

دادنامه

انجمن علمی حقوق دانشگاه گیلان

فصلنامه علمی، حقوقی و دانشجویی، شماره
نهم و دهم؛ پاییز و زمستان ۱۴۰۳

آنچه در این شماره خواهید خواند:

گفت و گو اختصاصی با سرکار خانم سمیه موسوی فر،

عضو هیئت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان؛

اهمیت استقلال وکیل در فرآیند دادرسی

بانوان در آیینہ تاریخ حقوق این سرزمین

حاکمیت اراده در ضمان درک

توافقات کلیک پذیر

و عناوین دیگر...



بسم الله الرحمن الرحيم

دادنامه؛

فصلنامه علمی، حقوقی و دانشجویی، شماره
نهم و دهم؛ پاییز و زمستان ۱۴۰۳



صاحب امتیاز: انجمن علمی حقوق دانشگاه گیلان

مدیر مسئول: مهشید پورغلامعلی
سر دبیر: امیر محمد معزی

هیئت تحریریه:

ستایش بخشعلی پور، فاطمه شاه منصوری، علی ظلی، دیبا مرادی

بخش، امیر محمد معزی، مهتا موحدی نیا، سوگند نوری

طراح جلد و صفحه آرا: زینب نظری

استاد راهنما: دکتر رضا دریایی

راه های ارتباطی:

dadnamehguilan@gmail.com

[@dadnamehguilan](https://www.instagram.com/dadnamehguilan)



فهرست مطالب

سخن سردبیر؛ چرا انجمن؟ روایتی از يك رويا / ۴

گفت‌وگو؛ اهمیت استقلال وکیل در فرآیند دادرسی / ۵

یادداشت؛ بانوان در آئینه تاریخ حقوق این سرزمین / ۱۱

یادداشت؛ کاربرد دستیار هوش مصنوعی در دادرسی / ۱۳

حاکمیت اراده در ضمان درك / ۱۶

ارزیابی قابلیت کاربرد قاعده سد ذرایع در پیشگیری از جرائم جنسی / ۲۸

ماهیت حقوقی شرط داوری / ۳۲

زمان و مکان تشکیل قرارداد و بررسی قانون تجارت الکترونیک ایران با

نگاهی به کنوانسیون های بین المللی / ۳۶

توافقات کلیک پذیر / ۴۰

مقدمه فرهنگی؛ تلنگر / ۴۷

روی دیگر عدلیه / ۴۹

معرفی فیلم متری شیش و نیم / ۵۱

ید در مقام تنازع / ۵۵

شرح حالی از حیات دکتر محسن محبی / ۵۷



چرا انجمن؟ روایتی از یک رویا

امیر محمد معزی شال
کارشناسی حقوق دانشگاه گیلان



ایده در سرم، بار دیگر می‌پرسم آیا فعالیت های انجمن سودمند بوده است؟ جواب این است که تلاش کرده‌ایم بتوانیم بستر مناسبی برای طرح دغدغه‌های علمی فراهم کنیم و همین‌طور فضایی برای پر کشیدن فکر و به بیان روشن‌تر طرح دغدغه‌های تازه و چرخه ای از خواندن، فکر کردن و نوشتن. اگر هدف انجمن ایجاد چنین بستری بوده باشد؛ تلاش بر این بوده است که مفید باشیم؛ و بی شک تلاش خواهیم کرد تا به حفظ و گسترش این فضا ادامه دهیم.

به‌عنوان دانشجو، وقتی که جمع می‌شویم، گاهی وقت‌ها بحث آن است که آیا فعالیت‌های انجمن علمی به‌راستی سودمند بوده است یا نه؟ بعد از یک سال فعالیت در انجمن، از خود می‌پرسم آیا هر آن چه تا امروز انجام داده‌ایم، اعم از برگزاری نشست‌ها، دوره‌های آموزشی، انتشار فصلنامه و این اواخر تولید پادکست، واقعاً توانسته است آن چنان که باید برای دانشجویان سودمند باشد؟ در پی جواب، از خود می‌پرسم سودمند بودن یعنی چه؟ و جوابی نمی‌یابم، جز آن که بودنبود این فعالیت‌ها تفاوت ایجاد کند. بودن، به‌گونه‌ای که مخاطب با خواندن یک مقاله در این نشریه، یا نشستن در یکی از برنامه‌های آموزشی و یا گوش دادن به یک قسمت از پادکست، با خودش بگوید استفاده از محتوای آن با استفاده نکردن از آن تفاوت ایجاد کرده است. بودن، یعنی دانشجویان کوشا بتوانند بخوانند، فکر کنند، خواننده‌هایشان را روی هم بچینند و یک مطلب آماده کنند. بودنبود نشریه، در مقام اول، در همین است که بتوانیم به‌عنوان دانشجو، آموخته‌های خود را در قالب یک ساختمان منسجم نظم بخشیده و به عرصه نقد بگذاریم. اهمیت نشریات و نوشتن در آن، در همین ایجاد گفتمان است، وقتی دانشجویی از دانشجوی دیگر چیزی در مورد آنچه نوشته است بپرسد و مهم‌تر از آن، دغدغه به هدف تبدیل شود و هدف در خواندن و نوشتن و پیش رفتن، به یک حرف و ایده‌ای که در یک یادداشت علمی به مخاطب عرصه می‌شود. در آخر، با چرخش این

اهمیت استقلال وکیل در فرایند دادرسی

گفت‌وگو با خانم دکتر سمیه موسوی فر عضو هیئت‌مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان



تهیه و تنظیم: مهشید پور غلامعلی
کارشناسی حقوق دانشگاه گیلان



آنها مراجعه می‌کنند و وکیل وظیفه دارد ضمن آگاهی‌بخشی در خصوص حقوق موکل و نظارت بر حسن اجرای روند تحقیقات و رسیدگی، برای حل مشکل موکل از کلیه ظرفیت‌های قانونی نهایت استفاده را نماید.

ضرورت وجود نهاد حرفه‌ای مستقل از دستگاه قضایی و جریان‌های سیاسی تحت عنوان کانون وکلای دادگستری که متولی امر دفاع در دادرسی عادلانه می‌باشد در کلیه کشورهای پیشرفته پذیرفته شده است. استقلال این نهاد به عنوان تضمین‌کننده دادرسی منصفانه از

افراد جامعه در مراجعه به نهاد قضایی به‌منظور احقاق حق و یا دفاع از خود در برابر اتهامات از حقوق مسلمی برخوردار هستند؛ این در حالی است که با توجه به مفاهیم حقوقی و پیچیدگی های قانون‌گذاری اکثریت افراد جامعه فاقد اطلاعات حقوقی در برخورد با دستگاه قضایی بوده و از حقوق خود و تکالیف برآمده از آن اطلاع ندارند؛ در نتیجه این ناآگاهی نیز، نتیجه مطلوب حاصل نخواهد شد. اهمیت نقش وکیل دادگستری از آنجایی ناشی می‌شود که مردم برای اخذ آگاهی و حمایت در فرایند دادرسی به

بدیهیات در یک جامعه مدنی جهت نیل به عدالت و حاکمیت قانون است. استقلال وکیل امر دفاع منجر به دستیابی به یک فرایند دادرسی منصفانه و افزایش اعتماد عمومی به دستگاه قضایی می باشد.

با در نظر داشتن اهمیت استقلال نهاد وکالت و وکیل دادگستری، در این شماره از نشریه دادنامه به مناسبت هفتاد دومین سالروز استقلال قانون وکلای دادگستری و روز وکیل مدافع در خدمت خانم دکتر سمیه موسوی فر، عضو هیئت مدیره کانون وکلای دادگستری گیلان بوده ایم و از سخنان ایشان پیرامون استقلال وکیل و وکالت بانوان بهره مند شدیم.

۱. استقلال کانون وکلا به چه معنا است؟ و

چرا باید وکیل مستقل باشد؟

با نام خدا و تقدیم درود و مهر به خوانندگان رسانه شما. بسیار خرسندم از اینکه فرصت گفت و گو حاصل شد و امیدوارم تجربیات به دست آمده از سال ها اشتغال به وکالت برای مخاطبان عزیز مفید واقع گردد.

در پاسخ به این سؤال باید گفت؛ استقلال نهاد وکالت و حفظ شان وکیل در دفاع از حقوق موکل، ضرورتی برآمده از ذات وکالت و از شاخصه های توسعه عدالت در جامعه است. همان گونه که اصل بی طرفی دادرسی ضرورتی جدایی ناپذیر و نهفته در ذات اعلای قضاوت است. برای دادرسی عادلانه و امکان تحقق عدالت و احراز حق در دستگاه قضا، استقلال وکیل باید به عنوان حقی تضمین شده و تغییرناپذیر پذیرفته و حمایت شود. اگر این حق تأمین نشود، نتیجه آن دفاع مضطربی خواهد بود که در کشف حقیقت و واقعیت ابتر می ماند و شاید نتیجه ای معکوس از آنچه هدف عدالت محوری است، پدید آید.

این ضرورت بدیهی سال ها است که در نظام قانون گذاری قضایی ایران احراز شده و با تصویب لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری در سیستم قضایی ما تثبیت گردیده است. نظام قضایی مدرن و پیشرو به ضرورت استقلال نهاد وکالت به خوبی واقف و جامعه قضایی آگاه و شریف مانیز به آثار سازنده آن

صحه می گذارند. چرا که اقدام یک وکیل آگاه و متعهد و مبرز در پناه این تأمین و استقلال، کمک رسان کشف حقیقت و تحقق عدالت بوده و نتیجه آن توسعه و اجرای عدالت در ساختار حقوقی و قضایی کشور خواهد بود که به کرات در تنظیم اسناد و نقشه های جامع علمی و سیاست گذاری های کلی کشور بر آن تأکید شده است و در نتیجه نه تنها نهاد وکالت بلکه جامعه را منتفع خواهد ساخت. بنابراین استقلال صرفاً ضرورتی صنفی و محدود به درون جامعه وکالت و منافع منحصر به شغل وکالت، نیست و باید با دید کلان و جامع نگر و نتیجه سنج به آن نگرست و از آن به عنوان مولفه ای در توسعه و پایداری عدالت در نظام حقوقی بهره برد.

۲. همواره در سالهای اخیر، اخبار حمله و آسیب به وکلا را شنیده ایم. در این خصوص چه راهکارهایی به ویژه در حوزه قانون گذاری برای پیشگیری از چنین وقایعی و حمایت از وکلا پیشنهاد می دهید؟

شغل وکالت مجرای تبلور حق طلبی و عدالت خواهی است. ثمرات سازنده و مؤثر حضور و نقش آفرینی وکیل در دعاوی و تحقق عدالت و همچنین افزایش آگاهی و توسعه قانونمندی در جامعه، اقتضا دارد وکیل در کسوت وکالت و انجام امور حرفه ای از تأمین جسمانی و معنوی برخوردار بوده و مورد حمایت قرار گیرد. همان طور که در قوانین و رویه های حقوقی بر لزوم حفظ شان وکیل صحه گذاشته می شود؛ اما لازمه تحقق آن حمایت نظام قانون گذاری از طریق تصویب قوانین حمایتی در این راستا و تضمین اجرای آن است. زیرا در ماهیت و طبیعت شغل وکیل، اهتمام بر احراز و حفظ حقوق موکل وجود دارد و وکیل مکلف است تمام تلاش خود را برای احقاق حق قانونی موکل نموده و زوایای پنهان امر را در راستای تأمین حق وی روشن سازد. انجام این تکلیف طبیعتاً با ایجاد تقابل و تعارض میان حقوق دو طرف دعوا، در معرض خطر قرار گرفتن وکیل را محتمل می گرداند. از آنجاکه وکالت، شغلی شریف و نجیب است و مبارزه آنها نیز جدلی شرافتمندانه برای حق است که تنها سلاح و ابزار آن قانون است؛ حفظ

امنیت شغلی وکلا حفظشان حق است و تأمین جانی آنان که شغل خود را احقاق حقوق و عدالت قرار دادند، فی الواقع تأمین و پاسداشت حق و عدالت و از شاخص‌های توسعه یافتگی نظام حقوقی و قضایی است. همچنین وکلا نیز باتوجه به بستر اجتماعی و فرهنگی و جغرافیایی حوزه اشتغال و اهتمام بر تقید به رفتار حرفه ای و همچنین با بهره‌گیری بیشتر از آموزه‌های روان‌شناختی و تحلیل رفتاری می‌توانند به کاهش تنش‌ها و خطرات و تهدیدهای احتمالی نمایند.

اما برخی راهکارهایی که میتواند مدنظر قرار گیرد:

۱. آموزش صبر و حوصله و تدقیق در امور محوله و لزوم رعایت مباحث اخلاقی و قانونی به وکلا و همچنین عدم طرح اختیارات خودساخته و واهی و عدم فریب موکل و مردم با استفاده از تبلیغات دروغین و قطور کلی فریبکاری از ناحیه وکلا

۲. افزایش آموزش عمومی از رسانه‌های اجتماعی و صداوسیما مبتنی بر خطیر و لازم بودن حضور وکلا در روند دادرسی و رعایت شان و جایگاه وکیل. هرچند که تاکنون در آثار هنری و بصری و

شنیداری معمولاً این رویه به نحو مطلوب تأمین نشده و نوعاً تصویری غیرمنصفانه و بر خلاف شان شغل شریف وکالت به نمایش گذاشته‌اند و لازم است که تغییر اساسی و بنیادی در این نگاه ایجاد شود و تصویرسازی منصفانه از جامعه وکلا ارائه گردد. هرچند که مانند هر مجموعه‌ای، در جامعه وکلا نیز ممکن است افراد فاسد موجود باشند؛ اما با پوشش

دادن و پرداختن افراطی به این موضوع در رسانه ها و عدم ارائه جبهه مخالف آن، سیمای شریف بسیاریان وکیلی که با شرافت جان و مال در راه حقیقت نهاده اند؛ پنهان مانده و تعرفه نمیشود در واقع شان و امنیت عموم وکلا نادیده گرفته می‌شود.

۳. آموزش عمومی از طریق رسانه های پیش گفته مبنی بر اینکه اگر حقی و دعوا و ادعایی در مواجهه با وکیل و علیه وی دارند میتوانند با مراجعه به مجاری مربوط حق خود را استیفا کنند.

۴) و در نهایت هر چند که سیاهه جرایم به قدری است که گاهی لازم است با خست تمام به افزایش عنصر قانونی جرم نگاه کرد اما با توجه به وضعیت موجود و مخاطرات حرفه وکالت، لازم است که نهادهای قانونی نسبت به افزودن موادی در قانون و واجد وصف بازدارندگی و تنبیهی، مجازاتی در خصوص رفتارهای نامتعارف و خلاف شان با وکلا ولو از ناحیه مقامات قضایی و انتظامی و عموم اشخاص جامعه، در رابطه با امور محوله و دادرسی اندیشه شود.

۳. مهم ترین چالش های وکلا و نهاد وکالت

در جامعه امروز ایران چیست؟ و چه اقداماتی در این خصوص لازم است؟

پاسخ به این سؤال تا حد زیادی در مطلب قبلی اشاره شد و مرتبط است؛ اما در تکمیل و ادامه می‌توان گفت که نهاد وکالت در شکل امروزی نهادی مدنی در ساختار جوامع مدرن است. هرچه جایگاه و شان وکیل در این ساختار، تأمین شده تر و فعال تر باشد، نظام

”
در آثار هنری و بصری و شنیداری معمولاً این رویه به نحو مطلوب تأمین نشده و نوعاً تصویری غیرمنصفانه و بر خلاف شان شغل شریف وکالت به نمایش گذاشته‌اند و لازم است که تغییر اساسی و بنیادی در این نگاه ایجاد شود و تصویرسازی منصفانه از جامعه وکلا ارائه گردد.“

66

حقوقی و مدنی پیشروتر و برتری خواهیم داشت. برای نیل به این مقصود نیازمند توسعه و تحول فرهنگی در احیای نقش وکیل در جامعه هستیم. نهاد وکالت نیازمند درک صحیح جامعه از شغل و شان وکیل است. از طرفی کمتر کسی است که در دنیای امروز اعمال حقوقی انجام نداده باشد. از بدیهی‌ترین آنها که تملک و اداره امور مالی است تا ثبت شرکت و طرح دعوا و دفاع از حقوق خویش. اما روشن است که همه اشخاص جامعه از تخصص و مهارت‌های حقوقی بهره‌مند نیستند و برای انجام صحیح امور قانون و حقوقی و پیشگیری از مخاطرات و مسئولیت‌های ناشی از آن نیاز به استمداد از وکیل و مشاور حقوقی دارند. بنابراین توسعه فرهنگ مراجعه به وکیل و پذیرش شغل وکالت به‌عنوان یک مهارت تخصصی مورد نیاز برای مردم و تثبیت نقش حضور وکیل در دعاوی و مشاوره حقوقی با او در انجام فعالیت‌های حقوقی که به نحو چشمگیری در تأمین و حفظ حقوق قانونی اشخاص مؤثر است، برای ارتقای فرهنگی جامعه بسیار لازم به نظر می‌رسد.

همچنین آثار این توسعه فرهنگی محدود به جامعه وکالت و مخاطبان خاص آن نخواهد بود. حضور وکیل و مشاور حقوقی و مراجعه به او به واسطه جریان اعمال حقوقی در مسیر قانون مانع بروز بسیاری از اختلافات خواهد بود و طبیعتاً کمک شایانی به بی‌نظمی در حوزه معاملات و قراردادهای و خشونت‌زدایی در میان روابط اشخاص می‌نماید.

اما باوجود ضرورت انکارناپذیر نقش وکیل در جامعه، این شغل با چالش‌های متعدد مواجه است. برخی از این چالش‌ها عبارت‌اند از (۱) عدم رعایت شان و منزلت وکیل به نحو مناسب و آن‌چنان که باید به‌مثابه شان قضات مورد احترام باشد، به‌ویژه رعایت شان وکیل در مقام مراجعه به مراجع قضایی و ادارات و مراجع انتظامی و حتی تصویرسازی از شغل وکالت در رسانه‌ها نیازمند توجه بیشتر است.

(۲) افزایش تعداد وکلا بدون تصویب قوانین حمایتی مانند الزامی بودن مداخله وکیل در دعاوی حقوقی و حوزه قراردادهای، میتواند به چالش مهمی در معاش شرافتمندانه وکلا تبدیل

شود و این موضوع بسیار مهمی است که باید در اسرع وقت برای آن چاره‌ای اندیشید. اجرای طرح‌ها و قوانینی مانند قانون تسهیل اگرچه در راستای اعمال قواعد حقوق رقابت توجیه پذیر است اما اجرای آن باید ملازم با قوانینی حمایتی مبنی بر ایجاد فرصت شغلی برای وکلا باشد تا نتیجه مطلوب به بار نشیند. و شرایط فعلی شغل وکالت به شدت نیازمند تصویب قانون الزامی شدن حضور وکیل در دعاوی جهت تأمین امنیت شغلی و امنیت معاش وکلا است.

(۳) رواج فرهنگ شایسته سالاری و ارج نهادن به رعایت اخلاق حرفه‌ای و سواد و دانش حقوقی. کوشیدن در این راه که مسیر موفقیت از تقید به اخلاق حرفه‌ای و افزایش دانش حقوقی می‌گذرد و شایستگی وکیل بر اساس علم و اخلاق وی سنجیده شود و و این رسالت فرهنگی جامعه حقوقی است که اشخاص را از زینت علم و ادب دلسرد ننماید.

(۴) چالش‌های شغل وکالت برای بانوان وکیل محسوس‌تر و ملموس‌تر است. اعم از محدودیت‌های قانونی و یا عدم برابری‌ای که از عرف جامعه نشأت می‌گیرد. مانند عدم باورمندی کافی به توانمندی وکلای زن و نادیده گرفتن توانمندی آنها و قائل نبودن به استحقاق آنان در برخورداری از شان برابر و دریافت حق الوکاله برابر با وکلای مرد و جدی نگرفتن نقش علمی و حرفه‌ای زنان وکیل و بعضاً برخورد‌های نامناسب که بسیار دلسردکننده است. آنچه که دنیای امروز به آن نیاز دارد رواج نگاه شایسته سالاری به وکالت زنان، و عبور از عرف‌ها و کلیشه‌های فرهنگی‌ای است که نافی توانمندی‌های زنان در عرصه وکالت می‌باشند؛ این روشنگری رسالتی مهم بر دوش جامعه حقوقی کشور است. زیرا برای پیمودن مسیر توسعه و پیشرفت ناگزیر به رها کردن باورهای فاقد دلیل و کاربرد در حوزه حقوق زنان هستیم.

۴. چرا در مدیریت کانون‌ها و اتحادیه حضور بانوان کم‌رنگ‌تر است؟ چه اقداماتی در تقویت این حضور می‌توان انجام داد؟

حقوق زنان در عرصه‌های اجتماعی، قانون

گذاری و بهره‌مندی از فرصت‌های برابر در عرصه‌های مدیریتی در طول تاریخ و در سراسر جهان همواره با بی‌مهری‌های فراوان مواجه شده و این واقعیتی غیرقابل‌انکار است. برای درک صحیح این واقعیت و چالش‌های پیش‌رو بانوان در بهره‌مندی از فرصت‌ها و حقوق برابر باید از درون‌نگری افراطی بپرهیزیم و با دیدگاهی برون‌نگر و آسیب‌شناسانه به زیرساخت‌ها و بستر تاریخی و فرهنگی و تقنینی هر جامعه بنگریم. قطعاً زنان موفق برای دستاوردهای خود ناچار به تلاش بیشتر و مواجهه با چالش‌های بسیار بوده‌اند. یکی از دشوارترین مراحل مسیر موفقیت برای آنان، تلاش و صرف انرژی و وقت مضاعف برای اثبات توانایی و ارزش‌های وجودی خود و رای جنسیت و ایستادگی در برابر انکار توانمندی‌های آنان و محروم ساختن آنان از فرصت‌های برابر در سطوح عالی مدیریتی است.

امروزه شاهد حضور چشمگیر بانوان توانمند در عرصه‌های مختلف اجتماعی و مشاغل مختلف در جامعه هستیم. حضور پررنگ و سازنده آنان ضرورت بازنگری و عبور از کلیشه‌های فاقد کاربرد را دوچندان کرده و اثرات سازنده مشارکت بانوان توانمند را غیرقابل‌انکار می‌گرداند. درک صحیح از نیازها و تحولات دنیای مدرن اقتضا دارد حضور و حقوق زنان را با هویت و حقوقی انسانی و به‌مثابه یک انسان پذیرفته و جامعه را از آثار مشارکت و بهره‌مندی از ظرفیت علمی و مدیریتی این نیروی انسانی عظیم محروم نسازیم. حمایت از حضور و مشارکت بانوان توسط زنان و مردان فرهیخته از گام‌های مؤثر در مسیر توسعه فرهنگی و ساختن آینده درخشان‌تر برای فرزندان ایران زمین است. زنان آگاه و قوی که چالش‌های مسیر موفقیت را به فرصت‌هایی برای ارتقای توانمندی و خودباوری تبدیل نموده‌اند، سرمایه‌های انسانی جامعه هستند که در عبور از چالش‌ها با خود، اندوخته‌ای ارزشمند از روحیه تلاشگری، مسئولیت‌پذیری، انعطاف‌پذیری و مهرورزی خردمندانه به همراه دارند و مشعل‌داران راه توسعه و پیشرفت جامعه هستند. و اما بانوان وکیل که جامعه‌ای شریف و

خودساخته هستند به دلیل آشنایی بیشتر به ابزار قانون و آگاهی از کارکرد مؤثر قانون در تحولات سازنده اجتماعی، می‌توانند نقش بسیار مهمی در احیای ضرورت توجه بیشتر به حقوق زنان و توسعه فرهنگی و تحولات قانونی ضروری در این حوزه که از مقتضیات دنیای امروز است داشته باشند.

یکی از چالش‌های مبتلا به و رایج پیش روی بانوان وکیل این است که بعضاً و در مسند وکیل، به‌جای اینکه بیش از هر چیز بر دفاع از حقوق موکل متمرکز باشند، بدو ناگزیر به اثبات توانمندی و شایستگی خود در کسوت وکالت می‌شوند. مواجهه و رفع این تحمیل بی دلیل، روح هر انسان منصفی را آزرده می‌سازد. جنسیت نه انتخابی است و نه اکتسابی. دستاورد نیست که بتوان به آن افتخار نمود. همچنین ابزار تحقیر و تخفیف هم نمی‌تواند باشد. درک این حقیقت یک ضرورت فرهنگی است.

نادیده‌گرفتن توانمندی علمی و مدیریتی زنان و محروم ساختن آنان از دسترسی برابر به مناصب مدیریتی، نفی شایسته‌سالاری است. تلخ‌تر اینکه برخی دلیل عدم به‌کارگیری بانوان را در عرصه‌های مدیریتی، فقدان تجربه و کارنامه عملی آنان اعلام می‌کنند. حال آنکه می‌دانیم در واقع اعمال چنین کلیشه‌هایی است که با نفی شایسته‌سالاری، مانع حضور و مشارکت زنان گردیده و مانع اعطای فرصت‌های برابر مدیریتی به زنان شده و از این تحمیل ناصواب برای حذف صورت مسئله بهره‌برداری می‌شود. حال آنکه همه، روزی بر پله نخستین بوده و از اولین گام آغاز نموده‌اند و کسی با کوله باری از تجربه به این جهان قدم نمی‌گذارد. بنابراین به کسی که فرصت برابر برای کسب تجربه ندارد نمی‌توان نسبت بی‌تجربگی یا ناتوانی داد. شایسته‌سالاری اقتضا دارد زنان از فرصت برابر برای حضور در مناصب مدیریتی و علمی و اجتماعی برخوردار باشند و توانمندی و دانش آنان نادیده گرفته نشود. اصلاح ساختارهای تقنینی و فرهنگی و اهتمام بر نگرش شایسته محور، یک رسالت اجتماعی برای حقوق دانان است.

در این میان نباید از نقش مؤثر زنان و مسئولیت آنان در تحقق شایسته‌سالاری غافل ماند. وقتی از معیار شایستگی سخن می‌گوییم و اصل را بر توانمندی علمی و مدیریتی اشخاص قرار می‌دهیم، باید این شایستگی را نشان داد و ثابت کرد.

بنابراین، اگر چه اصلاح ساختارهای قانونی و فرهنگی در راستای امکان حضور بیشتر بانوان در عرصه‌های مدیریتی لازم است، بانوان نیز باید به تأثیر خودباور داشته باشند و شایستگی‌ها توانمندی‌های خود را به منصفه ظهور بنشانند. به نحوی که ضرورت حضور آنان و آثار مثبت آن در حوزه‌های مدیریتی و اجرایی، به عنوان نیاز جامعه احساس شود و جامعه چون خود را نیازمند حضور بانوان توانمند و پیش‌تاز ببیند، قطعاً از حضور زنان استقبال می‌کند.

۵. توصیه شما برای دانشجویانی که قصد فعالیت در حرفه وکالت را دارند، چیست؟

ضمن تبریک و تحسین دانشجویان عزیز که تحصیل در رشته حقوق و فعالیت در مشاغل حقوقی را برگزیدند و آرزوی موفقیت برای یکایکشان در هر یک از مشاغل حقوقی مدنظرشان، باتوجه به سال‌ها تجربه وکالت، توجه عزیزان را به چند نکته جلب می‌نمایم: اول اینکه ابزار حقوق‌دان قانون و خردورزی است. حقوق، دانشی کاربردی است و نباید به آن نگاهی صرفاً نظری داشت. رشته حقوق، رشته‌ای نظری صرف برای گذران دوران دانشجویی و کسب مدرک تحصیلی نیست و برای حقوق‌دانی مبرز شدن اکتفا به کسب مدرک تحصیلی نباید کرد بلکه درک صحیح دانش حقوق و تأمل و تعمق در آن است که حقوق‌دان پدید می‌آورد. برای یک حقوق‌دان داشتن دیدگاهی جامع‌نگر و برون‌نگر به مسائل و آراستگی به دانش و خرد واجب است تا بتواند جامعه را از مزایای دانش حقوق بهره‌مند سازد. فراگیری علم حقوق محدود به یک مقطع تحصیلی یا زمان مشخص نیست و جامعه حقوقی نیازمند به‌روزرسانی و پویایی مداوم است و این مسئولیتی است بر عهده همه حقوق‌دانانی که اشتغال به مشاغل حقوقی را

بر می‌گزینند.

دیگر اینکه برای کسوت وکالت اخذ مدرک حقوق نقطه آغاز است. وکالت شغلی پرچالش و خطیر است. ذکاوت حرفه‌ای، علاقه‌مندی و جدیت در کسب مهارت‌های کاربردی حرفه وکالت و درک صحیح از شان وکالت است که در نتیجه یک وکیل موفق می‌سازد. نکته دیگر که ضرورتی کاربردی و هرچند نامحسوس مانده است، اینکه دو شغل وکالت و قضاوت نقش بسیار مهمی در شاکله نظام حقوقی کشور دارند. یکی از تحولات لازم برای توسعه و کارآمدی و پیشرفت نظام حقوقی، درک صحیح و متقابل این دو نهاد از تأثیر نقش و جایگاه و شان یکدیگر و تأثیر تعامل سازنده این دو نهاد در تحقق عدالت در جامعه است. دانشجویان حقوق دارای روحیه مسئولیت‌پذیری و خردورزی هستند و انتظار می‌رود با ورود نسل جوان به حوزه مشاغل حقوقی از جمله وکالت، اندیشه‌های پویا و خلاق عزیزان با درک و بازنگری به نیازهای دنیای مدرن شاهد تحولات حقوقی سازنده و اعتلای هرچه بیشتر نظام حقوقی کشور باشیم.



بانوان در آینه تاریخ حقوق این سرزمین

مژده هادی نژاد

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه گیلان

وکیل دادگستری



زیست جمعی سنتی و ناصواب است که جامعه حقوقی را از خصایص مدیریتی، نکته‌سنجی و مصلحت‌اندیشی زنانه محروم نموده است.

اما نکته مثبت اینجاست که صدای پای تغییر و مژده اصلاح در فرهنگ ایران از فاصله‌ای نزدیک به گوش می‌رسد. شاید از همان ۲۱ فروردین ۱۳۱۶ که خدیجه کشاورز اولین زن ایرانی پروانه وکالت دریافت کرد، عرف و فرهنگ ایرانی بنای شکستن سد مردسالاری در دستیابی به عناوین و مشاغل گوناگون را نهاد و نخستین خشت‌های

تاریخ این سرزمین شاید پر باشد از نام دلیرمردان و حقوق‌دانان شریف که هرکدام نام و جایگاه به خصوصی در اجتماع داشته‌اند، اما کمتر از بانوان حقوق‌دان و فاضل شنیده‌ایم و یا اغلب آنان را در رأس مناصب نمی‌بینیم! اگرچه بر مبنای قوانین سنتی، جامعه از داشتن قضات زن محروم است، اما حقیقت تلخ اینجاست که علت حرمان نهاد وکالت از زنان حقوق‌دان مبرز و دغدغه‌مند، قوانین محدودکننده یا کمبود تعداد آنها نیست، بلکه این فرهنگ و شیوه

که بانوان بر مبنای جنسیت خود سهم نمی‌خواهند. اتفاقاً ما نیز طرفدار شایسته‌سالاری هستیم. اما آنچه تحمل‌پذیر نیست، اغلب این است که توانمندی بانوان دیده نمی‌شود. آنچه مورد اعتراض ماست، کنار گذاشته شدن زنان از مناسبات سیاسی و اجتماعی و صنفی صرفاً به دلیل جنسیت است.

پیشینه تمام مباحث و رویه‌های تعصب‌آلود و تبعیض‌آمیز به فرهنگ دسته‌جمعی ما بازمی‌گردد و سنت هنوز تعیین‌کننده طرز فکر و خط مشی‌دهنده اغلب افراد است. اما هر حقوق‌دان می‌داند که انتشار آگاهی و مبارزه با تعصب و ساخت فرهنگ نو به تناسب مقتضیات زمان، جزئی از رسالت اوست و آن را از خود آغاز می‌نماید. امید است که در ادامه مسیر پیش رو شاهد تحول و تلطیف نگرش‌ها و برانداختن تعصب‌ها و تبعیض‌ها در راستای استقرار عدالت باشیم.



گذار از سنت به عقلانیت در روزهایی رقم خورد که توران شهریاری شاعر و ششمین زن وکیل ایرانی، (دارای پروانه وکالت از سال ۱۳۴۲) در سال ۱۳۸۴ عضو هیئت‌مدیره کانون وکلای دادگستری تهران شد. موضوع پایان‌نامه این وکیل‌بانوی ایرانی «سیمای حقوقی و اجتماعی زن در آینده تمدن ایران زمین» بود و نکته جالب‌توجه در کارنامه حرفه‌ای او این است که به همراه جمعی از دیگر زنان ایرانی، اتحادیه حقوق‌دانان وابسته به یکی از کمیسیون‌های سازمان ملل را تشکیل داد و همایشی با حضور بیش از پنجاه نفر از حقوق‌دانان زن جهان، در تهران برگزار کرد. در کتاب‌نگار زن وی که سال ۱۳۵۲ از سوی سازمان بین‌المللی زنان چاپ و منتشر شده است، تصویر چهل و هشت زن ایرانی در ادوار مختلف تاریخ پنج‌هزارساله ایران انتخاب شده و چهل و هشت رباعی برای این تصاویر سروده شده است.

اکنون باوجود بهره‌مندی جامعه حقوقی کشور از بانوان توانمند که دلسوزانه اهتمام بر حفظ و تثبیت جایگاه نهاد وکالت دارند و سلامت کاری و بینش حرفه‌ای‌شان عیان است، خاصه نهاد وکالت، نیازمند حضور تعداد بیشتری از این بانوان در مناصب مدیریتی است.

به گواه تجربه، وقتی صحبت از مطالبه حضور بانوان در رأس امور نهاد وکالت و یا هر نهاد دیگری می‌شود، اغلب اولین پاسخی که گوینده دریافت می‌نماید این است که "نباید موضوع را جنسیتی کنیم و شیوه ما تنها شایسته‌سالاری است!" برچسب جنسیت‌زدگی و انداختن بحث به حق مشارکت زنان در امور مدیریتی به گوشه رینگ جنسیت، یک چرخه باطل است. این طریق سخن‌گفتن خاصه در جامعه وکالت که داعیه‌دار فرهیختگی و عدالت‌محوری است، به‌طریق‌اولی نابخردانه و ناعادلانه است. بحث از عدالت جنسیتی بحث سهم‌خواهی و برابری در عدد و رقم نیست. مقصود این نیست که برای مثال در هیئت‌مدیره هر یک از کانون‌های وکلا به تعداد مساوی مرد و زن وجود داشته باشد و به تعبیری ملاک حاکمیت شیوه صف‌ناوایی نیست؛ یک زن در برابر یک مرد! باید با کنار گذاشتن تقابلات و سوءتفاهمات گفته شود

کاربرد دستیار هوش مصنوعی در دادرسی

امیرمهدی نظیری آستانه
کارشناسی حقوق دانشگاه گیلان



(Hello siri)

وظایف شود، هم کندتر و هم بسیار گران‌تر از نسخه هوش مصنوعی می‌شد. عالم حقوق نیز از رشد برق‌آسای هوش مصنوعی تأثیر پذیرفته و این فناوری مفاهیم، منابع و حتی مشاغل سنتی حقوقی را هم ناگزیر به تغییر کرده و شاهد استفاده روزافزون این فناوری توسط حقوق دانان هستیم.

در این گفتار سعی داریم به ورود این فناوری به‌عنوان دستیاران قضائی هوشمند (مبتنی بر هوش مصنوعی) پرداخته و از نقش آنها در بهبود عملکرد دادگاه‌ها و تصمیمات قضات سخن بگوییم.

نخست باید تعریفی از مفهوم هوش مصنوعی داشته باشیم تا تبیین دستیارهایی که با این فناوری کار می‌کنند را بتوانیم بهتر درک کنیم.

جمله‌ای آشنا و از اولین ورودهای کاربردی هوش مصنوعی به زندگی روزمره ما ایرانیان که شروعی بود تا مواجهه جامعه ایرانی با فناوری جدیدی به نام دستیار هوش مصنوعی رقم بخورد.

فناوری دستیارهای مبتنی بر هوش مصنوعی بعد از گذشت زمانی اندک چنان فراگیر شده اند که امروزه بسیاری از دانشجویان، محققین، دانشمندان و حتی مردم عادی بخش مهمی از وظایف روزانه خودشان را واگذار کرده‌اند به تصمیم‌هایی که این ربات‌ها می‌گیرند و همچنان که در وقتشان صرفه‌جویی می‌شود از موهبت همراهی دستیار بهره می‌برند که اگر قرار بود نیروی انسانی جای آن عهده‌دار انجام



بود. جمع‌آوری، دسته‌بندی و حتی تحلیل مدارک و ادله طرفین از جمله مواردی است که هوش مصنوعی توانایی آن را دارد تا به وسیله یادگیری ماشین و سامانه‌های خبره جز در مواردی که پیچیده بوده و نیاز به نیروی انسانی است اعمال نظر کند. بسیاری از پرونده‌ها نیاز به ارزیابی ساده بدون رسیدگی دارند و برخی از پرونده‌ها نیز به شکل بسیار ساده‌ای حل و فصل می‌شوند در این مورد پرونده‌ها دستیار هوش مصنوعی حتی فراتر از یک دستیار صرف، می‌تواند نقش قاضی داشته و به

به حل و فصل دعاوی
پیردازد کما اینکه
بعضی نظام
های حقوقی
مانند کشور
استونی در
بعضی از
دعاوی

ارائه تعریفی یکسان و واحد از مفهوم هوش مصنوعی دشوار است و به نوعی، نمی‌توانیم در مورد هوش مصنوعی (Ai) را تعریفی واحد بیاوریم؛ اما می‌توان به اختصار گفت: "هوش مصنوعی سیستمی است که با تحلیل محیط و اتخاذ تدابیر مختلف، با حفظ درجه‌ای از استقلال، از خود رفتار هوشمندانه‌ای نمایش می‌دهد".

حال که از این فناوری کمی شناخت پیدا کردیم بیش از گذشته می‌توانیم جای خالی این فناوری را در نظام دادرسی کشورمان حس کنیم، چرا که تورم پرونده‌های قضائی که اغلب با موضوعات مشابه و تکراری مطرح می‌شوند را می‌توان با استفاده از دستیار قضائی به طرز قابل توجهی کاهش داد.

دستیار قضائی نهادی است که در امور حقوقی، اداری یا حتی شخصی به کمک قضات آمده و در افزایش تمرکز قضات بر پیچیدگی‌های پرونده‌ها و تسریع فرایند دادرسی نقش ویژه را بر عهده می‌گیرد؛ اما دستکاری که بتواند با تسلط به کلیه پرونده‌های قضائی، تمام جزئیات و ویژگی‌های برجسته آنها را بداند، و بر احکام صادره قضائی و استدلالات و استنادات آنها اشراف داشته باشد تا با ارائه اطلاعات و دیتاهای درست و قابل اتکا، قاضی بتواند

علاوه بر سرعت، بادقت و اطمینان بیشتری تصمیم بگیرد خارج از ظرفیت‌های انسانی است و این امر نقش اثرگذار فناوری‌های جدید به خصوص هوش مصنوعی را در بهبود عملکرد دادرسان نشان می‌دهد.

اکنون سؤال اینجاست که دستیاران هوش مصنوعی در چه زمینه‌هایی به کمک قضات آمده و چطور به بهبود راندمان دستگاه قضا کمک می‌کنند.

نخست آنکه سامانه‌های مبتنی بر هوش مصنوعی، دارای توانایی تحلیل، طبقه‌بندی و ارزیابی داده‌ها و ادله‌ها بادقت بالاتری از انسان، جز در موارد دشوار و بدیع خواهند

(بیشتر از ۷۰۰ یورو) از قاضی هوش مصنوعی استفاده می‌شود و یعنی از صرف جمع‌آوری و بررسی مدارک فراتر رفته و بر اساس مدارک و مستندات و تحلیل آنها می‌تواند با استناد به قوانین و رویه مرتبط تصمیم لازم‌الاجرا قضائی بگیرد.

دومین نقش دستیار هوش مصنوعی در هنگام برگزاری جلسه دادگاه نمایان می‌شود. جایی که با یادگیری (train) درست و بهره‌گیری از فناوری‌هایی چون سامانه خبره، ماشین لرنینگ و پردازش زبان طبیعی، این دستیاران توانایی مدیریت، ضبط جلسات، بررسی مدارک طرفین دعوی از نظر قواعد شکلی و آیین دادرسی و همچنین کمک به قضات در دسترسی به مواد قانونی مرتبط را داشته باشند.

سومین مورد در تحلیل صحنه جرم و دستیابی به مدارک و مستندات جدید است. به طور مصداقی هوش مصنوعی می‌تواند به کمک بازپرس‌های ویژه قتل آمده و با تحلیل صحنه جرم و ارزیابی از مدارک موجود مستنداتی عرضه کند که شاید از چشم هوش انسانی دور بماند. همچنین است ارزیابی ادله‌های کیفری مانند صدا و تصویر مجرم و کمک به شناسایی آن.

در پایان باید به این نکته توجه کرد که هرچقدر هوش مصنوعی و فناوری‌های وابسته به آن پیشرفته و کارآمد باشند؛ اما در موارد بسیاری که نیاز به اعمال نظر و ورود هوش انسانی بوده ناتوان از پاسخگویی مسائل بوده و به طور مطلق نمی‌توان گفت ورود هوش مصنوعی در همه‌جا می‌تواند مثمر‌تر باشد.

همچنین پرسش‌های پرشماری از نقش این فناوری در نظام دادرسی وجود دارد: برای مثال آیا آن‌طور که مردم برای تصمیم‌گیرندگان انسانی احترام قائل‌اند، نظرات هوش مصنوعی و ربات‌ها نیز محترم شمرده و اجرایی می‌شوند؟ یا آنکه در مواردی چون جرایم و دادرسی در موضوعات کیفری که نیاز به اشراف قضات به احوالات متهم بوده، آیا هوش مصنوعی قادر به درک این احوالات هست؟ یا حتی آنکه در نظام حقوقی ایران اصلاً مجوز قانونی استفاده از این فناوری‌ها را خواهیم داشت؟ مسئولیت اشتباه این سامانه‌ها با کیست؟ و مسائلی از این دست.

این سؤالات و دیگر پرسش‌های بنیادین دیگر نشان می‌دهد برای ورود هوش مصنوعی و استفاده بیشتر از این فناوری، نیاز به گذشت زمان و پژوهش و تحقیق بیشتری بوده و اصطلاحاً باید دست‌به‌عصا تر و محتاط‌تر عمل کرد.





(مطلب ویژه)

حاکمیت اراده در ضمان درک

دکتر رضا مقصودی پاشاکی
دانشیار دانشگاه گیلان



چکیده

حاکمیت اراده نه تنها در مقطع تشکیل قرارداد بلکه حتی در تعیین آثار قرارداد نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. اما در برخی موارد طرفین در ضمن معامله ذذبه تعیین نتایج روابط خود در فرض بطلان معامله می پردازند. به طور خاص متعاملین درباره استرداد عوضین و پرداخت غرامت در صورت استحقاق اشخاص ثالث بر مورد معامله توافق می کنند. این مقاله درستی این توافق و قلمرو اعتبار آن را در حقوق ایران با توجه به رویه قضایی و دکتترین مورد بررسی قرار داده است. کلیدواژگان: ضمان درک، مستحق للغير در آمدن، حاکمیت اراده، غرامت

۱- مقدمه

در ادبیات حقوقی ایران ضمان درک در جایی مطرح می شود که بیع به دلیل آنکه یکی از دو عوض متعلق به طرف معامله نبوده و صاحب واقعی آن مال هم به معامله رضایت نداده است و طرف دیگر هم آن مال را قبض کرده است. در ماده ۳۹۰ قانون مدنی آمده است: اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلا یا جزئاً مستحق للغير در آید بایع ضامن است اگرچه تصریح به ضمان نشده باشد.

ضمان بایع نسبت به درک مبیع فرع بر تعهدی است که او بر انتقال مالکیت مبیع به مشتری دارد و در صورتی محقق می شود که این تعهد نقض شود و بایع قانوناً به دلیل تعلق مال به

اشخاص ثالث امکان تملیک مبیع را نداشته باشد. مسئولیت ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع در اثر رد بیع فضولی محقق می شود. از این رو ضمان درک ناشی از بطلان بیع بوده و از مصادیق ضمان قهری است. بایع فضولی که ثمن را از مشتری دریافت کرده است در صورت رد بیع توسط مالک، غاصب تلقی می شود.

نویسندگان قانون مدنی مبحث ضمان درک را به پیروی از حقوق فرانسه در شمار تعهدات ناشی از بیع صحیح آورده اند. ماده ۳۶۲ قانون مدنی در مقام شمارش آثار عقد بیع در بند دوم اشعار می دهد: «دارد عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می دهد. در ادامه مواد ۳۹۰ الی ۳۹۳ قانون مدنی به مبحث ضمان درک اختصاص دارد. در ماده ۳۹۱ که ارتباط بیشتری با این مقاله دارد می خوانیم "در صورت مستحق للغير در آمدن کل یا بعض مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید."

در فرم های چاپی مبایعه نامه که توسط اتحادیه صنف مشاوران املاک تهیه شده است در ذیل ماده ۵ به عنوان شرایط تسلیم مورد معامله، چنین شرطی مشاهده می شود: "در صورتی که معلوم گردد مورد معامله به هر علتی غیر از قوه قاهره مانند ... مستحق للغير و غصبی بودن قانوناً قابل انتقال به خریدار نباشد، فروشنده موظف است علاوه بر استرداد ثمن معادل ... ریال به عنوان خسارت به خریدار بپردازد."

مساله اساسی در این مقاله آن است که آیا با وجود قهری بودن ضمان درک، مجالی برای توافق خصوصی در این حوزه وجود دارد؟ آیا اعمال حاکمیت اراده با اصول کلی حقوق قراردادهای و مقررات آمره راجع به شروط ضمن عقد مغایرت ندارد و آیا تجویز آزادی توافق بر مقدار خسارت باعث سوء استفاده یکی از متعاملین و تضییع عدالت اجتماعی نیست؟ این مقاله با روش تحلیلی و توصیفی با اذعان به منافع متعدد شرط ضمان درک اعتقاد دارد که اعمال این شرط صرفاً درباره پرداخت غرامت

قابلیت اعمال دارد و موجب نفی مسئولیت بایع بر استرداد عوضین معامله نمی شود. به علاوه قاعده کلی حسن نیت اقتضاء دارد تا در موارد استثنایی که سوء نیت مشروط له و سوء استفاده وی از جهل و ناآگاهی طرف مقابل محرز شده است، شرط مندرج در قرارداد را بی اعتبار بدانیم.

۲- مفهوم و قلمرو ضمان درک و تحول آن در رویه قضایی

در ابتدای مقاله قبل از بررسی امکان توافق طرفین درباره ضمان درک لازم است مفهوم و قلمرو آن به درستی تبیین گردد و تحولات رویه قضایی که راه را برای خریدار در جهت مطالبه بیشتر خسارت باز کرده است مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۱- مفهوم و قلمرو ضمان درک

در قانون مدنی مواد متعددی به ضمان درک اختصاص دارد ولی تعریفی از ضمان درک نشده است. واژه درک در آیه ۴۴ سوره نسا آمده که در کتاب لغت به معنای قعر شیئی و انتها معنا شده ولی در اصطلاح حقوقی مقصود از درک این است که مورد معامله متعلق به شخص دیگری به غیر از فروشنده درآید و برخی نیز آن را به معنای غرامت دانسته اند و کلمه "ضمان" نیز در عبارت ضمان درک به معنای «ضمان معاوضی» یا معاملی یا تکلیف به بازگرداندن ثمن است. باتوجه به موارد بالا می توان ضمان درک را این گونه تعریف نمود: الزام بایع به رد ثمنی است که به علت تعلق مبیع به غیر، استحقاق دریافت آن را نداشته است. (ابوعطاء، ۱۳۸۵: ۱۰) برخی این نکته را هم اضافه کرده اند که در قانون به خریدار اجازه داده شده که علاوه بر ثمن تمامی خسارات وارده از بطلان این معامله را دریافت نماید. (شرافت پیمما و کرکانی، ۱۳۹۸: ۳۲۹)

ضمان درک ویژه عین معین است. اگر مبیع کلی باشد و فروشنده در مقام ایفای تعهد مال دیگری را تسلیم کند، در واقع به درستی به تعهد خود عمل نکرده است و خریدار می تواند الزام او را به تسلیم فرد قابل تملک بخواهد. همین حکم درباره ثمن نیز اگر عین معین باشد، قابل اجراء است.

اگر مبیع یا ثمن متعلق به غیر باشد و مالک این معامله فضولی را که نسبت به مال وی انجام شده است، تنفیذ نکند می بایست این معامله فضولی را باطل بدانیم. در این صورت بدیهی است که با بطلان معامله که به سرمنشا عقد تسری یافته است، باید این معامله را فاقد هرگونه اثر حقوقی بدانیم و خریدار که از تملک مبیع باز مانده است باید بتواند بهای پرداخت شده را استرداد نماید. به علاوه او برای انجام این معامله و با تصور درستی وقوع معامله متحمل هزینه هایی شده است. این هزینه ها هم توسط وی قابل مطالبه است. قانون مدنی در ماده ۳۹۱ مطالبه این هزینه ها را منوط به جهل مشتری از فساد عقد بیع قرار داده است.

برای توجیه مطالبه خسارت در فرض تحقق ضمان درک به قاعده فقهی غرور استناد می شود. به موجب این قاعده هرگاه از شخصی عملی صادر شود که باعث فریب خوردن شخص دیگر شده و ضرر و زیانی به بار آید، شخص نخست ضامن است و باید از عهده خسارت برآید. این نوع از مسؤولیت که ضمان ناشی از خدعه و فریب است، در اصطلاح حقوقی ضمان غرور نامیده می شود و نوعی ضمان قهری است که در حقوق از آن به مسؤولیت مدنی یاد می شود. (رهبر و ...، ۱۴۰۱: ۴۲۳)

آخرین نکته در این قسمت از مقاله تبیین مفهوم غرامت است که در مبحث ضمان درک توسط قانونگذار استفاده شده است. قانون مدنی از واژه "غرامت" صرفاً در دو ماده ۲۶۳ و ۳۹۱ استفاده کرده است که هر دو ماده مربوط به خسارت ناشی از معامله فضولی است. غرامت مفهومی مترادف با خسارت است هرچند استفاده از آن درباره زیان های ناشی از معامله فضولی شایع است. به عبارت دیگر هرچند گستره کاربرد غرامت محدودتر از خسارت است، اما عرف کنونی به ویژه عرف خاص در دعاوی و محاکم تفاوت چندانی بین این دو اصطلاح نمی شناسد. (قاسمی، حامد و ...، ۱۴۰۲: ۱۵۱)

۲-۲- تحول غرامت ناشی از ضمان درک در رویه قضایی
رویه قضایی درباره اینکه مقدار غرامت ناشی از

ضمان درک سیری از تکامل را پیموده است به طوری که برای مثال اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی مورخ ۱۳۸۱/۰۲/۰۵ این غرامات را محدود به حق الزحمه بنگاه املاک و مواردی نظیر آن کرده است: "غرامت وارده به مشتری علی الاصول خسارت و مخارجی است که مشتری در معامله مربوطه متحمل می شود نظیر مخارج دلالی و باربری و تعمیرات و شامل افزایش قیمت نمی شود." (قاسمی، حامد و ...، ۱۴۰۲: ۱۵۲)

در ادامه رای وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۵ مقدار کاهش ارزش ثمن را به عنوان معیار غرامت قابل مطالبه قرار داد: "... چون ثمن در اختیار بایع بوده است در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامت در ماده ۳۹۱ بایع قانوناً ملزم به جبران آن است"^۱

این رای در همان زمان مورد انتقاد نویسندگان بوده است: کاهش ارزش ثمن و افزایش قیمت مبیع، دو مقوله مجزا هستند. آنچه موجب تشتت آراء در دادگاه ها شده بود، خسارت افزایش قیمت ملک است، نه کاهش ارزش ثمن؛ درحالی که در رأی وحدت رویه، تنها درمورد امکان مطالبه کاهش ثمن تصمیم گیری شده است. (رستمی و ...، ۱۳۹۳: ۶۱)

سپس در کمتر از ده سال دیوان عالی کشور همگام با مصایب اقتصادی جامعه به این نتیجه رسید که شاخص تورم بانک مرکزی که معمولاً پایین تر از نرخ تورم محسوس در بین عموم مردم است نمی تواند خسارت خریدار را جبران نماید. خریداری که بعد از سالیان کم و بیش طولانی در می یابد معامله وی از اساس باطل بوده و به دلیل تعلق مبیع به دیگری تمام سرمایه او از کف رفته است.

بنابراین رویه قضایی از کاهش ارزش ثمن صرف نظر کرد و معیار خود را به افزایش قیمت مبیع تغییر داد. مطابق رای وحدت رویه شماره ۸۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۲۶ "دادگاه میزان غرامت را مطابق عموماً قانونی مربوط به نحوه خسارت از جمله صدر ماده ۳ قانون مسؤولیت مدنی و عناللزوم با ارجاع به کارشناس و بر اساس میزان افزایش قیمت تورم اموالی که از نظر نوع و اوصاف مشابه همان مبیع هستند، تعیین می کند و موضوع از شمول ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی خارج است."^۲ رای جدید دیوان

عالی کشور برای جبران هر چه بیشتر خسارت خریدار به قانون مسوولیت مدنی استناد کرده است و البته در این رهگذر در اختلاف بین قهری یا قراردادی بودن ضمان درک، مبنای قهری آن را پذیرفته و تقویت کرده است. ماده ۳ قانون مسوولیت مدنی، میزان زیان و کیفیت جبران آن را به اوضاع و احوال هر دعوی ارجاع داده است.

۳- توافق بر مقدار غرامت

در این قسمت از مقاله ابتدا دلایل موافق و مخالف درباره اصل توافق طرفین و همچنین مقدار و محدوده آن بررسی می شود. سپس دیدگاه ها و آراء قضایی راجع به این توافق مورد مطالعه و تحلیل قرار می گیرد.

۳-۱- دلایل موافق و مخالف شرط ضمان درک

در این مساله همانند بسیاری از روابط حقوقی هیچ اتفاق نظری وجود ندارد و از این رو لازم است در این قسمت از مقاله به طور تحلیلی دلایل موافق شرط و نیز دلایل مخالف شرط مورد بررسی قرار گیرد.

۳-۱-۱- دلایل موافق شرط

حاکمیت اراده به متعاملین اجازه می دهد که درباره اصل وقوع قرارداد، شرایط و همچنین نتایج آن توافق کنند. همان گونه طرفین مجاز به اسقاط خیارات در ضمن قرارداد هستند، می توانند درباره خطرات و تبعات ناشی از ضمان درک که امروزه در کمین بسیاری از معاملات ملکی قرار دارد، توافق کنند. ماده ۱۰ قانون مدنی که منبعی برای اصل آزادی قراردادهاست در همه عقود اعم از عقود بانام و عقود بی نام قابل اعمال است. این ماده فقط قراردادهای خصوصی مخالف صریح قانون را بی اعتبار قلمداد نموده است. بنابراین به دلیل فقدان منع صریح قانونی می بایست شرط ضمان درک را صحیح و معتبر بدانیم. عموم قاعده المومنون عند شروطهم توافق بر ضمان درک را نیز در بر می گیرد و از آنجا که این شرط یک شرط ابتدایی نیست بلکه در ضمن یک معامله اصلی مورد توافق قرار گرفته است نمی تواند با ایرادات راجع به بی اعتباری شروط ابتدایی مواجه شود. اصل صحت مندرج در ماده ۲۲۳ قانون مدنی اقتضاء دارد که هر معامله و هرگونه

شرط مورد توافق طرفین را صحیح و معتبر بدانیم مگر اینکه خلاف بطلان آن به اثبات رسیده باشد. بر اساس همین اصل باید حکم مندرج در ماده ۳۹۱ قانون مدنی دایر بر مسئولیت بایع بر استرداد ثمن و غرامت و همچنین رای وحدت رویه دیوان عالی کشور را یک قاعده تکمیلی بدانیم که طرفین می توانند برخلاف آن به توافق بنشینند. از سوی دیگر مصادیق بطلان شرط در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی درج شده است و هر شرطی غیر از موارد منصوص در مواد فوق را باید یک شرط صحیح قلمداد کنیم.

یکی از اصول ارائه شده برای تفسیر قرارداد، اصل واجد اثر بودن عبارات قرارداد (عدم لغویت) است. این اصل به ما نشان می دهد که اشخاص، هدفمند به قرارداد نگاه می کنند و از نوشتن عبارات و الفاظ لغو و درج شروط بی معنا و فاقد اثر در قرارداد، امتناع می نمایند. اصل واجد اثر بودن با بهره گیری از قاعده فقهی "الکلام اولی من اهماله" چنین اقتضاء دارد که عبارات قرارداد بیهوده تلقی نگردد و تفسیری که دلالت بر فساد دارد، مورد توجه واقع

”

حاکمیت اراده به متعاملین اجازه می دهد که درباره اصل وقوع قرارداد، شرایط و همچنین نتایج آن توافق کنند. همان گونه طرفین مجاز به اسقاط خیارات در ضمن قرارداد هستند، می توانند درباره خطرات و تبعات ناشی از ضمان درک که امروزه در کمین بسیاری از معاملات ملکی قرار دارد، توافق کنند.

“

نشود. قاعده "افعال المسلمین و اقوالهم محموله علی الصحه الا ما علم فیه فساد" نیز موید همین اصل است. (مریدی فر و ...، ۱۳۹۷: ۱۰۴)

در حقوق ایران نیز اصل بر متابعت از خواست و اراده طرفین در تفسیر قرارداد است. قرارداد پدیده‌ای ایجاد شده از جانب طرفین است که ماهیت و آثار آن علی‌الاصول براساس خواست آنها شکل می‌گیرد. نقش قانونگذار در این بین محدود کردن اراده مزبور و اعلام بی‌اعتباری آن در موارد معین است. تفسیری که منجر به ابطال بخشی از قرارداد گردد تنها در صورتی ممکن است که راه حل دیگری برای رفع ابهام از قرارداد وجود نداشته باشد. (سادات براتی، ۱۳۹۸: ۵۷)

۳-۱-۲ دلایل مخالف شرط

اما برای مخالفت با این شرط هم می‌توان دلایل متعددی را برشمرد. در این قسمت از مقاله با ذکر برخی جهات مخالفت با شرط غرامت ناشی از ضمان درک به نقد و تحلیل آنها پرداخته می‌شود.

ضمان درک یک مسئولیت غیرقراردادی و نتیجه قهری بطلان معامله است. هم استرداد عوضین هم مطالبه غرامت بر مبنای قواعد مسئولیت مدنی انجام می‌شود. با بطلان قرارداد باید رابطه طرفین را بر مبنای قواعد مسئولیت غیرقراردادی از قبیل غصب توجیه نمود که بر حسب آن غاصب مکلف به استرداد مال و غرامت به مالک است. اساس این استدلال درباره قهری بودن مسئولیت ناشی از ضمان درک صحیح است اما حتی در قلمرو مسئولیت مدنی نیز توافق میان زیان‌دیده و فاعل فعل زیانبار برای تعیین قلمرو مسئولیت و افزایش و کاهش یا معافیت از آن حتی قبل از ورود خسارت مورد پذیرش قرار گرفته است. جز در مواردی که نظم عمومی خلاف آن را اقتضاء دارد باید این توافق را برای تعیین محدوده مسئولیت‌های مالی طرفین معتبر بدانیم. بدیهی است این توافق موجب سلب مسئولیت از مرتکب در برابر اشخاص ثالث نمی‌شود و وصف احتمالاً مجرمانه عمل ارتكابی را زایل نمی‌کند. به طور خلاصه قهری بودن مسئولیت ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع، مانع توافق پیشاپیش طرفین

رابطه درباره میزان خسارت و محدوده مسوولیت نخواهد بود.

در بیشتر موارد میان شرط ضمان درک و خسارت واقعی خریدار تناسبی وجود ندارد و مقدار مورد توافق عمدتاً نسبت به قیمت مبیع یا حتی کاهش ارزش ثمن بسیار ناچیز است و صدور رای به چنان مبلغی موجب سوء استفاده فروشنده از توافق مندرج در قرارداد می‌شود تا خود را از مسوولیت ناشی از فروش مال متعلق به دیگری معاف سازد. پذیرش این استدلال دولت و دادگاه را به جای طرفین قرارداد می‌گذارد و آنان را به سمت قیمومت و سرپرستی شهروندان منصوب می‌کند. در حالی که عدالت معاوضی اقتضاء دارد تا طرفین خود را سا بر اساس منافع خود به تعیین شروط قرارداد پردازند و مقام عمومی جز در موارد استثنایی در توافق خصوصی طرفین مداخله ننماید. خصوصاً اینکه توجه داشته باشیم که قرارداد یک مبادله میان متعاقدين است و هر شرطی در سایر شرایط قرارداد و چه بسا در میزان مبیع و ثمن تاثیرگذار است. تعرض به آزادی قراردادی و اعلام بطلان یک شرط معین، تعادل قراردادی را به هم می‌ریزد و یکی از طرفین را با زبان فاحش مواجه می‌سازد. بدیهی است که با پذیرش اصل توافق خصوصی طرفین قرارداد می‌توان در موارد استثنایی که توافق طرفین به نتایج ظالمانه منتهی می‌شود یا نظم عمومی را مخدوش می‌سازد به صورت استثنایی ساز و کاری برای مداخله مرجع قضایی فراهم نمود.

شرط راجع به ضمان درک یک شرط ابتدایی است و چنین شرطی لازم‌الوفاء نیست. شرط ابتدایی شرطی است که در متن عقد ذکر نشود بلکه قبل از عقد ذکر شود بی‌آنکه عقد بر مبنای آن جاری شود یا آنکه شرط بعد از عقد باشد یا اصلاً عقدی در بین نباشد. در فقه امامیه برخی ادعای اجماع بر عدم صحت شرط ابتدایی کرده‌اند اما برخی استادان این ادعا را صحیح نمی‌دانند و شرط را خواه متقدم بر عقد باشد خواه بعد از عقد باشد و خواه اصلاً عقدی در بین نباشد، لازم‌الوفاء می‌دانند. (شکاری، ۱۳۷۷: ۸۶ و ۸۹)

با این وجود، شرط راجع به ضمان درک حتی اگر به صورت توافق مستقل انجام شود، نمی تواند یک شرط ابتدایی محسوب شود بلکه باید آن را یک شرط تبعی محسوب کرد که وابسته به یک عقد دیگر است. اما در فقه امامیه شرط در ضمن عقد فاسد به مثابه شرط ابتدایی می باشند (باقری و هل اتایی، ۱۳۹۹: ۵۴) و شرط ضمان درک به دلیل بطلان عقد بیع می تواند از مصادیق چنین شرطی محسوب می شود. اگرچه آراء متعددی بر بطلان شرط ابتدایی در سامانه ملی آراء قضایی وجود دارد اما تاکنون رویه قضایی در برابر شرط ضمان درک به بطلان آن به دلیل وقوع یک شرط ابتدایی استناد نکرده است. اینکه بر حسب ظاهر این شرط در ضمن یک معامله درج شده است و اراده طرفین بر اعمال آن شرط در فرض بطلان قرارداد قرار گرفته است، کافی است که این شرط را نافذ و معتبر بدانیم. حتی اگر این شرط نه در ضمن قرارداد اصلی بلکه به صورت توافق مستقل انجام شده باشد در وابستگی و تبعیت چنین توافقی نسبت به قرارداد اصلی تردیدی وجود ندارد.

یکی از ایرادات شرط ضمان درک آن است که این شرط در ضمن یک قرارداد باطل درج شده است و به تبع بطلان عقد، این شرط هم باطل و بی اعتبار خواهد بود. از آنجا که فضولی بودن معامله ثابت شده است و مالک از تنفیذ معامله خودداری کرده است بنابراین تمام معامله از جمله شروط مندرج در آن باطل و بی اعتبار است و لذا شرط ضمان درک مندرج در چنین قراردادی نیز بعد از رد مالک و بطلان معامله قابلیت استناد ندارد و محاسبه غرامت باید طبق قواعد مسئولیت مدنی انجام گیرد. در پرونده ای دادگاه نخستین درباره شرط مستحق للغیر در آمدن مبیع اظهار داشت که بطلان عقد اصلی به شرط تسری می یابد. چون شرط تابع عقد و از فروغ آن است مگر اینکه شرط، به صورت مستقل از عقد و در مقطع زمانی دیگری واقع گردیده باشد که در این صورت شرط یک مفهوم منفک از عقد محسوب و با بطلان عقد، شرط کماکان به قوت خود باقی و به حیات خود ادامه خواهد داد؛ در مانحن فیه از

آنجایی که شرط در ضمن عقد واقع شده است، با بطلان عقد، شرط ضمن آن نیز باطل گردیده است اما شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با نقض دادنامه نخستین اظهار داشت که مطالبه ارزش روز مبیع در فرض مستحق للغیر در آمدن آن در قالب شرط ضمن عقد جایز و بلامانع است و بطلان عقد در این خصوص، شامل شرط ضمن عقد نیست و استدلال دادگاه نخستین فاقد وجاهت قانونی است.^۴

واقعیت آن است که شرط ضمن عقد، رابطه تبعیت و فرعیت با عقد پایه دارد و اطلاق شرط مستقل نیازمند دلیل است. به معنای بهتر، چنانچه از اراده طرفین یا حکم قانون یا طبیعت، استقلال شرط استنباط نشود، اصل بر تبعی بودن شرط است و شرط مستقل استثناست. با تفکیک شروط، به شرط وابسته و مستقل و توسل به مبانی موجود از جمله نظریه روایت المؤمنون عند شروطهم و ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی، می توان گفت شروط مستقل صرفاً از حیث «حدوث» تابع عقد است ولی «بقاء» آن تابع بقاء و اعتبار عقد نیست. این دیدگاه توسط مراجع عالی قضائی نیز پذیرفته شده است. چنانچه در پرونده کلاسه ۱۰۸۵۰/۲۰۰۸/۹۹۸۱۸۱۰۹۹۸۱ اعتبار شرط مستقل توسط شعبه پنجم دیوان عالی کشور ابرام گردیده است. احکام مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ و ۲۳۴ و ۲۴۶ قانون مدنی ناظر به شروط وابسته اند و احکام شروط مستقل را بیان نمی کنند. از این حیث، رفع این نقیصه و بیان احکام شروط مستقل ضروری به نظر می رسد. معیار تشخیص استقلال شرط از عقد حسب مورد اراده دو طرف یا حکم قانونی یا حقوق مکتسبه ایجاد شده است و مدعی استقلال شرط باید ادعای خود را اثبات نماید. (قاسم زاده و قربانی جویباری، ۱۳۹۷: ۱۳۲ و ۱۳۳)

نکته قابل ذکر این است که اولاً رای مذکور در بالا دقیقاً درباره شرط مندرج در قرارداد باطل به دلیل مستحق للغیر در آمدن مبیع بوده است که دادگاه نخستین در استان گیلان رای بر صحت شرط صادر نموده و دیوان عالی کشور در مرحله فرجامخواهی به تایید آن مبادرت کرده

است. ثانیاً در حالی که رویه قضایی درباره شرط داوری مندرج در قرارداد بر وابستگی شرط به قرارداد اصلی اصرار دارد و فسخ و انحلال قرارداد اصلی را موجب زوال شرط داوری و فقدان صلاحیت داور می‌داند^۶ و حاضر به تعمیم حکم قانون داوری تجاری بین المللی به داوری های داخلی نیست^۷، اما درباره شرط ضمان درک با فراغ بال استقلال شرط نسبت به قرارداد اصلی را پذیرفته است و بطلان قرارداد را موجب بطلان شرط نمی‌داند.

استقلال شرط ضمان درک از قرارداد اصلی که هم اکنون بطلان آن اثبات شده است بر مبنای اراده ضمنی طرفین و ماهیت شرط مورد توافق قابل توجیه است زیرا این شرط برای فرضی مورد تراضی قرار گرفته است که مبیع متعلق به دیگری در آید و قرارداد باطل باشد. بدیهی است که اگر این شرط را به تبع عقد باطل و بی اعتبار بدانیم، بر ذکر آن در قرارداد هیچ نتیجه ای مترتب نخواهد بود و طرفین به یک عمل لغو و عبث مبادرت کرده اند.

۳-۲- آراء و دیدگاه های قضایی

در رویه قضایی برخی دادگاه ها چنین شرطی را نافذ و معتبر قلمداد کرده اند و در واقع از ابتدا با کنار نهادن شروط باطل (بی فایده، غیر مقدور و نامشروع) و شروط مبطل عقد (شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین شود و شرط خلاف مقتضای ذات عقد) سایر شروط قراردادی از جمله شرط راجع به ضمان درک را صحیح و نافذ قلمداد کرده اند. در رای شعبه ۴ دیوان عالی کشور به شماره ۱۹۱۴ مورخ ۱۳۷۸/۰۸/۱۸ چنین آمده است: منظور از مقتضای عقد در ماده ۱۳۳ آثاری است که بر حسب عرف یا قانون از لوازم غیر قابل انفکاک عقد است. آثاری که در ماده ۳۶۲ قانون مدنی برای بیع صحیح ذکر شده است، مطلق آثار بیع است. ماده مزبور دلالت ندارد که ضمان درک مبیع مقتضای عقد است و شرط خلاف آن ولو محدود و مقید برخلاف مقتضای عقد است. (اکبرپور شالی، ۱۳۹۷: صص ۲۷۲)

در نشست قضایی سال ۱۳۸۸ قضات دادگستری شهرستان خرم آباد نیز این سوال مطرح شد که شرط عدم مسئولیت فروشنده در خصوص

ضمان درک مبیع در عقد بیع چه اثری دارد؟ مطابق پاسخ این شرط اولاً در حق مالک اثر ندارد و در صورت رجوع مالک، عقد فاسد است و احکام مقرر در مواد ۲۴۷ الی ۲۶۳ و ۳۱۷ قانون مدنی جاری است ثانیاً شرط در حق خریدار وفق مواد ۳۰۱، ۳۲۶ و ۳۶۶ قانون مدنی نافذ است و لذا به میزان ثمن برای خریدار استحقاق مطالبه - در صورت رجوع مالک - از بایع خواهد بود.^۸

درباره درستی بخش نخست این نظریه تردیدی وجود ندارد. مالک مال که بایع و مشتری بدون رضایت وی مال او را مورد معامله قرار داده اند، نسبت به ایت شرط ثالث محسوب می شود و هیچ حق یا تکلیفی از بابت این شرط متوجه او نمی شود و مالک حق مراجعه به سلسله غاصبان و به طور کلی هر شخصی که بر مال وی استیلاء یافته است دارد تا عین مال و همچنین منافع آن را مطالبه نماید. اما بخش دوم این نظریه با تمکین در مقابل اراده طرفین که در قرارداد مندرج است، نه تنها حق مطالبه غرامت بلکه حق استرداد ثمن را نیز نفی نموده است. عدم امکان استرداد ثمن با فرض بطلان معامله بر چه مبنایی قابل تصور است؟ در حالی که رابطه معاوضی از بین رفته است و یکی از عوضین از بین رفته است، تملک ثمن توسط فروشنده بر چه مبنایی قابل توجیه است؟ حاکمیت اراده نمی تواند عقد بیع را به عقد هبه یا هر عقد غیرمعاوض دیگر تبدیل کند و در فرآیند معامله، ماهیت معامله را از یک عقد به عقد دیگری تغییر دهد.

در صورتجلسه نشست قضایی استان کردستان در تاریخ ۱۳۸۷/۰۱/۲۲ به عنوان نظر اتفافی شرط عدم مسئولیت در ضمان درک را مغایر با نظم عمومی اعلام کرده است: تبری بایع از ضمان درک جایز نیست و ایراد از چنین ضمانتی احتمالاً موجب تضرر شخص ثالث که صاحب مال باشد، می گردد و ترتیب اثر دادن به چنین توافقی موجب اخلال در نظم عمومی می شود؛ به همین منظور قانونگذار نسبت به اشخاصی که مال غیر را منتقل می کنند مجازات سنگینی موصوب کرده است و این توافق با برخی توافقات دیگر مثل تبری از عیوب مبری که در



صورت تحقق عیب تنها مشتری متضرر می گردد، متفاوت است.^۹

رای اکثریت در نشست قضایی استان لرستان در تاریخ ۱۳۸۸/۱۱/۰۷ علاوه بر نامشروع و خلاف قانون بودن شرط به اندراج آن در ضمن قرارداد بیع فضولی ایراد نموده و اظهار داشته است: ...لذا در فرض سؤال اگر مبیع مستحق للغير درآید اصل معامله باطل است و شرط مندرج در آن نیز بالتبع باطل خواهد شد.^{۱۰}

کارگروه تخصصی شعب حقوقی دیوان عالی کشور در اسفند ماه ۱۴۰۲ درباره همین موضوع اظهارنظر کرده است. سوال مندرج در دستور جلسه به این شرح است: در موادری که مبیع مستحق للغير درآید هیات عمومی به موجب رای وحدت رویه شماره ۸۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۰۱ مقرر داشته است ثمن به نرخ کارشناسی پرداخت گردد. حال اگر متداعیین مبلغ معینی در صورت مستحق للغير درآمدن مبیع مورد حقوق توافق قرار داده باشند، آیا این شرط به قوت خود باقی است یا مفاد رای وحدت رویه یاد شده مبنای صدور حکم قرار می گیرد؟

به نظر اکثریت قضات حاضر در جلسه چنانچه متعاقبین شرطی را برای بطلان یا ابطال قرارداد

در زمان آینده پیش بینی نموده باشند با توجه به اصل حاکمیت اراده و تراضی متعاملین، طبق قاعده فقهی المومنون عند شروطهم برای آنان متبع و لازم الرعایه است و مفاد رأی وحدت رویه در اینگونه موارد ساری و جاری نیست. چرا که رأی وحدت رویه از قواعد آمره نیست که برخلاف آن نتوان تراضی نمود. از سوی دیگر عقد محصول توافق دو اراده است و طرفین می توانند در ضمن عقد شروطی را مورد حقوق توافق قرار دهند و دادگاه نمی تواند جانشین اراده طرفین شده و به جای آنان بر اساس رأی وحدت رویه ۸۱۱ انشاء رأی نماید.

استدلال اقلیت نیز بر این مبنا بیان شد که مقررات ماده ۲۳۰ قانون مدنی ناظر به قراردادهایی می باشد که با رعایت اصول کلی حاکم بر قراردادهای تنظیم شده و ماده ۳۹۱ همین قانون ریشه در ضمان قهری دارد. لذا اگر چنین شرطی مورد توافق قرار گرفته باشد منوط اعتبار نبوده و عقد تابع رأی وحدت رویه ۸۱۱ هیات عمومی است و اگر به توافق طرفین توجه شود با مشکلات عدیده از قبیل منصفانه بودن یا نبودن شرط مطرح خواهد بود.

صرفنظر از ملاحظات که قضات اقلیت در نظر

داشته اند و دغدغه انصاف و جبران زیان های ناروا آنان را به عدم پذیرش این شرط سوق داده است، قالب بندی شرط ضمان درک در ذیل مصادیق شرط وجه التزام که در ماده ۲۳۰ قانون مدنی مندرج است، از نکات قابل تامل در نظریه اقلیت است. شرط وجه التزام ضمانت اجرای تخلف متعهد از یکی از شروط قرارداد از قبیل تحویل مبیع، تنظیم سند یا پرداخت ثمن و ... است. در حالی که شرط ضمان درک به تسویه رابطه میان طرفین و تعیین تکلیف مبادلات مالی میان آنان در فرض بطلان قرارداد می پردازد. وجه مشترک این دو فقط در آن است که مقدار خسارت توسط خود متعاقدين تعیین شده است. اما در وجه التزام این خسارت ناشی از تخلف در اجرای تعهدات ناشی از قرارداد است در حال که در ضمان درک این خسارت ناظر به بطلان قرارداد و ضرورت استرداد عوضین است.

۴- شرط ضمان درک در دكترین حقوقی

شرط غرامت راجع به ضمان درک در بسیاری موارد متضمن سلب مسوولیت از فروشنده یا محدودیت مسوولیت فروشنده در مقابل خریدار است و از این حیث می تواند مصداقی برای عنوان کلی شروط معافیت از مسوولیت قلمداد شود. در بسیاری از نظام های حقوقی و همچنین در حقوق ایران، رویه قضایی و دکترین حاکی از بی اعتباری شروط معافیت از مسوولیت در موارد نقض عامدانه قرارداد است. در برخی از نهادهای فقهی نیز که مشابه شرط معافیت از مسوولیت است در مواردی که سوء نیت و نیرنگ متعهد سبب ورود خسارت به طرف دیگر می شود، فقهاء شرط عدم ضمان را بی اعتبار اعلام کرده اند. به نظر می رسد در هرجا که یکی از طرفین بخواهد در قالب شرط، از ضمان تقصیر عامدانه خود بگریزد، می توان از ملاک این موارد استفاده کرد و حکم به بطلان چنین شروطی داد. (عبدی پور فرد و رضایی، ۱۴۰۲: ۱۴۶)

شرط تبری از عیوب در خیار عیب که در ماده ۴۳۶ قانون مدنی^۱ مورد پذیرش قرار گرفته است می تواند مصداق دیگری برای شروط معافیت از مسوولیت باشد. در اینجا نیز شرط تبری از عیوب علیرغم ظاهر مطلق قانون در صورتی

موثر است که در پنهان داشتن عیب کالا تدلیس رخ نداده باشد. (زرگوش مسب، ۱۳۹۶: ۱۴۱-۱۴۲)

مشهور اساتید حقوق سعی کرده اند یک قاعده و اصل کلی را با استمداد از مواد ۱۰ و ۲۲۱ قانون مدنی و ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی^۲ استنباط کنند و سپس استثنائاتی از باب تقصیر عمدی یا سنگین بر آن وارد کنند و تاکید نمایند که هر توافقی که روحیه سهل انگاری و اهمالکاری را در جامعه رواج دهد به دلیل مغایرت با نظم عمومی محکوم به بطلان است. (عیسائی تفرشی و ...، ۱۳۹۶: ۱۱۶-۱۱۸ و ۱۱۹)

به نظر برخی نویسندگان قاعده ضمان درک یک قاعده تکمیلی شمرده می شود نه امری لذا اصولا خلاف آن قابل توافق است. شرط کاهش مسوولیت بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی به طور کلی الزام آور است. مثلاً طرفین شرط کنند که فروشنده فقط مسئول استرداد قسمتی از ثمن باشد. شرط افزایش مسوولیت ناشی از ضمان درک در واقع مبین نوعی وجه التزام است تا موجب استحکام روابط قراردادی در مقابل خطرات احتمالی یا حيله و نیرنگ باشد. لذا چنین شرطی هم برطبق ماده ۲۳۰ قانون مدنی معتبر است. درباره شرط اسقاط هرگونه مسوولیت باید بین علم و جهل طرفین به ماهیت امر تفکیک نمود و اگر متعاملین علم و آگاهی به استحقاق غیر نداشته باشند، این شرط بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی الزام آور است. (اکبریور شالی، ۱۳۹۷: صص ۲۶۹-۲۷۰)

برخی نویسندگان بین شرط اسقاط و شرط تخفیف ضمان درک تفکیک نمود اند. شرط اسقاط ضمان درک چون با مقتضای ذات عقد منافات دارد مورد پذیرش نیست. زیرا مضمون عقد بیع جز انشای تملیک در مقابل عوض مالی نیست. اگر این شرط را بپذیریم به این معنا خواهد بود که هر یک از طرفین می تواند مالک چیزی بشود که استحقاق آن را نداشته است. چون به تعهد خود در مقابل طرف خود پایبند نبوده است مگر اینکه مشتری خود عالم به استحقاق غیر باشد. از سوی دیگر شرط تشدید و تخفیف ضمان درک به دلیل عموم اوفوا بالعقود و المومنون عند شروطهم

پذیرفته می شود. البته علم و جهل بایع در شرط تخفیف ضمان درک هم موثر است و موجب بطلان آن شرط می شود. (داورزنی، ۱۳۸۹: ۱۵۲)

برخی ضمان درک ناشی از عمل خود بایع را که ناشی از طبیعت عقد بیع اسقاط نمی دانند ولی اسقاط ضمان درک مستند به ایادی سابق بر او را معتبر می دانند. (عدل به نقل از قاسم زاده، ۱۳۹۳: ۱۰۴) به نظر برخی دیگر، تراضی مذکور همواره با نظم عمومی مغایرت ندارد و در صورت جهل مشروط له به بطلان بیع، باطل نیست. زیرا اگرچه کسی از روی اشتباه یا به عمد مالی را بدون استحقاق دریافت می کند باید آن را به مالک برگرداند ولی در صورتی که مالک به صورت الزام آوری خود را از این حمایت قانونی محروم نماید، هیچ نظامی را به هم نزده است. (قاسم زاده، ۱۳۹۳: ۱۰۴)

در مجموع به نظر می رسد کارگروه تخصصی دیوان عالی کشور چه در بخش اکثریت و چه در نظریه اقلیت به افراط و تفریط دچار شده است.^{۱۳} نظریه اکثریت کارگروه تخصصی دیوان عالی کشور متضمن پذیرش مطلق حاکمیت اراده و آزادی طرفین در تعیین آثار معامله است. به طوری که حتی از رای وحدت رویه شماره ۸۱۱ دیوان عالی کشور که با پذیرش شرط وجه التزام، یک استثنای جزئی بر آن تعبیه کرده^{۱۴} فراتر رفته است. از سوی دیگر برخلاف نظر اقلیت که این شرط را به طور کلی فاقد اعتبار می داند لازم است اصل اعتبار این شرط پذیرفته شود و بی اعتباری آن به موارد خاص و استثنایی محدود گردد.

نتیجه:

مبانی و منابع حقوق در کشور ما به طور گسترده شرط غرامت ناشی از ضمان درک را توجیه می نماید. این شرط فواید بسیاری از حیث ایجاد ثبات و قطعیت و قابلیت پیش بینی در روابط قراردادی برای متعاملین به همراه دارد و کاهش اطاله دادرسی و سرعت در رسیدگی قضایی را موجب می شود. اما افراط در تقدیس حاکمیت اراده در برخی ابعاد حقوق قراردادهای عدالت اجتماعی را قربانی می سازد و ساختارهای حقوقی را بازپچه مطامع یکی از طرفین قرار می

می دهد. در جایی که چنین شرطی نه تنها پرداخت غرامت بلکه استرداد عوض را منتفی می گرداند یا در جایی که یک طرف آگاهانه و با سوءنیت به فروش مال غیر پرداخته است و با درج این شرط در پی معافیت خویش از مسوولیت است، بایداز حاکمیت اراده چشم پوشید و بر لزوم رعایت عدالت اجتماعی و نظم عمومی و ممنوعیت دارا شدن ناعادلانه پافشاری نمود و به دلیل فقدان شرایط اساسی صحت قرارداد یا مغایرت با اصول کلی حاکم بر قرارداد از اجرای شرط مندرج در آن خودداری نمود. نگارنده مقاله اذعان دارد که محدودسازی اعمال این شرط به موارد فقدان سوءنیت مشروط له، موجب از دست رفتن بسیاری از نتایج مفید حاصل از آن می شود و فرآیند دادرسی را طولانی می سازد، اما ضرورت تحقق عدالت و رعایت اصول کلی حاکم بر قرارداد و پاسداشت قواعد آمره، وجود چنین استثنایی را در موارد خاص توجیه می کند. ماده ۹۷۵ قانون مدنی نیز چراغی فرا راه ما برای اخلاقی نمودن بیش از پیش حقوق قراردادهاست.

فهرست منابع

کتاب:

قاسم زاده سیدمرتضی، ۱۳۹۳، عقد بیع و شروط و اختیارات، نشر میزان، چاپ اول

مقاله:

ابوعطاء محمد، ۱۳۸۵، تحلیل مفهوم و مبنای ضمان درک مبیع در حقوق ایران و فرانسه، مجله علوم انسانی دانشگاه سمنان، سال ۵، شماره ۱۴، صص ۷-۳۰

اکبرپور شالی ابوالفضل، ۱۳۹۷، ضمان درک با نگاهی به شرط کاهش، افزایش و اسقاط آن، مجله قانون یار، شماره ۷، صص ۲۶۵-۲۷۳

باقری احمد و هل اتایی محمود، ۱۳۹۹، بازشناسی موضوعی و جامع اقسام شرط در فقه امامیه، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۲۵، صص ۳۵-۶۰

رستمی عباداله، سرگزی محمدرضا و فرحانی نوشین، ۱۳۹۳، ماهیت و گستره غرامت قابل مطالبه از بایع در مبیع مستحق للغير، فصلنامه رای، شماره ۷، صص ۴۵-۶۸



رهبر مهدی، نیکخواه مهدیه، حاجی کرم رعیت محمدرضا، ۱۴۰۱، تبیین قاعده غرور در معاملات فصولی، مجله پژوهشهای حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۵۱، صص ۴۱۹-۴۴۲

زرگوش-نسب عبدالجبار، ۱۳۹۶، تبری از عیوب مبیع در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران، مجله فقه مقارن، سال پنجم، شماره ۱۰، صص ۱۳۱-۱۵۰

سادات براتی رویا، ۱۳۹۸، بررسی قواعد و اصول تفسیر قرارداد و آثار آن، وکیل مدافع، فصلنامه قانون وکلای دادگستری، شماره ۱۸، صص ۴۹-۶۲

شرافت پیمما محمدرضا، کرکانی ایمان، ۱۳۹۸، بررسی حقوقی خسارات ضمان درک در قوانین و رویه قضایی ایران و فرانسه، مجله پژوهشهای حقوقی، دوره ۱۸، شماره ۴۰، صص ۳۲۷-۳۵۰

شکاری روشنعلی، ۱۳۷۷، شرط ابتدایی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره پیاپی ۱۰۶۱، صص ۷۱-۹۱

قاسم زاده سیدمرتضی و قربانی جویباری محمد، ۱۳۹۷، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۲، صص ۱۱۵-۱۳۷

قاسمی حامد عباس و حسنی محمد مهدی، ۱۴۰۲، امکان سنجی تعمیم مقررات مربوط به غرامت ناشی از عدم تنفیذ بیع به سایر موارد مشابه، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۱، صص ۱۴۹-۱۷۶

عبدی پور فرد ابراهیم و رضایی روح اله، ۱۴۰۲، تاثیر نقض عاقدانه قرارداد بر اعتبار شروط معافیت از مسوولیت، مجله پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۱۰، شماره ۳، صص ۱۲۳-۱۵۲

عیسائی تفرشی محمد، شیروانی خدیجه و آبین علیرضا، ۱۳۹۶، شروط استثناء در مسوولیت قراردادی، مجله پژوهشهای حقوق تطبیقی، دوره ۲۱، شماره ۴، صص ۱۰۹-۱۳۲

مریدی-فر حسین، سکوتی نسیمی رضا، مسعودی ناصر، ۱۳۹۷، جایگاه اصل واجد اثر بودن عبارات قرارداد در تفسیر قراردادها، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۳، صص ۹۹-۱۲۱

پایگاه اینترنتی:

<https://neshast.eadl.ir/Home/> Last visited 1403/09/20

<https://ara.jri.ac.ir/> Last visited 1403/09/10



8. <https://neshast.eadl.ir/Home/GetPublicJSessi onTranscript/482c1788-f462-125a-0c1d-08d60 423bf1f>
 9. <https://neshast.eadl.ir/Home/GetPublicJSessi onTranscript/e6ac942c-fc0-4880-90bf08-7d604 23bf1f>
 10. <https://neshast.eadl.ir/Home/GetPublicJSessi onTranscript/482c1788-f462-125a-0c1d-08d60 423bf1f>

۱۱. اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد به اینکه عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد مشتری در صورت ظهور عیب حق رجوع به بایع نخواهد داشت و اگر بایع از عیب خاصی تبری کرده باشد فقط نسبت به همان عیب حق مراجعه ندارد.

۱۲. ... در صورتی که قرارداد خاصی راجع به خسارت بین طرفین منعقد شده باشد برابر قرارداد رفتار خواهد شد.

13. <https://divanealee.eadl.ir/news/ctl/ArticleView/mid/8554/articleId/205381/categoryId/1>

ر.ک. ص ۹

۱۴. تعیین وجه التزام قراردادی ... در صورتی که مغایرتی با قوانین و مقررات امری از جمله مقررات پولی نداشته باشد، معتبر و فاقد اشکال قانونی است.

پی نوشت:

1. <https://qavanin.ir/Law/TreeText/?IDS=96223 29446005305931>

2. <https://qavanin.ir/Law/TreeText/?IDS=53388 94400642826892>

3. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/4430>

4. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/11107>

۵. ... در قراردادهایی که شرط داوری در حل اختلاف پیش بینی شده این است به لحاظ عدم استقلال شرط از اصل قرارداد داور نمی تواند رأی به انحلال قرارداد دهد زیرا با این فرض، شرط داوری نیز به تبع قرارداد زوال خواهد یافت و داوری که سمت خود را از دست داده در مورد اصل قرارداد نخواهد توانست اتخاذ تصمیم کند

<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/5348>

۶. بقای شرط داوری باوجود قرارداد ممکن خواهد بود و اگر قرارداد فسخ شده باشد، شرط داوری مندرج در آن نیز بالتبع منحل "گردیده است"

<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/5347>

۷. گرچه در بسیاری از نظام های حقوقی دنیا اصل استقلال شرط داوری پذیرفته شده و در قانون، داوری تجاری بین المللی ایران نیز مورد تأیید و تصدیق قرار گرفته است؛ اما با توجه به ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی، این امر در حقوق داخلی مورد پذیرش قرار نگرفته؛ مگر اینکه طرفین در قرارداد تصریح نمایند که حتی در صورت بطلان قرارداد اصلی، داور همچنان صالح به اظهار نظر می باشد؛ نظریه شماره ۶۰۳۱/۷ مورخ ۲۴/۹/۷۵ اداره کل حقوقی "قوه قضائیه نیز مؤید این امر است"

<https://neshast.eadl.ir/Home/GetPublicJSessi onTranscript/a98bef6e-665d-157-4538e-08d676 48528e>



ارزیابی قابلیت کاربرد قاعده سد ذرایع در پیشگیری از جرائم جنسی: مطالعه تطبیقی با قانون مگان



امیررضا فلاح پور زحمت
کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی

چکیده:

مبانی نظری و اختلافات فقهی در خصوص قاعده سد ذرایع، تلاش نموده تا کاربرست این قاعده را در حوزه پیشگیری از جرائم جنسی تحلیل کند. در این راستا، «قانون مگان» ایالات متحده آمریکا را که قانونی محدود کننده برای محکومان جنسی محسوب می‌شود مورد بررسی و تطبیق قرار می‌دهد. پژوهش حاضر بیانگر این است که هرچند استفاده از قاعده سد ذرایع در فقه شیعه با محدودیت و اختلاف نظرهایی رو به روست، اما در مواردی که ظن قوی وجود داشته باشد، می‌توان از آن برای پیشگیری از تکرار جرائم بهره برد. کلید واژه ها: سد ذرایع، پیشگیری از جرم، قانون مگان، حقوق کیفری، جرائم جنسی

علم اصول فقه استنباط برای کشف و نیل به احکام شرعی ابزارها و روش‌های گوناگونی را وضع کرده است، که برخی از این منابع مانند قرآن، سنت، اجماع و عقل به عنوان اصلی ترین و مهترین منابع استنباطی مورد قبول همگان واقع شده است. اما برخی دیگر از شیوه‌ها مانند سد و فتح ذرایع مورد مناقشه واقع شده است. این قاعده بیشتر در نزد فقهای مالکی و حنبلی شهرت دارد و در مقابل فقهای شیعه، شافعی و حنفی، به علت ظنی بودن این قاعده و عدم قطعیت نتایج آن از پذیرش آن خودداری نموده‌اند. سد ذرایع به معنی جلوگیری از فعلی برای رخ ندادن فعل حرام می‌باشد. پژوهش حاضر، ضمن بررسی

مقدمه و طرح پرسش

حجیت سد ذرایع

قاعده سد ذرایع از مفاهیمی است که جایگاه آن میان مذاهب مختلف در فقه اسلامی محل اختلاف است. این قاعده ناظر بر جلوگیری از افعالی است که می‌توانند به ارتکاب اعمال حرام یا رفتارهای مفسده‌آمیز منجر شوند. در این راستا، پژوهش حاضر با تمرکز بر ابعاد پیشگیرانه جرائم و مطالعه تطبیقی با قانون مگان، که در ایالات متحده برای نظارت بر محکومان جنسی و کاهش احتمال تکرار جرم تصویب شده است، چارچوب عملی و کاربردی این بحث را روشن تر می‌سازد. پرسش اساسی پژوهش آن است که آیا می‌توان از مبانی فقهی قاعده سد ذرایع برای توجیه و مشروعیت بخشی به ابزارهای پیشگیرانه‌ای چون نظارت و اعمال محدودیت‌های شغلی و مکانی استفاده کرد؟ در ادامه به پاسخ این پرسش خواهیم پرداخت.

سد ذرایع واژه‌ای مرکب از دو کلمه (سد) و (ذرایع) می‌باشد. سد در لغت به معنای جلوگیری و بسته شدن می‌باشد و کلمه ذرایع جمع کلمه ذریعه و به معنی وسیله می‌باشد. این قاعده بیان می‌کند اگر فعلی که حتی عادتاً مباح می‌باشد راه و وسیله رسیدن به عمل حرامی شود باید آن فعل مباح نیز ترک شود، مثلاً فروختن انگور فی ذاته عملی مباح است، اما اگر علم داشته باشیم کسی که انگور را می‌خرد قصد ساخت شراب را با آن انگور دارد فروش انگور به او حرام است یا فروش سلاح به گروهی که قصد جنایت و آسیب به امت اسلامی را دارند؛ ممنوع است. در بین اصولیون مالکی‌ها و حنبلی‌ها از معتقدین به این قاعده هستند. در صورتی که حنفی‌ها و شافعی‌ها و امامیه قائل به این قاعده نیستند.

از بهترین دلایلی که مخالفان در رد این قاعده بیان می‌کنند عدم قطع (ظنی بودن) نتیجه این قاعده است در ادامه حنابله استدلال نمودند: ورود زنان به گورستان حرام است زیرا اگر زنان به گورستان وارد شوند گریه و زاری می‌کنند و عادتاً بر اثر این عمل حجاب بر سر کم می‌شود در این صورت مرد اجنبی این مو را

می‌بیند پس باید جلو این مفسده را گرفت.

فقه‌های شیعه در مسئله مقدمه واجب به تفصیل به موضوع فوق پرداخته‌اند. هر چیز که مقدمه واجب باشد به شرط این که مقدمه از لوازم ذی‌المقدمه باشد به حکم عقل ذی‌المقدمه نیز واجب می‌شود. ولی در مثال فوق به علت آن که ذی‌المقدمه حرام آشکار شدن مو بر اجنبی با ورود به گورستان لازمه‌ای ندارد از این سو حکم به حرمت ورود بانوان به گورستان خطاست، زیرا هیچ یقینی وجود ندارد که زنانی که به گورستان می‌روند، مرتکب عمل حرام شوند و به صرف یک ظن با وجود عمومیت قاعده عدم امتساک به ظن نمی‌توان حکم به آن کرد.

عدم حجیت ظن مورد توافق اکثریت فقها می‌باشد و از دلایل اصلی آن می‌توان به آیه ۳۶ سوره یونس اشاره کرد: (وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يَغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ) اما ظنونی مانند خبر واحد وجود دارند که مورد تایید شارع هستند.

پرسش مهم در این خصوص این است که اگر رابطه بین مقدمه و ذی‌المقدمه در قاعده سد ذرایع به حد ظن قوی برسد آیا استفاده از سد ذرایع جایز خواهد بود؟

قانون مگان

در سال ۱۹۹۴، پس از مرگ مگان کندی در نیوجرسی، که توسط فردی با سابقه جنسی انجام شد، توجه عمومی به لزوم ارائه اطلاعات بیشتر درباره‌ی افراد محکوم به جرایم جنسی جلب شد. این حادثه موجب شد تا قانون گذاران ایالات متحده تصمیم به تصویب قانونی بگیرند که موجب آگاهی‌رسانی به جامعه در خصوص خطرات بالقوه این افراد شود. این قانون برای نخستین بار در ایالت نیوجرسی تصویب شد و پس از آن در سال ۱۹۹۶ توسط دولت فدرال به تصویب رسید. در سال ۱۹۹۶، قانون مگان به صورت فدرال به تصویب رسید و به ایالات متحده اجازه داد که فهرستی از مجرمان جنسی را عمومی کرده و آنها را تحت نظارت قرار دهد. به این ترتیب، تمامی ایالات ملزم به ایجاد بانک اطلاعاتی و اعلام عمومی در مورد افرادی که به جرایم جنسی محکوم شده‌اند،

شدند؛ و قوانینی در این خصوص وضع شد. محدودیت‌های موجود در قانون مگان را می‌توان به طور کلی به دو گروه تقسیم کرد:

۱. محدودیت‌های تنبیهی: این قسم از محدودیت‌ها برای کیفری دهی به محکوم وضع می‌شود مانند عدم اجازه خروج از ایالت یا منطقه خاص به وی و عدم اجازه استفاده بیمه‌های خاص است.

۲. محدودیت‌های پیشگیرانه: این قبیل از محدودیت‌ها به قصد این که محکوم مجدداً مرتکب جرم شود صورت گرفته است. مثلاً ثبت‌نام در فهرست مجرمان جنسی: محکومین به جرایم جنسی باید به مدت مشخصی (معمولاً ۱۰ سال یا بیشتر) در فهرست مجرمان جنسی ثبت‌نام کنند.

اطلاع‌رسانی به جامعه: افرادی که به جرایم جنسی محکوم شده‌اند باید به اطلاع مقامات محلی، مدارس و دیگر نهادهای جامعه درباره‌ی تغییرات در محل زندگی خود برسانند.

محدودیت در اشتغال: برخی از مجرمان جنسی ممکن است از شغل در مکان‌هایی که با کودکان سروکار دارند، مانند مدارس و مراکز مراقبت از کودکان، منع شوند.

محدودیت در ارتباط با کودکان: برخی از مجرمان جنسی ممکن است به مدت مشخصی از برقراری تماس یا ارتباط با کودکان منع شوند.

محدودیت در سکونت: ممکن است برای مجرمان جنسی محدودیت‌هایی برای سکونت در نزدیکی مدارس یا پارک‌ها و مکان‌های عمومی که کودکان در آن حضور دارند، اعمال شود.

این محدودیت‌ها و الزامات به این منظور وضع شده‌اند که از احتمال وقوع جرم‌های جدید جلوگیری کنند و جامعه را در برابر خطرات افراد مجرم در حوزه‌های جنسی محافظت کنند؛ این محدودیت‌های پیشگیرانه مورد توجه ماست.

مجرمیت سابق دلیلی بر مجرمیت کنونی

یکی از مهمترین سوالاتی که از گذشته تا به اکنون مورد بحث میان حقوق‌دانان بوده این است که رابطه بین مجرمیت سابق با احتمال تکرار جرم در افراد چیست؟ در این خصوص دو رویکرد کاملاً متفاوت اتخاذ شده است.

۱. رویکرد سختگیرانه (تسامح صفر): این رویکرد به

مجرمین خطرناک مانند مجرمین جنسی یا مجرمینی با سابقه جرایم خشونت آمیز با سختگیرانه‌ترین حالت برخورد میکند و اجازه استفاده از هیچ گونه تخفیفات قانونی را در مراحل رسیدگی به وی نمی‌دهد؛ همچنین پس از اتمام محکومیت متهم نمی‌تواند به اوضاع سابق خود برگردد.

۲. عدم تکرار جرم توسط متهم: این رویکرد بیان می‌دارد که انجام جرم در گذشته دلیلی بر تکرار آن در آینده نمی‌باشد و نباید محکوم سابق را در حکم مجرم بالقوه در نظر بگیریم.

دیدگاه سوم، بنظر می‌رسد برای تحقق به نظر معتدل تر باید از هر دو نظر تعدیل کرد و به حالتی مابین این دو نظریه قائل بود. زیرا هیچ قطعیتی برای تکرار جرم توسط فرد سابقه دار وجود ندارد و از سوی دیگر نمی‌تواند بر روی ظن به ارتکاب جرم توسط فرد سابقه‌دار چشم بست.

یافته‌ها

صحت سد ذرایع

بنظر می‌رسد علی‌رغم مخالفت اکثریت فقهای شیعه در خصوص سد ذرایع اما بیشتر مخالفت آنان به شیوه غلط استفاده از این قاعده برمیگردد و با نگاهی به فتاوی جدید و تغییر نگاه فقها جدید مانند حضرت امام (ره) که بیان می‌دارند:

حکم عقل و حکم شرع در بسیاری از موارد دارای تلازم هستند. به این معنا که وقتی عقل درباره یک موضوع حکم می‌دهد، این حکم می‌تواند هم‌راستا با حکمی باشد که شرع در همان موضوع صادر می‌کند. ایشان بر این باور است که عقل زمانی می‌تواند از حکم شرعی پرده برداری کند که موضوع حکم به وضوح از نظر عقل قابل درک باشد و در نتیجه حکم شرعی هم به همان صورت، آشکار خواهد شد.

با این حال، حضرت امام خمینی (ره) تأکید می‌کند که صرف حکم عقل در مورد یک موضوع، الزاماً به معنای صدور حکم شرعی برای آن موضوع نیست. عقل ممکن است به تحسین یا تقبیح چیزی بپردازد، اما این به معنی آن نیست که شرع نیز الزاماً همان حکم را انشاء کند. در واقع، در صورتی که دلیل شرعی بر

حکمی وجود داشته باشد، نمی‌توان آن را فقط به دلیل توافق عقل با آن حکم، به معنای ارشاد شرعی دانست.

علاوه بر این، امام خمینی بیان می‌کند که اگر حکم عقل در موضوعی ضروری و قطعی باشد که همه عقل‌ها آن را درک کنند، در این صورت ممکن است شارع همان حکم عقل را بپذیرد و نیازی به انشاء خطاب شرعی نباشد. ولی اگر حکم عقل قطعی نباشد یا درک آن برای همه عقل‌ها به راحتی ممکن نباشد، شارع می‌تواند حکم مستقلی صادر کند که از نظر شرع لازم الاتباع باشد. در نهایت، امام خمینی به عقل اجازه می‌دهد تا در صورت ضرورت، برای فهم و تفسیر ادله نقلی نقش داشته باشد. به عبارت دیگر، عقل می‌تواند با افزودن قیدهای جدید به ادله نقلی، یا حتی با تفصیل بیشتر در موضوعات فقهی، نقش مخصص یا مقیدکننده ایفا کند.

در مجموع، امام خمینی (ره) رابطه میان حکم عقل و حکم شرع را پیچیده و تعاملی می‌بیند و به عقل این ظرفیت را می‌دهد که در فهم و تفسیر احکام شرعی دخالت کند، به شرط آنکه عقل درک صحیح و مطابق با اصول شرعی داشته باشد. از این سو با ایجاد ملازمه بین سببیت دو فعل می‌توان به سذذرایع استناد کرد و در واقع می‌توان گفت سذذرایع با دلیل عقلی حجیت پیدا می‌کند. از این سو با ظنی در نظر گرفتن ارتکاب جرم توسط محکومین سابقه دار و جاری کردن قاعده سذذرایع می‌توان محدودیت‌هایی جهت پیشگیری از تکرار جرم و حفظ جامعه از خطرات احتمالی انجام داد. قانون مگان نشان می‌دهد که اعمال محدودیت‌های هدفمند همچون ثبت نام در فهرست مجرمان، نظارت الکترونیکی، و ممنوعیت فعالیت در مشاغل مرتبط با کودکان می‌تواند تأثیر چشمگیری در کاهش وقوع مجدد جرائم جنسی داشته باشد. این روش‌ها، هرچند ممکن است در ابتدا به عنوان نقض حقوق فردی تلقی شوند، اما در نهایت، تأمین امنیت جمعی و جلوگیری از آسیب‌های جدی اجتماعی را به همراه دارند.

نتیجه‌گیری

قاعده سد ذرایع، هرچند در فقه شیعه به دلیل

ظنی بودن با محدودیت مواجه است، اما همان طور که حضرت امام خمینی (ره) فرمودند و پیش تر بدان متذکر شدیم در مواردی که ظن قوی وجود داشته باشد و مصلحت عمومی اقتضا کند، می‌تواند ابزاری مؤثر در پیشگیری از جرائم محسوب شود.

الگوگیری از قانون مگان و اعمال محدودیت‌هایی چون ثبت نام در فهرست مجرمان جنسی، ممنوعیت شغلی و سکونت، و نظارت‌های الکترونیکی می‌تواند گامی مؤثر در کاهش جرائم جنسی و حمایت از بزه‌دیدگان باشد. به‌ویژه، تطبیق مبانی فقهی و عملی این قاعده با سازوکارهای پیشگیرانه جدید می‌تواند زمینه ساز تقویت سیاست‌های کیفری در کشورهای اسلامی باشد.

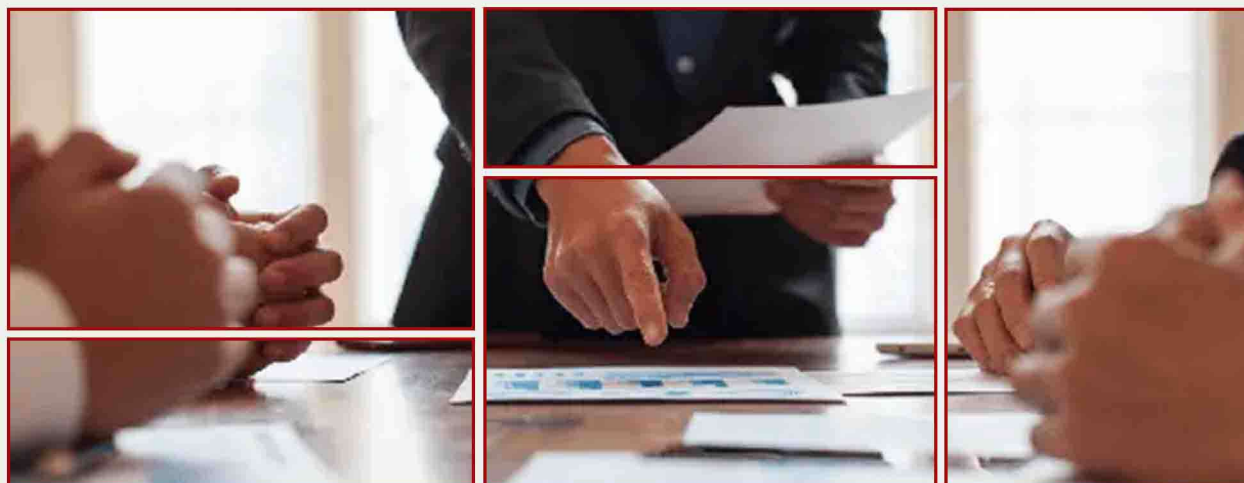
منابع

- (۱) سبحانی تبریزی، جعفر. ۱۳۸۳. أصول الفقه المقارن فیما لا نصّ فیہ. ۱ ج. قم - ایران: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- (۲) علامه محمد رضا مظفر، ترجمه عباس زراعت، حمید مسجدرایی، کامل ترین ترجمه و تبیین اصول فقه، حقوق اسلامی، چ ۱، ۱۳۹۶، ۸.
- (۳) علی اکبری، رستم، دشتی نژاد، پوریا، گفتمان سیاست تسامح صفر در نظام کیفری ایران؛ بسترها و زمینه‌ها، تمدن حقوقی، تابستان ۱۴۰۱
- (۴) خمینی، روح‌الله، الاستصحاب، تهران، ۱۳۸۵ مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- (۵) خمینی، روح‌الله، انوار الهدایه، ج ۱، ۱۳۸۵، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- (۶) خمینی، روح‌الله، دانشنامه امام خمینی، ج ۷، ۱۴۰۰، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران،
- (۷) ابوزهره، محمد. بدون تاریخ. أصول الفقه. ۱ ج. [ابی جا] - [ابی جا]: دار الفکر العربی.

8. CALIFORNIA PENAL CODE

9. PREVENTING CRIME WHAT WORKS WHAT DOESN'T WHAT'S PROMISING BY UNIVERSITY OF MARYLAND

10. <https://www.meganslaw.psp.pa.gov/InformationalPages/Registratio>



ماهیت حقوقی شرط داوری در قراردادها با نگاهی بر آرای قضایی

مهشید پورغلامعلی باز کیانی
کارشناسی حقوق دانشگاه گیلان



مقدمه

شرط داوری در قلمرو قواعد شروط ضمن عقد قانون مدنی است یا ماهیتی مستقل دارد؟ در این خصوص در قوانین، دکترین حقوقی و رویه قضایی اختلاف نظر وجود دارد و رویه واحدی اتخاذ نشده است.

شروط مستقل و وابسته

شرط در لغت، امری است که در یک عمل حقوقی گنجانیده شود تا آثار آن را تکمیل یا تغییر دهد یا زوال و حدوث حقی برای امری مستقبل و قریب الوقوع منوط گردد (لنگرودی). به اعتبار درجه ارتباط شرط ضمن عقد و عقد پایه، توافقات در ضمن عقد به دو دسته مستقل و وابسته تقسیم می شوند. مقصود از شروط وابسته، شروطی مرتبط و تابع عقدند که در صورت انتزاع از عقد، سالبه به انتفاء موضوع می

داوری یکی از مهم ترین روش های حل و فصل اختلافات حقوقی است که امروزه بیش از هر زمان دیگری مورد استفاده قرار می گیرد. مراجعه به داوری مستلزم تراضی طرفین می باشد. این تراضی از نظر حقوقی یک قرارداد است و معمولاً به دو شیوه منعقد می گردد: اول به صورت موافقتنامه داوری و در یک قرارداد مستقل و دوم تراضی به داوری به صورت شرط ضمن عقد قرارداد اصلی. قرارداد داوری را همواره باید به عنوان یک قرارداد فرعی یا تبعی تلقی کنیم که به مناسبت یک قرارداد اصلی منعقد می گردد. این خاصیت فرعی یا تبعی بودن قرارداد داوری این سوال را ایجاد می کند که در صورت فسخ یا بطلان قرارداد اصلی سرنوشت قرارداد داوری چه خواهد شد؟ اساساً

گردند. اما شرط مستقل در مواردی است که عمل حقوقی مستقل، مانند وکالت به صورت شرط ضمن عقد منعقد می گردد. در واقع لازم نیست که به صورت شرط ضمن عقد آورده شود بلکه طرفین به دلایلی نظیر کسب لزوم، در ضمن عقد نسبت به آن توافق می کنند. در نتیجه، شروط مستقل عمل یا پدیده های حقوقی هستند که در ضمن عقد می آیند و بنا به حکم مقنن، اراده طرفین و ایجاد حق مکتسبه حتی در فرض بطلان عقد پایه به حیات خود ادامه می دهند که با توجه به اصل تبعی بودن شرط از عقد که از ماهیت حقوقی آن استنباط می شود، شروط مستقل تنها در موارد منصوص و استثنائی مصداق داشته و در صورت شک اصل بر وابسته بودن شروط است.

بررسی ماهیت شرط داوری در فروض مختلف

شناخت ماهیت حقوقی شرط داوری از این جهت حائز اهمیت است که بسته به ماهیت شرط داوری آثاری که بر آن مترتب می شود، متفاوت است. برای مثال اگر آن را تابع قواعد شروط ضمن عقد قانون مدنی بدانیم، دارای آثار حقوقی متفاوت با فرضی است که آن را خارج از قواعد قانون مدنی بدانیم. قانونگذار ایران در پاسخ به این سوال راه حلی دوگانه دارد: در حالی که در ماده ۱۶ قانون داوری بین المللی مصوب ۱۳۷۶، اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی را پذیرفته، ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی، بر عدم استقلال این دو تاکید دارد.

الف) وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی در قانون آیین دادرسی مدنی

قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۴۶۱ بیان می دارد: (هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهارنظر می نماید.) همانطور که ملاحظه می شود، در این ماده شرط داوری دارای ماهیتی مستقل نمی باشد. برخی از نویسندگان (صفایی) در توضیح این ماده آورده اند: (این ماده متضمن یک قاعده عام نیست و ناظر به ماده ماقبل خود می باشد. این ماده مربوط به موردی است که طرفین داوری معین نکرده باشند و یا یک طرف داوری خود را معین

نمایند و برای تعیین داوری به دادگاه رجوع شود. در این صورت هرگاه اختلافی در خصوص قرارداد داوری یا معامله اصلی باشد، بدیهی است که دادگاه پس از احراز صحت معامله اصلی یا شرط داوری به تعیین داوری می پردازد. اما اگر طرفین داوری تعیین نموده باشند و یا بعد از تعیین داوری توسط مرجع داوری اختلاف در این زمینه بروز پیدا کند، اجرای مفاد این ماده لازم الاجرا نیست.) اما این نظر قابل ایراد به نظر می رسد. زیرا سرنوشت شرط داوری با توجه به اینکه طرفین در اصل معامله اختلاف دارند و این اختلاف را نزد قاضی و یا داوری مطرح می کنند، متفاوت است. در صورتی که نزد داوری مطرح شود، حتی در صورت بطلان عقد اصلی شرط صحیح تلقی شده است و در صورتی که به دادگستری مراجعه شود، دادگاه شرط را در صورت بطلان عقد اصلی باطل اعلام می کند.

در مقابل می توان گفت که مبنای ماده ۴۶۱، چیزی جز این نیست که شرط داوری سنتا شرط ضمن عقد و تابع عقد اصلی دانسته شده است. در این حالت بر خلاف نظر سابق ارجاع اختلاف به داوری یا قاضی تفاوتی در ماهیت شرط داوری ایجاد نمی کند و در هر حال تابع عقد اصلی می باشد. در تایید این نظر، دکتر کاتوزیان رابطه عقد و شرط را، به رابطه اصل و فرع تشبیه نموده و معتقد است که پیمانی که در قالب شرط بیان شده است، نسبت به پیمان اصلی تبعی گردد و بقا و انحلال آن تابع عقد اصلی شود. ایشان سپس در خصوص شروط داوری می نویسند: (اگر ثابت شود عقد اصلی از ابتدا باطل بوده است، شرط هم بی اثر می شود. هرچند به خودی خود تمامی شرایط صحت معامله را نیز دارا باشد. این نتیجه، در مورد شرط ارجاع به داوری، به ویژه در موضوع های بین المللی، مورد تردید، قرار گرفته است. و بعضی آن را شرط مستقل به شمار آورده و نتیجه گرفته اند که داوری حق رسیدگی به اختلاف درباره صحت و اعتبار عقد را نیز دارد. ولی این راه حل در حقوق ما پذیرفته نشده است و ماده ۴۶۱ آ.د.م برخلاف این ادعا است.) در نتیجه می توان گفت شرط ارجاع به داوری اگر در ضمن قرارداد آورده شود، شرطی است تبعی که

بر این همانگونه که گفته شد، شرط داوری در زمره شروط مستقل است، بدین معنا که شرط داوری برای الزام آور شدن نیازی به وابستگی به عقدی دیگر ندارد و خود به تنهایی میتواند منشأ التزام و تعهد شود. در واقع عقدی که در آن شرط مستقل درج شده است، عقدی است مرکب از دو قرارداد که هر کدام از این دو عمل حقوقی، دارای هویتی مستقل اند. به دلیل مستقل بودن هر یک از این دو عمل حقوقی در فرض ادعای انحلال یا بطلان باید اسباب عدم اعتبار هر یک را جداگانه بررسی کرد. به عبارت دیگر، در چنین فرضی انحلال یا بطلان عقد اصلی ملازمه با عدم اعتبار شرط مستقل مندرج در آن ندارد و اگر دلیلی بر انحلال یا بطلان عقد تبعی نباشد، این عمل حقوقی حتی در صورت بطلان عقد اصلی به حیات خود ادامه می دهد. در رویه قضایی نیز نشانه



رعایت آن تنها در صورتی لازم است که عقد اصلی نافذ و معتبر باشد. در نتیجه اختلاف در خصوص صحت عقد را نمی توان به داوری ارجاع داد.

این نظر در آرای متعددی تاکید شده است، برای نمونه در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۲۹۵ به تاریخ ۹۱/۱۰/۲۰ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «... با اعلام فسخ [قرارداد] شرط داوری نیز منحل میشود...» همچنین شعبه ۲۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران در یک دعوا اینگونه نظر داده است: «... با فسخ قرارداد و انحلال آن اصل معامله و قرارداد از بین رفته و بدیهی است که شرط داوری پیشبینی شده در آن نیز مانند بقیه تعهدات و شروط ضمن آن منتفی میشود ماده ۴۶۱ از قانون آیین دادرسی مدنی مشعر بر همین امر است که استقلال شرط داوری در نظام حقوقی ما مورد پذیرش قرار نگرفته است...»

ب) استقلال شرط داوری در قانون داوری تجاری بین المللی

استقلال شرط داوری در بند ۱ ماده ۱۶ قانون تجاری بین المللی، اینگونه تصریح شده است: ("داور" می تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقت نامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه ای مستقل تلقی می شود، تصمیم "داور" در خصوص بطلان و ملغی الاثر بودن قرارداد فی نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود.)

بی شک امروزه استقلال شرط داوری در رویه های داوری و قوانین ملی امری است پذیرفته شده و قابل انکار نیست. اما این امر را از توجیه فنی و حقوقی قاعده یادشده بی نیاز نمیکنند، چراکه توجیه قاعده یادشده بر مقبولیت آن میافزاید. در واقع مبنای توجیح این اصل عرف بین المللی است. نظریه جدایی پذیری (استقلال) را با توجه به شناسایی گسترده آن میتوان یکی از قواعد فراملی واقعی در حوزه داوری تجاری بین المللی دانست، حتی اگر در کنوانسیونهای مختلف بین المللی به صراحت از آن سخنی به میان نیامده باشد. علاوه

هایی از پذیرش این استقلال به چشم می خورد: (شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۵۷۸ به تاریخ ۹۳/۱۲/۳ ابراز داشت: «... ابطال بیع موضوع قرارداد ... موجب ابطال بقیه بندهای قرارداد مذکور نمیگردد بلکه قرارداد مذکور اعم از بیع مندرج در قرارداد است و با ابطال بیع آثارناشی از ابطال آن از جمله بند ۵۸ به قوت و اعتبار خود باقی است...» همچنین در دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۵۱۱۰۲۰۰۷۷۲ به تاریخ ۱۳۹۱/۷/۳ صادره از شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی مشهد ابراز شده است: «... ادعای بطلان قرارداد موجب بی اعتباری شرط داوری نخواهد شد. پذیرش چنین ادعایی موجب میگردد تا توافق طرفین قرارداد بر حل اختلاف در مرجع غیر دادگستری بی اثر گردد و بنابراین ادعای وکیل خواهان دایر بر بطلان قرارداد و سرایت قرارداد بر شروط آن قابل پذیرش نیست... هرچند ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م در باب هفتم مربوط به داوری مقرر نموده است... اما با توجه باسباق و نحوه نگارش این ماده و همچنین نگاه به مواد قبل و بعد از آن، استنباط میشود که فرض این ماده قانونی ناظر به مواردی است که دعوی همچون دعوی بطلان رأی داوری یا تعیین داور نزد دادگاه مطرح شده باشد و قید «ابتدا» نیز مؤید این برداشت است و دکتربین حقوقی نیز چنین استنباطی از ماده ۴۶۱ پیشگفته ارائه نموده است. بنا به مراتب، دادگاه دعوی مطروحه را به جهت درج شرط داوری قابل پذیرش ندانسته...»

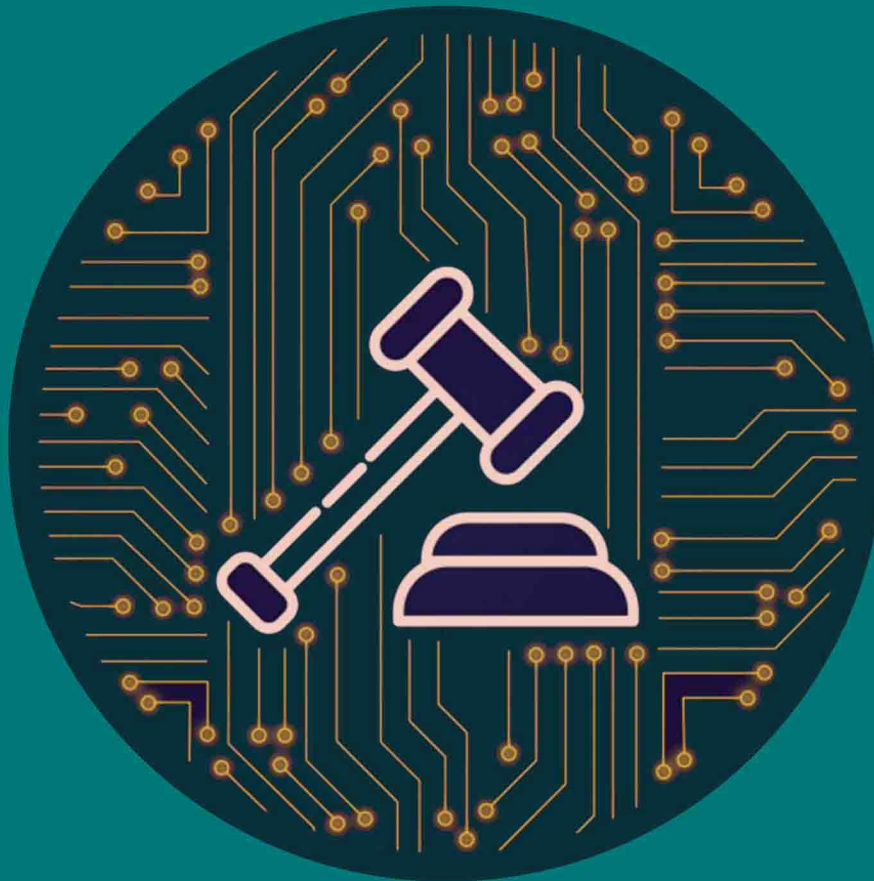
نتیجه گیری

با توجه به ماهیت قراردادی شرط داوری، می توان آن را از شروط مستقل دانست زیرا که اصولاً شروط ضمن عقد وابسته، مواردی هستند که برای اجرای صحیح و دقیق قرارداد اصلی تعیین می شوند، اما شرط داوری در واقع نحوه رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد می باشد و ایجاد صلاحیت می نماید. با اینحال اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی تنها در ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی مورد پذیرش قرار گرفته است و تنها در حدود همین قانون قابلیت اجرا دارد و قانون آیین دادرسی مدنی که پس از آن تصویب شده است، این

اصل را نادیده گرفته است و به نظر می رسد این اصل در داوری های داخلی مورد پذیرش قانونگذار نبوده است.

منبع:

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳)، مبانی نظری اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی
۲. امامی، حسن (۱۳۹۳)، حقوق مدنی، ج اول، تهران، انتشارات اسلامیه
۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها
۴. صفایی، حسین (۱۳۷۷)، سخنی چند درباره ی نوآوریها و نارساییهای قانون داوری تجاری بین المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی
۵. زارع، مهدی، سلیمی، محسن، ماهیت حقوقی و استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی از منظر رویه قضایی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، پاییز ۱۳۹۷



زمان و مکان تشکیل قرارداد و بررسی قانون تجارت الکترونیک ایران با نگاهی به کنوانسیون‌های بین‌الملل

فاطمه شاهمنصوری

کارشناسی حقوق دانشگاه گیلان



سازد. بر همین اساس، با توجه به اهمیت بحث زمان و مکان در شکل‌گیری و آثار قرارداد، چگونه می‌توان زمان و مکان مشخصی را برای قراردادی که در فضای سایبری منعقد شده لحاظ نمود؟!

در ابتدای امر باید اهمیت بحث و نقش زمان و مکان در موضوع قراردادها را روشن ساخت:

الف- آثار تعیین زمان انعقاد عقد

۱. عدم امکان رجوع از ایجاب و قبول: ظهور قبول و گره خوردن آن با رکن ایجاب، ماهیت مشترک و جدیدی از آن‌ها می‌سازد؛ یک تراخی

در ادوار گذشته مسئله تعیین زمان و مکان تشکیل قرارداد اساساً به شکل امروزی مطرح نبود؛ چرا که طرفین در یک مجلس حضور داشته و فاصله زمانی و مکانی میان آن‌ها اساساً موضوعیت نداشت. با پیشرفت تکنولوژی و گسترش روزافزون استفاده از ابزارهای الکترونیک، مسئله تجارت الکترونیک تبدیل گشت به یکی از ارکان نوظهور در حوزه قراردادهای شاخه‌ای از تجارت که به سبب ویژگی‌های منحصربه‌فرد خود، عدم حضور هم زمان طرفین قرارداد در یک مجلس را مهیا می

لازم‌الاجرا که بر اساس اصل لزوم، رجوع از آن ممکن نخواهد بود. بنابراین تعیین این نقطه زمانی که دیگر حق رجوع از ایجاب و قبول از طرفین سلب می‌گردد، حائز اهمیت خواهد بود. (جنیدی و کریمی ۱۳۹۳)

۲. تقدم و تأخر: در جایی که با چند قبول روبه‌رو هستیم، تعیین زمان هر یک از آن‌ها و مشخص نمودن تقدم و تأخر هر یک، می‌تواند در اثبات قبول‌کننده اصلی قرارداد نقشی حیاتی داشته باشد.

۳. اهلیت طرفین هنگام معامله: «برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند.» بنابراین با تعیین زمان انعقاد عقد، این ابهام که آیا طرفین دارای اهلیت استیفا بوده‌اند یا خیر، زدوده خواهد شد. به علاوه در رابطه با تاجر ورشکسته، تعیین زمان انعقاد عقد و مقایسه آن با تاریخ توقف وی می‌تواند سرنوشت قرارداد را تغییر دهد.

۴. فوت یا حجر: با تعیین زمان عقد، فوت و حجر هیچ یک از طرفین، مگر در قراردادهای جایز و قائم به شخص، اثری بر قرارداد مترتب نخواهد بود. (قربان‌وند ۸۹)

۵. مرور زمان

۶. مهلت اعمال اختیارات

۷. قانون حاکم: با توجه به عطف به ماسبق نشدن قوانین لاحق، تعیین زمان دقیق انعقاد قرارداد، قانون حاکم (سابق یا لاحق) را مشخص می‌سازد.

ب- آثار تعیین مکان انعقاد عقد

۱. قانون حاکم: ماده ۹۶۸ قانون مدنی ایران چنین مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود، تابع قانون محل وقوع عقد است مگر این که متعاقدين، اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند.» این قاعده تحت عنوان قاعده محل عقد، که به اقتباس از مکتب ایتالیا در قرون وسطی وارد نظام حقوقی ایران و برخی دیگر از کشورها شده، اهمیت بحث تعیین مکان انعقاد قرارداد را دوچندان می‌کند. (الماسی ۱۴۰۱)

۲. دادگاه صالح: ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران: «در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادهای ناشی

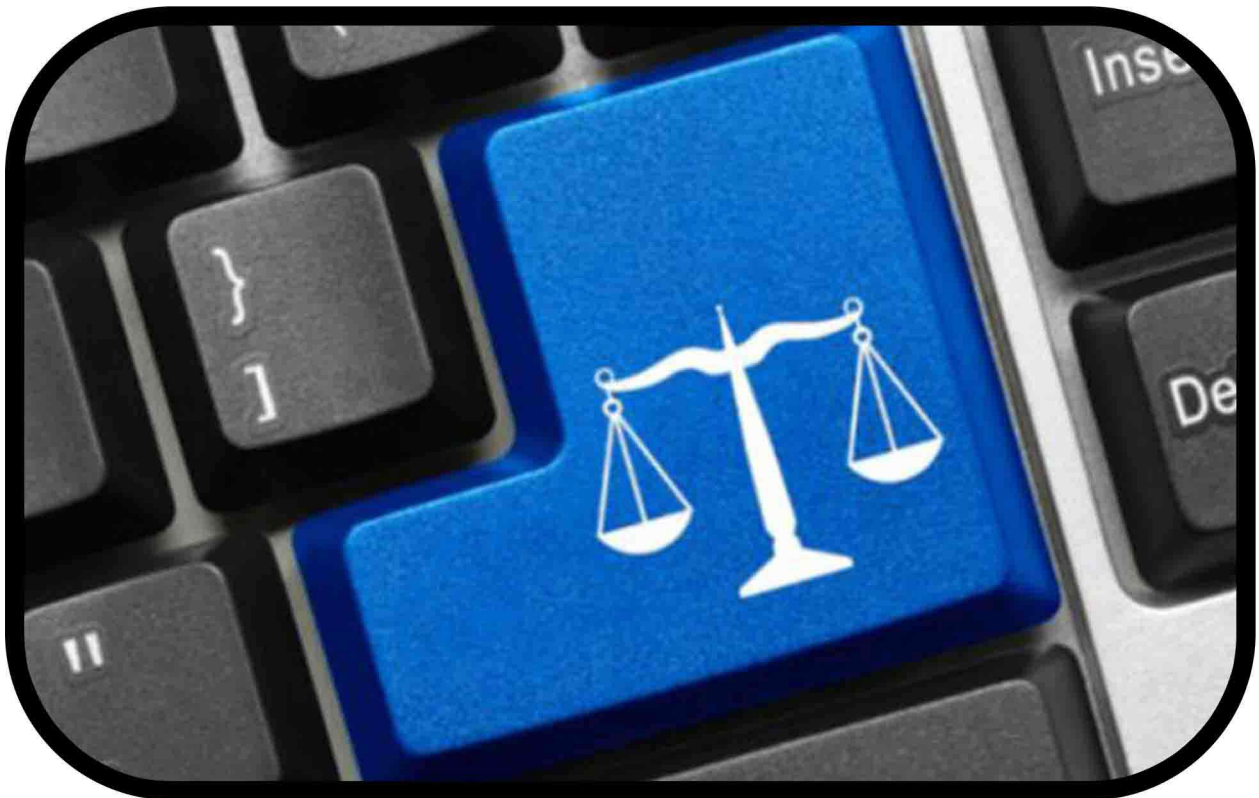
شده باشد، خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه آن واقع شده است یا تعهد می‌بایست در آنجا انجام شود.» بنابراین اصل بر صلاحیت دادگاه محل وقوع عقد بوده، مگر آنکه طبق آنچه امروزه در عرف بین‌المللی پذیرفته شده است، طرفین براساس اصل حاکمیت اراده، خود صلاحیت رسیدگی به دعاوی را به دادگاه محل دیگری واگذار کنند.

تعیین زمان و مکان تشکیل قرارداد

می‌توان قراردادهای دارای طرفین غایب را به دو دسته تقسیم نمود؛ اول قراردادهایی که با استفاده از رسانه هم‌زمان شکل می‌گیرند، مانند تلفن، و دوم رسانه‌های غیر هم‌زمان مانند نامه (بناباسری ۱۳۸۴). تعیین زمان در دسته اول تا حدودی سهل‌تر صورت می‌گیرد اما مسئله اصلی در جایی است که با رسانه‌های غیر هم‌زمان مواجهیم و یا رسانه‌های هم‌زمانی که به علی‌چون خاموش شدن وسیله ارتباطی میان ایجاب و قبول و دریافت هریک فاصله زمانی ایجاد می‌کنند. در این باره نظریات متفاوتی وجود دارد که به شرح ذیل به هر یک از آن‌ها می‌پردازیم:

۱. نظریه اعلان (اعلام) قبول: بر مبنای این نظر، هنگامی که قبول‌کننده، با بررسی ایجاب تصمیم به قبول آن می‌گیرد، به عبارتی پس از تلاقی دو اراده و ایجاد توافق، عقد منعقد می‌شود؛ فارغ از آنکه ایجاب‌کننده از آن مطلع باشد یا خیر. بنابراین پدیدآورنده اصلی یک قرارداد، همان اراده درونی قبول‌کننده بوده اما برای ایجاد اثر حقوقی، نیازمند بروز خارجی اعم از امضای نامه، ارسال پیام، تلگراف و... می‌باشد. (جنیدی و کریمی ۱۳۹۳)

۲. نظریه ارسال قبول (قاعده پست): این نظر که خاستگاه آن بریتانیا می‌باشد، با منطق توزیع ریسک میان افرادی که بیشترین توانایی را در کنترل آن دارند، (جنیدی و کریمی ۱۳۹۳) چنین بیان می‌کند: زمان تشکیل عقد هنگامی است که مخاطب ایجاب پاسخ قبولی خود را به موجب ارسال کند. اما در اینجا با یک مسئله جدید روبه‌رو هستیم؛ در قراردادهای الکترونیک، از زمان ارسال قبول را چه زمانی می‌دانیم؟ ماده ۲۶ قانون تجارت الکترونیک ایران: «ارسال



شده باشد دریافت، زمانی محقق می‌شود که:
 ۱- «داده‌پیام» به سیستم اطلاعاتی معین شده
 وارد شود؛ یا ۲- چنانچه «داده‌پیام» به سیستم
 اطلاعاتی مخاطب غیر از سیستمی که منحصر
 برای این کار معین شده وارد شود «داده‌پیام»
 باز یافت شود.

ب- اگر مخاطب، یک سیستم اطلاعاتی برای
 دریافت معین نکرده باشد، دریافت زمانی محقق
 می‌شود که «داده‌پیام» وارد سیستم اطلاعاتی
 مخاطب شود.»

بنابراین دو حالت متصور است؛ اگر سیستم
 معینی برای این امر اختصاص داده شده باشد،
 ورود پیام به آن سیستم برابر است با زمان
 وصول. در این فرض اگر پیام به سیستم
 دیگری ارسال شود، زمان بازیابی و انتقال آن به
 سیستم معین شده به عنوان زمان دریافت
 پیام تلقی می‌شود. در فرض دوم که سیستم
 خاصی تعیین نگشته، به محض ورود پیام به
 سیستم، ارسال محقق می‌گردد. (لینان دو بلفون،
 ۱۳۹۳. حقوق تجارت الکترونیک (ترجمه: ستار
 زرکلام))

۴. **نظریه اطلاع از قبول:** گروهی دیگر که

داده‌پیام زمانی تحقق میابد که به یک سیستم
 اطلاعاتی خارج از کنترل اصل‌ساز یا قائم‌مقام
 وی وارد شود. طبق این ماده، معیار زمان
 ارسال قبول، ورود آن به سیستم خارج از کنترل
 اصل‌ساز (originator) می‌باشد. یعنی هنگامی که
 قبول کننده، دیگر کنترل بر پیام ارسالی خود
 نداشته و از سیستم او خارج شده باشد.

۳. **نظریه وصول قبول:** طبق این نظر، زمان
 تشکیل قرارداد هنگامی است که پیام حاوی
 محتوای قبولی، به موجب رسیده باشد. به علاوه
 مکان تشکیل نیز در محلی که سیستم دریافت
 کننده قرار داشته شناخته می‌شود. قانون
 تجارت الکترونیک ایران در ماده ۲۷ زمان
 دریافت پیام را چنین تعریف می‌کند: «زمان
 دریافت «داده‌پیام» مطابق شرایط زیر خواهد
 بود:

الف- اگر سیستم اطلاعاتی مخاطب برای
 دریافت «داده‌پیام» معین شده باشد دریافت،
 زمانی محقق می‌شود که: ۱- «داده‌پیام» به
 سیستم اطلاعاتی معین شده وارد شود؛ یا ۲-
 چنانچه «داده‌پیام» به سیستم اطلاعاتی مخاطب
 غیر از سیستمی که منحصر برای این کار معین

ملتزم دانستن ایجاب‌کننده به تعهدات قرارداد، بدون اطلاع او از تشکیل قرارداد، را امری به دور از انصاف می‌دانند، معتقدند زمان انعقاد عقد باید هنگامی تلقی شود، که موجب از آن مطلع گردد. به عبارتی در قراردادهای الکترونیک هنگامی خواهد بود که موجب پیام را باز کند. به نظر آنان مکان تشکیل قرارداد نیز، همان مکان می‌باشد. یکی از مشکلاتی که این نظر به میان می‌آورد، دشواری اثبات زمان آن و افزایش امکان سوءاستفاده موجب است. (جنیدی و کریمی ۱۳۹۳)

حال که با نظریات مختلف آشنا شدیم، سؤال اینجاست که راه‌حل مناسب، برای جلوگیری از بروز اختلاف و تعارض چیست؟! در امری مانند تجارت الکترونیک که به واسطهٔ ویژگی‌های منحصر به فرد آن، امکان وجود ارکان خارجی و بروز تعارضات میان قوانین به مراتب بالاتر است، چگونه می‌توان به معیاری واحد دست یافت؟!

اساساً کنوانسیون‌های بین‌المللی برای جلوگیری از چنین تعارضاتی و برای یکپارچه سازی قوانینی که در نظام‌های داخلی مختلف، به سبب تفاوت در مبانی، به اشکال گوناگون وضع گشته‌اند، می‌توانند از مهم‌ترین و کاربردی ترین ابزارهای حال حاضر باشند. اما «کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی»، همانند قانون تجارت الکترونیک ایران در این باره سکوت را برگزیده، و تعیین زمان و مکان را بر عهدهٔ نظام‌های داخلی قرار داده است. بنابراین به جای بیان یک معیار مشخص، اقدام به تعریف ارسال و وصول دادهٔ الکترونیک نموده تا انتخاب معیار بر عهدهٔ قوانین داخلی و طرفین گذارده شود.

همانطور که در یادداشت‌های اخیر در این فصل نامه بیان شد، کنوانسیون‌های بین‌المللی یکی از موثرترین روش‌ها برای جلوگیری از این تعارضات بوده و ملحق شدن کشورها به هر یک از آنان می‌تواند از بروز خیل عظیمی از اختلافات و دعاوی جلوگیری کند. شاید بتوان توافق طرفین دربارهٔ زمان و مکان، و یا اضافه نمودن شروطی دربارهٔ قانون و دادگاه صالح (در

صورت بروز اختلاف) را به این راه‌حل‌ها اضافه نمود. اما اهمیت ایجاد یک قانون و رویهٔ یکپارچه دربارهٔ این موضوع، امری انکارناپذیر است که امید می‌رود با افزایش گفتمان‌ها در این زمینه، با کاهش این اختلاف‌ها روبه‌رو شویم.

منابع

۱. زویه لینان دو بلفون. ۱۳۹۳. حقوق تجارت الکترونیک.
۲. غلام نبی فیضی چکاب. بلا تاریخ. "زمان وقوع عقد از طریق واسطه‌های الکترونیک (همسویی قانون تجارت الکترونیک ایران با قواعد حاکم بر تجارت بین‌الملل".
۳. لعیا جنیدی، و سحر کریمی. ۱۳۹۳. "زمان و مکان انعقاد قراردادهای الکترونیکی". ۴۲۵.
۴. ماشالله بنانیاسری. ۱۳۸۴. "تشکیل قرارداد در فضای سایبر: مقدمه‌ای بر حقوق تجارت الکترونیک". فصلنامه بصیرت.
۵. ماشالله بنیانسری. سال دوازدهم. شماره ۳۵. "تشکیل قرارداد در فضای سایبر: مقدمه‌ای بر حقوق تجارت الکترونیک". فصلنامه بصیرت.
۶. محمدباقر قربان‌وند. ۸۹. "زمان و مکان تشکیل قرارداد الکترونیکی". ۳۱۰۶.
۷. مصطفی السان. بلا تاریخ. "ایجاب و قبول معاملات الکترونیکی". مجله تحقیقات حقوقی شماره ۴۳.
۸. نجادعلی الماسی. ۱۴۰۱. حقوق بین‌الملل خصوصی.

پی نوشت:

۱. ماده ۲۱۱ قانون مدنی ایران
۲. بند ب ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک ایران: «اصل‌ساز» (Originator): منشأ اصلی «داده پیام» است که «داده پیام» به وسیله او یا از طرف او تولید یا ارسال می‌شود اما شامل شخصی که در خصوص «داده پیام» به عنوان واسطه عمل می‌کند نخواهد شد.



توافقات کلیک پذیر

قرارداد نوظهور در تجارت الکترونیک

دیبا مرادی بخش

کارشناسی حقوق دانشگاه گیلان



پرداخت:

The case *Specht v. Netscape Communications Corp. Dc* provides us with the clearest definition of what a clickwrap agreement is. It is described as a message presented to the user on his or her computer screen that requires the user to assent to the terms of the agreement through the act of clicking an icon. This sort of agreement is usually made between a computer software vendor providing an application which a consumer purchases or otherwise obtains a copy of the

پیشرفت روزافزون در عرصه فناوری، تمام ابعاد زندگی انسان را تحت تأثیر قرار داده است و توافقات و قراردادهای به عنوان بخش لاینفکی از روابط انسانی بسیار پذیرای این پیشرفت بوده اند و در اشکال مختلف از جمله "تجارت الکترونیک" به منصه ظهور رسیده اند. در این مهم، میزان تغییرات به قدری سریع و چشمگیر است که مسلماً مستلزم توجه دقیق قانون گذاران است و به عبارتی تجارت الکترونیک منتظر هماهنگی قوانین نخواهد ماند. در این بخش به بررسی یکی از توافقات نوین در تجارت الکترونیک به نام "توافقات کلیک پذیر" خواهیم

product. The consumer becomes the end user as a legally binding contract is formed between the two parties. This is most often done when the consumer downloads the software from the company's website and manifests assent to the terms of the contract by checking a box that says "I Agree" or something similar and thus assents to the terms of the contract governing the transaction. The product that the clickwrap agreement pertains to cannot be obtained or used by the consumer unless the icon is clicked that establishes assent to the terms of the agreement. This was the case in *Specht v. Netscape Communications Corp.* DC when a user attempted to obtain the Navigator software the full text of the Navigator license agreement would appear on a web page. A plainly visible query asking: "Do you accept all the terms of the preceding license agreement? If so, click on the Yes button. If you select No, Setup will close." was displayed accompanied with three buttons or icons: "Back", "No" and "Yes". Clicking the button labeled "Back" would return the user to an earlier step of the download preparation whereas "No" would terminate the download if clicked. In order to proceed with the download the user was required to click the "Yes" button which established assent to the license agreement and it was an essential step in order to obtain the software.

Clickwrap agreements are important documentation of the legal relationship between for example the consumer and the computer software vendor. As the internet has become more and more a part of our lives so has the prevalence of clickwrap agreements. Online banking websites, user-generated content websites, social networking sites, free e-mail services (such as Hotmail, Gmail or Yahoo!

Mail) and virtually all e-commerce sites requires the user to assent to the clickwrap agreement governing the site's ground rules before

using the service or before making a purchase. These agreements contain the Terms of Use for the software and limits what the end user can do with the product or what they can use it for. Clickwrap agreements are usually long and complex contracts that include many terms and most of the litigation that has materialized as a result of clickwrap agreements are over one of six basic types of terms: forum selection clauses, choice of law provisions, agreements to arbitrate, software TOU, service TOU or limitations of liability. Clickwrap agreements come in standard form where the agreement appears on the computer screen and the user either accepts the terms of the agreement or rejects them. The user has no power to bargain over any of the terms of the agreement and must adhere to the contract terms on a "take-it-orleave-it" basis. Since the consumer only has the choice of either accepting or rejecting the terms of the agreement as provided and the transaction is contingent on acceptance of the terms when purchasing the goods or services this makes clickwrap agreements contracts of adhesion.

.The Enforceability of Clickwrap Agreements :

Clickwrap agreements have usually been held to be valid and enforceable whenever the courts have had the occasion to consider them. The courts have generally found that when considering the terms of a contract, absent fraud or mistake, if a party signs a contract and has the opportunity to read the terms of this contract, whether he or she actually does so or not, they are bound by it.

This holds true as well when applied to clickwrap agreements:

“Failure to read an enforceable online agreement, as with any binding contract, will not excuse compliance with its terms. A customer on notice of contract terms available on the internet is bound by those terms.

The courts have generally upheld that clicking an icon labeled “I Agree”, “I Accept” or something similar to that effect is admissible as a manifestation of assent. If the clicking of a button indicating assent is an integral part of completing the transaction, or otherwise to the registration or activation of an account on a website governed by a click-wrap agreement and the completion of said process is a mandatory step for the formation of a contract between the parties, the agreement will be considered enforceable. Therefore the courts have held that if the physical act of clicking through a notice of this sort can be proven the courts will accept this affirmative act as a manifestation of assent and enforce the contract at least in this respect. Where these provisions have been satisfied the courts have generally found that the clickwrap agreements are enforceable as the user has had reasonable notice of the terms of the agreement and therefore had the opportunity to manifest assent to the terms¹.

A contract is essentially an agreement between two or more parties (e.g. people or organizations) with an intent to create a legal relation. Under English law, in order for a contract to be valid and enforceable the following six elements must exist:

an intention to create legal relations / an offer and acceptance of that offer

valuable consideration / legal capacity to enter an agreement

genuine consent to the agreement / legality

of objects.

Therefore, the parties with an interest in the contract must intend to be bound by it and acting in the absence of mistake, fraud, misrepresentation or other vitiating factors. The contract can only bind the parties who agree to the terms, and not third parties. The parties to a contract must manifest their intention to create a legally binding contract by words or conduct and this is done through an offer and acceptance of that offer; “wherein one party proposes (offers) by words or conduct and the other agrees (accepts) by words or conduct”. There must also be valuable consideration (usually the payment of money). The parties entering into a contract must also have a legal capacity to enter into that contract and thus cannot be minors, mentally incapable, or intoxicated. In this way, the contracting parties must understand that they are entering into a contract and must have authority to act. Otherwise, the contract will either be void, or more often, voidable. There must be genuine consent and therefore, one party cannot use force to force another party into a contract and regarding consent, the parties must understand what they are consenting to. Legality of objects here means that the agreement must have a legal purpose and thus “the object of a contract cannot be criminal, tortious, or otherwise against public policy”.

Apart from some specific requirements of particular laws as in the case of wills, consumer credit, guarantees, mortgages and the transfer of land, there is no fundamental principle requiring contracts to be in writing or signed and thus while it has become a generally accepted business practice to form contracts by way of a written document, they may be formed orally or by conduct

and may just as well be formed electronically by email, electronic data exchange, or through a website, or by a combination of these. However, there is no fundamental principle prohibiting the formation of a legally binding contract over the Internet and there is nothing inherently less or more enforceable about such contracts. The basics of contract law apply to online contracts the same as to any other contract. Furthermore, just as all non-electronic contracts are not necessarily enforceable, the fact that a particular click-wrap agreement is found to be enforceable does not necessarily mean that all such agreements are enforceable.

Examination of the literature and the available US, Canadian and Scottish case law on click-wrap agreements, while limited, indicates that the courts have upheld the principle of online contracting and that a legally valid and binding contract can be created with a mere click of a mouse. Courts have held that clicking the I Agree icon is effectively 'signing' a clickwrap agreement and hence binds the consumer to the terms and conditions of that agreement even if the consumer claims to not have seen, read or consciously agreed to the terms. Hence, the clicking of the 'I Agree' icon to the terms of a clickwrap agreement is a significant factor that supports the enforceability of those terms.

As ignorance of the law is no excuse (*ignorantia juris hand excusat*), most Internet users it seems, are in danger of contracting on terms and conditions that may not be in their best interest and that they might otherwise not agree to. These consumers will not be aware of when they are agreeing to terms and conditions over and above those used for specifying the terms and conditions of use of a website and those used to protect

and enhance intellectual property rights. For example, they will be unaware if and when they are agreeing to the use of Spyware to track their online activities and the collection, compromise, use and/or sale of their personal information and/or consumer profile data. From a consumer point of view, this aspect of contracting in the online world must be a concern. Website owners and vendors might also exploit this to their advantage in reinforcing their rights and in establishing the transaction terms and conditions².

پرونده Spech علیه Netscape Communications Corp. DC به ما واضح ترین تعریف از توافق نامه های کلیک پذیر (Clickwrap Agreements) را ارائه می دهد. این توافق نامه به عنوان پیامی که بر روی صفحه رایانه کاربر نمایش داده می شود، توصیف می شود و نیازمند این است که کاربر از طریق کلیک بر روی یک آیکن، با شرایط توافق نامه موافقت کند. این نوع توافق نامه معمولاً بین یک فروشنده نرم افزار رایانه ای که یک برنامه را ارائه می دهد و مصرف کننده ای که آن را خریداری یا به طور دیگری نسخه ای از محصول را به دست می آورد منعقد می شود. مصرف کننده به عنوان کاربر نهایی، یک قراردادی قانونی الزام آور را بین دو طرف ایجاد می کند. این امر اغلب زمانی انجام می شود که مصرف کننده نرم افزار را از وبگاه شرکت دانلود کند و رضایت خود به شرایط قرارداد را با کلیک بر روی یک کادر که می گوید "من موافقم" یا چیزی مشابه نشان داده و به این ترتیب با شرایط حاکم بر قرارداد موافقت می کند. محصولی که توافق نامه کلیک پذیر به آن مربوط می شود، نمی تواند توسط مصرف کننده استفاده شود مگر بر روی آیکن کلیک کند و رضایت خود به شرایط معامله را تصدیق کند. این موضوع در پرونده Netscape Communications Corp. DC نیز صادق است، زمانی که کاربری سعی کرد نرم افزار Navigator را دریافت کند و متن کامل توافق نامه مجوز Navigator بر روی یک صفحه وب ظاهر می شد. یک پرسش واضح می پرسید: "آیا شما



کاربر نهایی چه کاری می‌تواند با محصول انجام دهد یا برای چه چیزی می‌تواند استفاده کند، هستند. توافق‌نامه‌های کلیک پذیر معمولاً قراردادهای طولانی و پیچیده‌ای هستند که شامل شرایط زیادی هستند و بیشتر دعاوی قضایی که ناشی از توافق‌نامه‌های کلیک پذیر هستند، حول یکی از شش نوع شرایط اصلی می‌چرخند: بندهای انتخاب دادگاه، مفاد انتخاب قانون، توافقات برای داوری، شرایط استفاده نرم افزار، شرایط استفاده خدمات و محدودیت‌های مسئولیت. توافق‌نامه‌های کلیک پذیر در فرم استاندارد ارائه می‌شوند که بر روی صفحه رایانه نمایش داده می‌شود و کاربر شرایط توافق نامه را قبول یا رد می‌کند. کاربر هیچ قدرتی برای مذاکره درباره هیچ یک از شرایط توافق نامه را ندارد و باید شرایط قرارداد را در قالب "پذیرید یا ترک کنید" قبول کند. از آنجایی که مصرف‌کننده تنها یک گزینه قبول یا رد شرایط توافق‌نامه را دارد و معامله، به پذیرش شرایط هنگام خرید کالاها یا خدمات وابسته است، این موضوع قراردادهای کلیک پذیر را به نوعی قرارداد الحاقی (adhesion) محسوب می‌کند.

قابلیت اجرایی توافق‌نامه‌های کلیک پذیر
توافق‌نامه‌های کلیک پذیر معمولاً معتبر و قابل اجرا شناخته شده‌اند هر زمان که دادگاه‌ها

همه شرایط توافق‌نامه مجوز قبلی را قبول دارید؟ اگر بله، بر روی دکمه بله کلیک کنید. اگر گزینه خیر را انتخاب کنید نصب بسته خواهد شد. همراه این متن سه گزینه وجود داشت: "بازگشت"، "خیر" و "بله". کلیک بر روی دکمه "بازگشت" کاربر را به مرحله قبل از دانلود بازمی‌گرداند، درحالی‌که کلیک بر روی "خیر" دانلود را خاتمه می‌دهد. برای ادامه دانلود، کاربر باید بر روی دکمه "بله" کلیک کند که موافقت با توافق‌نامه مجوز را برقرار می‌کند و این یک مرحله ضروری برای به‌دست آوردن نرم‌افزار بود.

توافق‌نامه‌های کلیک پذیر مستندات مهمی از رابطه قانونی بین مصرف‌کننده و فروشنده نرم افزار رایانه‌ای هستند. همانطور که اینترنت به طور فزاینده به بخشی از زندگی ما تبدیل شده است، شیوع توافق‌نامه‌های کلیک پذیر نیز افزایش یافته است. وبسایت‌های بانکداری آنلاین، وبسایت‌های تولیدی کاربران، سایت های شبکه‌های اجتماعی، خدمات ایمیل رایگان مانند Hotmail، Gmail، Yahoo! Mail تقریباً همه سایت‌های تجارت الکترونیک قبل از استفاده از خدمات یا قبل از خرید، نیازمند این هستند که کاربر با توافق‌نامه کلیک پذیر موافقت کند. این توافق‌نامه‌ها شامل شرایط استفاده برای نرم‌افزار و محدودیت‌هایی در مورد اینکه

فرصتی برای بررسی آن‌ها داشته‌اند. دادگاه‌ها به‌طور کلی یافته‌اند که هنگام توجه به شرایط قرارداد، در صورت غیاب تقلب یا اشتباه، اگر یک طرف قراردادی را امضا کند و فرصتی برای خواندن شرایط این قرارداد داشته باشد، چه او واقعاً این کار را انجام دهد یا نه، متعهد خواهد بود. این اصل همچنین در مورد توافق‌نامه‌های کلیک پذیر نیز صدق می‌کند.

"عدم خواندن یک توافق‌نامه آنلاین قابل اجرا، همانند هر قرارداد الزام‌آور دیگری، نمی‌تواند به‌عنوان عذری برای عدم رعایت شرایط آن محسوب شود. یک مشتری که از شرایط قرارداد موجود در اینترنت مطلع است، ملزم به رعایت آن شرایط است. دادگاه‌ها معمولاً تأیید کرده‌اند که کلیک بر روی آیکنی با عنوان "من موافقم"، "من قبول می‌کنم" یا چیزی مشابه به این معنا، به‌عنوان نشانه‌ای از توافق، قابل پذیرش است. توافق‌نامه در صورتی قابل اجرا خواهد بود که کلیک بر روی یک دکمه که نشان‌دهنده توافق است، بخشی اساسی از تکمیل معامله یا ثبت‌نام یا فعال‌سازی یک حساب کاربری در وبسایتی باشد که تحت توافق‌نامه کلیک پذیر قرار دارد و تکمیل این فرایند مرحله‌ای الزامی برای شکل‌گیری قرارداد بین طرفین باشد؛ بنابراین، دادگاه‌ها تأکید کرده‌اند که اگر عمل فیزیکی کلیک از این نوع قابل اثبات باشد، دادگاه‌ها این عمل مثبت را به‌عنوان نشانه‌ای از توافق پذیرفته و قرارداد را حداقل در این زمینه اجرایی می‌دانند. هنگامی که این موارد برآورده شده باشد، دادگاه‌ها معمولاً توافق‌نامه‌های کلیک پذیر را قابل اجرا می‌دانند؛ زیرا کاربر از شرایط توافق‌نامه آگاهی معقولی داشته و بنابراین فرصت ابراز موافقت با شرایط را داشته است.

یک قرارداد اساساً توافقی بین دو یا چند طرف مانند افراد یا سازمان‌ها باهدف ایجاد یک رابطه قانونی است. طبق قانون انگلیس، برای اینکه یک قرارداد معتبر و قابل اجرا باشد، باید شش عنصر زیر وجود داشته باشد:

نیت برای ایجاد روابط قانونی، ایجاب و پذیرش آن، ملاحظات ارزشمند، اهلیت قانونی برای انعقاد توافق، رضایت واقعی به توافق، قانونی

بودن موضوعات.

بنابراین، طرفین دارای منافع در قرارداد باید نیت داشته باشند که به آن پایبند باشند و بدون اشتباه، تقلب، بیان نادرست یا سایر عوامل مخرب عمل نکنند. طبق قرارداد تنها می‌توان طرفین را که با شرایط آن موافقت کرده‌اند، ملزم کرد و نه اشخاص ثالث را. طرفین یک قرارداد باید نیت خود را برای ایجاد یک قرارداد الزام‌آور قانونی از طریق کلمات یا رفتار نشان دهند و این کار از طریق ایجاب و قبول انجام می‌شود؛ جایی که یک طرف (ایجاب دهنده) از طریق کلمات یا رفتار پیشنهاد می‌دهد و طرف دیگر (پذیرنده) با کلمات یا رفتار خود موافقت می‌کند. همچنین باید ملاحظات ارزشمندی وجود داشته باشد (معمولاً پرداخت پول). طرفینی که وارد قرارداد می‌شوند نیز باید اهلیت قانونی برای ورود به آن قرارداد را داشته باشند و بنابراین نمی‌توانند افراد زیر سن قانونی، ناتوان ذهنی یا مست باشند. به‌این

”عدم خواندن یک توافق‌نامه آنلاین قابل اجرا، همانند هر قرارداد الزام‌آور دیگری، نمی‌تواند به‌عنوان عذری برای عدم رعایت شرایط آن محسوب شود. یک مشتری که از شرایط قرارداد موجود در اینترنت مطلع است، ملزم به رعایت آن شرایط است. دادگاه‌ها معمولاً تأیید کرده‌اند که کلیک بر روی آیکنی با عنوان "من موافقم"، "من قبول می‌کنم" یا چیزی مشابه به این معنا، به‌عنوان نشانه‌ای از توافق، قابل پذیرش است.“

ترتیب، طرفین قرارداد باید درک کنند که وارد یک "قرارداد" می‌شوند و باید اختیار عمل داشته باشند. در غیر این صورت، قرارداد باطل یا بیشتر اوقات، قابل ابطال خواهد بود. همچنین باید رضایت واقعی وجود داشته باشد و بنابراین یک طرف نمی‌تواند دیگری را به‌زور به انعقاد قرارداد مجبور کند و در مورد رضایت طرفین باید بدانند که به چه چیزی رضایت می‌دهند. قانونی بودن موضوعات بدین معناست که توافق باید هدف قانونی داشته باشد و بنابراین "موضوع یک قرارداد نمی‌تواند جنایی، زیان‌بار یا به‌نوعی مخالف سیاست عمومی باشد".

علاوه بر برخی الزامات ویژه در قوانین خاص مانند وصیت‌نامه‌ها، وام مصرف‌کنندگان، ضمانت‌ها، رهن‌ها و انتقال ملک، هیچ اصل بنیادی وجود ندارد که نیازمند باشد قراردادها کتبی باشند و بنابراین درحالی‌که این تبدیل به یک روش تجاری معمول شده است که قراردادها به صورت کتبی و امضا شده تشکیل شوند، ممکن است به‌صورت شفاهی یا از طریق رفتار تشکیل شوند و همچنین ممکن است به‌صورت الکترونیکی از طریق ایمیل، تبادل داده‌های الکترونیکی یا از طریق یک وبسایت، یا ترکیبی از این‌ها نیز تشکیل شوند. با این حال، هیچ اصل اساسی‌ای دال بر ممنوعیت تشکیل یک قرارداد الزام‌آور قانونی از طریق اینترنت وجود ندارد و اصول حقوق قراردادها در مورد قراردادهای آنلاین مانند هر قرارداد دیگری اعمال می‌شود.

علاوه بر این، همان‌طور که همه قراردادهای غیرالکترونیکی لزوماً قابل اجرا نیستند، این واقعیت که یک توافق‌نامه کلیک پذیر خاص قابل اجرا است، به این معنا نیست که همگی این چنین توافق‌نامه‌هایی قابل اجرا هستند. بررسی ادبیات و رویه‌های موجود در ایالات متحده، کانادا و اسکاتلند درباره توافق‌نامه‌های کلیک پذیر، هرچند محدود، نشان می‌دهد که دادگاه‌ها اصل قرارداد آنلاین را تأیید کرده‌اند و یک قرارداد قانونی معتبر و الزام‌آور می‌تواند با یک کلیک ایجاد شود. دادگاه‌ها اعلام کرده‌اند که کلیک بر روی آی‌کون "من موافقم" به‌طور مؤثر به معنای امضای یک توافق‌نامه کلیک

پذیر است و بنابراین مصرف‌کننده را به شرایط و ضوابط آن توافق‌نامه ملزم می‌کند حتی اگر مصرف‌کننده ادعا کند که شرایط را ندیده، نخوانده یا به‌طور آگاهانه به آن‌ها موافقت نکرده است؛ بنابراین، کلیک بر روی آی‌کون "من موافقم" به‌عنوان یک عامل مهم در حمایت از قابلیت اجرایی این شرایط به شمار می‌آید.

از آنجا که ناآگاهی از قانون عذر موجهی نیست (ignorantia juris non excusat)، به نظر می‌رسد که اکثر کاربران اینترنت در معرض خطر انعقاد قراردادهایی بر اساس شرایط و ضوابطی هستند که ممکن است به نفع آن‌ها نباشد و آن‌ها ممکن است در این صورت با آن موافقت نکنند. این مصرف‌کنندگان از زمان و نحوه توافق به شرایط و ضوابطی که فراتر از شرایط و ضوابط استفاده از یک وبسایت و همچنین شرایطی که برای حفاظت و تقویت حقوق مالکیت معنوی استفاده می‌شود، آگاه نخواهند بود. به‌عنوان مثال، آن‌ها از اینکه آیا و چه زمانی به استفاده از نرم‌افزار جاسوسی برای پیگیری فعالیت‌های آنلاین خود و جمع‌آوری، به خطر انداختن، استفاده و یا فروش اطلاعات شخصی و یا داده‌های پروفایل مصرف‌کننده خود موافقت کرده‌اند، مطلع نخواهند بود. از دیدگاه مصرف‌کننده، این جنبه از قرارداد بستن در دنیای آنلاین باید نگران‌کننده باشد. صاحبان وبسایت و فروشندگان نیز ممکن است از این موضوع به نفع خود بهره‌برداری کنند تا حقوق خود را تقویت کرده و شرایط و ضوابط معامله را مشخص کنند.

منابع:

1. The Enforceability of Clickwrap Agreements. Andreas Johansson.
2. Electronic Commerce click-wrap Agreements. Adam Gatt, University of Melbourne, Australia

تلنگر

امیر محمد معزی شال
کارشناسی حقوق دانشگاه گیلان



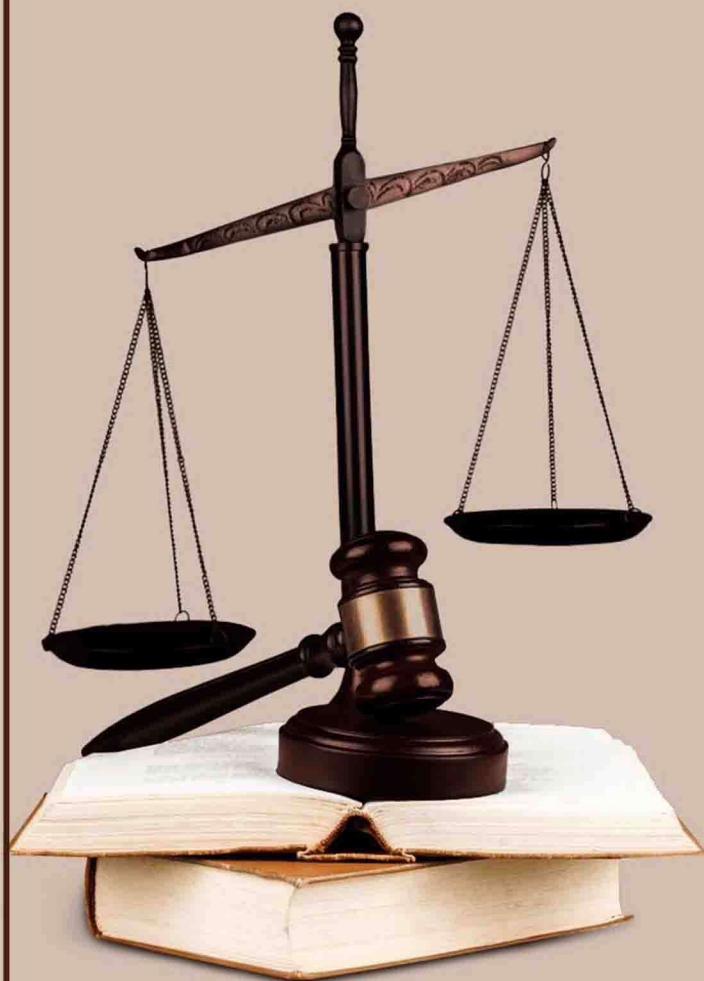
آن چنان، آنچنان تر می شود.

ساختار مغز در اوایل ده سوم زندگی، رفته رفته ساختار تخصصی تری پیدا می کند که بسته به حرفه یا رشته تحصیلی تعیین می شود. برای ما دانشجویان حقوق، این مغز تخصصی شده بیش از پیش به چشم می آید و می دانیم از جایی به بعد، دایره ای از کلمات و مفاهیم تخصصی را در سر جمع کرده ایم و فنون جدیدی را در بکار بستن این واژگان و استدلال آموخته ایم که باعث می شود حقوقی بودن معنا پیدا کند.

به نقل از هربرت هارت، قانون می تواند به مثابه قواعد بازی اجتماعی باشد. مغز حقوقی شده، این قواعد را می شناسد و می داند بازی چطور کار می کند و هدف از بازی را به تناسب قواعد حاکم می داند. شاید فلسفه وکالت نیز برآمده از همین علم به قواعد باشد.

تصور کنید، یک مغز تخصصی شده که قواعد بازی اجتماع را بداند، بر سر یک دوراهی قرار خواهد گرفت؛ آن که از قواعد به سود خود استفاده کند و یا از آن برای ایجاد یک منفعت عمومی برای همگان. مرز باریکی وجود دارد بین آن که می داند همکاری با جمع برای یک نفع جمعی تضمینی تر است تا تلاش برای ایجاد منفعت شخصی.

یکی مغز تخصصی شده در رشته حقوق، مثال وجودی ست تا بن دندان مسلح که می بایست



انتخاب کند می‌خواهد قهرمان داستان باشد یا شروری که برای شرور نبودن می‌بایست او را خارج از بستر داستان فهم کرد که چرا یک حقوق خوانده انتخاب می‌کند خلاف منافع عموم بازیکنان بازی کند و از قواعد به نفع خود استفاده کند.

مقصود آن است که مغز تا بن دندان مسلح به فن استدلال حقوقی و قواعد بازی اجتماعی، اگر نداند و معطوف به ابزار بماند، از فهم هم نوع و منفعت عمومی باز خواهد ماند و نخواهد فهمید چرا نفع دیگری مهم است. ذهنی که معطوف به کارکرد باشد، از همدلی با نوع بشر باز می‌ماند و خود را ثقل جهان می‌یابد، چرا که وسعت دیدش محدود است به همان چه برایش تخصص یافته و جهان را در صفر و صد حقوق می‌بیند و از فهم ظرافت‌های فرهنگ و اخلاق انسانی باز می‌ماند.

از این رو، فارغ از حقوق یا هر رشته دیگری، بد نیست اعصابی که در مغز به سمت یک ذهنیت از پیش ساخته رهنمود می‌شود، خود را با زیور هنر و ادبیات بیاراید تا از تعامل با فرهنگ به همدلی به نوع بشر برسد و به حقوق به مثابه ابزار همکاری با جامعه بنگرد و نه ابزار منفعت شخصی.



روی دیگر عدلیه

مهتا موحدی نیا
کارشناسی حقوق دانشگاه گیلان



به ماده و تبصره‌ای برخورد کند تا حکم اعدام را صادر کند و در این طرف میز، فردی نشسته است که آن چنان مستأصل است که به عدلیه به عنوان آخرین پناهگاه روی آورده است و در ردیف کناری او متهمی نشسته است که برای هر اقدام مجرمانه خود برنامه دقیقی از پیش طراحی کرده تا ضربه‌ای سخت و کاری به دیگری

اگر تا کنون پشت میز عدلیه ننشسته باشید و یا هیچ‌گاه طعم تلخ اتهام را نچشیده باشید و یا اگر شکایت خود را به عدلیه نبرده باشید، دادسرا در نظر شما محیطی خاکستری و شلوغ است با اتاق‌های کوچک که قاضی ای عبوس و پیر پشت میزی قدیمی نشسته است و کتاب های قطور را با دقت ورق می‌زند تا هرچه زودتر

که آنها، خاطرات خود را بنویسند چرا که این دو گروه با حضور در بطن جامعه با معضلات و گرفتاری‌های مردم ارتباط مستقیم دارند. نشر چشمه، این کتاب را اولین بار در سال ۱۳۹۷ چاپ و سپس به بازار کتاب عرضه کرد که با اقبال خوبی از سوی مخاطبین مواجه شد. خواندن این کتاب به همه دوستداران داستان طنز و کسانی که ارتباطی چند با محیط دادسرا داشته یا نداشته‌اند، پیشنهاد می‌شود.

وارد کند. کتاب از پشت میز عدلیه، روایتی طنز از زبان امین تویسرکانی است که در آن به بازگ کردن خاطرات تلخ و شیرینی که از دل پشت میز عدلیه متولد شده‌اند، می‌پردازد؛ خاطراتی مملو از تشبیهات و اصطلاحات شیرین که نزدیکی دلچسبی میان خواننده و نویسنده، برقرار می‌کند و در اثنای روایت، این نزدیکی چنان عمیق می‌شود که خواننده گمان می‌برد هر روز همراه با آقای قاضی سوار پژو آردی می‌شود تا به دادسرا برود و سپس با کت و شلواری اتوکشیده پشت میز عدلیه می‌نشیند تا طعم ناب عدالت را زیر دندان‌های مراجعین بیاورد. نویسنده با چیره‌دستی ای که در طنزنویسی دارد سعی داشته فضای دادسرا را قدری تلطیف کند و قهر قدیمی میان جامعه و قضات را به دوستی بدل کند.

نویسنده در مقدمه کتاب، آن را به مثابه پرونده‌ای انگاشته که خود را متهم و نوشتن را اتهام خود می‌داند و در توضیح انگیزه متهم به سخنی از مرحوم باستانی پاریزی اشاره می‌کند که به قضات و اطبا تأکید کرده است تا خاطرات خویش را بنویسند و منتشر کنند چرا که تاریخ اجتماعی ایران روزی به کمال نزدیک می‌شود





پیمان معادی | فرهاد اصلانی و نوید محمدزاده با حضور پریناز ایزدیار
بازیگران: هومن کیایی، مازیار سیدی، علی باقری، اصغر پیران، محمد علی محمدی

نویسنده: سعید روستایی | مدیر فیلمبرداری: هومن پیمیش | طراح صحنه: محسن نصراللهی | طراح لباس: غزاله معتمد | تدوین: بهرام دهقانی | چهره پرداز: ایمان امیدواری
صدابردار: ایرج شهزادی | صداگذار: امیرحسین قاسمی | موسیقی: پیمان یزدانیان | عکاس: امیرحسین شجاعی | سرمایه گذار: سید جمال ساداتیان، محمدصادق رنج کشان | پخش: خانه فیلم

زیر پوست شهر

ستایش بخشعلی پور
کارشناسی حقوق دانشگاه گیلان



مواد مخدر و پیچیدگی‌های اجتماعی آن می‌پردازد بخش اعظمی از فیلم حول محور مبارزات پلیس با بزه‌کاران و تلاش برای دستگیری و محاکمه آنان است و تمامی وجوه برخورد با آنان را به تصویر می‌کشد. نام فیلم

"متری شیش و نیم" به کارگردانی و نویسندگی سعید روستایی و تهیه‌کنندگی سید جمال ساداتیان در سال ۱۳۹۷ تولید شده است. این فیلم در ژانر پلیسی اجتماعی نگاهی جرم شناسانه دارد و به موضوعی پیرامون مبارزه با

اقدام به دستگیری پدر کردند و حتی با پرسیدن سؤالات متعدد از فرزندان علاوه بر اینکه حس اضطراب را به آنان افزودند با درک نکردن شرایط سنی آنان برخوردهای ناآگاهانه‌ای صورت دادند کودکان و نوجوانانی که گرفتار این بلیه اجتماعی می‌شوند در اکثر موارد فرصت های جبران ناپذیری را از حیث تحصیل و کار از دست می‌دهند. در پاسخ به بخش دوم سؤال که پیرامون بحث مسئولیت مأموران است می‌توان گفت که تفتیش آدابی دارد که حتی خبرگزاری ها خبری را از رئیس قوه قضاییه در دومین نشست مشترک شورای عالی قوه قضاییه و شورای عالی قضایی استان‌ها در دوره تحول و

برگرفته از یکی از خاطرات ناصر خاکزاد متهم اصلی پرونده مواد مخدر است که در بخشی از سکانس دادگاه روایت می‌کند که کفن برادرش را متری شش و نیم خریده‌اند.

بررسی برخی از سکانس‌های قابل تعمق فیلم در قالب پرسش:

۱. آیا رفتار ناخوشایند مأموران با فرد بزهکار در خانه‌اش درحالی‌که فرزندان‌ش نظاره‌گر آنها هستند درست است؟ آیا در اینجا می‌توان گفت آنها در حال انجام وظیفه هستند و قصد دارند مسئولیت خویش را به بهترین نحو انجام دهند؟ در سکانسی از فیلم مأمورین بدون در نظر گرفتن شرایط خانه باوجود دو فرزند کوچک بزهکار





مجدداً می‌تواند بدون ترس اولیه دوباره آن را تجربه کرده و هیچ ابایی از آن نداشته باشد. شاید به خیال برخی، زندان مکانی برای متنبه شدن زندانیان باشد؛ ولی لازم به ذکر است که زندان به‌عنوان یک محل تعلیم، مملو از معلمانی با سابقه است که ناخودآگاه شاید حتی بدون غرض‌ورزی مشغول بزه‌آموزی هستند و بزه‌آموزان با آگاهی بیشتری از جرایم مختلف به جامعه بر می‌گردند و اگر علت وقوع جرم قبلی آنان همچنان باقی باشد، با وجود انواع مجازات‌ها باز هم با تکرار جرم آنان مواجه خواهیم بود. هدف از طرح سؤال بعدی این است که این جرم "بلع مواد مخدر توسط افراد" می‌تواند معلولی برای پاسخ‌های دو سؤال قبل باشد چه بسا ممکن است همان کودکان و نوجوانانی که گفتار، رفتار و افکارشان با جرم آمیخته شده آینده‌ای مشابه با این‌گونه افراد داشته باشند.

۳. چه عواملی باعث می‌شود تا افراد تن به بلع مواد در دهند؟ در حالی که آگاهی افراد به حدی رسیده است که به اصطلاح انبازداری مواد مخدر خطرناک است. حال چه عواملی سبب می‌شوند افراد جان خود را به میان

تعالی به‌صورت ویدئوکنفرانسی که در ششم دی ماه ۱۴۰۰ برگزار شد، کار کردند با بیان اینکه در مواردی که نیاز به بازرسی از منزل یا محل کار فرد متهم نیست نباید این اقدام صورت گیرد، گفت: "چنانچه ضرورت ایجاب بر بازرسی می‌کند باید در انجام این امر نهایت دقت صورت گیرد و نباید در حین بازرسی از منزل یا محل کار فرد متهم برای اعضای خانواده یا همکاران او دله‌ره ایجاد شود." در سؤال بعدی جزئی‌تر به بحث این که "محیط می‌تواند بر کودکان و نوجوانان تأثیر به‌سزایی بگذارد" پرداخته شده که کاملاً در فیلم می‌توان تشابه این دو سکانس از دید جرم‌شناسی حس کرد.

۲. آینده‌کودکی که پدرش به دلیل اعتیاد مایل است جرم خویش به نام فرزندش ثبت شود چه می‌شود؟ وقتی پدر نفس جرم را قبیح نمی‌داند چه تأثیری بر شخصیت و افکار کودک خواهد داشت؟ این سؤال از یکی از سکانس‌های تأثیرگذار فیلم گرفته شده است که در آن نشان می‌دهد یک پدر به‌خاطر آسایش خود حاضر است فرزندش محاکمه شود و کاملاً در بند بودن را چیزی عادی تلقی می‌کند به‌نوعی حبس برای کودک تجربه شده و



جرم‌شناسی زیستی یا همان زیست‌شناسی کیفری است که جنبه‌ها و اثرات توارث بر شخص بزه‌کار را مطالعه می‌نماید و پژوهشگران این رشته در عمل، تحقیقات خود را به جنبه‌های تشریحی، فیزیولوژی، تشخیص بیماری، بیوشیمی، شخص بزه‌کار توسعه می‌دهند، و کاملاً با این نظریه که جرم به ارث نمی‌رسد؛ بلکه در تعامل با دیگران آموخته می‌شود (همنشینی افتراقی) مخالف‌اند. لازم به ذکر است که تعامل با افراد نزدیک مثل پدر، مادر، دوستان نزدیک و... در ارتکاب جرم مؤثرتر خواهد بود چرا که با بزه توسط نزدیکان این اعمال کاملاً عادی‌سازی شده و نفس جرم برای کودک و نوجوانی که تازه شخصیتشان در حال شکل‌گیری است قبیح دانسته نمی‌شود.

منابع:

- ۱) سنجش تأثیر عوامل درونی و بیرونی خانواده بر بزهکاری نوجوانان (آزمون کنترل تجربی نظریه ترکیبی کنترل اجتماعی پیوند افتراقی) - محمدرضا مشکانی - زهرا سادات مشکانی - صفحه ۴
- ۲) بررسی متوفیان ناشی از بلع بسته‌های مواد مخدر ارجاعی به مرکز پزشکی قانونی تهران طی ۵ سال (۱۳۷۷/۱۳۸۱) - دکتر علی خداپنده، دکتر مهشید افشار - صفحه ۲۱
- ۳) نقش و جایگاه وراثت و ژنتیک (زیست‌شناسی جنایی) در ارتکاب جرم از منظر جرم‌شناسی نوین و آموزه‌های دینی - سید محمود موسوی، مریم داوران، آزاده ستوده - فصلنامه علمی - حقوقی قانون یار - دوره چهارم - شماره سیزدهم - بهار ۱۳۹۹ - صفحه ۲۹۶

آورند؟ شاید دلیل آن تأمین معاش، بیکاری، عدم حمایت‌های اجتماعی و اقتصادی از سوی دولت باشد. سازوکارهای دفاعی بزه‌کاران چه خواهد بود؟ یعنی در مواقعی که از آنان سؤال شود به چه دلیلی اقدام به انجام چنین کاری کردید چه عوامل توجیهی می‌آورند؟ احتمالاً می‌گویند کار مناسبی نداشتیم که از پس هزینه‌های زندگی برآیم، دوستانم مرا به این سمت کشاندند و امثالهم حتی به طور مصداقی در قالب یک رأی که متهم پرونده به مجازات درجه اول محکوم شد می‌توان اشاره کرد (شماره دادنامه قطعی: ۹۵۰۹۹۸۰۹۳۷۰۰۱۳۱) در اینجا فردی فاقد پیشینه کیفری به اتهام حمل و نگهداری ۵۸۰ گرم هروئین از طریق بلع بازداشت شده و متهم در آخرین دفاع خود در دادگاه ضمن قبول اتهام و اقرار صریح اظهار داشته به‌خاطر مشکلات مالی مجبور شدم این کار را بکنم و فریب خوردم تقاضای عفو و بخشش دارم. درجه اهمیت این موضوع ایجاب کرده که پژوهش‌های گوناگونی در این عرصه صورت گیرد. بررسی‌های پزشکان پزشکی قانونی طی پنج سال متوالی نشان از آن دارد که ۴۶/۱۵ درصد بزه‌کاران متأهل و ۳۸/۴۶ درصد بیکار و ۸۴/۱۱ درصد دارای اعتیاد بودند وجود چنین آمارهایی به دولت‌ها کمک می‌کند تا به طور دقیق تری عوامل را شناسایی و اقدام به برطرف کردن آنها نمایند. این آمارها نشان می‌دهد که انسان‌ها از بدو تولد بزه‌کار نیستند و تحت تأثیر عواملی مرتکب جرم می‌شوند، نظریه مقابل

ید در مقام تنازع (قاعده تصرف تا کجا می تواند اماریت خود را حفظ کند؟)

معرفی اپیزود باب دوم، از پادکست حقوقی بامداد



امیرمحمد معزی شال
کارشناسی حقوق دانشگاه گیلان

به بهانه نوشتن بخش معرفی پادکست این شماره، این اپیزود از این پادکست را، برای معرفی پادکست انجمن علمی حقوق دانشگاه گیلان انتخاب کردیم. پادکستی که تا امروز چهار ماه می شود که همراه شماست.

موضوع این اپیزود، قاعده ید است که به رسم مجموعه باب، به بررسی چیستی این مفهوم می پردازد؛ آن را مورد بررسی تاریخی قرار می دهد و پیدایش، تکوین و چگونگی تبیین آن به عنوان یک قاعده حقوقی را بازخوانی می کند. قاعده ید، به عنوان یکی از قواعد مهم فقهی که در حقوق موضوعه کشور نیز از اهمیت کاربردی و حرفه ای بسیار ویژه برخوردار است، مستلزم بررسی دقیق تر و مبنایی ست؛ و همچنین طرح پرسش هایی که ذهن مخاطب حقوق خوان را به چالش بکشد لازم به نظر می رسد تا نظام حقوقی در اندیشه اهل فن که مخاطب این اپیزود هم باشد، چکش خورده و آبدیده شود. این اپیزود از طرح معنای ید و چیستی تصرف فراتر می رود و تلاش می کند در طول روایت خود، به صراحت و فارغ از تملق، ذهن مخاطب خود را به چالش بکشد و بیش از آن که به طرح چیست و چند و چطور بپردازد طرح پرسش کند و ایده هایی ساز را مطرح کند تا بپرسد "آیا نمی شود جور دیگر به این قاعده نگاه کرد؟"

عنوان این قسمت، بررسی قاعده ید است در کنار قلمرو اثباتی ماده ۳۷. آن چه که از روز اول با امیرمحمد قلی‌زاده، نویسنده این قسمت از پادکست، راجع به آن صحبت کردیم و آنچه مرا به هیجان واداشت، طرح نظراتی مخالف با آنچه که شخصاً راجع به حکم این ماده تصور می‌کردم بود. طرح این سؤال که اماریت ید تا کجا توان ایستادگی در برابر سایر امارات و ادله را خواهد داشت و جوابی که مشتمل بود بر ۳ نظر متفاوت، سه استدلال و ۳ دیدگاه که تقابل آنها با یکدیگر موجب آن بود که ذهن برای چند ثانیه هم که شده فکر کند، آیا آنچه که او از اماره ید در به‌عنوان اصل می‌پنداشته، همان است که باید باشد یا می‌توان دیدگاه دیگری نیز برای آن متصور شد؟ آیا به‌راستی استصحاب بر ید مقدم است؟ آیا ماده ۳۷ محدود است به اقرار؟ اگر ید مقدم بر استصحاب باشد چطور؟ آنچه بشخصه می‌پنداشتم، آن بود که با اقرار شخص ذوالید دعوا منقلب می‌شود؛ اما در رویارویی با این سه نظر و طرح چالش‌های نظری پیرامون آن که اگر اقرار موضوع ماده ۳۷ بر خلاف آن چه معروف است مشتمل بر اقرار و ادعا نباشد یا آن که پرسیده شود "آیا این‌طور نیست که شخص مدعی مالکیت کنونی، مدعی مالکیت کنونی مال است و نه مالکیت سابق؟ و اگر این‌طور باشد چطور می‌توانیم مالکیت سابق را به زمان حال استصحاب کرده و اماره تصرف را نادیده بگیریم؟" موجب شد همان‌طور که پیش‌تر گفتم در آنچه که اصل می‌پنداشتم تفکر کنم و ایده‌های مورد پذیرش خود را مورد بازبینی قرار دهم؛ به گونه که متوجه ماهیت استدلالی و بحث‌برانگیز حقوق خصوصی شوم و بیش‌ازپیش به بازخوانی نظرات مختلف در مسائل این شاخه از علم حقوق علاقه پیدا کنم. طرح پرسش‌های این‌چنینی که حتی پیش از آن که ایده ساخت پادکست به ذهنمان خطور کند هم توسط شخص نویسنده بارها برایم طرح می‌شد، باعث شد که وقتی اپیزود ید را در قالب یک منسجم منتشر کردیم با خود گفتم یکی از رسالت‌های پادکست بامداد

به سرانجام رسید.

امید است در ادامه راه، بامداد بتواند کیفیت ضبط، تدوین و انتشار خود را بهبود ببخشد تا متن‌هایی نظیر متن این اپیزود، آن‌چنان که شایسته است به دست مخاطب برسد. در این مسیر، در تلاشیم با یاری هم‌به‌عنوان گروهی از دانشجویان، در کنار و به مساعدت یکدیگر، بال‌های این مرغ حق باشیم برای رسیدن صدا او به گوش همگان به نحو احسن.



شرح حالی از حیات دکتر محسن محبی



سوگند نوری سرخنی
کارشناسی حقوق دانشگاه گیلان

گردد. دکتر محسن محبی در سال ۱۳۶۴ زمانی که معاون دفتر خدمات حقوقی بود، با کوشش فراوان اولین مجله حقوق بین الملل ایران را به اسم ((مجله حقوقی)) که هم اکنون به ((مجله حقوقی بین المللی)) تغییر نام یافته، بنیان گذاشت که برای مدت‌های مدید سردبیری آن را نیز بر عهده داشت و اعتبار علمی فراوانی در جامعه حقوقی کشور کسب نمود. از نوآوری‌های این مجله بخش اسناد بین المللی آن است که اغلب آن‌ها ترجمه خود ایشان است. سال ۱۳۶۹ به عنوان سرپرست شعبه لاهه دفتر خدمات به هلند (لايه) اعزام شد و از نزدیک با دیوان دآوری ایران - آمریکا در لاهه فعالیت می کرد.

دکتر محسن محبی در سال ۱۳۳۰ و در خانواده ای روحانی متولد گردید. دوران متوسطه را در دبیرستان علوی و سپس در دبیرستان دارالفنون (رشته ادبی) سپری نمود. پس از پایان دبیرستان در رشته اقتصاد در دانشگاه شیراز قبول شد و مدتی هم مشغول تحصیل گردید؛ اما به توصیه پدر و دوستانش مسیر خود را به رشته حقوق دانشگاه تهران که در آن رشته هم قبول شده بود، تغییر داد. سال ۱۳۵۲ در رشته حقوق قضائی تحصیل نمود. وی تحصیلات عالی خود را در رشته حقوق خصوصی در دانشگاه شهید بهشتی ادامه داد و در سال ۱۳۶۳ فارغ التحصیل شد. در همان دوران و بعد از چندین سال تلاش علمی و عملی موفق شد در مقطع دکتری رشته حقوق بین الملل از دانشگاه لوآن بلژیک فارغ



و فلسفه حقوق بین‌الملل از دیگر آثار این چهره حقوقی کشور است. ایشان در حال حاضر عضو هیئت‌علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات تهران و مدیرگروه حقوق عمومی و حقوق بین‌الملل است و در مقاطع فوق‌لیسانس و دکتری حقوق بین‌الملل در دانشگاه‌های مختلف تدریس می‌کند و در پایان سخنی از ایشان برای علاقه‌مندان به رشته و فعالیت‌های حقوق بین‌الملل: هرکس که بخواهد در کار بین‌المللی وارد شود، باید این متدولوژی را یاد بگیرد که به جزئیات توجه نماید، چه در داوری‌ها چه در پرونده‌هایی که در دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح می‌شود. البته کلیات هم در جای خود مهم است اما ابتدا باید از جزئیات پرونده آغاز نمود.

در سال ۱۳۷۵ به ایران بازگشت و از کارهای اجرایی فاصله گرفت و به امور علمی و پژوهشی پرداخت: درعین‌حال، تا سال ۱۳۸۴ به عنوان مشاور ارشد سرپرست دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی خدمت نمود. وی هم‌اکنون عضو هیئت تحریریه فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه‌های حقوقی است همچنین دکتر محبی سال‌هاست داور ایرانی عضو داوری بین‌المللی داوری (ICC) پاریس و از سال ۱۳۹۴ جزو گروه داوران ایرانی در دیوان دائمی داوری در لاهه (PCA) است.

از جمله مهم‌ترین فعالیت‌های وی می‌توان به کتب ارزشمندی که به چاپ رسیده است و برخی به زبان انگلیسی بوده اشاره کرد. انتشارات حقوقی معتبر کلوتر، کتاب دیوان داوری ایران - آمریکا ایشان را در سال ۲۰۰۰ منتشر نمود و در سال ۱۳۸۳ به فارسی ترجمه شد و با نام ((دیوان داوری ایران و آمریکا: ماهیت، صلاحیت، ساختار)) انتشار یافت. مجموعه چند مقاله درباره بیانیه‌های الجزایر، داوری و مؤسسات دولتی، نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، مباحثی از حقوق نفت و گاز



راه‌های ارتباطی با انجمن علمی حقوق
دانشگاه گیلان

پست الکترونیکی: 
dadnamehguilan@gmail.com

صفحه اینستاگرام: 
[Guilan_university_law](https://www.instagram.com/Guilan_university_law)