



Research Paper

## Explaining the geographical and geopolitical effects of the approach of Islamic teachings to public opinion in criminal policy making

Alireza Mirzapour Mashizi<sup>a</sup>, Bagher Shamlou<sup>b\*</sup>, Hamid Delir<sup>c</sup>, Amanollah Alimoradi<sup>d</sup>

<sup>a</sup>. PhD student, Department of Law, Rafsanjan Branch, Islamic Azad University, Rafsanjan, Iran.

<sup>b</sup>. Associate Professor, Department of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

<sup>c</sup>. Assistant Professor, Department of Law, Rafsanjan Branch, Islamic Azad University, Rafsanjan, Iran

<sup>d</sup>. Assistant Professor, Department of Law, Kerman Branch, Islamic Azad University, Kerman, Iran

### ARTICLE INFO

#### Keywords:


Islamic teachings, legal systems, criminal policymaking, criminalization, public opinion.



### ABSTRACT

The purpose of this research is to explain the political approach of Islamic teachings to public opinion in criminal policymaking. The research method is descriptive-analytical. The findings showed that a set of behaviors with the formation of human societies and governments under the influence of factors such as customs, religion, economic and social interactions with other societies, etc. as should and should not be considered were placed. These cases are classified in different levels according to the degree of importance; In such a way that by recognizing some of them as crimes, the perpetrator faces punishment. Regarding the principles governing the criminalization of behavior, some cases have been stated, among which are: 1) Principle of harm: The most important principle and basis that countries refer to in justifying the criminalization of behavior is the principle of harm. Scholars such as John Stuart Mill, Hart and Parker have supported this case. These people believe that due to the great importance of human freedom, restrictions and criminalization should be applied in a place where there is a specific harm or danger to the individual or the society. However, he has no responsibility towards society, the only thing that can allow the use of force against people against his will in a civilized society is that he wants to prevent harm to others. Guardianship or legal patriarchy: Patriarchy means acting for the good of others without their consent, as a father does for his children. That is, like a father, he supervises the actions of his children and avoids anything he deems harmful to them, even by force. In fact, with this method, the legislator is trying to protect people and prevent harm to herself.

**Citation:** Mirzapour Mshezi, A., Shamlou, B., Alimoradi, A., & Dalir, H. (2023). Explaining the geographical and geopolitical effects of the approach of Islamic teachings to public opinion in criminal policy making. *Geography (Regional Planning)*, 13(50), 373-379

 <http://doi.org/10.22034/jgeoq.2023.388227.4029>

\* . Corresponding author (Email: [shamloo@sbu.ac.ir](mailto:shamloo@sbu.ac.ir))

Copyright © 2023 The Authors. Published by Qeshm Institute. This is an open access article under the CC BY license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

## Extended Abstract

### Introduction

The issue that has become more evident in recent years is that with the spread of mass media, especially computer software, the people of the society quickly get to know about the happenings in the society and react to it. On the other hand, with the emergence and generalization of human rights concepts such as the right to freedom of expression, people can easily express their opinions in real and virtual space about different matters, and some even use or abuse this matter and use some techniques in the way. Orientation comes to public opinion. This is now, sometimes with the stance of public opinion regarding some issues; we witness the positive or negative reaction of the people at different levels, up to the point of widespread protests and riots. Therefore, with this description, penal policy makers must necessarily take a position and take actions regarding the public opinion of the society, especially in the law-making phase. According to the above material, this research decides to investigate the position of attention to public opinion in various legal systems and its criticism, as well as to evaluate the legitimacy of attention to public opinion in criminal policy-making, which refers to the stage of establishing laws, whether criminalization or decriminalization. It is behavior to achieve a comprehensive and comprehensive view regarding the position of public opinion in criminal policy making from the perspective of the foundations and legal regulations and human rights and the foundations of justice realization and the religious teachings of Islam.

### Methodology

The research is fundamental in terms of its purpose, inference, descriptive in terms of method, and qualitative in terms of the nature of the data. The method of data collection in this research is a library. In this way, by referring to the most important and reliable researches published about the subject of the research, a legal explanation and analysis has been done.

### Results and discussion

The existence of an unfair condition in electronic contracts to the detriment of the

consumer compared to non-electronic contracts in our country has the important effect that in electronic contracts according to Article 46 of the Electronic Commerce Law of 2003, the fulfillment of such a condition will render this condition ineffective, according to the explicit text of the said law. However, in contracts that are not concluded using electronic tools, they are excluded from the scope of electronic contracts, except for some special cases whose provisions were mentioned. . The Iranian legislator and its legal system have not provided a definition of unfair terms so that the judges and parties can know what unfair terms are, or what are the criteria and criteria for distinguishing unfair terms from fair terms? Even the e-commerce law, which in Article 46 establishes the ineffectiveness of unfair terms to the detriment of the consumer in electronic contracts, has not specified what the definition of unfair terms is or what are its examples. On the other hand, although the civil law in articles 220 and 225 lists custom and habit as one of the sources of obligation, it seems unlikely that custom can fill this important gap for us. Because fairness does not have a remarkable and significant history in our legal system, so that we can refer to those records and habits, either in the position of explaining the criteria of unfairness of the condition, or even mentioning the exclusive or allegorical examples of unfair conditions.

### Conclusion

Considering that the Iranian legislator has accepted and legislated the principle of ineffectiveness of an unfair condition to the detriment of the consumer in electronic contracts, but has not stated the definition of such conditions, therefore, in order to recognize the examples of such conditions, it is necessary to interpret this phrase and legal sentence. Article 3 of the same law stipulates in this regard: "In the interpretation of this law, one should always pay attention to the international character, the need to develop coordination between countries in its application and to observe the necessity of good faith". According to this article, which is exactly the translation of the first paragraph of

Article 1 of the 1996 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, its international character or origin should be taken into account when interpreting it. On this basis, it may be believed that international documents that exist in this field can be cited only in the capacity of interpretation. One of the important international documents in the field of unfair terms to the detriment of the consumer is Directive 13-93 of the European Union, which was previously mentioned; Therefore, according to this argument, in order to recognize unfair terms to the detriment of the consumer in electronic contracts, referring to Article 3 of the Electronic Commerce Law of 2003, it is possible to refer to Directive 13-93 of the

European Union, which mentions the characteristics of unfair terms.

**Keywords:** Islamic teachings, legal systems, criminal policymaking, criminalization, public opinion

**Funding**

There is no funding support.

**Authors' Contribution**

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work declaration of competing interest none.

**Conflict of Interest**

Authors declared no conflict of interest.

**Acknowledgments**

We are grateful to all the scientific consultants of this paper.



## تبیین تاثیرات جغرافیایی و ژئوپلیتیکی رویکرد آموزه های اسلام به افکار عمومی در سیاست گذاری کیفری

علیرضا میرزاپور مشیزی - دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران  
باقر شاملو<sup>۱</sup> - دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران  
حمید دلیر - استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم قضایی، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران  
امان الله علیمرادی - استادیار، گروه حقوق، واحد کرمان، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمان، ایران

### چکیده

### اطلاعات مقاله

#### واژگان کلیدی:

آموزه های اسلام، نظام های حقوقی، سیاست گذاری کیفری، جرم انگاری، افکار عمومی

هدف تحقیق حاضر، تبیین سیاسی رویکرد آموزه های اسلام به افکار عمومی در سیاست گذاری کیفری است. روش تحقیق، از نوع توضیحی-تحلیلی است. یافته ها، نشان داد که مجموعه ای از رفتارها با تشکیل جوامع بشری و حکومت ها تحت تأثیر عواملی چون آداب و رسوم، دین و مذهب، تعاملات اقتصادی و اجتماعی با سایر جوامع و ... به عنوان باید و نباید مورد توجه قرار گرفتند. این موارد با توجه به درجه اهمیت در سطوح مختلفی دسته بندی شده است؛ به گونه ای که با جرم شناختن برخی از آنها، مرتکب مواجه با مجازات می گردد. در باب اصول حاکم بر جرم انگاری رفتار، مواردی بیان شده که از جمله آنها عبارت است از: (۱) اصل ضرر؛ مهمترین اصل و مبنایی که کشورها در توجیه جرم انگاری رفتار به آن استناد می کنند، اصل ضرر است. این مورد توسط علمایی چون جان استورات میل، هارت و پارکر مورد حمایت قرار گرفته است. این عده معتقدند با توجه به اهمیت زیاد آزادی انسانها، اعمال محدودیت و جرم انگاری باید در جایی باشد که ضرر و زیان یا خطری مشخص متوجه فرد یا جامعه شود این افراد معتقدند: فرد از جهت اعمال خود تا آنجا که عمل او ربطی به دیگران نداشته باشد، مسئولیتی در برابر اجتماع ندارد، تنها چیزی که می تواند در جامعه ای متمم استفاده از زور را در مورد انسانها بر خلاف خواست او مجاز گرداند، آن است که بخواهد از زیان رساندن به دیگران جلوگیری شود. قیام مآبی یا پدرسالاری قانونی: پدرسالاری عبارت از عمل کردن به خیر و صلاح دیگران بدون رضایت ایشان آن گونه که پدر برای فرزندان خویش می کند است. یعنی مثل پدر بر اعمال کودکان خود نظارت داشته و هر چه را به ضرر آنها بداند، حتی با اجبار از آن دوری کند. در واقع قانونگذار با این روش در صدد حمایت از افراد و جلوگیری از ایراد ضرر به خویش می باشد.

**استناد:** میرزاپور مشیزی، علیرضا، شاملو، باقر، علیمرادی، امان الله و دلیر، حمید. (۱۴۰۲). تبیین تاثیرات جغرافیایی و ژئوپلیتیکی رویکرد آموزه های اسلام به افکار عمومی در سیاست گذاری کیفری. فصلنامه جغرافیا (برنامه ریزی منطقه ای)، ۱۳(۵۰)، ۳۷۳-۳۷۹

 <http://doi.org/10.22034/jgeog.2023.388227.4029>

## مقدمه

در طول قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم عقیده مکتب کلاسیک این بود که حقوق کیفری باید صرفاً در مقام حمایت از ارزش‌های اخلاقی باشد. مطابق این اصل، یک رفتار فقط به این خاطر که غیر اخلاقی است جرم تلقی شده و مستوجب مجازات می‌باشد؛ حتی اگر ضرر به شخص خاصی وارد نشده باشد. در خصوص اینکه آیا میتوان برای اجرای معیارهای اخلاقی و تضمین آن در اجتماع اقدام به جرم انگاری نمود دو دیدگاه وجود دارد. دیدگاه اول که متعلق به هارت و لرد دولین می‌باشد، معتقد است حمایت از اخلاق به دلیل اهمیتی که اخلاق در پیوند زدن اعضا جامعه به یکدیگر دارد ضروری است؛ ولی در مورد رفتارهای شخصی و فردی خلاف اخلاق که به دیگری ضرری وارد نیاورده و موجب فساد هم نمی‌شوند، نباید از حقوق کیفری استفاده کرد. دیدگاه دوم صرف نقض قواعد اخلاقی رامشمول الزام قانونی می‌داند، خواه به دیگری ضرری وارد بکند خواه نکند و خواه در خفا انجام شود خواه آشکار. شاید بتوان گفت این اصل عمده ترین دلیل جرم انگاری بوده تا جایی که برخی نقش حقوق کیفری را تامین بنیادین نظم جامعه دانسته اند. یعنی نظمی که برای بقای جامعه اساسی است. زیرا ورای منافع خصوصی قربانیان مستقیم جرم، همیشه منافع جامعه نیز آسیب می‌بیند، لذا عمل مجرمانه حتی موقعی که به طور مستقیم متوجه حقوق فرد معینی است، عمل ضد اجتماعی تلقی می‌شود، زیرا به نظمی که جامعه برقرار کرده آسیب می‌زند. از طرفی دیگر، آنچه برای حقوق کیفری اساسی است، حمایت از نفع اجتماعی است و حمایت از حقوق خصوصی افراد به این جهت است که این حقوق جنبه ای از نفع عمومی است. درواقع مطابق این اصل تامین آزادی فردی همیشه به سود اجتماع تمام نمی‌شود، زیرا در اغلب موارد فقط منافع جمع با محدود کردن آزادی فردی ملازمه دارد (برخلاف آنچه طرفداران حقوق فردی ادعای کنند) بنابراین آزادی شخص، چه در زمینه‌های سیاسی یا اقتصادی و چه در مورد قراردادها، تا جایی محترم است که منافع عمومی آن را ایجاب کند.

با پیشرفت جوامع و گسترش ارتباطات و رسانه های اطلاع رسانی و ارتباط جمعی بیش از پیش شاهد شکل‌گیری و بروز پدیده‌ای بنام افکار عمومی و تأثیر آن بر جامعه و تصمیمات حاکمان هستیم. در باب مفهوم و ماهیت افکار عمومی نظریات متعددی بیان شده است. جیمز راسل افکار عمومی را به فشار جو (اتمفسفر) تشبیه کرده و می‌گوید: شما نمی‌توانید جو را ببینید، ولی در همان جا بر هر اینچ مربع شانزده پاند فشار می‌آورد. لیزرسن می‌گوید: افکار عمومی واژه ای اسطوره ای است که همه به طور یکسان در برابر آن احساس تعهد می‌کنند، تعهدی که گاه جنبه ایمانی دارد، گاه جنبه واقع بینی و گاه جنبه قداستی. همچنین بتنام و برخی دیگر از متفکران بر این باورند که افکار عمومی، عاملی موثر برای کنترل قدرت حاکمان است. گابریل تارد اندیشمند فرانسوی آنرا این چنین توصیف می‌کند: افکار عمومی مجموعه ای از داوری های مردم درباره مسائل است که مورد پذیرش بیشتر افراد جامعه است. افکار عمومی در شکل های مختلف در رسانه های همگانی مثل روزنامه ها و مجلات خودشان را نشان می‌دهد و نشانگر احساسات درونی و پنهان یک جامعه است. افکار عمومی بعضی اوقات جریانی منظم، منطقی، قابل درک و شناخت و گاهی بی ثبات، از هم گسیخته و بازتاب دهنده گرایش های مختلف اجتماعی است که اگر سازماندهی و هدایت نشود می‌تواند انسجام را به هم بریزد و از کنترل مسئولان خارج کند. در مورد تعریف و ماهیت افکار عمومی همچنین قابل ذکر است در علوم مختلف اظهارنظرهای متفاوتی وجود دارد. به عنوان مثال در علوم سیاسی افکار عمومی را پایه عزم و اراده ملی و نیروی سیاسی می‌دانند در حالی که، در جامعه‌شناسی آن را حاصل نقش تعاملی افراد یک جامعه و تأثیر رسانه های جمعی دانسته و در روانشناسی آن را پدیده روانی - اجتماعی می‌دانند که از انگیزش های خودآگاه و ناخودآگاه ناشی می‌شود. اما بطور کلی می‌توان افکار عمومی را نوعی آگاهی اجتماعی دانست که به صورت آگاهی غیر رسمی در میان عامه ای خاص از مردم که دارای منافع مشترک بوده بروز می‌کند و دارای جنبه‌های عاطفی و ادراکی است و از تعصب به دور نیست تعریف نمود. در این خصوص ذکر این مطلب به نظر لازم می‌رسد که افکار عمومی اگر به شدت تعمیم یابد و ماندگار باشد به صورت اجماع یا وفاق عمومی در می‌آید.

موضوعی که در سال‌های اخیر بیش از پیش متجلی شده این است که با گسترش رسانه‌های جمعی خصوصاً نرم افزارهای رایانه‌ای ارتباط جمعی افراد جامعه به سرعت از اتفاقات حادث شده در سطح جامعه مطلع و به آن واکنش نشان می‌دهند. از طرفی با پیدایش

و فراگیر شدن مفاهیم حقوق بشری چون حق آزادی بیان، افراد به راحتی در فضای حقیقی و مجازی پیرامون امور متفاوت اظهار نظر می‌کنند و حتی برخی با استفاده یا سو استفاده از این امر و بهره‌گیری از برخی فنون در مسیر جهت‌دهی به افکار عمومی بر می‌آیند. این در حالی است گاهی با موضع‌گیری افکار عمومی پیرامون برخی امور، شاهد عکس‌العمل موافقت یا مخالفت مردم در سطوح مختلف و تا سرحد اعتراضات گسترده و آشوب هستیم. لذا با این وصف، سیاست‌گذاران کیفری به ناچار باید نسبت به افکار عمومی جامعه اتخاذ موضع و اقداماتی در این باره خصوصاً در مرحله وضع قوانین انجام دهند.

با توجه به مطالب فوق، این پژوهش تصمیم دارد با بررسی جایگاه توجه به فکار عمومی در نظام‌های حقوقی گوناگون و نقد آن و همچنین ارزیابی مشروعیت توجه به افکار عمومی در سیاست‌گذاری کیفری که مراد از آن مرحله وضع قوانین اعم از جرم‌انگاری یا جرم‌زدایی رفتار است از منظر مبانی و مقررات حقوقی و حقوق بشری و مبانی تحقق عدالت و آموزه‌های دین مبین اسلام به دیدگاهی جامع و فراگیر در خصوص اینکه جایگاه افکار عمومی در سیاست‌گذاری کیفری که مراد ما از آن مرحله وضع قوانین اعم از جرم‌انگاری و جرم‌زدایی است، چگونه باید باشد نایل آییم.

### روش تحقیق

پژوهش، از لحاظ هدف، بنیادی، و از نظر روش، استنتاج، توصیفی و به لحاظ ماهیت داده‌ها، کیفی است. شیوه گردآوری داده‌ها در این تحقیق، کتابخانه‌ای است؛ به این نحو که با مراجعه به مهمترین و معتبرترین تحقیقات منتشر شده درباره موضوع تحقیق، اقدام به تبیین و تحلیل حقوقی شده است.

### یافته‌ها

فصل چهارم از باب اول قسمت دوم قانون مدنی تحت عنوان در بیان شرایطی که در ضمن عقد می‌شود مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ به شروط ضمن عقد اختصاص یافته و اقسام شرط و احکام آن در این قسمت مورد اشاره قرار گرفته است لیکن در هیچ ماده‌ای از این قانون از شروط غیرمنصفانه یا تعابیر مشابه آن یاد نشده و تنها اقسام شرط و تقسیم‌بندی آن بر اساس شروط باطل و شروط باطل و مبطل ارائه شده است. در ماده ۲۳۲ قانون مدنی در مقام بیان شروط باطل چنین آمده است: شروط مفصله ذیل باطل است لیکن مفسد عقد نیست: ۱ شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد - ۲ شرطی که در آن نفع و فایده نباشد ۳ شرطی که نامشروع باشد و در ماده ۲۳۳ شروط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود به عنوان شروط باطل و مبطل مقرر شده اند (احمدزاده بزار و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۱). اصطلاح قراردادهای غیرمنصفانه یا غیرعادلانه در حقوق ایران از سابقه طولانی برخوردار نیست. اما اصل لزوم تعادل عوضین در قرارداد و همچنین حمایت از طرفی که این تعادل به زیان او به‌هم‌خورده پیشینه‌ای به طول تاریخ حقوق این سرزمین دارد. ذکر خیار غبن در ماده ۴۱۶ قانون مدنی یکی از مصادیق قانونی مبنی بر ضرورت وجود تعادل عوضین در قراردادها در حقوق ایران است. اگرچه ماده ۴۱۸ همان قانون عدم علم خریدار به قیمت عادلانه را شرط تحقق خیار غبن می‌داند (سادیوئی نسب و همکاران، ۱۳۹۰: ۶۶ و ۶۷). بعلاوه اینکه مطابق ماده ۴۴۸ قانون مدنی، سقوط این خیار را می‌توان در ضمن عقد، شرط کرد.

### قانون دریایی

یکی از قوانینی که در ایران تصویب شده و به‌وضوح می‌توان تئوری لزوم منصفانه بودن قراردادها را در آن ملاحظه کرد قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ می‌باشد. این قانون از قانون دریایی فرانسه الهام گرفته شده است. ماده ۱۷۸ آن قانون در تعیین معیار دستمزد نجات دریایی، نخستین مبنا را توافق طرفین می‌داند. چنانچه توافقی در میان نباشد اجرت عوامل نجات توسط دادگاه تعیین می‌شود. نکته مهم در این قانون، ماده ۱۷۹ آن می‌باشد که مقرر می‌دارد که هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر یا تحت‌تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هریک از طرفین به‌وسیله دادگاه باطل یا تغییر داده شود. در کلیه موارد چنانچه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حیل یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد به نسبت خدمات انجام یافته، فوق‌العاده زیاد یا کم است. دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین، قرارداد را تغییر داده یا بطلان آنرا اعلام نماید. بعلاوه اینکه در بند ۸ از ماده ۵۴ همان قانون در این زمینه مقرر گردیده: «قید هرگونه شرط یا توافق در قرارداد باربری به منظور سلب مسئولیت متصدی باربری یا کشتی یا محدود کردن مسئولیت مزبور در مورد فقدان بار یا خسارت وارد به آن ناشی از غفلت و تقصیر یا تسامح در انجام وظایف و تعهدات مصرح در این فصل بلااثر

خواهد بود و مزایای بیمه یا شروط مشابه آنکه به نفع متصدی باربری نیز منظور گردد نیز تابع حکم فوق خواهد بود» (مجموعه قوانین تجاری، ۱۳۹۶: ۲۱۰).

### قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

یکی از منابع قانونی قابل استناد راجع به وضعیت حقوقی قراردادهای حاوی شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۷ می‌باشد. در بخش ۲ از بند ط ماده ۴۵ این قانون صراحتاً تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه که نتیجه سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط باشد ممنوع اعلام شده است (ساردویی نسب، ۱۳۹۷: ۶۸).

### قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو

از قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶ نیز به‌عنوان یکی دیگر از منابع قانونی برای ممنوعیت شروط غیرمنصفانه در این حوزه یاد شده است. ماده ۷ این قانون مقرر می‌دارد: «هر نوع توافق مستقیم یا غیرمستقیم بین عرضه‌کننده، واسطه‌فروش مصرف‌کننده که به‌موجب آن تمام یا بخشی از تعهداتی که عرضه‌کننده بر طبق این قانون و یا ضمانت‌نامه صادره برعهده دارد ساقط نماید یا به عهده واسطه‌فروش یا هر عنوان دیگری گذارده شود، در برابر مصرف‌کننده باطل و بلااثر می‌باشد. تبصره - انعقاد هر نوع قراردادی که حقوق و تکالیف طرفین قرارداد و مشمولین این قانون در آن رعایت نشود به استناد ماده (۱۰) قانون مدنی و مورد مشابه غیرقانونی و از درجه اعتبار ساقط است» (مجموعه قوانین حقوقی، ۱۳۹۰: ۲۳۷).

### قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان

ماده ۸ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ در ماده ۸ آورده: «هرگونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت، یا افزایش قیمت شود، جرم محسوب می‌شود.» در بند ۵-۱ همان قانون نیز واژه تبانی در این قانون به کیفیت زیر تعریف شده: «تبانی: هرگونه سازش و مواضعه بین عرضه‌کنندگان کالا و خدمات به‌منظور افزایش قیمت یا کاهش کیفیت یا محدود نمودن تولید یا عرضه کالا و خدمات یا تحمیل شرایط غیرعادلانه بر اساس عرف در معاملات» (مجموعه قوانین حقوقی، ۱۳۹۰: ۲۴۰). ملاحظه می‌شود در این قانون از اصطلاح شروط غیرعادلانه استفاده گردیده و آنرا از مصادیق تبانی اعلام کرده، اگرچه در کمال تعجب با وجود جرم‌انگاری عمل مذکور، مجازاتی برای آن بیان نشده است.

### قانون تجارت الکترونیکی

ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ در این خصوص مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست» (مجموعه قوانین تجاری، ۱۳۹۶: ۱۵۴). قسمت نخست این ماده ناظر به امره بودن مقررات آن فصل می‌باشد که مربوط به حمایت از مصرف‌کننده<sup>۱</sup> است. لیکن قسمت دوم ماده مربوط به شروط غیرمنصفانه در قراردادهای الکترونیکی است که مطابق این ماده حتی در صورت درج در قرارداد، قابلیت اعمال یا اجرا ندارد. قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ برای نخستین بار در ادبیات قانون‌گذاری ایران از اصطلاح «شروط غیرمنصفانه» استفاده کرد و آنرا علیه مصرف‌کننده غیرقابل اعمال، اعلام نمود. با عنایت به اینکه این اصطلاح در ادبیات حقوقی و قانونی ما فاقد پیشینه می‌باشد و قانون‌گذار نه تعریفی از آن ارائه داده و نه مصادیق تمثیلی آنرا بیان کرده این امر در عمل دادگاه‌ها را با ابهام و چالش در زمینه تطبیق مصادیق خارجی با اصطلاح مذکور، مواجه می‌نماید. بی‌گمان اگر شرطی غیرمنصفانه تلقی شود از مصادیق شروط ممنوع و نامشروع قرار گرفته و به‌حکم بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی باطل و بلااثر محسوب می‌شود. بدون اینکه به صحت و نفوذ عقد حاوی آن لطمه‌ای وارد آید. اما پرسشی که از لحاظ قلمرو این مقرره، قابل طرح می‌باشد این است که آیا این امر چون در قانون تجارت الکترونیکی آمده، مختص قراردادهای الکترونیکی و خرید از طریق فضای مجازی است یا در سایر قراردادهای مصرف‌کننده نیز می‌تواند قابل اعمال باشد؟ به دو نحو می‌توان به این پرسش پاسخ داد. نخست اینکه ماده مذکور در قانون تجارت الکترونیکی درج گردیده و حدود قلمرو آن نیز محدود به قراردادهایی خواهد بود که قانون مزبور بر آنها حاکم است؛ یعنی قراردادهایی که به روش الکترونیکی منعقد می‌گردند و چون این ماده استثنایی و بر خلاف اصل صحت و نفوذ شروط است پس باید در محدوده نص، تفسیر شده و به قراردادهای غیرالکترونیکی مصرف‌کننده تسری داده نشود. استدلال دوم این‌گونه است که

<sup>1</sup>- Consumer Protection

حکم مذکور در ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ حتی بر قراردادهایی که از طریق فضای مجازی و با ابزار الکترونیکی منعقد نمی‌شوند نیز جاری و حاکم است. زیرا هیچ دلیل و قرینه‌ای مبنی بر تقیید حکم قانون‌گذار بر قراردادهای الکترونیکی وجود ندارد. همچنین از لحاظ اصول حقوقی نیز اصطلاح مصرف‌کننده که در این قانون تعریف شده، خصوصیتی ندارد که حمایت قانون‌گذار منحصر به آن شود. با مقایسه دو نظریه فوق می‌توان قائل بر این بود که اگرچه استدلال نخست به لحاظ مبنایی قوی‌تر به نظر می‌رسد، اما استدلال دوم واقع‌گرایانه‌تر و عادلانه‌تر است. وقتی که نظام حقوقی ما ولو به طور ناقص و نارسا مقرره‌ای دارد که با استفاده از آن می‌توان به‌سوی تضمین عدالت و انصاف در قراردادهای منعقدۀ توسط یکی از اقشار وسیع نیازمند، گام برداشت، نباید تفسیری را برگزینیم که قشر عظیمی از شهروندان را از حمایت قانون‌گذار محروم نماید؛ بنابراین می‌توان گفت شرطی که غیرمنصفانه تشخیص داده شود بر علیه مصرف‌کننده‌ای که از طریق اینترنت معامله نموده است نیز نافذ نیست. حتی اگر این استنتاج قابل تردید باشد، امکان اخذ وحدت ملاک از مقررۀ مذکور وجود دارد (امینی، ۱۳۹۵: ۲۰۶ و ۲۰۷). قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲، واژه ترکیبی «مصرف‌کننده»<sup>۱</sup> را در بند «س» ماده ۲، به این صورت تعریف نموده است: «هر شخصی که به منظوری جز تجارت یا شغل حرفه‌ای اقدام می‌کند» (مجموعه قوانین تجاری، ۱۳۹۶: ۱۵۱). ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲ نهایتاً شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده را نا کوثر اعلام کرده است. «بی‌تأثیری شرط» نیز اصطلاح جدیدی است که قانون‌گذار ما با ترجمه واژه فرانسوی «*clause reputé non écrite*» به‌نظام حقوقی ما وارد نمود. این‌گونه شروط در غالب موارد از شروط باطل غیر مبطل هستند مگر اینکه حذف آنها موجب جهل به عوضین شود که مطابق بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی هم شرط باطل می‌باشد و هم بطلان شرط باعث بطلان عقد می‌گردد یا اصطلاحاً باطل مبطل هستند (کریمی، ۱۳۹۸: ۵۳۹).

در حقوق ایران مفاهیم آرمانی مانند «انصاف» نمی‌توانند به تنهایی در مقابله با پدیده شروط غیرمنصفانه مؤثر واقع شوند. استفاده از قاعده لاضرر و خیار غبن نیز کارکرد فراگیر ندارند. اصولی مانند حاکمیت اراده و آزادی طرفین، صحت و لزوم نیز جایگاه ویژه‌ای دارند هرچند مورد تأیید اخلاق نباشند. برای برون رفت از این چالش باید به دنبال راه حل‌های دیگر بود (تقی زاده و همکاران، ۱۳۹۴: ۳۶).

### شروط غیرمنصفانه در اسناد بین‌المللی

یکی از مهم‌ترین اسناد بین‌المللی که نوعاً در پژوهش‌های علمی در این زمینه، بسیار مورد توجه قرار گرفته دایرکتی و (دستورالعمل) شماره EEC ۱۳-۹۳، مورخ ۵ آوریل ۱۹۹۳ شورای اتحادیه اروپا راجع به شروط غیرمنصفانه در قراردادهای منعقدۀ با مصرف‌کننده است. این دستورالعمل از تمام کشورهای عضو درخواست نمود حداکثر تا ۳۱ دسامبر ۱۹۹۴ قوانین ملی خود را مطابق این دستورالعمل به تصویب برسانند. این سند از ۱۱ ماده و یک مقدمه مفصل تشکیل شده که مطالب مطرح شده در مقدمه آن هم می‌تواند در تفسیر مواد مذکور، مورد استناد قرار گیرد. بر اساس بند اول از ماده ۱ این دستورالعمل، هدف از آن نزدیک کردن مقررات ملی کشورهای عضو آن اتحادیه در مورد شروط غیرمنصفانه در قراردادهایی است که فروشندگان و عرضه‌کنندگان با مصرف‌کنندگان منعقد می‌کنند (شیروی، ۱۳۸۱: ۱۷). بند «ب» از ماده ۲ دستورالعمل فوق، «مصرف‌کننده» را شخص حقیقی تعریف می‌نماید که در راستای اهداف شغلی خود فعالیت نمی‌کند. بند «ج» همان ماده، صاحب حرفه را شخص حقیقی یا حقوقی می‌داند که در جهت فعالیت شغلی خود اقدام می‌کند. ماده ۳ آن دستورالعمل، شرایط غیرمنصفانه یا تحمیلی را به این شرح معرفی می‌کند: یک شرط قراردادی که به نحو مجزا مورد مذاکره قرار نگرفته باشد، تحمیلی محسوب می‌شود زمانی که به‌رغم لزوم حسن‌نیت، به پرمصرف‌کننده، یک نابرابری معنادار بین حقوق و تکالیف طرفین که از قرارداد ناشی می‌شود، ایجاد نماید. ضمانت اجرا یا اثر وجود یک شرط غیرمنصفانه در قرارداد را ماده ۶ آن دستورالعمل این‌گونه بیان می‌دارد: دولت‌های عضو پیش‌بینی نمایند که شروط تحمیلی مندرج در یک قرارداد منعقد شده توسط یک صاحب حرفه با یک مصرف‌کننده، شخص مصرف‌کننده را در شرایط مقرر شده توسط حقوق ملی آنان، ملزم نکند. اگرچه آن قرارداد نسبت به طرفین با متن موجود الزام‌آور باشد، به شرط آنکه قرارداد مذکور بتواند با حذف شروط تحمیلی پابرجا بماند. در حکمی که ECJ<sup>۲</sup>، دادگاه عدالت اروپا در پرونده «موستازا کلارا»<sup>۳</sup> صادر کرد، اظهار نظر شد که بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل ۱۳-۹۳ یک قانون لازم‌الرعایه‌ای است که موقعیت ضعیف‌تر یکی از طرفین قرارداد را در نظر می‌گیرد و به‌منظور اجرای تعادل مؤثر بین متعاملین، وضع گردیده؛ یعنی هدف این ماده برقراری مساوات بین

<sup>۱</sup>- Consumer

<sup>۲</sup>- European Court of Justice

<sup>۳</sup>- Mostaza Clara



حقوق و تعهدات طرفین است که لازمه آن، ابتکار عمل دادگاه در اعمال ضمانت اجرای غیر منصفانگی است (صفایی، ۱۳۹۸: ۸۶). علاوه بر این، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی<sup>۱</sup> ۲۰۱۰، ضمن بند نخست از ماده ۱-۷ در همین زمینه مقرر می‌دارد: «در تجارت بین‌المللی بر طرف قرارداد باید مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه اقدام کند.» روشن است که بر طبق این اصول، حتی به فرض فقدان مقررات خاص، رفتار طرفین در همه مدت قرارداد، از جمله در طی روند مذاکره، باید منطبق با اصل حسن نیت و معامله منصفانه باشد. (اخلاقی، ۱۳۹۴: ۲۱ و ۲۲) معامله منصفانه بر اساس تعریفی که در حقوق کامن لا از این اصطلاح شده به این قرار است: انصاف، عدالت و معقول بودن در معامله با دیگری.

## نتیجه‌گیری

از مطالب طرح شده در این بخش راجع به شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده در قراردادهای الکترونیکی این نتایج را می‌توان به دست آورد

۱. وجود شرط غیرمنصفانه در قراردادهای الکترونیکی به ضرر مصرف‌کننده در مقایسه با قراردادهای غیرالکترونیکی در کشور ما دارای این اثر مهم است که در قراردادهای الکترونیکی مطابق ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲ احراز چنین شرطی، بنا بر نص صریح قانونی مذکور باعث بی‌اثر بودن این شرط خواهد بود. حال آنکه در قراردادهایی که با استفاده از ابزار الکترونیکی منعقد نمی‌شوند از شمول قراردادهای الکترونیکی خارج می‌باشند مگر در خصوص برخی موارد خاص که مقررات آن ذکر شد.

۲. قانون‌گذار ایرانی و نظام حقوقی آن، تعریفی از شروط غیرمنصفانه ارائه نداده تا برای دادرسان و متعاملین مشخص باشد چه شروطی غیرمنصفانه هستند یا اینکه معیارها و ملاک‌های تشخیص و تمیز شرط غیرمنصفانه از شرط منصفانه چیست؟ حتی قانون تجارت الکترونیکی که در ماده ۴۶ بی‌اثر بودن شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده را در قراردادهای الکترونیکی وضع کرده، مشخص ننموده که شرط غیرمنصفانه چه تعریفی دارد یا مصادیق آن چه می‌باشد.

۳. اگرچه قانون مدنی در مواد ۲۲۰ و ۲۲۵، عرف و عادت را به‌عنوان یکی از منابع تعهد بر شمرده، اما بعید به نظر می‌رسد عرف بتواند این خلأ مهم را برای ما پر کند. زیرا انصاف سابقه چشمگیر و قابل ملاحظه‌ای در نظام حقوقی ما ندارد تا بتوانیم به آن سوابق و عادات چه در مقام تبیین ملاک‌های غیرمنصفانه بودن شرط، یا حتی ذکر مصادیق حصری یا تمثیلی شروط غیرمنصفانه، استناد نماییم.

۴. در مقایسه بین تعریف ارائه شده از سوی دستورالعمل ۱۳-۹۳ اتحادیه اروپا با قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲ از اصطلاح مصرف‌کننده که قبلاً ذکر شد، به نظر می‌رسد تعریف ابراز شده توسط قانون تجارت الکترونیکی جامع‌تر باشد؛ زیرا دستورالعمل مذکور مصرف‌کننده را شخص حقیقی تعریف می‌نماید که در راستای اهداف شغلی خود فعالیت نمی‌کند لکن قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲ مصرف‌کننده را هر شخصی می‌داند که به منظوری جز تجارت یا شغل حرفه‌ای اقدام می‌کند، معرفی می‌نماید. ملاحظه می‌شود که اولاً: دستورالعمل فقط اشخاص حقیقی را مصرف‌کننده می‌شناسد و در هر صورت اشخاص حقوقی مطابق این تعریف نمی‌توانند مشمول عنوان مصرف‌کننده باشند. حال آنکه قانون تجارت الکترونیکی علی‌الاطلاق، از شخص نامبرده و مانند دستورالعمل آنرا محدود به اشخاص حقیقی نکرده است. براساس تعریف اخیر، اشخاص حقوقی نیز می‌تواند تحت شرایطی، مصرف‌کننده باشند. ثانیاً: هدف از معامله امور غیرحرفه‌ای در هردو تعریف وجود دارد؛ اما در تعریف قانون مذکور امور تجاری نیز اضافه شده که در تعریف دستورالعمل مشاهده نمی‌شود. بر اساس تعریف دستورالعمل، اگر شخص حقیقی که شغل حرفه‌ای او تجارت نباشد و اقدام به یک معامله تجاری الکترونیکی بنماید می‌تواند عنوان مصرف‌کننده داشته باشد؛ اما طبق تعریف قانون تجارت الکترونیکی چنین فردی اگرچه به شغل حرفه‌ای خود اقدام نکرده لکن چون عمل تجاری انجام داده عنوان مصرف‌کننده نخواهد داشت.

۵. باتوجه به اینکه قانون‌گذار ما اصل بی‌اثر بودن شرط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده در قراردادهای الکترونیکی را پذیرفته و آنرا تشریح نموده لکن تعریف این‌گونه شروط را بیان نکرده، لذا در مقام تشخیص مصادیق این‌گونه شروط لازم است اقدام به تفسیر این عبارت و حکم قانونی نمود. ماده ۳ همان قانون در این خصوص مقرر می‌دارد: «در تفسیر این قانون همیشه باید به خصوصیت بین‌المللی، ضرورت توسعه هماهنگی بین کشورها در کاربرد آن و رعایت لزوم حسن نیت توجه کرد» (مجموعه قوانین تجاری، ۱۳۹۶: ۱۵۱) طبق این ماده که عیناً ترجمه بند اول ماده یک قانون نمونه تجارت الکترونیکی ۱۹۹۶ آنسیترال است، باید در مقام

<sup>1</sup>- UNIDROIT

تفسیر آن به خصوصیت یا منشأ بین‌المللی آن توجه کرد. بر این مبنا شاید بتوان قائل بر این بود که فقط در مقام تفسیر می‌توان به اسناد بین‌المللی که در این زمینه وجود دارند استناد کرد. یکی از اسناد بین‌المللی مهم در زمینه شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، دستورالعمل ۹۳-۱۳ اتحادیه اروپا می‌باشد که پیش از این، به آن دستورالعمل اشاره شد؛ لذا طبق این استدلال می‌توان در مقام تشخیص شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده در قراردادهای الکترونیکی با استناد به ماده ۳ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲ به دستورالعمل ۹۳-۱۳ اتحادیه اروپا که در آن ویژگی‌های شروط غیرمنصفانه ذکر شده، استناد کرد.

### منابع

- احمدزاده بزار، عبدالمطلب، و رضایی دوانی، مجید و قبولی درفشان، محمدصادق (۱۳۹۷)، مفهوم و جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق اروپا و حقوق موضوعه ایران با رویکردی به عدل و انصاف در فقه امامیه، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال پنجم، شماره سوم.
- اخلاقی، بهروز، (۱۳۹۶)، اصول قراردادهای تجاری بسن‌المللی، تهران: انتشارات شهر دانش.
- امینی، منصور، عابدیان، میرحسین، کرمی، سکینه، (۱۳۹۱)، نحوه مقابله نظامی حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از مصرف‌کنندگان در ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۹.
- تقی زاده، ابراهیم و احمدی، افشین، (۱۳۹۴)، جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره دهم.
- زرکلام، ستار، (۱۳۹۶)، حقوق تجارت الکترونیک، تهران: انتشارات شهر دانش.
- سادرئوی نسب، محمد، کاظم‌پور، جعفر (۱۳۹۰)، مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۱)، نظریه غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن لو با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال چهارم، شماره چهاردهم.
- صفایی، سید حسین و شمالی، نگار (۱۳۹۸)، مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای غیرمنصفانگی شروط قراردادی در ایران، ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۶.
- قافی، حسین، (۱۳۸۸)، ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی، فصلنامه فقه و حقوق، شماره ۲.
- کریمی، عباس، (۱۳۹۸)، چهل گفتار حقوقی، تهران: انتشارات دادگستر.
- مجموعه قوانین و مقررات تجاری، (۱۳۹۶)، تهران: انتشارات گنج دانش.
- مجموعه قوانین و مقررات حقوقی، (۱۳۹۶)، تهران: انتشارات گنج دانش.
- الوند، مجید و آهنی، بتول (۱۳۹۷)، بررسی قراردادهای الحاقی در تجارت الکترونیکی، مجله آرشیو ملی، سال ۴، شماره ۴.