 1991, p847)

اگر بخواهیم قدر متیقنی از این قاعده‌ارایه دهیم می‌توانیم بگوییم نحوه بکارگیری قاعده باید بنا به ملاحظات ذیل باشد: نخست، در تفسیر بیمه‌نامه انتظارات معقول بیمه‌گذار به عنوان راهنما باید در نظر گرفته شود. دوم، شروط بیمه‌نامه نباید به نحوی تفسیر شوند که منتج به نتایج و تفاسیر خلاف وجدان و غیر منصفانه بشود (Nancy E. Matteuzzi, 1982, p743).

در اعمال این دکترین در رویه ایالت‌های مختلف اختلاف نظر است و دلایل عدم اقبال به این دکترین را می‌توان در دو دلیل خلاصه نمود؛ نخست، معیار اعمال دکترین خلاف وجدان بودن بخوبی تعریف و تبیین نشده است. دوم، دکترین عمدتا جایی اعمال می‌شود که قرارداد آشکارا غیر منصفانه و ظالمانه باشد. (JE Minnock, 1991, p847)

۴-۳. قاعده استاپل

همانگونه که برخی از نویسندگان گفته اند به علت وسعت دایره اعمال این قاعده، هیچیک از تعاریف بیان شده برای این قاعده جامع و مانع نیست و «به همین علت گفته شده است که ارایه تعریفی که همه موارد را در بر گیرد امکان پذیر نمی باشد و بهتر است تعریف استاپل به روند تدریجی توسعه و تضییق قضایی واگذار شود». (افتخار جهرمی - شهبازی نیا، ۱۳۸۳، ص ۱۱) استاپل به انواع مختلفی دسته بندی می شود که عبارتند از: استاپل ناشی از سابقه، استاپل ناشی از سند و استاپل ناشی از رفتار .

در حقوق بیمه نوع سوم- که به آن استاپلهای ناشی از انصاف نیز گویند- جهت حمایت از حقوق بیمه گذار در قراردادهای الحاقی مورد توجه دادگاهها و دکتین ایالات متحده آمریکا قرار گرفته است. در تعریف این نوع از استاپل می توان گفت: «هرگاه شخصی با لفظ یا فعل خود، سبب شود که دیگری وجود اوضاع و احوال معینی را باور کند و مطابق آن باور به ضرر خود عمل نماید شخص مزبور از انکار وجود آن اوضاع و احوال ممنوع خواهد بود» (افتخار جهرمی - شهبازی نیا، ۱۳۸۳، ص ۵۳)

در خصوص اعمال این قاعده پرونده ای^۱ معرفی می شود. شخصی به نام هوکر دو بیمه نامه زندگی (عمر)^۲ تحت شماره های ۴۳ و ۴۴ از شرکت بیمه زندگی آمریکای غربی خریداری می نماید. هوکر با تغییر دارنده بیمه نامه ها (بیمه گذار)، آنها را به نام هلن، همسرش، نمود. لذا، طبق مقررات برای تغییرات در خصوص ذینفع بیمه نامه نیاز به رضایت و امضای هلن بود. با وجود اینکه، هر دو فرم مالکیت مورد بررسی و تایید شرکت بیمه قرار می گیرد، هوکر تنها تاییدیه تغییر در خصوص

^۱ . American W. Life Ins. Co. v. Hooker, 622 P.2d 775, 779 (1980)

^۲ از دیدگاه حقوقی در یک تعریف ابتدایی می توان گفت بیمه عمر، قراردادی است که به موجب آن بیمه گر در مقابل دریافت حق بیمه از بیمه گذار متعهد می شود که در صورت فوت و یا حیات بیمه شده در زمان معینی مبلغی به عنوان سرمایه و یا مستمری به استفاده کننده (بیمه گذار یا شخص ثالث) تعیین شده از طرف او و یا به وراثت قانونی پردازد.

بیمه نامه شماره ۴۳ را دریافت می کند و در خصوص بیمه نامه شماره ۴۴ تاییدیه ای دریافت نمی کند. در سال ۱۹۷۵ هوکر و همسرش هلن از یکدیگر جدا میشوند. در سال ۱۹۷۶، هوکر تجدید فراش می کند و در صدد تحصیل بیمه نامه ای به نام همسرش، ونیس، به عنوان ذینفع بر می آید. نماینده شرکت بیمه به او اطمینان می دهد که نباید بیمه نامه جدیدی به نام همسر جدیدش خریداری نماید بلکه او می تواند بجای خرید بیمه نامه جدید ذینفع بیمه نامه شماره ۴۴ را تغییر دهد. شرکت بیمه نیز بدون امضای همسر سابق او تغییر ذینفع را انجام می دهد. هوکر فوت می کند. همسر جدیدش تقاضای پرداخت عواید بیمه نامه شماره ۴۴ را می نماید و شرکت نیز آنرا پرداخت می کند. سپس همسر پیشین هوکر، درخواست عواید بیمه نامه شماره ۴۳ را می نماید شرکت نیز به علت اینکه حق بیمه آن بیمه نامه پرداخت نشده بود درخواست وی را رد می کند اما در خلال بررسی درخواست هلن شرکت متوجه می شود از آنجاییکه هلن تغییر ذینفع بیمه نامه شماره ۴۴ را امضا نکرده است تغییر ذینفع به نام همسر جدید هوکر باطل و کان لم یکن می باشد. لذا، شرکت از همسر جدید هوکر درخواست می کند مبالغ دریافتی را باز گرداند.

پس از طرح دعوی متعددی از سوی اشخاص دخیل در پرونده یعنی همسران هوکر و شرکت بیمه علیه یکدیگر دادگاه در خصوص بیمه نامه های ۴۳ و ۴۴ حکم می دهد که از آنجایی که شرکت بیمه مکلف بوده است عدم پرداخت حق بیمه را طی اخطاریه به هلن اطلاع دهد و چنین نکرده است او مستحق دریافت عواید بیمه ای آن بیمه نامه است.

در خصوص بیمه نامه شماره ۴۴ با استناد به قاعده استاپل حکم می دهد هر چند از لحاظ حقوقی تغییرات بدون امضای هلن باطل بوده است اما براساس قاعده استاپل بیمه گر از انکار تغییرات صورت پذیرفته منع می شود چه هوکر به اتکای اظهارات نماینده بیمه علیه خود اقدام و بیمه نامه جدیدی دریافت نکرده است و بر آن پایه دست به تغییر ذینفع بیمه نامه ۴۴ زده است. لذا، شرکت بیمه طبق قرارداد محکوم است عواید بیمه ای را به هلن، به عنوان بیمه گذار، پرداخت نماید و طبق قاعده استاپل نیز باید عواید بیمه ای را به همسر جدید هوکر پرداخت کند.

مطالعه این پرونده که مشحون از اعمال قواعد متعدد حقوق بیمه است، بطور برجسته ای نشان می دهد که قاعده استاپل چگونه می تواند برای حمایت از بیمه گذار یا ذینفع بیمه نامه بکار بسته شود.

اما، با توجه به تعریف و قلمروی قاعده استاپل، باید گفت که این قاعده نمی تواند چتر حمایتی کامل و جامعی برای بیمه گذار باشد. زیرا؛ نخست، طبق این قاعده ابتدا باید گفتار یا رفتاری از سوی بیمه گر یا نماینده او وجود داشته باشد که بیمه گذار به اتکای آن ضرر خودش عمل نماید. در عمل نیز با توجه به ماهیت قرارداد الحاقی بیمه موارد محدود و نادری وجود دارد که نماینده بیمه راجع به راجع به شرایط بیمه نامه-بجز حق بیمه- بحث نماید.

دوم، محدودیت دیگری که برای اعمال این قاعده وجود دارد این است که این قاعده نمی تواند جایگزین پوششی استثنا شده، پوششی را مقرر نماید. بنابر این، حتی اگر نماینده بیمه گر اعلام کند که پوشش بیمه ای برای ضرر خاصی وجود دارد. چنانچه آن پوشش صریحا استثنا شده باشد بیمه گذار بر اساس این قاعده نمی تواند از آن پوشش بهره مند گردد. البته در برخی از ایالت های آمریکا دادگاهها این بی عدالتی را درک کرده اند و به بیمه گذار اجازه داده اند که برای جبران ضرر جایگزین پوشش بیمه ای استثنا شده است به این قاعده عمل نمایند. چنانچه دادگاه در پرونده ای نظر داد که بیمه گذار تحت شرایط و اوضاع و احوالی می تواند علیرغم شروط مصرح در بیمه نامه به اظهارات نماینده بیمه اتکا نماید.

در نتیجه می توان گفت قاعده استاپل بطور موثر و جامعی نمی تواند قراردادهای الحاقی بیمه را سر و سامان دهد. این دکتین در بسیاری از موارد که نیاز جدی به حمایت بیمه گذار احساس می شود امکان اعمال ندارد. برای مثال جایگزین بیمه گذار انتظار دارد بیمه نامه پوششی ارابه دهد اما بیمه گر آن ریسک را با بهر گیری از زبان غیر قابل فهم استثنا کرده، قابل اعمال نیست.

در حقوق ایران نیز، قاعده استاپل قابل اعمال نیست. نویسندگان حقوقی بر این باورند که قراردادها زاییده و آفریده توافق اراده های واقعی طرفهای قرارداد است. برای این که عقد تحقق پیدا کند توافق اراده طرفین قرارداد لازم است، یعنی باید متعاملین بر یک امر توافق نمایند و هر یک

از طرفین باید همان چیزی را بخواهد که طرف دیگر خواسته است. به عبارت دیگر برای تحقق یک عمل حقوقی دوطرفه، یعنی معامله، تنها اراده انشایی یکی از دو طرف کافی نیست، بلکه لازم است اراده هر دو طرف در ایجاد عقد همکاری داشته باشند. یعنی آنچه را که یکی از دو طرف انشای آن را قصد می‌کند، طرف دیگر نیز انشای همان را قصد کند، و الا قراردادی منعقد نمی‌شود. (شهیدی، ۱۳۸۷، صص ۲۵ تا ۲۸) این تلقی از قراردادها هرچند با توجه به ماده ۱۹۱ ق. مدنی قابل تایید و دفاع است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۲۱). اما حداقل در اعمال یا خلق قاعده ای شبیه استاپل دست رویه و دکترین را خالی می‌گذارد. بر فرض اگر پرونده هوکر طبق قواعد حقوق کنونی ایران مورد قضاوت قرار می‌گرفت. قطعاً همسر دوم هوکر محکوم به استرداد مبالغ دریافتی می‌شد زیرا طبق ماده ۱۹۱ ق.م.عقدی محقق نشده است.

۴-۴. تضمین ضمنی برای مناسب بودن جهت استفاده خاص^۱

لازم است پیش از توضیح موضع دادگاهها آمریکا، ابتدا مفهوم تضمین ضمنی برای مناسب بودن جهت استفاده خاص بیان گردد.

۴-۴-۱. مفهوم تضمین ضمنی برای مناسب بودن جهت استفاده خاص

در حقوق امریکا تضمین ها یا وارنتی ها به دو نوع اصلی تقسیم می شوند: تضمین های صریح و تضمین های ضمنی.

تضمین های صریح تضمینهایی هستند که فروشنده از طریق لفظ یا عمل خود آنرا بیان می کند مثلاً طی سند مکتوب یا بصورت شفاهی شرایط تضمین یا تعهد خویش را به خریدار اطلاع می دهد. (ماده ۲۳۱-۲ قانون یکنواخت تجاری) مراد از تصریح، تصدیق وجود امری در مورد کالا یا وعده نسبت به وجود آن یا با توصیف کالا و ارائه نمونه یا مدل آن توسط فروشنده است. تضمین های ضمنی نیز به دو دسته تقسیم می شوند:

^۱ . Implied Warranty of Fitness for Intended Use

دسته اول تضمین ضمنی قابل بازرگانی بودن کالا است. شروط تحقق تضمین قابل بازرگانی بودن کالا عبارت است از اینکه فروشنده تاجر باشد و خریدار کالا را برای هدف معمول و متعذافی که کالا برای آن فروخته می شود استفاده کند (ماده ۳۱۴-۲ قانون یکنواخت تجاری) دسته دوم، تضمین ضمنی مناسب بودن کالا برای هدف خاص خریدار است. یعنی زمانی که خریدار کالا را برای استفاده غیر معمول می خرد (۲-۳۱۵ قانون یکنواخت تجاری). این تضمین زمانی تحقق می یابد که خریدار اثبات نماید که؛ اولاً، در زمان خرید فروشنده از قصد خریدار برای استفاده خاص کالا آگاه بوده است.

ثانیاً، خریدار با اتکا به مهارت و نظر فروشنده اقدام به خرید کالا کرده است. ثالثاً، کالای خریداری شده مناسب برای استفاده غیر معمول قصد شده نیست. مانند خریدار اسبی که اسب را نه برای سوار کاری بلکه برای تولید مثل و پرورش می خواهد. با جمع موارد فوق تضمین ضمنی مناسب بودن کالا برای هدف خاص نقض می شود.

۴-۴-۲. اعمال قاعده در قراردادهای الحاقی بیمه

برای حمایت از بیمه گذار در جاییکه او انتظار دارد پوششی در بیمه نامه وجود داشته باشد، اما بیمه نامه آن پوشش را استثنا کرده است. برخی از دادگاهها از فرمول و قاعده تضمین ضمنی مناسب بودن کالا برای هدف خاص بهره برده اند. با این استدلال که بیمه نامه ها تابع تضمین ضمنی هستند که بطور متعارف و معقولی برای هدفی که مقصود آن است، مناسب می باشد.

البته همانگونه که پیشتر گفته شد بطور سنتی این نوع تضمین برای کالاها بکار می رود. با وجود این برخی از نویسندگان حقوقی بر این باورند که بیمه گذار، بیمه نامه را نه به عنوان یک قرارداد بلکه به عنوان مال یا حق مالی در نظر می گیرد. در قراردادهای بیمه، بیمه گذار تامین و حمایت را خریداری می نماید همانگونه که کالایی را از یک فروشگاه خرید می کند. بیمه گذار ممکن است متوجه نباشد و درک نکند که بیمه نامه قراردادی است که طی آن بیمه گر می تواند حقوق و تعهداتی را در آن درج کند. به تبع آن، او نمی تواند درک کند که هر شرط در تعیین

پوشش مقرر شده بوسیله بیمه گر مهم است. بر اساس این دیدگاه، بیمه نامه باید به عنوان اموال بیمه گذار تلقی گردد نه به عنوان یک قرارداد.

جهت مشخص شدن موضوع پرونده ای^۱ بیان می شود. خواهان بیمه نامه ورود به عنف برای ارتکاب جرم را از خواننده خریداری می کند. طبق بیمه نامه پوشش زمانی وجود دارد که نشانه های قابل رویت اعمال زور در خارج ساختمان وجود داشته باشد مثل انفجار، استفاده از ابزار یا خسارت های فیزیکی، شیمیایی و الکتریکی. انبارهای خواهان مورد سرقت قرار می گیرد و شرکت بیمه نیز به این دلیل که نشانه های قابل رویت اعمال زور در خارج از ساختمان وجود ندارد تقاضای خسارت خواهان را رد می کند. این درحالیست که نشانه های اعمال فشار و عنف در داخل ساختمان قابل رویت بود. دادگاه عالی ایالت آیوا حکم می دهد که بیمه نامه ورود به عنف برای ارتکاب جرم که پوشش و تعریف خود را محدود به زمانی می نماید که نشانه های آشکار و قابل رویت اعمال زور در خارج از ساختمان وجود داشته باشد، برای هدف مورد نظر خود به عنوان بیمه نامه حمایتی جامع برای موسسات تجاری، مناسب نیست.

درست است تئوری تضمین ضمنی مورد مقبولیت دادگاهها قرار نگیرد و طرفداران اندکی در حقوق آمریکا یافت اما بیانگر کوشش دادگاههای آن کشور برای حمایت از بیمه گذار در برابر قرارداد الحاقی بیمه است.

۵.۵.دکترین انتظارات معقول

یکی دیگر از روشهایی که دادگاه ها برای حمایت بیمه گذار در قراردادهای الحاقی در پیش گرفته اند استفاده از دکترین انتظارات معقول است. به تعبیر برخی، پر اختلاف ترین قاعده در حوزه حقوق بیمه در دهه های اخیر همین قاعده است (Mark C. Rahdert, 1998, p 107-8). در بین نویسندگان حقوق بیمه اعتقاد عمومی بر این است که ورود این دکترین به حوزه بیمه مرهون تلاش حقوقدان شهیر حوزه بیمه پروفیسور کیتون است (Robert E. Keeton, 1970, 971: Robert E.

^۱ . C & J Fertilizer, Inc. v. Allied Mutual Insurance Co 227 N.W.2d 169 (1975).

Keeton,1976,p275: Robert E. Keeton,1988,p6.01) و مقاله او تحت عنوان «حق

های حقوق بیمه در مغایرت با شروط بیمه نامه» مبنای ورود این دکتربین به حوزه حقوق بیمه بود به نحویکه مقالات و آثار بیشماری در تایید این دکتربین از سوی نویسندگان حقوقی منتشر یافته است. بطور خلاصه می توان گفت اعمال این دکتربین نوین از سوی وی مبتنی بر دو دلیل عقلانی است: نخست، بیمه گران باید از هر گونه امتیاز غیر منصفانه و خلاف وجدان در قراردادهای بیمه محروم شوند. دوم، انتظارات معقول بیمه گذاران و ذینفع های قرارداد بیمه باید محترم شمرده شود حتی اگر، مطالعه دقیق بیمه نامه شروط بیمه نامه خنثی کننده و مخالف چنین انتظاراتی باشد (Laurie Kindell Fett, 1992,p) : Robert E. Keeton,1970,973-4 (۱۱۱۳). اما این رهیافت او با توجه به عدم وجود تعریف دقیق از انتظارات معقول و قلمرو قاعده راه را برای تفسیرهای مختلف باز گذارد و همانگونه که خواهیم دید دادگاهها آرای مختلف و بعضاً متعارضی را صادر کرده اند. (John Dwight Ingram 1997. James M. Fischer-1999, 151);; Robert H. Jerry,1999,p21 (813).

در میان دادگاهها اولین دادگاهی که این قاعده را اعمال نمود دادگاه عالی ایالت نیوجرسی بوده است. دادگاه در پرونده^۱ مورد بررسی خود اعلام نمود که بیمه نامه باید مطابق انتظارات معقول بیمه گذار باید تفسیر شود. در این پرونده خواهان بیمه نامه حوادث و از کار افتادگی را از شرکت بیمه خواده خریداری می کند. طبق بیمه نامه شرکت بیمه به جبران خسارت برای هر گونه از کار افتادگی و معلولیت تعهد می نماید. اما در بندی از بیمه نامه پرداخت خسارت برای هر گونه معلولیت و از کار افتادگی ناشی شده از هر گونه بیماری یا مرض مزمنی را مستثنی می شود. پنج سال پس از خرید بیمه نامه خواهان تخته ای به سرش برخورد می کند. پس از این حادثه او دچار لرزش و رعشه میشود. بنا به تشخیص پزشکان این از کار افتادگی ناشی از بیماری پارکینسون یا بیماری شخصیتی است که از پیش موجود بوده است و برخورد تخته به سر خواهان موجب فعال شدن بیماری شده است. البته هیچگونه دلیل و مدرکی در دست نبود که خواهان پیش از برخورد تخته به سرش از

¹ . Kievit v. Loyal Protective Life Insurance Co, 34 N.J. 475, 170 A.2d 22 (1961).

وجود بیماری پنهان، مطلع بوده است. بهر حال شرکت بیمه، به به استدلال که از کار افتادگی و معلولیت ناشی از بیماری بوده، از پرداخت خسارت سرباز می‌زند.

دادگاه عالی نیوجرسی در حکم خود اعلامی می‌دارد که شرکت بیمه باید خسارت را به خواهان پرداخت نماید؛ با این استدلال که وقتی بیمه‌گذار مبادرت به خرید بیمه‌نامه می‌کند انتظار دارند دارد پوششهای حمایتی که او انتظار دارد در قرارداد بیمه وجود داشته باشد. به نظر دادگاه ا حدی که تفسیرات منصفانه اجاز می‌دهد بیمه‌نامه باید به نفع بیمه‌گذار تفسیر شود. و بطور خاص در خصوص این دعوا، دادگاه اعلام نمود که خواهان با دریافت بیمه‌نامه بطور معقول انتظار پوشش و جبران خسارت برای هرگونه معلولیت و از کار افتادگی بوجود آمده از یک حادثه را داشته است و انتظار نداشته که بیمه‌گر منکر وجود چنین پوششی برای بیماری شود که بیمه‌گذار در خصوص آن جاهل است.

دادگاه ایالت کالیفرنیا پرونده استیون علیه شرکت فیدلتی و کوزالتی نیویورک^۱ قاعده انتظارات معقول را اعمال نموده است. استیون بیمه‌نامه زندگی سفر هوایی را از یک دستگاه در فرودگاه بین‌المللی لس آنجلس خریداری می‌کند. طبق این بیمه‌نامه چنانچه بیمه‌گذار طی یک پرواز زمان بندی شده، کشته می‌شد، پوشش بیمه‌ای معادل ۶۲/۵۰۰ دلار برای بیمه‌گذار در نظر گرفته بود. البته این بیمه‌نامه پوشش بیمه‌ای را در صورتیکه بیمه‌گذار در پروازی که طبق جدول زمان بندی بیمه‌نامه نباشد استثنا شده بود. بنا به شرایط جوی، پرواز زمان بندی شده لغو شد و با پرواز جانشین مسافرت نمود که طی آن هواپیما سقوط می‌کند و استیون فوت می‌کند. شرکت بیمه نیز به این دلیل که پرواز خارج از جدول زمان بندی بوده از پرداخت مبلغ مندرج در بیمه‌نامه امتناع می‌کند. دادگاه عالی کالیفرنیا اعلام می‌نماید که بیمه‌گر باید مبلغ ۶۲/۵۰۰ دلار را پرداخت کند با این استدلال که انسان معقولی که بلیطی را برای یک سفر معین خریده و در زمان خرید بیمه‌نامه حمایت بیمه‌ای را برای کل سفر دریافت کرده است، بطور معمول انتظار دارد که اگر در

¹ . Steven v. Fidelity & Casualty Co. of New York, 58 Cal. 2d 862, 377 P.2d 284, 27 Cal. Rptr. 172 (1962).

پروازی بواسطه نقص یا دیگر عوامل بی نظمی ایجاد شود پوشش بیمه ای برای پروازها جانشین وجود داشته باشد. به نظر دادگاه اعمال بیمه گر موجب پدید آمدن این انتظار معقول بود که همه پروازها خواه در جدول زمان بندی شده باشد خواه نباشد تحت پوشش بیمه ای قرار دارد. دادگاه تصمیمش را مبتنی به سه دلیل نمود:

نخست، بیمه گر هنگامی بیمه نامه را توسط دستگاه صادر می کند که که ابتدا بیمه گذار حق بیمه را واریز کرده و فرم پیشنهاد بیمه نامه را پر نموده است. در نتیجه زمانی بیمه گذار از شروط مطلع می شود که قرارداد منعقد شده است.

دوم، دستگاه به بیمه گذار دستور داده بود که بیمه نامه را برای ذینفع ارسال نماید و هیچگونه المثنی به او نداده بود. در نتیجه استیون زمانی که می خواست تصمیم بگیرد آیا بیمه نامه ای را خریداری نماید که تنها پروازهای طبق پوشش قرار می دهد یا خیر؟ بیمه نامه را در دست نداشت.

سوم، شروط بیمه نامه برای آگاه سازی استیون از اینکه وی تحت پوشش بیمه ای برای پروازهای خارج از جدول زمان بندی نیست، کافی نبود.

بر این اساس دادگاه احراز نمود که استیون در حین خرید بیمه نامه بطور معقول انتظار داشته که کلیه پروازها تحت پوشش بیمه زندگی باشد. علیرغم عبارات صریح بیمه نامه و در تقابل با آنها دادگاه انتظارات معقول بیمه گذار را مبنای رای خود قرارداد و بیمه گر را محکوم به پرداخت مبلغ مندرج در بیمه نامه نمود.

اینها نمونه هایی از پرونده های بیشماری است که دادگاه های ایالات متحده با بهره گیری از قاعده انتظارات معقول و در جهت حمایت از بیمه گذار به نفع او رای داده اند.

مطالعه پرونده ها نشان می دهد که بین دادگاه های ایالات مختلف در نحوه اعمال قاعده اختلاف نظر عمیق وجود دارد. برخی از دادگاهها قاعده را در جایی اعمال می کنند که شروط صریحی در قرارداد بیمه وجود نداشته باشد. به نحویکه دادگاه ایالت کالیفرنیا در پرونده ای^۱ به صراحت بیان می کند هنگامی انتظارات بیمه گذار مورد توجه و بررسی قرار می گیرد که ابهامی در قرارداد وجود

¹ . Carley v. Lumbermen's Mut. Casualty Co., 10 Conn. App. 135, 521 A.2d 1053, 1058 (1987)

داشته باشد: (H. Walter Croskey, ۱۹۹۹, ۴۵۱). بعضی دیگر از دادگاهها دکترین را در جایی اعمال کرده اند که شروط بیمه نامه بطور خوب و مطلوبی نگاشته نشده یا شروط در جای بعیدی از بیمه نامه قرار گرفته باشد. برخی دیگر برخی از دادگاهها قاعده را در شکل موسع آن اعمال می کنند حتی جایکه بیمه نامه صراحتاً و بوضوح پوششی را استثنا می کند بازهم در حمایت از بیمه گذار از قاعده بهره می برند. (David J. , 1998-1999, p 118: Mark C. Rahdert , 2004, p ۸-۸۶۶ Seno, ۲۰۰۴, p867: David j.seno) است

البته ایالات های آیوا و آریزونا به شکل مطلوبتری قاعده را مورد بررسی و اعمال قرار داده اند و به طریقی آنها نظام مند کرده اند (Kenneth s. Abraham, 1986, p36: douglas fadel, 1993, p275) که پرداختن به آن از حوصله و موضوع این مقاله خارج است .

در حقوق ایران مسلم این است که این تیوری جایی یا عنوان مستقلى در قواعد عمومى قراردادها ندارد. به تبع آن در قراردادهای بیمه نیز این تیوری اعمال نمی شود. اما اینکه این تیوری تا چه حد در حقوق ایران قابل اعمال است جای بحث دارد. در حقوق ایران، عقد متشکل از توافق و همکاری اراده ها برای ایجاد اثر حقوقی است. یکی از معانی قاعده العقود تابعه للقصود این است که آنچه وارد در حوزه تراضی می شوند که مورد قصد طرفهای قرارداد باشد. در قواعد عمومی قراردادها خواننده ایم که قصد متعاقب وجود تصور سنجش و رضا پدید می آید (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۲۹) چگونه می توان باور نمود که آن چیزی که حداقل یکی از طرفین قرارداد در خصوص آن تصویری ندارد و به تبع آن مراحل سنجش و رضایت در خصوص آن پدید نمی آید موضوع قصد انشا قرار گیرد؟ طبق قاعده انتظارت مشروع، انتظاراتی وارد در عقد است که در تصور بیمه گذار وارد شده باشد. لذا شروط و آن قسمت از مفاد عقد که برای بیمه گذار غیر منتظره است از سوی محاکم به مرحله اجرا در نمی آید. چنانچه در بند ۲ ماده ۳۰۲ قانون یکنواخت تجاری آمریکا می خوانیم: «به عنوان یک امر حقوقی، چنانچه دادگاه تشخیص دهد قرارداد یا شرطی از قرارداد در زمان انعقاد قرارداد خلاف وجدان بوده است می تواند از اجرای شرط خودداری نماید یا سایر شروط قرارداد

را به استثنای شرط خلاف وجدان اجرا کند یا اجرای چنین شرط غیر منصفانه ار را به شکل محدود اجرا کند که از نتیجه خلاف وجدان آن اجتناب گردد....» می توان برای شروع راه، در حقوق ایران نیز شروط غیر منصفانه را با این تحلیل که وارد تراضی طرف های قرارداد نشده است باطل اعلام نمود و از اجرای آن خودداری کرد. چه اگر بیمه گذار می دانست چنین شرطی در قرارداد وجود دارد یا قراردادی منعقد نمی نمود یا قرارداد را با وضع فعلی و شروط مندرج در آن نمی پذیرفت. همچنین دکترین و رویه قضایی می توانند با توسعه مفهوم انعطاف پذیر اخلاق حسنه، فارغ از اینکه آیا شروط مبهم هستند یا صریح، بسیاری از شروط خلاف وجدان و غیر منصفانه را از درجه اعتبار ساقط نمایند.

نتیجه :

در خصوص قراردادهای الحاقی بیمه دو راه حل پیش روی حقوقدانان است. راه حل نخست، این است که با استناد به قواعد عمومی قراردادها منجمله اصل آزادی قراردادی و اصل لزوم و... تمامی ایرادات ناشی از قرارداد الحاقی بیمه را نادیده بگیرند. دوم، اینکه ضمن احترام به قواعد سنتی حقوق که روزی برای حل مشکلات و رفع بی عدالتی پدید آمدند، تلاش نمایند تا طرحی نو در اندازند و قواعد سنتی را طوری تفسیر نمایند که بتوانند موازنه را به قراردادهای الحاقی بیمه بازگردانند. نمونه این تلاشها را در حقوق آمریکا می توان مشاهده نمود. نویسندگان حقوقی با اشراف تمام بر قواعد سنتی دریافته اند که این قواعد توان حمایت کامل و جامعی را از بیمه گذار در برابر شروط مبهم، غیر منصفانه و خلاف وجدان ندارد. هریک از قواعد سنتی منجمله قاعده تفسیر علیه پیش نویسند و دکترین خلاف وجدان بودن قراردادها و... در قلمرو محدودی از بیمه گذار حمایت می کنند. با توجه به ماهیت خاص قراردادهای الحاقی سه تئوری تفسیر علیه پیش نویسنده، خلاف وجدان بودن و انتظارات معقول کمک شایانی برای حمایت از بیمه گذار کرده اند. نکته مهم در حقوق ایران این است که پذیرش راه حلهای حقوق آمریکا بسیار دشوار است. اما می توان برای شروع کار استدلال نمود که از آنجاییکه مبنای تشکیل قرارداد در حقوق ایران همکاری قصد واقعی طرفهای قرارداد است و شروط غیر منصفانه و غیر منتظره موضوع قصد بیمه گذار واقع نشده است و از حوزه تراضی طرفین خارج است. بدین شکل حداقل بخشی از انتظارات معقول بیمه گذار را محترم شمرد و چنین شروطی را باطل و غیر قابل اجرا محسوب نمود. همچنین با بهره گیری از مفهوم توسعه پذیر و قابل انعطاف اخلاق حسنه استناد ماده ۹۷۵ ق.مدنی از اجرای شروط غیر منصفانه اجتناب و آنها را باطل اعلام نماید.

کتابنامه

منابع فارسی:

۱. افتخار جهرمی؛ شهبازی نیا، مرتضی؛ بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا، نشریه حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۱، ۱۳۸۳.
۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۳ (تعهدات)، چاپ دوازدهم انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۷.
۳. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ سوم، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۲.
۴. شیروی، عبدالحسین، «قراردادهای استاندارد (الحاقی) در حقوق کامن لو با تاکید بر حقوق انگلستان و آمریکا»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال چهارم، شماره دوازدهم، بهار ۱۳۸۱.
۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۶.

منابع انگلیسی:

6. Allen Reames , The Adhesion Contract of Insurance, 5 Santa Clara Law, 1964.
7. David J. Seno, Spring 2002, The Doctrine of Reasonable Expectations in Insurance Law: What to Expect in Wisconsin, 85 Marquette Law Review.
8. David Goodhue, The Doctrine of Reasonable Expectations in Massachusetts and New Hampshire: A Comparative Analysis, 17 New England Law Review, 1991.
9. Douglas Fadel, Utah Rejects the Reasonable Expectations Doctrine in Insurance Contract Interpretation, 1993 Utah Law Review, 1993.
10. Duncan, Ed E, The Demise of Contra Proferentem as the Primary Rule of Insurance Contract Interpretation in Ohio and Elsewhere, 41 Tort Trial & Insurance Practice Law Journal, Summer 2006.
11. Eugene R. Anderson, Jordan S. Stanzler, Lorelie S. Masters, Insurance Coverage Litigation, Aspen Publishers Online, 1999.
12. Eugene R. Anderson and James J. Fournier, Why Courts Enforce Insurance Policyholders' Objectively Reasonable Expectations of Insurance Coverage, 5 Connecticut Insurance Law Journal, 1998-1999.
13. Frank Gardner, Reasonable Expectations: Evolution Completed or Revolution Begun?, 669 Insurance Law Journal, 1978.

14. Gary L. Birnbaum, Standardized Agreements and the Parole Evidence Rule: Defining and Applying the Expectations Principle, 26 Arizona Law Review, 1984.
15. H. Walter Croskey, The Doctrine of Reasonable Expectations in California: A Judge's View, 5 Connecticut Insurance Law Journal, 1998-1999.
16. Holmes, A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good-Faith Disclosure in Contract Formation, 39 University of Pittsburgh Law Review, 1978.
17. Horton, David, Flipping the Script, Contra Proferentem and Standard Form Contracts, 80 University of Colorado Law Review, 2009.
18. James M. Fischer, The Doctrine of Reasonable Expectations Is Indispensable, If Only We Knew What For?, Connecticut Insurance Law Journal, 1998-1999.
19. James M. Fischer, Why Are Insurance Policies Subject to Special Rules of Interpretation?: Text versus Context, 24 Arizona State Law Journal, 1992.
20. Jeffrey W. Stempel, Stempel on Insurance Contracts, Aspen Publishers Online, 2006.
21. Je Minnock, Protecting the insured from adhesion insurance policy: the doctrine of reasonable expectations in Utah, Utah Law Review, 1991.
22. John Dwight Ingram, The Insured's Expectations Should Be Honored Only If They Are Reasonable, 23 William Mitchell Law Review, 1997.
23. K. Dzien and K. Turner, Not All Insurance Policies are Adhesion Contracts: a Case Study of the ALTA Loan Title Policy, 33 Tort & Insurance Law Journal, 1998.
24. Kenneth S. Abraham, Judge-Made Law and Judge-Made Insurance: Honoring the Reasonable Expectations of the Insured, 67 Virginia Law Review, 1981.
25. Kenneth S. Abraham, Most insurance policies are standard-form policies., Insurance law and regulation (3d ed.) 2000.
26. Kenneth J. Homer Jr., Insurance-Contracts-The Ambiguity in the Doctrine of Reasonable Expectations, 62 Notre Dame Law Review, 1986.
27. Kessler, Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract, 43 Columbia Law Review, 1943.
28. Laurie Kindell Fett, The Reasonable Expectations Doctrine: An Alternative to Bending and Stretching Traditional Rules of Contract Interpretation, 18 William Mitchell Law Review, 1992.

29. Mark C. Rahdert, Reasonable expectations revised, 5 Connecticut Insurance Law Journal, 1998-1999.
30. Michelle E. Boardman, Contra proferentem: the allure of ambiguous boilerplate, 104 Michigan Law Review, 2006.
31. Nancy E. Matteuzzi, Reasonable Expectations Approach to Insurance Contract Interpretation Modified in Missouri-- Estrin Construction Co. v. Aetna Casualty & Surety Co., 47 Missouri Law Review, 1982.
32. Peter Nash Swisher, Judicial Interpretations of Insurance Contract Disputes: Toward a Realistic Middle Ground Approach, 57 Ohio State Law Journal, 1996.
33. Robert H. Jerry II, Insurance, Contract, and the Doctrine of Reasonable Expectations, Connecticut Insurance Law Journal, Vol. 5, No. 1, 1998.
36. Robert E. Keeton, Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions (Parts I and H), 83 HIA-v. L. Rev., 1970.
37. Robert E. Keeton, 1976, Reasonable Expectations in the Second Decade, 12 FORUM, 1976.
38. Scott G. Johnson, resolving ambiguities in insurance policy language: the contra proferentem doctrine and use of extrinsic evidence, 33 Brief, 2003-2004.
39. Slawson, Mass Contracts: Lawful Fraud in California, 48 S. California Law Review, 1974.
40. Susan Randall, Freedom of contract in insurance law, Connecticut insurance law journal, 2008.
41. Telford Hollman, Insurance as a Contract of Adhesion, Insurance Law Journal, 1978.
42. Todd D. Rakoff, Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction, 96 Harvard Law Review, 1983.

آسیب‌شناسی انتخابات «ولسی جرگه» افغانستان در پرتو انتخابات مجلس نمایندگان آمریکا

آیت مولایی^۱

مهدی معنوی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۲/۲۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۲۴

چکیده

امروزه انتخابات، مناسب‌ترین و رایج‌ترین ابزار مشارکت شهروندان در سرنوشت سیاسی کشور است و انتخابات مجلس نمایندگان یکی از اساسی‌ترین آن‌ها است. در این مقاله، با استفاده از روش تحقیق توصیفی-تحلیلی، تلاش شده است از منظر مقایسه‌ای به بررسی وجوه تشابه و تفاوت مجلسین: نمایندگان آمریکا و ولسی جرگه (مجلس نمایندگان) افغانستان پرداخته شود تا آسیب‌های اصلی مترتب بر نظام انتخاباتی ولسی جرگه برجسته شود و چنین نتیجه‌گیری شده است که اولاً در آمریکا محور انتخابات را «احزاب سیاسی» تشکیل می‌دهند؛ اما در افغانستان ساختارهای قومی، مذهبی، زبانی و... امکان نهادینه شدن حزب را نداده است. ثانیاً در نظام انتخاباتی آمریکا، قوانین شایسته‌ای در عرصه‌ی مدیریت امور مالی داوطلبان به تصویب رسیده و از این حیث بر شفافیت منابع مالی افزوده است؛ اما در افغانستان اساساً قانونی در این خصوص وجود ندارد.

واژگان کلیدی: مجلس نمایندگان آمریکا، ولسی جرگه افغانستان، انتخابات.

^۱ استادیار گروه حقوق دانشگاه بوعلی سینا، همدان (نویسنده مسئول) ayet.publiclaw@gmail.com

^۲ دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه بوعلی سینا

مقدمه

یکی از موضوعات مورد بحث حقوق اساسی هر کشور، پارلمان است. پارلمان به صورت کلی به دستگاهی اطلاق می‌شود که کار ویژه آن، وضع قانون لازم‌الاجراست که ممکن است از یک مجلس یا دو مجلس تشکیل شود (قاضی، ۱۳۸۸: ۱۸۰). وجود مجالس قانونگذاری در دنیا از آنجا درخور اهمیت می‌باشد که خواسته‌ها، نیازها و مقتضیات اجتماعی را با درایت و توانایی‌های خود در قالب مصوبات قانونی درآورده و نظام اجتماعی را با تغییرات به وجود آمده منطبق سازد. از این رو، برای آنکه مجلس بتواند کارآیی خوب و مطلوب داشته باشد، باید انتخاباتی با حضور حداکثری مردم، صحیح و منطبق با قوانین آن کشور برگزار شود تا نمایندگان صالح وارد میدان شده و افسار اختلاف سلیقه‌ها و نزاع‌های اجتماعی را به دست گیرند (زارعی، ۱۳۹۰: ۴-۵).

قانون اساسی افغانستان نه تنها قوه‌ی مقننه را به عنوان مظهر اراده‌ی قاطبه‌ی ملت تعریف نموده؛ بلکه با ترسیم چارچوب کلی نظام انتخاباتی کشور، به تعریف و تبیین سازکارهای حاکم بر نظام انتخاباتی مجلس نمایندگان با روش یک مرحله‌ای و مطابق نظام اکثریت ساده پرداخته است که با در پیش گرفتن روش یک مرحله‌ای و اکتفاء به اکثریت ساده در خصوص انتخابات مجلس - نمایندگان، زمینه‌ی تسهیلات و تمهیدات نهادینه شدن نظام دوحزبی را فراهم ساخته که دست کم موجب کاهش تعداد احزاب، گروه‌ها و گرایشها خواهد شد. این مسأله برای کشورهای جهان سوم به ویژه افغانستان که به تازگی در گردونه‌ی دموکراسی قرار گرفته و طبل شعار جذاب جامعه‌ی مدنی می‌زند، ضرورت حیاتی دارد (محمدی، ۱۳۹۵: ۲۵۷). اما نظام حقوقی و سیاسی آمریکا با داشتن تجربه، اولین قانون اساسی مکتوب و خصایصی همچون: تفکیک قوا، رژیم ریاستی و نظام دو مجلسی از جایگاه درخور اهمیت در خصوص نظام انتخابات مجلس نمایندگان برخوردار است. زیرا قانون اساسی این مملکت، افزون بر داشتن توجه خاص به قوه‌ی مقننه، به ترسیم سازکارهای حاکم بر نظام انتخابات این نهاد با روش‌های منطقی پرداخته است؛ به ترتیبی که در کنار قانون اساسی، سایر قوانین، معیارهای عرفی و عملی حزبی، نظام اکثریت نسبی آراء را برای احراز کرسی مجلس نمایندگان مورد تعریف قرار داده است. بنابر مذکور و مشترک بودن نظام‌های انتخاباتی دو کشور

آمریکا و افغانستان و وحدت نظام دو مجلسی انتخابی، نگاه این مقاله رویکرد مقایسه‌ای در خصوص مکانسیم‌های متناظر بر نظام انتخاباتی مجلس نمایندگان افغانستان و آمریکا است تا رسالت پاسخ پرسش‌های نظیر: وجوه اشتراک و افتراق نظام انتخابات ولسی جرگه افغانستان و مجلس نمایندگان آمریکا چیست؟ شایع‌ترین آسیب‌های حاکم نظام انتخاباتی ولسی جرگه چیست؟

به نظر می‌رسد با توجه به توسعه یافتگی نظام انتخابات مجلس نمایندگان آمریکا و انجام نشدن مطالعات لازم و کافی در افغانستان در این عرصه، یافته‌های علمی و عملی ایالات متحده آمریکا در خصوص انتخابات مجلس نمایندگان می‌تواند در برجسته نمودن وجوه اشتراک و افتراق آنها و اتخاذ شیوه‌های مناسب و رویکردهای مطلوب در ساز کارهای حاکم بر انتخابات ولسی جرگه افغانستان موثر واقع شود. در خصوص سوابق تحقیق باید یادآور شد که تاکنون هیچ اثری علمی که حاوی رویکرد مقایسه‌ای در این عرصه باشد به رشته ی تحریر در نیامده است. از این رو، نخست مکانسیم‌های انتخابات ولسی جرگه افغانستان و مجلس نمایندگان ایالات متحده آمریکا به بحث گذاشته می‌شود. سپس مهم‌ترین آسیب‌های نظام انتخابات ولسی جرگه افغانستان بیان می‌گردد.

۱- شرایط انتخاب شوندگان ولسی جرگه و مجلس نمایندگان آمریکا

درست است که امروزه حق انتخاب شدن همگانی است؛ اما بدون تردید در اغلب کشورها انتخاب شوندگان برای استفاد از این حق همانند دیگر حقوق و آزادی‌ها بایستی واجد شرایطی باشند. این شرایط را می‌توان در خصوص کاندیدای مجلسین: ولسی جرگه و مجلس نمایندگان آمریکا به اعتبارهای مختلف دسته‌بندی کرد که از جمله آنها، شرایط به دو دسته: ایجابی و سلبی است که در ادامه به شرح ذیل توضیح داده می‌شود:

۱-۱. شرایط ایجابی

منظور از شرایط ایجابی، شرایطی است که شخص طبیعتاً در جامعه سیاسی به منظور بهره‌مندی از حقوق انتخاباتی از آنها برخوردار باشد. این شرایط باید دارای خصیصه‌های عقلانی و عینی باشد تا دستاویزی برای محرومیت عده‌ای از واجدین شرایط توسط نهادهای انتخاباتی نشود (خسروی،

۱۳۸۸: ۲۳۶). تقریباً همه کشورها در قوانین اساسی یا قوانین انتخاباتی چنین شرایطی را پذیرفته‌اند. برای مثال قانونگذاران اعم از اساسی و عادی افغانستان و آمریکا، شرایطی ایجابی را برای انتخاب شوندگان انتخابات در مجلس نمایندگان و ولسی جرگه مقرر کرده‌اند که رئیس آن از این قرار اند:

۱-۱-۱. سن

سمت نمایندگی بنا به دلایل مختلف تخصصی بودن و پیچیدگی‌های خاص، مستلزم این است که کسی اعمال کننده آن باشد که به درجه‌ای از فهم و درک تشخیص مصالح و منافع عمومی و زمامداری رسیده باشد. تعیین حداقل سن برای کاندیدا متناسب به زمینه‌های فرهنگی، تربیت، نوع نظام انتخاباتی، سیاسی و غیره متفاوت و متنوع خواهد بود. تجربه کشورهای مختلف نشان می‌دهد که همه کشورها شرط حداقل سن را در قانون اساسی یا عادی مرتبط با انتخابات مقرر نموده است (خسروی، ۱۳۸۸: ۲۴۶). قانونگذاران افغانستان و ایالات متحده آمریکا، شرط سن را برای داوطلبان انتخابات ولسی جرگه و مجلس نمایندگان ۲۵ سال ذکر نموده است (مواد ۸۵ و ردیف دوم و بخش دوم اصل اول قوانین اساسی افغانستان و آمریکا). به نظر می‌رسد قانونگذاران اساسی ایالات متحده آمریکا و افغانستان در شرط سن انعطاف‌ناپذیری و محافظه‌کاری بیشتر به کار برده؛ زیرا در وضعیت امروزی با توجه به اطلاعات نسبی جوانان و پختگی آنان، سن ۲۵ سال عدد بالایی است.

۱-۱-۲. تابعیت

تابعیت در یک برداشت کلی «عبارت است از رابطه‌ی سیاسی و معنوی که شخص را به دولت معین مرتبط می‌کند.» (نصیری، ۱۳۸۸، ج ۲: ۲۶). در نظام‌های انتخاباتی کشورهای دنیا، تابعیت شرط ورود به پارلمان محسوب می‌گردد؛ برای نمونه در چارچوب نظام حقوقی افغانستان نامزدان انتخابات ولسی جرگه می‌بایست تابعیت (اصلی یا اکتسابی) را داشته باشند. مشروط بر اینکه از زمان اخذ تابعیت اکتسابی مدت ده سال سپری شده باشد (ماده ۸۵ قانون اساسی و ماده ۳۹ قانون انتخابات). اما به استناد ردیف دوم و بخش دوم اصل اول قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، متابعان اصلی و اکتسابی از حق شرکت در انتخابات مجلس نمایندگان به عنوان کاندیدا برخوردار می‌باشند مشروط

براین که از زمان اخذ تابعیت اکتسابی مدت هفت سال سپری شده باشد. فلسفه این شرط، اصل لزوم عدم دخالت اجانب در سرنوشت سیاسی، اجتماعی کشور دیگر و لزوم حفظ استقلال سیاسی کشور است (حبیب نژاد، ۱۳۹۰: ۱۰۶).

۱-۱-۳. پرداخت مبلغ معین و داشتن تأییدیه رأی

به موجب قسمت «الف» بند «۱» ماده ۷۳ قانون انتخابات افغانستان، شخصی که درصدد نامزدیِ ولسی جرگه می‌باشد باید یک هزار ورق تأییدیه رأی از واجدان شرایط رأی دادن در حوزه ی مربوط اخذ نموده باشد و مبلغ سی هزار افغانی را باید به عنوان حق نامزدی پرداخت نماید که مبلغ فوق در صورت پیروزی یا کسب دو درصد آراء قانونی، دوباره به کاندیدا پرداخت می‌شود. این شرط در قانون اساسی امریکا پیش‌بینی نشده است. با این حال در چارچوب پاسداشت ارزش‌های حزبی و نیز پیشگیری از چند دستگی احزاب، شرط داشتن رأی تأییدیه پیش‌بینی شده است. بدین معنی که در صورتی که شخصی به طور مستقل بخواهد در انتخابات مجلس نمایندگان به عنوان کاندیدا شرکت نماید باید پنج درصد آرای تأییدیه رأی‌دهندگان واجد صلاحیت حوزه ی مربوط در هنگام ثبت نام را با خود داشته باشد (اریک، ۱۳۸۲: ۱۹۷).

۱-۱-۴. ارائه ی تعهدنامه مبنی بر عدم فرماندهی یا عضویت در گروه‌های مسلح غیرقانونی

به استناد ماده چهل و چهار قانون انتخابات افغانستان، اشخاصی که فرماندهی گروه‌های مسلح غیرقانونی را در دست داشته یا عضو آن باشند، نمی‌توانند در انتخابات به حیث کاندیدا اشتراک نمایند. اما چنین شرطی در نظام انتخاباتی مجلس نمایندگان آمریکا پیش‌بینی نشده است.

۱-۱-۵. عدم اشتغال به مناصب مندرج در ماده ۴۴ قانون انتخابات افغانستان

مقامات نظیر رئیس‌جمهور، معاونان رئیس‌جمهور، وزراء، قضات، رؤسای کمیسیون‌های مستقل، نظامیان، استادان دانشگاه‌ها، رئیس دادستانی کل و اعضای مسلکی آن، والیان و ولسوالان (استانداران و رئیسان شهرستان‌ها) و کارکنان خدمات ملی (خدمات کشوری) نمی‌توانند در انتخابات ولسی جرگه

به عنوان کاندیدا شرکت نمایند؛ مگر اینکه از قبل کاندیدا نمودن از سمت خویش استعفا نمایند. این شرط در منظومه‌ی انتخاباتی مجلس نمایندگان ایالات متحده آمریکا شناسایی نشده است.

۱-۱-۶. اقامت

مطابق ردیف دوم از بخش دوم اصل اول قانون اساسی، داوطلبان انتخابات، باید هنگام انتخاب شدن مقیم ایالتی باشند؛ که از آنجا انتخاب می‌شوند، در غیر این صورت از حق نامزدی محروم خواهد شد. در این خصوص، ردیف اول از بخش چهارم اصل اول قانون اساسی، چگونگی تعریف شرایط ناظر بر اسکان در ایالت را به خود ایالات واگذار کرده و مقرر داشته است: هر ایالت شرایط لازم خود را در مورد ساکن بودن یا نبودن افراد اعمال می‌کند، که باید در محدوده‌ی قانون اساسی باشد. از این حیث که قانونگذار اساسی برای این شرط، بازه‌ی زمانی مشخصی را تعیین نکرده است. از این رو، مفروض آن است که داوطلبان حداقل قبل از زمان ثبت نام انتخاباتی، باید در ایالت مربوط مقیم باشد در غیر این صورت، حق انتخاب شدن را نخواهد داشت مگر اینکه قانونگذار ایالتی، بازه‌ی زمانی خاصی را در این مورد به تصویب رسانده باشد. به نظر می‌رسد این شرط برای جامعه ایالات متحده که از حیث شکل دولت، «فدرال» است و در بردارنده‌ی ایالات متعددی است در چارچوب اصول شهروندی قابل پذیرش باشد.

۱-۲. شرایط سلبی

۱-۲-۱. نداشتن سابقه جرم و جنایت

حسن سابقه و عدم سوء پیشینه‌ی کیفری، از جمله مواردی است که قوانین اکثر کشورها بر آن تأکید دارند و اشخاصی که سابقه‌ی ارتکاب جرایم بزرگ را دارند، معمولاً از حق انتخاب شدن محروم هستند، چرا که به نظر بیشتر حقوقدانان اشخاصی که از جهت کردار، گفتار و رفتار دارای سابقه‌ی درخشانی نیستند و شایستگی نمایندگی مردم و اداره امور مهم کشور را ندارند و باید از این حق محروم باشند (عنابی و خلیلی شجاعی، ۱۳۹۰: ۷۱). برای نمونه، در انتخابات مجلس عوام انگلستان، افرادی که به خاطر «جرایم انتخاباتی» محکوم شده اند یا به خاطر ارتکاب جرم به بیش از

یکسال محکوم شده‌اند از حق نامزدی مجلس محرومند (زارعی، ۱۳۸۴: ۳۳). قانونگذار اساسی افغانستان نیز مرتکبان جرایم ضدبشری و جنایت را از حق انتخاب شدن به عنوان کاندیدا ولسی جرگه محروم نموده است (ذیل ماده ۸۵ قانون اساسی و ماده ۳۹ قانون انتخابات).

۲-۲-۱. عدم محرومیت از حقوق مدنی

اگر شخصی از جانب دادگاه ذی صلاح به دلیل ارتکاب جرم به محرومیت از حقوق مدنی محکوم شده باشد نمی‌تواند به عنوان کاندیدا ولسی جرگه ثبت‌نام نماید (قسمت چهارم ماده ۸۵ قانون اساسی و ماده ۳۹ قانون انتخابات). این وضعیت در نظام انتخاباتی سایر کشورها نیز وجود دارد برای نمونه در انتخابات مجلس عوام انگلستان، افرادی که به جرم «خیانت» محکوم شده‌اند مادام که دوره محکومیت خود را نگذرانده باشند یا مورد عفو قرار نگرفته باشند، حق داوطلبی مجلس را ندارند (زارعی، ۱۳۸۴: ۳۳). نکته‌ی قابل ذکر در خصوص شرایط سلبی در منظومه‌ی انتخابات مجلس نمایندگان ایالات متحده آمریکا این است که قانونگذار اساسی ایالات متحده آمریکا در زمینه‌ی شرایط سلبی اعضای مجلس نمایندگان به صورت صریح مسکوت بوده، چون از آنجا که قانون اساسی ایالات متحده به لحاظ تعداد مواد کوچک‌ترین قانون اساسی است غالباً به ذکر مسایل کلی و مهم اکتفا کرده است و جزئیات را به اصلاحیه‌ها، قوانین عادی و عرف و رویه‌ی عملی واگذار کرده است. بنابراین به موجب عرف و رویه‌ی عملی احزاب می‌توان به شرایطی مثل: عدم محرومیت از حقوق اجتماعی توسط دادگاه صلاحیت دار، نداشتن سابقه سوء اخلاقی در حوزه‌ی انتخابیه، استعفاء از شغل قبلی، داشتن سلامت روحی اشاره کرد. البته هر ایالت صلاحیت دارد که شروط خاصی نیز برای نمایندگان مجلس تعیین کند (زارعی، ۱۳۸۴: ۴۲۳).

۲. فرایند انتخابات ولسی جرگه و مجلس نمایندگان آمریکا

۲-۱. مرحله‌ی ثبت نام نامزدها

مطابق قانون انتخابات افغانستان، کمیسیون مستقل انتخابات مؤظف است یکصد و هشتاد روز قبل از برگزاری انتخابات، تاریخ برگزاری انتخابات را تعیین و تقویم انتخاباتی را به مدت یکصد و بیست

روز قبل از آن، منتشر نماید (ماده ۳۶ قانون انتخابات). بدین ترتیب، مهلت ثبت نام و زمان مراجعه‌ی کاندیداها به کمیسیون مستقل انتخابات با هدف ارائه درخواست‌های مبنی بر کاندیداتوری، مشخص می‌گردد و ترتیبات ثبت نام به نحوی است که اشخاص و افراد متمایل و مصمم به کاندیداتوری، ابتدا مکلف‌اند در موعد مقرر درخواست کتبی مبنی بر ثبت نام خود به عنوان کاندیدای ولسی جرگه به کمیسیون مستقل انتخابات ارائه نمایند که درخواست مذکور حاوی: مشخصات کاندیدا، کپی اسنادی که معرف هویت و درجه تحصیل وی باشد و اطلاعات مربوط به عدم محکومیت، سن، صحت و سلامت، دارایی منقول و غیر منقول، محل سکونت اصلی و فعلی، آخرین مرجع اشتغال و هزار رأی تأییدیه رأی‌دهندگان حوزه‌ی مربوطه کاندیدا می‌باشد (ماده ۷۳ قانون انتخابات). در صورت تجمیع شرایط متناظر بر کاندیداتوری و تکمیل و تحویل مدارک از سوی نامزدها در مرحله‌ی ثبت نام، کمیسیون مستقل انتخابات موظف است فهرست ابتدایی اسامی نامزدهای تأیید صلاحیت شده را در اسرع وقت منتشر کند. با این حال، چنانچه اشخاصی در مورد فهرست ابتدایی اعتراض داشته باشند، می‌توانند شکایت خویش را در بازه‌ی زمانی حداکثر دوهفته پس از انتشار، به کمیسیون شکایات انتخاباتی تقدیم نمایند. این اعتراض‌ها مورد رسیدگی قرار گرفته و تصمیم کمیسیون شکایات انتخاباتی در این خصوص نهایی است (بندهای ۱ و ۲ ماده ۷۴ قانون انتخابات). لازم به تذکر است که فهرست نهایی نامزدها پس از بررسی کامل شکایات و اعتراض‌ها از سوی کمیسیون شکایات انتخاباتی منتشر و به اطلاع عموم می‌رسد و این فهرست غیر قابل تغییر است (بند ۳ ماده ۷۴ قانون انتخابات). اما فرایند ثبت نام نامزدان مجلس نمایندگان کاملاً از نظام انتخاباتی ولسی جرگه متفاوت می‌باشد؛ زیرا نخستین مکانی که داوطلبان، نامزدی خویش را اعلان می‌کنند دفتر یکی از احزاب بزرگ: دموکرات، جمهوری خواه و یا احزاب دیگر است که با مراجعه به حزب ضمن بیان باورها و پلان‌های خویش سعی می‌کنند حزب را متقاعد نماید تا وی را مورد حمایت قرار دهد، در صورتی که کاندیدا مورد تأیید حزب واقع شد رسماً به دولت ایالتی از جانب حزب معرفی می‌شود تا پس از ثبت نام و تأیید صلاحیت از سوی فرماندار ایالت مربوطه به عنوان نماینده‌ی حزب مربوطه وارد کارزارهای انتخاباتی گردد. چنانچه داوطلب مجلس نمایندگان، توسط

فرماندار ایالت رد صلاحیت شود، می‌تواند از طریق حزب خویش به دیوان عالی ایالت شکایت کند) زارعی، ۱۳۸۴: ۴۲۴).

۲-۲. رقابت انتخاباتی

در چارچوب نظام حقوقی افغانستان، کاندیداهای ولسی جرگه پس از تأیید صلاحیت از جانب کمیسیون مستقل انتخابات، موظف‌اند از منابع مالی، حدود و موارد هزینه و مصارف خویش در مبارزات انتخاباتی، به کمیسیون گزارش دقیق ارائه نمایند و هیچ یک از نامزدها نمی‌توانند از اتباع یا دول خارجی و یا نمایندگی‌های سیاسی کشورهای خارجی مقیم افغانستان مساعدت‌های مالی را قبول یا دریافت نمایند. همچنین مطبوعات اعم از صوتی، تصویری، چاپی و الکترونیکی مکلف‌اند از مبالغی که حین رقابت‌های انتخاباتی از کاندیدا ولسی جرگه اخذ می‌کنند، به کمیسیون مذکور گزارش ارائه کنند (ماده ۷۵ قانون انتخابات). مطبوعات اعم از دولتی و خصوصی می‌توانند در جریان مبارزات انتخاباتی، اهداف، مرامنامه‌ها و نظریات نامزدها را به صورت منصفانه و بی طرفانه پخش و نشر نمایند (بندهای ۱ و ۲ ماده ۷۶ قانون انتخابات). مبارزات انتخاباتی ولسی جرگه به موجب بند ۲ ماده ۷۶ همان قانون مدت ۲۰ روز می‌باشد. براساس قانون، همه‌ی رسانه‌های همگانی مکلف‌اند ۴۸ ساعت قبل از برگزاری انتخابات از انتشار هرگونه فعالیت مربوط به رقابت‌های انتخاباتی اجتناب کنند، حتی کمیسیون انتخابات مکلف است ۴۸ ساعت قبل از روز انتخابات کلیه مواد تبلیغات انتخاباتی که در فاصله صد متری مراکز رأی‌دهی به نمایش گذاشته شده باشد را امحا نماید (بند ۳ ماده ۷۸ و ماده ۷۹ قانون انتخابات).

اما در ایالات متحده آمریکا، از گذشته مقوله‌ی هزینه‌ی مبارزاتی انتخابات، یک مسأله جنجالی بوده است. نخستین تلاش‌های عملی برای تنظیم مقررات مربوط به تأمین مالی تبلیغات در سال ۱۸۶۷ انجام شد با این حال، قانون‌گذاری اساسی در سطح فدرال تا دهه ۱۹۷۰ طول کشید. در سال ۱۹۷۱ برای نخستین بار در سطح فدرال، «قانون فدرال تبلیغات انتخاباتی»^۱ به تصویب رسید که

^۱ . The Federal Election Campaign Act.

در آن، داوطلبان را مکلف به اعلام منابع کمک‌های تبلیغاتی (منابع درآمدی) و هزینه‌های تبلیغاتی (منابع هزینه‌ای) می‌نمود. سند مزبور در سال ۱۹۷۴ به قصد اعمال مدیریت، محدودیت و شفافیت بر میزان منابع درآمدی و کمک تبلیغاتی، اصلاح گردید. برای نمونه، سقف خاصی را برای کمک اشخاص خصوصی (هزار دلار) تعیین کرد. همچنین برای هر کمپین به ازای «کمپته‌های کنش سیاسی»^۱ پنج هزار دلار تعیین کرد و برای نخستین بار، تأمین مالی داوطلبان از منابع بخش عمومی نیز امکان‌پذیر شد. به علاوه، کمک افراد خارجی را در انتخابات ممنوع کرد. مطابق اصلاحات اخیر در سال ۱۹۷۵ «کمسیون انتخابات فدرال»^۲ جهت مدیریت و اجرای مدلول سند اخیر در خصوص کمپین‌ها ایجاد شد. با این حال از نظر برخی، محدودیت‌های حاکم در این سند، مغایر حقوق و آزادی افراد، نظیر آزادی بیان و برابری، تلقی شده است. برای نمونه نخستین شکایت مهم در این خصوص پرونده «باکلی علیه والیو»^۳ بوده است.^۴

مطابق «قانون اصلاح کمپین دوحزبی»^۵ مصوب ۲۰۰۲، سقف کمک اشخاص خصوصی از هزار دلار به دوهزار دلار افزایش یافت. حدکمک به کمپته حزب ایالتی تا ده هزار دلار در سال و حدکمک به حزب ملی بیست پنج دلار در سال و محدودیت بر مجموع کمک‌ها حد نود و پنج هزار دلار در هر نوبت ۲ساله قرارداد شده است. همچنین محدودیت بازپرداخت وام تا بیست و پنج هزار دلار، ازمبالغ کمک شده پس از انتخابات وجود دارد (بخش‌های ۳۰۷، ۳۰۴، ۱۰۲، قانون اصلاح کمپین دوحزبی). در بخش ۳۰۱ قانون مذکور، ممنوعیت استفاده شخصی از منابع مالی مبارزات انتخاباتی مقرر شده است. ممکن است نامزد در مراحل ازفرایند انتخابات به این نتیجه برسد که پیروزانتخابات نخواهد بود و بهتر است وجوهی را که برای انتخابات به وی تعلق گرفته است

1. Political Action Committees.

2. Federal Election Commission.

3. Buckley V. Valeo, 424, U. S. 1, 1976. Supreme Court of the United States,

۴. این رأی، در ادامه، پای دیوان عالی فدرال را به سایر پرونده‌ها باز کرد که از این قرار است:

- First National Bank of Boston v. Bellotti, 435, U.S. 765, 1978 and Citizens United v. Federal Election Commission, 558. U.S. 310, 2010, McCutcheon v. Federal Election Commission, 572, U.S. 2014,

5. The Bipartisan Campaign Reform Act.

درجهاتی دیگر صرف نماید. پیش بینی ممنوعیت استفاده نامزد از وجوه انتخاباتی برای سایر مصارف، موجب جلوگیری از خیانت در امانت نامزدها می‌شود (احمدوند و ماهانی، ۱۳۹۴: ۱۳). این قانون نیز در سال ۲۰۰۳ به ادعای مخالفان آن، مغایر قانون اساسی بود اما دیوان عالی فدرال با رد ادعاهای مخالفان، در رأی «مک کانل» علیه «اف.ای.سی»^۱ بخش اعظم قانون را تأیید کرد.

۲-۳. برگزاری انتخابات

به استناد قانون انتخابات افغانستان، یکصد و هشتاد روز قبل از برگزاری انتخابات ولسی جرگه، محدوده‌ی حوزه‌های انتخابات توسط اداره ارگان‌های محلی با همکاری اداره‌ی مرکزی احصائی و سایر ادارات ذیربط در تفاهم با کمیسیون تعیین می‌گردد (ماده ۳۶ قانون انتخابات). با پایان مبارزات انتخاباتی و قرار گرفتن در آستانه ایام سکوت (دوره‌ی ممنوعیت تبلیغات)، اعضای ولسی جرگه بر مبنای میزان جمعیت توسط اهالی هر ولایت (استان) از طریق انتخابات آزاد، عمومی، سری و مستقیم برای مدت پنج سال برگزیده می‌شوند (ماده ۸۳ قانون اساسی). ولسی جرگه به صورت کلی دارای ۲۵۰ کرسی است که ۲۳۹ آن برحسب نفوس به ولایات (استان‌ها) ده کرسی به کوچی‌ها (عشایر) و یک کرسی برای اهل هنود و سک‌های ساکن در افغانستان به عنوان اقلیت مذهبی در نظر گرفته شده است و از هر ولایت به طور میانگین، دست کم باید دو نماینده زن که بیشترین آرای قانونی را کسب کرده باشد، کرسی‌های مجلس را احراز کنند (ماده ۵۰ قانون انتخابات).

چنانچه ملاحظه می‌شود در تخصیص کرسی‌ها دست کم توازن حق انتخاب شدن و نیز حقوق مساوی در مشارکت توسط شهروندان، اعم از اقلیت‌های مذهبی، قومی و زنان در اداره‌ی عمومی کشور رعایت گردیده است. اختصاص کرسی‌های ولسی جرگه به ولایات (استان‌ها) به ترتیبی است که هر کاندیدایی که در ولایت خویش، بیشترین آراء قانونی را کسب کند می‌تواند کرسی تخصیص یافته مجلس را احراز کند؛ اما چنانچه آرای میان دو کاندیدا به صورت مساوی باشد، برای احراز کرسی، شخصی معرفی می‌گردد که عالی‌ترین معیارهای قانونی را به این شرح دارای

^۱ . McConnell v. Federal Election Commission, 540 U.S. 93, 2003.

باشد: دارای تحصیلات و سابقه‌ی کاری در ادارات دولتی و غیردولتی باشد. باید اضافه کرد که اگر عضو منتخب مجلس به دلایلی همچون: فوت، استعفاء، عزل، شاغل بودن در ادارات و... نتواند کرسی مجلس را احراز کند؛ در چنین حالتی، کاندیدای دیگر که بیشترین آرای را بعد از آن کسب کرده و نتوانسته به مجلس راه پیدا کند کرسی را احراز خواهد کرد (ماده ۵۲، قانون انتخابات). در خصوص تخصیص کرسی‌ها برای کوچی‌ها و اهل هنود همین وضعیت نیز صادق است. از میان ده کرسی کوچی مجلس سه تا از کرسی‌ها، متعلق به زنانی است که بیشترین آرای قانونی را کسب کرده باشند (ماده ۵۳، قانون انتخابات).

با توجه به مطالب ذکر شده در بالا، می‌توان گفت انتخابات ولسی جرگه از نظام اکثریت ساده یک مرحله‌ای تبعیت می‌نماید؛ یعنی کمیسیون مستقل انتخابات پس از اعلام نهایی اسامی کاندیداهای واجد شرایط، فهرستی از کلیه داوطلبان ولسی جرگه را ترتیب و در مراکز رأی‌دهی در اختیار رأی‌دهندگان قرار می‌دهد و رأی‌دهندگان بدون دخل و تصرف در فهرست مذکور، فقط می‌توانند به یک داوطلب رأی دهند. کاندیدایی که بیشترین آراء را کسب نماید پیروز انتخابات محسوب می‌شود. اگر یکی از نامزدها از کاندیداتوری منصرف شود مکلف است موضوع را قبل از موعد معین، به صورت کتبی به اطلاع کمیسیون مستقل انتخابات برساند و هرگاه کاندیدا پس از مهلت تعیین شده انصراف و یا فوت نماید اسم وی از سوی کمیسیون شکایات حذف می‌گردد و آراء آن در حین شمارش محاسبه نمی‌گردد (ماده ۷۵ قانون انتخابات). داوطلبان پیروز در انتخابات، به مدت ۵ سال به عضویت ولسی جرگه درمی‌آیند و تجدید دوره‌ی نمایندگی، بلامانع است، چرا که قانونگذار، اعم از اساسی و عادی، در این خصوص، محدودیتی را وضع ننموده است. در حالی که در چارچوب منظومه‌ی حقوقی ایالات متحده آمریکا، مجلس نمایندگان ۴۳۵ عضو دارد که از طریق انتخابات مستقیم در هریک از ایالات و بر اساس توزیع جمعیت در هر ایالت برگزیده می‌شوند؛ امروزه به ازای هر ۴۰۰ هزار تا ۶۰۰ هزار نفر جمعیت، یک نماینده انتخاب خواهد شد (داری‌شر، ۱۳۷۰: ۲۲۰). انتخابات این مجلس هر دو سال یک بار در نخستین روز سه‌شنبه پس از روز اول نوامبر در سال‌های زوج برگزار می‌شود. امکان برگزاری انتخابات میان دوره

در صورت مرگ یا استعفاء یک نماینده وجود دارد. ("Elections in U.S.A", 1993. (retrieved march 5.2018 from <http://www.usembassy.de/u.s.a>

بدین ترتیب پس از ثبت نام کاندیدای احزاب و تأیید صلاحیت از سوی فرماندار ایالت مربوطه، ایالات متحده آمریکا به چهارصد و سی پنج حوزه تقسیم می‌شود که تمامی مناطق از لحاظ جمعیتی تقریباً برابرند، همه این حوزه‌ها نیز تک نماینده‌ای هستند. رأی‌دهنده در هر حوزه‌ی انتخابیه تک نماینده‌ای، رأی خود را که یک برگ رأی ساده است و در آن، رأی‌دهنده کاندیدای مورد نظر خود را با علامت اکس مشخص می‌کند به صندوق رأی می‌اندازد، درحالی که فقط می‌تواند یک کاندیدا انتخاب کند. کاندیدایی که بیشترین سهم از آراء را به خود اختصاص داده است به مجلس راه پیدا می‌کند، و حزبی که اعضای آن بیشترین سهم آراء را از آن خود کنند، اکثریت مطلق کرسی‌ها را به دست می‌آورند (Norris, 1997:8). براین مبنا می‌توان گفت انتخابات مجلس نمایندگان آمریکا از نظام انتخاباتی اکثریتی تک نام یک مرحله‌ای تبعیت می‌کند. در این مرحله به موجب بند «۱» بخش‌های ۴ و ۵ اصل اول قانون اساسی نیز بررسی اعتبار نامه‌ها و احراز شرایط از سوی خود مجلس نمایندگان فدرال صورت می‌گیرد و در صورت مردود شدن اعتبارنامه، داوطلب می‌تواند از طریق ایالت خویش به طرح دعوی در دیوان عالی ایالات متحده آمریکا پردازد، همچنین مجلس نمایندگان می‌تواند هر یک از اعضای خود را مجازات کند و حتی او را از مجلس اخراج نماید. اخراج نماینده از مجلس نیازمند رأی حداقل دوسوم اعضا است (بوشهری، ۱۳۸۴: ۱۱۵-۱۱۴). دوره کار اعضای مجلس نمایندگان مطابق بند ۱ بخش ۲ اصل اول قانون اساسی مدت دو سال می‌باشد که با در نظر داشت سکوت قانونگذار اساسی در خصوص دوره نمایندگی، تجدید دوره نمایندگی بلامانع و بدون محدودیت می‌باشد. البته از آنجاکه نمایندگان تنها برای دو سال برگزیده می‌شوند، در صورتیکه تمایل به دوباره کاندیدا شدن داشته باشند و درصدد بازگشت به مجلس نمایندگان باشند باید نسبت به خواسته‌های موکلین خویش حساس بوده و سیاست‌های را مورد اتخاذ قرار دهند که برای شماری زیادی از رأی‌دهندگان مورد قبول واقع شوند.

بنابراین می‌توان استنتاج کرد که اعضای مجلس نمایندگان در عمل در ایالات متحده آمریکا بیشتر محکوم به تأمین منافع محلی و حوزه‌ی انتخابیه می‌باشد.

۳. مراجع ناظر و مجری انتخابات

با در نظر گرفتن قوانین و مقررات جاری، مراجع مجری و ناظر انتخابات ولسی جرگه و مجلس نمایندگان ایالات متحده آمریکا را می‌توان به دو دسته نهادهای حکومتی و غیرحکومتی تقسیم کرد:

۳-۱. مراجع حکومتی

در خصوص امر اجرا و نظارت بر انتخابات ولسی جرگه و مجلس نمایندگان ایالات متحده آمریکا مهمترین ارگان‌های صلاحیتدار در حوزه‌ی مدیریت انتخابات، نهادهای حکومتی قابل ذکرند. این نهادها از این قرارند:

الف) کمیسیون انتخابات؛ برحسب ماده ۱۵۶ قانون اساسی و ماده ۱۱ قانون انتخابات افغانستان، کمیسیون مستقل انتخابات تنها نهاد رسمی مجری و ناظر بر شروع انتخابات و مراجعه به آراء عمومی می‌باشد. از این رو، تصمیم‌گیری در زمینه‌ی نحوه‌ی اجرا و نظارت و مدیریت انتخابات ولسی جرگه از جمله کلیه امور مربوط به تعیین حوزه‌های انتخاباتی، چاپ برگه رای، اعلام نتایج انتخابات، بررسی وثایق نامزدان پیروز درانتخابات، ثبت نام رای‌دهندگان، احراز شرایط رای‌دهندگان و کاندیدای انتخابات ولسی جرگه و همانند اینها از سوی کمیسیون مستقل انتخابات اتخاذ می‌گردد. اما کمیسیون انتخابات فدرال ایالات متحده آمریکا در چارچوب اصلاحات سال ۱۹۷۵ در قوانین انتخاباتی ایجاد شد. این مرجع در امر مدیریت، اداره و اجرای قانون مالیات کمپین‌ها دارای صلاحیت نخستین است. تحت نظر این کمیسیون، هیات‌های خاصی وجود دارد که وظیفه نظارت برانتخابات را برعهده دارند. این هیات‌ها تحت نظارت و هدایت کمیسیون انتخاباتی فدرال عمل می‌کنند. اعضای این هیات‌ها بطور عمده عنوان قاضی، وکیل، داور و نمایندگان احزاب را برعهده دارند که مهمترین وظیفه آنان بررسی و تأیید دارا بودن صلاحیت رای‌دهندگان برای رأی دادن

و حفاظت از آراء به منظور جلوگیری از دستبرد است. این داوران از هرگونه مشارکت سیاسی که به منزله ی تبلیغ به نفع یکی از کاندیداها باشد ممنوع شده‌اند چراکه نظارت آنان باید عاری از هر نوع جانبداری باشد (طاهری و آب سالان، ۱۳۹۳: ۱۷۹). بنابراین نهادهای مجری و ناظر بر انتخابات مجلس نمایندگان آمریکا خود مجلس نمایندگان و هیأت‌های ویژه تحت نظارت « کمیسیون انتخاباتی فدرال» قرار دارند و همه فعالیت‌های خود را در محدوده های قانونی معین شده انجام می‌دهند (جعفری ندوشن، ۱۳۸۵: ۱۳۵).

ب) مجلس نمایندگان و کمیسیون رسیدگی به شکایات انتخاباتی؛ در ایالات متحده آمریکا مجلس نمایندگان نیز در کنار کمیسیون انتخابات فدرال از مهمترین مراجع در امر برگزاری انتخابات مجلس است. به نحوی که خود این مرجع، صلاحیت رسیدگی به صحت یا عدم صحت انتخابات نمایندگان و تعیین شرایط انتخاب شدن را دارد (عالیخانی، ۱۳۸۱: ۲۱۰). این موضوع به صراحت در ردیف یک از بخش پنجم اصل اول قانون اساسی آمده است. همچنین نهاد دیگر صلاحیت دار در حوزه ی نظام انتخاباتی افغانستان، کمیسیون رسیدگی به شکایات انتخاباتی است که در دو سطح مرکزی و محلی در تمام ولایات افغانستان ایجاد می‌گردد و دارای صلاحیت رسیدگی به شکایات احزاب و کاندیداها، تخطی‌های انتخاباتی، ابطال آراء، حذف اسامی کاندیداها، شناسایی و معرفی مرتکبان جرایم انتخاباتی به نهادهای قضایی، رسیدگی به تخلفات انتخاباتی و مجازات انتخاباتی می‌باشد (ماده ۹۰ لغایت ماده ۹۶ قانون انتخابات). براساس بندهای ۱ و ۲ ماده ۹۱ همان قانون، در صورت حذف نام کاندیدا از لیست اولیه به دلیل واجد شرایط نبودن یا در صورت قانع نبودن به نتایج اعلامی و عدم رضایت از نتایج آراء، احزاب و کاندیدا می‌توانند در جریان دو روز کاری شکایات خویش را به صورت کتبی به کمیسیون رسیدگی به شکایات انتخاباتی ارائه نمایند.

۲-۳. نهادها و ارگان‌های غیرحکومتی

در کنار کمیسیونهای صلاحیت دار دولتی و مجلس نمایندگان بالا، مراجع غیرحکومتی نیز قابل ذکر به نظر می‌رسند. نظارت نهادها و ارگانهای غیردولتی، البته به مثابه مکملی بر امر اجرا و

نظارت بر انتخابات ولسی جرگه بوده و نقش کلیدی در این خصوص ندارند با این حال نمی‌توان نقش این ارگانها را به خصوص در موارد اختلاف نظر میان گروه‌های سیاسی، انکار کرد. اما نقش احزاب سیاسی در امر نظارت و اجرا بر انتخابات مجلس نمایندگان ایالات متحده آمریکا کلیدی و اساسی می‌باشد. مهمترین نهادهای ناظر غیردولتی از این قرار است:

۳-۲-۱. بنیاد انتخابات آزاد و عادلانه افغانستان «فیفا»^۱:

این نهاد مستقل و بی‌طرف در سال ۲۰۰۴ میلادی توسط تعدادی از نهادهای جامعه‌ی مدنی ایجاد گردید. بر اساس اهداف فیفا، این نهاد تلاش دارد تا همه شهروندان واجد شرایط رای‌دادن در انتخابات کشور، در این پروسه سهیم و از فرصت‌های یکسان در روند انتخابات برخوردار باشند تا انتخابات افغانستان به شکل دموکراتیک، آزاد و شفاف آن برگزار گردد. فیفا به عنوان یک نهاد ملی، مستقل و بی‌طرف، تلاش دارد تا مطمئن سازد که تمام پروسه‌های ملی و دموکراتیک در کشور از طریق شبکه‌سازی، اشتراک فعال شهروندان و حکومت‌داری خوب به صورت شفاف انجام داده می‌شود (Free And Fair Election Forum of) Afghanistan, 2004. Retrieved may 3. 2018 from [http:// www.fefa.org.af](http://www.fefa.org.af)

۳-۲-۲. بنیاد انتخابات شفاف افغانستان «تیفا»^۲

این نهاد یکی از مراجع نظارتی مستقل در کشور افغانستان است که برای تقویت و تضمین شفافیت و عدالت در فرایندهای سیاسی و اجتماعی به ویژه انتخابات و گسترش روابط متقابل میان مردم و دولت براساس ارزش‌های دموکراتیک در سال ۲۰۰۹ میلادی ایجاد گردیده است) Transparent Election Foundation of Afghanistan, 2009. Retrieved may 2. (2018 from [http:// www.tefa.org.af](http://www.tefa.org.af)).

۱. فیفا طبق قانون مؤسسات غیر دولتی افغانستان در وزارت اقتصاد کشور افغانستان در سال ۲۰۰۴ ثبت گردیده است.

۲. بنیاد انتخابات شفاف افغانستان در سال ۲۰۰۹ میلادی در وزارت اقتصاد افغانستان ثبت گردیده است.

۳-۲-۳. «مجمع جامعه ی مدنی افغانستان» (مجما):

مجمع مذکور، نهادی بین‌المللی است که برای حمایت از تقویت پروسه‌های انتخاباتی افغانستان فعالیت دارد. این مؤسسه محصول همکاری فعالان مجمع جامعه ی مدنی افغانستان و بنیاد صلح سویس است که بنا بر تقاضای ۷۶ تن شرکت کننده (بنیانگذاران) کنفرانس جامعه ی مدنی افغانستان ایجاد شد. کنفرانس مذکور در شهر بدهونف در ۲ دسامبر ۲۰۰۱ در آلمان برگزار شده بود (ماده ۳ اساسنامه مؤسسه مجمع جامعه ی مدنی افغانستان). این مجمع یک نهاد غیر دولتی، غیرسیاسی و غیرانتفاعی بوده که طبق قانون مؤسسات غیردولتی و قانون اساسی افغانستان ایجاد گردیده است. مجمع به شکل باز و به صورت غیرانتفاعی و مبتنی بر عضویت کار می‌کند و دفتر مرکزی آن در شهر کابل می‌باشد (ماده ۴ اساسنامه مجما).

۴. مهمترین آسیب‌های انتخابات ولسی جرگه :

رئوس آسیب‌ها از این قرار است:

۴-۱. نقش احزاب سیاسی در انتخابات :

این گزاره بدیهی است که «مدیریت انتخابات» و «ابتکار عمل انتخابات» در آمریکا پیوسته در اختیار احزاب سیاسی این کشور بوده است. علی‌رغم این که در قانون اساسی این کشور به نقش احزاب سیاسی در این خصوص تصریح نشده و ظاهراً پایه‌گذاران آمریکای نوین (به ویژه هامیلتون و مدیسون) به نقش احزاب خوشبین نبودند اما از همان ابتدا خود این افراد عملاً رهبری جریاناتی را بر عهده گرفتند که بعدها ساختار حزبی این کشور را تثبیت نمود بنحوی که مدیریت انتخابات امروزه تحت اداره ی دو حزب اصلی: جمهوری خواه و دموکرات قرار دارد. این در حالی است که در افغانستان به دلایل فلسفی، تاریخی، سیاسی، فرهنگی و اجتماعی اساساً تحزب با امتناع روبه رو بوده است. در نتیجه به جای احزاب، عملاً اداره ی انتخابات در ید انحصاری حکومت قرار داشته و امکانی برای نقش‌ورزی جامعه ی مدنی در منظومه ی انتخابات وجود نداشته است.

۴-۲. تجربه کم دموکراسی در افغانستان:

اگر گفته می‌شود: انتخابات در آمریکا، به صورت پایدار، تجربه‌ای بیش از دو سده دارد در مقابل در افغانستان، این تجربه نه تنها پایدار نبوده؛ بلکه ساختار فعلی نظام انتخاباتی این کشور، کمتر از دو دهه عمر دارد و در گذشته نیز تجربه‌ی درخوری در این خصوص وجود نداشته است. از این رو افغانستان فاقد سنت پایدار در امر انتخابات است. همین نبود چنین سنتی است که نقش گروه‌های بنیادگرا را در امر انتخابات پررنگ تر می‌سازد. برای نمونه، در چند روز اخیر، (آخر فروردین ۹۷) طالبان با حمله‌ی انتحاری با تجمع ثبت نام کنندگان انتخابات بیش از یکصد نفر را شهید یا مجروح ساخت. حدوث چنین اتفاقاتی، گویای عدم وجود سنت مردم‌سالاری در این کشور است.

۴-۳. فقدان قوانین شفافیت مالی:

اگر نتوان گفت که عملیات مالی نامزدان انتخابات، مهمترین مؤلفه در منظومه‌ی انتخاباتی است؛ اما می‌توان ادعا کرد که این موضوع «گلوگاه سامانه‌ی انتخاباتی» را تشکیل می‌دهد؛ چرا که بدون پول، مدیریت پیچیده‌ی انتخابات امکان پذیر نیست. آن‌چنان که در بالا دیده شد از سال ۱۹۷۱ در آمریکا پیوسته اسناد قانونی مترقی در خصوص شفافیت مالی داوطلبان در فرآیند انتخابات در اشکال: «درآمد و هزینه کرد» وجود داشته است به نحوی که امروزه امکان نظارت جامعه‌ی مدنی و حکومت بر اعمال مالی آنها و کنترل آنها وجود دارد. این در حالی است که در افغانستان اساساً قانونی در این خصوص وجود ندارد تا بتوان به استناد آن، عملیات مالی داوطلبان را در بازه‌ی زمانی انتخابات کنترل نمود.

۴-۴. نقصان قوانین و مقررات انتخاباتی:

در افغانستان برخلاف آمریکا، قوانین و مقررات جامع، به نحوی که همه گروه‌ها و احزاب را جذب منظومه‌ی انتخاباتی کند وجود ندارد در نتیجه در امر انتخابات گروه‌هایی مثل طالبان، از گردونه‌ی منظومه‌ی انتخاباتی خارج هستند که حاصل آن، حدوث خشونت‌هایی در اشکال مختلف است. در نتیجه می‌توان گفت که قوانین انتخاباتی افغانستان برای گذار به دموکراسی ناگزیرند

آسیب‌شناسی انتخابات «ولسی جرگه» افغانستان در پرتو انتخابات مجلس نمایندگان آمریکا.....۱۹۵

«معاندان» را به «مخالفان» تغییر دهند در غیر این صورت، صحنه‌های خشونت‌بار در انتخابات همچنان باقی خواهد ماند (مولائی، ۱۳۹۵: ۱۵-۱۳).

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالبی که بیان شد می‌توان گفت، انتخابات ولسی جرگه به عنوان یکی از شاخصه‌های مهم دموکراسی نیازمند پیش‌زمینه‌های عینی (احزاب سیاسی، اجتماعات مدنی، اصول سیاسی و...) و ذهنی (آمادگی مردم در پذیرش نسبی اصول، مشارکت مسالمت‌آمیز در فرایندهای سیاسی، فاصله گرفتن از خشونت و...) است. این مؤلفه‌ها در افغانستان، دست‌کم در لایه‌ی حقوقی، تا اندازه‌ای به وجود آمده، ولی به مرحله‌ی تثبیت، نهادینه‌شدن و تکامل نسبی نرسیده است. با بررسی که در خصوص مقایسه مکانیزم‌های انتخاباتی مجلس نمایندگان آمریکا و افغانستان انجام شد، باید اذعان نمود که نظام انتخاباتی مجلس نمایندگان آمریکا با بهره‌گیری از مؤلفه‌های عینی و ذهنی فوق‌توانسته مزیت‌ها و تمهیدات فراوان را برای مشارکت شهروندان خویش در تمام ایالت‌ها فراهم کند. در آمریکا نظام انتخابات مجلس نمایندگان بر محوریت احزاب استوار است؛ به نحوی که کلیه‌ی سازکارهای اجرایی، مدیریتی و نظارتی انتخابات و معرفی داوطلبان از سوی احزاب قانونی انجام می‌شود و قوانین در کنار عرف سیاسی، راهکارهای مناسب و معیارهای مطلوب را برای شفافیت انتخابات، مشارکت آزادانه‌ی شهروندان، سهولت در روند ثبت‌نام، انعطاف‌پذیری در شروط مترتب بر انتخاب‌کنندگیدا و... تعبیه نموده است. در صورتی که در جمهوری اسلامی افغانستان هرکسی تمایلی برای حضور در ولسی جرگه را داشته باشد می‌تواند به صورت مستقل و با داشتن شروط قانونی مقرر در بالا، داوطلب ولسی جرگه شود. چنین وضعیتی، گویای فقر نظام حزبی در افغانستان و بازی‌های حزبی در این کشور است. بنابراین با فراهم نمودن تمهیدات و تسهیلات لازم برای حضور و نقش احزاب در انتخابات ولسی جرگه نه تنها شاید بخش اعظم مربوط به فساد و غیرشفاف بودن نظام انتخاباتی برطرف خواهد شد؛ بلکه زمینه برای مشارکت کلیه اقشار و اقوام در چارچوب گرایش‌های حزبی در انتخابات ولسی جرگه مهیا خواهد گشت. همچنین دوره‌ی نمایندگی در مجلس نمایندگان مدت دو سال در نظر گرفته شده است که مناسب‌ترین و مهم‌ترین مؤلفه نظام مبتنی بر ارزش‌های مردم‌سالاری می‌باشد؛ اما این مهم در ولسی جرگه، پنج سال پیش‌بینی شده است که این بازه‌ی زمانی عدد بالایی بوده و می‌تواند رابطه‌ی نماینده را با موکلان خود کم‌رنگ سازد

و به درازا کشیدن قدرت در ید نمایندگانِ کشوری که بر سنتِ اقتدارگرایی استوار است، می‌تواند شائبه‌ی فساد و استبداد را بر نهاد قانونگذار مستولی سازد. از این رو، با توجه به تجربه‌ی کم‌جمهوری اسلامی افغانستان در ارتباط با مردم‌سالاری، تجربه‌ی اندک در انتخابات نسبت به ایالات متحده آمریکا، فقدان قوانین مدون در خصوص تأمین شفافیت هزینه‌های تبلیغاتی انتخابات، خلاءها و نواقص موجود در قوانین در این حوزه و فقدان سنت پایدار مردم‌سالاری در این کشور، لاجرم یکی از راه‌های توسعه سیاسی و حقوقی از گذرگاه توسعه‌ی نظام انتخاباتی می‌گذرد و در این راه، شایسته است از تجربه‌ی نظام‌های انتخاباتی توسعه‌یافته به‌ویژه برای رفع کاستی‌های انتخاباتی ولسی جرگه استفاده بهینه شود.

فهرست منابع و مأخذ

فارسی

الف) کتاب

بارنت، اریک: مقدمه‌ای بر حقوق اساسی: ترجمه عباس کدخدایی، انتشارات میزان، تهران، (۱۳۸۲).

بوشهری، جعفر: حقوق اساسی تطبیقی، شرکت سهامی انتشار، تهران، (۱۳۸۴).

تنک، آندره: حقوق ایالات متحده آمریکا، ترجمه: سید حسین صفائی، چاپ چهارم، انتشارات دانشگاه تهران، (۱۳۷۴).

جعفری ندوشن، علی اکبر: بررسی تطبیقی کارویژه‌های شورای نگهبان، مرکز اسناد انقلاب اسلامی، تهران، (۱۳۸۵).

خسروی، حسن: حقوق انتخابات دموکراتیک، نشر مجد، تهران، (۱۳۸۸).

داری شری، یان: تحولات سیاسی در آمریکا، ترجمه: رحیم قاسمیان، سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، تهران، (۱۳۷۰).

زارعی، محمدحسین: مطالعه تطبیقی مجالس قانونگذاری، انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تهران، (۱۳۸۴).

عالیخانی، محمد: حقوق اساسی، انتشارات دستان، تهران، (۱۳۸۱).

قاضی، ابوالفضل: بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ سی و ششم، انتشارات میزان، تهران، (۱۳۸۸).

محمدی، عبدالعلی: حقوق اساسی افغانستان، انتشارات دانشگاه خاتم النبیین (ص)، کابل، (۱۳۹۵).

نصیری، محمد: حقوق بین الملل خصوصی، جلد دوم، انتشارات آگاه، (۱۳۸۸).

ب) مقالات و غیره

۱. احمدوند، شجاع؛ صابرماهانی، فردوسی: «درآمدی مقایسه‌ای بر منابع مالی تبلیغات انتخاباتی (مطالعه نظام‌های انتخاباتی ایران، فرانسه، روسیه و آمریکا)»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، شماره ۴۹، (۱۳۹۴).
۲. حبیب نژاد، سیداحمد: «شرایط انتخابات شندگان درانتخابات مجلس شورای اسلامی درنظام حقوقی اساسی ایران بانگاه تطبیقی»، فصلنامه علمی - پژوهشی علوم سیاسی، سال چهارم، شماره ۵۵، (۱۳۹۰).
۳. زارعی، حسین: «بررسی تطبیقی نظارت برانتخابات مجلس شورای اسلامی با ۶ کشور(انگلستان، فرانسه، آلمان، آمریکا، آفریکاجنوبی ومصر)» تهران، نشر معاونت پژوهشی، (۱۳۹۰).
۴. طاهری، محسن؛ آب سالان، عباس: «بررسی تطبیقی تنوع عملکردکشورها درخصوص فرآیندنظارت برانتخابات ریاست جمهوری درایران وسایرکشورها» فصلنامه مطالعات سیاسی، شماره هفتم، (۱۳۹۴).
۵. عنابی، علیرضا؛ خلیلی شجاعی، فریور: «محدودیت‌های انتخاباتی انتخاب کنندگان وانتخاب شوندگان» نشریه کانون وکلادادگستری، شماره ۲۱ و ۲۲، (۱۳۹۰).
۶. مولائی، آیت: جزوه نظام‌های انتخاباتی، کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه بوعلی سینا، (۱۳۹۵).

ج) قوانین

۱. قانون اساسی افغانستان مصوب ۱۳۸۲
۲. قانون اساسی آفریقایی جنوبی مصوب ۸ می ۱۹۹۶.
۳. قانون انتخابات افغانستان مصوب ۱۳۹۵.
۴. قانون انتخابات آلمان مصوب ۱۹۵۶ با اصلاحات سال‌های ۱۹۳۳ و ۱۹۹۶.
۵. آئین نامه اصول وظایف داخلی ولسی جرگه افغانستان مصوب ۱۳۹۵.
۶. اساسنامه مجتمع جامعه (مجما) افغانستان مصوب ۲۰۰۱

English

Books

:1. Norris, P. (1997) , Choosing Electoral Systems: Proportional, Majoritarian and Mixed Systems.For Contrasting Political Institutions special issue of the International Political Science Review Vol 18(3) July 1997: 297-312.Edited by : Jean Lap once and Bernard Saint-Jacques.

B.Web Sources

1. "Elections in U.S.A", 1993. retrieved march 5.2018 from <http://www.usembassy.de/u.s.a>.
2. Free And Fair Election Forum of Afghanistan, 2004. Retrieved may 3. 2018 from [http:// www.fefa.org.af](http://www.fefa.org.af)
3. Transparent Election Foundation of Afghanistan, 2009. Retrieved may 2. 2018 from [http:// www.tefa.org.af](http://www.tefa.org.af).

C. Acts

United States Constitution, 1787.

The Federal Election Campaign Act.

The Bipartisan Campaign Reform Act.

Beth, saturno,speaker of the House:Elections, 1913-2007.

Rules Of the House Of Representatives in the U.S.A.

D. Awards

Buckley V. Valeo, 424, U. S. 1, 1976. Supreme Court of the United States.

First National Bank of Boston v. Bellotti, 435, U.S. 765, 1978 and Citizens United v. Federal Election Commission, 558. U.S. 310, 2010, McCutcheon v. Federal Election Commission, 572, U.S. 2014.

McConnell v. Federal Election Commission, 540 U.S. 93, 2003.

چکیده مقالات به زبان انگلیسی

The pathology of Afghanistan “Wolesi Jirga” Elections in Light of the Election of the US House of Representatives

Vahid Ghasemi Ahd¹

Alireza Rast²

Abstract

Today's elections are the most appropriate and most common means of citizen participation in the country's political destiny and the House of Representatives election is one of the most fundamental ones.

In this paper, it has been tried, using the research method: analytical descriptive, to look at the similarities and differences of the House: US Representatives and Wolesi Jirga (House of Representatives) in Afghanistan to highlight the major damage caused to the Wolesi Jirga electoral system from the perspective of Comparative.

It has been concluded that, firstly, the electoral axis is formed by "political parties" in the United States. But in Afghanistan, ethnic, religious, linguistic and ... structures have not been able to institutionalize the party. Secondly, there are good laws in the field of financial management of volunteers and so it has added to the transparency of financial resources in the American electoral system but in Afghanistan there is basically no law in this regard.

Keywords: US House of Representatives, Afghanistan Wolesi Jirga, Elections.

¹ Assistant Professor of Law, Islamic Azad University of Arak (Corresponding Author)-
v.ghasemi@gmail.com

² PhD of Law, Islamic Azad University of Arak

***The Pathology of Afghanistan “Wolesi Jirga” Elections In Light of
the Election of the US House of Representatives***

Ayat Molaie¹

Mehdi Manavi²

Abstract

Adhesion contract is A standard of contract drafted by one party and offered to other party, who must adhere to the contract and therefore does not have the power to negotiate the terms of the contract and only can "take it or leave it" .many of insurance(not all of them) contract are adhesion contract. Insurer with stronger bargaining power, According to the requirements of the insurance industry, standardized or drafted terms and conditions in the form of contract, and insured only can accept or reject it . for nature of this contracts, some times, there are vague , suprising and conscionable terms in this contract. In This paper , ways of protcting of insured in us law in this contract introduced, including cotra proferentem, rule of esstopel, doctrine uncoscionable contract or terms and principle of reasonable expectation and then be cosidered to what extent these methods are applicable in Iran law.

Keywords: insurance contract, adhesion contract , protection of insured, standard contract, comprative study.

¹ Assistant Professor , university of BoAliSina (Corresponding Author)-
ayet.publiclaw@gmail.com

² master degree of public Law , University of BoAliSina

EU Sanctions on Banking Guarantees and the Existing Legal Solutions to Confront with Them

Sedighe Fahimi¹

Mahmood Bagheri²

Abstract

The sanctions imposed on Iran by the EU Council prohibit any dealings with specific Iranian banks. Sanctions may restrict a foreign bank's ability to perform its obligations under guarantee contracts. According to these sanctions, no claim in connection with any contract or transaction the performance of which has been affected by the measures imposed under this Regulation, including claims for indemnity or any other claim of this type, such as a claim for compensation or a claim under a guarantee, notably a claim for extension or payment of a bond, guarantee or indemnity, particularly a financial guarantee or financial indemnity, of whatever form, shall be satisfied and European banks invoke these sanctions as a force majeure or frustration condition and accordingly terminate their contract. Since the bank guarantees are noticeably important in nature, introducing the conditions in which the sanctions could frustrate an agreement is also crucial.

Considering the fact that a substantial amount of funds is accounted for the guarantees, a detailed study in the EU regulations and reviewing Banks' claims and finding appropriate legal solutions are necessary. It is to be examined whether the European Union sanctions as conditions of force majeure or frustration are considered as barriers of contract's performance or not. The study of this issue involves the examination of sanctions pertinent to bank guarantees under the provisions of the European Union. In addition to considering EU decisions and regulations on bank guarantees, prohibitions, restrictions and permissions, it is necessary to find a legal solution for these sanctions.

Keyword: sanction, Bank Guarantee, Frustration, Force majeure. Contract

¹ Master degree of Private Law (Corresponding Author)- sefahimi@yahoo.com

² Associate Professor of Private Law , University of Tehran.

Comparative study of cybercrime in Iran and international law

Bitá Dashti¹

Maryam Afshari²

Abstract:

Because of human activities complexity, Willy-nilly any change in present world would have impacts and outcomes. In such a way that with invention of new device, besides its correct and legal usage there is always the possibility of its misusing. In this regard, law science as a justice support and procreator of harmony in human society, would cover whatever which has a little blemish to this harmony and would try to remove or prevent it's bad effects. Cyber context which caused by scientific and industrial advancements in recent century is not exempted from this and has entered negative and positive effects in human life which makes it's necessity of study unavoidable. Hereupon, criminal politicians, jurists and criminologists have entered to this context and with definition of cyber crimes, prediction of it's corresponded punishments and doing security and precautionary plans toward the dangers of this context, training and advertising people about destructive outcomes of cyber context do their main duties in this ground, which study on quality and dimension of this function is necessary. This study aimed at investigate the nature of cyber context and communicational instruments, definition, history, characteristics and its classification. Possible dangers and globalization of contrast with cyber crimes were points which discussed as results. Also, it was given suggestions as mode used for criminal politicians of Iran to contrast and prevent cyber crimes which is expected be regarded by jurists, criminologists and users.

Keywords: Computer, Cyber Crimes, Computer information, International law, Iran law

¹ Master degree in Law , Islamic Azad University of Damavand(Corresponding Author)-
bita_dashti@yahoo.com

² Assistant Professor, Islamic Azad University of Damavand.

***Comparative Investigation of Repentance in Penal Law and
Imamite Jurisprudence in the fall of Punitive Penalties***

Mohsen Khan Mohammadi¹

Abstract

Repentance is one of the causes of the fall of public punishment, and the legislator, in accordance with Imamia jurisprudence, has introduced the Penal Code of the Islamic Penal Code of 1392 into account. Therefore, if the perpetrator repents before a final verdict is issued, now, in the case of limits other than the Qazf; the repentance will result in the punishment being brought to an end with the fulfillment of the prescribed conditions. But in other areas (except for moharebeh), if the accused repent before the crime is proved, then Muscat is the maximum in addition to the other conditions, and in the moharebeh of this stage, you must be before arrest or domination. Also, in accordance with the second part of Article the head of the judiciary from the supreme leader. This article is of the theoretical type and is used for analytical, descriptive and comparative analysis of the laws with Imamieh jurisprudence.

Keywords: General lawsuit termination, Imamiye jurisprudence, Repentance, Penitence, Reform.

¹ Assistant Professor of Law , Islamic Azad University of Karaj (Corresponding Author)-
m.khanmohammadi1367@yahoo.com

***A Comparative Study of The Outcomes of Rescission of
contraction Convention International
Sale of Goods (1980 Vienna) and Iranian Law***

Seyed Hasan Hoseyni Moghaddam¹

Abstract

Like most of legal systems on Convention International Sale of Goods (1980 Vienna), adherence of other parties of the convention to the terms of the contract and its obligations are emphasized, which are inevitable are placed against the sweetness of fulfillment, have an exception over them. Legislator basically supports the execution of the contract and applies the Rescission of the contract under the condition which both parties would avoid losing the rights, if he discerns that the contract will not result in what either parties want. Considering how would be the future and condition of two parties and their obligations if the contract were broken, also what kinds of contractual obligations would remain and need to be enforced after the application of the Rescission of the contract? Does the effect of the Rescission of the contract return back to the past and the date of the contract, or begin from the very moment of the contract? Ultimately is it possible to charge the damage for each party after the Rescission of the contract or not? In this article we will discuss the similarities or differences of Iran rights and Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980 Vienna) to the mentioned topics.

Key words: Convention, Sale, Rescission, Remedy, Interest

¹ Assistant Professor of Private Law, University of Mazandaran (Corresponding Author) - s.h.hoseinimoghaddam@umz.ac.ir

***Studying parliamentary system excellence and its performance in
France and Iran***

Javad Tghizadeh¹

Seyed Hoseyn Mirahmadi²

Abstract:

There was a common belief among comparative studies researchers that parliamentary systems work better than presidential ones but that belief disappears now. These systems don't have any substantive privilege and their harmony with societies conditions make them better or worst. By using comparative methods we can find out this harmony and suitable form of government for specific state. Governmental instability in France third and fourth republic and Iran parliamentary monarchy show that because of lacking political culture to make durable coalition, parliamentary system isn't favorable to these countries. In both cases cabinets lasted about six month an average that means instability leading to inefficiency of political system. That condition still exists in Iran appearing fundamental feature of the country that makes parliamentary system improper choice for governmental form in Iran political system, Apart from problem of instability, parliamentary system in Iran present government because of approbation supervision on election may lead to political alienation.

Keywords: Parliamentary system, presidential authorities, France, Iran, comparative studies

¹ Associate Professor of Public Law , University of Mazandaran (Corresponding Author) - jtaghizadehd@yahoo.com

² Master degree of Public Law, University of Shiraz

Table of Contents

<i>Title</i>	<i>Author</i>	<i>Page</i>
Studying Parliamentary System Excellence and its Performance in France and Iran	<i>Javad Taghizadeh</i> Seyed Houssein Mirahmadi	4
A Comparative Study of The Outcomes of Rescission of Contraction Convention International Sale of Goods (1980 Vienna) and Iranian Law	seyyed hasan hosseini moghadam	5
Comparative Investigation of Repentance in Penal Law and Imamihe Jurisprudence in the fall of Punitive Penalties	Mohsen Khanmohammadi	6
Comparative Study of Cyber-Crime in Iran and International Law	Bitas Dashti Maryam Afshari	7
EU Sanctions on Banking Guarantees and the Existing Legal Solutions to Confront with Them	Sedighe Fahimi Mahmood Bagheri	8
The Pathology of Afghanistan “Wolesi Jirga” Elections In Light of the Election of the US House of Representatives	Ayat Mulaee Mahdi Manavi	9
Comparative Study of Ways to Protect Policyholders in Standard Insurance Contracts in Iran and Us Law	Vahid Ghasemi Ahd	10

Journal of Comparative Law

Publisher: *University of Mazandaran*

Director-in-Charge: *Dr. Taghizadeh, Javad*

Editor-in-Chief : *Dr. Abhari, Hamid*

Internal Manager: *Dr. Faryadi, Masoud*

Executive Director: *Dr. Allahverdi, Farhad*

Editorial Board:

Abbasi, Bijan	Associate Professor of Tehran University
Abdollahi, Mohsen	Associate Professor of Shahid Beheshti University
Abhari, Hamid	Professor of Mazandaran University
Izadi Fard, Ali Akbar	Professor of Mazandaran University
Izanloo, Mohsen	Associate Professor of Tehran University
Kalantari, Kiomars	Professor of Mazandaran University
Mohammadi, Pejman	Associate Professor of Chamran University
Shakeri, Abolhassan	Associate Professor of Mazandaran University

Editors:

- *Dr. Mahmoodi Kordi, Zahra* (English)

- *Mr. Bordbar, Sayed Sadegh* (Persian)

Printing and Binding: *Katibeh Printing Co*

Address: *Office of Scientific Journal, Faculty of Law and Political Sciences, Pardis of University of Mazandaran, Shahid Beheshti St. Babolsar, Iran.*

Email: *pajohesh.l-p@umz.ac.ir*

TeleFax: *+981135302104*

Web page: *www.lp.umz.ac.ir*

Journal of Comparative Law

**Vol.3
No.4
Spring and Summer2019**