

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



خبرنامه داخلی
کانون وکلای دادگستری مازندران
بهار ۱۳۹۵

صاحب امتیاز: کانون وکلای دادگستری مازندران

مدیر مسئول: سید علی باقری تبار وکیل پایه یک دادگستری

سر دبیر: دکتر علی محمد نوری اصفهانی

هیأت تحریریه:

(به ترتیب حروف الفبا)

جواد حبیبی وکیل پایه یک دادگستری و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر

دکتر مجید داودی وکیل پایه یک دادگستری و استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر

دکتر کارن روحانی وکیل پایه یک دادگستری و استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر

کمال الدین صادقی وکیل پایه یک دادگستری

دکتر محمد عالمزاده وکیل پایه یک دادگستری و استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر

دکتر علی محمد نوری اصفهانی وکیل پایه یک دادگستری و استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی

واحد قائمشهر

مدیر اجرایی: یوسف علی یزدانی وکیل پایه یک دادگستری

شمارگان: ۱۰۰۰

شیوه نامه :

- مقاله ارسالی باید در زمینه حقوق و بصورت مستند، تحلیلی و تالیفی باشد.
- در مقالات ترجمه ارسال متن اصلی و خلاصه ی سوابق نویسنده متن و منبع انتشار آن الزامی است.
- مقاله ارسالی نباید پیش از این چاپ یا پذیرش چاپ شده باشد. ارسال مقالات ارائه شده در همایشهای تخصصی منعی ندارد.
- مقاله بصورت تایپی و با فونت BMITRA 14 در نرم افزار word2007 و به زبان فارسی در حداقل ۶ و حداکثر ۲۰ صفحه به همراه یک عدد سی دی و متن اصلی ارائه شود.
- استاد دهی مقاله بصورت پانوشت و فهرست منابع(کتابشناسی) در پایان مقاله ذکر گردد.
- مقاله دارای چکیده (حداکثر ۵ سطر) و کلیدواژه (حداکثر ۷ کلمه) باشد.
- مشخصات کامل نویسنده، میزان تحصیلات، اشتغال و رتبه علمی در مورد اعضای هیأت علمی دانشگاهها، به همراه نشانی الکترونیکی و شماره تماس نویسنده به همراه فرم ارائه مقاله بضمیمه مقاله ارائه گردد.(فرم ارائه مقاله در وب سایت کانون www.mazbar.org قابل دسترس می باشد).
- مقاله به نشانی پستی و یا الکترونیکی کانون ارسال گردد.
- مقاله توسط اعضای هیأت تحریریه ارزیابی و در صورت پذیرش نباید به سایر نشریات جهت چاپ ارائه شود.
- هیأت تحریریه در تلخیص، تصحیح و ویرایش مقاله آزاد است.

یادآوری:

- نشریه مجاز به انتشار مقالات بصورت الکترونیکی در وب سایت کانون خواهد بود.
- نشریه در نوع، نحوه و زمان انتشار آزاد است.
- نویسنده/مترجم مسئولیت صحت و سقم علمی مقاله را عهده دار بوده و آراء و نظرهای مندرج در مقاله بیانگر دیدگاه نشریه نیست.
- نقل مطالب با ذکر منبع آزاد است.

خبرنامه آماده دریافت مقالات، نقدها، پیشنهادات و آثار ارسالی از جانب همکاران و خوانندگان می باشد.

نشانی پستی: مازندران - ساری، خیابان مازیار، کانون وکلای دادگستری. کد پستی ۸۸۴۱-۴۸۱۴۷

شماره تماس: ۰۱۱-۳۳۳۲۲۲۲۱ - ۰۱۱-۳۳۳۲۲۴۹۶ نمایر: ۰۱۱-۳۳۳۲۱۲۸۲

نشانی اینترنتی - الکترونیکی: www.mazbar.org - mazandaranbar@yahoo.com

– مقالات علمی :

- آغاز و سرانجام وکالت / دکتر غلامرضا طبرانیان ۶
- شرط اسقاط کافه خیارات / دکتر مجید داودی بخش ۱۷
- دوم
- پیشگیری رشد مدار در جرایم رایانه ای از منظر جرم شناختی / محمد حسین زاهدیان – صالح غفاری ۲۵
- نقد یک رأی در زمینه هنگام اجرای اصل صحت / دکتر عباس میرشکاری ۳۷
- کیفیت ایجاب و قبول در تجارت الکترونیکی / عادل طهماسبی ۴۹
- لزوم اثبات دین یا مفروض بودن آن در دادن مال به دیگری / سید کاظم حسینی ۷۰
- رفتار با زنان زندانی در حقوق کیفری ایران با تأکید بر اسناد بین المللی / سیده رومینا کلاترینان ۸۰
- نگاهی اجمالی بر آئین حل و فصل اختلافات در سازمان تجارت جهانی در چهار چوب حقوق بین الملل اقتصادی / دکتر امیر حسین مهرگان ۱۰۲
- تحلیل رأی صادره پیرامون متصدی حمل و نقل زمینی کالا / فاطمه عموزاد مهدیرجی ۱۱۹
- آراء دادگاه انتظامی ۱۲۷



آغاز و سرانجام وکالت

دکتر غلامرضا طبرانیان^۱

او حاکم مطلق بر جهان هستی است و به اراده خویش اختیار در تصمیم و عمل را به انسان عطا فرمود تا اشرف مخلوقات شود و با اراده آزاد خود او را پرستش کند، اختیاری که حجت را بر انسان تمام می کند تا به ستم و ذلت تن ندهد و نپذیرد ادعای دروغین ستمکاران خرد و کلان را که چیرگی خود را بر ضعیفان، به تقدیر نسبت می دهند. او برای حفظ انسان غریزه دفاع در برابر حمله را در نهاد او به ودیعت گذارد که نسل آدم تا اجل مسمی بر عرصه گیتی باقی بماند.

دفاع انسان از جان و شرف و مال خود تنها یک حق نیست. دفاع در برابر تجاوز تکلیفی است بدیهی و بی نیاز به اثبات و هیچ زورمندی را نرسد که با اعتبار برتری در قدرت، در برابر خود امکان دفاع را از دیگری سلب نماید. حمله به آن کس که قدرت دفاع از خود را ندارد، همچون حمله به انسان مرده است که همه انسان ها بر حسب طبیعت از خوردن گوشت برادر مرده خود سخت کراهت دارند.

ناروا و ناپسند ترین عمل در مؤاخذات و محاکمات، سلب فرصت دفاع از متهمی است که او را به مجازات نزد حاکم می برند. حتی بر حاکم عادل واجب عقلی و شرعی است، اگر متهمی قادر به دفاع از خود نباشد، از نخستین لحظه ایراد اتهام که خود از مصادیق است، دیگری را که عالم به دفاع است، مأمور دفاع از متهم نماید، حتی اگر متهم خود نخواهد، زیرا انسان تنها متعلق به خود نمی باشد تا حق دفاع از خویش را ساقط کند.

او انسان را آفرید و از روح خود بر او دمید، بی حرمتی به انسان بی حرمتی به او است. حتی جسم انسان متعلق ب خالق است و مصون از تجاوز و هرگونه تعرض. حبس و ضرب و جرح و آزار انسان قبل از شنیدن دفاع و قبل از اثبات قطعی گناه، ظلم آشکار و ستمی نابخشودنی است و هر حکمی که مبتنی بر دفاع آزاد متهم نباشد باطل است. خردمندان نیز این حقیق را می دانند که به علم و یقین خود نباید انسانی را به مجازات محکوم نمایند. آفریدگار خود دفاع از حقوق انسان را بر عهده گرفته و ستمکاران از خشم او باید بهراسند.





دفاع انسان از خود حق و تکلیفی است مقدس که احترام به آن بر همگان واجب است حتی به قدرتمندان! جوامع انسانی نیز ملزمند برای قیام به این تکلیف الهی به کسانی از افراد خود که وابسته به حکام نباشند، علم دفاع را بیاموزند، تا با آزادی و شجاعت و بدون بیم از حاکمان، با بهره از آموخته های علمی در ادای این وظیفه متعالی، مرجع صدور حکم را به استماع دفاع اصحاب دعوی بر انگیزند و این مقابله و مخاصمه با قاضی نیست بلکه همکاری با او است، تا هر دو بتوانند به هدف خود که اجرای عدالت و احقاق حق مظلومان است دست یابند.

به مظلوم قبل از دادرسی در صحنه عمل ستم شده، روانی باشد که در دادرسی نیز با سلب حق دفاع از او، این ستم تکرار گردد. قاضی منتخب مردم و بازوی مقتدر حق و مأمور مجازات ستمکاران و حامی ستمدیدگان است و این نگاه است بعنوان آخرین پناه برای استقرار حق و رفع ستم.

با این اندیشه پاک حرفه و کالت در دفاع از انسان ها پا به عرصه وجود گذارد و تا نسل انسان منقرض نشده و نیازمند دفاع است، پایدار باقی خواهد ماند و تا کنون هیچ قدرتی در جهان نتوانسته و کالت برای دفاع را از قلمرو روابط انسان ها بین خود و روابط انسان ها با حکومت ها حذف نماید.

نخستین وکلای مدافع به منظور حفظ حریم و کالت و ممانعت از ورود افراد ناصالح و وابسته به قدرت، به این حوزه، از جمع خود مؤسسانی فراهم آوردند که نه تنها به ملت و قوانین وابسته باشند که مصون از مداخله قدرت ها در سرنوشت وکلای مدافع تا آنان بتوانند در نقش حامی مظلومان به وظیفه انسانی خود قیام کرده و جز از قانون از هیچ صاحب اقتداری فرمان نپذیرند.

قدرت ها که از بدو تأسیس و کالت وجود وکیل مدافع شجاع را عنصری بالقوه خطر آفرین در برابر خود احساس می کردند، با شعار ظاهر فریب عدالت و ادعای حفاظت از حقوق مردم، با پدیده و کالت به مقابله و مخاصمه برخاستند. حکومت های گوناگون، نه در یک کشور، بلکه در سراسر جهان و با آرمانهای متفاوت و حتی متضاد یکی فرد گرا و دیگری که اصالت را در جمع جستجو می کرد، همگی در یک عقیده همسو بودند که وکیل مدافع اگر آزاد و مستقل و شجاع باشد، بی پروا و مراحم حکومت خواهد شد و اگر حذف و کالت مورد نیاز جامعه ممکن نیست، لاجرم باید و کالت را از درون تضعیف و بی خطر نمود تا گرفتار امرار معاش شود و کسی که محتاج نان باشد، زبان خود را می بندد و قلم دفاع را به دور می اندازد و جسارت نزدیک شدن به حریم قدرتمندان را از دست می دهد و بی تهدید مستقیم، به بیماری خود مراقبتی مبتلا می گردد.

سخنان و اعتقاد دو شخصیت نامدار در دو نظام متضاد در افکار و عقاید و برنامه سیاسی و اقتصادی را بشنویم





تا باور کنیم که قدرت های حاکم ، هرگز با وکلای مدافع سر سازش ندارند :

۱- روزی که صدر اعظم دولت فرانسه در عهد حکومت ناپلئون ، این باقیمانده و تفاله انقلاب کبیر آن کشور که فریاد عدالت و آزادی خواهی او گوش جهانیان را آزار می داد ، پیش نویس قانون استقلال کانون وکلای پاریس را برای مطالعه و امضاء و سیر مراحل تصویب به او تقدیم نمود ، ناپلئون که فرمانده ای زیرک بود و هیچ نوشته ای را نخوانده امضاء نمی کرد ، پس از دقت و چند بار مطالعه در پیش نویس ، رو به صدراعظم با خشم و فریاد گفت تا من این شمشیر را بر کمر دارم ، چنین قانونی را تصویب نخواهم کرد ، زبان وکلای مدافع را که همواره در دفاع از مخالفین ما حرکت می کند ، باید برید . صدراعظم فرانسه که از شجاع مردان آن کشور و از طرفداران استقلال و کالت بود ، ناگزیر شد برای جلب موافقت ناپلئون ، دادستان پاریس را در انتخاب سران کانون و سرنوشت و کلا دخالت دهد تا ناپلئون قانون پیش نویس را امضاء نمود .

۲- در روسیه سزاری چون کمونیسم به سرکردگی لنین ، شوروی بلشویکی را تأسیس نمود و نظام او ، عدالت اجتماعی را در نفی مالکیت خصوصی جستجو می کرد ، در خشم از وکلای مدافع فریاد می زد : وکلای مدافع را که با افکار حکومت ما مخالفت می کنند و مانع اجرای سیاست های ما هستند باید در چنگال آهنین خود بفشاریم تا مقابله با آرمانهای نظام شوروی را به فراموشی بسپارند .

وکیل مدافع حق گرا و مستقل عامل خطر است برای قدرتمندان ، باید زبان او را برید و قلم او را شکست ! در اطراف و اکناف جهان سر سلسله حکام و سلاطین جانشین آنها از رفتار و گفتار حاکمان پیشین درس ها آموختند و در کشوری مانند ایران نیز مزدورانی را برای کسب آگاهی از روش حکومت و کشور داری ، به مغرب زمین گسیل دادند تا با سعی در جستجوی رمز پیشرفت و بقاء حکومت آنان که چهره ای نواز تمئن مدرن را با خود داشتند ، فرهنگ اصیل و کهن ایرانی را منسوخ و زندگی را با سرمشق کشورهای فرنگی آغاز کنند .

در آن ایام مردم ایران تحت حکومت سلاطین سلسله قاجاریه بودند، سلاطین جبار و ستمگر علیه اتباع خود و نالایق و ضعیف و در یوزه در برابر سفرای کشورهای بیگانه ، مردم ایران و نخبگان کشور ، پستی حکام و عقب ماندگی و عدم کفایت سلاطین قاجار را تحمل نکردند و آنان را در خشم خود سوزاندند و از شعله های آتش دودی برخاست بنام دودمان پلوی که با حمایت برخی عوامل بیگانه حکومت بر کشور ایران را در اختیار گرفت با برنامه ای نو برای تغییر در بنیان کشور و با تبعیت از تجربیات مغرب زمین در چگونگی سرکوب مخالفین .

مستشاران غربی تأسیس وزارتخانه های دولت پهلوی را آغاز کردند : وزارت عدلیه ، نظام و سازمان قضائی





کشور را برعهده گرفت. دادگاه های پی در پی با حکومت قضات پهلوی تشکیل و رسیدگی به دعوای حقوقی و کیفری اصحاب دعوای را به خود اختصاص دادند، بر اساس قوانین دادرسی و اصول محاکمات مدون و مصوب قانونگذاران پهلوی و با هدایت برخی کشورهای اروپایی. وزارت جدیدالتأسیس عدلیه ایران که بر اساس درس های آموخته نمی توانست مانع مداخله وکلای مدافع از جانب اصحاب دعوای شود، ناگزیر با پذیرفتن اجباری حضور وکلا در دعوای از همان ابتدا خطر وجود وکیل مستقل را با تمام وجود احساس کرد و با پیروی از سرمشق لنین وکلای عدلیه را در چنگال آهنین خود می فشرد و همچون ناپلئون با استقلال وکالت به مخالف برخاست.

به بینید قوانین مربوط به اصول محاکمات حقوقی و جزایی حاکم در عصر پهلوی را و پذیرش حضور وکیل در دعوای ولی نه مستقل و نه با پروانه ای که از جانب ملت یا نهاد متشکل از وکلا صادر شده باشد. در این قوانین نام وکیل مدافع را «وکیل عدلیه» گذاردند تا مردم گمان کنند که «عدلیه» وصف است برای وکلای دعوای که به آنان اجازه برقراری عدالت را می دهد، وای وکیل خود بداند که همواره وابسته و تحت سلطه وزارت عدلیه است و دست نشاندۀ و فرمانبردار وزیر عدلیه که باید پروانه اشتغال خود (تصدیقنامه) را از وزیر عدلیه دریافت کند و همواره احساسا نمتاید که در صورت حتی نزدیک شدن به خطوط ممنوعه پهلویان، از عدلیه و ادامه حیات مادی و معنوی خود اخراج خواهد شد.

در هر تغییر و اصلاح قوانین دادرسی این قید و وابستگی به عدلیه همچنان برقرار بود، حتی آن زمان که وزارت عدلیه با تأسیس کانون وکلای عدلیه موافقت نمود، بشرط اینکه ریاست و عضویت در آن با کارمندان قضائی و اداری منصوب از طرف وزیر عدلیه باشد. مطالعه قانون وکالت سال ۱۳۱۵ سلطه دولت پهلوی را بر جامعه وکالت به وضوح نشان می دهد که وکیل عدلیه فقط می توانست تا پشت درهای کاخ سعدآباد پیش رود و حتی به داخل کاخ نگاه نکند.

در حکومت های جبار و مستبد وکیل، در مقام دفاع نباید خشم آنان را علیه خود و موکل برانگیزد! سالها پس از تصویب و اجرای قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ وکلای دادگستری تحت سلطه و از بیم سرنوشت خود که در چنگ وزیر عدلیه بود قادر به دفاع راستین از حقوق موکلین خود نبودند و شرمندۀ از ناتوانی در احقاق حق آنان که مغضوب علیهم قدرتمندان وابسته به پهلوی بودند، رنج می بردند و حتی از شجاعت اندک در انجام وظیفه خویش هراس داشتند. کدام وکیل دادگستری می توانست حبس و شکنجه مأمورین اطلاعاتی کشور را بپذیرد و با زندگی وداع کند حتی اگر به حقانیت موکل خود ایمان داشت. وکیل دادگستری از اولیاء نیست که با فدا کردن جانو خاندان مدال افتخار (ثارالهی) بر سینه خود بیاویزد و موکلین



نیز منصف بودند و از وکلای مدافع خود چنین انتظاری نداشتند.

با این همه ایرانیان غیرتمند و وکلای مدافع عاشق عدالت قضائی در برابر این بی عدالتی سر تسلیم فرود نیاوردند و مایوس نشدند تا با فداکاریهای فراوان خود پهلوی دوم را ناگزیر کردند بر خلاف میل خود، رادمردی شجاع از نخبگان کشور را به سمت رئیس الوزراء ایران بپذیرد. با این انتخاب فصل نوئی در اداره کشور آغاز شد و مرحوم مصدق حتی اختیار تصویب لوایح قانونی را به طور موقت بدست آورد.

این مرد بزرگ تاریخ ایران معتقد بود استقلال سیاسی کشور تنها با تحقق استقلال اقتصادی از بیگانگان میسر می شود. او معتقد بود کشوری شایستگی نام کشور مرفعی را در جهان دارد که وکلای مدافع آن بتوانند با شجاعت و بدون بیم از سرنوشت خود از موکلین خویش دفاع کنند، هرچند حکام و قدرتمندان وابسته به آنان را خوش نیامد. او سرمایه عظیم ملت و نفت ایران را که تحت سلطه امپریالیسم انگلستان بود، بی اعتنا به قدرت آن کشور ملی اعلام کرد و نام مردم ایران را در جامعه ملل سربلند و با تصویب لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری در هفتم اسفند ماه ۱۳۳۱ شمسی به ایرانیان مشتاق عدالت قضایی، در جامعه انسانی جهان شخصیت و اعتلائی بخشید که حق این ملت است.

یاد روز هفتم اسفند ماه، روز وکیل مدافع و یاد آن مرد بزرگ تاریخ ایران تا ابد زنده است و فراموش نمی شود، اگر چه قضات نظامی حکومت پهلوی آن مرد نامی را به سزای خدمتی که به کشور ایران نمود، تا پایان عمر در حبس خانگی نگهداشتند!

مردان بزرگ ملت ایران هرگز در برابر ستم جباران کشور خود تسلیم نمی شوند حتی اگر آزادی و جان خود را از دست بدهند!

نکات برجسته مربوط به استقلال وکالت دادگستری را در لایحه قانونی مصوب ۱۳۳۱ که دفاع از حق را تضمین می نماید می یابید:

۱- استقلال جامعه وکالت در انتخاب مدیران کانون وکلای دادگستری بدون لزوم تأیید صلاحیت آنان توسط مراجع دیگر قانونی. طبق قانون وکیلی که با در دست داشتن پروانه وکالت معتبر صلاحیت وکالت در دعوی را دارد پس از مدتی مدیریت کانون متبوع خود را نیز خواهد داشت، مگر اینکه قبلاً کانون وکلا از او سلب صلاحیت نموده باشد. مدیری که باید صلاحیت او مورد تأیید مقامی غیر از جامعه وکالت قرار گیرد فاقد استقلال و شجاعت در اداره کانون است و همواره باید موافقت آینده تأیید کنندگان صلاحیت خود را همراه داشته باشد، حتی اگر منتهی به زیان جامعه وکالت دادگستری گردد، حتی اگر مدیر مزبور دارای شخصیتی برجسته باشد، مگر اینکه مانند برخی مدیران که از خود افتخار به جا گذاشتند به یک دوره





مدیریت دو ساله بسنده کنند.

۲- دادستان انتظامی و اعضای شعب دادگاه های انتظامی و کلا باید مستقیماً و بدون نیاز به ابلاغ از طرف مقامات دولتی انتخاب شوند و مدیران کانون خود مسئول انتخاب آنان باشند و الا نه از جانب جامعه و کالت بلکه از طرف دولت و کلای دادگستری را در مورد تخلفات انتظامی تعقیب و محاکمه می کنند . جامعه و کالت ادعا ندارد که وکیل در صورت ارتکاب جرائم عمومی باید در پناه کانون و کلای دادگستری مصون باشد ، ولی تخلفات انتظامی و کلا در امر و کالت مربوط به نظام و کالت و در صلاحیت مراجع انتظامی کانون و کلا است .

۳- تخلفات انتظامی و کلای دادگستری ماهیتی متفاوت با جرائم عمومی دارند . به عبارت دیگر همانگونه که کانون و کلا حق دخالت در تعقیب و کیل را در ارتکاب جرائم مزبور ندارد مراجع قضائی نیز حق مداخله در رسیدگی به تخلفات انتظامی و کیل را ندارند و دادگاه انتظامی و کلا در تشخیص تخلف ملزم به تبعیت از آراء محاکم نیست حتی اگر اثر محکومیت کیفری ، و کیل را از شایستگی و کالت محروم کند . اگر مراجع رسیدگی به جرائم و کیل دادگستری را به اتهام قتل عمدی محکوم به قضاض نمودند ، حکم اجرا خواهد شد و هیچ مرجعی مانند کانون و کلا قادر به تغییر حکم قطعی کیفری نیست ، ولی دادگاه انتظامی با حفظ استقلال خود حق دارد با بررسی پرونده کیفری و کیل چنانچه عنصر عمد را در قتل انتسابی به وکیل نپذیرفت ، او را از حیث محکومیت به تخلف انتظامی ناشی از آن تبرئه کند ، حتی اگر حکم قصاص به موقع اجرا گذاشته شود ولی به شرف و کیل و حیثیت او زبانی وارد نخواهد شد .

۴- هیچ وکیل دادگستری معلق و محروم از وکالت نمی شود مگر اختصاصاً با رأی دادگاه انتظامی و کلا و مراجع قضائی و شبه قضائی اجازه ندارد حتی به عنوان مجازات تبعی و تکمیلی جرائم انتسابی به وکیل ، او را از ادامه شغل و کالت معلق و محروم سازند و الا وکیل در دفاع از حقوق موکلین خود همواره باید منزلت باشد و شجاعت خود را که لازمه استقلال جامعه و کالت است از دست خواهد داد و هر دایار یا دادرس مراجع قضائی عملاً جانشین دادگاه های انتظامی کانون و کلا خواهد شد .

۵- احراز شرایط و صلاحیت داوطلبان در بدو ورود به حرفه و کالت با کانون و کلای دادگستری است . زیرا هر مقامی غیر از کانون و کلا که مأمور تشخیص صلاحیت متقاضیان ورود به شغل و کالت دادگستری شود ، طبعاً و بی اختیار معیارهای سازمان متبوع خود را اعمال م بکند که یقیناً معیارهای لازم برای استقلال یک وکیل از جمله شجاعت در دفاع و تنها تبعیت از قوانین ، مغایرت خواهد داشت .

سلب استقلال و شجاعت از وکیل دادگستری مانند گرفتن سختی از فولاد و همچون تخریب صلابت و



بلندی کوه است که در این صورت فولاد، فولاد نیست و کوه، کوه نیست تل خاکی است فاقد مقاومت در برابر وزش بادی اندک. وکالت مرکب است از اتصال پنج حرف و این حروف با سلب استقلال از وکالت متلاشی می شوند به حروف پنجگانه (واو - کاف - الف - لام و تاء) و همه می دانند که حرف به تنهایی فاقد معنی است.

استقلال از اوصاف و اعراض وکالت نیست جزء ذات و موجودیت این نهاد مردمی است! با گذشت یک ربع قرن از تصویب لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری و برخورداری بسیاری از مردم ایران از خدمات وکلای شجاع و آزاده و وطنخواه که به آنان حق می داد در انتظار قدرشناسی از فداکارهای خود باشند در مقام دفاع از معترضین به حکومت پلهوی، ناگهان این خبر ناگوار منتشر شد که بدخواهان وکالت وجود آزادگویان جامعه وکالت را تحمیل نکردند و با نقض موازین شرعی و قانونی و تکیه بر قدرت فراهم شده خود و بدون صدور حکم تخلیه از مقامات قضائی، کانون وکلای دادگستری مرکز را که حضور او در هر بنا بر شأن آن می افزود از کاخ دادگستری متعلق به ملت بیرون راندند و اسناد و مدارک آنان را به گونه ای اهانت آمیز به خارج از کاخ پرتاب کردند و مدیران کانون نیز از خوف تعقیب و مجازات متواری شدند.

خود می دانستند که وکالت و کانون وکلای دادگستری را از نظام قضائی کشور برای همیشه نمی توان حذف کرد، وکالت در دفاع قابل انحلال نمی باشد و حال که نیاز مردم کشور به وجود حامی و مدافع در محاکمات مانع نابودی وکالت است چاره ای نو اندیشیدند که با بقاء نام وکالت و کانون، وکالت را از درون تهی و از بیرون شکننده کنند، ناگزیر شخصی از وکلای دادگستری و سرسپرده به خود را برای اداره کانون مردمی وکلای دادگستری مرکز منصوب نموده و با برنامه ی منظم به او سپردند. او می دانست که مدیر کانون وکلا باید از طریق رأی وکلای دادگستری انتخاب شود، ولی به مدیریت دولتی و انتصابی کانون تن داد و همان کرد که می خواستند تا خطر بالقوه وکالت برای بدخواهان را منتفی یا لااقل کاهش دهد. هر رزو بر تعداد فارغ التحصیلان مدارس عالی حقوق که طبعاً مشتاقان ورود به حرفه وکالت بودند افزوده می شد. مدیریت دولتی کانون مطابق برنامه مقرر درهای ورود به کانون را بر روی آنان بست. باید کانون وکلای دادگستری بدنامی انحصار طلبی را می پذیرفت. باید داوطلبان شغل وکالت را به اعتراض علیه کانون بر می انگیخت تا در برابر این نزاع خود ساخته به میان آیند که ما حق را به جوانان جویای کار می دهیم و انحصار طلبی کانون وکلای دادگستری را می شکنیم و کانون را ناگزیر می کنیم هرسال با برگزاری آزمون ورودی تعدادی از آنان را بپذیرد.





بستر مساعد و آماده شده برای تصویب قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری در سال ۱۳۷۶ مغایر با استقلال جامعه وکالت قانونی که نخستین ضربه را بر پیکر وکالت دادگستری وارد کرد و ابزاری شد برای ورود ضربات سخت تر در آینده!

پی در پی به بهانه افزایش ارتقا و سطح علمی جوانان کشور، در نقاط دور و حتی در کنار روستاهای کم جمعیت، دانشگاه هایی که به آنها نیاز نبود و تنها وسیله ای بود برای اخذ شهریه های گزاف از خانواده ها احداث شدند و محصول خروجی این دانشگاه جوانان با استعداد ذاتی ایرانی بود که بعزت محرومیت از وجود مدرسین و اساتید دانشمند تنها با مدارک تحصیلی ولی فاقد توانایی علمی به بازار کار سرازیر شدند و اغلب کاری نیافتند. طبعاً گروه بسیاری از این فارغ التحصیلان برای ورد به شغل وکالت به سوی کانون های وکلای دادگستری هجوم آوردند.

تبصره یک ماده یک قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری اجازه می داد دولت اکثر آنان را به عنوان داوطلبان کآموزی وکالت بپذیری زیرا کمیسیون مسئول تعیین تعداد کارآموزان ورود به وکالت دارای سه عضو بود که دو عضو آن (اکثریت) از مقامات دولتی بودند و رئیس کانون مربوط در اقلیت. این فرصت مناسبی بود که با تعیین تعداد اندکی از داوطلبان بقیه بی شمار آنان را همچنان با حالت اعتراض علی کانون وکلای دادگستری متوقف کنند و آنان هدایت شوند به تظلم رو به دولت و دولت گفت من وظیف دارم به اجابت خواسته این جوانان جویای شغل وکالت!

سه سال از تصویب قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری گذشته بود. تصویب قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی که در ماهیت ارتباطی به وکالت دادگستری نداشت مطرح گردید و با شعار خوش بیان و چشم نواز؛ حمایت های لازم حقوقی و تسهیل دستیابی مردم به خدمات قضائی و حفظ حقوق عامه، دروازه بزرگی گشوده شد به سوی مشتاقان وکالت دادگستری و همه آنان را جادادند در مؤسسه ای بنام مرکز مشاوره حقوقی که بیائید مشاوره بیاموزید و و پس از کارآموزی کوتاه مدتی به شما حق می دهیم که از مراجعین خود وکالت در محاکم را نیز بپذیرید. (ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم).

با وجودی که قانون مزبور دلالت داشت پس از پنجسال از اجرای آن و رفع غائله باید این دروازه بسته شود و متقاضیان برای اخذ پروانه وکالت طبق روال سابق به کانون های وکلای دادگستری مراجعه نمایند، ولی برخلاف این قانون همچنان سالها و سالها بر تعداد گروه وکلای موسوم به وکلای ماده ۱۸۷ افزودند، گویا مرکز مشاوره قصد لشکر کشی درشت در برابر وکلای تربیت شده کانون های وکلای دادگستری رسم این بود که خود دو نهاد مساوی و مواردی برای ارائه خدماتی واحد تأسیس یکی از تقویت و حمایت و یکی



را تضعیف نموده تا در زمان مقتضی اعتراض و انتقاد کنند که وجود دو نهاد موازی در امری واحد موجب فساد است. پس باید آنان را ادغام نمود با این اطمینان که چون تعداد اعضای نهاد خود پرورده حائز اکثریت خواهند شد، سرنوشت نهاد واحد ادغام شده را در دست خواهند گرفت که به اطاعت خو کرده اند و وکالت دادگستری نیز در مسیری حرکت خواهند داد که آرزوی آنان است.

وکالت دادگستری را نمی توان از صحنه دفاع حذف و منحل نمود ولی با تدبیر می توان از درون تهی و بی خطر ساخت!

از وکالت بازاری ساختند و خدمات وکالت را کالا و در جمع وکلای مرکز مشاوره و وکلای کانون ها را عرضه کنندگان این کالا به این اکتفا نشد و در رسانه ملی نیز داستانهایی علیه شرافت وکالت ساختند که ۷۰ میلیون جمعیت ایران در خانه های خود به تماشای آن بنشینند تا با بدگمانی و بی آبرو کردن وکالت، از مراجعات به وکلا به علت بیم از آنان کاسته شود. اخلال در تعادل قانون عرضه و تقاضا در خدمات وکالت از تدابیری است ویران کننده وکالت، تدبیری زیرکانه که حتی در اندیشه ناپلئون فرانسه و لنین بلژیکی خطور کرده بود.

وکلائی دو گروه در بازار ساخته و پرداخته وکالت برای جذب مشتری به انواع رقابت های ناروا و تبلیغات ناصواب روی آوردند. حق الوکاله جایگزین حق طلبی و عدالتخواهی شد و بدخواهان وکالت از دور به تماشای آنان ایستادند و وکالت و دفاع را به تمسخر گرفتند که آری وکالت نه تنها خود فاسد است، بلکه دیگران را نیز در مسیر عدالت به فساد سوق می دهند و وکلا دادخواستی در چند خط می نویسند و میلیاردها حق الوکاله می ستانند، ولی دیگران قادر به ربودن میلیاردها نیستند و نتیجه گرفتند که تصویب قوانین کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری و برنامه سوم توسعه کافی برای اصلاح وکالت نیست. افکار عمومی بدگمان علیه وکالت و شرایط آماده برای قطع ریشه استقلال جامعه وکالت تا وکیل در تلاش برای کسب معاش جسارت دفاع را از دست بدهد و دفاع از کسی را نباید از او دفاع کرد نپذیرد.

گمان کردند زمینه آنقدر به زبان وکالت مهیا است که می توان بنام آئین نامه، استقلال کانون وکلای دادگستری را نسخ نمود و وکالت را بی هیچ مانع و مخالفت تابع محض دولت نمود. آئین نامه تصویب و منتشر شد. بودند بین وکلای دادگستری که اسیر بازار وکالت و تبعات آن نبودند. قلم به دست گرفتند و سخن ها گفتند، با اعتراض شدید که قانون را نمی توان در مسلخ آئین نامه قربانی کرد. اعتراض بیود مطابق با قانون اساسی جمهوری اسلامی و آئین نامه ای مغایر با نظام حقوقی کشور، ناگزیر در برابر آن تاب یاورند و خود اجرای آئین نامه را متوقف نمودند، ولی با خشم و گفتند حال که آئین نامه را نمی پذیرید



و به قانون تکیه می کنید ما نیز از همین سلاح استفاده مو با تصویب قانون، لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۱ شمسی را که به وکیل مدافع شایان والا بخشیده بود ملغی می کنیم. قانون روزی به شما استقلال اعطا کرد و قانون دیگری استقلال را از شما باز پس خواهد گرفت مگر نه اینکه شعار می دهید وکیل دادگستری تابع قانون است ما نیز با تیغ قانون زبان وکیل را قطع و با ضربه قانون قلم وکیل را می شکنیم. و کیلی که نه زبان گویا دارد نه قلم برای دفاع به عنصری بی ارزش و خنثی تبدیل خواهد شد که خطری از وجود و تلاش او نخواهد ماند.

وکالت دادگستری قائم به توان دفاع از حقوق مظلومان است و هرگز نسخ استقلال خود را نمی پذیرد! تنظیم لوایح برای نابودی وکالت دادگستری و نسخ استقلال آن آغاز شد. در این لوایح که الحاق نام «جامع» بر آن گذاردند جمیع شئون وکالت مورد حمله قرار گرفت و کانون وکلا تبدیل می شود به عامل اجرا و به عبارت عامیانه «میرزا بنویس» دولت حاکم بر وکالت، دولتی که هم قاضی تعیین می کند و هم وکیل و هم مجری احکام و ملت و اصحاب دعاوی بدون هیچ نقش و رأی در سرنوشت دعاوی خود. آن کس که باید محکوم شود، محکوم می شود و آن کی که باید تبرئه شود بری خواهد شد. بی آنکه بوکیل مدافع و حضور و تلاش او نیازمند باشد که با این لوایح دفاع معنی ندارد.

هیأتی مأمور شد بنام هیأت نظارت منصوب از سوی دولت تا بر تمامی امور وکالت و ارکان های کانون وکلای دادگستری حکومت مطلق کن و هیچ مدیری از مدیران کانون و هیچ متقاضی حرفه وکالت نتواند از صافی این هیأت عبور کند. با معیارهای خاص خود که هیچ ارتباط منطقی ندارد با ذات وکالت دادگستری، خط کش هائی ساختند برای اندازه گیری طول و عرض قامت و شجاعت و جسارت وکیل. دروازه هائی ساختند که عبور از آن مقدور نیست جز با قامت خمیده و سر بزیر افکنده در برابر آنان که سرنوشت وکیل در وکالت حاکمند.

با ملاحظه دقیق در اختیارات وسیع این هیأت تردید نیست که نام آن را بیاد هیأت دخالت می گذاشتند. اگر حجاب از برابر دیدگان خود برداریم خواهیم دید که اقتدارات این هیأت بسیار فراتر است حتی از نظارت استصوابی. بیائیم لااقل نامه های انتخاب کنیم با مسمی!

تا قبل از انتشار این لوایح و احتمال تصویب آن خیر خواهان با فارغ التحصیلان علم حقوق مشورت می دادند که شایسته ترین انتخاب، حرفه وکالت دادگستری است، حال با اندوه توصیه می کنند اگر طالب حیثیت خود هستید حتی به حرفه وکالت نزدیک نشوید زیرا اگر به شغل آزاد دیگری روی آورید، لااقل از زندگی مادی و معنوی خود محروم نمی شوید. هر حرفه دیگری برتر است از وکالت دادگستری که توانائی



انجام وظیفه از او سلب گردد.

لایحه جامع وکالت دادگستری که نزاع بود بر سر وصف آن که لایحه قضائی است یا لایحه قانونی آخر الامر به هیأت دولت وقت برای بررسی و تصویب و ارائه به مجلس قانونگذاری ارسال شد. همه می دانند که دولت آن را از دستور کار خود خارج و لایحه دیگری تدوین نمود و به مجلس قانونی ارسال داشت که جز تغییر در بعضی از کلمات و مناصب هیچ اصلاحی بنیانی در آن نبود. در باره این لوایح در نشریات حقوقی کشور مقالات بسیار آمده است و نخبگان و علاقمندان به سرانجام وکالت از آن آگاهند و هرچه بیش از آن گفته یا نوشته شود تکراری است.

سرانی از وکلای دادگستری ادعا می کنند ما با مداخله خود این لوایح را تعدیل و تلطیف کردیم. گلوگیر نیست وکلا برای امرار معاش ناچار باید تب را در برابر مرگ بپذیرند.

اینک این لوایح و لوایح طرح های مشابه در مجلس قانونگذاری مورد بررسی است. هریک از وکلای دادگستری وظیفه دارند با نماینده شهر خود در مجلس شورای اسلامی گفتگو کند و اهمیت نقش وکالت مستقل در سرنوشت کلیه مردم کور را یادآور شود. بیائیم همه ما نیز از این واقعه دلخراش کشور فرانسه درس عبرت بیاموزیم.

آن کس که برای اعدام مجرمین گیوتین را اختراع کرد با همان گیوتین سر او را نیز قطع کردند!



شرط اسقاط کافه خیارات (بخش دوم)

عبارتی در دسرساز برای عوام و خواص

دکتر مجید داودی^۱

سوم: خیار عیب

در مورد امکان اسقاط خیار عیب از طریق شرط ضمن عقد و تسری شرط اسقاط کافه خیارات به این خیار گفته شده که احکام خیار عیب نیز از قواعد مربوط به نظم عمومی نیست بلکه در محدوده اراده طرفین قرار گرفته و بنابراین دو طرف میتوانند ضمن عقد یا پس از آن سقوط خیار عیب را شرط کنند. رعایت این قاعده در جایی که انتقال دهنده جاهل به عیب است، با هیچ مشکلی روبرو نمیشود ولی در فرضی که او از عیب آگاه است و خریدار جاهل را فریب میدهد نفوذ شرط مورد تردید قرار میگیرد در این موارد اسقاط خیار عیب او را از پیامد فریب در معادله نمیراند و خریدار میتواند بر مبنای خیار تدلیس عقد را فسخ کند.^۲

اما باید توجه داشت توسل به خیار تدلیس گزینه مناسبی برای حل مشکل بوجود آمده نیست زیرا وقتی سخن از عیب و خیار عیب است، شایسته نیست با تمسک خیار دیگری که جایگاه دیگری دارد، در صد ارائه راه حل بود. به همین علت، برخی از حقوقدانان گفتهاند؛ هرگاه خیار عیب ضمن عقد اسقاط شده باشد ولی بعد از عقد معلوم شود که مورد معامله عیبی خارج از حد متعارف داشته و معامله کننده تصور آن را نمیکرده است، برای وی حق فسخ خواهد بود.^۳ این نظر برگرفته از رأی شماره ۳۴۸/۱۲۱۸ مورخ ۱۳۰۸/۵/۳ دیوان عالی تمیز است که در آن تصریح شده، اسقاط خیار عیب شامل عیوبی که خارج از حد متعارف باشد، نیست.^۴

برخی دیگر از حقوقدانان حتی پا را فراتر گذاشته و شرط سقوط خیار عیب را مخالف عنصر مغایه‌های بودن بیع دانسته و در نتیجه شرط سقوط خیار عیب را مخالف مقتضای ذات عقد و در نتیجه مبطل عقد به شمار می‌آورند.^۵

اما به نظر نمیرسد که شرط اسقاط خیار عیب را بتوان شرطی خلاف مقتضای ذات عقد بیع دانست زیرا ذات

۱- وکیل پایه یک دادگستری - عضو هیأت علمی دانشگاه

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، همان منبع، ش ۱۰۰۲

۳- دکتر سید حسین صفایی، قواعد قرار دادها - ص ۲۰۷

۴- اصول قضایی عیبه، قسمت حقوقی، نقل از سید محمد رضا حسینی، قانون مدنی در رویه قضایی، ص ۱۵۱

۵- دکتر محمد جعفر، جعفری لنگرودی - مجموعه محشی قانون مدنی، ذیل ماده ۴۴۸ ق.م. ق ۲۹۳.



عقد بیع با معیوب بودن مبیع، به مخاطره نمی افتد چرا که عیب مبیع مانع انتقال آن نبوده و در نتیجه خللی به ذات عقد وارد نمی‌آورد. بدیهی است اگر عیب مبیع به مقداری باشد که آنرا از مالیت بیندازد، عقد باطل خواهد بود. با توجه به مراتب و نکات مذکور می‌تواند گفت که:

اولاً: اسقاط کافه خيارات، در بر گیرندهٔ خيار عیب هم میشود ولی اگر فروشنده به عیب مبیع آگاه بوده باشد و آن را از خریدار کتمان کرده باشد، خيار عیب ساقط نمی شود زیرا عرفاً چنین شرط هرگز متعلق قصد طرفین قرار نگرفته است. یعنی هیچ خریداری نمیپذیرد که فروشندهٔ عالم به عیب مبیع، عیب را به او اطلاع نداده باشد و او هم خيار عیب را از خود ساقط نماید. بدیهی است هر آنچه مشمول قصد و توافق طرفین قرار نگیرد، در زمره توافقات ناشی از عقد هم به شمار نمی آید. اما پرسشی که در این خصوص مطرح میشود این است که اگر بعد از عقد معلوم شود که مبیع معیوب بوده است آیا فرض بر علم فروشنده به عیب مبیع است یا فرض بر جهل اوست؟ به نظر میرسد که باید بین عیب ظاهر و عیب مستور قایل به تفکیک شد. و گفت که اگر عیبی که در مبیع بوده ظاهر بوده است، فرض بر علم و اطلاع فروشنده است اما اگر عیب مبیع مستور بوده است فرض بر عدم علم و اطلاع فروشنده به عیب مبیع است.

ثانیاً: اسقاط کافه خيارات، و یا حتی تصریح به اسقاط خيار عیب، شامل عیب خارج از حد متعارف نمیشود زیرا نمیتوان اسقاط خيار ناشی از این عیب را متعلق قصد و ارادهٔ طرفین به شمار آورد و در نتیجه در این موارد کماکان خيار عیب به قوت خود باقی است. البته بدیهی است، تشخیص عیب خارج از حد متعارف با عرف خواهد بود.

چهارم: خيار تدلیس

در اینکه شرط اسقاط کافه خيارات شامل خيار تدلیس نمیشود، تقریباً اتفاق نظر وجود دارد و حتی گفته شده که تصریح به اسقاط خيار تدلیس در ضمن عقد نیز معتبر نمیشود و فقط فریب خورده میتواند پس از آگاه شدن از واقع از حقوق خویش در بهم زدن عقد بگذرد^۱ در توجیه این نظر دلایل متعددی قابل استفاده است که همه آنها میتواند صحیح و معتبر باشد.

دلیل اول؛ مخالفت شرط با نظم عمومی است. زیرا شرط سقوط خيار تدلیس در موردی که مشروط علیه از آن آگاه نیست، در واقع جواز تقلب در تجارت به فروشندگانی است که از آن سود می برد. در حالیکه تقلب در تجارت و معاملات ممنوع بوده و با نظم عمومی مغایرت دارد. به همین دلیل میتوان گفت اسقاط این



خيار در ضمن عقد با توجه به ماده ۹۷۵ ق.م.ب بر خلاف نظم عمومی و باطل است.^۱ دليل دوم؛ غير عقلایی بودن اين شرط است.^۲ زيرا عاقلانه نيست كه شخص جواز تدليس و فريب در معامله را به ديگري بدهد بر اين اساس شرط اسقاط خيار تدليس به دليل عقلایی بودن و با توجه به انطباق آن با بند ۲ ماده ۲۳۲ ق.م.ب باطل است. دليل سوم؛ مخالفت شرط با اخلاق حسنه است. زيرا شرطی كه از آن جواز فريب دادن ديگري در معامله نتيجه ميشود، از مصاديق سلب حریت بر خلاف اخلاق حسنه مندرج در ماده ۹۶۰ ق.م.ب است.^۳ دليل چهارم؛ دلالت عرف است.

در اهميت و تأثير عرف در عقد و معاملات تردیدی وجود دارد به گونه‌های كه مواد متعددی از قانونی مدنی هم بر تأثير عرف در امور مختلف مربوط به عقود و قراردادها تأكيد كرده است، بديهي است همانگونه كه عرف در شناسایی نوع عقد مؤثر است (ماده ۲۴۴ ق.م.ب) و در تسري امری در عقد بدون ذكر آن در عقد نيز اثرگذار است (ماده ۲۲۵ ق.م.ب) و همچنين در تعيين آثار و نتايج عقد نيز مؤثر ميباشد (ماده ۲۲۰ ق.م.ب) در معتبر دانستن يا غير معتبر دانستن شرط ضمن عقد هم مؤثر خواهد بود. بيتدريد عرف نيز جواز تدليس و فريب در معامله را نميدهد و در نتيجه شرط اسقاط خيار تدليس در ضمن عقد، عرفاً نيز باطل است. به همين دليل در متن اوراق متحدالشكل مباحثنامه كه اخيراً در اختيار بنگاههای معاملات ملكی قرار گرفته است، خيار تدليس از اسقاط كافه خيارات استثناء شده است.

با توجه به مراتب و دلايل ذكر شده ميتوان گفت كه:

اولاً؛ شرط اسقاط خيار تدليس در ضمن عقد باطل است.

ثانياً؛ شرط اسقاط كافه خيارات در ضمن عقد، قطعاً شامل خيار تدليس نميشود.

در نتيجه اگر بعد از عقد ثابت شود كه فروشنده تدليس نموده است، خريدار با استناد به خيار تدليس ميتواند عقد را بهم بزند حتى اگر اسقاط كافه خيارات در ضمن عقد شرط شده باشد و حتى اگر به اسقاط خيار تدليس تصريح شده باشد.

پنجم: خيار تخلف وصف و رويت

در فقه خصوص اسقاط خيار تخلف وصف دو نظر متفاوت ديده شده است، مطابق نظر اول؛ اسقاط خيار

۱- دكتور ناصر كاتوزيان - همان منبع ش ۱۰۲۴ ص ۳۵۲ و ۳۵۳ - دكتور سيد حسين صفایی، همان منبع ص ۲۰۶ و ۲۰۷

۲- دكتور محمد جعفر جعفري لنگرودی - مشی قانون مدنی - ص ۲۹۲ ذیل ماده ۴۴۸ ق.م.

۳- دكتور عبدالمجيد قائمقامی - همان منبع - ص ۱۰۳



تخلف وصف پس از توصیف رافع جهل، منافاتی با توصیف به عمل آمده نداشته و موجب غرر نیست.^۱ در نتیجه شرط اسقاط خيار تخلف وصف در عقد، معتبر و نافذ است. اما طبق نظر دیگر در قراردادی که ندیده و به وصف داد و ستد میشود، توصیف مورد معامله، جانشین رویت آن است پس اگر شرط شود که وصف ذکر شده نیز بیاثر باشد، در واقع مانند این است که آن مورد، غیر مرئی و وصف نشده باقی بماند. در نتیجه شرط و عقد را باید باطل شمرد. زیرا اسقاط خيار باعث غرر در معامله است.^۲ در پاسخ به نظر اخیر گفته شده که خيار وسیله رفع غرر نیست بلکه وسیله جبران ضرر ناشی از آن است در نتیجه با اسقاط خيار هیچ صدمهای به عقد نمیخورد که باعث فساد آن شود.^۳

دو نظر یاد شده مربوط به وضعیتی است که در عقد اسقاط خيار تخلف وصف، صریحاً شرط شده باشد اما اگر خيار تخلف وصف، صریحاً اسقاط نشود بلکه اسقاط کافه خيارات در عقد شرط شده باشد، در تسری آن به خيار تخلف شرط تردید شده و حتی گفته شده که چنانچه در سند معامله خيارات به طور مطلق اسقاط شده باشد، این شرط شامل خيار تخلف وصف نخواهد بود و به دیگر سخن این شرط منصرف از تخلف وصف است. زیرا معقول به نظر نمیرسد که طرفین اوصافی را برای مورد معامله تعیین کنند ولی ضمانت اجرای آن را ساقط نمایند پس تفسیر معقول از قرارداد آن است که اسقاط خيارات را شامل خيار تخلف وصف ندانیم. این نظر مبتنی بر تفسیر اراده طرفین است.^۴ در یک رأی از شعبه یک دیوان عالی کشور به شماره ۱۵۹۱ مورخ ۱۳۱۹/۵/۲۸ چنین آمده است، توصیف مبیع در قباله برای تعیین مورد معامله است و اسقاط خيارات به طور مطلق شامل تخلف وصف نخواهد بود.^۵ در مورد نفوذ شرط اسقاط خيار رویت نیز همانند خيار تخلف وصف، در فقه تردید شده است، برخی از فقها، عقیده بر غرری شدن بیع داشته و معتقدند که این شرط سبب جهالت مبیع شده و برخی نیز فقط شرط را فاقد نفوذ حقوقی و بیاثر دانستهاند.^۶ اما در پاسخ گفته شده که خيار رویت با عقد به وجود میآید و اسقاط آن نیز ضمن عقد ممکن بوده و هیچ مانعی ندارد دو طرف ایجاد خيار را با تراضی از بین ببرند و با اسقاط این خيار هیچ صدمهای به عقد وارد نمیشود.

بدین ترتیب میتوان گفت؛

اولاً؛ خيار تخلف وصف و رویت از طریق شرط اسقاط آن در عقد، ساقط میشود و این شرط معتبر و نافذ است چرا که نه با نظم عمومی و اخلاق حسنه منافات دارد و نه عرف آن را منع میکند و نه بیع غرری میشود.

۱- مفتاح الکرامه - ص ۲۹۲. نقل از دکتر جعفری لنگرودی - تئوری موازنه - ش ۱۲۲/۸

۲- محقق ثانی - جامعالمقاصد ج ۱ ص ۲۴۴ و شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱ ص ۱۸۲. نقل از دکتر کاتوزیان، همان منبع، ش ۹۵۱ ص ۲۰۰

۳- دکتر ناصر کاتوزیان، همان منبع، ش ۹۵۱

۴- دکتر سید حسین صفایی - همان منبع، ص ۳۰۷

۵- سید محمد رضا حسینی، قانون مدنی در رویه قضایی ص ۱۵۱ ذیل ماده ۴۴۸ ق.م.

۶- علامه حلی، تذکره - نقل از دکتر کاتوزیان همان منبع - ش ۹۵۱ ص ۲۰۰



ثانیاً؛ اگر در عقد اسقاط کافه خيارات شرط شود، خيار تخلف وصف و رویت را در بر نمیگیرد در نتیجه در صورت تخلف از وصف و رویت، مشروط له حق فسخ عقد را به استناد این خيار دارا میباشد.

ششم: خيار تفلیس

خيار تفلیس در ماده ۳۸۰ قانون مدنی و در مبحثی غیر از مبحث مربوط به خيارات آمده است، به موجب این ماده «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع تسلیم نشده باشد، میتواند از تسلیم آن امتناع نماید.»

بدیهی است این خيار مربوط به وضعیتی است که مشتری ثمن را پرداخت نکرده باشد. شرط اسقاط این خيار نیز با توجه به ماهیت آن، نمیتواند قابل پذیرش باشد. اما در خصوص اثر شرط اسقاط خيار تفلیس دو نظر متفاوت وجود دارد،

مطابق نظر اول؛ شرط اسقاط این خيار با نظم عمومی اقتصادی مغایرت دارد^۱ زیرا اسقاط این خيار سبب جمع شدن عوض و معوض نزد خریدار میشود به عبارت دیگر فروشنده مالی را داده است حال آنکه در قبال آن هیچ نستانده است بدین ترتیب شرط باطل و غیر نافذ است اما عقد مقتضای خود را از دست نمیدهد و به قوت خود باقی است.

نظر دوم؛ شرط اسقاط خيار تفلیس را شرط فاسد و مفسد عقد میدانند زیرا چنین شرطی بازگشت به شرط خلاف مقتضای ذات عقد است، به همین دلیل شرط اسقاط حق رجوع بایع به مبیع در صورتی حجر مشتری (با عدم اقباض ثمن به بایع) شرط فاسد و مفسد عقد بیع خواهد بود.^۲ شرط مذکور از این جهت خلاف مقتضای ذات عقد به شمار آمده که مخالف با اصل موازنه تسلیم در بر تسلیم که از عوارض لازمه ماهیت عقد بیع است، میباشد. علاوه بر آن شرط اسقاط خيار تفلیس عقد را غرری هم میکند زیرا چنین شرطی سبب میشود، بیع از عقد مغابنهای به عقد مخاطره و غرری تبدیل شود حال آنکه بیع از عقود مغابنه است که غرر سبب بطلان آن می شود.^۳

به نظر میرسد پذیرش این نظریه با اصل ابقاء عقود منافات داشته باشد، ضمن اینکه بر خلاف آنچه گفته شد، قانون مدنی موازنه تسلیم در برابر تسلیم را از عوارض لازمه ماهیت عقد بیع ندانسته است بلکه آنرا از آثار و نتایج عقد بیع دانسته و شرط خلاف آنرا نیز پذیرفته است. لذا چنین شرطی را نمی توان به دلیل مغایر بودن آن با ذات عقد، باطل و مبطل عقد تلقی نمود، در نتیجه بطلان شرط و نفوذ عقد ترجیح دارد.

۱ - دکتر ناصر کاتوزیان - همان منبع - ش ۱۰۶ ص ۳۹۷ الی ۳۹۹

۲ - دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، تنویری موازنه، ش ۱۰۹/۷ ص ۲۵۸ - الفارق ج ۱ ص ۲۹۷ و ۲۹۸

۳ - دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، الفارق - ج ۱، ص ۲۹۸



معهداً بطلان شرط اسقاط خيار تفليس بيش از آنکه به علت مغايرت آن با نظم عمومي قابل توجيه باشد، به علت مخالفت آن با عرف و غير عقلايی بودن (بند ۲ ماده ۲۳۲ ق.م) قابل پذيرش است زيرا عرف و هيچ عقل متعارف و سليمي نميپذيرد، بيعي ساخته شود و در آن فروشنده نتواند به علت حجر و مفلس شدن خريدار و عدم تأديه ثمن، حق بهم زدن عقد و استرداد مبيع را نداشته باشد. نظر به مراتب ياد شده ميتوان گفت؛

اولاً؛ شرط اسقاط خيار تفليس در ضمن عقد باطل است ولی مبطل عقد نيست در نتيجه فروشنده ميتواند با استناد به اين خيار عقد را بهم بزند.

ثانياً؛ بنا به آنچه گفته شد، شرط اسقاط کافه خيارات، شامل خيار تفليس نميشود و در نتيجه چنانچه در عقدي اسقاط کافه خيارات شرط شود، اين شرط منصرف از خيار تفليس خواهد بود.

هفتم: خيار تعذر تسليم

اگر مبيع در هنگام عقد مقدور التسليم باشد ولی پس از عقد، تعذر در تسليم آن ايجاد شود، برای خريدار به استناد خيار تعذر تسليم حق فسخ عقد ايجاد ميشود. اگر چه اين وضعيت در موارد قابل توجهی از معاملات ايجاد ميشود و موضوعی مبتلا به، محسوب ميشود، اما خيار ناشی از تعذر تسليم در قانون مدنی پيشبيني نشده است. با اين حال عدم ذکر اين خيار در قانون مدنی، نافی وجود آن در حقوق و قابليت استناد به آن در مواقع لزوم نيست.

شرط اسقاط خيار تعذر تسليم همانند خيار تفليس است و همان مبانی و دلايل که در مورد شرط اسقاط خيار تعذر تفليس گفته شده در مورد خيار تعذر تسليم هم بيان شده است.

بنابراين؛

اولاً؛ شرط اسقاط خيار تعذر تسليم باطل است ولی مبطل عقد نيست. در نتيجه خريدار ميتواند با استناد به اين خيار، عقد را فسخ نمايد.

ثانياً؛ شرط اسقاط کافه خيارات، شامل خيار تعذر تسليم نميشود و در نتيجه چنانچه در عقد، اسقاط کافه خيارات شرط شود، اين شرط منصرف از خيار تعذر تسليم است.

هشتم: ساير خيارات

در نزد عموم فقها و حقوقدانان، امکان اسقاط ساير خيارات از طريق شرط ضمن عقد و نيز شمول اسقاط





کافه خیارات به این خیارات، پذیرفته شده است. بنابراین شرط اسقاط خیار مجلس، خیار حیوان خیار تبعض صفقه و خیار تأخیر ثمن در ضمن عقد معتبر است و اسقاط کافه خیارات این خیارات را نیز در بر میگیرد. زیرا خیارات مذکور از حقوق صاحب خیار به شمار آمده و هر حق نیز قابل اسقاط است.^۱ مضافاً به اینکه اسقاط این خیارات با نظم عمومی، اخلاق حسنه و شرایط صحت شروط ضمن عقد، منافات نداشته و عقد را غرری هم نمینماید.

با این حال دیده شده که شرط سقوط خیار تأخیر ثمن خیار حیوان و خیار تبعض صفقه مخالف عنصر مغایه‌های بودن بیع و مخالف مقتضای ذات عقد دانسته شده است^۲ اما هیچ دلیل موجه و در خور تأملی در تأیید این نظر ارائه نشده است.

۹- نتیجه گیری:

از مجموع مطالبی که گفته شد میتوان چنین نتیجه گرفت که:

اولاً؛ اگر چه قانون مدنی در ماده ۴۴۸، شرط اسقاط کافه خیارات در ضمن عقد را پذیرفته است اما این شرط نمیتواند جز در مورد بعضی از خیارات مانند خیار مجلس، خیار تأخیر ثمن، خیار حیوان و خیار تبعض صفقه، معتبر و نافذ به شمار آید. چرا که به شرح آنچه خصوص هر یک از خیارات گفته شد، پذیرش این شرط و تسری آن نسبت به برخی از خیارات مانند خیار شرط و خیار تدلیس، تقریباً مردود و غیر معتبر شناخته شده و نسبت به برخی دیگر از خیارات همانند غبن افحش و عیب و ... محل تردید جدی واقع گردیده است. علاوه بر آن همین نکات حتی در مورد شرط اسقاط هر یک از خیارات به نحو جداگانه و مجزا هم قابل بحث و تسری است.

ثانیاً؛ با توجه به نکات، مستندات و استدلالهای مطرح شده خصوص هر یک از خیارات، عدم کارایی و قابلیت اعمال و اعتبار حکم عام مندرج در ماده ۴۴۸ ق.م. نسبت به تمام خیارات، محرز است. در نتیجه بهتر است مقنن با لحاظ وضعیت خاص هر یک از خیارات، نسبت به اصلاح این ماده اقدام نماید تا بدین ترتیب، ضمن تعیین تکلیف وضع هر یک از خیارات، به ایجاد رویه‌های واحد نزد محاکم و حمایت از حقوق افراد، همت گمارد.

۱- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب ص ۲۰۹- علامه حلی، تذکره الفقهاء دکتر ناصر کاتوزیان - عقود معین، حقوق مدنی - معاملات معوض، ش ۳۳ و ۴۹ و ش ۱۵۲، ص ۲۱۵ دکتر محمد جعفر جعفری گردی - تئوری موازنه - ش ۱۶/۶ - ص ۱۲۰ - ش ۵۸/۷ ص ۲۲۲ و ش ۶۲/۷ ص ۲۲۴ دکتر سید حسین صفایی - همان منبع - ص ۳۰۶

۲ - دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، الفارق ج ۱ ص ۲۹۸ - مجموعه مشنی قانون مدنی - ص ۳۲۹ و ۳۹۲ ذیل ماده ۴۴۸ ق.م. این موضوع در حالی است که همین نویسنده، در کتاب تئوری موازنه امکان اسقاط همین خیارات را با ذکر دلایلی میبذیرد، تئوری موازنه ش ۱۶/۶ ص ۱۲۰ و ش ۵۸/۷ ص ۲۲



فهرست منابع و مأخذ:

- ۱) امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، ج ۱، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۸۵.
- ۲) انصاری، شیخ مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ قم - مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۹ ق.
- ۳) بازگیر، یدالله؛ قانونی مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور، خبایات و احکام راجع به آن؛ انتشارات فردوسی، ۱۳۸۲.
- ۴) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی ج ۱ - کتابخانه گنج دانش؛ ۱۳۹۰
- ۵) _____، فلسفه عمومی حقوق، تئوری موازنه، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱
- ۶) _____، مجموعه محشی قانون مدنی - کتابخانه گنج دانش؛ ۱۳۹۱.
- ۷) _____، الفارق، ج ۱، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸
- ۸) _____، دانشنامه حقوقی، انتشارات امیرکبیر - ۱۳۷۶
- ۹) _____، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸
- ۱۰) حسینی، سیدمحمدرضا، قانون مدنی در رویه قضائی - انتشارات مجد؛ ۱۳۸۷.
- ۱۱) شهیدی، مهدی؛ عقود معین ۱ - حقوق مدنی ۶؛ مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۴.
- ۱۲) صفائی، سید حسین؛ قواعد عمومی قراردادها - بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۹.
- ۱۳) قائممقامی، عبدالمجید - حقوق تعهدات، ج ۱ - تهران ۱۳۴۷.
- ۱۴) کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۵ - شرکت انتشار - ۱۳۷۶.
- ۱۵) _____؛ حقوق مدنی، عقود معین ۱ معاملات معوض شرکت انتشار ۱۳۷۳.
- ۱۶) موسوی بجنوردی، سید حسن؛ القواعد الفقهیه؛ ج ۵، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بیتا
- ۱۷) نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج ۳ - تهران، المکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴.



پیشگیری رشد مدار جرایم رایانه‌ای از منظر جرم‌شناختی

صالح غفاری^۱

محمد حسن زاهدیان^۲

چکیده:

به موازات گسترش روزافزون کاربرد رایانه در زندگی بشر و تاثیر آن در تمامی جوانب زندگی انسان و با توجه به ویژگی‌های این پدیده نوظهور از جمله سرعت زیاد، دقت بالا، ذخیره‌سازی حجم زیاد اطلاعات، تبادل سریع اطلاعات، دسترسی آسان و محاسن بی‌شمار دیگر زندگی بشر امروز، بدون آن تقریباً غیرممکن می‌باشد. لکن صرف‌نظر از کلیه مزایای گفته شده، کاربرد رایانه در زندگی بشر سرآغاز ظهور جرایم جدیدی در دنیای امروز گردیده، که به جرایم رایانه‌ای شناخته می‌شود، جرایم رایانه‌ای به‌عنوان یک پدیده‌ی خطرناک در عصر الکترونیک و ارتباطات است که شناخت آن مستلزم مطالعات جرم‌شناختی جدیدی است؛ به گونه‌ای که موجب پیش‌بینی تدابیر کیفی در این زمینه شده است، اما با توجه به مشکلات بسیاری که فراروی تدابیر کیفی وجود دارد سیاست پیشگیری از وقوع این جرم مناسب‌ترین تدبیر سیاست‌جنایی است. از این رو و با توجه به جمعیت فشرده جوان در کشور و از سوی دیگر استفاده بیشتر جوانان و نوجوانان از رایانه این نوشتار بر آن است ضمن ارائه تعریف از جرایم رایانه‌ای و ذکر ویژگی‌های این جرایم به بررسی و ترسیم پیشگیری اجتماعی رشد مدار در مواجهه با چنین جرایمی بپردازد.

کلیدواژگان:

جرایم رایانه‌ای، فضای مجازی، پیشگیری رشد مدار، فناوری اطلاعات و ارتباطات.

۱ - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی.

۲ - کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.



مقدمه:

در دنیای امروز میان اطلاعات در معنای کلی و رایانه‌ها چنان پیوند ناگسستنی برقرار گشته که هنگامی که از فناوری اطلاعاتی سخن به میان می‌آید گزینه‌ای جز رایانه به ذهن نمی‌آید. همان کارهای ریز و درشت مشروع، قانونی و سودمندی که می‌توان تصور اجرا بهره‌ورانه‌شان را در دنیای سایر واقعیت بخشید تقریباً هر کار ناپسندی را هم می‌توان به همان شکل بهره‌ورانه برنامه‌ریزی و اجرا کرد؛ از توهین و تحقیر عادی گرفته تا کلاهبرداری و سرقت رایانه‌ای و رفتار خطرناک تروریستی و این روند رشد فزاینده‌ی خود را می‌پیماید از این رو افراد مختلف از جمله جرم‌شناسان، حقوقدانان و متخصصان کامپیوتر به مطالعه و بررسی همه‌جانبه‌ی این پدیده‌ی آوری.

با توجه به خسارت هنگفت و زیان‌باری که جرایم رایانه‌ای بر جوامع تحمیل می‌کنند لازم است تدابیر اساسی درباره‌ی آن اندیشیده شود، اما با توجه به مشکلات بسیاری که فراروی تدابیر کیفری وجود دارد و با تاسی به اصل منطقی و خدشه‌ناپذیر رجحان «پیشگیری» بر «درمان» که بر هیچ عقل سلیم و ذهن هوشیاری پوشیده نیست، سیاست پیشگیری از وقوع این جرم مناسب‌ترین تدبیر، «سیاست جنایی» است. بنابراین ضروری است در این راستا راهکارهای حمایتی پیشگیرانه به طور خاصه پیشگیری اجتماعی زودرس در مقابله با جرایم رایانه‌ای به متولیان سیاست جنایی معرفی گردد.

در مورد جرائم رایانه‌ای آنچه حائز اهمیت است، پیشگیری از جرم می‌باشد نه صرف مجازات، پیشگیری بهترین راهکار است که به دو قسم کلی می‌باشد، این دو قسم کلی عبارتند از پیشگیری وضعی یا وضعیت‌مدار و پیشگیری اجتماعی یا فردمدار که آنچه مد نظر ماست پیشگیری اجتماعی می‌باشد. هم‌چنین پیشگیری اجتماعی خود به دو شاخه تقسیم می‌شود که عبارت است از پیشگیری اجتماعی جامعه‌مدار و پیشگیری اجتماعی رشدمدار که آنچه در این نوشتار مورد توجه قرار گرفته پیشگیری اجتماعی رشدمدار است.

پیشگیری اجتماعی رشدمدار، که به آن پیشگیری زود هنگام نیز گفته می‌شود مجموعه اقداماتی است که برای شناسایی عوامل خطر و مداخله‌ای به موقع نسبت به کسانی که به دلیل داشتن وضعیت خاص در معرض ارتکاب جرم قرار می‌گیرند، صورت می‌پذیرد. به این نحو که با مداخله‌ای بموقع جلوی بزه‌کاری و تداوم گرایش بزهکارانه‌ی آن‌ها را بگیرند^۱ که از حیطة‌ی آنها می‌توان به اقداماتی اشاره نمود که در دوران



رشد جسمی و شخصیتی که در آن سری نهادها و سازمان‌های عمومی و شخصی صورت می‌گیرد که با رویکردی آموزشی و تربیتی، قدرت شناخت و مهارت‌های لازم برای زندگی اجتماعی را در افراد افزایش می‌دهد و رشد حاصل از این فرآیند آموزشی و تربیتی توسط نهادهای مسئول، به ویژه در کودکان موجب می‌گردد تا افراد مذکور در اجتماع نیز در مواجهه با افراد گوناگون و همچنین معضلات رخ داده در زندگی اجتماعی و شخصی خود، واکنش منطقی و مناسب بکار گیرند.^۱

در این نوشتار به دلیل گستردگی در حوزه پیشگیری از جرایم و انحرافات رایانه ای تنها به بحث و بررسی و آثار مثبت پیشگیری اجتماعی رشد مدار از جرایم رایانه ایی خواهیم پرداخت.

تعریف جرایم رایانه ای:

هنوز اجماع بین‌المللی برای تعریف جرم رایانه‌ای شکل نگرفته و در تعریف آن الگوی یکسانی مورد تبعیت قرار نگرفته، این امر از یک طرف ناشی از سطح غیر یکسان تکنولوژی کامپیوتری و گسترش جرائم رایانه‌ای در کشورهای مختلف و از سوی دیگر ناشی از نظرات و دیدگاه‌های متفاوتی است که مبنای تعاریف جرم رایانه‌ای را شکل می‌دهد. برای مثال سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (O.E.C.D (Organization for Economic Co-Operation and Development) در سال ۱۹۸۳ تعریفی مبهم از جرم رایانه‌ای نموده است که به نظر می‌رسد به اشتباه به‌عنوان تعریف جرم رایانه‌ای مورد استفاده واقع شده است برابر تعریف سازمان مذکور: «سوءاستفاده از کامپیوترها شامل هر رفتار غیرقانونی، غیراخلاقی، غیرمجاز مربوط به پردازش خودکار و انتقال داده‌ها است.» در این تعریف صراحتاً از واژه‌ی «سوءاستفاده از کامپیوتر» به‌جای واژه‌ی حقوقی جرم استفاده شده است و شامل کلیه رفتارهای غیرقانونی، غیرمجاز و غیراخلاقی است و جامع جرم رایانه‌ای قابل استفاده نمی‌باشد.^۲

در سطح ملی نیز گاه تعاریفی از جرم رایانه‌ای به‌عمل آمده است که ذیلاً اشاره می‌گردد، بنا به تعریف پلیس جنایی فدرال آلمان «جرم کامپیوتری دربرگیرنده‌ی همه‌ی اوضاع و احوال و کیفیاتی است که در آن شکل‌های پردازش الکترونیک داده‌ها، وسیله‌ی ارتکاب و یا هدف یک جرم قرار گرفته است و مبنایی برای نشان دادن این ظن است که جرمی ارتکاب یافته»^۳. پلیس ژاپن نیز در این زمینه اعلام نموده که «جرائم متضمن اعمال توأم با بی‌مبالاتی یا حوادثی که موجب تخریب عملکرد سیستم رایانه‌ای یا استفاده غیرقانونی از آن باشد، جرم رایانه‌ای است»، همین‌طور به موجب نظر وزارت دادگستری آمریکا «هرگونه عمل ناقص قانون کیفری که مستلزم آشنایی با دانش مربوط به تکنولوژی کامپیوتر جهت ارتکاب عمل،

۱ - علمداری، علی، ۱۳۸۹، پیشگیری از جرایم سایبری، فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس، شماره ۲، صفحه ۸۰.

۲ - باستانی، پرومند، ۱۳۹۰، جرائم کامپیوتری، اینترنتی جلوه‌نویس از پژوهاری، انتشارات بهنامی، چاپ سوم، صفحه ۳۰.

۳ - دزیانی، محمدحسن، دی و اسفند ۱۳۷۲، ابعاد جزایی کاربرد کامپیوتر و جرایم کامپیوتری و خبرنامه انفورماتیک، شماره ۵۸.



تعقیب و یا رسیدگی به آن باشد، جرم رایانه‌ای است.»^۱

با توجه به مطالب فوق می‌توان در تعریف جرم رایانه‌ای گفت: «هرگونه فعل یا ترک فعلی که در بستر فناوری اطلاعات و ارتباطات از طرف مقنن جرم‌انگاری شود تحت عنوان جرایم رایانه‌ای شناخته می‌شود» حال چه نظیر آن در دنیای فیزیکی وجود داشته باشد مثل سرقت، کلاهبرداری که فضای رایانه این‌گونه جرایم را تسهیل و سریع می‌کند، چه این که یک جرم صرف رایانه‌ای باشد مانند «نشر ویروس».

ویژگی‌های جرایم رایانه‌ای:

با توجه به قابلیت‌های رایانه از قبیل قابلیت تراکم اطلاعات، قابلیت دستیابی به سیستم‌های رایانه‌ای در سراسر دنیا، آسیب‌پذیری سیستم‌های الکترونیکی، درهم آمیختگی شبکه جهانی با تجارت گنجینه‌های اطلاعاتی و عمومیت گستردگی این شبکه ویژگی‌های زیر را می‌توان برای جرایم رایانه‌ای شمرد:

۱. شیوهی ارتکاب آن‌ها آسان است.
۲. با مبلغ اندک خسارت هنگفتی را می‌توان وارد نماید.
۳. می‌توان بدون حضور فیزیکی در یک حوزه‌ی قضایی معین در آن حوزه مرتکب این‌گونه جرایم شد.
۴. کثرت قربانی و بزه‌دیده.
۵. در اغلب موارد غیرقانونی بودن آن‌ها روشن نمی‌شود.
۶. با پیشرفت تکنولوژی رایانه‌ای، راه‌ها ارتکاب این جرایم فنی و تخصصی‌تر گشته و راه‌های مقابله با آن دشوارتر گشته.
۷. پراکندگی مرتکبان در تمام سنین از ۱۰ تا ۶۰ سال و مشاغل مختلف و اعم از لحاظ جنسی.
۸. بالا بودن رقم سیاه؛ تخمین زده می‌شود ۵ درصد جرایم رایانه‌ای به مقامات مجری قانون گزارش می‌شود.
۹. فراملی بودن جرایم رایانه‌ای که گستره این جرایم را به وسعت دنیا گسترش داده است.
۱۰. چالش‌خیزی در حوزه‌ی تعقیب و رسیدگی.^۲

ویژگی‌های مذکور، امنیت ناکافی تکنولوژی و طبیعت مجازی آن، فرصت بسیار مناسبی را در اختیار افراد شرور قرار می‌دهد تا جرایمی همچون سرقت هویت فرد و ورود به حساب بانکی دیگری را به راحتی مرتکب شوند. برای مثال، در دنیای واقعی سرقت از بانک کاملاً مشخص است. چرا که دیگر بعد از سرقت، در خزانه بانک پولی موجود نیست؛ ولی در تکنولوژی جدید، یک خزانه بدون هیچ علامتی خالی می‌شود.

پیشگیری از جرایم رایانه‌ای

۱ - همان .

۲ - گرایلی، حسین، پاییز ۱۳۸۹، بررسی جعل و تخریب و اخلاص رایانه، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۴.





با توجه به وسعت فضای رایانه ای و در عین حال ناشناخته بودن این فضا و با در نظر گرفتن انتقادهایی که از نظام الگوی کیفی در برخورد با جرایم رایانه ای میشود، پیشگیری بهترین و موثرترین راهکار جهت جلوگیری کردن این جرایم به نظر می رسد. در معنای کلی پیشگیری به دو دسته پیشگیری وضعی و پیشگیری اجتماعی تقسیم می شود.

منظور از پیشگیری وضعی ایجاد تغییرات در اوضاع و احوال خاصی است که انسان متعارف ممکن است در آن مرتکب جرم شود منظور از ایجاد تغییر هم جازبه زدایی از سبیل جرم، بالا بردن هزینه، سخت کردن ارتکاب جرم و خطرناک کردن ارتکاب آن است در تعریفی ساده تر منظور از پیشگیری وضعی تدابیری است که فرصت ها و مناسبت های ارتکاب جرم را کاهش می دهد.

در قسمت دیگر پیشگیری اجتماعی خود به دو شاخه تقسیم می شود که عبارت است از پیشگیری اجتماعی جامعه مدار و پیشگیری اجتماعی رشد مدار که آنچه در این نوشتار مورد توجه است پیشگیری اجتماعی رشد مدار است.

پیشگیری اجتماعی رشد مدار نشان می دهد که مداخله به هنگام و به موقع درباره کسانی که به خاطر وضعیت خانوادگی در معرض ارتکاب جرم هستند می تواند جلوی بزهکاری و استمرار تمایلات مجرمانه را در آنها بگیرد. در قالب پیشگیری اجتماعی رشد مدار در دوره های مختلف جسمانی و عقلانی یک سلسله اقدامات مناسب صورت میگیرد که تا در آینده طفل مرتکب جرم نشود.

پیشگیری اجتماعی رشد مدار دو خصیصه دارد:

مداخله زودرس: شامل فرد، خانواده، محیط زندگی فرد می شود.

دارای جنبه تربیتی و فنی است: در این پیشگیری اختلالات رفتاری و روانی طفل هدف قرار می گیرد. هدف پیشگیری اجتماعی رشد مدار تقویت ساز و کارهای خود کنترلی از طریق محیط خانواده و اجتماع تا نوجوان بتواند به قبح و زشتی عمل خود پی ببرد و همینطور آموختن ارتباط با دیگران و تعامل با جامعه است تا یاد بگیرد چگونه پرخاشگری را سرکوب کند و خواسته های خود را به طور مناسب و بدون تهدید بیان کند.

دلایل انتخاب پیشگیری اجتماعی رشد مدار نسبت به پیشگیری وضعی:

پیشگیری اجتماعی رشد مدار ناظر به خود فرد است و می خواهد در فرد وسایل مقاومت در برابر جرم را ایجاد کند اما پیشگیری وضعی ناظر به محیط فیزیکی و آماج جرم است تا طوری تجهیز شود که به بزه دیدگی دچار نشود.



پیشگیری وضعی موردی و در مورد هر جرم متفاوت است اما پیشگیری اجتماعی رشدمدار به دنبال این است که با اقدام در مقاطع سنی مختلف فرد را کالا از قید و بند بزهکاری برهاند. متولی هر کدام از این دو نوع پیشگیری متفاوت است در حالی که پیشگیری وضعی توسط خود فرد یا پلیس یا دیگر دست اندرکاران انجام میگیرد پیشگیری اجتماعی رشدمدار به عاملان اصلی مددکاران اجتماعی، خانواده، مربیان و... سپرده شده است.

پیشگیری اجتماعی رشدمدار در زمان توزیع شده است و در مقاطع سنی مختلف بر فرد اعمال می شود در حالی که پیشگیری وضعی مقطعی و مربوط به یک زمان خاص است.

راهکارهای پیشگیری و برون رفت از جرایم رایانه ای با توسل به پیشگیری اجتماعی رشد مدار (زودرس):

۱- اقدامات مداخله آمیز والدین: اولین محیطی که توجه متولیان امر پیشگیری اجتماعی را به خود جلب می کند خانواده و به تبع آن والدین است، لذا باید با دادن آموزش های لازم از طریق رسانه های گروهی یا دعوت آنها در جلسات مشاوره یا اولیاء و مربیان به نحوی آنها را با مزایا و خطرات فضای سایبر آشنا نمود، راهکارها و برخورد مناسب در مواجهه با این امر را به آنها آموزش داد تا اولاً والدین خود به خوبی از مزیت ها و خصوصیت ها و نحوه استفاده از فضای سایبر آشنا شوند و سپس با ایجاد حس مسئولیت در آنها راهکارهای منطقی و مناسب برای جلوگیری از قرار گرفتن فرزندشان در مقابل خطرات و تحریک های جرایم رایانه ای ارائه دهند.

بنابراین یکی از مهم ترین رهیافت ها، محافظت از اشخاص جوان در فضای سایبر، حضور فعال والدین، معلمان و مشاوران مسئول است تا بتوان آن ها را کمک و راهنمایی کنند و در صورت لزوم آنها را باز دارند.

۲- تدابیر همیاری هم سالان؛ یکی دیگر از عواملی که در شکل گیری شخصیت کودکان و نوجوانان در استفاده از فضای مجازی نقش ایفا می کند، مربیان و مسئولان آموزشی کودک اند که چنانچه تحت آموزش نیز واقع گردند می توانند نقش یک خواهر و برادر بزرگ را ایفا کند و به کودک و یا نوجوان نحوه استفاده صحیح از اینترنت را بیاموزند و مراقبت های لازم را در زمانی که کودک اشتباه می کند متذکر گردند و یا راه های محافظت کردن از اطلاعات در فضای مجازی را به ایشان آموزش دهند. البته اگر چنین مسئولیتی به آنها سپرده شود برای خود آنها نیز مفید خواهد بود، زیرا برای اینکه وجهه ی خود را در برابر کوچک ترها از دست ندهند سعی می کنند مرتکب اقدامات خلاف قواعد فضای سایبر نشوند چرا که به خوبی می دانند کوچک ترها رفتارهایشان را تعقیب می کنند و منتظر تقلید از آنها هستند.^۲

۱ - علمداری، علی، اردیبهشت ۱۳۸۹، پیشگیری از جرایم سایبری، فصلنامه مطالعات بینالمللی پلیس، شماره ۲.
۲ - جلالی فراهانی، امیرحسین، پاییز ۱۳۸۴، پیشگیری وضعی از جرایم سایبری در بر تو موازین حقوق بشر، فصلنامه ی فقه و حقوق، شماره ۶.



۳- تدابیر آموزشی؛ یکی از تدابیر آموزشی برای حفظ کودکان در فضای سایبر این است که باید طی فرآیندی آموزشی به کودکان یاد داده شود چه کارهایی انجام دهند و از چه کارهایی بپرهیزند تا در موفقیت ناایمن در فضای مجازی قرار نگیرند و در صورت مواجهه چه اقداماتی را انجام دهند.

برای نمونه، هرگاه در فضای آن لاین با غریبه‌هایی که سعی می‌نمایند با بیان اداهای فریبنده و آشنا، با کودک ارتباط برقرار کنند بویژه بخواهند اطلاعات شخصی از کودک بگیرند، کودک چگونه با این افراد برخورد کند و در صورت لزوم به سرعت قطع ارتباط نماید. لازمه‌ی چنین راهنمایی و هدایت از سوی متولیان تربیتی، داشتن آگاهی نسبی از فضای سایبر و رعایت کارکردهای لازم در فضای مزبور است و برای تحقق این امر می‌شود با برگزاری دوره‌های ویژه‌ی والدین، معلمان و متولیان امر آموزش آنها را با مسائل مورد نیازشان برای حفظ سلامت کودک در فضای سایبر آشنا نمود.^۱

۴- تدابیر رسانه‌ای؛ نهادینه کردن رسانه‌های گروهی به عنوان رکن اساسی و قاعده‌مند سیستم‌های قضایی با استفاده از آموزش شاغلین در رسانه‌ها، با عنایت به نقشی که رسانه‌ها در ایجاد امنیت و آرامش و کامیابی دارند، چراغ روشنی فرا راه پیشگیری از وقوع جرم خواهد بود. همکاری و تعاون بین ارکان سیستم قضایی و رسانه‌های گروهی موجب مشارکت اجتماعی فعال و اجرای برنامه‌های سیستم قضایی خواهد بود. با توجه به این که سیستم‌های قضایی نقش محدودی در پیشگیری از جرم سرقت رایانه‌ای دارند، استفاده از رویکردهای دیگر در این ارتباط لازم به نظر می‌رسد. رسانه‌های گروهی این توانایی را به عنوان ابزار آموزشی توانمند جهت پیشگیری موثر از جرم دارند، از طرفی رسانه‌ها به عنوان مولد رفتار و عقاید افراد در جامعه هم محسوب می‌شود، بعضی‌ها ادعا دارند که نگرش یا ذهنیت اولیه در اکثر مردم، از اخبار و دیگر رسانه‌های گروهی ناشی می‌شود. کارشناسان دیگر استدلال می‌کنند که جرایم و دیگر رسانه‌ها نقش کلیدی را در شکل‌گیری نظم، ثبات و تغییر دارند.

از سوی دیگر بدون شک رسانه نفوذ انکارناپذیری در شکل‌گیری رفتار و منش یکایک افراد جامعه خواهد داشت. رسانه‌های گروهی به وسیله‌ی آموزش ارزش‌های فرهنگی و اجتماعی آموزش چگونگی ارتباطات اجتماعی و تزریق اصول و عقاید مطلوب در اذهان مردم جامعه نقش ارزشمندی در شکل‌گیری شخصیت و رفتار در میان آحاد جوامع انسانی و ملت‌ها خواهد داشت.^۲

۵- آموزش و آگاهی افراد؛ از جمله تدابیر مؤثر در پیشگیری از جرایم رایانه‌ای، آموزش کافی و اطلاع‌رسانی بهنگام است. توسعه سریع فناوری رایانه و نقش عمده‌ی آن در جهان امروز به ویژه کشورهای

۱ - علمداری، علی، اردیبهشت ۱۳۸۹، پیشگیری از جرایم سایبری، فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس، شماره ۲.
۲ - (رنجبر ۱۳۹۰: ۳۸)



صنعتی موجب گردیده است که کودکان و نوجوانان از سنین کودکی با کاربری رایانه آشنا گردند و در سنین نوجوانی و جوانی به افرادی آشنا با فناوری رایانه به ویژه از بعد تجربی مبدل شوند. لذا آگاه ساختن این افراد و ارائه آموزش‌های لازم از سنین کودکی می‌تواند نقش شایان توجهی در پیشگیری از جرایم رایانه‌ای داشته باشد. بعلاوه ارائه آموزش‌های ویژه برای عمومی جامعه نیز از اهمیت بسزایی دارد. با ارائه این نوع آموزش‌ها می‌توان به افراد جامعه آموخت که به شیوه‌هایی احتمال آسیب‌دیدگی فردی و اجتماعی در مقابل مجرمان رایانه‌ای را کاهش دهند و بتوانند خانواده، اموال و حیثیت اجتماعی خود را تا حد زیادی از خطرات احتمالی مصون دارند.

علاوه بر موارد یاد شده آموزش‌هایی در ارتباط با مشاغل خاصی از جامعه ضروری است: به عنوان مثال طرح‌ریزی و اجرای آموزش خاص برای مسئولان حفاظت و امنیت و شبکه‌های رایانه‌ای که در بانک‌ها یا اداره‌جات مالیاتی سر و کار دارند.

به نظر می‌رسد مهمترین عاملی که پیشگیری اجتماعی از سرقت رایانه‌ای را با شکست مواجه می‌سازد، امکان ارتکاب اینگونه جرایم در خلوت است. مسلماً تربیت و آموزش برای تلقین شخص به خودداری از ارتکاب جرم و نقض نکردن هنجارهاست. اما باید دید این راهکارها تا چه اندازه در جلوگیری از ارتکاب جرم در خلوت اشخاص موثر است

امکان ارتکاب انواع بسیاری از جرایم رایانه‌ای در خلوت، بی‌آنکه عامل مداخله‌گری هم وجود داشته باشد، ظرفیتی است که فضای تبادل اطلاعات به بشر ارزانی داشته است و معظلی است برای سیاستگذاران خرد و کلان جامعه که چگونه با این‌گونه ناهنجاری‌ها برخورد کنند.^۱

۶- نهادینه کردن اخلاق دینی در فضای مجازی؛ فضای سایبر در صورتی به محیط امن تبدیل می‌شود که کاربران آن، سالم و هنجارمند عمل کنند. البته جای یادآوری است که در کنار راهبردهای ناظر به تقویت اخلاق کاربری، راهکارهای ایمن‌سازی با استفاده از ظرفیت تکنولوژی ابزار ارتباط سایبری نیز مد نظر قرار گرفته است، مثل راهکارهای فیلتر نمودن غیر اخلاقی و ایجاد سیستم نظارت بر میزان و چگونگی نفوذ.^۲

اما نکته این است که اگر کاربران ضرورت و لزوم فضای ایمن در ارتباطات خودشان را باور نکنند، چنان که تجربه‌های چند ساله نشان داده است، ساز و کارهای تکنولوژی به سبب پیشرفت تکنولوژی و قرار گرفتن برنامه‌های عبور از موانع تعبیه شده بر سر راه استفاده‌کنندگان، عملاً تدابیر کنترلی را با بن‌بست روبرو

۱ - دزیانی، همان منبع، ۲۰۱۰
۲ - (کوشا ۱۳۹۱: ۱۲۸)



می‌سازد. با این حساب، راهبرد اخلاقی با استفاده از راهکارهای نهادینه‌سازی اخلاق کاربری با محوریت دستورات دینی به صورت متمم کنترلی، اهمیت خاصی در پیشگیری از سرقت سایبری خواهد داشت.

نتیجه‌گیری

میل و اشتیاق به استفاده از رایانه و اینترنت و بهره‌مندی از مزایای آن، اگر چه زمینه‌ی مشارکت جوامع مختلف در فناوری‌های پیشرفته را فراهم کرده، اما در عین حال شرایط و بستر مساعدی نیز برای ظهور جرایم سایبری به‌وجود آورده است. بسیاری از اعمال مجرمانه‌ای که در فضای فیزیکی و ملموس قابل تحقق هستند در فضای مجازی نیز امکان فعلیت دارند. ماهیت و ویژگی‌های جرایم رایانه‌ای از جمله داشتن ابعاد جهانی و فراملی، فقدان توافق جهانی پیرامون تعریف واحدی از جرایم رایانه‌ای، بالا بودن سرعت ارتکاب این جرایم، فقدان رویه مشخص پیرامون همکاری‌های متقابل و بالا بودن هزینه‌ی کشف این جرایم مراجع قضایی و انتظامی را با چالش‌های جدی روبه‌رو کرد.

بطور کلی جرایم رایانه‌ای با اغلب جرایم متعارف و کلاسیک در چند مورد اختلاف اساسی دارند: اولاً؛ شیوه‌ی ارتکاب آن‌ها تقریباً آسان است. ثانیاً با منابعی اندک، خسارت هنگفتی می‌تواند وارد کند، ثالثاً می‌توان بدون حضور فیزیکی در یک حوزه‌ی قضایی معین، در آن حوزه مرتکب این جرم شد، رابعاً در اغلب موارد غیرقانونی بودن آن آشکار نیست.

در این میان و با توجه به مطالب ذکر شده و با توجه به اصل منطقی و خدشه‌ناپذیر رجحان «پیشگیری» بر «درمان»، پیشگیری بهترین راهکار برای مقابله با این جرم می‌باشد لذا در کشورها علاوه بر نیاز به قانون جامع و کامل جزایی در این مورد تدابیر پیشگیرانه نیز در قالب سیاست‌های امنیتی و تدابیر کارآمد فنی لازم می‌باشد از طرفی با علم به پیشرفت روز افزون جرایم رایانه‌ای و از سوی دیگر با توجه به مشکلات و موانع نظام عدالت کیفری در برخورد جرایم رایانه‌ای استفاده از راهکارهای پیشگیری در کنار تدابیر کیفری واجب و غیر قابل انکار است.

البته نباید فراموش شود که اگر پیشگیری همراه با سرکوبی نباشد، مثرترم واقع نخواهد شد. هر چند عده زیادی از مدعیان پیشگیری یک نظر مطلق و قاطع دارند. این عده یا در جبهه‌ی پیشگیری قرار می‌گیرند و یا در جبهه‌ی سرکوبی و رقیب خود را به این که مطلقاً «پیشگیری مدار» و یا «سرکوب مدار» است، متهم می‌کنند. صرف‌نظر از این بحث، مهم‌ترین چالش این است که بینیم چگونه پیشگیری و سرکوبی با همدیگر ترکیب می‌شوند و چگونه به‌طور متقابل همدیگر را تکمیل می‌کنند و این که چگونه پلیس موفق به جمع پیشگیری و مجازات می‌شود، بنابراین در صورت شکست تدابیر پیشگیرانه، جامعه خلع سلاح نشده



است و سرکوبی را به عنوان آخرین سلاح در اختیار دارد.

با این اوصاف اگر بتوان اشخاصی که در خطر بزه دیدگی از جرایم رایانه ای قرار دارند و یا افرادی که زمینه بروز انگیزه های مجرمانه در آنها وجود دارد را با راه کارهای غیر کیفری که در این نوشتار مختصراً به آن اشاره شد هدایت نمود بی شک موثر تر و در عین حال کم هزینه تر از اقدامات کیفری در جلوگیری از جرایم رایانه ای خواهد بود و از آنجایی که بخش عمده ای از بزه کاران و بزه دیدگان جرایم رایانه ای را قشر جوان و نوجوان جامعه تشکیل می دهد توجه به مبحث پیشگیری اجتماعی رشدمدار میتوان بهترین روش در جهت جلوگیری از این جرایم نوین باشد.

آنچه تلاش شد در این مختصر نوشتار تبیین گردد راهکارهای پیشگیری اجتماعی رشدمدار از جرایم و انحرافات رایانه ای است نکته قابل توجه دیگر این است که بحث جرایم رایانه ای و تلاش در جهت پیشگیری از وقوع یا تکرار آن‌ها و مقابله با مرتکبان و حمایت از بزه دیدگان، به یک حوزه خاص منحصر نمی شود. کما اینکه بطور کلی این مبحث یک حوزه میان رشته‌ای را تشکیل می دهد و از تعامل حقوق با فناوری به وجود آمده است. هر چند نباید دیگر حوزه‌ها نظیر علوم اجتماعی یا روانشناسی را نیز نادیده انگاشت.

آخر سخن اینکه جرایم رایانه‌ای از جمله جرایم فراملی می باشد از این رو جهانی شدن جرم، به جهانی شدن حقوق کیفری، آیین دادرسی کیفری، جرم شناسی، و به طور کلی جهانی شدن سیاست جنایی منجر شده است و سرنوشت کشورها در جرایم فراملی به هم گره خورده است لذا راهکارهای محلی جوابگوی این گونه جرایم نیستند. به بیانی دیگر، جهانی شدن جرم جهانی شدن مبارزه با آن را می طلبد.

پیشنهادهات:

با توجه به مطالب ذکر شده در این نوشتار در مورد پیشگیری از جرایم رایانه ایی در حوزه ی قضایی پیشنهاد میشود تا با ایجاد نهادهای ویژه ی حقوقی برای مطالعه ی حقوقی امور رایانه، بویژه تأسیس رشته های دانشگاهی و تربیت قضات و بازپرس هایی که در زمینه ی جرایم رایانه ای تخصص داشته باشند از پیشرفت این جرم جلوگیری بعمل آید از سمتی آگاهی دادن به کاربران کامپیوتر و تشویق آنان برای بکارگیری تدابیر امنیتی و تشویق بزه دیدگان به اعلام وقوع جرم و آموزش نیروی پلیس و کادر قضایی متخصص در این زمینه و در زمینه ی قانونگذاری نیز تدوین قوانین مناسب و انجام اصلاحات ضروری به پیشگیری از وقوع جرایم رایانه ای خواهد انجامید. در نهایت با توجه به فرامرزی بودن این جرم توسل به همکاری همه جانبه بین المللی در امر کشف جرایم رایانه ای و تعقیب مرتکبین امری ضروری می باشد.



منابع

کتاب:

- ۱- الهی منش، محمدرضا، سدره نشین ابوالفضل (۱۳۹۰) عشای قانون جرایم رایانه‌ای، انتشارات مجید.
- ۲- آنسل، مارک، ۱۳۷۵، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرند آبادی، چاپ سوم.
- ۳- بای حسینی و پورقهرمانی بابک، ۱۳۸۸، بررسی فقهی و حقوقی جرایم رایانه‌ای، انتشارات سمت، چاپ اول.
- ۴- باستانی، برومند، ۱۳۹۰، جرائم کامپیوتری. اینترنتی جلوه نوین از بزهکاری، انتشارات بهنامی، چاپ سوم.
- ۵- بکاریا، سزار، ۱۳۶۱، رساله جرایم و مجازاتها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
- ۶- سالاری، مهدی، ۱۳۸۹، حقوق کیفری اختصاصی، سرقت، تعزیری و رایانه‌ای، انتشارات میزان، چاپ اول.
- ۷- جلالی فرهانی، امیرحسین، ۱۳۸۸، کنوانسیون جرایم سایبر و پروتکل الحاقی آن، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ اول.
- ۸- خدقلی، زهرا، ۱۳۸۳، جرایم رایانه‌ای، انتشارات آریان، چاپ اول.
- ۹- دزبانی، محمدحسن، ۱۳۸۱، گزارش توجیهی جرایم کامپیوتری، (شورای عالی انفورماتیک کشور).
- ۱۰- ویلیامز، ماتيو، بزهکاری مجازی، ۱۳۹۱، ترجمه، امیرحسین جلالی فرهانی، محبوبه منفرد، میزان، چاپ اول.
- ۱۱- محمد نسل، غلامرضا، ۱۳۹۲، حقوق جزای اختصاصی جرایم رایانه‌ای در ایران، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
- ۱۲- میرمحمد، صادقی، حسین، ۱۳۸۳، حقوق کیفری اختصاصی (جرایم علیه اموال و مالکیت) تهران، میزان، چاپ اول.

مقاله و نشریات:

- ۱- جلالی فرهانی، امیرحسین، تابستان ۱۳۸۳، پیشگیری از جرایم رایانه‌ای، مجله حقوق دادگستری، شماره ۷۷.
- ۲- جلالی فرهانی، امیرحسین، پاییز ۱۳۸۴، پیشگیری وضعی از جرایم سایبری در پرتو موازین حقوق بشر، فصلنامه‌ی فقه و حقوق، شماره ۶.
- ۳- جلالی فرهانی، امیرحسین و باقری اصل رضا، پاییز ۱۳۸۸، پیشگیری اجتماعی از جرایم سایبری راهکارهای اصلی برای نهادینه سازی اخلاق سایبر، مجله ره آور نو، شماره ۳۴.
- ۴- جلالی فرهانی، امیرحسین و باقری اصل رضا، تابستان ۱۳۸۶، پیشگیری اجتماعی از جرایم سایبری، مجلس و راهبرد شماره ۵۵.
- ۵- چاله چاله، فرشید، اردیبهشت ۱۳۸۷، اصول و مبانی پیشگیری از جرم، مجله دادرس، شماره ۶۷.
- ۶- خرم آبادی، عبدالصمد، تابستان ۱۳۸۶، کلاهبرداری رایانه‌ای از دیدگاه بینالمللی و وضعیت ایران، فصلنامه‌ی حقوق و علوم سیاسی شماره ۲.
- ۷- دزبانی، محمدحسن، دی و اسفند ۱۳۷۲، ابعاد جزایی کاربرد کامپیوتر و جرایم کامپیوتری و خبرنامه انفورماتیک، شماره ۵۸.
- ۸- دزبانی، محمدحسن، ۱۳۸۵، مقدمه‌ای بر سیاست جنایی ایران «جرایم سایبری» ماهنامه قضاوت، شماره ۳۸.
- ۹- قناد، فاطمه، بهار ۱۳۸۷، پولشویی در بستر فناوریهای اطلاعات و ارتباطات، حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۴.
- ۱۰- علمداری، علی، اردیبهشت ۱۳۸۹، پیشگیری از جرایم سایبری، فصلنامه مطالعات بینالمللی پلیس، شماره ۲.
- ۱۱- گراییلی، حسین، پاییز ۱۳۸۹، بررسی جعل و تخریب و اخلال رایانه، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۴.



پایان نامه و تقریرات:

- ۱- میرخلیلی، سیدمحمود، پیشگیری وضعی از بزهکاری بانگاہ به سیاست جنایی اسلام، رسانه دکتری، دانشگاه تهران (۱۳۸۵)
- ۲- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جرم شناسی، تنظیم: عباس تدین، دوره‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق
۳- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جرم شناسی (جرم شناسی تجربی) تنظیم: بتول پاکزاد، دوره‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، (۱۳۷۲)
- ۴- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جرم شناسی، تنظیم: محمدعلی بابایی، دوره‌ی دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، (۱۳۸۰)





نقد یک رأی

در زمینه‌ی هنگام اجرای اصل صحت

تحلیل دادنامه شماره ۹۱۰۰۵۵ به تاریخ ۱۳۹۱/۱/۳۱ صادره از شعبه ۱۰۵ دادگاه عمومی

حقوقی تهران

عباس میرشکاری^۱

چکیده:

براساس ماده ۲۲۳ ق.م.م، «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود». بنابراین، مقدمه اجرای اصل صحت، احراز وقوع معامله است اما معامله در چه زمانی واقع می‌شود؟ آیا باید همه شرایط انعقاد عقد احراز شود تا بتوان اصل صحت را اعمال کرد یا حتی اگر در ظاهر هم بتوان عقد را منعقد شده دانست، اعمال اصل صحت شدنی است؟ در پرونده‌ای که در این نوشتار به آن پرداخته می‌شود میان دادگاه نخستین و تجدیدنظر درباره‌ی هنگام اجرای اصل صحت اختلاف نظر وجود دارد. دادگاه نخستین، در پناه اصل صحت معامله را میان خواهان و خوانده، «واقع شده» و «صحیح» می‌داند اما دادگاه تجدیدنظر چنین نمی‌اندیشد. در مقاله‌ی پیش‌رو، به تحلیل این پرونده پرداخته خواهد شد.

کلیدواژگان:

اصل صحت، قرارداد، اثبات، بطلان



مقدمه:

مبايعه‌نامه‌ای با سند عادی میان وکیل فروشنده و شخص خریدار منعقد شده، فروشنده به تعهد خویش برای تنظیم سند و تحویل ملک عمل نکرده و عذر می‌آورد که وکیلش به عنوان شاهد مبايعه‌نامه را امضاء کرده است نه به عنوان وکیل در انعقاد قرارداد. دادگاه نخستین با استناد به اصل صحت، ادعای فروشنده را نپذیرفته و حکم به الزام وی به تنظیم سند رسمی می‌دهد اما دادگاه تجدیدنظر، استناد به اصل یاد شده را زمانی صحیح می‌داند که وقوع معامله احراز بشود و از آنجا که اصل معامله احراز نشده، حکم به صحت معامله نمی‌دهد. اینک، باید به این پرسش پاسخ داد که حق با کدام یک از این دو دادگاه است؟ دادگاهی که در نخستین تردید در صحت معامله، بی‌آنکه به دنبال احراز وقوع آن باشد، حکم به صحت معامله می‌دهد یا دادگاهی که در پی اثبات شرایط انعقاد قرارداد و سپس، اجرای اصل صحت است. در این نوشتار، در پی یافتن پاسخی برای این پرسش هستیم.

مبحث نخست - شرح رویدادهای پرونده

در دادنامه شماره ۹۱۰۵۵ به تاریخ ۱۳۹۱/۱/۳۱ صادره از شعبه ۱۰۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران می‌خوانیم:

«در خصوص دعوی آقای (ع. ح. ی.) به طرفیت خواندگان خانم (م. ب.) و آقای (ر. ص.) به خواسته الزام خواندگان به تنظیم سند رسمی شش دانگ یک دستگاه آپارتمان جزء پلاک ثبتی ۲۵/۵۴۱۲ بخش ۱۱ تهران و سپس تحویل آپارتمان مذکور و مطالبه وجه التزام عدم حضور در دفترخانه به شرح بند هفت مبايعه‌نامه و خسارت تأخیر در تحویل مبیع روزانه مبلغ یک میلیون ریال از تاریخ ۱۳۹۰/۴/۴ لغایت زمان تحویل به انضمام خسارات دادرسی، به اعتقاد دادگاه خواسته‌ی الزام به تنظیم سند رسمی وارد و مقرون به دلیل میباشد؛ زیرا خوانده ردیف دوم آقای (ر. ص.) از سوی خوانده ردیف یکم به موجب وکالتنامه شماره ۱۱۰۹۸۱ به تاریخ ۱۳۸۹/۴/۷ تنظیمی در دفتر اسناد رسمی شماره ۳۱۶ تهران با داشتن اختیارات قانونی، در مقام انعقاد عقد بیع با خواهان دعوی بر آمده که به موجب مبايعه‌نامه شماره ۰۱۲۴۹۷ مشاورین مسکن ب. ع. خواندگان یک دستگاه آپارتمان... را به خواهان فروخته‌اند و با اخذ چک که وسیله پرداخت میباشد، بیع به نحو قطعی تحقق و تثبیت یافته است و دفاعیات وکیل خوانده ردیف یکم مبنی بر اینکه در قسمت نام فروشنده ذیل مبايعه‌نامه، امضای نامبرده ملاحظه نمی‌گردد و مبايعه‌نامه بدون امضای مالک صادر



گردیده، این ادعا به لحاظ امضای وکیل مشارالیها که نشانگر وقوع عقد بیع از سوی فروشنده که وکیل مالک آپارتمان بوده، مندرج و مردود بوده و رافع مسئولیت نامبرده در انتقال ملک به خریدار نیست؛ با این وصف، اقتضای قانونی جهت استفاده مشتری از انحصار انتفائات مالکیت خویش و نیز تعهد خواندگان به تنظیم سند رسمی، مبرهن می‌سازد که مالکیت رسمی مورد معامله به نام مشارالیه ثبت گردد و چون دلیلی بر ایفاء یا اسقاط تعهد از ناحیه خواندگان ابراز نشده است، لذا دادگاه دعوی خواهان را ثابت تشخیص و مستنداً به مواد ۱۰ و ۲۱۹ و ۲۲۳ قانون مدنی و ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، حکم به الزام خواندگان به حضور در دفتر اسناد رسمی، نسبت به انتقال و تنظیم سند رسمی ملک مورد معامله با توابع و لواحق آن شامل انباری و پارکینگ در قبال دریافت کل ثمن معامله که تا کنون وصول نشده است، به نام خواهان صادر و اعلام مینماید و همچنین، خواندگان را به پرداخت مبلغ ۹۷۰/۰۰۰ ریال بابت هزینه دادرسی و مبلغ ۱/۶۲۰/۰۰۰ ریال بابت حقالوکاله وکیل در حق خواهان محکوم مینماید و اما در خصوص تحویل آپارتمان نظر به اینکه دعوی تحویل مبیع فرع بر مالکیت خواهان میباشد و در مانحنفیه خواهان مالکیتی بر مورد معامله ندارد، لذا مستنداً به ماده دو قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، قرار عدم استماع دعوی صادر و اعلام مینماید و در خصوص وجه التزام عدم حضور فروشنده در دفترخانه جهت تنظیم سند و عدم تخلیه مورد معامله در موعد مقرر، با عنایت به مراتب صدرالذکر که بیانگر آن است عدم حضور خواندگان و عدم تخلیه به لحاظ اختلاف متداعیین در خصوص عدم وقوع عقد بیع بوده و این امر موجب عدم حضور خواندگان در دفترخانه و عدم تخلیه ملک متنازع‌فیه شده است، لذا دعوی خواهان را غیر ثابت تشخیص و حکم به رد آن صادر و اعلام می‌نماید اما در خصوص دعوی تقابل مبنی بر صدور حکم بر ابطال مبایعه‌نامه شماره ۰۱۲۴۹۷ مورخ ۹۰/۲/۴ به انضمام هزینههای دادرسی، نظر به اینکه چون مطابق مدلولات صدرالذکر دادگاه وقوع عقد بیع را محرز دانسته و با توجه به اینکه اصل صحت و لزوم قراردادهای تکیه‌گاهی است که با اتکا با آن در صورت شک و تردید در صحت و لزوم عقد باید اصل را پذیرا گشت، لذا دادگاه به جهات مذکور دعوی تقابل را وارد ندانسته و به رد آن انشای حکم می‌نماید. رأی صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ، قابل تجدیدنظر در محاکم محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد».

پس از تجدیدنظرخواهی دادباخته، رای شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۶۷۵ به تاریخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ به شرح زیر صادر می‌شود:

«تجدیدنظرخواهی خانم (م. ب.) و (ر. ص.) نسبت به آن بخش از دادنامه شماره ۹۱۰۰۵۵ مورخه



۱۳۹۱/۱/۳۱ صادره از شعبه ۱۰۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران که طی آن ضمن صدور حکم به رد دعوی تقابل تجدیدنظر خواهانها به خواسته ابطال مبیعهنامه شماره ۱۲۴۹۷/۰ مورخه ۱۳۹۰/۲/۴ حکم به محکومیت آنان به حضور در دفتر اسناد رسمی نسبت به انتقال و تنظیم سند رسمی ملک مورد معامله با توابع آن و پرداخت هزینه دادرسی و حقالو کاله و کیل له خواهان اصلی صادر گردیده است، وارد و موجه است و اصدار رأی در محدوده تجدیدنظر خواهی بنا به دلایل ذیل، مخدوش و در خور نقض میباشد؛ زیرا برابر مواد ۱۹۰ و ۲۲۳ و ۳۳۸ قانون مدنی، برای صحت هر معاملهای قصد طرفین و رضای آنان شرط می باشد و بیع نیز تملیک عین به عوض معلوم و پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن و با ایجاب و قبول از ناحیه آنان محقق می گردد و در صورتی که معامله واقع شود، اصل بر صحت آن میباشد مگر خلاف آن به اثبات برسد اما در پرونده مطروحه موضوع قرارداد عادی ۹۰/۲/۴ بنا به دلائل ذیل، عقد بیع احراز نمیگردد، زیرا اولاً؛ مبیعهنامه به امضای مالک نرسیده است و (ر. ص.) که وکالت از مالک داشته، ذیل مبیعهنامه به عنوان فروشنده و قسمت مربوط را امضا نموده است بلکه آن را به عنوان شاهد امضا کرده و حسب اظهار وی پس از انجام مذاکرات در بنگاه صحت و انجام معامله و امضای آن را منوط به حضور مالک و رضایت وی و امضای ذیل مبیعهنامه دانسته که در کلیه مراحل نیز به این امر اقرار داشته که محقق نشده است و در غیر این صورت، ضرورتی بر امضای موکل وجود نداشته و شخصاً اختیار انجام آن و امضای مبیعهنامه را داشته است و به آن عمل مینموده است، ثانیاً؛ چنانچه معامله در تاریخ ۹۰/۲/۴ صحیح انجام گردیده باشد، عرف و رویه معمول در بنگاه تنظیم مبیعه در چند نسخه و اخذ قسمتی از ثمن معامله و تحویل آن به فروشنده میباشد، در حالی که برابر محتویات پرونده، نسخهای از قرارداد مذکور تحویل فروشنده نگردیده است و متعاقباً با شکایت تجدیدنظر خواهانها و بعد از گذشت مدت زمان مدیدی یک نسخه از آن تحویل آنان شده است که حسب اظهار آنان در این فاصله تکمیل و تنظیم شده است و از بابت وجه اولیه نیز دو فقره چک به تاریخ بعد تحویل شده است که اقدامات مذکور فاقد توجیه قانونی می باشد، ثالثاً؛ در صورت صحت معامله باید قسمتی از ثمن معامله در زمان معامله پرداخت شود که اخذ چک به تاریخ بعد و امضای بیعنامه بدون اخذ ثمن بر خلاف معمول و رویه جاریه میباشد و حسب اظهار آقای (ر. ص.) علت این امر را بدان جهت دانسته که در صورتی که مالک رضایت بر انجام معامله داشته باشد، با حضور وی در بنگاه و امضای ذیل مبیعهنامه چکها را وصول نماید که چنین امری محقق نشده است و حتی چک اولیه نیز به تاریخ ۹۰/۲/۶ وصول نشده است و هیچ وجهی اخذ نگردیده است و حسب اظهار احد از گواهان تجدیدنظر خواه در استشهادیه پیوستی به همراه تجدیدنظر خواه روز بعد (۹۰/۲/۵) به بنگاه جهت اعلام عدم رضایت مالک و



اخذ مدارک و مستندات مراجعه گردیده، بنگاه حاضر به تحویل آن نشده است که تمامی این امور حکایت از عدم انجام این معامله دارد، رابعاً؛ صرف اعطای وکالت موجب ایجاد مسؤلیت برای موکل (مالک) نمیگردد، زیرا وکیل منکر انجام معامله در کلیه مراحل گردیده و موکل نیز با توجه به عدم امضای خود و عدم انجام وکالت از ناحیه وکیل مسؤلیتی نداشته، لذا صدور حکم به محکومیت وکیل به تنظیم سند با توجه به عدم مالکیت وی و عدم سمت آن و موکل نیز به لحاظ عدم انجام وکالت از ناحیه وکیل خود فاقد توجیه قانونی میباشد؛ مضافاً اینکه در وکالتنامه نیز اعطای وکالت در فروش پس از اخذ رسید و تسلیم مدارک مورد لزوم به دفترخانه به وکیل اعطاء شده است؛ علیهذا این دادگاه، تجدیدنظرخواهی را موجه دانسته و مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی و با نقض حکم صادره در محدوده تجدیدنظرخواهی حکم به بی‌حقی خواهان اصلی و بطلان مبایعهنامه عادی مورخه ۹۰/۲/۴ له تجدیدنظرخواهانهای مذکور صادر و اعلام مینماید و همچنین، تجدیدنظرخواهی آقای (ع. ح. ی. ب) با وکالت (م. ح. الف.) نسبت به آن بخش از دادنامه مذکور که قرار عدم استماع دعوی خواهان به خواسته تحویل مبیع و حکم به ردّ دعوی در خصوص مطالبه وجه التزام و خسارت تأخیر در تحویل صادر شده است، نظر به مراتب مذکور و صدور رأی به بطلان دعوی اصلی و مبایعهنامه عادی فیما بین، دادگاه تجدیدنظرخواهی را متضمن جهت موجه در نقض آن ندانسته و با ردّ تجدیدنظرخواهی، دادنامه تجدیدنظرخواسته را در این بخش به استناد مواد ۳۵۸ و ۳۵۳ قانون مازاد ذکر، تأیید و استوار میدارد. رأی صادره قطعی است».

مبحث دوم - تحلیل رویدادهای پرونده

خواهان سه خواسته دارد: نخست، الزام خواندگان به تنظیم سند رسمی، دوم، تحویل مبیع و سرانجام، مطالبه وجه التزام عدم حضور در دفترخانه و خسارت تأخیر در تحویل مبیع. به این سه خواسته باید پرداخت اما پیش از آن، لازم است بررسی شود که آیا میان طرفین پرونده، قراردادی منعقد شده است یا خیر؟

بند نخست - احراز وقوع معامله

میان دو دادگاه نخستین و تجدیدنظر درباره‌ی وقوع معامله اختلاف وجود دارد: دادگاه نخستین، تردیدی در این باره ندارد، به باور این دادگاه، «خوانده ردیف دوم آقای (ر. ص.) از سوی خوانده ردیف یکم به موجب وکالتنامه شماره ۱۱۰۹۸۱ به تاریخ ۱۳۸۹/۴/۷ تنظیمی در دفتر اسناد رسمی شماره ۳۱۶ تهران با داشتن اختیارات قانونی، در مقام انعقاد عقد بیع با خواهان دعوی بر آمده، که به موجب مبایعهنامه شماره ۰۱۳۴۹۷ مشاورین مسکن ب. ع. خواندگان یک دستگاه آپارتمان... را به خواهان فروخته‌اند و با اخذ چک که وسیله پرداخت می‌باشد، بیع به نحو قطعی تحقق و تثبیت یافته است...». افزون بر این امور موضوعی، دادگاه یاد



شده، به اصل صحت نیز استناد می‌کند، آنجا که می‌نویسد: «اصل صحت و لزوم قراردادهای تکیه‌گاهی است که با اتکا بر آن در صورت شک و تردید در صحت و لزوم عقد باید اصل را پذیرا گشت».^۱ برای همین، در صدور «حکم به الزام خواندگان به حضور در دفتر اسناد رسمی و انتقال و تنظیم سند رسمی ملک مورد معامله» تردیدی نمی‌کند اما دادگاه تجدیدنظر چنین نمی‌اندیشد. به اعتقاد این دادگاه، برای اجرای اصل صحت در هر عقدی، نیاز به احراز انعقاد آن عقد است، در حالی که در پرونده‌ی پیش‌رو، انعقاد عقد اثبات نمی‌شود، در نتیجه، شرایط برای اجرای اصل صحت فراهم نیست، چنانکه در بخشی از دادنامه دادگاه تجدیدنظر می‌خوانیم: «برابر مواد ۱۹۰ و ۲۲۳ و ۳۳۸ قانون مدنی، برای صحت هر معاملاتی قصد طرفین و رضای آنان شرط می‌باشد و بیع نیز تملیک عین به عوض معلوم و پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن و با ایجاب و قبول از ناحیه آنان محقق می‌گردد و در صورتی که معامله واقع شود، اصل بر صحت آن می‌باشد مگر خلاف آن به اثبات برسد؛ اما در پرونده مطروحه موضوع قرارداد عادی ۹۰/۲/۴... عقد بیع احراز نمی‌گردد...».

سخن دادگاه تجدیدنظر درست است: اصل صحت حکم است و لزوم وجود موضوع برای جریان حکم بدیهی است، لذا برای اعمال اصل صحت تحقق زمینه‌ای به عنوان موضوع این اصل لازم است. به این

۱ - دریاری مبنای اصل صحت اختلاف نظر است. برخی بر این باورند که وقتی شخص اقدام به معاملاتی می‌کند، این اقدام دلالت ضمنی بر این دارد که صحت معامله نیز مورد اقرار وی می‌باشد؛ برای همین و از آنجا که طرح دعوا مبنی بر عدم صحت معامله، انکار محسوب می‌شود، بنا بر منع انکار بعد اقرار، ادعای وی شنیده نمی‌شود. چنانکه در نهایه المحتاج (ج. ۳، ص. ۴۰۸) می‌خوانیم: «ان اختلفا فی الرویه فالقول مدعیها بيمينه لان الاقدام علی العقد اعتراف بصحه و هو جار علی القاعده فی دعوی الصحه و الفاسد.» (و نیز؛ ر.ک. به: ملحقیات عروه، ج. ۲، ص. ۱۸۰). اما در نقد این رویکرد گفته شده است که: «اقرار به وقوع معامله به تنهایی مدعی فساد را پایبند نمی‌کند، او به وقوع عرفی معامله اعتراف می‌کند نه صحت آن. پس در صورتی که صحت معامله پایبند است که اقرار او ضمیمه ظهور صحت معامله شود در حالی که تمام بحث در این است که آیا در چنین مواردی ظاهر صحت معامله است یا نه؟ وانگهی، شرکت در وقوع معامله به خودی خود اقرار به وقوع عرفی یا نفوذ حقوقی نیست.» (دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۲، ص. ۳۶۱). همچنین، این نقد نیز وارد است که اقرار مخصوص موضوعات است نه احکام و با توجه به اینکه اصل صحت، حکم است نه موضوع؛ لذا قابل اقرار نمی‌باشد. برخی دیگر، به ظهور عرفی روی می‌آورند، به باور اینان، چون غلبه بر این است که اراده اکثر افراد جامعه معامله را به طور صحیح منعقد می‌کنند نه به طور فاسد، این غلبه موجب این ظن می‌شود که عقود منعقد، صحیح می‌باشند. به این ترتیب، هر گاه دریاری صحت عقدی تردید شود با الحاق مورد مشکوک الحکم از لحاظ صحت به مورد غالب باید حکم به صحت آن عقد داد. (محمد علی انصاری، الموسوعه الفقهیه المیسره، ج. ۲، ص. ۴۶۹) در عواید الایام محقق تراقی (ص. ۷۹ و ۸۰) نیز می‌خوانیم: «فی مرسله یونس عن ابی عبد الله قال خمسه اشیاء یجب علی الناس ان یأخذوا فیها بظاهر الحال الولایات و التناجیح و الموارث و الشہادات فاذا کان ظاهراً مأموناً جازت شہادته و لا یسل من باطنه.» (برای دیدن دلایل و نظرات معتقدان به مبنای ظهور در اصل صحت. ر.ک. به: بجنوردی، قواعد، ص. ۲۴۱؛ البحر الذخائر، ج. ۴، ص. ۴۱۱؛ جامع المقاصد، ج. ۱، ص. ۳۱۴؛ جواهر، ج. ۲۳، ص. ۱۹۱؛ جامع الشتات، ج. ۴، ص. ۴۰۱) شماری دیگر مبنای اصل صحت را حسن نیت دانسته‌اند. بر این مبنا معتقدند که افراد را باید بر خوردار از نیت پاک دانست و از نیت پاک هم کار غیر صحیح صادر نمی‌شود. (تراقی، عواید الایام، ص. ۷۲) با این حال، این نظر هم دور از انتقاد نمانده است و مهم‌ترین نقد، این است که حسن نیت در احکام تکلیفی به کار می‌آید نه در احکام وضعی و از اصل صحت در اعمال حقوقی نیز معنای وضعی مدنظر است نه تکلیفی. (برای بررسی احکام وضعی و تکلیفی: محمد علی انصاری، الموسوعه الفقهیه المیسره، ج. ۴، ص. ۲۵۲؛ سید محمد تقی حکیم، الاصول العامه للفقہ المقارن، ص. ۵۷) برخی دیگر از زاویه دید نظم عمومی به این اصل می‌نگرند، به باور اینان، اگر قائل به اعمال اصل صحت نباشیم، در نظم جامعه خلل ایجاد خواهد شد. (القواعد الفقهیه، ج. ۱، ص. ۲۸۷. «لو لم یکن هذا الاصل معتبراً لایمکن ان یقوم للمسلمین سوق بل یوجب عدم اعتباره اختلال النظام»؛ سید زیدی، تکمله عروه الوقی، ج. ۲، ص. ۱۸۰) چنانکه نوشته‌اند: «هر گاه این اصل نبود، مردم در معاملات باید تحصیل دلیل کنند تا اگر طرف معامله دعوی فساد آن را کند در دادگاه بی‌دفاع نمانند. بدیهی است تهیه دلیل چقدر دشوار است و چه مصایبی به بار می‌آورد... به اندازه‌ای مشکلات است که اختلال در نظم روابط افراد پیدا می‌شود و مایه دشواری و عسر و حرج می‌گردد.» (دانشنامه حقوقی، ج. ۱، ص. ۳۷۰ و برای دیدن نظراتی در همین راستا ر.ک. به: فراند، ج. ۲، ص. ۳۱۰؛ طباطبایی، ملحقیات عروه، ج. ۳، ص. ۱۸۰) برخی بر این عقیده‌اند که روش عقلائی جامعه بر این است که در برخورد با ادعای فساد معامله آن را بدون دلیل نمی‌پذیرند و این همان اعمال اصل صحت است. (بجنوردی، قواعد، ج. ۱، ص. ۳۹؛ طباطبایی، ملحقیات عروه، ج. ۳، ص. ۱۸۰؛ صاحب عنایون باین اینکه معاملات از ضروریات حیات هستند و از مخترعات شارع نمی‌باشند، نتیجه می‌گیرد: «فیعلم من ذلك هذه الامور فی زمن الشارع ایضاً فلو كان المشكوك فيه حراماً و فاسداً لم یقر الشارع لهم علی ذلك مع ان ظاهر اتصال هذا التداول الی زمن الشارع كون الشارع قد قرر علی ذلك و تقریره دال علی صحتہ و امضاء الشارع له و هو معنی ترتب الاثر؛ العناوین الفقهیه، ج. ۲، ص. ۸۰۷؛ بجنوردی، قواعد فقه، ج. ۱، ص. ۲۸۷.» «و الظاهر ان عمدہ الدلیل علیہ ہی سیرہ العقلا کافه من الجمیع الملل فی الجمیع العصور...» اما نکته قابل توجه آن که عقلاً خود به دلیل دیگری برای نمونه، نظم عمومی اصل صحت را اعمال می‌کنند؛ بنابراین بنای عقلاء منبع است نه مبنا. در واقع اثبات اصل صحت به وسیله روش عقلائی جامعه، با واسطه است. برای بررسی بیشتر، ر.ک. به: عباس میرشکاری، اصل صحت، ص. ۵۹.





ترتیب، اصل صحت تنها در کیفیت عمل حقوقی (صحت یا بطلان) اجرا می‌شود نه در موجودیت آن. پس هرگاه در وجود عقدی تردید کردیم نمی‌توانیم اصل صحت را به کار برده و عقد را منعقد شده بدانیم اما اگر عقدی شکل گرفته باشد می‌توانیم آن را در پناه اصل صحت صحیح بدانیم. پس موقع اجرای اصل صحت زمانی است که در ایجاد خود عقد تردیدی نباشد منتها در کیفیت آن از لحاظ صحت یا عدم صحت تردید داشته باشیم. این باور در ماده ۲۲۳ ق.م. نیز پذیرفته شده است: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود»^۱ و^۲

با این حال، دادگاه تجدیدنظر در تشخیص وقوع معامله به اشتباه می‌رود. استدلال‌های گوناگون این دادگاه، اگرچه در توجیه عدم وقوع معامله پشت‌سرهم ردیف می‌شوند، دل را قانع نمی‌کنند. برای نمونه، در نخستین استدلال این دادگاه آمده است: «مبايعه‌نامه به امضای مالک نرسیده است و (ر. ص.) که وکالت از مالک داشته، ذیل مبايعه‌نامه به عنوان فروشنده و قسمت مربوط را امضا ننموده است بلکه آن را به عنوان شاهد امضا کرده و حسب اظهار وی پس از انجام مذاکرات در بنگاه صحت و انجام معامله و امضای آن را منوط به حضور مالک و رضایت وی و امضای ذیل مبايعه‌نامه دانسته که در کلیه مراحل نیز به این امر اقرار داشته که محقق نشده است و در غیر این صورت، ضرورتی بر امضای موکل وجود نداشته و شخصاً اختیار انجام آن و امضای مبايعه‌نامه را داشته است و به آن عمل مینموده است». بدین ترتیب و به باور این دادگاه، جدا از عدم امضای مبايعه‌نامه توسط مالک، وکیل وی نیز، تنها به عنوان شاهد، مبايعه‌نامه را امضاء کرده است. حال، جای چند پرسش باقی است: نخست آنکه امضای وکیل به عنوان شاهد بر انجام معامله در زمانی که به باور دادگاه تجدیدنظر، هنوز معامله‌ای رخ نداده، به چه معناست؟ همچنین، وکیل فروشنده در هنگام تنظیم مبايعه‌نامه به وکالت خویش استناد کرده، آیا از ظاهر این استناد نمی‌توان به این نتیجه رسید که وکیل در مقام انعقاد معامله بوده است؟ افزون بر این‌ها، دادگاه تجدیدنظر، در اثبات سخن خویش به «اظهار وکیل» استناد جسته است، آیا اظهار یک شخص می‌تواند بدون دلیل ادعای وی را اثبات کند؟ پاسخ به این

۱- «لان اصالة صحة العقد انما هي بعد استكمال ارکان العقد ليتحقق وجوده اما قبله فلا وجود له». محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۹۵؛ نایینی، فواید، ج ۴، ص ۲۴۵؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۵، ص ۲۶۱؛ شهید ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۳۱۴؛ در حقوق امروز: دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۱، ص ۳۷۰؛ همان نویسنده، دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، ص ۲۰۸.

۲- لزوم حمل معاملات افراد بر صحت، آنقدر برای تضمین امنیت معاملات اهمیت داشته است که مقنن را بر آن دارد که در ماده یک قانون مبارزه با پولشویی (مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲ خورشیدی) نیز بر اصل صحت تاکید کند. بر اساس این مقرر، «اصل بر صحت و اصالت معاملات تجاری موضوع ماده دو قانون تجارت است مگر آنکه بر اساس مفاد این قانون خلاف آن به اثبات برسد...». پرسش‌های فراوانی درباره‌ی مقرر فوق می‌توان مطرح کرد: از جمله اینکه اصالت در نص فوق به چه معناست؟ آیا مرادف با صحت است یا آنکه در مقابل اصطلاح پالنیا به استعمال شده است؟ (به قرینه بند الف ماده هفت همان قانون) چرا ماده تنها محدود به معاملات تجاری ماده دو شده است؟ آیا بهتر نبود مقنن اصل را بر صحت کلیه معاملات می‌گذاشت به جای آنکه خود را محدود به معاملات تجاری موضوع ماده دو قانون تجارت نماید؟ آیا بر اساس مقرر یاد شده، معاملات اموال غیر منقول، حمل بر صحت نخواهند شد؟ چرا اثبات عدم صحت معاملات، محدود به مفاد قانون فوق شده است؟ آیا از سایر طرق نمی‌توان عدم صحت معامله‌ای را اثبات کرد؟ بدیهی است که به ظاهر نص پیش گفته نباید چندان اعتماد کرد. مقنن تنها می‌خواسته است که در قانونی که به احتمال می‌توانسته امنیت تجاری را بر هم بزند، تاجر را به حمل معاملاتشان بر صحت مطمئن کند اما متأسفانه این اطمینان بخشی با دقت کافی همراه نشده است لذا نتیجه‌ی آن، مقررهای شد که در فوق ملاحظه گردید.

با توجه به این نکته و فلسفه وضع ماده یاد شده نباید به ظاهر آن دل بست بلکه نظر به قانون مدنی، باید در کلیه معاملات اصل را بر صحت گذارد و مقرر مورد بحث را تنها تأکیدی بر قانون مدنی تلقی کرد نه آنکه مقنن را در مقام تقیید اصل صحت به معاملات تجاری ماده دو دانست.



پرسش‌ها را در رای دادگاه نمی‌توان دید.

در استدلال بعدی، دادگاه تجدیدنظر می‌نویسد: «چنانچه معامله در تاریخ ۹۰/۲/۴ صحیح انجام گردیده باشد، عرف و رویه معمول در بنگاه تنظیم مبیعه در چند نسخه و اخذ قسمتی از ثمن معامله و تحویل آن به فروشنده می‌باشد، در حالیکه برابر محتویات پرونده، نسخهای از قرارداد مذکور تحویل فروشنده نگردیده است...». با این حال، به نظر می‌رسد دادگاه محترم میان دو مرحله انعقاد قرارداد و مبادله آن دچار اشتباه شده است: قرارداد به صرف امضای آن منعقد می‌شود، بنابراین، مبادله یا عدم مبادله نسخ آن نمی‌تواند شرط انعقاد قرارداد شمرده شود.

استدلال دیگر دادگاه یاد شده نیز، مصون از ایراد نیست: «در صورت صحت معامله باید قسمتی از ثمن معامله در زمان معامله پرداخت شود که اخذ چک به تاریخ بعد و امضای بیعنامه بدون اخذ ثمن بر خلاف معمول و رویه جاریه می‌باشد...». بدین ترتیب، دادگاه عدم پرداخت نقدی ثمن را دلیلی بر عدم انعقاد قرارداد می‌داند، در حالی که پرداخت نقدی ثمن اثر معامله است نه از شرایط صحت آن. (ماده ۳۹۴ ق.م.ا). بدین ترتیب، به نظر می‌رسد دادگاه تجدیدنظر در عدم پذیرش انعقاد قرارداد به راه درستی نرفته است، در نتیجه، باید وقوع عقد را در پرتو اصل صحت پذیرفت.

بند دوم - الزام به تنظیم سند رسمی

مقدمه‌ی پرداختن به امکان الزام به تنظیم سند رسمی، تحلیل وقوع یا عدم وقوع معامله است؛ در واقع، اگر معامله‌ای واقع شده باشد، فروشنده مکلف است در راستای اجرای تعهدات خویش از جمله به تنظیم سند رسمی نیز اقدام کند. دادگاه نخستین، دعوی الزام به تنظیم سند رسمی را پذیرفته و در مقام بیان استدلال بیان می‌دارد: «خوانده ردیف دوم آقای (ر. ص.) از سوی خوانده ردیف یکم به موجب وکالتنامه... در مقام انعقاد عقد بیع با خواهان دعوی بر آمده، که به موجب مبیعه‌نامه شماره ۱۲۴۹۷ مشاورین مسکن ب. ع. خوانندگان یک دستگاه آپارتمان... را به خواهان فروخته‌اند...». به این ترتیب، به باور دادگاه، روشن است که وکیل مالک مبیعه‌نامه را امضاء کرده است، بنابراین، قرارداد، واقع شده و تعهدات ناشی از آن دامن‌گیر اصیل (مالک) خواهد شد اما باور دادگاه تجدیدنظر به گونه‌ی دیگری است: «مبیعه‌نامه به امضای مالک نرسیده است و (ر. ص.) که وکالت از مالک داشته، ذیل مبیعه‌نامه به عنوان فروشنده و قسمت مربوط را امضا ننموده است بلکه آن را به عنوان شاهد امضا کرده و حسب اظهار وی پس از انجام مذاکرات در بنگاه صحت و انجام معامله و امضای آن را منوط به حضور مالک و رضایت وی و امضای ذیل مبیعه‌نامه دانسته که در کلیه مراحل نیز به این امر اقرار داشته که محقق نشده است...» این دادگاه به استدلال خویش، «عرف» را



نیز اضافه می کند، چنانکه می نویسد: «چنانچه معامله در تاریخ ۹۰/۲/۴ صحیح انجام گردیده باشد، عرف و رویه معمول در بنگاه تنظیم مبیعه در چند نسخه و اخذ قسمتی از ثمن معامله و تحویل آن به فروشنده می باشد، در حالی که برابر محتویات پرونده، نسخهای از قرارداد مذکور تحویل فروشنده نگردیده است... در صورت صحت معامله باید قسمتی از ثمن معامله در زمان معامله پرداخت شود که اخذ چک به تاریخ بعد و امضای بیعنامه بدون اخذ ثمن بر خلاف معمول و رویه جاریه می باشد». به علاوه، به باور این دادگاه، «صرف اعطای وکالت موجب ایجاد مسئولیت برای موکل (مالک) نمیگردد، زیرا وکیل منکر انجام معامله در کلیه مراحل گردیده و موکل نیز با توجه به عدم امضای خود و عدم انجام وکالت از ناحیه وکیل مسئولیتی نداشته، لذا صدور حکم به محکومیت وکیل به تنظیم سند با توجه به عدم مالکیت وی و عدم سمت آن و موکل نیز به لحاظ عدم انجام وکالت از ناحیه وکیل خود فاقد توجیه قانونی می باشد».

به گمان نگارنده، با توجه به اینکه مبیعه نامه توسط وکیل فروشنده، تنظیم و امضاء شده است، تعهدات ناشی از آن دامن گیر موکل یعنی فروشنده خواهد شد، در نتیجه، فروشنده مکلف خواهد بود تا نسبت به تنظیم سند رسمی به نام خریدار اقدام نماید.

بند سوم - تحویل مبیع

یکی از خواسته های خواهان، الزام خواننده به تحویل مبیع بود. دادگاه نخستین، خواهان را در مطالبه این خواسته محق نمی داند، چنانکه در بخشی از رای می نویسد: «در خصوص تحویل آپارتمان، نظر به اینکه دعوی تحویل مبیع فرع بر مالکیت خواهان می باشد و در مانحنفیه خواهان مالکیتی بر مورد معامله ندارد، لذا مستنداً به ماده دو قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، قرار عدم استماع دعوی صادر و اعلام می نماید». دیدگاه دادگاه تجدیدنظر در این موضوع روشن است: هنگامی که اصل وقوع معامله مورد انکار قرار می گیرد، طبیعی خواهد بود که دعوی تحویل مبیع نیز با پاسخ مثبت روبرو نخواهد شد.

درباره ی دیدگاه دادگاه نخستین، گفتنی است که این دادگاه، بیع اموال غیرمنقول را معامله ای تشریفاتی می داند، بنابراین، تا تشریفات انعقاد معامله، شکل نگیرد، خریدار، مالک نمی شود، پس نمی تواند خواهان تحویل گرفتن مبیع شود. رویه دادگاهها نیز کم و بیش به همین سمت وسو است. برای نمونه، در دادنامه شماره ۱۱۵ به تاریخ ۱۳۸۴/۱۱/۱۷ شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان تهران می خوانیم: «چون مورد معامله ای را که وی تقاضای تحویل آن را دارد مال غیرمنقول است که به موجب ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک تنها زمانی که در دفتر املاک به نام وی ثبت شود مالک آن شناخته خواهد شد، تا قبل از آن،



دعوی الزام به تحویل مورد معامله قابلیت استماع ندارد^۱. این رویه واحد، عمدتاً ناشی از رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۶۷۲ به تاریخ ۱۳۸۳/۱۰/۱ می‌باشد. در این رأی، مضمون رایبی تأیید شده است که در آن چنین آمده است: «به موجب مادتين ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک، ثبت کلیه اسناد و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده اجباری است و نیز، در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر رسمی موجود بوده ثبت کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیر منقول که در دفتر املاک ثبت نشده را الزامی دانسته و در مانحن فیه خواهان‌ها صرفاً به یک فقره سند عادی استناد نموده‌اند و بر این اساس دعوی خواهان‌ها به لحاظ عدم رعایت تشریفات ثبتی صرف‌نظر از صحت و یا سقم آن در حال حاضر قابلیت استماع نداشته... قرار عدم استماع دعوی صادر و اعلام می‌گردد...»^۲.

با این حال، دادگاه نخستین به یک حقیقت توجه نداشته است. در پرونده‌ای که به صدور رأی وحدت رویه انجامید، خواسته خواهان، تنها «تحويل مبيع» بود، به باور هیأت عمومی نیز، تا پیش از ثبت سند به نام

۱- دکتر محمدرضا زندی، رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، ج. ۹، ص. ۶۷.

۲- برای شناخت بهتر رأی وحدت رویه دیوان، آرای متعارض صادره از دادگاه‌ها (که منجر به صدور رأی وحدت رویه شد) نوشته می‌شود:

رای نخست- در تاریخ ۱۳۸۱/۱۰/۱۳ آقای علی عباس یوسفوند به استناد یک فقره فروش نامه عادی به طرفیت باج، آقای علی نصرت یوسفوند به خواسته خلع ید و تحویل دویست متر مربع زمین اقامه دعوی نموده است که ثبت و جهت رسیدگی به شعبه سوم دادگاه عمومی شهرستان الشتر ارجاع گردیده و شعبه مرجوع الیه به موجب دادنامه شماره ۴۶۰ به تاریخ ۱۳۸۱/۱۲/۵ به شرح ذیل اتخاذ تصمیم نموده است: «در خصوص دادخواست آقای علی عباس یوسفوند فرزند شیخ عباس به طرفیت آقای علی نصرت یوسفوند فرزند ملا میرزا به خواسته خلع ید و تحویل دویست متر مربع زمین طبق قولنامه عادی با عنایت به اینکه به موجب مادتين ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک، ثبت کلیه اسناد و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده اجباری است و نیز در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده، ثبت کلیه اسناد و عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیر منقول که در دفتر املاک ثبت نشده را الزامی دانسته و در مانحن فیه خواهان صرفاً به یک فقره سند عادی استناد نموده‌اند و بر این اساس، دعوی خواهان به لحاظ عدم رعایت تشریفات ثبت، صرف‌نظر از صحت و یا سقم آن، در حال حاضر قابلیت استماع نداشته، مستنداً به مواد ۴۷، ۴۸ و ۴۹ قانون ثبت و ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قرار عدم استماع دعوی صادر و اعلام می‌گردد...» با اعتراض خواهان، شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان در دادنامه شماره ۲۰۷ به تاریخ ۱۳۸۲/۱۲/۲۰ چنین نوشت: «در خصوص تجدیدنظر خواهی آقای علی عباس یوسفوند به طرفیت آقای علی نصرت یوسفوند نسبت به دادنامه صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی شهرستان الشتر که به موجب آن در خصوص دادخواست تجدیدنظر خواه به خواسته خلع ید و تحویل مساحت دویست متر مربع زمین به شرح و کیفیت مذکور در دادنامه تجدیدنظر خواسته به جهت عدم ثبت معامله قرار عدم استماع دعوی صادر گردیده، با توجه به اصل صحت معاملات و لزوم قرارداد موضوع ماده ده قانون مدنی که قراردادهای خصوصی بین افراد را در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ و معتبر دانسته و اینکه انعقاد قرارداد بیع فی مابین طرفین بر اساس قرارداد عادی تنظیمی مورد تردید و تکذیب قرار نگرفته به موجب ماده ۳۶۲ قانون مدنی از آثار بیع صریح این است که باجع را به تحویل و تسلیم مبیع ملزم می‌نماید و عدم رعایت مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک که به جهت رعایت تشریفات صوری معامله می‌باشد نمی‌تواند به اراده طرفین که مبین بر انجام معامله بوده خللی وارد نماید فلذا قرار عدم استماع دعوی به جهت عدم ثبت معامله خلاف انصاف و عدالت قضایی است. بنابراین، با پذیرش اعتراض تجدیدنظر خواه و به استناد ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی رأی تجدید نظر خواسته نقض و پرونده جهت رسیدگی ماهوی به دادگاه بدوی صادر کننده رأی متقوض اعاده میگردد».

رای دوم - آقایان رحمت، احمد و نعمت حسنونند به استناد یک فقره قرارداد عادی به طرفیت چهار نفر به خواسته خلع ید از اراضی پلاک... اقامه دعوی نموده است که پس از ثبت به شعبه سوم دادگاه عمومی الشتر ارجاع و به موجب دادنامه شماره ۳۱۵ به تاریخ ۱۳۸۱/۹/۱۴ چنین نوشت: «در خصوص دادخواست... نظر به اینکه به موجب مادتين ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک، ثبت کلیه اسناد و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده اجباری است و نیز در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر رسمی موجود بوده ثبت کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیر منقول که در دفتر املاک ثبت نشده را الزامی دانسته و در مانحن فیه خواهان‌ها صرفاً به یک فقره سند عادی استناد نموده‌اند و بر این اساس دعوی خواهان‌ها به لحاظ عدم رعایت تشریفات ثبتی صرف‌نظر از صحت و یا سقم آن در حال حاضر قابلیت استماع نداشته... قرار عدم استماع دعوی صادر و اعلام می‌گردد...» در اثر تجدیدنظر خواهی و کیل خواهان‌ها پرونده در شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان مطرح و این شعبه در دادنامه شماره ۱۳۴۶ چنین نوشت: «در خصوص اعتراض واصله... با توجه به اینکه اعتراض موجه و مستندلی که موجب فسخ دادنامه شود از ناحیه تجدیدنظر خواه در این مرحله از رسیدگی به عمل نیامده و در رسیدگی بدوی نیز مقررات قانونی رعایت شده، اعتراض تجدیدنظر خواهان به نظر دادگاه غیر وارد تشخیص و دادگاه به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن رد اعتراض تجدیدنظر خواه دادنامه بدوی را تأیید می‌نماید، ضمناً تجدیدنظر خواهان پس از اخذ سند رسمی می‌توانند به تقاضای خلع ید اقدام قانونی نمایند».

با توجه به تعارض آرای یاد شده، رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۶۷۲ به تاریخ ۱۳۸۲/۱۰/۱ بدین شکل صادر شد: «خلع ید از اموال غیر منقول فرع بر مالکیت است. بنابراین طرح دعوی خلع ید از زمین قبل از احراز و اثبات مالکیت قابل استماع نیست. بنا به مراتب و با توجه به مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک رأی شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان به نظر اکثریت اعضا هیأت عمومی دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد صحیح و قانونی تشخیص می‌شود».





خریدار، الزام فروشنده به تحویل مبیع شدنی نیست اما در پرونده پیش رو، خواسته خواهان منحصر به تحویل مبیع نیست، بلکه او الزام فروشنده به تنظیم سند رسمی و سپس تحویل مبیع را خواسته است. در واقع، خواهان به استناد ماده ۶۵ ق.آ.د.م. دعاوی متعدد اما مرتبط را در یک دادخواست مطرح کرده است،^۱ به باور نگارنده، دادگاه می‌توانست با احراز مالکیت خریدار و صدور حکم به الزام فروشنده به تنظیم سند رسمی، حکم به تحویل مبیع نیز بدهد.

بند چهارم - وجه التزام

خواهان، وجه التزام عدم حضور فروشندگان در دفترخانه را نیز خواسته است اما دادگاه نخستین، با نظر مساعد به این موضوع نمی‌نگرد. چنانکه در بخشی از رای خویش می‌نویسد: «در خصوص وجه التزام عدم حضور فروشندگان در دفترخانه جهت تنظیم سند و عدم تخلیه مورد معامله در موعد مقرر با عنایت به مراتب صدرالذکر که بیانگر آن است عدم حضور خواندگان و عدم تخلیه به لحاظ اختلاف متداعیین در خصوص عدم وقوع عقد بیع بوده و این امر موجب عدم حضور خواندگان در دفترخانه و عدم تخلیه ملک متنازع‌فیه شده است. لذا دعوی خواهان را غیر ثابت تشخیص و حکم به رد آن صادر و اعلام مینماید». بدین ترتیب، به باور این دادگاه، وجه التزام جایی قابل مطالبه است که متعهد در اجرای تعهدش مقصر بوده باشد اما اگر نتوان او را مقصر دانست، مطالبه وجه التزام از وی ناروا است. با این قاعده کلی که البته در رای به صراحت نیامده، دادرس بر این باور است که عدم اجرای تعهد از سوی متعهد به دلیل اختلاف در اصل وقوع بیع بوده، پس نمی‌توان او را مقصر دانست. در نتیجه، مطالبه وجه التزام از او درست نیست.

با این حال، در صحت این باور جای تامل است: صرف آنکه متعهد به تعهدش عمل نکرده، به این معناست که مرتکب تقصیر شده، پس چگونه می‌توان او را معاف از مسوولیت پنداشت. همچنین، در کدام مستند قانونی و یا آموزه حقوقی، مطالبه وجه التزام منوط به تقصیر متعهد شده است؟ افزون بر این، آیا اختلاف بی‌جا در صحت یک قرارداد و زیر سوال بردن اعتبار آن، خود تقصیر نیست؟ از این‌ها گذشته، آیا این باور، راهی آسان پیشروی متعهد برای فرار از تعهدات قراردادی‌اش باز نخواهد کرد، بدین گونه که اگر متعهد تمایلی به اجرای تعهدش ندارد و در ضمن، از وجه التزام مندرج در قرارداد نیز، بیم دارد، اعتبار قرارداد را به پرسش بگیرد تا بتواند از زیر بار وجه التزام نیز رهایی یابد.

۱- «اگر به موجب یک دادخواست دعاوی متعددی اقامه شود که با یکدیگر ارتباط کامل نداشته باشند و دادگاه نتواند ضمن یک دادرسی به آنها رسیدگی کند، دعاوی اقامه شده را از یکدیگر تفکیک و به هر یک در صورت صلاحیت جداگانه رسیدگی می‌کند و در غیر این صورت، نسبت به آنچه صلاحیت ندارد با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به مراجع صالح ارسال می‌نماید».



نتیجه-

اصل صحت پناه‌گاهی امن است برای قرارداد تا در سایه‌ی آن، اعتبار قرارداد حفظ شده و مصون از ایرادهای گاه‌بی‌گاه قرار گیرد. برای همین، در هنگام اجرای اصل صحت نباید سخت گرفت، بلکه همین اندازه که بتوان قصد مشترک دو طرف را در انعقاد یک قرارداد احراز کرد، زمان مناسبی برای اجرای اصل صحت است. این باور با ظاهر قانون مدنی نیز سازگار است. در واقع، براساس ماده ۲۲۳ ق.م.، «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود». به موجب ماده ۱۹۱ همان قانون نیز، «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء...». بنابراین، با احراز قصد انشاء می‌توان معامله را واقع شده دانست و پس از این، می‌توان معامله را صحیح فرض کرد.

منابع فارسی

- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، مشعل آزادی، ج. ۱، ۲۵۳۷.
- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دایره‌المعارف علوم اسلامی و قضایی، ج. ۱، گنج دانش، ۱۳۸۱.
- زند، دکتر محمدرضا، رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، ج. ۹، جنگل، ۱۳۹۰.
- شهیدی، دکتر مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، عصر حقوق، ج. ۱، ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۲، چ. ۶، ۱۳۸۳.
- میرشکاری، عباس، تعهد به حضور در دفترخانه، ماهنامه کانون سردفتران، ش. ۸۴، شهریور ۱۳۸۷.
- میرشکاری، عباس، اصل صحت، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، ش. ۸۷، آذر ۱۳۸۷.

منابع عربی

- انصاری، مکاسب، ج. ۵، بوستان، ۱۳۸۶.
- انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج. ۴، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۲۰.
- بجنوردی، سید محمد حسین، القواعد الفقهية، ج. ۱، نشر هادی، ۱۴۱۹.
- خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج. ۳، ۱۳۷۸.
- سبزواری، محقق محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الأحكام، بی‌نا، بی‌تا.
- مظفر، علامه محمد رضا، اصول فقه، ج. ۲، دارالفکر، چ. ۴، ۱۳۸۵.
- مکارم، ناصر، القواعد الفقهية، ج. ۱، مدرسه الامام امیر المومنین، ۱۴۱۱.
- نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج. ۳۳، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.





کیفیت ایجاب و قبول در تجارت الکترونیکی

عادل طهماسبی^۱

چکیده:

گسترش استفاده از اینترنت و پیشرفت سریع وسایل ارتباطی از راه دور در شیوه‌ی انجام معاملات تجاری نیز تاثیر شگرفی بر جای گذاشته است. اگرچه قراردادهای الکترونیکی از لحاظ ماهوی تفاوتی با قراردادهای سنتی ندارند اما، چگونگی اعلان اراده و اعتبار انعقاد عقد از طریق واسطه‌های الکترونیکی مستلزم بحث و بررسی‌هایی متفاوت از مباحث سنتی است. در این مقاله با استفاده از روش تحلیلی - توصیفی و مراجعه به منابع کتابخانه‌ای سعی شده است تا با بیان شیوه‌های اعلان اراده از طریق تطبیق با مباحث سنتی کیفیت ایجاب و قبول را در قراردادهای الکترونیکی مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم و در نهایت به بررسی مقررات حاکم بر داده‌پیام به عنوان ابزار اعلان اراده در قراردادهای الکترونیکی بپردازیم.

کلیدواژگان:

تجارت الکترونیکی، ایجاب، قبول، داده‌پیام، اعلان اراده.



مقدمه:

گسترش روابط اشخاص از طریق واسطه‌های الکترونیکی که در معاملات تجاری نیز تاثیر شگرفی داشته است موضوعات حقوقی جدیدی را به ذهن متبادر می‌سازد که تجارت الکترونیکی یکی از آنها می‌باشد. این اصطلاح اشاره به تمام معاملات الکترونیکی می‌نماید که از طریق شبکه‌های ارتباطی انجام می‌پذیرد با این توضیح که ابتدا خریدار یا مصرف‌کننده به جستجوی یک مغازه مجازی از طریق اینترنت می‌پردازند و کالائی را از طریق وب سایت یا پست الکترونیکی سفارش می‌دهند و نهایتاً کالا را تحویل می‌گیرد.^۱ وجود تنوع در چگونگی انعقاد قراردادهای الکترونیکی، صرف نظر از اشکال سنتی ایجاب و قبول با نگاهی به شیوه‌های معمول در بازار تجاری مجازی مشخص می‌شود که عبارتند از ۱- انعقاد قرارداد از طریق تلگرام، تلکس، فکس ۲- انعقاد قرارداد از طریق پست الکترونیکی ۳- انعقاد قرارداد از طریق پایگاه داده‌ها ۴- انعقاد قرارداد از طریق مبادله الکترونیکی داده‌ها. در هر حال، با پیدایش مصادیق پیچیده از وسائل اعلان اراده جهت تشکیل قرارداد تجزیه و تحلیل متناسبی از ارکان توافق بخصوص ایجاب و قبول را اجتناب‌ناپذیر ساخته است.

قانون تجارت الکترونیک ایران مصوب ۱۳۸۲، همچون قانون مدنی تعریفی از ایجاب و قبول ارائه نکرده است و حتی صریحاً ایجاب و قبول از طریق داده پیام‌ها را مورد اشاره قرار نداده است. بر این اساس، پرسشی که در این مقاله باید بدان پاسخ داده شود این است که ایجاب و قبول در قراردادهای الکترونیکی چگونه است؟ آیا تفاوتی میان ایجاب و قبول در قراردادهای عادی و الکترونیکی وجود دارد یا خیر؟ اعتبار ابزارهای اعلان اراده در قراردادهای الکترونیکی مشروط به چه شرایطی است؟

برای پاسخ و بررسی دقیق این سوالات به عنوان مقدمه باید چند تذکار را در نظر گرفت. مقدمه اول اینکه نخستین شرط از شرایط اساسی صحت قرارداد اعم از الکترونیکی و سنتی، تراضی طرفین آن است.^۲ جوهره هر قراردادی توافق میان دو یا چند شخص برای ایجاد اثر یا ماهیت حقوقی است و رکن بنیادین آن اراده اشخاص می‌باشد که باید موافق یکدیگر باشد و هریک از طرفین همان چیزی را قصد کند که دیگری نیز طالب آن است. دوم اینکه ماده‌ی ۱۹۱ ق.م. که مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند» حاوی دو نکته‌ی بسیار مهم و اساسی در نظام حقوقی ما

۱. نیک بخش تهرانی، محمد حسن و آذر صابری، مهدی، آشنائی با تجارت الکترونیکی و زیرساختهای آن، انسیتو ایز ایران، ۱۳۸۰، ص ۲۰.
۲. برخی بر این نظرند که تراضی طرفین از شرایط صحت قراردادها نیست بلکه در تحقق و تکوین اصل ماهیت عقد مؤثر است؛ موسوی خمینی، روح الله، کتاب البیع، الجزء الثاني، قم: مؤسسه اسماعیلیان، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۰ ق.، ص ۳۷.



است. نخست اینکه تراضی و توافق دو اراده، عنصر لازم و کافی برای تشکیل قراردادها است. به عبارت دیگر، برای تحقق عقد اصولاً به تشریفات خاصی مثل به کار بردن الفاظ معین، تنظیم سند اعم از رسمی و عادی و برگزاری مزایده و تشریفاتى مانند اینها ضرورى نیست. بلکه با جمع شدن شرایط اساسی برای صحت معامله، عقد منعقد می‌شود. بنابراین، اصل در عقود، غیر تشریفاتى بودن آن‌ها یا رضایی بودن یا قصدی بودن آن است. لزوم وجود تشریفات برای انعقاد عقد امری خلاف اصل و استثناء است. به همین دلیل، استثنا دلیل می‌خواهد و نیاز به نص قانون دارد.^۱ دومین نکته مهم مندرج در ماده ۱۹۱ ق.م.ا این است که صرف وجود قصد کافی نیست بلکه این قصد و اراده باید با وسیله‌ای و از طریقى بروز و ظهور یابد تا موثر واقع شود. هر چند اراده اشخاص و قصد و رضای آنها در تکوین و تحقق قرارداد نقشی اصلی و اساسی دارد به گونه‌ای که الفاظ و افعال و سایر ابزارهای اعلان اراده به تنهایی و بدون کاشفیت آنها از اراده و درون متعقدان، موجد هیچ تکلیف و تعهدی نمی‌باشد^۲ با این وجود، قصد به عنوان امری درونی زمانی می‌تواند وارد عرصه‌ی اجتماع شود که به گونه‌ای ابراز و اعلان شود و در این صورت است که عنصر سازندگی قصد به کار می‌افتد. چرا که عقد توافق دو اراده است و این توافق زمانی شکل می‌گیرد که دو طرف آن به گونه‌ای از قصد و درون یکدیگر آگاهی یابند. وسیله‌ی کاشف اراده طرفین عقد ایجاب و قبول نامیده می‌شود. البته اعلان اراده کاشف از اراده طرفین عقد است و به همین دلیل طریقیّت دارد نه موضوعیت و اصولاً نیاز به هیچ شکل یا تشریفاتى ندارد. چرا که با توجه به مواد ۱۹۱ و ۳۳۹ ق.م.ا برای انعقاد عقد اعلان و اظهار قبولی کافی است و لازم نیست که قابل، قبولی خود را به موجب اعلام و ابلاغ کند.^۳

اگرچه مقررات صریحی در خصوص ایجاب و قبول الکترونیکی وجود ندارد اما از آنجا که اساس قانون تجارت الکترونیک ایران مبتنی بر تبادل داده پیام‌ها از طریق واسطه‌های الکترونیک است و نیز از محتوای مواد ۶ و ۱۲ قانون مذکور که داده پیام‌ها معتبر شناخته شده اند ماهیت دیجیتالی یا مجازی توافق طرفین از نظر تحلیل حقوقی همانند قراردادهای عادی صحیح بوده و منع قانونی ندارد.

بنابراین برای آگاهی از مفهوم، شرایط و خصوصیات و نیز سایر جنبه‌های مربوط به ایجاب و قبول در

۱. اصل غیر تشریفاتى بودن عقود در حقوق ما با عنوان اصل رضایی بودن قراردادها مشهور است: کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۲، ص: ۳۶؛ صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۲، ص: ۴۲. اما برخی به درستی این عنوان را نادرست می‌شمارند و اصل قصدی بودن قراردادها را پیشنهاد کرده‌اند: شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۴، ص: ۸۴. بنا بر این دیدگاه، چون در نظام حقوقی ما اراده امری است مرکب و تجزیه‌پذیر که از دو عنصر مستقل «قصد» و «رضا» تشکیل می‌شود و عنصر سازنده عقد قصد است نه رضا، اصل غیر تشریفاتى بودن، باید اصل قصدی بودن نامیده شود نه اصل رضایی بودن. چرا که فقدان قصد مانع تحقق عقد است و فقدان رضا سبب عدم نفوذ عقد به عبارت دیگر، رضا شرط تشکیل دهنده عقد نیست بلکه شرط اعتبار و نفوذ عقد است. تفکیک دو مفهوم قصد و رضا در قانون مدنی به تبع مشهور فقها که حتی برخی در این باب ادعای اجماع هم نمودند: حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، جلد ۱۰، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۶ق.م.، ص: ۱۲. در نظامهای حقوق اروپایی مشاهده نمی‌شود و از اختصاصات حقوق اسلام است: محقق داماد، سید مصطفی و فنوناتی، جلیل و وحدتی شبیری، حسن و عبدی پور، ابراهیم، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، تهران: سمت، ۱۳۷۹، صص ۲۳۵-۲۳۸. به همین دلیل، عنوان رضایی بودن عقود یا عقد رضایی در نظامهای اروپایی قابل توجه است اما، در نظام حقوقی ما عنوان قصدی بودن آن باید در نظر گرفته شود.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص: ۵۷۴.

۳. قاسم‌زاده، مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۸، صص ۵۶ و ۵۷.



تجارت الکترونیک و تطبیق ایجاب و قبول در فضای واقعی با فضای مجازی و همچنین مطالعه مقررات حاکم بر ابزار اعلان اراده یعنی داده‌پیام در قانون تجارت الکترونیک این مقاله به سه قسمت تقسیم شده است. در قسمت اول به بررسی ایجاب الکترونیکی و قواعد حاکم بر آن و در قسمت دوم به مطالعه قبول الکترونیکی و در قسمت سوم به تحلیل مقررات حاکم بر انتساب و تصدیق داده‌پیام خواهیم پرداخت.

ایجاب الکترونیکی

قراردادها بدون قصد و رضای طرفین معامله اثر حقوقی ندارد. قصد و رضا در روابط حقوقی اشخاص با ایجاب و قبول ظهور و بروز پیدا می‌کند. ایجاب در لغت به معنای اثبات چیزی است^۱ و در اصطلاح عبارت است از رضای یکطرف عقد که دیگری را به تراضی فرا می‌خواند این شخص را موجب می‌نامند.^۲ قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲، همچون قانون مدنی تعریفی از ایجاب و قبول ارائه نکرده است. برخی ایجاب را اعلام اراده کسی دانسته‌اند که طرف قرارداد را بر مبنای معینی به انجام معامله دعوت می‌کند به گونه‌ای که اگر پیشنهاد مورد قبول طرف قرار گیرد، او به مفاد آن پایبند شود.^۳ در تعریف دیگری از ایجاب آمده است: «ایجاب آن است که یکی از طرفین قرارداد اراده خود را بر ایجاد رابطه حقوقی معین اعلام دارد در حقیقت پیشنهاد انجام معامله با شرایط معین و قبول اعلام پذیرفتن پیشنهاد مزبور است». کنواسیون وین ۱۹۸۰ راجع به بیع بین المللی کالا نیز در بند ۱ ماده ۱۴ ایجاب را چنین تعریف کرده است: «پیشنهاد انعقاد قرارداد به یک یا چند شخص معین، چنانچه به اندازه کافی مشخص و دال بر قصد التزام ایجاب کننده و در صورت قبول طرف مقابل باشد ایجاب محسوب است».^۴ موسسه بین المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی^۵ ایجاب را چنین تعریف کرده است: «پیشنهاد انعقاد قرارداد چنانچه به اندازه کافی مشخص و دال بر قصد التزام ایجاب کننده در صورت قبول طرف مقابل باشد ایجاب محسوب است».^۶ پس از این مقدمه مختصر در شناسایی ایجاب آنچه که در این بحث از اهمیت برخوردار است چگونگی ابزار و ظهور ایجاب در قراردادهای واسطه‌ی الکترونیکی و شرایط آن است که ذیلا بدانها می‌پردازیم.



۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، داتره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، تهران: چاپخانه مشعل آزادی، ۱۳۵۶، ص ۳۶۱.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۷۷، ش ۷۷۰، ص ۹۸.
۳. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۱، ص ۶۱.
۴. صفایی، حسین و صفایی، مرتضی و عادل، مرتضی و کاظمی، محمود، بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۵۶.

5. UNIDROIT

۶. نوری، محمدعلی، ترجمه اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی / موسسه بین المللی حقوق خصوصی رم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۳۰.



۱-۱ چگونگی ابراز ایجاب در تجارت الکترونیکی

قصد و اراده به عنوان امری درونی زمانی می‌تواند وارد عرصه‌ی اجتماع شود که به گونه‌ای ابراز و اعلان شود و در این صورت است که عنصر سازندگی قصد به کار می‌افتد. چراکه عقد توافق دو اراده است و این توافق زمانی شکل می‌گیرد که دو طرف آن به گونه‌ای از قصد و درون یکدیگر آگاهی یابند. به همین دلیل، ماده ۱۹۱ ق.م.م. مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». مطابق این ماده، صرف وجود قصد کافی نیست بلکه باید با وسیله‌ای بروز یابد تا موثر واقع شود. البته اعلان اراده کاشف از اراده طرفین عقد است و به همین دلیل طریقت دارد نه موضوعیت اصولاً نیاز به هیچ شکل یا تشریفات ندارد. چراکه با توجه به مواد ۱۹۱ و ۳۳۹ ق.م. برای انعقاد عقد اعلان و اظهار قبولی کافی است و لازم نیست که قابل، قبولی خود را به موجب اعلام و ابلاغ کند.^۱

هرچند برخی به تبع مشهور فقها و بر اساس ظاهر مواد ۳۳۹ و ۳۴۰ ق.م. تنها کاشف لفظی را ایجاب و قبول می‌شمارند^۲ اما، ایجاب و قبول به هر پیشنهاد و پذیرشی اطلاق می‌شود که کاشف از اراده باطنی متعاقبین باشد خواه شکل این کشف الفاظ باشد خواه فعل که خود فعل نیز اعم است از نوشته و اشاره و قبض و قباض و یا ترکیبی از اینها مثل نمایش و نوشته در ویتترین مغازه‌ها.^۳

با توجه به مواد ۱۹۲، ۱۹۳ و ۱۹۴ ق.م. ابراز و اعلان اراده ممکن است با لفظ یا نوشته باشد و یا ممکن است طریق اعلان اراده به صورت فعل یا اشاره باشد. صریحترین ابزار اعلان اراده لفظ است. برای مثال، در عقد بیع فروشنده بگوید فروخته‌م و خریدار بگوید خریدم. اعم از اینکه اعلان قصد از طریق الفاظ رو در رو و در یک مجلس عقد باشد یا از طریق تلفن یا ارتباطات تصویری مثل گفتگوهای تصویری. یکی دیگر از ابزارهای شایع اعلان اراده نوشته است. نوشته نیز ممکن است کاغذی باشد یا الکترونیکی. نوشته الکترونیکی که داده پیام نامیده می‌شود در بند الف ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی اینگونه تعریف می‌شود: «داده پیام هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و با فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود». از آنجایی که «داده پیام» نوشته به معنای عادی آن محسوب نمی‌گردد، مقررات تجارت الکترونیکی ناگزیر شده‌اند که داده پیام را در حکم نوشته تلقی نمایند.^۴

۱. قاسم‌زاده، مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، پیشین، صص ۵۶ و ۵۷. با این وجود، استثنائات قانونگذار در برخی موارد اعلان و اظهار قصد را کافی ندانسته و تاثیر آن را منوط به اعلام و ابلاغ آن به مخاطب نموده است. برای مثال، ماده ۶۸۰ ق.م. مقرر می‌دارد: «تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است». وانگهی ماده ۳۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ موکل را ملزم می‌کند که عزل وکیل را به اطلاع وکیل معزول برساند و ماده ۳۹ همان قانون وکیل را مکلف به ابلاغ استعفاء به موکل می‌داند و در نهایت در ماده ۳۸ مقرر می‌دارد: «تا زمانی که عزل وکیل به اطلاع او نرسیده است اقدامات وی در حدود وکالت، همچنین ابلاغهایی که از طرف دادگاه به وکیل می‌شود موثر در حق موکل خواهد بود، ولی پس از اطلاع دادگاه از عزل وکیل، دیگر او را در امور راجع به دادرسی، وکیل نخواهد شناخت». علاوه بر این، ماده ۱۰۰ قانون امور حسبی اشعار می‌دارد: «اعمال قیم بعد از ابلاغ حکم عزل او نافذ نیست». این ماده با توجه به ماده ۱۲۱ قانون امور حسبی نسبت به امین هم لازم الاجرا می‌باشد.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج اول، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۱۰۲.

۳. صفایی، حسین، پیشین، ص ۶۸.

۴. بند ۱ ماده ۱۱ قانون نمونه آنسترال اجماع به تجارت الکترونیک، مصوب ۱۹۹۶، در این خصوص مقرر می‌دارد: «در انعقاد قرارداد، ایجاب و قبول می‌تواند از



ماده ۶ ق.ت.ا. مقرر می‌دارد: «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده پیام در حکم نوشته است...»^۱. انعقاد عقد از طریق نوشته‌ی الکترونیکی یا داده پیام خود طرق متنوعی دارد. برای مثال، فکس یا ارسال پیامک از طریق تلفن همراه، از طریق چت یا نرم افزارهای گفتگوهای نوشتاری اعم از واتس‌آپ، وایبر و غیره و همچنین از طریق پست الکترونیکی و وبسایت و مانند اینها که همگی از ابزارهای مدرن اعلان و ابراز قصد تلقی می‌شوند.^۲

۲-۱ شرایط و خصوصیات ایجاب الکترونیکی

قرارداد الکترونیکی با استفاده از وسایل الکترونیکی تشکیل می‌شود. قرارداد الکترونیکی توافقی است که با تمام شرایط لازم برای تراضی و اعمال لازم برای حصول توافق، به شیوه‌ی الکترونیکی و از طریق داده پیام ایجاد شده با رایانه یا وسایل الکترونیکی مشابه انجام می‌گیرد. تقریباً تمام حقوقدانان معتقدند قرارداد الکترونیکی از نظر شرایط اساسی صحت معامله، هیچ تفاوتی با قرارداد عادی ندارد و وجود این شرایط در قرارداد مذکور، ضروری است. سازمان تجارت جهانی نیز بر این نکته تاکید می‌کند که آثار تمام اقدامات انجام شده برای تسهیل معاملات، آزادی بازار، کاهش هزینه‌ها و تعرفه‌ها و باز بودن بازار برای ارائه همه خدمات مورد نیاز، باید به روابط تجاری الکترونیکی نیز تسری یابد.^۳

از نظر شکل گیری توافق، قواعد عمومی حاکم بر قراردادها، تا حدی که با ماهیت قراردادهای الکترونیکی سازگار باشد، در این سنخ از قراردادها نیز، اعمال می‌گردد. در هر حال، برای اینکه ایجاب اثر حقوقی داشته باشد باید واجد شرایط زیر باشد:

الف: ایجاب باید با قصد التزام در فرض قبولی مخاطب باشد با توجه به اینکه ایجاب وسیله ابراز یا سبب ایجاب اثر حقوقی است.

ب: ایجاب باید مشخص باشد (از لحاظ نوع و مقدار کالا و قیمت آن).

ج: ایجاب باید کامل باشد.

طریق داده پیام‌ها اعلام شود مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. هنگامی که برای انعقاد قرارداد، داده پیام‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرند، اعتبار یا قابلیت اجرای قرارداد مذکور صرفاً به این دلیل که از داده پیام‌ها استفاده شده، نباید رد شود. علاوه بر این، بند ۱ ماده ۹ دستورالعمل شماره ۳۱/۲۰۰۰ اتحادیه اروپا که ناظر به برخی از جنبه‌های حقوقی تجارت الکترونیک است نیز در خصوص به رسمیت شناختن تشکیل قرارداد از طریق وسایل الکترونیکی اعلام می‌کند: «دولتهای عضو باید تضمین کنند که نظام‌های حقوقی ایشان تشکیل قرارداد از طریق وسایل الکترونیک را مجاز می‌شمارد. دول عضو به ویژه باید تضمین کنند که مقتضیات قانونی قابل اعمال در روند تشکیل یک قرارداد، هیچ مانعی برای انعقاد قراردادهای الکترونیک ایجاد نمی‌کند و نیز نباید به خاطر اینکه قراردادهای مذکور از طریق وسایل الکترونیک ایجاد شده‌اند، فاقد اعتبار و قابلیت اجرا تلقی گردند».

۱. ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی مقرر می‌دارد: «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده پیام در حکم نوشته است مگر در موارد زیر: الف - اسناد مالکیت اموال غیر منقول ب - فروش مواد دارویی به مصرف کنندگان نهایی ج - اعلام، اخطار، هشدار و یا عبارات مشابهی که دستور خاصی برای استفاده کالا صادر می‌کند و یا از بکارگیری روشهای خاصی به صورت فعل یا ترک فعل منع می‌کند». علاوه ماده ۷ این قانون اشعار می‌دارد: «هرگاه قانون وجود امضاء را لازم بداند امضای الکترونیکی مکفی است».

۲: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، داتره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، پیشین، ص ۳۶۲.

۳: السان، مصطفی، «ایجاب و قبول معاملات الکترونیکی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی، ۱۳۸۵، ش ۴۳، ص ۳۴۴.





د: ایجاب باید جدی باشد.

ه: ایجاب باید قاطع و جازم باشد.

و: ایجاب باید خطاب به طرف دیگر باشد.

ل: ایجاب باید به مخاطب واصل گردد.

با وجود این شرایط عمومی، ایجاب الکترونیکی در ق.ت.ا.ا. و ویژگی‌های منحصر بفردی دارد. قانونگذار در مواد ۳۳ تا ۳۶ قانون مزبور حمایت‌هایی انحصاری از مصرف کنندگان در بستر مبادلات الکترونیکی قائل شده است. به عبارت دیگر، موجب در ایجاب فروش کالا و یا خدمات خود ملزم به اعلان مشخصات و نشانی، تعیین موضوع قرارداد و اوصاف آن، قیمت کالا و خدمات عرضه شده، روش پرداخت، مدت حق رجوع و خدمات بعد از فروش می باشد. ماده ۳۳ قانون مذکور اعلام می‌دارد: «فروشنندگان کالا و ارائه دهندگان خدمات بایستی اطلاعات موثر در تصمیم‌گیری مصرف کنندگان جهت خرید و یا قبول شرایط را از زمان مناسبی قبل از عقد در اختیار مصرف کنندگان قرار دهند. حداقل اطلاعات لازم، شامل موارد زیر می باشد: الف- مشخصات فنی و ویژگی‌های کاربردی کالا و یا خدمات.

ب- هویت تامین کننده، نام تجاری که تحت آن نام به فعالیت مشغول می باشد و نشانی وی.

ج- آدرس پست الکترونیکی، شماره تلفن و یا هر روشی که مشتری در صورت نیاز بایستی از آن طریق با فروشنده ارتباط برقرار کند.

د- کلیه هزینه‌هایی که برای خرید کالا بر عهده مشتری خواهد بود (از جمله قیمت کالا و یا خدمات، میزان مالیات، هزینه حمل، هزینه تماس)

ه- مدت زمانی که پیشنهاد ارائه شده معتبر می باشد.

و- شرایط و فرآیند عقد از جمله ترتیب و نحوه پرداخت، تحویل و یا اجرا، فسخ، ارجاع خدمات پس از فروش».

علاوه بر این ماده ۳۴ مقرر می‌دارد: «تامین کننده باید به طور جداگانه ضمن تایید اطلاعات مقدماتی، اطلاعات زیر را ارسال نماید:

الف - آدرس محل تجاری یا کاری تامین کننده برای شکایت احتمالی.

ب - اطلاعات راجع به ضمانت و پشتیبانی پس از فروش.

ج - شرایط و فرآیند فسخ معامله به موجب مواد (۳۷) و (۳۸) این قانون.

د- شرایط فسخ در قراردادهای انجام خدمات».



در نهایت ماده ۳۵ بیان می‌کند: «اطلاعاتی اعلامی و تایید به اطلاعات اعلامی به مصرف کننده باید در واسطی با دوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و بر اساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارائه شود».

۳-۱ دعوت به معامله و ایجاب در فضای مجازی

در قراردادهای الکترونیکی باید همانند سایر قراردادها میان اعلام اراده به قصد انعقاد قرارداد و دعوت به معامله قائل به تفکیک شد. چراکه دعوت به معامله اصولاً هیچگونه الزامی برای شخص دعوت کننده ایجاد نمی‌کند. معمولاً قبل از انعقاد هر قرارداد طرفین با یکدیگر به گفتگو و مذاکره می‌پردازند و هر کدام درصدد کسب امتیازاتی از طرف مقابل بر می‌آیند و نهایتاً پس از تلاقی افکار و اراده طرفین در یک نقطه مشترک ایجاب و قبول جاری شده و عقد منعقد می‌شود این گفتگوها معمولاً شامل بحث‌های کلی راجع به عقد می‌باشد بدون اینکه جزئیات عقد مورد بحث و بررسی قرار گیرد هدف این گفتگوها، صرفاً آشنایی هر یک از طرفین با شرایط مورد نظر طرف دیگر و تلاش در جهت برانگیختن او به انعقاد قرارداد می‌باشد بدیهی است که تا وقتی گفتگوهای مقدماتی در جریان است و منجر به ایجاب و قبول نشده است هریک از طرفین مختارند که این گفتگوها را قطع نمایند و مانع انعقاد عقد شوند. اصل آزادی قراردادهای ایجاب میکند که طرفین تا قبل از انعقاد عقد بتوانند درباره انعقاد یا عدم انعقاد عقد آزادانه تصمیم‌گیری نمایند مثل آنکه شخص به مخاطب خود اعلام کند که کالای معینی به مبلغ مشخص به او می‌فروشد ولی تصمیم نهایی خود را دو روز بعد اعلام خواهد کرد، تحقیقاً در چنین مواردی هنوز رضایت موثری که منجر به انعقاد عقد شود وجود ندارد. لذا هریک از طرفین می‌تواند هر وقت بخواهد این گفتگوها را قطع کند و به خاطر قطع مذاکرات مسئولیتی متوجه او نیست و نیازی نیست که عدول کننده علت موجهی برای عدول ذکر کند.^۱ وعده‌ی عقد چیزی جز یک قبول عرفی برای ایجاد عقد در آینده نیست، پیشنهاد عقد نیز دعوت برای عقد است و نمی‌تواند ایجاب و انشای بالفعل عقد باشد.^۲ در واقع هدف اصلی از مذاکرات مقدماتی، ایجاد التزام نیست و دو طرف بدین وسیله می‌خواهند، با آگاه ساختن دیگری از پاره‌ای واقعیت‌ها و تبلیغ درباره سود آینده معامله، میل به انجام آن را در مخاطب خود ایجاد کنند.^۳

تمییز و تشخیص ایجاب از گفتگوهای مقدماتی بستگی به اوضاع و احوال هر مورد خاص دارد و نمی‌توان برای آن قاعده کلی وضع کرد. برای تشخیص ایجاب از گفتگوهای مقدماتی می‌توان از الفاظ و عبارات

۱. سنه‌وری، عبدالرازق، الوسیط فی شرح القانون المدنی جدید، المجلد الاول، بیروت: منشورات الحلبيه الحقوقیه، الطبعه الثالثه الجدیده، ۲۰۰۹، ص ۲۰۶

۲. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۱۵۲.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۴، ص ۲۷۷، ش ۱۴۸.





مبادله شده بین طرفین و سایر امارات و قرائن استفاده کرد ولی تا زمانی که ایجاب و قبول احراز نگردد نمی توان حکم به انعقاد عقد داد اگرچه طرفین تمایل به انعقاد عقد داشته باشند و مذاکرات آنها حاکی از رضایت به تشکیل معامله باشد.^۱

امروزه شایع و معمول است که تجار و کسبه قیمت اجناس و کالاهای خود را با نصب برچسب یا اتیکت بر روی آن تعیین می کنند و در معرض دید مشتریان قرار می دهند یا تاجرویا شرکت تجاری اطلاعات حاوی مشخصات کالای تولیدی و قیمت آن را برای مشتریان خود ارسال می کند و یا از طریق نشر آگهی به معرفی کالاهای تولید شده خود می پردازد و سوالی که در سایر موارد مشابه مطرح است این است که آیا اینگونه پیشنهادات ایجاب قلمداد می شود یا صرفاً دعوت از مشتریان برای ایجاب و دعوت آنها به انجام معامله می باشد؟ این بحث در حقوق ایران واجد اهمیت است. چراکه در حال حاضر طبق مقررات قانون تعزیرات حکومتی^۲ مصوب ۱۳۶۷/۱۳/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام نصب برچسب حاوی قیمت روی کالاها و خدمات ضروری می باشد. امروزه فروشگاههای الکترونیکی در فضای مجازی شرایط خرید کالا را در معرض دید عموم قرار می دهد و با استفاده از ابزارهای تبلیغاتی توسط موتورهای جستجوگر مشتریان فراوانی را جذب می نماید. با وجود این موضوع آنطور باید و شاید مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است.

در بند ۲ ماده ۱۴ کنوانسیون وین راجع به بیع بین المللی کالا نیز بیان شده است که «پیشنهادی را که خطاب به عموم مردم بوده و مخاطب آن شخص یا اشخاص معین نباشد صرفاً دعوتی برای ایجاب محسوب گردد مگر آنکه خلاف آن توسط پیشنهاد دهنده موضوع اعلام شده باشد». مفسرین کنوانسیون نمایش کالا در ویتترین ها و پنجره های مغازه را از مصادیق پیشنهادهایی می دانند که به عموم مردم ارائه می شود و لذا باید آن را دعوت به ارائه ایجاب محسوب کرد مگر اینکه صریحاً خلاف آن توسط پیشنهاد دهنده اعلام شده باشد.^۳

ماده ۱۱ کنوانسیون آنسیترال (۲۰۰۵) که با عنوان دعوت به ایجاب مشخص می گردد، در تمییز پیشنهاد و ایجاب مقرر می دارد: «پیشنهاد انعقاد قرارداد که از طریق یک یا چند وسیله الکترونیکی انجام گرفته و شخص یا اشخاص معینی مخاطب آن قرار نگرفته بلکه در دسترس همه افرادی که از سیستم های اطلاعاتی استفاده می کنند، قرارداد ... سفارش های مذکور به عنوان دعوت به ارائه ایجاب به حساب می

۱: شهیدی، مهدی، پیشین، ۱۵۳

۲: ماده ۶ قانون تعزیرات حکومتی بیان می دارد: عدم درج قیمت عبارتست از عدم درج قیمت کالاها یا خدمات مشمول به نحوی که برای مراجعین قابل رویت باشد بصورت نصب برچسب یا اتیکت یا بصورت نصب تابلوی نرخ در محل واحد

۳: به نقل از: داراب پور، مهراپ، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی (ترجمه)، نوشته هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاههای معتبر جهان، ج اول، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۴، صص ۱۸۶-۱۸۷.



آید، مگر اینکه از داده پیام بتوان استنباط نمود که شخص پیشنهاد دهنده در صورت قبول سفارش ملتزم خواهد شد».

در هر حال، برای انعقاد قرارداد الکترونیکی معمولاً فروشنده با اطلاع رسانی عمومی و معرفی کالای خویش بازاریابی می کند و حتی قیمت ها را در تبلیغات در معرض عموم قرار می دهند. فروشنده در جریان تبلیغ از طریق ابزارهای الکترونیکی اینترنت یا تلفن همراه تلاش می کند پیام خود را به گونه ای تنظیم کند که نیازهای اطلاعاتی مشتری برای دستیابی به شناخت اولیه از کالا یا خدمات شامل قیمت، کیفیت، تخفیف، زمان تحویل، خدمات پس از فروش و غیره فراهم آورد که تمام اقدامات یاد شده نه به عنوان ایجاب ملزم بلکه در قالب پیشنهاد مقدماتی و دعوت به معامله محسوب می شود. البته بهتر است برای جلوگیری از اشتباهات و خطاهایی که اغلب به دلیل سرعت معاملات الکترونیکی به وقوع می پیوندد، پایگاه ابتدائاً اقدام به دعوت به معامله نماید.^۱

۲. قبول الکترونیکی

قبول^۲ اعلان پذیرش پیشنهاد طرف مقابل یا ایجاب است که قبول کننده را قابل^۳ گویند. اگر قبول مشروط به تغییر شرایط ایجاب باشد اعلان مقید قابل، ایجابی جدید محسوب می شود.^۴ در این قسمت ابتدا به ارائه ی تعریفی از قبول و سپس به بیان شرایط قبول خواهیم پرداخت.

۱-۲ تعریف قبول الکترونیکی

قبول در لغت از لفظ « قبل » به معنای موافقت، پذیرش و رضایت در اصطلاح رضای بدون قید و شرط به مفاد ایجاب است.^۵ در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (وین ۱۹۸۰) نیز اظهارات یا دیگر اعمال مخاطب که حاکی از رضایت به ایجاب است قبول تلقی شده است. در بند ۱ ماده ۱۸ کنوانسیون بیع بین المللی نیز قبول چنین تعریف شده است: «الفاظ یا سایر اعمال مخاطب که دال بر رضا به مفاد ایجاب باشد قبول محسوب می شود. سکوت یا عدم اقدام مخاطب دلالت بر قبول ندارد». براساس بند ۱ ماده ۱۹ همین کنوانسیون «هرگونه پاسخ به ایجاب که ظاهراً قبول ایجاب باشد، قبول تلقی می شود».

۱.السان، مصطفی، پیشین، ص ۲۴۹.

2 . Acceptance

3 . Acceptor

۴. به نظر می رسد که مزایده دعوت به معامله ای با شرایط خاص است که ایجاب از طرف برنده ی مزایده واقع می شود و با کوبیدن چکش روی میز و گفتن فروخته شد ایجاب برنده قبول می شود. برای مطالعه بیشتر راجع به مزایده ر.ک: کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، پیشین، ص ۲۸۶.

۵. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: اسلامیه، چاپ ۲۳، ۱۳۸۲، ص ۱۸۸.





ابراز و اعلان قبول همانند ایجاب ممکن است به لفظ باشد مانند آنکه کسی پیشنهاد فروش آپارتمانی را با مبلغ معینی به دیگری بدهد و مخاطب صراحتاً اعلان نماید که ایجاب را قبول کرد. قبول ممکن است با عمل باشد مانند آنکه برای انجام کاری به دیگری وکالت داده شود و وکیل با انجام آن عمل قبولی خود را اعلام نماید. اعلان قبول ممکن است از طریق نوشته کاغذی یا الکترونیکی باشد. اعلان قبول از طریق نوشته‌های الکترونیکی یا داده پیام خود طرق متنوعی دارند. برای مثال، فکس یا ارسال پیامک از طریق تلفن همراه، از طریق چت یا نرم افزارهای گفتگوهای نوشتاری اعم از واتس‌آپ، وایبر و غیره و همچنین از طریق پست الکترونیکی و وبسایت و مانند اینها که همگی از ابزارهای جدید اعلان و ابراز قصد تلقی می‌شوند.

بیان اراده قبول الکترونیکی به روشهای متعددی قابل اعلام است مانند نوشتار الکترونیکی و تایید ارسال آن، پست الکترونیکی متضمن متن موافقت با امضای الکترونیکی، بطور لفظی بواسطه اتاقهای صحبت و یا با پیاده کردن برنامه نرم افزار و یا محصول دیجیتالی از شبکه اینترنت و نصب آن بر رایانه متعلق به قبول کننده. همچنین یکی از روشهای معمول برای اعلان قبول الکترونیکی کلیک ساده و یا کلیک دوگانه بر گزینه واژه «موافق هستم» در نماد تعیین شده در زیر مفاد ایجاب می باشد. قبول الکترونیکی، از لحاظ شکل اعلام آن بواسطه الکترونیکی، اعلامی صریح و قاطع محسوب می شود. زیرا وسیله الکترونیکی عملیات انتقال داده پیام را انجام می دهد و در شکل انتقال آن جایی برای استنباط اراده ضمنی نیست. با این وجود، این امر مانع آن نیست که بیان ضمنی قبول در مفاد نامه و یا مکالمه الکترونیکی قید و ارسال گردد.

۲-۲ شرایط قبول الکترونیکی

همانگونه که تاثیر حقوقی ایجاب منوط به وجود ویژگی ها و اوصافی است که پیش از این به بیان آن پرداختیم، اعتبار حقوقی هم وابسته به اوصافی است که با فقدان آن ها این عمل حقوقی بوجود نمی آید و عقدی محقق نمی شود این خصوصیات عبارتند از:

۱- قبول همانند ایجاب امری انشایی است.

۲- قبول باید جدی باشد.

۳- قبول باید قاطع و منجز باشد.

۴- قبول باید مطلق و بدون شرط باشد.

۵- قبول باید مطابق با ایجاب باشد.



۶- قبول باید به موجب اعلام شود.

۷- قبول باید همانند ایجاب مشخص باشد.

۸- قبول باید توسط مخاطب ایجاب صادر شود.

گفته شد که قبول رضایت به مفاد ایجاب است این رضایت وقتی حاصل می شود که مخاطب بدون افزودن قید و شرطی ایجاب را بپذیرد و تغییری در مفاد ایجاب بعمل نیورد، پذیرش ایجاب با افزودن قید و شرطی به آن یا ایجاد تغییر دیگری در آن به منزله رد ایجاب اصلی است و به ایجاب اصلی خاتمه می دهد و خود، ایجاب جدیدی است که در صورت قبول موجب اولیه عقد واقع خواهد شد.^۱ بدین ترتیب اگر مخاطب ایجاب با افزودن شرطی ایجاب را قبول کند، این عمل او از طرفی رد ایجاب اصلی است. با این عمل او ایجاب اصلی از بین می رود و قبول بعدی آن ایجاب (اصلی) تاثیری در انعقاد عقد ندارد از طرف دیگر ارائه قبول همراه با قید و شرط، ایجاب جدیدی است که اختیار قبول را برای طرف مقابل (موجب اصلی) ایجاد می کند.

لزوم صدور قبول از سوی مخاطب ایجاب مربوط به ایجاب خاص است. در حقیقت، ایجاب با توجه به مخاطب آن به دو دسته تقسیم می شود؛ ایجاب خاص و ایجاب عام. ایجاب خاص اعلان اراده ای است که خطاب به فردی خاص یا گروه خاصی صورت گرفته باشد. ایجاب عام اعلان اراده ای است که مخاطب آن عموم مردم می باشند و فرد یا گروه خاصی مد نظر موجب نیست. مثال بارز قانونی برای تفکیک ایجاب عام و خاص ماده ۵۶۱ ق.م. است که مقرر می دارد: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین». پس چنانچه قبول توسط فرد خاص مورد خطاب یا گروه خاص مورد خطاب اعلان شود قرارداد تشکیل می شود اما، اگر قبول توسط فردی بیان شود که مورد خطاب موجب نبوده باشد قبولی وی خود ایجاب جدیدی است که نیاز به قبول موجب سابق دارد. برای مثال، الف به ب پیشنهاد می دهد که اتومبیلش را به قیمت ۳۰ میلیون تومان می فروشد. فرد ج که آن طرف تر سراپا گوش ایستاده است می گوید: «قبول کردم». آیا عقدی میان الف و ج منعقد شده است؟ خیر. چرا که در ایجاب خاص در صورتی اعلان قصد قبولی اثر دارد که خودش مخاطب ایجاب بوده باشد. در مقابل، در ایجاب عام وضع بدین منوال نیست. بلکه هر کس ایجاب را قبول کند عقد منعقد می شود. برای مثال، در عقد جعاله شخصی که کارت اتومبیل و گواهینامه و بیمه نامه خود را گم کرده است، از طریق نشر آگهی در روزنامه، پیشنهاد می کند که هر کس مدارک مذکور را پیدا کند و تحویل دهد به یابنده یک



میلیون تومان پول می دهد.

همانگونه که سابقاً نیز گفتیم به موجب بند ۲ ماده ۱۴ کنوانسیون ملل متحد در باره قراردادهای بیع بین المللی کالا وین ۱۹۸۰ یک پیشنهاد را، غیر از آنچه که خطاب به یک یا چند شخص معین است، باید صرفاً دعوتی برای ایجاب محسوب کرد مگر اینکه خلاف آن توسط پیشنهاد دهنده به وضوح اعلام شده باشد.^۱ ماده ۱۱ کنوانسیون ۲۰۰۵ آنسیترال که با عنوان دعوت به ایجاب مشخص می گردد، در تمییز پیشنهاد و ایجاب مقرر می دارد: «پیشنهاد انعقاد قرارداد که از طریق یک یا چند وسیله الکترونیکی انجام گرفته و شخص یا اشخاص معینی مخاطب آن قرار نگرفته بلکه در دسترس همه افرادی که از سیستم های اطلاعاتی استفاده می کنند، قرارداد ... سفارش های مذکور به عنوان دعوت به ارائه ی ایجاب به حساب می آید، مگر اینکه از داده پیام بتوان استنباط نمود که شخص پیشنهاد دهنده در صورت قبول سفارش ملتزم خواهد شد».

۳-۲ زمان تحقق قبول در تجارت الکترونیکی

برای تعیین زمان تحقق قبول در قراردادهای الکترونیکی باید قراردادهایی را که با وسایل ارتباطاتی همچون تلفن یا گفتگوهای تصویری تشکیل می شوند با دسته دیگر از قراردادهای الکترونیکی که از طریق وسائل ارتباطی مثل پیامک، گفتگوی نوشتاری، نامه الکترونیکی (ایمیل) و مانند اینها تشکیل می شوند جداگانه بررسی نمود.

۱-۳-۲ زمان تحقق قبول در قراردادهای الکترونیکی شفاهی

در قراردادهایی که با وسایل ارتباطاتی همچون تلفن یا گفتگوهای تصویری تشکیل می شوند تعیین زمان تحقق قبول آسان است، زیرا مکالمات تلفنی و تصویری از جمله عقود شفاهی هستند که در زمان و مکان مشخصی انجام می شوند و زمان قطعیت قبول وقتی است که بعد از اعلام قبول، ارتباط قطع می شود. از آن جهت که با اعلان قبول، طرف مقابل نیز از محتوای آن آگاهی می یابد و عرفاً فاصله ای میان اعلان، وصول و اطلاع از قبول متصور نیست، قرارداد به هنگام استماع قبول توسط مخاطب تشکیل می شود و انصراف بعدی مخاطب از قبول پیش از قطع ارتباط را باید با لحاظ ماده ۳۹۷ ق.م.ا.ع «خیار مجلس» تلقی کرد. هر چند ممکن است به دلیل استثنائی بودن خیار مجلس وجود آن در قراردادهای شفاهی غیبی نفی شود.

۱. به نقل از: داراب پور، مهراب، پیشین، صص ۱۸۶-۱۸۷.



۲-۳-۲ زمان تحقق قبول در قراردادهای الکترونیکی کتبی

دسته دیگر از قراردادهای الکترونیکی از طریق وسائل ارتباطی مثل پیامک، گفتگوی نوشتاری، نامه الکترونیکی (ایمیل) و مانند اینها تشکیل می‌شوند. این دسته تابع قواعد و اصولی است که راجع به عقود مکاتبه‌ای بیان می‌شود.

منظور از عقود مکاتبه‌ای هر قراردادی است که از طریق نوشته منعقد می‌شود. اعم از اینکه نوشته‌ی کاغذی باشد مثل نامه یا الکترونیکی مثل پیامک یا پست الکترونیکی یا چت و غیره.

در رابطه با زمان و مکان انعقاد عقود مکاتبه‌ای نیز همانند عقود شفاهی هر چند معیار زمان و مکانی است که آخرین جزء عقد یعنی قبول در آنجا و در آن زمان محقق می‌شود اما، در تعیین این زمان و مکان چهار نظریه مطرح شده است. طبق نظریه اعلان قبولی وقتی که مخاطب ایجاب، قبولی خود را اعلان و ابراز می‌کند در همان زمان و مکان عقد منعقد می‌شود. زمانی که مثلاً نامه‌ی قبول را می‌نویسد ولو اینکه هنوز رسماً ارسال هم نکرده باشد در همان زمان عقد منعقد می‌شود.

در نظریه ارسال قبولی، به صرف نوشتن نامه‌ی قبول عقد منعقد نمی‌شود. چراکه ممکن است شخص پس از نوشتن نامه از ارسال آن منصرف گردد. بنابراین، عقد زمانی منعقد می‌شود که شخص نامه‌ی قبول را ارسال کند. این زمان است که شخص تصمیم قطعی خود را برای انعقاد عقد اعلان می‌کند.

نظریه سوم نظریه وصول قبولی است. طبق این نظریه، عقد زمانی منعقد می‌شود که نامه‌ی قبول به آدرس موجب وصول می‌شود و موجب آن را دریافت می‌کند. ممکن است موجب آن روز در خانه نبوده باشد و هنوز نامه را باز نکرده است و از مضمون نامه مطلع نشده باشد. با این وجود، با وصول و رسیدن نامه به آدرس موجب عقد منعقد شده تلقی می‌شود. چون ممکن است نامه اعلان قبولی هیچگاه به موجب نرسد. در نظریه چهارم که اطلاع از قبولی نامیده می‌شود زمان انعقاد عقد زمانی است که موجب از مضمون نامه مطلع شود. یعنی موجب نامه واصله را باز کرده و بخواند. در این زمان عقد منعقد می‌شود و محل انعقاد عقد نیز مکان اطلاع موجب از متن نامه است.

در قانون مدنی ما در مورد عقود مکاتبه‌ای مقرر خاصی پیش بینی نشده است. با وجود این فقدان، با توجه به اصول کلی حقوقی می‌توان گفت که نظریه‌های وصول قبولی و اطلاع موجب از قبول در نظام حقوقی ما قابل پذیرش نیستند. زیرا آنچه که برای انعقاد عقد لازم است توافق و تراضی اراده‌ها است که با اعلان ایجاب و قبول محقق می‌گردد و نیازی به اطلاع موجب یا وصول قبول به موجب نمی‌باشد. به عبارت دیگر، همینکه قبول به گونه‌ای ابراز و اعلان شد آخرین جزء عقد محقق شده و با پیوستن به ایجاب قرارداد



منعقد می‌شود.

در مورد پذیرش نظریه اعلان قبولی یا ارسال آن با وجود نتیجه واحد پراکندگی و اضطراب استدلال وجود دارد.^۱ به نظر می‌رسد که اختلاف موجود نه از باب حکم قضیه بلکه از باب موضوع قضیه است. به عبارت دیگر، تردیدی نیست که یکی از قواعد مسلم حاکم بر حقوق قراردادهای ما، انعقاد عقد به محض اعلان آخرین جزء آن است و نیازی به چیز دیگری نیست. اما، مسئله اصلی این است که اعلان قبولی یا به عبارت دقیقتر، اعلان قطعی قبولی در عقود مکاتبه‌ای در زمان نوشتن نامه محقق می‌شود یا در زمان ارسال نامه؟ به سخن دیگر، اعلان قبولی به عنوان یک قاعده‌ی کلی معیار تعیین زمان و به تبع آن مکان انعقاد عقد است. با این وجود، در عقود مکاتبه‌ای اعلان قبولی در چه زمانی محقق می‌شود؟ زمان نوشتن نامه یا ارسال نامه؟

مفهوم معیار عام اعلان قبولی در حقوق ما، صرفاً به این معنا نیست که قصد به گونه‌ای از عالم درون به عالم خارج به گونه‌ای بروز و ظهور یابد بلکه علاوه بر آن، این بروز و ظهور باید قطعی و فارغ از هرگونه تردید و امکان بازگشت باشد. بی تردید در عقود شفاهی صرف ابراز قصد از طریق لفظ همراه با قطعیت است اما، در عقود مکاتبه‌ای صرف ابراز قصد از طریق نوشته بدون ارسال آن، به منزله اعلان قطعی قصد برای قبول تلقی نمی‌شود. برای مثال، اعلان اراده از طریق نامه یا پست الکترونیکی پیش از ارسال آن، بارها و بارها قابل تغییر است. چرا که ماهیت این گونه ابزارها همیشه این امکان را فراهم می‌کنند. به عبارت دیگر، همانگونه که در سخن گفتن به محض بیان، سخن مانند تیری است که از کمان رها می‌شود در مکالمه نوشتاری زدن دکمه ارسال زمانی است که می‌توان گفت تیری رها شده است که دیگر باز نخواهد گشت. از این رو، پیش از ارسال مانند قصدی است که در ذهن سنجیده و کم و زیاد می‌شود. پس با ارسال قبول می‌توان گفت قصد قطعی برای قبول وجود دارد و لذا در آن زمان عقد منعقد می‌شود. در نتیجه، اعلان و ابراز قبولی در زمان ارسال قبول محقق می‌شود نه در زمان نوشتن نامه‌ی قبول. به همین دلیل، نظریه ارسال را نه بر مبنای استقلال ارسال در تشکیل عقد به عنوان امری حکمی بلکه بر مبنای کاشف از اعلان قبول بودن پذیرفته‌اند.^۲

نتیجه آنکه در حقوق ما زمان انعقاد عقد به طور کلی اعلان و ابراز قصد طرفین می‌باشد و در عقود مکاتبه‌ای نیز زمان انعقاد عقد زمان اعلان قبولی است اما، چون در اینگونه عقود پیش از ارسال به صرف نوشته شدن

۱. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، پیشین، ص ۷۷؛ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، پیشین، ص ۱۵۴؛ صفایی، حسین، حقوق مدنی، جلد دوم، پیشین، ص ۷۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، پیشین، ص ۷۷؛ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، پیشین، ص ۱۵۴؛ صفایی، حسین، حقوق مدنی، جلد دوم، پیشین، ص ۷۶.



نامه اعلان قبولی محرز و قطعی نیست و هر لحظه امکان انصراف وجود دارد ارسال نامه به منزله اعلان قطعی قبولی محسوب می‌شود و زمان انعقاد عقد زمان ارسال می‌باشد.

نکته‌ای که باید بر آن تاکید کنیم این است که دلالت ارسال بر اعلان قطعی قبول خود موضوعیت ندارد بلکه صرفاً همانند الفاظ یا اشاره یا فعل چیزی است که دلالت قطعی بر قصد قبولی دارد. به همین دلیل، اگر شخصی نامه حاوی قبول را بنویسد و امضا نماید و سپس آن را به مسئول دفتر خود تحویل دهد تا در اسرع وقت به موجب ارسال گردد، زمان انعقاد عقد را باید زمان تحویل نامه‌ی حاوی قبول به مسئول دفتر قلمداد نمود نه زمان ارسال توسط مسئول دفتر. چراکه شخص با تحویل نامه به مسئول دفتر به صورت قطعی قبولی خویش را اعلان نموده است. بر این اساس، اگر مسئول دفتر قابل، به دلیل فراوشی یا تعطیلات متوالی، چند روز بعد از تحویل نامه آن را پست نماید و در فاصله‌ی تحویل قابل و پست مسئول دفتر یکی از طرفین عقد اعم از موجب یا قابل فوت نماید، قرارداد مذکور تشکیل شده محسوب می‌شود و فوت یا حجر طرفین تاثیری بر انعقاد عقد ندارد. این دیدگاه در قراردادهای مکاتبه‌ای میان تجار که طبق ماده ۶ قانون تجارت ملزم به داشتن دفتر کپیبه هستند نمود بیشتری دارد. طبق ماده ۱۰ همان قانون «دفتر کپیبه دفتری است که تاجر باید کلیه مراسلات و مخابرات و صورت حسابهای صادره خود را در آن به ترتیب تاریخ ثبت نماید». بنابراین، اگر تاجر نامه‌ی حاوی قبولی خود را در دفتر کپیبه ثبت نموده باشد زمان انعقاد عقد را باید تاریخ ثبت نامه مزبور در دفتر کپیبه دانست هر چند تاجر مزبور نامه را چند روز بعد، از طریق پست ارسال نماید. پس در عقود مکاتبه‌ای هر آنچه که دلالت قطعی بر ابراز قصد نماید ملاک است. این وسیله عموماً ارسال نامه است. با این وجود، گاهی پیش از ارسال، ابراز قطعی قصد محقق می‌شود. در این موارد، چون ارسال نامه صرفاً طریق دستیابی به اعلان قطعی است و موضوعیت ندارد. حال اگر از طریق دیگر این اعلان قطعی بروز یابد معتبر خواهد بود. در مقابل، در قراردادهای الکترونیکی عموماً ارسال داده پیام ملاک تعیین اعلان قطعی قصد است.

در قراردادهای منعقد از طریق اینترنت و پست الکترونیکی، مخاطب به قصد قبول ايجاب متن حاوی قبول را ارسال نموده باشد در واقع اراده باطنی خود را اعلان کرد و عقد از نظر قانون مدنی انعقاد یافته است اما، با توجه به مواد ۲۶ و ۲۷ ق.ت.ا.ا، ارسال داده پیام زمانی تحقق می‌یابد که به سیستم اطلاعاتی خارج از کنترل موجب با قائم مقام وی وارد شوند. در واقع به سیستم اطلاعاتی مخاطب وارد گردد یعنی ارسال و دریافت همزمان انجام شود. به عبارت دیگر، دریافت را جزء شرط تحقق قبول دانسته است.^۱

۱. فیضی چکاب، غلام نبی، لحظه انعقاد قرارداد از رهگذر واسطه‌های الکترونیکی، مجموعه مقاله‌های همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، انتشارات سلسبیل، ۱۳۸۳، ص ۳۴۱.



طبق بند ۲ ماده ۱۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز زمانی قبول نسبت به ایجاب مؤثر واقع می‌گردد که قبول به موجب برسد یعنی نظریه وصول مورد پذیرش قرار گرفته است. همین نظر را اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در بند یک ماده ۳-۲ بیان کرده است.

مقررات حاکم بر داده پیام به عنوان ابزار اعلان ایجاب و قبول

گفتیم که در قراردادهای الکترونیکی کتبی ایجاب و قبول از طریق داده پیام صورت می‌گیرد. بنابراین، داده پیام وسیله ابزار و اعلان اراده طرفین قرارداد و صورت و شکل ایجاب و قبول است. وانگهی تمام اطلاعات و شرایط ضروری جهت انعقاد عقد باید در قالب داده پیام مبادله شود تا قرارداد تشکیل شود. همین امر مبین اهمیت داده پیام در تجارت الکترونیکی است. در این قسمت مقررات قانون تجارت الکترونیکی ایران را در رابطه با انتساب و تصدیق دریافت داده پیام مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۳ انتساب داده پیام

به دلیل عدم حضور و در نتیجه ناآشنایی طرفین قرارداد نسبت به یکدیگر قانون تجارت الکترونیکی به تبعیت از ماده ۱۳ قانون نمونه آنسیترال در مواد ۱۸ تا ۲۱، در رابطه با انتساب داده پیام‌ها^۱ و ایجاد اطمینان در تجارت الکترونیکی مقرراتی پیش‌بینی کرده است که ذیلاً به طور جداگانه به بررسی هریک می‌پردازیم. موارد انتساب داده پیام به اصل ساز

به موجب ماده ۱۸ ق.ت.ا.ا. «در موارد زیر داده پیام منسوب به اصل ساز است.

الف- اگر توسط به اصل ساز^۲ یا به وسیله شخصی ارسال شده باشد که از جانب اصل ساز مجاز به این کار بوده است.

ب- اگر به وسیله سیستم اطلاعاتی^۳ برنامه ریزی شده یا تصدی خودکار از جانب اصل ساز ارسال شود». بنابراین تمام داده پیام‌هایی که توسط خود اصل ساز یا شخص مأذون از جانب وی یا به وسیله سیستم‌های رایانه‌ای تحت کنترل آنها ارسال شده باشد، منتسب به اصل ساز بوده و وی را متعهد و مسئول می‌سازد.

داده پیام ارسال شده از سوی اصل ساز

مطابق ماده ۱۹ ق.ت.ا.ا. «داده پیامی که بر اساس یکی از شروط زیر ارسال می‌شود مخاطب^۴ حق دارد آن را ارسال شده محسوب کرده و مطابق چنین فرضی (ارسال شده) عمل نماید:

1. Attribution of Data Messages

۲. بر اساس بند ب ماده ۲ ق.ت.ا.ا. «اصل ساز (Originator) منشاء 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».

۳. بر اساس بند ز ماده ۲ ق.ت.ا.ا. «سیستم اطلاعاتی (Information System) عبارت است از سیستمی برای تولید (اصل سازی)، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش داده پیام‌ها».

۴. بر اساس بند ج ماده ۲ ق.ت.ا.ا. «مخاطب (Addressee) شخصی است که اصل ساز قصد دارد وی داده پیام را دریافت کند، اما شامل شخصی که در ارتباط با داده پیام به عنوان واسطه عمل می‌کند، نخواهد شد».



الف - قبلاً به وسیله اصل ساز روشی معرفی و یا توافق شده باشد که معلوم کند آیا داده پیام همان است که اصل ساز ارسال کرده است.

ب - داده پیام دریافت شده توسط مخاطب از اقدامات شخصی ناشی شده که رابطه اش با اصل ساز، یا نمایندگان وی باعث شده تا شخص مذکور به روش مورد استفاده اصل ساز دسترسی یافته و داده پیام را به مثابه داده پیام خود بشناسد.

البته ماده ۲۰ در ادامه اعلام می‌دارد: «ماده (۱۹) این قانون شامل مواردی نیست که پیام از اصل ساز صادر نشده باشد و یا به طور اشتباه صادر شده باشد». در توضیح ماده ۲۰ باید گفت که مطابق اصول کلی حقوقی، مدعی اشتباه باید ارسال نادرست داده پیام را اثبات کند در غیر این صورت، باید به آثار حقوقی ناشی از ارسال داده پیام متعهد باشد.

استقلال داده پیام ارسال شده در انتساب به مخاطب

بر اساس ماده ۲۱ ق.ت.ا. «هر داده پیام، یک داده پیام مجزا و مستقل محسوب می‌گردد. مگر آنکه معلوم باشد که آن داده پیام نسخه مجددی از داده پیام اولیه است» هنگامی که مخاطب داده پیامی را از سوی اصل ساز دریافت می‌کند حق دارد آن را مستقل و مجزا فرض کرده و طبق آن عمل نماید مگر اینکه به نحو متعارفی بداند یا باید بداند که آن داده پیام نسخه مجددی (کپی) از داده پیام اصلی و اولیه است.

۲-۳ تصدیق دریافت داده پیام

بر اساس ماده ۲۳ ق.ت.ا. «اگر اصل ساز به طور صریح هر گونه اثر حقوقی داده پیام را مشروط به تصدیق دریافت داده پیام کرده باشد داده پیام ارسال نشده تلقی می‌شود مگر آن که تصدیق آن دریافت شود». گاهی ممکن است طرفین مبادله تجاری برای قطعیت یافتن آگاهی طرفین از اعلام اراده یکدیگر، انتساب داده پیام به اصل ساز کافی تلقی نشود بلکه مخاطب مورد نظر اصل ساز نیز باید دریافت داده پیامها را تایید و تصدیق کند. در این خصوص نیز مواد ۲۲ الی ۲۵ قانون تجارت الکترونیک ایران به تبعیت از ماده ۱۴ قانون نمونه آنسیترال مقرراتی وضع کرده است.

به موجب ماده ۲۲ ق.ت.ا. «هر گاه قبل یا به هنگام ارسال داده پیام اصل ساز از مخاطب بخواهد یا توافق کنند که دریافت داده پیام تصدیق شود، اگر به شکل یا روش تصدیق توافق نشده باشد، هر نوع ارتباط



خودکار یا مکاتبه یا اتخاذ هر نوع تدبیر مناسب از سوی مخاطب که اصل ساز را نحو معقول از دریافت داده پیام مطمئن کند تصدیق دریافت داده پیام محسوب می‌گردد». بر اساس مفهوم مخالف ماده مزبور ممکن است طرفین بر روش خاصی برای تصدیق تراضی نمایند. اگر روش تصدیق توسط طرفین تعیین گردد در این صورت آنها باید مطابق آن رفتار کنند و الا ارسال محقق نمی‌گردد. اما چنانچه در مورد شکل یا روش خاصی توافق نشده باشد تصدیق به دو صورت انجام می‌شود: اول به وسیله هر نوع ارتباط و مکاتبه به وسیله مخاطب دوم اتخاذ هر نوع تدبیر مناسبی که اصل ساز را به نحو معقول از دریافت داده پیامها مطمئن کرده باشد.

نتیجه‌گیری

ایجاب و قبول به هر پیشنهاد و پذیرشی اطلاق می‌شود که کاشف از اراده باطنی متعاقدین باشد خواه شکل این کشف الفاظ باشد خواه فعل که خود فعل نیز اعم است از نوشته و اشاره و قبض و اقباض و یا ترکیبی از اینها مثل نمایش و نوشته در ویتترین مغازه‌ها.

با توجه به مواد ۱۹۲، ۱۹۳ و ۱۹۴ ق.م. ابراز و اعلان اراده ممکن است با لفظ یا نوشته باشد و یا ممکن است طریق اعلان اراده به صورت فعل یا اشاره باشد. صریحترین ابزار اعلان اراده لفظ است. برای مثال، در عقد بیع فروشنده بگوید فروختم و خریدار بگوید خریدم. اعم از اینکه اعلان قصد از طریق الفاظ رو در رو و در یک مجلس عقد باشد یا از طریق تلفن یا ارتباطات تصویری مثل گفتگوهای تصویری. یکی دیگر از ابزارهای شایع اعلان اراده نوشته است. نوشته نیز ممکن است کاغذی باشد یا الکترونیکی. نوشته الکترونیکی که داده پیام نامیده می‌شود در بند الف ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی اینگونه تعریف می‌شود: «داده پیام هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و با فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود». از آنجایی که «داده پیام» نوشته به معنای عادی آن محسوب نمی‌گردد، مقررات تجارت الکترونیکی ناگزیر شده اند که داده پیام را در حکم نوشته تلقی نمایند. ماده ۶ ق.ت.ا. مقرر می‌دارد: «هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده پیام در حکم نوشته است ...». انعقاد عقد از طریق نوشته‌ی الکترونیکی یا داده پیام خود طرق متنوعی دارد. برای مثال، فکس یا ارسال پیامک از طریق تلفن همراه، از طریق چت یا نرم افزارهای گفتگوهای نوشتاری اعم از واتس‌آپ، وایبر و غیره و همچنین از طریق پست الکترونیکی و وبسایت و مانند اینها که همگی از ابزارهای مدرن اعلان و ابراز قصد تلقی می‌شوند.



قرارداد الکترونیکی با استفاده از وسایل الکترونیکی تشکیل می‌شود. قرارداد الکترونیکی توافقی است که با تمام شرایط لازم برای تراضی و اعمال لازم برای حصول توافق، به شیوه الکترونیکی و از طریق داده پیام ایجاد شده با رایانه یا وسایل الکترونیکی مشابه انجام می‌گیرد. تقریباً تمام حقوقدانان معتقدند قرارداد الکترونیکی از نظر شرایط اساسی صحت معامله، هیچ تفاوتی با قرارداد عادی ندارد و وجود این شرایط در قرارداد مذکور، ضروری است. سازمان تجارت جهانی نیز بر این نکته تاکید می‌کند که آثار تمام اقدامات انجام شده برای تسهیل معاملات، آزادی بازار، کاهش هزینه‌ها و تعرفه‌ها و باز بودن بازار برای ارائه همه خدمات مورد نیاز، باید به روابط تجاری الکترونیکی نیز تسری یابد.

با وجود این شرایط عمومی، ایجاب الکترونیکی در ق.ت.ا.ا. ویژگی‌های منحصر بفردی دارد. قانونگذار در مواد ۳۳ تا ۳۶ قانون مزبور حمایت‌هایی انحصاری از مصرف کنندگان در بستر مبادلات الکترونیکی قائل شده است. به عبارت دیگر، موجب در ایجاب فروش کالا و یا خدمات خود ملزم به اعلان مشخصات و نشانی، تعیین موضوع قرارداد و اوصاف آن، قیمت کالا و خدمات عرضه شده، روش پرداخت، مدت حق رجوع و خدمات بعد از فروش می‌باشد.

برای انعقاد قرارداد الکترونیکی معمولاً فروشنده با اطلاع رسانی عمومی و معرفی کالای خویش بازاریابی می‌کند و حتی قیمت‌ها را در تبلیغات در معرض عموم قرار می‌دهند. فروشنده در جریان تبلیغ از طریق ابزارهای الکترونیکی اینترنت یا تلفن همراه تلاش می‌کند پیام خود را به گونه‌ای تنظیم کند که نیازهای اطلاعاتی مشتری برای دستیابی به شناخت اولیه از کالا یا خدمات شامل قیمت، کیفیت، تخفیف، زمان تحویل، خدمات پس از فروش و غیره فراهم آورد که تمام اقدامات یاد شده نه به عنوان ایجاب ملزم بلکه در قالب پیشنهاد مقدماتی و دعوت به معامله محسوب می‌شود. البته بهتر است برای جلوگیری از اشتباهات و خطاهایی که اغلب به دلیل سرعت معاملات الکترونیکی به وقوع می‌پیوندد، پایگاه ابتدائاً اقدام به دعوت به معامله نماید.

در قراردادهایی که با وسایل ارتباطاتی همچون تلفن یا گفتگوهای تصویری تشکیل می‌شوند تعیین زمان تحقق قبول آسان است، زیرا مکالمات تلفنی و تصویری از جمله عقود شفاهی هستند که در زمان و مکان مشخصی انجام می‌شوند و زمان قطعیت قبول وقتی است که بعد از اعلام قبول، ارتباط قطع می‌شود. در قراردادهای منعقد از طریق اینترنت و پست الکترونیکی، مخاطب به قصد قبول ایجاب متن حاوی قبول را ارسال نموده باشد در واقع اراده باطنی خود را اعلان کرد و عقد از نظر قانون مدنی انعقاد یافته است اما، با توجه به مواد ۲۶ و ۲۷ ق.ت.ا.ا. ارسال داده پیام زمانی تحقق می‌یابد که به سیستم اطلاعاتی خارج از





کنترل موجب با قائم مقام وی وارد شوند. در واقع به سیستم اطلاعاتی مخاطب وارد گردد یعنی ارسال و دریافت همزمان انجام شود. به عبارت دیگر، دریافت را جزء شرط تحقق قبول دانسته است.

منابع

- السان، مصطفی، «ایجاب و قبول معاملات الکترونیکی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی، ۱۳۸۵، ش ۴۳، امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: اسلامیه، چاپ ۲۳، ۱۳۸۲.
- : جعفر لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۷۷، ش ۷۷۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، تهران: چاپخانه مشعل آزادی، ۱۳۵۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج اول، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰.
- حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، جلد ۱۰، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۶ق.
- داراب پور، مهرباب، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی (ترجمه)، ج اول، نوشته هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاههای معتبر جهان، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۴.
- سنهوری، عبدالرازق، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، بيروت: منشورات الحلبييه الحقوقيه، الطبعة الثالثة الجديدة، ۲۰۰۹ م.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۴.
- صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۲.
- صفایی، حسین و صفایی، مرتضی و عادل، مرتضی و کاظمی، محمود، بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۱.
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۴.
- . فیضی چکاب، غلام نبی، لحظه انعقاد قرارداد از رهگذر واسطه های الکترونیکی، مجموعه مقاله های همایش بررسی جنبه های حقوقی فناوری اطلاعات، انتشارات سلسبیل، ۱۳۸۳.
- قاسمپورزاده، مرتضی، اصول قراردادهای و تعهدات، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۸.
- محقق داماد، سید مصطفی و قنوتی، جلیل و وحدتی شبیری، حسن و عبدی پور، ابراهیم، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، جلد اول، تهران: سمت، ۱۳۷۹.
- موسوی خمینی، روح الله، کتاب البیع، الجزء الثانی، قم: مؤسسه اسماعیلیان، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۰ق.
- نوری، محمدعلی، ترجمه اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی / موسسه بین المللی حقوق خصوصی رم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- نیک بخش تهرانی، محمد حسن و آذر صابری، مهدی، آشنائی با تجارت الکترونیکی و زیرساختهای آن، انسیتو ایز ایران، ۱۳۸۰.



لزوم اثبات دین یا مفروض بودن آن در «دادن مال به دیگری»

سید کاظم حسینی^۱

چکیده:

با توجه به ماده ۲۵۶ قانون مدنی که مقرر می دارد: «هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون این که مفروض این چیز باشد می تواند استرداد کند»، به لحاظ ابهام در مدلول این ماده این بحث مطرح میباشد آیا قانونگذار وجود دین را برای «دهنده مال» مفروض دانسته و لزومی به اثبات دین از ناحیه «گیرنده مال» نمی باشد یا دادن مال به دیگری نه تنها اماره مدیونیت دهنده مال نمی باشد بلکه برای گیرنده ایجاد تعهد می کند و باید آنچه را گرفته مسترد نماید مگر آنکه وجود دین را اثبات کند.

در این تحقیق تلاش گردید تا با ذکر دیدگاههای مختلف حقوقی و نقد بررسی آنها، این نظر تقویت شود که دادن مال به دیگری اماره مدیونیت دهنده مال نبوده و گیرنده باید آنچه را گرفته مسترد نماید مگر آنکه مدیون بودن دهنده مال را اثبات کند.

کلید واژه گان: مدیونیت، وفای به عهد، اماره عدم تبرع، اماره ید، ظهور.



مقدمه؛

از آنجایی که در پاسخ به پرسش مطرح شده نظرات و دیدگاه‌های متفاوتی با استنباط از ماده ۲۶۵ قانون مدنی ارائه گردیده و این اختلاف دیدگاه‌ها به آراء قضایی نیز سرایت کرده است، در راستای کاربردی کردن مباحث حقوقی و اجتناب از بیان صرف نظریات و تئوری‌ها، در مقاله حاضر ضمن طرح دو دیدگاه عمده در خصوص مورد و بررسی آنها، تلاش گردیده با رویکردی قضایی و کاربردی به پرسش مطروحه پاسخ داده شود. در این راستا ابتدائاً نظر حقوقدانانی مطرح می‌گردد که اعتقاد دارند دهنده مال می‌تواند به استناد اماره عدم تبرع آنچه را که داده استرداد کند و سپس دیدگاه آنانی که معتقدند دادن مال به دیگری اماره مدیونیت است و لزومی به اثبات دین از سوی گیرنده مال نیست، مطرح و در نهایت با بررسی نظریات حقوقدانان و رویه و رویکرد قضایی در این خصوص با انتخاب نظری که بیشتر با عرف و نظام حقوقی ایران منطبق است، خواهیم دید که دادن مال دیگری اماره مدیونیت دهنده مال نبوده و گیرنده مال در صورتی می‌تواند از استرداد آن خودداری نماید که وجود دین را اثبات کند.

۱- نظریات و دیدگاه‌های عمده حقوقدانان

علیرغم اینکه حقوقدانان بلحاظ ابهام مدلول ماده ۲۶۵ ق.م. اختلاف نظر دارند که بیشتر ناشی از نارسایی قسمت اخیر ماده می‌باشد. لیکن با توجه به منطوق صدر این ماده، در «ظهور عدم تبرع»، تردیدی نیست و حقوقدانان در این خصوص اختلاف نظری ندارند. بنابراین هرگاه کسی مالی به دیگری بدهد مجانی و بصورت تبرعی نبوده و اصل بر عدم تبرع است. اما این که اماره عدم تبرع با مدیونیت مال ملازمه دارد یا این که با مدیونیت دهنده ملازمه نداشته و گیرنده مال برای امتناع از استرداد مال باید وجود دین را اثبات کند، موضوعی است که حقوقدانان دیدگاه‌های متفاوتی دارند. در این خصوص دو دیدگاه عمده مورد بررسی قرار می‌گیرد چون نگارنده خود دیدگاه اول را مرجح می‌داند بدون نقد آن صرفاً به ارائه دلایل این دیدگاه اکتفا می‌نماید.

دیدگاه اول: عدم ملازمه اماره عدم تبرع با مدیونیت دهنده مال

بسیاری از حقوقدانان بر این عقیده هستند که از منطوق ماده ۲۶۵ ق.م. که صرفاً ظهور در عدم تبرع دارد، «وفای به عهد» استنباط نمی‌گردد تا بتوان با مفروض دانستن دین دهنده مال، گیرنده را از اثبات دین



معاف دانست.^۱

به عقیده آنان هر گاه کسی مال به دیگری بدهد اصل عدم تبرع است و این اصل با مدیونیت دهنده مال ملازمه ندارد. لذا اگر گیرنده مال مدعی شود کسی که مالی به او داده، دین خود را ادا کرده است، صرف ادعا کافی نبوده و او باید با اقامه دلیل ادعای خود را ثابت کند.

– دلایل و مستندات قائلین به نظریه فوق

قائلین به عدم ملازمه اماره عدم تبرع با مدیونیت دهنده مال برای تقویت و تحکیم نظر خود عمدتاً به موارد ذیل استناد می نمایند.

۱-۱-۱ عدم تشریح اماره مدیونیت در حکم ماده ۲۶۵ ق.م

بر اساس این نظر ظاهر عبارت ماده ۲۶۵ ق.م بیش از این استفاده نمی شود که ظاهر از تسلیم مال این است که «تبرعی» نبوده اما این امر دلالت نیم کند دادن مال ظهور «در وفای به عهد» برای ادای دین دارد و یا اماره مدیونیت دهنده به گیرنده مال است.

این عده از حقوقدانان معتقدند که در ماده ۲۶۵ ق.م اماره مدیونیت تشریح نگردیده و حکم ماده صرفاً ظهور در عدم تبرع دارد و علاوه بر نفی تبرع مفهوم وفای به عهد استنباط نمی گردد.^۲

۱-۱-۲ قابل اثبات نبودن امر عدمی

آنچه که بر عهده دهنده مال قرار دارد فقط اثبات «دادن مال» می باشد و دریافت کننده اگر می خواهد آنچه را گرفته، پس ندهد باید مدیونیت دهنده مال و استحقاق خود نسبت به مال دریافتی را اثبات کند. چرا که در غیر این صورت دهنده مال باید ثابت کند که مدیون نبوده است و مدیون نبودن به طور مطلق نیز یک امر مدعی است و عدم مطلق قابل اثبات نیست.^۳

۱-۱-۳ اصل برائت (عدم اشتغال ذمه دهنده مال)

عمده دلیل دیگر آنانی که معتقدند ملازمه ای بین عدم تبرع (رایگان و مجانی نبودن دادن مال به دیگری) و مدیونیت دهنده مال وجود ندارد، استناد آنان به اصل برائت است. زیرا در غیر این صورت چنانچه بپذیریم ماده ۲۶۵ ق.م علاوه بر عدم تبرع ظهور در مدیونیت دهنده مال دارد، اگر دهنده مال بخواهد مال داده شده را استرداد کند باید عدم مدیونیت خود را اثبات کند. در حالی که اصل برائت است و چنین تکلیفی خلاف

۱ امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، صفحه ۳۱۴؛ حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، جلد ۱ صفحه ۲۵۴؛ شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، صفحه ۱۵۲؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، صفحه ۲۲۳؛ مدنی، جلال الدین، حقوق مدنی جلد ۳، صفحه ۲۲۱.

۲ مرندی، محمدرضا؛ مسعودی فر، محمد، مجله پژوهشهای علوم انسانی، صفحه ۱۴۲.
۳ امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، صفحه ۳۱۴.





اصل برائت می باشد.

۲-۱ دیدگاه دوم: مفروض بودن دین و عدم لزوم اثبات دین از سوی گیرنده

عده ای از حقوقدانان معتقدند اگر کسی مالی را به دیگری می دهد، در واقع در مقام «ایفای تعهد» داده است. به عبارتی دادن مال به دیگری با توجه به عدم تبرع، اماره مدیونیت دهنده مال است و الزام گیرنده به اثبات دین خلاف اماره مدیونیت بوده و این دهنده مال است که باید عدم مدیونیت خود را اثبات کند.^۱

- دلایل و مستندات قائلین به این نظریه و نقد و بررسی آن

عمده دلایلی که قائلین به این نظریه استدلالات خود را بر پایه آن استوار نموده اند بشرح ذیل می باشد.

۱-۲-۱ موقیعت ماده ۲۶۵ م.ق و ظهور آن در وفای به عهد

ماده ۲۶۵ تحت عنوان «وفای به عهد» و در آغاز آن مبحث آمده است و متن ماده از بند اول ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه که درست همین موقیعت را در آغاز وفای به عهد دارد، اقتباس شده است و در آن آمده است: «هر پرداخت مستلزم وجود دینی است: کسی که بدون داشتن دین مالی را پرداخته است می تواند استرداد کند». نویسندگان قانون مدنی بر این مبنا که واژه «پرداخت» به معنی «دادن» است، هر پرداخت را نشانه وفای به عهد و اماره بر وجود دینی دانسته اند و گرنه معنی نداشت در آغاز مبحث وفای به عهد از آن یاد کنند.^۲

پس اگر کسی مالی به دیگری بدهد ظن غالب بر این است که قصد تبرع نداشته و با دادن آن مال قرض خود را به طرف مقابل ادا می کند و ظاهر در عدم تبرع به معنی ظاهر در وفای به عهد است.^۳

-نقد دلیل

ذکر این ماده در مبحث وفای به عهد بی تناسب است. زیرا مواد مذکور در آن مبحث مبین مسقطات عهده است و این ماده چیزی را بیان می کند که موجب ثبوت عهده است.^۴

صرف این که مقنن ماده ای را در ذیل عنوان و مبحثی قراردادها باشد کافی نیست که با لحاظ عنوان آن، منطوق ماده نادیده گرفته شود. کما این که در مواردی اتفاق افتاده که مقنن ماده ای را در ذیل عنوانی قرار داده که از آن خروج موضوعی دارد. مثلاً گنجاندن ماده ۱۲۵۹ که مقرر می دارد: «اقرار عبارت است از اخبار به حقی است برای غیر به ضرر خود»، اما این مقرر در واقع تعریف مکرر قانون مدنی است که مقرر می

۱ شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، صفحه ۶.

۲ عدل، مصطفی، حقوق مدنی، صفحه ۱۶۴؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد، صفحه ۷۲؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، صفحه ۲۲۲.

۳ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، صفحه ۷۲.

۴ عدل، مصطفی، حقوق مدنی، صفحه ۱۶۴.

۵ حائری شاه باغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، جلد ۱، صفحه ۲۵۴.



دارد «در شاهد بلوغ-عقل-عدالت-ایمان و طهارت مولد شرط است» با وصف این که این ماده به «شرایط شهادت» اشاره دارد لیکن در ذیل به عنوان «شرایط شهادت» که طی مواد ۱۳۱۵ الی ۱۳۲۰ قانون مدنی آمده، ذکر نگردیده است.

درست است که ماده ۲۶۵ م.ق. در ابتدای مبحث وفای به عهد آمده و اقتضای منطقی آن است که این ماده درباره وفای به عهد باشد نه ثبوت عهده اما عدم تناسب موضوع ماده با عنوان مبحث نباید موجب شود تا از قانون تفسیری به مل آید که خلاف اراده قانونگذار به نظر می آید.^۱

هر چند که از حیث لغوی واژه «دادن» یکی از معانی واژه «پرداختن» است. لیکن قانونگذار در ماده ۲۶۵ م.ق. از معانی متعدد واژه پرداختن که تأدیه، کارسازی کردن، وام خویش را ادا کردن، می باشد^۲ (و این معانی بیشتر ناظر به ادای دین و وفای به عهد است)، استفاده ننموده بلکه با بکاربردن عبارت «هر کس مال به دیگری بدهد تظاهر در عدم تبرع است...» در واقع از لفظ «دادن» استفاده نموده که به معانی اعطاء، ایتاء در اختیار کسی گذاردن بدون برگرداندن، تسلیم کسی کردن چیزی را، ارزانی داشتن چیزی به کسی، بذل آمده است^۳. و غالباً ناظر به تبرعی و مجانی بودن می باشد، با این وصف با لحاظ عرف و هماهنگ شدن با جامعه که افراد مال خود را مجانی و رایگان به دیگران نمی دهند، مقنن اصل را بر عدم تبرع قرار داده است تا از «دادن» مال به دیگری مجانی بودن آن برداشت نگردد. لذا اعتقاد به اقتباس ماده ۲۶۵ م.ق. از ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی فرانسه که هر پرداخت را مستلزم وجود دینی دانسته است، باید موجب نادیده گرفتن معانی لغوی واژه ه و همچنین نادیده گرفتن فرهنگ و عرف در حقوق ما گردد.

در مورد ظهور ماده ۲۶۵ م.ق. آنچه مورد تردید نیست ظهور آن در عدم تبرع است و ظاهراً «تبرعی نبودن دادن مال»، دلالت نمی کند که تسلیم مال الزاماً اماره مدیون بودن می باشد. بدیهی است اگر نظر قانونگذار ایجاد اماره مدیون بودن دهنده مال بوده، باید رد قسمت اخیر ماده مقرر می داشت: «بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، نمی تواند آن را استرداد کند مگر آنکه دین گیرنده اثبات گردد».

۲-۲-۱ قاعده تصرف یا اماره ید

عمده دلیل دیگری که قائلین به نظریه «مفروض بودن دین و عدم لزوم اثبات دین از سوی گیرنده مال» به آن استناد می نمایند، قاعده تصرف یا اماره ید است که بموجب ماده ۳۵ قانون مدنی وضع گردیده و تصرف به عنوان مالیکت را دلیل مالکیت دانسته مگر این که خلاف آن ثابت شود.

۱ کریم کاشی آرانی، رضا، مجله مدرس علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، صفحه ۱۶۶.
۲ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد ۴، صفحه ۴۷۶۶.
۳ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد ۶، صفحه ۸۹۹۹.



به موجب این قاعده هرگاه شخص مالی را به عنوان مالک در تصرف داشته باشد و شخص دیگری مدعی مالکیت آن باشد ذوالید از اقامه دلیل بر استحقاق خود بی نیاز است. به عبارت دیگر تصرف اماره و نشانه دو امر مهم یعنی مالکیت متصرف و انتقال به ناقل قانونی است. بنابراین دهنده مال باید ثابت کند که مال را بابت دین خود تأدیه نکرده و تحت عناوین دیگری از قبیل ودیعه، قرض یا عاریه به گیرنده داده تا بدین وسیله اماره تصرف و آثار آن را بی نیاز سازد.^۱

-نقد دلیل

استناد به قاعده ید و اماره تصرف، در جایی مصداق پیدا می کند که اختلاف طرفین در مالکیت است نه این که مال در مقام وفای به عهد داده شده یا نه.^۲

حکم ماده ۲۶۵ ق.م.د در مورد مای که به دیگری داده شده است، در مقام بیان تبرعی نبودن آن است و این اماره تبرعی نبودن ملازمه با «ایجاد تعهد» دارد یا «ایفای تعهد» همان چیزی است که محل بحث بوده و اختلاف دیدگاهها نیز ناشی از این امر است. به عبارتی ناظر به اختلاف در مالکیت نبوده تا اماره ید حاکم بر موضوع باشد چرا که در مانحن فیه دادن مال از ناحیه کسی به دیگری ثابت است و ادعا ناظر به این است که دادن مال از باب وفای به عهد صورت گرفته یا نه.

۳-۲-۱ دلالت صدور اسناد تجاری بر مدیون بودن صادر کننده و رابطه آن با حاکم ماده ۲۶۵ قانون مدنی قائلین به نظریه «مفروض بودن دین» در دادن مال به دیگری با اعتقاد به تشریح اماره مدیونیت در ماده ۲۶۵ ق.م.د دلالت صدور اسناد تجاری مثل چک، برات و سفته بر مدیون صادرکننده را ناشی از ظهور پرداخت بر وجود دین می دانند. باین اعتقاد که «پرداخت اماره مدیون بودن کسی است که می پردازد و پس صدور چک بر اماره مدیون بودن صادر کننده چک است و صدور حواله دلیل مدیون بودن محیل است»^۳. همچنین اظهار شده است که: «مبنای واقعی دلالت حواله بر دین محیل این فرض است که پرداخت ظهور در دین دارد. چرا باید کسی که با واسطه از راه صدور حواله مالی را به دیگری می دهد مدیون به شمار آید ولی آن که مالی را مستقیم می پردازد بتواند آنچه را داده است پی بگیرد. آیا این دو گانگی زیننده نظام حقوقی معقول است؟ دلالت پرداخت بر وجود دین، تنها در مورد صدور حواله پذیرفته نشده است. در مورد برات و سفته و چک نیز رویه قضایی مستقر است که پرداخت کننده به استناد اصل برائت نمی تواند آنچه را داده است از دارنده سند پس بگیرد (مواد ۳۳۹، ۳۰۹ و ۳۱۴ ق.ت.)^۴.

۱ اسلامی پناه، عای، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، صفحه ۱۲۸.

۲ کریم کاشانی آرانی، رضا، مجله مدرس علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، صفحه ۱۶۸.

۳ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، صفحه ۷۲۵.

۴ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، صفحات ۷۳ و ۷۴.



نقد دلیل

اینکه رد حواله و اسناد تجاری از جمله چک، برات و سفته صدور آنها دلالت بر اشتغال ذمه صادر کننده دارد، چون در عرف صدور اسناد تجاری اغلب حاکی از مدیون بودن صادر کننده چنین سند است، قانونگذار به تبعیت از عرف آن را پذیرفته و موضوع حکم قرار داده است ولی در دادن مال به طور مستقیم، این ظهور وجود ندارد تا به تبعیت از آن بتوان اعتقاد داشت که دادن مال به دیگری اماره مدیون بودن دهنده گیرنده مال است.^۱

به علاوه این که مسدول دانستن صادرکنندگان اسناد تجاری لزوماً به دلیل بدهکار بودنشان نیست بلکه بخاطر امضایی است که در ظهر یا روی سند کرده اند. «پس از امضای برات... به هر حال وجه برات را بدهد. این امضا فقط به دلیل شناسایی دین موجود نیست بلکه این امضاء تأسیس است»^۲.

۲- رویکرد قضایی

در پاسخ به این پرسش که آیا دادن مال به دیگری اماره بر وجود دین است؟ یا ظهور «عدم تبرع» (که از ماده ۲۶۵ ق.م. استفاده می گردد) ملازمه با مدیونیت دهنده مال نداشته و گیرنده مال باید وجود دین را اثبات کند، به شرح ذی به رویه و رویکردهای قضایی که نگارنده بر آن عقیده است، اشاره می گردد که حاکی از عدم ملازمه اماره عدم تبرع با مدیونیت دهنده مال بوده و احتمالاً گیرنده مال باید وجود دین را اثبات کند.

۱-۲ شعبه چهارم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۲۶۲-۱۳۷۷/۲/۱۴-۲۶۲ چنین اظهار نظر نموده است: «مطابق ماده ۲۶۵ قانون مدنی، هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است. بنابراین حکم به این که «مالی که داده شده است تبرعی یا بابت قرض یا محاسبه یا عنوان دیگری که موجب اشتغال ذمه گیرنده نباشد بوده» محتاج به وجود دلیل یا اماره و قرینه است، نه اشتغال ذمه گیرنده مال»^۳.

این رأی به وضوح مبین آن است که اگر کسی مالی به دیگری بدهد می تواند آن را پس بگیرد و گیرنده باید وجود دین دهنده مال را اثبات کند تا بتواند از استرداد مال خودداری نماید. به عبارتی مطابق رأی مزبور ظهور عدم تبرع در ماده ۲۶۵ ق.م ملازمه با مدیونیت دهنده مال نداشته و گیرنده باید وجود دین را اثبات کند.

۲-۲ اکثریت قضات دادگاههای حقوقی ۲ تهران در مورخه ۶۷/۱۲/۴ در نشست چنین اظهار نظر نمودند: «اگر وقوع معامله ثابت نشده تنها پرداخت وجه محقق بوده یعنی خوانده اقرار به وصول آن کرده النهایه

۱ کریم کاشی آرانی، رضا، مجله مدرس علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، صفحه ۱۸۰.
۲ جعفری، لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، صفحه ۴۳۷.
۳ نویخت، یوسف، اندیشه های قضایی، صفحات ۲۵۶ و ۲۵۷.



دریافت وجه را بابت دین خواهان به خود اعلام نمود و خواسته خواهان استرداد آن وجه باشد و خوانده نتواند ادعای وجود دین را ثابت کند دادگاه باید حکم به رد آن وجه به خواهان صادر نماید. زیرا در این قضیه پرداخت وجه از طرف خواهان و دریافت آن توسط خوانده ثابت و مفروغ عنه است و خوانده که مدعی است دینی وجود داشته باید آن را اثبات کند و در صورت عدم اثبات و عدم احراز جهت قانونی است و تملک و استحقاق نسبت به آن محکوم به رد وجه به مالک آن است و خواهان دعوی استرداد وجه تکلیفی به اثبات عدم دین یعنی اثبات امر عدمی ندارد و اصل براءت مؤید این نظر است.^۱

۳-۲ نظر کمیسیون تخصصی مسائل قانون مدنی مربوط به نشست های قضایی که مؤید اتفاق نشست قضایی دادگستری امل (تیرماه ۱۳۸۰) می باشد حاکی است اگر کسی چیزی را تأدیه کند بدون آنکه مدیون باشد حق استرداد آن را دارد و دهنده وجه صرفاً باید اثبات کند که وجهی را پرداخته است و اثبات عدم تبرعی بودن بر عهده دهنده نیست.^۲

اقلیت دادگستری معتقدند که ماده ۲۵۶ قانون مدنی علاوه بر بیان اماره عدم تبرع در دادن مال به دیگری، بیانگر این معنی نیز است که اگر کسی چیزی به دیگری بدهد، صرف دادن مال اماره مدیون بودن اوست و اگر بخواهد آن را استرداد کند باید مقروض نبودن خود را اثبات نماید. در این خصوص رأی اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۱۹۹۵ مورخ ۱۳۴۱/۷/۳ را مؤید نظر خود می دانند.^۳

در واقع مطابق رأی مذکور کاربرد ماده ۲۶۵ ق.م.تنها در صورتی است که اختلاف در تبرع باشد ولی هرگاه اختلاف در تبرع نباشد و مثلاً اختلاف در استقراض و ایفای دین باشد استناد به ماده ۲۶۵ ق.م. نایجاست.^۴ با توجه به اینکه در زندگی روزمره بارهاتفاق می افتد که اموال خود را به دیگران می دهیم بدون این که به آنها مقروض باشیم، مثلاً افراد اتومبیل خود را برای سواری به دوستان خود می دهند و صاحبان مغازه ها وسایل و اموالشان را برا یارسال به جایی دیگر به شاگردانشان می دهند و نمونه هایدیگر. حال در مثال فوق چنانچه اختلافی در دادن اتومبیل نباشد آیا دهنده اتومبیل تکلیف دارد برای استرداد اتومبیل، ودیعه، و امانی بودن آن را اثبات کند و گیرنده اتومبیل صرفاً می تواند با ادعای مدیون بودن دهنده از استرداد اتومبیل امتناع ورزد؟ آنچه عرف حاکی از آن است و اصول حقوقی نیز با آن سازگار است، در وضعیتی که اختلاف در دادن اتومبیل و مالکیت آن باشد موضوع متفاوت است و بار اثبات بر عهده مدعی که خواهان استرداد است، می باشد. اما آنجایی که اختلاف در دادن اتومبیل نباشد، گیرنده اتومبیل با استناد به اصل عدم تبرع نمی تواند

۱ نویخت، یوسف، اندیشه های قضایی، صفحات ۲۵۶ و ۲۵۷.

۲ معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه نشست های قضایی، مسائل قانون مدنی، جلد ۱، صفحات ۱۳۱ و ۱۳۲.

۳ ضمیمه روزنامه رسمی، ۱۳۶۹، صفحه ۱۴۵.

۴ اصغری آقمشهدی، فخرالدین، اتقایی، کریم، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، صفحه ۱۳۸.



با ادعای مدیون بودن «دهنده» از استرداد آن خودداری نماید. به عبارتی نمی‌تواند استرداد اتومبیل را موکل به اثبات امر عدمی نماید که برای دهنده اتومبیل امکان ناپذیر است. در غیر این صورت سنگ روی سنگ در جامعه بند نخواهد شد.

اساساً در فقه امامیه در صورت بروز اختلاف بین دهنده مال و دریافت کننده همه گفته دهنده مال مقدم است. مستند این تقدیم روایت صحیحی است که در مورد بروز اختلاف بین دهنده مال و دریافت کننده همه گفته دهنده مال مقدم است. مستند این تقدیم روایت صحیحی است که در مورد پرسش شخصی از امام ابوالحسن (ع) درباره اختلاف بین کسی که هزار درهم به دیگری داده و نزد او تلف شده است. دهنده مال مدعی قرض بودن و دریافت کننده مدعی ودیعه بودن آن بوده است. امام علی (ع) در پاسخ می‌فرماید دادن مال بر دریافت کننده لازم است مگر این که او بر ودیعه بودن آن دلیل اقامه کند. (به نقل از شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، تهران مکتبه الاسلامیه، صفحه ۲۳۳).

۳- نتیجه گیری:

۳-۱- صرف این که مقنن ماده ای را در ذیل عنوان و مبحثی قرار داده باشد، نباید با لحاظ عنوان آن، منطوق ماده نادیده گرفته شود. کما این که در مواردی اتفاق افتاده که مقنن ماده ای را در ذیل عنوانی قرار داده که از آن خروج موضوعی دارد.

۳-۲- حکم ماده ۲۶۵ ق.م.د در مورد مالی که به دیگری داده شده است، در مقام بیان تبرعی نبودن آن است و این که اماره تبرعی نبودن ملازمه با «ایجاد تعهد» دارد یا «ایفای تعهد» همان چیزی است که محل بحث بوده و اختلاف دیدگاهها نیز ناشی از این امر است. به عبارتی موضوع ناظر به اختلاف در مالکیت نبوده تا بر مبنای اماره ید، ظهور تبرعی نبودن ملازمه با ایفای تعهد و مآلاً مدیون بودن دهنده مال داشته باشد.

۳-۳- مسئول دانستن صادرکنندگان و امضاکنندگان اسناد تجاری لزوماً به دلیل بدهکار بودنشان نیست بلکه بخاطر امضایی است که در ظهر یا روی سند کرده اند. از سویی چون در عرف صدور اسناد تجاری اغلب حاکی از مدیون بودن صادرکننده چنین سندی است، قانونگذار به تبعیت از عرف آن را پذیرفته ولی در دادن مال به طور مستقیم چنین ظهوری در عرف موجود نیست.

۳-۴- جایی که اختلاف در «دادن مال» نیست، گیرنده مال با استناد به اصل عدم تبرع نمی‌تواند با ادعای مدیون بودن دهنده از استرداد مال خودداری نماید. به عبارتی نمی‌تواند استرداد را موکل به اثبات امر عدمی





از ناحیه دهنده مال کند. کما این که در فقه امامیه اساساً در صورت بروز اختلاف بین دهنده مال و دریافت کننده، همه جا گفته دهنده مال مقدم است.

۵-۳- با توجه به ظهور عدم تبرع در ماده ۲۶۵ ق.م. و اصل براءت یا عدم مدیونیت، آنچه بر عهده دهنده مال قرار دارد، فقط اثبات «دادن مال» است و دریافت کننده اگر میخواهد چیزی را گرفته، پس ندهد، باید مدیونیت دهنده مال و استحقاق خود را اثبات کند.

منابع و مأخذ:

- ۱- ابهری، حمید؛ ساناز، مقاله «بررسی فقهی و حقوقی ماده ۲۶۵ قانون مدنی»، مجله پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بابل، تابستان ۱۳۹۳، شماره ۳۶.
- ۲- اسلامی پناه، علی، مقاله «تسلیم مال یا پرداخت وجه نشانه مدیونیت است»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، پائیز ۱۳۷۸، شماره ۴۵.
- ۳- اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ اتقایی، کریم، مقاله «شرح و تفسیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶، شماره ۴۶.
- ۴- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، کتابفروشی اسلامییه، ۱۳۴۰.
- ۵- جعفری، لنگرودی، محمد جعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۵۷.
- ۶- جعفری، لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۹.
- ۷- حائری شاه باغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، جلد ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- ۸- دهخدا، علیاکبر، لغت نامه دهخدا، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، جلد ۴ و ۶، چاپ اول، بهار ۱۳۷۳.
- ۹- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران، کانون وکلای دادگستری، ۱۳۷۳.
- ۱۰- صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی قوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۴، چاپ نهم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
- ۱۱- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، تهران، امیر کبیر، ۱۳۴۲.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، چاپ نهم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
- ۱۳- کریم کاشی آرائی، رضا، مقاله «آیا دادن مال اماره بر وجود دین است؟» مجله مدرس علوم انسانی دانشگاه تربیت، پاییز ۱۳۸۴، شماره ۴۰.
- ۱۴- متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، آرشو کیهان.
- ۱۵- مدنی، جلال الدین، حقوق مدنی (مسئولیت مدنی، ضمان قهری، سقوط تعهدات) جلد ۳، پاچ اول، پایدار، ۱۳۸۳.
- ۱۶- مرندی، محمدرضا؛ مسعودی فرح، محمد، مقاله «اصل عدم تبرع»، مجله پژوهشهای علوم انسانی، دانشگاه اصفهان، بهمن ۱۳۹۲، شماره ۲۹.
- ۱۷- معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه نشست های قضائی در مسائل قانون مدنی، جلد اول، نشر قضا، قم، تابستان ۱۳۸۶.
- ۱۸- نوبخت، یوسف، اندیشه های قضایی، چاپ دوم، مؤسسه کیهان، ۱۳۶۸.



رفتار با زنان زندانی در حقوق کیفری ایران با تاکید بر اسناد بین المللی

سیده رومینا کلانتریان*

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق - جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد واحد چالوس

Romina.kalantarian@yahoo.com

۰۹۳۸۳۴۹۸۷۱۶

چکیده

امروزه، رشد جمعیت زنان بزهکار و بروز معضله‌های خاص ناشی از آن، توجه به ضرورت‌ها و نیازهای ویژه‌ی آنان را در کنار نیازهای عمومی، پررنگ‌تر نموده است. بررسی‌ها نشان می‌دهد، حقوق زنان زندانی به سبب قرار گرفتن در اقلیت جمعیتی زندان‌ها، آن‌چنان که باید مورد توجه مقنن داخلی قرار نگرفته است و تبعیض‌های جنسیتی تا به امروز در محیط زندان‌ها به وضوح قابل رؤیت می‌باشد. لذا با توجه به اهمیت مطلب و بررسی مقررات و اسناد داخلی و بین‌المللی، به تحلیل جایگاه زنان زندانی و کمبودها و کاستی‌های مدیریتی در نظام حقوق کیفری ایران پرداخته‌ایم. نتایج این پژوهش، نشان می‌دهد که قوانین و آیین‌نامه‌های موجود در این زمینه، سرشار از خلاءهای قانون‌گذاری است و قطعاً شایسته توجه و بازنگری یا تکمیل در بسیار از موارد می‌باشد. در نهایت، در این پژوهش تلاش گردیده است با به کار بستن مجموعه اصول استاندارد و حداقلی ارائه شده در اسناد بین‌المللی و رعایت آنها به عنوان حداقل حقوق زندانیان و توجهاً زنان زندانی، پیشنهادهایی برای رفع چالش‌ها و معضله‌های موجود ارائه شود.

واژگان کلیدی: کرامت انسانی، زن، زندان زنان، اصلاح، اسناد بین‌المللی



The treatment of women prisoners in Iranian criminal law with an emphasis on international instruments

* Seyyedeh Romina Kalantarian

Established subject of criminal and criminology graduate student, Islamic Azad University Branch

Romina.kalantarian@yahoo.com

Abstract

Today, the population of women offenders and special complicated of it, according to their specific needs and requirements as well as common needs, has utilized. Studies have shown that the rights of minority women prisoners because the prison population, so that should not be considered internal legislator and gender discrimination in prisons today are clearly visible. So according to importance of study, evaluation of rules and internal and external documents, we analysis of pavilion prisoners women and lack of administratory in penal system of Iran. The results show that the laws and regulations in this area, full of gaps in legislation and certainly worthy of attention and is revised or supplemented in many cases. finally in this thesis try on to apply set of standard principal and atleast poposed international instruments and regard to them as atleast prisoners rights especialley women, we suggested some issues for solving these chalange and complicated.

Keywords: Human dignity, Women, Women's prison, Mmodify, International instruments



مقدمه

نحوه رفتار با زنان زندانی به‌عنوان یکی از اقشار آسیب‌پذیر جامعه در سراسر جهان مورد توجه نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف بوده و در این راستا در مجموعه قوانین داخلی خود موادی را به این قشر از زندانیان اختصاص داده‌اند. پیش‌نویس سند بین‌المللی ویژه در مورد رفتار با زنان زندانی تهیه و تنظیم شده که تحت عنوان «قواعد سازمان ملل در خصوص رفتار با زنان زندانی و تدابیر غیر سالب آزادی برای بزهکاران زنان» (معروف به قواعد بانکوک)، در سال ۲۰۱۱ در مجمع عمومی سازمان ملل به تصویب رسید و به‌عنوان مکمل اسناد قبلی مرتبط با موضوع، از جمله قواعد حداقل استاندارد رفتار با زندانیان همچنین قواعد توکیو در کلیه کشورهای عضو سازمان ملل قابل اجراست.

رشد فزاینده تعداد زنان زندانی، نیاز به اصلاح قوانین، خط‌مشی‌ها و رویه‌هایی را که منجر به افزایش حبس زنان می‌شوند- و نه تنها اثرات زیان‌آوری بر خود زنان دارد، بلکه بر خانواده‌های‌شان و به ویژه بر تعداد زیادی از کودکان تأثیرات مضر دارد- برجسته می‌سازد. نوع جرایمی که زنان و مردان مرتکب آن شدند نشان می‌دهد: جرایم اقتصادی و مالی زنان همانند مردان طی این سال‌ها با افزایش همراه بود، با این تفاوت که جرایم اقتصادی زنان بیشتر در حد جرایمی مانند سرقت از مغازه‌ها و فروشگاه‌ها و از این قبیل است. در خصوص جرایم مواد مخدر، نسبت این نوع جرم در هر دو جنس در سال‌های اخیر رو به افزایش بوده است، اما این افزایش در مورد زنان قابل توجه‌تر از مردان است. همچنین در بحث جرایم جنسی و اخلاقی در کشورهایایی که قوانین از تفاسیر متفاوت قواعد مذهبی، ناشی شده است، زنان بنا به "جرایم ضد اخلاقی" حبس می‌شوند، مانند "زنا" و روابط نامشروع. اگر چه به نظر می‌رسد این قوانین نسبت به جنسیت بی‌طرفانه است؛ اما این اتهامات غالباً علیه زنان است. افزون بر این، در بسیاری از فرآیندهای دادرسی، استانداردهای بین‌المللی مورد توجه قرار نمی‌گیرد. زنان در طی فرآیند دادرسی مورد تبعیض واقع می‌شوند و به "بزه‌های اخلاقی" محکوم می‌شوند، حتی اگر خودشان قربانیان این جرایم بوده باشند. اثرات زیان‌آور خط‌مشی‌های تنبیهی مربوط به دادرسی کیفی به دلیل وضعیت نامساعد اقتصادی زنان چند برابر شده و منجر به افزایش تعداد زنان در بازداشت پیش از دادرسی می‌شود. با توجه به این که رقم سالیانه زنان بزهکار همواره رو به افزایش است و به‌رغم این که معیارهای بین‌المللی حقوق بشری که بر شیوه سلوک با بازداشتیان و زندانیان حاکم است، هم‌چنان به نحو مناسب اجرایی نمی‌گردد، این واقعیت می‌تواند به برخی شرایط





نامطلوب برای زنان منجر شود، لذا شایسته است از دو منظر شیوه‌های مدیریتی زندان زنان و احتیاجات ویژه آنان به بررسی چالش‌ها بپردازیم.

گفتار اول - نیازهای ویژه زنان زندانی

زنان با توجه به جنسیت‌شان، گروه آسیب‌پذیری در زندان‌ها هستند. اکثریت زیادی از زنانی که بازداشت هستند، نه تنها توان اقتصادی لازم برای به‌رهمندی از وکیل را ندارند، بلکه غالباً بی‌سواد و ناآگاه از حقوق قانونی خود می‌باشند. این امر، آنان را در یک موقعیت بسیار آسیب‌پذیر قرار می‌دهد و نیز این مخاطره را برای آنان ایجاد می‌کند تا مطالبی را که امضاء کرده‌اند، پیامدهای قانونی بسیار جدی برای آنها به همراه داشته باشد. در حداقل ممکن، فقدان وکیل قانونی منجر به تأخیر زیاد در فرایند دادرسی کیفری شده و مانع از توجه به فرصت اندک متهمان برای آزاد شدن به قید ضمانت - برای مثال با در نظر گرفتن مسؤلیت زنان در قبال کودکان و دیگر بستگان‌شان - می‌گردد. افزون بر این، زنان نسبت به سوءاستفاده جنسی و دیگر اشکال خشونت در بازداشت آسیب‌پذیر هستند که ممکن است به منظور تحت فشار قرار دادن آنها برای اعتراف به بزه‌ای که مرتکب نشده‌اند، مورد سوءاستفاده قرار گیرد. در برخی جوامع، بازجویی توسط مردان، احتمال مرعوب شدن زنان را توسط آن مردی که کوچکترین ارتباطی با وی نداشته‌اند را به وجود می‌آورد، این وضعیت همچنین شامل تهدید به سوءاستفاده جنسی نیز می‌شود، خواه این تهدید فهمیده شود یا نشود. در نظام‌هایی که تأکید بسیاری بر اقرار به عنوان مدرک می‌شود، از اعترافات که به اثبات نرسیده، می‌توان برای محکومیت استفاده کرد.

بند اول - نیازهای مربوط به سلامت روانی

حبس، مشکلات روانی جدیدی را به وجود می‌آورد یا مشکلات موجود را تشدید می‌کند. در اکثر جوامع، زنان بعضاً نقش سرپرستی خانواده را برعهده دارند و تغییر ناگهانی نقش آنان از مراقبت‌کننده به مجرم یا متهم و دور شدن ایشان از افرادی که به آنان وابسته‌اند؛ معمولاً تأثیر نامطلوب شدیدی بر سلامت روانی این زنان دارد. از این رو افسردگی در میان زنان زندانی - در مقایسه با مردان - شایع‌تر است و این زنان بسیار بیشتر از مردان به خود آسیب می‌رسانند یا به خودکشی مبادرت می‌ورزند و این امر، حاکی از ضرورت فراهم آوردن خدمات مربوط به سلامت روانی مطلوب با توجه به نیازهای جنسیتی زنان بزهکار است. نکته‌ی دیگر، مداوای زندانیان بیمار و رعایت بهداشت در زندان برای حفظ سلامتی زندانیان است. بیماران روانی و



معتادان در زندان‌ها، بایستی از یکدیگر تفکیک و در مراکز بهداشتی و درمانی تحت مداوا قرار گیرند؛ چرا که بدون جسم و روان سالم نمی‌توان برنامه‌های اصلاحی و تربیتی را اجرا نمود و انضباط را در زندان‌ها برقرار نمود. علاوه بر آن، می‌توان گفت که می‌بایست در خصوص افرادی که تحت مداوا قرار دارند و یا در حال تحمل بیماری‌های خاص می‌باشند، توجه ویژه‌ای به کار برده شود و در شرایط مناسب و رژیم غذایی مناسبی قرار داده شوند.

بند دوم - نیازهای مراقبتی با توجه به ویژگی‌های جنسیتی

زنان زندانی در مقایسه با مردان، اساساً نیازهای بهداشتی بیشتری دارند. به دلیل فقدان مراقبت‌های پزشکی کافی، نبود بهداشت و پاکیزگی، تغذیه ناکافی و ازدحام جمعیت، شرایط این زنان رو به وخامت می‌رود. افزون بر این، تمامی زنان با توجه به ویژگی جنسیتی‌شان، دارای یکسری نیازهای پزشکی هستند که مستلزم دسترسی منظم به متخصصان زنان است. در بسیاری از کشورهای دنیا، مراقبت در زندان زنان شامل تعداد زیادی از کودکانی که با مادرشان زندگی می‌کنند نیز می‌شود، مانند مراقبت‌های پزشکی زنان باردار و مادران شیرده که اغلب، خدمات مربوط به زندان‌ها قادر به برآورده کردن این نیازها نیستند. خدمات مراقبتی زندان، معمولاً فاقد تجهیزات لازم، دچار کمبود نیروی انسانی، فاقد منابع کافی و بسیار دور از خدمات مراقبتی و بهداشتی است که در سطح آن کشور وجود دارد. در بسیاری از کشورها، فراهم آوردن خدمات اولیه و مراقبتی در حد کفایت، با چالش‌های فراوانی روبرو است. حتی امکانات اندکی برای مهیا کردن مراقبت‌های پزشکی برای زنان وجود دارد.

بند سوم - امنیت در زندان

در بسیاری از کشورها، زنان در زندان‌ها مورد سوءاستفاده جنسی قرار گرفته و توسط مقامات اجرای قوانین تحقیر می‌شوند. دامنه این تحقیرهای اندک شامل فحاشی، اعمال نامناسب هنگام بازرسی‌های بدنی، تجسس‌ها، پائیدن‌های گاه‌به‌گاه و غیرضروری در فضای آزاد در زندان‌ها می‌باشد. زنانی که متهم به جرم‌های ضداخلاقی هستند - مانند همجنس‌گرایان یا زنانی که گرایش‌های دوجنسی دارند، در مخاطره بیشتری قرار دارند. حتی هنگامی که هیچ سوءاستفاده جنسی هم وجود ندارد، صرف حضور متصدیان مرد در محل‌های مختص نیاز زنان، می‌تواند شوک مجددی برای آن‌ها باشد. محرومیت از فضای خصوصی و شخصی که در حبس، یک موضوع اساسی است به بیش از محرومیتی تبدیل می‌شود که برای تحقق



اهداف معین از حبس شدن لازم بوده است. این وضعیت برای زنان یک هراس کلی را ایجاد کرده و باعث می‌شود نشانه‌های بیماری و ناتوانی در آنها وخیم‌تر شده و بیشتر به طول انجامد.

بند چهارم - روابط خانوادگی

در سرتاسر دنیا امکانات اندکی وجود دارد که زنان زندانی در نزدیکی خانه‌هایشان دوران حبس را سپری کنند و موقعیتی برای آنان ایجاد شود که در ساختمانی که نزدیک به محل سکونت آنهاست به سر برند. در عمل بسیاری از زنان در فواصل دور از خانه‌هایشان حبس می‌گردند و این امر امکان برقراری روابط خانوادگی را کاهش می‌دهد. همه زنان، مخصوصاً زنانی که متهم یا محکوم به جرائم ضد اخلاقی هستند در معرض طرد شدن از سوی خانواده‌هایشان قرار دارند و این بدین معناست که این افراد فاقد حمایت اساسی خانواده در دوران حبس و پس از آزادی خواهند بود. از هم گسیختن پیوندهای خانوادگی، پیامدهای عاطفی بسیار زیان‌باری برای زنان زندانی به همراه خواهد داشت، مخصوصاً اگر این زنان مادر باشند.

بند پنجم - مادران زندانی و صاحب فرزند

تحقیقات در بسیاری از کشورها نشان داده شده است هنگامی که مادران در حبس باشند، اغلب، خانواده از هم گسیخته می‌شود و از آنجایی که مادران، تنها سرپرست اصلی خانواده هستند، جایگزین دیگری بایستی پیدا شود که می‌تواند شامل نهادهای خدمات رفاهی دولتی باشد. بر این اساس، تعداد زیادی از کودکان به این مؤسسات سپرده شده‌اند. کودکانی که خارج از زندان به سر می‌برند تنش شدیدی برای مادرانشان ایجاد می‌کنند؛ مادران نگران جدایی فرزندان‌شان هستند و این که چگونه از آنها مراقبت و نگهداری می‌شود. حتی سرپرستی توسط اشخاص یا مؤسسات متفاوت نیز عامل تنش‌زای دیگری برای این مادران است. جدایی زنان از فرزندان‌شان به دلیل حبس، دارای تأثیر شوک‌آمیز و طولانی‌مدت بر مادران و فرزندان‌شان است. فرزندان نیروی حافظ زندگی برای بسیاری از زنان زندانی می‌باشند و قطع پیوند میان مادر و فرزند، بدترین شیوه تنبیه برای یک مادر است. پس از جدایی مادران نمی‌توانند باز هم فرزندان‌شان را ببینند یا رد آنان را گم می‌کنند، این امر گاهی ناشی از هزینه‌های ملاقات در زندان، گاهی به علت طرد مادر توسط بستگانی که از کودکان نگهداری می‌کنند یا به علت بازداشت کودک است که وی را از مادر دور می‌سازد. انتقال کودک از زندان، بایستی با حساسیت و دقت و تنها هنگامی که ترتیبات مراقبتی جایگزین برای کودک معین شده باشد، انجام گیرد. پس از جدایی کودکان از مادران‌شان و انتقال به مؤسسات مربوطه،





یا ادامه زندگی‌شان با خانواده یا بستگان، زنان زندانی بایستی بیشترین فرصت ممکن را برای ملاقات با کودکان‌شان داشته باشند. این امر، موجب کاهش تنش‌های روانی مادران و شوک‌های احساسی کودکان شده و نیز از کودکان در برابر مشکلات مربوطه به رشدشان محافظت می‌کند. ترتیبات موقتی مانند ملاقات‌های شبانه در اولین دوره جدایی در نظر گرفته شود تا اینکه کودک و مادر به تدریج به این جدایی عادت کنند. مسئولیت دولت در مراقبت از کودک با انتقال وی به پرورشگاه یا به بستگان زندانیان خاتمه نمی‌یابد. همچنین مراقبت‌های پیش و پس از زایمان بایستی همانند این مراقبت‌ها در خارج از زندان باشد. زنان باردار برای زایمان بایستی به بیمارستان‌های شهری انتقال یابند.

اگر کودک در زندان متولد می‌شود، وضع حمل بایستی تحت نظارت متخصصان پزشکی و شرایطی که برای زایمان مناسب است، انجام گیرد. هنگامی که تولد صورت می‌گیرد، بلافاصله بایستی ثبت گردد، اما این مطلب که کودک در زندان متولد شده، نبایستی در شناسنامه وی ذکر گردد. اقدامات امنیتی هنگام انتقال زنان باردار به بیمارستان و هنگام وضع حمل بایستی در حداقل ممکن باشد.

محدودیت بدنی (مانند استفاده از دستبند یا زنجیر) در مورد زنان باردار هنگام معاینه و زایمان قابل قبول نیست. مادران شیرده بایستی بتوانند در محیطی راحت به کودکان خود شیر دهند و رژیم زندان بایستی برای زنان باردار و مادران شیرده منعطف باشد. زنان باردار یا شیرده بایستی با توجه به رژیم غذایی تدوین شده تحت نظارت پزشکان متخصص، مشاوره‌هایی را دریافت کنند.

غذای مناسب بایستی برای نوزادان، کودکان و مادران شیرده که شامل شیر، خوراکی‌هایی که دارای میزان بالایی از پروتئین هستند، سبزیجات و میوه‌های تازه به مقدار مناسب و به صورت رایگان فراهم آید. نیازهای پزشکی و تغذیه‌ای زنانی که به تازگی وضع حمل کرده‌اند، اما کودکانشان در کنار آن‌ها در زندان نیستند، بایستی در برنامه‌های مربوطه لحاظ گردد.

بند ششم - باز اجتماعی شدن یا ورود دوباره به جامعه در دوران پس از آزادی

تمامی زندانیان با دامنه‌ای از مشکلات در زمان ورود مجددشان به اجتماع، در دوران پس از آزادی روبرو هستند. منابع و توجهاتی که معطوف به نیازهای بهداشتی، روانی و اجتماعی آنان - که به منظور آمادگی برای آزادی و دوران پس از حبس است - غالباً ناکافی است. اغلب همکاری میان مقامات زندان و خدمات بهداشتی، اجتماعی و مدنی وجود ندارد. افزون بر این، زندانیان سابق، پس از آزادی به علت گزارش مربوط به جرم آن‌ها یا بدنام بودن‌شان، در زمینه استخدام و آموزش با تبعیض روبرو می‌شوند. اگر چه بسیاری



از مشکلاتی که زنان هنگام ورود مجدد به جامعه با آنها روبرو هستند، همانند مشکلات مردان است، اما شدت و چندگانگی نیازهای پس از آزادی آنها بسیار متفاوت است. احتمال این که زنان در زندان در معرض مشکلات روانی قرار گیرند، بیش از مردان است؛ در نتیجه نیازمند رسیدگی‌های مستمر روان‌پزشکی یا مشاوره‌های بعد از آزادی می‌باشند. میزان بالای اعتیاد به مواد مخدر در میان زنان زندانی موانع مهمی برای باز اجتماعی شدن موفقیت‌آمیز ایجاد می‌کند. خطمشی‌های حمایتی پس از آزادی و خطمشی‌های آماده‌سازی پیش از آزادی معمولاً بر پایه نیازهای مردان، سازمان‌یافته و به ندرت نیازهای زنان زندانی - با هدف زنجیره مراقبتی جامعه پس از آزادی - لحاظ شده است.

گفتار دوم - مدیریت زندان زنان

مدیریت زندان‌ها بایستی در یک چارچوب اخلاقی بر اساس استانداردهای بین‌المللی تنظیم شود که حفظ حقوق بشر در مورد زندانیان را توسعه بخشد که هدف از آن، رسیدگی به وضعیت زندانیان، ایجاد تسهیلات لازم باز اجتماعی شدن آنان باشد.

این استانداردها، شامل قواعد حداقل استاندارد سازمان ملل متحد درباره رفتار با زندانیان، اصول مربوط به حفظ تمامی زندانیان تحت هر نوع بازداشت و حبس، اصول اساسی مربوط به رفتار با زندانیان، کنواسیون منع شکنجه و سایر مجازات‌ها یا رفتارهای تحقیرآمیز و غیرانسانی و مجموعه قوانین مربوط به مقامات اجرای قانون و دیگر اسناد منطقه‌ای و بین‌المللی می‌باشد. این اسناد یکسری اصول بنیادین را مطرح می‌کنند که برای همه سیستم‌ها و زندان‌ها در سرتاسر دنیا معتبر است و برای تمامی زندانیان بدون هیچ نوع تبعیض اطلاق‌پذیر می‌باشد. (دانش، ۱۳۷۶، ۲۲۱)

با این حال، با توجه به این واقعیت که زندان‌ها و رژیم‌های زندان بر اساس نیازهای اکثریت مردان زندانی پدید می‌آید، زنان زندانی معمولاً مورد تبعیض واقع می‌شوند. افزون بر این، همان‌گونه که پیش از این گفته شد، زنان با توجه به تعداد اندکشان، غالباً در زندان‌هایی دور از محل سکونت‌شان حبس می‌گردند که این امر مانع از حفظ پیوند با فرزندان و بستگان‌شان است. به ویژه آنکه، تأثیر زبان‌باری بر سلامت روانی و یکپارچگی مجدد اجتماعی آنها دارد. بنابراین، در عمل، پیاده کردن بسیاری از قوانین که در قواعد حداقل استاندارد ملل متحد در رابطه با رفتار با زندانیان آمده است، دشوار می‌باشد. مگر آنکه اقدامات مثبتی توسط مجریان امور زندان برای تحقق این امر صورت گیرد که زنان زندانی برابر با مردان حق یکسانی برای دستیابی به تمامی خدمات و حقوق‌شان را داشته باشند.



بند اول - ارزیابی و طبقه بندی

طبقه بندی اولیه زندانیان از لحاظ جنسیت به معنای تفکیک بین زنان و مردان، دختران و پسران از یکدیگر می باشد. تعداد زنان بزهکار نسبت به مردان در سراسر جهان خیلی کم می باشد. در واقع، جنسیت از جمله متغیرهای تاثیر گذار بر نوع و چگونگی و حتی وسیله ارتکاب جرم می باشد. بر پایه مطالعات انجام شده، زنان به نسبت مردان سهم کمتری در پدیده های مجرمانه دارند. بسیاری از زنان زندانی شخصیت مجرمانه آن گونه که در جرم شناسی مورد نظر می باشد، ندارند. علاوه بر آن متخصصان کیفرشناسی که علت بزهکاری زنان را مورد مطالعه قرار دادند، معتقدند که وضع جسمی و ویژگی های اخلاقی و روانی زنان و همچنین حالت مخصوص زنان در دوران بارداری به طور غالب مانع ارتکاب جرم می شود. با نگاهی به قوانین گذشته ایران در می یابیم که برای اولین بار در حقوق ایران در ماده ۲۱ نظام نامه سال ۱۳۰۷ به تفکیک زندانیان زن و مرد پرداخته شده و ماده ۲۱ حکم کرده بود که رئیس کل تشکیلات نظمیه باید نظر به نوع محرومیت و مدت حبس، محبس های جداگانه معین نماید و همچنین محبس جداگانه برای طایفه نسوان معین گردد.

دکتر هومن در کتاب خویش بیان می دارند که: «اصولاً کار در زندان ایران، به هیچ وجه معمول نیست و کسی نیز به طبقه بندی زندان علاقه و تمایلی نشان نمی دهد، تنها تقسیم زندانی ها به قسمت زنانه و مردانه معمول می باشد، اصلاح و تربیت محکومان به نظر امری زائد می باشد و یا آن که کسی از آن اطلاع ندارد». آنچه از اسناد و مدارک موجود بر می آید، تا اوایل ۱۳۳۲ زندان مخصوص نسوان در ایران وجود نداشته است. زیرا تا سال ۱۳۳۲ زندان نسوان عبارت بود از یک خانه اجاره ای در یکی از محلات شهر تهران که دارای حیاط بزرگ و اتاق های متعددی بود، ولی در تاریخ فوق یعنی در سال ۱۳۳۲ به علت گرانی اجاره مسکن، اداره زندان ها تصمیم گرفت که زندانیان زن را به زندان قصر منتقل نماید. بنابراین، بلافاصله حیاط دارالتأدیب که در گوشه شمال غربی زندان قصر وجود داشت، تخلیه شد و در اختیار زندان زنان قرار گرفت. در ماده ۶۹ از آیین نامه اجرایی سازمان زندان ها، مصوب ۱۳۸۴ به طبقه بندی محکومان بر اساس متغیرهای مختلفی من جمله بر اساس جنسیت آن ها اشاره شده است. که تبصره یک آن مقرر می دارد: "محکومان و متهمان زن می توانند اطفال خود را تا سن دو سال تمام به همراه داشته باشند. رئیس ان و مراکز حرفه آموزی و اشتغال می توانند در هر مؤسسه یا زندان نسبت به تفکیک و جداسازی اطفال دو تا شش سال در محل مجزا (مهد کودک) اقدام و نسبت به انتقال اطفال موصوف به بهزیستی یا مؤسسه های نگهداری اطفال مبادرت ورزند."





هر چند که تبصره ماده در خصوص حق نگهداری اطفال، هیچ تفاوتی میان زنان محکوم و متهم قائل نشده است؛ اما جای سوال است که چرا در صدر ماده ۶۹ در بیان شرایط تفکیک زندانیان، تنها از عبارت محکومان استفاده شده است. بهتر می‌بود که از عبارت {متهمین و محکومین} و یا {زندانیان} استفاده می‌شد. هر چند که خوشبختانه در آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان مصوب ۱۳۸۵ این نقیصه برطرف گردیده است و ماده ۱ آن همانند ماده ۶۹ از آیین‌نامه ۱۳۸۴ به لزوم طبقه‌بندی زندانیان بر مبنای متغیرهای مختلفی پرداخته است. در این آیین‌نامه علاوه بر تغییر عنوان محکومان به زندانیان، متغیر وضعیت قضایی (متهم و محکوم) نیز به این متغیرها اضافه گردیده است. علاوه بر این مطالب تهیه وسایل بهداشتی و تغذیه در مورد آن دسته از زندانیان زن باردار در زمره مسایل مهمی می‌باشد که می‌بایست در خصوص این دسته از زندانیان اجرا گردد.

بند دوم - ایمنی و امنیت

امروزه یک اتفاق نظر کلی وجود دارد که ایمنی و امنیت در زندان‌ها بستگی به ایجاد شرایطی مثبت دارد که همکاری میان زندانیان را ترغیب نماید. امنیت بیرونی (جلوگیری از فرار) و ایمنی داخلی (جلوگیری از بی‌نظمی) با ایجاد روابط مثبت میان زندانیان و کارکنان زندان به بهترین نحو تضمین می‌گردد. از این دیدگاه مفهوم امنیت شامل موارد زیر می‌باشد.

- توسعه روابط مثبت با زندانیان

- معطوف ساختن انرژی زندانیان به اقدامات و فعالیت‌های سازنده

- ایجاد یک رژیم متوازن و شایسته همراه با برنامه‌های فردی برای زندانیان.

بایسته اساسی دیگر، در نظر داشتن نیازهای حمایتی زنان در زندان‌ها- مانند یک محیط ایمن- است که در اولویت نیازهای زنان قرار دارد. بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل، تجاوز یکی از کارکنان دولتی به زنی که در بازداشت به سر می‌برد و همچنین دیگر اشکال سوءاستفاده جنسی یا آسیب‌های جدی فیزیکی در مورد زنان که از سوی کارکنان دولت انجام شود به منزله شکنجه یا بدرفتاری است. دولت‌ها مسئول حفاظت از زنان در برابر تمامی اشکال سوءاستفاده جنسی و خشونت در زندان‌ها هستند و تضمین می‌کنند افرادی که مرتکب این اعمال شوند، محاکمه خواهند شد.

الف - تفکیک و سرپرستی زنان: زنانی که از آزادی محروم شده‌اند، بایستی در مکانی نگهداری شوند که از لحاظ فیزیکی مجزا از زندانیان مرد باشند تا بتوان از آنان در برابر صدمات و سوءاستفاده‌های



جنسی محافظت کرد. دختران جوان در زندان، به منظور حفاظت در برابر سوءاستفاده جنسی و دیگر اشکال سوءاستفاده از سوی زندانیان بزرگسال، بایستی از زنان بزرگسال جدا شوند. بایستی این واقعیت را هم در نظر داشت که زنان مسن تر نیز ممکن است از سوی زنان جوان تر مورد تهدید واقع شوند. بنابراین، به ویژه در نظام زندان‌هایی که خوابگاه دارند، توجه به تفاوت سنی نیز یک معیار مفید در کاهش این گونه مخاطرات است. خوشبختانه، آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان، مصوب ۱۳۸۵ در ماده ۵ خود اعلام می‌دارد:

"در طبقه‌بندی از حیث سن، زندانیان در گروه‌های سنی زیر از یکدیگر تفکیک می‌گردند:

- گروه سنی اطفال و نوجوانان، شامل زندانیان زیر هجده سال هستند که باید در کانون‌های اصلاح و تربیت نگهداری شوند و چنانچه در استانی کانون اصلاح و تربیت وجود نداشته باشد، در محل جداگانه خارج از محیط زندان نگهداری خواهند شد.

تبصره ۱- طبقه‌بندی در کانون اصلاح و تربیت بر اساس آیین‌نامه اجرایی کانون اصلاح و تربیت است.
تبصره ۲- معرفی اطفال و نوجوانان زیر هجده سال به زندان ممنوع بوده و چنانچه به دستور مراجع قضایی اطفال و نوجوانان زیر هجده سال به زندان اعزام گردند، رؤسای زندان‌ها مکلف‌اند بلافاصله آنان را به کانون اصلاح و تربیت اعزام نمایند.

- گروه سنی جوانان شامل، زندانیان هجده تا سی سال بوده که باید جدا از سایر زندانیان نگهداری شوند.
- گروه سنی بزرگسالان شامل زندانیان سی سال به بالا،
- گروه زندانیان سالمند و زندانیانی که با لحاظ وضعیت جسمانی و عواطف آنان نیازمند نگهداری با شرایط و امکانات خاص هستند.

مشخص است که آیین‌نامه نحوه تفکیک به خوبی اقدام به بیان طبقات مختلف و لزوم جداسازی این طبقات از یکدیگر می‌نماید. اما، پیچیدگی روابط اجتماعی انسان‌ها، همان‌گونه که در فضای خارج از زندان مستلزم اعمال سیاست‌های همه‌جانبه و در لایه‌های مختلف نگرش به مفهوم امنیت می‌باشد؛ در زندان نیز محتاج چنین نگرشی می‌باشد، اگر چه که به طور پراکنده بر لزوم فعالیت‌های سازنده‌ی زنان و دیگر زندانیان و نیز پر کردن اوقات فراغت آنها تأکید شده است. اما متأسفانه از نحوه‌ی نگرش آیین‌نامه وجود چنین خط‌مشی همه‌جانبه‌ای دریافت نمی‌گردد. این موضوع نیز محتاج اصلاح و بازنگری می‌باشد.

ب - کادر پرسنلی با ترکیب جنسیتی (زن و مرد): استخدام زنان در زندان‌های مردان با توجه به ایجاد فرصت‌های شغلی برای پرسنل زنان، دارای مزیت‌هایی است که در مقابل فرهنگ اغلب مردان در سیستم‌های زندان - و با توجه به اظهارات بسیاری از کارشناسان امور زندان‌ها - دارای اثرات مثبت و





آرام‌بخشی بر مردان می‌باشد. اما استخدام مردان در زندان‌های زنان، مخاطرات خاصی را در پی دارد که بیشتر از مزیت‌های آن است. تبعیض مثبت برای پرسنل زن در زندان در این مورد یک گزینه مطلوب است که فرصت‌های شغلی را برای زنان در زندان‌های مردان فراهم می‌آورد، اما نه برعکس.

بند سوم - آموزش و یادگیری

مورد پذیرش همگان است که بی‌تحرکی و افسردگی بخشی از بدترین عواقب حبس می‌باشد. به علت تراکم جمعیت، که یکی از ویژگی‌های بسیاری از زندان‌ها می‌باشد، مهم است که زندانیان مشغول فعالیت‌هایی شده که به جهت آن در طول روز از سلول خود خارج گردند. قواعد حداقل رفتار با زندانیان، خواهان این امر می‌باشد که فعالیت‌های پیشنهادی، مشابه فعالیت‌هایی باشند که در خارج از زندان انجام گرفته می‌شود. کلیاتی از شرایط اشتغال در حداقل قواعد استاندارد رفتار با زندانیان به این شرح است:

- ۱- کار در زندان نباید دارای ماهیت مجازات و مشقت باشد.
- ۲- تمامی زندانیان محکوم متناسب با میزان سلامت جسمی و روانی آنان طبق نظر مسئول بهداشتی باید ملزم و موظف به کار باشند.
- ۳- کار مفید و کافی با ساعات معمول کار روزانه، برای اشتغال فعالانه زندانیان باید تأمین شود.
- ۴- تا جای ممکن، کار تأمین شده باید به گونه‌ای باشد که قابلیت زندانیان را پس از آزادی، برای تأمین معاش آبرومندانه افزایش دهد.
- ۵- زندانیان به ویژه جوانان باید از آموزش‌های حرفه‌ای در مشاغل مفید و قابل استفاده برخوردار شوند.
- ۶- زندانیان باید بتوانند در محدوده‌ی انتخاب‌های مناسب شغلی و الزامات اداره و انضباط زندان، نوع کاری را که دوست دارند، برگزینند."

تنها زندانیانی که توانایی کار کردن را دارند باید کار کنند و استعدادهای آنها، همانند محیط بیرون، باید به تأیید پزشک صلاحیت‌دار برسد. به هنگام پذیرش زندانیان در زندان می‌توان از پزشک صلاحیت‌دار برای معاینه‌ی آنان در خواست همکاری نمود. اگر زندانی مدعی ناتوانی از انجام کار یا وجود بیماری باشد، پزشک باید او را معاینه و گزارش لازم را به مدیر ارائه نماید. در این زمینه پزشک دارای نقش بسیار حساسی می‌باشد.

الف - آموزش شغلی: در اکثر موارد ارتکاب جرم زنان زندانی، ناشی از فقر بوده است و بسیاری از آنان به دلیل عدم استقلال مالی نمی‌توانستند به رابطه‌ی خشونت‌آمیز خود خاتمه دهند. با فراهم آوردن فرصت‌های





برابر و کافی در زمینه آموزش حرفه‌ای در زندان‌ها و یاری رسانیدن به این افراد برای بدست آوردن شغل پس از آزادی، مقامات زندان می‌توانند سهم به‌سزایی در ورود مجدد زنان زندانی به عرصه اجتماع داشته باشند.

ب - آموزش تحصیلی: آموزش، نه تنها سطح زندگی و مهارت‌های آموزشی زنان زندانی را بهبود می‌بخشد، بلکه به آنان یاری می‌رساند که بر ضعف اعتماد به‌نفس خود که در بسیاری از قربانیان خشونت وجود دارد، غلبه کنند. مقامات اجرایی زندان بایستی تضمین کنند که آموزش مناسب برای زنان زندانی در اولویت قرار گیرد. در تمامی شرایط، به‌ویژه هنگامی که منابع و امکانات اندک هستند، همکاری با مؤسسات آموزشی و سازمان‌های غیردولتی ضروری به نظر می‌رسد. نکته جالب توجه و در راستای مؤثر بودن آموزش و سوادآموزی افراد که باعث ارتقاء سطح تمایل ایشان به ادامه تحصیل در زندان و متعاقب آن پس از آزادی می‌باشد، نکته‌ای است که ماده ۱۳۹ از آیین‌نامه سازمان زندان‌ها به آن اشاره دارد و حاکی از آن است که گواهینامه‌های پایان دوره‌های آموزشی و تحصیلی بدون اشاره به محکوم بودن زندانی به وی اعطا گردد.

ج - ورزش و آموزش‌های جسمانی: فعالیت‌های جسمانی و آموزش‌های ورزشی، شیوه‌ای مؤثر و آسان برای جلوگیری از پیشرفت مشکلات روانی مانند افسردگی است که در عین حال موجب تقویت سلامت شده و کار گروهی را هم تشویق می‌کند. مقامات اجرایی زندان بایستی تمام تلاش خود را برای دسترسی برابر زنان همچون مردان به فعالیت‌های ورزشی صرف نمایند. هنگامی که زنان در ساختمان‌های فرعی زندان مردان حبس هستند در حد امکان آموزش‌های بدنی جداگانه‌ای برای آنان فراهم آید.

بند چهارم - مراقبت‌های بهداشتی

همان‌گونه که تمامی آحاد یک جامعه حق برخورداری از بهداشت و خوراک و پوشاک مناسب درخور شأن انسانی خود را دارا هستند و دولت موظف است که تمامی تلاش خود را در راستای ایجاد شرایط لازم برای تحقق این امر به‌طور مستقیم و غیرمستقیم به کار بندد، تمامی زندانیان نیز محق در برخورداری از این امور می‌باشند. ویژگی‌هایی در مورد تمامی انسان‌ها موجود می‌باشد که وابسته و ذاتی انسانیت می‌باشد (سازمان جزایی اصلاحات بین‌الملل، ۱۳۸۱، ۶۶-۶۵) و نمی‌توان تحت هیچ شرایطی این ویژگی‌ها را از انسان سلب نمود. همان‌گونه که این ویژگی‌ها قابل سلب از انسان نمی‌باشد؛ در واقع این نوع از کرامت انسانی که دارای هیچ رتبه و درجه‌ای نمی‌باشد وابسته با ذات و هستی انسان می‌باشد. در این خصوص اصل سی و نهم از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مقرر می‌دارد: "هتک حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون



دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده به هر صورت که باشد ممنوع و مستوجب مجازات خواهد بود." حال این هتک حرمت و حیثیت چه به صورت مستقیم و شامل توهین و تحقیر لفظی و فیزیکی باشد و چه به صورت محرومیت از حقوق اولیه و اساسی انسانی، ناپسند و مذموم می‌باشد.

الف - محیط بهداشتی زندان: حق برخورداری زندانیان از بهداشت، یکی از حقوق اساسی آنهاست، در تمامی موارد خط مشی‌های مربوط به بهداشت زندانی بایستی تضمین کند که خدمات و شرایط زندانی در جهت حفظ سلامت تمامی زندانیان باشد. افزون بر رعایت مقررات اصول بهداشت عمومی، بایستی محل سکونت و محل کار و استراحت زندانیان و محوطه زندان پاک و تمیز بوده و همه روزه نظافت به عمل آید. برای از بین بردن حشرات هر هفته و یا پانزده روز بایستی محوطه زندان، خوابگاه و غیره گندزایی گردد. در اجرای روش‌های اصلاحی و تربیتی بایستی زندانیان را به رعایت نظافت و مرتب و منظم بودن عادت داد.

ب - معاینات پزشکی هنگام ورود به زندان: ضروری است که تمامی زندانیان - به صورت جداگانه - هنگام ورود به زندان تحت معاینات پزشکی و بهداشتی قرار گیرند. حائز اهمیت است که اقدامات لازم در مورد شرایط بهداشتی و سلامتی زندانیان به فوریت انجام شود و هر نشانه‌ای از بیماری در دوره بازداشت دادرسی قبلی مشخص شده و اقدامات لازم صورت گیرد. ضروری است که معاینه هنگام ورود زندانیان شامل معاینات سلامت روانی هم باشد. زندانیانی که دارای مشکلات روانی می‌باشند بایستی شناسایی شده و در بخش‌هایی که کمترین محدودیت و بازدارندگی را دارند، نگهداری شوند و رفتار مناسبی در آغاز دوره حبس با آنان در پیش گرفته شود. بایستی شرایط مهیا شود که درمان‌های پزشکی از سوی زنان پزشک و پرستاران زن در مورد زنان زندانی انجام شود.

ج - مراقبت و بهداشت روانی: زنانی که دارای بیماری روانی می‌باشند در معرض احتمال بالای ناشی از سوءاستفاده در دوره بازداشت قرار دارند. این زنان بایستی با نظارت و نگرهبانی کافی، محافظت شوند. کادر پرسنلی بایستی از زمان‌هایی که زنان دچار تنش می‌شوند مانند دشواری‌های جسمی و روانی ناشی از یائسگی در زنان زندانی آگاهی داشته باشند و نسبت به وضعیت آنان حساس بوده و حمایت‌های لازم برای آنان را فراهم آورند.

متأسفانه آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور به رغم تأکید بر لزوم رعایت بهداشت در خصوص زندانیان و نیز بیان موارد کلی و مختصر در ارتباط با لزوم رعایت موارد بهداشتی خاص در امور مربوط به زنان زندانی، آن‌چنان که باید و شاید در ارتباط با بیان موارد مختلف، لزوم رعایت امور بهداشتی



خاص زنان، مطالب و الزاماتی معین ننموده است. حال آنکه لزوم رعایت حقوق حداقلی زنان زندانی ایجاب می‌کند تا موارد رعایت بهداشتی مربوط به زنان با توضیح بیشتر و توضیحات جزئی به‌طور دقیق مشخص گردد.

د - جلوگیری از مبتلا شدن به HIV، درمان، مراقبت و حمایت: زنان زندانی، گروهی هستند که در معرض بالای مخاطره ناشی از بیماری‌های مسری جنسی مانند HIV قرار دارند. حضور زنان زندانی در تهیه و توسعه خدمات و برنامه‌های بهداشتی، ظرفیت زندانیان را در واکنش نسبت به بیماری ایدز افزایش می‌دهد. تمامی تلاش‌ها بایستی در راستای درگیر شدن و حضور سازمان‌های غیردولتی صورت گیرد که هدف از آن توسعه برنامه‌های مربوط به جلوگیری از ابتلا به HIV، درمان، مراقبت در زندان و نیز ایجاد پیوند میان برنامه‌های زندان و خدمات مربوط به جلوگیری از ابتلا به HIV و درمان آن می‌باشد. ظرفیت‌سازی در مورد HIV بایستی بخشی از برنامه‌های آموزشی کادر پرسنلی زندان باشد. افزون بر طرح‌های جلوگیری از ابتلا به HIV، مراقبت، درمان و حمایت از آن، موضوعاتی مانند جنسیت و حقوق بشر با توجه به رابطه آنها با HIV، بدن‌امی و تبعیض نیز بایستی بخشی از این طرح آموزشی باشد.

ه- درمان اعتیاد به مواد مخدر: میزان بالایی از زنان زندانی معتاد به الکل یا مواد مخدر هستند و نیازمند درمان اعتیادشان می‌باشند. مجازات فرد معتاد بدون درمان جسمی و روانی بی‌فایده می‌باشد و مسئولان را از یکی از اهداف که پیشگیری از اعتیاد و جرم می‌باشد، دور خواهد ساخت.

در خصوص بحث لزوم توجه به اعتیاد زندانیان و یا متهمین در قواعد حداقل استاندارد رفتار با زندانیان و اصول اساسی رفتار با زندانیان و مجموعه اصول حمایت از همه افراد تحت هر نوع از بازداشت یا حبس؛ اشاره به امر اعتیاد به طور ویژه و لزوم اعمال مقررات حاکم بر ترک اعتیاد به چشم نمی‌خورد. آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها، به طور دقیق به بیان مسائل مربوط به ترک اعتیاد نپرداخته است و موضع مشخصی در این خصوص اتخاذ نکرده است. اگر چه که در ماده ۱۲ از آیین‌نامه اقدام به معرفی مکانی به نام مؤسسه کاردرمانی (اردوگاه) نموده و آن را مرکزی برای نگهداری متهمان و محکومان جرائم مواد مخدر و اعتیاد عنوان کرده، اما اشاره‌ای به چگونگی این امر ننموده است. هر چند که مشخص نمی‌باشد چرا کلیه مرتکبین جرایم مواد مخدر می‌بایست در مکانی واحد نگهداری شوند، چه آن که بعضی از این مرتکبین به دلیل فروش و حمل و نقل و سایر عناوین مربوط به جرایم مواد مخدر در حال تحمل حبس می‌باشند و به هیچ‌وجه معتاد نمی‌باشند. نگهداری این‌گونه اشخاص با معتادین موجب آشنایی مصرف‌کنندگان با راه‌های تأمین مواد مصرفی و یا داخل شدن آن‌ها در باندهای توزیع و فروش می‌باشد. از این رو، بهتر است



تا مؤسسه‌های کار درمانی تنها به درمان معتادین بپردازد و برای نگهداری سایر مرتکبین جرایم مواد مخدر مکان و تدابیر دیگری اتخاذ گردد. علاوه بر این ماده ۱۳ از آیین‌نامه‌ی نحوه‌ی تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان مصوب ۱۳۸۵ اشاره نموده است که معتادین در اردوگاه‌های حرفه‌آموزی و کار درمانی نگهداری می‌شوند. اگر چه که چگونگی عملکرد این مؤسسات و نحوه‌ی کار درمانی اجرا شده در این خصوص مشخص نمی‌باشد و در خصوص نحوه و تأثیر ترک اعتیاد به طور کلی (الکل و مواد مخدر) و سیاست‌های پزشکی و روانی حاکم بر آن هیچ بحثی به میان نیامده است.

و - جلوگیری از خودزنی و خودکشی: توسعه استراتژی‌های مبتنی بر جلوگیری از خودزنی و خودکشی و فراهم آوردن حمایت‌های روان‌شناختی و روان‌پزشکی با توجه به ویژگی‌های جنسیتی، مستلزم شکل‌دهی به عناصر جامعی از برنامه بهداشت روانی در زندان‌هاست. ضروری است کادر پرسنلی آموزش لازم در جهت پی بردن و کشف مخاطره خودزنی و خودکشی را فرا گرفته و همیاری لازم را برای پشتیبانی و ارجاع این موارد به متخصصان انجام دهند. معاینات بهداشتی که هنگام ورود به زندان انجام می‌شود و ارزیابی‌های منظم، عناصر اصلی استراتژی‌های مبتنی بر جلوگیری از خودزنی و خودکشی هستند. جلوگیری از چنین اقداماتی تا میزان بالایی نیز بستگی به نظارت کارآمد و توانایی کادر پرسنلی زندان در شناسایی زندانیانی دارد که در معرض این مخاطرات قرار دارند و نیز ارجاع بدون تأخیر آنان به متخصصان سلامت روانی. متأسفانه، آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و سایر قوانین موضوعه، اقدامات تقنینی خاصی به عمل نیاورده‌اند تا نگرانی سیاست‌جنایی حاکم از بروز پدیده خودکشی و یا خودزنی در زندان‌ها و یا پس از آزادی از زندان و نیز لزوم اقدامات حمایتی و پیش‌گیرانه از این امور برطرف کند. اگر چه در خصوص اقدامات حمایتی و مددکاری در زندان و پس از آن، موارد و موادی موجود می‌باشد که پیش از این بدان اشاره شده است. اما دستیابی به اهداف عالیه در اصلاح و باز اجتماعی پذیر کردن زندانیان زن مستلزم توجه بیشتر و تغییر بنیادی در این نوع نگرش می‌باشد.

بند پنجم - دسترسی به کمک‌های قانونی

بدیهی است که پذیرش لزوم در اختیار داشتن وکیل برای فرد متهم یا محکوم به عنوان یک حق مؤید ضرورت مضاعف پذیرش این مطلب در خصوص متهمی است که در بازداشت موقت به سر می‌برد. عدم رعایت حقوق دفاعی متهم در اتخاذ آزادانه کلیه وسایل و طرق قانونی در برابر اتهام در این مرحله و اعمال فشارهای فیزیکی، روحی و روانی به وی منتهی به اعمال فشار و افزایش ضریب پذیرش اتهام و متعاقباً



محکومیت کیفری او می‌گردد.

بازداشت موقت متهمین همواره با انتقادات شدیدی از سوی صاحب‌نظران مواجه بوده است و جایگاه و فلسفه وجودی بازداشت به دلیل مغایرت آن با اصل برائت، تأثیر سرنوشت‌ساز آن بر نتیجه‌ی دعوی و تعارض آن با برخی از نهادهای حقوق کیفری همواره متزلزل گردیده است.

مقامات اجرایی زندان، نقش مهمی در کاهش آسیب‌پذیری زنان زندانی در نظام دادرسی کیفری دارند که این نقش از طریق دادن اطلاعات درباره حقوق قانونی آنها، فراهم آوردن شرایطی برای دسترسی به وکلای دستیاران و کلا، مهیا کردن امکانات لازم برای دیدار با وکلا و در صورت لازم تفاسیر حقوقی ایفا می‌گردد. ماده ۱۸۷ از آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی ضمن پذیرش حق ملاقات با وکیل، وکلای دادگستری را در صورت داشتن وکالت‌نامه رسمی و اخذ مجوز از قاضی زندان یا قاضی مربوطه مجاز به ملاقات با موکل زندانی یا تحت بازداشت دانسته است. اما در ادامه ماده موصوف مذکور افتاده است که: "در صورت ممنوع‌الملاقات بودن محکوم، ملاقات با نظر مقام قضایی مربوط انجام می‌گیرد" دقت در عبارت مذکور موضع و سیاست حاکم بر نگرش این آیین‌نامه را مشخص می‌سازد دیدگاهی که در آن ملاقات وکیل و زندانی یا فرد بازداشت شده نیز دارای محدودیت می‌باشد. جزئیات مربوط به این نحوه‌ی نگرش در تبصره ذیل ماده ۱۸۰ در خصوص ملاقات و مکاتبه این‌گونه بیان شده است: "چنانچه ملاقات یا مکاتبه متهمی خلاف حسن جریان محاکمه باشد قاضی مربوط باید به طور کتبی ملاقات با محکوم یا مکاتبه‌ی وی را ممنوع اعلام کند. در این صورت و در مدت ممنوعیت حسب مورد ملاقات با محکوم و مکاتبه‌ی او تنها با اجازه کتبی مراجع قضایی صلاحیت‌دار مجاز است. تخلف از مفاد این تبصره ... ولی پس از آغاز محاکمه وکیل مدافع شخص بازداشت شده حق خواهد داشت که با او ملاقات کند و هیچ یک از مأمورین انتظامی و یا اداری و قضایی نمی‌توانند به هیچ‌وجه از ملاقات جلوگیری کنند."

فارغ از اشتباهات فراوان در دو ماده اخیرالذکر در به کار بردن نابه‌جای واژگان محکوم، متهم، زندانی، فرد بازداشت شده، باید بیان شود که اگر چه در تبصره ماده ۱۸۰ چه در صدر ماده و ذیل آن از کلمه محاکمه استفاده شده است، اما با دقت در ذیل ماده مشخص است که منظور از «حسن جریان محاکمه» در صدر ماده حسن جریان تعقیب (در مرحله دادرسی) می‌باشد چه آن که جز این تعبیر عبارت «آغاز محاکمه» در انتهای تبصره را بی‌مفهوم نموده و متن تبصره را به اجمال خواهد کشاند. نکته حائز توجه این است که: نخست برخلاف قواعد بین‌المللی مورد اشاره در آیین‌نامه امکان ممنوع‌الملاقات و ممنوع‌المکاتبه نمودن متهم برای مدتی که پرونده در مرحله تعقیب قرار دارد؛ فراهم می‌باشد. بدون آنکه این محرومیت محدود



به زمانی موجه و دلیل معقولی باشد. ذکر عبارت مبهم «برخلاف حسن جریان محاکمه» امکان وسیع و غیرقابل کنترلی را در اختیار مقام تعقیب قرار می‌دهد تا به بهانه‌های متعدد و منطبق بر سلیقه‌ی شخصی و با توجیه حفظ حسن جریان محاکمه متهم را از حقوق ارتباطی محروم کند. این ممانعت به طور حتم منتهی به فراموش شدن حقوق دفاعی متهم می‌گردد. واگذار کردن اختیار تشخیص محرومیت از همراه داشتن وکیل و یا ممنوع نمودن از ارتباط با دنیای خارج اگرچه با بند ۳ ماده ۱۸ «مجموعه اصول حمایت از همه‌ی افراد تحت هر گونه بازداشت یا زندان» تطابق دارد. اما عدم ایجاد محدودیت زمانی در خصوص این تصمیمات بر خلاف ماده‌ی ۱۵ از مجموعه اصول یاد شده می‌باشد.

تبصره ۱ از ماده ۱۸۷ آیین‌نامه بیان می‌دارد: "کانون وکلای دادگستری مازندران می‌تواند در هر زندان به هزینه خود با نظر سازمان اتاقی بسازد که برای ملاقات وکلای دادگستری با موکلان آنها اختصاص داده شود." اما متأسفانه ماده ۱۹۴ از آیین‌نامه در اقدامی غیرقابل توجیه مشخص می‌دارد که در تمام مواردی که شخص خارجی با محکوم و یا متهم ملاقات می‌کند؛ حضور یک نفر از مأموران زندان که دست کم به زبان محکوم آشنایی داشته باشد ضروری می‌باشد و صحبت‌ها باید بدون نجوا و با صدای بلند بیان گردد. جای بسی شگفتی است که در ادامه ماده، این حق برای مأمور موصوف به رسمیت شناخته شده که حتی اگر صحبت‌ها را خلاف مقررات و آیین‌نامه تشخیص دهد باید به سرعت به ملاقات خاتمه دهد و امر را به ریاست زندان گزارش کند. برخلاف تأکید ماده‌ی ۹۳ از «قواعد حداقل رفتار استاندارد با زندانیان» و بند ۴ اصل ۱۸ از «مجموعه اصول حمایت از همه‌ی افراد تحت هر گونه بازداشت یا زندان» مبنی بر محرمانه بودن روابط وکیل و موکل و لزوم برگزاری این ملاقات خارج از حوزه‌ی شنیداری مأموران زندان و پلیس، آیین‌نامه سازمان زندان‌ها نه تنها این حق را به رسمیت نمی‌شناسد، بلکه بر لزوم کنترل و نظارت شنیداری مأموران زندان بر کلیه‌ی ملاقات‌های زندانی تأکید می‌نماید. علاوه بر آن، مأموران زندان را در مقام تشخیص‌دهنده‌ی محتوای مذاکرات طرفین و حتی خاتمه‌دهنده به این مذاکرات قرار می‌دهد. این موضوع نیز جنبه‌های حاکم بر نظام‌های حقوقی تفتیشی در اجرای عدالت کیفری را روز به روز وسعت بخشیده و به همین موازات حقوق دفاعی متهم را تحدید می‌کند.

یافته‌های تحقیق

قوانین مربوط به شناخت جرم و مجازاتی که برای آن تعیین می‌شود، تأثیر مستقیمی بر امور داخلی زندان دارد؛ چرا که با افزایش جرایم کیفری، نه تنها رعایت استاندارد فضای مطلوب، بهداشت و درمان، حرفه‌آموزی



و آموزش علمی و مسائلی از این قبیل با مشکل مواجه می‌شود، بلکه حتی ساده‌ترین چیزها مثل امکان استفاده کافی از هوای تازه هم برای زندانیان وجود نخواهد داشت. از طرف دیگر، هزینه‌های تأسیس زندان، نگهداری از آن و ناکارآمدی‌های این نوع مجازات که به نوعی به مدرسه تکرار جرم تبدیل شده، مشکلات زندان را بیش از پیش مورد توجه محققان قرار می‌دهد. البته در عین حال، در جاهایی که نظام‌های قضایی برخورد منطقی‌تر و انسانی‌تری دارند و در زندان‌ها نیز بر این نوع برخوردها تأکید شده، لزوم حفظ پیوندهای خانوادگی و همچنین، آسیب‌های وارد شده بر زندانی مورد توجه قرار می‌گیرد؛ به زندانی کمک می‌شود با جرم خود شجاعانه روبرو شده و خود را برای بازگشت به جامعه پس از دوره محکومیت، آماده کند. بر اساس نتایج پژوهش، تنها سه دسته از زندانیان هستند که زندان را محیط خوب و قابل اعتمادی برای خود می‌دانند. نخست، بخشی از دختران فراری و روسپی‌هایی که از اواخر آذر ماه بزهکاری خود را مشهود می‌کنند تا دستگیر شوند و در سه ماهه زمستان جایی برای خوابیدن داشته باشند. گروه دوم، افرادی که حتی از فراهم شدن اسباب آزادی خود نگرانند، چرا که اگر از زندان آزاد شوند، باید زیر پل‌ها و گذر خیابان‌ها زندگی کنند و دسته سوم نیز کسانی هستند که در محیط خانواده به شدت مورد خشونت قرار می‌گیرند و به همین دلیل، زندان را محیط امنی برای خود می‌دانند. در واقع، می‌توان گفت که زندان به این دلیل برای چنین زنانی قابل اعتماد است که آنها در زندان بزرگ‌تری به نام جامعه، احساس ناامنی بیشتری می‌کنند.

متأسفانه در وهله نخست باید در نظر داشت که زندان در دیدگاه قوه قضائیه، نه محلی برای اصلاح مجرم که وسیله‌ای برای سلب آزادی او شناخته می‌شود. از سوی دیگر، نظام قضایی رفتار دوگانه‌ای در زمینه بزهکاری زنان و مردان دارد و این به دلیل تلفیق مسأله بزه و اخلاق است. بحث دیگر، بحران اقتصادی و مشکلات مالی محکومان زن است. ۸۰ درصد زن‌های زندانی، یا خود سرپرست خانواده هستند یا به خانواده‌ای بد سرپرست تعلق دارند.

از سوی دیگر، باید مشکلات خاص زنان زندانی را نیز در نظر داشت که با عدم حضور او در خانواده آغاز می‌شود. نبود زن و مادر در خانه، مشکلات روحی فرزندان را به دنبال دارد. علاوه بر این در زندان، وضعیت فیزیولوژیکی زنان چندان مورد توجه قرار نمی‌گیرد که باید علاوه بر بهداشت جسمی، از نظر بهداشت روانی نیز مورد توجه قرار گیرند. بحث دیگر، بحث زنان باردار است که یا خارج از زندان یا در داخل زندان باردار شده‌اند و هیچ مراقبتی از آنها نمی‌شود.

موضوع دیگر، تمایلات جنسی زنان است که در جامعه بیرون از زندان هم آن را نادیده می‌گیرد. طبق آمار، حدود ۷۳ درصد زنان و مردان زندانی سنی بین ۱۴ تا ۳۹ سال دارند و در دوره اوج لذت جنسی هستند.



در مورد مردان، اجازه ملاقات‌های خصوصی و شرعی با همسرانشان داده شده، این در حالی است که زن زندانی امکان درخواست ملاقات شرعی با همسر خود را ندارد و این امر باعث می‌شود که زن برای ارضاء تمایلات جنسی‌اش در زندان، به دلخواه یا به اجبار، با مردان یا زنان دیگر ارتباط داشته باشد. بچه‌هایی که از این زنان متولد می‌شوند، تا دو سال می‌توانند در زندان بمانند و مسئولین خوشحال‌اند که رابطه میان مادر و فرزند را برقرار کرده‌اند. این در حالی است که متأسفانه این کودکان در زندان، بسیار مورد آزار قرار می‌گیرند. در جامعه ما، امکان طرد زنان مجرم از طرف خانواده بسیار بیشتر از مردان است. در کنار این موارد، نوع وضعیت فرزندان این زندانیان نیز اغلب باعث ناراحتی و نگرانی روحی آنها می‌شود. فرزندان آنها خارج از زندان یا سرپرست ندارند یا بد سرپرست هستند و مادران نگرانی تجاوز به دختران و فروش پسران توسط همین بد سرپرستان (معمولاً پدران) را دارند. متأسفانه در زندان، اغلب قابلیت‌ها تحلیل می‌روند. زندانیان تمام روز بیکار پرسه می‌زنند. برای آنها کارآفرینی در نظر گرفته شده و مثلاً امکان قالیبافی در زندان وجود دارد اما برای دختر ۱۴ ساله‌ای که از ۱۰ سالگی روسپی‌گری خود را با پدر و برادرش آغاز کرده، قالیبافی معنا و مفهومی ندارد. در واقع، این کارآفرینی در صورتی نتیجه می‌دهد که همراه با تعبیر ذهن و بینش این زن باشد.

نتیجه‌گیری

آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور که حاوی مقرراتی درباره حقوق و وظایف زندانیان، اعم از زن و مرد است، نیز در سال ۸۰ تصویب شد سپس در چند نوبت مورد بازنگری قرار گرفت و نسخه کنونی آن در تاریخ ۸۹/۲/۲۱ به تصویب ریاست محترم قوه قضاییه رسیده است. اما با توجه به اشکال جدید جرایم زنان، خالاهای قانونی بسیاری در سیاست کیفری ایران ملاحظه می‌گردد که تنها در حیطه مواد قانونی عام الشمول قرار گرفته و مجازات آن مواد مثل شلاق برای جلوگیری از اعمال ارتكابی ایشان کافی نیست و در این عناوین لازم است مجازات‌ها و جرایم مربوط تعیین گردد و قوانین مناسب با آن وضع تا دارای ضمانت اجرایی کیفری مناسبی باشد. از جمله خالاهای قانونی در عناوین مجرمانه: روسپی‌گری و امرار معاش از طریق فحشا - مشخص نبودن جرم متقاضیان فحشا - خرید و فروش دختران توسط زنان قواد - قاچاق و تکدی‌گری زنان و دختران فراری - پیش‌بینی علل مشدده در قانون در رابطه با ارتباط نامشروع زن شوهر دار و دختران باکره - تشدید مجازات‌های زنانه که با جراحی و ترمیم پرده بکارت به تدلیس



در ازدواج می پردازند - دوستی های غیر مشروع دختران با پسران بدون اطلاع خانواده - خلوت کردن زنان و مردان نامحرم - رفتارهای غیر انسانی زنان نسبت به شوهر از نظر فیزیکی یا عاطفی - ترک زندگی خانوادگی - استفاده از پوشش و آرایش خلاف عفت عمومی، بی حجابی، بد حجابی توسط زنان - و علاوه بر آن، خلأهایی نیز در مجازاتهای زنان بزهکار وجود دارد که استفاده از کارشناسی نه تنها می تواند در اثبات جرم مؤثر واقع شود بلکه می تواند برای جلوگیری از تکرار جرم، مجازاتی متناسب با شخصیت مجرم، تعیین نماید و در این حال اقدامات تأمینی و تربیتی را مد نظر قرار دهد. و از جمله اقدامات تأمینی و تربیتی در جهت حفظ حقوق مجرمین عبارتند از:

۱. بستری شدن در بیمارستان روانی، برای کسانی که دچار عدم تعادل روانی می باشند که سبب ارتکاب جرم می شوند.

۲. الزام مراجعه به مراکز مشاوره و درمان برای مجرمینی که شاعبه بیماری هایی مثل افسردگی و خودفروشی دارند.

۳. انجام کار اجباری یا دستمزد، در دستگاه های خدماتی برای زنانی که به دلیل فقر مرتکب جرم شده اند.

۴. اجبار به حرفه آموزی برای زنان سرپرست خانوار و متهمی که به دلیل عدم داشتن مهارت شغلی مرتکب جرم شده اند.

۵. نظارت بر آزادی مشروط تا زمانی که به زندگی متعارف و متعادل برسند.

۶. اعطای فرصت معین جهت انجام نکاح دائم برای کسانی که دارای رابطه نامشروع و استطاعت مالی باشند.

۷. ممنوعیت از اشتغال به کار معین، برای افرادی که به دلیل محیط شغلی، مرتکب جرم شده اند.

۸. الزام به مداوای پزشکی برای مبتلایان به انحراف جنسی.

اگر سیاستگذاران کیفری به خوبی خصوصیات و ویژگی های زن و تمام آسیب هایی که زنان را به جرم می کشاند و همچنین خلأهای قانون کیفری جرایم زنان را بشناسد و به نحو مطلوب ترمیم نماید در آن صورت است که می توان گفت سیاست کیفری ایران با نیاز امروزی زن در تطابق کامل است و توانسته است که در کنترل جرایم زنان و حتی در حمایت کیفری از زنان نقش مؤثری را ایفا کرده باشد.





منابع

۱. آشوری، محمد (۱۳۸۹)، دادرسی کیفری و حقوق بشر، تهران، فصلنامه مجلس و پژوهش، سال دهم، شماره ۳۸.
۲. آشوری، محمد (۱۳۷۶)، عدالت کیفری - مجموعه مقالات، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۳. آنسل، مارک (۱۳۸۳)، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرند آبادی، چاپ چهارم، تهران، انتشارات سمت.
۴. دانش، تاج زمان (۱۳۷۶)، حقوق زندانیان و علم زندان‌ها، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۵. رحیمی نژاد، اسماعیل (۱۳۷۸)، کرامت انسانی در حقوق کیفری، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۶. روزنامه حمایت، ۱۳۹۲، کد خبری ۶۵۳.
۷. سازمان جزایی اصلاحات بین‌المللی (۱۳۸۱)، رویه عملی در زندان‌ها، ترجمه رضا علی اکبر پور، تهران، انتشارات راه تربیت.
۸. طباطبایی، سیدمحمدحسین (بی تا)، تفسیرالمیزان، سیدمحمدباقر موسوی همدانی، ج ۱۳، تهران، چاپخانه دفتر انتشارات اسلامی.
۹. فرجی‌ها، محمد و مقدسی، محمدباقر (۱۳۸۶)، دسترسی به وکیل در مرحله‌ی تحقیقات پلیسی، تهران، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی، ش ۱۶.
۱۰. فرح‌بخش، مجتبی (۱۳۸۵)، مفهوم و مبانی حقوق دفاعی متهم، تهران، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶ و ۵۷.
۱۱. فوکو، میشل (۱۳۷۸)، مراقبت و تنبیه (تولد زندان)، ترجمه نیکو سرخوش و افشین جهان دیده، چاپ نخست، تهران، نشر نی.
۱۲. کاتبی، حسینعلی (۱۳۴۵)، حق دفاع، تهران، نشریه حقوق مردم، شماره ۳.
۱۳. گودرزی بروجردی، محمدرضا و الوندی، مظفر (۱۳۸۲)، حقوق بشر در نظام کیفری و زندان‌ها، چاپ نخست، تهران، انتشارات راه تربیت.
۱۴. لوین، لیا (۱۳۷۷)، پرسش و پاسخ در باره حقوق بشر، ترجمه محمد جعفر پوینده، تهران، انتشارات قطره.
۱۵. میرشمس، مانده (۱۳۸۶)، مجموعه مقالات راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، جمعی از نویسندگان، تهران، نشر میزان.
۱۶. میرعباسی، باقر (۱۳۸۷)، نظام جهانی ارزیابی و حمایت از حقوق بشر، تهران، انتشارات جنگل.
۱۷. نادری پور، افسانه (۱۳۷۴)، سازمان ملل متحد و حقوق زنان با تأکید بر کنوانسیون رفع کلیه‌ی اشکال تبعیض نسبت به زنان، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۱۸. هومن، احمد (۱۳۷۵)، زندان و زندانیان یا رژیم پنی تانسیر، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.



نگاهی اجمالی بر آیین حل و فصل اختلافات در سازمان تجارت جهانی در چهار چوب حقوق بین الملل اقتصادی

دکتر امیر حسین مهرگان^۱

مقدمه

نظام عمومی سازمان تجارت جهانی که مبتنی بر قواعد حقوقی و اقتصادی بین المللی و بعضاً ملی است، بدون وجود مکانیسم حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات، عملاً فاقد کارایی خواهد بود. از طرف دیگر وجود چنین مکانیسمی در ساختار نهادهای بین المللی، نشان از حرکت جامعه جهانی به سوی نهادینه ساختن حکومت قانون در عرصه روابط بین الملل و تعاملات حقوقی - تجاری میان اعضای جامعه جهانی دارد. مکانیسم حل اختلاف سازمان تجارت جهانی، تجارت بین المللی را امن و قابل پیش بینی می سازد زیرا مبتنی بر قواعد شفاف و جداول زمانی منطقی برای رسیدگی به اختلافات است. از این روی شناخت روش های اجرایی آن برای درک حرکت روان تجارت در دو حوزه بازارهای پول و سرمایه در سطوح بین المللی، ضروری است.

سیستم حل اختلاف WTO زاییده دور نهایی اروگوئه است. در خلال نشست های دور مذکور که از سال ۱۹۸۶ تا سال ۱۹۹۴ به طول انجامید، بالغ بر ۲۴ توافقنامه به امضا رسید که یکی از آنها راجع به "درک قواعد آیین دادرسی حاکم بر حل اختلافات تجاری در سازمان تجارت جهانی است"^۲ و سند نهایی آن در واقع راهنمای حل اختلافات تجاری مرجوعه به سازمان است.

با این وجود نباید فراموش ساخت که سیستم حل اختلاف گات، سنگ بنای روابط چند جانبه تجاری در سازمان تجارت جهانی بشمار می رود و در حقیقت چنانچه اصول حاکم بر گات منشاء اختلاف باشند، هیات حل اختلاف WTO مکلف است بر اساس همان اصول به حل اختلاف بپردازد البته بار اثبات این امر بر عهده مدعی آن است، در چنین مواردی در صورت بروز تعارض میان قواعد سابق و لاحق، طرفین باید راه حل های مناسب را بیابند زیرا هیچ یک از قواعد مذکور در برابر دیگری از ارجحیت برخوردار نیستند. این سیستم در سال ۱۹۸۸ مورد بازنگری شورای وزیران کشورهای عضو قرار گرفت و از آن پس اختلافات

۱- وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای دادگستری مازندران.

2. Understanding on Rules of Procedures Governing the Settlement of Disputes.



مرجوعه به سازمان تحت قواعد جدیدی مورد بررسی قرار می‌گیرد. قواعد مذکور به صورتی مکانیسم حل اختلاف را متحول ساخته‌اند که امروزه تمایلات اصحاب اختلاف تأثیر چندانی بر جریان یا آثار ناشی از اشتغالات این سیستم ندارند، به عبارت دیگر مرجع مرقوم تحقیقا در برابر فشارهای قابل اعمال از جانب کشورهای قدرتمند اقتصادی، نفوذ ناپذیر گشته است.

سیستم مورد بحث، در کنار یاری رساندن به سازمان در خلق و نهادینه ساختن قواعد متحدالشکل، به تمامی اعضاء امکان می‌دهد تا از زوایای گوناگون در خصوص کلیه تعهدات ناشی از اشتغالات سازمان، نظارت موثر و مستقیم داشته باشند.

در عین حال سیستم حل اختلاف WTO در مسیر حل واقعی اختلافات تجاری که مستلزم نزدیک ساختن مواضع و منافع اصحاب اختلاف به یکدیگر است، حرکت می‌کند و بر همین اساس پیش از شروع جریان رسیدگی قضاوتی، فرصت مناسبی به خود اصحاب اختلاف برای یافتن راه حل‌های عادلانه از طریق گفتگو اعطا می‌شود.

از دیگر عناصر ضروری برای حل واقعی اختلافات تجاری می‌توان به قواعدی چون: محرمانه بودن جریان رسیدگی از ابتدا تا مرحله قطعیت رای^۱، سرعت عمل در رسیدگی و وجود ضمانت‌های اجرایی موثر اشاره کرد. شایان ذکر است که اگرچه عناصر پیش گفته در سیستم حل اختلاف WTO موجودند، با این حال امور چون کیفیت نتایج مطلوب، دقت در رسیدگی، جلب نظر مساعد اصحاب اختلاف از یک سوی و تمامی اعضای سازمان از سوی دیگر یا اعطای مهلت‌های معقول برای اصلاح ساختارهای اقتصادی کشورهای عضو که یکی از عمده‌ترین دلایل بروز اختلافات تجاری محسوب می‌شود و غیره، به هیچ روی قربانی عناصر پیش گفته نشده‌اند.

یکی از فوائد غیر قابل انکار مستتر در مکانیسم حل اختلاف WTO، جلوگیری از ارتکاب اقدامات یکجانبه، غیر قاعده مند و تلافی جویانه اقتصادی است. اعضای سازمان مکلف‌اند هیچ سیاست اقتصادی متعلق به سایر اعضا را مغایر با توافقات WTO تلقی نکنند مگر آنکه سیاست مذکور از دریچه مراجع حل اختلاف سازمان ناقض تعهدات پدید آورندگان آن تشخیص داده شود^۲. بعلاوه مکانیسم مورد بحث دارای قواعدی است که با نیازهای خاص کشورهای در حال رشد یا عقب افتاده اقتصادی مطابقت دارد چندان که تلاش برای مرعی داشتن و توجه به این نیازها باید در گزارش‌های نهایی پانل‌های فرعی حل

۱ - بطور کلی مکاتبات ارسالی به هیات حل اختلاف، پانلها و شعب تجدید نظر جنبه محرمانه دارند اگر چه تمامی مکاتبات مذکور به اطراف ذینفع دعوا ابلاغ می‌شوند که مکلفند با آنها بعنوان اسناد محرمانه برخورد نمایند مگر اینکه مکاتبات مورد بحث قبلا توسط اصحاب اختلاف غیر محرمانه اعلام شده باشند. قابل توجه است که صرف نظر از مسیرهای تعیین شده برای دریافت مکاتبات یا اطلاعات، تأسیسات پیش گفته از قبول مکاتبات ارسالی خود داری خواهند ورزید.
۲ - فرع الف از بند ۲ ماده ۲۳ توافقنامه حل اختلاف سازمان تجارت جهانی که از این پس توافقنامه نامیده می‌شود.



اختلاف به هیات حل اختلاف منعکس شود، توضیح آنکه اختلافات مطروحه پیش از ارجاع به هیات حل اختلاف برای تصمیم گیری نهایی، به هدف ایجاد شفافیت و روشن شدن ابعاد ماهوی و گوناگون اختلاف به کمیسیون های تخصصی احاله می شود.^۱ این سیستم به اعضا حق می دهد تا در صورت به خطر افتادن منافع اقتصادی خود، حتی اگر چنین منافعی قبلا در چهار چوب روابط معاهداتی احصاء نشده باشند، حسب مورد از طریق ثبت اعتراض یا تمسک به سایر روش های قضایی به احقاق حق بپردازند.

شروع اشتغال سیستم حل اختلاف مبتنی بر وجود اختلاف است و اختلاف هنگامی بروز می کند که یکی از اعضای سازمان تجارت جهانی متقاعد گردد عضوی دیگر از مقررات معاهداتی یا از سایر تعهدات خود تحت نظام WTO تخلف کرده است. بدیهی است واضعان چنین تعهداتی خود اعضای WTO هستند و از این روی مرجع عالی حل و فصل نهایی اختلافات ناشی از چنان تعهداتی نیز خود ایشان هستند.

اصولا WTO بدون سیستم حل اختلاف معنا پیدا نمی کند. همانگونه که قبلا نیز بیان شد، سیستم حل اختلاف WTO بمراتب قوی تر از سیستم مشابه حاکم بر GATT می باشد. در حال حاضر، حل اختلاف به مفهوم راستین آن یعنی قلع ماده فساد به طور کلی مد نظر کشورهای عضو سازمان است تا محکوم ساختن یک طرف، با این وصف تا سال ۲۰۰۰ میلادی، نزدیک به ۳۲ پرونده از ۲۰۳ شکایت مطروحه در نزد هیات حل اختلاف سازمان تجارت جهانی، در خارج از پانل های فرعی و از طریق مذاکره حل و فصل گشته اند و این معنا تا کنون نیز برقرار می باشد. مضاف بر این، سیستم کنونی با کاستن از حجم اقدامات یکجانبه، تضمین بیشتری برای دستیابی به تجارت عادلانه را فراهم آورده است.

شمار زیاد پرونده های ارجاعی به پانل های WTO حاکی از اعتماد و اطمینان رو به تزاید کشورهای عضو سازمان نسبت به عملکرد مکانسیم حل اختلاف، کاستن از حجم اقدامات یکجانبه و رویکرد عام به سوی قواعد شناخته شده حقوق بین الملل اقتصادی است.

پانل های سیستم حل اختلاف که متعاقبا توضیح بیشتری در مورد آنها داده خواهد شد، به مثابه دیوان های داوری عمل می کنند. اعضای این پانل ها در غالب موارد پس از مشورت با کشورهای عضو طرف اختلاف انتخاب می شوند و در صورتی که چنین توافقی میان اصحاب اختلاف حاصل نشود، دبیر کل سازمان بر اساس اختیارات قانونی خود، مبادرت به انجام این امر خواهد کرد. هر پانل تخصصی مرکب از ۳ تا ۵ عضو دارای ملیت های مختلف است که بعنوان نمایندگان دولت های متبوع خود عمل نمی کنند و با بررسی اسناد و مدارک، رای خود را در باره محق بودن یکی از طرفین، نفی یا اثباتا صادر می کنند. رای مذکور



پس از اصدار به هیأت حل اختلاف^۱ ارجاع می شود و در آنجا در پرتو consensus در خصوص آن اتخاذ تصمیم می شود. بدین ترتیب روش وفاق عام (عدم وجود مخالفت) در تصمیم گیری ها که سنگ بنای روابط درون سازمانی در WTO را تشکیل می دهد، در مکانیسم حل اختلاف آن نهاد بین المللی نیز مورد اعتنا می باشد.

اصول حاکم بر سیستم حل اختلاف WTO

بطور کلی می توان از قواعدی چون: تساوی، سرعت عمل، تأثیر و پذیرش متقابل، به عنوان اصول اساسی حاکم بر این سیستم یاد کرد.

اعضای سازمان پذیرفته اند در صورت نقض حقوق ایشان توسط عضو دیگری، یا نقض برخی قواعد تجاری توسط دیگر اعضا، به جای تمسک به روش هایی چون مقابله به مثل، به قواعد شناخته شده حقوق بین الملل و روش های مسالمت آمیز حل اختلاف روی آرند که به منزله تمکین در برابر حکومت قانون است. پس از آنکه اختلافی میان اعضای WTO شکل گرفت و به هیأت حل اختلاف ارجاع شد، کار رسیدگی به آن بدون ملاحظه قدرت اقتصادی اصحاب دعوا آغاز می شود و تمامی کشورهای عضو که به نحوی در رسیدگی یا آثار ناشی از آن ذینفع باشند می توانند بعنوان ثالث وارد دعوا گردند.

سیستم حل اختلاف GATT فاقد سقف زمانی بود و از طرفی کشورهای مشتکی عنه می توانستند با بلوکه نمودن روند صدور حکم یا اجرای آن، مانع از تحقق دادرسی های عادلانه گردند و به همین نسبت، بعضاً جریان رسیدگی به اختلافات بسیار طولانی می شد. مذاکرات دور آوروگونه در این خصوص منجر به نوآوریهای قابل ملاحظه ای شد و بدین ترتیب در راستای حل مسالمت آمیز اختلافات تجاری، قواعدی به مراتب کار آمد تر بوجود آمد که از جمله آنها می توان به ترسیم جداول زمانی برای رسیدگی به دعاوی که حسب مورد از انعطاف پذیری خاصی برخوردارند، اشاره کرد به نحوی که امروزه در چهار چوب سازمان تجارت جهانی، حد اکثر ظرف مدت ۱۵ ماه به اختلافات رسیدگی و اصدار رای می شود. البته در صورتی که فوریت اقتضا نماید، سقف زمانی مذکور ممکن است به ۱۲ ماه کاهش یابد.

مذاکرات دور آوروگونه آزادی عمل کشور محکوم علیه در ایجاد موانع عملیاتی برای استقرار، تثبیت و اجرای آرای صادره را سلب نمود بنا براین در حال حاضر احکام صادره به صورت خود کار به موقع اجرا درمی آیند مگر اینکه در مورد عدم اجرای آنها وفاقی عام^۲ در میان تمامی کشورهای عضو، من جمله کشور محکوم

1. Dispute Settlement Body.

2. Consensus.



له، بوجود آید.

اگرچه اشتغال اصلی سیستم حل اختلاف WTO مشابه مراجع قضایی یا داوری بین المللی است ولی در عین حال ید اصحاب اختلاف در یافتن راه حل های مناسب فرا حقوقی، مبسوط است و به همین مناسبت، در نخستین مرحله رسیدگی و نیز در طول جریان رسیدگی، باب مذاکره و میانجی گری میان کشورها همواره مفتوح می باشد.

اختلافات قابل ارجاع به DSB^۱

بطور کلی مسائل قابل ارجاع به هیأت حل اختلاف سازمان تجارت جهانی (DSB) ناشی از اسناد یا اعمال زیر هستند:

قرار دادهای مذکور در ضمیمه ۲ توافقنامه حل اختلاف WTO که شامل:

۱ - سند موسس سازمان تجارت جهانی

۲- توافقنامه های عام شامل: ضمیمه ۱ الف توافقنامه های چند جانبه در خصوص تجارت کالا، ضمیمه ۱ ب توافقنامه جامع راجع به تجارت خدمات، ضمیمه ۱ پ توافقنامه راجع به جنبه های تجاری حقوق مالکیت معنوی،

۳- توافقنامه های چند جانبه شامل: ضمیمه ۴ توافقنامه راجع به تجارت هواپیماهای غیر نظامی، توافقنامه راجع به معاملات دولتی، قرار داد بین المللی راجع به لبنیات، قرار داد بین المللی راجع به گوشت گاو. مسائل مربوط به مذاکرات و رای زنی های اعضا برای حل اختلافات تجاری.

سایر مسائل راجع به توافقنامه حل اختلاف یا سایر توافقات.^۲

شایان ذکر است که با عنایت به عمومیت مندرجات موافقتنامه حل اختلاف و امکان جمود یا متروک گشتن قواعد آنها نسبت به توافقنامه های مستحدثه، در بند دو این توافقنامه پیش بینی گشته است که در صورت تعارض، موازین حل اختلاف مندرج در قراردادهای جدید بر مقررات آن اولویت خواهند داشت. بعلاوه هنگامی که دامنه اختلاف به چندین قرارداد مختلف تسری یابد، روش رسیدگی به اختلاف ممکن است بر اساس توافق اطراف اختلاف تعیین گردد و در صورتی که پس از گذشت ۲۰ روز از تشکیل پانل، توافقی در این خصوص حاصل نگردد، رئیس هیأت حل اختلاف سازمان بنا بر تقاضای هریک از اصحاب اختلاف باید ظرف ۱۰ روز مبادرت به این امر نماید.

1. Dispute Settlement Body of World Trade Organization.

۲ - بند ۱ ماده ۱ توافقنامه.





اداره مکانیسم حل اختلاف

مسئولیت حل اختلافات تجاری بوجود آمده در بطن سازمان تجارت جهانی برعهده هیات حل اختلاف است. این هیات برای حل اختلافات بر کلیه مراحل رسیدگی به اختلافات (که از مذاکره و رای زنی شروع وبه اجرای حکم ختم می گردد) نظارت داشته و آن مراحل را اداره می کند. اعضای سازمان تجارت جهانی بر اساس ماده ۳ موافقتنامه حل اختلاف متعهد هستند چنین مدیریتی را بپذیرند^۱. تعهد مذکور بر تصمیمات، توصیه ها، تفاسیر و آرای هیات حل اختلاف (DSB) نیز تسری می یابد. با این وصف، تصمیمات DSB نمی توانند حقی از حقوق قراردادی و مکتسبه اعضا را زائل سازند یا اهداف و مقاصد مورد نظر در توافقنامه ها را تغییر دهند یعنی هیات مکلف است به اراده و قصد و رضای کشورها در تدوین توافقنامه های تجاری توجه کامل داشته باشد. شایان ذکر است توافق اطراف اختلاف بر سر یک موضوع، همواره از اولویت برخوردار است و DSB مکلف به لحاظ نمودن آن توافقات می باشد.

باید به این نکته اشاره شود که در صورت بروز رفتار مغایر با یک متن قراردادی از جانب یک یا چند عضو متعاقد، اصل بر نقض معاهده و ورود خسارت بر سایر اعضای آن سند و لزوم جبران خسارت آنها است^۲.

سقفهای زمانی رسیدگی به اختلافات در DSB^۳

۶۰ روز مهلت برای مذاکره و رای زنی میان اطراف اختلاف،

۴۵ روز مهلت برای تشکیل پانل ها و تعیین اعضای آن،

۶ ماه مهلت اتمام رسیدگی در پانل ها و تنظیم گزارش نهایی^۴،

۳ هفته مهلت تسلیم گزارش نهایی به اعضای WTO که در حقیقت همان اعضای هیات حل اختلاف هستند

۶۰ روز مهلت تجدید نظر خواهی،

ملاحظه می شود که در صورت عدم تجدید نظر خواهی، سقف زمانی رسیدگی به اختلافات از یکسال تجاوز نمی کند. اما در صورت تجدید نظر خواهی، رسیدگی به درخواست مذکوره طریقی که بعدا ذکر خواهد شد، باید ظرف ۶۰ تا ۹۰ روز بعمل آید. نتیجه حاصل از این امر برای اتخاذ تصمیم نهایی به هیات

۱- بند ۱ ماده ۳ توافقنامه.

۲- بند ۸ ماده ۳ توافقنامه.

۳- بطور کلی سقفهای زمانی در خصوص کشورهای در حال توسعه از انعطاف پذیری خاصی برخوردار است ولی در عین حال اعطای مهلتی بیشتر به ایندسته از کشورها نمی تواند موجب اطاله کل جریان رسیدگی بیش از سقف زمانی نهایی برای رسیدگی به اختلافات تجاری در WTO گردد.

۴- بر اساس بند ۸ ماده ۱۲ توافقنامه، در موارد اضطراری این مدت به سه ماه تقلیل می یابد. در عین حال چنانچه امکان رسیدگی بر اساس زمانبندیهای مورد اشاره برای پانلها میسر نگشت، موضوع با اشاره به دلایل امر برای DSB ارسال می شود و تحت هیچ شرایطی مهلت رسیدگی به یک اختلاف در پانلهای تخصصی از ۹ ماه تجاوز نخواهد کرد.



حل اختلاف ارجاع می شود که باید ظرف ۳۰ روز اعلام گردد. بنا بر این در صورت تجدید نظر خواهی، کل مدت رسیدگی به یک سال و سه ماه بالغ می گردد. پانل ها می توانند بنا بر درخواست کشور یا کشورهای شاکی، جریان رسیدگی را معلق سازند لیکن به هر تقدیر تعلیق جریان رسیدگی نمی تواند بیش از ۱۲ ماه بطول انجامد. سقف های زمانی پیش گفته به مدت تعلیق اضافه می گردند.

چگونگی حل اختلافات تجاری در WTO

حل اختلافات تجاری ناشی از روابط موجود در بطن سازمان تجارت جهانی، در صلاحیت هیأت حل اختلاف قرار دارد. این هیأت، در واقع همان شورای عمومی سازمان است که شاید بتوان تا حدودی آنرا به مثابه مجمع عمومی سایر سازمانهای بین المللی تلقی نمود.

تأسیس پانل های تخصصی و انتخاب اعضای آنها و قبول یا عدم قبول نهایی نتایج حاصل از رسیدگی پانل های فرعی تخصصی، در زمره اشتغالات منحصر هیأت حل اختلاف قرار دارد.

علاوه بر موارد پیش گفته، هیأت حل اختلاف صلاحیت نظارت بر نحوه اجرای آرای صادره و یا ارائه توصیه های لازم در مورد اجرای احکام و عندالزوم، صدور مجوز برای مقابله به مثل نسبت به محکوم علیه مستنکف از اجرای رای را دارد.

مراحل رسیدگی به اختلافات که زمان بندیی آن پیشتر بیان شد، به ترتیب عبارتند از:

مرحله نخست، مذاکره و رای زنی برای حل اختلاف توسط اصحاب اختلاف، در خلال این مرحله کشورهای طرف اختلاف حق و فرصت دارند تا به منظور حل اختلافات خود با یکدیگر به مذاکره پرداخته و عند الزوم و حسب درخواست هر یک از آنان، از مساعی جمیله دبیر کل سازمان بهره مند گردند. اعضای سازمان بر اساس بند ۱ ماده ۴ موافقتنامه حل اختلاف متعهد هستند تا اثر لازم را به چنین مذاکراتی بدهند که حسن نیت شرط لازم آن است. در صورتی که یکی از اطراف اختلاف تقاضای مذاکره با طرف دیگر را مطرح سازد، طرف دیگر باید ظرف ۱۰ روز به چنان درخواستی پاسخ مساعد دهد و در صورت استنکاف عضو مذکور، شاکی می تواند مستقیماً درخواست تأسیس پانل های مربوطه را بنماید. درخواست مذاکره باید منضم به دلائل مثبت و مستندات حقوقی دعوا بوده و به DSB یا سایر بخش های ذیربط سازمان ابلاغ گردد. مذاکرات، محرمانه بوده و به هیچ روی مانع از حق اصحاب اختلاف برای انجام اقدامات حقوقی بعدی نیست با این حال بر اساس بند ۵ ماده ۴ توافقنامه حل اختلاف WTO، اعضا مکلف اند اختلافات خود را



در درجه نخست در خلال مذاکرات متقابل حل و فصل نمایند. در صورتی که ظرف مدت ۶۰ روز از لحظه شروع مذاکرات طرفین نتوانند به راه حل مطلوب دست یابند، طرف شاکی میتواند درخواست تشکیل پانل تخصصی را بنماید. البته چنانچه هر دو طرف اختلاف تشخیص دهند که در خلال مذاکرات امکان نیل به راه حل مطلوب ممکن نیست، می توانند تواما درخواست تشکیل پانل را بنمایند، کما اینکه طرفین می توانند خواستار تمدید مهلت مذاکره گردند که البته موافقت با این درخواست و تعیین زمان مناسب برای تمدید مذاکرات بر عهده رئیس هیات حل اختلاف است. در موارد ضروری مانند زمانی که اختلاف بر سر کالاهای ضروری، استراتژیک یا فاسد شدنی در گرفته باشد، طرفین باید ظرف ۱۰ روز نفیاً یا اثباتاً مذاکرات را به انجام رسانند. لازم به ذکر است نیازهای خاص کشورهای در حال رشد باید همواره در طول مذاکرات مرعی گردد، ضمناً امکان ورود ثالث به مذاکرات و رای زنی ها وجود دارد.^۱ در اینجا ذکر این نکته ضروری است که بر اساس بند ۱۰ ماده ۱۲ توافقنامه حل اختلاف، کشورهای در حال توسعه می توانند در خصوص انجام مذاکرات و رای زنی ها، خواستار تمدید مهلت های پیش بینی شده برای این امور گردند.

مرحله دو، همانگونه که بیان شد، کشور یا کشورهای خواهان در صورت عدم دستیابی به راه حل مطلوب در مرحله مذاکره می توانند تقاضای مکتوب خود مبنی بر تشکیل پانل تخصصی و ارجاع اختلاف به آن را تسلیم سازمان کنند. این تقاضا شامل گذارش مختصری از مایع، راه کارهای پیشنهادی و شرح جریان مذاکرات و غیره می باشد، در این مرحله کشور خوانده می تواند برای یک بار از تشکیل پانل مورد بحث جلوگیری نماید^۲ ولی چنانچه هیأت حل اختلاف برای بار دوم و بنا بر درخواست خواهان به منظور رسیدگی به همان اختلاف تشکیل جلسه داد و مآلاً تصمیم خود مبنی بر تشکیل پانل مربوطه را اعلام کرد، دیگر امکان جلوگیری از این امر برای خوانده وجود نخواهد داشت مگر آنکه نسبت به عدم تأسیس پانل در میان اعضای WTO من جمله کشور خواهان، وفاقی عام شکل گیرد.

مرحله سوم، شامل تأسیس پانل های تخصصی، شروع و اختتام رسیدگی به اختلاف و اعلام نتیجه امر به هیأت حل اختلاف و صدور رای قطعی است. اعضای پانل ها افراد ذیصلاح دولتی یا غیر دولتی هستند با این حال صرف نظر از ضرورت حفظ بی طرفی (دولتی یا سازمانی) و تخصص اعضا، به طور کلی محدودیتی در انتخاب آنها وجود ندارد. البته بدیهی است بر اساس اصول شناخته شده حقوقی، اتباع کشورهای طرف اختلاف نمی توانند در پانل هایی که به اختلافات مربوط به کشور متبوع آنان رسیدگی می کند دارای کرسی باشند مگر در صورت توافق طرف مقابل البته در اینجا نیز قاعده ای به نفع کشورهای

۱- بند ۱۱ ماده ۴ توافقنامه.

۲- ایالات متحده در قضیه فولاد، با استفاده از همین اختیار، اقدام اتحادیه اروپا برای تشکیل پانل تخصصی را بلوکه نمود.



در حال توسعه وجود دارد به این ترتیب که کشورهای مذکور می توانند در صورت درخواست، یک نفر از اتباع کشورهای در حال توسعه را در اختلافاتی که در آنها ذینفع هستند، بعنوان عضو کمیسیون تخصصی (پانلیست) شرکت دهند. بطور کلی فهرست اشخاص دارای صلاحیت، بصورت نوبه ای توسط کشورهای عضو به DSB اعلام می شود. تأمین هزینه های مربوط به اعضای پانل ها و حق الزحمه ایشان برعهده سازمان قرارداد. در مواردی که چند کشور بر سر یک موضوع خواهان تشکیل پانل هستند، ممکن است یک پانل تأسیس و به همه اختلافات بصورت توأم رسیدگی کند. پانل های تخصصی مکلف اند به DSB در جهت یافتن راه حل نهایی برای اختلافات مرجوعه مساعدت کنند و به همین دلیل باید اختلافاتی که به آنها ارجاع می شود را بشکل اثباتی مورد رسیدگی قرار دهند و در عین حال تکلیف دارند تا حد امکان به طرفین اختلاف برای دست یابی به توافقی فراگیر کمک کنند.

مرحله چهارم مربوط به نحوه اجرای حکم است.

شایان ذکر است در کلیه مراحل پیش گفته، امکان تحصیل مساعی جمیله و میانجی گری وجود دارد. چنانچه کشور خوانده در جریان رسیدگی درخواست تحصیل مساعی جمیله را مطرح سازد، کشور خواهان مکلف است این امر را بپذیرد لیکن در هر حال این موضوع نمی تواند بیش از ۶۰ روز جریان رسیدگی را متوقف سازد.

پانلهای تخصصی

پانل های DSB پس از مشورت با اصحاب اختلاف، حد اکثر ظرف مدت یک هفته به تعیین جداول زمانی مورد نیاز برای رسیدگی به اختلاف مبادرت می ورزند. این قبیل تصمیمات، لازم الرعایه بشمار می آیند و اصحاب اختلاف مکلف به رعایت آنها هستند.

وظیفه رسمی پانل های تخصصی عبارت است از تسهیل تصمیم گیری برای هیأت حل اختلاف در خصوص صدور توصیه نامه یا رای مقتضی. در عین حال از آنجایی که رد نظرات ارائه شده توسط پانل ها صرفاً از دریچه وفاق عام ممکن است، در عمل نادیده انگاشتن آنها چندان ساده نیست. تصمیمات هر پانل در عین حالی که باید از حداکثر انعطاف پذیری برخوردار باشند، تصمیمات حقوقی محسوب می شوند از این روی باید مستند به موازین حقوقی و توافقهایی قراردادی میان اعضا باشند و ظرف شش ماه اعلام گردند. البته در موارد اضطراری، من جمله هنگامی که موضوع اختلاف کالاهای فاسد شدنی باشند، مهلت



رسیدگی به سه ماه تقلیل می یابد.

مکانیسم عملکرد پانل ها

پیش از شروع استماع نخست (نخستین جلسه دادرسی): در این مرحله هریک از اصحاب اختلاف، درخواست ها، مدارک و استدلالات خود را کتبا به پانل مربوطه تقدیم می کنند. این امر ممکن است حسب مورد به ترتیب یا همزمان و به صورت توأم صورت پذیرد^۱.

استماع نخست: در این مرحله که در حقیقت شروع رسیدگی تلقی می شود، کشور یا کشورهای خواهان، کشور یا کشورهای خوانده و نیز کشور یا کشورهایی که تصور می کنند نتایج حاصل از رسیدگی ممکن است منافع آنان را متأثر سازد (ثالث)، به طرح و تشریح دادخواست، تبیین درخواست ها، ارائه مدافعات و تقدیم دلائل خود می پردازند.

دعوی متقابل: اصحاب اختلاف می توانند در استماع دوم به طرح دعوی متقابل بپردازند. ضمناً در استماع دوم به کلیه اطراف دعوی فرصت ارائه اسناد یا بیان اظهارات شفاهی اعطا می شود.

ورود ثالث: نظر به لزوم رعایت غبطه کلیه کشورهایی که در رسیدگی به یک اختلاف دارای منافع هستند، حق ورود به دعوا بعنوان ثالث در توافقنامه حل اختلاف پیش بینی گشته است^۲ و بر همین اساس کشورهای ذینفع می توانند تقاضای مکتوب خود را به DSB تقدیم کنند که به نوبه خود به اطراف اصلی اختلاف ابلاغ می شوند. البته چنانچه هر یک از کشورهای عضو سازمان تشخیص دهد که معیارهای متخذ توسط یک پانل با برخی از توافقات قراردادی سازمان در تغایر است، حق دارند نسبت به اقامه دعوی مستقل در این خصوص اقدام کند. چنین دعوی به همان پانل رسیدگی کننده به دعوی اصلی ارجاع می گردد.

حق بر دستیابی به اطلاعات: هر پانل تخصصی حق دارد بمنظور کشف حقایق و ادله عینی مورد نیاز، اطلاعات مورد نظر خود را با رعایت موازین حقوقی مربوطه، راساً و از طریق منابع مختلف گرد آوری کند^۳. کارشناسان و خبرگان: در صورتیکه اصحاب اختلاف یا اطراف ذینفع، دلائل و مستندات خود را بر امور علمی، تخصصی یا فنی ابتناء نمایند، پانل مربوطه می تواند برای اثبات و احراز صحت یا سقم ادعای مذکور، از نظرات کارشناسی استفاده کند. بدیهی است متابعت از نظرات کارشناسی، برای پانل ها الزام آور نیست. اتباع کشورهای طرف اختلاف نمی توانند بعنوان کارشناس در نزد پانل های تخصصی اظهار نظر نمایند به همین ترتیب نمایندگان دولت های ذینفع نیز نمی توانند به عنوان کارشناس در پانل ها حضور یابند مگر

۱ - بند ۶ ماده ۱۲ توافقنامه.

۲ ماده ۱۰ توافقنامه.

۳ ماده ۱۳ توافقنامه.



اینکه بی طرفی آنان احراز شود. کارشناسان می توانند به منابع اطلاعاتی مورد نیاز رجوع کنند، اطلاعات مکتسبه توسط کارشناسان جنبه محرمانه دارد ولی در عین حال و در حدود منافع مرتبط با اطراف اختلاف باید در معرض مراجعه و مطالعه آنان قرار گیرد.

پیش نویس نخستین گزارش^۱: پانل ها پس از بررسی مدعا و دلائل طرفین، پیش نویس اول رای خود را در قالب یک گذارش تهیه و تنظیم کرده و به اصحاب دعوا تسلیم می کند. نامبردگان حق دارند ظرف دو هفته نظر خود را در خصوص این گذارش اعلام کنند. شایان ذکر است گذارش مذکور صرفا حاوی مطالب ارائه شده در خلال جریان رسیدگی بوده و در آن به یافته ها یا نظرات پانل اشاره ای نمی شود و به این دلیل به اصحاب اختلاف تسلیم می شود که صحت جریان دادرسی و درک پانل از ادله ابرازی احراز گردد. گذارش موقت^۲: پانل مربوطه پس از رسیدگی به اختلاف، به ارائه پیش نویس گذارش خود در خصوص دعوا مبادرت می ورزد. این گذارش در حقیقت به منزله پیش نویس رای پانل است لیکن نظر به اهمیت کسب نظر مساعد اصحاب اختلاف در مورد نتایج رسیدگی، این رای موقت به اطراف اختلاف تسلیم می شود. هر یک از اصحاب اختلاف پس از دریافت متن مذکور، بر اساس مهلت مقرر توسط پانل فرصت دارد تا در صورت لزوم، از پانل مربوطه تقاضای بازبینی رای را نماید.

بازنگری^۳: در صورتیکه اصحاب اختلاف پس از دریافت گذارش موقت خواستار بازنگری در آن شده باشند، پانل این درخواست را اجابت می کند و با تشکیل جلسات بیشتر و کسب اطلاعات تکمیلی از اصحاب اختلاف، امر بازنگری در متن گذارش را حد اکثر ظرف دو هفته بعمل می آورد.

گذارش نهایی^۴: پس از اتمام مرحله بازبینی که لزوما به مفهوم تغییر محتوای رای نیست، گذارش نهایی توسط پانل تهیه و به اصحاب اختلاف تسلیم می شود. این گذارش سپس با گذشت سه هفته برای DSB و در حقیقت کلیه اعضای WTO ارسال می گردد. چنانچه بر اساس نظر پانل، تعهدی خاص نقض گشته یا برخی از توافقه های سازمان تجارت جهانی نادیده انگاشته شده باشند، گذارش نهایی شامل توصیه هایی برای خودداری از استمرار رویه های تجاری ناقض تعهدات اعضا یا اصول سازمان خواهد بود. ممکن است راه کارهای مربوط به چنان توصیه هایی نیز در گذارش درج گردند. گذارش پانل ها باید مستند به موازین حقوقی و ادله عینی و مثبت باشد.

تبدیل گذارش نهایی به رای: گذارش نهایی پس از گذشت ۶۰ روز از ابلاغ به DSB (یا همان اعضای

1. First Draft.
2. Interim Report.
3. Review.
4. Final Report.



سازمان) ماهیتا تبدیل به رای قطعی می گردد مگر آنکه وفاق عامی در برابر آن شکل گیرد. به هر تقدیر اطراف ذینفع می توانند نسبت به این رای تقاضای تجدید نظر کنند.

تجدید نظر

شورای وزیران کشورهای عضو سازمانم در ۲۸ فوریه ۱۹۹۷ مبادرت به تصویب مقررات راجع به تجدید نظر خواهی نمود که در آن به شکلی مفصل به مراحل مختلف تجدید نظر خواهی و قواعد حاکم بر آن پرداخته شده است. بر اساس مقررات مورد بحث، هریک از اصحاب دعوا (محکوم له یا محکوم علیه) می توانند از رای نهایی پانل ها تجدید نظر خواهی نمایند، کشورهای ذینفع ثالث در این خصوص می توانند از شعب تجدید نظر درخواست استماع نمایند و شعب مذکور مکلف اند با چنین درخواست هایی موافقت کنند. مبنای تجدید نظر خواهی، باید بر اساس منطق های حقوقی استوار شده و متوجه مسائل حقوقی مرتبط به رای یا تفسیر رای صادره باشد. بنا بر این تجدید نظر خواهی نمی تواند در بر گیرنده مواردی از قبیل ارائه اسناد و مدارک جدید و به نوعی متضمن اعاده دادرسی در همان موضوع باشد.

هیات حل اختلاف تشکیلاتی هفت نفره را به عنوان هیات تجدید نظر تعیین کرده است که هر پرونده موضوع تجدید نظر خواهی توسط سه تن از آنان مورد بررسی قرار می گیرد. شایان ذکر است در انتخاب اعضای مذکور، همانند انتخاب اعضای پانل ها دقت کافی بعمل می آید تا از نمایندگان متعلق به قطب های اقتصادی مختلف استفاده گردد.

هریک از اعضای هیات تجدید نظر برای مدت ۴ سال انتخاب می شوند. قضات تجدید نظر نمایندگان دولتی محسوب نشده و باید دارای تخصص های حقوقی یا مرتبط به حقوق بین الملل اقتصادی باشند. تأمین هزینه ها مربوط به اشتغال چنین اشخاصی بر عهده سازمان تجارت جهانی است.

مکانیسم عملکرد شعب تجدید نظر در هر مورد توسط اعضای آن و پس از کسب مشورت رئیس هیات حل اختلاف تعیین می شود. هیات تجدید نظر می تواند آرای نهایی پانل ها را ابرام، تعدیل، رد یا تبدیل نماید. هیاتهای تجدید نظر ۶۰ تا ۹۰ روز مهلت برای صدور رای دارند و رسیدگی به هیچ درخواستی بیش از ۹۰ روز بطول نخواهد انجامید.

نظر هیات پس از صدور، بمنظور اعلام نظر نهایی، به هیات حل اختلاف ارجاع می شود که مکلف است ظرف ۳۰ نظر نهایی خود را در خصوص آن نفی یا اثبات، اعلام کند. با این حال اصل بر آن است که رای شعب تجدید نظر بدون قید و شرط توسط اصحاب اختلاف و هیات حل اختلاف پذیرفته شود اگرچه چنین



امری مانع از اظهار نظر اطراف دعوا در مورد رای صادره نیست.

توصیه های مراجع حل اختلاف WTO (احکام قطعی)

صدور حکم علیه یک یا گروهی از کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی به منزله احراز و اثبات قصور در ایفای تعهدات تجاری ناشی از معاهدات دویا چند جانبه ناشی از عضویت در WTO است. چنین قصوری متضمن بروز مسئولیت بین المللی و ضرورت جبران خسارات ناشی از اتخاذ رویه های تجاری مغایر با حرکت سازمان تجارت جهانی است.^۱ با این حال روابط حاکم بر سازمان تجارت جهانی که مستلزم همکاری برای نیل به اهداف کلان اقتصادی است، میسر نمی شود مگر در پرتو باور به لزوم ایجاد نظامات هماهنگ تجاری بین المللی و تلاش برای از میان برداشتن رویه های معارض.

به مناسبت آنچه گفته شد، حتی پس از قطعیت یافتن آرای هیات حل اختلاف، بکارگیری اهرم تحریم های اقتصادی بعنوان ضمانت اجرای سنتی، رویکردی مناسب بشمار نمی رود زیرا اولویت اصلی در این مرحله، اقناع وجدان محکوم علیه به ایجاد هماهنگی میان سیاست های اقتصادی داخلی خود با سیاست های کلان اقتصادی WTO است. از همین روی کشورهای عضو در موافقتنامه حل اختلاف پذیرفته اند که انطباق فوری وضعیت های داخلی با توصیه ها یا آرای قطعیت یافته DSB برای حل موثر اختلافات تجاری که متضمن تأمین منافع تمامی اعضای سازمان می باشد، ضرورتی اجتناب ناپذیر است.

اصولا بر اساس بند ۷ ماده ۳ موافقتنامه حل اختلاف، تمسک به تضامین اجرایی به عنوان آخرین راه حل محسوب شده و هنگامی مشروعیت می یابد که عملا امکان قطع فوری برخی رفتارهای خاص اقتصادی از جانب عضو مشتکی عنه، متصور نباشد.

بنا بر این کشور محکوم علیه باید از تصمیمات هیات حل اختلاف متابعت کند و باید قصد خود دائر بر چنین امری را در جلسه ای که ظرف ۳۰ روز از زمان صدور رای توسط DSB تشکیل می شود، اعلام نماید. در صورتی که اجرای مفاد رای عملا ممکن نباشد و در عین حال DSB حسن نیت کشور محکوم علیه را احراز کند، به آن کشور فرصت معقولی برای تغییر سیاست های اقتصادی داخلی اعطا می شود.^۲ چنانچه کشور مذکور نتواند از فرصت اعطا شده استفاده نماید باید برای تعیین میزان ونحوه جبران عادلانه

۱ - توجه به بند ۱ ماده ۲۲ توافقنامه حل اختلاف، جبران خسارات وارده بر سایر اعضا که ناشی از اتخاذ رویه های اقتصادی داخلی توسط گروه دیگری از اعضا هستند، امری داوطلبانه بشمار می رود.

۲ بر اساس شقوق سه گانه بند ۳ ماده ۲۱ توافقنامه حل اختلاف، فرصتهای معقول بر مبنای این معیارها تعیین می شوند: الف) زمان پیشنهادی محکوم علیه که باید به تأیید DSB برسد. ب) زمان مورد توافق طرفین اختلاف که باید حد اکثر ظرف ۴۵ روز پس از صدور رای یا توصیه نامه DSB تعیین گردد. پ) تعیین زمان توسط هیات داوری خاصی که بدین منظور تشکیل می گردد، هیات داوری مذکور، مگر در شرایط بسیار استثنایی، نمی تواند مهلتی بیش از ۱۵ ماه از لحظه صدور رای یا توصیه نامه به محکوم علیه اعطا کند.



خسارات وارده بر کشور یا کشورهای محکوم له (برای مثال، توافق بر سر کاهش نرخ تعرفه ها در حوزه کالاهای خاص) با آنان به مذاکره نشینند، در چنین مذاکراتی نیازهای خاص کشورهای در حال توسعه باید رعایت گردد. در صورتی که در چهار چوب مذاکرات مورد بحث، ظرف ۲۰ روز از لحظه شروع (که مقارن با پایان مهلت معقول است) توافقی حاصل نگردد، محکوم له می تواند از DSB تقاضای وضع ضمانت های اجرایی کند که از آن دست می توان به تعلیق برخی امتیازات یا تعهدات در قبال محکوم علیه اشاره کرد. DSB ظرف ۳۰ روز از پایان مهلت معقول، با درخواست مورد اشاره موافقت می کند مگر آنکه وفاق عامی در جهت عکس این امر شکل گیرد.

اصولا ضمانت های اجرایی در همان بخش ها و حوزه های اقتصادی موضوع یک اختلاف شکل می گیرند برای نمونه چنانچه اختلاف اصلی بر سر تجارت کالا حادث گشته است، اقدام متقابل نمی تواند در بادی امر متوجه تجارت خدمات گردد و به همین ترتیب اقدام متقابل در زمینه کالا، باید در وهله اول و حتی المقدور معطوف به کالاهای مشابه گردد. لیکن چنانچه این امر امکان پذیر نباشد یا موثر تشخیص داده نشود و در عین حال اوضاع و احوال حاکم بر یک قضیه، جدی و دارای اهمیت باشد، ممکن است از دیگر توافقنامه های WTO بعنوان ضمانت اجرایی استفاده کرد. به هر تقدیر حد اکثر تلاش برای جلوگیری از تسری دامنه دعوا به حوزه های غیر مرتبط بعمل می آید. بدیهی است حجم اقدامات متقابل، باید دقیقا معادل قصور کشور خاطی تعیین گردد. نکته مهم دیگر این است که DSB نمی تواند در خصوص آن دسته از توافقنامه هایی که مشخصا تعلیق برخی تعهدات را منع کرده اند، مجوز اقدام متقابل به مفهوم تعلیق تعهدات مورد بحث را صادر کند. بعلاوه کشور متقاضی اعمال اقدام متقابل اقتصادی (محکوم له) باید دلایل قانع کننده ای مبنی بر بی فایده بودن استفاده از سایر اهرم های موجود برای وادار ساختن کشور خاطی به متابعت از رهنمودهای DSB ارائه کند.

چنانچه محکوم علیه اعلام نماید که اقدام متقابل تجویز شده بر خلاف اصول برخی از معاهدات WTO است یا بیش از حد لزوم می باشد، ظرف مدت ۶۰ روز از پایان مهلت معقول، هیات داوری ویژه ای برای احراز واقعیت امر در همان پانل اولیه یا بنا بر تشخیص دبیر کل، در سایر مراجع ذیصلاح، تشکیل می گردد و در خلال رسیدگی هیچ تعهدی در قبال محکوم علیه نقض یا معلق نمی گردد. این هیات داوری مجاز به رسیدگی شکلی یا ماهوی به مدعایات جدید نیست. رای داوری برای طرفین لازم الاجرا بوده و امکان تجدید نظر خواهی در مورد آن وجود ندارد. البته مانند کلیه موارد و مراحل رسیدگی به اختلافات تجاری در WTO، اجرای رای داوری موصوف ممکن است در پرتو وفاق عام اعضا متوقف گردد.



ذکر مجدد این نکته نیز خالی از فایده نیست که تصمیمات مراجع حل اختلاف WTO نباید متضمن ایجاد تعهدات تجاری جدید برای اصحاب اختلاف یا ناقض یا مسقط تعهدات سابق آنها باشد^۱.

نظارت بر اجرای آرای صادره

مسئولیت نظارت بر اجرای آرای صادره بر عهده خود DSB قرار دارد و مسائل مهم ممکن است تا حل کامل اختلاف در دستور کار نشست های DSB باقی بمانند.

در اجرای آرای صادره از مراجع حل اختلاف WTO و آثار احتمالی آنها بر وضعیت اقتصادی کشورهای عضو سازمان، باید توجه ویژه ای به وضعیت خاص کشورهای در حال توسعه مبذول گردد^۲.

همانگونه که قبلاً بیان شد، پیگیری آرا یا توصیه نامه های مراجع حل اختلاف در دستور کار DSB باقی خواهند ماند (به تشخیص خود آن نهاد) و اطراف اختلاف مکلفند نسبت به ارسال گزارش های دوره ای در مورد نحوه اجرای احکام صادره به DSB اقدام کنند.

اجرای آرا و توصیه های مراجع حل اختلاف WTO ماهیتی موقت دارند و به محض تطبیق سیاست های اقتصادی عضو خاطی با اصول سازمان تجارت جهانی یا توافقهایی جدید اطراف اختلاف، متوقف می گردند.

امتیازات کشورهای دارای پایین ترین سطح توسعه

کشورهای دارای پایین ترین سطح توسعه هنگام مواجهه با شکایاتی که علیه آنان در مراجع حل اختلاف سازمان تجارت جهانی طرح می شود، بر اساس مقررات توافقنامه حل اختلاف^۳، از امتیازات خاصی برخوردار هستند که از آن دست می توان به امور زیر اشاره کرد:

تعهد بر خود داری از طرح شکایت علیه این دسته از کشورها تا حد امکان،

تعهد بر امتناع از طرح درخواست مبتنی بر صدور مجوز اجرای اقدامات متقابل تا حد امکان،

تعهد بر امتناع از طرح درخواست مبتنی بر تعلیق اجرای تعهدات در قبال این دسته از کشورها تا حد امکان،

اعمال مساعی جمیله و میانجیگری از جانب دبیر کل سازمان یا رئیس هیات حل اختلاف بهنگام انجام

مذاکرات و رای زنی اطراف اختلاف که بر اساس درخواست کشورهای کمتر توسعه یافته صورت می پذیرد،

دبیر کل سازمان یا رئیس هیات حل اختلاف در این خصوص از تمامی ابزارهای لازم برای حل و فصل

اختلاف استفاده می کند.

۱ - بند ۲ ماده ۱۹ توافقنامه.

۲ - بند ۲ ماده ۲۱ توافقنامه.

۳ - ماده ۲۴ توافقنامه.



داوری های تجاری

صرف نظر از تمامی موارد پیش گفته، اعضای سازمان تجارت جهانی همواره حق دارند تا اختلافات فیما بین را از طریق تمسک به مکانیسمهای داوری مستتر در قراردادهای بین المللی دو یا چند جانبه حل و فصل نمایند. چنین رویکردی مورد تأیید توافقتنامه حل اختلاف WTO نیز هست^۱.

قراردادهای داوری منعقد میان اعضای سازمان باید پیشاپیش به اطلاع سایر کشورهای عضو برسد کما اینکه احکام صادره از جانب چنان مراجعی نیز باید به DSB و سایر مراجع ذیصلاح سازمان منعکس گردند.

سخن پایانی

با توجه به توافقات اخیر جمهوری اسلامی ایران با قدرت های جهانی، به نظر می رسد کشور در آستانه تحولات مهم اقتصادی قرار گرفته است و توجه به جنبه های حقوقی - اقتصادی ناظر بر این امر، مهم ترین ابزار دست یابی به فرصت های مستتر در بازار های پول و سرمایه در سطح جامعه بین الملل به شمار می رود و بی تردید ورود به عرصه تجارت بین المللی و بهره برداری از فرصت های موجود در آن که باید مبتنی بر شناخت قواعد حقوقی مرتبط با این موضوع شد، یکی از چالش های پیش روی حقوقدانان می باشد. با این تفصیلات ورود کشور به عرصه سازمان تجارت جهانی (هر چند با تاخیر فراوان) که فی نفسه فرآیند حکومت قانون در روابط اقتصادی - تجاری بین المللی تلقی می گردد، چندان دور از ذهن نمی نماید و بر حقوقدانان ارجمند این کهن دیار است که بیش از پیش در تقویت مبانی شناخت خود از چگونگی عملکرد و تعامل دو دانش مهم بشری یعنی حقوق و اقتصاد افزوده و از این رهگذر، منافع ملک و ملت را تضمین نمایند.

این مهم محقق نمی گردد مگر بر پایه اندوخته های علمی و انسانی ارزشمند حقوق ملی، نسبت به تکمیل شناخت قواعد بازی و مبانی حقوقی بین المللی و منطبق نمودن آن ها با اصول بنیادین حقوقی کشور و اشراف تمام بر زبان های خارجه، اهتمام جدی شود.

ورود موفق به سازمان تجارت جهانی که بر اساس وفاق عام یعنی فقدان مخالفت موثر جامعه جهانی صورت می پذیرد، مستلزم شناخت سازمان، آشنایی با موافقتنامه های سابق (که اعضای جدید مکلف به رعایت آن ها هستند) و تشکیلات و ارگانیک های آن جمله مکانیسم حل اختلاف سازمان می باشد. نباید فراموش ساخت که قواعد حقوقی حاکم بر روابط تجاری بین المللی به طور کلی ملهم از فرایند عملکردی سازمان تجارت جهانی است کما اینکه خود سازمان نیز دست آورد همان قواعد حقوقی می باشد،

۱- ماده ۲۵ توافقتنامه.



مع هذا حتی در صورت عدم عضویت در سازمان تجارت جهانی نیز بر تعهد حقوقدانان شریف این مرز و بوم در شناخت قواعد حقوقی ناظر بر تجارت بین الملل، پایانی متصور نیست.



تحلیل رأی صادره پیرامون متصدی حمل و نقل زمینی کالا

فاطمه عموزاد مهدیرجی^۱

چکیده:

هرگاه متصدی حمل و نقل، به صورت حرفه ای و مستمر و مداوم به امر تصدی حمل و نقل بپردازد قانون تجارت بر وی حاکم خواهد بود، اما در غیر اینصورت، تحت حاکمیت قانون مدنی خواهد بود. در مواردی که متصدی حمل و نقل، فرد دیگری را مامور به حمل بار می نماید، در صورت تلف مال، در نحوه طرح دعوی، اختلاف نظر وجود دارد؛ عده ای معتقدند که صرفاً باید علیه متصدی، دعوی مطرح نمود و دعوی علیه مامور حمل کننده، مطلقاً باطل است. نظر دیگری نیز وجود دارد مبنی بر اینکه، دعوی علیه مامور را نیز، تحت شرایطی می پذیرد.

واژگان کلیدی:

متصدی، مسئولیت متصدی حمل و نقل، مامور حمل کننده کالا، قانون تجارت.



مقدمه:

سرعت، دقت، امنیت و تخصص از ویژگی‌های مهم فعالیت‌های تجاری است، به نحوی که این ویژگی‌ها در تعیین روش‌های معاملاتی، توسط تجار، از اهمیت زیادی برخوردارند. برای مثال: اینکه در بیشتر موارد دیده شده است، ارسال کننده‌ی کالایی از نقطه‌ای به نقطه‌ی دیگر، متصدیان حمل و نقل را مامور این کار می‌نماید؛ به دلیل با اهمیت بودن همین ویژگی هاست. همچنین، متصدی نیز در بیشتر موارد مباشرتا اقدام به این کار نکرده و شخص دیگری را مامور حمل کالا می‌نماید. مسئولیت متصدی حمل و نقل، چه مباشرتا اقدام نماید و چه با واسطه، از مسائل مهمی است که در مواد ۳۸۶ و خصوصاً ۳۸۸ قانون تجارت^۱ بدان پرداخته شده و پیرامون آن حقوقدانان، تفاسیر گوناگونی ارائه کرده‌اند که در رویه‌ی منتخب دادگاه‌ها نیز موثر بوده است.

یکی از مصادیق بحث برانگیز در این رابطه، موردی است که متصدی، مباشرتا اقدام به حمل نکرده و فرد دیگری را مامور می‌کند، در این بین، کالا تلف می‌شود و ذینفع علیه متصدی و مامور وی دعوا طرح می‌نماید. اینکه آیا با توجه به مواد ۳۸۶ و ۳۸۸ قانون تجارت متصدی مسئول سالم رسانیدن کالا است چه مباشرتا اقدام نماید و چه فردی دیگری را مامور نماید؛ باید دعوی مطرح شده علیه مامور را باطل اعلام نمود یا خیر؛ از مسائلی است که در رای مطروحه مورد نقد و بررسی قرار گرفته است. در این تحقیق، در بخش اول به معرفی موضوعی رأی پرداخته می‌شود. سپس در بخش‌های بعدی نکات قوت و مورد نقد رای صادره، مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

بخش اول: معرفی موضوعی رأی:

شخص (الف) با شرکتی که متصدی حمل و نقل است، قراردادی منعقد می‌نماید مبنی بر اینکه بار هلو را از مقصد گرگان به سیرجان حمل کند. متصدی حمل و نقل، خود مباشرتا اقدام به این کار نکرده و راننده کامیونی را مسئول حمل کالا به سیرجان می‌نماید، که در اثر تاخیر در رسیدن به مقصد در موعد مقرر، بار هلو تلف می‌شود. حال، شخص (الف) علیه شرکت متصدی حمل و نقل و راننده کامیون، دعوایی مبنی بر

۱- ماده ۳۸۶ قانون تجارت: «اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره یا مستند به تقصیر ارسال کننده و یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آن‌ها داده‌اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری نماید. قرارداد طرفین می‌تواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیادتر از قیمت کامل مال التجاره معین نماید.»

۲- ماده ۳۸۸ قانون تجارت: «متصدی حمل و نقل مسئول حوادث و تقصیراتی است که در مدت حمل و نقل واقع شده‌اند مگر از اینکه خود مباشرت به حمل و نقل کرده و یا حمل و نقل کننده دیگری را مامور کرده باشد. بدیهی است که در صورت اخیر حق رجوع او به متصدی حمل و نقلی که از جانب او مامور شده محفوظ است.»



مطالبه ی خسارت در شعبه دوم دادگاه حقوقی گرگان مطرح می کند. دادگاه بدوی حکمی به شرح ذیل صادر می نماید:

«در خصوص دادخواست تقدیمی خواهان آقای الف... به طرفیت خواندگان ۱- شرکت ب... ۲- آقای پ... به خواسته صدور حکم بر محکومیت خواندگان به پرداخت مبلغ بیست و هفت میلیون و پانصد و سی هزار ریال بابت تلف بار هلو از مقصد گرگان به سیرجان بر اثر تاخیر در رسیدن به مقصد در موعد مقرر با احتساب خسارت دادرسی؛ با عنایت به اینکه خوانده ردیف اول متصدی حمل و نقل بر مبنای قانون تجارت می باشد و با توجه به اینکه متصدی حمل و نقل مسئول سالم رساندن کالا به مقصد است و در صورت ورود خسارت اعم از نقص یا تلف کالا مسئول جبران خسارت می باشد مگر این که ثابت کند علت خارجی یا عامل منتسب به کالا یا ارسال کننده یا مرسل الیه و یاناشی از تعلیمیاتی بوده که یکی از اشخاص مذکور داده اند و با التفات به اینکه بارنامه و صورت جلسه مستند دعوی منتسب به امضای راننده کامیون و اتحادیه میدان تره بار دلالت بر وقوع رابطه قراردادی بین متعاملین برای حمل کالا و تاخیر راننده و تلف شدن مقداری از بار هلو دارد و مدیر عامل شرکت دلیلی بر معافیت خویش از پرداخت خسارت ارائه ننموده است لهذا دادگاه دعوی خواهان را در مورد خوانده ردیف اول وارد و ثابت تشخیص و مستندا به ماده ۳۸۶ قانون تجارت حکم بر محکومیت شرکت به پرداخت مبلغ ۲۷۵۳۰۰۰۰ ریال بابت اصل خواسته و مبلغ ۵۷۰۶۰۰ ریال بابت خسارت دادرسی در حق خواهان صادر و اعلام می نماید و در مورد مابقی مبلغ یعنی پانصد و پنجاه هزار تومان با توجه به اینکه خواهان در جلسه اظهار داشت این مبلغ توسط خوانده پرداخت شده است البته به وسیله فروش قسمتی از بار، لهذا دادگاه در این قسمت دعوی خواهان را غیر وارد تشخیص و حکم بر بی حقی وی را صادر و اعلام می نماید. اما در مورد راننده آقای پ... با عنایت به اینکه متصدی حمل و نقل مسئول حوادث و تقصیراتی است که در مدت حمل و نقل واقع شده است اعم از اینکه خود مباشرت به حمل و نقل کرده و یا حمل و نقل کننده دیگری را مامور کرده باشد بدیهی است که در صورت اخیر حق رجوع او به فردی که کالا را حمل نموده محفوظ است لهذا دادگاه دعوی خواهان را غیر وارد تشخیص و مستندا به ماده ۳۸۸ قانون تجارت حکم بر بطلان دعوی خواهان را صادر و اعلام می نماید. رای صادره حضوری محسوب و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظرخواهی استان گلستان می باشد.»

بخش دوم: تحلیل رأی:

در این بخش، رای مزبور در رابطه با موضوعاتی چون: مفهوم تصدی و بطلان دعوی، مورد نقد و بررسی قرار خواهند گرفت. البته در وهله نخست، به تحلیل مختصری، پیرامون موضوع "حمل و نقل سراسری"



می پردازیم.

حمل و نقل موجود در رای مزبور، از نوع حمل و نقل سراسری می باشد؛ حمل و نقل سراسری حمل و نقلی است که کالا با یک وسیله نقلیه و بدون تغییر نوع وسیله از مبدا تا مقصد نهایی، حمل گردد که برای آن بارنامه سراسری صادر می گردد. در این نوع از حمل و نقل، رسیدی به نام بارنامه، در قبال تحویل گرفتن کالا از صاحب آن یا فرستنده، توسط متصدی، صادر می گردد که خریدار کالا با تسلیم آن به متصدی حمل و نقل در مقصد، کالای ارسالی را تحویل می گیرد.^۱

حال، به بررسی مفهوم تصدی و بطلان دعوی می پردازیم.

الف: مفهوم تصدی:

آیا هر کس که اقدام به حمل و نقل کالا نماید متصدی حمل و نقل بر مبنای قانون تجارت تلقی شده و تحت حمایت قانون تجارت قرار می گیرد یا اینکه تحت شرایط خاصی می توان فردی را متصدی حمل و نقل بر مبنای قانون تجارت دانست و قانون تجارت را بر وی اعمال نمود؟

جهت پاسخ به پرسش مزبور، به تعریف مفهوم تصدی می پردازیم.

تصدی در لغت به معنی "متعرض شدن، مبادرت ورزیدن به کاری و" می باشد.^۲ در تعریف اصطلاحی تصدی گفته شده است: «تشکیلاتی که با به کارگیری تعدادی ابزار، عملیات خاص را انجام دهند»^۳. با این وجود، الفاظ تصدی و متصدی در حقوق تجارت ما با نوعی ابهام همراه است. اما حقوق دانان در این مورد نظراتی داده اند؛ برخی گفته اند تجاری که متخصص در کار حمل و نقل شده اند، متصدی نامیده می شوند؛ در مقابل، برخی معتقدند اگر شخص در مقابل حمل و نقل اجرت بگیرد، متصدی حمل و نقل خواهد بود. همچنین بیان شده است، لفظ تصدی زمانی مصداق پیدا می کند که با سازمانی سروکار داشته باشیم که در آن تعدادی ابزار مانند ماشین آلات، نیرو و رایانه به کار گرفته شده باشد و تعدادی کارمند هم مشغول به کار باشند. البته برای اطلاق تصدی الزاماً تشکیل یک بنگاه یا شرکت تجاری لازم نیست؛ اما اشتغال به حرفه ی حمل و نقل به عنوان امری مداوم و مستقل لازم است، تا بتوان چنین شخصی را به عنوان متصدی حمل و نقل مشمول مقررات حاکم بر متصدیان حمل و نقل دانست.^۴

در نتیجه، مفهوم تصدی، به عقیده ی برخی حقوقدانان، نوعی تداوم، تکرار، استمرار، تخصص و حرفه ای

۱. ۹۰۲، مسئولیت متصدی حمل و نقل، مندرج در سایت sedaymoshaver.ir/fa/news/، بازدید در تاریخ ۱۳۹۴/۱۰/۳

۲ محمد، معین، فرهنگ فارسی، جلد اول، نشر امیرکبیر، چاپ پنجم، سال ۱۳۶۲، ص ۱۰۹۰.

۳ ۴۰۴، پیشین، به نقل از ربیعا اسکینی.

۴ محمد عیسی، نفرشی و محمدرضا، کامیار، «هیاتی مسوولیت مدنی متصدی حمل و نقل در کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بین المللی کالا و مقایسه آن با حقوق ایران»، مجله پژوهش های تطبیقی، زمستان ۱۳۸۰، شماره ۲۱، صص ۲۴ و ۲۳.





بودن را در خود جای داده است، بنابراین با وجود شرایط فوق، می توان شخص را متصدی حمل و نقل بر مبنای قانون تجارت تلقی کرد و مقررات قانون تجارت را حاکم بر فعالیت‌های او دانست. در رای مورد نظر، قید عبارت «... با عنایت به اینکه خوانده ردیف اول متصدی حمل و نقل بر مبنای قانون تجارت می باشد...» نشان دهنده توجه قاضی به امر فوق می باشد زیرا بعد از بیان این عبارت، قانون تجارت را بر متصدی حاکم دانسته است.

اینکه، "خوانده متصدی حمل و نقل بر مبنای قانون تجارت باشد" از این لحاظ حائز اهمیت می باشد که مبنای مسئولیت متصدی در قانون مدنی و تجارت باهم متفاوت است. براساس ماده ۵۱۶ قانون مدنی که مقرر می دارد "مسئولیت متصدیان همان است که برای امانت داران مقرر است؛ اگر کالا سالم به مقصد نرسد، متصدی مسئول نیست مگر اینکه تعدی و تفریط وی ثابت گردد و به عبارتی، اصل بر عدم مسئولیت متصدی می باشد مگر آنکه خلاف آن، توسط مدعی ثابت گردد. اما در قانون تجارت، مسئله به گونه ای دیگر می باشد. بر اساس ماده ۳۸۶، در صورت تلف یا گم شدن مال التجاره، متصدی مسئول می باشد مگر اینکه ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به عوامل دیگری بوده است. به عبارت دیگر، مبنای مسئولیت، دیگر امانت نبوده بلکه تقصیر متصدی در صورت تلف یا گم شدن مال التجاره، محرز می باشد مگر آنکه خلاف آن توسط متصدی ثابت گردد.

بنابراین، هرگاه احراز گردد که متصدی حمل و نقل، از عناصری نظیر تکرار، تداوم، استمرار و حرفه ای بودن بیگانه است و به عبارتی، متصدی بر مبنای قانون تجارت نمی باشد، قانون مدنی بر وی حاکم بوده و مسئولیت وی، همانند امانت داران خواهد بود.

ب) بطلان دعوی علیه حمل کننده کالا:

آیا باطل دانستن دعوی طرح شده علیه حمل کننده کالا (راننده کامیون) به صورت مطلق، صحیح است؟ در پاسخ به سوال فوق دو نظر متفاوت وجود دارد، نظر اول معتقد است که مطلقاً باید دعوی را باطل اعلام نمود اما نظر دوم، باطل دانستن به صورت مطلق را در صورت وجود شرایطی نپذیرفته است.

نظر اول: دعوی باید مطلقاً باطل اعلام شود؛ زیرا بین شخص الف که با شرکت حمل و نقل قرارداد منعقد نموده (خواهان) و حمل کننده کالا (راننده کامیون)، هیچ رابطه‌ی حقوقی وجود ندارد و حمل کننده کالا سمتی در دعوا ندارد زیرا قراردادی بین شخص الف (خواهان) و راننده (حمل کننده) وجود ندارد، در واقع طرفین قراردادی، شخص الف و متصدی هستند. بنابراین، شخص الف فقط میتواند علیه متصدی دعوی مطرح نماید و متصدی می تواند به حمل کننده رجوع کند، در واقع دو رابطه حقوقی حاکم است یکی میان



متصدی و راننده (حمل کننده) و دیگری میان شخص الف و متصدی. همچنین، عده ای نیز برای باطل دانستن دعوی، به ماده ۳۸۸ قانون تجارت، که برای متصدی در صورتی که مباشرتاً اقدام نکرده باشد حق رجوع در نظر گرفته؛ استناد کرده اند.

نظر دوم: نباید دعوی را به صورت مطلق باطل اعلام نمود و در صورت وجود هریک از دو شرط ذیل، باید دعوی را وارد و قابل رسیدگی دانست.

۱- نماینده تجارتهی بودن حمل کننده کالا: طبق رای وحدت رویه شماره ۲۹ مورخ ۱۳۶۳/۸/۲۳، «نماینده تجارتهی متصدی حمل و نقل، که مسئولیت و تعهد وی به موجب اسناد و مدارک، ثابت و محرز شده، می تواند طرف دعوی مطالبه خسارت قرار گیرد». بنابراین اگر نماینده تجارتهی بودن راننده ی کامیون (حمل کننده) به موجب اسناد و مدارک ثابت و محرز شود، می تواند طرف دعوی قرار گیرد.

۲- محرز شدن تقصیر حمل کننده کالا: متصدی حمل و نقل که براساس قانون تجارت، مسئول تلقی میشود، مسئولیتش ناشی از فعل غیر است و منافاتی با مسئولیت غیر (راننده مقصر) ندارد و مسئولیت این دو، مبنای متفاوتی دارند که قابل جمع هستند.^{۲۱}

پیرامون نظرات فوق می توان گفت، که دلیل اصلی در نظر اول، که موجب باطل دانستن دعوی به صورت مطلق شده، فقدان یک رابطه ی حقوقی (در قالب قرارداد)، میان شخص الف و حمل کننده (راننده کامیون) بوده است. باید گفت، این بدیهی است که برای طرح دعوی نیازمند یک رابطه ی حقوقی هستیم، اما این نظر بدین معنی نیست که در صورت فقدان یک رابطه ی حقوقی، دیگر نمی توان دعوی مطرح نمود، به عبارت دیگر، حتی اگر بین شخص الف و راننده، رابطه ی حقوقی در قالب قرارداد وجود ندارد، ولی می توان بر مبنای مسئولیت مدنی (مسئولیت قهری) علیه وی، دعوی طرح نمود. یعنی مبنای مسئولیت راننده (حمل کننده) به دلیل عدم وجود رابطه قراردادی، مسئولیت قهری، خواهد بود، در صورتی که مسئولیت متصدی بر مبنای قراردادی و ناشی از فعل غیر است و منافاتی با مسئولیت غیر (راننده ی مقصر) ندارد.

همچنین استناد به ماده ۳۸۸ قانون تجارت مورد پذیرش نیست زیرا این ماده در مقام بیان حق رجوعی است که متصدی حمل نقل دارد و از این ماده بطلان دعوی علیه فردی غیر از متصدی (راننده کامیون)، استنباط نمی شود.

در رابطه با رای مورد نظر، با توجه به اینکه تصریحی در رابطه با تقصیر یا عدم تقصیر راننده صورت نگرفته و همچنین عدم بیان محتویات دفاع خوانده ردیف دوم یا عدم اشاره در رابطه با این امر که وی دفاعی

^{۲۱} محمد، دمرچیلی، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات خلیج فارس، ۱۳۸۷، ص ۷۲۵.
^{۲۲} همان، ص ۷۲۴.



نکرده است، (در صورت حضور در جلسه)، میتوان گفت که قاضی بدون توجه به مسئولیت حمل کننده کالا، رسیدگی به دعوی را صرفاً به استناد ماده ۳۸۸ قانون تجارت، باطل اعلام کرده است. در واقع، نگاه قاضی در باطل دانستن دعوی علیه راننده کامیون، نگاهی مطلق بوده است، بدون توجه به تقصیر یا عدم تقصیر راننده کامیون و همچنین نماینده تجاری بودن یا نبودن وی.

نتیجه گیری:

از تحقیق صورت گرفته نتایج زیر حاصل می شود:

- بر حمل و نقل هایی که به صورت حرفه ای انجام نمی گیرد و متصدی با عناصری نظیر تکرار، تداوم و تخصص، بیگانه می باشد، مقررات قانون مدنی حاکم خواهد بود.
- در مواردی که نماینده تجاری بودن و یا تقصیر حمل کننده (راننده کامیون)، احراز شود؛ اگر بطلان دانستن دعوی علیه وی پذیرفته نشود، مطلوب تر است و این امر، موجب تسریع در روند رسیدگی شده و از صرف هزینه و زمان مجدد برای رسیدگی به دعوایی که یک بار شرایط بررسی اش فراهم بوده، جلوگیری خواهد شد زیرا تصمیم گیری همزمان پیرامون موضوعاتی که در یک مجموعه قرار می گیرند ارزاتر می باشد؛ بنابراین گزینش این راه حل، موجب صرفه جویی در زمان و هزینه شده و به صرفه تر است.





منابع:

- تفرشی، محمد عیسی، و کامیار، محمدرضا، «مبانی مسئولیت مدنی متصدی حمل و نقل در کنوانسیون حمل و نقل ترکیبی بین‌المللی کالا و مقایسه آن با حقوق ایران»، مجله پژوهش‌های تطبیقی، زمستان ۱۳۸۰، شماره ۲۱.
- دمرچیلی، محمد، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات خلیج فارس، ۱۳۸۰.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد اول، نشر امیرکبیر، چاپ پنجم، سال ۱۳۶۲.
- قانون تجارت.
- مسئولیت متصدی حمل و نقل، مندرج در سایت sedaymoshaver.ir/fa/news بازدید در تاریخ ۱۳۹۴/۱۰/۳.



آراء دادگاه انتظامی

آراء دادگاه های انتظامی کانون وکلای دادگستری مازندران که در اجرای بند ۴ ماده ۷۶ آئین نامه لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری منتهی به محکومیت به توبیخ با درج در مجله کانون وکلا گردیده ، در ذیل ذکر می گردد.

ردیف	نام و نام خانوادگی	شماره و تاریخ دادنامه
۱	سجاد دلفان آذری	۱۳۹۴/۰۵/۰۵-۲۳
۲	کوروش کرمی	۱۳۹۴/۰۵/۰۵-۲۴
۳	شاهین ناجی	۱۳۹۴/۰۸/۲۰-۳۸
۴	حسن بهرام پور جویباری	۱۳۹۴/۰۸/۲۵-۴۰
۵	سامان یزدان پناه	۱۳۹۴/۰۸/۲۵-۴۱
۶	مهدی فنایی ترک	۱۳۹۴/۱۱/۱۰-۵۳
۷	علیرضا محسنی	۱۳۹۴/۱۱/۲۹-۵۹