

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حقوق قراردادها و فناوری‌های نوین

Contracts and New Technologies Law

دوره ۱، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹

صاحب امتیاز: دانشگاه علم و فرهنگ

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر جواد حسین‌زاده

مدیر داخلی: دکتر مینا حسینی

ویراستار ادبی: زهرا سیدمحمد طهرانی

آدرس سامانه نشریه: clj.usc.ac.ir

نشانی: بلوار اشرفی اصفهانی، خیابان شهید قموشی، خیابان بهار،

دانشگاه علم و فرهنگ

صندوق پستی: ۸۷۱-۱۳۱۴۵

شماره تماس: ۵-۴۴۲۳۸۱۷۱-۴۴۲۳۸۱۷۱ (۰۲۱)

نمابر: ۵-۴۴۲۱۴۷۵۰-۴۴۲۱۴۷۵۰ (۰۲۱)

گروه دبیران

دکتر ابراهیم تقی‌زاده - استاد دانشگاه پیام نور تهران

دکتر منصور جباری - استاد دانشگاه علامه طباطبائی

دکتر محمدجعفر حبیب‌زاده - استاد دانشگاه تربیت مدرس

دکتر جواد حسین‌زاده - دانشیار دانشگاه علم و فرهنگ

دکتر محمود حکمت‌نیا - استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

دکتر ستار زرکلام - دانشیار دانشگاه شاهد

دکتر عبدالحسین شیروی - استاد پردیس فارابی دانشگاه تهران

دکتر ابراهیم عبدی‌پور فرد - استاد دانشگاه قم

دکتر فاطمه قناد - دانشیار دانشگاه علم و فرهنگ

دکتر جلیل قنواتی - دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران

راهنمای تدوین مقالات

در راستای احراز شرایط لازم در مورد مجلات علمی - پژوهشی، در این مجله فقط مقاله‌هایی پذیرفته می‌شوند که افزون بر داشتن محتوای علمی، به تشخیص داوران متخصص، با رعایت ضابطه‌های شکلی زیر نیز نوشته شده باشند:

الف) نویسنده

۱. نام و نام خانوادگی نویسنده یا نویسندگان به فارسی و انگلیسی کامل باشد.
۲. میزان تحصیلات، رتبه علمی و محل خدمت نویسنده یا نویسندگان به فارسی و انگلیسی مشخص باشد.
۳. نشانی، کدپستی و شماره تلفن نویسنده مسئول نوشته شود.
۴. یکی از نویسندگان مقاله باید دانش‌آموخته دکتری یا عضو هیئت علمی دانشگاه‌ها یا مراکز پژوهشی معتبر داخلی یا خارجی باشد و ترجیحاً از سابقه پژوهشی در موضوع مقاله ارسالی برخوردار باشد.

ب) مقاله

۱. مقاله بیشتر از ۸۰۰۰ واژه نباشد.
۲. مقاله از لحاظ ساختاری باید به ترتیب شامل عنوان، چکیده، مقدمه، متن اصلی، نتیجه، پیشنهادها و کتابنامه (فهرست منابع) باشد.
۳. چکیده فارسی و انگلیسی (حداقل ۱۵۰ و حداکثر ۲۵۰ واژه) باید شامل موضوع، طرح مسئله، نتیجه اصلی تحقیق و واژگان کلیدی باشد.
۴. واژگان کلیدی حداقل ۳ و حداکثر ۵ واژه باشد.
۵. مقدمه باید شامل طرح مسئله، سؤالات، پیشینه، هدف و اشاره به ساختار اصلی مقاله باشد.
۶. معادل انگلیسی واژگان تخصصی و نام‌های اشخاص پانویس شود.
۷. نگارش مقاله تابع رسم الخط و دستور زبان فرهنگستان زبان و ادب فارسی باشد.
۸. متن مقالات با قلم «بی‌لوتوس ۱۳» و عنوان مقاله با «بی‌لوتوس ۱۴» تایپ شود. قلم تیتراهای داخلی به صورت بولد باشد.
۹. پانویس‌های فارسی با قلم «بی‌لوتوس ۹»، پانویس‌های انگلیسی با قلم «تایمز نیو رومن ۸» و چکیده



- انگلیسی با قلم «تایمز نیو رومن ۱۱» تایپ شود.
۱۰. عنوان مقاله به فارسی و انگلیسی کوتاه و گویا باشد.
۱۱. مقاله پیش‌تر جایی چاپ نشده و برای چاپ به جایی فرستاده نشده باشد.
۱۲. برای بارگذاری مقاله، ارسال دو فایل (فایل اصلی با نام نویسندگان و فایل بدون نام نویسندگان) ضروری است.
۱۳. مسئولیت صحت مطالب مندرج در مقاله و فهرست منابع برعهده نویسنده است.

ج) استاندارددهی

۱. منابع در درون متن به صورت (۱) نام خانوادگی نویسنده (۲) سال انتشار (۳) شماره صفحه و هر سه داخل پرانتز معرفی شوند، مانند (عنایت، ۱۳۴۹، ص ۲۵) و (Crawford, 2012, p. 98) در صورتی که یک منبع دارای چند نویسنده باشد، به طرز زیر عمل شود:
(عنایت و همکاران، ۱۳۴۹، ص ۲۵)، (Crawford et al., 2012, p. 98)
۲. در ارجاع مجدد بلافاصله، به ذکر واژه همان (ibid) و شماره صفحه اکتفا شود.
۳. منابع فارسی و انگلیسی مورد استفاده در پایان مقاله، براساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسندگان به شرح زیر نوشته شود:
- درخصوص کتاب‌ها: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار). نام کتاب. نام مترجم. شماره جلد. محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ.
- درخصوص مقاله‌های مندرج در نشریات یا مجلات ادواری: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار). «عنوان مقاله». نام نشریه، سال یا دوره انتشار، شماره مجله، شماره صفحات مقاله در مجله.
- اگر از سایت خاصی استفاده شده است، در قسمت منابع باید آدرس کامل سایت به همراه تاریخ آخرین بازدید ذکر شود.
- عناوین کتاب‌ها و مجلات در قسمت منابع باید به صورت ایرانیک (ایتالیک) باشند.

د) شیوه ارسال مقاله

نویسندگان محترم باید مقالات خود را در سامانه نشریه به نشانی <http://clj.usc.ac.ir> ثبت کنند. همراه با مقاله، لازم است تعهد نویسنده مسئول مبنی بر اصیل بودن مقاله، عدم انتشار تمام یا بخشی از آن در نشریه‌های دیگر و عدم ارائه هم‌زمان به چند نشریه ارسال شود. نویسندگان محترم می‌توانند سؤالات خود را به آدرس رایانامه ارسال کنند: CLJ@usc.ac.ir

فهرست مقالات

- ۸ موقعیت رمزارزهای دیجیتال در نظام ملی و بین‌المللی
فتح‌الله رحیمی، سحر شریفیان
- ۲۴ قراردادهای خرید و فروش برق در چارچوب قانون مدنی
کیومرث حیدری، مهدی هفتانی، بهراد صغیری
- ۴۴ ضمانت اجرای نقض مقررات شکلی (ثبتي) قانون پیش‌فروش ساختمان
نیما سکوتی، جواد حسین‌زاده
- بررسی اصل استقلال و ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل مقایسه‌ لایحه جدید قانون تجارت
با ۷۵۸ URDG و کنوانسیون آنسیترال ۶۱
زهره خامه، غلام‌نبی فیضی چکاپ
- ۸۲ تأثیر دکت‌رین کارکرد عمومی بر قراردادهای اداری
مجید نجارزاده هنجنی
- انواع خسارت‌های نقض تعهدات قراردادی و شرایط مطالبه آن‌ها در نظام حقوقی آلمان با مروری بر
رویکرد حقوق ایران ۱۰۳
مینا حسینی
- ۱۲۵ قراردادهای فوتبال از منظر مقررات فیفا و فدراسیون فوتبال ایران
مجتبی اصغریان، سید محمد جواد سربها



- تکالیف متعهدله در قرارداد..... ۱۴۵
محمد کاظم مهتاب پور، افروز صمدی
- امکان سنجی مطالبه قیمت افزایش یافته مبیع از بایع فضولی با توجه به رویه قضائی..... ۱۶۳
عباس میرشکاری، فاطمه سادات حسینی
- بررسی تطبیقی اعتبار شروط حل اختلاف یک جانبه..... ۱۸۸
شهاب جعفری ندوشن، لادن زرین
- بررسی مقررات ناظر بر تبلیغات الکترونیکی؛ مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و انگلستان .. ۲۰۲
نیما نصرالهی شهری، فاطمه جعفری نطنزی
- مفهوم و اهمیت داده‌های شخصی و حریم خصوصی و انواع حمایت از آن در فضای مجازی..... ۲۱۶
فاطمه قناد امیره علیقلی

موقعیت رمزارزهای دیجیتال در نظام ملی و بین‌المللی

فتح‌الله رحیمی^۱، سحر شریفیان^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۸

چکیده

امروزه دارایی جدیدی به نام رمزارزهای دیجیتال وارد عرصه اقتصادی و مالی کشورها شده و واکنش دولت‌ها را در این زمینه برانگیخته است. واکنش بیشتر دولت‌ها به این ارزهای بی‌پشتوانه، که هیچ مرجعی بر آن‌ها نظارت ندارد، غالباً مثبت بوده است. دولت‌ها با به‌شمار آوردن این رمزارزها به‌منزله یکی از عوامل تکمیلی نظام اقتصادی برای توسعه این عرصه و وضع قوانین اصولی تلاش می‌کنند. البته برخی از کشورها واکنش‌های منفی به این ارزها داشته‌اند و برخی دیگر، مانند جمهوری اسلامی ایران، در برابر این موضوع واکنش‌های متفاوتی درپیش گرفته‌اند. آنچه مسلم است این است که هیچ کشوری تاکنون رمزارزها را «پول» رسمی خود اعلام نکرده است و از این ارزها بیشتر به‌منزله ابزار مبادلاتی کالاهایی خاص استفاده می‌شود. به‌هرحال، با وجود رویکرد منفی برخی از دولت‌ها در برابر این موضوع، سازمان‌ها و مجامع بین‌المللی تمایل خود را به پذیرش این ارزها ابراز کرده‌اند و در تلاش‌اند تا پرداخت‌های خود را از این راه توسعه دهند. انتظار می‌رود در آینده قدرت رمزارزها بر مقاومت دولت‌های مخالف آن غلبه کند و در نهایت، به دور از هرگونه تسلط حاکمیتی، به جریان طبیعی بین‌المللی خود بازگردد.

واژگان کلیدی: رمزارزهای دیجیتال، بیت‌کوین، جایگاه حقوقی رمزارزها، پرداخت‌های دیجیتال

۱. عضو هیئت علمی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران-شمال، ایران، Rahimif_law@yahoo.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران-شمال، ایران (نویسنده مسئول): Sahar.sharifian1998@gmail.com



مقدمه

رمزارزهای دیجیتال، مانند بیت‌کوین، که امروزه موضوع بحث حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق بین‌الملل اقتصادی است، ارزهای مجازی بدون واسطه و پشتوانه‌ای هستند که نقل و انتقال آن‌ها بدون نظارت مرجع ویژه و بدون توجه به جغرافیای خاصی انجام می‌شود. در این حوزه، برخی از مبادلات انجام شده با واکنش دولت‌های متبوع افراد انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده روبه‌رو شده است. بیت‌کوین و اتریوم نمونه‌ای از رمزارزهایی هستند که در بستر زنجیره بلوکی قرار می‌گیرند. البته بیت‌کوین در مقایسه با اتریوم ارزش بیشتری دارد. بستر رمزارزهایی که انتقال‌های ارزی روی آن‌ها ثبت می‌شود، درعین ابهام شخصیت‌های کاربران، القاکننده ویژگی شفافیت معاملات دیجیتالی است. براساس نظر شماری از منتقدان، این ویژگی ارزها زمینه‌ساز جرایمی است مانند پول‌شویی، کلاهبرداری اینترنتی، فرارهای مالیاتی و استفاده در عملیات ضد صلح. موضوع اخیر سبب شده تا برخی از دولت‌هایی که شرایط اقتصادی خاصی دارند از پذیرش مبادلات قانونی و صریح این رمزارزها امتناع کنند.

در بخش اول مقاله پیش رو به توضیح اجمالی ارزهای دیجیتال می‌پردازیم و سپس در بخش دوم، موضوع رویکرد گذشته سازمان‌های بین‌المللی تاکنون بررسی می‌شود. جوانب متفاوت استخراج و نحوه استفاده قانونی از رمزارزهای دیجیتال و واکنش دولت ایران به این ارزها از گذشته تاکنون بخش سوم این مقاله را به خود اختصاص داده است و در بخش پایانی مقاله پژوهشگر به بررسی رویه به‌کارگیری این ارزها در روابط بین‌المللی دولت‌های دیگر و ترویج این حوزه در گستره شرکت‌های خصوصی تجاری پرداخته است.

پرسش اصلی که این مقاله در پی یافتن پاسخ آن است رویکرد اصلی دولت ایران به نظام بین‌المللی ارزهای دیجیتال است. در بخش سوم مقاله، با توجه به پیش‌بینی رهیافت‌های رو به صعود ارزهای جهان - روا در آینده، پیشنهادهایی در زمینه پذیرش این ارزهای مجازی ارائه شده است. فرضیه علمی این مقاله این است که رمزارزهای دیجیتال این قابلیت را دارند که در بنیان هر دولتی زمینه‌ساز نظام اقتصادی نیرومندی باشند. البته در این حوزه، دولت‌ها رویکردهای متفاوتی دارند و تاکنون قواعد حقوق بین‌الملل که ناظر به نظام‌مندسازی رمزارزهای دیجیتال است در حد حقوق نرم و قوام‌نیافته‌ای باقی مانده و در این خصوص کنوانسیون مشخصی تدوین نشده است.

۱. توصیف ارزهای دیجیتال

از سال ۲۰۰۸، ارزهای مجازی یا دیجیتال (رمزارزها)^۱ در مقایسه با دیگر ارزهای موجود در بازار با هویتی نوین پا به عرصه ظهور گذاشتند. این ارزها نظام پرداخت نقطه‌به‌نقطه غیرمتمرکزی دارند و ماهیت هدف پدیدآوردن این‌گونه ارزها آشکار نیست. در سال ۲۰۰۹، پدیدآورنده این ارزها، با نام کاربری

1. Cryptocurrencies



مجازی خود، بیان کرد که این ارزها نخستین ارزهایی خواهند بود که ملل متمدن در عین بی‌اعتمادی می‌توانند به آنها اعتماد کنند. او همچنین اظهار داشت که در حین تحقق این امر، مردم به اندازه‌ای به ارزهای مطمئن و واسطه‌های فعلی این معاملات ارزی بی‌اعتماد می‌شوند که در میان مبارزه‌های ناشی از خودخوری واسطه‌ها، به‌اجبار به این ارزها روی خواهند آورد (فرانکو، ۱۳۹۵، ص ۲۵۴ و ۲۵۵).

از دید فنی این ارزها در بستر دیجیتال قرار می‌گیرند و به هیچ پشتوانه‌ای متصل نیستند و حتی از ارزهای بدون پشتوانه رایج کنونی سرتاسر جهان نیز بی‌پشتوانه‌ترند (Mckee, 2013, p. 12).

ارزهای دیجیتال برای مشارکت در حفظ و به‌روزرسانی دفتر کل بلاک‌چین انگیزه‌ای مادی ایجاد کرده‌اند. با اینکه دولت‌ها برای تسلط بر این نوع از ارز تلاش می‌کنند، اما این نوع ارز به هیچ دولتی تعلق ندارد و ارزشش را تقاضای جامعه بشری تعیین می‌کند. از آنجاکه ارزهای دیجیتال الکترونیکی‌اند و فاقد هزینه‌هایی چون کارمزد، خدمات، مالیات، هزینه نگه‌داری و...، منعطف‌ترین نوع پول به شمار می‌آیند. با این حال باید توجه داشت، نقل و انتقال پول مجازی را هیچ سرویس‌دهنده مرکزی یا نهادی پشتیبانی نمی‌کند.

از انواع رایج ارزهای دیجیتال می‌توان به بیت‌کوین،^۱ اتریوم،^۲ ریپل،^۳ لایت‌کوین،^۴ بایننس‌کوین،^۵ ترون و دس^۶ اشاره کرد؛ که بیت‌کوین مهم‌ترین و ارزشمندترین آنها است.

بیت‌کوین

بیت‌کوین موضوع پیچیده‌ای است که رمزنگاری و مهندسی نرم‌افزار و اقتصاد را درهم می‌آمیزد و پوشش می‌دهد. بیت‌کوین ارزی دیجیتالی و غیرمتمرکز است. به این معنی که بیت‌کوین، مانند دیگر ارزهای مجازی، از سوی هیچ شخص یا نهاد یا حتی پول ارزشمندی حمایت و کنترل نمی‌شود. مخترع بیت‌کوین حتی در زمان انتشارش مجهول بوده و فقط از او نام مستعار «ساتوشی ناکاموتو»^۷ در دسترس است. با وجود این، ممکن است ارزهای دیجیتال موضوعی ضدشهودی و غیرعقلانی به نظر برسند. مخترع این ارز سرسخت نیز قادر به کنترل آن نبوده و از آنجا که کُد آن از انواع کُد باز است، مالکیت این ارز را مالکیت عمومی تلقی می‌کنند (اخوان، ۱۳۹۶، ص ۱۵۶).

منتقدان بیت‌کوین طرح این ارز دیجیتال را ترفندی کلاهبردارانه قلمداد می‌کنند. آنها این نوع از

۱. Bitcoin؛ اولین و محبوب‌ترین ارز رایج رمز پایه است که در سال ۲۰۰۹ فردی (یا افرادی) ناشناس، به نام ساتوشی ناکاموتو، آن را پدید آورد.

۲. Ethereum؛ در سال ۲۰۱۵ توسعه یافت و بلاک‌چین مخصوص به خود را دارد که به آن بلاک‌چین دوم هم می‌گویند.

۳. Ripple؛ در سال ۲۰۱۲ با هدف ایجاد ظرفیت تراکنش‌های بالا به‌وجود آمد.

۴. Litecoin؛ برای انجام سریع‌تر تراکنش‌ها و استخراج راحت‌تر از مأموریت‌های این ارز به‌صورت رمزنگاری شده به‌وجود آمد.

5. Binance coin

6. TRX & Dash

7. Satoshi Nakamoto



سرمایه‌گذاری را موجب ایجاد عملیات مالی و پولی می‌دانند که از راه بهره‌های غیرمتعارف نتیجه می‌دهد. درحالی‌که واقعیت این‌طور نیست؛ زیرا این مدل از کلاهبرداری زمانی میسر است که یک اپراتور مرکزی بتواند بازدهی را که از سرمایه‌گذاران بعدی به‌دست می‌آورد به سرمایه‌گذاران پیشین اطلاع دهد. در سرمایه‌گذاری‌های ارزهای دیجیتالی، هیچ جریان اضافه‌ جدید سرمایه‌گذاری به بیت‌کوین وارد نمی‌شود و مقدار ورودی به بیت‌کوین با مقادیر خروجی آن مساوی است.

در حالت کلی، سقوط و ثبات و ارزش بیت‌کوین بستگی به بیت‌کوین‌هایی دارد که در آینده و در کاربردهای متفاوت دیگر استفاده می‌شود. بیت‌کوین، به‌منزله ناقل ارزش در جهان دیجیتال، امکان این را دارد تا با زیرساخت‌هایی و بدون هیچ واسطه و پشتوانه‌ای، فعالیت خود را تثبیت کند و ادامه‌دهنده این مسیر نیز باشد.

قید بی‌پشتوانه‌بودن ارزها جنبه تمثیلی دارد و حتی پول‌هایی مانند یورو و دلار و هر واحد پول دیگری که فقط با فرمان یک دولت جنبه ارزشی می‌یابد را دربر می‌گیرد. هر ارز با فرمان دولت به وجود می‌آید. پذیرش و اعتباریافتن ارزی که به این شکل در حوزه اقتصادی دولتی هویت می‌یابد کاملاً به مردم آن کشور بستگی دارد که به آن ارز اعتماد کنند یا خیر. بنابراین آنچه به ارزهای دیجیتال اعتبار می‌بخشد وابسته‌نبودنشان به دولتی خاص است و پذیرش افراد و اشخاص در سراسر جهان سبب اصلی ارتقای ارزش این رمزارزها است راه‌حل متعارف دولت‌ها در این زمینه واگذاری حق اتخاذ سیاست‌های پولی به بانک مرکزی نیمه‌مستقل است. بانک مرکزی موظف است با مدیریت سیاست‌های پولی و با هدف رشد اقتصادی و ایجاد ثبات در نظام قیمت‌ها و نظام مالی اقدامات لازم را انجام دهد (Swan, 2015, pp.44-45).

در بیت‌کوین سیاست پولی از قاعده‌ای ساده پیروی می‌کند. مطابق این قاعده، پایه پولی ثابت و در حدود ۲۱ میلیون بیت‌کوین است. بیت‌کوین‌های جدید در یک برنامه زمان‌بندی ضرب می‌شوند و به کاربرانی که به امنیت شبکه کمک می‌کنند پرداخت می‌شود. این شیوه از طراحی در باطن دو سیاست بسیار ارزشمند دارد؛ اول، برای بیت‌کوین‌ها در عین نبود ارزش ارزشی پدید می‌آید. دوم، ایجاد انگیزه برای کاربران متصل به شبکه تا با دراختیار گذاشتن قدرت محاسباتی رایانه خود به امنیت شبکه کمک شایانی کنند (Nakamoto, 2008).

در بیت‌کوین تراکنش‌ها در زنجیره بلوکی ذخیره می‌شوند و در معرض دید عموم قرار می‌گیرند. این تراکنش‌ها دربردارنده اطلاعات کاربران نیست و فقط آدرس بیت‌کوین‌ها در آن درج می‌شود. این موضوع موجب می‌شود تا این رمزارزها از گمنامی صاحبشان پشتیبانی کنند، چراکه حریم خصوصی کاربران در پشت نامی مستعار^۱ پنهان شده است (فرانکو، ۱۳۹۵، ص ۴۳-۴۴).

۱. هر آدرس در زنجیره بلوکی فاقد نام مشخصی است که نشان‌دهنده نام کاربری آن باشد. بلکه فقط آدرس‌های باز این ارزها ذکر شده است. نکته مهم دیگر این است که، آدرس‌ها به‌شبهه‌ای اختصاص داده نمی‌شوند. آن‌ها داخل دستگاه‌های کاربران زمانی که نرم افزار بیت‌کوین در حال اجراست با کلیدهای رمزنگاری عمومی و خصوصی ایجاد می‌شوند.



با وجود شرایطی از جمله بازبودن مانده حساب کاربران و امکان مرتبط کردن آدرس‌ها از راه مشاهده تراکنش‌های حساب‌ها، نمی‌توان ارزش‌های دیجیتال را محافظت‌کننده حريم خصوصی کاربران توصیف کرد. از آنجاکه مبدأ وجوه قابل ردیابی است، برخی از وجوه را از چرخه نقل و انتقال با برچسب بیت‌کوین‌های آلوده حذف کرد، مانند بیت‌کوین‌های دزدیده شده یا بیت‌کوین‌هایی که برای مقاصد غیرقانونی استفاده می‌شوند (فرانکو، ۱۳۹۵، ص ۲۹-۳۳).

در هر صورت، به نظر می‌رسد که ارزش‌های دیجیتال هویت شخص را در پس آدرس بیت‌کوین^۱ پنهان می‌کنند. اما متخصصان این زمینه می‌توانند مبدأ و منشأ انتقال این ارزش‌ها را پیگیری کنند. بنابراین، نمی‌توان بیت‌کوین یا ارزش‌های دیگر را صرفاً وسیله‌ای برای معاملات غیرمشروع و غیرقانونی مانند پول‌شویی به شمار آورد.

۲. رویکرد سازمان‌های بین‌المللی به معاملات دیجیتال

با توجه به گستردگی روزافزون معاملات دیجیتال در بستر بلاک‌چین، امروزه سطح نوینی از معاملات بر روابط بین‌المللی تأثیر گذاشته و سازمان‌های بین‌المللی، در جایگاه نهادهای حاصل از این روابط، این فناوری نوین را پذیرفته‌اند و درصدد بررسی و وضع قواعد برپایه رمزارزهای دیجیتالی هستند.

این سازمان‌ها برای تغییر نحوه پرداخت‌های خود به صورت پرداخت‌های دیجیتال تلاش می‌کنند و اغلب توسعه و پیشرفت نهاد خود را با به‌کارگیری نوآوری‌ها ممکن می‌دانند. بنا بر مصاحبه‌های عوامل مدیریتی همین سازمان‌ها، می‌توان گفت که آن‌ها فناوری بلاک‌چین به‌ویژه موضوع رمزارزهای دیجیتال را که امروزه جزو ارکان نوین تجارت الکترونیک به شمار می‌روند به علت داشتن ویژگی‌هایی همچون جهانی‌بودن، غیرمتمرکزبودن و قابلیت انجام تراکنش بدون واسطه لازمه ذات سازمان‌های مستقل بین‌المللی می‌دانند.

در ادامه نهادها و سازمان‌هایی ارزیابی می‌شوند که در صحنه تجارت بین‌المللی، به اقتضای نوع فعالیتشان، در برابر این‌گونه معاملات و ارزش‌های دیجیتال واکنش‌های حقوقی دارند (Yermack, 2013, pp.8-11).

۱.۲. سازمان تجارت جهانی^۲

سازمان تجارت جهانی هر ساله گزارشی از روند پیشرفت تجارت جهانی منتشر می‌کند. در جدیدترین گزارش این سازمان، محور اصلی تغییر و تحولات در تجارت جهانی از دیدگاه تأثیرات فناوری‌های

۱. فرایند تولید آدرس سراسر است و تقریباً بلافاصله توسط هر دستگاهی همانند لپ‌تاپ یا گوشی‌های هوشمند انجام می‌شود. در تعداد آدرس‌هایی که هر کاربر می‌تواند تولید کند محدودیتی وجود ندارد. درواقع در جهان بیت‌کوین همواره توصیه شده است که کاربران برای افزایش امنیت حريم خصوصی خود تعداد بیشتری آدرس تولید کنند.

2. (WTO) World trade organization



دیجیتال تحلیل و بررسی شده است. در این گزارش تأثیر فناوری دیجیتال بر حوزه تجارت بین‌الملل مطرح شده است که در ادامه به شماری از آن‌ها اشاره می‌شود:

- در آینده‌ای نه‌چندان دور، با افزایش توان محاسباتی کاربران و افزایش پهنای باند، برای انتقال اطلاعات دیجیتال، دستیابی به بلاک‌چین برای عموم آسان‌تر خواهد شد.
- برآوردها نشان‌دهنده این بود که از ۲۷/۷ میلیارد دلار حجم معاملات در تجارت الکترونیک در سال ۲۰۱۶، حدود ۲۳/۵ هزار میلیون دلار آن از محل معاملات B to B^۱ و از طریق ارزهای دیجیتال بوده است.
- افزایش تنوع محصول، افزایش توان تولید، افزایش عرضه و توزیع و کاهش هزینه‌ها از نتایج تأثیرات دیجیتال‌سازی در کسب‌وکارها است.
- ازجمله نگرانی‌های این سازمان درباره بازارهای دیجیتالی از بین رفتن فضای خصوصی و تهدیدهای امنیتی و زیرسؤال‌بردن آثار جدی فناوری دیجیتال بر بهره‌وری است.
- ترکیب تجارت بین کالا و خدمات تغییر خواهد کرد و سهم مالکیت فکری و دانش فنی افزایش خواهد یافت و تا سال ۲۰۳۰ حجم خدمات از ۲۱ درصد کنونی به ۲۵ درصد افزایش خواهد یافت.
- فناوری‌های دیجیتال باعث بروز فرصت‌ها و چالش‌هایی در آینده خواهند شد. دولت‌ها و سرمایه‌گذاران و ملل متمدن با رویکردها و ملاحظات و نگرانی‌هایی روبه‌رو خواهند شد که در حوزه‌های قانونگذاری و زیرساخت‌های سرمایه‌گذاری و توسعه منابع انسانی قرار دارند.

مفاد معاهدات تجاری منطقه‌ای در آینده دربردارنده مقرراتی برای پوشش تغییرات ناشی از فناوری‌های دیجیتالی خواهد بود. مهم‌ترین مقررات مشترک و عمومی که در این توافق‌نامه‌ها درج خواهد شد، مقررات دولت الکترونیک و تعرفه‌های قانونی برای نقل و انتقالات الکترونیکی است.

باوجود اینکه اعضای این سازمان گام‌های بسیار مؤثری در جهت ارتقای تجارت دیجیتال برداشته‌اند اما توجه ویژه اعضای آن به حجم تغییرات تجارت دیجیتال و بررسی نتیجه تداوم آن بر اقتصاد دولت‌ها و اقتصاد جهانی نشان می‌دهد که آن‌ها در صدد تغییر چارچوب‌های معاهدات عمومی تجارت و خدمات در این حوزه خاص هستند (Fariji & Yamin, 2019, pp. 58-60; Ganne, 2018, pp. 77-82).

۱. مدل کسب‌وکاری B to B (Business-to-Business) یکی از مدل‌های کسب‌وکاری است که به آن مدل تجارت به تجارت نیز گفته می‌شود. در این مدل، تمرکز بر فروش محصولات و خدمات به شرکت‌های دیگر است. مدل B to B معمولاً به سه روش اتفاق می‌افتد؛ کسب‌وکار برای فرایند تولید نیاز به خرید مواد خام و اولیه دارد. کسب‌وکار برای تجارت خود نیاز به یک سرویس دارد. کسب‌وکار برای فروش محصولات خود نیاز به کسب‌وکار دیگری دارد.



۲.۲. سازمان جهانی مالکیت فکری^۱

در سال ۲۰۱۷، مدیرکل سازمان جهانی مالکیت فکری، فرانسیس گری،^۲ در مصاحبه‌ای درباره آینده فناوری‌ها و چالش‌ها و فرصت‌های آن صریحاً بلاک‌چین را فرصتی برای محافظت از حقوق مالکیت فکری معرفی کرده و توجه همه‌جانبه به این فناوری نوین را راه‌حل اصلی بسیاری از مسئله‌ها و مشکل‌های حقوقی مربوط به حقوق مالکیت فکری عنوان کرده است.

فناوری دیجیتال را می‌توان تکمیل‌کننده حقوق مربوط به کپی‌رایت آثار هنری و دیجیتالی معرفی کرد، زیرا هیچ نظام همه‌جانبه‌ای برای ثبت و اثبات مالکیت در این زمینه وجود ندارد. بنابراین در زمینه حفاظت از حقوق مالکیت فکری استفاده از فناوری بلاک‌چین در حوزه ثبت و پیگیری و دادرسی اصولی‌تر به نظر می‌رسد.

کاربرد بلاک‌چین در زمینه قراردادهای IP^۳، کنترل و ردیابی توزیع انواع مصادیق مالکیت فکری که ثبت نشده‌اند و شفاف‌سازی یک اثر علمی نمونه‌هایی است از کاربرد این فناوری در زمینه حفاظت از این حقوق که توجه اعضای این سازمان بین‌المللی را به خود جلب کرده و تغییر چارچوب توافق‌نامه‌های این سازمان را در پی داشته است.

۳.۲. آژانس حمایت از کودکان سازمان ملل متحد^۴

آژانس حمایت از کودکان سازمان ملل متحد نخستین نهاد این سازمان است که تراکشن‌های ارزشی دیجیتال را پذیرفته است؛ همچنین اولین سازمانی شناخته می‌شود که از ارزشی دیجیتال برای تأمین بودجه فناوری متن باز به نفع کودکان و نوجوانان سراسر جهان استفاده می‌کند. امروزه این سازمان کمک‌های مالی عمومی را به صورت ارزشی دیجیتال اتریوم و بیت‌کوین از طریق صندوق تازه‌تأسیس مرتبط با این ارزش دریافت می‌کند و به همان صورت حفظ و در همان واحد پولی خرج می‌کند.

این موضوع از سرمایه‌گذاری‌های نوین و هیجان‌انگیز یونیسف است که شکل‌گیری کارهای بشردوستانه بسیاری در این سازمان را ممکن می‌سازد. اولین کمک‌رسانی به این نهاد را بنیاد اتریوم انجام داده است. در سال ۲۰۱۹، مدیر اجرایی این بنیاد،^۵ در مصاحبه‌ای بیان کرد: «بنیاد اتریوم درمورد آنچه اتریوم و فناوری بلاک‌چین می‌تواند برای جوامع سراسر جهان انجام دهد بسیار هیجان‌زده است. ما همراه با یونیسف در صدد بهبود و ارتقای دسترسی مردم به نیازهای اولیه و حقوق و منابع هستیم. همچنین برای پشتیبانی از تحقیق و توسعه پلتفرم اتریوم و رشد و پرورش جامعه‌ای گام برمی‌داریم که در سال‌های

1. (WIPO) World Intellectual Property Organization

2. Francis Gray

۳. قرارداد IP قراردادی است که در آن شخص مالک به شخص ثالث اذن بهره‌برداری از دارایی‌های خاص IP را در حدود قرارداد منعقد می‌دهد.

4. (UNICEF) The United Nations Children's Fund

5. Aya Miyaguchi



آتی از این فناوری بهره خواهد برد. ما از رهبری و راهنمایی های یونیسف و کمیته های ملی حاضر در خانواده یونیسف، برای ایجاد پیشرفت همسو با یکدیگر، بسیار سپاسگزاریم.^۱ همان گونه که پیداست، یونیسف به همراه نهاد برنامه جهانی غذا^۲ در صدد بررسی و ایجاد نوآوری های چشمگیر در برنامه های سازمان ملل متحد از راه فناوری های بلاک چین است.

۴.۲. صندوق بین المللی پول^۳

ارزهای دیجیتال ارزهای پایداری هستند که با ارزهای سنتی و فیات رقابت می کنند و نتیجه این رقابت، پیروزی ارزهای دیجیتال خواهد بود (Carsten, 2019, p. 2). تجارت جهانی قدرت رمزارزها را خواهد پذیرفت و برای نظام مند کردن آنها قواعد و مقرراتی وضع خواهد کرد. در این صورت، ارزهای پایدار دیجیتال در سازمان دهی تجاری بانک ها و مؤسسات مالی تأثیر خواهد گذاشت و آنها را از تجارت جهانی حذف خواهد کرد. صندوق بین المللی پول تنها نهاد بین المللی مالی یا بانکی است که ذات این ارزها را پذیرفته و راهبردهایی برای توسعه این ارزها ارائه کرده است. البته علت اصلی این همگامی ماهیت این سازمان بین المللی و استقلال آن است. در رقابت میان شرکت های فعال در زمینه این فناوری با شرکت ها و بانک های مالی امروزی در حوزه ارزهای فیات، به نظر می رسد شکل های دیجیتالی پول در کیف پول مصرف کنندگان و ذهن سیاست گذاران آن به طور فزاینده ای وجود خواهد داشت. بانک ها و صندوق های سپرده گذاری در حال نبرد با پول الکترونیکی هستند؛ نوعی پول که ارزش آن به صورت الکترونیکی ذخیره شده و معمولاً به ارزهای دیگری همچون یورو و دلار مرتبط است. با این حال، بانک های مرکزی مشتاق پذیرش پتانسیل های فناوری رمزارزها هستند و در اثر تزلزل دنیای سرمایه گذاری های ارزهای فیات به سوی تسلیم تدریجی در برابر این رمزارزها گام برمی دارند. صنعت مالی جهانی به دو عنصر ثبات و اعتماد نیازمند است که با تنظیم قواعد و مقرراتی در زمینه رمزارزها و معاملات آنها دستیابی به این دو عنصر میسر می شود (ibid)

۳. رمزارزهای دیجیتال در عرصه ملی و بین المللی

۱.۳. موقعیت کلی رمزارزهای جهان - روا

رمزارزهای دیجیتال برای این که وسیله انجام مبادلات افراد قرار گیرند محدود به هیچ منطقه جغرافیایی خاصی نیستند. به کاربردن اصطلاح «جهان - روا» به جای واژه «دیجیتال» در دایره لغات فارسی نشان دهنده این است که دولت خاصی بر این نوع خاص از ارز تسلط ندارد. بنابراین، به علت نبود حاکمیت قانون

۱. در حاشیه کنفرانس DevCon، صورت جلسات منتشر شده در fxstreet.

2 (WFP) World Food Programme

3.(IMF) International Monetary Fund



ملی هیچ کشوری بر این ارز نمی‌توان استفاده از ارزهای دیجیتال را در حالت کلی غیرقانونی خواند؛ چراکه این ارزها به جوامع بین‌المللی تعلق دارند و چون علوم حقوق و اقتصاد در شکل‌گیری آن‌ها نقشی نداشته است، محدودکردنشان از این راه‌دور از انتظار به نظر می‌رسد.

از عواملی که می‌توان آن را نقطه مثبت یا منفی این ارزها به شمار آورد، فقدان نظارت مرجعی مشخص بر نقل و انتقال این ارزها است. در حقیقت، سیستم این رمزارزها به گونه‌ای برنامه‌ریزی شده است که مدرکی عمومی از انتقال بیت‌کوین از آدرسی به آدرس دیگر را در زنجیره بلوکی ثبت و بین کاربران منتشر می‌کند.

بزهکاری ناشی از استفاده از این رمزارزها و مقابله قانونی با مبادله آن‌ها موجب سیر صعودی ارزش بیت‌کوین شده است. اگر دولت‌ها با سیاست‌گذاری‌های اقتصادی و حقوقی به این موضوع رسیدگی کنند و مبادلات این ارزها را بپذیرند، ارزش آن‌ها کاهش می‌یابد و مانند دیگر ارزهای فیات رایج می‌شوند. اگر کشورها مبادلات این ارزها را نپذیرند و در دنیای اینترنت آن‌ها را وسیله‌ای برای پرداخت در شبکه‌های پرداختی خود در اینترنت قرار ندهند، این ارزها در کیف پول مالکان خود ثابت می‌ماند و در نتیجه ارزش بیشتری می‌یابد. بنابراین دولت‌ها باید شرایطی را فراهم سازند تا مالکان این ارزها از ذخیره آن پرهیزند.

بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری در عرصه بین‌المللی و داخلی در نقش واسطه‌های مبادلاتی ارزی دولت‌ها فعالیت می‌کنند و در ازای ارائه خدمات واسطه‌ای به آن‌ها کارمزد تعلق می‌گیرد. بانک، در جایگاه واسطه این مبادلات، می‌تواند در تراکنش‌های انجام‌شده دخالت نماید و تراکنش را لغو کند. این درحالی است که از طرف هیچ مرجعی امکان دخالت در مبادلات رمزارزها وجود ندارد و معامله‌کنندگان مستقلاً معاملات خود را اداره می‌کنند (European Central Bank, 2012, pp. 6-9).

در سال ۲۰۱۳، مؤسسات مالی و اعتباری کشورهای مختلف با منع کردن مبادلات رمزارزها شوک بزرگی به جهان رمزارزهای دیجیتال وارد کردند و سبب کاهش ارزش رمزارزها از ۱۰۰۰ دلار به ۵۰۰ دلار شدند.

برخی دولت‌ها، برای جلوگیری از فعالیت صرافی‌های ارزهای دیجیتالی، فعالیت صرافی‌های کریپتوکارنسی‌ها^۱ را غیرقانونی اعلام می‌کنند که البته این موضوع در مورد ارزهای دیجیتال به جز بیت‌کوین صدق می‌کند، زیرا بیت‌کوین در عرصه دیجیتال رمزارز غیرمتمرکزی به شمار می‌رود.

از مزایای به کارگیری رمزارزهایی مانند بیت‌کوین این است که کاربران نمی‌توانند دوباره آن‌ها را خرج کنند؛ به این صورت که کاربران می‌توانند ارزهای دیجیتالی دیگر را در معامله‌هایی به جز معامله اصلی خود به کار برند. امکان خرج کردن دوباره یک ارز برای کاربر ممکن است زمینه‌ساز بزه‌های متعددی شود. بنابراین این موضوع در نظام رمزارزهای دیجیتال تعریف نشده است و درواقع این نظام با خرج کردن دوباره کاربر مقابله می‌کند. اما مشکل اصلی این است که حدود ده دقیقه زمان لازم است تا این ارز از

1. Cryptocurrency



کیف پول یک کاربر به کاربر دیگر منتقل شود؛ در این بین، کاربر انتقال‌دهنده می‌تواند همان ارز را پیش از اینکه از کیف پول او کسر شود به معامله دیگری اختصاص دهد. راه‌حل موجود برای جلوگیری از این اتفاق عدم تملیک کالا یا انتقال پول به حساب انتقال‌دهنده تا زمان وصول ارز دیجیتال به کیف پول انتقال‌گیرنده است. زیرا اگر در این جایگاه خسارتی متوجه انتقال‌گیرنده شود، هیچ‌گونه پوشش بیمه‌ای از سوی هیچ مرجعی پیش‌بینی نشده است. این مشکل یکی از ایرادات کاربرد رمزارزهای دیجیتال است که اگر جامعه بین‌المللی را تحت تأثیر قرار دهد می‌توان با وضع قوانین لازم از حقوق مصرف‌کنندگان حمایت کرد.

۲-۳. تحلیل و بررسی رویکرد جمهوری اسلامی ایران

امروزه رمزارزهای دیجیتال، به‌ویژه بیت‌کوین، شیوه‌های جدید جرایم کلاهبرداری و پول‌شویی اینترنتی را پدید آورده است. بنابراین یکی از علل اصلی ممنوعیت خریدوفروش اینترنتی ارزهای دیجیتال در جمهوری اسلامی ایران جلوگیری از رواج پول‌شویی با این روش است.

از سوی دیگر، نبود نظارت بر خریدوفروش بیت‌کوین ممکن است زمینه‌ساز اصلی روی آوردن باندهای تبهکار جهانی به مبادله ارزهای دیجیتالی باشد. حامیان این ارزها بر این نظرند که امکان ندارد بیت‌کوین رواج‌دهنده جرایم پول‌شویی اینترنتی باشد، زیرا هر بلوک بیت‌کوین آدرس کاربری انتقال‌دهنده و آدرس انتقال‌گیرنده این ارز را ثبت می‌کند و این بلوک به همراه بلوک‌های دیگر پدیدآورنده زنجیره بلوکی است. مدرک عمومی‌ایی که نشان‌دهنده مسیر انتقال بیت‌کوین از آدرسی به آدرس دیگری است توجیهی برای نظریه این افراد تلقی می‌شود. در مقابل، منتقدان تجارت ارزهای دیجیتال معتقدند از آنجاکه این آدرس‌ها فقط نام کاربری شخص است و مالک اصلی کیف پول بیت‌کوین را مشخص نمی‌کند، امکان وقوع جرم را فراهم می‌کند.

از عللی که دولت ایران فعالیت‌های این دست مبادلات را قانونی اعلام نمی‌کند، نبود امکان حمایت قانونی و مؤثر از بزه‌دیدگان و متضرران این‌گونه جرایم کلاهبرداری اینترنتی و بروز خسارت مالی است. این درحالی است که صرافی‌ها در ایران، بدون اینکه با مانعی مواجه باشند، آزادانه به خریدوفروش ارزهای دیجیتالی اقدام می‌کنند.

از ابتدای شکل‌گیری ارزهای دیجیتالی تا امروز، جمهوری اسلامی ایران در رویارویی با این ارزهای رمزنگاری‌شده شیوه‌های متفاوتی را در پیش گرفته است که البته با توجه به اقتصاد کنونی ایران و در مواجهه با تحریم‌های اقتصادی دور از انتظار به‌نظر نمی‌رسید. این رویکرد در مواجهه با ارزهای دیجیتال مانند رفتار این دولت با فیلترشکن‌های موجود است. به نظر می‌رسد قوانین ایران سیاستی مشابه سکوت در برابر فیلترشکن‌های رایانه‌ای را در پیش گرفته است.

ایران در اوضاع خاکستری اقتصاد خویش تا دی‌ماه ۱۳۹۶، برای جلوگیری از خروج ارز، مجبور به محدودکردن معاملات این ارزها از سوی شورای عالی مبارزه با پول‌شویی شد. تیرماه ۱۳۹۸، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام کرد انتشار رمزارز، با پشتوانه ریال و طلا و فلزات گران‌بها و انواع ارز، در



انحصار این بانک است و فعالیت اشخاص برای ایجاد و اداره شبکه پولی و پرداخت‌هایی برپایه فناوری بلاک‌چین، از نظر این بانک، غیرمجاز است و این بانک حق پیگرد قانونی اشخاصی را دارد که با نادیده گرفتن مقررات، به ایجاد و اداره شبکه یا تبلیغ این ارزهای دیجیتال اقدام می‌کند. همچنین هرگونه خسارت مالی ناشی از مبادله ارزهای دیجیتال براساس شبکه‌های پولی و پرداخت‌های اینترنتی متوجه ناشرها، قبول‌کننده‌ها و متعاملین این مبادلات خواهد بود. با نگاه کلی به این بیانیه، می‌توان به این موضوع پی برد که ایران حمایت مؤثری از راه وضع مقررات خاص درباره این موضوع ندارد و پیگیری خسارات وارده بر متضرران این جرایم را در بستر قوانین عام و از پیش تعیین‌شده خود گنجانده است.

با وجود آنکه در ۱۳ مرداد ۱۳۹۸ هیئت وزیران فرایند استخراج رمزارزهای دیجیتال در ایران را به‌منزله صنعتی نوین معرفی کرده است، هنوز خریدوفروش آن به علت افت پایه پولی اقتصاد ایران و برای جلوگیری از خروج ارز از کشور ممنوع است. مبادله این ارزها هنوز در زمره جرایم پول‌شویی و کلاهبرداری اینترنتی گنجانده شده است و خسارات شدیدی به اقتصاد پایه ایران وارد می‌کند.

از دید نظری، رویکرد جمهوری اسلامی ایران به رمزارزهای جهان - روا وضعیت خاصی دارد، به‌گونه‌ای که از سال ۱۳۹۶ شورای عالی مبارزه با پول‌شویی این مبادلات را مشمول قوانین مربوط به کلاهبرداری و پول‌شویی اینترنتی کرده است و محدودکردن این دست فعالیت‌های اقتصادی تا ۱۳۹۸ استمرار داشته است. درحالی‌که از تیرماه ۱۳۹۸ بانک مرکزی ایران مبادلات رمزارزهای دیجیتال را، با پشتوانه ارزهای فیات و فلزات گران‌بها، به صورت انحصاری متعلق به خود دانسته است، از مردادماه ۱۳۹۸ هیئت وزیران استخراج بیت‌کوین به‌وسیله استخراج‌کنندگان را صنعتی نوپا به شمار آورده و مبارزه با استخراج را قانونی نمی‌داند و مقرر داشته است که تا شش ماه آینده سازمان‌های نظارتی به استخراج‌کنندگان مجوز رسمی بدهند.

استخراج هر نوع ارز دیجیتال در ایران عملاً با تعقیب قانونی روبه‌رو است و فعالان این حوزه در انتظار تصویب قانونی حمایتی و اعلام تعرفه‌های جدید وزارت نیرو درباره مقدار برق مصرفی صنعتی هستند؛ زیرا در وضعیت فعلی متخلفان به پرداخت جرایمی سنگین و مصادره اموال و دستگاه‌های استخراج‌گر محکوم می‌شوند. پیش‌بینی می‌شود این رویه تا زمان اعلام قطعی وضعیت قوانین در مواردی مشابه ادامه خواهد یافت.

بنابر گزارش‌های غیررسمی برخی سایت‌ها، حداقل در سه ماه پس از تصویب موضوع در هیئت وزیران، هشتاد هزار دستگاه استخراج‌کننده بیت‌کوین مصادره و برای پانزده نفر نیز حکم حبس صادر شده است.

در اصطلاح تخصصی روند پردازش کلی و تولید بیت‌کوین «استخر» نامیده شده است. هر استخراج‌گر توان پردازشی دستگاه‌های خود را، برای پردازش معادلات سنگین نظام فوق و تولید بیت‌کوین، در اختیار استخر قرار می‌دهد. به مجموعه دستگاه‌های استخراج‌کننده‌ای که بخشی از توان کلی پردازش استخر را تأمین می‌کنند، «مزرعه استخراج» می‌گویند. برق مصرفی این مزارع مستقیماً از برق صنعتی تأمین می‌شود



(عبدی پور، ۱۳۸۹). گفتنی است توقیف این مزارع در نهایت سبب قطع دسترسی افراد به هزاران دستگاه استخراج‌کننده می‌شود و جلوگیری از بهره‌برداری از این مزارع منبع درآمد خانوارهای بسیاری را از بین می‌برد.

رویه قضایی ایران در صدور حکم، جریمه‌ای معادل چهار برابر هزینه برق مصرفی سالانه این دستگاه‌ها است. برای مثال، اگر هزینه سالانه برق مصرفی یک مزرعه استخراج پنج هزار دلار باشد، جریمه در نظر گرفته شده بالغ بر بیست هزار دلار خواهد بود. جریمه‌هایی که دولت تعیین کرده هم شامل فعالیت استخراج است و هم جریمه کالاهای قاچاقی است که استخراج‌گران از آن‌ها استفاده کرده‌اند^۱ (Coindesk, 2019).

رویکرد نظام حقوقی ایران، حتی در مواجهه با استخراج بیت‌کوین، به شکلی است که اگر پلیس فردی را به همراه تجهیزات استخراج در خودرو متعلق به خودش توقیف کند، علاوه بر مصادره تجهیزات، آن فرد به جرم حمل تجهیزات وارداتی غیرقانونی نیز جریمه خواهد شد. نقد وارده به این رفتار نبود برخورد قانونی یکسان درباره تجهیزات وارداتی غیرقانونی است. زیرا امروزه بازار خاکستری تهران و سراسر کشور، به‌ویژه شهرهای مرزی، محل ورود غیرقانونی کالاهای فراوانی است. البته این رفتار دولت نشانه حساسیت به این ارزهای جهانی است که عناصر محرک وقوع جرایم پول‌شویی و کلاهبرداری‌های اینترنتی را در بر دارند.

در جمهوری اسلامی ایران، امکان طرح شکایت از متقاضیان خرید بیت‌کوین، در قالب تحصیل مال نامشروع و کلاهبرداری اینترنتی وجود دارد، اما روند رسیدگی به این شکایت‌ها محدود است. دولت با بررسی منافع و مزایای استفاده از ارزهای دیجیتالی به موفقیت‌های چشمگیری در این زمینه دست خواهد یافت. چنین موقعیتی در آینده وضعیت ایران را در بین کشورهای نفت‌خیز جهان بهبود خواهد بخشید و با ارتقای سطح کیفی و کمی اقتصاد پایه‌ای دولت زمینه‌ساز موفقیت‌های کشور در عرصه‌های گوناگون بین‌المللی خواهد شد.

۳-۳. رویکرد دیگر کشورها به رمزارزها

هیچ کشوری تاکنون رمزارزهای دیجیتال را به‌منزله یک واحد پولی مانند پول‌های رایج ملی یا ارز دیگر کشورها به رسمیت نشناخته است. دولت‌های بسیاری این ارزها را به‌صورت غیررسمی پذیرفته‌اند. کشورهایی مانند ایالات متحده، آلمان، چین، ژاپن، کره جنوبی، هندوستان، سنگاپور، برزیل، بلغارستان، دانمارک و استرالیا مجوز به‌کارگیری این ارزها در بازارهای پولی و مالی خود را صادر کرده‌اند. دولت چین رمزارزهای دیجیتال را کالای خاص اعلام کرده و با آنکه برای اشخاص حقیقی ممنوعیتی در مبادله آن‌ها در نظر نگرفته، انجام این مبادلات از سوی اشخاص حقوقی و دولتی را صریحاً منع کرده است. در ایالات

1. <https://www.coindesk.com/iranian-bitcoiners-risk-fines-jail-time-as-government-regulates-mining> (last visited: 2020-07-04)



متحدۀ آمریکا، رمزارزهای دیجیتال کالا و دارایی اشخاص به شمار می‌رود. همچنین وزارت دارایی جمهوری فدرال آلمان بیت‌کوین را ارز شخصی و ابزار پرداخت شخصی در نظر گرفته است. علاوه بر سه کشور یادشده، سنگاپور نیز، متناسب با ارزهای دیجیتال، قوانین مالیاتی ارزش افزوده را در استفاده از آن وضع کرده است. این درحالی است که کشور دانمارک معاملات برپایۀ بیت‌کوین را پذیرفته، اما آن را دارایی حقیقی نمی‌داند و مالیاتی نیز اخذ نمی‌کند (Rubenfeld, 2014). استرالیا برای استفاده از این رمزارزها هیچ محدودیتی قائل نشده است و این‌دست فعالیت اقتصادی را کاملاً قانونی می‌داند.

در مقابل، کشورهایی نیز با این موضوع آشکارا مخالفت کرده‌اند، ازجمله اردن و لبنان که استفاده از ارزهای دیجیتال را غیرقانونی اعلام کرده و این نوع فعالیت اقتصادی را جرم تلقی می‌کند (Cohan, 2017, p. 6).

۴-۳. رواج پرداخت‌های دیجیتالی در عرصۀ بین‌المللی از سوی اشخاص حقوقی

امروزه در سراسر دنیا، افراد برای افتتاح کیف پول بیت‌کوین و انجام تراکنش‌های سریع و آسان اقدام می‌کنند و از امکان بهره‌برداری از روش‌های نوین پرداخت جهانی استقبال می‌کنند. علاوه بر سازمان‌های بین‌المللی، اشخاص حقوقی نیز می‌کوشند تا شبکه‌های پرداختی خود را از این راه به‌روزرسانی کنند. با پایه‌ریزی این نوع پرداخت از سوی سازمان‌های خصوصی شناخته‌شده مانند مایکروسافت و ویکی‌پدیا قدرت این رمزارزها به‌مرور نمایان شده است. از سوی دیگر، امروزه شرکت‌های فناوری بزرگی مانند فیسبوک درصدد شبیه‌سازی نظام پرداختی مشابه با رمزارزها هستند تا بتوانند جداگانه بر آن‌ها نظارت داشته باشند. شرکت‌های خصوصی که در راستای خدمت‌رسانی بهتر و آسان‌تر به جوامع فعالیت می‌کنند نیز ارزهای دیجیتال را پذیرفته‌اند (Nikjilesh, 2019). رستوران‌های آلمانی و روسی کینگ‌برگر^۱ از جمله فست‌فودها و رستوران‌های بنامی هستند که برای برقراری پرداخت‌های بیت‌کوینی خود اقداماتی انجام داده‌اند. البته امروزه نمونه‌هایی از سرویس‌های خرید و تحویل غذا نیز از طریق پرداخت‌های رمزارزی به روش بیرون‌بر^۲ در سراسر جهان وجود دارد، مانند شرکت شاتل دلیوری^۳ کرۀ جنوبی و سرویس آلمانی لایف‌رندو^۴ که مشغول به توسعۀ خدمات خود از طریق ارزهای دیجیتالی هستند.

تعدادی از شرکت‌های بزرگ فروش جواهرات^۵ در سراسر ایالات متحده جواهرات خود را به صورت حضوری و اینترنتی از طریق این رمزارزها به فروش می‌رسانند. براساس گزارش سال گذشتۀ شرکت

1. Kingbergur.

2. Order Takeaways

3. Shuttle Delivery

4. Life Rando

5. Reeds Jewelers, Blue Nile Jewelry, Stephen Silver Fine Jewelry, Coaxed Jewelry



استفان سیلور فاین جولری،^۱ خریده‌های اینترنتی این شرکت از طریق بیت‌کوین ۲۰ درصد افزایش داشته است. این موضوع بیانگر این است که افراد در سراسر جهان معاملات آسان و سریع رمزارزها را به پرداخت‌های دیگر ترجیح می‌دهند که خود نشان‌دهنده امنیت و ایمنی زیاد این پرداخت‌ها است (Nickjilesh, 2019, p. 9-11).

سرویس رزرو هتل و بلیط هواپیمای تراول بای بیت^۲ رمزارزهایی مانند بیت‌کوین، بینانس‌کوین^۳ و لایت‌کوین را می‌پذیرند و افرادی که پرداخت‌های بیت‌کوینی دارند به تسهیلات بیشتر این شرکت هواپیمایی دسترسی خواهند داشت. به‌طورکلی جوامع روزبه‌روز به استقلال بیشتر از راه دخالت‌نکردن بانک‌ها و مؤسسات مالی، پرداخت‌نکردن هرگونه کارمزد و انتقال آسان ارزها بدون مراجعه به صرافی‌ها و صرف هزینه‌های جانبی دیگر و به دور از هرگونه تسلط دولت‌های متبوع تمایل بیشتری نشان می‌دهند. خدمتگزاران نیز به‌منزله بخشی از این جامعه بین‌المللی تمایل خود را برای به‌کارگیری ابزارهای پرداختی نوین اظهار می‌دارند (Narayanan, 2016, pp.53-58).

نتیجه‌گیری

با توجه به ویژگی استخراج نامحدود ارزهای دیجیتال و نیز استفاده از رمزارزهای دیجیتال در مبادلات تجاری بین‌المللی، از این‌گونه ارزها در مسیر توسعه و گسترش عملیات پرداختی در سراسر جهان بهره‌برداری می‌شود. دولت‌ها در پذیرش رمزارزهای دیجیتال واکنش‌هایی متفاوت نشان می‌دهند. از علل مهم مخالفت برخی دولت‌ها با این فناوری حفظ اقتصاد ملی و پایه پولی و ارزی داخلی آن‌ها است. هر دولتی مستحق داشتن اصول مسلم بین‌المللی مثل اصل عدم مداخله در امور داخلی و اصل برابری دولت‌ها و حاکمیت اراده است که البته این موضوع از اتکای دولت‌ها به این حوزه جلوگیری می‌کند. در نتیجه دولت‌هایی مانند جمهوری اسلامی ایران سعی در به رسمیت نشناختن فرایند استخراج و مبادلات ارزی در این حوزه دارند و بدین‌گونه از ارزهای فیات و پول ملی حمایت می‌کنند.

غالباً نپذیرفتن این موضوع به روش‌های گوناگونی صورت می‌گیرد: جلوگیری از فعالیت صرافی‌های ارزهای دیجیتالی با غیرقانونی اعلام کردن فعالیت صرافی‌های کریپتوکارنسی (البته این موضوع درباره بیت‌کوین صدق نمی‌کند، زیرا بیت‌کوین یک ارز غیرمتمرکز در بین دیگر ارزهای دیجیتال است)؛ ایجاد اختلال در روند انتقال تراکنش‌ها؛ جلوگیری از فعالیت استخراج‌کنندگان و ایجاد اختلال در واردات و ساخت تجهیزات استخراج و ممانعت از انتشار بلاک‌های ساخته‌شده در کشور برای توقف درآمدزایی این افراد و در نتیجه جلوگیری از خروج ارزهای داخلی به شکل رمزارزهای جهانی که البته سازندگان این روش را پیش‌بینی کرده‌اند و بلاک‌های ساخته‌شده را با ماهواره ارسال می‌کنند

1. Stephan Silver Fine Jewelry

2. Travel by Bit

3. Binance Coin



همان‌طور که گفته شد، دولت‌ها، در جایگاه دفاع از پول ملی، مخالفان سرسخت ارزهای دیجیتال هستند و حتی اگر نتوانند مانع پیشروی این صنعت نوپا شوند، تا جای ممکن استفاده از این ارزها را برای کاربران سخت و طاقت‌فرسا می‌کنند. برخلاف دولت‌ها، اشخاص و شرکت‌های خصوصی غیردولتی به هر روشی سعی در حمایت از این فناوری و توسعه پرداخت‌هایشان به شکل بیت‌کوین دارند. از سوی دیگر، بانک‌ها و مؤسسات مالی، که واسطه نقل و انتقالات مالی اشخاص هستند و از این راه سود می‌برند، عوامل سرسختی هستند که با رمزارزها مقابله می‌کنند. بدین ترتیب، مقابله‌ای دوسویه با این ارزها صورت می‌پذیرد که البته با فعالیت‌های اخیر سازمان‌های مهم بین‌المللی و دولت‌های قدرتمند موافق پیروزی رمزارزها دور از ذهن نخواهد بود. بنابراین بهتر است ایران، با داشتن منابع غنی در سطح جهانی، هرچه زودتر در جهت تصویب قوانین نحوه استخراج و مبادلات ارزی برپایه اصول و قواعد بین‌المللی و موافق با قوانین داخلی گام مؤثری بردارد. زیرا پیروزی مبادلات ارزهای دیجیتال در مقابل مبادلات ارزهای بدون پشتوانه دست‌یافتنی است.

منابع

- اخوان، پیمان (۱۳۹۶). ارزهای دیجیتال: بیت‌کوین، بلاک‌چین و مفاهیم پایه. انتشارات آتی‌نگر.
- عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۸۹). «تحلیل ماهیت حقوقی پول الکترونیکی». فصلنامه حقوق، دوره ۷، شماره ۱۶، ص ۵۳-۸۳.
- فرانکو، پدرو (۱۳۹۵). مفاهیم بیت‌کوین؛ رمزنگاری، مهندسی و اقتصاد. ترجمه حسن مرتضی‌زاده. کتاب مهربان نشر، چاپ اول.
- قانون تجارت الکترونیک ایران، مصوب ۱۳۸۲
- میرزاخانی، رضا (۱۳۹۶). «بیت‌کوین و ماهیت مالی-فقهی پول مجازی». انتشارات مرکز توسعه و مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار.
- میرزاوند، فضل‌الله (۱۳۸۲). «اهمیت قانونگذاری در مبارزه با پول شویی». فصلنامه مجلس و راهبرد، سال دهم، شماره ۳۷، ص ۲۵۳-۲۶۶.
- خبرگزاری مهر (۱۳۹۸). کشف ۳۰ میلیاردی دستگاه‌های بیت‌کوین قاچاق.
- دسترسی در ۲۰۲۰/۰۷/۰۲. <http://www.mehrnews.com/news/4763490>.
- خبرگزاری مهر (۱۳۹۸). ضبط و مصادره ۲۵۰ دستگاه استخراج‌گر بیت‌کوین در گلستان.
- دسترسی در ۲۰۲۰/۰۷/۰۲. <http://www.mehrnews.com/news/256783>.
- Carstens, A. (2019). The Future of money and payments. Speech held in Dublin. Available at: https://www.suerf.org/docx/f_ffd2257b586a72d1fa75f4ba2ad914e6_5175_suerf.pdf (last visited: 2020-07-02)
- Chohan, U. W. (2017). Assessing the differences in bitcoin & other cryptocurrency legality across national jurisdictions. Available at SSRN 3042248.
- European Central Bank (ECB). (2012). Virtual currency schemes. Frankfurt: European Central



Bank.

- Fajri, A., & Yamin, M. (2019). "Digital Currency like Bitcoin within the International Monetary System Field". *Verity: Jurnal Ilmiah Hubungan Internasional (International Relations Journal)*, 10(20), 57-68.
- Ganne, E. (2018). *Can Blockchain revolutionize international trade?* Geneva: World Trade Organization.
- Narayanan, A., Bonneau, J., Felton, E., Miller, A., & Goldfeder, S. (2016). *Bitcoin and Cryptocurrency technologies*. Princeton University Press.
- Yermack, D. (2013). "Is Bitcoin a real currency? An economic Appraisal". Cambridge, Ma: *National Bureau of Economic Research*.
- Swan, M. (2015). *Blockchain: Blueprint for a new economy*. "O'Reilly Media, Inc."
- Nakamoto, S., & Bitcoin, A. (2008). "A peer-to-peer electronic cash system". *Bitcoin*. – URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. (last visited: 2020-07-02)
- "Total number of bitcoins in existence", Bitcoin Block Explorer. Available at: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf> (last visited: 2020-07-04)
- Nikjilesh, D. (2019, Oct 23). What to expect When Facebook's Zuckerberg Defends Libra on Capitol Hill, <https://www.coindesk.com/What-to-expect-When-Facebook's-ZZuckerberg-Defends-Libra-on-Capitol-Hill> (last visited: 2020-07-04)
- McKee, J. (2013). "Redefing virtual currenvy". *yankeegroup.com*
- Rubinfeld, S. (2014). Canada Enacts Bitcoin Regulations. *The Wall Street Journal*, June 23. <https://www.coindesk.com/iranian-bitcoiners-risk-fines-jail-time-as-government-regulates-mining> (last visited: 2020-07-04)

قراردادهای خرید و فروش برق در چارچوب قانون مدنی

کیومرث حیدری، ۱ مهدی هفتانی، ۲ بهراد صغیری ۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۱

چکیده

قراردادهای خرید برق، با هدف حمایت و توسعه تولید برق به ویژه برخی اقسام آن نظیر برق تجدیدپذیر و پاک، بعد از تجدید ساختار در صنعت برق مرسوم شده‌اند و امروزه به مثابه ابزاری برای حفظ محیط زیست و تأمین امنیت عرضه و حمایت از سرمایه‌گذاران در غالب کشورهای جهان به طور گسترده‌ای به کار می‌روند. در ایران نیز، پس از شروع روند تجدید ساختار در صنعت برق و در اجرای بند ب ماده ۲۵ قانون برنامه چهارم توسعه، شرکت توانیر و مدیریت شبکه به دستور وزارت نیرو به طراحی و انعقاد قراردادهای خرید برق اقدام کردند. این قراردادها حاوی شرایط عمومی و اختصاصی اند که علاوه بر قواعد عمومی قراردادها، قیود شبکه سراسری برق و سایر محدودیت‌های فنی نیز در آن‌ها گنجانده شده است. در این مقاله، ضمن بازخوانی این قراردادها در چارچوب عقد بیع در قانون مدنی و قواعد عمومی قراردادها، به این پرسش پاسخ داده خواهد شد که آیا این دست از قراردادها، در عمل، عقد بیع مورد نظر قانون مدنی هستند یا جزو عقود نامعین به شمار می‌روند. با توجه به مجموع مفاد این قراردادها و هدف از تدوین آن‌ها، موجه‌تر به نظر می‌رسد که عقدی نامعین در پرتو ماده ۱۰ قانون مدنی تلقی شوند.

واژگان کلیدی: برق، قرارداد بیع، قانون مدنی، خدمت، کالا

۱. مدیر گروه اقتصاد برق و انرژی، پژوهشگاه نیرو kheydari@nri.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول): haftani2012@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دانشگاه شهید بهشتی: behradsaghiri@yahoo.com



طرح مسئله

تا پیش از تجدید ساختار صنعت برق، در بیشتر کشورها، به جز ایالات متحده که صنعت برق در آن از ابتدا خصوصی شکل گرفت، تولید، انتقال، توزیع و فروش برق در انحصار دولت بود و از آنجاکه برق همچون کالایی عمومی عرضه می‌شد، خرید و فروش آن مانند دادوستد سایر کالاها بین اشخاص خصوصی رایج نبود (شرکت مهندسین مشاور مונنکو، ۱۳۹۲، ص ۵۷). پس از ضرورت‌هایی که در اصلاح ساختار صنعت برق در کشورها احساس شد، نخست بخش تولید برق و سپس بخش توزیع و فروش به تدریج به بخش‌های غیردولتی واگذار شد و صنعت برق با رشدی روزافزون مواجه شد (همان). این رشد نیازمند سامان‌دهی روابط شرکت‌های فعال در بازارهای برق و تنظیم قواعدی به‌منظور تضمین امنیت عرضه برق و پایداری شبکه بود. به همین منظور، نهادهای تنظیم‌گر یا قانون‌گذار از طرف دولت این وظیفه را برعهده گرفته‌اند و قواعد ناظر به اخذ مجوز، تولید، انتقال و دسترسی به شبکه، توزیع، فروش و تعرفه برق و همچنین مقررات زیست‌محیطی و ایمنی را وضع کرده‌اند. در حال حاضر، این تنظیم‌گرها (رگلاتورها) همانند کمیسیون فدرال تنظیم مقررات انرژی آمریکا^۱، دفتر بازار برق و گاز بریتانیا^۲، کمیسیون تنظیم انرژی فرانسه^۳ و کمیسیون برق کره جنوبی^۴ این وظایف را برعهده دارند. در ایران نیز، براساس آیین‌نامه مصوب وزیر نیرو، نهادی به نام «هیئت تنظیم بازار برق ایران» تشکیل و عهده‌دار مراقبت از بازار برق به‌منظور ایجاد و توسعه رقابت و همچنین تضمین امنیت عرضه و پایداری شبکه شد.^۵ براساس مفاد ماده ۱۲ و ماده ۸ قانون سازمان برق ایران، همه فعالان بازار برق موظف‌اند مصوبات این هیئت را رعایت کنند. قراردادهای خرید و فروش و صادرات برق نیز پس از تأیید این هیئت قابل اجرا خواهند بود.^۶ از آنجاکه مطابق ماده ۱۱ آیین‌نامه و بند ب ماده ۲۴ قانون برنامه چهارم توسعه، شرکت توانیر و مدیریت شبکه موظف به تهیه مدل‌های قراردادی خرید و فروش برق شدند، هیئت تنظیم بازار برق، پس از تصویب این قراردادها، نمونه‌های قراردادی را برای اجرا به شرکت‌های مزبور ابلاغ کرده است. به سبب برخی ویژگی‌های ذاتی و تغییرناپذیر، برق منحصر به فرد است و از طرفی به سبب حساسیت تأمین و توزیع آن متمایز از دیگر کالاها و خدمات قابل دادوستد در بازار است. همین دلایل سبب شده است تا برخی قواعد عمومی قراردادها و عقد بیع در قانون مدنی که در سایر کالاها اجرایی است، بر برق قابل اعمال نباشد. این تفاوت برق با سایر کالاها و خدمات نه تنها در تجارت داخلی، که در تجارت بین‌المللی برق نیز با سایر کالاها و خدمات حتی نفت و گاز مشهود است (Selivanova, 2011, p. 63) در این مقاله،

1. Federal Energy Regulatory Commission (FERC)

2. The Office of Gas and Electricity Markets (OFGEM)

3. French Energy Regulatory Commission (CRE)

4. Korean Electricity Commission (KEC)

۵. آیین‌نامه اجرایی هیئت تنظیم بازار برق ایران، مصوب ۱۳۸۴/۳/۲۸.

۶. ماده ۸ آیین‌نامه اجرایی هیئت تنظیم بازار برق ایران.



ضمن معرفی اجمالی قراردادهای خریدوفروش برق در ایران، به بررسی و مقایسه مفاد آنها با قواعد عمومی قراردادهای بیع در قانون مدنی و قراردادهای رایج بیع پرداخته خواهد شد. گفتنی است امروزه برق در بیشتر کشورهای جهان در بازارهای دوجانبه یا بورس‌های برق و انرژی معامله می‌شود.^۱ هرچند نحوه این معاملات بر شروط قراردادی آنها تأثیر می‌گذارد، اما برخی ویژگی‌های فنی و ذاتی برق در هر دو نمونه یکسان و قواعد آن نیز شبیه به یکدیگر است. در بخش اول مقاله، برق همچون مبیعی در یک قرارداد بیع بررسی خواهد شد. در بخش دوم، به تعهدات بایع در قراردادهای خریدوفروش برق، و در بخش سوم، نیز به تعهدات خریدار برق در این قراردادهای و مقایسه آن با عقد بیع در قانون مدنی و سایر قواعد مشابه پرداخته خواهد شد. در پایان، نیز پیشنهادهایی به منظور اصلاح برخی شروط قراردادی خریدوفروش برق ارائه خواهد شد.

گفتار اول: برق در جایگاه مبیع

قبل از آنکه برق را مبیع بدانیم و اینکه کدام یک از انواع مبیع احصاشده در قانون مدنی بر آن قابلیت شمول دارد، باید به این اختلاف پرداخت که آیا برق کالا است یا خدمت؟ زیرا اگر برق کالا نباشد و خدمت باشد، در اصل، بررسی آن ذیل عقد بیع در قانون مدنی خالی از وجه خواهد بود. معمای کشف ماهیت برق چون یک کالا یا خدمت دیرزمانی است که مطرح شده است و پاسخ آن نیز واجد آثار مهمی از جمله آثار حقوقی است. با وجود این، در خلال مذاکرات درخصوص حذف موانع تجاری بین کشورها، که در ۱۹۴۷ به انعقاد موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات)^۲ منتهی شد، بیش از گذشته به پاسخ این معما توجه شد (Marceau, 2010, p. 83-84). برخی دولت‌ها بر این نظر بودند که برق نوعی خدمت است و اساساً موضوع تعهدات دولت‌ها ذیل گات نیست (قرباغی، ۱۳۸۲، ص ۱۷۵) این چالش در دور اروگوئه و هم‌زمان با تصویب موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات (گتس)^۳ به شکل جدی‌تری مطرح شد و با توجه به تفاوت بخشودگی‌های تجاری در گات و گتس، احتساب کالا یا خدمت بودن برق آثار حقوقی و تجاری مهمی در بر داشت (همان، ص ۱۷۶). در گات و سایر اسناد سازمان تجارت جهانی، که در دور اروگوئه و بعد از آن به تصویب رسید، به صراحت به تجارت انرژی پرداخته نشده است. از همین رو و با توجه به اطلاق گات و گتس درخصوص کالا و خدمات و فقدان تعریف مشخصی از آنها، این عامل سبب اختلاف میان کشورها شد و برخی نظیر آمریکا برق را در لیست تعرفه‌ای خود ذیل کالا گنجانده و برخی دیگر آن را خدمت قلمداد کردند (همان). البته شایان ذکر است که سیستم هماهنگ کدگذاری و توصیف کالا،^۴ که از سوی سازمان جهانی گمرک تهیه شده است و ملاک عمل

۱. نظیر بورس انرژی اروپا، بازار برق نوردیک، اتحادیه برق عرب.

2. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), 1947.

3. General Agreement on Trade in Services (GATS).

4. Harmonized Commodity Description and Coding System (HS).



سازمان تجارت جهانی نیز هست، برق را زیر کد ۲۷۱۶,۰۰,۰۰ در جایگاه کالا در نظر گرفته است.^۱ اگرچه تاکنون تعریفی جامع و حقوقی از برق نشده است، به نظر می‌رسد با توجه به دلایل فنی از جمله قابل‌اندازه‌گیری بودن، قابلیت جابه‌جایی، دارا بودن ویژگی‌های کیفی از جمله ولتاژ و فرکانس، برق به‌خودی‌خود کالا است؛ اما با توجه به ترانزیت، انتقال، توزیع و خدمات جانبی،^۲ خدمت به شمار می‌رود. یادداشت تفسیری نظام کدگذاری استاندارد کالا و خدمات سازمان ملل^۳ نیز در صورتی برق را خدمت دانسته است که ارائه‌دهنده‌ای مستقل از تولیدکننده برق توزیع، ترانزیت و انتقال و خدمات جانبی^۴ را انجام دهد (Horlick & Others, 2002, p. 15, note 840).

قوانین و رویه قضایی برخی کشورها از جمله ایالات متحده نیز این برداشت را تأیید می‌کند.^۵ برای نمونه، دادگاه تجدیدنظر ماساچوست در پرونده‌ای در ۲۰۰۹، با تفسیر تعریف قانون متحدالشکل تجاری^۶ که قابلیت جابه‌جایی (حرکت) در زمان تعیین مبیع در قرارداد را وجه تمایز کالا از خدمت دانسته است،^۷ برق را قابل‌اندازه‌گیری، سرقت و انتقال (متحرک بودن) تلقی می‌کند و قراردادهای خرید و فروش برق را تحت شمول قانون متحدالشکل تجاری می‌داند.^۸ دادگاه قراردادهای تأمین برق را نیز مشمول قانون متحدالشکل تجاری می‌داند، زیرا تأمین‌کننده برقی را که از تولیدکننده خریداری کرده است بازفروش می‌کند و این قرارداد خرید خدمت از تأمین‌کننده نیست. همچنین دادگاه ورشکستی این ایالات نیز، در پرونده‌ای دیگر، برق را به سبب قابلیت جابه‌جایی و اندازه‌گیری کالا به شمار آورده و متحرک بودن را فصل کالا از املاک می‌داند.^۹ البته در رویه قضایی ایالات متحده، برخی دادگاه‌ها هم شماری از قراردادهای تأمین برق را قراردادهای خرید خدمت برشمردند.^{۱۰} معیار دیگری بر آن اشاره دارد که بسته به طرفین هر قرارداد تأمین برق، آن قرارداد را می‌توان خرید کالا یا خدمت تلقی کرد (Mäntysaari, 2015, p. 78). دلیل دیگری که کالا بودن برق را تقویت می‌کند پیشنهادی بود که شش کشور بزرگ در طی مذاکرات

۱. در اعلامیه کانادا و آمریکا برای تجارت برق تعرفه‌ای در نظر گرفته نشده است، ولی مکزیک ۱۰٪ تعرفه در نظر گرفته بود که از سال ۱۹۹۸ حذف شد.

2. Ancillary Services.

3. The United Nations Standard Products and Services Code (UNSPSC).

۴. کمیسیون فدرال مقررات‌گذاری انرژی آمریکا خدمات جانبی را این‌گونه تعریف کرده است:

«سرویس‌های لازم برای پشتیبانی از انتقال انرژی الکتریکی از محل فروشنده و یا تأمین‌کننده به محل خریدار، یا مشترک». نک:

Power Exchange Operations, Guide to Ancillary Services in the National Electricity Market, 2010, p. 12.

5. Helvey v. Wabash County REMC, 278 N.E.2d 608, 609-610 (Ind. Ct. App. 1972. and GA: Monroe v. Savannah Elec. & Power Co., 471 S.E.2d 854, 855-856 (Ga. 1996).

6. Uniform Commercial Code (UCC).

7. U.C.C. Section 2-105: (a) Goods means all things (including specially manufactured goods) which are movable at the time of identification to the contract for sale other than money in which the price is to be paid.

8. Commonwealth v. Catalano, 74 Mass. App. Ct. 580, 584 (2009).

9. Re Erving Industries, Inc., 432 B.R. 350, 370, Pra.21, (Bankr. D. Mass. 2010).

10. Hedges v. Public Service co. of Indiana.



گتس در حوزه خدمات انرژی ارائه کرده بودند. بر این اساس، فرایندهای اکتشاف، توسعه، استخراج، فراوری، تولید نیرو،^۱ حمل و نقل، ترانزیت، توزیع، بازاریابی، مصرف، مدیریت و کارایی انرژی و خدمات جانبی آن‌ها خدمت تلقی می‌شود؛ درحالی‌که برق خدمت محسوب نشده است (Horlick & Others, 2002, p. 12).

با وجود این، در بند آخر ماده ۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ۱۹۸۰، برق از شمول قلمرو موضوعی کنوانسیون خارج شده است و برخی یکی از دلایل آن را کالا نبودن برق به معنای خاص دانسته‌اند (صفایی و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۱۰). این در حالی است که برخی دیگر خصوصیات خاص برق و پیچیدگی‌هایی را که در قیاس با سایر کالاها برای معامله آن وجود دارد دلیل عمده این استثنا در کنوانسیون دانسته‌اند (Mäntysaari, 2015, p. 71).

از آنجاکه تعریف بیع در قانون مدنی ایران متأثر از منابع فقهی است، تعریف فقها از عین نیز در شمول یا عدم شمول برق به عنوان کالا ذیل عقد بیع قانون مدنی تعیین‌کننده است. فقها در تأکید شمول عقد بیع بر «تملیک عین به عوض معلوم»، بیشتر خروج اقسامی از معاملات نسبت به منفعت و برخی حقوق، نظیر حق شفعه، تحجیر، سرقتی و اختراع را در نظر داشته‌اند (بنیاد دایره المعارف اسلامی، ۱۳۷۵، ص ۲۴۸۸؛ انصاری، ۱۴۱۸، ص ۱۱/۳). به عبارت دیگر، فقهای امامیه به طور خاص به تعریف «عین» نپرداخته‌اند و مقصود آن‌ها از عین هر چیزی است که وجود خارجی و مادی (بحرانی، ۱۴۱۰ ق، ص ۲۴۶/۲۰؛ امامی، ۱۳۶۸، ص ۱۹/۱) یا ابعاد سه‌گانه طول و عرض و ارتفاع داشته باشد (خوبی، ۱۴۲۸ ق، ص ۱۶/۲). بنابر این دیدگاه، عین منحصرراً در اموال مادی است و اموال غیرمادی را در بر نمی‌گیرد. از همین رو، اختلاف فقها بر سر قابلیت معاملاتی «حقوق (حق‌ها)»، نیز مستقیم به حدود شمول «عین» برمی‌گردد. در این خصوص، به سه دیدگاه کلی در بین فقها اشاره می‌شود: مطابق نظر نخست، حق مال نیست و در عقد بیع نمی‌تواند همچون یکی از عوضین قرار گیرد (انصاری، ۱۴۱۸، ص ۹/۳). دیدگاه مقابل بر آن است که حق می‌تواند به عنوان ثمن و مبیع قرار گیرد و خود به طور مستقل مال محسوب می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ص ۳۲/۱) در دیدگاه سوم، حق فقط می‌تواند ثمن قرار گیرد، زیرا مبیع باید «عین» باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۵۷/۱).

در واقع، عین گاهی در مقابل اشیای غیرمادی و گاهی در مقابل منفعت قرار می‌گیرد و این ناشی از مشترک لفظی بودن واژه عین است که به مرور زمان معنای دوم محمول نظر عرف قرار گرفته است (کریمی و معین‌الاسلام، ۱۳۸۷، ص ۳۱۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۴۸۳). از طرف دیگر، چون فقهای امامیه اعیان را مصداق بارز اموال دانسته‌اند و از مجموع مواد ۸۷۲، ۹۴۶، ۱۲۱۴ و ۱۲۱۷ نیز چنین برمی‌آید که مقصود قانون‌گذار از مال، منحصر در اموال مادی نیست و شامل اموال غیرمادی و حقوق مالی نیز می‌شود (تفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳، ص ۴۱).

۱. فرایند تولید برق خدمت است و نه کالا. امروزه شرکت‌های بسیاری در جهان، با انعقاد قراردادهای بهره‌برداری، تولید برق در نیروگاهی را که در مالکیت شرکت دیگری است، انجام می‌دهند و بهای خدمات ارائه‌شده را دریافت می‌کنند. اما محصول نهایی این فرایند، یعنی برق، کالا است (نک: قناد و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۳۴).



علاوه بر آن، با توجه به اینکه مقصود فقها از تعریف بیع حقیقت شرعی آن نبوده است و احکام بیع از جمله احکام امضایی است، بنابراین بیع هرآنچه در عرف رواج داشته باشد، اطلاق در بیع دارد و استخدام لفظ عین از سوی فقها به منظور تفکیک بیع از اجاره صورت گرفته است و نه انحصار عین در اموال مادی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ ق.، ص ۲۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ص ۱۶/۱).

باین حال، با توجه به پیروی قانون‌گذار از عرف در خصوص اطلاق فروش به انتقال سهم در مواد ۷۸ و ۷۹ قانون تجارت، توسعه مدلول بیع و شمول آن نسبت به قراردادهای مذکور ضروری به نظر می‌رسد. در واقع، این دو ماده منسوخ ماده ۳۳۸ نیست و مبین آن است که عین در این ماده اموال غیرمادی را نیز در بر می‌گیرد (تفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳، ص ۴۶).

علاوه بر آن، برخی حقوق‌دانان نیز بر این عقیده‌اند که بایستی عین در ماده ۳۳۸ قانون مدنی را منحصر در اموال مادی دانست و انتقال اموال غیرمادی را تابع قواعد عمومی قراردادها تلقی کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۴۱).

باین حال، به نظر می‌رسد هم از نظر متخصصان فنی و هم حقوقی دلایل کالا (عین) تلقی کردن برق نسبت به خدمت محسوب کردن آن موجه‌تر است و مشخصات فیزیکی برق با تعریف حقوقی و عرفی از کالا مطابقت بیشتری دارد. از این رو، خرید و فروش برق از تخصص قراردادهای خرید خدمت و عقود مشابه خارج است و بحث بر سر شمول عقد بیع و یا ماده ۱۰ قانون مدنی بر آن‌هاست.

از آنجاکه در قانون مدنی تعیین نوع مبیع متضمن آثار و احکام خاص خود است، از این رو تعیین اینکه برق عین معین کلی فی‌الذمه یا کلی در معین است بر حقوق و تعهدات فروشنده اثر مستقیم دارد. قانون مدنی در ماده ۳۲۸ بیع را تملیک عین به عوض معلوم دانسته است. با توجه به اینکه این تعریف را واضعان قانون مدنی از فقه برگرفته‌اند، بنابراین در تشریح آنکه عین شامل چه مواردی است باید به منابع فقهی معتبر نیز رجوع کرد. از سوی دیگر، تشریح وضعیت برق در قراردادهای خرید و فروش برق نیز به تبیین ماهیت برق به عنوان عین معین کلی فی‌الذمه و کلی در معین کمک می‌کند.

اصولاً و از آنجاکه برق قابلیت نگهداری و ذخیره بعد از تولید را ندارد و بلافاصله یا کمی بعد از تولید باید مصرف شود، چنانچه مالک یا بهره‌بردار نیروگاه برق را تولید کرده باشد و به سبب نبود خریدار موفق به فروش آن نشود، متحمل خسارات زیادی خواهد شد. به همین سبب، دولت که متولی تأمین کالاهای عمومی است (باقری و میرلواسانی، ۱۳۹۱، ص ۶)، به منظور استمرار در تولید برق و تشویق سرمایه‌گذاری در بخش تولید، خرید برق از مالک یا بهره‌بردار نیروگاه را از ابتدا تضمین می‌کند تا تولیدکنندگان با خیالی آسوده در این بخش سرمایه‌گذاری کنند. بنابراین، برقی که در قراردادهای متداول خرید و فروش به عنوان مبیع لحاظ می‌شود، در لحظه انعقاد قرارداد وجود ندارد.^۱ اگر خرید و فروش برق را در قراردادی ساده و مستقل از نمونه قراردادهای موجود در نظر بگیریم، فروشنده مالکیت میزان مشخصی از برق تولیدی خود در آینده را به خریدار منتقل می‌کند. از سوی دیگر، چون مطابق تعریف ارائه شده از عین

۱. نک: قراردادهای مصوب هیئت تنظیم بازار برق ایران.



معین که آن را قابل اشاره و رؤیت با مصداقی معین در خارج دانسته‌اند، بنابراین برق به عنوان مبیع در مطلق قراردادهای خریدوفروش برق کلی است و داخل در عین معین نه به شکل موجود و نه آینده نیست. عین معین به شکل بیع مال آینده، بعد از زمان ایجاد یا به تدریج در حین آن، به شکل عین معین و در ملکیت خریدار درمی آید (پیرهادی، ۱۳۸۶، ص ۸۹).

چنانچه برق در آینده و در زمان تعیین شده در قرارداد نیز تولید شود، چون از طریق شبکه سراسری تحویل خریدار می شود، به طور معین، قابل تشخیص نیست. در واقع، برق تولیدی از سوی فروشنده به شبکه سراسری تزریق می شود و بعد از آن قابل ردیابی دقیق نخواهد بود که آیا برقی که فروشنده تحویل گرفته همان برقی است که فروشنده وارد مدار کرده است یا خیر (استافت، ۱۳۸۹، ص ۷۲۰).

حتی در صورتی که میان خریدار و فروشنده خط انتقال مجزایی وجود داشته باشد و برق مستقیم از پست تعبیه شده در نیروگاه به کتور خریدار منتقل شود، چون برق تحویلی اوصاف مشخصی نظیر ولتاژ، فرکانس دارد، نمی توان آن را بیع عین معین در آینده دانست. البته شایان ذکر است، هم از نظر فنی احداث خطوط انتقال مجزا بین همه تولیدکنندگان و خریداران مقدور و به صرفه نیست و هم معمولاً میزان برق تولیدی یک واحد نیروگاهی به مصرف چند مصرف کننده می رسد (قناد و مسگری، ۱۳۸۴، ص ۴۹). از این رو تحقق چنین فرضی در عالم واقع به ندرت روی می دهد (کرشن و استرگ، ۱۳۸۶، ص ۹۴). در نتیجه و با توجه به خصایص ذاتی برق، اصولاً بیع برق به شکل کلی صورت می پذیرد و به مجرد وقوع بیع خریدار مالک مبیع خواهد شد.

بیع به صورت کلی منحصر است در دو قسم کلی فی الذمه و کلی در معین. در هر دو این قسم از بیع، مالکیت مبیع در هنگام تسلیم و تعیین مصداق به خریدار منتقل می شود. حقی که خریدار تا زمان تسلیم و تعیین مصداق از آن برخوردار است، حقی است دینی و در صورت تسلیم نشدن در موعد مقرر، خریدار حق دریافت غرامت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۱۳۹). بنابراین از آن زمان که فروشنده برق تولیدی را مطابق جدول زمان بندی توافق شده در قرارداد وارد مدار کند، خریدار نسبت به آن میزان از برق تولیدی نیروگاه که در آن بازه زمانی خریداری کرده است حق عینی خواهد داشت. بنابراین مدیر شبکه موظف است سهم خریدار از برق موجود در شبکه را به وی تحویل دهد. درواقع، مدیر شبکه به مثابه متصدی حمل عمل می کند که مبیع را از فروشنده دریافت و به خریدار تحویل می دهد. از زمان تحویل برق به شبکه، عمل مادی تسلیم و به همراه آن تعیین مصداق نیز صورت گرفته است و مالکیت آن میزان برق تحویل شده به شبکه مطابق قرارداد، از زمان تحویل، به خریدار منتقل می شود. تصور حق عینی خریدار در بیع برق شاید همانند سایر اقسام بیع چندان سهل نباشد، زیرا برق اگرچه دارای ویژگی های مشخص است، از حیث مادی قابل رؤیت و ملموس، و توقیف و بازداشت آن ممکن نیست. از این رو، شاید بتوان حق عینی برای خریدار را در قالب حق برداشت قائل شد، به میزانی که فروشنده برق وارد شبکه کرده است (استافت، ۱۳۸۹، ص ۷۳۵). همان گونه که خریدار در سایر اقسام بیع بعد از انتقال مالکیت حق هرگونه تصرف در مایملک خود را دارد، خریدار در قرارداد بیع برق نیز می تواند نسبت به انتقال یا فروش



برق در اختیار خود به سایر مصرف‌کنندگان اقدام کند. بنابراین، تا زمان تحویل برق از سوی فروشنده به شبکه، خریدار از حق دینی برخوردار است و چنانچه فروشنده از تسلیم مبیع خودداری کند، حق مطالبه خسارت برای خریدار باقی است.

گفتار دوم: تعهدات فروشنده

الف: تسلیم مبیع

مهم‌ترین تعهد هر فروشنده در قرارداد بیع تسلیم مبیع است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۱۴۷). قراردادهای بیع برق نیز از این قاعده مستثنا نیست و براساس آن، فروشنده موظف به تحویل برق مطابق قرارداد خواهد بود. فروشنده در تحویل برق در طول مدت قرارداد، علاوه بر تحویل به میزان و در زمان توافق‌شده، باید برق را با کیفیت معین‌شده در قرارداد عرضه کند (ناظمی و دیگران، ۱۳۹۰، ص ۴۳-۴۵).

نکول فروشنده از تسلیم مبیع در قراردادهای بیع برق به شکل توقف تولید نیروگاه روی می‌دهد. توقف تولید نیروگاه ممکن است مستند به بهره‌بردار یا مالک نیروگاه، مدیر شبکه یا عامل ثالثی نظیر قطع سوخت نیروگاه یا حوادث طبیعی باشد. در شق نخست، مالک یا بهره‌بردار نیروگاه ممکن است به اختیار خود تصمیم به توقف تولید بگیرند یا تقصیر وی نظیر تعمیرنشدن به‌موقع تجهیزات سبب توقف تولید نیروگاه شود. در این مواقع، چون شرکت مدیریت شبکه برق ایران، براساس قراردادهای از قبل منعقدشده، برق مصرف‌کنندگان را از برق موجود در شبکه سراسری تأمین می‌کند، بنابراین خریدار در هر حال برق را مطابق قرارداد دریافت خواهد کرد.^۱ اما چون فروشنده مطابق قرارداد ترانزیت برق با مدیر شبکه میزان برق تعهدشده را وارد مدار نکرده است، علاوه بر جبران هزینه برقی که مدیر شبکه از سهم خود به خریدار تحویل داده است، ضامن پرداخت همه خسارات ناشی از توقف تولید خواهد بود.

در صورتی که توقف تولید به سبب دستورات مرکز راهبری شبکه برق کشور باشد، در مدت توقف برق، همه خریداران نیروگاه از محل شبکه سراسری تأمین خواهد شد و در صورتی که نیروگاه مجموع تولید برق خود را بدون انعقاد قرارداد خاصی به شبکه تزریق می‌کرده است، مستحق دریافت خسارت فرصت ازدست‌رفته است و در موقعیتی قرار خواهد گرفت که گویی نیروگاه در حال فعالیت بوده است. چنانچه توقف تولید مستند به عاملی خارجی یا حادثه طبیعی باشد، بایستی حوادث قهریه و دخالت شخص ثالث از هم تفکیک شود. در مورد نخست، مطابق شرط فورس‌ماژور مندرج در قراردادهای خرید برق، در صورتی که انتفای اجرای قرارداد مستند به عامل غیرقابل پیش‌بینی، کنترل و احتراز باشد، طرفین مسئولیتی نسبت به انجام تعهدات خود نخواهند داشت. اما در صورتی که شخصی ثالث عامل توقف تولید نیروگاه باشد، مالک یا بهره‌بردار حق رجوع نسبت به بهای برق تولیدنشده و خساراتی را دارد که باید به مدیر شبکه بپردازد (امینی، ۱۳۸۸، ص ۳۴).

۱. بند ۶ ماده ۱۰ قرارداد ترانزیت برق، مصوب وزارت نیرو.



در نتیجه و با توجه به اینکه اصولاً مدیر شبکه، به منظور اجرای قراردادهای خرید و فروش برق به میزان حجم کل آن‌ها در بازه‌های زمانی، برای ورود برق به مدار برنامه‌ریزی‌های لازم را انجام داده است و بخشی از ظرفیت نیروگاه‌ها نیز آماده به تولید حفظ می‌شود، خریدار میزان برق تعهدشده از سوی فروشنده را، حتی در صورت نکول وی از تسلیم مبیع، در مدت قرارداد دریافت خواهد کرد. شایان ذکر است، طبق ماده ۱۰ دستورالعمل تعیین شرایط و روش صادرات برق، در صورت توقف تولید نیروگاه، مدیر شبکه حداکثر به میزان ۵ درصد از میزان برق تعهدشده را تأمین خواهد کرد. بنابراین چنانچه خریدار خارجی باشد، امکان نکول ارادی و غیرارادی فروشنده از تسلیم مبیع مطرح می‌شود که در این صورت، الزام فروشنده به تسلیم و مطالبه خسارت تابع قانون حاکم و قرارداد طرفین خواهد بود.

هرچند در ظاهر با توقف تولید دریافت خریدار نیز باید متوقف شود، اما به سبب آنکه تحویل از طریق شبکه سراسری برق صورت پذیرفته است، ردیابی برق تزریق‌شده تولیدکننده به شبکه ممکن نیست (کرشن و استرگ، ۱۳۸۶، ص ۶۴۳).

بنابراین مدیر شبکه برق مصرف‌کنندگان طرف قرارداد فروشنده را مطابق قرارداد و از محل ظرفیت شبکه سراسری تأمین می‌کند.^۱ گفتنی است که بهره‌بردار سیستم (مدیریت شبکه برق ایران) از مجموع قراردادهای خود، توانیر و ثبت‌شده در بورس انرژی اطلاع دارد و براساس آن ظرفیت شبکه را مدیریت می‌کند.^۲ چنانچه تولیدکنندگان براساس قرارداد به تولید مبادرت کرده باشند، باید هزینه خدمات انتقال (ترانزیت و جابه‌جایی) را به شرکت مدیریت شبکه پرداخت کنند. درواقع بهره‌بردار سیستم که مالک خطوط انتقال است همانند متصدی حمل و نقل عمل و هزینه‌های حمل را دریافت می‌کند.^۳ چنانچه شرکت تولیدکننده مطابق مفاد قرارداد برق تولید نکرده باشد، مکلف به پرداخت جریمه خواهد بود.^۴ بنابراین خریداران برق در ایران، در همه قراردادهای برق خود را دریافت خواهند کرد و با ریسک نکول فروشنده از تحویل برق مواجه نیستند.^۵ درحقیقت، مدیر شبکه با اعلام اجرا یا عدم اجرای قرارداد به اتاق پایپای بورس، زمینه تسویه قراردادهای منعقدشده در بورس را فراهم خواهد کرد و درخصوص قراردادهای توانیر و خود مدیریت شبکه نیز، فروشنده مکلف به پرداخت خسارت توقف غیرموجه تولید و سایر خسارات خواهد بود.^۶ شایان ذکر است رشد قراردادهای در بورس انرژی مسئله انحصار در بخش خرید برق را نیز تا حد قابل قبولی مرتفع می‌کند و شرکت‌های تولیدی به خریداران متعددی دسترسی خواهند داشت و ناچار به پذیرش مفاد قراردادهای الحاقی توانیر و مدیریت شبکه برای عرضه برق تولیدی خود

۱. البته لازمه این تأمین انعقاد قرارداد پشتیبان میان مصرف‌کننده شرکت مدیریت شبکه برق ایران است. ماده ۱۲ قرارداد ترانزیت برق.

۲. ماده ۲ و تبصره و بند ۴ ماده ۷ اساسنامه شرکت مدیریت شبکه برق ایران، مصوب ۱۳۸۳.

۳. بند ۲ ماده ۲ اساسنامه شرکت مدیریت شبکه برق ایران، مصوب ۱۳۸۳.

۴. بند ۵ ماده ۹ قرارداد خرید تضمینی برق از سوی شرکت مدیریت شبکه، مصوب ۱۳۸۸ هیئت تنظیم بازار برق ایران.

۵. بند «ر» ماده ۲ قرارداد خرید تضمینی برق مولد مقیاس کوچک از سوی توانیر، مصوب ۱۳۸۸.

۶. همان.



نخواهند بود.^۱

مطابق ماده ۳۸۱ و ۳۸۲ قانون مدنی، هزینه تسلیم مبیع برعهده بایع و تسلیم ثمن برعهده خریدار است، مگر آنکه در این خصوص عرفی غالب باشد یا طرفین خلاف آن شرط کرده باشند. در قراردادهای خرید و فروش برق، اصولاً دو تعهد در این خصوص برعهده بایع است. نخست تأمین هزینه ترانزیت برق در شبکه و دیگری جبران تلفات شبکه. از آنجاکه نگهداری خطوط انتقال برق متضمن هزینه است، هزینه آن از ترانزیت کنندگان اخذ می‌شود. براساس آیین‌نامه ترانزیت برق، هزینه ترانزیت هر کیلووات برق براساس فرمول مشخصی محاسبه و در صورت حساب فروشنده برق لحاظ می‌شود. درواقع چون تسلیم برق خارج از شبکه سراسری برق به خریدار ممکن نیست، بنابراین هزینه‌های تسلیم برق به مشتری تا نقطه تحویل برعهده فروشنده است. جز هزینه ترانزیت، چون انرژی الکتریکی پس از پیمایش مسیر دچار افت ولتاژ و بخشی از آن در مسیر تلف می‌شود. بنابراین چنانچه فرض کنیم خط انتقال منحصراً بین خریدار و فروشنده وجود داشته باشد و وی ۱۰۰ مگاوات وارد مدار انتقال کرده باشد، پس از طی مسیر، انرژی دریافتی خریدار قطعاً کمتر از ۱۰۰ مگاوات خواهد بود. بنابراین اگر فروشنده طبق قرارداد، ۱۰۰ مگاوات برق به خریدار فروخته باشد، باید با احتساب میزان تلفات شبکه توان بیشتری را به شبکه تزریق کند تا انرژی خالص دریافتی خریدار مطابق قرارداد باشد. این میزان مازاد انرژی تزریقی از سوی فروشنده به شبکه جزو هزینه‌های تسلیم مبیع به خریدار تلقی می‌شود. باین حال امکان توافق خلاف این قاعده وجود دارد، اما در صورت سکوت، همه هزینه‌های تسلیم مبیع از جمله اجرت حمل آن به محل تسلیم و تلفات شبکه برعهده فروشنده خواهد بود.

نکته بعد درخصوص عرضه برق هزینه انتقال و تلفات خطوط انتقال است. هزینه ترانزیت برق از نقطه تحویل به انتقال‌دهنده تا نقطه مصرف برعهده فروشنده است و قبل از انعقاد هر قرارداد خرید و فروش، نیروگاه باید مجوز اتصال به شبکه و قرارداد ترانزیت با بهره‌بردار سیستم (شرکت مدیریت شبکه) را منعقد کند.^۲ البته هزینه‌های ترانزیت در بهای برقی که خریدار باید بپردازد لحاظ می‌شود. از آنجاکه براساس قاعده کل مبیع تلف قبل القبض و هو من مال بایعه (عربیان و خدابخشی، ۱۳۹۱، ص ۳۱)، تلفات خطوط انتقال برعهده فروشنده خواهد بود. بنابراین فروشنده باید مضاف بر میزانی که در قرارداد با مصرف‌کننده متعهد به تأمین آن شده است، به میزانی که انتقال‌دهنده اعلام می‌کند نیز به شبکه تزریق کند. برای نمونه، چنانچه ترانزیت از طریق خط انتقال مستقلی بین خریدار و فروشنده صورت پذیرد و فروشنده در نقطه تحویل در یک بازه زمانی ۱۰۰ مگاوات برق تزریق کند، به سبب تلفات خط انتقال، دستگاه اندازه‌گیری خریدار کمتر از ۱۰۰ مگاوات را نشان خواهد داد. بنابراین فروشنده باید مقدار توان بیشتری را به خط تزریق کند تا خریدار به‌طور خالص ۱۰۰ مگاوات (میزان بار توافق شده در قرارداد)

1. See: <http://www.tsetmc.com/Loader.aspx?ParTree=15131R>. Accessed on 11 July 2014.

۲. بند «ر» ماده ۲ قرارداد خرید تضمینی برق مولد مقیاس کوچک از سوی توانیر، مصوب ۱۳۸۸.



از خط برداشت کند.^۱

ب: رعایت استانداردهای فنی و ایمنی

به سبب لزوم اتصال نیروگاه به شبکه برای عرضه برق، بهره‌بردار نیروگاه موظف به رعایت همه ضوابط فنی و ایمنی به منظور حفظ پایداری و امنیت شبکه است. علاوه بر آن، ضوابط فنی مرتبط با بهره‌برداری نیروگاه نیز باید مطابق قرارداد و دستورالعمل‌های فنی مربوط رعایت شود.^۲ رعایت نکردن ضوابط فنی ممکن است، علاوه بر اختلال در شبکه، به وقوع حادثه در نیروگاه منجر شود. این تعهد بائع به تحویل برق با مشخصات مندرج در قرارداد نیز اثر می‌گذارد. به عبارت دیگر، رعایت استانداردها هم ناظر بر مشخصات و کیفیت برق تحویلی^۳ و هم ناظر بر رعایت ضوابط اتصال به شبکه و نگهداری و بهره‌برداری از نیروگاه است.^۴ بدیهی است چون برق مانند سایر کالاها قابلیت استرداد و ذخیره ندارد، براساس گزارش دستگاه‌های اندازه‌گیری، اگر برق تحویلی مطابق با قرارداد نباشد، خریدار استحقاق دریافت خسارت را خواهد داشت و فروشنده نیز موظف به تحویل برق مطابق مشخصات توافق شده خواهد بود. همچنین فسخ قرارداد در این موارد از سوی خریدار ممکن است و مدیر شبکه، به استناد حفظ پایداری شبکه، به قطع اتصال فروشنده مجاز خواهد بود.^۵ همچنین رعایت دستورات مرکز کنترل شبکه برق نیز از تعهدات اساسی فروشنده به شمار می‌رود که در صورت نقض، باید از عهده خسارات وارد به شبکه بر بیاید.^۶ رعایت دستورات این مرکز گاه ممکن است منجر به توقف موقتی تولید نیروگاه شود. در این شرایط، بائع در ازای سهم برقی که به مدیر شبکه می‌فروشد مستحق دریافت ثمن مشابه زمان تولید نیروگاه خواهد بود.^۷ اما در ازای بقیه ظرفیت تولیدی، مدیر شبکه تعهدی ندارد.^۸ از آنجاکه ممکن است بائع با خریداران دیگری جز توانیر یا مدیر شبکه قرارداد فروش برق منعقد کرده باشد، در چنین مواردی، قادر به تحویل برق به شبکه نخواهد بود. بنابراین ضروری است مدیر شبکه برق خریداران نیروگاه مذکور را از شبکه سراسری تأمین کند^۹ و چون توقف تولید مستند به بهره‌بردار نیروگاه نیست، پرداخت خسارت به مدیر شبکه نیز منتفی است.

۱. ماده ۹ قرارداد ترانزیت برق.

۲. بند ۴ ماده ۹ قرارداد خرید تضمینی برق از سوی شرکت مدیریت شبکه برق ایران، مصوب ۱۳۸۸.

۳. بند ۵ ماده ۹ قرارداد خرید تضمینی برق از سوی شرکت مدیریت شبکه برق ایران، مصوب ۱۳۸۸.

۴. بند ۴ ماده ۹ قرارداد خرید تضمینی برق از سوی شرکت مدیریت شبکه برق ایران، مصوب ۱۳۸۸.

۵. ماده ۹ قرارداد ترانزیت برق.

۶. همان.

۷. تبصره بند ۲ ماده ۶، قرارداد خرید تضمینی برق از سوی شرکت مدیریت شبکه برق ایران، مصوب ۱۳۸۸.

۸. همان.

۹. بند «ث» ماده ۲ قرارداد خرید تضمینی برق از سوی شرکت توانیر، مصوب ۱۳۸۸.



ج: ارائه گزارش برق عرضه شده

فروشنده می‌بایست، براساس داده‌های دستگاه‌های اندازه‌گیری، گزارشی از میزان برق تحویلی در فواصل ذکر شده در قرارداد به خریدار ارائه نماید.^۱ همچنین صدور صورت حساب نیز براساس داده‌های وسایل اندازه‌گیری اصلی صورت می‌گیرد.^۲ اینکه وسایل سمت فروشنده یا خریدار وسایل اصلی و مبنای صدور صورت حساب قرار گیرد، بنابر توافق طرفین خواهد بود. پس اگر وسایل اصلی سمت فروشنده باشد، صدور صورت حساب نیز برعهده فروشنده خواهد بود و برعکس. در صورت نبود توافق درخصوص مفاد صورت حساب، پرداخت براساس صورت حساب صادر شده علی الحساب خواهد بود و تسویه نهایی براساس رأی کارشناس یا مقام حل اختلاف انجام خواهد شد.^۳

گفتار سوم: تعهدات خریدار

الف: پرداخت ثمن

همان‌طور که گفته شد، چنانچه وسایل اندازه‌گیری سمت خریدار اصلی (مبنای محاسبه) باشد، خریدار براساس داده‌های آن صورت حساب برق فروخته شده را صادر و پرداخت خواهد کرد.^۴ باین حال، چنانچه این وسایل دچار نقص فنی شود یا خطای اندازه‌گیری آن‌ها از میزان توافق شده در قرارداد بیشتر باشد، داده‌های وسایل اندازه‌گیری پشتیبان که ممکن است در سمت تأسیسات فروشنده یا خریدار نصب شده باشد، مبنای صدور صورت حساب و پرداخت آن خواهد بود.^۵ پس از صدور صورت حساب، خریدار موظف به ارسال آن برای فروشنده خواهد بود و چنانچه فروشنده اعتراضی به صورت حساب داشته باشد، مبلغ مندرج در صورت حساب اولیه را علی الحساب دریافت خواهد کرد تا اختلاف مزبور از طریق کارشناس منتخب هیئت تنظیم بازار برق حل و فصل شود.^۶ اما در قراردادهای دوجانبه در بازار برق ایران، چالش عمده نه بر سر مفاد صورت حساب، که در خصوص پرداخت آن است. توانیر و مدیر شبکه، به سبب کمبود نقدینگی و تکلیفی بودن قیمت فروش نهایی برق به مصرف‌کنندگان، قادر به پرداخت به موقع بهای برق فروخته شده نیستند.

از سوی دیگر، از آنجاکه برق برخلاف انواع کالاهای ملموس دیگر قابل ذخیره‌سازی و یا استرداد نیست، بنابراین پرداخت نکردن یا تأخیر در پرداخت ثمن برق تحویل شده به خریدار تعادل اقتصادی

۱. بند ۷ ماده ۹ قرارداد خرید تضمینی برق از سوی شرکت مدیریت شبکه برق ایران، مصوب ۱۳۸۸.

۲. ماده ۶ قرارداد خرید تضمینی برق از سوی شرکت مدیریت شبکه برق ایران، مصوب ۱۳۸۸.

۳. بند ۳ ماده ۸ قرارداد خرید تضمینی برق از سوی شرکت مدیریت شبکه برق ایران، مصوب ۱۳۸۸.

۴. ماده ۶ قرارداد خرید تضمینی برق از سوی شرکت مدیریت شبکه برق ایران، مصوب ۱۳۸۸.

۵. البته اصولاً صدور صورت حساب برعهده فروشنده و بر مبنای وسایل اندازه‌گیری وی است، مگر آنکه خلاف آن در قرارداد توافق شده باشد.

۶. بند ۳ ماده ۸ قرارداد خرید تضمینی برق از سوی شرکت مدیریت شبکه برق ایران، مصوب ۱۳۸۸.



قرارداد را برهم خواهد زد. از یک سو، مالک نیروگاه برق تولیدی خود را به شبکه تحویل کرده است و امکان استرداد مبیع ممکن نیست. از سوی دیگر، مالک نیروگاه نمی‌تواند به استناد حق حبس از تحویل برق در طول دوره قرارداد بهره جوید به این سبب که خریدار صورت حساب‌های دوره‌ای خود پرداخته است. زیرا لازمه فعالیت نیروگاه‌های برق تبعیت از دستورات مرکز کنترل شبکه برق کشور است.^۱ مجموع واحدهای تولید برق باید خروج از مدار و ورود به آن را با هماهنگی و مجوز قبلی این مرکز انجام دهند، در غیر این صورت باید متحمل خسارات وارد شده به شبکه باشند. از آنجاکه تأمین برق به منزله کالایی راهبردی ابعاد سیاسی و امنیتی نیز دارد، مالک نیروگاه چنانچه بدون مجوز مرکز تولید را متوقف کند باید از عهده خسارات احتمالی به شبکه برآید؛ حتی ممکن است در تفسیری موسع، متهم به اخلاف در امنیت ملی و نظام اقتصادی کشور شود.^۲ در نمونه جدید قراردادی خرید برق از سوی شرکت مدیریت شبکه، مصوب ۱۳۹۱، در صورت تأخیر پرداخت ثمن از سوی خریدار، خسارتی تأخیر در پرداخت هم در نظر گرفته شده است. هرچند احتمال پرداخت نشدن کل یا بخشی از ثمن در همه معاملات و قراردادها متصور است، اما در بیشتر قراردادها فروشنده امکان توسل به حق حبس را خواهد داشت؛ درحالی‌که در قراردادهای خرید توان، این امکان به دلایل ذکر شده وجود ندارد. گفتنی است خرید و فروش برق در بورس انرژی، برخلاف قراردادهای دوجانبه، ریسک نکول احد طرفین از تعهدات قراردادی خود را به میزان چشمگیری کاهش می‌دهد. وجود سازوکار اتاق پایاپای در معاملات بورسی، همچون ابزاری برای تضمین اجرای تعهدات طرفین قرارداد عمل می‌کند و چنانچه یکی از طرفین قرارداد از اجرای تعهدات خود سر باز زند، خسارت طرف مقابل از محل تضمینات و وثایق سپرده شده نزد اتاق پایاپای پرداخت و تسویه می‌شود (اسفندیاری فر، ۱۳۹۲، ص ۸۲). بنابراین به نظر می‌رسد که ارتقای زمینه‌های رشد معاملات بورس انرژی سطح اطمینان اجرای تعهدات را به میزان چشمگیری افزایش داده است و به طبع، به افزایش تولید برق و در نتیجه امنیت عرضه برق می‌انجامد. البته افتتاح اعتبار اسنادی خریدار به نفع فروشنده نیز از راهکارهای حذف ریسک عدم پرداخت ثمن از سوی خریدار است.^۳

ب: دریافت برق

دریافت مبیع از تعهدات مشتری است (علوم یزدی، ۱۳۹۰، ص ۷۲)، بنابراین مشتری باید لوازم مربوط

۱. تبصره ۱ ماده ۷ اساسنامه شرکت مدیریت شبکه برق ایران:

تبصره: برای حفظ پایایی و امنیت شبکه برق، همه مالکان و بهره‌برداران تأسیسات تولید و انتقال نیروی برق متصل به شبکه برق کشور موظف‌اند از روش و تصمیمات مصوب مرکز ملی راهبردی و پایش شبکه برق کشور پیروی کنند و آن‌ها را به موقع به اجرا بگذارند و آمار و اطلاعاتی لازم را در اختیار قرار دهند.

۲. بند «ب» ماده ۱ قانون مجازات اخلاف گران در نظام اقتصادی کشور: «اخالل در امر توزیع مایحتاج عمومی از طریق گران‌فروشی کلان ارزاق یا سایر نیازمندی‌های عمومی و احتکار عمده ارزاق یا نیازمندی‌های مزبور و پیش‌خرید فراوان تولیدات کشاورزی و سایر تولیدات لازم برای عامه و امثال آن‌ها به منظور ایجاد انحصار یا کمبود در عرضه آن‌ها.»

۳. برای مثال نک: ماده ۸ قرارداد ترانزیت برق.



به آن را فراهم کند و در تاریخ تعیین شده اقدام به دریافت مبیع نماید (بیات و بیات، ۱۳۹۳، ص ۲۹۹-۳۰۰)

بنابراین، در صورتی که بایع مبیع را تسلیم کرده باشد اما خریدار از دریافت آن استنکاف ورزد، موظف به پرداخت ثمن خواهد بود.^۱ اما از آنجاکه دریافت برق از طریق شبکه صورت می گیرد، ممکن است خریدار به دلایلی که مستند به خود وی نیست موقتاً از دریافت برق ناتوان شود. اما در مواردی که امکان نداشتن دریافت برق مستند به خریدار از جمله ناشی از نقص فنی در تأسیسات خریدار باشد، خریدار موظف به پرداخت ثمن و خسارات است.^۲ در واقع مصرف کننده موظف است به پرداخت میزان برق توافقی شده در قرارداد یا مصرف واقعی خود، هر کدام که بیشتر باشد.^۳ در غیر این صورت و در مواردی که دریافت نکردن مبیع به سبب اعمال خاموشی از سوی مدیر شبکه باشد، مدیر شبکه بهای آن بخش از توان تحویل نشده و خسارات مربوط به آن را به فروشنده خواهد پرداخت.^۴ بدیهی است، در این موارد، خریدار از باب مسئولیت قراردادی می تواند برای دریافت خسارات به عرضه کننده مراجعه کند.^۵ بنابراین در این موارد مالک نیروگاه فقط مالک ثمن میزان برقی است که در نقطه تحویل مورد نظر خریدار به وی تحویل داده است یا می باید تحویل شود و ترانزیت کننده تحویل نداده است.^۶ در واقع عبور جریان الکتریکی از نقاط تحویل و دستگاه های اندازه گیری جریان برق به مثابه قبض مبیع از سوی خریدار است.^۷ بنابراین ریسک های توقف تولید و عدم امکان تحویل برق به خریداران بر عهده مالک نیروگاه است، مگر آنکه خلاف آن شرط شده باشد.^۸ در نمونه های قراردادی خرید برق، به منظور پوشش برخی از ریسک ها، از جمله ریسک هایی که مستند به عمل مالک نیروگاه نیست، سعی بر آن شده است تا مالک نیروگاه در وضعیتی قرار گیرد که گویا تولید و عرضه برق به شبکه متوقف نشده است.

نکته پایانی اینکه به نظر نمی رسد وزارت نیرو و مرکز کنترل شبکه، جز در موارد حادثه قهریه، فقط به سبب صدور دستورات مبنی بر خروج و ورود از شبکه، اعمال خاموشی بر مصرف کننده، یا تنظیم ظرفیت خطوط انتقال در قبال شرکت های فعال در بازارهای برق در بخش های تولید، انتقال و توزیع و همچنین مصرف کنندگان مکلف به پرداخت خسارات ناشی از این موارد باشند. زیرا این مرکز وظیفه حفظ پایداری و استمرار شبکه را بر عهده دارد و همه مشتریان و شرکت های فعال در بازار از تداوم عرضه

۱. همان.

۲. بند ۶ ماده ۳ شرایط خصوصی قرارداد تأمین برق مصرف کننده.

۳. همان.

۴. بند دو ماده ۱۱ قرارداد ترانزیت برق.

۵. ماده قرارداد ترانزیت برق.

۶. همان.

۷. ماده ۷ قرارداد خرید تضمینی برق از سوی مدیر شبکه، مصوب ۱۳۸۸.

۸. ماده ۱۲ قرارداد ترانزیت برق.



و پایایی شبکه بهره می‌برند و ناگزیر عوارض ناشی از آن را نیز باید به نحو منطقی بین همه بهره‌مندان توزیع کند. البته وجود سازوکار بیمه هم راهکاری برای پوشش ریسک‌ها و پرداخت خسارات در این موارد است (پیکارجو، ۱۳۸۲، ص ۵۵۹).

ج: تأمین سوخت

در بیشتر کشورهایی که تجدید ساختار صنعت برق در آن‌ها تکامل یافته، بخش تولید برق سوخت لازم برای نیروگاه‌های حرارتی را با انعقاد قرارداد تأمین سوخت با شرکت‌های دولتی یا خصوصی تأمین می‌کند. در ایران، تأمین سوخت لازم برای نیروگاه‌ها فقط در وزارت نفت و شرکت‌های تابعه از جمله شرکت ملی گاز ایران تأمین می‌شود. اصولاً خریدار متعهد به جبران سوخت مورد نیاز فروشنده (نیروگاه) نیست، اما در قراردادهای خرید تضمینی برق، گاه مدیر شبکه یا توانیر متعهد به تأمین سوخت نیروگاه می‌شوند.^۱ بر این اساس، چنانچه توقف تولید مستند به تأمین نشدن سوخت باشد، مدیر شبکه یا توانیر موظف به تأمین برق مصرف‌کنندگان طرف قرارداد تولیدکننده از شبکه سراسری است و بهای آن یا خسارت فرصت ازدست‌رفته را به تولیدکننده پرداخت خواهد کرد.^۲

تعهدات بیان‌شده در دو گفتار پیشین مهم‌ترین و اساسی‌ترین (و نه همه) تعهدات خریدار و فروشنده در نظام حقوقی ایران تلقی می‌شوند، اما تعهدات آن‌ها محدود به موارد فوق نیست و بسته به طرفین و تضمینی بودن یا نبودن قرارداد و تیپ قرارداد، تعهدات متفاوت خواهد بود. هرچند بخشی از این تفاوت‌ها به شرایط قراردادهای بستگی دارد، به نظر می‌رسد به منظور شفافیت بیشتر و برخورداری همه فعالان از شرایط مساوی و عدم تبعیض تا جای ممکن باید قراردادهای یکسان‌سازی شوند.

۴. ضمان معاوضی

در قراردادهای بیع کالاهای رایج، از لحظه انعقاد عقد تا تسلیم مبیع به خریدار، چنانچه تسلیم هم‌زمان با انعقاد قرارداد یا به‌طور عرفی بلافاصله بعد از آن صورت نگیرد، مبیع در معرض نقص یا تلف (اعم از جزئی و کلی) قرار می‌گیرد. براساس زمان انتقال ضمان معاوضی، مشخص می‌شود کدام‌یک از طرفین قرارداد متحمل خسارت مبیع در این فاصله هستند. به‌طور کلی، ضمان معاوضی ممکن است در زمان وقوع عقد، انتقال مالکیت یا تسلیم مبیع به خریدار منتقل شود. در فرض نخست، مشتری خود عهده‌دار کل خساراتی خواهد بود که از آن لحظه بر مبیع وارد می‌آید. در صورتی که ضمان معاوضی با انتقال مالکیت به خریدار منتقل شود، خسارات وارد شده قبل از آن بر عهده بایع و پس از آن بر عهده مشتری خواهد بود. در فرض آخر نیز، مشتری تا هنگامی که مبیع به وی تسلیم نشده باشد عهده‌دار هیچ‌گونه خسارتی نیست و تلف از مال بایع خواهد بود. نظام‌های حقوقی بر سر زمان انتقال ضمان معاوضی متفق

۱. بند ۲ ماده ۴ خرید تضمینی برق از سوی توانیر، مصوب ۱۳۸۸.

۲. بنده ۳ ماده ۴ خرید تضمینی برق از سوی توانیر، مصوب ۱۳۸۸.



نیستند و در این خصوص اختلافاتی هست. این اختلافات در زمان تدوین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز محل بحث و مناقشه بوده است. هرچند بیع برق به‌صراحت از شمول کنوانسیون خارج شده است، از آن جهت که انتقال ضمان در قراردادهای متضمن حمل یا بدون نیاز به حمل مورد اشاره قرار گرفته است، برای یافتن راه‌حلی مناسب خالی از فایده نیست. بیع برق در سرتاسر جهان از راه شبکه‌های انتقال و توزیع اجرا می‌شود. بنابراین تولیدکننده برق جز تحویل مبیع از راه شبکه‌های موجود انتقال و توزیع راه دیگری ندارد. بهره‌بردار یا مدیر شبکه در همه کشورهای متصدی اصلی و در اصل مالک شبکه‌های انتقال نیز هست. از این‌رو مجموعه خطوط انتقال، اعم از سیم‌ها، برج‌های انتقال، تجهیزات قرائت و دیسپاچینگ، وسیله‌ای برای حمل برق تا مقصد و تحویل به خریدارند (استافت، ۱۳۸۹، ص ۳۴۵). از آنجاکه معمولاً بین نیروگاه‌های تولید برق تا محل‌های مصرف فواصل زیادی وجود دارد، بنابراین یک متصدی حمل (بهره‌بردار یا مدیر شبکه) برق را به مشتری تحویل می‌دهد و هزینه‌های آن را نیز دریافت می‌کند. این فرایند در قراردادهای خرید و فروش برق ترانزیت اطلاق می‌شود. درواقع، قرارداد ترانزیت فروشنده برق با مدیر شبکه همان قرارداد حمل در بیع بین‌المللی یا داخلی کالا است و در قراردادهای خرید و فروش برق نقاط تحویل و دریافت مشخص می‌شود. شایان ذکر است که چون جریان برق مداوم در سیم‌ها جریان دارد، بنابراین تلف به معنای عرفی آن، اعم از جزئی یا کلی در خصوص سایر کالاها، در قیاس با برق مصداق ندارد. درواقع منظور از تلفات در قراردادهای خرید و فروش برق مقدار معینی از هر کیلووات برق است که با توجه به فاصله انتقال تا مقصد، ولتاژ و فرکانس جریان برق در نظر گرفته می‌شود.^۱ همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، عددی که وسایل اندازه‌گیری سمت فروشنده در نقطه تحویل برای میزان برق وارد شده به شبکه نشان می‌دهد باید بیشتر از مقدار بار تعهد شده در قرارداد باشد. بنابراین تلفات برق تا زمانی که به نقطه مصرف برسد برعهده فروشنده است.^۲

بنابراین برخلاف قاعده اصلی انتقال ضمان معاوضی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا که از لحظه تحویل مبیع به متصدی حمل ضمان به مشتری منتقل می‌شود، به‌سبب ویژگی‌های خاص برق، این تلفات برعهده مدیر شبکه که وظیفه انتقال برق را برعهده دارد نیست. فروشنده هم باید از آنچه در قرارداد به خریدار تعهد کرده است میزان بیشتری (که مدیر شبکه اعلام می‌کند) را وارد مدار کند تا، پس از کسر تلفات، خریدار همان میزان را از شبکه برداشت کند.

ماده ۳۸۷ قانون مدنی که ناظر بر انتقال زمان معاوضی است، در صورتی که قبل از تسلیم مبیع تلف شود، بیع را منفسخ و فروشنده را عهده‌دار ضمان دانسته است. حکم این ماده ناظر بر تلف کلی مبیع و نه جزئی آن است. بنابراین در موارد تلف جزئی از مبیع عقد منفسخ نمی‌شود. همچنین حکم این ماده را در بیع کالاهایی نظیر برق و آب و گاز که جریان مستمر دارند و ابعاد و تمامیت آن‌ها قابل اشاره نیست تسری ندارد، چون تلف جزئی از برق در حین انتقال و قبل از دریافت مشتری همانند تلف اتومبیلی

۱. بند ۱۷ ماده ۱ قرارداد ترانزیت برق، مصوب وزارت نیرو.

۲. همان.



در حال حمل موضوع عقد نیست. زیرا در فرض اخیر، آنچه اراده طرفین بر آن تعلق گرفته است از بین می‌رود، در حالی که در بیع برق اراده طرفین بر میزان مشخصی از نیروی برق تعلق گرفته است. ولی چون مشتری در ساختار کنونی شبکه برق ایران در هر حال میزان برق مطابق قرارداد را از محل شبکه دریافت خواهد کرد، تلفات شبکه به وی تحمیل نمی‌شود. اگر در مواردی مشتری کمتر از آنچه در قرارداد شرط شده است، دریافت کند، ماده ۳۸۴ قانون مدنی، در صورت عدم توافق خلاف آن، حاکم خواهد بود.

قاعده منطقی در تحمیل خطر و ریسک آن است که خطر برعهده کسی باشد که در موقعیت بهتری برای پیشگیری از آن قرار دارد (شاوول، ۱۳۸۸، ص ۴۷۶). هرچند فروشنده باید تلفات شبکه برق را به عنوان جزئی از هزینه‌های ناگزیر تسلیم مبیع به مشتری تقبل کند، اما کیفیت خطوط انتقال و تجهیزات مرتبط با آن نیز در این مسئله مؤثر است (شکوهی‌نیا، ۱۳۹۲، ص ۷۸). به عبارت دیگر، فروشنده باید مکلف به تحمل میزانی از تلفات شبکه مطابق با استانداردهای متداول باشد. در غیر این صورت، فروشندگان هزینه ناکارایی شبکه انتقال و مدیریت نادرست مدیر شبکه را عهده‌دار می‌شوند.

در حمل کالاهای رایج دیگر، فروشنده توانایی انتخاب متصدیان حمل متعدد و با قیمت‌های گوناگون را دارد، اما در قراردادهای خرید و فروش برق فقط مدیر و بهره‌بردار شبکه متصدی انتقال است و فروشنده ناگزیر از قبول شرایط وی است. بنابراین عادلانه نیست که تلفات شبکه ناشی از فرسودگی تجهیزات یا بی‌کفایتی بهره‌بردار شبکه برعهده فروشنده برق باشد.

نکته پایانی اینکه در نبود امکان اعمال تمامی احکام قانون مدنی در خصوص بیع بر قراردادهای خرید و فروش برق، می‌توان به عدم امکان استرداد مبیع (برق) مندرج در مواد ۳۷۸ و ۳۸۰ قانون مدنی اشاره کرد. علاوه بر آن، چون تقلیس در قانون مدنی در قانون تجارت در احکام راجع به ورشکستگی بیان شده است، در صورت ورشکسته شدن خریدار برق امکان استرداد مبیع فروخته شده مطابق مواد ۵۲۸ تا ۵۳۵ قانون تجارت ممکن نیست و این نه مستند به عمل خریدار که ناشی از ذات برق است. در این موارد، فقط حق امتناع از تسلیم ممکن است که به نظر می‌رسد در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی نیز قابل شرط فیما بین طرفین باشد.

نتیجه‌گیری

قراردادهای خرید و فروش برق، با وجود برخی تفاوت‌ها، مفاد و اهدافی یکسان دارند. بنابر طرفین قرارداد و همچنین نوع برق تولیدی، ممکن است برخی تغییرات در تعهدات طرفین در نظر گرفته یا بعضی از مشوق‌ها اعطا شود. هرچند در همه این قراردادها نتیجه‌ای همانند عقد بیع دارد که انتقال مالکیت ثمن به بایع و مبیع (برق) به خریدار است، اما برخی ویژگی‌های منحصربه‌فرد برق مانع از اطلاق و تسری مجموع قواعد عقد بیع مندرج در قانون مدنی بر قراردادهای خرید و فروش برق است. از طرف دیگر، عقد بیع متضمن برخی حمایت‌ها از بایع و مشتری است که در سایر عقود (نسبت به طرفین) جاری نیست. همچنین در سایر کشورها، بسته به کالا یا خدمت تلقی کردن برق، احکام متفاوتی بر قراردادهای بار



می‌شود. در قواعد و مقررات سازمان جهانی تجارت نیز معافیت‌ها در گات و گتس نیز یکسان نیست. با این حال به نظر می‌رسد دلایل کالا محسوب کردن برق به مراتب قوی‌تر از خدمت تلقی کردن آن است و بیشتر مفسرین عدم شمول برق در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا را ناشی از مشکلات آن در بیع بین‌المللی و اهمیت راهبردی آن دانسته‌اند نه در کالا نبودن برق. استدلال آن‌هایی که به خدمت بودن برق معتقدند، نظیر اینکه از سوی ارائه‌کننده‌ای به‌جز تولیدکننده عرضه شود، ناظر به شیوه فروش آن است نه خود برق. کالا تلقی کردن برق، با توجه به ویژگی‌های خود برق، قواعد نظام کدگذاری هماهنگ کالا و خدمات، جرم‌انگاری سرقت برق (سرقت درخصوص خدمات متصور نیست) و احکام قضایی صادره که بیشتر غلبه بر کالا بودن برق دارند، موجه‌تر است. با این حال، در قیاس با قواعد ناظر بر بیع، ماده ۱۰ قانون مدنی نیز ظرفیت آن را دارد که این دست از قراردادها را عقدی نامعین و لازم تلقی کند که شرایطی مختص به خود دارد. از آنجاکه جذب سرمایه‌گذاری‌های بیشتر در تولید برق، به‌ویژه انواع تجدیدپذیر آن، مورد نظر و نیاز کشورهای در حال توسعه است و افزایش تولید یکی از مقوله‌های مؤثر بر امنیت عرضه برق تلقی می‌شود، به نظر می‌رسد ماده ۱۰ قانون مدنی ظرفیت‌های بیشتری را به‌منظور حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی فراهم آورد. علاوه بر آن و با توجه به وابستگی عمیق ماهیت عقد بیع با مبانی و منابع فقهی، تحت شمول دانستن این قراردادها ذیل عقد بیع ممکن است موجب آثار غیرقابل پیش‌بینی برای طرفین قرارداد باشد. این درحالی است که قابلیت پیش‌بینی یکی از عوامل مؤثر در امنیت حقوق سرمایه‌گذاری کشورها به شمار می‌رود. بنابراین قراردادهای خرید و فروش برق را با وجود عنوان و برخی مفاد آن‌ها که نزدیک به عقد بیع در قانون مدنی است، باید قراردادهایی با ویژگی خاص و در قالب عقود نامعین دانست تا هم انعطاف لازم برای درج شروط خاص را داشته باشد و هم ویژگی‌های منحصربه‌فرد برق و تجارت آن را نیز در بر بگیرد و با تحولات روز تجارت داخلی و بین‌المللی برق همگام شود.

منابع

- استافت، استیون (۱۳۸۹). اقتصاد سیستم قدرت: طراحی بازارهای برق. ترجمه رحیم میلانی و امیرمسعود جهان‌بین. تهران: همزبانان.
- اسفندیاری‌فر، خشایار (۱۳۹۲). بورس انرژی. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی.
- امامی، سیدحسن (۱۳۶۸). حقوق مدنی. چاپ پنجم. تهران: کتابفروشی اسلامی.
- امینی، سعید (۱۳۸۸). درسنامه اصول تولید، انتقال و توزیع انرژی الکتریکی. تهران: مؤسسه آموزش علمی-کاربردی صنعت آب و برق.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۸). مکاسب. تحقیق لجنة التحقيق. قم: مؤسسه هادی.
- باقری، محمود و میرلواسانی، سمیه سادات (۱۳۹۱). «جایگاه بین‌المللی کالای عمومی در رویکرد عدالت توزیعی». پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۱، شماره ۲، ص ۱-۲۸.
- بنیاد دایره المعارف اسلامی (۱۳۷۵)، دانشنامه جهان اسلام، مجلد ۱.



بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۱۰ ق.). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، تحقیق محمدتقی الایروانی. قم: جامعه مدرسین.

بیات، فرهاد و شیرین بیات (۱۳۹۷)، شرح جامع قانون مدنی، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات ارشد. پیکارجو، کامبیز (۱۳۸۲). «بررسی نقش بیمه در صنعت برق». تازه‌های جهان بیمه، شماره ۶۵، ص ۵۵۹-۵۷۰. پیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۶)، انتقال مالکیت در عقد بیع، چاپ اول، تهران: انتشارات شالیزه. تفرشی، محمدعلی و سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۸۳). «بیع سهام شرکت‌های سهامی». مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۴۱، ص ۳۵-۵۸.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۸ ق.). مصباح الفقاهه فی المعاملات. جلد دوم، چاپ سی و پنجم، قم: سیدالشهدا. شاول، استیون (۱۳۸۸). تحلیل اقتصادی حقوق. ترجمه محسن اسماعیلی. تهران: مرکز پژوهش‌های حقوقی مجلس. شرکت مهندسین مشاور مونتکو ایران (۱۳۹۲). تجلید ساختار در صنعت برق با مروری بر ساختار صنعت برق ایران. تهران: شیوه.

شکوهی نیا، داوود (۱۳۹۲). فرهنگ لغات و اصطلاحات تخصصی برق. تهران: نشر اشراق. صفایی، سید حسین، کاظمی، محمود، عادل، مرتضی و میرزائاد، اکبر (۱۳۹۲). حقوق بیع بین‌المللی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۸). حاشیه المکاسب. قم: اسماعیلیان. عربیان، اصغر و خدابخشی، حسن (۱۳۹۱). «ضمان معاوضی و آثار آن در قاعده ی تلف مبیع قبل از قبض». مبانی فقهی حقوق اسلامی. شماره ۱۰: صص ۲۷-۵۲.

علمی یزدی، حمیدرضا (۱۳۹۰). «مفهوم تسلیم و ارتباط آن با انتقال مالکیت و ریسک (ضمان معاوضی) در عقد بیع». فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵، ص ۶۶-۹۶. قراباغی، علیرضا (۱۳۸۲). «جایگاه کالای برق در سازمان جهانی (WTO)». پژوهشنامه بازرگانی، دوره ۷، شماره ۲۷، ص ۱۶۹-۱۹۱.

قناد، هادی و مسگری، علی (۱۳۸۴). مبانی برق: آشنایی با اصول کلی و اولیه برق. تهران: صفار. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). دوره عقود معین. جلد اول: معاملات معوض، عقود تملیکی. تهران: شرکت سهامی انتشار. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشر میزان. کرشن، ذنبیل سادی و استریگ، گوران (۱۳۸۶). مبانی اقتصاد سیستم قدرت. ترجمه مسعود براتی و همکاران. تهران: وزارت نیرو.

کریمی، عباس و معین‌الاسلام، محمد (۱۳۸۷). «رهن اموال فکری». فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۸، شماره ۲، ص ۳۱۵-۳۲۴.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ ق.). انوار الفقاهه. جلد اول: کتاب البیع. تهران: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابیطالب. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۰). کتاب البیع. قم: اسماعیلیان. ناظمی، علی و دیگران (۱۳۹۰) قدرت بازار برق عمده فروشی ایران، تحقیقات مدلسازی اقتصادی، دوره ۱، شماره ۴، ص ۳۱-۵۵.

Horlick, G., Schuchardt, C., & Mann, H. (2004). NAFTA Provisions and the Electricity



Sector. *Transnational Dispute Management (TDM)*, 1(2)

.Ehring, L., & Selivanova, Y. (2011). Energy transit. Regulation of Energy in International Trade Law, WTO, NAFTA and Energy Charter, 49-104.

Mäntysaari, P. (2015). EU Electricity Trade Law: The Legal Tools of Electricity Producers in the Internal Electricity Market. New York: Springer.

Marceau, G. (2010). WTO in the Emerging Energy Governance Debate, The. *Global Trade & Cust. J.*, 5, 83.

ضمانت اجرای نقض مقررات شکلی (ثبتی) قانون پیش فروش ساختمان

نیما سکوتی،^۱ جواد حسین زاده^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۱/۱۸

چکیده

در اقتصاد ایران، مسکن فقط وسیله‌ای برای سکونت خانوار نیست، بلکه وسیله‌ای برای سرمایه‌گذاری و پس انداز نیز به شمار می‌رود. بی تردید بخش چشمگیری از معاملات کشور به خرید و فروش ساختمان یا پیش فروش آن اختصاص دارد. با توجه به تأثیر مستقیم سلامت این بازار در تأمین نظم اقتصادی و قضایی، قانونگذار در قانون پیش فروش ساختمان شرایط ماهوی و شکلی متعددی را برای قرارداد پیش فروش ساختمان مقرر کرده است تا به این بازار پر مخاطره سامان دهد. یکی از این شرایط لزوم تنظیم سند رسمی برای این قرارداد و پیش بینی ضمانت اجرای کیفری برای رعایت نکردن آن است. در این تحقیق، تأثیر شرط تنظیم سند رسمی انتقال بر اعتبار این گونه قراردادها بررسی شده و با اتکا به اصول حقوقی، نظام ثبتی، رویه قضایی و قانون پیش فروش ساختمان به این نتیجه رسیده است که در حقوق ایران، تنظیم سند رسمی به طور عموم وسیله اثبات (نه ثبوت) قرارداد پیش فروش ساختمان است. ثبت سند صرفاً ابزار اطلاع رسانی، آگاهی از آمار نقل و انتقال املاک و در جهت تضمین حقوق اشخاص به ویژه پیش خریدار محسوب می‌شود. بنابراین، نمی‌توان به هیچ وجه عدم ثبت رسمی قرارداد پیش فروش ساختمان را دلیل بر عدم تشکیل آن دانست.

واژگان کلیدی: قرارداد پیش فروش ساختمان، سند رسمی، قانون پیش فروش ساختمان، ضمانت اجرا

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران (نویسنده مسئول)؛ n.sokouti@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران؛ hoseinzadeh@usc.ac.ir



مقدمه

از ديرباز نقش اراده در تشكيل قراردادهای مربوط به اموال منقول بسيار مهم بوده است، به طوری که موجب طرح اين مسئله شده که آیا تشكيل قراردادهای راجع به اموال غيرمنقول فقط با اراده اطراف آن صورت می گیرد يا عناصر ديگری نیز در اين شکل گیری دخيل است. در پاسخ به اين مسئله، حقوق دانان درباره پاره ای از مصاديق از جمله بيع اموال غيرمنقول آرای مختلفی ارائه کرده اند، به طوری که به اختلاف نظر آنان درخصوص رضایی يا تشریفاتى بودن اين گونه اعمال حقوقی منجر شده است. اين امر از آنجا ناشی می شود که مواد مختلف قانون ثبت، از جمله ماده ۴۷ و ۴۸ آن، ثبت معاملات مربوط به اين دسته از اموال را اجباری دانسته است. از طرفی، به موجب ماده ۲۲ همان قانون چنین مقرر شده است: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسيد، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و يا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و اين انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده يا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد، مالک خواهد شناخت...». درواقع، به موجب اين مقررات، رعایت تشریفات ثبت برای اثرگذاری کامل عمل حقوقی الزامی شناخته شده است. وانگهی بحث بر سر اين است که ضمانت اجرای نقض اين مقررات و رعایت نکردن تشریفات ثبت چیست؟

قرارداد پيش فروش ساختمان، به لحاظ ارتباط با اموال غيرمنقول، ممکن است محل بحث و مناقشه باشد. طرح مسئله بالا درخصوص قراردادهای پيش فروش ساختمان اهمیتی دو چندان دارد، زیرا ضمن اینکه مواد پيش گفته قانون ثبت، تنظيم و ثبت سند رسمی را به نوعی در معاملات اين دسته از اموال لازم دانسته است، ماده ۳ قانون پيش فروش ساختمان نیز تنظيم سند رسمی قرارداد پيش فروش را ضروری اعلام کرده است. ماده مزبور چنین بیان می دارد: «قرارداد پيش فروش ساختمان و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید با رعایت ماده ۲^۱ اين قانون از طريق تنظيم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد». افزون بر اين، قانونگذار ضمانت اجرای کیفری نیز برای رعایت نکردن اين ماده در نظر گرفته است. به طوری که در ماده

۱. ماده ۲: «در قرارداد پيش فروش باید حداقل موارد زیر تصريح شود:

(۱) اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی يا حقوقی؛ (۲) پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک؛ (۳) اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاق ها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه (پارکینگ) و انباری؛ (۴) مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می شود مانند موقعیت، کاربری و مساحت کل عرصه و سایر مواردی که در پروانه ساخت و شناسنامه فنی هر واحد قيد شده يا عرفاً در قیمت مؤثر است؛ (۵) بها يا عوض در قراردادهای معوض، تعداد اقساط و نحوه پرداخت؛ (۶) شماره قبوض اقساطی برای بها، تحویل و انتقال قطعی؛ (۷) زمان تحویل واحد ساختمانی پيش فروش شده و تنظيم سند رسمی انتقال قطعی؛ (۸) تعیین تکلیف خسارات، تضمین ها و قرارداد بیمه ای، تغییر قیمت و تغییر مشخصات مورد معامله؛ (۹) تعهدات پيش فروشنده به مرجع صادرکننده پروانه و سایر مراجع قانونی؛ (۱۰) معرفی داوران؛ ۱۱. احکام مذکور در مواد (۶)، (۷) و (۸) و تبصره آن، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۶)، و (۲۰) اين قانون.

برای ملاحظه ضمانت اجرای اين ماده رجوع کنید به: قنوتی، جلیل، سكوٲى، نيما و حسين زاده، جواد (پاییز ۱۳۹۴)، «ضمانت اجرای نقض مقررات ماهوی قانون پيش فروش ساختمان». فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۷۱، صفحات ۱۲۵ تا ۱۴۸.



۲۳ همین قانون چنین مقرر داشته است: «اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان یا بدون اخذ مجوز اقدام به درج یا انتشار آگهی نمایند، به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی به میزان دو تا چهار برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند». در تحقیق پیش رو، با اتکا به عمومات قانون مدنی و قانون ثبت و با تحلیل نظام ثبتی و رویه قضایی کشور و قانون پیش‌فروش ساختمان، نتیجه رعایت‌نکردن تشریفات مربوط به ثبت اسناد قرارداد پیش‌فروش ساختمان تحلیل می‌شود.

۱. نقش اراده در تشکیل قرارداد پیش‌فروش ساختمان

عقود از حیث مطلق یا مشروط‌بودن اراده به رضایی و تشریفاتی تقسیم می‌شوند. عقد رضایی عقدی است که هرگاه قصد انشا در آن مقرون به چیزی باشد که دلالت بر قصد نماید، صحیح شناخته می‌شود و احتیاج به الفاظ و عبارات مخصوص یا تشریفات خارجی دیگری ندارد. در مقابل، عقد تشریفاتی عقدی است که علاوه بر اجتماع تمامی شرایط اساسی برای صحت معامله، تشریفات صوری مخصوصی را لازم دارد تا دارای آثار قانونی شود (امامی، ۱۳۸۴، ص ۱۸۳).

برای تعیین جایگاه قرارداد پیش‌فروش ساختمان در این تقسیم‌بندی ابتدا دیدگاه‌های احتمالی بیان می‌شود و سپس قانون پیش‌فروش ساختمان با توجه به مقتضای اصول حقوقی تبیین می‌گردد.

۱.۱. دیدگاه‌های احتمالی

به‌طورکلی سه دیدگاه عمده درباره رضایی یا تشریفاتی‌بودن قرارداد پیش‌فروش ساختمان مطرح می‌شود: احتمال دارد عده‌ای تنظیم سند رسمی را از ارکان قرارداد پیش‌فروش ساختمان بدانند و این نوع قراردادها را بدون آن صحیح فرض نکنند. مطابق این دیدگاه، تنظیم سند رسمی شرط صحت و تشکیل قرارداد پیش‌فروش تلقی می‌شود و به‌موجب آن، قراردادهای پیش‌فروش عمل حقوقی تشریفاتی است که در آن، افزون‌بر توافق اراده‌ها، تنظیم سند رسمی نیز شرط لازم است. در نتیجه، قرارداد پیش‌فروشی که به‌صورت عادی منعقد شده باطل است. این دیدگاه ممکن است بر این استدلال استوار باشد که چون هدف قانونگذار از تصویب قانون پیش‌فروش ساختمان ایجاد نظم در معاملات مربوط به پیش‌فروش ساختمان است، شرایط خاصی را برای قراردادهای پیش‌فروش اعلام کرده است که رسمی‌بودن بارزترین آن‌هاست. از این رو، در ماده ۲۳ قانون پیش‌فروش، برای تنظیم‌نکردن سند رسمی مجازات تعیین شده و انجام عملی که قانونگذار آن را ممنوع کرده اثری نخواهد داشت.

همچنین، دور از ذهن نیست که برخی خود معامله را از آثار آن جدا سازند و بر این باور باشند که تنظیم سند رسمی از شرایط لازم برای صحت این قراردادها نیست و قراردادهای مزبور با اسناد عادی نیز صحیح است، کما اینکه توان اثبات اصل قرارداد را نیز داشته باشد، لیکن از اثبات آثار آن از جمله انتقال مالکیت ناتوان باشند. در این نظریه نیز تنظیم سند رسمی شرط انتقال مالکیت در قرارداد پیش‌فروش



ساختمان به شمار می‌رود. در اصل، در این نظریه این نکته مورد توجه قرار می‌گیرد که قرارداد پیش فروش با سند عادی نیز واقع می‌شود و در زمره عقود رضایی جای می‌گیرد؛ اما در عین حال انتقال مالکیت مورد معامله مشروط به ثبت سند و تنظیم سند رسمی قرارداد است. همچنین، این دیدگاه اذعان می‌کند که قرارداد پیش فروش عادی، به علت رعایت نکردن مفاد ماده ۳ پیش فروش ساختمان، مشمول قانون نام‌برده نمی‌شود و از مزایای آن برخوردار نخواهد شد.

در مقابل، برخی ممکن است تنظیم سند رسمی را از شرایط صحت قرارداد پیش فروش ساختمان ندانند و معاملات راجع به این دسته از اموال را بدون این شرط نیز معتبر و نافذ تلقی کنند، ولی وجود سند رسمی را برای اثبات اصل قرارداد لازم بدانند. در این دیدگاه، تنظیم سند رسمی دلیل مؤثر برای اثبات وقوع قرارداد پیش فروش شناخته می‌شود. در این رویکرد به سند فقط کارکرد شکلی اعطا شده و این امر به معنی آن نیست که اگر تنظیم سند رسمی صورت نگرفته باشد، حق عینی [مالکیت] ایجاد شده به واسطه سایر ادله اثبات‌شدنی نباشد. به عبارت دیگر، به موجب این دیدگاه، سند عادی برای اثبات این عقود نباید پذیرفته شود، ولی ثبت و تنظیم سند رسمی شرط وقوع و صحت قرارداد نیست و عقد از تاریخ بسته شدن آثار خود را به بار می‌آورد و اگر وقوع عقد مورد اختلاف نباشد یا خوانده به آن اقرار کرده باشد، نمی‌توان قرارداد را باطل دانست، اگرچه ثبت و تشریفات تنظیم سند رسمی انجام نشده باشد (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۴۲). مطابق این دیدگاه، اگرچه قرارداد پیش فروش ساختمان به‌طور رسمی تنظیم نشده است، اما مقررات و احکام قانون پیش فروش ساختمان در مورد قراردادهای عادی نیز اعمال خواهد بود و پیش خریدار می‌تواند از مزایای پیش‌بینی شده در آن برخوردار شود.

۲-۱. اصول حاکم در حقوق ایران

به نظر می‌رسد در حقوق ایران، با توجه به اصول حقوقی و دلایل زیر، باید نظریه سوم را پذیرفت:

الف) اصل رضایی بودن عقود: در حقوق ایران، اصل حاکم در مقام تردید در رضایی یا تشریفاتی بودن عقود رضایی بودن آن است. زیرا از مواد متعدد قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که، برحسب اصل، توافق دو اراده رکن لازم و کافی برای انعقاد هر قراردادی است، وانگهی استقرا در شرایط درستی عقود معین نیز این استنباط را تقویت می‌کند. چراکه، جز در موارد نادر، در هیچ‌یک از عقود تشریفات خاصی برای تشکیل آن بیان نشده است. وانگهی در مواد ۱۹۰ تا ۱۹۴ قانون مدنی به‌وضوح بر تأثیر نداشتن شکل در بیان اراده تأکید شده است و در مواد ۱۹۵ به بعد نشان داده شده که اراده باطنی اشخاص در تشکیل عقد تعیین‌کننده است.

رضایی بودن اعمال حقوقی در فقه نیز پذیرفته شده است. اما اختلاف فقها فقط در مبنا و منشأ این اصل است. به این شکل که از نظر برخی چنانچه در شرطیت چیزی در اعمال حقوقی تردید شود، می‌توان عدم آن را ثابت کرد. در اصل، از دید این گروه از فقها رضایی بودن اعمال حقوقی یک اصل عملی [برائت] است. با این فرض و با اعمال اصل برائت در احکام وضعی، رضایی بودن اعمال حقوقی لازم



می‌آید (ایروانی غروی، ۱۴۰۶ق، ص ۸۹). در مقابل، عده‌ای رضایی بودن اعمال حقوقی را مقتضای عموماً و اطلاعات می‌دانند و بر این باورند که تردید مزبور (رضایی یا تشریفاتی بودن اعمال حقوقی) بازگشت به تردید در جریان اثر عقد دارد و برحسب اصل، عدم ترتب اثر نتیجه می‌شود، اما درعین حال مقتضای عموماً و اطلاعات دخیل نبودن عنصر مشکوک در عقد یا ایقاع است (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۱۷؛ خویی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۱).

ب) اصل حاکمیت اراده: با پذیرش اصل حاکمیت اراده و به تبع آن اصل آزادی قراردادهای، جای هیچ تردیدی در نفوذ و حاکمیت اصل رضایی بودن عقود وجود ندارد؛ زیرا اصل حاکمیت اراده هم بر انعقاد عقد حکومت می‌کند و از خود اثر می‌گذارد و هم در مرحله اجرای عقد. ازاین‌رو نتیجه‌ای که از اصل حاکمیت اراده در مرحله انعقاد قرارداد به دست می‌آید، از دو جنبه ماهوی و شکلی مورد توجه قرار می‌گیرد، به گونه‌ای که از لحاظ شکلی، اصل حاکمیت اراده متضمن رضایی بودن قراردادهای است.

ج) اصل صحت: بحث رضایی بودن قراردادهای با اصل صحت در شبهه حکمی ارتباط می‌یابد؛ یعنی در بعضی مواقع قراردادهایی که محصول تراضی صرف طرفین قرارداد است و هیچ نوع تشریفاتی در تشکیل و انعقاد آنها به کار گرفته نشده است، از حیث صحت و بطلان مورد شبهه قرار می‌گیرند. در اینجا با اتکا به اصل صحت می‌توان قائل به صحت قرارداد شد؛ زیرا اثبات خلاف این اصل یعنی اثبات بی‌اعتباری یک معامله با دو جهت ارتباط پیدا می‌کند: جهت موضوعی و جهت حکمی. در جهت موضوعی باید وضعیت عینی معامله انشا شده، س اثبات شود و در جهت حکمی لازم است نص قانونی بی‌اعتباری نوع معامله دارای وضعیت مذکور را اعلام کرده باشد. در مورد فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی، فرض این است که جهت موضوعی که همان انشای معامله بدون تنظیم سند رسمی باشد مجاز است ولی از جهت حکمی برای حکم بر بطلان آن باید نص قانونی بر بطلان این گونه قرارداد نیز موجود باشد که با بررسی مقررات مربوط معلوم می‌شود چنین نصی وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۵۸).

د) عدم تأثیر اعلان رسمی در ایجاد اعمال حقوقی در حقوق ایران: در برخی از نظام‌های حقوقی مانند فرانسه، اعمال حقوقی ناقل مالکیت مال غیرمنقول یا ایجادکننده حقوق عینی غیرمنقول تابع نظام اعلان و انتشار قانونی است. اعلان و انتشار قراردادهای از طریق ثبت اسناد و تنظیم سند رسمی شرط قابلیت استناد قرارداد در برابر اشخاص ثالث است (اسدی، ۱۳۹۰، ص ۱۶۵). اما در حقوق ایران، تنظیم سند رسمی کارکرد ثبوتی و نقشی در مرحله ایجاد حق ندارد. چه آنکه حتی در تشریفاتی‌ترین نظام‌های حقوقی، مانند حقوق آلمان نیز ثبت معامله صرفاً شرط انتقال مالکیت است نه شرط تحقق عقد بیع (امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۸). بنابراین اعلان رسمی و تنظیم سند رسمی از ارکان تحقق عمل حقوقی و مقوم عقد در حقوق ایران نیست.

۲. نقش نظام ثبتی ایران در تشکیل قرارداد

یکی از عوامل مؤثر بر نقش ثبت اسناد در وضعیت عمل حقوقی شناخت نظام‌های ثبتی موجود جهان و



یافتن جایگاه نظامی ثبتي ایران در این عرصه است. بدیهی است با شناخت نظام ثبتي ایران بهتر می توان درخصوص نحوه تأثیرگذاری این نظام بر اعمال حقوقی سخن گفت. بنابراین، در این مبحث، ابتدا به بررسی اقسام نظام های ثبتي جهان از لحاظ تأثیرگذاری بر اعتبار اعمال حقوقی اشاره می شود و سپس جایگاه نظام ثبتي ایران در این تقسیم بندی روشن می گردد.

۱.۲. اقسام نظام های ثبتي

از حیث آثار ثبت بر معاملات اموال غیرمنقول، نظام های حقوقی را به دو دسته کلی نظام های ایجادي و نظام های تأییدی تقسیم کرده اند:

نظام ایجادي: در نظام های ایجادي، انتقال حق مالکیت میان متعاقدين با انجام عملیات ثبتي صورت می گیرد و تا پیش از انجام ثبت، حق عینی برای منتقل الیه ایجاد نمی شود. براساس این نظام، قرارداد صرفاً خالق تعهد و عملیات ثبتي ناقل حق مالکیت است. در این نظام، اصل حاکمیت اراده و آزادی قرارداد محدود شده است. درواقع، نظام ایجادي ضمانت اجرای ثبت نشدن را عدم نقل و انتقال حقوق عینی مربوط به املاک حتی میان متعاقدين می داند (طباطبایی حصاری و صادقی مقدم، ۱۳۹۴، ص ۶۸۷). این نظام بر مبنای اینکه ثبت علت منحصر به نقل و انتقال باشد یا نه به دو نوع نظام دیگر تقسیم می شود:

گروه اول که موسوم به نظام مرکب یا دوگانه است به نظامی گفته می شود که فرایند نقل و انتقال را به وسیله دو عنصر حفظ کرده است و جمع هر دو عنصر را برای انتقال مالکیت لازم می داند: اول عنصر «قرارداد» و دوم عنصر «عمل مادی»؛ یعنی ثبت در دفاتر ثبت. در این فرایند، عنصر دوم (عمل مادی) فقط به وسیله عنصر اول (قرارداد) و بر مبنای آن به وجود می آید.

گروه دوم که از آن به نظام بسیط یاد می شود نظامی است که انتقال را مبتنی بر «صرف عمل مادی» (عنصر دوم) می داند و به طور مستقل دارای ارزش و مورد توجه است، بدون آنکه هیچ نگرانی درخصوص قرارداد انتقال (عنصر اول) وجود داشته باشد و عیوب این قرارداد به «عمل انتقال» آسیب بزنند (همان، ص ۶۸۸ و ۶۹۰).

نظام تأییدی یا حمایتی: خاستگاه این نظام را باید در سابقه حقوق فرانسه جست و جو کرد. در سیستم حقوقی مذکور که تئوری حاکمیت اراده و در نتیجه اصل آزادی قراردادی پذیرفته شده است، مطابق قانون مدنی آن کشور، هر قراردادی به صرف توافق اراده متعاقدين منعقد می شود. با توجه به روح حاکم بر حقوق کشورهای پذیرنده این نظام، ثبت صرفاً مجموعه ای از اسناد و نوشته های اعمال حقوقی به شمار می رود که به منزله ابزار اطلاع رسانی کارایی دارد. شرط تنظیم سند و تحریر عمل حقوقی حمایت از اشخاص را تضمین می کند. در نظام های تأییدی، صرف اراده متعاقدين سبب انتقال حق مالکیت می شود. تراضی به بیع بدون نیاز به هیچ عمل یا تشریفات دیگر خریدار را مالک مبیع می کند (طباطبایی حصاری، ۱۳۹۳، ص ۱۷۳).



۲.۲. نظام ثبتی ایران

پس از روشن شدن انواع نظام‌های ثبتی، پرسش این است که جایگاه نظام ثبتی ایران در این تقسیم‌بندی کجاست و تأثیر مقررات قانون ثبت بر نظام حقوقی ایران و قانون مدنی چگونه تحلیل می‌شود و نقش تنظیم سند رسمی در معاملات اموال غیرمنقول چیست.

پاسخ به این پرسش مبتنی بر این واقعیت است که شکل، از حیث کارکرد در تعامل با اراده حقوقی اشخاص، از کارکردهای گوناگون و متنوعی برخوردار می‌شود؛ به‌طوری‌که در بعضی از صور آن شکل جانشین اراده می‌شود و از درجه‌ای از اهمیت برخوردار می‌شود که به‌منزله اراده ظاهری جانشین اراده واقعی و باطنی می‌شود. در برخی از حالات نیز شکل نقش کاشف اراده را دارد. در این کارکرد، آشکال مختلف ابراز اراده در اعمال حقوقی اعم از لفظی، کتبی و فعلی اصولاً نماد اراده باطنی و کاشف از آن‌اند و طریقت دارند. گاهی نیز شکل به‌منزله حمایت‌کننده از اراده ظاهر می‌شود. در این حالت، شکل اصولاً از انجام‌دهنده عمل حقوقی و نیز اشخاص ثالث حمایت می‌کند. همچنان‌که در بعضی مواقع شکل به‌منزله عنصر اثبات‌کننده اراده نمود می‌یابد (قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۳۶؛ رفیعی مقدم، ۱۳۹۰، ص ۳۷).

در پاسخ به پرسش بالا برخی برآن‌اند که تحلیل نظام حقوقی ایران بیانگر آن است که نظام ایجاد مرکب موردنظر قانونگذار ثبتی است و ثبت در اعتبار عمل حقوقی راجع به املاک مؤثر است. همچنین بر این نظرند که اجباری بودن ثبت معاملات رابطه‌ای مستقیم با ضمانت اجرای عدم ثبت آن‌ها دارد. لذا در صورتی که این ضمانت اجرا مؤثر و قوی نباشد، نمی‌توان از اجباری بودن معاملات اموال غیرمنقول ثبت شده سخن گفت. آنان به مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت استناد می‌کنند که به صراحت از اجباری بودن ثبت معاملات انتقال‌دهنده و یا ایجادکننده حقوق عینی غیرمنقول سخن گفته است و تصریح می‌نمایند در تفسیر موادی از قانون ثبت که در مقام بیان ضمانت اجرای الزام پیش‌گفته است، به‌ویژه مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت، باید به دنبال مفهومی بود که ضمن هماهنگی با نوع نظام ثبتی ایران، منطبق با مفهوم اجباری بودن ثبت باشد. در ادامه به سابقه تاریخی ماده ۲۲ قانون ثبت اشاره و اضافه می‌کنند که به نظر می‌رسد ماده ۲۲ قانون ثبت برگرفته از ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوئیس^۱ است و شباهت نظام ثبتی ایران به نظام ثبتی سوئیس و آلمان که نظام ثبت عینی دارند، تردیدی باقی نمی‌گذارد که قانونگذار در زمان تصویب قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ش، از لحاظ آثار، برقراری نظام ایجاد را در حقوق ایران مدنظر داشته است (طباطبایی حصاری و صادقی مقدم، ۱۳۹۴، ص ۶۸۸).

به نظر می‌رسد، برخلاف آنچه تصور کرده‌اند، نظام ثبت در ایران هیچ قرباتی با نظام‌های ایجاد ندارد، بلکه با توجه به مجموع نظام حقوقی و سابقه فقهی آن، نظام ثبتی در ایران با نظام تأییدی سازگار است، زیرا:

۱. متن انگلیسی ماده ۲۱۶ قانون تعهدات سوئیس:

Art. 216 "A Contract for the sale of immovable property is valid only if done as a public deed."

ترجمه: قرارداد فروش راجع به اموال غیرمنقول فقط در صورتی معتبر است که رسمی منعقد شده باشد.



۱) هیچ دلیل و نشانه‌ای در قوانین ثبتي وجود ندارد که مواد آن به گونه‌ای تفسیر شود که ما را به پذیرش نظام ثبتي ایجادي رهنمون سازد. چراکه پذیرش این نوع نظام در نظام‌های پذیرنده آن مبتنی بر مبانی و روح حقوقی حاکم بر حقوق آن کشورها بوده است. از این رو بایسته است که پذیرش این نظام با در نظر قراردادن مجموع نظام حقوقی و قانونی ایران صورت گیرد. این درحالی است قانونگذار در ماده ۲۲ قانون ثبت درباره معاملات مربوط به اموال غیرمنقول که با اسناد عادی صورت می‌گیرد، اساساً در مقام بیان وضعیت وضعی معامله مزبور از حیث صحت و بطلان نیست، بلکه می‌گوید معامله به موجب سند عادی در مقابل دولت قابل استناد نیست. بدین ترتیب هیچ بیانی درخصوص رابطه اطراف عقد ندارد و به این جهت نباید نظر قانونگذار را حمل بر بطلان کرد. به عبارت دیگر، منظور این است که صرف ارائه سند عادی بر وقوع معامله نمی‌تواند در ادارات دولتی مثبت مالکیت خریدار مذکور در سند عادی باشد (شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۶۲). از طرفی، ماده ۴۸ قانون ثبت هرگز بر بطلان معامله غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی دلالت ندارد. زیرا در هیچ‌یک از مواد قانون ثبت، بطلان و بی اعتباری فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی اعلام نشده است. چه آنکه حکم قانونگذار در ماده مذکور، فقط شامل خود سند می‌شود نه مُسند آن (همان، ص ۵۸). درواقع قانونگذار حکم خود معامله را به سکوت برگزار کرده است.

۲) بنا به فرض، چنانچه سابقه تاریخی ماده ۲۲ قانون ثبت با نگاهی به حقوق کشورهای مذکور شکل گرفته باشد، به علت ناهماهنگی با کل نظام حقوقی و قانون مدنی ایران مغفول مانده و نتوانسته است کارکرد و نقش اصلی خود در آن کشورها را حفظ کند.

۳) هدف حفظ حقوق اشخاص ثالث اقتضا دارد که ضمانت اجرای نقض آن نیز محدود به همان اشخاص ثالث باشد و رابطه قراردادی طرفین عقد را تحت تأثیر قرار ندهد.

۴) اخیراً شورای نگهبان پیرامون موضوع در نظریه‌ای تحت عنوان «نظارت شرعی در خصوص مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک» مورخ ۹۵/۸/۴ ابراز داشته است: مفاد مواد ۴۶ و ۴۷؛ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری دانستن ثبت در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب به خودی خود ایرادی ندارد.

اتفاق مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت و اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن، که دلالت بر بی اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد، در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد خلاف شرع و باطل است؛ اما در مورد سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق، مانند سندی که بینة و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد، این اسناد معتبر است و دو ماده مزبور در چنین مواردی تخصیص خورده است و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی اشاره به این گونه اسناد عادی دارد.

۳. نقش رویه قضایی

رویه قضایی جلوه‌گاه دکترین و تئوری‌های حقوقی است؛ در این عرصه است که نظام قضایی با کاربر



نظریه‌های حقوقی، در عمل، تمایل و گرایش خود را به انواع نظام‌های حقوقی و نظریه‌ها نشان می‌دهد. بر این مبنا، یکی از راه‌های شناخت بهتر هر نظام حقوقی، مطالعه رویه قضایی آن کشور است. به همین منظور، با آوردن آرای از محاکم، رویکرد رویه قضایی به موضوع تحلیل و میزان قرابت آن با انواع نظام‌های ثبتي سنجیده می‌شود.

۱-۳. قرارداد پیش‌فروش ساختمان در پرتو آرای محاکم

دیدگاه مؤید تشریفاتی بودن قرارداد پیش‌فروش ساختمان: در رأی صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان سرعین در پرونده کلاسه ۹۵۰۲۸۱ مورخ ۹۵/۱۱/۱۲ آمده است: «... دادگاه درخصوص دعوی الزام به تحویل و تنظیم سند رسمی انتقال، نظر به اینکه حسب قرارداد استنادی خواهان ملک مورد ابتیاعی داخل در پلاک ثبتی ۳۸۱۹ فرعی از ۳۱۰ اصلی می‌باشد و مطابق پاسخ استعلام به عمل آمده ... و مستفاد از نتیجه واصله اینکه صورتجلسه تفکیکی نسبت به پلاک مزبور اخذ نگردیده و قطعات احدائی از نظر مقررات ثبتي تفکیک نشده است، قرارداد استنادی خواهان یک قرارداد پیش‌فروش ساختمان که به صورت سند عادی تنظیم یافته است، [هرچند] الزام قانونی تنظیم قرارداد پیش‌فروش به صورت سند رسمی از سوی متعاقدين رعایت نگردیده، نظر به اینکه معامله انعقادی طرفین بنابر اصل صحت و اصل رضایی بودن عقود در حقوق ایران محمول بر صحت و واجد تمام آثار مصرح قراردادی و نتایج عرفی و قانونی می‌باشد لیکن از سوی دیگر ملک موضوع قرارداد پیش‌فروش دارای سابقه ثبت در دفتر املاک بوده و مطابق قانون ثبت اسناد و املاک کشور مالکیت قانونی شخص نسبت به ملک دارای سابقه ثبتي با ثبت ملک به نام وی یا انتقال ملک ثبت شده با ثبت انتقال در دفتر املاک محقق گردیده و کلیه معاملات مربوط به املاک دارای سابقه ثبتي اجباری و دارای ضمانت اجرای عدم پذیرش سند غیرثبتي در ادارات و محاکم می‌باشد و تحویل ملک که از آثار قراردادی عقد متعاقدين می‌باشد منوط به ثبت قرارداد انعقادی در دفتر املاک می‌باشد، چرا که تحویل ملک متضمن خلع ید از طرف مقابل بوده و این امر هم منوط به اثبات مالکیت خواهان که با ثبت نقل و انتقادات در دفتر املاک محقق می‌گردد و الزام به تنظیم سند رسمی قبل از اخذ پایان کار و صورتجلسه تفکیکی قانوناً مقدور نبوده و دادگاه مستنداً به مواد ۲۲، ۴۶، ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک کشور، رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۸۳/۱۰/۰۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تبصره ماده ۱۵ آئین‌نامه اجرایی قانون پیش‌فروش ساختمان و ماده ۲ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قرار عدم استماع صادر می‌نماید...».

درواقع، در این رأی بین اصل انعقاد قرارداد پیش‌فروش و آثار آن تفکیک به عمل آمده است. به این ترتیب که دادگاه، با استناد به اصل صحت و اصل رضایی بودن عقود در حقوق ایران، قرارداد منعقد را حمل بر صحت و واجد تمام آثار مصرح قراردادی و نتایج عرفی و قانونی دانسته است. درعین حال انتقال مالکیت بین طرفین قرارداد پیش‌فروش را منوط به تنظیم سند رسمی انتقال کرده است. از این رو تحویل یک واحد آپارتمان را غیرقابل استماع اعلام داشته است. اما به نظر می‌رسد این امر تفکیک غیرمنطقی



بین لازم و ملزوم باشد. زیرا منطقی نیست که اصل انعقاد را بپذیریم ولی تسری آثار آن را موکول به عنصر دیگری نماییم.

دیدگاه مؤید رضایی بودن قرارداد پیش فروش ساختمان: شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان سرعین در پرونده کلاسه ۹۵۰۲۱۹ مورخ ۹۵/۰۹/۱۳ درخصوص دعوی آقایان ... به طرفیت آقای به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی ملک و مطالبه خسارت تأخیر تأدیه اعلام داشته است: «... دادگاه نظر به اوراق و محتویات پرونده و تحقیقات صورت گرفته به شرح مزبور و با عنایت به اینکه تنظیم قرارداد پیش فروش ساختمان به صورت عادی فاقد ضمانت اجرای حقوقی مطابق قانون پیش فروش ساختمان بوده و بنا بر اصل صحت قراردادها و اصل رضایی بودن عقود در حقوق ایران معامله واقع شده محمول بر صحت بوده و واجد تمام آثار قراردادی و قانونی و عرفی می باشد و مطابق تبصره ماده ۱۵ آئین نامه اجرایی قانون پیش فروش ساختمان، تنظیم سند قطعی به نحو مفروز تنها در صورت وجود صورت مجلس تفکیکی موردی امکان پذیر می باشد که شرط مزبور نسبت به ملک موضوع پیش فروش محقق می باشد... لذا دادگاه دعوای خواهان ها را وارد تشخیص داده و مستنداً به مواد ۲۱۴، ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۳، ۲۳۰ از قانون مدنی، ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان، تبصره ماده ۱۵ آئین نامه اجرایی قانون پیش فروش ساختمان، مواد ۵۰۲، ۵۱۵، ۵۱۹ و ۵۲۲ از قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم بر الزام خواننده به تنظیم سند رسمی انتقال قطعه ۶ از قطعات تفکیکی پلاک ثبتی ۳۳۱۲ فرعی از اصلی با حفظ حقوق مرتهن و پرداخت تأخیر در انجام تعهد صادر و اعلام می دارد...».

۲-۳. حاصل دیدگاه ها

از آنچه گفته شد معلوم می شود رویه قضایی، متأثر از مبانی مختلف، رویکردهای متفاوتی را در ارتباط با قراردادهای پیش فروش ساختمان و نقش ثبت و تنظیم سند رسمی در تشکیل آن ها اتخاذ کرده است. به طوری که تاکنون رویه واحدی ایجاد نشده است. با وجود این، رویه غالب محاکم اعم از عالی و تالی به پذیرش نظریه ای تمایل دارد که به موجب آن سند عادی دارای تمام آثار قانونی و حقوقی در مقام ثبوت است. علت این امر را، علاوه بر مبانی و دلایل ارائه شده در بخش های پیشین این تحقیق، باید در این امر دانست که اولاً قانون مدنی، به منزله عنصر مقوم نظام حقوقی ایران و قانون ماهوی، تعیین کننده حکم وضعی عقود و معاملات از حیث صحت و بطلان و دیگر وضعیت های حقوقی آن ها است. از این رو در مقام حدوث تعارض میان این قانون و قانون ثبت، که قانون شکلی و ناظر به تشریفات انجام معامله شناخته می شود، اصولاً باید قانون مدنی را به عنوان قانون ماهوی حاکم شمرد.

ثانیاً حکم مربوط به عدم پذیرش سند عادی با کیفیت پیش بینی شده در ماده ۴۸ قانون ثبت ناظر به مقام اثبات معامله است. در مقام ثبوت، این ماده به هیچ عنوان تعرضی به وقوع معامله ندارد. یعنی اساساً بحث انعقاد عقد مطرح نیست بلکه مربوط است به اثبات معامله ای که واقع شده است. بنابراین، ضمانت اجرای مقرر در ماده ۴۸ قانون ثبت صرفاً عدم پذیرش سند عادی در مقام اثبات است و هیچ گونه تعارضی



با وقوع عقد بیع در مقام ثبوت ندارد.

در پایان باید در نظر داشت که احکام دادگاه‌ها در این خصوص جنبه اعلامی دارند؛ یعنی دعوای ای که بیشتر با عناوین اثبات قرارداد، اثبات تاریخ معامله، اثبات مالکیت و تنفیذ قولنامه و... در دادگاه‌ها اقامه می‌شوند، احکام صادره از آن‌ها واجد وصف اعلامی است، به نحوی که حاکی از اعلام وضع موجودند، نه اینکه وضعیت جدیدی ایجاد کنند. از این رو استماع دعوی الزام به انتقال رسمی اموال غیرمنقول به طور عام و قرارداد پیش فروش ساختمان به طور خاص به استناد اسناد غیررسمی در رویه قضایی، مبتنی بر این واقعیت است.^۱ با این وصف، محاکم با صدور حکم بر محکومیت خواندگان دعوی بالا، خصوصاً دعوی الزام به تنظیم سند رسمی انتقال، حقی را که سابقاً به موجب عقد به وجود آمده است، شناسایی می‌کنند و مورد لحوق حکم قرار می‌دهند. چه آنکه اساساً سند اعم از عادی و رسمی از ارکان تحقق قرارداد نبوده و فقط از حیث کاشفیت آن از قصد درونی به منزله وسیله‌ای برای ابراز اراده اهمیت می‌یابد و نوع آن مؤثر در مقام نیست. در واقع در این موارد حکم دادگاه در مقام اعلام و شناسایی وقوع عقدی بر می‌آید که قبلاً محقق شده است. بر همین اساس، خود این امر نیز بی‌گمان یکی دیگر از دلایل رضایی بودن قراردادهای راجع به پیش فروش ساختمان خواهد بود.

۳-۳. بررسی رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ - ۸۳/۱۰/۱ دیوان عالی کشور

در آرای صادره از محاکم طرف‌دار تشریفاتی بودن معاملات راجع به اموال غیرمنقول ملاحظه شد که آن‌ها در راستای تحکیم و تکمیل استدلال خود به رأی وحدت رویه مزبور استناد کرده‌اند. بر این اساس، شایسته است رأی وحدت رویه مورد اشاره از حیث دلالت یا عدم دلالت آن بر این مدعا و همچنین تعیین رویکرد دیوان عالی کشور به طور عام بررسی شود.

در رأی وحدت رویه مورد اشاره چنین آمده است: «خلع ید از اموال غیرمنقول فرع بر مالکیت است، بنابراین طرح دعوای 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 اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق دارد، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود...» (اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۶، ص ۳۹۶). همان گونه که ملاحظه می‌شود، این رأی هیچ دلالتی بر تشریفاتی بودن بیع اموال غیر منقول ندارد. آنچه از این رأی برداشت می‌شود این است که به استناد اسناد عادی می‌توان دعوای الزام به تنظیم سند رسمی

۱. توضیح اینکه احکام دادگاه‌ها در یک تقسیم‌بندی به حکم اعلامی و حکم تأسیسی تقسیم می‌شود؛ حکم اعلامی حکمی است که به موجب آن وضعیت حقوقی جدیدی ایجاد نمی‌شود بلکه وضعیتی که در گذشته وجود داشته احراز و اعلام می‌شود. اما حکم تأسیسی حکمی است که با صدور آن وضعیت حقوقی جدیدی به وجود می‌آید (شمس، ۱۳۸۴، ص ۲۲۲). به عبارت دیگر، حکم اعلامی یا کاشف حق حقی را که از قبل وجود داشته اعلام می‌کند. در حالی که با حکم تأسیسی یا موجد حق موضوعی که قبل از حکم وجود نداشته ایجاد می‌شود (بهشتی و مردانی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۱).



یا اثبات مالکیت نسبت به موضوع اسناد مزبور طرح کرد و در این دعاوی هرگاه انتقال مالکیت به وسیله عقد بیع و سایر عقود تملیکی به واسطه اسناد عادی برای دادگاه احراز شود، این مراجع حکم الزام به تنظیم سند رسمی یا اثبات مالکیت خواهند داد. اما از آنجاکه خلع ید فرع بر اثبات مالکیت است، تا زمانی که اصالت و صحت سند عادی مستقلاً موضوع رسیدگی قرار نگرفته و حکمی دایر بر اثبات مالکیت صادر نشده باشد، ابتداء به ساکن به استناد سند عادی نمی توان حکم به خلع ید داد. بنابراین، اگر از این رأی نتوان در جهت اثبات رضایی بودن معاملات اموال غیر منقول استفاده کرد - چراکه در آن اقامه دعاوی الزام به تنظیم سند رسمی و اثبات مالکیت منع نشده است - حداقل این است که در جهت اثبات تشریفاتی بودن این معاملات نیز نمی توان به آن استناد کرد. بدین ترتیب، رأی وحدت رویه موضوع بحث هیچ دلالتی بر تشریفاتی بودن معاملات راجع به اموال غیر منقول ندارد و مثبت ایجاد ی بودن نظام ثبت در حقوق ایران نیست.

۴. بررسی ماده ۳ قانون پیش فروش ساختمان

به موجب ماده ۳ قانون پیش فروش ساختمان، «قرارداد پیش فروش ساختمان و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید با رعایت ماده ۲ این قانون از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد». ماده یادشده این پرسش را مطرح می سازد که آیا مفاد آن قرارداد پیش فروش ساختمان را در زمره قراردادهای تشریفاتی قرار می دهد؟

به نظر می رسد به رغم ماده ۳ قانون پیش فروش ساختمان، باید قرارداد پیش فروش ساختمان را عقدی رضایی دانست، زیرا:

۱) گفته شد اصل حاکم در خصوص رضایی یا تشریفاتی بودن عقود در حقوق ایران رضایی بودن قراردادهاست. با توجه به پذیرش این اصل باید معتقد بود در مواردی که ضمانت اجرا صراحتاً بیان نشده یا محل اختلاف باشد، باید آن را به نحوی تفسیر کرد که تا حد امکان خدشه ای به صحت عمل حقوقی وارد نشود.

۲) اصل صحت: موضوع رضایی بودن قرارداد پیش فروش ساختمان با اصل صحت در معنای وضعی ارتباط پیدا می کند. برای توضیح مطلب باید گفت برخی از نویسندگان، با توجه به پیشینه فقهی اصل صحت و معانی مختلفی که برای آن به کار رفته است، دو معنی برای آن در نظر گرفته اند: ۱. اصل صحت به مفهوم تکلیفی، ۲. اصل صحت به مفهوم وضعی.

منظور از اصل صحت در معنی اول آن است که اعمال دیگران را اصولاً باید صحیح، مشروع و حلال تلقی کرد و مادام که دلیلی بر عدم صحت و وجود حرمت پیدا نشده هیچ کس حق ندارد، در صورت دَوْران امر بین احتمال صحت و مشروعیت از یک طرف و عدم صحت و عدم مشروعیت از طرف دیگر، اعمال افراد را نامشروع و غیر صحیح بپندارد. در این مفهوم، اصل صحت بدین معناست که اعمال و رفتار



اشخاص معمول بر صحت یعنی مجاز تلقی می‌شود و جنبه تکلیفی محض دارد و آثار وضعی بر آن مترتب نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۱۹۵ و ۱۹۶) و در معنی دوم، اصل صحت مقابل فساد است و حکمی وضعی است. در این معنا، نوع تلقی از اعمال دیگران در ایفا یا اسقاط تکالیف و تنظیم روابط عبادی یا حقوقی مؤثر است. به عبارت دیگر، اصل صحت در معنای تکلیفی بیشتر جنبه اخلاقی و روانی دارد، درحالی‌که در مفهوم وضعی، آثار و نتایج عملی حقوقی بر آن مترتب است (همان، ص ۱۹۸). در نهایت ایشان معتقدند اصل صحت در حقوق مدنی که تحت عنوان «اصل صحت قراردادها» مطرح شده در معنای دوم که همان ترتیب اثر دادن به عمل صادر از غیر است به کار رفته و معنای آن این است که هرگاه در صحت یا فساد معامله‌ای که شخص انجام داده است تردید شود که آیا واجد شرایط صحت بوده یا فاقد آن، باید این معامله حمل بر صحت شود و به آن ترتیب اثر داده شود. علاوه بر این، اصل صحت به این معنا صرفاً در شبهه‌های موضوعی مطرح است (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۱۷۹). پس مفاد اصل صحت حکمی است وضعی که در موارد تردید در وضعیت حقوقی عقد به حکم قانون برای آن ثابت می‌شود، آن‌چنان‌که آثار حقوقی و وابسته به آن عقد بین طرفین جاری می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۱۸۰).

با این بیان وقتی صحت و بطلان قرارداد پیش‌فروش ساختمان به علت عدم رعایت ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان مورد تردید واقع می‌شود، باید صحت آن را با اعمال اصل صحت نتیجه گرفت. زیرا منشأ شک در صحت یا فساد قرارداد پیش‌فروش ساختمان شک در چگونگی حکم نیست؛ زیرا وضع قانون پیش‌فروش ساختمان این اثر مهم را به دنبال دارد که این قرارداد را به منزله عقدی با نام و معین به رسمیت شناخته است.

۳) در قانون پیش‌فروش ساختمان تنظیم سند رسمی از شرایط اساسی تشکیل قرارداد پیش‌فروش ساختمان در نظر گرفته نشده و عدم رعایت آن موجب بی‌اعتباری و بطلان این قرارداد تلقی نشده است، زیرا برای این امر از سوی قانونگذار ضمانت اجرایی پیش‌بینی نشده است. فقط در مواد ۲۳ و ۲۴ قانون مذکور عدم تنظیم سند رسمی را موجب مسئولیت کیفری دانسته است که این امر نه تنها منافاتی با صحت قرارداد مزبور ندارد، بلکه ظهور در رضایی بودن آن نیز دارد (سکوتی، ۱۳۹۰، ص ۴۸)؛ زیرا قانونگذار در ماده ۲۳ قانون مزبور، در مقام بیان و تعیین مسئولیت کیفری، از تعیین و پیش‌بینی ضمانت اجرای حقوقی اجتناب کرده است. بدیهی است اگر قانونگذار ثبت رسمی را از شرایط اساسی تشکیل این قرارداد می‌دانست، اصولاً می‌بایست عدم رعایت آن را موجب بطلان و بی‌اعتباری قرارداد معرفی می‌کرد. افزون بر این، شکل‌گرایی براساس ضمانت اجرا بر درجات و مراتب مختلفی تقسیم می‌شود و یکی از آن‌ها شکل‌های دارای ضمانت اجرای کیفری و انتظامی و یا مسئولیت مدنی است. توضیح مطلب این است که پایین‌ترین مراتب شکل‌گرایی در شکل‌های دارای ضمانت اجرای کیفری یا مسئولیت مدنی دیده می‌شود، به‌طوری‌که در این شکل‌ها به جای اینکه اثرگذاری اراده حقوقی و عمل حقوقی معلول آن، در یکی از درجات و مراتب آن، مقید و مشروط شود، خود فاعل عمل حقوقی تحت تأثیر قرار می‌گیرد و



عدم رعایت شرایط در نظر گرفته شده از سوی قانونگذار او را با یکی از انواع مجازات‌ها یا مسئولیت مدنی روبه‌رو می‌سازد، بدون اینکه عمل حقوقی محصول اراده‌ی وی، چه در مرحله‌ی ثبوت و چه در مرحله‌ی اثبات، به علت وجود این نقص شکلی دچار خدشه و درجه‌ای از درجات بی‌اعتباری حقوقی شود (قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۲۸۲). همچنان‌که نمونه‌های بارزی از این نحوه‌ی برخورد قانونگذار در مواجهه با نقض این نوع از شکل‌ها را در موارد مشابهی از جمله عقد نکاح در حقوق ایران می‌توان ملاحظه کرد. به همین علت، اگرچه عدم ثبت نکاح دارای وصف مجرمانه است، هیچ‌کس درباره‌ی درستی نکاحی که خارج از دفتر رسمی واقع می‌شود تردید نمی‌کند و منع قانونگذار را دلیل بر بطلان نکاح نمی‌پندارد (صفایی و امامی، ۱۳۸۴، ص ۵۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۰۷).

از طرفی، مجازات‌پذیر بودن یک عمل ملازمه‌ای با بطلان آن عمل حقوقی ندارد، بلکه گاه نشان‌دهنده‌ی صحت عمل مذکور است. زیرا اگر عملی که برای آن مجازات تعیین شده عمل حقوقی باشد، مناسب‌ترین و کارآمدترین ابزار برای جلوگیری از وقوع آن در جامعه حکم به بطلان آن است. در این صورت، عمل مزبور اثری نخواهد داشت تا منجر به تأثیرگذاری بر نظم عمومی باشد و لازم باشد که قانونگذار برای جلوگیری از وقوع آن مجازات تعیین کند. وانگهی در صورت حکم قانونگذار به بطلان اساساً اتفاقی رخ نداده است تا نظم عمومی را برهم زند. بدین ترتیب، اگر قانونگذار برای آن عمل حقوقی مجازاتی تعیین کرد، بدین معنی است که آن عمل حقوقی را مؤثر تلقی نموده و چون عمل حقوقی مزبور واجد اثر است، پس نظم اجتماعی را برهم زده است.

۴) تعریف قرارداد پیش‌فروش ساختمان در ماده ۱ این قانون از نظر ماهوی و شکلی دارای اهمیت است.^۱ از لحاظ ماهوی مبین استقلال این قرارداد از حیث ماهیت از سایر عقود معین است و در پرتو قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود» تفسیر می‌شود و از لحاظ شکلی گویای رضایی بودن قرارداد مزبور است. چنانچه درخصوص مفاد روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» قائل به این باشیم که روایت مزبور به این معنی است که مردم حق هرگونه تصرف مادی و حقوقی در اموال خود را دارند و می‌توانند آن را به هر کیفیتی که بخواهند اعمال کنند، اگر تردید شود که تصرف خاصی از لحاظ شرعی جایز است یا نه، می‌توان برای اثبات مشروعیت آن به حدیث مزبور تمسک کرد.^۲ (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۱۷؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۰۹). در این حالت نیز تعریف مزبور از لحاظ شکلی مصداقی از روایت مورد اشاره خواهد بود. علاوه‌براین، ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان تفاوتی بین قرارداد رسمی و

۱. ماده ۱ ق.ب.ف.س: «هر قراردادی با هر عنوان که به‌موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود».

۲. برای ملاحظه‌ی دیگر نظریه‌های ارائه‌شده درخصوص مفاد حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» رجوع کنید به: محقق داماد، سیدمصطفی، قنوتی، جلیل، وحدتی شیرازی، سیدحسن و عبدی‌پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۱). حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۱. تهران: سمت، چاپ چهارم. ص ۲۴۱.



عادی نمی‌گذارد و هر قراردادی با هر عنوانی را که به‌منظور پیش‌فروش ساختمان منعقد شود مشمول قانون یادشده می‌داند.

نتیجه‌گیری

مطابق ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان، قرارداد پیش‌فروش ساختمان و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی صورت گیرد. وانگهی، به‌موجب ماده ۲۳ همان قانون، عمل اشخاصی که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان کنند، اقدامی مجرمانه تلقی شده است.

درخصوص تأثیر شرط تنظیم سند رسمی انتقال بر اعتبار این‌گونه قراردادها، ضمن بررسی و نقد آرای مختلف، در این تحقیق تأکید می‌شود که نقض مقررات شکلی (ثبتي) قانون پیش‌فروش ساختمان مانع تشکیل قرارداد پیش‌فروش نمی‌شود و تأثیری در جریان آثار این قرارداد ندارد. قرارداد پیش‌فروش هرچند به‌طور رسمی منعقد نشده باشد، مقررات و احکام قانون یادشده در مورد قراردادهای با سند عادی قابل تسری است و پیش‌خبردار این امکان را می‌یابد تا از تمامی مزایای درنظرگرفته‌شده در این قانون استفاده کند؛ زیرا در نظام حقوقی ایران اصل بر رضایی‌بودن عقود و اعمال حقوقی است. همچنان که اصل حاکمیت اراده از لحاظ شکلی متضمن چنین نتیجه‌ای است و گویای رضایی‌بودن قراردادها است. افزون‌براین، اصل صحت و عدم تأثیر اعلان رسمی در ایجاد اعمال حقوقی در حقوق ایران از مستندات این مدعاست. وانگهی، قرابت نظام ثبتي ایران با نظام ثبتي تأییدی گویای این مهم است که اراده اشخاص عنصر اصلی تشکیل قراردادها است و ثبت واجد آثار ثانوی است. این درحالی است که رویه غالب محاکم نیز به پذیرش نظریه‌ای تمایل دارد که طبق آن سند عادی دارای تمام آثار قانونی و حقوقی در مقام ثبوت است و احکام صادره از محاکم در این زمینه واجد وصف اعلامی است.

شایان ذکر است، از دید قانون پیش‌فروش ساختمان نیز، تنظیم سند رسمی کارکرد ثبوتی ندارد. زیرا عدم رعایت آن موجب بطلان قرارداد معرفی نشده و قانونگذار، در مقام بیان، از تعیین ضمانت اجرای حقوقی امتناع کرده است. دراین میان جرم‌انگاری و تعیین مسئولیت کیفری نیز نه‌تنها منافاتی با رضایی‌بودن قرارداد مزبور ندارد، بلکه ممکن است نشانه‌ای برخلاف آن باشد. به این مفهوم که اولاً پایین‌ترین مراتب شکل‌گرایی در تعیین ضمانت اجرای کیفری یا مسئولیت مدنی دیده می‌شود. در این مرتبه به‌جای اینکه اثرگذاری اراده انشایی و عمل حقوقی معلول آن مقید یا مشروط شود، فاعل آن عمل حقوقی تحت تأثیر قرار می‌گیرد. ثانیاً، اگر قانونگذار برای چنین عمل حقوقی مجازاتی تعیین کرده، به این معناست که آن عمل حقوقی را مؤثر تلقی کرده و چون عمل حقوقی مزبور واجد اثر بوده، پس نظم اجتماعی را برهم زده است. ثالثاً، تعریف قرارداد پیش‌فروش ساختمان در ماده ۱ این قانون از هر دو جنبه ماهوی و شکلی باید ملحوظ نظر قرار گیرد؛ از لحاظ ماهوی مبین استقلال این قرارداد از حیث ماهیت از سایر عقود معین



است^۱ و از منظر شکلی اطلاق تعریف مزبور تفاوتی بین قرارداد رسمی و عادی نمی گذارد و هر قراردادی با هر عنوانی را که به منظور پیش فروش منعقد شود مشمول آن قانون می داند.

به رغم این، امتیازات سند رسمی در مقایسه با سند عادی بر کسی پوشیده نیست. به همین سبب ممکن است پیش خریدار دارای سند عادی در مقابل پیش خریدار دارنده سند رسمی با حسن نیت با چالش هایی مواجه شود. زیرا سند عادی پیش خریدار در قبال طرف دیگری که براساس سند رسمی قرارداد پیش فروش منعقد کرده تاب تعارض ندارد. لیکن این امر مانع از مراجعه ایشان به مراجع صالح به منظور تحصیل حکم برای اثبات تقدّم تاریخ قرارداد یا اثبات مالکیت نیست. این نظر همسو با آخرین اراده قانونگذار در ارتباط با کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده است. در این خصوص، ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ مقرر می دارد: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید به طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که درخصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که براساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارد».

منابع

- اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۸۶). مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۸۳. تهران: دیوان عالی کشور، چاپ اول.
- اسدی، محمدحسن (۱۳۹۰). قابلیت استناد قرارداد. تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- امامی، سیدحسن (۱۳۸۴). حقوق مدنی. جلد اول. تهران: اسلامیه. چاپ بیست و پنجم.
- امینی، منصور (۱۳۸۸). «نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران». مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، ص ۲۳۸-۲۱۱.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). المکاسب، جلد سوم. قم: کنگره.
- ایروانی غروی، علی (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب، جلد اول. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بهشتی، جواد و نادر مردانی (۱۳۸۵). آیین دادرسی مدنی، جلد دوم. تهران: میزان، چاپ اول.
- حسینی مراغی، سید میرعلی (۱۴۱۷ق). العناوین. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷ق). مصباح الفقاهه، جلد سوم. قم: مؤسسه انصاریان.
- رفیعی مقدم، علی (۱۳۹۰). اصل رضایی بودن اعمال حقوقی. تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- سکوتی، نیما (۱۳۹۰). ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان. پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علم و فرهنگ.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). اصول قراردادها و تعهدات. تهران: مجد، چاپ چهارم.

۱. برای آشنایی با ماهیت و اوصاف این قرارداد رجوع کنید به: حسین زاده، جواد و سکوتی، نیما (زمستان ۱۳۹۵). «ماهیت و اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان». فصلنامه تعالی حقوق، دوره جدید، شماره ۱۷، ص ۳۵-۶۳.



- شهیدی، مهدی (۱۳۹۱). مجموعه مقالات حقوقی. تهران: مجلد، چاپ سوم.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۴). آیین دادرسی مدنی، جلد دوم. تهران: دراک، چاپ نهم.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۴). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان، چاپ سوم.
- صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۴). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان، چاپ نهم.
- طباطبایی حصارى، نسرین (۱۳۹۳). مبانی و آثار نظام ثبت املاک. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
- طباطبایی حصارى، نسرین و صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۹۴). «آثار ثبت املاک بر اعتبار اعمال حقوقی؛ با تأکید بر اوصاف و کارکردهای نظام ثبتی». مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۲، ص ۶۹۸-۶۷۷.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). حاشیه المکاسب، جلد اول. دار المصطفی لایحیاء التراث.
- قاسمی، محسن (۱۳۸۸). شکل‌گرایی در حقوق مدنی. تهران: میزان، چاپ اول.
- قنواتی، جلیل، سکوتی، نیما و حسین‌زاده، جواد (پاییز ۱۳۹۴). «ضمانت اجراهای نقض مقررات ماهوی قانون پیش‌فروش ساختمان». فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۱،
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده. تهران: میزان، چاپ پنجم.
- محقق داماد، سیدمصطفی، قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، حسن و عبدی‌پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۱). حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول. تهران: سمت، چاپ چهارم.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۵). قواعد فقه ۱ بخش مدنی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سیزدهم.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۷). مباحثی از اصول فقه — اصول علمیّه و تعارض ادلّه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پنجم.

بررسی اصل استقلال و ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل مقایسه لایحه جدید قانون تجارت با URDG 758 و کنوانسیون آنسیترال

زهره خامه،^۱ غلام‌نبی فیضی چکاپ^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۲۴

چکیده

اصل استقلال و ماهیت اسنادی دو ویژگی مهم ضمانت‌نامه‌های مستقل اند که در مقررات بین‌المللی مربوط به این ضمانت‌نامه‌ها به منزله اصول اساسی مورد توجه قرار گرفته‌اند. قسمتی از لایحه جدید قانون تجارت مربوط به ضمانت‌نامه‌های مستقل است. پیش از این، دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه‌های بانکی مقرراتی راجع به ضمانت وضع کرده بود که البته وافی به مقصود نبود. در این مقاله، مقررات لایحه جدید قانون تجارت مصوب ۹۰/۱۰/۶ و مقررات بین‌المللی در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل که به این دو ویژگی اشاره دارند بررسی می‌شود. با اشاره به دستورالعمل ذکرشده و مقایسه آن با مقررات URDG 758 و کنوانسیون آنسیترال در این خصوص، نتیجه گرفته می‌شود که، ضمن اینکه لایحه جدید قانون تجارت نواقصی دارد، مقررات لایحه در خصوص اشاره به اصل استقلال و ماهیت اسنادی نیز در مقایسه با مقررات بین‌المللی کامل نیست و نیاز به بازنگری بیشتری دارد. به همین علت، به‌کارگیری راهکارهایی از جمله توجه بیشتر به اصل بنیادین حاکمیت اراده، توجه به جنبه‌های بین‌المللی ضمانت‌نامه‌های مستقل و ایجاد هماهنگی با مقررات بین‌المللی در لایحه جدید ضروری است.

واژگان کلیدی: اصل استقلال، ماهیت اسنادی، ضمانت‌نامه مستقل، مقررات بین‌المللی، لایحه جدید قانون تجارت

۱. کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول): zohreh_khamei@yahoo.com

۲. دکتری حقوق خصوصی، استادیار دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران؛ Legalalfayz@gamil.com



مقدمه

ضمانت‌نامه مستقل^۱ در مقابل ضمانت‌نامه تبعی^۲ نهادی نسبتاً جدید است که به منزله ابزاری مناسب برای تضمین تعهدات قراردادی به کار می‌رود. پیدایش این ضمانت‌نامه ریشه در مقتضیات مبادلات تجاری بین‌المللی دارد و استفاده از آن در جهان امروز گسترش فراوانی یافته است. این نوع ضمانت‌نامه نه تنها در تجارت بین‌الملل که در عرصه حقوق داخلی نیز به‌وفور به کار می‌رود.

برخلاف ضمانت‌نامه‌های تبعی که به علت حساسیت هر کشور در تعیین قوانین مربوط به آن به قانون محلی هر کشور وابسته است، درخصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل، به علت استفاده بین‌المللی از آن‌ها و وابسته نبودن آن‌ها به قوانین ملی و محلی، همواره تمایل به یکسان‌سازی قواعد به‌منظور تسهیل استفاده از آن‌ها بوده است. یکی از مشکلات ضمانت‌نامه‌های مستقل فقدان قوانین و رویه‌های منسجم است. در نظام‌های حقوقی ملی نیز قوانین و مقررات گوناگون و بعضاً متعارض درباره ضمانت‌نامه‌های بانکی وجود دارد. لذا سال‌هاست که سازمان‌ها و مؤسسات بین‌المللی فعال در تجارت بین‌الملل می‌کوشند تا مقررات متحدالشکلی درخصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل تدوین کنند. فعالیت‌های دو سازمان در این زمینه شایان توجه است: کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)^۳ و اتاق بازرگانی بین‌المللی.^۴ این تلاش‌ها به تصویب کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی^۵ و مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی انجامید. درحقیقت، نخستین گام اتاق بازرگانی بین‌المللی برای تنظیم روش کاربردی ضمانت‌نامه‌های مستقل URDG 458 و آخرین نسخه آن نیز URDG 758 است.

تا پیش از تدوین لایحه جدید قانون تجارت، تنها مقرره موجود درخصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی دستورالعمل^۶ ناظر بر ضمانت‌نامه‌های بانکی (ریالی) مصوب شورای پول و اعتبار است،^۷ که اگرچه به

1. Independent Guarantee

۲. ضمانت‌نامه تبعی: ضمانت‌نامه‌ای که در آن ضامن ملزم به پرداخت بدهی مضمون عنه در قبال مضمون له است. در ضمانت‌نامه تبعی بین قرارداد ضمانت‌نامه و قرارداد پایه ارتباط وجود دارد، به این معنا که باید ابتدا قصور قراردادی ثابت شود تا تعهد به پرداخت ضامن ایجاد شود.

3. United Nation Commission for International Trade Law.

(UNCITRAL): <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf> (Last visited:2020-06-16)

4. International Chamber of Commerce (ICC)

5. United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit, 1995

۶. دستورالعمل Guideline: تعیین ضوابط اجرایی برای واحدهای شرکت به‌منظور ارائه اطلاعات فنی و عملی است. دستورالعمل عبارت است از ترتیب انجام کار به ترتیب اجرای آن که برای اجرا به مقامات صالحه و در حدود وظایف و مسئولیت به کارکنان شرکت ابلاغ می‌شود. دستورالعمل‌ها به دو نوع اداری و فنی تقسیم می‌شوند. دستورالعمل‌های اداری به‌منظور اجرای ضوابط اجرایی اداری، مالی و منابع انسانی و همچنین راهنماهای کاری در این حوزه به واحدهای شرکت ابلاغ می‌شود و دستورالعمل‌های فنی دربردارنده ضوابط اجرایی تخصصی واحدها و همچنین راهنمای فنی است.

۷. به‌منظور یکسان‌کردن رویه‌های صدور، اصلاح، تمدید، مطالبه، پرداخت و... ابتدا «آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی از طرف بانک‌ها» به‌طور کامل در بانک مرکزی بازنگری شد. این دستورالعمل در تاریخ ۱۳۹۲/۲/۹ به تصویب رسید که با توجه به ابهامات پیرامون مفاد آن و وقوع



اصل استقلال و ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه‌های بانکی اشاره نموده است، نمی‌توان آن را جایگزین قانون دانست. تدوین لایحه اصلاح قانون تجارت فرصتی را فراهم ساخته است تا این نقص در حقوق ایران جبران شود. مقررات لایحه مذکور حاصل تلاش وزارت بازرگانی با همکاری شماری از استادان و کارشناسان حقوقی و اقتصادی است. در این پژوهش مصوبه کمیسیون حقوقی قضایی مجلس، مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۶، مبنای تحلیل و بررسی قرار خواهد گرفت.

ضمانت‌نامه مستقل با دو اصل «استقلال» و «ماهیت اسنادی»،^۱ که خود از نتایج اصل استقلال است، از ضمانت‌تبعی تفکیک می‌شود. در این مقاله هدف این است که این دو ویژگی در مقررات بین‌المللی و لایحه جدید قانون تجارت بررسی و مقایسه شوند. تردیدی نیست که مقررات بین‌المللی درباره ضمانت‌نامه‌های مستقل عاری از نقص و ایراد نیستند. باین‌حال، با ذکر نقاط قوت مقررات بین‌المللی در این زمینه و مقایسه آن‌ها با مقررات لایحه جدید تجارت، تلاش می‌شود به این سؤال پاسخ داده شود که مقررات لایحه جدید قانون تجارت در باب ضمانت‌نامه‌های مستقل با مقررات بین‌المللی در این زمینه چه شباهت‌ها و تفاوت‌هایی دارند. از طرفی، با توجه به اقتضائات و نیاز به تغییر و به‌روزشدن مسائل مربوط به تجارت بین‌الملل و مبادلات بین‌المللی و در پی آن مقررات مربوط به ضمانت‌نامه‌های مستقل، که بهتر است قابلیت به‌روزشدن داشته باشد، و از طرف دیگر با توجه به این مطلب که مقررات لایحه خالی از نواقص نیست، به پاسخ این پرسش خواهیم رسید که آیا از مقررات بین‌المللی می‌توان برای تدوین قوانین مناسب‌تر کمک گرفت یا ضرورتی به تدوین این مقررات وجود داشته است.

۱. اصل استقلال

اصل استقلال در ضمانت‌نامه مستقل به معنای استقلال و جدایی تعهد مندرج در ضمانت‌نامه از تعهدات و توافقاتی است که سبب تعهد در ضمانت‌نامه می‌شود. این استقلال سبب می‌شود که حق ذی‌نفع برای مطالبه پرداخت به استناد ضمانت‌نامه فقط با مراجعه به قیود و شروط مندرج در ضمانت‌نامه تعیین شود و بانک نتواند به دفاعیاتی استناد کند که از قرارداد اصلی ناشی می‌شود. اصولاً برای حاکم شدن اصل استقلال بر ضمانت‌نامه ذکر آن در متن ضمانت‌نامه ضروری نیست؛ زیرا اصل استقلال از نوع ضمانت‌نامه، قواعد یا قانون حاکم بر آن و نیز شروط پرداخت آن احراز می‌شود. از طرف دیگر، صرف اشاره به تعهدات پایه یا قرارداد در متن ضمانت‌نامه تأثیری در استقلال ضمانت‌نامه‌ها از روابط پایه نمی‌گذارد. اما این استقلال موجب نمی‌شود که ضمانت‌نامه مستقل مانند سند قابل نقل و انتقال شود که هرکس این سند را، بدون توجه به قرارداد پایه، در دست داشته باشد بتواند مبلغ آن را دریافت کند (افتخار جهرمی و دیگران، ۱۳۸۰، ص ۱۳-۱۴؛ Kelly-Louw, 2008, pp. 43-49).

اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های بانکی مبنای ارادی دارد و حاصل توافق طرفین است. با توافق بر استقلال

سوءاستفاده‌هایی از ابزار ضمانت‌نامه، در تاریخ ۱۳۹۶/۷/۲۵ بازنگری شد.



ضمانت‌نامه بانکی، معیار استحقاق ذی‌نفع برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه بانکی فقط مفاد و شروط ضمانت‌نامه و مطابقت درخواست ذی‌نفع با این شروط، بدون نیاز به بررسی نقض یا عدم نقض تعهد تضمین‌شده از سوی ضمانت‌خواه، است. بانک نیز می‌پذیرد که در مقابل ذی‌نفع به ایرادات ناشی از رابطه خود بانک، از جمله اعتبار وثیقه دریافتی برای صدور ضمانت‌نامه بانکی، استناد نکند (مجبی، ۱۳۷۵، ص ۱۰۱).
اثر مهم اصل استقلال غیرقابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد پایه است. لذا بانک باید ضمانت‌نامه را با اولین درخواست پرداخت کند و نمی‌تواند به عللی که از قرارداد پایه سرچشمه می‌گیرد، از جمله بطلان قرارداد پایه یا حتی اجرای آن، تهاوتر و امثال آن، از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خوداری کند و این دلایل و ایرادات برای توجیه نپرداختن وجه ضمانت‌نامه قابل استناد نیست. این در حقیقت برای اجرای یک اصل کلی است که در عرصه جهانی در ضمانت‌نامه‌های مستقل با عنوان «اول پرداز، بعد مجادله کن» (اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۹۵، ص ۵۱) شناخته می‌شود.

۱.۱. اصل استقلال ضمانت‌نامه در مقررات URDG 758

تلاش‌های اتاق بازرگانی برای یکنواخت کردن مقررات مربوط به این ضمانت‌نامه‌ها به مقررات اتاق بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های قراردادی (نشریه ۳۲۵)^۱ و مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (نشریه ۴۵۸)^۲ انجامید. با انتشار مقررات یکنواخت مربوط به ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه نشریه ۴۵۸، قواعد مندرج در نشریه ۳۲۵ اعتبار خود را در زمینه ضمانت‌نامه‌های بانکی از دست داده است (آفاکی، ۱۳۹۵، صص ۴۶-۴۹) گرچه کاربرد چندانی نداشته و ندارد. بعد از نمایان شدن ایرادات در مقررات فوق، کمیسیون بانکی و کمیسیون شیوه و قوانین بازرگانی ICC در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه تجدیدنظر کرد و اتاق بازرگانی بین‌المللی نسخه جدید این مقررات را با عنوان مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (۷۵۸) در آوریل ۲۰۱۰ منتشر کرد. در اینجا به بررسی آخرین مصوبه این اتاق یعنی نشریه ۷۵۸^۳ می‌پردازیم.
در بند ۱-۱ این مقررات ضمانت‌نامه این‌گونه تعریف شده است: «یک ضمانت‌نامه عندالمطالبه (ضمانت‌نامه مستقل، خودمختار یا اولین درخواست) تعهد غیرقابل برگشتی است که توسط ضامن و بنا به تقاضای متقاضی به نفع ذی‌نفع صادر می‌گردد و ذی‌نفع می‌تواند هر مبلغی تا حداکثر مبلغ درج‌شده در ضمانت‌نامه را به محض ارائه مطالبه منطبق با شرایط ضمانت‌نامه دریافت نماید.» از طرفی، در تعریفی که این مقررات از ضمانت‌نامه‌های مستقل ارائه داده است، هیچ اشاره‌ای به قرارداد پایه نشده است و ذی‌نفع با صرف درخواست و ارائه مطابق اسناد می‌تواند وجه موجود در ضمانت‌نامه را دریافت کند. در حقیقت، از دید این مقررات، ضامن ضمانت نمی‌کند که متقاضی تعهدات ناشی از قرارداد پایه را اجرا

1. URCG

2. URDG

3. URDG 758



کند. زیرا ضامن با اسناد سروکار دارد نه با کالاها، خدمات یا اجرای تعهدی که اسناد به آن‌ها مربوط است. به همین علت است که به این ضمانت‌نامه‌ها عندالمطالبه یا اولین درخواست گفته می‌شود. از طرفی دیگر، بنابر مقررات مذکور، ضمانت‌نامه عندالمطالبه از روابط پایه بین متقاضی و ذی‌نفع جداست. در بند ۱-۷ مقرر می‌دارد: «ویژگی ذاتی یک ضمانت‌نامه عندالمطالبه استقلال دوگانه آن است. اولاً ضمانت‌نامه عندالمطالبه از رابطه پایه میان متقاضی و ذی‌نفع که علت صدور ضمانت‌نامه می‌باشد مستقل بوده و قراردادی جداگانه محسوب می‌شود. ضمانت‌نامه از هر نوع رابطه بین ذی‌نفع و متقاضی مستقل است. ثانیاً ضمانت‌نامه عندالمطالبه از رابطه تقاضای صدور که قبل از صدور ضمانت‌نامه بین متقاضی و ضامن شکل گرفته و بر اساس آن متقاضی درخواست صدور ضمانت‌نامه به نفع ذی‌نفع را به ضامن ارائه می‌دهد مستقل است.»

در این ماده، دو نوع رابطه قراردادی از قرارداد ضمانت‌نامه مستقل دانسته شده است. اول از رابطه پایه‌ای که میان متقاضی و ذی‌نفع وجود دارد که در حقیقت می‌توان گفت نکته اصلی در مستقل شدن ضمانت‌نامه همین است. اگر این رابطه به ضمانت‌نامه مربوط باشد، ضمانت‌نامه تبعی شناخته می‌شود و بانک درگیر روابط قراردادی طرفین می‌شود. دومین رابطه‌ای که از قرارداد ضمانت‌نامه جدا دانسته شده است رابطه درخواست متقاضی از ضامن مبنی بر صدور ضمانت‌نامه به نفع ذی‌نفع است. علت تأمین وصف استقلال ضمانت‌نامه مستقل است، زیرا ممکن است این تقاضا و پذیرش پرداخت وجه در آینده از سوی به علت تنش در روابط بانک و متقاضی از جمله ورشکستگی درخواست‌کننده و قصور در پرداخت کارمزد تحت تأثیر قرار گیرد.

بنابراین قرارداد ضمانت‌نامه قراردادی متکی به خود است و تنها تابع شروط مندرج در خود است و به جز آن از هیچ قرارداد دیگری تأثیر نمی‌پذیرد و شروط قرارداد پایه به ضمانت‌نامه تسری نمی‌یابد (اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۹۵، ص ۳۸-۴۴) این موضوع در ماده ۱۲ پیش‌بینی شده است: «ضامن در مقابل ذی‌نفع طبق شرایط ضمانت‌نامه و مطابق مقررات حاضر تا جایی که با شرایط مندرج در ضمانت‌نامه مطابق باشد و تا میزان مبلغ ضمانت‌نامه متعهد است.» پس ضامن نگران شرایط قرارداد پایه نیست و لزومی ندارد که کل توافق‌نامه مندرج در قرارداد پایه در ضمانت‌نامه مشمول این مقررات ذکر شود.

در ماده ۱-۱۷ مقررات یادشده، اصل استقلال به ضمانت‌نامه متقابل^۱ نیز تسری داده شده است. ضمانت‌نامه متقابل در مقابل ضمانت‌نامه مستقیم است که مضمون عنه به بانک خود دستور می‌دهد ضمانت‌نامه را به نفع ذی‌نفع صادر کند. در ضمانت‌نامه متقابل، ذی‌نفع که اعتماد یا شناختی نسبت به مضمون عنه ندارد، ترجیح می‌دهد بانک مورد قبول او ضمانت‌نامه را صادر کند. به این صورت که بانک مضمون عنه به بانک خود دستور می‌دهد ضمانت‌نامه‌ای با مشخصات مورد نظر به نفع بانک مورد قبول مضمون له صادر کند و آن بانک نیز متقابلاً ضمانت‌نامه دومی به نفع مضمون عنه صادر نماید. در این مقرر، علاوه بر دو رابطه‌ای که قبلاً بیان شد که از قرارداد ضمانت‌نامه مستقل اند، یک

1. Counter guarantee



مورد دیگر نیز هست که از ضمانت‌نامه متقابل مستقل است و آن ضمانت‌نامه اصلی است. لذا حتی شروط، قانون حاکم، خاتمه قرارداد اصلی، کاهش یا افزایش مبلغ ضمانت‌نامه و دیگر تعهدات ضمانت‌نامه اصلی به ضمانت‌نامه متقابل تسری نمی‌یابد. (اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۹۵، ص ۳۸-۴۴)

منظورکردن مقررات URDG در ضمانت‌نامه همراه با استفاده از مدل‌هایی که در آن درج شده است نشان از قصد قطعی طرفین برای داشتن تعهدی مستقل دارد. در حقیقت ماده ۵ مقررات مذکور صریحاً به این موضوع اشاره دارد: «الف- ضمانت‌نامه طبیعتاً از رابطه پایه و از درخواست صدور ضمانت‌نامه مستقل است و رابطه پایه هیچ ربطی به ضامن ندارد و ضامن ملتزم به آن نیست. اشاره‌ای که در ضمانت‌نامه به رابطه پایه و برای مشخص کردن آن می‌شود طبیعت مستقل ضمانت‌نامه را تغییر نمی‌دهد. تعهد ضامن به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه تابع ادعاها و دفاعیات ناشی از هیچ رابطه دیگری غیر از رابطه بین ضامن و ذی‌نفع نمی‌باشد...» در حقیقت این ماده و ماده ۱۲ اطمینان می‌دهد که تعهد مستقل و فقط تابع شرایط مندرج در آن است.

نکته دیگر درخصوص این ماده این است که استقلال ضمانت‌نامه با اشاره به قرارداد پایه که صرفاً برای شناسایی انجام می‌شود در خطر قرار نمی‌گیرد و ضمانت‌نامه تبعی نمی‌شود. اشاره به رابطه پایه در ضمانت‌نامه‌های مستقل هیچ تأثیری بر طبیعت آن ندارد و لازمه کسب‌وکار است و ذی‌نفعان وقتی به قراردادی اشاره می‌کنند که ادعای تخلف در آن را دارند کمتر دچار اشتباه می‌شوند (خامه، ۱۳۹۲، ص ۵۷-۵۸).

۲-۱. اصل استقلال ضمانت‌نامه در کنوانسیون سازمان ملل درخصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی

یکی دیگر از منابع بین‌المللی درباره ضمانت‌نامه‌های بانکی کنوانسیون سازمان ملل متحد درخصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی است. این کنوانسیون شامل ضوابط قانونی است که در ابتدا با هدف قبول دولت‌ها تنظیم شده است. اگر کشوری آن را پذیرفت، جزو قواعد آمره آن و الزام‌آور خواهد شد و نیازی نیست این مقررات از سوی طرفین برای ضمانت‌نامه‌های مستقل انتخاب شود. لذا، همان‌طور که پیش‌تر گفته شد که قوانین داخلی آمره قابل جمع با مقررات URDG هستند، پس مقررات URDG نیز می‌توانند با این مقررات ضمن یک قرارداد جمع شوند و آن را تکمیل کنند. در این کنوانسیون نیز موضوع استقلال ضمانت‌نامه بانکی از روابط پایه جایگاه ویژه‌ای دارد و در عنوان این کنوانسیون نیز از وصف استقلال برای ضمانت‌نامه استفاده شده است و برای نام‌گذاری ابزار مذکور و تمایز آن از نهادهای مشابه استفاده شده است. علاوه‌بر آن، در موارد مختلف مواد کنوانسیون نیز بر استقلال ضمانت‌نامه تأکید شده است.

ماده ۲ این کنوانسیون در مقام تعریف تعهد به خصوصیت استقلال ضمانت‌نامه اشاره کرده است. اما کنوانسیون سازمان ملل به این اکتفا نکرده و در ماده ۳ به توصیف و تعریف استقلال ضمانت‌نامه پرداخته است.^۱

۱. کنوانسیون سازمان ملل راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی ضمانتی مقرر می‌دارد: «از نظر این مقررات یک تعهدنامه در صورتی مستقل است که تعهد ضامن/صادرکننده نسبت به ذی‌نفع الف) منوط به وجود یا اعتبار معامله پایه یا هر تعهدی دیگر (از جمله اعتبار اسنادی ضمانتی یا ضمانت‌نامه مستقلی که



ماده مذکور به گونه‌ای جامع تنظیم شده و علاوه بر استقلال ضمانت نامه، ماهیت اسنادی ضمانت نامه را نیز بیان کرده است که در مباحث بعدی به آن پرداخته می‌شود. به نظر می‌رسد این ماده رویه بین‌المللی موجود در خصوص استقلال ضمانت نامه‌ها را کاملاً منعکس می‌کند، ضمن آنکه عبارت کلی صدر ماده و بندهای آن مبنای لازم و کافی برای اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات ناشی از روابط پایه از سوی بانک ضامن را ارائه می‌دهد. از منظر کنوانسیون سازمان ملل، اصل استقلال باید از شروط خود ضمانت نامه احراز شود و در صورتی که مطابق مفاد و شروط ضمانت نامه اصل استقلال بر ضمانت نامه بانکی حاکم باشد، تأثیرات اصل استقلال خودبه‌خود بر روابط طرفین اعمال خواهد شد. نکته دیگر در خصوص ماده ۳ کنوانسیون این است که برخلاف سایر قوانین و مقرراتی که در واقع صرف حکومت این قوانین و مقررات را موجب جاری شدن اصل استقلال می‌دانند، بر اساس ماده ۳ صرف حکومت کنوانسیون بر ضمانت نامه‌ای سبب حکومت اصل استقلال نمی‌شود، بلکه این اصل باید از شروط ضمانت نامه استنباط شود.

۳-۱. اصل استقلال در لایحه جدید تجارت

ماده ۸۳۹ مصوبه کمیسیون حقوقی قضایی مجلس در سال ۱۳۹۰، در تعریف ضمانت نامه مستقل چنین مقرر می‌دارد: «ضمانت نامه مستقل سندی است که به موجب آن صادرکننده و ضامن به درخواست متقاضی (مضمون عنه) پرداخت مبلغ معینی به ذی نفع (مضمون له) را با رعایت شرایط مقرر در ضمانت نامه به عهده می‌گیرد.»

در این ماده، با اینکه در صدد تعریف ضمانت نامه مستقل است، تعریف ارائه شده با تعریفی که می‌توان از ضمانت نامه تبعی ارائه داد تفاوت چندانی ندارد، زیرا اولاً برعکس مقررات URDG، که در تعریف خود مقرر کرده است ضامن به محض ارائه ضمانت نامه باید مبلغ موجود در آن را پرداخت کند، فقط گفته شده است که ضامن به پرداخت مبلغ معین تعهد دارد. ثانیاً این ماده، که در مقام بیان تعریف از ضمانت نامه مستقل است، باید در همین ماده به ویژگی مستقل بودن ضمانت نامه از قرارداد پایه نیز اشاره می‌کرد، اما آن را به ماده بعد محول کرده است. لذا هم تأکید بر ویژگی استقلال و هم پرداخت بدون قید و شرط به محض ارائه در این ماده نادیده گرفته شده است.

در ماده ۸۳۷ چنین مقرر شده است: «تعهدات ناشی از ضمانت نامه موضوع این باب مستقل از تعهدات متقابل ذی نفع و متقاضی که ناشی از قرارداد اصلی و از تعهد متقاضی در برابر صادرکننده معتبر است و سقوط، فسخ یا بطلان تعهد اصلی موجب برائت صادرکننده نمی‌گردد. تنها بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مجاز به صدور چنین ضمانت نامه‌هایی می‌باشند.»

ماده ۸۴۱ مقرر می‌دارد: «هر شرطی که استقلال ضمانت نامه را تغییر دهد بی‌تأثیر است.» اصل استقلال در ضمانت نامه‌ای مشمول لایحه به منزله یک قاعده آمره و غیرقابل تغییر است که

تأییدیه‌ها یا ضمانت نامه‌های متقابل به آن‌ها مربوط بوده (نباشد یا ب) تابع هرگونه حکم یا شرطی که در تعهدنامه قید نشده یا هرگونه فعل یا واقعه نامعین آتی نباشد به جز ارائه اسناد یا هرگونه فعل یا واقعه‌ای از این قبیل که داخل در حوزه عمل ضامن/صادرکننده باشد.»



نمی‌توان برخلاف آن توافق کرد. لذا اگر شرطی، صریح یا ضمنی، اصل استقلال ضمانت‌نامه را تحت تأثیر قرار دهد، ضمانت‌نامه دارای اعتبار باقی می‌ماند اما آن شرط بی‌اثر خواهد بود.

بند یک ماده ۸۳۸: «...۱- درج عبارت "ضمانت‌نامه مستقل" بر روی سند...»

ماده ۸۳۹: «عدم درج هریک از موارد ۱ تا ۶ ماده ۸۳۶ این قانون موجب بطلان ضمانت‌نامه مستقل است.»

برخلاف اصل کلی قواعد بین‌المللی مربوط به ضمانت‌نامه‌های مستقل، که نیاز به درج عبارت ضمانت‌نامه مستقل بر روی سند وجود ندارد و با وجود شرایط مشمول آن‌ها قرار می‌گیرد، در لایحه درج این عبارت آن‌چنان اهمیت دارد که درج نکردن آن موجب بطلان ضمانت‌نامه مستقل می‌شود. در حقیقت، برای حاکم شدن اصل استقلال بر ضمانت‌نامه ضرورتی به ذکر آن در متن ضمانت‌نامه وجود ندارد؛ زیرا اصل استقلال از نوع ضمانت‌نامه، قواعد یا قانون حاکم بر آن و نیز شروط پرداخت آن احراز می‌شود. به نظر می‌رسد چنین حساسیتی با هدف لایحه که تسهیل کار با ضمانت‌نامه‌هاست تناقض دارد. ماده ۸۴۴: «ذی‌نفع می‌تواند با ارائه ضمانت‌نامه مبلغ آن را مطالبه کند، مگر آنکه در ضمانت‌نامه زمان یا شرایط خاصی برای مطالبه تعیین شود.»

در لایحه جدید تجارت، اصل استقلال ویژگی خاص و متمایزکننده ضمانت‌نامه مستقل است. تعریفی جامع از واژه استقلال در مقررات لایحه ارائه نشده است (خامه، ۱۳۹۲، ص ۷۳). در علم حقوق، در اختیار نداشتن تعاریف منشأ اختلاف آرای دادگاه‌ها و سوءاستفاده و استفاده سلیقه‌ای طرفین است و جزمیت و شفافیت در قوانین را که از اصول قانون‌نویسی صحیح است از میان می‌برد. تعریفی جامع از ضمانت‌نامه مستقل باید ذیل یک ماده و کاملاً گویا و دارای سه مطلب اساسی باشد: اشاره به ویژگی استقلال، اشاره به ویژگی برگشت‌ناپذیری، اشاره به ویژگی ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه.

۴-۱. استثنای اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های مستقل

اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی نه حق مطلق و انکارناپذیری را برای ذی‌نفع ایجاد می‌کند و نه مانعی دائمی برای اثبات ناحقی ذی‌نفع به‌منظور مطالبه وجه ضمانت‌نامه به‌وجود می‌آورد، بلکه به ذی‌نفع اجازه می‌دهد تا در صورت رعایت مفاد و شروط ضمانت‌نامه فوراً وجه ضمانت‌نامه را وصول کند و تا زمانی که خلاف فرض استحقاق وی به استناد به رابطه پایه اثبات نشده است مبلغ مزبور را در تصرف خود نگه دارد.

ضرورت برقراری استثنای تقلب در ضمانت‌نامه‌های بانکی بر چند مبنا استوار است: نخست اینکه اعتبار این سند و دوام آن به این بستگی دارد که از سوءاستفاده از چنین سندی پیشگیری شود. دوم اینکه اگر برقراری اصل استقلال را ارادی و نتیجه توافق طرفین بدانیم، تقلب در ضمانت‌نامه بانکی قطعاً در این توافق قرار نمی‌گیرد و برعکس، تبانی طرفین بر این است که پرداخت وجه ضمانت‌نامه در مقابل مطالبه غیرمقابلانه صورت پذیرد. هرچند ضمانت‌نامه‌های بانکی بر اصل استقلال استوار است، در نظام‌های قضایی که اصل استقلال را پذیرفته‌اند، در کنار آن، برای اطمینان استثنای تقلب را نیز پذیرفته‌اند



و آن را به گونه‌ای به کار برده‌اند که صدمه‌ای بر اصل استقلال وارد نشود. برای مثال، در نظام‌های آمریکایی و اروپایی، تقلب استثنائی برای استقلال ضمانت‌نامه مطرح شده است، اما استفاده از آن برای ممانعت از پرداخت از سوی مدعی را به گرفتن دستور موقت^۱ و سپس گرفتن حکم قطعی از دادگاه، در ظرف مهلت معین، موکول کرده‌اند (مجبی، ۱۳۷۵، ص ۱۳۳؛ Alawamleh, 2013, pp. 3-5).
لذا در مواردی ذی‌نفع ظاهراً همه شرایط مطالبه وجه را رعایت کرده است، ولی از حق مطالبه خود سوءاستفاده^۲ کرده و درخواست پرداخت می‌کند. در این شرایط، تقلب یا همان مطالبه متقلبانه رخ داده است که قانوناً سبب بطلان هر عمل حقوقی یا قراردادی می‌شود.

الف) مفهوم تقلب و مطالبه متقلبانه در ضمانت نامه مستقل

تقلب^۳ در لغت به معنی قلب حقیقت است و در معنای حقوقی «عملی است حقوقی که در مقصود فاعل آن عمل، لطمه‌زدن به حقوق یا منافع دیگران یا نقض یک قانون است». قلب قاعده‌ای است که بر اساس آن، در صورتی که اسناد ارائه شده از طرف ذی‌نفع یا شخص مجاز از طرف ذی‌نفع، برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه مستقل، حسب ظاهرشان با مفاد و شروط ضمانت‌نامه انطباق داشته باشد ولی پیش از پرداخت از طرف بانک ضامن با دلایل متقنی معلوم شود که تقلبی در رابطه پایه واقع شده یا اسناد ارائه شده جعلی یا متقلبانه است، بانک می‌تواند از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خودداری کند و مضمون عنه نیز می‌تواند با مراجعه به دادگاه صالح، حسب مورد، قرار منع ذی‌نفع از مطالبه وجه ضمانت‌نامه بانکی یا منع پرداخت وجه از طرف بانک را تقاضا کند و در صورتی که دلیل ارائه نماید و ذی‌نفع نیز جزو افرادی نباشد که قانون در این صورت نیز از آن حمایت می‌کند، مانند دارنده با حسن نیت، این قرار را تحصیل کند.
مطالبه متقلبانه مطالبه‌ای است که ذی‌نفع از ریسک‌های مذکور و موقعیت‌های دشوار پیش‌آمده سوءاستفاده کند و با استفاده ناروا از شرایط و با وجود اینکه اصیل تخلفی نکرده است، ضمانت‌نامه را مطالبه کند. زمانی که ذی‌نفع اعلامیه مبنی بر تخلف اصیل را به بانک ضامن ارائه می‌دهد، باید مطمئن باشد که اصیل از تعهدات قراردادی تخلف کرده است، هرچند بعداً خلاف آن ثابت شود. چنانچه این اطمینان وجود نداشته باشد، ممکن است دلیلی بر مطالبه متقلبانه باشد (Malek & Quest, 2009, p. 75).

تقلب مفهومی چالش‌برانگیز است، زیرا ذاتاً انعطاف‌پذیر است و برخی بر این نظرند که قاعده تقلب باید به نحو مضیق اجرا شود و صرفاً در موارد تقلب فاحش قابل استناد باشد (یانگ و بوکلی، ۱۳۸۶، ص ۲۴۳).

از شرایط مهم مطالبه متقلبانه آن است که تقلب باید آشکار باشد. بنابراین فقط تقلب آشکار ذی‌نفع

1. Injunction

2. Abuse

3. Fraud



این امکان را برای بانک ضامن فراهم می‌کند تا از اجرای تعهد خود مبنی بر پرداخت وجه ضمانت‌نامه عندالمطالبه به ذی‌نفع خودداری نماید (Van Houtte, 1999, p. 314).

باید توجه داشت که عادلانه بودن مطالبه و مفهوم تقلب مسئله‌ای نسبی است و باید میان مطالبه متقلبانه و غیرعادلانه از نظر ضمانت‌نامه بانکی و قرارداد پایه تفاوت قائل شد. بدین معنی که یک مطالبه ممکن است از نظر ضمانت‌نامه کاملاً منصفانه باشد، درحالی‌که از منظر قرارداد پایه کاملاً متقلبانه و غیرعادلانه است. برعکس این مورد نیز صادق است. برای مثال، چنانچه اصیل به علت فورس ماژور نتواند تعهدات قراردادی خود را اجرا کند، از دید یک انسان متعارف و از منظر قرارداد پایه، مطالبه وجه ضمانت‌نامه غیرمنصفانه است؛ از سوی دیگر، با توجه به اصل استقلال ضمانت‌نامه، بانک تعهدی فسخ‌ناپذیر برای پرداخت وجه آن در مقابل ذی‌نفع دارد. لذا اصیل نمی‌تواند ادعاها و شبهاتی را درخصوص وقوع تقلب مطرح کند و از بانک انتظار داشته باشد که بررسی و تحقیق لازم را انجام دهد، بلکه بانک فقط در صورت ارائه دلیل مسلم از طرف اصیل اقدام می‌کند. در حقیقت، بانک به‌جای اینکه جانب مشتری را بگیرد یا همچون مدعی به جمع‌آوری ادله وقوع تقلب بپردازد، همچون قاضی بی‌طرف و درعین حال در جایگاه بانکی که تخصص قاضی را ندارد فقط به تدبیر در دلایلی که از طرف اصیل ارائه شده می‌پردازد و اگر دلائل ارائه‌شده محکم و متقن باشد، از پرداخت وجه خودداری می‌کند. از آنجاکه بانک‌ها نگران‌اند که خودداری از پرداخت وجه ضمانت‌نامه بانکی به اعتبارشان لطمه بزند یا بانک را وارد دعوی کند که از طرف ذی‌نفع بر علیه آن‌ها طرح می‌شود، در قراردادی که با مشتری خود به‌منظور صدور ضمانت‌نامه بانکی تنظیم می‌کنند از وی تعهد می‌گیرند که به هیچ عنوان از بانک نخواهد که از پرداخت وجه‌الضمان به اصیل خودداری کند. بنابراین، هرچند که سوءاستفاده ذی‌نفع آگاه به وقوع فورس ماژور ممکن است تقلب به‌شمار آید، اما چنانچه این مورد از نظر بانک آشکار نباشد یا ذی‌نفع از شرایط پیش‌آمده آگاه نباشد، بانک باید با توجه به شرایط ضمانت‌نامه وجه آن را پرداخت کند. بنابراین از نظر ضمانت‌نامه این پرداخت کاملاً عادلانه است و چنانچه اصیل ادعایی داشته باشد، می‌تواند بعداً برای استرداد آن به دادگاه مراجعه کند. دادگاه نیز فقط به ضمانت‌نامه توجه می‌کند تا ببیند آیا مطالبه طبق شرایط سند مستقل صورت پذیرفته یا خیر. هرچند امکان دارد که شرایط حمایت‌کننده و رفع‌کننده مسئولیتی در قرارداد درج شده باشد، تا زمانی که این شروط در ضمانت‌نامه درج نشده در مورد ضمانت‌نامه موثر و اجرایی نیست (Pierce, 1993, p 170).

ازاین‌رو، هرچند ضمانت‌نامه‌های بانکی بر اصل استقلال استوار است، نظام‌های قضایی که اصل استقلال را پذیرفته‌اند استثنای تقلب را نیز در کنار آن پذیرفته‌اند، ولی آن را با ظرافتی به کار برده‌اند که اصل استقلال صدمه‌ای نبیند.

ب) تقلب در مقررات URDG 758 و کنوانسیون آنسیترال

مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی تأثیری در قاعده‌مند کردن استثنای تقلب نداشته است (امیرپور، ۱۳۹۰، ص ۱۲۲-۱۲۳) و در قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی، از جمله قواعد مربوط به ضمانت‌نامه‌ها، هیچ اشاره



ای به موضوع تقلب نشده است؛ زیرا از طرفی تقلب از گذشته موضوعی مربوط به نظم عمومی به شمار آمده و این امر مانع از آن است که مرجعی صنفی مانند ICC، که نهادی خصوصی و متشکل از تجار در سطح بین‌المللی است، به قانونگذاری در این باره بپردازد (استوفله، ۱۳۸۷، ص ۲۹۴). از طرف دیگر، بنا به ماهیت قراردادی مقررات مذکور، تاب مقاومت در برابر مقررات الزام‌آور داخلی را ندارند و چون در قالب عهدنامه نیستند برتری دادن آن‌ها نیز ممکن نیست.

اما کنوانسیون سازمان ملل، برای ضمانت‌نامه مستقل و اعتبارات اسنادی ضمانتی، خلأ موجود در مقررات اتاق بازرگانی در این زمینه را با وضع مقرراتی الزام‌آور پر کرده است. درواقع، فقدان شباهت‌های اساسی بین نظام‌های حقوقی داخلی راجع به ضمانت‌نامه‌ها باعث رشد اعتبار اسنادی ضمانتی به جای ضمانت‌نامه‌های مستقل شده است. برخلاف مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه که اعمال آن‌ها فقط به توافق طرفین بستگی دارد، کنوانسیون زمانی که از طرف قانونگذاران داخلی به تصویب برسد جنبه الزام‌آور و قانونی به خود می‌گیرد. مقررات کنوانسیون در صورت تصویب و طی مراحل قانونی به مثابه قانون داخلی و حتی در برخی کشورها جایگاهی فراتر از قانون خواهد یافت. لذا طبیعی است که مقررات مذکور ماده‌ای را به امر تقلب اختصاص دهد.

این کنوانسیون در ماده ۱۹ خود با عنوان «استثنا بر تعهد پرداخت» به موضوع تقلب پرداخته است.^۱ کنوانسیون سازمان ملل، هرچند از به‌کاربردن عناوین سوءنیت و سوءاستفاده و تقلب اجتناب می‌کند زیرا در بعضی سیستم‌ها معانی گیج‌کننده و غیرثابت دارند و ممکن است این اصطلاحات تحت تأثیر مفاهیم قوانین جزایی آن‌ها قرار گیرند که متناسب با ضمانت‌نامه‌ها نیست، ولی مفهوم و شرایطی را که برای استناد به قاعده تقلب در حقوق تجارت بین‌الملل مطرح است بیان نموده است.

کنوانسیون مواردی را که ممکن است از مصادیق تقلب باشد بیان کرده است. اما برخی از این موارد قابل تأمل به نظر می‌رسد: نخست درخصوص مورد اول ماده ۱۹ که مقرر می‌دارد: «شکی وجود ندارد که حادثه یا خطری که مقصود تعهدنامه برای تضمین ذی‌نفع در مقابل آن بوده، واقع نشده است»، کنوانسیون مقرر نمی‌کند که چه معیاری را باید برای تعیین اینکه خطر یا ریسک مزبور اتفاق افتاده است یا نه به کار

۱. در ماده ۱۹ این کنوانسیون با عنوان استثنا بر تعهد پرداخت چنین مقرر شده است:

«(۱) در صورتی که بین و واضح باشد که: (الف) سند تقدیمی واقعی نبوده یا مخدوش است؛ (ب) بر اساس مبنای مقرر در مطالبه یا سند ملحق به آن، استحقاق پرداخت وجود ندارد؛ یا (ج) به حکم نوع و منظور ضمان، مطالبه مبنای قابل تصویری ندارد، در آن صورت ضامن/صادرکننده‌ای که با حسن نیت عمل می‌کند، در مقابل ذی‌نفع حق خودداری از پرداخت را دارد.

(۲) به منظور بند جز ریز بند ۱ این ماده، موارد زیر انواع حالاتی هستند که در آن‌ها مطالبه مبنای قابل تصویری ندارد: (الف) شکی وجود ندارد که حادثه یا خطری که مقصود ضمان برای تضمین ذی‌نفع در مقابل آن بوده است، واقع نشده است. (ب) تعهد پایه اصل/متقاضی به وسیله دادگاه یا دیوان داوری باطل اعلام شده است، مگر اینکه ضمان مقرر نماید که اتفاق احتمالی مزبور نیز داخل در خطری که توسط ضمان پوشش داده شده، قرار می‌گیرد. (ج) شکی وجود ندارد که تعهد پایه به نحوی که ذی‌نفع راضی باشد، اجرا گردیده است. (د) واضح است که سوءرفتار ارادی ذی‌نفع ضمانت‌نامه متقابل، به عنوان ضامن/صادرکننده ضمانتی که ضمانت‌نامه متقابل به وی مربوط می‌شود، با سوءنیت اقدام به مطالبه نموده است. (۳) در شرایط مقرر در ریز بند الف، ب، پ بند ۱ این ماده، اصل/متقاضی مطابق ماده زیر مستحق اقدامات قضائی موقت می‌باشد.»



گرفت و در برخی مواقع تعیین مصداق ریسک یا خطر محل مناقشه است؛ برای مثال، در ضمانت‌نامه‌های پیش‌پرداخت می‌توان ریسک را احتمال عدم استرداد وجه دریافتی از طرف اصیل در صورت عدم انجام تعهد موردانتظار تعریف کرد. با وجود این، در صورتی که ذی‌نفع به محض اطلاع از قریب‌الوقوع بودن ورشکستگی اصیل مبلغ ضمانت‌نامه را مطالبه کند، تعیین اینکه آیا ریسک تحقق یافته یا خیر دشوار است.

ج) جایگاه تقلب در لایحه جدید قانون تجارت

در حقوق تجارت بین‌الملل، تقلب در مفهوم عام آن مصادیق سوءاستفاده از حق را نیز در بر می‌گیرد و تمایزی که گاهی بین این دو مفهوم دیده می‌شود، بیشتر از آنکه تقلب را از مفهوم سوءاستفاده منفک کند، این اصطلاح را به مفاهیم کیفری همچون کلاهبرداری نزدیک می‌سازد. می‌توان گفت در لایحه جدید نیز این دو مفید یک معنی‌اند.

ماده ۸۵۹ مصوبه کمیسیون مقرر می‌دارد: «در مواردی که اسناد ارائه‌شده مجعول یا وقوع جرمی در آن‌ها محرز باشد، پرداخت وجه متوقف و مراتب به مراجع ذی‌صلاح قضایی اعلام می‌شود.» از طرفی، این ماده تنها مقررۀ کمیسیون درخصوص سوءاستفاده از ضمانت‌نامه مستقل است که فقط به جرم‌انگاری آن پرداخته است و هیچ ماده دیگری از آن به تقلب یا سوءاستفاده از ضمانت‌نامه اشاره نکرده است. اگرچه گفته شد که اشاره نکردن به این عناوین در ضمانت‌نامه این اثر مثبت را دارد که تفاسیر گج‌کننده و متفاوت از این واژه‌ها صورت نمی‌گیرد، حداقل می‌توان شرایطی را بیان کرد که در صورت وجود آن‌ها ضامن می‌تواند از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع خودداری کند. از این جهت، مصوبه نیز همان خلئی را دارد که مقررات URDG درخصوص اشاره به مسئله تقلب و سوءاستفاده از حق در پیش گرفته بود.

از طرف دیگر، همین ماده نیز بسیار مبهم است و فقط به جرم‌انگاری پرداخته است، درحالی‌که سزاوار نیست ضمانت‌نامه را با این قسم مواد تحت تأثیر قوانین جزایی قرار داد؛ زیرا با روح ضمانت‌نامه و هدف آن که ترغیب تجار به استفاده از آن است مغایرت دارد. تا زمانی که تکلیف کیفری موضوع مشخص نشده است، ضمانت‌نامه معلق خواهد ماند. این اندازه اختیار دادن به قانونگذار در جرم‌انگاری و بازگذاشتن دست قضات با وجود واژه «هر جرمی» در این مقررۀ و سپردن اختیار ضمانت‌نامه به نظام حقوق جزای داخلی یک کشور تجار را در استفاده از آن دچار تردید می‌کند. به جای آن، می‌توانست با تعریف عناوین و ارائه مصادیقی از سوءاستفاده از ضمانت‌نامه و تقلب، همانند ماده ۱۹ کنوانسیون آنسیترال، این اختیار را به ضامن بدهد که درخصوص برخورد با این موارد از پرداخت وجه خودداری کند (UNCITRAL, the Explanatory Note, Article 19). کنوانسیون از ارائه عناوین مذکور خودداری کرده و تعریف از استثنائات اصل استقلال را به عهده قوانین داخلی گذاشته است که متأسفانه لایحه این موضوع را مسکوت گذاشته و بدون ارائه تعریفی از سوءاستفاده، فقط به جرم‌انگاری آن پرداخته است.^۱ در نتیجه، برای

۱. ماده ۱۶۸ مصوبه کمیسیون مقرر می‌دارد: «هرکس از ضمانت‌نامه سوءاستفاده کند، متناسب با عمل ارتكابی، به جزای نقدی حداکثر تا مبلغ



جرمانگاری هر عمل، اولین اصل تعریف دقیق عمل مجرمانه است که در اینجا مورد توجه قرار نگرفته است. علاوه بر این، جرم‌انگاری در زمینه ضمانت‌نامه‌های مستقل بی‌سابقه بوده و با هدف و کارکرد اصلی آن‌ها مغایرت جدی دارد (تفرشی و شهبازی‌نیا، ۱۳۸۲، ص ۴۱۷).

ماده ۸۶۳ مصوبه مقرر می‌دارد: «ذی‌نفع در موارد زیر حق دریافت مبلغ ضمانت‌نامه را ندارد:

۱. صادرکننده را به طور کتبی ابراء کند

۲. بین ذی‌نفع و صادرکننده تهاثر صورت گیرد

۳. مبلغ ضمانت‌نامه پرداخت شود

۴. اعتبار ضمانت‌نامه منقضی شود.»

در این ماده به ارائه مصادیقی می‌پردازد که با وجود آن‌ها می‌توان از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خودداری کرد. به نظر می‌رسد قانونگذار به‌طور غیرصریح مواردی را ذکر کرده که در آن اگر ذی‌نفع مبلغ را مطالبه، از ضمانت‌نامه سوءاستفاده کرده است.

بند اول این ماده درخصوص ابراء است که در ماده ۸۴۶ اصولاً وجود ضمانت‌نامه نزد صادرکننده را به‌منزله ابراء می‌داند.^۱ به این معنی که اگر ذی‌نفع صادرکننده را ابراء کرده باشد، مطالبه وجه از سوی او دیگر توجیهی ندارد و حتی نوعی سوءاستفاده از حق به شمار می‌آید.

این بند و بند دوم و سوم بر این دلالت دارند که اگر مبلغ ضمانت‌نامه به هر نحوی قبلاً پرداخت شده باشد، چه با پرداخت مستقیم و چه ابراء یا تهاثر که به‌منزله پرداخت هستند، ضامن می‌تواند از پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه خودداری کند. اگرچه این در نگاه اول با اصل استقلال ضمانت‌نامه مغایرت دارد، در حقیقت از سوءاستفاده از این سند جلوگیری می‌کند.

به نظر می‌رسد مصوبه هم مانند پیش‌نویس لایحه در زمینه استثنائات اصل استقلال به‌خوبی عمل نکرده است و نیاز به بازنگری دارد. ضمانت‌نامه مستقل سندی بین‌المللی است و اگر هدف این مقررات تسهیل امر تجار باشد باید به نیازهای آن‌ها در حیطه بین‌المللی نیز پاسخ گوید. تاجری که قصد انجام معامله بین‌المللی با تاجری از کشور دیگر دارد و می‌خواهد از ضمانت‌نامه مستقل استفاده کند، باید به مقررات کامل و قابل‌اعتماد که پشتوانه اوست تکیه کند و گرنه ترجیح خواهد داد در ضمانت‌نامه همچنان به مقررات کنوانسیون و URDG ارجاع دهد تا حقوق او تأمین شود.

۲. وصف اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل

یکی از ویژگی‌های اصلی ضمانت‌نامه‌های مستقل بین‌المللی اسنادی بودن آن‌هاست که این ویژگی خود

ضمانت‌نامه و جبران خسارت زیان‌دیده که از دو برابر مبلغ ضمانت‌نامه بیشتر نخواهد بود، محکوم می‌شود.»

۱. ماده ۸۶۴: وجود ضمانت‌نامه نزد صادرکننده به‌منزله برائت وی است، مگر اینکه ثابت شود اسناد به‌منظور مطالبه و وصول وجه آن در اختیار صادرکننده قرار گرفته است.



از لوازم و آثار اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه است.

در همه انواع ضمانت‌نامه مستقل بانکی، صرف‌نظر از شیوه پرداخت منتخب، چنانچه شرط مطالبه وجه اعلام کتبی تخلف یا گواهی شخص ثالث یا رأی دادگاه و داور یا هر سند دیگری باشد که طرفین ارائه آن را در متن ضمانت‌نامه شرط کرده‌اند، در مقام رسیدگی به مطالبه وجه از سوی ذی‌نفع، وظیفه بانک ضامن محدود به این بررسی است که آیا اسناد ارائه‌شده با اسناد توصیف‌شده در متن ضمانت‌نامه مطابقت دارد یا نه.

اگر بانک مجبور به تحقیق درباره قرارداد پایه و احراز واقعیت شود، نمی‌تواند وظیفه خود را در چارچوب ضمانت‌نامه بانکی انجام دهد، زیرا بانک معمولاً با سند سروکار دارد و ابزار و تخصص لازم برای بررسی وضعیت قرارداد پایه و اظهارنظر درباره استحقاق یا عدم استحقاق ذی‌نفع را در اختیار ندارد. از این‌رو، در عرصه بین‌المللی، بانک‌ها حاضر نیستند شروطی را که ماهیت اسنادی ندارد در متن ضمانت‌نامه خود درج کنند. فرضاً اگر ضمانت‌خواه و ذی‌نفع توافق کنند که پرداخت وجه ضمانت‌نامه منوط به احراز تخلف ضمانت‌خواه از قرارداد پایه باشد و تشخیص این امر به عهده بانک صادرکننده گذاشته شود، هیچ بانکی حاضر به قبول چنین شرطی و پذیرش چنین تعهدی در ضمانت‌نامه خود نیست. اما اگر تشخیص نقض تعهدات ناشی از قرارداد پایه بر عهده شخص ثالثی نظیر مهندس ناظر گذاشته شود و ذی‌نفع، در مقام مطالبه وجه ضمانت‌نامه، ناگزیر به ارائه گواهی مهندس ناظر دال بر نقض تعهدات ضمانت‌خواه باشد، بانک حاضر است این شرط را در متن ضمانت‌نامه درج کند.

اسنادی بودن شروط پرداخت ضمانت‌نامه در حال حاضر، علاوه بر رویه بانکی بین‌المللی، مورد تأیید دکترین و رویه قضایی کشورهای مختلف نیز قرار گرفته است. در مورد اعتبارنامه‌های تضمینی، به لحاظ شباهت با اعتبار اسنادی تجاری، لزوم اسنادی بودن شروط پرداخت با صراحت و قاطعیت بیشتری اشاره شده است.

۱.۲. وصف اسنادی در URDG 758

برای حاکم‌شدن مقررات URDG بر ضمانت‌نامه شروطی لازم است، از جمله اینکه تعهد باید طبیعت اسنادی داشته باشد؛ به این معنا که پرداخت وجه فقط منوط به ارائه درخواست و اسناد مرقوم در ضمانت‌نامه باشد، بدون اینکه به اثبات تخلف متعهد قرارداد پایه نیاز باشد.

نکته دیگر این است که مقررات URDG به‌خودی خود قانون نیست، اما حاوی مقررات و قواعدی است که با درج در ضمانت‌نامه‌ها یا سایر تعهدات اجرایی می‌شود. بنابراین از حیث قلمرو اجرا الزاماً محدود به ضوابطی است که طرفین آزادانه آن را در قراردادی و تحت قانون حاکم بپذیرند. بنابراین، اثر این ضوابط تابع مقررات حقوق داخلی است؛ یعنی مقرراتی که اجباری‌اند و طرفین نمی‌توانند به وسیله قرارداد آن را کنار بگذارند. به علاوه، تابع مقررات قانونی آمره مرجع رسیدگی‌اند؛ یعنی صرف‌نظر از قانون حاکم به هر حال اجرا می‌شوند (مقررات دادگاه محلی).

با این حال، جمع‌شدن قانون حاکم و مقررات URDG در یک قرارداد امکان‌پذیر است و این به علت



قراردادی بودن مقررات مذکور است که اجازه همزیستی مسالمت‌آمیز با مقررات داخلی را فراهم می‌کند.^۱ در مقدمه مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و در مقام تبیین خواسته ضامن چنین آمده است:

از نظر این مقررات، ضمانت‌نامه نباید برای پرداخت شرطی غیر از ارائه درخواست کتبی و دیگر اسناد معین شده پیش‌بینی کند. به‌ویژه مفاد ضمانت‌نامه نباید ضامن را وادار نماید که در مورد اجرا یا عدم اجرای تعهدات ذی‌نفع و اصیل که ناشی از قرارداد پایه و بی‌ارتباط به ضامن هستند تصمیم‌گیری کند؛ عبارات ضمانت‌نامه باید روشن و بی‌ابهام باشد.

علاوه بر این، ماهیت اسنادی شروط پرداخت در بند ب ماده ۲۰ نیز مورد تأکید قرار گرفته و در چند ماده دیگر نیز به آن اشاره شده است. بند ب ماده ۲۰ ضمن تأکید بر جدایی ضمانت‌نامه از قرارداد پایه اشعار می‌دارد:

«...وظیفه ضامن در ضمانت‌نامه، پرداخت مبلغ یا مبالغ مشخص شده در آن بر اساس ارائه درخواست کتبی پرداخت و اسناد دیگری است که در ضمانت‌نامه مشخص شده‌اند و حسب ظاهر با مفاد ضمانت‌نامه مطابقت دارند.»

مواد ۹ و ۱۰ مقررات مذکور درخصوص رسیدگی بانک به مطالبه وجه ضمانت‌نامه از ناحیه ذی‌نفع و ماده ۲۲ درباره پایان اعتبار ضمانت‌نامه نیز به نحوی بر وصف اسنادی ضمانت‌نامه مستقل بانک تأکید دارند.

مواد ۶ و ۷ به ضامن اطمینان می‌دهد که فقط با اسناد سروکار دارد و با واقعیات یا شرایط غیراسنادی که مستلزم تحقیق درباره وقایع است سروکاری ندارد.^۲ این دو ماده اطمینان می‌دهند که ضامن وظیفه‌ای در کشف حقیقت که باعث لطمه به استقلال او نیز می‌شود ندارد و تمرکز او صرفاً باید بر روی مسائل قراردادی ضمانت‌نامه باشد. نکته دیگر اینکه ماده ۷ مشخص نکرده است که اگر از یک طرف ضمانت‌نامه حاوی شروط غیراسنادی باشد و از طرف دیگر با شرط مندرج در آن تابع این مقررات قرار گرفته باشد، چه وضعیتی ایجاد خواهد شد. درباره اعتبار اسنادی تجاری، ماده ۱۳ مقررات یکنواخت مربوط به اعتبارات اسنادی صراحتاً به بانک اجازه می‌دهد شروط غیراسنادی را نادیده بگیرد. اما تکلیف این موضوع در ماده ۷ از URDG 758 مشخص شده و مقرر داشته است که درخصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل، در این حالت، اگر شروط غیراسنادی با روح مقررات متحدالشکل مذکور مغایرت نداشته باشد، بانک

۱. مقرراتی وجود دارند که آموهند و نمی‌توان خلاف آن توافق کرد. لذا طرفین ناچارند آن‌ها را رعایت کنند و در کنار آن‌ها هم برای موضوعات دیگر از مقررات قراردادی URDG استفاده می‌کنند. اگر در قرارداد ماده‌ای از URDG که با مقررات آموه متناقض است آورده شود، فقط آن مقرر حذف خواهد شد نه کل مقررات.

۲. ماده ۶: ضامن با اسناد و نه با کالاهای، خدمات یا انجام کارهایی که ممکن است با آن‌ها ارتباط داشته باشد سروکار دارد. ماده ۷: شرایط غیراسنادی که انجام آن‌ها را نتوان از سوابق ضامن یا شاخصی که در ضمانت‌نامه مشخص شده احراز کرد که ذکر شده تلقی و نادیده گرفته می‌شود.



نمی‌تواند آن‌ها را نادیده بگیرد.^۱

برخلاف UCP500 که طرف ابلاغ‌کننده ملزم بود با دقت اصالت ظاهری اسناد را بررسی و تأیید کند، URDG همانند UCP 600 این امر را بر عهده دستوردهنده قرار می‌دهد.^۲ البته همان‌طور که ماده ۱۹ این مقررات مقرر می‌نماید، ضامن فقط بر اساس ارائه مدارک تعیین می‌کند که آیا صورت ظاهر آن‌ها با شرایط منطبق است یا نه و لازم نیست که به ماورای ظاهر اسناد ارائه‌شده برای تعیین وقایع یا قانونی که مربوط به اطلاعات داده‌شده در سند است توجه نماید. وظیفه آن‌ها محدود به بررسی دقیق با دید تخصصی مدارک ارائه‌شده و تطبیق آن‌ها با اطلاعات سایر مدارک لازم در ضمانت‌نامه و شرایط ضمانت‌نامه (یا ضمانت‌نامه متقابل) است.

از ابداعات مقررات URDG 758 اشاره به موضوع شرایط غیراسنادی است. در ماده ۷ مقرر می‌دارد که ضمانت‌نامه نباید حاوی شرطی غیر از تاریخ یا گذشت زمان باشد، به گونه‌ای که برآورد آن شرط را نتوان از سوابق ضامن یا از شاخصی که در ضمانت‌نامه مشخص شده است، بدون اینکه سندی را برای تطبیق آن با آن شرط معین کنند، تعیین نمود.

طبق این ماده شرطی غیراسنادی است که غیر از تاریخ یا گذشت زمان، انجام آن را نتوان از موارد زیر تعیین کرد:

۱. ارائه مدرکی به ضامن که در ضمانت‌نامه مشخص شده باشد. اگر شرطی مقرر کند که به طرفی غیر از ضامن ارائه شود، دلالت دارد که ضامن باید به حقایق خارج از ضمانت‌نامه بپردازد، نه به بررسی اسناد. همچنین ضامن نمی‌تواند سندی را که در ضمانت‌نامه مشخص نشده بررسی کند، زیرا ذی‌نفع به او اجازه می‌دهد که درباره آن تصمیم بگیرد. بنابراین چنین شرطی غیراسنادی است.

۲. سوابق ضامن که منظور کلیه سوابق ضامن نیست، بلکه سوابقی است که دلالت بر واریز وجه به حساب ضامن دارد و به ضمانت‌نامه مربوط می‌شود.

۳. شاخصی که در ضمانت‌نامه مشخص شده است. از طرف دستوردهنده انتظار می‌رود که شاخص اشاره‌شده در ضمانت‌نامه را در دستورات خود منعکس کند ضامن با منظور نمودن آن در صدور ضمانت‌نامه با دستورات او موافقت کند و ذی‌نفع با رد نکردن درج آن در ضمانت‌نامه یا ارائه مدرک به موجب شاخص مشخص‌شده آن را پذیرفته باشد.

۱. در ماده ۷ از URDG 758 مقرر شده است: به جز درج تاریخ یا قید گذشت زمان معینی ضمانت‌نامه نباید حاوی شرطی باشد که نتوان برای احراز آن مدرکی ارائه کرد. اگر ضمانت‌نامه حاوی شرطی باشد ولی مدرکی که اجرای شرط را نشان دهد معین نکرده باشد و از سوابق موجود نزد ضامن یا شخصی که در ضمانت‌نامه مشخص شده است نیز نتوان تحقق شرط را احراز کرد، شامن آن شرط را نادیده خواهد گرفت، مگر برای حصول اطمینان از عدم تناقض بین داده‌های مندرج در ضمانت‌نامه با داده‌های مندرج در مدرکی که مشخص شده و تحت ضمانت‌نامه ارائه شده است.

۲. این مفهوم با استاندارد ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی بانک‌ها و آنچه انتظار می‌رود آن‌ها برای تأیید اصالت ظاهری ضمانت‌نامه‌ای که ابلاغ می‌کنند انجام دهند هماهنگی بیشتری دارد.



۲.۲. وصف اسنادی در کنوانسیون سازمان ملل در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی

در کنوانسیون سازمان ملل متحد، در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی نیز در موارد متعددی بر ماهیت اسنادی شروط پرداخت تأکید شده است. از جمله در بند ۱ ماده ۲ درباره تعریف ضمانت‌نامه، بند C ماده ۶ درباره تعریف ضمانت‌نامه متقابل، ماده ۱۲ درباره انقضای اعتبار ضمانت‌نامه، ماده ۱۵ درباره مطالبه وجه ضمانت‌نامه و ماده ۱۶ درباره رسیدگی بانک به درخواست ذی‌نفع و اسناد پیوستی به اسنادی بودن شروط پرداخت اشاره شده است.

ماده ۳ این کنوانسیون مقرر می‌دارد: «برای اهداف این کنوانسیون، یک تعهد مستقل است تا جایی که وظیفه ضامن/ صادرکننده در قبال ذی‌نفع ... ب) به شرایطی که در این تعهد وجود ندارد متکی نمی‌باشد و یا به هر اقدام غیرمنتظره یا رویداد، غیر از ارائه اسناد و یا اقدامی که در حیطه وظایف ضامن است.» این بند ماده ۳ کنوانسیون به صراحت بر ماهیت اسنادی شروط ضمانت‌نامه و ممنوعیت درج شروط غیراسنادی دلالت دارد. در مقررات کنوانسیون نیز وظیفه ضامن فقط رسیدگی ظاهری به اسناد ارائه شده و توجه نکردن به شروط و مسائل خارج از ضمانت‌نامه، یعنی قرارداد پایه، است (Affaki & Goode, 2011, p. 227).

۳.۲. ماهیت اسنادی در لایحه جدید قانون تجارت

همان‌طور که در مباحث پیش گفته شد، اصطلاح ماهیت اسنادی به این معنی است که بانک برای پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه با اسناد سروکار دارد و وجه‌الضمان را موقعی می‌پردازد که اسناد مقرر شده در اعتبار اسنادی یا ضمانت‌نامه ارائه شده باشد. به عبارت کلی‌تر، تعهد متعهد (ضامن) از طریق گردش اسناد صورت می‌پذیرد.

در انتهای ماده ۸۳۶ مصوبه کمیسیون، اشاره‌ای گذرا و ضمنی به ویژگی اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل شده است. با این توضیح که اولاً ضامن باید به شروط مقرر در ضمانت‌نامه در موقع پرداخت وجه مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع توجه کند. ثانیاً پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه را باید فقط معلق به تحقق شروطی کند که در سند ضمانت‌نامه درج شده باشد^۱. البته این مقرر به تنهایی اسنادی بودن را ثابت نمی‌کند، چراکه ممکن است شرطی ذکر شده ولی اسنادی برای آن ارائه شده یا اساساً نتوان اسنادی برای احراز آن ارائه کرد. با این حال، با توجه به اهمیت بحث ماهیت اسنادی، باید باقی مقررات لایحه را نیز در این خصوص بررسی کرد.

ماده ۸۴۱ مصوبه کمیسیون مقرر می‌دارد: «هر شرطی که استقلال ضمانت‌نامه را تغییر دهد، بی‌اثر است.» این ماده جزو قواعد آمره است و به نظر می‌رسد مقصود از پیش‌بینی این ماده منع درج شروط غیراسنادی بوده است. اما عبارات به‌کاررفته در ماده مذکور نمی‌تواند به اندازه کافی چنین معنایی را افاده

۱. شروط اسنادی



کند. لذا بهتر بود عبارت این ماده به این شکل بیان می‌شد: «هر شرطی در ضمانت‌نامه برای پرداخت به جز شروط مندرج در ضمانت‌نامه ممنوع است.» یا «درج شروط غیراسنادی در ضمانت‌نامه ممنوع است.».

ماده ۸۵۶ مصوبه کمیسیون، صریح‌ترین ماده آن درخصوص ویژگی اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل است. طبق این ماده، وظیفه ضامن در مقابل ارائه اسنادی خاص در قرارداد و تطبیق این اسناد با آنچه در قرارداد ضمان آمده است و در صورت مطابقت نداشتن، ضامن تعهدی به ایفاء تعهد ندارد. منتها این تکلیف در حد مطابقت ظاهری اسناد با واقع و ویژگی‌ها و مشخصات مندرج در قرارداد است و ضامن برای بررسی آن‌ها نباید خود را به تکلف اندازد. زیرا معطل کردن ذی‌نفع با هدف غایی ضمانت‌نامه که جلب اعتماد است منافات دارد و مانع از گسترش این گونه اسناد در دنیای تجارت می‌شود.

در مصوبه کمیسیون چند ماده دیگر در راستای ویژگی ماهیت اسنادی و در ارتباط با اسنادی که ذی‌نفع ارائه می‌دهد مقرر شده است که در لایحه دولت در سال ۸۴ وجود نداشته‌اند.^۱

با عنایت به این مواد پی برده می‌شود که لایحه آن‌گونه که باید به سه جنبه وصف اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل که همان ممنوعیت درج شروط غیراسنادی، ممنوعیت دخالت در قرارداد پایه و لزوم به کاربردن عبارات صریح و روشن و بی‌ابهام است به‌طور صریح اشاره نکرده است. درحالی‌که اشاره به این موارد از تبعات اصلی و ضروری اصل استقلال ضمانت‌نامه است. دست‌کم لایحه باید با مقرر نمودن شروط غیراسنادی و توضیح آن‌ها، همانند مقررات URDG، طرفین ضمانت‌نامه را از درج آن‌ها در ضمانت‌نامه ممنوع می‌کرد (اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۷۸).

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

با بررسی دو ویژگی مهم ضمانت‌نامه‌های مستقل در لایحه جدید تجارت و مقررات بین‌المللی دریافتیم که در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، به‌صراحت اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه بیان شده و به رسمیت شناخته شده است. در مقررات کنوانسیون آنسیترال و سایر مقررات بین‌المللی^۲ نیز اصل استقلال جایگاه ویژه‌ای دارد و مقررات خاصی به آن اختصاص یافته است (اتاق بازرگانی بین

۱. ماده ۸۵۷: «چنانچه مطالبه مبلغ به ارائه اسنادی توسط صادرکننده منوط شود و صادرکننده اسناد ارائه‌شده را با اسناد ذکرشده در ضمانت‌نامه مغایر تشخیص دهد، باید ظرف دو روز مراتب را به اطلاع ذی‌نفع برساند. صادرکننده باید به تقاضای ذی‌نفع اصل اسناد را مسترد کند و دلیل رد را ظرف ده روز به صورت کتبی به وی اطلاع دهد.»

ماده ۸۵۸: «قبول هیچ‌یک از اسناد نباید به امضا یا تأیید متقاضی صدور ضمانت‌نامه یا امضای شخص ثالث منوط شود.»

ماده ۸۵۹: «در مواردی که اسناد ارائه‌شده معمول یا وقوع جرمی در مورد آن‌ها محرز باشد، پرداخت وجه متوقف و مراتب به مراجع ذی‌صلاح قضایی اعلام می‌شود.»

ماده ۸۶۰: «در صورتی که صادرکننده اسناد ارائه‌شده یا تقاضای پرداخت ذی‌نفع را بدون توجیه قابل قبول رد کند، ملزم به جبران کلیه خسارات وارده به ذی‌نفع و متقاضی است.»



المللی، ۱۳۷۸، ص. ۳-۶). در لایحه جدید تجارت نیز اصل استقلال ویژگی خاص و متمایزکننده ضمانت‌نامه مستقل است و از مجموع مواد مصوبه کمیسیون می‌توان به مفهوم و اهمیت اصل استقلال پی برد، با این تفاوت که در آن تعریف جامعی از اصل استقلال ارائه نشده است.

درخصوص ویژگی ماهیت اسنادی که خود معلول اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های مستقل است نیز در قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه به این ویژگی توجه شده است و حتی در مقدمه مقررات ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه سه جنبه ماهیت اسنادی که ممنوعیت اندراج شرطی غیراسنادی، ممنوعیت دخالت ضامن در قرارداد پایه و لزوم به‌کاربردن عبارات روشن و بی‌ابهام است تصریح شده است.

دیگر مواد قواعد یادشده نیز که در جای خود بررسی شدند هرکدام به نحوی بر ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل تأکید دارند. علاوه‌براین، کنوانسیون آنسیترال در برخی از مواد خود، به‌ویژه در بند ط ماده ۳، به‌صراحت بر ماهیت اسنادی شروط ضمانت‌نامه و ممنوعیت شروط غیراسنادی دلالت دارد.

همان‌طور که گفته شد، ماده ۸۵۶ مصوبه کمیسیون در سال ۱۳۹۱ صریح‌ترین ماده مصوبه درخصوص ماهیت اسنادی است، اما این ماده و مواد دیگر آن هیچ‌کدام مفهوم این ویژگی و خصوصیات بارز آن را بیان نمی‌کنند. این ماده فقط به وظیفه بانک درخصوص مدت‌زمان رسیدگی به اصالت اسناد و مطابقت آن‌ها با اسناد ذکرشده در ضمانت‌نامه اشاره کرده است که فقط اشاره‌ای ضمنی به ممنوعیت بانک از دخالت در قرارداد پایه و محدودیت وظیفه او به رسیدگی به مطابقت ظاهری اسناد است و درخصوص ممنوعیت اندراج شروط غیراسنادی، ماده صریح و روشنی در مصوبه کمیسیون وجود ندارد.

مصوبه کمیسیون نیز همانند هر متن نوپای دیگر خالی از نواقص نیست. باین‌حال می‌توان با به‌کارگیری راهکارهایی در جهت تطابق مقررات آن با ضوابط بین‌المللی تلاش کرد. چند راهکار کلی که از جمع‌آوری مطالب بررسی‌شده به دست آمده در ذیل ارائه می‌شود که با درنظرگرفتن این پیشنهادها و مطالب جزئی که ذیل هر مبحث جداگانه توضیح داده شد، امید است که مقررات کامل‌تر و بهتری در این زمینه تدوین شود:

۱. این قبیل قواعد به علت شکل‌گیری در اثر اقتضائات تجاری و اقتصادی همواره در حال تغییر و نو شدن است. لذا قانون‌گذار نمی‌تواند همپای با این تحولات دست به اصلاح قانون بزند. سعی در وضع قواعد آمره، نه‌تنها به تسهیل روابط تجاری منتهی نمی‌شود، بلکه ممکن است در عمل مانعی بر سر راه فعالیت‌های تجاری باشد. بر این اساس، بهتر است قانون‌گذار همچنان اصل بنیادین حاکمیت اراده را در روابط تجاری و اقتصادی اساس قرار دهد و جز در مواردی که مداخله‌نکردن منشأ آسیب به نظام مذکور می‌شود، از وضع قواعد به‌ویژه قواعد آمره خودداری کند. زیرا نه‌تنها لزومی به این کار نیست، بلکه این کار می‌تواند به تجارت بین‌المللی، که عرصه روابط اقتصادی و تجاری آزاد است، صدمه و آسیب بزند.

۲. همان‌طور که گفته شد، منابع قانونی بین‌المللی ضمانت‌نامه‌های مستقل قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و کنوانسیون آنسیترال برای ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی است. درواقع حجم مهمی از ضمانت‌نامه‌های مورد استفاده در هر کشور ازجمله



ایران را ضمانت‌نامه‌های صادره در قراردادهای بین‌المللی تشکیل می‌دهد. بسیاری از این ضمانت‌نامه‌ها از سوی بانک‌های خارجی صادر می‌شوند. از این‌رو توجه به جنبه‌های بین‌المللی ضمانت‌نامه مستقل ضرورت توجه به اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی را به‌روشنی نشان می‌دهد. با این حال، لایحه جدید تجارت در بسیاری از بخش‌ها به مقررات مذکور توجهی ننموده و با آن‌ها مطابقتی ندارد. درحالی‌که رفع این خلأ نه تنها در منطبق و هماهنگ کردن این مقررات با مقررات بین‌المللی تأثیر جدی دارد، به استحکام و درستی لایحه جدید نیز کمک شایانی می‌کند.

۳. ارائه نکردن تعاریف یا اکتفا به اشاره کوتاه و حتی بعضاً تخصیص نیافتن ماده‌ای از مقررات لایحه به این موارد نه تنها ایجاد خلأ می‌کند، آن را معارض با هدف اصلی خود که همسویی و همگامی با مقررات بین‌الملل در راستای تسهیل تجارت بین‌الملل است نیز قرار می‌دهد. برای مثال، مباحثی مهم و کلیدی مانند بحث تهاوت و توثیق ضمانت‌نامه‌های مستقل، که در معاملات و بانکداری بین‌المللی نقش عمده‌ای ایفا می‌کنند و نیاز به تدوین مقرراتی در این زمینه وجود دارد، در پیش‌نویس جدید قانون تجارت مسکوت مانده است. البته مقررات بین‌المللی نیز در زمینه این دو مبحث خلا دارند، ولی این امر علاوه بر اینکه توجیهی بر فقدان قانون‌گذاری در این موضوع نیست، نشان‌دهنده نیاز و ضرورت بیشتر تدوین و اختصاص موادی از لایحه جدید تجارت به این مباحث است تا خلأ مقررات بین‌المللی را پر کند و در عمل نیز کارگشای طرفین ضمانت‌نامه مستقل باشد.

نهایتاً در حقوق ایران نیز رویه قضایی مرز دقیقی بین ضمانت‌نامه مستقل و تبعی ترسیم نکرده است و برخی از دادگاه‌ها به پرداخت فوری ضمانت‌نامه حکم می‌دهند، ولی برخی دیگر برای تصمیم‌گیری در این خصوص قرارداد پایه را نیز بررسی می‌کنند. همین مسئله پیش‌بینی چارچوب قانونی مدون برای ضمانت‌نامه‌های مستقل را ضروری می‌سازد تا احترام به قصد طرفین از سوی محاکم را تضمین کند.

منابع

- آفاکی، ژرژ (۱۳۹۵). راهنمای تفسیری مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG). ترجمه فریده تذهیبی. تهران: انتشارات کمیته اتاق بازرگانی بین‌المللی، چاپ دوم.
- اتاق بازرگانی بین‌المللی (۱۳۹۵). ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG). ترجمه فریده تذهیبی. تهران: انتشارات کمیته اتاق بازرگانی بین‌المللی.
- اتاق بازرگانی بین‌المللی (۱۳۷۸). مقررات بین‌المللی تضمین‌ها (ISP 98)، ترجمه پرویز عباسیان، انتشارات کمیته اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۷۸.
- استوفله، ژان (۱۳۸۷). «تقلب در اعتبار اسنادی تجاری، اعتبارنامه تضمینی و ضمانت‌نامه مستقل بانکی». ترجمه ماشاء الله بناء نیاسری. مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۹، ص ۲۹۱-۲۹۸.
- افتخار جهرمی، گودرز، تفرشی، محمدعبسی، شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۰). «تحول نظام حقوقی ضمانت‌نامه بانکی در اتاق بازرگانی بین‌المللی»، فصلنامه علمی پژوهشی علوم انسانی (حقوق)، دانشگاه تربیت مدرس، دوره پنجم، شماره چهارم (شماره پیاپی ۲).
- امیرپور، رسول (۱۳۹۰). مطالبه متقابلانه وجه ضمانت‌نامه بانکی در حقوق تجارت بین‌الملل. پایان‌نامه کارشناسی ارشد



- حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبائی.
- تفرشی، محمدعیسی، شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۲). «استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در تجارت بین‌الملل». نامه مفید، دوره ۹، شماره ۳۷، ص ۵-۲۴
- خامه، زهره (۱۳۹۲). بررسی ضمانت‌نامه‌های مستقل در مقررات بین‌المللی و لایحه جدید تجارت. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.
- محبی، محسن (۱۳۷۵). «ضمانت‌نامه بانکی در رویه دیوان داورى دعاوى ایران — ایالات متحده». مجله حقوق بین‌المللی، شماره ۲۰.
- یانگ، گائو ایکس و بوکلی، راس پی (۱۳۸۶). «مطالعه تطبیقی در مورد قاعده تقلب و معیار آن در حقوق اعتبارات اسنادی». ترجمه ماشاءالله بناءنیاسری. مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۹، ص ۲۴۳-۳۲۲.
- Affaki, G., & Goode, R. M. (2011). *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*. International Chamber of Commerce.
- Alawamleh, K. J. A. (2013). *Documentary Credits and Independent Guarantees: A Critique of the 'Fraud Exception' Position in English and Jordanian Law* (Doctoral dissertation, University of Central Lancashire).
- Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Secretariat on the Convention (the "Explanatory Note"). United Nations. Available at www.UNCITRAL.org
- Kelly-Louw, M. (2008). *Selective legal aspects of bank demand guarantee* (Doctoral dissertation, University of South Africa).
- Malek, A., & Quest, D (2009). *Jack: Documentary Credits: the law and practice of documentary credits including standby credits and demand guarantees*. Tottel Pub..
- Pierce, A. (1993). *Demand Guarantees in International Trade*. Sweet & Maxwell.
- United Nations Convention on independent guarantees and stand. by letters of Credit Available at <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf> (Last visited:2020-06-16)
- Van Houtte, H. (Ed.) (1999). *The Law of Cross-border Securities Transactions*. Sweet & Maxwell.

تأثیر دکترین کارکرد عمومی بر قراردادهای اداری

مجید نجارزاده هنجانی^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۳

چکیده

دکترین کارکرد عمومی تحوّل بنیادین در مفهوم کلاسیک خدمات عمومی ایجاد کرده است، چراکه انحصار ملاک شخصی و سازمانی را در تشخیص خدمت عمومی نفی کرده و با توسل به برخی ملاک‌های دیگر برخی فعالیت‌های بخش خصوصی را نیز، در کنار خدمات بخش عمومی، خدمت عمومی می‌داند. دکترین کارکرد عمومی، با ارائه مفهوم نوین از خدمت عمومی، ملاک تشخیص قرارداد اداری را نیز متحوّل می‌کند. بر این اساس هر قراردادی که موضوع آن خدمتی عمومی باشد، فارغ از شخصیت طرفین قرارداد، قراردادی اداری تلقی می‌شود. به این ترتیب در چنین قراردادهایی نیز، با پشتوانه قانونی، امکان پیش‌بینی امتیازات ترجیحی وجود دارد؛ یعنی قراردادی که طرفین آن خصوصی هستند، بر مبنای وجود موضوع خدمات عمومی و مؤلفه‌های منفعت عمومی، قراردادی اداری تلقی می‌شود و متولی خدمت عمومی می‌تواند دارای امتیازات ترجیحی باشد. با این تحوّل مفهومی و محتوایی، صلاحیت دادگاه‌های اداری در رسیدگی قضایی به دعاوی ناشی از قراردادهای اداری نیز افزایش خواهد یافت و این مراجع می‌توانند به دعاوی قراردادی دو طرف خصوصی، به شرط موضوعیت خدمتی عمومی در آن قرارداد، رسیدگی کنند.

واژگان کلیدی: قرارداد اداری، کارکرد عمومی، خدمات عمومی، حقوق قراردادهای، حقوق اداری

۱. دکتری تخصصی حقوق عمومی از پردیس فارابی دانشگاه تهران؛ Majid.law63@yahoo.com



مقدمه

قراردادهای اداری را می‌توان حلقه اتصال حقوق اداری و حقوق خصوصی دانست. بر این اساس، ذیل بحث حقوق قراردادهای، می‌توان در کنار قراردادهای تجاری و مدنی حقوق خصوصی درباره قراردادهای اداری حقوق اداری نیز بحث کرد. البته این اتصال موضوعی به معنای اشتراک حکمی نیست. به عبارت دیگر، احکام و قواعد حاکم بر قراردادهای تجاری و مدنی با احکام و قواعد حاکم بر قراردادهای اداری تفاوت‌های مهمی دارند. وجود ریشه‌ها، مبانی و اصول حقوق عمومی در موضوع قراردادهای اداری تفاوت‌های حکمی فراوانی را با قراردادهای تجاری و مدنی سبب شده است. بنابراین، «...قراردادهای اداری در چارچوب حقوق عمومی معنا و مفهوم پیدا کرده است. در واقع حقوقدانان حقوق عمومی با توجهات مختلف و با استناد به نظریه‌های گوناگون، به‌خصوص نظریه خدمت عمومی و نظریه برتری منافع عمومی، نهاد مذکور را به عنوان نهادی مستقل... تعریف و تبیین می‌کنند» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۶۹).

موضوع قراردادهای اداری در حقوق عمومی و اداری سابقه چندانی ندارد. چراکه در دوره دولت‌های پیشامدرن، دولت‌ها به‌طور سنتی برای انجام وظایف و اعمال صلاحیت‌هایشان از اعمال حاکمیتی یک‌جانبه استفاده می‌کردند. اما برخی تحولات نظری و عملی سبب استقبال دولت‌های مدرن از اعمال اداری دوجانبه (قراردادهای اداری) شد. بر این اساس، برخی به‌درستی اذعان کرده‌اند که اصطلاح قرارداد اداری محصول دولت مدرن ملی است (مولائی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۴).

تحولات زمینه‌ساز استقبال دولت‌ها از قالب قراردادهای اداری را می‌توان در گسترش حوزه امور عمومی و وظایف حکومتی مشاهده کرد. «از زمانی که دولت به تدریج وظایف جدید پیدا کرد و وظایف آن از حاکمیت به تصدی، بلکه خدمات عمومی گسترش یافت، چون به تنهایی قادر به ارائه این وظایف نبوده، تأمین بعضی خدمات و نیازهای عمومی را طبق قرارداد با نظارت خود به دیگران واگذار می‌کند یا تدارک مواد و خدمات موردنیاز، اداره یا بهره‌برداری بعضی خدمات عمومی را طبق قرارداد و با حفظ حق هدایت و نظارت خود به اشخاص صلاحیت‌دار حقیقی یا حقوقی می‌سپارد» (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۲). بنابراین می‌توان گفت موضوع «خدمات عمومی» زمینه‌ساز اصلی تأسیس و توسعه نظریه قراردادهای اداری بوده است. خدمات عمومی یکی از مفاهیم کلاسیک و نظریه‌های مبنایی حقوق اداری است که درصدد تبیین مبنای مشروعیت حاکمیت دولت‌ها و در نتیجه، کنترل حدود و ثغور قدرت عمومی است.

به‌منظور فهم مبنای تأسیس و توسعه مفهوم قراردادهای اداری، نخست لازم است مفهوم خدمات عمومی به‌صورت اجمالی تبیین شود،^۱ زیرا به لحاظ تاریخی «شکل‌گیری رژیم قرارداد اداری از نیمه دوم

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: زارعی، محمدحسین و نجارزاده هنجنی، مجید (پاییز ۱۳۹۶). «مفهوم خدمات عمومی و تحول آن در پرتو دکتربین کارکرد عمومی». پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۹، شماره ۵۶، ص ۳۲-۹.



قرن نوزدهم به نظریه خدمت عمومی پیوند خورده است... به نحوی که فهم قرارداد اداری بدون فهم خدمت عمومی امکان‌پذیر نمی‌باشد» (مولائی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۳). در تعاریف کلاسیک ارائه‌شده در باب مفهوم خدمات عمومی، همواره بر دو نکته محوری ماهوی و سازمانی تأکید شده است:

نکته اول (ملاک ماهوی) ارتباطی است که بین خدمات عمومی با منافع عمومی وجود دارد. خدمات عمومی اساساً برای رفع نیازهای عمومی شکل گرفته‌اند و از رهگذر رفع نیازهای عمومی، منافع عمومی را تأمین می‌کنند. این ارتباط به گونه‌ای است که برخی پژوهشگران نقطه مشترک تمامی تعاریف ارائه‌شده از خدمات عمومی را تأمین نیازهای عمومی جامعه می‌دانند (رضایی‌زاده و کاظمی، ۱۳۹۱، ص ۲۴). بر واضح است که نتیجه نهایی رفع نیازهای عمومی تأمین منافع عمومی و به عبارتی سود عموم است. بر این اساس می‌توان گفت «مبادرت به خدمتی که به سود عموم منتهی می‌شود، وصف بارز این گونه خدمت‌ها است» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۳۶) و «خدمت عمومی فعالیتی است که متضمن رفع نیازها و تأمین منافع عمومی است» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۱، ص ۲۶۵).

اما نکته دوم (ملاک سازمانی) که در ادبیات کلاسیک خدمات عمومی همواره بر آن تأکید شده ایفای نقش دولت در ارائه و مدیریت خدمات عمومی است. بنیانگذار نظریه خدمات عمومی، لئون دوگی،^۱ معتقد است که خدمات عمومی جز با مداخله حاکمیت امکان تحقق کامل ندارد. اهمیت این حضور و مداخله دولتی به حدی است که برخی مدعی شده‌اند خدمت عمومی مأموریت اصلی اداره است (Bilouseac, 2012, p. 238). به این دلیل مفهوم خدمات عمومی همواره قرین حضور و نوعی از مداخله دولت بوده است. این تأکید به حدی بوده که برخی صاحب‌نظران را به ایده انحصار خدمات عمومی در بخش عمومی رسانده است. تا جایی که در تعاریف ارائه‌شده از خدمت عمومی به اختصاص خدمات عمومی به اداره و شخص عمومی تصریح می‌کردند. برای مثال گفته‌اند: «فعالیت یک نهاد خصوصی را نمی‌توان یک فعالیت ارائه‌دهنده خدمت عمومی تلقی کرد» (ibid, p. 241). برخی نیز گفته‌اند که «خدمت عمومی اغلب مترادف خدمت دولت استفاده می‌شود و تمامی کارکنان بخش دولتی را دربر دارد» (Perry & Wise, 1990, p. 368). البته امروزه، با تحولاتی که در ادامه به آن اشاره خواهد شد، ملاک سازمانی یادشده به چالش کشیده شده است.

با پذیرش نظریه خدمات عمومی، دولت‌ها در کنار وظایف و صلاحیت‌های سیاسی و پلیسی مسئولیت‌های متنوع اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را پذیرفتند. اما انجام این مسئولیت‌های متنوع به صورت مابشرتی در توان مالی، اداری و تخصصی دولت‌ها نبود. از این رو دولت‌ها به ظرفیت‌های بخش خصوصی روی آوردند و برای تأمین خدمات گوناگون دست نیاز به سوی بخش خصوصی دراز کردند و به این منظور وارد عرصه قراردادگرایی شدند. این پدیده نه موقتی بود و نه محدود؛ به گونه‌ای که امروزه شاهد انعقاد روزافزون قراردادهای اداری در حوزه‌های گوناگون خدمات عمومی (و حتی بعضاً امور پلیسی) هستیم. پدیده‌ای که از آن به «دولت قراردادی»^۲

1. Léon Duguit

2. Contracting State



تعبیر می‌شود. همچنین، بهره‌گیری اداره از خدمات بخش خصوصی در قالب قراردادهای اداری را اداره قراردادی نامیده‌اند (Guettier, 2004, p. 2).

زمینه‌های شکل‌گیری دکتربین کارکرد عمومی

توسعه کارکرد خدمات‌رسانی دولت‌ها و به عبارت دیگر تلقی دولت‌محور در هسته مفهومی خدمات عمومی، با بروز تحولات اقتصادی و مدیریتی و ارائه نظریه‌های نوین درخصوص نقش دولت در بازار، با چالش و تحول جدی روبه‌رو شد. زمینه‌های این تحولات ذیل دو عنوان قابلیت بررسی دارد:^۱

الف) الگوی مدیریت دولتی نوین و خصوصی‌سازی خدمات عمومی

اواخر دهه ۱۹۷۰ دوره افول دولت‌گرایی است. از یک‌سو، در جهان سرمایه‌داری، رواج رانت‌های دولتی به علت فربه‌شدن اقتصاد دولتی، ناکارآمدی بنگاه‌های دولتی به علت فقدان انگیزه رقابت اقتصادی و وابستگی آن‌ها به یارانه‌های دولت، گسترش فساد، رکود اقتصادی، افزایش نرخ بیکاری، نرخ بالای تورم از جمله نشانه‌های بحرانی بود که برخی از آن با عنوان «موج سوم بحران اقتصاد سرمایه‌داری» یاد کرده‌اند (رحمت‌اللهی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۳). از سوی دیگر، در جهان کمونیستی، با فروپاشی اتحاد شوروی، جذابیت الگوی اقتصاد کمونیستی از بین رفته بود. این تجربیات ثابت کرد که برنامه‌ریزی متمرکز و دستوری و مداخله شدید دولت در اقتصاد نه تنها به دور از نقص و نارسایی نیست، بلکه ممکن است بحران‌آفرین نیز باشد و شکست دولت عملاً مشکلی مزمن‌تر و پُرهزینه‌تر از شکست بازار است. در نتیجه، «شکست‌های دولت‌ها در حفظ ثبات اقتصادی، حفاظت از محیط‌زیست و کاهش فقر به تلاش برای راه‌حلی نو و راهبری خارج از بخش دولتی منجر شد» (Van Der Walddt, 2014, p. 125).

در گذار از دولت‌گرایی و اقتصاد دولتی، صندوق بین‌المللی پول^۲ و بانک جهانی^۳ در جایگاه دو نهاد بین‌المللی مهم و تأثیرگذار در روند توسعه اقتصادی کشورها و در کنار آن‌ها خزانه‌داری ایالات متحده آمریکا^۴ در ترویج نظری و عملی سیاست‌های بازارگرا تأثیر بسزایی داشتند. در فضای این سیاست‌ها، «خصوصی‌سازی، به مثابه نسخه‌ای شفاف‌بخش، برای شکستن انحصار دولتی و بهبود کارایی از طریق رقابت و فراهم کردن گزینه‌های بیشتر برای شهروندان در بازار توصیه می‌شود» (Warner and Bel, 2008, p. 724). زیرا «طرف‌داران آزادسازی بر این نظرند که با فشار رقابتی، کارایی تضمین می‌شود» (Bance, 2003, p. 43). این سیاست‌ها را که از سوی سه نهاد یادشده دنبال می‌شد، بعدها در سال ۱۹۸۹، جان

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: نجارزاده هنجنی، مجید (۱۳۹۸). «تحولات الگوهای مدیریتی خدمات عمومی؛ از خدمات عمومی کلاسیک تا خدمات عمومی نوین». حقوق اداری، دوره ۶، شماره ۱۹ ص ۲۶۵-۲۸۸.

2. International Monetary Fund

3. World Bank

4. United States Department of the Treasury



ویلیامسون «اجماع واشنگتنی»^۱ نامید، چون هر سه نهاد در واشنگتن مستقر بودند. به این ترتیب، «...در دهه‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ که موج خصوصی‌سازی و آزادسازی از ایالات متحده آمریکا و بریتانیا به بسیاری از کشورهای غربی رسید، تحول آغاز شد» (Mory, 2013, p. 57) و «اصلاحات بخش عمومی به سمت بخش خصوصی و مدیریت بازارمحور در اغلب اقتصادها رواج یافت» (Ngowi, 2008, p. 98). در آموزه‌های نئوکلاسیکی، رویکرد به مدیریت خدمات عمومی متفاوت با رویکرد کلی به حوزه اقتصاد نبود. از بُعد نظری، ایدئولوژی نئولیبرال اولویت را به مشارکت بخش خصوصی می‌دهد. چه این که در قلب نئولیبرالیسم اصول اقتصادی وجود دارد که همواره از دولت بازارمحور طرفداری می‌کند. از بُعد عملی نیز ناکامی ارائه خدمات از سوی دولت در طی دهه ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ در بسیاری از کشورها به رویکردی گسترده به خصوصی‌سازی خدمات منجر شد (Warner & Bel, 2008, p. 723). بنابراین، ادعا و البته انتظار طرفداران خصوصی‌سازی خدمات عمومی بر مبنای تئوری کارایی این بود که کیفیت خدمات بخش خصوصی بهتر از خدمات بخش عمومی است، پس خدمات عمومی نیز باید خصوصی شود. البته نارسایی‌های پولی و بودجه‌ای دولت‌ها نیز در این اقبال تأثیرگذار بود.

این تحولات، چارچوب ارائه خدمات عمومی را تغییر داد، به گونه‌ای که برخی را به این نتیجه رساند که حرکتی «...از تفاوتی واضح میان بخش عمومی و خصوصی به سمت کم‌رنگ‌شدن این تفاوت و به هم پیوستن این دو» آغاز شده است (Waldo, 1980, p. 164). به عبارت دیگر، مرز بین عمل دولتی و عمل خصوصی نامشخص شد. برخی نیز رواج تقریباً جهانی خصوصی‌سازی را افتادن مدیریت عمومی به ورطه بحران اعتباری و هنجاری دانستند (Shamsulhaque, 1996, p. 213). برخی نیز، با نظر به خصوصی‌سازی‌های گسترده خدمات، مدعی شدند که این تغییرات کمتر از انقلاب نیست (Major, 1989, p. 1). زیرا با این تحولات، اندازه و نقش دولت چنان کوچک و محدود می‌شود که می‌توان چنین دولتی را «دولت پوک»^۲ نامید (Mccann, 2013, p. 7).

به لحاظ نظریه‌های مدیریت دولتی، این دوره مقارن است با رواج نظریه «مدیریت دولتی نوین»^۳ که بر بازارگرایی و واگذاری شرکت‌های دولتی به بخش خصوصی، برون‌سپاری خدمات عمومی و محدود شدن وظایف تصدی‌گری دولت و نهایتاً ترویج رقابت در خدمات عمومی تأکید دارد. به همین علت، مدیریت دولتی نوین را وفق دادن فرایندهای خاص مدیریتی بخش عمومی با روش‌های بخش خصوصی دانسته‌اند (Matei & Razvan, 2014, p. 687).

با توجه به این که «با اصلاحات مدیریت نوین دولتی، خدمات عمومی به لحاظ هدف‌گذاری معطوف به بهره‌وری، کارایی و کارآمدی شده است» (Rayner et al., 2012, p. 122)، شاید بتوان این ادعا را که

1. Washington Consensus

2. Hollow State

3. New Public Management



«...مدیریت نوین دولتی تیشه به ریشه مختصات خدمات عمومی زده است» (ibid, p.118) بهتر درک کرد. زیرا مدیریت دولتی نوین، با تأکید بر ارزش‌های منفعت خصوصی، دغدغه‌های منفعت عمومی را که مبنا و هدف خدمات عمومی است به حاشیه می‌راند.

ب) الگوی خدمات عمومی نوین و حکمرانی خوب

مطالعات اقتصادی دهه آخر قرن بیستم برخی اقتصاددانان را به این نتیجه رساند که دولت حداقلی و بازار آزاد عملکرد چندان موفق‌تری نداشته است. آمار بانک جهانی حاکی از این واقعیت بود که رشد اقتصادی جهانی در دوره ۱۹۶۰-۱۹۷۹ وضعیت بهتری از دوره ۱۹۸۰-۱۹۹۹ داشته است. نکته دیگری که نظر اقتصاددانان را به خود جلب می‌کرد این بود که در دهه ۱۹۸۰ کشورهای آسیای شرقی و برخی از کشورهای جنوب آسیا که در آن‌ها دولت‌ها به نقش فعال خود ادامه دادند، به رشد بسیار خوبی دست یافتند (نجارزاده هنجنی، ۱۳۹۸، ص ۲۷۸). گذشته از این، تحقیقات تجربی در مقایسه بخش عمومی و خصوصی کارایی بیشتر بخش خصوصی را ثابت نکردند (Girth et al., 2012, p.888) و «...این فرض به اثبات نرسیده و نخواهد رسید که همه فعالیت‌های دولت ضرورتاً ناکارآمد است و دولت باید به وسیله بنگاه‌های خصوصی از عرصه حیات اقتصادی به خارج رانده شود» (Radygin et al., 2015, p.56).

مطالعات اخیر در حوزه خدمات عمومی شهری نیز حاکی از نبود تفاوت فاحش میان ارائه خدمات از سوی دولت و بخش خصوصی بوده است (Warner & Bel, 2008, p.725). در سال‌های اخیر «موارد اندکی به هدف خصوصی‌سازی رسیده‌اند و خصوصی‌سازی‌های طراحی‌شده در کشورهای مختلف با شکست مواجه شده‌اند... در تعدادی از کشورها مخالفت‌ها علیه طرح‌های خصوصی‌سازی شدت یافت. یکی از اتفاقات اخیر، رفراندوم عمومی ۲۰۱۱ ایتالیا درباره خصوصی‌سازی شرکت‌های آب شهری بود. اکثریت آرا مخالف این گزینه بود» (Mory, 2013, p.66). در بریتانیا نیز، پس از گذشت سال‌ها از خصوصی‌سازی کامل بخش آب، شرکت‌های خصوصی‌شده آب رضایت مردم را جلب نکردند. این شرکت‌ها به افزایش مفرط قیمت‌ها، سرمایه‌گذاری‌های بسیار کم (برخلاف اظهارات اغراق‌آمیز بر سرمایه‌گذاری کلان) و کاهش جدی تعداد نیروهای کار به منظور افزایش منافعشان متهم شدند (Bance, 2003, p.40).

با تکیه بر این تجربیات، در اجماع پس‌اواشنگتنی^۱ رویکردی مشارکت‌جویانه مطرح شد که به موجب آن، دولت و بازار در روند توسعه شریک و مکمل هم به‌شمار می‌روند. در این رویکرد، نه دولت بر بازار برتری دارد و نه بازار بر دولت. به عبارت دیگر، این تجربه ارزشمند به دست آمد که این طرز تفکر درست نیست که راهبرد توسعه انتخاب دولت یا بازار است. بنا بر این رویکرد، توسعه نیازمند ایفای نقش بازار و دولت در کنار یکدیگر است، نه حذف یکی به نفع دیگری. همچنین، تولید خصوصی محض یا تولید دولتی محض گزینه‌های کاملی نیستند، بلکه بازیگران خصوصی و دولتی می‌توانند توانایی‌های

1. Post Washington Consensus



نامتجانس یکدیگر را برای خلق ترکیب‌ها و همکاری‌های نو به کار گیرند (Cabral et al., 2013, p.7). در فضای سیاست‌های پساواشنگتنی دولت دیگر حاکم نیست و حکومت نمی‌کند، بلکه فقط در فرایند «حکمرانی» مشارکت می‌کند. به این ترتیب، حکمرانی عام‌تر از اداره کردن و مدیریت^۱ است و به همین علت آن را جایگزین الگوهای مدیریت دولتی می‌دانند (Van Der Waladt, 2014, p.125) و در این فضا ویژگی‌های متعددی برای «حکمرانی خوب»^۲ ارائه می‌شوند.^۳

یکی از مشخصات الگوی حکمرانی خوب مسئولیت‌پذیری و پاسخ‌گویی در ارائه کالاها و خدمات عمومی است (ibid, p.131) که با تکیه بر ویژگی کارآمدی دولت معنا خواهد داد. زیرا الگوی حکمرانی خوب در مدیریت خدمات عمومی این ایده را ترویج و از آن دفاع می‌کند که در عرصه‌هایی از خدمات عمومی که بخش خصوصی کارآمدی لازم برای مدیریت مطلوب را دارد، دولت باید آن عرصه را برای ورود بخش خصوصی مهیا کند و درعین حال به ایفای نقش تنظیم‌گری و هدایت‌گری بپردازد و از این راه حقوق مردم را تضمین کند. درواقع، در کنار دولت کارآمد، باید برای ایجاد بخش خصوصی کارآمد و قدرتمند نیز سیاست‌گذاری شود. همچنین، وجود راهبردهای بازاری در الگوی حکمرانی خوب به معنی فقدان تنظیم‌گری و عقب‌نشینی دولت از مسئولیت عمومی نیست (نجارزاده هنجانی، ۱۳۹۸، ص ۲۸۰).

حکمرانی خوب، علاوه بر نقش تنظیم‌گری، حتی ارائه مستقیم برخی خدمات عمومی را به دست دولت بر مبنای ناکارایی یا بی‌میلی بخش خصوصی تجویز می‌کند. بنابراین، در حکمرانی خوب، دولت در مواردی حتی در جایگاه شریک فعال بخش خصوصی در ارائه خدمات عمومی وارد می‌شود (Cabral et al., 2013, p.7). زیرا تجربیات گذشته به وضوح ثابت کرده است که «محدود کردن قلمرو فعالیت دولت به خودی خود سبب تأمین مدیریت اقتصادی کاراتر و تضمین شکل‌گیری روابط بازاری نمی‌شود» (Radygin et al., 2015, p.56) و اعتماد زیاد به تولید و ارائه خدمات توسط بخش خصوصی به ایجاد نارضایتی‌هایی در مردم منجر می‌شود (Warner & Bel, 2008, p.723).

نتیجه این که در الگوی مشارکت‌جویانه حکمرانی خوب، از یک سو مؤسسات خصوصی با مدیریت و نظارت دولت نیازهای مردم را تأمین می‌کنند و از سوی دیگر لازم است که «...دولت بسیاری از کالاها و خدمات عمومی را که از سوی بازار خصوصی به نحو کارآمدی تولید و ارائه نمی‌شوند خود عرضه کند (Girth et al., 2012, p.888).

ایده حکمرانی خوب، با ترویج تحول در نقش دولت، الگوی مدیریت دولتی را متحول کرده و الگوی

1. Administration

2. Good Governance

۳. کمیته مشورتی سازمان ملل راجع به مسائل و برنامه CCPOQ در گزارش سال ۲۰۰۰ ملاک‌های حکمرانی خوب را این گونه معرفی نموده است: مردم‌سالاری، مشارکت، عدالت، مدیریت و حمایت از محیط‌زیست، حقوق بشر، حاکمیت قانون، مدیریت ارائه خدمات عمومی، شفافیت و پاسخ‌گویی، امنیت، استقرار صلح و مدیریت تعارض‌ها، شهروندی آگاهانه و دولت الکترونیک.



خدمات عمومی نوین^۱ را ارائه می‌نماید. بر همین اساس، «دنه‌ارت در تبیین سیر تحول ادبیات مدیریت دولتی از رویکرد خدمات عمومی نوین به‌منزله جایگزینی برای مدیریت دولتی نوین یاد می‌کند» (سالارزهی و ابراهیم‌پور، ۱۳۹۱، ص ۵۷). با این تفاسیل، حکمرانی خوب فضا را برای تمرکز حاکمیت و بخش عمومی بر وظیفه بنیادین «تأمین» خدمات عمومی مهیا می‌کند. به عبارت دیگر، «مشارکت بخش خصوصی به‌صورت بالقوه به بخش عمومی و مدیران و کارمندان آن اجازه می‌دهد تا بر اصل ارائه خدمات عمومی تمرکز یابند» (Ngowi, 2008, p.104).

با توجه به تحولات یادشده می‌توان گفت تلقی‌های دولت‌محور از مفهوم خدمات عمومی ناشی از اشراف نداشتن به نسل‌های نوین خدمات عمومی است و بیشتر به دوره ماقبل رواج خصوصی‌سازی و کوچک‌سازی دولت‌ها ناظر است. هرچند در گذشته ارائه خدمات عمومی یکی از وظایف اصلی بخش عمومی بوده است، اما امروزه بخش خصوصی نیز در ارائه خدمات عمومی وارد شده و مسئولیت‌هایی را بر عهده گرفته است. بنابراین، با توجه به نسل‌های نوین خدمات عمومی، محصورکردن خدمات عمومی به بخش عمومی درست به نظر نمی‌رسد. به همین اعتبار، دنه‌ارت در مقاله «آینده مدیریت دولتی» در سال ۱۹۹۹ تأکید کرده است که «در آینده مهارت‌ها و توانایی‌های جدیدی برای ارائه خدمات عمومی لازم خواهد بود» (Denhardt, 1999, p.279).

با تحولات پیش‌گفته زمینه برای ورود بخش خصوصی به عرصه امور و خدمات عمومی فراهم و از آن استقبال می‌شود. از یک طرف، دولت‌ها برای تأمین خدمات عمومی تحت مدیریت خود به استفاده از قالب قراردادهای اداری ترغیب شدند و از طرف دیگر، با خصوصی‌سازی خدمات عمومی، بخش خصوصی متولی خدمات عمومی نیز، به‌منظور مدیریت خدمات عمومی تحت مدیریت خود، به انعقاد قرارداد با سایر بازیگران بازاری روی می‌آورد.

مفاد دکتربین کارکرد عمومی

با شکسته‌شدن رویکردهای دولت‌محور در تبیین مفهوم خدمات عمومی و ورود بخش خصوصی به عرصه خدمات عمومی، ضرورت تمیز خدمات عمومی بخش خصوصی از سایر فعالیت‌های بخش خصوصی کاملاً ضرورت یافت. این تمیز مستلزم ارائه معیاری دقیق برای شناسایی خدمات عمومی از میان سایر فعالیت‌های بخش خصوصی بود. در این راستا دکتربین کارکرد عمومی ارائه شد. دکتربین کارکرد عمومی در فضای جدید سیاسی و اقتصادی شکل گرفت که با عناوینی چون سیاست‌های تعدیل، کوچک‌سازی دولت و خصوصی‌سازی شناخته شده است.

بر مبنای دکتربین کارکرد عمومی، مفهوم خدمات عمومی را نباید در خدمات بخش عمومی منحصر و محدود کرد. چراکه «خدمات عمومی موضوعاً ناظر بر نیازهای عمومی است و از این حیث کارکرد عمومی به‌شمار می‌رود» (نجانارزاده هنجنی و حسین شرقی، ۱۳۹۷، ص ۱۲۳)، چه دولت آن را ارائه دهد

1. New Public Services



چه بخش خصوصی. زیرا «نهادهای عمومی و خصوصی می‌توانند به‌منزله بنگاه‌های منافع عمومی عمل کنند» (Cabral et al., 2013, p.8). یعنی ارائه خدمات عمومی از سوی بخش خصوصی تغییری در ماهیت عمومی خدمات (به‌منزله یک کارکرد) ایجاد نمی‌کند، بلکه صرفاً نوع رفتار را تغییر می‌دهد نه نوع کارکرد را. در برخورد با پدیده خصوصی‌سازی خدمات عمومی، «مفهوم استدلال کارکرد عمومی این است که رفتار خصوصی‌جانشین رفتار عمومی شده است» (McCoy, 1987, p.815). به عبارت دیگر، در این فرض «... نهادهای خصوصی، بر مبنای اجرای کارکردهای سنتی دولت، بازیگران عمومی به‌شمار می‌روند» (Edgar, 2005, p.864). البته باید به این نکته هم توجه کرد که اجازه‌دادن به بازیگران خصوصی برای ارائه خدمات عمومی به معنی تبدیل آن‌ها به بازیگران دولتی نیست (Kornelius, 2011, p.90)، بلکه بر اساس دکرترین کارکرد عمومی «ما بنگاه‌های خصوصی را نماینده نهادهای اجتماعی و نهادهای دنبال‌کننده منافع عمومی تلقی می‌کنیم» (Cabral et al., 2013, p.8) و صرفاً برای انجام خدمت عمومی، برخی محدودیت‌های خاص بر آن‌ها تحمیل می‌شود و با تشخیص قانونگذار برخی امتیازات به آن‌ها اعطا می‌شود.

اما بعد از تأکید بر لزوم توجه به نوع کارکرد به‌جای توجه بر شخصیت بازیگر، موضوع مهم تمییز کارکرد عمومی از کارکرد خصوصی است. تشخیص عمومی‌بودن یک کارکرد موضوع ساده‌ای نیست. به همین علت نظریه‌پردازی در باب تشخیص کارکرد عمومی چه در سطح دکرترین و چه در رویه قضایی شروع شد:

رویه قضایی مرتبط با دکرترین کارکرد عمومی در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، در تبیین مفهوم خدمات عمومی پس از خصوصی‌سازی، ابتدا ملاک اداره آن فعالیت «به‌صورت سنتی»^۱ از سوی دولت را پذیرفت (Black, 1979, p.650). به طور مثال در قضیه Perez v. Sugarman (499 F.2d 761 (2d Cir.1974)) دادگاه مقرر داشت که بیمارستان‌های خصوصی، بازیگر عمومی محسوب می‌شوند چرا که عهده‌دار خدمتی هستند که از کارکردهای سنتی دولت بوده است (Edgar, 2005, p.865). همچنین در قضیه Evans v. Newton (382 U.S.296.1966) دادگاه مقرر داشت که متولیان خصوصی یک پارک، بازیگرانی عمومی محسوب می‌شوند چرا که پارک‌ها، سال‌ها در اختیار شهرداری‌ها بوده و هدف از تأسیس این پارک نیز مرتبط با امور شهری بوده و بنابراین، متولیان خصوصی آن‌ها، عهده‌دار کارکردی عمومی هستند (Edgar, 2005, p.865 - Black, 1979, p.651). هم‌راستا با این رویه قضایی و در جهت تکمیل آن برخی در تبیین خدمات عمومی به این نکته تأکید کرده‌اند که خدمات عمومی «... به طور سنتی توسط دولت ارائه می‌شده و یا شدیداً توسط دولت تنظیم می‌شده است» (Cabral et al, 2013, p.8).

با توجه به این واقعیت که خدمات عمومی، به‌صورت سنتی سازمان‌هایی انحصاری بودند (Major, 1989, p.4)، رویه قضایی ایالات متحده آمریکا در تبیین ملاک تشخیص خدمات عمومی از سایر

1. Traditionally



فعالیت‌های عام‌المنفعه بعدها ملاک ادارهٔ فعالیت «انحصاری»^۱ دولت را نیز به ملاک ادارهٔ «سنتی» آن خدمت توسط دولت اضافه کرد (Black, 1979, p.650). در قضیهٔ Jackson v. Metropolitan Edison Co (419 U.S. 345.1974) دادگاه، با بررسی آرای سابق صادره در موضوع کارکرد عمومی، استدلال کرد که ارائهٔ خدمت برق‌رسانی شرکت غیردولتی متروپولیس ادیسون مصداق کارکرد عمومی نیست، زیرا با وجود این که این فعالیت در گذشته توسط دولت انجام می‌شده اما در انحصار دولت نبوده است (ibid, p.651). درواقع، طبق این رأی، برای این که هر فعالیت بخش خصوصی کارکرد عمومی تلقی شود، لازم است اختیارات سنتی انحصاری مختص به دولت توسط بخش خصوصی اعمال شود. همچنین، در قضیهٔ Flagg Brothers, Inc. v. Brooks (436 U.S. 149.1978) دادگاه تبیین کرد که فقط آن فعالیت‌هایی که به صورت سنتی و انحصاری به دولت اختصاص داشته‌اند کارکردهای عمومی به شمار می‌روند و صرف انجام فعالیت توسط دولت به صورت سنتی برای عمومی شمرده شدن یک کارکرد کافی نیست (ibid, p.645). بنابراین، دکتربین کارکرد عمومی امروزه در تعیین «خدمت عمومی در اختیار بخش خصوصی» دو ملاک ارائه می‌نماید که سبب تضییق دامنهٔ خدمات عمومی می‌شود؛ آن دسته از خدمات که به صورت سنتی و انحصاری از کارکردهای حکومتی بوده‌اند و امروزه خصوصی‌سازی شده‌اند، مشمول عنوان خدمات عمومی‌اند (Sullivan, 1987, p.465). در نتیجه، طبق دکتربین کارکرد عمومی، امروزه آن دسته از فعالیت‌های عام‌المنفعه‌ای مصداق خدمات عمومی‌اند که به صورت «سنتی» از کارکردهای «انحصاری» حکومت بوده باشند. بنابراین، برای پاسخ به این سؤال که «آیا فعالیت عام‌المنفعه‌ای که توسط بازیگری خصوصی انجام می‌شود و نیازهای عمومی مردم را رفع می‌کند خدمت عمومی محسوب می‌شود یا نه؟»، لازم است ابتدا این موضوع روشن شود که «آیا بازیگر خصوصی در حال انجام وظیفه‌ای است که به طور سنتی و انحصاری توسط دولت انجام می‌گرفته است؟» (Edgar, 2005, p.860). اگر پاسخ به این سؤال مثبت باشد، دکتربین کارکرد عمومی این فعالیت را خدمتی عمومی می‌شمارد. به عبارت دیگر، برای «...این که عمل خصوصی کارکرد عمومی شناخته شود، دولت باید کارکردی را که به صورت سنتی و انحصاری در اختیار خودش قرار داشته واگذار کرده باشد» (Black, 1979, p.656)

در حقوق فرانسه نیز، شورای دولتی از دههٔ چهارم قرن بیستم و به‌ویژه با رأیی که در سال ۱۹۳۸ و در قضیهٔ صندوق‌های کمک و محافظت^۲ صادر کرد، امکان ارائهٔ خدمت عمومی توسط شخص خصوصی را پذیرفت (زارعی و مولایی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۲-۱۷۳). شورای قانون اساسی فرانسه نیز، در بررسی قانون خدمات عمومی گاز و برق در دسامبر ۲۰۰۴، ضمن تأیید ورود بخش خصوصی، بر خدمت عمومی بودن آن‌ها تأکید کرده است (مؤذنی، ۱۳۹۳، ص ۱۸۸). همچنین در حقوق آلمان، بر اساس دکتربین کارکرد عمومی، بند ۴ مادهٔ ۱ قانون اقدامات اداری مصوب ۱۹۷۶ آلمان، در تعریف مقام عمومی آمده است: «مقام عمومی هر شخصی است - اعم از دولتی یا غیردولتی - که وظایف ادارهٔ عمومی را انجام می‌دهد».

1. Exclusively

2. EC/13 Mai 1938/Classic Primair Aid et Protection



اما بعد از تصور این مفهوم و در مقام تصدیق آن در حقوق ایران و بومی‌سازی آن، با توجه به این واقعیت که در ایران بسیاری از مصادیق خدمات ابتدا توسط بخش خصوصی ارائه می‌شده و حداقل این‌که سابقه ارائه انحصاری خدمات از سوی دولت در بسیاری از مصادیق خدمات مفقود است، به نظر می‌رسد که استفاده از معیار «ارائه انحصاری خدمت توسط دولت»، در تشخیص خدمات عمومی پس از فرایندهای خصوصی‌سازی چندان راهگشا نباشد. برای مثال، در صنعت برق، سازمان برق ایران در سال ۱۳۴۱ تأسیس شد و مدیریت برق در اختیار دولت قرار گرفت.^۱ بنابراین، در حقوق ایران، دکترین کارکرد عمومی را می‌توان صرفاً با تمسک به ملاک «ارائه سنتی خدمت توسط دولت» پذیرفت و بر این اساس آن دسته از فعالیت‌های عام‌المنفعه‌ای که دولت ارائه می‌کند و یا سابقاً دولت ارائه می‌کرده و امروزه بخش غیردولتی ارائه می‌کند را خدمت عمومی دانست (زارعی و نجارزاده هنجی، ۱۳۹۶، ص ۱۵۲). به این ترتیب و با توجه به دکترین کارکرد عمومی لازم است بر این نکته تأکید شود که به لحاظ سازمانی، «شرکت‌های خصوصی، نهادهای در مالکیت دولت و تحت مدیریت بوروکراتیک دولت و یا ترکیبی از این دو می‌توانند خدمات عمومی را ارائه دهند» (Cabral et al., 2013, p.8). به عبارت دیگر، در پرتو این دکترین، با صراحت کامل می‌توان امکان ارائه خدمات عمومی توسط بخش خصوصی را پذیرفت. بنابراین «... اجرای قواعد حقوق خصوصی در مورد امور و خدمات عمومی تضادی با امور عمومی بودن این خدمات ندارد» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۱، ص ۲۷۴).

ابعاد تأثیر دکترین کارکرد عمومی بر قراردادهای اداری

پذیرش دکترین کارکرد عمومی دست‌کم بر سه محور نظریه قرارداد اداری تأثیرگذار خواهد بود. نخست، سبب تحول در ملاک تشخیص قرارداد اداری خواهد شد. دوم، در محتوای قرارداد اداری تأثیر خواهد گذاشت و تسری امتیازات ترجیحی را به قراردادهای متولیان خصوصی خدمات عمومی ممکن خواهد

۱. در سال ۱۲۷۹ ش یک موتور برق ۱۲ اسبی ۱۱۰ ولت از خارج از کشور خریداری و در بالا خیابان مشهد نصب شد تا برای روشنایی حرم مطهر حضرت امام‌رضا (ع) مورد استفاده قرار گیرد. اما اولین مجوز تأسیس کارخانه برق در کشور به بازرگانی ایرانی به نام حاج حسین آقا امین‌الضرب داده شد. حاج امین‌الضرب اولین کارخانه برق عمومی را در تهران تأسیس کرد. تهران تا سال ۱۲۸۳ ش برق نداشت. از این زمان به بعد چند خیابان اصلی تهران دارای برق شدند. در این هنگام شهرداری تهران مسئولیت تهیه، نصب، تعمیر و نگهداری تأسیسات مربوط به روشنایی معابر را برعهده داشت و به این منظور در شهرداری تهران واحدی به نام اداره روشنایی راه‌اندازی شد. تا اینکه در سال ۱۳۱۵ ش، با تصویب اساسنامه مؤسسه برق شهرداری تهران، اداره روشنایی شهرداری به مؤسسه مستقل برق تهران تبدیل شد و زیرنظر شهرداری به انجام وظایف خود پرداخت. درواقع تا سال ۱۳۴۱ برای مدیریت برق کشور سازمان واحدی وجود نداشت و تصمیمات کلان از سوی وزارت کشور و سازمان برنامه و بودجه به شهرداری‌ها و مؤسسات خصوصی یا دولتی متولی برق در شهرستان‌ها ابلاغ و اعمال می‌شد. با افزایش تقاضا و خارج شدن تولید و مصرف برق از وضعیت محدود منطقه‌ای و به‌ویژه ایجاد نیروگاه‌های آبی در برنامه سوم عمرانی کشور که از همراه ۱۳۴۱ به اجرا گذاشته شد، صنعت برق اهمیت بیشتری یافت و ایجاد سازمان مستقلی برای توسعه این صنعت لازم تشخیص داده شد. به این منظور، در دی‌ماه ۱۳۴۱ سازمان برق ایران تأسیس شد. توسعه سریع صنعت برق فکر ایجاد وزارتخانه‌ای برای تأمین آب و برق کشور را ایجاد کرد و بر همین اساس در ۲۲ اسفند ۱۳۴۲ وزارت آب و برق تأسیس شد. در ۲۸ بهمن ۱۳۵۳ با محول کردن برنامه‌ریزی جامع و هماهنگ کردن فعالیت انرژی در سطح کشور به وزارت آب و برق این وزارت به وزارت نیرو تغییر نام یافت (http://www.tavanir.org.ir/page_preview.php?page_id=p11).



کرد و سوم این که صلاحیت های دادگاه های اداری را برای رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای منعقدہ میان اشخاص خصوصی با موضوع خدمات عمومی توسعه خواهد داد. مشروح این تأثیرات در ذیل بررسی خواهد شد:

بُعد اول: نفی ملاک سازمانی در تشخیص قرارداد اداری و تأکید بر ملاک موضوعی

به صورت سستی، برای تشخیص قراردادهای اداری از سایر قراردادها ملاک های گوناگونی ارائه شده است^۱ که از میان آن ها دو ملاک شخصی (سازمانی) و موضوعی به شرح زیر قابل بررسی است:

الف) ملاک شخصی (سازمانی): اغلب حقوقدانان حقوق عمومی بر این نظرند که یکی از ملاک های تشخیص قراردادهای اداری این است که حداقل یکی از طرفین شخص حقوق عمومی باشد. به عبارت دیگر، «قرارداد عمومی یا دولتی قراردادی است که بین دولت یا یک سازمان دولتی و یک شخص حقوقی حقوق خصوصی اعم از اتباع داخلی یا خارجی منعقد می گردد...» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۳). البته این حقوقدانان تأکید دارند که این ملاک وجه ممیزه قرارداد اداری نیست، بلکه صرفاً یکی از ملاک ها است.

ب) ملاک موضوعی: اغلب حقوقدانان حقوق عمومی موضوع قراردادهای اداری را امور عمومی و به صورت خاص هدف از انعقاد قرارداد عمومی را ارائه و مدیریت خدمات عمومی می دانند. به عبارت دیگر، «مستفاد از نظر بیشتر حقوقدانان قرارداد دولتی ناظر به قراردادهایی است که... برای تأمین پاره ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می شود، مانند عقد راجع به خدمات عمومی» (عراقی و حبیب زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۲). بر این اساس، نحوه انعقاد قرارداد اداری و تفسیر مفاد آن باید در راستای خدمات عمومی باشد (Richer, 2006, p.693) و بنابراین قرارداد اداری قراردادی است که نهاد اداری و عمومی «...به منظور انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی... منعقد می کند» (انصاری، ۱۳۷۷، ص ۳۲-۳۳). موضوعیت خدمات عمومی در قرارداد اداری سبب شده است که برخی صاحب نظران اذعان کنند که قرارداد اداری «...قرارداد هدف محور به شمار می آید» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۵). تحولی که با پذیرش دکتربین کارکرد عمومی در ملاک تشخیص قراردادهای اداری به وجود خواهد آمد عبارت است از نفی ملاک شخصی (سازمانی) و تأکید عمده بر ملاک موضوعی. به عبارت بهتر، یکی از تأثیرات پذیرش دکتربین کارکرد عمومی این است که در تشخیص قراردادهای اداری ملاک لزوم طرفیت حداقل یک شخص عمومی کنار گذاشته خواهد شد. درواقع، احراز قرارداد اداری نیازی به بررسی نوع شخصیت طرفین قرارداد ندارد. چراکه در دکتربین کارکرد عمومی امر عمومی موضوعیت دارد نه شخص عمومی. با پذیرش دکتربین کارکرد عمومی، قرارداد میان شخصیت های حقوق خصوصی با موضوع ارائه

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: عراقی، عزت الله و حبیب زاده، محمدکاظم (۱۳۸۸). «قراردادهای دولتی در حقوق ایران؛ بررسی شاخص ها». حقوق خصوصی، دوره ۶، شماره ۱۵، ص ۷۷-۱۰۴.



و مدیریت خدمت عمومی قرارداد اداری (عمومی) شمرده می‌شود. به عبارت دیگر، در مواردی که اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی در موضوع خدمت عمومی قرارداد ببندند، آن قرارداد اداری تلقی می‌شود و تمامی احکام قراردادهای اداری بر آن بار می‌شود. به عبارت دیگر، با پذیرش دکترین کارکرد عمومی، این ملاک کلاسیک که «...بایستی قرارداد ابتدائاً یک ویژگی سازمانی (طرفین قرارداد) را دارا باشد، یعنی حداقل یکی از طرفین قرارداد بایستی جزو اشخاص حقوقی عمومی تلقی گردد...» (رضایی‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۵۰) زیر سوال می‌رود و حتی اگر هیچ شخص حقوق عمومی در قراردادی با هدف ارائه خدمتی عمومی حضور نداشته باشد نیز قرارداد بنابر هدف (خدمت عمومی) اداری به‌شمار می‌رود. چراکه شخص خصوصی در صورت انعقاد قرارداد برای ارائه و مدیریت خدمات عمومی، بر مبنای کارکرد عمومی موضوع قرارداد، مشمول قرارداد عمومی است (Craig, 1989, p.496).

در حقوق فرانسه پذیرفته شده است که فارغ از شخصیت طرفین قرارداد، اگر موضوع قرارداد امر عمومی باشد ولو طرفین قرارداد خصوصی باشند، آن قرارداد اداری به‌شمار می‌رود (Peiser, 2008, p.73). شورای دولتی فرانسه نیز این دکترین را پذیرفته است (Chapus, 1994, p.480). این شورا در رأی EC/26 Avril 1956/Bertin بر امکان انعقاد قرارداد اداری توسط دو طرف خصوصی به شرط انجام خدمت عمومی تصریح کرده است. همچنین دیوان حل اختلاف فرانسه در رأی TC/8 Juillet, 1963/Socie te Enterprise Peyrot بر این موضوع تأکید کرده است.

در حقوق انگلیس نیز، با وجود برخی مخالفت‌ها و مقاومت‌ها، «... امکان این‌که قراردادی بین دو طرف خصوصی منعقد گردد و درعین حال قراردادی عمومی تلقی شود وجود داشته است و آن زمانی است که یکی از طرفین چنین قراردادی مشغول ارائه خدمتی از خدمات عمومی باشد» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۱). رویه قضایی انگلیس نیز بر این معنا صحه می‌گذارد؛ در قضیه R.V.Great Western R.Datafin plc. V. Takeover Panel, Court و Trains Co.Ltd Exp.Fredrick, 1998, C.O.D.239 of Appeal, 1987, 1 All ER 564 اعلام شد که اگر شخص خصوصی در راستای منافع عمومی و در موضوع خدمات عمومی به تعهدات قراردادی‌اش عمل کند، مشمول بازنگری قضایی خواهد شد. همچنین مجلس اعیان در پرونده روی علیه کنزیتگتن در سال ۱۹۹۲ اعلام کرد که در قراردادهای خصوصی اگر موضوع کارکردی عمومی باشد، قرارداد عمومی تلقی می‌شود و قابلیت بازنگری قضایی را خواهد داشت (همان، ص ۱۸۹).

بنابراین، بر اساس دکترین کارکرد عمومی، این نظر که «اولین شرط قرارداد دولتی آن است که حداقل یکی از طرفین قرارداد از اشخاص حقوق عمومی باشد...» نفی می‌شود (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۸) و به جای آن باید گفت «در قراردادهای اداری... حضور مستقیم شخص عمومی ضروری نیست، بلکه اصل بر حضور شخص عمومی به عنوان یکی از طرفین قرارداد است و در موارد استثنائی ممکن است قراردادی بین اشخاص خصوصی به قصد ارائه خدمت عمومی منعقد گردد. در این صورت باز هم پذیرش چنین معامله‌ای به عنوان قرارداد اداری امکان‌پذیر خواهد بود» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۰).



با وجود این که «...غایت‌انگاری خاصی که برای قراردادهای اداری متصور هست در ایران با چالش مواجه بوده و نهادینه نشده است» (همان، ص ۱۷۹)، در دکتربین کلاسیک حقوق اداری ایران می‌توان رگه‌هایی از تأثیرگذاری دکتربین کارکرد عمومی را ردیابی کرد. چه این که در آثار برخی صاحب‌نظران برخی اشارات بسیار کلی و اجمالی درخصوص امکان پذیرش قرارداد اداری با طرفین خصوصی وجود دارد؛ برای مثال، طباطبائی مؤتمنی (۱۳۹۱، ص ۲۶۵) در تبیین مفهوم «امر عمومی» ابتدا تصریح کرده است که «امر عمومی فعالیت را گویند که متضمن رفع نیازها و تأمین منافع عمومی است و اداره آن از روابط آزاد و ابتکار خصوصی خارج شده و به‌گونه‌ای در اختیار و تصدی دولت قرار گرفته باشد». اما در ادامه درخصوص نحوه اداره این امور تصریح دارد که «...چه دولت آن را تنها اداره کند... و چه افراد بتوانند در آن مشارکت کنند... و چه اداره آن امر با افراد باشد اما دولت به نحو بسیار دقیقی بر آن نظارت داشته باشد» (همان، ص ۲۶۵). این بیان وی می‌رساند که امر عمومی قابلیت مدیریت توسط نهاد خصوصی را دارد و اداره خصوصی، آن کارکرد عمومی را به کارکرد خصوصی تبدیل نمی‌کند. وی در جای دیگری نیز تأکید کرده است که این مؤسسات خصوصی که اداره‌کننده خدمات عمومی هستند «...به سبب آن که عهده‌دار امور عمومی‌اند، جزو اشخاص حقوقی حقوق عمومی محسوب می‌شوند» (همان، ص ۲۷۱). درواقع، از نظر وی نه فقط کارکرد، عمومی باقی می‌ماند، نوعی تغییر در شخصیت متولی خصوصی نیز اتفاق می‌افتد. همچنین وی به ورود بخش خصوصی به امور و خدمات عمومی توجه داشته و تأکید کرده است که با این تحول مقتضی است «...در نظریه امور عمومی نیز تجدیدنظر شود و از آن، تعریف جامعی که مفاهیم جدید را در بر بگیرد ارائه گردد» (همان، ص ۲۷۴). جعفری لنگرودی (۱۳۸۱، ص ۵۳۳) نیز، در ترمینولوژی حقوق و ذیل عنوان قرارداد اداری، تصریح کرده است که با این که اگر طرفین عقد اشخاص حقوق خصوصی باشند این قرارداد را باید قرارداد مدنی تلقی کرد، «بر این قاعده مستثنیاتی وارد است». البته وی این استثنائات را ذکر نکرده است. درهرحال، با وجود همه موانع و چالش‌های نهادینه‌شدن مفهوم قراردادهای اداری در حقوق ایران،^۱ اشاره او به وجود چنین مستثنیاتی نشان از ریشه‌دواندن دکتربین کارکرد عمومی در دیدگاه وی دارد.

بعد دوم: تسری امتیازات ترجیحی به متولیان خصوصی خدمات عمومی

یکی از شاخصه‌های مؤکد حقوقدانان حقوق عمومی برای تشخیص قراردادهای اداری وجود برخی امتیازات ترجیحی^۲ و حاکمیتی برای طرف عمومی است که با اصطلاحات دیگری مثل شروط استثنائی یا فوق‌العاده نیز معرفی شده‌اند. بر این اساس، در تعریف قرارداد اداری بر این نکته تأکید می‌شود که «قرارداد اداری... بر طبق احکام خاصه (نوعاً ترجیحی یا امتیازی و بعضاً حمایتی)» منعقد می‌شود

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: مولائی، آیت (۱۳۹۴). «مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران». مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۹، شماره ۸۹، ص ۱۲۳-۱۵۰.



(انصاری، ۱۳۷۷، ص ۳۲-۳۳). مبنای وجود این امتیازات ترجیحی افزایش قدرت طرف اداری برای تأمین هدف منفعت عمومی است. به عبارت دیگر، «لازمه تأمین هدف عمومی این است که هر قرارداد اداری احکام خاص خود را دارا شود که آن را از احکام قراردادهای مدنی، تجاری و کار متمایز می‌کند...» (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۹۳). بنابراین می‌توان گفت «خاستگاه این اصول و قواعد در بستر نظریه اقتدار عمومی، نظریه عمل حاکمیت، نظریه برتری منفعت عمومی و نظریه خدمت عمومی قرار دارد» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۸۱).

با پذیرش دکتین کارکرد عمومی، قراردادهای متولیان خصوصی خدمات عمومی که با هدف ارائه یا مدیریت خدمات عمومی منعقد می‌شود نیز، به علت برخورداری از مؤلفه‌های منفعت عمومی، قابلیت اخذ امتیازات ترجیحی را خواهد داشت. درواقع همان منطقی که در قراردادهای اداری اعطای امتیازات ترجیحی به طرف عمومی و دولتی متولی خدمات عمومی را ایجاب می‌کند (صیانت از منفعت عمومی)، اعطای این امتیازات به طرف خصوصی متولی خدمات عمومی را نیز ایجاب می‌کند؛ چراکه منطق نفع عمومی در هر دو وضعیت وجود دارد؛ هم در قراردادی که طرف عمومی مسئولیت مدیریت خدمتی عمومی را برعهده دارد و هم در قراردادی که طرف عمومی وجود ندارد و مسئولیت ارائه و مدیریت خدمتی عمومی بر عهده متولی خصوصی است. به عبارت دیگر، قراردادهایی که متولیان خصوصی خدمات عمومی منعقد می‌کنند نیز باید با اتکا به موضوع آن‌ها که خدمات عمومی است با پشتوانه قانونی دارای احکام ترجیحی باشند. چراکه بدون آن‌ها ممکن است منافع عمومی در معرض آسیب قرار گیرد. این موضوع در نظام حقوقی ما بی‌سابقه و بی‌نظیر نیست؛ در امور صنفی و نظام‌های حرفه‌ای، به‌منزله مصداقی از امور عمومی که توسط اشخاص خصوصی اداره می‌شوند، این منطق پذیرفته شده است. بنابراین، همان‌طور که در امور صنفی و حرفه‌ای «...به دلیل این که عهده‌دار امور و خدمات عمومی‌اند، نظیر سازمان‌های عمومی از اختیارات و امتیازات قدرت عمومی استفاده می‌کنند» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۱، ص ۲۷۳)، به اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی نیز باید این اقتدارات ترجیحی داده شود. بر این اساس، «تأمین منافع و امور عمومی که قرارداد اداری برای آن منعقد می‌شود ممکن است سبب شود که اداره معامله‌کننده بعضی امتیازات و حقوق ناشی از قدرت عمومی خود را به پیمانکار تفویض کند و یا اجرای آن را به دست او بسپارد و در نتیجه پیمانکار را در وضع ممتازی قرار داده برای او در مقابل اشخاص ثالث حقوق و اختیارات خاصی قائل شود» (همان، ص ۳۵۵). بنابراین لازم است، به‌منظور صیانت از منافع عمومی، نظام حقوق عمومی را به این قبیل فعالیت‌ها سرایت داد؛^۱ «زیرا فعالیتی را که تابع هیچ نوع قواعد حقوق عمومی نباشد نمی‌توان جزو امور عمومی به‌شمار آورد. علاوه‌براین، در امور عمومی، اجرای قواعد حقوق عمومی منافاتی با اجرای قواعد حقوق خصوصی ندارد و این دو می‌توانند به‌موازات یکدیگر وجود داشته باشند...» (همان، ص ۲۷۴).

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: رحمت‌اللهی، حسین و نجارزاده هنجنی، مجید (۱۳۹۵). «مبانی لزوم اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی‌شده متولی خدمات عمومی». حقوق اداری، دوره ۴، شماره ۱۱، ص ۱۱۱-۱۲۸.



خوشبختانه در قانون مدیریت خدمات کشوری نیز این ظرفیت نوین قابل برداشت است؛ ماده ۱۳ این قانون مقرر داشته است که «امور تصدی‌های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی... از طریق توسعه بخش تعاونی و خصوصی و نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی تعیین صلاحیت شده و با نظارت و حمایت دولت... انجام می‌گردد...». در واقع «در قانون مدیریت خدمات کشوری دولت مکلف گردیده است از اشخاصی که از طریق قرارداد، امور تصدی‌های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی را انجام می‌دهند حمایت کند... از جمله مصادیق چنین کمکی می‌تواند پیش‌بینی شروط فوق‌العاده به نفع این‌گونه اشخاص باشد» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۹۰).

همچنین در راستای تزریق مؤلفه‌های عمومی در قراردادهای متولیان خصوصی خدمات عمومی،^۱ می‌توان از ابزار قراردادهای ارشادی و تحمیلی استفاده کرد. «این قراردادها که به قراردادهای نمونه نیز مشهور هستند توسط طرفین قرارداد تنظیم نشده‌اند، بلکه آن‌ها را دولت و مؤسسات عمومی رأساً تهیه می‌کنند و در اختیار فروشندگان یا تولیدکنندگان قرار می‌دهند تا آن‌ها طبق نمونه‌های تهیه‌شده توسط دولت قرارداد خود را تنظیم و مبادله کنند. در این قراردادها دولت طرف معامله نیست، نقش او تنها هدایت و راهنمایی طرفین معامله می‌باشد و هدف از این کار معمولاً ارشاد اقتصاد ملی و تأمین اهداف و سیاست‌های دولت در این باره و یا صرفاً تنظیم یا تعدیل یا کنترل قیمت‌ها و یا برقراری توازن لازم بین صادرات و واردات است...» (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۹۱، ص ۳۴۴). با تدوین چنین قراردادهای نمونه‌ای با محتوای برخی شروط فوق‌العاده و امتیازات ترجیحی به نفع طرف خصوصی متولی خدمات عمومی و ایجاد الزام قانونی در تبعیت از آن‌ها، می‌توان در قراردادهای خدمات عمومی که دولت مستقیماً در آن طرف قرارداد نیست، در جهت صیانت از منافع عمومی قدم‌های بایسته و شایسته‌ای برداشت. چراکه «...در صورت خصوصی‌سازی و عدم اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی‌شده متولی خدمات عمومی، آسیب‌هایی جدی متوجه منافع عمومی خواهد شد» (رحمت‌اللهی و نجارزاده هنجنی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۵).

بعد سوم: توسعه صلاحیت دادگاه اداری در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای اداری

یکی از تقسیم‌بندی‌های رایج درخصوص نظام‌های قضایی و دادرسی بر اساس نحوه رسیدگی به دعاوی اداری است؛ به این معنا که برخی نظام‌های قضایی، بر مبنای برخی مبانی نظری و تاریخی، رسیدگی به دعاوی اداری ازجمله دعاوی ناشی از قراردادهای اداری را اختصاصاً در صلاحیت مرجعی مستقل از مراجع عمومی قرار داده‌اند و به‌گونه‌ای نظام قضایی دوگانه یا دوپایه را طراحی کرده‌اند. برای نمونه می‌توان نظام قضایی فرانسه را مثال زد که در آن «...دادگاه‌های اداری و در رأس آن شورای دولتی مرجع

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: نجارزاده هنجنی، مجید و حسین شرقی، شیدا (۱۳۹۷). «شیوه‌های اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی متولی خدمات عمومی». حقوق اساسی، دوره ۱۵، شماره ۲۹، ص ۱۴۸-۱۲۲.



صلاحیت‌دار ذاتی رسیدگی به پرونده‌های مربوط به قراردادهای اداری می‌باشد» (مولائی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۹). در مقابل، برخی نظام‌های قضایی نیز، بر اساس برخی مبانی حقوقی و تاریخی، هیچ تفکیکی میان مراجع قضایی قائل نیستند و رسیدگی به همه دعاوی اعم از اداری و غیراداری را در صلاحیت مراجع قضایی عمومی قوه قضائیه قرار داده‌اند. این نوع نظام قضایی را نظام قضایی یگانه یا تک‌پایه می‌نامند که نمونه آن نظام قضایی انگلستان است و در آن رسیدگی به همه دعاوی اداری در مراجع عادی قوه قضائیه صورت می‌گیرد.

نظام قضایی ایران، با پیش‌بینی دیوان عدالت اداری به منظور رسیدگی به دعاوی اداری، تا حدودی به الگوی دوپایه نزدیک است. چه این که اصل ۱۷۳ قانون اساسی، که مؤسس این مرجع قضایی است، تصریح دارد که این دیوان «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها... تأسیس می‌گردد». باین حال و با وجود اطلاق و عمومیت این اصل نسبت به دعاوی اداری، رویه قضایی دیوان در این راستا شکل نگرفته است و رسیدگی به عمده دعاوی ناشی از قراردادهای اداری را از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج دانسته است.^۱ این درحالی است که «...علی‌الاصول باید دعاوی راجع به اداره در مرجع اختصاصی مربوطه که همان دیوان عدالت اداری است، متمرکز باشند» (آئینه‌نگینی و ابریشمی‌راد، ۱۳۹۸، ص ۴۱). به‌ویژه این که «شکل خاص، ماهیت ویژه، هدف معین و شروط فوق‌العاده ناظر بر قراردادهای اداری مقتضی دادگاه خاص با قضات متخصص حقوق عمومی می‌باشد» (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲، ص ۱۹۲) و صلاحیت دادگاه‌های عمومی در رسیدگی به این دعاوی نوعی یکسان‌انگاری قراردادهای اداری با قراردادهای مدنی و تجاری است و با اصل تخصص‌گرایی تعارض دارد.

آنچه به‌منزله اثر پذیرش دکترین کارکرد عمومی در موضوع صلاحیت مرجع صالح در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای اداری می‌توان ذکر کرد این است که دکترین کارکرد عمومی با توسعه مصادیق قراردادهای اداری به هر قراردادی که موضوع آن خدمات عمومی باشد (خواه در آن طرف عمومی وجود داشته باشد خواه هر دو طرف قرارداد خصوصی باشند)، صلاحیت دادگاه‌های اداری را ارتقا می‌دهد. به این معنا که اگر تا قبل از پذیرش آموزه‌های دکترین کارکرد عمومی دادگاه‌های اداری صرفاً قراردادهایی را قرارداد اداری می‌دانستند که یک طرف آن شخصیت حقوق عمومی بود و صرفاً به دعاوی ناشی از چنین قراردادهایی رسیدگی می‌کردند، با پذیرش دکترین کارکرد عمومی، هر قراردادی که موضوع آن خدمات عمومی باشد، فارغ از طرفیت یا عدم طرفیت شخصیت حقوق عمومی در آن قرارداد، قرارداد اداری تلقی می‌شود و رسیدگی به دعاوی ناشی از آن در صلاحیت دادگاه‌های اداری قرار خواهد گرفت. درخصوص نظام حقوقی و قضایی ایران، هرچند درحال حاضر دیوان عدالت اداری خود را در

۱. البته با فرض پذیرش ماهیت قراردادی برای مفهوم «استخدام عمومی»، صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی ناشی از استخدام عمومی پذیرفته شده است. همچنین رسیدگی به اعتراضات درباره رعایت نکردن ضوابط قانونی مناقصه و مزایده به‌منزله تشریفات اغلب قراردادهای اداری نیز در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد.



رسیدگی به عمده اختلافات ناشی از قراردادهای اداری صالح نمی‌داند،^۱ در صورتی که روزی این صلاحیت بر اساس اصلاحات قانونی یا تغییر رویه قضایی برای دیوان عدالت اداری اثبات شود، دیوان می‌تواند، بر اساس دکتربین کارکرد عمومی، به قراردادهای نهادهای خصوصی متولی خدمات عمومی که در راستای مدیریت خدمات عمومی منعقد شده‌اند نیز رسیدگی کند.

نتیجه‌گیری

دکتربین کارکرد عمومی، با ارائه مفهومی نوین از امر عمومی و خدمت عمومی، تأثیرات شگرفی بر ابعاد مفهومی قراردادهای اداری می‌گذارد:

یکم، دکتربین کارکرد عمومی در تشخیص قرارداد اداری از سایر قراردادها ملاک شخصی و سازمانی یعنی لزوم طرفیت حداقل یک شخص عمومی را نفی و به‌جای آن بر موضوعیت خدمت عمومی که متضمن نفع عمومی است تأکید ویژه‌ای می‌کند. بر این اساس، هر قراردادی که موضوع آن ارائه و مدیریت خدمتی عمومی باشد، به علت وجود مؤلفه نفع عمومی در آن، قراردادی اداری تلقی می‌شود.

دوم، دکتربین کارکرد عمومی وجود امتیازات ترجیحی و شروط فوق‌العاده در قراردادهای اداری را مختص اشخاص دولتی و عمومی نمی‌داند و بر مبنای لزوم صیانت از منافع عمومی، این امتیازات را قابل ارائه به همه اشخاص می‌داند که مدیریت خدمتی عمومی را برعهده دارند. به این ترتیب، اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی نیز می‌توانند، با پشتوان، قانونی، در قراردادهای مرتبط با موضوع خدمات عمومی، از امتیازات ترجیحی قراردادی بهره‌مند شوند.

سوم، دکتربین کارکرد عمومی صلاحیت دادگاه‌های اداری را در رسیدگی به قراردادهای اداری گسترش می‌دهد. به این معنا که بر اساس دکتربین کارکرد عمومی، دادگاه‌های اداری، به‌جز صلاحیت رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای اداری با طرفیت شخص عمومی، درخصوص دعاوی ناشی از قراردادهایی که طرفین دولتی و عمومی ندارد اما درباره ارائه و مدیریت خدمت عمومی است نیز صلاحیت رسیدگی خواهند داشت.

بر اساس آموزه‌های دکتربین کارکرد عمومی و با توجه به آثاری که درخصوص قراردادهای اداری خواهد داشت، پیشنهاد می‌شود:

۱. پژوهشگران حقوق عمومی و صاحب‌نظران حوزه قراردادهای اداری، از بین اصطلاحات رایج «قرارداد اداری»، «قرارداد دولتی» و «قرارداد عمومی»، از اصطلاح «قرارداد عمومی» استفاده کنند تا از یک طرف، پیوند مبنایی این عمل حقوقی دوجانبه با دکتربین کارکرد عمومی و به عبارت دیگر موضوعیت امر عمومی و خدمت عمومی نشان داده شود و از طرف دیگر، با به‌کاربردن اصطلاحات «قرارداد اداری» و «قرارداد دولتی»، بر منسوخ‌شدن ملاک سازمانی و شخصی (اداره و دولت) در تبیین مفهوم این‌گونه قراردادها

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص رک: آئینه‌نگینی، حسین و ابریشمی‌راد، محمد امین (۱۳۹۸). «نقد رویه قضایی محاکم ایران در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری». فصلنامه حقوق اداری، دوره ۷، شماره ۲۱، ص ۵۵-۳۳.



تأکید شود.

۲. با توجه به خصوصی‌سازی برخی مصادیق خدمات عمومی که متضمن منافع عمومی است، قانونگذار در قوانینی مثل قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی، قانون مدیریت خدمات کشوری و سایر قوانین مرتبط با خدمات عمومی و همچنین قوانین حاکم بر قراردادهای اداری مثل قانون برگزاری مناقصات، عمومی تلقی‌شدن قراردادهای اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی را به علت موضوعیت خدمات عمومی و منفعت عمومی به رسمیت بشناسد.

۳. در راستای صیانت از منافع عمومی در قراردادهای موردنیاز اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی، ضروری است، با الزام از سوی قانونگذار، قراردادهای نمونه و تحمیلی یا حداقل ارشادی در موضوعات خدمات عمومی با محتوای بهره‌مندی متولی خصوصی خدمات عمومی از برخی امتیازات ترجیحی و البته برخی محدودیت‌های ضروری تدوین شود و رعایت شرایط و مفاد آنها الزامی گردد.

۴. با توجه به جنبه‌های تخصصی قراردادهای اداری و دعاوی ناشی از آن که متضمن اصول و قواعد خاص حقوق عمومی و اداری است، لازم است، ضمن اصلاح قانون یا تغییر رویه قضایی، رسیدگی به این دعاوی در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گیرد. متعاقباً، بر اساس دکترین کارکرد عمومی، ضروری است که دعاوی ناشی از قراردادهای با موضوع خدمات عمومی که میان اشخاص خصوصی متولی خدمات عمومی از یک طرف و سایر اشخاص از طرف دیگر منعقد شده قرارداد عمومی تلقی شود و رسیدگی به آن در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گیرد.

منابع

- آئینه‌نگینی، حسین و ابریشمی‌راد، محمدامین (۱۳۹۸). «نقد رویه قضایی محاکم ایران در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری». فصلنامه حقوق اداری، دوره ۷، شماره ۲۱، ص ۳۳-۵۵.
- انصاری، ولی‌الله (۱۳۷۷). کلیات حقوق قراردادهای اداری. تهران: نشر حقوقدان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، چاپ دوازدهم.
- رحمت‌اللهی، حسین (۱۳۸۸)، تحول قدرت؛ دولت و حاکمیت از سپیده‌دمان تاریخ تا عصر جهانی شدن، نشر میزان
- رحمت‌اللهی، حسین و نجارزاده هنجنی، مجید (۱۳۹۵). «مبانی لزوم اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی شده متولی خدمات عمومی». حقوق اداری، دوره ۴، شماره ۱۱، ص ۱۱۱-۱۲۸.
- رضایی‌زاده، محمدجواد (۱۳۸۷). «ویژگی قراردادهای اداری». فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۲، ۱۳۵-۱۵۱.
- رضایی‌زاده، محمدجواد و کاظمی، داود (۱۳۹۱). «بازشناسی نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران». نشریه فقه و حقوق اسلامی، دوره ۳، شماره ۵، ص ۲۳-۴۶.
- زارعی، محمدحسین و مولانی، آیت (پاییز ۱۳۹۲). «آسیب شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان». فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۸، شماره ۶۳، ص ۱۶۷-۲۰۶.
- زارعی، محمدحسین و نجارزاده هنجنی، مجید (۱۳۹۶). «مفهوم خدمات عمومی و تحول آن در پرتو دکترین کارکرد عمومی». پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۹، شماره ۵۶، ص ۱۵۶-۱۳۵.



- سالارزهی، حبیب‌الله و ابراهیم‌پور، حبیب (۱۳۹۱). «بررسی سیر تحول در پارادایم‌های مدیریت دولتی؛ از پارادایم مدیریت دولتی سنتی تا پارادایم حکمرانی خوب». *مجله مدیریت دولتی*، دوره ۴، شماره ۹، ص ۴۳-۶۲.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴). «مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی». *مجله پژوهش‌های حقوقی*، دوره ۴، شماره ۷، ص ۹۹-۱۲۷.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۱). *حقوق اداری*. تهران: انتشارات سمت، چاپ هجدهم.
- عراقی، عزت‌الله و حبیب‌زاده، محمدکاظم (پاییز و زمستان ۱۳۸۸). «قراردادهای دولتی در حقوق ایران؛ بررسی شاخص‌ها». *حقوق خصوصی*، دوره ۶، شماره ۱۵، ص ۷۷-۱۰۴.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). *مبانی حقوق عمومی*. تهران: نشر میزان، چاپ سوم.
- مؤذنی، روح‌الله (۱۳۹۳). *حقوق عمومی اقتصادی (مطالعه تطبیقی ایران و فرانسه)*. تهران: انتشارات مجد.
- مولائی، آیت (بهار ۱۳۹۴). «مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران». *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۹، شماره ۸۹، ص ۱۲۳-۱۵۰.
- نجارزاده هنجانی، مجید (۱۳۹۸). «تحولات الگوهای مدیریتی خدمات عمومی؛ از خدمات عمومی کلاسیک تا خدمات عمومی نوین». *حقوق اداری*، دوره ۶، شماره ۱۹، ص ۲۶۵-۲۸۸.
- نجارزاده هنجانی، مجید و حسین شرقی، شیدا (۱۳۹۷). «شیوه‌های اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی متولی خدمات عمومی». *حقوق اساسی*، دوره ۱۵، شماره ۲۹، ص ۱۲۲-۱۴۸.
- Bance, P. (2003). "Opening up Public Services to Competition by Putting Them Out to Tender". *Annals of Public and Cooperative Economics*, 74(1), 33-61.
- Bilouseac, I. (2012). "Doctrinaire Controversies on the Concept of Public Services". *The USV Annals of Economics and Public Administration*, 12(1 (15)), 238-243.
- Black, W. R. (1979). "Flagg Brothers, Inc. v. Brooks: The Public Function Doctrine in Retreat, 12 J. Marshall J. Prac. & Proc. 637 (1979)". *The John Marshall Law Review*, 12(3).
- Cabral, S., Lazzarini, S. G. and De Azevedo, P. F. (2013). "Private Entrepreneurs in Public Services: A Longitudinal Examination of Outsourcing and Statization of Prisons". *Strategic Entrepreneurship Journal*, 7(1), 6-25.
- Chapus, R. (1994). *Droit Administratif General*, Tome I, 8e Edition, Montchrestien.
- Craig P. P. (1989). *Administratif Law*. 2e edition. London: Sweet and Maxwell.
- Denhardt, Robert B. (1999). "The Future of Public Administration". *Journal of Public Administration and Management*, 4(2), 279-292.
- Edgar, Christopher R. (2005). "The Traditional State Function Doctrine: A Comparative Institutional Perspective". *NYU Journal of Law and Liberty*, 1(2), 857-897.
- Girth, A. M., Hefetz, A., Johnston, J. M., & Warner, M. E. (2012). "Outsourcing Public Services Delivery: Management Responses in Noncompetitive Market". *Public Administration Review*, 72(6), 887-900.
- Guttier, C. (2004). *Droit des Contrats Administratifs*, 3e edition, Paris: PUF.
- Kornelius, B. (2011). "The Topicality of the Law Division into Public Law and Private Law". *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 26(39), 77-91.



- Major, J. (1989). *Public Services Management: The Revolution in Progress*. Audit Commission for Local Authorities and the National Health Service in England and Wales.
- Matei, A. I. & Razvan, B. (2014). "Good Administration and Performance of Local Public Administration". *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, 109, 684-687.
- Mccann, Leo (2013). "Reforming Public Services after the Crash: The Roles of Framing and Hoping". *Public Administration*, 91(1), 5-16.
- McCoy, T. R. (1987). "Current State Action Theories, The Jackson Nexus Requirement and Employee Discharges by Semi-Public and State-Aided Institutions". *Vanderbilt Law Review*, 31, 785-827.
- Mory, P. A. (2013). "Customer Ownership of Public Utilities: New Wine in Old Bottles". *Journal of Entrepreneurial and Organizational Diversity (JEOD)*, 2(1), 54-74.
- Ngowi, H. P. (2008). "Privatization and Agentification of Public Services Delivery in Africa: Extent and Managerial Leadership Implications in Tanzania". *Africa Development*, 33(4), 97-116.
- Peiser, G. (2008). *Droit Administratif General*, Paris: Dalloz
- Perry, J. L. & Wise, L. R. (1990). "The Motivational Bases of Public Service". *Public Administration Review*, 50(3), 367-373.
- Radygin, A., Simachev, Y. & Entov, R. (2015). "The State-Owned Company: State Failure or Market Failure?". *Russian Journal of Economics*, 1(1), 55-80.
- Rayner, J., Lawton, A. & Williams, H. M (2012). "Organizational Citizenship Behavior and the Public Service Ethos: Whither the Organization?" *Journal of business ethics*, 106(2), 117-130.
- Richer, L. (2006). *Droit des Contrats Administratifs*, Paris: L.G.D.J.
- Shamsulhaque, M. (1996). "Public Service under Challenge in the Age of Privatization". *Governance*, 9(2), 186-216.
- Sullivan, H. J. (1987). "Privatization of Public Services: A Growing Threat to Constitutional Rights". *Public Administration Review*, 47(6), 461-467.
- Van Der Waladt, G. (2014). "Public Administration and Transdisciplinarity: A Modalistic Approach Toward Knowledge Co-Construction". *International Journal of Humanities and Social Science*, 4(6), 120-134.
- Waldo, D (1980). *The Enterprise of Public Administration: A Summary View*. Novato, CA: Chandler and Sharp Publishers
- Warner, M. E. & Bel, G. (2008). "Competition or Monopoly? Comparing Privatization of Local Public Services in the US and Spain". *Public Administration*, 86(3), 723-735.

انواع خسارت‌های نقض تعهدات قراردادی و شرایط مطالبه آن‌ها در نظام حقوقی آلمان با مروری بر رویکرد حقوق ایران

مینا حسینی^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۶

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۳

چکیده

ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی یکی از مهم‌ترین بخش‌های حقوق قراردادهای در هر نظام حقوقی است. در حقوق قراردادهای آلمان، تعهد بر اجرای عین تعهد از اولین تعهدات متعهد است. اگر متعهد نتواند چنین تعهدی را انجام دهد، متعهدله حق مطالبه خسارت را دارد. مطالعه شرایط حاکم بر مطالبه خسارت‌های قراردادی نشان می‌دهد که مفهوم تقصیر قراردادی در اصلاحات جدید قانون مدنی آلمان همچنان مهم است. رابطه سببیت و قابلیت پیش‌بینی زیان از دیگر قواعدی است که بر مطالبه این نوع از خسارت‌ها در حقوق آلمان حاکم است. خسارت‌های قراردادی در نظام حقوقی آلمان برحسب ماهیت به خسارت تلف مال، خسارت معنوی، اذیت‌دادن فرصت، صدمات جسمانی، خسارت‌های غیرمستقیم، انتظاری و اتکایی و برحسب سبب به خسارت به‌جای اجرا، خسارت تأخیر در اجرا و خسارت‌های ساده تقسیم‌بندی می‌شوند که امکان مطالبه هر کدام از آن‌ها در این مقاله بررسی شده است. در این پژوهش، شرایط و انواع خسارت‌های قراردادی از دیدگاه رویه قضایی آلمان نیز مورد توجه قرار گرفته است. از آنجا که با استفاده از تجارب تقنینی و قضایی نظام حقوقی آلمان می‌توان خلأهای حقوق تعهدات در ایران را شناسایی کرد، در قسمت‌های مختلف مقاله، مقایسه این دو نظام حقوقی نیز با روشی تحلیلی - توصیفی مدنظر بوده است.

واژگان کلیدی: خسارت قراردادی، نقض قرارداد، حقوق آلمان، حقوق ایران

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران (نویسنده مسئول)؛ mina.hosseini@usc.ac.ir



مقدمه

مطالبه خسارت برای نقض تعهدات قراردادی در کامن‌لا و نظام‌های رومی - ژرمنی ریشه‌ای مشترک دارد: قاعده‌ای در حقوق رم به نام «هر کس مسئول خسارت صورت گرفته از عملش است»^۱ منشأ و مبنای مطالبه خسارت در این نظام‌های حقوقی است (Jansen, 2016, p.234; Gotanda, 2006, p.3)

در سال ۲۰۰۰، هنگامی که قانون‌گذار آلمانی برای اجرای دستورالعمل‌های اتحادیه اروپا درخصوص حقوق مصرف‌کنندگان تحت فشار قرار داشت، تصمیم گرفت به جای این که مانند برخی کشورهای اروپایی فقط مفاد دستورالعمل‌ها را وارد نظام حقوقی خود کند، تغییرات بنیادینی در حقوق مدنی و به‌ویژه حقوق قراردادهای صورت دهد. درواقع حقوق مصرف‌کننده واسطه شد تا نظام پیچیده و قدیمی حقوق تعهدات آلمان را به‌روز سازد (Berger, 2001, p.896). این تحول به این علت صورت گرفت که رویکرد حمایت از مصرف‌کننده بر مبنای ضعیف بودن مصرف‌کننده در رابطه قراردادی بنا شده است و این که تا جای ممکن باید با دورشدن از قواعدی همچون تقصیر راه را برای تسهیل اثبات نقض تعهدات تولیدکنندگان باز کرد.

حقوق قراردادهای آلمان از اصل لزوم قراردادهای^۲ آغاز می‌شود (Ridder & Weller, 2014, p.371). در حقوق آلمان متعهد، پس از انعقاد قرارداد، ملزم به تسلیم و اجرای ایفای تعهد است. درواقع تعهد برای متعهده نوعی «حق مالکیت بر اجرا» به وجود می‌آورد (Mak, 2009, p.48). اصل لزوم قراردادهای در حقوق ایران به استناد ماده ۲۱۹ قانون مدنی پذیرفته شده است. سرپیچی از اجرای تعهدات قراردادی به وجودآورنده مسئولیت مدنی قراردادی موضوع مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ قانون مدنی ایران است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۴۲).

طرفین قرارداد توانایی این را دارند که برای تأمین منافعشان آزادانه قرارداد ببندند و شروط خاصی را در روابط قراردادی‌شان بگنجانند. زمانی که رابطه قراردادی شکل گرفت و حقوق و تعهدات طرفین مشخص شد، اگر قرارداد نقض شود، متعهده زیان دیده در حقوق آلمان حق دارد متعهد را مجبور به اجرای قرارداد کند یا سایر راه‌های جبرانی را جایگزین نماید (Bejesky, 2002, p.360). حقوق ایران نیز راه حل مشابهی را اتخاذ کرده است و صرف مواجه شدن متعهده با خودداری طرف قرارداد از انجام تعهد مجوزی برای فسخ قرارداد نیست (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۴۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۱۳).

این پژوهش برای یافتن پاسخ این سؤال صورت گرفته است که جبران خسارت نقض تعهدات قراردادی در حقوق آلمان از چه سازوکاری تبعیت می‌کند و چه تفاوتی در این زمینه با حقوق ایران دارد. وضعیت حقوق آلمان، به‌ویژه پس از اصلاحات جدید قانون مدنی در این کشور، برای حقوقدانان ایرانی ناشناخته است و وارد شدن به قلمرو حقوق تطبیقی همانند آیین‌های درجهت اصلاح و تقویت حقوق

1. casum sentit dominus

2. pacta sunt servanda



داخلی به کار می‌آید.

در این مقاله، پس از بررسی مفهوم نقض تعهدات قراردادی، شرایط حاکم بر مطالبه خسارات قراردادی، انواع خسارت‌های قابل مطالبه برحسب ماهیت و انواع خسارت‌های قابل مطالبه برحسب سبب در نظام حقوقی آلمان در کنار مرور دیدگاه‌های قانون‌گذار ایرانی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم نقض تعهدات قراردادی

نقض قرارداد یا نقض تعهد^۱ در حقوق آلمان به معنای این است که متعهد آنچه به موجب قرارداد متعهد به انجامش بوده انجام ندهد (ماده ۲۴۱ قانون مدنی آلمان^۲) یا نقض تکلیفی انجام دهد (بند ۲ ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان) (Zekoll & Wagner, 2018, pp.300-302). بنابراین متعهدله غیرمتخلف می‌تواند به یکی از سه راه جبرانی (ایفای عین تعهد، فسخ و خسارت) متوسل شود.

در اینجا اهمیت دارد که نقض را از مسئولیت برای نقض منفک کنیم. زمانی که نقضی رخ می‌دهد، متعهد ممکن است مسئول آن شناخته نشود (Markesinis et al., 2006, pp. 387-390). درواقع «نقض تکلیف» مفهومی فراتر از روابط قراردادی است و «هرگونه عهدشکنی» را دربر دارد (بادینی و فروزان بروجنی، ۱۳۹۷، ص ۴۳).

برخی نویسندگان به جای نقض قرارداد یا نقض تعهد از واژه «عدم اجرای تعهد» استفاده می‌کنند.^۳ برخی دیگر نیز به جای آن عبارت «بی‌ترتیبی در اجرا»^۴ را به کار می‌برند که همه انواع نقض تعهد مانند عدم مطابقت اجرا یا اجرای بخشی از تعهد را نیز شامل می‌شود (Markesinis et al., 2006, p.379). در حقوق ایران، نقض قرارداد با عدم انجام تعهدات قراردادی، تأخیر در ایفای تعهدات، اجرای قسمتی از تعهدات یا عدم اجرای تعهدات مطابق با قصد طرفین معنا شده است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۵۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۸۸). تفاوت رویکرد قانون در ایران و آلمان در این است که در حقوق آلمان در صورت عدم امکان انجام تعهدات نیز نقض تعهد رخ داده است. درواقع، با تحولات صورت گرفته در قانون جدید آلمان و تعریف مفهوم «نقض تکلیف»، مفهوم نقض عدم امکان را نیز دربر می‌گیرد (Aksoy, 2016, p.9). در حقوق ایران، نظر غالب بر این است که عدم اجرای قرارداد، به علت قوه قاهره، نقض قرارداد تلقی نمی‌شود (طهماسبی، ۱۳۹۷، ص ۳۳؛ نقی‌زاده باقی، ۱۳۹۰، ص ۳۵) اگر چه برخی معتقدند با وجود قوه قاهره قرارداد به قوت خود باقی است و متعهد ناقض قرارداد است، اما به علت شرایط معاف از پرداخت خسارت می‌شود (نیکبخت، ۱۳۷۵، ص ۱۰۶).

1. Pflichtverletzung

2. The Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

۳. کاربرد اصطلاح عدم اجرا به جای نقض تعهد در حقوق آلمان از یک نظر جای بحث دارد. زیرا در حقوق این کشور مواردی وجود دارد که متعهد تعهد اصلی را انجام داده، اما به علت این که سایر حقوق و منافع متعهدله (یا تعهدات فرعی) را نقض کرده مرتکب نقض قرارداد شده است.

4. Irregularities in performance



در قانون مدنی قدیم آلمان، سه نوع نقض قرارداد به رسمیت شمرده شده بود: اجرای با تأخیر، عدم امکان اجرا (که پس از انعقاد قرارداد رخ دهد) و نقض مثبت تعهدات قراردادی^۱ که همه اجرا را دربر می‌گیرد، اما منطبق با شروط قراردادی نیست (Pieck, 1996, p.116). این سیستم پیچیدگی‌های خاصی داشت و برای سال‌ها دکترین حقوقی آلمانی، به تفسیر انواع نقض در تعهدات قراردادی می‌پرداختند. انواع نقض تعهد در قانون مدنی جدید آلمان تغییر کرده و دیگر به شکل سابق نیست.

۲. شرایط حاکم بر مطالبه خسارت قراردادی

برای مطالعه نظام جبران خسارت در تعهدات قراردادی، ابتدا باید بدانیم چه شرایطی بر مطالبه این دسته از خسارات حاکم است. تقصیر، رابطه سببیت و قابلیت پیش‌بینی زیان، به‌منزله مهم‌ترین این شرایط در این قسمت بررسی می‌شود.

۱-۲. تقصیر

نظام‌های حقوقی رومی - ژرمنی از دیرباز تقصیر را عنصر اصلی حقوق تعهداتشان می‌دانستند و، برخلاف نظام‌های کامن‌لا، مباحث بسیاری پیرامون تقصیر در حقوق این کشورها وجود دارد (Samuel, 1999, pp.393-395). تقصیر سنتی را «عملی نامشروع یا قابل سرزنش» تعریف می‌کردند که قابل انتساب به عامل آن است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷، ص ۱۴۶). البته پس از تحولات صورت‌گرفته در مفاهیم مسئولیت مدنی در قرن بیستم، تقصیر مفهومی نوعی یافته است و اکنون «تجاوز از رفتار متعارف» ملاک تقصیر است. شایان ذکر است که مفهوم تقصیر در مسئولیت مدنی قراردادی و الزامات خارج از قرارداد متفاوت است.

به اعتقاد برخی، در نظام حقوقی ایران، عدم اجرای تعهدات ناشی از قرارداد تقصیر تلقی می‌شود و طرف قرارداد برای مطالبه خسارت نیاز به اثبات تقصیر متعهد ندارد. البته بین نویسندگان در این خصوص اتفاق نظری وجود ندارد. دو نظر شایان توجه از طرف حقوقدانان ایرانی در اینجا مطرح شده است: نظر اول این است که اجرانشدن قرارداد و تخلف از اجرای تعهدات تقصیر تلقی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۵۶)؛ نظر دوم مبتنی بر این است که اجرانشدن قرارداد اماره بر تقصیر است؛ بر مبنای این نظر، عمد و آگاهی کامل نسبت به فعل تخلف و خودداری از انجام تعهد یا بی‌احتیاطی و اهمال از مصادیق تقصیر است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۶۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۵۸). درواقع «اثبات خطا بر متعهده نیست، بلکه

۱. نقض مثبت تعهدات قراردادی زمانی رخ می‌دهد که متعهد تعهد خود را اجرا می‌کند، اما اجرا ناقص یا خلاف شروط قراردادی است. دو گونه نقض مثبت وجود دارد: اولین دسته حالتی است که اجرای متعهد ناکامل یا معیوب است (نقض تعهد مثبت)؛ دومین دسته حالتی است که متعهد چیزی را انجام داده که قرارداد او را از انجامش منع کرده است (نقض تعهد منفی). بسیاری معتقدند که این دکترین مربوط به قانون مدنی سابق بوده و ازاین‌رو، در کتاب‌های حقوق قراردادهای چاپ سال ۲۰۰۲ به بعد، کمتر بدان پرداخته شده و حتی بعضی نویسندگان از حذف کامل این دکترین در نظام حقوقی آلمان خبر داده‌اند.



قانون‌گذار فرض خطا برای متعهد کرده است» و ماده ۲۲۷ قانون مدنی نیز به پیروی از قانون مدنی فرانسه صریحاً این معنا را آورده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۹۰).

اما قانون مدنی جدید آلمان، که پس از اصلاحات و با دیدگاه ناظر بر حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان تصویب شده است، تقصیر را در روابط قراردادی فقط به مطالبه خسارات محدود کرده و با این کار گام دیگری به سوی مسئولیت محض برداشته است. گفتنی است، غیر از قانون مدنی، در حقوق آلمان قوانین بسیاری مسئولیت محض را به‌عنوان مبنا پذیرفته‌اند و در موارد خاصی حتی اثبات رابطه سببیت بین ضرر وارده و فعل مرتکب را نیز حذف کرده‌اند.^۱

قسمت «الف» بند ۲ ماده ۲۸۰ قانون مدنی آلمان مقرر می‌دارد «چنانچه متعهد به تعهدات خود عمل نکند، متعهده می‌تواند خسارت ناشی از این نقض تعهد را مطالبه کند. در صورتی که متعهد مسئول عدم ایفای تعهد نباشد، نمی‌توان از او خسارت مطالبه کرد».^۲ اصل تقصیر یکی از اصول زیربنایی حقوق آلمان و نقطه اصلی آن متبلور در ماده ۲۷۶ قانون مدنی این کشور است. مطابق این ماده، «متعهد، ضامن فعل و ترک فعل عمدی خود است مگر این‌که شرط وجود مسئولیت شدیدتر یا خفیف‌تر مقرر شده باشد یا از موضوع تعهد، وجود تضمین یا توجه ضمان استنباط شود».

به‌طور خلاصه، در صورت فقدان هرگونه حالت استثنایی، نظام حاکم بر جبران خسارت در حقوق آلمان مبتنی بر تقصیر است. درخصوص واژه مسئولیت شدیدتر در این ماده باید گفت که گاه به علت نوع خاص تجارت یا تخصص مورد نظر ناظر بر انجام تعهد مربوطه، متعهد باید استاندارد بالاتری را در انجام تعهدش مبذول دارد یا این‌که ممکن است متعهد به‌طور ضمنی تضمین کرده باشد که همه توانایی‌های موردنظر اجرا را دارد. برای مثال، پیمانکاری تعهد می‌کند که خانه‌ای را ظرف شش ماه بسازد. از تعهد او این‌گونه برداشت می‌شود که او قادر به ساخت خانه در شش ماه است. این متعهد نمی‌تواند با دفاع عدم توانایی ساخت خانه ظرف این مدت، به علت عدم امکان اجرای این تعهد، از مسئولیتی که برعهده گرفته شانه خالی کند.

نمونه شایان توجه در این زمینه پرونده شماره BGH NJW 2002-812 است:

دندان‌پزشکی، برای تأمین تجهیزات نرم‌افزاری برای کارهای پزشکی مطبخ، با فرد متخصصی قراردادی منعقد کرد. هارد دیسکی که شامل اطلاعات لازم برای اهداف حسابداری مطب بود یک‌باره از کار افتاد. متخصص کامپیوتر نمی‌توانست اطلاعات را از دیسک مطابق خواسته متعهده برگرداند و این امر را غیرممکن می‌دانست (درحالی‌که غیرممکن نبود)؛ در نتیجه اطلاعات لازم به‌صورت دستی وارد کامپیوتر دیگری شد و هزینه انجام چنین کاری به‌منزله خسارت مطالبه گردید. در اثبات این‌که آیا متعهد مقصر بوده یا نه، دادگاه حکم داد که چون در تخصص متعهد بازیافت اطلاعات بسیار مرسوم است، او

۱. در اصلاحات صورت‌گرفته در سال ۲۰۰۰ در قانون دارویی آلمان (۱۹۷۶)، قانون‌گذار نوعی مسئولیت محض را پذیرفته که در آن نه‌تنها رابطه سببیت حذف شده، بلکه کافی است مصرف‌کننده ثابت کند که دارو می‌توانسته به او آسیب برساند (حتی اگر درواقع آسیبی نرسانده باشد).

۲. در بند ۴ ماده ۲۸۶ و بند ۲ ماده ۳۱۱-الف قانون مدنی آلمان نیز به تقصیر اشاره شده است.



باید همه راه‌های بازیافت اطلاعات مورد نیاز متعهدله را امتحان می‌کرد. این که متعهد شخصاً نمی‌توانسته کار را انجام دهد یا نمی‌دانسته که چنین امکانی وجود دارد، دفاع مرتبطی محسوب نمی‌شود. با توجه به پرونده فوق می‌توان گفت که در حقوق آلمان، در بحث مطالبه خسارت، تقصیر لازم است اما این تقصیر به نوعی مفروض است^۱ و متعهد وظیفه دارد خود را از بار تقصیری که بر او تحمیل شده برهاند (Fauvarque-Cosson, & Mazeaud, 2009, pp.218-219).

دومین نکته شایان ذکر در خصوص تعهدات پولی است. اگر تعهد شامل پرداخت مبلغی پول باشد، متعهد نمی‌تواند مشکلات مالی را بهانه کند. این امر به صراحت در قانون مدنی آلمان نیامده، اما از ماهیت تعهد در حقوق این کشور قابل برداشت است.^۲

یکی دیگر از موارد مسئولیت مشدده هنگامی است که طرفین، به وسیله شرط قراردادی، حد متعارف احتیاط را به مسئولیت محض تبدیل می‌کنند. این موضوع در بند ۱ ماده ۲۷۶ قانون مدنی آلمان آمده است، زمانی که قانونگذار از شرط تضمین مندرج در قرارداد سخن می‌گوید.^۳ اگر مانع اجرا در زمانی به وجود آید که متعهد مقصر بوده، در این خصوص او مسئول چنین مانعی نیز هست، حتی اگر تصادفی بوده باشد (Markesinis et al., 2006, pp 433-451).

در این خصوص، ماده ۲۸۷ قانون مدنی آلمان چنین مقرر می‌دارد: «طی دوره تخلف، متعهد ضامن بی‌مبالاتی خود است، حتی در صورت بروز حوادث، او ضامن و مکلف به ایفاء تعهد است، مگر این که خسارت حتی در صورت ایفاء تعهد نیز حادث می‌شده است.» چنین مسئولیت مشدده‌ای را در حقوق ایران می‌توان در بحث عقود امانی و تبدیل ید امانی به ضمانی مشاهده کرد. البته این موضوع در فقه اختلافی است، اما نظر مشهور این است که با وقوع تقصیر امین، او ضامن است و چنین ضمانی حتی پس از زوال تقصیر نیز باقی می‌ماند و برای اثبات این مدعا، به اصل استصحاب و بقای حالت ضمانی ید استناد کرده‌اند (دهقانی و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۵۵).

مثال‌هایی که در این قسمت بیان شد بیشتر مربوط به مواردی بود که ملاک معیار مراقبت افزایش یافته بود (مشابه آنچه از مسئولیت‌های مبتنی بر تضمین انتظار می‌رود)؛ اما بند ۱ ماده ۲۷۶ قانون مدنی آلمان موردی را بیان می‌کند که مسئولیت مخففه نسبت به متعهد اجرا می‌شود. در سه حالت، این موقعیت مصداق پیدا می‌کند: نخست، هنگامی که طرفین شرط معافیتی را در قرارداد درج کرده‌اند تا معیار متعارف احتیاط (مراقبت) را پایین بیاورند.^۴ دوم، مقرراتی که در قانون مدنی آلمان ذکر شده و در خصوص انواع

۱. از بند ۱ ماده ۲۸۰، ماده ۴۳۷ و ۶۳۴ قانون مدنی آلمان نیز می‌توان مفروض بودن تقصیر را دریافت.

۲. در واقع نوعی رژیم مسئولیت محض بر تعهدات پولی در حقوق آلمان حاکم است. همچنین در خصوص تعهد به تسلیم عین کلی نیز این رژیم پذیرفته شده است.

3. BGH NJW 1968, 2238, Case no. 116

۴. هرگونه مسئولیتی برای نقض عمدی از این حیطه خارج است و در قراردادهای با مصرف‌کنندگان نیز این شرط به سختی پذیرفتنی است و پذیرفتن آن منوط به شرایط خاصی است.



خاصی از قراردادهای، معیار متعارف احتیاط را کاهش داده است؛ برای نمونه، در قراردادهای غیرمعوض، متعهد درخصوص قصور سبک مسئول شناخته نمی‌شود.^۱ سوم، ملاک احتیاط متعارف در نتیجه رفتار متعهدله نیز می‌تواند کاهش یابد (مثلاً تأخیر در قبول تعهد). در این حالت، متعهد برای قصور سبک مقصر نیست.^۲

دو رویکرد در آثار نویسندگان ایرانی درخصوص تقصیر مشاهده می‌شود: رویکرد اول بر این مبناست که در مسئولیت قراردادی نیز، همانند الزامات خارج از قرارداد، تقصیر یکی از عناصر تحقق مسئولیت است و عدم اجرای قرارداد، در صورتی که متعهد مانند انسان متعارفی رفتار کرده باشد، نمی‌تواند تقصیر او را اثبات کند. رویکرد دوم بر این باور است که فقط در موارد خاصی، مانند بند ۲ ماده ۱۱۳ قانون دریایی، متعهد برای اثبات این‌که تقصیری کرده باید اثبات کند که مانند انسان متعارفی رفتار کرده است. در نتیجه، به استناد مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی ایران، فقط در صورتی که متعهد ثابت کند مطابق مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ عدم اجرای قرارداد مستند به حادثه غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتنابی بوده، تقصیر از او برداشته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ص ۷۴) استدلال این گروه را اکثریت نویسندگان قوی‌تر می‌دانند (نصیری، ۱۳۸۷، ص ۷)

۲.۲ وجود رابطه سببیت

یکی از شرایط مسئولیت متعهد وجود رابطه سببیت بین نقض قرارداد و خسارت وارده به متعهدله است. هرچند در قانون مدنی آلمان، درخصوص تعهدات قراردادی، تقصیر متعهد برای جبران خسارت شرط است، اما با توجه به این‌که این تقصیر مفروض است، برخی در اثبات رابطه سببیت توسط متعهد تردید دارند؛ اما باید گفت حتی هنگامی که قانون اماره تقصیر متعهد را مقرر داشته است، فرض وجود تقصیر را نمی‌توان دلیل مفروض بودن وجود رابطه سببیت برای خسارت وارده بر متعهدله دانست.

دو نکته در حقوق آلمان درخصوص رابطه سببیت شایان ذکر است: اول این‌که قاعده اساسی بر محدودیت جبران خسارت در حقوق آلمان رابطه سببیت است. دوم این‌که جایی که نقض قرارداد سبب یا شرط خسارت شناخته می‌شود، لازم است ثابت شود نقض سبب قانونی است. دادگاه‌های آلمان بیشتر به نظریه «سبب کافی»^۳ متمایل‌اند.^۴ در آثار نویسندگان ایرانی نیز این نظریه مورد بررسی قرار گرفته است. بر طبق این نظریه، اگر تقصیر شخص احتمال نوعی ورود خسارت را که در واقع اتفاق افتاده به‌طور خاص بالا برده است، مسئول ورود خسارت است. در نتیجه، باید بین سبب ورود ضرر و شرایطی که

۱. مواد ۵۲۱ و ۵۹۹ قانون مدنی آلمان، همچنین قراردادهای والدین با فرزندانشان، از این قاعده پیروی می‌کند.

۲. بند ۱ ماده ۳۰۰ مقرر چنین می‌دارد: «در زمان تقصیر متعهدله، متعهد تنها مسئول عمد و غفلت شدید خود است.»

3. Adequate cause

۴. دکتر کاتوزیان این نظریه را با عنوان سبب متعارف و اصلی معرفی نموده‌اند. در این مقاله، سبب کافی و سبب متعارف و اصلی به یک معنا به‌کار رفته است.



زمینه را برای تأثیر سبب فراهم آورده است تفاوت قائل شد و نباید تمامی حوادث و شرایطی را که در به وجود آمدن ضرر دخیل بوده‌اند در زمره اسباب آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۴۶۶).

اعمال قاعده سبب کافی هم نوعی و هم شخصی است و پرداخت خسارت را نه تنها محدود نمی‌کند که بیشتر می‌نماید. این معیار، معیار انسان متعارف در موقعیت طرف خطاکار ناقض قرارداد است، مبنی بر این‌که آیا با دانشی که هر انسان متعارفی در چنین موقعیتی دارد چنین فردی مقصر است یا نه.

تأثیرات چنین دیدگاهی در پرونده شماره BGHZ, 3,261-1951 مشخص است. اگرچه این پرونده مربوط به رابطه غیرقراردادی است، اما نکات مهمی را در خصوص خسارات قراردادی روشن می‌کند:

نخست: در این پرونده دادگاه در حکم خود اذعان داشت که نظریه سبب کافی (سبب متعارف و اصلی) مقرر می‌دارد که منصفانه است کسی که شرایط کافی را فراهم کرده برای تبعات ناشی از آن مسئول شناخته شود.

دوم: شرط هنگامی کافی است که امکان نوعی نتیجه‌ای را که رخ داده است فراهم آورده باشد.

می‌توان تمام شرایطی را که قابل شناسایی از سوی یک ناظر خوب^۱ و به وجود آورنده شرایط است مد نظر قرارداد و سپس شرط اصلی را از آن‌ها باز شناخت.

نتیجه‌گیری محاکم در خصوص دانش ناظر با تجربه تمامی تجارب بشری را در زمان صدور حکم شامل می‌شود (Markesinis et al., 2006, pp. 470-471).

در حقوق ایران نیز وجود رابطه سببیت برای این‌که متخلف از انجام تعهدات قراردادی را مسئول بدانیم ضرورت دارد؛ همچنین از ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی که ناشی بودن خسارت از عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام تعهد را برای قابل مطالبه بودن آن ضروری می‌داند، لزوم وجود رابطه سببیت تخلف از انجام تعهد قابل برداشت است؛ درواقع، برخلاف تقصیر متعهد که معمولاً مفروض است، رابطه سببیت نیاز به اثبات متعهدله دارد.

۳-۲. قابلیت پیش‌بینی زیان

زیان‌های مستقیم ناشی از نقض تعهد قراردادی ممکن است طبیعی و عادی یا استثنایی و نامتعارف باشد. در بسیاری از نظام‌های حقوقی این قاعده که ناقض تعهد تنها مسئول خساراتی است که برای او قابل پیش‌بینی بوده یا حداقل از نظر عرف می‌بایست آن‌ها را پیش‌بینی می‌کرده پذیرفته شده است.

در کامن‌لا این قاعده به صراحت ذکر شده و تردیدی در وجود آن نیست؛ اما در حقوق آلمان قاعده قابلیت پیش‌بینی زیان به صراحت نیامده است و بسیاری در وجود چنین قاعده‌ای در حقوق این کشور تردید کرده‌اند. از طرفی، برخی معتقدند که از نظریه «سبب متعارف و اصلی» می‌توان قابلیت پیش‌بینی را آن‌گونه که در کامن‌لا مرسوم است دریافت (Treitel, 1976, PP.121-126).

تا اواخر دهه ۱۹۷۰، قابلیت پیش‌بینی زیان در حقوق آلمان از سوی نویسندگان آلمانی رد می‌شد و

1. Optimal Observer



آن‌هایی که معتقد بودند باید ماده ۲۵۲ قانون مدنی آلمان را به خسارت قابل پیش‌بینی تحت شرایط نقض احتمالی تفسیر کرد با مخالفت روبه‌رو می‌شدند. در اواخر این دهه، حقوقدانان درخصوص پذیرش محدودیت‌هایی بر قابل پیش‌بینی بودن خسارات بحث‌هایی را مطرح کردند. رویه قضایی آلمان نیز شرط قابل پیش‌بینی بودن خسارات را بر انواع خاصی از خسارات قراردادی اعمال کرد.

پرونده پنیر آلمانی^۲ نمونه‌ای اولیه از پیشرفت محاکم در این خصوص است. سال‌ها پیش از این پرونده، محاکم تئوری سبب متعارف و اصلی (سبب کافی) را به منزله نظریه برتر درخصوص خسارات قراردادی به کار می‌بردند. دیوان عالی آلمان در پرونده فوق حکم داد که بایع مسئول خسارات معقولی است که برای یک متعهد متعارف در اثر نقض قرارداد قابل پیش‌بینی بوده است. نکته جالب توجه این است که در این پرونده دیوان عالی فدرال آلمان، به منظور رسیدن به اصل قابلیت پیش‌بینی زیان، این دکترین را در سایر نظام‌های حقوقی بررسی کرد و درواقع از حقوق تطبیقی برای رسیدن به راه‌حل مناسب در حقوق داخلی بهره جست (Schneider, 1995, p. 625-626). قابلیت پیش‌بینی زیان در حقوق ایران نیز در آثار نویسندگان مورد توجه قرار گرفته است و به تعبیر برخی «در این قاعده که زیان‌های دور از انتظار و پیش‌بینی دو طرف که به اسباب نامتعارف و ویژه دعوا بستگی دارد در قلمرو مسئولیت قراردادی قرار نمی‌گیرند، تردید نباید کرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۲۶). از روح ماده ۶۳۲ قانون مدنی نیز قصد قانون‌گذار برای معافیت از مسئولیت‌های ناخواسته و پیش‌بینی نشده قابل برداشت است. (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۸۱-۸۲).

۳. انواع خسارات قابل مطالبه

در این قسمت انواع خسارت‌های قابل مطالبه برحسب ماهیت و انواع خسارت‌های قابل مطالبه برحسب سبب در نظام حقوقی آلمان مورد مطالعه قرار می‌گیرند و موضع حقوق ایران درباره هریک از این خسارات بررسی می‌شود.

۳-۱. انواع خسارت‌های قابل مطالبه برحسب ماهیت

خسارت تلف مال، خسارت معنوی، از دست دادن فرصت، ضرر بدنی، خسارت‌های غیرمستقیم قراردادی، خسارت‌های انتظاری و خسارت‌های اتکایی انواع خسارت‌هایی هستند که در نظام حقوقی آلمان برحسب ماهیت تقسیم‌بندی می‌شوند. برخی از این خسارت‌ها در نظام حقوقی ایران نیز قابل مطالبه است.

۱. خسارت قابل جبران شامل منافع از دست رفته (عدم النفع) نیز می‌شود. چنین منافعی هنگامی از دست رفته محسوب می‌شوند که در جریان عادی حوادث یا در اوضاع و احوال خاص، به‌ویژه با توجه به اقدامات و احتیاطات صورت گرفته، احتمالاً قابل انتظار بوده‌اند.

2. Judgment of Oct. 24, 1980, BGH [Supreme Court]



۱-۱-۳. خسارت تلف مال

ممکن است، در اثر خودداری متعهد از اجرای تعهد، مالی از اموال متعهدله از دارایی او خارج شود، یعنی نسبت به او تلف شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷، ص ۹۰)؛ مانند این که متعهدله به علت تأخیر متصدی تأسیسات در نصب دستگاه گرمازا که مورد تعهد او بوده است، مجبور شود مبالغی بیشتر از هزینه کارگران تأسیسات مزبور برای تأمین حرارت لازم ساختمان محل نصب دستگاه صرف کند. این مبالغ اضافی که در حقیقت از دارایی متعهدله خارج شده است، خسارت تلف مال محسوب می‌شود که اگر تعهد قراردادی به موقع اجرا می‌شد، به متعهدله تحمیل نمی‌شد (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۶۹-۷۰). در ماده ۲۴۹ قانون مدنی آلمان به این خسارت پرداخته شده است و مطابق این ماده، این دسته از خسارات در حقوق آلمان قابل مطالبه‌اند.

۲-۱-۳. خسارت معنوی

بنا بر قانون مدنی آلمان، هرگونه لطمه‌ای که به منافع و سرمایه‌های معنوی مورد حمایت قانون وارد شود، جبران آن ضروری است و برهمن منوال، آن دسته منافع و سرمایه‌هایی که قانون از آنها حمایت نکرده باشد قابل جبران نیستند. به موجب ماده ۲۵۳ قانون مدنی آلمان، اقامه دعوا برای زیان معنوی جز در موارد استثنایی مقرر در مواد ۸۴۷ و ۱۳۰۰ همین قانون پذیرفتنی نیست. این موارد ناظر به زیان‌های معنوی ناشی از لطمه وارده به سلامتی جسمانی و آزادی فردی است، اما لطمه به عواطف فقط در صورتی قابل جبران است که باعث آسیب به سلامت جسمانی نیز شده باشد. ماده ۸۴۷ قانون مدنی آلمان راه را برای پذیرش جبران خسارت معنوی باز کرد. این ماده مقرر داشته است که در فرض تجاوز نامشروع بر جسم، سلامتی یا محرومیت از آزادی، شخص زیان‌دیده حق دارد که جبران نقدی خسارت وارده را به‌طور عادلانه مطالبه کند. ماده ۲۵۳ قانون مدنی آلمان در اصلاحات سال ۲۰۰۱، گسترده‌تر شد. ماده جدید در این خصوص مقرر داشت که صدمه به جسم، سلامتی و آزادی فرد، علاوه بر صدمات مادی، از نظر خسارت معنوی نیز قابل مطالبه است؛ البته، با تأکید بند ۱ ماده مذکور، محدوده خسارات معنوی همچنان به اراده قانون‌گذار وابسته است.

در حقوق ایران، ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، در مسئولیت متعهد متخلف در برابر متعهدله نسبت به جبران خسارت معنوی جای تردیدی باقی نمی‌گذارد و به تعبیر برخی، «عبارت هرگونه حق دیگر در این ماده، حق ناشی از قرارداد و تعهد را نیز دربر می‌گیرد و دلیلی بر تخصیص آن به برخی از حقوق وجود ندارد». (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۲۶۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۰۷). آنچه مسلم است، به‌رغم وجود بستر قانونی (اصل ۱۷۱ قانون اساسی، مواد ۱، ۲، ۸، ۹ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی و قوانین و مقررات پراکنده دیگر) که راه جبران خسارت معنوی را باز گذاشته است، مقاومت رویه قضایی و البته نظر منفی شورای نگهبان درخصوص خسارات معنوی و عملکرد قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) (حسینی مدرس و گلشنی، ۱۳۹۲، ص ۳۴) در برابر جبران این دسته از خسارات (به‌ویژه در حوزه



قراردادها) در نظام حقوقی ایران توجیه‌ناپذیر است.

۳-۱-۳. ازدست‌دادن فرصت

متعهدله گاه در اثر تقصیر متعهد فرصت تحصیل منفعت یا اجتناب از ضرر آینده را ازدست می‌دهد. دایره شمول فرصت ازدست‌رفته بیشتر از عدم‌النفع است، زیرا حصول منفعت آینده در عدم‌النفع مسلم است و تقصیر خواننده مانع ایجاد آن می‌شود. یکی از اصول جبران خسارت این است که برای قابل‌جبران بودن ضرری آن ضرر باید مسلم باشد و بین ضرر و تقصیر خواننده (یا فعل مرتکب در نظام‌های حقوقی که عنصر تقصیر شرط ضروری مطالبه خسارت نیست) رابطه سببیت وجود داشته باشد. آنچه باعث تردید درخصوص جبران خسارت ناشی از فرصت ازدست‌رفته شده تردید در وجود این دو شرط است. صرف‌نظر از شرایط عام مسئولیت، برای قابل‌جبران بودن فرصت ازدست‌رفته شرایط خاصی نیز لازم است، ازجمله این‌که این فرصت باید جدی و واقعی باشد و صرف وهم و خیال نباشد (کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۱۹۲-۱۹۵) فرصت ازدست‌رفته ممکن است ناشی از رابطه قراردادی طرفین باشد؛ برای مثال، هنگامی که طرف قرارداد با امتناع از انجام تعهد یا تأخیر در اجرا فرصت‌های متعهدله را ازبین می‌برد (بهارى اردکانی و همکاران، ۱۳۹۵، ص ۷۴)

موقعیت نظام‌های حقوقی مختلف درخصوص این‌که آیا نفس ازدست‌رفتن فرصت می‌تواند باعث مسئولیت شود یا نه متفاوت است. در حقوق آلمان، اگرچه مقررات دقیقی در این خصوص در قانون مدنی وجود ندارد، اما رویه‌های قضایی جدیدی تمایل دارند که دست‌دادن فرصت در حقوق قراردادها را درحکم ضرر مستقل بپذیرند؛ درحالی‌که این نظریه در مسئولیت مدنی غیرقراردادی پذیرفته نشده است. در ماده ۹-۵۰۱، بند ۲، قسمت الف اصول قراردادهای اروپایی (PECL^۱)، خسارات قابل‌جبران شامل خسارت‌های آتی که به‌طور متعارف احتمال به‌وجودآمدن آن‌ها وجود دارد نیز می‌شوند. این ماده را این‌گونه تفسیر کرده‌اند که مقصود از خسارات آینده نوعی ازدست‌دادن فرصت است (Von Bar et al., 2004, pp.83-85).

۴-۱-۳. ضرر بدنی

ضرر بدنی را آسیبی تعریف کرده‌اند که بر تمامیت جسمانی فرد وارد می‌شود (شکستگی، نقص عضو، ازکارافتادگی، فوت) (دینانی و براهیم باستانی، ۱۳۹۶، ص ۱۴۰). درواقع هزینه‌های درمان و خسارت‌هایی که به علت ازکارافتادگی بر فرد وارد شده در زمره ضررهای بدنی به‌شمار می‌رود. قسمت اول بند ۲ ماده ۲۴۹ قانون مدنی آلمان، این تصمیم را برعهده خود شخص زیان‌دیده گذاشته است که آیا مسئولیت متعهد تأثیری بر بازگرداندن سلامتی شخص آسیب‌دیده خواهد داشت یا نه. ممکن است این شخص برای بازگرداندن سلامتی‌اش مبلغی پول مطالبه کند.

1. The Principles on European Contract Law



حال سؤال اینجاست: آیا شخص صدمه‌دیده می‌تواند میزانی فرضی را برای صدمه وارده دریافت کند، اگرچه این پول برای بازگرداندن سلامتی‌اش خرج نشده است؟ در پرونده شماره BGH,97,14,Case no.142 دادگاه دعوای خواهان را برای چنین مبلغی رد کرد و بین حالت صدمه به اموال و صدمات جسمانی تمایز قائل شد. شایان ذکر است که مطالبه خسارت برای درد و رنج در یک دعوای مبتنی بر قرارداد، بنا بر بند ۲ ماده ۲۵۳ قانون مدنی آلمان، امکان‌پذیر است (Markesinis et al., 2006, p.482). حقوق ایران، ماده ۵ و ۶ قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹)، جبران خسارت‌های مادی و غیرمادی ناشی از صدمات جسمانی را به رسمیت می‌شناسد؛ البته این قانون نظام متفاوتی را نسبت به نظام پرداخت دیه ترسیم می‌کند. در نظام حقوقی ایران، بیشترین بحثی که درخصوص ضرر بدنی وجود دارد مطالبه همزمان دیه و هزینه‌های درمان است. گروهی بر این باورند که برای جبران برخی از ضررهای بدنی، به‌موجب قانون، مال معینی تعیین شده و مطالبه زاید بر آن مقصود قانون‌گذار نبوده است و گروهی، برخلاف این نظر، بر اصل جبران کلیه خسارات که منطبق با موازین حقوقی و عدالت و انصاف است تأکید می‌کنند. در رویه قضایی نیز آرای در حمایت از هریک از این دو نظر مشاهده می‌شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷، ص ۱۴۰-۱۴۲).

۳-۱-۵. خسارات غیرمستقیم (با واسطه) قراردادی^۱

خسارات با واسطه، که به خسارات خاص نیز معروف‌اند، متفاوت از سایر خسارات مستقیمی هستند که ممکن است به نفع خواهان در یک دعوای مدنی بدان حکم داده شود. درواقع، خسارات غیرمستقیم هنگامی رخ می‌دهد که «بین نقض قرارداد و ورود خسارت اسباب دیگری دخالت داشته باشد» (سلطانی‌نژاد، ۱۳۹۵، ص ۵۱).

خسارات غیرمستقیم شامل خسارات تولید، عدم‌النفع یا ازدست‌رفتن سرمایه هستند و در صورتی قابل مطالبه‌اند که به‌طور معقولی در روز قرارداد برای طرفین قابل پیش‌بینی باشند (در کامن‌لا) یا رابطه سببیتی بین آن‌ها و عمل متعهد برقرار باشد (در حقوق آلمان) (Schneider, 1995, p.636). یکی از پرونده‌های مشهور در این خصوص پرونده پنیر آلمانی است. در این پرونده، خواهان صادرکننده دانمارکی و خوانده وارده‌کننده آلمانی یک نوع پنیر بود که این کالا را به خرده‌فروشان دیگری می‌فروخت. پس از انجام مذاکرات قراردادی، طرفین قراردادی را در ۱۹۷۷ منعقد کردند. خریدار به تعهدات خود به‌طور کامل عمل نکرد و فروشنده از خریدار شکایت کرد.

خریدار در دفاعیاتش این ادعاها را مطرح کرد: ۱. فروشنده به تخفیف در ثمن راضی بوده است. ۲. فروشنده قرارداد را به دلیل فاسدبودن ۳ درصد از پنیرهای تسلیم‌شده نقض کرده است. در نتیجه چنین تسلیم معیوبی، خریدار درخواست مطالبه سه نوع خسارت را مطرح کرد: ۱. چهار نفر از مشتریان خریدار که مشتریان دائمی و عمده بودند رابطه تجاری‌شان را با خریدار قطع کردند که این موضوع در چهار سال

1. Consequential Loss



۲۲۸ هزار مارک ازدست‌رفتن منفعت را برای او به همراه داشته است. ۲. یکی از مشتریان خریدار، شرکت H، بازاریار را در نتیجه پنی‌های فاسد ازدست داده و بدین منظور خریدار (اول) می‌بایست ۸۰۰ مارک به او بپردازد. ۳. در نتیجه قطع روابط تجاری با یک مشتری، شرکت دیگری (شرکت I)، قرارداد حمل‌ونقلی را ازدست داد که این موضوع هزینه‌های حمل‌ونقل او را در طی چهار سال ۶۲ هزار و ۴۰۰ مارک افزایش داد.

در جریان دادرسی، فروشنده ادعا کرد که مشتریان خریدار به علل دیگری با او قطع رابطه کرده‌اند. دادگاه به نفع فروشنده حکم داد و ادعای خواهان را برای خسارت با واسطه رد کرد، اما به علت پنی‌های فاسد ۳ درصد از قیمت قرارداد کم کرد. خریدار تجدیدنظرخواهی کرد و دوباره ادعای مطالبه خسارات غیرمستقیم را مطرح نمود؛ اما دادگاه تجدیدنظر نیز حکم دادگاه بدوی را تأیید کرد و به نفع فروشنده حکم داد. در حکم دادگاه چنین آمده بود: «خریدار تنها می‌تواند آن دسته از منافع تفویض شده را مطالبه کند که فروشنده در هنگام قرارداد می‌توانسته آن‌ها را پیش‌بینی کند و در این مورد فروشنده قادر نبوده که عدم‌النفع ناشی از روابط قطع شده را در هنگام قرارداد پیش‌بینی کند.» دیوان عالی آلمان نیز درخصوص این پرونده ذکر می‌کند که فروشنده این واقعیت را که ۳ درصد پنی‌های تسلیمی فاسد بوده نپذیرفته است و درنهایت تصریح می‌کند که عدم‌النفع مورد ادعای خریدار و شرکت H ممکن است در نتیجه نقض فروشنده نباشد و به علت ارسال پنی فاسدی باشد که قبل از قرارداد با فروشنده محقق شده است (Schneider, 1995, p.637-638).

این پرونده هم از جهت بحث قابلیت پیش‌بینی خسارت در هنگام انعقاد قرارداد و هم از حیث مطالبه خسارات غیرمستقیم در حقوق آلمان اهمیت دارد. این دسته از خسارات در نظام جدید تعهدات آلمان مشمول بند ۱ ماده ۲۸۰ قانون مدنی آلمان می‌شود و تحت عنوان خسارات ساده قابل مطالبه است. در حقوق ایران، برخی بر این نظرند که عرف تعیین می‌کند کدام دسته از خسارت‌ها به واردکننده زیان منتسب است (سلطانی‌نژاد، ۱۳۹۵، ص ۶۰). البته برخی نویسندگان نیز بر این نظرند که حدود چنین خسارت‌هایی را توافق طرفین تعیین می‌کند (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷، ص ۴۸۰).

۳-۱-۶. خسارت‌های انتظاری^۱

این دسته از خسارت‌ها به‌منظور حمایت از انتظارات متعهدله برای به‌دست‌آوردن آنچه برای آن معامله کرده وضع شده است. هدف راه جبرانی اجرای اجباری تحویل موضوع قرارداد است، درحالی‌که هدف راه جبرانی خسارات این است که به متعهدله جایگزین پولی منافعی را بدهد. نظام‌های حقوقی مختلف بر سر این موضوع توافق دارند که معیار عمومی پرداخت خسارات انتظاری باید قراردادن شخص زیان‌دیده در موقعیتی باشد که در صورت انجام سروقت قرارداد در آن موقعیت قرار می‌گرفت. در کامن‌لا این منافع به منافع انتظاری معروف است و در حقوق آلمان و اتریش بدان منافع مثبت



می‌گویند. این نوع از خسارت‌ها با خسارت‌های اتکایی تفاوت دارند و معمولاً هم ضرری که زیان‌دیده متحمل شده و هم نفعی که از آن محروم شده را دربر می‌گیرد. ماده ۲۵۲ قانون مدنی آلمان که به عدم‌النفع اختصاص دارد این منافع را به رسمیت شمرده است (Lando & Beale, 2000, pp.440-445).

ماده ۲۵۲ قانون مدنی آلمان درباره عدم‌النفع می‌گوید: «جبران خسارت هم شامل عدم‌النفع است. منفعت زمانی از دست‌رفته تلقی می‌شود که در سیر عادی امور قابل‌انتظار باشد یا مطابق با شرایط و اوضاع و احوال خاص، بالاخص در سایه تمهیدات صورت‌گرفته، متوقع باشد.» مبنای بند ۱ ماده ۲۸۰ قانون مدنی آلمان نیز حمایت از منافع انتظاری است.

برای موجه دانستن مطالبه منافع انتظاری، از طرف حقوق‌دانان، ادله‌ای اقامه شده است. برای مثال، گفته‌اند که نقض تعهد باعث خسران و آسیب‌دیدن روان متعهدله می‌شود. متعهدله انتظار اجرای تعهد را داشته و نقض قرارداد باعث شده که او از حق خود محروم شود و همین موضوع، لزوم جبران منافع انتظاری را برای او توجیه می‌کند.

دلیل دومی که آورده‌اند این است که بنا بر تئوری اراده^۱ در حقوق قراردادهای طرفین قرارداد در برابر آنچه تعهد کرده‌اند مسئول‌اند. اگر الف تعهد کرده که به ب هزار دلار بپردازد، ما الف را مسئول پرداخت ثمن معامله می‌کنیم. درواقع قرارداد قانونی است که طرفین وضع کرده‌اند و باید به آن پای‌بند باشند (Fuller & Perdue, 1936, pp. 52-66).

خسارات انتظاری ممکن است با واسطه، جانبی یا مستقیم باشند. در حقوق ایران، برخی نویسندگان منفعت انتظار را «شامل منافعی می‌دانند که طرف قرارداد انتظار به‌دست‌آوردن آن را بر مبنای سیر متعارف و طبیعی امور داشته و اکنون از دست داده است» و فایده این تحلیل را مطالبه زیان‌های مختلفی می‌دانند که در نتیجه قالب‌های سنتی تلف مال و فوت منفعت نمی‌گنجد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۰۶).

۲-۱-۳. خسارت‌های اتکایی^۲

موضوع این خسارت‌ها هنگامی به‌وجود می‌آید که خواهان، با اتکا و اعتماد به تعهد خواننده، موقعیتش را تغییر داده است. مثلاً خریدار، ضمن قراردادی برای فروش زمین، درخصوص تحقیقات در مورد سمت فروشنده هزینه‌هایی متحمل شده یا فرصت ورود به قراردادهای دیگر را از دست داده است. هدف از جبران خسارات اتکایی قراردادن متعهدله در همان موقعیتی است که در صورت منعقدنشدن قرارداد در آن موقعیت قرار می‌گرفت (Fuller, 1936, pp.52-66). در چند ماده از مواد قانون مدنی آلمان به این منافع اشاره شده است. ازجمله در ماده ۱۲۲ این قانون به صراحت از «منافعی که در اثر اتکا به اعتبار اعلام اراده متحمل شده» نام برده شده است. ماده ۲۸۴ قانون مدنی آلمان نیز مقرر می‌دارد: «در مقام مطالبه خسارت عوض ایفای تعهد، متعهدله می‌تواند تادیبه هزینه‌هایی را که از حیث اتکای معقول به ایفای تعهد

1. Will Theory

2. Reliance Interests



متحمل شده مطالبه کند، مگر این که مقصود آن هزینه حاصل نمی‌شد، حتی اگر متعهد تعهد خود را نقض نمی‌کرد.^۱ برخی نویسندگان ایرانی این دسته از خسارت‌ها را «منفعت اعتماد» نام نهاده‌اند و آن را خساراتی تعریف کرده‌اند که «طرف قرارداد در نتیجه تغییر وضع خود و به اعتماد اجرای قرارداد متحمل شده است. مانند وامی که بازرگانی به منظور اجرای قرارداد می‌گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۰۶). البته به نظر می‌رسد در خصوص مطالبه این دسته از خسارت‌ها در حقوق ایران تردید وجود دارد.

۲-۳. انواع خسارت‌های قابل مطالبه برحسب سبب

خسارت‌های قابل مطالبه برحسب سبب در قانون جدید آلمان به سه دسته خسارت‌های به جای اجرا، خسارت‌های برای تأخیر در اجرا و خسارت‌های در کنار اجرا (خسارت‌های ساده) تقسیم‌بندی می‌شود.

۱-۲-۳. مطالبه خسارت به جای اجرا

«مطالبه خسارت به جای اجرا»^۱ در قانون مدنی جدید آلمان واژه جدیدی است که جایگزین واژه قدیمی «خسارت برای عدم اجرا»^۲ شده است و فقط زمانی قابل مطالبه است که شرایط موردنظر قانونگذار در مواد ۲۸۱، ۲۸۲ یا ۲۸۳ (مندرج در ماده ۲۸۰-۳ قانون مدنی آلمان) فراهم باشد (Fauvarque-Cosson, 2009, p. 296 & Mazeaud). الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در حقوق ایران، در مقایسه با اسناد نوین حقوق خصوصی، راه جبرانی اصلی است و متعهدله فقط هنگامی می‌تواند به جبران خسارت روی آورد که امکان چنین اجرایی وجود نداشته باشد و دادگاه نیز نتواند شخص را اجبار کند (خوهرسندیان، ۱۳۹۶، ص ۷۰).

عدم امکان اجرا

اگر اجرا غیرممکن باشد و مشمول بند ۱ ماده ۲۷۵ قانون مدنی آلمان شود، متعهد خودبه‌خود از تعهد آزاد می‌شود. مطابق بند ۲ و ۳ ماده ۲۷۵ قانون مدنی آلمان نیز، متعهد می‌تواند دفاع خود را مطرح کند و اثرش همان اثر بند ۱ ماده مذکور است. ماده ۲۸۳ قانون مدنی آلمان درخصوص جبران خسارت به جای ایفای تعهد در صورتی که طرف مکلف به ایفای تعهد نباشد مقرر می‌دارد: «چنانچه به موجب بندهای ۱ تا ۳ ماده ۲۷۵، متعهد مکلف به ایفای تعهد نباشد، متعهدله می‌تواند، به جای ایفای متعهد، مطالبه خسارت کند. بند ۱ ماده ۲۸۱، جمله‌های دوم و سوم، و بند ۵ با تغییرات مقتضی اعمال می‌شوند».^۳ نکته مهم دیگر در قانون جدید ماده ۳۱۱ «الف» است. این ماده در بند ۱ خود به صحیح بودن عقد حتی در صورت عدم

1. Damages in lieu of performance

2. Damages for non-performance

۳. تفاوت رژیم مدنی سابق آلمان و رژیم فعلی درخصوص عدم امکان ابتدایی است. مطابق رژیم قانون قبلی، متعهدله مستحق مطالبه خسارت برپایه منافع اتکایی بود، اگر متعهد از عدم امکان آگاه بوده یا می‌بایست آگاه باشد. اگر عدم امکان شخصی بود، قرارداد غیرصحیح تلقی می‌شد و دادگاه‌ها نوعی مسئولیت مبتنی بر تضمین را بر متعهد بار می‌کردند.



امکان ابتدایی اذعان دارد و در بند ۲ مقرر می‌دارد: «متعهدله می‌تواند، به جای اجرای تعهد، به نحو مقرر در ماده ۲۸۴ مطالبه خسارت کند. در صورتی که هنگام انعقاد قرارداد، متعهد از وجود مانع بر اجرای تعهد اطلاعی نداشته و مسئولیت عدم آگاهی از (وجود مانع) نیز بر عهده او نباشد، چنین حکمی اعمال نمی‌شود».

مسئولیت مندرج در این ماده مبتنی بر تقصیر است (Oliveira, 2005, p.131). نتیجه این می‌شود که متعهدله می‌تواند منافع مثبتش را در همه موارد عدم امکان ادعا کند، مگر این که متعهد ثابت کند که او مسئول عدم امکان اجرا نیست (درواقع بار اثبات مسئول نبودن بر عهده متعهد است) (Zimmermann, 2002, pp.21-22).

در حقوق ایران، نزدیک‌ترین مفهوم به عدم امکان آلمانی فورس ماژور است. در مواد ۲۲۷ و ۲۲۸ قانون مدنی ایران به اثر قوه قاهره در قراردادها اشاره شده و در بند ۲ ماده ۱۳۱۲ این قانون نمونه‌هایی از فورس ماژور ذکر شده است. دو وصف «خارجی بودن» و «مقاومت‌ناپذیر بودن» از قانون مدنی به دست می‌آید و «از بخش اخیر ماده ۲۲۷ که ارتباط مانع با متعهد را برای مسئول شناختن او کافی می‌داند و بند ۴ ماده ۱۳۱۲ که حادثه را «غیرمنتظره» وصف کرده است، چنین برمی‌آید که قوه قاهره باید قابل پیش‌بینی هم نباشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۸۲).

اجرای دیر هنگام و غیر منطبق

در حالتی که متعهد برای اجرا تأخیر کرده یا اجرا را به شکلی غیر منطبق با قرارداد انجام داده است، متعهدله می‌تواند به جای اجرا مطالبه خسارت کند، به شرط آنکه شرایط بند ۱ ماده ۲۸۱ محقق باشد. این ماده بدین شرح است: «در صورتی که متعهد تعهد خود را در موعد مقرر یا تعهد را به طور صحیح ایفا نکند، متعهدله می‌تواند در صورتی که مدت معقولی برای ایفای تعهد یا ایفای تعهد به طور کامل تعیین نکرده باشد، با رعایت بند ۱ ماده ۲۸۰، به جای ایفای تعهد، مطالبه خسارت کند. چنانچه متعهد به صورت جزئی ایفای تعهد کرده باشد، متعهدله می‌تواند در صورتی که از ایفای تعهد به طور جزئی منتفع نمی‌شود، به جای ایفای تعهد کامل، مطالبه خسارت کند. چنانچه متعهد تعهد را به نحو صحیح ایفا نکرده باشد، در صورتی که نقض تعهد، امر اساسی نباشد، متعهدله نمی‌تواند به جای ایفای تعهد مطالبه خسارت کند». نکته مهم این ماده این است که اگر عدم اجرا کل قرارداد را دربر نگیرد، حق مطالبه خسارت به جای کل اجرا بسته به این است که آیا متعهدله نفعی در اجرای قسمتی از قرارداد دارد یا ندارد و در قسمت مربوط به عدم انطباق اجرا، آیا نقض جدی بوده یا نبوده است (Reimann & Zekoll, 2005, p.194).

حقوقدانان ایرانی نیز از ماده ۲۲۱ قانون مدنی حکم مشابهی را استخراج کرده‌اند. به این معنا که تخلف متعهد باعث می‌شود که نتوان آنچه او به جای آورده است را جزئاً یا کلاً با عمل معهود منطبق دانست، از این رو او متخلف به شمار می‌آید (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۵۶-۵۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۴۴). البته باید توجه داشت که خودداری از پذیرش اجرای تعهد در فرض ما مربوط به اجرای غیر منطبق یا دیر هنگام



در تعهدات قراردادی است. اگر متعهد تعهد خود را مطابق با قرارداد انجام دهد و متعهدله از قبول خودداری کند، موضوع مشمول ماده ۲۷۳ قانون مدنی است (پارساپور و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۷۸)

نقض تعهدات فرعی

سومین حالتی که قانون مدنی آلمان به متعهدله حق مطالبه خسارت به جای اجرا را می‌دهد، با ماده ۲۸۲ و بند ۳ ماده ۲۸۰ مرتبط است. در حقوق آلمان فقط تعهدات قراردادی مربوط به اجرا اهمیت ندارد، بلکه طرفین ملزم به رعایت حقوق و منافع قانونی یکدیگرند (بند ۲ ماده ۲۴۱). طیف وسیعی از تعهدات فرعی در این اصل کلی نهفته است. نقض تعهدات فرعی به متعهدله حق مطالبه خسارت به جای اجرا می‌دهد.

مثال مشهور در این خصوص نقاشی است که کار نقاشی را به‌دقت انجام می‌دهد، اما به سایر وسایل متعهدله مانند مبلمان و لوستر آسیب می‌رساند. البته تعهدات فرعی که مستقیم به اجرا صدمه وارد می‌کنند، مشمول بند ۳ ماده ۲۸۰ و ماده ۲۸۱ قانون مدنی آلمان می‌شود و به اجرای غیرمنطبق با قرارداد ارتباطی ندارد (مثلاً فروشنده‌ای که، به علت بسته‌بندی نامناسب کالا، باعث ورود خسارت به کالا می‌شود) (Zimmermann, 2002, p. 22). به نظر می‌رسد، با توجه به ماده ۲۲۱ قانون مدنی ایران، متعهد را باید مسئول خساراتی دانست که برحسب سیر متعارف امور به‌طور طبیعی از عهدشکنی حاصل می‌شود و هر دو طرف انتظار آن را دارند. در مثال آسیب‌رسانی نقاش به لوستر و مبلمان می‌توان به مسئولیت قهری نقاش استناد کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۲۶).

۲-۲-۳. مطالبه خسارت برای تأخیر در اجرا

ماده ۲۸۶ قانون مدنی آلمان مقرر می‌دارد: «چنانچه پس از اخطار متعهدله مبنی بر ایفا^۱ (اگر اخطار پس از موعد ایفای تعهد ابلاغ شده باشد) متعهد تعهد خود را ایفا نکند، این اخطار موجب متخلف محسوب‌شدن او می‌شود. طرح دعوا دایره ایفای تعهد و ابلاغ اخطار دادگاه در مقام رسیدگی اختصاری به دین متعهد، در حکم اخطار ایفای تعهد است.»

هدف از مطالبه خسارت برای تأخیر پرداخت آن دسته از خساراتی است که از اجرای با تأخیر حاصل شده است. گفتنی است مطالبه خسارت برای تأخیر حق مطالبه ایفای عین تعهد را از بین نمی‌برد. اگر اجرا پایان یابد (چه به دلیل این‌که متعهدله مطالبه خسارت به جای اجرا نماید^۲ یا این‌که اجرا غیرممکن باشد^۳)، مطالبه خسارت برای تأخیر در اجرا نیز پایان می‌یابد.

شرایط وقوع تأخیر از سوی متعهد بیشتر دیدگاه سنتی حقوق آلمان را دنبال می‌کند. سه شرط موردنظر

1. Nachfrist

۲. موضوع بند ۴ ماده ۲۸۱ قانون مدنی آلمان

۳. موضوع ماده ۲۷۵ قانون مدنی آلمان



بدین شرح است: اول، تأخیر مستلزم این است که اجرا همچنان ممکن باشد و اگر اجرا غیرممکن باشد، درخواست اجرا هیچ هدف عملی ندارد. دوم، تأخیر فقط هنگامی روی می‌دهد که مهلت اجرای تعهد قراردادی فرا رسیده باشد و قابل مطالبه باشد. زمان اجرا بسته به قصد طرفین است، اما در فقدان قصدی واضح و صریح، این زمان فوری است (بند ۱ ماده ۲۷۱ قانون مدنی آلمان). سومین شرط این است که متعهد باید از سوی متعهدله و با خطاری آگاه شود. لازم نیست این خطار شکل خاصی داشته باشد، اما نباید مشروط و مبهم باشد (Reimann & Zekoll, 2005, p. 193; Markesinis et al., 2006, pp. 464-466).

در مواردی ممکن است خواهان از ابلاغ خطاریه معاف شود. این موارد را بند ۲ ماده ۲۸۶ قانون مدنی آلمان برشمرده است:

«اگر: ۱. زمان ایفای تعهد بر اساس تقویم تعیین شده باشد، ۲. ایفای تعهد مؤخر بر رویدادی باشد و زمان مقتضی برای ایفای تعهد تعیین شده باشد به شکلی که بتوان آن را بر اساس تقویم از روز وقوع آن رویداد محاسبه کرد، ۳. متعهد به‌طور صریح و قاطع از ایفای تعهد خودداری ورزد و ۴. با توجه به منافع طرفین تقصیر قریب‌الوقوع باشد، نیازی به خطاریه نیست»^۱

اگر متعهد دعوای جبران خسارت، در ظرف ۳۰ روز از موعد مقرر و تاریخ دریافت خطاریه، تعهد خود را ایفا نکند، مسئول پرداخت خسارت برای تأخیر در اجرا می‌شود. باید گفت، به‌منزله یک قاعده کلی، در این ماده نیز با ذکر کلمه «متخلف» بر لزوم تقصیر متعهد، صحه گذاشته شده است. البته شایان ذکر است که این تقصیر مفروض است و اثبات عدم تقصیر بر عهده متعهد است. استثنائات قاعده تقصیر، از جمله اوضاع و احوال خارج از کنترل متعهد، در بند ۴ ماده ۲۸۶ بیان شده است: «مادام که ایفای تعهد به دلیل اوضاع و احوال خارج از کنترل متعهد صورت نگیرد، او متخلف محسوب نخواهد شد». تأخیر متعهد در اجرای تعهدش تبعات و آثاری نیز به همراه دارد: نخست این که حق جبران خسارت، آن دسته از خسارت‌هایی را که به‌وسیله تأخیر نیز به‌وجود می‌آیند، دربر می‌گیرد (حق اجرا تحت تأثیر جبران خسارت برای تأخیر قرار نمی‌گیرد). حالت دوم درخصوص تعهدات پولی است. بند ۱ ماده ۲۸۸ قانون مدنی آلمان مقرر می‌دارد، در صورت تأخیر، متعهد ملزم به پرداخت بهره است (بند ۴ تأکید می‌کند که حق مطالبه خسارت به قوت خود باقی است). سومین اثر تأخیر این است که متعهدی که رسماً تأخیر کرده خود را در موقعیت تشدید مسئولیت قرار می‌دهد. مطابق ماده ۲۸۷ قانون مدنی آلمان، این بدان معناست که او حتی مسئول قصور سبک نیز هست و اگر اجرا غیرممکن شود، او مسئول این عدم امکان نیز هست، حتی اگر این عدم امکان منسوب به او نباشد (Zimmermann, 2002, pp. 24-25; Markesinis, 2006, pp. 466-468). در حقوق ایران، شرایطی مانند گذشتن موعد انجام تعهد و عدم اجرای تعهد از سوی متعهد (به استناد ماده ۲۲۶ قانون مدنی)، وارد آمدن ضرر به متعهدله، رابطه سببیت بین تأخیر در انجام تعهد یا عدم انجام تعهد و ورود ضرر و لزوم جبران خسارت به‌موجب قرارداد، عرف

۱. در زمینه کالای غیر منطبق با قرارداد، خسارت بسته به این واقعیت دارد که فروشنده کالای معیوبی را ارسال کرده است یا خیر. در این رابطه، خطار به متعهد هدف عملی ندارد. بنابراین هر چند موضوع اختلافی است، اما نظر غالب این است که هیچ خطاری در این زمینه موضوعیت ندارد.



یا قانون (ماده ۲۲۱ قانون مدنی) برای مطالبه خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد لازم است. لزوم اثبات ضرر در دو حالت استثنایی لازم نیست: در صورتی که به استناد ماده ۲۳۰ قانون مدنی در قرارداد پیش‌بینی وجه التزام شده باشد یا تعهد از نوع تعهدات پولی باشد و با مطالبه دائن و تمکن مدیون و تغییر فاحش شاخص قیمت همراه باشد (ماده ۲۲۱ قانون مدنی). در واقع، در صورتی که در قرارداد برای تأخیر در اجرا خسارتی تعیین شده باشد، متعهدله مستحق مطالبه اجرای تعهد خواهد بود، برخلاف زمانی که دریافت خسارت برای عدم اجرا باشد که در این صورت الزام به اجرا امکان‌پذیر نیست، چون اعمال شرط خسارت بدل اجرا محسوب می‌شود (احمدوند، ۱۳۸۳، ص ۲۸)

۳-۲-۳. مطالبه خسارات ساده

بند ۱ ماده ۲۸۰ قانون مدنی آلمان مقرر می‌دارد: «چنانچه متعهد وظایف ناشی از تعهد را ایفا نکند، متعهدله می‌تواند خسارت ناشی از این نقض تعهد را مطالبه کند. در صورتی که متعهد مسئول عدم ایفای تعهد نباشد، نمی‌توان از او خسارت مطالبه کرد.» به خسارات در کنار اجرا یا خسارات ساده بر پایه این ماده حکم داده می‌شود. اصل تقصیر در اینجا نیز حضوری پررنگ دارد.

برخلاف قانون قدیم، در قانون مدنی جدید آلمان خسارت برای تأخیر و خسارت به جای اجرا کاملاً از هم متمایزند. در واقع موضوع بحث برانگیز تمایز بین خسارات برای تأخیر و خسارات در کنار اجرا (خسارات ساده) است. اگر خسارات ساده مطالبه شوند، کافی است که متعهد مسئول نقض قرارداد باشد. در حالی که اگر خسارت برای تأخیر مطالبه شود، متعهدله از لحظه‌ای که متعهد اختطاریه را دریافت کرده است مستحق جبران خسارت است (بند ۱ ماده ۲۸۶). در واقع بند ۱ ماده ۲۸۰ نوعی ماده پشتیبان (جایگزین) است که اگر ملزومات خاص بند ۲ ماده ۲۸۰ در خصوص تأخیر و بند ۳ ماده ۲۸۰ در مورد خسارت به جای اجرا فراهم نبود، این بند اعمال می‌شود (Zimmermann, 2002, p.27; Markesinis, et al., 2006, pp.468-469).

نتیجه‌گیری

آنچه در اصلاحات اخیر قانون مدنی آلمان مشهود است، تلاش قانون‌گذار برای پیوند دادن حقوق قراردادهای با تحولات جدید صنعت، حقوق مصرف‌کننده و فناوری روز است. روح حاکم بر قانون مدنی جدید آلمان طرف‌دار حقوق مصرف‌کننده است. بدین جهت، قانون‌گذار آلمانی مفهوم تقصیر قراردادی را محدود به راه جبرانی مطالبه خسارت نمود و علاوه بر آن، این تقصیر را مفروض تلقی کرد و این موضوع از مهم‌ترین تفاوت‌های قوانین قدیم و جدید آلمان به‌شمار می‌رود.

در قانون قدیم آلمان، توسل به یکی از این دو راه جبران خسارت و فسخ متعهدله را از توسل به راه دوم باز می‌داشت؛ اما قانون‌گذار در قانون مدنی جدید، در ماده ۳۲۵، این امکان را فراهم کرد که از نظر حقوقدانان آلمانی این موضوع تحول عمیقی در راه‌های جبرانی مدنظر قانون‌گذار به‌وجود آورده است. تفکیک خسارات قابل مطالبه برحسب سبب در قانون جدید به خسارات به جای اجرا، خسارات برای



تأخیر در اجرا و خسارات در کنار اجرا (خسارات ساده) هرچند سیستم سابق را ساده‌تر کرده، اما ابهاماتی نیز برجا گذاشته است که، با مرور زمان و غنی‌شدن دکترین و آرای قضایی مرتبط، تفکیک این خسارات از یکدیگر روشن‌تر خواهد شد. حقوقدانان آلمانی تحولات صورت‌گرفته در قانون مدنی این کشور را مثبت ارزیابی کرده و آن را گامی به سوی یکسان‌سازی حقوق خصوصی و مترقی‌شدن حقوق مدنی همگام با تحولات روز جهان می‌دانند.

بر طبق این فرضیه که همه جوامع در اصل با مشکلات یکسانی مواجه‌اند و حل این مشکلات در جوامع مختلف با روش‌های متفاوت اما با نتایج یکسانی صورت می‌گیرد (Berger, 2001, p. 877)، می‌توان از تجاربی که حقوقدانان آلمانی درخصوص موضوع خسارات قراردادی کسب کرده‌اند برای برطرف کردن خلأهای قانونی داخلی استفاده کرد. با مقایسه این دو نظام حقوقی باید گفت، انواع خسارات نقض تعهدات قراردادی و شرایط جبران چنین خساراتی در حقوق ایران به صورت پراکنده و از خلال موادی از قانون مدنی و مواد پراکنده‌ای در قوانین آیین دادرسی مدنی، قانون مجازات اسلامی، قانون آیین دادرسی کیفری قابل برداشت است. قانون‌گذار و رویه قضایی ایران همچنان درخصوص جبران خساراتی مانند خسارات مازاد بر دیه تردید دارد، درحالی‌که رویه قضایی آلمان حتی خسارت ازدست‌دادن فرصت را نیز جبران‌پذیر می‌داند. به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایرانی باید، با توجه به واقعیت‌های اجتماعی و اقتصادی، راه را برای جبران خسارت‌هایی مانند خسارت‌های معنوی، خسارت مازاد بر دیه، خسارت‌های انتظاری و اتکایی هموار سازد و برای تشخیص خسارت‌های غیرمستقیم نیز، به جای تکیه صرف بر عرف، ضابطه‌ای مانند قابلیت پیش‌بینی یا رابطه سببیت را بپذیرد.

منابع

- احمدوند، ولی الله (۱۳۸۳)، آثار و احکام شرط تعیین خسارت ناشی از تأخیر و عدم اجرای تعهد در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی، فصلنامه مصباح، شماره ۶۱، ص ۵-۳۲.
- بادینی، حسن و فرزانه بروجنی، فرناز (۱۳۹۷). «نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد در حقوق آلمان و ایران». مطالعات حقوقی، دوره ۱۰، شماره ۱، ص ۳۷-۵۹.
- بهاری اردکانی، ابوالفضل، هاشمی باجگانی، سیدجعفر و سلیمیان، ابوالفضل (۱۳۹۵). «مسئولیت مدنی ناشی از فرصت ازدست‌رفته». مجلس و راهبرد، سال ۲۳، شماره ۸۶، ۱۳۹۵، ص ۶۹-۹۴.
- پار ساپور، محمدباقر، قدیمی، احسان و کبیری شاه‌آباد، حمید (۱۳۹۶). «بررسی خودداری از پذیرش اجرای قرارداد از سوی متعهدله در حقوق ایران و فقه امامیه با نگاهی به اصول حقوق قراردادهای اروپا و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا». پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۱، شماره ۴، ص ۵۷-۸۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات. تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ سوم.
- حسینی مدرس، سیدمهدی و عصمت گلشنی (۱۳۹۲). «طریق جبرانی پرداخت خسارت نقض تعهدات قراردادی در حقوق انگلستان و طرح آن در حقوق ایران». دوفصلنامه علمی — پژوهشی دانش حقوق مدنی، دوره ۲، شماره ۲، ص ۲۷-۳۹.
- خورسندیان، محمدعلی و محمدی بصیر، فرهاد (۱۳۹۶). «الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در حقوق ایران در مقایسه با اسناد نوین حقوق خصوصی». دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۹ و ۸۰، ص ۶۷-۹۶.



- دهقانی، ایمان، محمدرضا فلاح و یوسف جمشیدی (۱۳۹۳). «انقلاب ید امانی به ید ضمانی». فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۳۵، ص ۴۵-۶۰.
- دینانی، عبدالرسول و معصومه براهیم باستانی (۱۳۹۶). «مسئولیت مدنی ناشی از صدمات بدنی در حقوق ایران و انگلیس». تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دهم، شماره ۳۶، ص ۱۳۷-۱۷۲.
- سلطانی‌نژاد، هدایت‌اله (۱۳۹۵). «بررسی تطبیقی ضابطه تشخیص خسارت غیر مستقیم قراردادی». مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۸، شماره ۳، ص ۵۱-۶۵.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶). حقوق مدنی، جلد سوم: آثار قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم.
- صفایی، حسین، عادل، مرتضی، کاظمی، محمود و میرزا نژاد، اکبر (۱۳۸۷). حقوق بیع بین‌الملل: بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ و مقایسه آن با مقررات بیع در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا. تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- صفایی، حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۷). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات سمت.
- طهماسبی، علی (۱۳۹۷). «مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ قرارداد در حقوق ایران و آلمان». پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۲، شماره ۱، ص ۲۷-۴۹.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم: اجرای قرارداد. شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، جلد ۱: قواعد عمومی. نشر دانشگاه تهران، چاپ نهم.
- کاظمی، محمود (۱۳۸۰). «نظریه ازدست‌دادن فرصت در مسئولیت مدنی». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۵۲، شماره ۸۱۳، ص ۱۸۵-۲۲۷.
- نصیری، مصطفی (۱۳۸۷). «نقش تقصیر در مسئولیت قراردادی». مجله دادرسی، شماره ۷۱، ص ۱۰-۳.
- نقی‌زاده بافقی، پیام (۱۳۹۰). «قوة قاهره و تأثیر آن بر مسئولیت، تعهد و قرارداد». تعالی حقوق، سال سوم، شماره ۱۱، ص ۴۴-۲۷.
- نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۷۵). «آثار قوة قاهره و انتفاءی قرارداد». مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۱۵، شماره ۲۱، ص ۹۵-۱۲۴.
- Aksoy, H. C. (2016). *Impossibility in modern private law*. Springer International Pu.
- Bejesky, R. (2002). "The Evolution in and International Convergence of the Doctrine of Specific Performance in Three Types of States". *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.*, 13, 353.
- Berger, K. P. (2001). "Harmonisation of European Contract law the Influence of Comparative law". *The International and Comparative Law Quarterly*, 50(4), 877-900.
- Fauvarque-Cosson, B., & Mazeaud, D. (2009). *European contract law: materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules*. Walter de Gruyter.
- Fuller, L. L., & Perdue, W. R. (1936). "The reliance interest in contract damages: 1". *The Yale Law Journal*, 46(1), 52-96.
- Gotanda, J. Y. (2006). *Damages in Lieu of Performance because of Breach of Contract. Public Policy Research Paper*, (2006-8).
- Jansen, C. (2016). *Accidental Harm Under (Roman) Civil Law. In the Challenge of Chance* (pp.



- 233-247). Springer, Cham.
- Lando, O., & Beale, H. G. (Eds.). (2000). *Principles of European contract law: Parts I and II*. Kluwer Law International BV.
- Mak, V. (2009). *Performance-oriented remedies in European sale of goods law*. Bloomsbury Publishing.
- Markesinis, B. S., Unberath, H., & Johnston, A. C. (2006). *The German Law of Contract: a comparative treatise*. Bloomsbury Publishing.
- Oliveira, N. M. P. (2005). "The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer". *Comparative Law*, 129, 135.
- Pieck, M. (1996). "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law". *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, 3, 111.
- Reimann, M., & Zekoll, J. (Eds.). (2005). *Introduction to German law* (Vol. 11). Kluwer Law International.
- Ridder, P., & Weller, M. P. (2014). Unforeseen circumstances, hardship, impossibility and force majeure under German contract law. *Eur. Rev. Private L.*, 22, 371.
- Samuel, G. (1999). *Sourcebook on obligations and legal remedies*. Routledge.
- Schneider, E. C. (1995). "Consequential damages in the international sale of goods: Analysis of two decisions". *U. Pa. J. Int'l Bus. L.*, 16, 615-668.
- Treitel, G. H. (1976). *Remedies for breach of contract: courses of action open to a party aggrieved*. JCB Mohr; Mouton.
- Von Bar, C., Drobnig, U., & Alpa, G. (2004). *The interaction of contract law and tort and property law in Europe: a comparative study*. Sellier. European law publ.
- Wagner, T. (2014). Limitations of Damages for Breach of Contract in German and Scots Law-A Comparative Law Study in View of a Possible European Unification of Law. *Hanse L. Rev.*, 10, 73.
- Zekoll, J., & Wagner, G. (Eds.). (2018). *Introduction to German law*. Kluwer Law International BV.
- Zimmermann, R. (2002). *Breach of contract and remedies under the new German law of obligations*. Sapeinza, Rome.

قراردادهای فوتبال از منظر مقررات فیفا و فدراسیون فوتبال ایران

مجتبی اصغریان،^۱ سید محمدجواد سربها^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۵/۲۱

چکیده

قراردادهای فوتبال در عرصه داخلی و کم و بیش در عرصه بین المللی دچار خلأها و نواقص فراوانی است. برابر اعلام فیفا، هر قرارداد فوتبال در صورتی معتبر است که حداقل دارای سیزده سرفصل مشخص باشد، در حالی که فدراسیون فوتبال ایران مقررات ویژه ای در زمینه حداقل الزامات قرارداد فوتبال اعلام نکرده است. در این تحقیق، ضمن بررسی حداقل الزامات این قراردادها از نظر فیفا و فدراسیون فوتبال ایران، به وضعیت حقوقی قراردادهای داخلی بازیکنان با باشگاه پرداخته شده، به ویژه در صورتی که این قراردادها در تعارض با قرارداد رسمی ثبت شده بازیکنان در فدراسیون فوتبال باشد، و این نتیجه به دست آمده است که در تعارض میان مفاد قرارداد باشگاهی با قرارداد رسمی منعقد شده در فدراسیون فوتبال، قرارداد اخیر مقدم است. افزون بر این، تدوین حداقل استانداردهای قرارداد فوتبال، یکسان سازی مفاد این قراردادها، به روزرسانی دقیق مقررات حوزه فوتبال و رفع ابهام از آنها امری ضروری و اجتناب ناپذیر است.

واژگان کلیدی: قرارداد فوتبال، فیفا، فدراسیون فوتبال

۱. عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی (نویسنده مسئول): asgharian@khu.ac.ir

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علم و فرهنگ: sarbaha67mj@gmail.com



مقدمه

امروزه، ورزش یکی از ارزشمندترین فعالیتهای اجتماعی در میان جوامع گوناگون به‌شمار می‌رود و پیوندی ناگسستنی با سایر حوزه‌ها از جمله سیاست، اقتصاد، فرهنگ و رسانه دارد (Giulianotti, 2005, p.386). در این بین، پاره‌ای از ورزش‌ها، همانند فوتبال، وارد مرحله جدید ساختاری شده و در جایگاه ورزشی جهانی معرفی شده‌اند. ارتباط فوتبال با عرصه‌های گوناگون زندگی اجتماعی به قدری گسترده است که به شکل‌گیری حوزه‌های پژوهشی متعددی منجر شده است (دوفرانس، ۱۳۸۵، ص ۷). برای مثال، ابعاد سیاسی ورزش فوتبال تا آن حد اهمیت دارد که برای بسیاری از ملت‌ها جایگاه فوتبال حتی والاتر از دولت و سایر ارکان کشور است و به علت همراهی و همدلی با تیم ملی فوتبال کشورشان، خود را ملتی کامل قلمداد می‌کنند (Home, 2000, p.73). برخی بر این نظرند که فوتبال جهانی‌ترین پدیده حال حاضر است و میزان جهانی‌شدن فوتبال حتی از مفاهیمی مانند دموکراسی و اقتصاد بازار نیز بیشتر بوده است (Boniface, 1998, p.88). این استدلال را می‌توان حتی با مقایسه تعداد اعضای سازمان ملل و فیفا هم ثابت کرد. سازمان ملل در حال حاضر ۱۹۳ عضو دارد، درحالی‌که تعداد اعضای فیفا ۲۱۱ نفر است.^۱

در این میان، موضوعات حقوقی گوناگونی که در حاشیه فوتبال ایجاد می‌شود، اهمیت دوچندان و گسترش روزافزون می‌یابد (صنعتی، ۱۳۸۹، ص ۲).

فوتبال و نقل‌وانتقال بازیکنان حرفه‌ای امروزه شکلی از بازار واقعی را به خود گرفته است. اولین بار در ۱۸۸۵م، اتحادیه فوتبال انگلستان الزاماتی را برای ثبت نقل‌وانتقال بازیکنان وضع کرد. قبل از تصویب این الزامات، بازیکنان فرایند چانه‌زنی طولانی‌مدتی را برای انعقاد قرارداد جدید طی می‌کردند. چنین الزاماتی برای نقل‌وانتقال در ۱۹۲۵ در فرانسه نیز ایجاد شد. هدف از وضع چنین الزاماتی حمایت از باشگاه‌های کوچک در جریان نقل‌وانتقال بود. از ۱۹۵۹، در انگلستان، الزامات بیشتری برای انعقاد قراردادها بر طرفین تحمیل شد (Chadwick et al., 2018, p.157-160).

از لحاظ اقتصادی و قدرت کسب درآمد، این رشته ورزشی جایگاه والایی در میان رشته‌های ورزشی دارد، تا آنجا که با انتقال یک بازیکن حرفه‌ای فوتبال از باشگاهی به باشگاه دیگر مبلغ گزافی نصیب باشگاه می‌شود. یکی از این نمونه‌ها، انتقال کریستیانو رونالدو از باشگاه منچستر یونایتد به رئال مادرید است (شرکاییان، ۱۳۹۴، ص ۴۳). در جریان این نقل‌وانتقالات ممکن است چالش‌های مختلف مالی، مالیاتی و حقوقی ایجاد شود.

اگرچه برخی نویسندگان اساساً وجود گرایشی به نام «حقوق ورزشی» یا «حقوق فوتبال» را انکار می‌کنند و بر این نظرند که قواعد حاکم بر این رشته ماهیتی متفاوت با قواعد عام سایر حوزه‌های حقوق ندارد و بهتر است از عباراتی مانند ورزش و حقوق یا فوتبال و حقوق استفاده شود (Grayson, 1994, p. 37) اما به نظر برخی، گرایش «حقوق ورزشی» موضوعات گوناگونی را تحت پوشش خود قرار

1. <https://www.fifa.com/associations> (last visited: 2020-08-25)



می‌دهد و شاخه قرارداد ورزشی را می‌توان مهم‌ترین بخش آن مطرح کرد، زیرا ایجاد الزامات قانونی در گرو انعقاد قرارداد است (آقایی‌نیا، ۱۳۹۳، ص ۲).

یکی از مباحث مهم در حوزه فوتبال قراردادهایی است که در سایه آن مواردی همچون طرفین قرارداد، مبلغ قرارداد، مدت قرارداد، شروط ضمن آن و الزامات قراردادی به طور شفاف بیان می‌شود. تاکنون پرونده‌های متعددی علیه ایران در فیفا مطرح شده و در بسیاری از موارد نحوه تنظیم شروط ضمن عقد است که نتیجه را تعیین می‌کند. به علت اهمیت چالش‌های قراردادی در فوتبال، شایسته است مطالعات حقوقی عمیقی درباره ماهیت و مفاد چنین شروطی صورت گیرد.

در این پژوهش سعی بر آن است، با واکاوی قراردادهای فوتبال از ابعاد متعدد تحت مضامین تبیین الزامات این نوع عقود در بخش بین‌المللی و داخلی، مقایسه قراردادهای داخلی و رسمی، مقایسه قراردادهای ملی و فراملی و همچنین خلأهای موجود در قراردادهای فوتبال، به آسیب‌شناسی دقیق و علمی در این حوزه دست یافت.

۱. الزامات قراردادهای فوتبال

الزامات قراردادهای فوتبال از دو بعد قابل بررسی است: الزامات فیفا و الزامات فدراسیون فوتبال ایران که در ادامه به ترتیب به آن‌ها اشاره می‌شود.

۱.۱. الزامات قراردادهای فوتبال از منظر فیفا

الف) ضرورت وضع الزامات فیفا

کمیته اجرایی فیفا، در تاریخ ۲۴ نوامبر ۲۰۰۸ بخش‌نامه شماره ۱۱۷۱، «حداقل الزامات قرارداد یک بازیکن حرفه‌ای»^۱ را تصویب کرد (FIFA, 2008). در این بخش‌نامه سیزده سرفصل مهم قراردادی تبیین شده است. به موجب بخش‌نامه مذکور، قرارداد معتبر قراردادی است که سیزده سرفصل در آن وجود داشته و درخصوص آن‌ها تعیین تکلیف شده باشد؛ یعنی حداقل‌هایی را که باید تعیین تکلیف شود برشمرده است؛ این به آن معنا است که حداکثری وجود ندارد و می‌توان مواردی را به این سیزده مورد اضافه کرد. البته شایان ذکر است که محتوای قراردادها با توافق بازیکن و باشگاه تعیین می‌شود و فدراسیون حق دخالت در محتوا را ندارد.

موارد سیزده‌گانه مذکور از قرار ذیل است:

۱. قرارداد و طرفین آن‌ها؛ ۲. تعاریف؛ ۳. ارتباط؛ ۴. تعهدات باشگاه؛ ۵. تعهدات بازیکن؛ ۶. حقوق تصویری؛ ۷. قرارداد قرضی بازیکن؛ ۸. تنبیه بازیکن و شکایت؛ ۹. مقابله با نیروافزایی؛ ۱۰. حل اختلاف؛ ۱۱. مقررات فوتبال؛ ۱۲. قرارداد دسته جمعی؛ ۱۳. قوانین نهایی.



فیفا حداقل‌هایی را برای قرارداد فوتبال تعریف کرده و هر قراردادی که سیزده شرط تعیین‌شده از سوی فیفا را داشته باشد قرارداد حرفه‌ای حداقلی است.

با توجه به «اصل آزادی قراردادی»، طرفین عقد می‌توانند آزادانه قرارداد خود را به هر ترتیبی که مایل‌اند منعقد کنند و نتایج و آثار دلخواه خویش را برقرار سازند، مشروط بر این‌که مغایرتی با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نداشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، جلد ۱، ص ۱۴۶). از این‌رو به نظر برخی نویسندگان، ارائه فرم از پیش آماده‌شده برای انعقاد قراردادهای فوتبال به باشگاه‌ها و الزام آنان به استفاده از آن با اصل «آزادی قراردادی» مطابقت ندارد و قدرت یک سازمان بین‌المللی برای تحمیل شروط قراردادی، بدون اینکه طرفین واقعاً بر مفاد قرارداد رضایت داشته باشند، قرارداد را از ماهیت اصلی خود (توافق اراده‌ها) دور می‌کند (Feeburn, 2018, p. 60). البته به نظر می‌رسد ضرورت و فلسفه وضع چنین الزاماتی حمایت از طرف ضعیف قرارداد (بازیکنان) بوده است و آزادی قراردادی در مواردی که با نقض حقوق طرف ضعیف قرارداد همراه باشد محدود می‌شود.

هرچند اگر فدراسیون‌ها، به‌منظور یکسان‌سازی ظاهر قراردادهای، یک قالب آماده ترتیب دهند، اقدامی شایسته است؛ ولی در مقابل باید امکان درج شروط اضافی یا حذف برخی از آنها نیز به طرفین قرارداد داده شود.

از جمله عللی که برای لزوم تدوین و اجرای چنین الزاماتی از سوی فیفا ذکر می‌شود، دغدغه‌های حقوق بشری است. در واقع گزارش‌هایی به فیفا و نهادهای فوتبال ملی داده می‌شد که نشان می‌داد باشگاه‌ها، بدون در نظر گرفتن شرایط بازیکنان، با نقض گسترده حقوق افراد و بدون رعایت حداقلی تشریفات حقوقی، قراردادهایی را با آنها منعقد می‌کردند و انعقاد این قراردادهای به‌جز بیگاری، نقض حقوق بشر، بهره‌کشی و سوءاستفاده از نیروی کار و جوانی فرد نتیجه‌ای به دنبال نداشت. هرچند، به باور بسیاری از نویسندگان، در ورزش فوتبال همچنان بخش‌های غیررسمی و تاریکی وجود دارد که اعمال اصل «حاکمیت قانون» بر این ورزش را زیر سؤال برده است (Yamazaki, 2018, pp. 40-43). پذیرش و اجرای الزامات فیفا در اتحادیه اروپا نیز به علل مشابهی صورت گرفت. کمیسیون اروپا به علت گزارش‌هایی که از قراردادهای بهره‌جویانه و سوءاستفاده‌گرایانه در لیگ‌های فوتبال کشورهای اروپای شرقی دریافت می‌کرد، با وضع سازوکارهایی با همکاری فیفا، اجرای این الزامات در کشورهای عضو اتحادیه را تحت نظارت قرار داد (Geeraert, 2016, p.132).

این الزامات در سال‌های ۲۰۰۸ و ۲۰۰۹ در کمیسیون اروپا مورد بحث و بررسی قرار گرفت. مطالعات گسترده‌ای انجام شد. کنفرانس‌ها، کارگاه‌ها و میزگردهای فراوانی برگزار شد و دو گروه کاری در کمیسیون اروپا تشکیل شد. اولین گروه درخصوص اجرای این الزامات فعالیت می‌کردند و دومین گروه برای اجرای جمعی چنین الزاماتی (در قالب توافقی جمعی در سطح اتحادیه اروپا) تلاش می‌کردند. در آگوست ۲۰۱۲، با تلاش‌های اتحادیه جهانی فوتبال‌لیست‌های حرفه‌ای (فیفا پرو)^۱ و همکاری کمیسیون

1. The Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels (FIFpro)



اروپا و فیفا، این الزامات در اتحادیه اروپا نهایی شد و موارد مفصل تری در خصوص حل و فصل اختلافات، قوانین اجرایشدن، تعهدات و حقوق اولیه باشگاه‌ها و بازیکنان (مانند حق بر دستمزد منصفانه، بیمه و تأمین اجتماعی، بیمه بیکاری، تعهد به زندگی سالم و سطح بالای آمادگی از سوی بازیکن و مقرراتی در خصوص حقوق تصویری) به آن اضافه شد (Pijetlovic, 2015, p.85).

این بخش‌نامه از زمان تصویب تا کنون تغییر نکرده و به‌روزرسانی نشده است. یکی از ایراداتی که می‌توان مطرح کرد اعمال‌نشدن تغییرات پس از گذشت بیش از یک دهه از تصویب آن است. مقررات فوتبال طی سالیان اخیر به‌طور دچار تحول شده است و ضروری به نظر می‌رسد که فدراسیون جهانی فوتبال بازنگری جامعی در این بخش‌نامه و همچنین مقرراتی که در سال‌های متمادی به‌روزرسانی نشده انجام دهد.

هدف اصلی فیفا از تصویب این بخش‌نامه ارائه دستورالعملی به‌منظور پوشش مهم‌ترین و ضروری‌ترین حقوق و وظایف طرفین قرارداد یعنی بازیکن حرفه‌ای و باشگاه است. بنابراین مواردی که در بندهای مختلف این بخش‌نامه ذکر شده است، حداقل‌هایی است که برای انعقاد قرارداد میان بازیکن حرفه‌ای و باشگاه فوتبال ضروری است. فیفا نیز با تصریح بر این که بخش‌نامه مزبور را کمیته اجرایی فیفا تنظیم و تدوین کرده، اعضا را به استفاده از این رهنمود تشویق و ترغیب کرده است.

مقررات سازمان‌های بین‌المللی همانند فیفا در رقابت‌هایی که در سطح بین‌المللی برگزار می‌شود امری بوده و برای باشگاه‌ها و تیم‌های ملی لازم‌الآئین است و در صورت تخلف از آن‌ها، جرایمی از قبیل تعلیق عضویت و شرکت در مسابقات در انتظار خاطی خواهد بود. همچنین مقررات سازمان مذکور در مورد مقررات باز، آمرانه است، اما در خصوص نقل و انتقالات بازیکنان، نحوه تشکیل باشگاه‌ها و سازوکار برگزاری مسابقات امری نیست و فقط جنبه ارشادی دارد (Jorge, 2014, pp.165-167).

ب) تحلیل برخی الزامات فیفا

برخی از سیزده الزامی که باید در هر قرارداد فوتبال لحاظ شود نیاز به توضیح و تحلیل دارد که در ادامه به تفصیل بررسی خواهند شد.

ب. ۱. قرارداد و طرفین آن

بند الف این بخش‌نامه به قرارداد و طرفین آن اختصاص داده شده است. قرارداد فوتبال عقدی تشریفاتی است؛ زیرا باید به‌صورت مکتوب تنظیم شود و به امضای طرفین برسد.

نکته دیگر در این قسمت، توجه به یکی از شرایط صحت قرارداد با عنوان اهلیت طرفین است. به‌موجب این بخش، چنانچه قرارداد فوتبال متعلق به اشخاص صغیر باشد، برخی وظایف بازیکن باید توسط ولی یا قیم آنان صورت گیرد.

در بحث حاضر، بازیکنان صغیر اهلیت تمتع را دارا هستند، لیکن شخصاً حق اجرای آن را ندارند و به‌موجب قانون، نمایندگان آنان (ولی قهری، قیم و...) این حق را اعمال می‌کنند.



فیفا برای حمایت از صغار مقررات ویژه‌ای را مقرر داشته است. برای مثال می‌توان به پاراگراف ۲ ماده ۱۹ مقررات فیفا درباره وضعیت و انتقال بازیکنان اشاره کرد. این ماده مقرر می‌دارد: «نقل و انتقال بازیکنان زیر سن قانونی به کشوری غیر از کشور خودشان ممنوع است. (این ممنوعیت تنها تحت شرایط خاصی برداشته می‌شود و وجود این شرایط باید به تأیید فیفا برسد.)» (FIFA, 2020). فیفا به این علت چنین شرایطی را وضع کرده که منفعت صغیر و حمایت از او، به منزله طرف ضعیف قرارداد، به منافع باشگاه مرجح است. از سال ۲۰۱۰، اتحادیه اعضای فیفا سامانه‌ای آنلاین را برای ضبط و کنترل نقل و انتقال بازیکنان بین باشگاه‌ها ایجاد کرد و استفاده از این سامانه از همان سال اجباری شد. در حال حاضر، هر دو طرف قرارداد نقل و انتقال باید اطلاعات جزئی بازیکنان را در این سامانه وارد کنند تا گواهی بلا مانع بودن نقل و انتقال صادر شود.

نکته قابل توجه دیگر تفاوت قوانین کار (حتی در اتحادیه اروپا) و تفسیر قوانین ملی از معنای سن قانونی است. به عبارت دیگر، مثلاً در اسپانیا بازیکنان زیر هجده سال صغیر محسوب می‌شوند و نمی‌توانند شخصاً قراردادی امضا کنند. در حالی که این سن در انگلستان شانزده سال است. در سال‌های اخیر، باشگاه‌های متعددی برای نقض مقررات امضای قرارداد با بازیکنان زیر هجده سال تحت پیگرد فیفا قرار گرفته‌اند که از آن جمله می‌توان به پرونده باشگاه چلسی در سال ۲۰۱۸ اشاره کرد.

ب. ۲. ارتباط

بر اساس بخش‌نامه فیفا (FIFA, 2008)، حداقل الزامات قرارداد یک بازیکن حرفه‌ای، شاخص‌های رابطه به شرح ذیل هستند:

۱. توافق‌نامه در واقع قرارداد استخدام یک بازیکن حرفه‌ای را به رشته تحریر در می‌آورد. اگر قانون دیگری مورد توافق طرفین واقع نشده باشد، قوانین داخلی کشوری که باشگاه در آن بر طبق مقررات به ثبت رسیده اعمال خواهد شد. قوانین کار ملی ممکن است مقررات الزام‌آوری پیش‌بینی کند که طرفین قرارداد نمی‌توانند آن را تغییر دهند و باید در نظر گرفته شوند.

۲. قراردادهای استخدامی باید دربردارنده کلیه وظایف و حقوق مابین دو طرف امضاکننده قرارداد باشند (کارفرما و مستخدم). هیچ قرارداد دیگری نمی‌تواند پوشش‌دهنده روابط حقوقی مابین طرفین قرارداد باشد. اگر قرارداد دیگری وجود داشته باشد یا در مرحله بعد به امضا برسد، طرفین قرارداد ملزم‌اند به این قرارداد یا هرگونه قرارداد استخدامی بعدی رجوع کنند. هرگونه قرارداد دیگری که مرتبط با قرارداد کار است، باید به ترتیب مقرر به سازمان لیگ حرفه‌ای یا فدراسیون فوتبال فرستاده شود.

۳. باشگاه بازیکن را به عنوان بازیکن حرفه‌ای با شرایطی که در این توافق‌نامه ذکر شد به خدمت می‌گیرد. رویکرد آیین‌نامه نقل و انتقالات بازیکنان حرفه‌ای فوتبال ایران نیز بر همین مبنا پی‌ریزی شده است. به این معنی که قراردادهای فوتبال به مجرد امضای طرفین عقد معتبر و قابل استناد و برای طرفین تعهدآور و



لازم الاتباع اند.^۱

مسئله اشاره شده دیگر در بند «ارتباط» لزوم ارسال قرارداد به فدراسیون یا سازمان لیگ مربوطه است. مقررات فوتبال ایران نیز در مواد ۸ و ۱۹ مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال ایران مصوب ۱۳۹۶ به این موضوع پرداخته است.

ب. ۳. حقوق تصویری

حق بر تصویر از جمله حقوقی است که همچنان بر سر ماهیت و اجرای آن اتفاق نظری وجود ندارد. این عنوان به معنای حق در اختیار داشتن اختصاصی و بهره‌گیری تجاری از نام، شهرت، صدا و تصویر صاحب آن در تبلیغات است. این حقوق به علت امکان استفاده دیگران ارزشمند است (Cloete, 2012). به عبارت دیگر، اشخاص نسبت به تصویر خود دارای حق انحصاری هستند و حق دارند آزادانه در خصوص تصویر خویش هر تصمیمی اتخاذ کنند (میرشکاری، ۱۳۹۷، ص ۱۵۲).

بر اساس یک دیدگاه، حیات این حق از شخصیت انسان است و از مصادیق حریم خصوصی محسوب می‌شود (Gaillard, 1984, pp.161-181). گرایش بیشتر نظام‌های حقوقی در اروپا به جنبه غیرمالی بودن حق تصویر است (Westkamp, 2009, pp.535-538). در مقابل، گروهی عقیده بر مالی بودن این حق دارند. ایشان بر این نظرند که برای نمونه اشخاص مشهور، در برابر دریافت پول، اجازه استفاده از تصویرشان را به دیگران می‌دهند (میرشکاری، ۱۳۹۷، ص ۱۵۳). نظام حقوقی امریکا را می‌توان از طرفداران این دیدگاه دانست (Lauterbach, 2005).

به نظر می‌رسد حق بر تصویر دارای هر دو جنبه است؛ به‌ویژه آنکه در برخی موارد هر دو بعد غیرمالی و مالی یک حق با یکدیگر ممزوج می‌گردند؛ مانند حقی که مؤلف بر اثر خود دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۱۱-۱۲). حق بر تصویر نیز هرچند وابسته به انسان و شخصیت اوست و امکان انکار بعد غیرمالی آن وجود ندارد، جنبه مالی آن نیز انکارناپذیر است؛ همانند تصویر افراد مشهور و محبوب که از ارزش بالای مالی برخوردار است (Balcarczyk, 2010, p. 523).

در ایران، ابتدا برای تبلیغ محصولات و خدمات از پیراهن بازیکنان باشگاهی استفاده می‌شد. نخستین بهره‌گیری از چهره‌های سینمایی به سال ۱۳۸۵ باز می‌گردد. در ابتدا استفاده از چهره اشخاص مشهور برای تبلیغات تجاری غیرقانونی بود، اما با گذشت زمان، معاونت مطبوعاتی وزارت ارشاد این ممنوعیت را به استناد بند ب ماده ۱۲ آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب لغو کرد. در حال حاضر، استفاده از حق تصویری به شکل روزافزون

۱. آیین‌نامه نقل و انتقالات بازیکنان حرفه‌ای فوتبال ایران، ۱۳۹۳، ماده ۲۰-۱۱

۲. بند ب ماده ۱۲ آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی بیان می‌دارد: «استفاده از تصاویر و عناوین مقامات عالی‌رتبه مملکتی و تمثال پیشوایان مذهبی و شخصیت‌های تاریخی و فرهنگی کشور در آگهی‌هایی که هدف آن‌ها ارائه کالاهای مصرفی و خدمات مشابه می‌باشد ممنوع است.»



در حال گسترش است، به گونه‌ای که موجب ترغیب اشخاص مشهور از جمله بازیکنان فوتبال به منظور کسب درآمد مضاعف از طریق تبلیغات با تصویرشان شده است (جعفری، ۱۳۹۴، ص ۵۲۲ و ۵۲۳). در واقع می‌توان گفت حتی در صورت فقدان قوانین و مقرراتی که چنین حقی را به رسمیت شمرده‌اند، عرف جهانی حاکم بر فوتبال و رفتار بازیکنان آن (و سایر افراد مشهور) بر مالی بودن این حق مهر تأیید زده است. امروزه بازیکنان فوتبال در شبکه‌های اجتماعی فعالیت گسترده‌ای دارند و حتی از تعداد لایک‌های تصاویرشان نیز کسب درآمد می‌کنند.

با وجود توسعه حق تصویر و نقش مؤثر آن در رشته فوتبال، فدراسیون فوتبال ایران از داشتن مقررات ویژه در این حوزه بی‌بهره است. ضروری است، همانند فدراسیون بین‌المللی فوتبال که مباحث مربوط به حقوق تصویری را در زمره حداقل الزامات قراردادهای میان باشگاه و بازیکن به رشته تحریر درآورده است، این گونه حقوق در مقررات داخلی نیز تبیین شود.

ب ۴. قرارداد قرضی بازیکن

مقررات مربوط به قرارداد قرضی به طور کامل در مقررات فدراسیون جهانی فوتبال و همچنین فدراسیون فوتبال ایران پیش‌بینی شده است. فیفا در ماده ۱۰ مقررات وضعیت و نقل و انتقالات خود به این امر پرداخته^۱ و مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان ایران نیز ذیل ماده ۱۰ به تشریح آن مبادرت کرده است.^۲ به استناد این ماده، «بازیکن حرفه‌ای براساس یک قرارداد مکتوب بین بازیکن و دو باشگاه مرتبط می‌تواند به صورت قرضی انتقال یابد». همچنین به استناد بند ۷ این ماده، «با انقضای مدت زمان قرارداد انتقال قرضی، بازیکن در اختیار باشگاه اولیه می‌باشد».

ب ۵. مقابله با نیروافزایی (دوپینگ)

بنابر بخش‌نامه کمیته اجرایی فیفا در خصوص حداقل الزامات قراردادهای فوتبال، موضوعاتی که باید در زمینه مقابله با نیروافزایی در قراردادهای بین باشگاه و بازیکن مورد توجه قرار گیرد به شرح زیر است:

۱. باشگاه و بازیکن باید کلیه قوانین مربوط به مقابله با نیروافزایی ارکان فوتبال را رعایت کنند.
۲. نیروافزایی به معنی استفاده از مواد موجود در لیست مواد غیرمجاز و استفاده از شیوه‌های ممنوعه در لیست مربوط به نیروافزایی است.
۳. نیروافزایی ممنوع است. هرکسی که استفاده از مواد غیرمجاز را به هر طریقی هدایت یا تشویق کند به ارکان انضباطی فدراسیون‌های عضو یا ارگان‌های تصمیم‌گیر بین‌المللی مربوطه ارجاع خواهد شد.
۴. همچنین باشگاه این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که هر گونه اقدامی را در قبال بازیکنی که در

1. Regulations on the Status and Transfer of Players, March 2020 edition, Article 10.

۲. مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال مصوب ۱۳۹۶، ماده ۱۰.



اجرای نیروافزایی مقصر شناخته شده اتخاذ کند.

در شرح این موارد باید گفت از موضوعاتی که همواره در مقابل روح جوانمردانه فوتبال قرار گرفته است، معضل نیروافزایی است. اقدام ورزشکاران به این امر به علل متعددی است و در بسیاری موارد جنبه روانی و باطنی دارد. با وجود این، مقابله با این پدیده ناپسند به سه علت اساسی انجام می پذیرد: حفظ سلامت ورزشکاران؛ حفظ شئون ورزشی و پزشکی؛ تدارک فضای سالم، برابر و عادلانه برای رقابت میان ورزشکاران (حلبچی، ۱۳۸۶، ص ۱۰). درواقع حمایت از رقابت سالم و منصفانه بین بازیکنان را می توان مهم ترین فلسفه وضع قوانین مقابله با نیروافزایی دانست.

اگرچه نیروافزایی موجب بهبود عملکرد ورزشکاران می شود، اما خطرهای بسیاری را برای سلامتی و حرفه آنان به همراه خواهد داشت. رسوایی برخی از ورزشکاران تراز اول جهانی پس از احراز نیروافزایی و اعلان آن، منجر به خدشه دار شدن چهره آنان شده و به حرفه و شغل آن ها صدمات گسترده ای وارد می آورد (McPherson, 2016, pp. 5-6).

موضوع نیروافزایی فقط مختص به فوتبال نیست و به طور گسترده در تمامی ورزش ها راه یافته است که نظارت بر آن بر عهده آژانس جهانی مقابله با نیروافزایی (WADA)^۱ است. با توجه به اهمیت رشته فوتبال و تأثیرگذاری فراگیر آن در سطح بین المللی، نیاز به کنکاش دقیق تری درباره پدیده نیروافزایی در فوتبال احساس می شود. فدراسیون جهانی فوتبال در سالیان اخیر واکنش های مختلفی به نیروافزایی نشان داده و همواره در صدد مقابله با این مشکل بوده است. در همین راستا، فیفا به تدوین مقرراتی اقدام کرد تا به طور جامع به آن بپردازد و مجموعه ای با عنوان «مقررات مقابله با نیروافزایی فیفا»^۲ را به رشته تحریر درآورد که آخرین اصلاحات آن در سال ۲۰۱۸ انجام پذیرفته است (FIFA, 2018). مقررات مذکور درخصوص فدراسیون جهانی فوتبال، کنفدراسیون و فدراسیون های عضو فیفا، بازیکنان، باشگاه ها، کارکنان بخش پشتیبانی از بازیکن، مسابقات رسمی، مقامات رسمی و سایر افرادی که در فعالیت ها و بازی هایی که توسط فیفا سازمان دهی می شود و سایر موارد تصریح شده اعمال می شود. همچنین این مقررات درباره تمام کنترل های نیروافزایی که فدراسیون جهانی فوتبال و اعضای آن صلاحیت دارند به کار گرفته می شود.^۳

ب. ۶. حل اختلاف

قاعده این است که توافقات طرفین بر عرف و قوانین تکمیلی حاکم باشد. این امر در زمان بروز اختلاف میان طرفین قرارداد نیز اعمال می شود. مطابق بند مندرج در قرارداد با عنوان حل اختلاف، نهاد داوری مستقل و بی طرف اقدام به حل و فصل اختلاف می کند. همچنین طرفین می توانند اختلاف خود را به اتاق

1. The World Anti-Doping Agency (WADA).

2. FIFA Anti-Doping Regulations, 2018.

3. FIFA Anti-Doping Regulations, Article 1.



حل اختلاف فیفا^۱ ببرند تا در آنجا رسیدگی شود. این نهاد در سال ۲۰۰۱ تأسیس شده است و صلاحیت‌های مختلفی مانند نقض قرارداد، فسخ موجه قرارداد، رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای کار (در حوزه فوتبال) در سطح بین‌المللی را برعهده دارد (De Weger, 2016, p.5).

همان‌گونه که در بند حل اختلاف به صراحت بیان شده، آرای صادره از اتاق حل اختلاف فیفا قابل تجدیدنظرخواهی در دیوان دوری ورزش خواهد بود.

قابل اعتراض بودن آرای اتاق حل اختلاف فیفا در مقررات فیفا هم دیده می‌شود. مقررات وضعیت و نقل و انتقالات فدراسیون جهانی فوتبال یکی از مواد را به اتاق حل اختلاف اختصاص داده و در انتهای ماده مزبور به موضوع قابلیت اعتراض تصمیمات متخذ از سوی این اتاق اشاره نموده است.^۲ مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال مصوب ۱۳۹۶ نیز به موضوع حل اختلاف پرداخته است. این امر در ذیل ماده ۲۷ با عنوان «اتاق حل اختلاف» تبیین شده است.

ب-۷. مقررات فوتبال

مطابق بخش‌نامه ۲۰۰۸، موارد ضروری در باب درج مقررات در یک قرارداد فوتبال به ترتیب زیر است:

۱. مقررات فوتبال شامل قوانین کمیته اخلاق و تصمیمات فیفا، کنفدراسیون مربوطه، اعضای سازمان و (در موارد قابل اعمال) لیگ حرفه‌ای است.

۲. باشگاه و بازیکن باید با مجموعه مقررات مذکور موافقت کنند، آن‌هم به صورت امضای ذیل فرمی که به صورت صحیح تدارک دیده شده است.

۳. باشگاه و بازیکن اذعان می‌کنند مقررات فوتبال مذکور ممکن است در اثر گذشت زمان تغییر یابد.

دنیای فوتبال مجموعه‌ای کامل از مقررات را در اختیار دارد. تنوع این مقررات به اندازه‌ای است که هر بخش از ساختار آن دارای مجموعه مقررات اختصاصی است. فدراسیون جهانی فوتبال نهادی بین‌المللی است که کنفدراسیون‌ها و فدراسیون‌های عضو مکلف به تبعیت از آن‌اند. به موجب اساسنامه فیفا، مقررات اعضا باید مطابق با مقررات فیفا باشد و از آن تبعیت کند. به عبارت دیگر، هریک از اعضا نمی‌توانند بنابر صلاح دید خود به تنظیم مقررات اقدام کنند. تعهدات اعضا در اساسنامه فیفا به صورت کامل و جامع مورد بحث قرار گرفته و فدراسیون جهانی فوتبال به موضوع تبعیت همه‌جانبه اعضا از مجموعه مقررات فیفا به وضوح صحبت به میان آورده است.^۳ برای نمونه، اساسنامه فیفا در ماده ۷ ذیل عنوان قوانین بازی اظهار داشته که تنها هیئت بین‌المللی فوتبال (IFAB)^۴ حق تعیین و تغییر قوانین بازی را دارد و اعضا مکلف‌اند از آن تبعیت کنند و اختیاری برای تغییر آن ندارند. این هیئت تنها نهادی است که در فوتبال صلاحیت

1. The FIFA Dispute Resolution Chamber (the DRC)

2. Regulations on the Status and Transfer of Players, March 2020 edition, Article 24.

3. FIFA Statutes, Article 14.

4. The International Football Association Board



قانون‌گذاری دارد و متشکل از نمایندگان فیفا و چهار اتحادیه فوتبال بریتانیا، اسکاتلند، ولز و اتحادیه فوتبال ایرلند شمالی است.

قسمت آخر بند «مقررات فوتبال» در صدد بیان تأثیر تغییر مقررات بر بخش‌نامه کمیته اجرایی فیفا با عنوان «حداقل الزامات قرارداد یک بازیکن حرفه‌ای» است که در نتیجه بر قرارداد هم اثر خود را خواهد گذاشت. به دیگر بیان، بخش‌نامه مزبور به صورت شناور حرکت می‌کند و متأثر از مقررات روز خواهد بود. بخش‌نامه مورد بحث در ۲۰۰۸ تصویب شد و مقررات فوتبال از آن زمان تاکنون دست‌خوش تغییرات بسیاری بوده است. برای مثال، آخرین تغییرات اساسنامه فدراسیون جهانی در ۲۰۱۹ صورت گرفته و یا مقررات وضعیت و نقل و انتقالات فیفا در ۲۰۲۰ به‌روزرسانی شده است. مقررات اخلاق و انضباطی فیفا از دیگر مقرراتی هستند که آخرین اصلاحات آن‌ها در ۲۰۱۹ صورت گرفته است. بنابراین، با توجه به بند اخیر بخش‌نامه، مقرراتی که تغییر کرده‌اند بر این مقرر و قراردادهای منعقد شده حاکم‌اند و تأثیر خود را اعمال می‌کنند.

۲-۱. الزامات قراردادهای فوتبال از منظر فدراسیون فوتبال ایران

معمولاً قرارداد باشگاه و بازیکن در ایران متن‌آزپیش تعیین‌شده‌ای است که از سوی فدراسیون‌های ورزشی تهیه و تنظیم می‌شود و در اختیار باشگاه‌ها قرار می‌گیرد. باشگاه‌ها نیز هنگام انعقاد قرارداد آن را به بازیکن ارائه می‌کنند. فدراسیون فوتبال ایران از مقررات منحصربه‌فردی در زمینه حداقل الزامات قرارداد فوتبال برخوردار نیست و به صورت پراکنده در مقررات عام خود به این امر اشاره نموده است. برای نمونه، در بند ۲ ماده ۱۹ مقررات نقل و انتقالات فدراسیون فوتبال^۱ بیان شده است: «طول مدت قرارداد برای بازیکنان حرفه‌ای حداقل از تاریخ شروع آن تا انتها همان فصل و حداکثر پنج فصل ورزشی می‌باشد.»

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، مقررات موجود برای بازیکنان حرفه‌ای وضع شده است؛ بنابراین ضروری است بازیکن حرفه‌ای تعریف شود. ماده ۲ مقررات نقل و انتقالات به این امر اختصاص یافته است. مطابق این ماده، بازیکنانی که در فوتبال شرکت می‌کنند به دو دسته حرفه‌ای و آماتور تقسیم می‌شوند. بازیکن حرفه‌ای بازیکنی است که قرارداد کتبی بازیکن حرفه‌ای با یک باشگاه داشته باشد و درآمدی که از فعالیت‌های فوتبالی‌اش به دست می‌آورد بیش از هزینه‌هایی است که متحمل می‌شود. بازیکن آماتور نیز بازیکنی است که قرارداد کتبی آماتوری دارد و درآمد وی کمتر از هزینه‌های جاری زندگی او است.^۲

شروط و مندرجات قرارداد ورزشی که از سوی فدراسیون تنظیم و ارائه می‌شود، قابل تغییر و دخل و تصرف از سوی باشگاه‌ها و بازیکنان نیست. بنابراین طرفین یا باید چنین قراردادی را به همان نحو

۱. مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال مصوب ۱۳۹۶، بند دو ماده ۱۹.

۲. همان، ماده ۲.



بپذیرند یا آن را رد کنند.

قرارداد ورزشی ارائه شده متضمن موضوعاتی مثل دستمزد و نحوه پرداخت آن، مدت قرارداد، وظایف و تکالیف باشگاه و بازیکن، مسئولیت‌های طرفین قرارداد، ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات، حقوق مالیاتی و غیره است. البته این گونه نیست که قرارداد استاندارد همواره در خدمت منافع باشگاه باشد، بلکه برخی موارد و بندهای قراردادهای استاندارد به سود بازیکنان است. برای مثال، در بیشتر قراردادهای بندی وجود دارد که بازیکن را از پرداخت هزینه‌های اسکان و مسافرت معاف می‌کند (شعبانی مقدم، ۱۳۹۳، ص ۱۳۱).

بنابراین از مذاقه در قوانین موجود در فوتبال ایران مشخص می‌شود، برخلاف مقررات فیفا، آیین‌نامه یا بخش‌نامه ویژه‌ای در زمینه حداقل الزامات قراردادهای فوتبال پیش‌بینی نشده است و فقط در ذیل ماده ۱۹ مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال مصوب ۱۳۹۶ با عنوان الزامات ویژه مربوط به قرارداد بین باشگاه‌ها و بازیکنان مورد بررسی قرار گرفته است.

۲. مقایسه قراردادهای داخلی و رسمی

یکی از مهم‌ترین مباحثی که در زمینه قراردادهای فوتبال مطرح است، تمیز میان قراردادهای داخلی انعقاد یافته بین باشگاه و بازیکن و قراردادهای رسمی در فرم‌های فدراسیون است. فرض کنید ابتدا باشگاهی در محل خود اقدام به انعقاد قرارداد داخلی با بازیکنی کرده و توافق شروط و مواردی را نامه ذکر می‌کند. سپس، در فدراسیون فوتبال، قرارداد دیگری میان همان باشگاه و بازیکن در فرم‌های رسمی فدراسیون منعقد شود. چنانچه بندها و شروط موجود در این دو قرارداد با یکدیگر متفاوت باشد، چه باید کرد؟

۱.۲. قراردادهای داخلی

در بسیاری از موارد، باشگاه‌ها بدون ثبت رسمی قرارداد در مرجع صالح، اقدام به انعقاد عقد با بازیکنان می‌کنند. این امر که در لیگ‌های دسته یک و پایین‌تر رواج دارد، به قراردادهای داخلی معروف است. به بیان دیگر، قراردادی را که میان باشگاه و بازیکنان و بدون ثبت در فدراسیون منعقد می‌شود قرارداد داخلی می‌نامند. قرارداد داخلی به صورت رضایی منعقد می‌شود و تشکیل آن نیاز به انجام تشریفات خاصی ندارد. در حقوق ایران نیز، اصل بر این است که عقد با توافق و تراضی طرفین منعقد می‌شود و نیازی به رعایت ترتیبات معین نیست. به عبارت دیگر، هرگاه طرفین قراردادی درخصوص انعقاد آن به توافق دست یابند، آن عقد بدون احتیاج به ملحوظ داشتن تشریفات ویژه‌ای تشکیل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، جلد ۱، ص ۸۸).

از دلایل اعتبار قرارداد داخلی میان باشگاه‌ها و بازیکنان می‌توان به رویکرد مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال اشاره کرد که مطابق آن، قراردادهای فوتبال به مجرد امضای



طرفین عقد معتبر و قابل استناد است و برای طرفین تعهدآور و لازم‌الاتباع است.^۱ همچنین، به موجب بخش دیگری از مقررات مذکور، به منظور معتبر دانستن یک قرارداد فوتبال، درج مشخصات کامل باشگاه و بازیکن، تصریح به موضوع قرارداد، مدت اعتبار آن، قید مبلغ قرارداد و توافقات در زمینه شیوه پرداخت و در نهایت امضای طرفین عقد لازم و کافی است.^۲ همچنین مقررت فدراسیون فوتبال ایران اعتبار قرارداد را منوط به موفقیت در تست پزشکی یا اخذ مجوز کار نمی‌داند.^۳

بنابراین، با توجه به مطالب ذکر شده، تردیدی در اعتبار قراردادهای داخلی میان باشگاه‌ها و بازیکنان مطرح نخواهد بود و هر متنی که بین طرفین قرارداد به رشته تحریر درآید و به امضای ایشان برسد، در رکن قضایی به منزله مستند قابل ارائه است.

البته باید توجه داشت نظارت‌نداشتن بر چنین قراردادهایی و ابهاماتی که ممکن است در حوزه‌های مختلف از جمله نقل و انتقالات وجود داشته باشد ممکن است نقض حقوق بازیکنانی را به دنبال داشته باشد که در ابتدای راه حرفه‌ای خود هستند.

۲.۲. قراردادهای رسمی

قراردادهای رسمی فوتبال قراردادهایی هستند که پس از پشت‌سر گذاشتن تشریفات مقرر و ثبت در محل فدراسیون واجد اثر می‌شوند.

لزوم ثبت قرارداد فوتبال به معنای بطلان قراردادی که به صورت داخلی منعقد شده و به ثبت نرسیده نیست. به عبارت دیگر، الزام به ثبت قرارداد فوتبال به منظور اعطای امتیاز از سوی فدراسیون فوتبال به طرفین قرارداد است. بنابراین، لزوم ثبت قرارداد در فدراسیون فوتبال را به عقدی تشریفاتی مبدل نمی‌کند؛ بلکه عدم ثبت طرفین را از امتیازهای مترتب بر ثبت قرارداد محروم می‌کند و در مواردی نیز سبب مجازات بازیکن و باشگاه خاطی می‌شود.

مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال چرایی ثبت قرارداد و آثار و تبعات آن را به طور جامع عنوان کرده است. مطابق ماده ۵ مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال مصوب ۱۳۹۶، نام بازیکن فوتبال به منظور انجام بازی در یک باشگاه باید در سازمان لیگ فدراسیون فوتبال به عنوان بازیکن حرفه‌ای یا آماتور ثبت شود و علت ثبت نام بازیکنان آن است که فقط بازیکنان ثبت شده حق شرکت در مسابقات فوتبال را خواهند داشت.^۴ همچنین، هر بازیکنی در هر برهه زمانی فقط حق ثبت قرارداد با یک باشگاه را دارد.^۵ ضمانت اجرای عدم ثبت بازیکنان و به تبع آن

۱. مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال، مصوب ۱۳۹۶، ماده ۱۰-۱۹.

۲. همان، ماده ۸-۱۹.

۳. همان، ماده ۶-۱۹.

۴. مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال، مصوب ۱۳۹۶، ماده ۱-۵.

۵. همان، ماده ۲-۵.



قرارداد نیز، علاوه بر تغییر نتیجه بازی، لزوم مجازات بازیکن و باشگاه از سوی کمیته انضباطی فدراسیون فوتبال ایران خواهد بود.^۱

یکی دیگر از علل لزوم ثبت قراردادهای میان باشگاه و بازیکن در بند ۱۰ ماده ۱۹ مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان بیان شده است. مطابق این بند، بهره‌بردن از بازیکن مستلزم ثبت قرارداد است.^۲ موضوع دیگری که باید بدان توجه نمود امکان تعارض میان قرارداد داخلی و قرارداد رسمی (ثبت شده) است. چنانچه میان قرارداد داخلی و قرارداد رسمی ثبت شده تعارضی پیش آید، می‌توان به شرح ذیل قائل به تفکیک شد:

الف) در صورتی که یکی از عقود تابع قصد باطنی و دیگری برآمده از اراده ظاهری باشد، قراردادی که برخاسته از قصد واقعی طرفین است معتبر خواهد بود. زیرا قصدی منشأ اثر حقوقی است که منطبق با اراده واقعی طرفین باشد. به عبارت دیگر، در تعارض میان قصد درونی و ظاهری، اراده‌ای که برخاسته از باطن است رجحان خواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۲۰).

ب) چنانچه یکی از عقود بنا به هر دلیلی از قبیل فرار از مالیات به صورت صوری تشکیل شود، تردیدی در بطلان آن نخواهد بود. زیرا در قرارداد صوری، اراده جدی برای انعقاد عقد وجود نداشته و عقد بدون قصد در هر حال باطل است.

ج) هنگامی که هر دو قرارداد بر مبنای اراده باطنی باشند و هیچ یک جنبه صوری نداشته باشد، قرارداد ثبت شده برای طی مراحل قانونی و در حکم آخرین اراده طرفین معتبر خواهد بود.

از دیگر مواردی که اعتبار قرارداد داخلی و خدشه‌دار نبودن آن در صورت خودداری از ثبت را بیان می‌کند، آن است که هدف باشگاه از انعقاد قرارداد با بازیکن فقط منوط به حضور در مسابقات نیست. چه بسا ممکن است باشگاهی مبادرت به انعقاد عقد با بازیکن مستعد جوان بی‌نام‌و‌نشانی به بهای اندک کند تا بتواند، پس از آموزش و پرورش وی، درآمد چشمگیری به دست آورد.

در پایان، به دو رأی دیوان داور ورزش (CAS)^۳ اشاره می‌شود که در تأیید رضایی بودن قراردادهای داخلی میان باشگاه‌ها و بازیکنان صادر شده است:

۱. ادعای باشگاه مبنی بر بطلان قرارداد به دلیل عدم ثبت در هیئت فوتبال هیچ اعتباری ندارد و باشگاه باید دستمزد بازیکن را بپردازد.^۴

۲. در فرضی که قراردادی مطابق مقررات فیفا تنظیم شود اما مغایرتی با دستورالعمل‌های داخلی یک

۱. همان، ماده ۱۱.

۲. همان، ماده ۱۰-۱۹.

3. Court of Arbitration for Sport.

4. CAS 2013, A, 3163 (Dnipro Dnipropetrovsk Football Club v. Dorian Bylykhashi), Award of 11 December 2013.



کشور برای ثبت بازیکن داشته باشد، باید قرارداد را صحیح تلقی نمود.^۱ البته به نظر می‌رسد صحیح بودن قراردادهای داخلی منوط به این است که در این قراردادها قواعد آمره نقض نشده باشد و به بیگاری و بهره‌کشی از بازیکنان تبدیل نشوند. امری که با فقدان نظارت بر قراردادهای داخلی دور از ذهن نیست.

۳. مقایسه قراردادهای ملی و بین‌المللی

قراردادهایی که در عرصه بین‌المللی منعقد می‌شوند، بسیار متفاوت از قراردادهای منعقدشده در ایران هستند. این اختلاف‌ها فقط از نظر ظاهر قراردادها نیست و ابعاد دیگری را نیز دربر می‌گیرد. در این مبحث تلاش شده است به زوایای مختلف این تفاوت‌ها پرداخته شود.

۱-۳. تفاوت در فرهنگ

میان قراردادهای منعقدشده مابین باشگاه‌ها و بازیکنان فوتبال در سطح ملی و فراملی تفاوت‌چندانی از لحاظ کلیات به چشم نمی‌خورد. یکی از تفاوت‌های موجود تفاوت در فرهنگ داخلی و بین‌المللی است. برای نمونه، استفاده از مشروبات الکلی در ایران ممنوع است و از سوی قانون‌گذار جرم‌انگاری شده است. بنابراین، با توجه به مشروعیت‌نداشتن، در قراردادهای فوتبال درباره محدودیت‌های استفاده از آن صحبتی به میان نمی‌آید. اما همین امر در بسیاری از کشورها ممانعت قانونی ندارد و افراد در استفاده از آن منع نشده‌اند؛ با وجود این، در این قبیل کشورها، قراردادهای فوتبال از این منظر محدودیت‌هایی را برای بازیکنان در نظر گرفته و بندهایی از قرارداد را به این موضوع اختصاص می‌دهند. چراکه استفاده بی‌رویه از مشروبات الکلی بر توانایی بازیکن تأثیرگذار خواهد بود و در نتیجه اضرار به باشگاه را در پی خواهد داشت.

۲-۳. تفاوت در شرایط فسخ قرارداد

یکی دیگر از تفاوت‌هایی که در قراردادهای داخلی و بین‌المللی دیده می‌شود مربوط به فسخ یک‌طرفه قرارداد است. در قراردادهای فراملی بندی تأثیرگذار و پرکاربرد با عنوان JUST CAUSE گنجانده می‌شود که این امر را فدراسیون جهانی فوتبال در مقررات نقل و انتقالات بازیکنان ملحوظ داشته است. به موجب این بند، چنانچه باشگاه حقوق بازیکنان را بر طبق شرایط مقرر در قرارداد پرداخت نکند، بازیکن این حق را خواهد داشت تا قرارداد را یک‌طرفه فسخ کند. در مقابل، در صورتی که بازیکن تخلفات آشکار مرتکب شود، باشگاه نیز اختیار فسخ یک‌طرفه قرارداد را به دست می‌آورد.^۲ عبارت JUST CAUSE، اصطلاحی تخصصی است و نباید تحت‌اللفظی ترجمه شود. معنی لغوی این

1. CAS 2010, A, 2059 (FK Dac 1904a.s. v. Dritan Stafsulaj), Award of 15 November 2010.

2. The FIFA Regulation on the Status and Transfer of Players, Article 15.



عبارت «تنها دلیل» است، اما در متون تخصصی حقوقی معنایی متفاوت از این گزاره دارد. مراد از آن در متون حقوقی، به‌ویژه بحث حاضر، «فسخ موجه» است.^۱

در اروپا، اگر باشگاه دستمزد بازیکن را ندهد، بازیکن با حصول شرایط مقرر به‌راحتی می‌تواند قرارداد را فسخ کند، درحالی‌که در مقررات فوتبال ایران چنین شرطی پیش‌بینی نشده است.^۲

۳-۳. تفاوت در مدت انعقاد قرارداد

نحوه انعقاد قرارداد و مدت‌زمان جذب بازیکنان نیز یکی از تفاوت‌هایی است که بین فوتبال ایران و جهان وجود دارد. قراردادهای نیم‌فصلی، یک فصلی و بعضاً چندماهه وضعیتی را ایجاد کرده است که هواداران یک تیم علاقه عمیقی به بازیکنان تیمشان نداشته باشند، چون با این قراردادهای کوتاه‌مدت می‌دانند که وفای یک بازیکن به پیراهن تیم موردعلاقه‌شان بیش از چند ماه طول نخواهد کشید و خیلی زود با ورود واسطه‌ها و دلال‌ها و با اعمال نفوذ بازیکن تازه‌جذب‌شده از تیم‌شان جدا خواهد شد. مدت‌زمان قرارداد ستاره‌های فوتبال پنج کشور بزرگ فوتبالی جهان که لیگ‌های مطرحی دارند، به‌روشنی بیانگر این تفاوت است. لیگ‌های باشگاهی آلمان (بوندس لیگا)، اسپانیا (لالیگا)، فرانسه (لوشامپیونه)، ایتالیا (سری‌آ) و انگلیس (لیگ برتر) بهترین‌های جهان در عرصه مسابقات باشگاهی فوتبال هستند که قرارداد بازیکنانشان بلندمدت منعقد می‌شود. مثلاً فرانچسکو توتی، بازیکن سابق تیم ملی ایتالیا و باشگاه رم، از سال ۱۹۹۲ تا ۲۰۱۷ به مدت ۲۵ سال در این باشگاه عضویت داشت. از این دست نمونه‌ها در سطح اول فوتبال جهان به وفور دیده می‌شود. استیون جرارد، پائولو مالدینی، جان تری، کارلس پویول، پاول اسکولز، خاویر زانتی از چهره‌های برجسته در این امر به‌شمار می‌آیند.

۴-۳. تفاوت دیدگاه نسبت به تیم‌های پایه و بازیکنان جوان

در عصر حاضر و با پیشرفت چشمگیر ورزش فوتبال، باشگاه‌ها صرفاً در رده بزرگسالان فعالیت نمی‌کنند، بلکه آنستطوح متفاوتی از قبیل نونهالان، نوجوانان و امید را در اختیار دارند. امروزه، باشگاه‌های مطرح جهان توجه ویژه‌ای به تیم‌های پایه خویش دارند. چراکه بازیکنان نونهال و نوجوان بی‌نام‌ونشان امروز فردای باشگاه را خواهند ساخت و موفقیت باشگاه را به ارمان خواهند آورد. به همین منظور، باشگاه‌های حرفه‌ای از طریق استعدادیاب‌های خبره‌ای که در اختیار دارند در صدد کشف بازیکنان کم‌سن‌وسال و ناشناخته بر می‌آیند و آنان را با مبالغی بسیار اندک و در قالب قراردادهایی بلندمدت به خدمت می‌گیرند و قراردادی یک‌طرفه به سود خود منعقد می‌کنند. متعاقب انعقاد قرارداد، باشگاه با برنامه‌ریزی دقیق و منظم اقدام به پرورش بازیکن می‌کند و پس از گذشت مدتی، آن نوجوان مستعد ارزان‌قیمت تبدیل به ستاره‌ای گران‌بها می‌شود. در این موقعیت، باشگاه دو راهکار پیش روی خواهد داشت؛ اول آنکه این ستاره جوان را به تیم اصلی خود، یعنی بزرگسالان، انتقال دهد تا از نبوغ و توانایی وی جهت موفقیت

1. Ibid, Article 14.

2. Ibid, Article 14bis.



باشگاه بهره‌مند شود و دیگر آنکه بازیکن جوانی را که با مبلغی ناچیز خریداری کرده با بهایی چند برابر و گراف به باشگاه دیگری بفروشد تا از این طریق درآمدی ایدئال کسب کند. این امر ممکن است موجب افزایش اعتبار باشگاه و بالارفتن سهام آن نیز بشود.

اما متأسفانه در فوتبال ایران این موضوع بسیار مهم و مؤثر مغفول مانده و اهالی فوتبال توجه لازم را به این امر مبذول نمی‌نمایند. اکثر باشگاه‌های ایران از داشتن استعدادیاب محروم‌اند و به خدمت‌گرفتن بازیکنان موجود در بازار فوتبال را تنها راه ادامه حیات خود می‌دانند. از همین رو باشگاه‌های داخلی به تیم‌های پایه توجه خاصی ندارند و به جای تولید بازیکن در صدد استفاده از بازیکنان رشدیافته و پابه‌سن‌گذاشته هستند. این امر باعث می‌شود عمر قراردادهای فوتبال معمولاً کوتاه‌مدت باشد و با توجه به شرایط حاکم و معضلات موجود، بازیکنان و باشگاه‌ها ترجیح دهند قرارداد بلندمدت منعقد نکنند.

نتیجه‌گیری

قراردادهای فوتبال، در دنیای کنونی، به‌ویژه در کشورهای توسعه‌یافته، اهمیت فراوانی دارد؛ زیرا فوتبال قشر انبوهی از جوامع جهانی را دربر گرفته و بر حوزه‌های گوناگونی نظیر سیاست، اقتصاد، فرهنگ، جامعه و مانند آن تأثیر بسزایی گذاشته است.

بررسی قراردادهای داخلی و بین‌المللی فوتبال حداقل الزامات موردنیاز و کمبودهای بخش داخلی را نمایان ساخت. در حوزه بین‌المللی، بخش‌نامه‌ای به همین منظور از سوی کمیته اجرایی فدراسیون جهانی فوتبال در ۲۰۰۸ تهیه شد که ضرورت تصویب آن به علت سوءاستفاده‌های باشگاه‌ها از بازیکنان جوان و تازه‌کار و نقض گسترده حقوق بشر در روابط قراردادی بین بازیکنان و باشگاه‌ها بود. البته، با عنایت به گذشت بیش از یک دهه، نیاز به اعمال تغییرات لازم و به‌روزرسانی این مقررہ احساس می‌شود. فدراسیون فوتبال ایران از داشتن چنین مجموعه‌ای محروم است. فدراسیون فوتبال ایران تنها در یک ماده درخصوص این موضوع مهم سخن به میان آورده است.

متأسفانه، با توجه به نقایص و خلأهای موجود در مقررات حقوق ورزشی در ایران، غالب قراردادهای در حوزه فوتبال محرمانه و به دور از شفافیت منعقد می‌شوند و در پی آن، قرارداد دیگری با شرایط متفاوت با توافقات محرمانه در فرم‌های مخصوص فدراسیون فوتبال به رشته تحریر درمی‌آید. از جمله علل مبادرت طرفین قرارداد به این امر را می‌توان پدیده فرار مالیاتی و ضعف نظارت مسئولان مربوطه اشاره کرد.

لزوم ثبت قرارداد فوتبال به معنای بطلان قراردادی که به صورت داخلی منعقد شده و به ثبت نرسیده نیست. به عبارت دیگر، الزام به ثبت قرارداد فوتبال به منظور اعطای امتیازهایی از سوی فدراسیون فوتبال به طرفین قرارداد است. وانگهی، در فرض تعارض میان قرارداد داخلی و قرارداد ثبت‌شده نیز، قراردادی معتبر است که به صورت واقعی منعقد شود و صوری نباشد و از سوی دیگر، با اراده و قصد باطنی آنان منطبق باشد.



میان قراردادهای فوتبال ملی و فراملی تفاوت‌های متعددی از جنبه‌های گوناگون مشاهده می‌شود. یکی از مهم‌ترین ناهمسانی‌ها به اختلاف در فرهنگ مربوط می‌شود. قراردادهای منعقدشده در هر سرزمینی بر پایه فرهنگ، آداب، رسوم و سنن آن سرزمین شکل می‌گیرد. از دیگر مغایرت‌ها تفاوت در شرایط فسخ آن‌هاست. در قراردادهای بین‌المللی بندی با عنوان فسخ موجه (JUST CAUSE) در نظر گرفته می‌شود تا هریک از طرفین قرارداد (باشگاه و بازیکن)، در صورت تحقق شروط مفروض، حق فسخ یک‌جانبه به‌دست آورند. اما چنین بندی در قراردادهای داخلی پیش‌بینی نشده است.

تفاوت دیگر مربوط به مدت قرارداد است. قراردادهای بین‌المللی غالباً بلندمدت منعقد می‌شود که این امر به هماهنگی بیشتر بازیکنان و درک بهتر از تاکتیک گروه و در نتیجه موفقیت باشگاه خواهد می‌انجامد. درحالی‌که قراردادهای ملی عمر کوتاهی دارند، از این‌رو باعث بی‌ثباتی در باشگاه می‌شوند و پیامدی جز شکست مجموعه را در پی ندارد. ژرف‌نگری نسبت به تشکیل تیم‌های پایه و بازیکنان جوان از دیگر تفاوت‌هاست. باشگاه‌های مطرح اروپایی از استعدادیاب‌های خبره بهره می‌برند و بدین وسیله بازیکنان مستعد در سنین نونهالی و نوجوانی را مد نظر قرار می‌دهند و اقدام به انعقاد قرارداد بلندمدت و ارزان‌قیمت با آنان می‌کنند و پس از پرورش همه‌جانبه بازیکن، منافع بسیاری به‌دست می‌آورند. در مقابل، فوتبال ایران از توجه به این موضوع مهم غافل بوده و برای تیم‌های پایه و بازیکنان جوان برنامه‌ریزی شایانی در نظر نگرفته است.

پیشنهاد می‌شود:

۱. فدراسیون فوتبال ایران، به‌منظور جلوگیری از انعقاد قراردادهای غیراستاندارد و در پی آن طرح دعاوی متعدد در ارکان انضباطی و ورود ضررهای نامتعارف، کارگروهی از اشخاص متخصص در حوزه فوتبال تشکیل دهد تا نسبت به تنظیم مقررات تخصصی در زمینه الزامات لازم در قراردادهای فوتبال اقدام کنند.

۲. فدراسیون فوتبال ایران باید مقررات ویژه‌ای در زمینه تعدد قراردادهای منعقدشده میان باشگاه‌ها و بازیکنان فوتبال تدوین کند تا در سابه آن بتواند رویه‌ای واحد در قلمرو گسترده انواع قراردادهای فوتبال حاکم کند.

۳. مقررات کنونی فدراسیون فوتبال ایران با ایرادهای گسترده‌ای مواجه است که علت اصلی آن، بهره‌نگرفتن از افراد متخصص در حیطه فوتبال است. فدراسیون فوتبال ایران باید برای رفع این نارسایی‌ها در مجموعه مقررات خود بازنگری کلی کند تا، با استفاده از دانش و تسلط اشخاص خبره حقوق ورزش فوتبال، از مقرراتی همسو و مطابق با فدراسیون جهانی فوتبال برخوردار باشد.

منابع

- آقای‌نیا، حسین (۱۳۹۳). حقوق ورزشی. تهران: انتشارات میزان.
- شورای انقلاب (۱۳۵۸). آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر نحوه کار و فعالیت کانون‌های آگهی و تبلیغاتی.
- جعفری، فیض‌الله و مختاری، مهرناز (۱۳۹۴). «مطالعه تطبیقی ماهیت حقوق تصویری ستارگان در تبلیغات تجاری».



- نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲، ص ۵۱۱-۵۳۲.
- حلبچی، فرزین (۱۳۸۶). «دوپینگ در ورزشکاران». نشریه حکیم، دوره ۱۰، شماره ۱، ص ۱-۱۲.
- دوفرانس، ژاک (۱۳۸۵). جامعه‌شناسی ورزش. ترجمه عبدالحسین نیک گوهر. تهران: انتشارات توتیا.
- شرکاییان، کاظم (۱۳۹۴). تحلیل اصول حاکم بر قراردادهای منعقد بین باشگاه‌ها و ورزشکاران حرفه‌ای در حقوق ایران. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه شاهد.
- شعبانی مقدم، کیوان (۱۳۹۳). مبانی حقوق ورزشی. تهران: انتشارات شهردانش، چاپ اول.
- صنعتی، حمید (۱۳۸۹). وضعیت و آثار قرارداد فوتبال در حقوق موضوعه ایران. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
- قانون مدنی ایران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). دوره حقوق مدنی عقود معین، جلد ۱. تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت. تهران: نشر میزان، چاپ ۴۶.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱. تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
- فدراسیون فوتبال جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۶). مقررات نقل و انتقالات و تعیین وضعیت بازیکنان فدراسیون فوتبال.
- میرشکاری، عباس (۱۳۹۷). «حق تصویر». مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۵، شماره ۱، ص ۱۴۹-۱۷۴.
- Balcarczyk, J. (2010). Sports image rights—a comparative overview. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 47(2), 327-334.
- Boniface, P. (1998). Football as a Factor (and a Reflection) of International Politics. *The International Spectator*, 33(4), 87-98.
- Cloete, R. (2012). The taxation of Image Rights: A Comparative Analysis. *De Jure*, Pretoria University Law Press, 45(3), 556-567.
- Chadwick, S., Parnell, D., Widdop, P., & Anagnostopoulos, C. (Eds.). (2018). *Routledge Handbook of Football Business and Management*. Routledge.
- De Weger, F. (2016). The jurisprudence of the FIFA dispute resolution chamber. TMC Asser Press.
- Freeburn, L. (2018). Power, Legal Authority and Legitimacy in the Regulation of International Sport. BRILL.
- FIFA (24 November 2008). Circular No.1171: Professional Football Player Contract Minimum Requirements, Zurich.
- FIFA (2018). Anti-Doping Regulations.
- FIFA (2019). Code of Ethics.
- FIFA (2019). Disciplinary Code.
- FIFA (June 2019). Statutes.
- FIFA (March 2020). Regulations on the Status and Transfer of Players.
- Gaillard, E. (1984). La Double Nature Du Droit à L'image Et Ses Conséquences En Droit Positif



- Frangais. Chron, 161-181.
- Geeraert, A. (2016). The EU in international sports governance: a principal-agent perspective on EU control of FIFA and UEFA. Springer.
- Grayson, E., (1994). *Sport and the Law*. 2nd ed. London: Butterworth and CO.
- Giulianotti, R. (2005). "Sport Spectators and the Social Consequences of Commodification: Critical Perspectives from Scottish Football." *Journal of Sport and Social Issues*, 29(4), 386–410. doi:10.1177/0193723505280530.
- Horne, J. (2000). "Understanding Sport and Body Culture in Japan." *Body & Society*, 6(2), 73–86. doi:10.1177/1357034X00006002004.
- Jorge, G. (2021). Fixing FIFA: The experience of the independent governance committee. *Sw. J. Int'l L*, 21, 165-167.
- Lauterbach, T. (2005). US-style 'personality' right in the UK—en route from Strasbourg?'. In *20th BILETA conference—Queen's University of Belfast (April, 2005) 20Route* (Vol. 20), pp. 12-25. <https://www.liverpoolfc.com/match/2019-20/first-team/aston-villa-v-liverpool-carabao-cup-live-match-blog>, 17th Dec 2019.
- Pijetlovic, K. (2015). EU sports law and breakaway leagues in football. Asser Press. <https://www.theguardian.com/football/2019/jun/17/francesco-totti-hits-out-at-roma-hierarchy-as-he-leaves-club-after-30-years>. <https://www.thesportster.com/soccer/top-10-most-loyal-player-all-time/>
- McPherson, S. S. (2016). *Doping in Sport: Winning at Any Cost?* Twenty-First Century Books.
- Westkamp, G. (2009). Celebrity Rights in the UK after the Human Rights Acts: Confidentiality, Privacy and Publicity. *Prawo*, 308, pp. 535-548.
- Yamazaki, T. (2018). *Sports Law in Japan*. Second edition, Wolter Kluwer.

تکالیف متعهدله در قرارداد

محمدکاظم مهتاب‌پور،^۱ افروز صمدی^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۵/۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۸

چکیده

نقش متعهدله در پیشبرد قراردادها اغلب نادیده انگاشته می‌شود و تقریرات حقوقی غالباً در مقام تبیین نقش متعهد و وظایف او در اجرای قرارداد بوده‌اند. این درحالی است که متعهدله نیز برای تسهیل اجرای تعهدات قراردادی وظایفی برعهده دارد که شایسته تأمل و توجه است. بدین‌سان متعهدله وظیفه دارد امکان انجام تعهد را به‌گونه‌ای فراهم آورد که متعهد بتواند، ضمن عمل به تکالیف قانونی و قراردادی خود، آنچه متقابلاً استحقاق دارد دریافت کند. این موضوع در بعضی از اسناد بین‌المللی که ایران نیز به آن‌ها پیوسته مشاهده می‌شود. همچنین، بعضی مواد قانونی موجود نیز مؤید این موضوع است. تکالیف متعهدله و ضمانت اجرای نقض هریک از تکالیف در مقاطع زمانی گوناگون قرارداد در این مقاله بررسی و مصادیق آن برشمرده شده است. ارائه اطلاعات، مطالبه تعهد، بازرسی تعهد و پذیرش آن از تکالیف متعهدله حین اجرای قرارداد است. در صورت نقض قرارداد، اولویت الزام، مذاکره دوستانه، اعمال به‌موقع حق فسخ و تقلیل خسارات از مواردی است که متعهدله باید به آن عمل کند. عقیم‌ماندن قرارداد نیز تکالیفی همچون مذاکره مجدد و فسخ را برای او به دنبال خواهد داشت.

واژگان کلیدی: تکالیف متعهدله، ارائه اطلاعات، الزام، مذاکره مجدد

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، ایران (نویسنده مسئول)؛ mkmahtab@gmail.com

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ایران؛ afsamadi@yahoo.com



مقدمه

اشخاص از ورود به عرصه قراردادی اهداف مشترکی را دنبال می‌کنند و بر این باورند که این نهاد منفعت هر دو طرف را تأمین می‌کند. بنابر ماهیت قرارداد، این گونه نیست که تنها متعهد بار انجام موضوع و تعهدات قراردادی را به دوش بکشد و متعهدله در این میان فقط نقش مطالبه‌گر را ایفا نماید، بلکه نقش متعهدله در ایجاد بستری مناسب برای اجرای تعهدات قراردادی در بسیاری از قراردادها انکارناپذیر است. متعهدله نمی‌تواند، بی‌هیچ مسئولیتی، نظاره‌گر انجام تعهدات از سوی متعهد باشد. به بیان دیگر، از آنجاکه قرارداد تأمین‌کننده منافع هر دو طرف است، علاوه‌بر متعهد، متعهدله نیز باید در پیش‌برد آن همکاری کند. این در حالی است که بیشتر تألیف موجود، فقط به وظایف و مسئولیت‌های متعهد پرداخته و ضمانت اجرای نقض آن را بررسی کرده‌اند و هیچ‌کدام به سهم متعهدله در پیشبرد قرارداد و تعهدات قراردادی توجه نکرده‌اند.

این مسئله در نظام‌های حقوقی مختلف، از رهگذر بعضی اصول و قواعد کلی، شناسایی شده است. رعایت «حسن نیت» که در مراحل گوناگون قرارداد برعهده طرفین است (باریکلو و خزائی، ۱۳۹۰، ص ۴۶) و ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی فرانسه نیز پابندی به آن را به‌طور مطلق برای هر دوی متعهد و متعهدله الزامی دانسته، نمونه‌ای از این امر است. همچنین، به‌موجب قاعده منع سوءاستفاده از حق، ذی‌نفع قرارداد که همان متعهدله تعهدات قراردادی است باید با رفتار متعارف خود زمینه تحقق عدالت معاوضی را فراهم آورده (خندانی و خاکباز، ۱۳۹۲، ص ۷۴) و نمی‌تواند از ذی‌نفع‌بودن خود سوءاستفاده کند. همچنین نمونه‌هایی از تکالیف متعهدله در بعضی اسناد بین‌المللی مانند «اصول متحد قراردادهای تجاری بین‌المللی»^۱، «اصول اروپایی حقوق قراردادها»^۲ و «کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»^۳ مشاهده می‌شود.

فقه شریف شیعی که یکی از زیربناهای مستحکم نظام حقوقی ایران است نیز، بدون آنکه به تکالیف متعهدله در اجرای قرارداد اشاره مستقیم داشته باشد، به‌طور پراکنده نمونه‌هایی از آثار اقدام‌نکردن وی در راستای اجرای قرارداد و ضمانت‌اجراهای آن را بیان داشته است. نمونه‌هایی از این مورد ذیل قاعده «لاضرر» و مبحث «خيارات» مشاهده می‌شود. برای نمونه، گفته می‌شود که فلسفه اعمال خیار، ازجمله خیار عیب، جلوگیری از ورود ضرر به متعهدله است. بنابراین، هرگاه عیب رفع‌شدنی باشد و در نتیجه ضرر متفی شود، متعهدله باید آن را بپذیرد (اصفهانی، ۱۴۱۹، ص ۵۲۷) و نمی‌تواند از این حق خود سوءاستفاده کند (اصغری آق‌مشهدی و محمدزاده، ۱۳۸۷، ص ۱۳۹).

از مجموع موارد گفته‌شده چنین برمی‌آید که متعهدله نیز، در اجرای درست و کامل قرارداد، تکالیفی برعهده دارد. اما پرسش اینجاست که مصادیق تکالیف متعهدله در اجرای قرارداد کدام است و ضمانت‌اجرای نقض آن‌ها چیست؟

1. UNIDROIT

2. Principles of European Contract Law - PECL

3. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods



به نظر می‌رسد این تکالیف در سه مقطع زمانی حین اجرای قرارداد، نقض قرارداد و عقیم شدن اجرای قرارداد ظهور بیشتری دارد. حین اجرای قرارداد، متعهدله باید اطلاعات لازم برای انجام تعهدات قراردادی را در اختیار متعهد بگذارد. همچنین، در فرض نبود موعد معین برای انجام موضوع قرارداد، متعهدله باید مبادرت به مطالبه تعهد کند. بازرسی موضوع تعهد و پذیرش آن هم از دیگر الزاماتی است که متعهدله در راستای اجرای قرارداد برعهده دارد (شماره ۱). در فرض نقض انجام تعهد نیز متعهدله نقشی فعال دارد. جایی که او باید ابتدا از میان تمامی ضمانت‌اجراها به الزام متعهد روی آورد. همچنین، برای رفع مشکل، مبادرت به مذاکره دوستانه کند و با تقلیل خسارت و اعمال به موقع حق فسخ، از ورود زیان غیرمتعارف به خود جلوگیری کند (شماره ۲). در نهایت، در صورت عقیم ماندن قرارداد نیز مذاکره مجدد و اعمال به موقع حق فسخ از تکالیف او شمرده می‌شود (شماره ۳). در این مقاله، با مطالعه بعضی کنوانسیون‌های بین‌المللی و تطبیق آن با مفاد حقوق داخلی، مصادیق تکالیف متعهدله بررسی خواهد شد.

۱. حین اجرای قرارداد

همان‌گونه که متعهد در حین اجرای قرارداد باید تمام تلاش خود را به منظور اجرای دقیق و منظم موارد مصرح در عقد و نیز مفادی که عقد متبایناً بر آن بنا شده به کار ببندد، انجام برخی اقدامات از سوی متعهدله نیز قرارداد را به سمت اجرای هرچه دقیق‌تر و سریع‌تر سوق خواهد داد.

۱.۱. ارائه اطلاعات

یکی از تکالیف متعهدله حین اجرای قرارداد ارائه اطلاعاتی است که منحصرراً در اختیار اوست و اجرای قرارداد بدون دسترسی به آن اطلاعات غیرممکن یا دشوار است. تجلی حسن‌نیت در مرحله پیش‌قراردادی، به ویژه حین اجرای آن، دادن اطلاعات ضروری است که در زمره تعهد به همکاری جای می‌گیرد (Eisenberg, 2002, p.675). گاه متعهدله اطلاعات بیشتری درباره موضوع قرارداد دارد. در این صورت، با راهنمایی‌ها و اطلاعاتی که در اختیار متعهد قرار می‌دهد، می‌تواند ضمن یاری رساندن به او در راستای انجام هرچه بهتر تعهد خود، نتیجه بهتری را نیز عاید خود کند. به بیان دیگر، ارائه اطلاعات از طرف حرفه‌ای‌تر به موضعی است که به علت فقدان آن اطلاعات در جایگاه ضعیف‌تری قرار دارد (قاسمی حامد، ۱۳۹۳، ص ۲۳۱). حال هرگاه شخص حرفه‌ای مزبور متعهدله قراردادی باشد، وظیفه ارائه اطلاعات برعهده او قرار خواهد گرفت.

عده‌ای برای دادن اطلاعات مبانی قراردادی در نظر می‌گیرند و بر این باورند که این تعهد جزئی از تعهد به تسلیم است (جنیدی، ۱۳۸۱، ص ۱۶). به عبارت دیگر، هرگاه طرفین ملزم باشند مالی را به دیگر تسلیم کنند، در صورت نیاز باید اطلاعات لازم درخصوص نحوه استفاده و نگهداری و نکات ایمنی مربوط را نیز به وی اعلام کنند؛ در غیر این صورت، تسلیم کامل صورت نپذیرفته است. در این معنا، تعهد به دادن اطلاعات اغلب در مورد متعهد مصداق دارد و درواقع جزئی از یکی دیگر از تعهد او یعنی تعهد به تسلیم است.



با وجود این، به نظر می‌رسد متعهدله نیز مستقلاً موظف است در اجرای تعهدات قراردادی، آنجایی که اجرای تعهد جز با استفاده از اطلاعاتی که تنها در اختیار او است امکان‌پذیر نیست، اطلاعات مربوط را در اختیار متعهد قرار دهد. به بیان دیگر، انجام تعهد و فراهم‌نمودن تمامی مقدمات لازم برای آن، از جمله گردآوری اطلاعات ضروری، برعهده متعهد است؛ اما در صورتی که متعهد اعلام کند انجام تعهد به علت فقدان اطلاعاتی که فقط در اختیار متعهدله است امکان‌پذیر نیست، متعهدله نمی‌تواند به بهانه موقعیت قراردادی خویش هیچ اقدامی به عمل نیاورد (Collins, 1992, p.556) یا حتی تمهیدات الزام متعهد به انجام تعهد را فراهم سازد.

درخصوص ضمانت اجرای نقض این تعهد، از آنجاکه در حقوق ایران فسخ اولین ضمانت اجرا نیست، طبق مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹، لازم است ابتدا الزام به انجام تعهد صورت پذیرد و فقط در فرض عدم امکان الزام یا اجرای آن از سوی طرف معامله یا شخص ثالث، قرارداد قابل فسخ خواهد بود (شعاریان، ۱۳۹۰، ص ۱۲۸).

۲-۱. مطالبه تعهد

از دیگر مصادیق تکالیف متعهدله حین اجرای قرارداد، مطالبه تعهد در مواردی است که قانون بدان تصریح کرده است. هرچند موضوع مطالبه در قوانین ایران اصولاً در مورد بحث خسارت مطرح است (همانند مواد ۲۲۶ قانون مدنی و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی)، می‌توان این گونه نتیجه گرفت که عدم استحقاق متعهدله به دریافت خسارت از متعهد درخصوص عدم انجام تعهد، به معنای عدم الزام متعهد به انجام تعهد تا پیش از مطالبه متعهدله است. به بیان دیگر، در مواردی، اجرای تعهدات قراردادی منوط به مطالبه تعهد از سوی متعهدله است و پیش از مطالبه، متعهد الزامی به اجرای آن ندارد. عدم مطالبه تعهد از سوی متعهدله ممکن است قرارداد را در موقعیتی قرار دهد که اجرای آن به نحو نامتعارفی به درازا کشد. این چنین است که متعهدله مکلف به مطالبه تعهد است؛ در غیر این صورت، عدم انجام تعهد از سوی متعهد برای وی مسئولیتی در پی نخواهد داشت.

در مواردی که تعهدات قراردادی حال باشد یا در فرضی که درخصوص زمان انجام تعهد سکوت شده باشد، آیا متعهد مکلف است به محض ایجاد تعهد آن را به موقع اجرا گذارد؟ همه فقها بر این باورند که اجرای بی‌درنگ تعهدات قراردادی مقتضای اطلاق قرارداد نیست (خمینی، ۱۳۶۸، ص ۳۳۳) و قاعده سلطنت اقتضا می‌کند همین که متعهدله انجام تعهد را مطالبه کرد، تعهد به موقع اجرا گذاشته شود، اما عدم انجام تعهد درحالی که مطالبه‌ای صورت نپذیرفته است تزامنی با سلطنت مالک (متعهدله) نخواهد داشت (اصفهانی، بی تا، ص ۵۹).

بنابراین، اگرچه حق متعهدله ایجاد شده و استقرار یافته است، اجرای آن منوط به مطالبه وی است و بدون مطالبه نمی‌تواند مدعی عدم انجام تعهد شود و از این باب از ضمانت‌اجراهای قانونی یا قراردادی عدم انجام تعهد بهره ببرد.



با استناد به ماده ۲۲۶ قانون مدنی،^۱ اگر شخصی بخواهد خسارت عدم انجام تعهد در سر وعده را دریافت کند، بدیهی است که باید انجام تعهد را مطالبه کند، چه ممکن است متعهدله منافع خود را با عدم انجام تعهد در سر موعد منطبق یافته و عمداً در مقام مطالبه بر نیامده باشد. (عدل، ۱۳۸۹، ص ۱۳۳) به نظر می‌رسد عقیده بعضی مبنی بر این که اصل در حقوق ایران، عدم لزوم مطالبه تعهد است و این موضوع فقط در موارد مصرح قانونی ضروری است (گندمکار، ۱۳۹۸، ص ۱۶۸) نادرست باشد. این موضوع با دقت در ماده ۲۲۶ قانون مدنی نیز استنباط می‌شود. درواقع، فقط در فرض وجود موعد معین برای انجام تعهد نیازی به مطالبه نیست و متعهد باید، در موقع مشخص شده، تعهد خود را به انجام رساند. در سایر موارد، به‌ویژه در جایی که موقع انجام تعهد به سکوت برگزار شده، مطالبه تعهد از سوی متعهدله ضروری است و این مسئله اغلب در موارد عملی نیز مورد توجه قرار می‌گیرد. از آنجاکه از منظر اصولی اصل آن چیزی است که در موارد تردید به آن رجوع می‌شود، باید گفت که اصل لزوم مطالبه است و این لزوم فقط در صورت وجود سررسید مرتفع می‌شود.

بنابر آنچه بیان شد، باید به دو موضوع توجه کرد: الف) درخصوص انجام اصل تعهد، متعهدله زمانی مکلف به مطالبه تعهد است که یا زمان انجام تعهد تعیین نشده باشد یا اختیار تعیین زمان انجام با او بوده باشد (شهیدی، ۱۳۸۸ الف، ص ۱۱۳-۱۱۷). بنابراین، در صورتی که برای انجام تعهد زمانی مقرر شده باشد، دیگر نیازی به درخواست اجرای تعهد از سوی متعهدله نیست (صفایی، ۱۳۸۹، ص ۲۰۶). درخصوص خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، مبدأ محاسبه خسارت تاریخ مطالبه انجام تعهد از سوی متعهدله است.^۲ شایان ذکر است که دریافت خسارت تأخیر تأدیه منوط به مطالبه رسمی طلب است، مگر در مواردی که قرارداد ویژه‌ای برای جبران خسارت متعهدله باشد که در این صورت تاریخ استحقاق بستانکار تابع قرارداد خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۱۶)

افزون بر موارد مذکور، مطالبه متعهدله ممکن است آثار وضعی در پی داشته باشد؛ چنان که در عقود امانی مانند ودیعه و عاریه «برای تحقق تقصیر امین در بازگرداندن مال ودعی، باید مالک آن را مطالبه کند و او از رد امتناع ورزد» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۶۴). ماده ۶۱۶ قانون مدنی در تأیید این نظر مقرر می‌دارد: «هرگاه مال ودیعه مطالبه شود و امین از رد آن امتناع کند از تاریخ امتناع... ضامن... است».

۳-۱. بازرسی تعهد

یکی دیگر از وظایف متعهدله حین اجرای قرارداد، بازرسی تعهد است. بازرسی ممکن است جنبه کمی و کیفی داشته باشد (ملک‌پور، ۱۳۷۹، ص ۶۲). به عبارت دیگر، متعهد باید کالایی را تسلیم کند یا تعهد را به گونه‌ای انجام

۱. «... اگر برای ایفاء تعهد مدتی مقرر نبوده طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است».

۲. همچنین ماده ۲۲۸ ق.م. درخصوص خسارت تأخیر در انجام تعهدات پولی مقرر می‌دارد: «در صورتی که موضوع تعهد تأدیه وجه نقدی باشد حاکم می‌تواند با رعایت ماده ۲۲۱ مدیون را به جبران خسارت حاصله از تأخیر تأدیه دین محکوم نماید»



دهد که با کمیت و کیفیت قرارداد مطابق باشد (اصغری آق‌مشهدی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۱). برای اطمینان از این تطابق، متعهدله موظف است هنگام تحویل گرفتن تعهد بازرسی‌های لازم را انجام دهد.

حال ممکن است این سؤال مطرح شود که آیا بازرسی جزو وظایف متعهدله به شمار می‌رود یا حقی است که برای تضمین حقوق متعهدله به او اعطا شده است؟ شاید این گونه پاسخ داده شود که بازرسی وظیفه متعهدله نیست؛ چرا که عدم انجام آن موجب نقض قرارداد نمی‌شود و متعهد نمی‌تواند از این رهگذر خسارتی مطالبه کند (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۸۴) با وجود این، تشخیص این که امری «تعهد» است یا خیر ارتباطی با امکان نقض قرارداد و مطالبه خسارت ندارد، بلکه همین که عدم انجام یک امر شخصی را از داشتن حقوقی منع کند و به بیان دیگر دارای ضمانت اجرا باشد برای «تعهد» دانستن آن کافی است.

عدم بازرسی اماره‌ای است بر این که متعهد تعهد خود را به درستی و در کمال صحت به انجام رسانده است و بار اثبات خلاف این موضوع بر دوش متعهدله خواهد بود.

هرچند درخصوص این تعهد دادگاه ابتدا به شروط قراردادی توجه می‌کند، در غیاب آن، مفاد کنوانسیون‌های بین‌المللی که در آن‌ها برای عدم انجام بازرسی متعهدله ضمانت‌اجراهایی وضع شده جاری است (Butler, 2007, p. 28). در مواد ۳۸ و ۳۹ کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا، پس از آنکه مشتری را ملزم کرده که ظرف کوتاه‌ترین مدت به بازرسی کالا اقدام کند، ضمانت اجرای عدم انجام آن را اسقاط حق او در استناد به عدم تطابق موجود می‌داند. همچنین ماده ۳۰ کنوانسیون سی.ام.آر هم عدم بازرسی و اعلام وجود عیب و نقص در کالای تحویل داده‌شده خریدار را به منزله تطابق آن با قرارداد به‌شمار می‌آورد.

قانون تجارت ایران نیز، ذیل ماده ۳۹۱، قبول مال‌التجاره بدون هیچ قیدی را موجب اسقاط حق اقامه دعوا علیه متصدی حمل می‌داند.

حدود بازرسی و نحوه اعمال آن همان‌گونه است که در قرارداد مورد توافق طرفین قرار گرفته است و در صورت فقدان این توافق، مطابق با عرف و عادت خواهد بود (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۷۷). طبق رویه قضایی هم بازرسی کالا باید در حدود متعارف با توجه به زمان، مکان و عرف تجاری موجود صورت پذیرد که ممکن است شامل بازرسی بسته‌بندی، داخل محموله نمونه‌گیری تصادفی و غیره باشد (دیمتو، لاری. ای و همکاران، ۱۳۸۷، ص ۲۰۰). همچنین، به نظر می‌رسد حضور خود متعهدله هنگام بازرسی ضروری نیست و او می‌تواند با تمسک به وسایل مقتضی این کار را انجام دهد^۱ (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳، ص ۷۸).

۴-۱. پذیرش تعهد

یکی دیگر از تکالیفی که می‌توان حین اجرای قرارداد برای متعهدله متصور شد، پذیرش تعهد از سوی اوست. توضیح آن که متعهدله باید کالای موضوع قرارداد را هنگام ارائه متعهد تحویل گرفته و تسلّم کند

۱. این موضوع در بند اول ماده ۳۸ کنوانسیون بیع بین‌الملل بدین صورت مورد اشاره قرار گرفته است که خریدار موظف است موجبات بازرسی کالا را فراهم کند.



یا فعل موضوع قرارداد را در صورت انجام از سوی متعهد و مطابقت آن با اوصاف قراردادی و توافق شده قبول کند.

در کنوانسیون بیع بین الملل، این تکلیف صراحتاً برعهده متعهدله قرار داده شده است. ماده ۵۳ این کنوانسیون دو تعهد تأدیۀ ثمن و قبض مبیع را برعهده مشتری گذاشته است. پرداخت ثمن شامل انجام اقدامات لازم برای فراهم کردن امکان پرداخت ثمن هم می شود. از این رو، اگر خریدار درخصوص افتتاح ال سی یا انجام اقدامات لازم به منظور پرداخت ثمن از طریق تقصیر کند، به تعهد مندرج در این ماده عمل نکرده است (Butler, Ibid, p. 17). از جمع این ماده و ماده ۶۰ این کنوانسیون این گونه بر می آید که، علاوه بر پذیرش تعهد (تسلم مبیع) از سوی خریدار، وی ملزم است اقداماتی که فروشنده را متمکن از تسلیم مبیع می کند را نیز به انجام رساند (Stone, 2015, p. 758). در این ماده می خوانیم که «مشتری باید اقداماتی را که عرفاً باعث قادر ساختن بایع به تسلیم مبیع می شود انجام دهد» (ارسطا، ۱۳۸۱، ص ۹۵ و ۹۶).

در ماده ۶۲ کنوانسیون بیع بین الملل، امکان الزام خریدار به قبض مبیع از سوی فروشنده پیش بینی شده است. همچنین، این کنوانسیون در مواد ۸۵ و ۸۸ دو ضمانت اجرای دیگر برای عدم پذیرش تعهد از سوی متعهدله پیش بینی کرده است: حبس کالا از سوی فروشنده و باز فروش آن توسط او. درواقع، این موارد که در فرض تحویل نگرفتن مبیع از سوی خریدار یا نپرداختن ثمن توسط اوست، در جهت حفاظت و نگه داری از مبیع است (Stone, Ibid, p. 809). بحث باز فروش مبیع در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا^۱ نیز مورد اشاره قرار گرفته است (اصغری آق مشهدی و زارعی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۵).

در وهله نخست به نظر می رسد که در حقوق ایران صراحتی مشابه صراحت کنوانسیون بیع بین الملل وجود ندارد؛ چراکه برای نمونه ماده ۳۶۲ قانون مدنی خریدار را موظف به تأدیۀ ثمن کرده است، ولی درخصوص تعهد وی به قبض مبیع تصریحی ندارد. از طرف دیگر، ماده ۲۷۳ همان قانون صرف امتناع صاحب حق از قبول مورد تعهد را باعث برائت ذمه متعهد نمی داند بلکه بنابر قاعده «الحاکم ولی الممتنع» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۴۶۹) او را موظف می کند که حق را به حاکم تسلیم کند و بدین وسیله برائت ذمه حاصل نماید. ولی از جمع این دو ماده می توان نتیجه گرفت که قبض مورد تعهد یا پذیرش آن حق مطلق برای متعهدله نیست که درخصوص آن به اختیار خود عمل کند؛ بلکه راه حلی درخصوص آن پیش بینی شده که به مثابه ضمانت اجرا است و آن تحویل موضوع تعهد به حاکم است. همچنین، همین امر که با تسلیم موضوع تعهد به حاکم مسئولیت متعهد پایان می پذیرد، خود نشان از الزام حقوقی متعهدله به تسلیم موضوع تعهد دارد؛ چراکه اگر این چنین نبود و تحویل گرفتن موضوع تعهد در زمره اختیارات متعهدله به شمار می آمد، متعهد حق تحویل تعهد به حاکم را نداشت و باید تا زمان قبول متعهدله صبر می کرد.

افزون براین، قانون گذار در ماده ۷۴۷ قانون مدنی مقرر می دارد: «هرگاه کفیل مکفول خود را مطابق شرایط مقرر حاضر کند و مکفول له از قبول آن امتناع نماید کفیل می تواند احضار مکفول و امتناع مکفول له را با شهادت معتبر نزد حاکم و یا احضار نزد حاکم اثبات نماید.» بنابراین، با عنایت به فقدان



خصیصه‌ای که حکم مذکور را مختص تعهد ناشی از عقد کفالت نماید و نظر به این که اثبات انجام تعهد از جانب متعهد و امتناع متعهده از پذیرش تعهد منظور قانون‌گذار بوده است، به نظر می‌رسد در سایر عقود نیز متعهد می‌تواند با شهادت معتبر نزد حاکم برائت حاصل کند.

همچنین ماده ۳۸۴ ق.ت در قرارداد حمل و نقل راه‌حل دیگری را پیش‌روی متعهد (متصدی حمل) قرار داده که در بعضی قسمت‌ها مشابه راه‌حل بازفروش در کنوانسیون بیع بین‌المللی است. به موجب این ماده، «اگر مرسل‌الیه مال التجاره را قبول نکند و یا مخارج و سایر مطالبات متصدی حمل و نقل بابت مال التجاره تأدیه نشود و یا به مرسل‌الیه دسترسی نباشد، متصدی حمل و نقل باید مراتب را به اطلاع ارسال‌کننده رسانیده و مال التجاره را موقتاً نزد خود به‌طور امانت نگاه داشته یا نزد ثالثی امانت گذارد و در هر دو صورت مخارج و هر نقص و عیب به عهده ارسال‌کننده خواهد بود. اگر ارسال‌کننده و یا مرسل‌الیه در مدت مناسبی تکلیف مال التجاره را معین نکند، متصدی حمل و نقل می‌تواند مطابق ماده ۳۶۲ آن را به فروش رساند».

۲. در صورت نقض قرارداد

نقض قرارداد پیش از اعلام اراده‌ای که مبتنی بر حق فسخ متعهده باشد، به استحکام قرارداد خللی وارد نمی‌آورد و متعهده در خلال بروز نقض تا انحلال قرارداد تکالیفی را برعهده دارد که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۱.۲. تقدم الزام بر فسخ قرارداد

با تأمل در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی می‌توان دریافت که در صورت عدم انجام تعهد از سوی متعهد الزام وی به انجام تعهد، انجام تعهد از سوی متعهده یا شخص ثالث یا فسخ قرارداد راهکارهای پیش‌روی متعهده هستند (صفایی و الفت، ۱۳۸۹، ص ۵۰). حال سؤال اساسی این است که آیا میان راهکارهای مزبور ترتیب و اولییتی برقرار است؟ توجه به مبنای این راه‌حل‌ها روشن‌کننده پاسخ این پرسش خواهد بود.

انسان به‌منظور رفع نیازهای خود و نیز کسب منافع وارد روابط قراردادی می‌شود و مطلوب او در وهله نخست انجام تعهد قراردادی است. طبق نظریه حاکمیت اراده نیز اجرای عین تعهد خواسته اصلی و اولیة طرفین قرارداد است (همان، ص ۴۵). حال اگر در بعضی مواقع یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکند و طرف مقابل را در معرض ضرر قرار دهد، برای دفع این ضرر پیش از هر چیز باید مسیری در مقابل طرفین قرارداد گذاشته شود که ایشان را به مطلوب خود، که همان اجرای قرارداد است، نزدیک‌تر کند. در نتیجه اجبار متعهد به انجام تعهد را باید مقدم بر سایر راه‌حل‌ها خصوصاً فسخ دانست، چراکه قرارداد با اعمال فسخ به پایان می‌رسد و طرفین قرارداد که به خواسته خود نرسیده و بر سر این راه زمان زیادی را هم از دست داده‌اند ناگزیرند با ورود به قراردادی دیگر در پی رفع نیاز برآیند.

حقوق‌دانان بر این مهم تأکید کرده‌اند که اقتضای اصل لزوم قراردادهای این است که بتوان متعهد را ملزم به اجرای قرارداد کرد (شیروی، ۱۳۷۷، ص ۵۰). جز در مواردی خاص، در صورت تقدم الزام است



که خسارت ذی‌نفع به نحوی شایسته جبران شود؛ چراکه اگر در همان وهله اول قرارداد فسخ شود، خصوصاً در صورتی که قرارداد مطلوبیت زیادی برای او داشته باشد، بی‌عدالتی بزرگی رخ داده است، (صادقی نشاط، ۱۳۸۸، ص ۲۹۸)

در حقوق ایران هرچند میان نویسندگان در خصوص اولویت الزام متعهد اختلاف نظر وجود دارد،^۱ ماده ۲۳۷ قانون مدنی فسخ را به منزله آخرین راه حل پذیرفته است و اظهار می‌دارد که ابتدا باید الزام متعهد به انجام تعهد را درخواست کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۹۲)

بنابراین، یکی از تکالیف متعهدله این است که در صورت عدم انجام تعهد از سوی متعهد، ابتدا به الزام وی اقدام کند و ضمانت اجرای این تعهد، نپذیرفتن فسخ از جانب او است.

۲.۲. مذاکره دوستانه

مذاکره دوستانه^۲ در بیشتر نظام‌های حقوقی دنیا یکی از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف^۳ شناخته شده است. این روش خصوصاً در اختلافات جزئی نه تنها هزینه کمتری به طرفین تحمیل می‌کند و از حجم کار محاکم می‌کاهد، بلکه عدالت بیشتری را نیز برقرار می‌سازد (عرفانی، ۱۳۷۸، ص ۲۵). هرگاه از این راه توفیقی برای رفع اختلاف به دست نیامد، طرفین می‌توانند به دادگاه مراجعه کنند.

درج شرط حل اختلاف از طریق مذاکرات دوستانه در قرارداد مبتنی بر مصلحتی است که طرفین در حین انعقاد عقد بدان نظر داشته‌اند. تبعیت از این شرط در وهله اول در جهت توجه به خواست مشترک طرفین است و یکی از طرفین در صورت بروز اختلاف نمی‌تواند با نادیده گرفتن آن مستقیماً متوسل به سایر شیوه‌های حل و فصل اختلاف شود.

البته در روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات، از جمله مذاکرات دوستانه، مراجعه به مرجع حل اختلاف به صورت دائمی ممنوع نشده، بلکه طرفین ابتدا باید از شیوه جایگزین حل و فصل اختلاف پیش‌بینی شده در قرارداد استفاده کنند و در صورت عدم توفیق، با مراجعه به مراجع دادگستری اختلاف خود را حل کنند. به عبارت دیگر، صلاحیت مراجع قضایی معلق به اجرای روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف است.

بنابراین در فرضی که شرط مذاکره دوستانه در قرارداد درج شده باشد، اجرای آن پیش‌زمینه مراجعه به مرجع حل اختلاف است و از تکالیف متعهدله نیز به شمار می‌رود. این موضوع از منظر اقتصادی نیز به صرفه است و از حجم کار دادگستری نیز می‌کاهد. طرفین برای انعقاد قرارداد هزینه زیادی متحمل

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: امینی، منصور و حقانی، سعید (۱۳۹۳). «سیر تکوین حق فسخ ناشی از اجرائشدن (نقض) تعهد قراردادی در حقوق اروپایی، رهنمودهایی برای حقوق ایران»، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، ش ۱.

۲. مذاکره دوستانه شیوه‌ای است که در آن طرفین سعی در رفع اختلافات پیش‌آمده از طریق گفت‌وگوی همراه با حسن نیت در بدو امر و پیش از مراجعه به مراجع دادگستری می‌کنند.

3. ADR (Alternative Dispute Resolution)



شده‌اند. هرگاه در صورت نقض تعهد بتوان با مذاکره دوستانه زمینه اجرای تعهد نقض شده را فراهم آورد یا به صورت مسالمت‌آمیز از رابطه قراردادی خارج شد، هم زیان مادی کمتری متوجه طرفین به‌ویژه متعهدله می‌شود و هم زمان زیادی برای حل و فصل اختلاف در دادگستری صرف نمی‌شود.

۳.۲. اعمال به هنگام حق فسخ

گاه اراده طرفین قرارداد حین انعقاد آن بر این است که در صورت تحقق شرایطی یکی از طرفین حق فسخ قرارداد را داشته باشد. همچنین ممکن است، در اثر نقض تعهدات قراردادی یا حدوث شرایطی، آن‌چنان ضرری متوجه یکی از اطراف قرارداد شود که تنها مسیر برقراری عدالت معاوضی ایجاد حق فسخ برای متضرر باشد. بنابراین مبنای خیار فسخ در غالب موارد حکومت اراده طرفین یا جبران زیان و اجرای عدالت است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۶۶)

هریک از مبانی مذکور زمانی مورد حمایت حقوق خواهد بود که با حقوق طرف دیگر قرارداد در تراحم نیفتد. به بیان دیگر، حق فسخ ناشی از ضرر ناروا که در صدد برقراری عدالت معاوضی است، چنانچه در مدت معقولی توسط ذی‌حق اعمال نشود، نه تنها به جبران زیان وارده منجر نمی‌شود، بلکه خود موجبات عدم توازن موقعیت قراردادی را فراهم می‌آورد.

بنابراین به سه دلیل می‌توان قائل به لزوم تسریع در اعمال خیار فسخ از سوی متعهدله در صورت نقض تعهدات قراردادی شد:

(الف) در فرضی که هدف از برقراری خیار دفع ضرر و جبران زیان باشد (شهیدی، ۱۳۸۸ب، ص ۲۰۴)، اگر اجرای این حق به درازا کشد و قرارداد را مدت‌ها در موقعیت متزلزل قرار دهد، خود باعث ایجاد ضرر دیگری می‌شود (همان، ص ۷) و براساس قاعده «الدلیلان اذا تعارضاً تساقطاً» خیار فسخ نیز ساقط خواهد شد.

(ب) برخلاف دلیل پیش‌گفته که در عالم ثبوت حکم به انتفای خیار صادر می‌نمود، ممکن است در عالم اثبات نیز قائل به این مهم شد که کسی که از اعمال خیار خود با علم به وجود آن و تحقق شرایط برای مدت متناهی امتناع می‌ورزد این امر حاکی از رضایت وی به عقد خواهد بود؛ به‌خصوص در مواردی که متعهد به عدم توانایی خود به اجرای عقد اذعان داشته و از متعهدله ذی‌الخیار تقاضای اعمال خیار و برون‌رفت از شرایط قراردادی را داشته باشد.

(ج) همچنین ممکن است براساس قاعده اقدام گفته شود زمانی که صاحب حق از اعمال حق خویش امتناع می‌ورزد و بر این اساس به دنبال برتری خویش در روابط قراردادی است، به زیان خود عمل کرده و با فوت وقت حق خویش را زائل ساخته است (ایران‌پور، ۱۳۹۰، ص ۱۷۱).

بر این اساس، در صورتی که متعهدله در اثر عدم اجرای تعهد از سوی متعهد مستحق فسخ قرارداد شود، نمی‌تواند به استناد ذی‌حقی خود حق فسخ را برای مدتی به تأخیر اندازد که طرف دیگر قرارداد از این موضوع زیان ببیند و به استناد اقدام متعهد بر اثر عدم انجام تعهد، زیان وارده را متوجه او نماید. بلکه



متعهدله مکلف است حق خود را در مدت متعارفی اعمال کند و به وضعیت زیان‌بار قراردادی خاتمه دهد. این موضوع خصوصاً زمانی اهمیت می‌یابد که تا پیش از فسخ، متعهد موظف به پرداخت روزانه خسارت تأخیر است و این به تعویق انداختن اعمال حق فسخ او را مکلف به پرداخت خسارت قابل توجهی می‌کند.

۴.۲. تقلیل خسارات

یکی از تکالیفی که در صورت نقض قرارداد برعهده متعهدله قرار می‌گیرد تلاش به منظور تقلیل و کاهش خساراتی است که در نتیجه عدم انجام تعهد از سوی متعهد ممکن است به وی تحمیل شود. در صورت ورود خسارت، زیان‌دیده موظف است در جهت کاهش این خسارت تلاش معقولی مبذول دارد؛ در غیر این صورت نمی‌تواند تمامی خسارت وارده را مطالبه کند. این مسئله به قاعده «تقلیل خسارت» معروف است (شعاریان و مولایی، ۱۳۹۲، ص ۳۶). به عبارت دیگر، می‌توان گفت هر شخصی که با حسن نیت به انعقاد قراردادی مبادرت کرده است نباید منتظر بماند تا طرف مقابل قرارداد را نقض کند و از این رهگذر خسارت گزافی به او وارد آورد، بلکه باید با اقدامات و تدابیر متعارف جلو بروز ضرر را بگیرد یا دست‌کم میزان آن را کاهش دهد (ابهری و کاویار، ۱۳۹۲، ص ۷۹؛ Reifegerste et al., 2004, p. 182)، وگرنه به میزانی که در این راستا قصور کرده مستحق جبران خسارت نخواهد بود.

هرچند در حقوق ایران به صراحت تعریفی از این قاعده به عمل نیامده، بعضی از مواد از جمله ماده ۱۵ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ را می‌توان نمونه‌ای از آن دانست.^۱ از منظر فقهی نیز قواعد لاضرر به نوعی مؤید تقلیل خسارت بود (محقق داماد و جعفری خسروآبادی، ۱۳۸۹ ص ۱۰۳) و قواعدی چون تحذیر و اقدام نتایجی مشابه آن به همراه دارند (مهتاب‌پور، ۱۳۹۴، ص ۸۰). همچنین شاید بتوان بند سوم ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی را نیز مصداقی از تقلیل خسارت به شمار آورد.

افزون بر قوانین، بعضی اصول حقوقی و اقتصادی مؤید وجود این تعهد است. اصل کارائی اقتصادی یکی از این اصول است (ابهری و کاویار، ۱۳۹۲، ص ۸۲). توجیه اقتصادی یک رابطه حقوقی مانع از آن است که طرفین اجازه دهند از رهگذر نقض قرارداد خسارت زیادی به بار آید. خصوصاً در صورتی که با اقدام یکی از طرفین از جمله متعهدله امکان تقلیل آن وجود داشته باشد. هرچه خسارت کمتری وارد شود، هم عامل زیان برای جبران خسارت به مشقت کمتری می‌افتد و در نتیجه هزینه کمتری تحمل می‌کند و هم زیان‌دیده، در کنار تحمل خسارتی کمتر، با خطر زیاد اعسار طرف مقابل مواجه نخواهد شد. همین توجه به جنبه اقتصادی است که لزوم اجرای قاعده تقلیل خسارت را بیشتر می‌سازد (صمدی، ۱۳۹۹، ص ۸۹).

افزون‌براین، با توجه به لزوم وجود رابطه سببیت در خصوص جبران زیان، اگر متعهدله با وجود توانایی جلوگیری یا تقلیل خسارت از این کار سر باز زند نمی‌توان متعهد را موظف به جبران کلیه خسارت

۱. ماده ۱۵ قانون بیمه: «بیمه‌گذار باید برای جلوگیری از خسارت، مراقبتی را که عادتاً هرکس از مال خود می‌نماید نسبت به موضوع بیمه نیز بنماید و در صورت نزدیک شدن حادثه یا وقوع آن اقداماتی را که برای جلوگیری از سرایت یا توسعه خسارت لازم می‌بیند به عمل آورد.»



وارد شده بدانند؛ چراکه بخشی از آن ناشی از اقدام یا عدم اقدام خود او بوده است (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹، ص ۱۹۳).

همچنین، در خصوص قرارداد میان متصدی حمل و صاحب کالا یا مسافر، در صورت نقض قرارداد از طرف متصدی طرف دیگر باید با اقدامات لازم تا حد امکان خسارت وارد شده به خود را کاهش دهد (شعاریان و مولایی، ۱۳۹۲، ص ۴۰).

البته باید به این نکته توجه داشت که تعهد زیان‌دیده به تقلیل خسارت از نوع تعهد به وسیله است و او فقط موظف است اقدامات معقول برای جلوگیری از خسارت را انجام دهد، آن‌هم در صورتی که امکان این اقدامات وجود داشته باشد. در غیر این صورت، مسئولیتی بر عهده او نیست و می‌تواند تمامی خسارات وارد شده را مطالبه کند (همان، ص ۴۵).

۳. در صورت عقیم‌شدن قرارداد^۱

عقیم‌شدن قرارداد به معنای عدم امکان اجرای آن است (عسگری و احتشامی، ۱۳۹۵، ص ۱۷۳) این موضوع گاه با تمهیداتی از سوی طرفین به خصوص از سوی متعهده قرارداد قابل رفع است. بنابراین شخص یاد شده نسبت به انجام این اقدامات به منظور برون‌رفت قرارداد از بن‌بست حادث مسئولیت دارد.

۱-۳. مذاکره مجدد

گاه اجرای قرارداد، به علت بروز حوادث اقتصادی، مالی، حقوقی یا فنی که در زمان انعقاد قرارداد به طور مشخص قابل پیش‌بینی نبوده است، با مشکل مواجه می‌شود. حدوث چنین وقایعی به عنوان «دشواری»^۲ یا عسر و حرج در اجرای قرارداد شناخته می‌شود (UNCITRAL, 1988). مذاکره مجدد و در صورت امکان بازنگری در قرارداد مطابق با شرایط جدید (Rimke, 1999, P.197-243) یکی از مسئولیت‌های متعهده در صورت حدوث شرایط دشواری در اجرای قرارداد است که ممکن است با رعایت شرایطی به تعدیل مفاد آن منجر شود (Unidroit, 2010, Article 6.2.2).

در صورتی که حدوث شرایط و افزایش هزینه‌ها یا کاهش منافع به هر ترتیب در زمان انعقاد قرارداد برای متعهد قابل پیش‌بینی باشد، الزامی به مذاکره مجدد برای متعهده به وجود نخواهد آمد، چراکه این تغییر در شرایط به انگیزه مشترک و هدف غایی انعقاد قرارداد خللی وارد نمی‌آورد تا لازم باشد از طریق مذاکره مجدد جبران شود (Unidroit, 2010, Article 6.2.3).

شرط دیگر الزام متعهده به مذاکره مجدد این است که حدوث شرایط دشواری خارج از حیطه اراده متعهد باشد یا متعهد نتواند از آن جلوگیری کند. در غیر این صورت، براساس قاعده اقدام، متعهد زیان ناشی از شرایط دشواری را به دوش خواهد کشید (ibid).

1. Frustration

2. Hardship.



همچنین، در صورتی که متعهد ضمن قرارداد خطر ناشی از شرایط دشواری را پذیرفته باشد، الزامی برای متعهدله در مذاکره مجدد وجود نخواهد داشت. پذیرش خطر ناشی از شرایط دشواری لزوماً نیازمند تصریح در قرارداد نیست، بلکه گاه ماهیت و طبیعت قرارداد اقتضای پذیرش چنین خطری را دارد. الزام متعهدله به مذاکره مجدد را نباید منحصر در برگزاری جلسه و صرف مذاکره دانست؛ بلکه به منظور صیانت از موقعیت قراردادی که حاصل توافق طرفین برای اجرای تعهدات است و با عنایت به اصل مهم منع سوءاستفاده از حق که از آثاری مشابه اصل حسن نیت در حقوق ایران برخوردار است، باید مذاکره مجدد را مستلزم دو تعهد برای متعهدله دانست: نخست این که متعهدله مکلف است با متعهد ملاقات کند یا ترتیبی را فراهم آورد که بتوان به آن عنوان مذاکره را نهاد. دیگر و مهم تر آن که متعهدله موظف است با رعایت حسن نیت (Norbert, 1985, P.188) و به قصد برطرف شدن شرایط دشواری و عدم توازن قراردادی با توجه به اوضاع و احوال پیش آمده و به صورت واقع بینانه و جدی به مذاکره بپردازد (Berger, 2003, P.1367).

هر چند مذاکره مجدد به طور صریح در حقوق ایران پیش بینی نشده، نتیجه آن، که همان بازنگری شرایط قراردادی است، با «تعدیل» که در حقوق ایران دارای جایگاه است مشابهت دارد. تعدیل به معنای تغییر در شرایط و مفاد قرارداد با هدف تطبیق آن با خواست و اراده جدید طرفین یا ضرورت های اجتماعی و اقتصادی است (شقایق، ۱۳۷۶، ص ۱۴۹). هر چند اینجا مجالی برای پرداختن به مبانی تعدیل در حقوق ایران نیست، به طور خلاصه می توان نفی عسر و حرج، شرط ضمنی و غبن حادث را از مبانی آن در نظر گرفت (یوسف زاده و همکاران، ۱۳۹۷). هرگاه حادثه ای باعث عقیم شدن یا دشواری انجام قرارداد از سوی متعهد شود، با توجه به مبانی گفته شده و در راستای حسن نیت، می توان تعدیل قرارداد که نتیجه مذاکره مجدد طرفین قرارداد است را بر عهده آن ها گذاشت. هر چند، شاید اطلاق واژه «تکلیف» در این خصوص با اندکی مسامحه همراه باشد و از منظر قانونی نتوان متعهدله را به این موضوع الزام کرد، مصالح موجود در این اقدام و نیز رعایت صرفه اقتصادی قرارداد^۱ عاملی در جهت توجه هر چه بیشتر به این تکلیف خواهد بود.

۲-۳. اعمال به هنگام حق فسخ

مطابق ماده ۲۲۱ قانون مدنی،^۲ صرف اثبات عدم انجام تعهدات قراردادی مسئولیت متعهد را در پی خواهد داشت؛ اما، در صورت اختلاف در خصوص میزان خسارت، دادرس با بررسی اوضاع و احوال خسارت را برآورد خواهد کرد.

۱. در بعضی موارد اصلاح یک قرارداد و تعدیل آن با هزینه کمتری به نسبت انعقاد مجدد آن و از سرگیری مذاکرات با شخصی ثالث همراه است و از این منظر به نظر می رسد تعدیل قرارداد با کارایی اقتصادی بیشتری نیز همراه باشد.

۲. ماده ۲۲۱ قانون مدنی: «اگر کسی تعهد به اقدام امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است.»



با وجود این، گاه برای جلوگیری از بروز اختلاف درخصوص میزان خسارت و تسریع در جبران آن، برای عدول متعهد از تعهدات قراردادی، وجه التزام تعیین می‌شود (اسکینی، ۱۳۶۷، ص ۴۴).

با استناد به ماده ۲۳۰ قانون مدنی،^۱ در حقوق ایران امکان تعدیل وجه التزام به‌طور کلی وجود ندارد (برزگر صمغ‌آبادی، ۱۳۸۷، ص ۱۲۸). با وجود این، وجه التزام به دنبال جبران خسارت وارد شده به متعهدله ناشی از عدم انجام تعهد است، اما متعهدله می‌تواند با اعمال حق فسخ خویش از موقعیت زیان‌بار قراردادی رهایی یابد و از ورود خسارت مضاعف به خویش جلوگیری کند.

به بیان دیگر، مطالبه وجه التزام از تاریخ ایجاد حق فسخ برای متعهدله سوءاستفاده از حقی است که به‌موجب قرارداد برای متعهدله ایجاد شده است. از سوی دیگر، می‌توان گفت شرط وجه التزام در قرارداد مقید به زمان است و با ایجاد حق فسخ پایان می‌پذیرد؛ بنابراین، از این تاریخ، متعهدله می‌تواند با اعمال حق فسخ از موقعیت زیان‌بار قراردادی رهایی یابد یا با پذیرش این موقعیت و عدم فسخ قرارداد الزام به انجام تعهد اصلی را مطالبه کند.

یکی از مواردی که ممکن است به‌موجب آن این تعهد متعهدله اهمیت بیشتری یابد، پیش‌بینی نقض قرارداد از سوی طرف مقابل است. این مسئله به این معنا است که یکی از طرفین پیش از رسیدن موعد انجام تعهد اطمینان می‌یابد که طرف مقابل بنا به عللی قادر به انجام تعهد خود نیست (رفیعی و حسینی، ۱۳۹۱، ص ۴۴). در این فرض، شخص گفته‌شده باید با اعمال به‌موقع حق فسخ خود از بروز زیان علی‌حده جلوگیری کند. هرچند این تعهد برای هر دو طرف قرارداد وجود دارد، شاید درصد بروز آن برای متعهدله بیشتر باشد. این موضوع در ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز مورد اشاره قرار گرفته است.

هرچند این قاعده به‌طور شفاف در حقوق ایران پیش‌بینی نشده است، به‌نظر می‌رسد اعمال آن منافاتی با مبانی حقوقی و فقهی نداشته باشد. همان‌گونه که بعضی از نویسندگان قاعده لاضرر را همسو با این موضوع می‌دانند (صفایی و عسگری، ۱۳۹۳، ص ۱۰). همچنین، قاعده رفع ضرر محتمل نیز ممکن است در این خصوص کارایی داشته باشد (همان). به‌موجب این قاعده، هرگاه انسان احتمال وقوع ضرر را بدهد یا مقتضی ورود آن وجود داشته باشد، به حکم عقل باید آن را دفع و از آن جلوگیری کند (لطفی، ۱۳۹۱، ص ۲۰۹).

نتیجه‌گیری

اساس شکل‌گیری قرارداد توافق اراده اشخاص برای نیل به هدفی مشخص است. به بیان دیگر، انسان‌ها به‌منظور هم‌افزایی توان خود وارد رابطه قراردادی با دیگران می‌شوند تا با کمک هم بتوانند نیازهای خود را به بهترین شکل برطرف سازند و نتیجه‌ای مطلوب به‌دست آورند. بنابراین، انجام کامل و صحیح قرارداد اصولاً باعث تحقق منافع هر دو طرف می‌شود. به همین علت، همکاری آن‌ها با یکدیگر برای نیل به این

۱. ماده ۲۳۰ قانون مدنی درخصوص وجه التزام مقرر می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند.»



هدف ضروری است. از این رو، متعهدله نیز نقشی فعال ایفا می‌کند و مانند متعهد تکالیفی را برعهده دارد تا مفاد قرارداد چنان‌که طرفین آن خواسته‌اند و نفع اجتماعی اقتضا می‌کند اجرایی شود. این موضوع از منظر اقتصادی نیز حائز اهمیت است و طرفین را با صرف هزینه‌ای کمتر به اهداف خود می‌رساند. تکالیف متعهدله در سه مقطع زمانی متصور است:

الف) در مرحله اجرای قرارداد متعهدله مکلف به ارائه اطلاعات، مطالبه تعهد، بازرسی تعهد و پذیرش آن است.

ب) در صورت نقض قرارداد، متعهدله اولویت الزام و مذاکره دوستانه و در صورت نگرفتن نتیجه، اعمال به موقع حق فسخ و تلاش به منظور تقلیل خسارات ناشی از نقض قرارداد را برعهده دارد.

ج) در صورت عقیم شدن قرارداد، متعهدله مکلف به انجام مذاکره مجدد یا در نهایت فسخ قرارداد است. هرچند بعضی از این موارد در حقوق ایران صراحتاً پیش‌بینی نشده، ولی برای دستیابی به هدف غایی قرارداد و نیز کارایی اقتصادی لازم است به آن‌ها توجه شود. اگرچه طرفین به موجب قرارداد ممکن است به غرض اصلی خود نرسند، اعمال بسیاری از این موارد از ورود ضرر گزاف به هر دو جلوگیری می‌کند و زمینه را برای پیشبرد اهداف قراردادی به وسایل دیگر مانند فسخ به موقع قراردادی که دیگر امکان اجرای آن وجود ندارد و انعقاد قراردادی دیگر فراهم می‌سازد. رویه قضایی در این خصوص نقش مهمی را ایفا می‌نماید.

منابع

ابه‌ری، حمید و کاویار، حسین (۱۳۹۲). «نظریه تقلیل خسارت در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران». دانش حقوق مدنی، سال دوم، شماره ۱، ص ۷۹-۹۴.

ارسطا، محمدجواد (۱۳۸۱). «بازفروش کالا». پژوهشنامه حکمت و فلسفه اسلامی، شماره ۳ و ۴، ص ۹۲-۱۱۷.

اسکینی، ربیعا (۱۳۶۷). «وجه التزام در قراردادهای تجاری بین‌المللی». مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۹، ص ۴۱-۸۸. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین (۱۳۹۱). «حق فروشنده در مطابق کردن کالا با قرارداد-مطالعه تطبیقی در کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا وین ۱۹۸۰، حقوق انگلیس و حقوق ایران». نامه مفید، شماره ۹۱، ص ۱۱۱-۱۲۶.

اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین و زارعی، رضا (۱۳۸۹). «حق بازفروش کالا مطالعه تطبیقی». فصلنامه پژوهشگاه بازرگانی، شماره ۵۷، ص ۱۸۳-۲۰۷.

اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین و محمدزاده، علی (۱۳۸۷). «بررسی تطبیقی حق درخواست تعمیر کالا از سوی خریدار در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران». پژوهشنامه بازرگانی، دوره ۱۳، شماره ۴۹، ص ۱۲۱-۱۴۴.

اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۹). حاشیه کتاب مکاسب، جلد ۱. ذواق‌ری.

اصفهانی، محمدحسین (بی‌تا). حاشیه کتاب مکاسب، جلد ۵. بی‌جا.

ایران پور، فرهاد (۱۳۹۰). نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.



- باریکلو، علیرضا و خزائی، علی (۱۳۹۰). «اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره پیش‌قراردی؛ با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه». مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۶، ص ۵۳-۸۸.
- برزگر صمغ‌آبادی، اکبر (۱۳۸۷). «تعدیل وجه التزام در حقوق ایران، مصر و انگلستان». نشریه گواه، شماره ۱۲، ص ۱۲۸-۱۳۲.
- جنیدی، لعلیا (۱۳۸۱). «مطالعه تطبیقی تعهد به دادن اطلاعات با تأکید بر نظام‌های کامن‌لا». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۵۶، ص ۴۸-۱۱.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۶۸). کتاب البیع، جلد ۵. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خندانی، پدram و خاکباز، محمد (۱۳۹۲). «تفسیر نظریه عدالت معاوضی در قلمرو قراردادها». مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸، ص ۸۴-۶۹.
- دیمتو، لاری. ای؛ لوسین جی. دووگ؛ استفانی گرین؛ ویرجینیا جی. مائورر؛ ماریسا آنه پا گناتارو (۱۳۸۷). «تعهدات خریدار در بیع بین‌المللی (مطالعه‌ای تحلیلی در رویه قضایی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا)». مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۸، ص ۲۳۲-۱۹۹.
- رفیعی، محمدتقی و حسینی، منصوره (۱۳۹۱). «بررسی تطبیقی ضمانت‌های اجرایی نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق ایران». مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۴، ص ۶۴-۴۱.
- شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۰). «تعهد همکاری متعهدله در اجرای قرارداد». مجله حقوق خصوصی، دوره ۸، شماره ۱۸، ص ۱۰۹-۱۳۸.
- شعاریان، ابراهیم و رحیمی، فرشاد (۱۳۹۳). «بازرسی کالا و اخطار عدم انطباق آن در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران». پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۸۳، ص ۹۸-۷۵.
- شعاریان، ابراهیم و مولانی، یوسف (۱۳۹۲). «شرایط و موانع اعمال قاعده تقلیل خسارت». پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ۳، ص ۶۴-۳۵.
- شقایب، محمدرضا (۱۳۷۶). بررسی تطبیقی تغییر اوضاع و احوال در قراردادها. تهران: انتشارات ققنوس.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸ الف). حقوق مدنی ۳. تهران: انتشارات مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸ ب). سقوط تعهدات. تهران: انتشارات مجد.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۷). «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران». مجله مجتمع عالی قم، سال اول، شماره ۱، ص ۷۲-۴۹.
- صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۸). «حق فسخ با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴، ص ۳۱۴-۲۹۷.
- صفایی، حسین (۱۳۸۹). قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲. تهران: نشر میزان.
- صفایی، حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۸۹). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد). تهران: انتشارات سمت.
- صفایی، حسین و الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۹). «اجرای اجباری عین تعهد و تقدّم آن بر حق فسخ قرارداد». نامه مفید، دوره ۱۶، شماره ۷۹، ص ۶۲-۴۳.
- صفایی، حسین، عسگری، جعفر (۱۳۹۳). «نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در فقه و حقوق ایران با نگاهی به نظام کامن‌لا و کنوانسیون وین ۱۹۸۰». پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۴۰، ص ۲۸-۵.
- صمدی، افروز (۱۳۹۹). قلمرو ضمان قهری در حقوق ایران و فرانسه. رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.



- عدل، مصطفی (۱۳۸۹). حقوق مدنی. تهران: انتشارات خرسندی.
- عرفانی، محمود (۱۳۷۸). «طرق جایگزین حل و فصل دعاوی در حقوق تجارت». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۳، ص ۲۱-۳۶.
- عسکری، سامان و احتشامی، سامان (۱۳۹۵). «مقایسه نظریه عقیم‌شدن قرارداد با نظریات قوه قاهره، تغییر اوضاع و احوال و دشواری اجرای قرارداد». مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۸، شماره ۱۴، ص ۱۷۳-۱۹۴.
- قاسمی حامد، عباس (۱۳۹۳). «غیرحرفه‌ای، متعهدله ارائه اطلاعات در حقوق فرانسه». نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۱، ص ۲۲۹-۲۴۴.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱. تهران: شرکت سهامی عام انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳. تهران: شرکت سهامی عام انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). دوره عقود معین، جلد ۴. تهران: شرکت سهامی عام انتشار.
- گندمکار، رضا حسین (۱۳۹۸). «بررسی تطبیقی مطالبه اجرای تعهد در حقوق ایران (اسلام)، فرانسه و انگلیس». پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۶، شماره ۲، ص ۱۵۵-۱۸۲.
- لطفی، اسدالله (۱۳۹۱). «قاعده وجوب دفع ضرر محتمل و کاربرد آن در قانون آیین دادرسی مدنی». دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۹، ص ۲۰۵-۲۳۴.
- محقق داماد، مصطفی و جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۸۹). «بررسی قاعده مقابله با خسارت بر اساس فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران». فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۴۳، شماره ۲، ص ۱۱۸-۱۰۳.
- ملک‌پور، ملک رضا (۱۳۷۹). «بازرسی کالا و اینکوترمز ۲۰۰۰». تازه‌های اقتصاد، شماره ۹۰، ص ۶۱-۶۲.
- مهتاب‌پور، محمدکاظم (۱۳۹۴). مبنا و ماهیت تکالیف متعهدله در اجرای قرارداد. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق اسناد و قراردادهای تجاری، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
- یوسف‌زاده، احمد، سخنور، مهدی و رستم‌زاده اصلی، سروش (۱۳۹۷). «تعدیل قضایی قرارداد بر مبنای عدم تعادل اقتصادی آن در حقوق ایران، حقوق آمریکا و اسناد بین‌المللی». دانش حقوق مدنی، دوره ۷، شماره ۲، ص ۶۴-۷۵.
- Berger, Klaus Peter (2003). "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36, 1347-1380.
- Butler, A. E. (2007). *A principle guide to the CISG: negotiations through litigation*. Aspen Publishers.
- Collins, H. (1992). "Implied Duty to Give Information During Performance of Contracts". *Modern Law Review*, 55, 556-562.
- Eisenberg, M. A. (2002). "The Duty to Rescue in Contract Law". *Fordham Law Review*, 71, 647-694.
- Norbert, H. (1985). "Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce". available on: https://www.trans-lex.org/130400/_/horn-norbert-procedures-of-contract-adaptation-and-renegotiation-in-international-commerce-in:-horn-adaptation-and-renegotiation-of-contracts-in-international-trade-and-finance-antwerp-boston-london-frankfurt-am-1985-at-173-et-seq/, (last visited: 2020.07.05).



- Reifegerste, S., & Weiszberg, G. (2004). "Obligation de minimizer le dommage et "raisonnable" en droit de commerce international". *Int'l Bus. LJ*, 181.
- Rimke, J. (1999). Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer.
- Stone, B. (2015). "Contracts for the international sale of goods: the convention and the code". *Michigan State International Law Review*, 23, 753-821.
- UNCITRAL (1988). *Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works*. Exemption Clauses, No. 1, 12, Chapter XXII. available on: https://www.trans-lex.org/790100/_/uncitral-legal-guide-on-drawing-up-international-contracts-for-the-construction-of-industrial-works-exemption-clauses-no-1-12/, last visited 2019.07.04.
- Unidroit Principles of International Commercial Contracts (2010). available on: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>, last visited 2019.07.05.

امکان سنجی مطالبه قیمت افزایش یافته مبیع از بايع فضولی با توجه به رویه قضائی

عباس میرشکاری^۱، فاطمه سادات حسینی^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۶

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۱

چکیده

ضمان درک فروشنده فضولی را مسئول استرداد ثمن به خریدار و در صورت جهل او، جبران خسارت ناشی از آن می‌کند. خریدار در این معامله ممکن است، با رجوع مالک، زیان‌هایی در ارتباط با بازگرداندن مال به مالک اصلی آن متحمل شود که می‌تواند به قائم مقامی او، برای مطالبه آنچه پرداخته، به فروشنده رجوع کند. علاوه بر این، ممکن است رأساً زیان ببیند؛ برای نمونه، آنجا که برای انجام معامله هزینه کرده است. در این صورت، می‌تواند به اصالت از فروشنده خساراتش را مطالبه کند. در این میان، یکی از مصادیق ضررهای خریدار مال فضولی، کاهش ارزش ثمنی است که به فروشنده داده و اینک به او مسترد می‌شود. پرسش اصلی این است که آیا خریدار می‌تواند تعدیل ثمن را به نرخ روز بخواهد یا خیر؟ در پذیرش این زیان، به منزله زیان قابل مطالبه، فراز و نشیب وجود دارد و در نهایت، با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳، اصل موضوع یعنی تلقی کاهش ارزش ثمن به منزله زیان قابل مطالبه مورد توافق قرار می‌گیرد. با این حال، اختلاف در این است که افزایش قیمت مبیع باید معیار محاسبه خسارت باشد یا آنکه ثمن باید به نرخ روز و براساس شاخص بانک مرکزی حساب شود. در ضابطه اول، تفاوت قیمت مبیع با مثل خودش محاسبه می‌شود، از این رو واقعی‌تر است. اما در ضابطه دوم، شاخص قیمت براساس سایر کالاها مشخص می‌شود که در نتیجه جبران خسارت دقیق نخواهد بود. در این مقاله، مسئولیت فروشنده با تأکید بر امکان اعمال ضابطه نخست بررسی خواهد شد.

واژگان کلیدی: ضمان درک، غرامت، کاهش ارزش ثمن، افزایش قیمت مبیع

۱. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ایران؛ mirshekariabbas1@ut.ac.ir

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ایران (نویسنده مسئول)؛ Hosseini.fatemesadat@yahoo.com



مقدمه

یکی از آثار قرارداد بیع این است که فروشنده ضامن درک مبیع می‌شود (ماده ۳۶۲ ق.م.ا)، یعنی در صورتی که مبیع از آن دیگری بوده و بیع فضولی به‌شمار آید، وی می‌باید ثمن دریافتی را مسترد دارد. در این حکم، تفاوتی میان علم و جهل خریدار نیست. افزون بر این، باید از عهده غراماتی که به خریدار وارد شده برآید؛ البته به شرط آن که خریدار نسبت به استحقاق دیگری به مبیع جاهل باشد. در این باره ماده ۳۹۱ ق.م.ا مقرر می‌دارد: «در صورت مستحق للغير برآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید». اینک، پرسش این است که آیا پرداخت ثمن دریافت‌شده برای برائت فروشنده کافی است یا آن که وی مکلف است ثمن دریافت‌شده را به نرخ روز به خریدار مسترد کند؟ اگرچه کاهش ارزش پول و نیز استفاده فروشنده از ثمن لزوم محاسبه آن را به نرخ روز توجیه می‌کند، با این حال، دادگاه‌ها کمتر به این باور گرایش داشتند تا این که به تازگی هیئت عمومی دیوان عالی کشور با صدور یک رأی وحدت رویه مقرر داشت: «چون ثمن در اختیار بایع بوده است، در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بایع قانوناً ملزم به جبران آن است...». آنچه موضوع اصلی این مقاله است امکان مطالبه کاهش ارزش ثمن و ضابطه محاسبه آن است؛ مطالعه این موضوع به‌ویژه در شرایط روز جامعه که قیمت اجناس و املاک به‌شدت در نوسان است و گاهی روزانه افزایش می‌یابد، بسیار اهمیت دارد. از این رو ابتدا مفهوم ضمان درک بیان می‌شود، در بند دوم جبران خسارت مالک برای حمایت از حق مالکیت او بحث می‌شود، سپس اثر ضمان درک و جبران خسارت خریدار و اقسام زیان قابل مطالبه مطالعه می‌شود و در پایان رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ و تحلیل آن ارائه می‌گردد.

۱. مفهوم ضمان درک

در نظام حقوقی ما، ضمان درک ویژه موردی است که مبیع یا جزیی از آن ملک دیگری درآید و او معامله را تنفیذ نکند. در این صورت، فروشنده باید ثمن را به خریدار مسترد کند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۲۳). به لحاظ حقوقی و با در نظر داشتن ویژگی‌های ضروری برای تحقق ضمان درک، می‌توان آن را به ملزم بودن فضول در عقد معوض به استرداد مالی که به ناروا از اصیل اخذ کرده تعریف کرد (محمدی، ۱۳۹۱، ص ۱۸۷). در حقیقت، در عقد بیع، علاوه بر این که بایع ضامن سلامت مبیع است و باید هر نوع خسارت ناشی از عیب و نقصان آن را جبران کند، متعهد است مبیع را در شرایطی به خریدار بفروشد که خالی از تعلق حق غیر به آن باشد. از این رو خریدار حق دارد، در صورت مستحق للغير بودن مبیع، علاوه بر مطالبه ثمن، در فرض جهل به استحقاق، خسارات و غرامات وارد بر خویش را بخواهد. بنابراین ضمان درک در فرضی مطرح است که بیع فضولی باشد و مالک معامله را تنفیذ نکند (نژادزمانی، ۱۳۸۹، ص ۳۸). به عبارت بهتر، وقتی معلوم می‌شود مبیع به دیگری تعلق داشته، درواقع اصلاً بیعی اتفاق نیفتاده است و آنچه انجام شده صورتی از بیع است که به دلیل تعلق آن به دیگری و عدم تنفیذ از سوی مالک اصلی



باطل شده است. بنابراین، می‌توان گفت قانون‌گذار در ماده ۳۶۲ قانون مدنی دو اشتباه مرتکب شده است؛ یکی این که در صدر ماده ضمان درک را از آثار بیع صحیح برشمرده که گفتیم این گونه نیست. دیگر آن که در بند دوم، عقد بیع را باعث ضمان درک دانسته است. این درحالی است که در ماده ۳۹۰ آمده: «اگر بعد از قبض ثمن مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير درآید، بایع ضامن است اگرچه تصریح به ضمان نشده باشد.» براساس این ماده حکم به ضمان بایع فضولی به موجب قانون و نه عقد بیع است. از بررسی سایر مواد قانون مدنی در باب معاملات فضولی، غصب، داراشدن بلاجهت و ایفای ناروا این نکته روشن می‌شود که قانون‌گذار، به جای وضع قواعد واحد، احکام آن را در مباحث پراکنده‌ای بیان کرده که فصل مشترک همه آن‌ها این است که الزام بایع فضولی به رد ثمن و غرامات الزامی قانونی است، نه قراردادی (محمدی، ۱۳۹۱، ص ۲۱۷). بنابراین حتی اگر در ماده مذکور ضمان مطرح نمی‌شد، از قواعد عمومی ضمان قهری مسئولیت بایع قابل استنباط بود. بنابراین، درست‌تر این بود که قانون مدنی ضمان درک را نتیجه فساد معامله و ناشی از حکم قانون بداند، نه از آثار بیع درست (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۲۳). حال اگر چنین بیعی نسبت به مال متعلق به غیر انجام شود و مبیع به قبض خریدار درآید، در صورت عدم تنفیذ مالک و مراجعه او به خریدار برای دریافت ملک و منافع آن باید دید وضع حقوقی خریدار، به خصوص زمانی که جاهل به فضولی بودن بیع بوده، چگونه خواهد شد؟ باین حال، پیش از آن، مناسب است درباره حقوق مالک و روش جبران خسارت او نیز اندکی بحث شود.

۲. جبران خسارات مالک

چنان که گفتیم، در صورتی که مبیع از آن دیگری باشد، اعتبار بیع منوط به تنفیذ مالک است.^۱ طبیعتاً، در فرضی که بیع توسط مالک تنفیذ نشود، معامله باطل خواهد بود. در این صورت، دغدغه اصلی حفظ حقوق مالک است. قانون مدنی، در راستای حمایت از حقوق مالک، به او اجازه داده تا هم به خریدار رجوع کند و هم به بایع فضولی. براساس ماده ۳۲۳ این قانون، «اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بخرد آن کس نیز ضامن است و مالک می‌تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هریک از بایع و مشتری رجوع کرده، عین و در صورت تلف شدن آن، مثل یا قیمت مال و همچنین، منافع آن را در هر حال مطالبه نماید». این حکم در ماده ۲۶۱ قانون مدنی، البته فقط در اندازه مسوولیت خریدار، تکرار شده است: «در صورتی که مبیع فضولی به تصرف مشتری داده شود، هرگاه معامله را اجازه نکرد مشتری به اصل مال و منافع مدتی که در تصرف او بوده ضامن است، اگرچه منافع را استیفا نکرده باشد و همچنین است نسبت به هر عیبی که در مدت تصرف مشتری حادث شده باشد». اگرچه ماده ۲۶۱ فقط درباره مسوولیت خریدار سخن گفته، می‌توان از آن برای رفع اجمال از ماده ۳۲۳ بهره برد: توضیح آن که در ماده ۳۲۳ از مسوولیت خریدار در برابر مالک به صورت مطلق سخن گفته شده، اما در ماده ۲۶۱ رجوع مالک به

۱. «معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولاین که صاحب مال باطناً راضی باشد. ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود، در این صورت معامله صحیح و نافذ می‌شود». ماده ۲۴۷ قانون مدنی



خریدار منوط به تصرف مبیع توسط خریدار شده است. به علاوه، در ماده ۳۲۳، اگرچه به امکان مطالبه منافع در هر حال تصریح شده، اما در ماده ۲۶۱ از واژه «در هر حال»، رفع اجمال شده و به مسئولیت خریدار درباره منافع «اگرچه منافع را استیفا نکرده باشد»، تصریح شده است. بدین ترتیب، خریدار و بایع در برابر مالک به صورت تضامنی مسئول خواهند بود. مالک نیز می‌تواند به هریک از این دو رجوع کند. بنابراین، با اختیاری که قانون‌گذار برای مالک به رسمیت شناخته و به او اجازه داده تا با مراجعه به خریدار و بایع خسارات خویش را جبران کند، دغدغه کمتری درباره حقوق او وجود خواهد داشت، اما موضوع درباره خریدار تا اندازه‌ای مبهم است.

۳. اثر ضمان درک؛ استرداد ثمن و جبران خسارات خریدار

به موجب ماده ۳۹۱ قانون مدنی، در صورت تعلق مبیع به غیر، بایع باید ثمن را به خریدار برگرداند و در این مورد تفاوتی میان خریدار عالم و جاهل نیست. در ماده ۳۹۲ نیز، بر همین مضمون تأکید شده است: «در مورد ماده قبل بایع باید از عهده تمام ثمنی که اخذ نموده است نسبت به کل یا بعض برآید اگرچه بعد از عقد بیع به علتی از علل در مبیع کسر قیمتی حاصل شده باشد».

همچنین، بر اثر معامله فضولی به خریدار خساراتی وارد می‌شود، از جمله این که مالک به او رجوع کرده و از او بابت عین یا منافع مال خسارت گرفته است، خریدار احتمالاً برای انجام معامله هزینه کرده و مهم‌تر از همه این‌ها از ارزش ثمنی که پرداخت کرده و اینک توسط بایع مسترد شده یا خواهد شد کاسته شده است. آیا او می‌تواند این خسارت‌ها را از بایع مطالبه کند؟ قانون مدنی ما پاسخ مثبت به این پرسش را به جهل خریدار مشروط کرده است. درواقع، اگر خریدار عالم به فضولی بودن بیع بوده باشد، خود به زیان خویش اقدام کرده و نمی‌تواند خواستار غرامت شود؛ اما اگر جاهل به واقعیت باشد، به او اجازه داده شده تا به بایع فضول رجوع کند. براساس ماده ۳۲۶ ق.م. «اگر عوضی که مشتری عالم بر غصب در صورت تلف مبیع به مالک داده است زیاد بر مقدار ثمن باشد به مقدار زیاده نمی‌تواند رجوع به بایع کند ولی نسبت به مقدار ثمن حق رجوع دارد». برای مثال می‌توان از دادنامه شماره ۸۹۹ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۲۹ صادره از سوی شعبه ۲۱۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران یاد کرد. در این رأی دادگاه عمل آگاهانه خواهان را در اخذ جواز و احداث بنا در مورد ملکی که پیش‌تر راجع به مالکیتش طرح دعوی شده و متنازع‌فیه است، اقدام به ضرر خود تلقی کرده و خسارات را از این بابت قابل مطالبه نمی‌داند و شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر نیز آن را تأیید می‌کند. بنابر آنچه گفته شد، باید ببینیم علاوه بر ثمن، که بایع در هر صورت مکلف به بازگرداندن آن است، کدام‌یک از زیان‌ها به عنوان غرامت قابل مطالبه خواهد بود. ماده ۳۹۱ قانون مدنی بایع را، علاوه بر استرداد ثمن، به پرداخت غرامت مشتری جاهل مکلف می‌کند. این موضوع در ماده ۲۶۳ در باب معاملات فضولی هم آمده و بایع فضولی به بازگردان ثمن و کلیه غرامات مشتری جاهل ملزم شده است. در ماده ۳۲۵، در باب غصب نیز، به مشتری جاهل به غصب

۱. تمام آرای مطرح در این مقاله از سایت پژوهشگاه قوه قضائیه آوره شده است؛ <http://www.ijri.ir>



اجازه داده شده نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند. بنابر این مواد، قانون‌گذار واژه غرامت و خسارت را درباره خریدار ناآگاه به تعلق مبیع به دیگری به کار برده، بدون این که معنا و مفهوم و حدود آن را مشخص کند. برخی از نویسندگان تلاش کرده‌اند، با توجه به معنای عرفی واژه غرامت، تا اندازه‌ای از مواد مورد بحث رفع ابهام کنند. برای نمونه، گفته شده که غرامت پولی است که عامل زیان در نهایت به زیان‌دیده می‌پردازد، اما خسارت آسیبی است که بر او وارد می‌شود و به سبب آن مطالبه غرامت می‌کند (چلکاسری و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۴۹). اما حقیقت این است که دو واژه خسارت و غرامت همپوشانی معنایی دارند، بنابراین بعید است که بتوان از طریق توجه به معنای دقیق هریک مراد قانون‌گذار را ترسیم کرد. درواقع، می‌توان گفت ضرر و زیان وارد بر خریدار ناآگاه به موجب مقررات مذکور باید جبران شود و اختلاف در دامنه این زیان‌ها و نه ضرورت جبران است.

۴. اقسام خسارات قابل مطالبه از سوی خریدار

مشتري جاهل می‌تواند هم بابت ثمنی که پیش از این به بایع داده و هم بابت خسارات به بایع رجوع کند. این خسارات قطعاً شامل خساراتی می‌شود که مشتري جاهل پس از رجوع مالک به وی پرداخت کرده است. درباره این دسته از خسارات، خریدار به قائم‌مقامی مالک به فروشنده رجوع می‌کند. قانون مدنی نیز، در فصل غصب، عمدتاً به این خسارات توجه کرده است. چنان‌که براساس ماده ۳۲۵ ق.م.: «اگر مشتري جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع کرده باشد او نیز می‌تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند، اگرچه مبیع نزد خود مشتري تلف شده باشد...».

به عبارت دیگر، در صورت عدم تنفیذ معامله فضولی از سوی مالک و در نتیجه بطلان بیع، مبیع متعلق به مالک اصلی است و ناروا در اختیار مشتري قرار دارد؛ از این رو مالک می‌تواند برای دریافت آن به مشتري مراجعه کند و در صورت موجود بودن عین مال، خود آن و در صورت تلف شدن، عوض آن (مثل یا قیمت) را از مشتري بگیرد. چنان‌چه عین مال دارای منافع و نمائاتی باشد، مالک به تبع عین حق مراجعه به مشتري را دارد. در این خصوص بین منافع مستوفات یا غیر آن تفاوتی نیست و خریدار ولو از مبیع بهره هم نبرده باشد باید عوض منافع را به مالک بازگرداند. به نظر می‌رسد، با توجه به آنچه گفته شد و با استناد به ماده ۳۲۵، در ضرورت جبران این خسارت از سوی بایع تردیدی نیست (شکاریان، ۱۳۹۵، ص ۱۴۸).

اگر مشتري بابت زیادی قیمت مبیع در زمان جبران غرامت مالک ناچار به پرداخت مبلغی بیش از ثمن باشد، می‌تواند این مابه‌التفاوت را نیز به قائم‌مقامی مالک از بایع بگیرد، چراکه مشتري تصور می‌کرده ملک بایع را می‌خرد، درحالی که ملک دیگری بوده و خریدار مغرور شده است و به استناد قاعده غرور می‌تواند این خسارت را مطالبه کند (محمدی، ۱۳۸۷، ص ۷۷). پس اگر خریدار مبیع و قیمت منافع یا افزایش قیمت مبیع در روز ادا به مالک را بپردازد، در صورت جاهل بودن به معامله فضولی امکان رجوع به بایع و اخذ ثمن و منافع را دارد. درواقع در این حالت جبران ضرر را به قائم‌مقامی از مالک اصلی تقاضا می‌کند.

اما دعوای خریدار برای مطالبه خساراتی که مستقیماً بر او وارد شده به اصالت است نه به قائم‌مقامی



از سوی مالک، زیرا او خساراتی که شخصاً تجربه کرده را مطالبه می‌کند. قانون مدنی در فصل ضمان درک عمدتاً به این نوع از خسارات توجه داشته است. به موجب ماده ۳۹۱ ق.م. «در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید». دامنه خساراتی که به مشتری جاهل وارد شده و آن‌ها را به اصالت مطالبه می‌کند روشن نیست. در غرامت دانستن برخی از این زیان‌ها تردیدی نیست و رویه قضائی و حقوق‌دانان در ضرورت جبران آن تردید نمی‌کنند. توضیح آن‌که برخی زیان‌ها مورد تنازع حقوق‌دانان قرار نگرفته و به عنوان قدر متیقن خسارت براساس قوانین مدنی و مسئولیت مدنی قابل جبران است. اما بخشی دیگر از زیان ناظر به تفاوت ارزش واقعی بهای ثمن در روز مطالبه از بایع فضولی با زمان انعقاد معامله است که ضرورت جبران آن مورد تردید رویه قضائی واقع شده و سرانجام به رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ دیوان عالی کشور منجر شده که همچنان اختلاف در ضابطه این محاسبه را حل نکرده است.

از جمله زیان‌هایی که به اصالت قابل مطالبه است، بحث زیادتی است که ممکن است از عمل مشتری در مبیع حاصل شود. توجه داشته باشیم که پس از بیع، خریدار جاهل به تصور این‌که صحیحاً مالک ملک شده است احتمال دارد هزینه‌هایی در آن انجام دهد؛ مثلاً عیوب آن را رفع کند، بازسازی کند، باغ را آباد کند و... . گرچه مشتری در این موارد بر فرض صحت بیع اقدام به این امور کرده، اما می‌دانیم خریدار در بیع فاسد در هر حال غاصب است و از بابت کاری که انجام داده نه می‌تواند اجرت بخواند و نه اضافه‌قیمتی که از این راه ایجاد شده به او می‌رسد. البته اگر افزوده‌ای که در نتیجه کار او به وجود آمده عین مستقل و جدای از مبیع باشد، به او تعلق دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۱۵).

همچنین، درخصوص جبران زیانی که در اثر هزینه‌های معامله بر خریدار وارد شده است تردیدی نیست و این دسته از خسارات به عنوان غرامت قابل مطالبه خواهد بود. برای مثال، شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۱۴۹ در تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۷ خسارت قابل مطالبه را شامل مخارج و خساراتی نظیر مخارج دلالی، تنظیم سند رسمی و امثال آن که مشتری در معامله متحمل می‌شود می‌داند و رأی دادگاه نخستین را در قسمتی که بایع را به پرداخت قیمت روز مبیع محکوم کرده بود نقض می‌کند. برخی از دادگاه‌ها، اگرچه خریدار را سزاوار مطالبه غرامت می‌دانند، غرامت را در محدودترین معنایش تفسیر می‌کنند، به نحوی که آن را فقط شامل هزینه‌هایی می‌دانند که خریدار برای انجام معامله و زیادت آن کرده است. از این رو، در امکان مطالبه ارزش کاسته شده از ثمن یا قیمت افزایش یافته مبیع اختلاف نظر وجود دارد.

۵. امکان مطالبه کاهش ارزش ثمن یا افزایش قیمت مبیع

علاوه بر زیان‌هایی که در بند پیشین به آن‌ها اشاره شد و تردیدی در ضرورت جبران آن‌ها وجود ندارد، مسئله مهمی که مطرح می‌شود امکان جبران کاهش ارزش ثمن یا مطالبه افزایش قیمت مبیع از فروشنده فضولی است. با توجه به شرایط روز جامعه و میزان تورم و کاهش ارزش پول، اگر بگوییم این موضوع مهم‌ترین مصداق زیان است،



گزاره نیست. با وجود این اهمیت در لزوم جبران این خسارت و بعدها بر سر معیار محاسبه آن، اختلاف نظر پدید آمده است. بررسی این مصداق از زیان موضوع مطالعه این بند است.

می توان گفت دو رویکرد در این خصوص وجود دارد: براساس یک دیدگاه، فقط هزینه هایی که خریدار برای معامله کرده قابل مطالبه است و بیش از آن، غرامتی قابل تصور نیست. برای مثال، این رویکرد را در دادنامه شماره ۵۴۷ در تاریخ ۹۱/۸/۲۴ صادره از شعبه ۱۰۸ دادگاه عمومی تهران می توان دید. در این رأی دادگاه، خواهان دعوا را مستحق دریافت ثمنی که به فروشنده پرداخته و غرامت وارد بر او که عبارت است از مخارجی که مشتری در معامله مربوط متحمل می شود، نظیر مخارج دلالی، باربری و امثال آن، می داند و شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر تهران در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۳۱ در تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰ این رأی را تأیید می کند.

طرف داران این رویکرد بر این نظرند که، در صورت مستحق للغير درآمدن مبیع، خریدار فقط حق دارد ثمنی را که به فروشنده پرداخت کرده مسترد کند، بدون آن که بتواند از بابت کاهش ارزش پولی که پرداخت کرده و در این مدت در اختیار فروشنده بوده خسارتی مطالبه کند. برای نمونه، در دادنامه شماره ۰۰۰۸۹ مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۰ صادره از شعبه ۱۹۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران بر این نکته تأکید می شود که افزایش و کاهش قیمت مبیع غرامت محسوب نمی شود.

دادگاه یادشده، در رأی مذکور که نهایتاً از سوی شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۴۰۰۵۹۳ در تاریخ ۱۳۹۳/۴/۳۰ تأیید می شود، درعین حال که معتقد است «در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید»، اما به صدور حکم به محکومیت خوانده به استرداد ثمن اکتفا کرده و درباره غرامات به بی حقی خواهان حکم می دهد، به این علت که «خواهان دلیلی بر ورود خسارت ارائه نکرده است و افزایش و کاهش قیمت مغازه هم غرامت به حساب نمی آید». با این حال، به نظر می رسد کاهش ارزش پول آن اندازه بدیهی و روشن است که با نگاهی به واقعیت های جامعه احراز می شود؛ از این رو، مشخص نیست دادگاه انتظار ارائه چه دلیلی از سوی خواهان برای اثبات ورود خسارت دارد. همچنین، این که دادگاه افزایش قیمت مغازه را غرامت نمی شمرد نیز، سخنی بدون دلیل و مستند است.

اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۱۷۹ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۵ درخصوص ثمن و غرامات در ضمان درک بایع بر این نظر است: «با توجه به مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی، در صورت مستحق للغير درآمدن کل یا بعض مبیع، بایع باید علاوه بر رد ثمن، چنانچه مشتری جاهل به فساد معامله باشد، غرامت وارده به او را نیز بپردازد. غرامت وارده به مشتری علی الاصول خسارات و مخارجی است که مشتری در معامله مربوط متحمل می شود نظیر مخارج دلالی و باربری و تعمیرات و امثال آن و شامل افزایش قیمت نمی گردد. درخصوص نظریات مختلفی که در مورد جبران ضرر و زیان وارده بر خریدار ابراز می گردد، علاوه بر آن که موضوع متنازع فیه، عقد بیع است و عقد بیع تابع مقررات قانون مدنی است، اصولاً خسارات موضوع مواد ۵۱۵ و ۵۲۲ ق.آ.د.م. ۱۳۷۹ فقط در محدوده همان مواردی که در این مقررات به آن اشاره



شده قابل بررسی است و هیچ‌یک از این موارد، غرامت مورد نظر ماده ۳۹۱ قانون مدنی نیست». این نظر شاید برای دهه‌های پیشین، که دست‌کم در مقایسه با وضعیت کنونی قیمت املاک در گذر زمان افزایش چشمگیری نداشت و ارزش پول کاهش چندانی نمی‌یافت، مناسب می‌نمود. آن زمان اگر دادگاهی خریدار را فقط مستحق استرداد ثمن قراردادی و عوض منافی می‌دانست که مالک از او گرفته بود، رأی صادره چندان ناعادلانه نبود؛ اما به تدریج و با افزایش چشمگیر ارزش اموال غیرمنقول که گاه در زمانی کوتاه افزایش چندبرابری قیمت‌ها را به همراه داشت، دیگر صرف صدور حکم به ثمن حین‌المعامله و خسارت مربوط به مقدمات معامله همچون تنظیم سند منصفانه به نظر نمی‌رسد (طهماسبی و شیرازی، ۱۳۹۸، ص ۲۴۸).

به علاوه، در این دیدگاه واقعیت‌های اقتصادی جامعه نادیده گرفته شده است. ضمن این‌که این دیدگاه با ظاهر ماده ۳۹۱ ق.م. نیز سازگار نیست. براساس این ماده، «در صورت مستحق للغير برآمدن کل یا بعض از مبيع، بايع بايد ثمن مبيع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بايع بايد از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید». واژه «غرامات وارده بر مشتری» مطلق است و طبیعتاً شامل زیان ناشی از کاهش ارزش پول نیز می‌شود.

درست‌تر آن است که خسارت ناشی از تغییر ارزش ثمن در زمان مطالبه با زمان معامله ارزیابی و جبران شود. درواقع، از ویژگی‌های بارز اقتصادی قرن اخیر، به‌ویژه در کشورهای درحال توسعه، وجود نرخ تورم‌های دو رقمی در مقاطع زمانی بلندمدت است و این موجب کاهش یافتن ارزش پول و پدیدارشدن مشکلات حقوقی و اقتصادی پیچیده‌ای در معاملات مدت‌دار و بدهی‌های معوقه شد (یوسفی، تابستان ۱۳۸۱، ص ۱۴۴). نمونه‌ای از این مشکلات در مورد تغییر فاحش ارزش املاک و ضرورت استرداد ثمن و غرامت حاصل از معامله فضولی برای خریدار جاهل به مستحق للغير بودن مبيع است. تصور کنید سال‌ها قبل خریدار ثمنی پرداخته که اگر معامله فضولی نمی‌بود، اینک مالک آن ملک بود. حال به علت فضولی بودن معامله باید عین و منافع آن را برگرداند و برای ثمن و غرامت به بايع رجوع کند. میزان ثمنی که در قرارداد بوده امروز ارزشی ندارد و افزایش قیمت مبيع باعث شده شخص مذکور با ثمن معامله حتی نتواند بخشی از آن را تهیه کند. به نظر می‌رسد تلقی این امر به منزله ضرر امری دور از ذهن نیست. واقعیت آن است که وقتی مردم پیش‌بینی می‌کنند که قیمت‌ها افزایش و ارزش پول آن‌ها کاهش می‌یابد، به‌منظور حفظ ارزش پول و جلوگیری از کاهش دارایی خود دست به اقداماتی نظیر خریدن ملک می‌زنند. این اقدامات از سوی عرف عقلاً تأیید می‌شود و به‌راستی زیان است.

این رویکرد، با توجه به قواعد نظام حقوقی اسلام نیز، تأییدشدنی است. درواقع دین اسلام، درحکم آخرین شریعت، در همه زمان‌ها و مکان‌ها پاسخ‌گوی نیازها و ضامن سعادت دنیا و آخرت بشر است، چراکه به اصولی ثابت، مطابق فطرت بشر و بدیهات عقلی دعوت می‌کند که باید برطبق شرایط و اوضاع و احوال مختلف زمانی و مکانی تفسیر شوند و حکم موارد جزئی متغیر با ارجاع به اصل مربوط به آن معلوم شود. بدین جهت فقه، در هر عصر، توان رهبری جامعه بشری را دارد و برای همگامی با رویدادهای نوین زندگی و پاسخ به نیازهای



جدید، در پرتو اجتهاد، قادر به هماهنگی شرع با مقتضیات زمان است و امکان حیات به آن می‌بخشد (فیض و حسینی سمنانی، ۱۳۸۷، ص ۹۸). از جمله شرایطی که در پویایی فقه حضور در زمان و رویارویی با حوادث واقع شده در قلمرو روابط مختلف اجتماعی است تا فقیه بتواند با فراست، تمام سؤالات عصر خود را دریابد و با عرضه کردن آن بر اصول و ضوابط شریعت، پاسخ مناسب را بیابد، چنان‌که امام صادق (ع) نیز فرموده‌اند: «برماست که اصول را به شما برسانیم و وظیفه شماست که فروع تازه را به اصول یا فقه بازگردانید.» (حرعاملی، ۱۴۰۳، ق، ص ۱۸، ۴۱) بنابراین باید از قواعد فقهی چنان بهره گرفت که مصادیق مسلم زیان از جمله موضوع بحث بدون جبران باقی نماند.

در این موضوع، از یک سو می‌توان گفت اضافه ارزش ثمن منفعتی تبعی و ممکن‌الحصول است که بعد از قرارداد به صورت تدریجی و بدون دخالت بایع ایجاد می‌شود و در زمان کشف فضولی بودن معامله، اغلب این منفعت برای ثمن حاصل شده است. در بیع فضولی، به این علت که ثمن از ملکیت مشتری خارج نمی‌شود، منافع آن نیز برای مشتری باقی می‌ماند و تملک آن توسط فضول بدون سبب و مشمول آیه شریفه «لا تأکلوا اموالکم بالباطل» است. از این رو، در صورت جهل مشتری، فضول باید معادل کاهش ارزش ثمن را به وی بازگرداند (چلکاسری و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۵۴).

از طرف دیگر می‌توان جبران کاهش ارزش ثمن را براساس ماهیت اسکناس (پول) که ثمن بر مبنای آن ارزش‌گذاری شده توجیه کرد. بر این مبنای، از آنجاکه فلسفه وجودی پول بیان ارزش‌ها و مشخص شدن نسبت‌های مختلف ارزش بین کالاها و خدمات است، در دیون، مهریه و امثال آن‌ها باید به ارزش و قدرت خرید حقیقی پول توجه کرد (محمودی، ۱۳۹۵، ص ۳۹).^۱ از این رو می‌توان مدعی شد که باید به ارزش واقعی و پشتوانه واقعی پول توجه کرد، نه این‌که خود اسکناس را دید. پول‌های اعتباری تنها برگه‌ای هستند که سازمان صادرکننده به آن‌ها اعتبار و ارزش بخشیده است و به اندازه بهای آن عهده‌دار پرداخت طلا و نقره از محل پشتوانه است. پس آنچه به عهده می‌آید طلای به اندازه همان پول است. بنابراین تورم و کاهش ارزش پول بدین گونه مورد ضمان است (همان). به علاوه، چون پول کاغذی کالا و متاع نیست و واسطه مبادلات کالا است، ارزش آن به لحاظ قدرت خریدشان است (یوسفی، پاییز ۱۳۸۱، ص ۶۳).

افزون بر ماهیت پول و ارزش حاکم بر آن، برای ضرورت جبران این چنینی زیانی می‌توانیم به قواعد عام ضمان قهری متمسک شویم. همان‌طور که بیان شد، گرامتی که بایع فضولی باید بپردازد براساس ضمان قهری و تکلیف قانونی است، نه اثر قرارداد. بنابراین استناد به قواعد لاضرر (شعبانی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۱)، عدل و انصاف (محامد، ۱۳۸۵، ص ۲۸۳) و قاعده مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده (صادقی و خان‌محمدزاده، ۱۳۹۵، ص ۴۵) تکلیف بایع به جبران را توجیه می‌کند.

اما نکته مهم در این مسئله اهمیت عرف و جایگاه بی‌بدیل آن در استنباط احکام شرعی است. بسیاری از سیره‌های عرف و عقلا مورد امضای شارع قرار گرفته و در تشخیص مفاهیم و مصادیق بسیاری

۱. «یک ریال برابر یک صد و هشت هزار و پنجاه و پنج ده میلیونیم (۰/۰۱۰۸۰۵۵) گرم طلای خالص است.»؛ بند ب ماده یک قانون پولی و بانکی کشور، مصوب ۱۳۵۱.



موضوعات چاره‌ای جز رجوع به عرف نیست (عباسی حسین آبادی و ولی زاده، ۱۳۸۷، ص ۲۷۴). درواقع اگر عرف چیزی را ضرر بداند، آن‌گاه براساس قواعد ضمان قهری حکم به جبران آن می‌شود. در موضوع ما نیز همین تردید در ضرربودن این اضافه‌بها مسئله‌ساز شده است. ارتباط موضوع عرف با این مسئله از آن‌جا است که از مبانی عمده و اصلی استدلال، چه برای اثبات لزوم جبران کاهش ارزش پول و چه برای اثبات عدم لزوم آن، رفتار و نگرش عرف نسبت به پول‌های اعتباری است و اکثر استدلال‌ها در اصل به قضاوت عرف رجوع می‌کند. علت این امر هم چیزی نیست جز این‌که مفاهیمی چون «پول اعتباری»، «کاهش ارزش پول»، «ادای دین» و «اخذ زیادی» همگی تعاریفی عرفی دارند و تشخیص مفهوم و مصداق آن‌ها برعهده عرف است (همان، ص ۲۷۵). بایع فضولی با اقدام به فروش مال غیر فرصت تحصیل منفعت مسلمی را از زیان‌دیده زائل کرده و عرف در اثبات رابطه سببیت بین عمل او و زیان تردید نمی‌کند. درواقع یکی از دلایل پرداخت بهای روز قیمت مبیع ازین‌بردن فرصت سرمایه‌گذاری خریدار نسبت به میزان پولی است که داشته و اینک از آن محروم شده است (بهارى و همکاران، ۱۳۹۵، ص ۹۲)

به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار نیز با وضع تبصره ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، این واقعیت را پذیرفته است که در دیون پولی آنچه مدیون بر ذمه می‌گیرد، اسکناس با شماره خاص نیست، بلکه مالیت و قدرت خرید پول است که بر ذمه او قرارداد دارد و باید اسکناس با شماره و رقمی داده شود که، از نظر مالیت و قدرت خرید، مساوی با اسکناسی باشد که مدیون در گذشته بر ذمه گرفته است. قابل توجه آن‌که مهریه صرفاً مصداقی از دیون پولی است و هیچ خصوصیتی نسبت به سایر دیون ندارد و قانون‌گذار در تبصره مزبور در مقام تعیین ضابطه‌ای برای ایجاد وحدت بین موضوع تعهد و موضوع تأدیه در دیون پولی بوده است (غریبه، ۱۳۸۵، ص ۷۴).

بنابراین به‌موجب این رویکرد تغییر ارزش مبیع در زمان مطالبه خسارت تلقی می‌شود، لیکن در تعیین ضابطه اختلاف‌نظر وجود دارد. بعضی کاهش ارزش ثمن و دیگران افزایش قیمت مبیع را قابل مطالبه می‌دانند. نتیجه عملی آن است که چون ثمن وجه نقد است شرایط خاصی برای محاسبه مابه‌التفاوت آن لازم است و بعضاً براساس نرخى که از سنجش سایر کالاها به‌دست می‌آید محاسبه می‌شود. اما اگر افزایش قیمت مبیع در نظر گرفته شود، شرایط دعوا تسهیل می‌شود و ارزیابی خسارت نیز براساس قیمت خود مبیع صورت می‌گیرد. در ادامه، این دو ضابطه بررسی خواهد شد.

۱-۵. مبیع به نرخ روز

در این رویکرد، قیمت کنونی مبیع محاسبه شده و فروشنده به پرداخت آن به خریدار محکوم می‌شود. برای نمونه، شعبه ۱۰۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامه شماره ۸۰۳۰۰ مورخ ۹۳/۴/۹ از همین روش استفاده کرده است. این دادگاه با استفاده از نظر کارشناسان، که مجموع ارزش قیمت زمین‌های مورد معامله فضولی را به دستور دادگاه به نرخ روز محاسبه کردند، همین میزان را غرامت مورد حکم قرار داد. این رأی از سوی شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۲۰۴/۲۲۱۶۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۶ تأیید می‌شود. در دادنامه شماره ۱۱۰۱ مورخ ۹۰/۱۲/۱۰ صادره از سوی شعبه ۲۱۳



دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز، مبیع به نرخ روز محاسبه و حکم به الزام فروشنده به پرداخت آن صادر می‌شود. این رأی از سوی شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۲۷۷ به تاریخ ۱۳۹۱/۹/۸ تأیید می‌شود. در بخشی از رأی این دادگاه این‌گونه می‌خوانیم:

«از آنجایی که مابه التفاوت شاخص قیمت ملک را می‌توان در زمره غرامات و هزینه‌های موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی محسوب کرد و بایع فضولی ملزم به پرداخت آن [به] مشتری می‌باشد و در مانحن‌فیه نیز مبلغ مزبور براساس نظریه مصون از تعرض مانده کارشناس منتخب دادگاه تعیین گردیده رسیدگی دادگاه و استدلالات قاضی محترم در رأی صادره و تصمیم متخذ را مطابق موازین و مقررات قانونی تشخیص و تجدیدنظرخواهی واصله را در حدی نمی‌داند که بتواند موجبات فسخ یا نقض فراهم نماید...».

علاوه بر این دو رأی، در دادنامه شماره ۹۰۰۵۲۹ مورخ ۹۰/۵/۳۰ صادره از شعبه ۸۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز، از همین معیار برای تعیین خسارت خریدار استفاده شده است. شعبه مزبور، در مقام توجیه سخن خویش، به قوانینی استناد می‌کند که یا خیلی دور از ماجرا هستند، مانند آنجا که به قانون مجازات اسلامی استناد می‌شود، یا اگرچه به ماجرا مربوط می‌شوند، نتیجه موردنظر دادگاه را اثبات نمی‌کنند مانند مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی، ۳۰۸ به بعد قانون مدنی و ماده ۳۳۱ به بعد قانون مذکور. باین‌حال، دغدغه دادگاه قابل‌درک است: او به دنبال جبران کامل خسارات است، بنابراین به اصول و قواعد کلی و نیز قوانین مختلف استناد می‌کند؛ اما حقیقت این است که این اصول و قوانین فقط به لزوم جبران خسارات پرداخته‌اند، بی‌آنکه درباره مصداق خسارات سخنی گفته باشند. بنابراین، پاسخ این پرسش که خسارت ناشی از افزایش قیمت مبیع نیز جزو خسارات قابل مطالبه شمرده می‌شود یا خیر را نباید در قوانین و اصول یادشده جست: تشخیص مصداق خسارت امری موضوعی و مصداقی است و علی‌القاعده برای تشخیص آن باید به عرف رجوع کرد نه آن‌که در متن قوانین به دنبال آن گشت. ازاین‌رو بهتر بود قاضی، با مراجعه به عرف، افزایش قیمت مبیع را جزو خسارات وارده به خریدار می‌شناخت. به هر روی، این رأی به دست شعبه ۴۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۵۰۰۰۲۵۶ به تاریخ ۱۳۹۲/۲/۳۱ تأیید می‌شود.

در همین مسیر، در دادنامه شماره ۷۸۸ مورخه ۹۱/۹/۱۲ صادره از شعبه ۱۴۸ دادگاه عمومی تهران این‌گونه می‌خوانیم: «... درخصوص استرداد ثمن به قیمت روز نظر به اینکه انعقاد عقد بیع درخصوص سه دانگ از شش دانگ ملک موصوف ... محرز و مسلم است و با توجه به این‌که به دلالت محتویات پرونده کلاسه ۹۰۰۶۱/۱۴۹ خصوصاً دادنامه شماره ۹۰۰۲۳۹ مورخه ۹۰/۴/۲۹ صادره از شعبه ۱۴۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران مبنی بر خلع ید و قلع قمع بنا، محرز گردیده که معاملات انجام‌شده نسبت به یک واحد آپارتمان حدوداً ۶۰ مترمربع به علت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع فاسد و باطل و فاسد بوده و طبق ماده ۳۶۵ قانون مدنی بیع فاسد اثری در تملک نداشته و همه عقود و قراردادهای منعقد شده نسبت به مبیع از ابتدا باطل و فاسد می‌باشد و ... دادگاه جهت تعیین بهای روز ملک، موضوع را به کارشناس ارجاع ...



و کارشناسان مذکور نیز طی نظریه مورخه ۹۱/۵/۲۵ ارزش ملک یادشده را به مبلغ ۶۶۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال تعیین و برآورد نموده‌اند که پس از ابلاغ در مهلت قانونی از هرگونه ایراد و اعتراض مصون مانده و به نظر دادگاه با اوضاع و احوال محقق و معلوم قضیه مغایرتی ندارد. لہذا دعوی مطروحه وارد و ثابت تشخیص و به استناد مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی حکم به محکومیت خوانده اصلی (ص.ن.) به پرداخت مبلغ ۶۶۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت اصل خواسته ... در حق خواهان صادر و اعلام می‌گردد...».

پس از تجدیدنظرخواهی دادباخته، شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۸۶ مورخ ۱۳۹۲/۰۱/۳۱ چنین تصمیم می‌گیرد: «تجدیدنظرخواهی ... وارد نمی‌باشد، زیرا بر اساس مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی هرکس به دیگری ضرر وارد کند مکلف به جبران آن می‌باشد و در مانحن‌فیه نیز مازاد بر ثمن به‌عنوان خسارت واردشده ناشی از عمل خلاف قانون قابل مطالبه می‌باشد، لذا تجدیدنظرخواهی متضمن جهت نقض نیست...».

همچنین، براساس دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۰۷۲۰۰۱۲۶ مورخ ۹۳/۲/۲۱ صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ورامین، «نظر به اینکه به‌موجب دادنامه قطعی شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر حکم بر بطلان معامله به لحاظ مستحق‌للغیربودن ملک صادر گردیده و نظر به اینکه خسارت وارده ناشی از رفتار خوانده ردیف اول در انتقال مال غیر بوده و نظر به اینکه خواهان به‌قصد حفظ ارزش پول خود و نیز افزایش آن اقدام به خرید ملک نموده و جبران خسارت وی مستلزم قراردادن وی در موقعیتی است که در فرض انتقال مالکیت آپارتمان به وی از منافع آن بهره می‌برده است و نظر به جهل خواهان از مستحق‌للغیر بودن مبیع و عدم تأثیر علم یا جهل فروشنده در مسئولیت مربوط به خسارات وارده به خواهان و با توجه به عدم ثبات ارزش پول، جبران غرامات خواهان صرفاً از طریق پرداخت بهای روز مبیع تحقق می‌یابد...».

بدین ترتیب، دادگاه به قصد اشخاص متعارف جامعه از خرید ملک توجه می‌کند: تلاش برای حفظ ارزش دارایی. بنابراین، برای جبران خسارت باید به فکر روشی بود تا خسارت خریدار به کامل‌ترین روش جبران شود. بر همین اساس، دادگاه بر این باور می‌شود که «جبران خسارت وی مستلزم قراردادن وی در موقعیتی است که در فرض انتقال مالکیت آپارتمان به وی از منافع آن بهره می‌برده است». باین‌حال، شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، به عنوان دادگاه تجدیدنظر از این رأی، این رویکرد را نپسندیده و در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۸۷۳ به تاریخ ۱۳۹۳/۷/۱۶ چنین تصمیم می‌گیرد:

«... ثانیاً، به‌تصریح ماده ۳۹۱ از قانون مدنی، در صورت مستحق‌للغیر درآمدن مبیع، بایع باید ثمن را مسترد دارد و این موضوع در ماده ۳۹۲ از قانون مرقوم مجدداً با این عبارت «تمام ثمنی که اخذ نموده...» تکرار و تأکید شده است. ثالثاً، واژه ضمان در ترکیب ضمان درک همانا ضمان معاوضی بوده و بر این مبنا محکومیت بایع به استرداد ثمن دریافتی موافق با مقررات موضوع بوده و در فرض احراز جهل مشتری به فساد عقد بایع باید از عهده غرامات وارده به مشتری برآید. بنابراین اصدار حکم به پرداخت بهای آن



به نرخ روز فاقد وجهت قانونی می‌باشد. رابعاً، آنچه خریدار در صورت مستحق‌الغیر برآمدن مبیع استحقاق دریافت دارد علاوه بر ثمن پرداختی همانا غرامات بوده و مقصود از غرامات موضوع مواد ۳۹۱ و ۳۹۲ قانون مدنی هزینه‌هایی همچون تنظیم سند رسمی، دستمزد دلال، هزینه نگهداری مبیع و یا منافع مسلمی که از دست رفته می‌باشد که مطالبه بهای ملک به نرخ روز خروج موضوعی از بحث غرامات دارد ... از این رو دادگاه ضمن رد درخواست تجدیدنظرخواهی مستنداً به ماده ۳۵۱ از قانون آیین دادرسی مدنی از باب اصلاح دادنامه و قسمت اخیر ماده ۳۵۸ از قانون مرقوم با اصلاح دادنامه از حیث پرداخت بهای ملک به نرخ روز به مبلغ چهارصد و سی و پنج میلیون ریال بابت اصل خواسته دادنامه معترض عنه را تأیید و استوار می‌نماید.

بر این اساس، دادگاه از مفهوم غرامت تفسیری مضیق و محدود ارائه داده و خسارت ناشی از افزایش قیمت مبیع را جزو مصادیق آن قرار نمی‌دهد. جالب آن‌که این دادگاه در مقام بیان مثال برای غرامت از جمله از «منافع مسلمی که از دست رفته» نام می‌برد، حال جای این پرسش است که آیا افزایش قیمتی را که در مبیع رخ داده نمی‌توان جزو منافع مسلمی به‌شمار آورد که به علت خطای خواهان فوت شده است؟

در پرونده دیگری نیز، باز همین اختلاف نظر را می‌توان دید. شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی سبزوار در دادنامه شماره ۳۰۱۱۸۴ به تاریخ ۹۰/۱۰/۷ حکم به الزام فروشنده به پرداخت قیمت روز مبیع داده است. در بخشی از این دادنامه این‌گونه آمده است: «به لحاظ احراز فساد معامله هریک از عوضین باید به طرفین عودت داده شود و نظر به اینکه اسکناس پول نیست بلکه نماینده پول تلقی می‌گردد دارای ارزش اعتباری است و در واقع پرداخت ثمن معامله به نرخ روز افزایش عین ثمن محسوب نمی‌گردد و مشمول معاملات ربوی نمی‌باشد...».

با این حال، شعبه ۵ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۹۰۰۴۹۶ به تاریخ ۱۳۹۲/۸/۱۴ رأی یادشده را نقض می‌کند. براساس این دادنامه، «فرجام‌خواهی نسبت به دادنامه فرجام‌خواسته در قسمتی که ناظر بر محکومیت به پرداخت مابه‌التفاوت ثمن حین‌المعامله نسبت به ۵ دانگ از ۹ دانگ به نرخ روز مبیع می‌باشد وارد و صائب است و صدور رأی از سوی دادگاه در این جزء از دادنامه فرجام‌خواسته واجد اشکال قانونی می‌باشد، زیرا بر طبق ماده ۳۶۵ قانون مدنی بیع فاسد اثری در تملک ندارد و نیز در خصوص ضمان درک مبیع، بایع ضامن درک بوده و مبیع باید ثمن غرامات وارده بر مشتری پرداخت نماید. لیکن این امر مربوط به خسارات و مخارجی است که مشتری در معامله مربوطه به‌طور مستقیم متحمل شده و غرامت شامل مطالبه قیمت روز مبیع نمی‌باشد بناً علی‌هذا و با توجه به وارد فوق‌الذکر مطالبه مبلغی بیشتر از ثمن معامله تحت عنوان مابه‌التفاوت قیمت حین‌المعامله و قیمت روز مبیع از سوی فرجام‌خوانده فاقد وجهت شرعی و قانونی بوده...».

در پرونده دیگری نیز، شاهد تقابل این دو رویکردیم. در دادنامه شماره ۸۷۰ به تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۱۷ صادره از سوی شعبه دوم دادگاه حقوقی دادگستری بهارستان چنین آمده است:

«ملک موضوع خواسته در حال حاضر فضای سبز و در اختیار شهرداری بوده که قیمت روز آن به میزان



شصت و سه میلیون تومان برآورد شده است و نظر به دفاعیات غیرمؤثر خواننده دادگاه دعوی خواهان را وارد تشخیص و نظر به اینکه مطابق ماده ۳۹۱ قانون مدنی در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع بائع مکلف به پرداخت ثمن و غرامات وارده است و تفاوت قیمت ملک در زمان انجام با قیمت فعلی و کاهش قدرت خرید ثمن پرداختی در زمان عقد با حال حاضر درواقع نوعی ضرر است که بر خواهان وارد گردیده است، لذا دادگاه ضمن وارد دانستن دعوی خواهان را مستنداً به مواد ۱۹۸ و ۱۹۴ و ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۱۰ و ۳۶۵ و ۳۹۱ قانون مدنی حکم بر اعلام بطلان مبیعه‌نامه مورخ ۸۳/۱۲/۲۹ و پرداخت مبلغ شصت و سه میلیون تومان به عنوان ثمن و غرامات وارده و پرداخت هزینه دادرسی در حق خواهان صادر و اعلام می‌دارد...».

باین‌حال، شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۷۰۰۹۴۹ به تاریخ ۱۳۹۳/۱۰/۸ رأی یادشده را نقض و این‌گونه تصمیم می‌گیرد:

«... دادگاه با عنایت به اینکه در فرض که ملک موضوع معامله مشمول ضمان درک باشد، بیع نسبت به آن فاسد بوده و به لحاظ این قسمت مالکیت مشتری بر مبیع مستقر نمی‌گردد، که استحقاق مطالبه بهای روز آن را داشته باشد. فلذا مشتری صرفاً مستحق مطالبه ثمن به‌علاوه غرامات حاصله مستند به رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۹۳/۷/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور می‌باشد، بنابراین مستند به مواد ۳۵۱ و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۳۶۵ و ۳۹۰ قانون مدنی با اصلاح مبلغ محکومیت به میزان سی و پنج میلیون ریال به‌علاوه خسارت ناشی از کاهش ارزش ریالی از تاریخ مبیعه‌نامه لغایت اجرای حکم به‌علاوه متفرعات رأی معترض عنه را تأیید می‌نماید. رأی دادگاه قطعی است.».

بدین ترتیب، افزایش قیمت مبیع از مصادیق منافع مال شمرده می‌شود. بر این اساس و با توجه به این‌که منافع از حیث مالکیت تابع عین مال است و با توجه به این‌که خریدار مالک مبیع نیست، نمی‌تواند بهای افزایش یافته آن را مطالبه کند. در ادامه همین رویکرد، شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۰۰۵ به تاریخ ۱۳۹۳/۱/۲۵ چنین می‌نویسد:

«همان‌طور که خواهان نیز در خواسته خود اذعان نموده، مبیع مستحق‌الغیر درآمده است در نتیجه بیعی واقع نشده و نقل و انتقالی صورت نگرفته است. با این وصف، نماء حاصل‌شده در مبیع، در ملک مالک آن واقع شده است. مطابق موازین شرعی و قانونی خصوصاً مفاد ماده ۳۹۱ قانون مدنی مشتری جاهل فقط مستحق ثمن معامله و غرامات وارده می‌باشد و نماء مبیع جزو غرامات نمی‌باشد، صدور رأی در مانحن‌فیه و محکومیت فرجام‌خواه به پرداخت قیمت روز مبیع بر مبنای نظریه کارشناسی صحیح نیست و دادنامه فرجام‌خواسته از حیث مذکور دارای ایراد و اشکال می‌باشد.».

همچنین، همین شعبه در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۴۷۵ به تاریخ ۱۳۹۳/۱۱/۱۸ این‌گونه تصمیم می‌گیرد: «... زیرا همان‌طور که خواهان نیز درخواست خود اذعان نموده و مورد تأیید کارشناس نیز قرار گرفته، مبیع مستحق‌الغیر درآمده است. در نتیجه بیعی واقع نشده و نقل و انتقالی صورت نگرفته است. با این وصف، نماء حاصل‌شده در مبیع (صرف‌نظر از اینکه از اراضی ملی است)، در ملک مالک آن واقع



شده است و طبق موازین شرعی و قانونی خصوصاً مفاد ماده ۳۹۱ قانون مدنی، مشتری جاهل فقط مستحق ثمن معامله و غرامات وارده می باشد و نماء مبیع جزو غرامات نمی باشد. کاهش ارزش ثمن بر مبنای تورم اعلامی از سوی بانک مرکزی جزو غرامات محسوب و قابل جبران است. لذا صدور رأی در مانحن فیه و محکومیت فرجام خواه به پرداخت قیمت روز مبیع بر مبنای نظریه کارشناس صحیح نیست و دادنامه فرجام خواسته از حیث مذکور دارای ایراد و اشکال می باشد. بنابراین با اختیار حاصل از بند ج ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی، نقض و جهت رسیدگی به شعبه هم عرض ارجاع می شود.

در ادبیات حقوقی نیز، برخی همین استدلال را باور دارند که چون مال مذکور هیچگاه به مالکیت اصیل درنیامده است، ازدست دادن آن معنا ندارد تا نسبت به ارزش افزوده حقی برای اصیل ایجاد کند (محمدی، ۱۳۹۱، ص ۱۸۵)، «چون معامله با رد مالک باطل تلقی شده مبیع به مالک برمی گردد و افزایش قیمت هم متعلق به او خواهد بود»، (صفایی، ۱۳۹۵، ص ۳۰). اما این باور غافل از این نکته است که محکومیت فروشنده فضول به پرداخت ارزش روز مبیع از بابت مالکیت خریدار بر آن نیست. درواقع، تردیدی نیست که خریدار مالک مبیع نشده است، بنابراین اگر به او اجازه می دهیم تا ارزش روز مبیع را مطالبه کند، برای این است که این معیار ابزار مناسبی برای تقویم و سپس جبران خسارت خریدار است نه از این جهت که خریدار را مالک مبیع تلقی می کنیم. درواقع، خریدار می توانست معامله درستی انجام دهد و بدین وسیله به منفعت مناسبی دست یابد؛ منفعتی که دور از دسترس نیست و می توان آن را در سیر متعارف زندگی ممکن الحصول دانست. به علاوه، خریدار مقتضی لازم برای تحصیل منفعتی به عنوان افزایش قیمت کالا را فراهم آورده است. او، با معامله ای که کرده، شرایط لازم را ایجاد کرده تا بتواند در گذر زمان از افزایش قیمت مبیع بهره ببرد. برای همین و با توجه به این که مقتضی برای کسب منفعت فراهم است، چنین منفعتی را می توان قطعی الحصول و قابل مطالبه دانست.

۲.۵. ثمن به علاوه زیان دیرکرد پرداخت

در این رویکرد به خریدار اجازه داده می شود تا، افزون بر ثمن، زیان دیرکرد پرداخت را مطالبه کند. محاسبه زیان دیرکرد پرداخت نیز، براساس شاخص نرخ تورم که از سوی بانک مرکزی اعلام می شود تعیین خواهد شد. درواقع در این رویکرد محور محاسبه کاهش ارزش، خود ثمن مبلغی پول است که باید براساس شاخص تورم با استناد به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی به منزله دیرکرد محاسبه شود. به موجب این ماده: «در دعاوی که موضوع آن ها دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد...». بنابراین ماده مذکور برای مطالبه خسارت تأخیر تأدیه شرایطی قرار داده است؛ مدیون باید مطالبه کرده باشد و دائن با وجود ملائت از پرداخت استنکاف کند. بنابراین اگر این رویکرد پذیرفته شود، خسارت تأخیر تأدیه از زمان مطالبه که در بسیاری موارد ضمان درک، سال ها پس از معامله است، محاسبه می شود. نکته مهم دیگر این



است که کاهش ارزش ثمن تابع زمان و تورم است؛ یعنی ارزش ثمن براساس نرخ تورم محاسبه می‌شود که با توجه به قیمت کالاهای مشخص تعیین می‌گردد، نه خود مبیع. به علاوه ممکن است قیمت ملک مستحق للغير در مدت کوتاهی چندبرابر شود و افزایش یابد، درحالی که حتی زمان زیادی هم نگذشته باشد. بنابراین، محاسبه براساس نرخ تورم چنین زیانی را جبران نمی‌کند.

توجه به دادنامه‌های شماره ۱-۱۳۴-۹۲/۲/۱۵ و ۲-۹۸۵-۹۲/۷/۳۰ موضوع پرونده کلاسه بایگانی ۱-۹۲۰۴۷۶-۹۱۰۹۵۷ صادره از شعبه ۱۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران در همین خصوص نشانگر این دیدگاه است: «... نحوه جبران خسارت به دو شکل قابل تصور است؛ اول اینکه ارزش فعلی ملکی که معامله شده مبنای جبران خسارت باشد. ولی چون از ابتدا نقل و انتقال مالکیتی از طرفین پرونده به مورد معامله نبوده، بنابراین نمی‌تواند مبنای محاسبه باشد. دوم اینکه شاخص تورم لحاظ شود. دادگاه در این مورد با تنقیح مناط خسارت تأخیر را که قانون‌گذار در دین منظور کرده جهت جبران خسارت مورد حکم قرار داده ...». در این رأی دادگاه به علت بطلان بیع و این که از ابتدا نقل و انتقال مالکیت صورت نگرفته، ارزش فعلی ملک را در نظر نگرفته است. اما به نظر می‌رسد مطالبه براساس قیمت روز مبیع بر مبنای ضمان قهری است، نه قراردادی که انتقال ملکیت در آن تأثیر داشته باشد. در هر حال نهایتاً دادگاه در مقام صدور رأی به ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. استناد کرده است. وکیل فروشنده در مقام واخواهی بر این نظر است که در ماده یادشده شرایطی برای مطالبه زیان دیرکرد مقرر شده: در این ماده، «مطالبه دائن و تمکن مدیون را ملاک قرارداده و مطالبه از زمان تقدیم دادخواست است، نه زمان مبیعه‌نامه». این درحالی است که دادگاه به شرایط یادشده توجهی نداشته، به علاوه به مطالبه زیان دیرکرد از زمان مبیعه‌نامه رأی داده است. دادگاه، در هنگام صدور رأی، در مقام توجیه استناد خویش به ماده یادشده بر نیامده و تنها به این نکته بسنده می‌کند که با تنقیح مناط از ماده مذکور، به مطالبه زیان دیرکرد از تاریخ معامله رأی داده است.

به هر روی، این رأی به دست شعبه ۵۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید می‌شود. در بخشی از دادنامه این دادگاه به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۰۰۱۰۰۰۲۹۹ به تاریخ ۱۳۹۳/۳/۲۵ چنین آمده است: «مبیع غیرمنقول مستحق للغير بوده و فروشندگان فصول تجدیدنظر خواهان‌ها علاوه بر رد ثمن می‌بایست از عهده غرامات برآیند که محاسبه ثمن با جمع خسارت تأخیر تأدیه از زمان وقوع معامله بخشی از غرامات متعلق است...». بدین ترتیب، برای دادگاه تجدیدنظر نیز موضوع آن اندازه روشن است که دلیلی برای امکان محاسبه زیان دیرکرد از تاریخ معامله ذکر نمی‌کند. با وجود این، از ایراد یادشده نمی‌توان به آسانی گذشت. اگر قرار است به استناد ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. به زیان دیرکرد رأی داده شود، نمی‌توان مبدأ محاسبه آن را از تاریخ معامله قرار داد.

باین حال، تردید اصلی از آنجا آغاز می‌شود که آیا با این شیوه از صدور رأی، می‌توان از جبران کامل خسارت خریدار اطمینان یافت؟ درواقع، محاسبه زیان دیرکرد از تاریخ دادخواست، که ممکن است سال‌ها پس از وقوع معامله اتفاق افتاده باشد، باعث جبران خسارت خریدار نمی‌شود، به ویژه آن که پول متعلق به خریدار در طول این مدت در دست فروشنده بوده و او از آن استفاده می‌کرده است.



بنابراین، برای عادلانه کردن این رویکرد، لازم است زیان دیرکرد پرداخت را نه از تاریخ مطالبه، که از طریق معامله محاسبه کنیم. بر این اساس، زیان دیرکردی که در راستای ضمان درک از سوی فروشنده پرداخت خواهد شد نوع ویژه‌ای از زیان دیرکرد است که در آن، لزوماً نیازی به رعایت شرایط ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. و به طور خاص، مطالبه نیست. باین حال، پذیرش مستثناکردن زیان دیرکرد پرداخت در ضمان درک از قواعد عمومی زیان دیرکرد نیاز به دلیل و نص قانونی دارد، درحالی که چنین نصی وجود ندارد. بنابراین احتمال پذیرش زیان دیرکرد از تاریخ مطالبه بیشتر خواهد بود.

درحقیقت در این نظریه، ثمن معامله براساس شاخص تورم اعلام شده از سوی بانک مرکزی تعدیل و به روز می شود. این شاخص براساس قیمت برخی از کالاها و خدمات مصرفی تعیین می شود. بنابراین، این دیدگاه نیز درصدد است، با توجه به شاخص قیمت کالا، خسارت خریدار را تعیین کند، با این تفاوت که شاخص قیمت کالاهایی درنظر گرفته می شود که واقعاً ارتباطی با مالی که موضوع معامله بوده ندارد. این درحالی است که در نظریه اول دقیقاً خسارت خریدار براساس ارزش مالی که درصدد خریداری آن بوده معین می شود. بدین ترتیب، درحالی که در نظریه دوم ارزیابی خسارت به صورت نوعی و بدون توجه به اوضاع و احوال پرونده تعیین می شود، در دیدگاه اول دقیقاً به وضعیت طرفین پرونده و مالی که موضوع معامله قرار گرفته توجه شده و جنبه شخصی دارد (قناتی و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۱۴۵-۱۶۲). همین تفاوت سبب می شود ارزیابی زیان براساس ضابطه اول انطباق بیشتری با واقعیت ها داشته باشد و خسارت دقیقاً آن گونه که وارد شده است جبران شود. این امر هم با هدف حقوق مسئولیت مدنی، یعنی جبران کامل خسارت، سازگار است و هم با خواسته قانون گذار در ارزیابی خسارت وارده با توجه به اوضاع و احوال پرونده. به علاوه، این پرسش منطقی است که اگر قرار است برای ارزیابی خسارت وارد شده به مشتری به افزایش قیمت کالا توجه داشته باشیم، چرا باید افزایش قیمت کالاهایی درنظر گرفته شود که ارتباطی با معامله انجام شده ندارد؟ (همان)

به این نکته نیز باید توجه داشت که در شمول واژه غرامت بر ثمنی که با شاخص قیمت کالاها به روزرسانی شده تردید است. درواقع، با گذر زمان، از ارزش پول کاسته می شود. بنابراین اگر الف هزار ریال به ب بدهکار باشد و مدت پنج سال از سررسید دین بگذرد، ارزش هزار ریال در زمانی که پنج سال از سررسید دین گذشته با ارزش آن در تاریخ سررسید دین برابری نمی کند. بنابراین، بدهکار باید مبلغی را به طلبکار خویش بدهد که معادل هزار ریال در تاریخ سررسید دین باشد، حتی اگر در ظاهر این مبلغ بیش از هزار ریال باشد. بدین ترتیب، جبران تغییر ارزش اسکناس که معمولاً با کاهش آن همراه است خسارت محسوب نمی شود، بلکه صرفاً ایفای اصل دین است (صادقی و خان محمدزاده، ۱۳۹۵، ص ۴۵). ازاین رو پرداخت مبلغی افزون بر ثمن، به آن اندازه که ارزش آن را با ارزش اقتصادی ثمن دریافتی برابر کند، خسارت به معنای واقعی کلمه و مشمول واژه غرامت نیست.

۶. معرفی و تحلیل رأی دیوان عالی کشور



۱.۶. شرح رویدادهای پرونده

یک - شعبه دوم دادگاه حقوقی ماکو در مورد دعوی آقای س.ق. علیه آقای ع.م. دادنامه شماره ۹۱۴/۸۸ به تاریخ ۱۳۸۸/۸/۳۰ را به این شرح صادر کرد: «درخصوص دعوی ... به خواسته بطلان معامله دو قطعه زمین به علت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع مقوم به ده میلیون ریال و استرداد ثمن به مبلغ سی و پنج میلیون ریال و استرداد غرامات (افزایش قیمت) به مبلغ سیصد و نود میلیون ریال... درخصوص ماهیت امر توجهاً به شرح دادخواست تقدیمی، مبیعه‌نامه مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۳ استعلام واصله از منابع طبیعی که بر ملی اعلام‌شدن رقبه مذکور اشعار دارد و اینکه خوانده دفاعیات موجهی که بطلان دعوی خواهان را مدلل سازد ارائه نداده است، لذا دادگاه با لحاظ نظریه کارشناس مصون‌مانده از تعرض، دعوی خواهان را وفق نظریه مذکور، محمول بر صحت تلقی، به استناد ماده ۳۴۸ قانون مدنی و ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی حکم بر بطلان مبیعه‌نامه مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۳ و الزام خوانده به پرداخت مبلغ سی و پنج میلیون ریال ثمن معامله در حق خواهان محکوم و اعلام می‌دارد. مضاف بر آن درخصوص مطالبه غرامات (افزایش قیمت ملک) توجهاً به اینکه از غرامات مندرج در ماده ۳۹۱ قانون مدنی صرفاً هزینه‌های دلالی و مخارج مصروفه بر رقبه موضوع مستحق‌الغیر مستفاد نمی‌گردد چه اینکه عبارت «غرامات» به صورت مطلق به کار برده شده و حسب استثنائات معموله از آیات عظام مندرج در نشریه پیام آموزش شماره ۳۴ پیوست پرونده، غرامات شامل افزایش قیمت نیز خواهد بود؛ لذا دادگاه با لحاظ مراتب فوق و نظریه کارشناسی، خوانده را به پرداخت مبلغ دویست و ده میلیون ریال از بابت افزایش قیمت در حق خواهان محکوم و اعلام می‌دارد».

بدین ترتیب، دادگاه به درستی از غرامت تفسیر محدودی ارائه نداده و افزایش قیمت مبیع را نیز، جزئی از غرامت تلقی می‌کند. با این حال، پس از تجدیدنظرخواهی معمول، شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی به همان معنای محدود غرامت بازمی‌گردد و فقط هزینه‌های انجام معامله را قابل مطالبه می‌داند. این شعبه، طی دادنامه شماره ۳۷۰۰۷۰۵ مورخ ۱۳۸۹/۸/۲۷ چنین تصمیمی اتخاذ کرد:

«در مورد تجدیدنظرخواهی ... از دادنامه شماره ۸۸/۹۱۴ صادره در پرونده کلاسه ۸۸/۷۳۳ دادگاه محترم شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی ماکو،... به علت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع و پرداخت ثمن معامله به مبلغ سی و پنج میلیون ریال در حق تجدیدنظرخوانده و پرداخت غرامات به مبلغ دویست و ده میلیون ریال از بابت افزایش قیمت در حق تجدیدنظرخوانده اولاً، نظر به اینکه درخصوص بطلان معامله و استرداد ثمن ایراد و اعتراض مؤثر و موجهی از ناحیه تجدیدنظرخواه که موجبات نقض دادنامه موصوف را فراهم آورد، به عمل نیامده و با ارجاع امر از سوی این دادگاه به هیأت سه نفره کارشناسان نیز مشخص شده که قطعات مورد معامله خارج از مالکیت فروشنده قرار داشته و اعتراض موجه و مؤثری از سوی تجدیدنظرخواه به این نظریه معمول نگردیده و نظریه کارشناسان با اوضاع و احوال مسلم قضیه مغایرتی ندارد؛ لذا دادنامه تجدیدنظرخواسته در این موارد صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص می‌گردد و به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی آن را تأیید می‌نماید



و اما درخصوص قسمت دیگر دادنامه یعنی پرداخت غرامات به مبلغ دویست و ده میلیون ریال، چون این مبلغ به عنوان افزایش قیمت در نظر گرفته شده و غرامات شامل هزینه‌هایی است که مربوط به معامله می‌شود و از انجام معامله به خریدار وارد می‌شود و تورم موجود در جامعه که موجب افزایش قیمت می‌شود نمی‌تواند داخل در غرامت تلقی گردد؛ بنا به مراتب این قسمت از دادنامه را موجه و قانونی تشخیص نداده، به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نقض... می‌شود. صدور این حکم مانع از مطالبه مخارجی که خریدار به سبب انجام معامله نموده و غرامت به آن مخارج شامل می‌شود، نخواهد بود. رأی صادره از سوی این دادگاه قطعی است».

دو - در پرونده‌ای دیگر، شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکو درباره دعوی آقای ب.ح. به طرفیت آقای ه.ف. طی دادنامه شماره ۹۵۰/۸۸ به تاریخ ۱۳۸۸/۹/۱۱ چنین اعلام داشت:

«درخصوص دعوی ... به خواسته فسخ معامله مورخ ۱۰۲۵ مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۵ به علت مستحق‌الغیر بودن مبیع مقوم به یازده میلیون ریال، استرداد ثمن معامله مقوم به هفت میلیون و چهارصد و سی هزار ریال و مطالبه غرامات و افزایش قیمت ملک مرقوم طبق نظریه کارشناسی ... از نظر دادگاه با توجه به اینکه خواننده دفاعیات موجهی که بطلان دعوی خواهان را مدلل سازد ارائه نداده است چه اینکه الف - عدم اطلاع بایع از مستحق‌الغیر بودن تلقی مسئولیت مدنی وی را فراهم نخواهد آورد. ب - علی‌رغم ادعا مبنی بر طرح دعوی جلب ثالث به این دادگاه در پرونده مطروحه ارائه نشده است. ج - غرامات مقرر در ماده ۳۹۱ قانون مدنی به صورت مطلق آورده شده، عدم تسری آن به افزایش قیمت ملک با توجه به تورم و کاهش ارزش پول و تلقی آن صرفاً هزینه‌های دلالی و نگهداری و امثال آن مستفاد نمی‌شود، بالاخص اینکه حسب استفتاء اخیر از مراجع عظام به اکثریت اعتقاد به پرداخت روز ثمن یا براساس تورم بوده‌اند. بنا به مراتب، دادگاه دعوی خواهان را محمول بر صحت تلقی به استناد مواد ۳۹۰، ۳۹۱ و ۳۴۸ قانون مدنی، مواد ۱۹۸ و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضمن صدور حکم بر بطلان بیع مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۵ فی‌مابین متداعیین پرونده خواننده را پرداخت ثمن مورد معامله به نرخ روز صادر به پرداخت مبلغ هفت میلیون و چهارصد و پنجاه هزار ریال از بابت ثمن معامله، مبلغ یکصد و چهل میلیون و هفتصد و پنجاه هزار ریال از بابت غرامات (افزایش قیمت) ... در حق خواهان محکوم و اعلام می‌دارد».

بدین ترتیب، دادگاه خواننده را بابت افزایش قیمت ملک محکوم می‌کند. با اعتراض محکوم‌علیه، شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان مربوطه دادنامه‌ای به شماره ۱۴۵۰۰۳۶۰ به تاریخ ۱۳۸۹/۳/۳۱ صادر کرده است. در این دادنامه چنین آمده است: «تجدیدنظرخواهی ... که به موجب آن حکم به بطلان بیع مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۵ قرارداد شماره ۱۰۲۵ و شده است، به لحاظ عدم ایراد و اعتراض مؤثر در راستای نقض دادنامه وارد نبوده به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ضمن رد تجدیدنظرخواهی عین دادنامه بدوی تأیید می‌گردد. رأی صادره قطعی است».

نکته جالب توجه این است که درحالی‌که دادگاه نخستین در دو جا از رأی به افزایش قیمت ملک



اشاره کرده و خواننده را از بابت افزایش قیمت ملک محکوم کرده است، دادگاه تجدیدنظر درعین حال که رأی دادگاه نخستین را تأیید کرده اما در نخستین سطرهای رأی، آنجا که رأی دادگاه نخستین را روایت می‌کند، رأی دادگاه نخستین را پرداخت ثمن موردمعامله به نرخ روز یاد می‌کند. بر همین اساس، برخی از استادان بر این نظرند که «دادگاه بدوی حکم به پرداخت افزایش قیمت ملک به عنوان غرامت داده، درحالی که دادگاه تجدیدنظر به پرداخت ثمن به نرخ روز اشاره کرده و به اشتباه آن را به دادگاه بدوی نسبت داده و رأی را تأیید نموده است» (صفایی، ۱۳۹۵، ۲۵). اما حقیقت این است که اگرچه در رأی دادگاه تجدیدنظر سخن از ثمن معامله به نرخ روز شده، اما همان‌گونه که پیش از این گفتیم، به دو روش می‌توان ثمن معامله را به نرخ روز تبدیل کرد: یکبار براساس تغییر قیمت مبیع و یکبار براساس تغییر قیمت سایر کالاها و اقلام. اتفاقاً از تأیید رأی دادگاه نخستین (که ثمن را براساس تغییر قیمت مبیع تعدیل کرده) می‌توان فهمید که دادگاه تجدیدنظر به تعدیل ثمن براساس قیمت مبیع نظر داشته است. به‌ویژه آن‌که در گزارش‌هایی که از سوی معاون قضایی دیوان عالی کشور و سپس، دادستان کل کشور به هیئت عمومی ارائه شده و در ادامه خواهیم دید، به ترتیب اعلام شده: «شعبه یازدهم این دادگاه، افزایش قیمت ناشی از تورم موجود در جامعه را غرامت تلقی...» و «رأی شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی، مبنی بر اینکه غرامات شامل افزایش قیمت با توجه به تورم اقتصادی می‌شود را صائب دانسته». بدین ترتیب، این دو مرجع نیز، رأی دادگاه تجدیدنظر را با توجه به همین خوانش تفسیر می‌کنند.

سه - معاون قضایی دیوان عالی کشور طی گزارشی از هیئت عمومی دیوان عالی کشور درخواست رأی وحدت رویه کرد. در این گزارش می‌خوانیم: «همان‌طور که ملاحظه می‌فرمایید برداشت شعب سوم و یازدهم دادگاه‌های تجدیدنظر استان آذربایجان غربی از عبارت «غرامات» مذکور در ماده ۳۹۱ قانون مدنی متفاوت بوده که منجر به تصمیمات صدرالاشعار گردیده به‌طوری که شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر تورم موجود در جامعه را که موجب افزایش قیمت‌ها می‌شود غرامت تلقی نکرده و دادنامه ۹۱۴/۸۸ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی ماکو را در این قسمت نقض و حکم بر بی‌حقی خواهان بدوی صادر کرده، ولی شعبه یازدهم این دادگاه افزایش قیمت ناشی از تورم موجود در جامعه را غرامت تلقی و دادنامه ۹۵۰/۸۸ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی ماکو را تأیید نموده است که برای جلوگیری از صدور آرای متعافت طرح قضیه را برای صدور رأی وحدت رویه قضایی موضوع ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری را تقاضا دارد».

چهار - نظریه دادستان کل کشور از این قرار است:

«۱- آنچه ملاک در جبران خسارت مشتری است کاهش قدرت خرید وی در اثر تورم و به عبارتی کاهش قیمت ثمن است نه آنچه در نظریه اداره حقوقی با عبارت افزایش قیمت ملک آمده است. در فتاوی مراجع عظام حضرات آیات بهجت، شبیری زنجانی، مکارم شیرازی، نوری همدانی و همچنین مقام معظم رهبری نظر به مصالحه در برخی از موارد و توجه به کاهش قدرت خرید در موارد دیگری، حضرت امام (ره) در مورد غصب بودن آن دارایی‌ها فرموده‌اند که از جهت وحدت ملاک قابل استناد



است که جبران خسارت مشتری را فتوا داده‌اند و نیز اشاره به قیمت ثمن یا نرخ تورم شده است.
۲- مستفاد از مواد ۳۹۱ و ۳۹۲ قانون مدنی و فتاوی غالب مراجع عظام این است که خسارت وارده بر مشتری نباید بلاجبران و حتی در صورت کسر قیمت ملک، بایع مکلف شده اصل ثمن را استرداد نماید؛ لذا حمل لفظ غرامات فقط بر هزینه‌های مشتری در ملک مورد معامله خلاف ظاهر و اطلاق آن است.

۳- نظر به اینکه در سؤال مورد استفتاء، اشاره‌ای به افزایش قیمت نشده است شاید بتوان فتاوی که اصل ثمن را تصریح دارد حمل بر فرض کسر قیمت ملک دانست به این معنا که حتی در صورت کسر قیمت ملک، بایع موظف است اصل ثمن را مسترد دارد. علی‌هذا با توجه به مراتب فوق نتیجتاً رأی شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی، مبنی بر اینکه غرامات شامل افزایش قیمت با توجه به تورم اقتصادی می‌شود را صائب دانسته و تأیید می‌نمایم.

پنج - سرانجام رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ به تاریخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور به این شرح صادر شد:

«به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد، یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير درآید، بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی بایع قانوناً ملزم به جبران آن است؛ بنابراین دادنامه شماره ۳۶۰ مورخ ۱۳۸۹/۳/۳۱ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است».

۲.۶. تفسیر رأی وحدت رویه

در تفسیر این رأی، اختلاف نظر به وجود آمده است. برخی از استادان معتقدند هیئت عمومی به تعدیل ثمن با توجه به شاخص قیمت کالاها نظر داشته و نظریه مطالبه افزایش قیمت ملک را نپذیرفته است (صفایی، ۱۳۹۵، ص ۳۲). برای نمونه، در نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۴۰۶/۹۴/۷ به تاریخ ۹۴/۲/۱۹ چنین گفته شده است:

«با توجه به اینکه رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۹۳/۷/۱۵ دیوان عالی کشور، ناظر به ثمن معامله است که حسب سوابق مربوطه ثمن وجه نقد بوده، بنابراین محاسبه کاهش ارزش پول رایج می‌باید با توجه به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی در امور مدنی بر مبنای شاخص بانک مرکزی محاسبه گردد».

برخی از نویسندگان نیز، بر این نظرند که «در متن رأی تنها از کاهش ارزش ثمن سخن به عمل آورده



است و نه افزایش قیمت مبیع» (چلکاسری و همکاران، ۱۳۹۳). در تأیید این نظر می‌توان گفت که دیوان عالی کشور از اطلاق واژه غرامت استفاده کرده و «کاهش ارزش ثمن» را نیز از مصداق آن می‌داند. عبارتی نزدیک به این واژگان در نظریه دادستان کل کشور به کار رفته است: «آنچه ملاک در جبران خسارت مشتری است کاهش قدرت خرید وی در اثر تورم و به عبارتی کاهش قیمت ثمن است نه آنچه در نظریه اداره حقوقی با عبارت افزایش قیمت ملک آمد است». بدین ترتیب، می‌توان گفت که «کاهش ارزش ثمن»، آن گونه که هیئت عمومی می‌گوید، همان «کاهش قیمت ثمن» است که دادستان کل کشور از آن یاد می‌کند و این هر دو، در مقابل افزایش قیمت ملک هستند. به علاوه، دیوان عالی کشور رأی شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان را تأیید کرده است. در این رأی نیز، از «پرداخت ثمن مورد معامله به نرخ روز» سخن گفته شده است. اما حقیقت این است که دلیلی برای تبعیت هیئت عمومی از نظر دادستان و تفسیر وی از عبارت کاهش قیمت ثمن و تقابل آن با عبارت افزایش قیمت ملک وجود ندارد. همان گونه که در بسیاری از موارد هیئت عمومی دقیقاً نظری را تأیید کرده که دادستان با آن مخالف بوده است. به علاوه، رأی شعبه یازدهم نیز، همان گونه که گفته شد، در مقام بیان اصل لزوم تعدیل ثمن بوده و شیوه تعدیل را باید از رأی دادگاه نخستین برداشت کرد. این دادگاه نیز ثمن را براساس قیمت مبیع به روز کرده است. بدین ترتیب، هیئت عمومی رأی شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر را تأیید کرده و این شعبه نیز، رأی دادگاهی را تأیید کرده که به تعدیل ثمن براساس قیمت مبیع نظر داشته است. بر این اساس، نظر هیئت عمومی نیز قابل استنباط خواهد بود. به علاوه، کاهش ارزش ثمن مفهومی نسبی است: هم می‌توان آن را با توجه به قیمت کالاها و اقلام مصرفی سنجید و هم با توجه به قیمت کالای موضوع معامله. بنابراین، لزوماً حمل و تفسیر عبارت یادشده بر مبنای قیمت کالاها مصرفی درست نیست.

به علاوه، یادمان باشد که تعدیل ثمن براساس نرخ کالاها و اقلام مصرفی غرامت نیست، بلکه ایفای اصل تعهد است (همان، ص ۵۲)، درحالی که همان گونه که از متن رأی دیوان بر می‌آید، هیئت عمومی به دنبال تعیین تکلیف برای «غرامت» بوده است. اگر نظر هیئت عمومی را لزوم تعدیل ثمن براساس شاخص قیمت کالاها بدانیم، عملاً موضوع به ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. ارجاع داده خواهد شد، زیرا از متن رأی دلیلی بر عدم لزوم رعایت شرایط ماده یادشده دیده نمی‌شود.^۱ بنابراین، اولاً تحولی در نظام حقوقی اتفاق نخواهد افتاد. ثانیاً، با توجه به شرایط مذکور در ماده یادشده، به ویژه با توجه به شرط مطالبه، عملاً خسارت خریدار جبران نخواهد شد. جدا از این‌ها، تعدیل ثمن براساس قیمت کالاها از اصول حقوق مسئولیت مدنی مبنی بر جبران کامل و واقع بینانه خسارت دور است. درواقع، خسارت خریدار باید با توجه به قیمت همان کالایی که موضوع معامله بوده ارزیابی شود، نه براساس قیمت کالاهایی که هیچ ارتباطی با معامله طرفین ندارند. در همین راستا، رأی شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۶۹۳ به تاریخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۱ جالب توجه است:

۱. «تنها هنجارسازی دیوان آن بوده که احراز شرایط منعکس در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی را لازم ندانسته است.» (طهماسبی و شیرازی، ۱۳۹۸، ص ۲۴۷-۲۷۰)



«رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ - ۹۳/۷/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، نظر شعبه ای را پذیرفته که غرامت را به میزان کاهش ارزش ثمن همان معامله تلقی نموده است. به عبارت دیگر غرامات همان خسارتی است که از قبل مستحق‌لغیر درآمدن مبیع به مشتری وارد شده است و ملاک احتساب کاهش ارزش ثمن، ثمن همان معامله است و نمی‌توان ارزش ثمن که موقعیت خاص حقوقی دارد، عنوان وجهی انتزاعی از آن معامله لحاظ کرد و الا اگر نظر اعضای هیأت عمومی وحدت رویه، صرف کاهش ارزش پول بر مبنای ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی بوده، صراحتاً در رأی مذکور به ماده ۵۲۲ اشعاری استناد می‌شده است؛ درحالی‌که نه در رأی وحدت رویه آمده است و نه هیچ‌یک از اکثریت قضات هیأت عمومی چنین برداشتی داشتند و قدر متیقن رأی وحدت رویه آن است که تورم ناشی از کاهش ارزش ثمن با ملاحظه همان معامله یا به تعبیر دیگر تورم موضوعی لحاظ گردیده است. مضافاً اینکه اگر منظور رأی وحدت رویه کاهش ارزش پول بر مبنای ماده ۵۲۲ قانون مزبور بوده باشد، با توجه به شرایط ۵ گانه مندرج در این ماده، اصولاً شامل مسئله موضوع رأی وحدت رویه نخواهد شد. نتیجه آنکه نباید رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ هیأت عمومی را به نحوی تفسیر کرد که عملاً یک رأی بی‌خاصیت در منابع حقوقی کشور جلوه نماید، چیزی که در مخیله هیچ‌یک از اکثریت قضات هیأت عمومی دیوان عالی کشور نبوده است...».

نتیجه‌گیری

در این نوشتار، یکی از مباحث مهم درباره ضمان درک مطرح شده است. چنان‌که می‌دانیم، در صورت مستحق‌لغیر درآمدن مبیع، فروشنده فصول به حکم مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی مکلف به بازگرداندن ثمن در هر صورت و غرامات وارد بر مشتری جاهل است. خریدار بیع فضولی موظف به بازگرداندن عین مبیع یا مثل و قیمت آن در صورت تلف و نیز منافع مستوفات و غیرمستوفات آن به مالک اصلی است. در مقابل می‌تواند برای ثمنی که برای معامله به بایع پرداخته به او مراجعه کند و آن را مسترد دارد. همچنین، اگر نسبت به فضولی‌بودن معامله جاهل بوده باشد، می‌تواند آنچه به عنوان مثل یا قیمت و منافع پرداخته به قائم‌مقامی مالک پس بگیرد. علاوه بر این‌ها ممکن است خساراتی را رأساً متحمل شده باشد که بر مبنای قواعد ضمان قهری قابل مطالبه‌اند. در برخی مصادیق این زیان‌ها تردیدی نیست، اما آنچه راجع به کاهش ارزش پول در زمان بین معامله و آشکارشدن فساد آن اتفاق افتاده مورد تردید قرار گرفت. ابتدا، به منظور تفسیر مضیق واژه غرامت در بحث ضمان درک، فقط هزینه معامله بدون توجه به افزایش قیمت مبیع و بالا رفتن تورم به منزله خسارت پذیرفته می‌شد. اما رفته‌رفته و به‌خصوص با بالا رفتن نرخ تورم و کاهش قدرت خرید، توجه رویه قضائی به ضرورت پذیرش چنین زبانی جلب شد و این بار در ضابطه تشخیص میزان زیان و معیار ارزیابی اختلاف نظر پیش آمد. بعضی بر این نظر بودند که برای جبران این خسارت باید قیمت روز مبیع ملاک عمل باشد و برخی دیگر با توجه به این‌که ثمن مبلغی پول است که به علت تورم از ارزش آن کاسته شده، بر این نظر بودند که باید براساس شاخص اعلامی



بانک مرکزی خسارت جبران شود. در نهایت رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳، ضمن تأیید رأی شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر آذربایجان غربی مبنی بر پرداخت ثمن موردمعامله به نرخ روز، ضرورت جبران کاهش ارزش ثمن را می‌پذیرد. بااین حال ضابطه ارزیابی را دقیقاً معلوم نمی‌کند.

با توجه به وضعیت اقتصادی موجود و عرف جامعه، به نظر می‌رسد زیان ناشی از افزایش قیمت مبیع خسارتی است که برای خریدار محقق شده است و بهترین راه جبران آن پرداخت قیمت روز مبیع به اوست تا دست‌کم، در عوض زیان مالی و معنوی که از بابت معامله فضولی دیده، در حد امکان به وضعیت سابق بازگردد و همان میزان قدرت خرید داشته باشد. رأی وحدت رویه را هم باید به همین شکل تفسیر کرد و معیار محاسبه ثمن به نرخ روز را، به جای شاخص بانک مرکزی، قیمت همان مبیع دانست.

منابع

- بهاری اردکانی، ابوالفضل، هاشمی باجگانی، سیدجعفر و سلیمیان، ابوالفضل (تابستان ۱۳۹۵). «مسئولیت مدنی ناشی از فرصت ازدست‌رفته». نشریه مجلس و راهبرد، دوره ۲۳، شماره ۸۶، ص ۶۹-۹۴.
- چلکاسری، عبدالله، سرگزی، محمدرضا و فرهانی روحانی، نوشین (تابستان ۱۳۹۳). «ماهیت و گستره غرامت قابل مطالبه از بایع در مبیع مستحق للغير (نقد و بررسی رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۱۵/۷/۹۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور)». نشریه رأی، دوره ۳، شماره ۷، ص ۴۵-۶۶.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۳ هـ. ق). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۸، قم: المطبعة الاسلامیه.
- شعبانی کندسری، هادی (پاییز ۱۳۹۴). «بازاندیشی در معیار و قلمرو ضمانت اجرای قاعده لاضرر و لاضرار». نشریه فقه اهل بیت، شماره ۸۳، ص ۱۰۱-۱۴۲.
- شکاریان، مصطفی (پاییز ۱۳۹۵). «غرامات ناشی از کاهش ثمن در فرض مستحق للغير درآمدن مبیع». نشریه دین و قانون، شماره ۱۳، ص ۱۴۵-۱۶۸.
- صادقی، محمد و خان‌محمدزاده، راحله (تابستان ۱۳۹۵). «خسارت قابل جبران در صورت مستحق للغير درآمدن مبیع». نشریه رأی، شماره ۱۵، ص ۳۷-۵۲.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۵). معامله فضولی و بازپرداخت ثمن به نرخ روز، در: مامن قافله دل و دانش. تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۳-۳۵.
- طهماسبی، علی و شیرازی، علی (بهار و تابستان ۱۳۹۸). «قابلیت مطالبه خسارت ناشی از کاهش ارزش ثمن در صورت فسخ قرارداد». پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال بیستم، شماره ۴۹، ص ۲۴۷-۲۷۰.
- عباسی حسین‌آبادی، حسن و ولی‌زاده، محمدجواد (پاییز و زمستان ۱۳۸۷). «تأثیر عملکرد عرف در حکم فقهی نظریه جبران کاهش ارزش پول». پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۹، شماره ۲۸، ص ۲۷۳-۲۹۸.
- غریبه، علی (بهار ۱۳۸۵). «قابلیت مطالبه میزان کاهش ارزش پول با خسارت تأخیر تأدیه در دیون پولی». نشریه کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۳ و ۴، ص ۶۸-۷۸.
- فیض، علیرضا و حسینی سمنانی، بتول (۱۳۸۷). «بررسی عوامل پویایی فقه». پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۱، ص ۹۷-۱۳۴.
- قنواتی، جلیل، رمضان، جعفر و برهان مجرد، محسن (بهار و تابستان ۱۳۹۸). «تحلیل مبانی نظری رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ درخصوص ضمان درک». نشریه فقه و حقوق اسلامی، دوره ۵۲، شماره ۱، ص ۱۴۵-۱۶۲.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). حقوق مدنی: دوره عقود معین، جلد ۱. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم.



- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشر میزان، چاپ ۲۶.
- محامد، علی (۱۳۸۵). «بررسی قاعده عدل و انصاف و آثار آن». نشریه پژوهش های فلسفی - کلامی، دوره ۸، شماره ۲، شماره پیاپی ۳۰، ص ۲۳۵-۲۷۰.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۷). قواعد فقه. تهران: نشر میزان
- محمدی، پژمان (پاییز و زمستان ۱۳۹۱). «ضرورت قهری دانستن ضمان درک». نشریه دانش و پژوهش حقوقی، دوره ۱، شماره ۲، ص ۱۸۵-۲۲۲.
- محمودی، عبدالله (زمستان ۱۳۹۵). «قلمرو ضمان درک با تأکید بر جبران غرامات ناشی از کاهش ارزش پول». نشریه رسائل، شماره ۹، ص ۳۳-۵۶.
- نژادزمانی خلیجان، مهدی (۱۳۸۹). «مطالعه تطبیقی ضمان درک مبیع در فقه امامیه و حقوق ایران». فروغ وحدت، شماره ۲۱، ص ۳۳-۴۴.
- یوسفی، احمدعلی (تابستان ۱۳۸۱). «بررسی فقهی نظریه های جبران کاهش ارزش پول (۱)». مجله فقه اهل بیت، شماره ۳۰، ص ۱۴۴-۱۹۴.
- یوسفی، احمدعلی (پاییز ۱۳۸۱). «بررسی فقهی نظریه های جبران کاهش ارزش پول (۲)». مجله فقه اهل بیت، شماره ۳۱، ص ۵۹-۱۳۷.

بررسی تطبیقی اعتبار شروط حل اختلاف یک جانبه

شهاب جعفری ندوشن،^۱ لادن زرین^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۴

چکیده

شروط يك جانبه حل اختلاف شروطی قراردادی هستند که در قالب شرط حل و فصل اختلاف در قراردادهای تجاری و سرمایه گذاری، به ویژه قراردادهای اعطای وام بین المللی و به نفع وام دهنده، درج می شوند. به موجب این شروط، در صورت بروز اختلاف، يك طرف قرارداد را در انتخاب مسیر دادگاه یا داوری - با در نظر گرفتن آن که کدام مسیر وی را در موقعیت مناسب تری برای تأمین منافع خود قرار می دهد و نهایتاً امکان اجرای سهل تری دارد - مخیر می سازد. این در حالی است که طرف مقابل برای اقامه دعوا فقط حق مراجعه به یکی از مراجع مذکور را دارد. هر چند در بررسی آرای صادره در خصوص قراردادهای حاوی شروط یک جانبه در نظام های حقوقی مختلف، اختلاف فاحشی در اعتبار یا عدم اعتبار آن شروط وجود دارد، آرای اخیر صادره از دادگاه فرانسه و برخی دیگر از کشورهای حقوق نوشته مبنی بر بی اعتباری آن، روند جدیدی در رویکرد دادگاه ها در عدم اعتبار این شروط ایجاد کرده است. در این نوشتار، ضمن بررسی رویه نظام های حقوقی مختلف، با تجزیه و تحلیل آرای مخالفان و به چالش کشیدن آن ها و همچنین با در نظر گرفتن پیامدهای نادیده گرفتن این شروط، این نتیجه به دست می آید که اصولاً شروط یک جانبه، غیر از موارد معدودی که متضمن بی عدالتی آشکار باشند، اعتبار دارند.

واژگان کلیدی: شرط حل و فصل اختلاف ترکیبی، شرط حل اختلاف يك طرفه، شرط حل اختلاف انتخابی، شرط حل اختلاف غیر متقارن

۱. دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران؛ shjafari@gmail.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجارت الکترونیک، دانشگاه علم و فرهنگ (نویسنده مسئول)؛ Ladanazarrin1139@gmail.com



مقدمه

به علت رشد فزاینده تمایل به استفاده از ابزارهای خاص برای اطمینان از اجرای حکم علیه دارایی محکوم علیه یا مدیون، خصوصاً در زمانی که اموال وی در حوزه‌های قضایی متفاوتی واقع شده است، و همچنین به منظور عبور از روش‌های معمول حل و فصل اختلافات و ایجاد سازوکاری متناسب با شرایط قراردادی به بهترین شکل ممکن، شرط حل و فصل اختلاف یک‌جانبه^۱ یا ترکیبی^۲ در قراردادها درج می‌شود که یک‌طرفه،^۳ انتخابی^۴ و غیرمتقارن^۵ نیز نامیده شده است. اگرچه انواع گوناگونی از شروط حل اختلاف یک‌جانبه وجود دارد، این شرط عمدتاً ترکیبی از شرط داوری و حق مراجعه به دادگاه است که اکثراً در قراردادهای تجاری و مالی میان وام‌دهنده و وام‌گیرنده کاربرد دارد. در رایج‌ترین شکل، این شرط برای یک طرف حق مراجعه به دادگاه یا داوری و برای طرف مقابل صرفاً حق دادخواهی در داوری (یا بعضاً فقط دادگاه) را ایجاد خواهد کرد.

پرسش اصلی که در این نوشتار به دنبال پاسخ آن هستیم این است که صرف‌نظر از تنوعی که در نحوه تنظیم این شروط دیده می‌شود، آیا می‌توان اصولاً حکم به اعتبار انواع رایج این شروط داد؟ به منظور پاسخ‌گویی به این پرسش، در ابتدا به ماهیت، محتوا، هدف و نحوه عملکرد این شروط می‌پردازیم و پس از تشریح فروض متفاوت در خصوص حق ایجادشده برای یک طرف به منظور طرح ادعا در چند مرجع، رویکرد نظام‌های حقوقی از جمله ایران به شروط یک‌جانبه بررسی می‌شود. در ادامه، پس از تحلیل و بررسی چالش‌های اعتبار شروط یک‌جانبه، به این نتیجه می‌رسیم که صرف عدم تقارن توزیع حقوق در این شروط (که مبتنی بر عدم توازن موقعیت طرفین در انجام مذاکرات قراردادی بوده است) باعث بی‌اعتباری این شروط نمی‌شود.

۱. ماهیت شروط یک‌جانبه

۱.۱. محتوا و هدف

توزیع نامتقارن حقوق و تکالیف، به واسطه درج شرط یک‌جانبه در توافقات، ریشه در موقعیت نامتقارن طرفین قرارداد داشته و تقریباً در بسیاری موارد یک طرف قرارداد قدرت چانه‌زنی بهتری برای اقناع طرف یا طرف‌های دیگر به قبول و درج شروط مدنظر خود در قرارداد دارد. از همین رو، در اکثر موارد، بانک‌ها و مؤسسات اعتباری خواهان استفاده از این شرط برای وصول سهل‌تر مطالبات معوقه از محل دارایی‌های مدیون (وام‌گیرنده) هستند. البته نباید از نظر دور داشت که از این شروط در سایر قراردادها مانند چارترپارتی، قرارداد استخدام و قرارداد

-
1. Unilateral.
 2. Hybrid.
 3. One-side.
 4. Optional.
 5. Asymmetrical.



اجاره (Hull v. Norcom Inc., 750 F.2d 1547 (11th Cir. 1985); Amendariz v. Health Psychcare (Servs Inc., 24 Cal. 4th 83 (S. Ct. California 2000) نیز استفاده می‌شود (Draguiev, 2014, p.21; Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 135).

همواره شرط داوری، به علت انعطاف‌پذیری در حل اختلافات قراردادی، دارای جذابیت میان اطراف قرارداد بوده است؛ خصوصاً آن‌که، با توسل به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸، امکان اجرای آرای داوری در حدود ۱۵۰ کشور عضو این کنوانسیون فراهم شده است. با این وجود، این امکان وجود دارد که، در مرحله شناسایی و اجرای رأی داوری، اجرای رأی با مانع نظم عمومی (یا سایر موانع) مواجه شود و قابلیت اجرای رأی علیه دارایی مدیون در کشور محل اجرا از بین برود. بنابراین، منطق تجاری طرف قوی‌تر قرارداد (بانک یا غیربانک) به داشتن شرط حل و فصل اختلافی متمایل است که او را قادر سازد تا در هر مرجع داوری یا دادگاه (یا دادگاه‌های متنوع) ادعای خود را مطرح کند. درواقع، ذات شروط یک‌جانبه به گونه‌ای است که مسیرهای مختلف برای احقاق حقوق طرفی که از اجرانشدن تعهدات (عموماً مالی) طرف دیگر متضرر شده است باز گذاشته شود.

۲.۱. نحوه عملکرد

به نظر می‌رسد شروط یک‌جانبه دارای همان ویژگی‌های کلی و عمومی شروط حل و فصل اختلافات باشند (Draguiev, 2014, p.22)؛ هرچند، با توجه به این‌که این شروط ساختاری چندلایه دارند، توسعه‌یافته‌تر و قدرتمندترند.

درخصوص نحوه عملکرد شروط یک‌جانبه حل اختلاف، فروض مختلفی مطرح می‌شود که عمدتاً دو فرض از بقیه شایع‌ترند:

فرض اول: یک طرف حق انتخاب میان دادگاه و داوری و طرف دیگر صرفاً حق مراجعه به داوری را داشته باشند. در این حالت، اگر طرف اول دعوایی را در دادگاه یا داوری طرح کند، طرف دوم ملزم به تبعیت از این انتخاب است. بنابراین، اگر این دعوا در دادگاه مطرح شود، طرف دوم نمی‌تواند مشابه همان دعوا را هم‌زمان (البته با فرض پذیرش اصل اعتبار امر مطروحه بین دادگاه و داوری) یا متعاقباً (به علت پذیرش اعتبار امر مختومه) طرح کند. درحالی‌که اگر طرف دوم دعوایی را در داوری شروع کند، طرف اول ملزم به تبعیت از این انتخاب است و نمی‌تواند همان دعوا را به دادگاه ببرد.

فرض دوم: طرف اول حق انتخاب میان دادگاه و داوری را داشته باشد و طرف دوم صرفاً حق مراجعه به دادگاه را داشته باشد. در این حالت، اگر شروع دعوا از جانب طرف اول باشد، طرف دوم ملزم به تبعیت از مرجع حل اختلاف انتخاب‌شده از سوی طرف اول است. اما مشکل در جایی است که شروع‌کننده دعوا طرف دوم است. در این حالت، سؤال این است که اگر طرف دوم در مراجع دادگاهی طرح دعوی نماید، آیا طرف اول می‌تواند با استفاده از حق مراجعه به داوری، که یکی از گزینه‌های اوست، از دادگاه بخواهد که به دعوا رسیدگی نکند و دعوای موجود را به داوری ارجاع دهد یا خیر؟



اگر پاسخ مثبت باشد - آن‌گونه که در یک دعوای مهم در دادگاه‌های انگلستان به این سؤال پاسخ مثبت داده شده است (NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd. 2004, paras 10-11) - بدین معناست که طرف اول، علاوه بر این که می‌تواند بین دادگاه و داوری برای شروع دعوا انتخاب کند، می‌تواند روند طرح دعوا در مرجع موردنظر طرف دوم را نیز مدیریت کند؛ حتی تنها گزینه موجود برای طرف دوم برای شروع دعوا، یعنی دادگاه، نیز ممکن است به گونه‌ای از سوی طرف اول مدیریت شود که تبدیل به داوری شود. برای رهایی از این مشکل، تفسیر درست چنین به نظر می‌رسد که در حالت اخیر امکان انتخاب برای طرفی که حق‌گزینهش دارد (یعنی طرف اول) فقط برای شروع طرح دعوا منشأ اثر است و اگر طرفی که فقط حق طرح دعوا در مراجع قضایی را دارد از این حق خود استفاده کند و دعوایی را در مراجع دادگستری مطرح کند، طرف دیگر نمی‌تواند بر مبنای امکان‌گزینهش خود در شرط یک‌جانبه، در تعارض صلاحیت دادگاه با داوری، دعوای موجود را به داوری ببرد (جعفری ندوشن، ۱۳۹۷، ص ۸۰).

۲. رویکرد نظام‌های حقوقی درباره شروط یک‌جانبه

۱.۲. نظام حقوقی کامن لا

رویه فعلی دادگاه‌های کشورهای کامن لا و به‌طور مشخص انگلستان در تأیید این شروط یا دست‌کم عدم اعلام بی‌اعتباری آن‌ها است. اولین تصمیمی که درباره شروط یک‌جانبه در نظام حقوقی کامن لا گزارش شده مربوط به تصمیم دادگاه تجدیدنظر انگلستان بوده است. در این رأی صادره بر دوجانبه‌بودن شرط داوری و اهمیت آن تأکید شده است. این دادگاه بیان داشت که: «در یک شرط ارجاع به داوری، هر دو طرف باید توافق بر ارجاع اختلاف به داوری داشته باشند و در زمان بروز اختلاف، عنصر اساسی شرط داوری، توافق طرفین است» (Baron v. Sunderland Corp., 1996). این رویکرد در پرونده‌ای دیگر نیز مورد تأیید قرار گرفت که حکایت از بی‌اعتباری شروط یک‌جانبه نزد دادگاه‌های انگلستان در آن دهه دارد (Tote Bookmarkers Ltd vs. Development and Property Holding Co Ltd. (1985)).

این رویه همچنان ادامه داشت تا این که در پرونده‌ای، در سال ۱۹۸۶، دادگاه تجدیدنظر انگلستان رضایت طرفین به شکل سنتی در ارجاع اختلاف به داوری را مورد چالش قرار داد و اظهار داشت که در اعطای حق ارجاع به داوری برای یک طرف ایرادی نمی‌بیند و این امر در واقع توافقی دوجانبه بر ایجاد حق یک‌طرفه برای ارجاع به داوری را ایجاد می‌کند.

پس از پرونده مزبور، دادگاه‌های انگلستان در خصوص درجه اهمیت برای دوجانبه‌بودن شرط ارجاع اختلاف به داوری تغییر رویه داد و بدین ترتیب در پرونده دیگری دادگاه چنین بیان کرد: «دلیلی وجود ندارد که چنین شرطی (شرط یک‌جانبه) نامعتبر شناخته شود و در اعطای موقعیت «بهرتر» نسبت به یک طرف تناقضی نمی‌بیند». (Law Debenture Trust Corp. PLC v. Elektrim Finance B.V., Elektrim S.A., Concord Trust. 2005, Para 44'; NB Three Shipping Ltd. v. Harebell

1. Available at: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawRep/Law%20v%20Elektrim%202005.pdf>.



Shipping Ltd., 2004, Para 11^۱). اخیراً نیز رویه دادگاه‌های انگلستان در تأیید شروط یک‌جانبه دوباره تأیید شده است (Mauritius Commercial Bank Ltd. v. Hestia Holdings Ltd. & Sujana (Universal Industries Ltd., 2013).

البته نظریات فوق به معنی پذیرش مطلق شروط یک‌جانبه در دادگاه‌های کشورهای کامن لا نبوده و نیست. به‌طور مشخص، درخصوص قراردادهای استخدام و قراردادهای با مصرف‌کنندگان که در آنها حساسیت بیشتری در تنظیم روابط قراردادی از جانب دولت‌ها وجود دارد، دو نظریه برای به چالش کشیدن این شروط وجود داشته و دارد: اول فقدان دوجانبگی^۲ و دیگری غیرمنطقی یا نامعقول بودن^۳. تا سال ۱۹۹۰ بسیاری از دادگاه‌های آمریکا شروط یک‌جانبه را به علت فقدان دوجانبگی غیرمعتبر دانسته‌اند و در پرونده هال در برابر نورکام،^۴ قرارداد میان کارفرما و کارگر که دربردارنده شروط یک‌جانبه بود، دادگاه اظهار داشت که هرچند دو طرف ممکن است لزوماً دارای حقوق و تعهدات متقارن نباشند، اما وجود عوض در قرارداد ضروری است؛ یعنی تعهدی از سوی هر دو طرف باشد نه این‌که مطلقاً دوجانبه باشد. بنابراین، دادگاه در این پرونده وجود عوض را شرط لازم برای صحت شرط یک‌جانبه دانست و وجود عوض را نه در خود شرط، بلکه در کلیت قرارداد ضروری دانست.

در توضیح بیشتر این‌که چگونه دادگاه‌ها دکترین غیرمعقول بودن را به‌منظور بی‌اعتبارنمودن شرط یک‌جانبه به‌کار می‌بندند، باید گفت از اواخر سال ۱۹۹۰ به‌کارگیری استدلال «فقدان دوجانبگی» درخصوص همه قراردادهای قابل اعمال بوده است و بدین‌ترتیب شروط داوری فاقد دوجانبگی را نامعتبر می‌دانستند، اما «غیرمعقول بودن» بیشتر درمورد قراردادهای خاصی مثل قراردادهای استخدامی و مصرف‌کننده به‌کار گرفته می‌شده است که به علت وجود عناصری خاص برای اثبات از سوی مدعی دشوارتر است و بار اثباتی بیشتری ایجاد می‌کند. دادگاه عالی استرالیا نیز درخصوص اعتبار یا عدم اعتبار یک شرط حل اختلاف یک‌جانبه که به یک طرف امکان انتخاب میان دادگاه یا داوری را می‌داد اعلام کرد که چنین شرطی معتبر است (PMT Partners Pty. Ltd. (In Liq) v. Australian National Parks & Wildlife Service, 1995, paras 15-29^۵).

۲.۲. نظام حقوقی نوشته

نمی‌توان مرز مشخصی را میان نظام‌های حقوقی کامن لا و حقوق نوشته در رابطه با رویکرد درباره شروط یک‌جانبه ترسیم کرد. علاوه‌براین، در هیچ‌یک از این دو نظام حقوقی تئوری و رویه ثابتی در رویارویی

2018/08/14

1. Available at: <http://alrr.oxfordjournals.org/content/2004/1/495.extract> 2018/08/14

2. Lack of mutuality

3. Unconscionability

4. Available at: <https://casetext.com/case/hull-v-norocom-inc>. 2020/05/08

5. Available at: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1995/36.html>. 2015/08/07



با این شروط وجود نداشته و ندارد. بیشتر دادگاه‌ها در نظام حقوقی نوشته قائل به اعتبار این شروط اند، اما اخیراً در رویه برخی کشورهای حقوق نوشته مانند فرانسه، روسیه، بلغارستان، چین و لهستان شروط یک‌جانبه مندرج در قرارداد در دعوی طرح شده و در مواردی نامعتبر شناخته شده است. این مسئله در رویه سایر کشورها در ارزیابی این شروط نیز تأثیرگذار بوده است.

توضیح بیشتر آن‌که در فرانسه عموماً این شرط معتبر دانسته شده است. اما در پرونده‌ای درمورد حساب بانکی متعلق به شخصی اسپانیایی که مربوط به یکی از شعب بانک لوکزامبورگ در فرانسه بود (معروف به پرونده راتشیلد) (Mme 'X' v. Banque Privée Edmond de Rothschild (the) (Rothschild Case), September 2012)،^۱ این‌گونه شرط شده بود که در صورت بروز اختلاف میان طرفین، بانک علاوه بر داشتن حق انحصاری برای طرح دعوا در دادگاه‌های لوکزامبورگ حق دادخواهی در دادگاه محل اقامت خوانده یا هر دادگاه صالح دیگر (در اثر اعمال قواعد حقوقی بین‌الملل خصوصی) را برای خود محفوظ خواهد داشت. در نهایت این شرط، نه به علت عدم تساوی و تعادل حقوق طرفین بلکه بر مبنای مخالفت با ماده ۲۳ مقررات بروکسل یک و ماهیت ذاتی شروط یک‌جانبه که تا حدی دارای شباهت با شروط ارادی^۲ بوده^۳ (این شروط ارادی از نظر دیوان عالی فرانسه پذیرفتنی نیستند) و همچنین اعطای حق انتخاب گسترده به بانک در انتخاب دادگاه برای طرح دعوی، از سوی دیوان عالی فرانسه نامعتبر شناخته شد. درواقع رویکردی جدید در این نظام حقوقی در ارزیابی شروط یک‌جانبه بود که تأثیر بسزایی در سایر دادگاه‌ها ایجاد کرد و زمینه‌ساز نوعی تفسیر و در نتیجه آن عدم قابلیت پیش‌بینی و عدم قطعیت در پذیرش این شروط شد.

روسیه نیز عموماً این شرط را معتبر دانسته، هرچند در دعوی میان شرکت تلفن روسیه و شرکت موبایل سونی اریکسون که حق مراجعه به هر دادگاه صالح را داشت، درحالی‌که شرکت تلفن روسیه صرفاً از حق رجوع به داوری برخوردار بود، دادگاه چنین شرطی را نامعتبر اعلام کرد (Russ kaya (Telephony v. Sony Ericsson Mobile Rus Ltd, 2012) (Draguiev, 2014, p.30).

بنابراین دیوان عالی روسیه، براساس قواعد عمومی حقوقی مدنی روسیه و حقوق بشر اروپایی و تساوی طرفین در حق دسترسی به محاکمه عادلانه و تعادل میان آن‌ها، شرط یک‌جانبه را حمایت نکرده است؛ اما تفاوتی که با رأی دیوان عالی فرانسه دارد آن است که، پس از اعلام نوعی بی‌اعتباری این شرط، آن را کاملاً باطل ندانسته بلکه ضمن رد دادخواست، با دخل و تصرف در توافق طرفین در تنظیم شرط حل و فصل اختلاف، خواستار آن شد که شرط به گونه‌ای تنظیم و اصلاح شود که متضمن تساوی طرفین در رجوع به مراجع حل اختلاف باشد.

1 Available at: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/983_26_24187.html. 2015/08/07

2. Potestative.

۳. شرط ارادی موجب می‌شود که اجرای قرارداد وابسته به وقوع حادثه‌ای شود که وقوع یا جلوگیری از وقوع آن در اختیار طرف یا طرف‌های دیگر قرارداد باشد.



دادگاه‌های بلغارستان نیز، بعضاً بر مبنای همان علل ذکرشده در پرونده راتشیلد و همچنین به علت آن‌که دادگاه این شرط را خلاف قواعد اخلاق و حسن‌نیت دانست، شرط را باطل اعلام کردند. همچنین، آرائی از دادگاه‌های چین و لهستان بر بی‌اعتباری این شرط بر مبنای ناعادلانه‌بودن و عدم تساوی طرفین در روند دادخواهی وجود دارد (Ustinov, 2016, p.24).^۱

نتیجه آن‌که، استدلال‌ها و تفسیرهای جدیدی در عدم‌اعتبار شروط یک‌جانبه شکل گرفته است که خود موجب ایجاد تشکک آرا و قابل پیش‌بینی نبودن نظر مراجع حل اختلاف خواهد شد. بنابراین لزوم تجزیه و تحلیل دلایل موافقان و مخالفان مطرح می‌شود که در قسمت‌های بعدی به آن پرداخته خواهد شد.

۳.۲. نظام حقوقی ایران

در حقوق ایران، هرچند به نظر می‌رسد که رعایت اصول عدالت معاوضی اجمالاً مورد پذیرش روح قوانین است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۶۴)، نهایتاً در جایی که عملاً دو طرف قرارداد در وضعیت و قدرت چانه‌زنی نابرابر در مذاکرات هستند، صرف این عدم تعادل (حتی در قراردادهای استخدام که از انواع قراردادهای الحاقی است و ظاهراً طرف ضعیف‌تر صرفاً به پذیرش این قرارداد تن می‌دهد) مبنایی برای نامعتبر شناخته شدن توافق نیست؛ چراکه در جامعه همواره کم‌وبیش ضرورت‌های زندگی وجود دارد و افراد به اضطرار به معاملات و شرایطی که نمی‌خواهند تن می‌دهند و پذیرنده شرط به آن رضایت می‌دهد و اراده او جنبه انشائی دارد و تا مفاد عقد را در ذهن خود ایجاد و اعلام نکند هیچ اثری بر پیشنهاد بار نمی‌شود. به لحاظ همین واقعیت و برای آن‌که به استواری پیمان‌های خصوصی صدمه وارد نشود، قانون‌گذار صراحتاً در ماده ۲۰۶ قانون مدنی معامله اضطراری را معتبر شناخته است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۶).

همچنین باید توجه داشت که اعمال و اجرای شروط یک‌جانبه به معنای سلب حق دادخواهی برای طرف ضعیف‌تر نیست، بلکه صرفاً برای طرفی که دارای موقعیت بهتر یا قدرت چانه‌زنی بیشتر است حق انتخاب‌های بیشتری برای دادخواهی ایجاد می‌کند. لذا این شرط منافعی با حق دسترسی به عدالت نیست و همچنان حق مراجعه به دادگاهی مستقل و بی‌طرف، مطابق با ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) که ایران نیز آن را پذیرفته، فراهم است و اصول قانون اساسی از جمله اصل ۱۳۴ (تحت عنوان رجوع به دادگاه‌های صالح که به موجب قانون حق مراجعه به آن تصریح شده است) و سایر اصول پذیرفته‌شده در آیین دادرسی مدنی لزوماً و صرفاً با درج شرط یک‌جانبه در قرارداد از بین نمی‌رود. پس تا جایی که حق مراجعه به محاکم قضایی وجود داشته باشد و طرح و پیگیری و رسیدگی در این مرجع با رعایت اصول دادرسی عادلانه (شمس، ۱۳۸۳، ص ۱۲۸-۱۳۵) صورت پذیرد، درج این شرط ذاتاً و دست‌کم از نظر تئوری مابینتی با حق دسترسی به عدالت ندارد.

۱. در مواردی دادگاه‌های آلمان نیز برخی از انواع شروط یک‌جانبه را نامعتبر دانسته‌اند. برای نمونه:

. BGH, Judgment, 24 Sep. 1998, III ZR 133-97 Available at:

<http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=24.09.1998&Aktenzeichen=III%20ZR%20133/97> .2016/07/08



تنها مورد مهمی که ممکن است اعتبار این شروط در حقوق ایران را به چالش بکشد در بحث «شروط ارادی» است. ممکن است ادعا شود در حقوق ایران شروط یک‌جانبه اثر الزام‌آور عقد را تماماً منوط به خواست یک طرف می‌کند. پاسخ این است که شروط ارادی مربوط به امور ماهوی (همانند شرط خیار دایمی برای یک طرف) است و ارتباطی با بحث حاضر پیدا نمی‌کند (جعفری ندوشن، ۱۳۹۷، ص ۸۰). وانگهی آنچه باعث ارادی یا اختیاری بودن تعهد می‌شود دایمی بودن این اختیار است و این درحالی است که در فرض شروط حل اختلاف یک‌جانبه طرف ذی‌نفع در نهایت موظف به اعمال نظر و انتخاب نهایی مرجع حل اختلاف خواهد بود (سربازیان و رستم‌زاده اصلی، ۱۳۹۸، ص ۳۷۷). در این خصوص در ادامه بیشتر سخن خواهیم گفت.

۳. تحلیل و بررسی چالش‌های اعتبار شروط یک‌جانبه

۱.۳. عدم تعادل میان طرفین^۱

عموماً کاربرد شروط یک‌جانبه در قراردادهای اعطای وام و تسهیلات مالی بوده و منطقی است که مؤسسات مالی، ذی‌نفعان اصلی این شروط، سعی بر حفظ قدرت چانه‌زنی خود داشته باشند. از یک طرف ماهیت تجاری رابطه میان وام‌دهنده و وام‌گیرنده دربردارنده نوعی عدم تعادل در روابط قراردادی‌شان است و از طرف دیگر، عموماً دادگاه‌ها تا حدی خود را برای ورود به توافقات طرفین و ایجاد تغییراتی در شروط حل و فصل اختلاف صالح دانسته‌اند. نتیجه آن‌که در شرایطی که این عدم تعادل میان یک طرف و مصرف‌کننده به منزله شخصی حقیقی باشد یا یک طرف صرفاً شخص حقوقی و طرف دیگر شخص حقیقی باشد یا زمانی که این عدم تعادل به حدی باشد که مخالفت با نظم عمومی را رقم زند یا موجب آزمایش رفتن حق دادخواهی یک طرف شود، دادگاه رسیدگی‌کننده به استناد این عدم تعادل می‌تواند شرط را نامعتبر بداند.

از سویی در قراردادهای الحاقی، مانند قراردادهای استخدام، قراردادهای مصرف‌کننده و قراردادهای بیمه، قانونگذار محدودیت‌های خاصی را برای صیانت از منافع طرف ضعیف‌تر ایجاد کرده است و بدین ترتیب در این حیطه درخصوص قانون حاکم یا دادگاه صالح از طریق وضع قوانین از پیش تعیین تکلیف شده است. مثلاً قانونگذار کشور ترکیه، در قانون آیین دادرسی و حقوق بین‌المللی خصوصی مصوب ۲۰۰۷، پس از آن‌که در بند یک ماده ۴۷ توافق بر صلاحیت دادگاه خارجی را اصولاً معتبر شناخته است، در بند ۲ این ماده مقرر کرده که در مورد صلاحیت دادگاه‌ها برای قراردادهای الحاقی نمی‌توان با توافق اشخاص تغییر ایجاد کرد و با این بیان اصولاً توافق بر صلاحیت در قراردادهای الحاقی را نپذیرفته است (مجد کابری و انصاری، ۱۳۹۸، ص ۳۳). از سوی دیگر، در پرونده راتشیلد، استدلال دیوان عالی فرانسه در بی‌اعتباری شرط به این علت نبوده که یک طرف پرونده مصرف‌کننده است، بلکه ماهیت و اثر

1. Balance of parties



شرط یک‌جانبه را موجب بی‌اعتباری این شرط دانسته است. بنابراین، از دید طرف‌داران این دیدگاه، باید عدم تعادل میان طرفین در نظام‌های دادرسی بدون توجه به موقعیت طرفین مدنظر قرار گیرد (Draguiev, 2014, p.33).

آنچه در رد این نظریه باید گفت آن است که عدم تعادل موجود در شروط یک‌جانبه در نحوه نگارش و ظاهر این شروط است، زیرا از ظاهر این شرط استنباط می‌شود که برای حفظ حقوق و منفعت یک طرف قرارداد (عموماً طرف قوی‌تر) تنظیم شده‌اند. اما به چنین ظاهری نمی‌توان اکتفا کرد و این شرط را باطل اعلام نمود، زیرا تا جایی که این شرط مخالف با نظم عمومی نباشد در محدوده توافق طرفین اعتبار دارد و الحاقی بودن برخی عقود یا به علت نیاز مصرف‌کننده به انعقاد قرارداد یا وجود انحصار در برخی موارد و نهایتاً وضعیت نامتعادل اقتصادی طرفین توجیه محکمی در رد این شرط نیست، خصوصاً آن‌که پس از طرح دعوا در محاکم قضایی و انتخاب مرجع حل اختلاف این حق انتخاب قطعی^۱ شده و دلیلی برای انتخاب مرجعی دیگر نیست. در نتیجه، تا جایی که دادرسی عادلانه برگزار شود و حق ارائه دلایل و انتخاب داور برای هر دو طرف وجود داشته باشد، مطلوب حاصل می‌شود و نهایتاً این عدم تعادل در وضعیت طرفین مبنایی برای بی‌اعتباری این شرط نخواهد بود.^۲

۲-۳. برابری طرفین در دادخواهی^۳

از اصول پذیرفته شده در دادرسی اصل «دادرسی منصفانه» است که «حق دسترسی برابر به عدالت» نیز بر مبنای این اصل قرار گرفته است. بر این مبنا و در تطابق با بحث شروط یک‌جانبه گفته شده است این شرط در مخالفت با این اصل بوده و به صورت فاحشی آن را نقض می‌کند. در پاسخ می‌توان گفت: اگر یک طرف موقعیت «بهتری» نسبت به طرف دیگر داشته باشد، لزوماً به این معنی نیست که طرف مقابل در موقعیت «بدتری» قرار دارد، ضمن آن‌که محدوده محاکمه عادلانه در دو مرحله قابل ارزیابی است: مرحله اول ورود به نظام قضایی (طرح دعوا) و مرحله دوم پس از انتخاب مرجع و شروع رسیدگی است و به نظر می‌رسد شرط یک‌جانبه صرفاً به این علت که یک طرف نسبت به طرف دیگر حق انتخاب بیشتری در گزینش مرجع حل اختلاف دارد به تنهایی در تقابل با دسترسی برابر به دادخواهی قرار نخواهد گرفت. در نتیجه، با فرض آن‌که متعاقب انتخاب مرجع و شروع رسیدگی دادرسی عادلانه صورت بگیرد، توافق بر شروط یک‌جانبه در قرارداد به تنهایی منافی با حق دادخواهی و اجرای عدالت نخواهد بود، مگر در زمانی که شرط به گونه‌ای تنظیم شده باشد که عملاً حق دادخواهی یک طرف ساقط شده باشد.

1. Crystallizes

۲. همان‌طور که در ماده ۳/۱ دستورالعمل ۱۳/۹۳ اتحادیه اروپا در خصوص شروط غیرمنصفانه تأکید شده است که شرط باید سبب عدم تعادل «قابل توجه» میان حقوق و تعهدات قراردادی طرفین و به ضرر مصرف‌کننده شود، پس به نظر می‌رسد، از آنجاکه میزانی از عدم تعادل میان طرفین در عقد معوض امری طبیعی است، قید «قابل توجه» اضافه شده است.

3. Equal Access to Justice



۳-۳. شروط یک‌جانبه و مقررات بروکسل یک

مطابق با ماده ۲۳ مقررات بروکسل یک^۱ (جایگزین کنوانسیون بروکسل ماده ۱۷)، امکان ایجاد حق انتخاب چند دادگاه به نفع یک طرف قرارداد به‌جای ایجاد صلاحیت انحصاری برای یک مرجع در حل و فصل اختلاف وجود دارد و حتی به‌نظر می‌رسد ریشه و مبنای شکل‌گیری شروط یک‌جانبه در همین مقررات بروکسل بوده باشد.

اما همان‌طور که گفته شد، یکی از علل مهم تشکیک در اعتبار این نوع شروط صدور رأی از دیوان عالی فرانسه در پرونده راتشیلد بود. دیوان عالی فرانسه نیز، رأی دادگاه تجدیدنظر در عدم اعتبار این شرط را با استناد به این استدلال تأیید کرد که این شرط کارکردی شبیه «شروط ارادی» دارد و در مخالفت با مقررات بروکسل یک است. این درحالی است که مقررات بروکسل سندی حقوقی اروپایی و فراملی برای تمامی اعضای اتحادیه اروپا است و همانند سایر اسناد حقوقی اروپایی با هدف یکسان‌سازی قواعد و ایجاد نوعی قطعیت در مناسبات و روابط میان دول اروپایی است. بر همین مبنا باید بدون در نظر گرفتن مقررات ملی و صرفاً براساس تاریخچه و پیش‌زمینه‌های قانونی خود، از جمله کنوانسیون بروکسل در مورد رسیدگی و اجرای آرای قضایی در موضوعات مدنی و تجاری مورخ ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸، تفسیر شود. بنابراین، این که دادگاه فرانسه در مورد مراجعه بدهکار بانک براساس قانون مقرر اقدام به تفسیر سند حقوقی اروپایی کرده است را می‌توان از ایرادات وارده به این رأی دانست.

هر چند همچنان دادگاه‌های فرانسه این شرط را خلاف مقررات بروکسل می‌دانند، رویه و تصمیمات سایر کشورها از این رویه حمایت و تعبیت نمی‌کند و با توجه به توضیحات ارائه‌شده و همچنین صراحت ماده ۲۳ کنوانسیون بروکسل اعتبار شروط یک‌جانبه قابل دفاع به‌نظر می‌رسد.

نتیجه آن‌که در سال ۲۰۱۳ دادگاه عالی انگلیس ضمن اشاره به رأی صادره از دیوان عالی فرانسه آن را اختلافی دانسته (Mauritius Commercial Bank Ltd. v. Hestia Holdings Ltd. & Sujana) و در سال ۲۰۱۴ دادگاه محلی لوکزامبورگ در رأی خود شروط یک‌جانبه را موافق با ماده ۲۳ مقررات بروکسل دانسته (Tribunal d'arondissement de Luxembourg, 2014) و از رأی صادره از دیوان عالی فرانسه در خصوص عدم اعتبار شرط یک‌جانبه

۱. مقررات بروکسل یک ۴۴/۲۰۰۱ شرط انتخاب دادگاه را معتبر می‌داند. ماده ۲۳ مقررات مزبور مقرر می‌دارد:

Article 23 “1. If the parties, one or more of whom is domiciled in a member state have agreed that a court or the courts of a member state are to have jurisdiction to settle any dispute which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction. Such jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise...”

«چنانچه اطراف که یکی یا بیش از یکی از آن‌ها دارای اقامتگاه در یک کشور عضو است، توافق نمایند که دادگاه یا دادگاه‌های یک کشور عضو، صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از یک رابطه حقوقی معین که به وجود آمده یا هنوز به وجود نیامده است را دارد، آن دادگاه یا دادگاه‌ها صلاحیت‌دار می‌شوند و صلاحیت مزبور صلاحیت انحصاری خواهد بود، مگر آن‌که طرفین خلاف آن توافق کنند...»

Council Regulation (CE) NO 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgment in Civil and Commercial Matters.



تبعیت نکرده است. البته در سال ۲۰۱۵ دادگاه عالی فرانسه در پرونده‌ای دوباره شروط یک‌جانبه را بر طبق کنوانسیون لوگانو غیرقابل اجرا دانسته است (International Chamber of Commerce, August 2015, p2). که حکایت از پیروی این دادگاه از تصمیم و رویه اتخاذشده در ۲۰۱۲ دارد و نشانگر آن است که دادگاه‌های فرانسه در هر حال به حفظ رویکرد خود در عدم اعتبار شروط یک‌جانبه تمایل دارند.

۴-۳. مسئله شروط ارادی

شرط ارادی مفهومی حقوقی برخاسته از نظام حقوقی نوشته است. در این مبنا، شروط ارادی شروطی هستند که کنترل قرارداد را صرفاً در اختیار یک طرف قرار می‌دهند (Garner, 2004, p.313) و یکی از مستندات و دلایل مخالفان شروط حل اختلاف یک‌جانبه در بی‌اعتبار شناختن این شرط بر مبنای ارادی بودن آن است (Mme 'X' v. Banque Privée Edmond de Rothschild, First plea, Para 4). توضیح بیشتر آن که، شروط ارادی به دو دلیل باطل دانسته شده‌اند؛ اول آن که درج چنین شرطی موجب می‌شود که انجام تعهدات قراردادی و سرنوشت این قرارداد به یک طرف وابسته شود و موجبات فرار از انجام تعهدات برای متعهد را فراهم آورد. دوم، طرفی که این شرط به نفع او صورت گرفته است از طریق اعمال آن قادر خواهد بود مطابق صلاحدید خود و به صورت ناگهانی محدوده تعهدات قراردادی را تغییر دهد یا اصلاح کند (Draguiev, 2014, p.35).

پرسش اساسی آن است که آیا اعطای حق انتخاب مرجع حل اختلاف برای طرح دعوا از میان چندین مرجع به یک طرف قرارداد نوعی شرط ارادی ایجاد کرده است؟ در پاسخ باید گفت، در دادگاه‌های فرانسه زمانی تعهدی «ارادی» شناخته می‌شود که اجرای موضوع قرارداد به حادثه‌ای وابسته شود که وقوع یا پیشگیری از آن در اختیار یک طرف است (Article 1170 of the French civil code). بنابراین، علت انتخاب یک مرجع حل و فصل اختلاف طبق توافق طرفین به نفع یک طرف و از سوی او صرفاً اجرای شرط مندرج در قرارداد است که نتیجه آن حل و فصل اختلاف در مرجع انتخاب شده است و این شرط را به علت شباهتی که از نظر ظاهری با «شروط ارادی» دارد نمی‌توان باطل شناخت و توافق قبلی طرفین را بی‌اعتبار کرد.

هرچند این استدلال دیوان عالی فرانسه در بی‌اعتبار شناختن شروط یک‌جانبه بر مبنای «شرط ارادی» دانستن آن بنا شده بود، بسیاری از صاحب‌نظران چنین دیدگاهی را از جهات متعدد قابل نقد می‌دانند (International Chamber of Commerce, 2015, p.1-2). نتیجه آن که درج شرط یک‌جانبه در قرارداد از سوی یکی از طرفین بر مبنای اصل آزادی اراده در قبول شرایط مندرج در همان قرارداد است و ماهیت آن با شروط ارادی تفاوت دارد.

۵-۳. شروط یک‌جانبه از دیدگاه حقوق مصرف‌کننده

در قراردادهای با مصرف‌کننده، در بدو امر به نظر می‌رسد اعمال شروط یک‌جانبه ارزیابی شرط را با چالش‌هایی مواجه می‌کند (Kaufman & Babbitt, 2002, p.11). برخی نظام‌های حقوقی و مقررات بروکسل



محدودیت‌هایی در توانایی انتخاب مرجع حل و فصل اختلاف از میان چند مرجع برای یک طرف در قرارداد با مصرف‌کننده ایجاد کرده‌اند.

سؤالی که مطرح می‌شود آن است که معیار عدم توازن و آسیب به مصرف‌کننده چیست؟ در برخی پرونده‌ها نظریه‌ای با عنوان «غیرمعقول بودن» وجود دارد که همان‌طور که گفته شد مبنای بی‌اعتباری شروط یک‌جانبه قرار می‌گیرد. به‌طور کلی، قراردادی غیرمعقول است که تا حد زیادی یک‌طرفه (به نفع یک طرف) و آن‌چنان غیرعادلانه باشد که هیچ شخصی در حالت عادی حاضر به انعقاد چنین قراردادی نباشد (Ustinov, 2016, p.40).

بنابراین آنچه در قراردادهای با مصرف‌کننده بیشتر مورد استناد و توجه قرار می‌گیرد آن است که طرف ضعیف‌تر قدرت چانه‌زنی کمتری دارد؛ اما در فرضی که همین فرد، به علت متمتع شدن از منافع قراردادی، خود را آگاهانه متعهد به قرارداد می‌کند دیگر این یک‌جانبه بودن مبنایی برای نامعتبر شناخته شدن شرط قرار نمی‌گیرد، مگر همان‌گونه که شرح داده شد این عدم توازن به حدی باشد که قابل اغماض نباشد. البته در نهایت نباید از نظر دور داشت که ماهیت خاص و حمایتی در حقوق مصرف‌کننده باعث می‌شود که دفاع از اعتبار شروط یک‌جانبه حل اختلاف در قراردادهایی که طرف آن‌ها مصرف‌کننده است دشوارتر باشد.

نتیجه‌گیری

مطابق آنچه گفته شد، شرط یک‌جانبه به‌نوعی جایگزین توافق‌نامه داوری است که انتخاب میان مراجعه به دیوان‌های داوری و دادگاه را برای یک طرف ایجاد می‌کند. این درحالی است که طرف دوم صرفاً حق مراجعه به یکی از این مراجع را دارد. این شرط بیشتر در قراردادهای مالی مانند اعطای وام و تسهیلات و با هدف تسهیل در پیگیری و توقیف دارایی‌های مدیون، در صورت عدم انجام تعهد از سوی وی، برای اعطاکننده تسهیلات گنجانده می‌شود. عدم تقارن توزیع حقوق شکلی در این شرط نیز عموماً مبتنی بر عدم توازن موقعیت طرفین در طول انجام مذاکرات قراردادی است که البته در برخی موارد دارای ریسک عدم‌پذیرش این شروط از سوی نظام‌های قضایی حاکم است.

در بررسی رویکرد نظام‌های حقوقی درباره این شروط و اعتبار آن‌ها، ملاحظه شد که هرچند نظام قضایی کامن‌لا در ابتدای طرح چنین شرطی مخالف با اعتبار آن بود، اما تقریباً درحال حاضر رویه بر پذیرش آن است. این درحالی است که در برخی کشورهای دارای نظام حقوقی نوشته اخیراً رأی صادره از دیوان عالی فرانسه موجب ایجاد تشکیک در اعتبار این شرط شده که همچنان آثار آن را در برخی آرای صادره از دادگاه‌های کشورهای چین، بلغارستان و لهستان می‌توان ملاحظه کرد. هرچند دلایل و مبنای مورد استناد در آن پرونده (دیوان عالی فرانسه) از سوی سایر صاحب‌نظران بررسی و به چالش کشیده شده است، ملاحظه می‌شود که رأی دیوان عالی فرانسه موجب ایجاد ابهام در سطح بین‌المللی در اعتبار شروط یک‌جانبه شده است.

نهایتاً در مقام تنظیم چنین شرطی و با توجه به این‌که این شروط انواع متعددی دارند، باید به این



موضوع توجه داشت که شروط یک‌جانبه در موافقت با نظام قضایی حاکم بر موافقت‌نامه داوری و قانون مقر داوری و قانون کشوری که احتمالاً محل اجرای رأی خواهد بود مثل قانون کشور محل وقوع دارایی مدیون تنظیم شود.

در مجموع، با عنایت به مباحث طرح‌شده، پیشنهاد می‌شود در زمان انعقاد قرارداد و درج شروط یک‌جانبه در آن به نحوه تنظیم و نگارش شرط توجه شود. همچنین، در زمان بروز اختلاف و رسیدگی از سوی مراجع، به منظور اعتباربخشی به اراده و خواست طرفین که آگاهانه و با اراده کامل به قرارداد و تمامی شروط مندرج در آن پیوسته‌اند، شرط یک‌جانبه به گونه‌ای تفسیر شود که از بطلان آن اجتناب شود و جز در مواردی که حق دسترسی به دادخواهی عادلانه را از طرف مقابل سلب کرده یا نامعقول می‌نماید یا مخالف نظم عمومی و قوانین امری است، شرط یک‌جانبه همچنان معتبر باقی بماند تا هم الزامات قانون حاکم رعایت شده باشد و هم از توافق طرفین در ارجاع به مرجع یا مراجع خاص متناسب با شرایط و وضعیت قراردادی آن‌ها حمایت شده باشد.

منابع

- جعفری ندوشن، شهاب (۱۳۹۷). حقوق حل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی تهران: انتشارات میزان.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۳). آیین دادرسی مدنی، جلد دوم. تهران: انتشارات دراک، چاپ ششم.
- کاتوزی‌ان، ناصر (۱۳۸۳). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای (مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد، تراضی)، جلد اول. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادهای، جلد پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.
- سربازیان، مجید و رستم‌زاده اصلی، سروش (بهار و تابستان ۱۳۹۸). «اعتبار شروط یک‌طرفه تعیین صلاحیت داوری در داوری تجاری بین‌المللی». *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره ۳۶، شماره ۶۰، ص ۳۵۷-۳۸۰.
- مجد کابری، محمد و از صاری، اعظم (تابستان ۱۳۹۸). «شرایط اساسی توافق صلاحیت در حقوق بین‌الملل خصوصی». *مطالعات حقوقی*، دوره ۱۱، شماره ۲، ص ۲۲۵-۲۵۵.
- Amendariz v. Health Psychcare Servs Inc., 24 Cal. 4th 83 (S. Ct. California 2000).
- BGH, Judgment, 26 Jan. 1989, X ZR 23/87(Zweibrücken)
- Draguiv, D. (2014). "Unilateral Jurisdiction Clauses; the Case for Invalidity, Severability or Enforceability". *Journal of International Arbitration*, 31(1), 19-46.
- Garner, B. (2004). *Black's Law Dictionary*. Thomson West, St. Paul.
- Hull v. Norcom Inc., 750 F.2d 1547 (11th Cir. 1985)
- International Chamber of Commerce (August 2015). Unilateral Jurisdiction Clauses in International Financial Contracts. Available at: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/Unilateral-Jurisdiction-Clauses-in-International-Financial-Contracts_rev_Position-Paper-08-2015.pdf>
- Kaufman, A. M., & Babbitt, R. M. (2002). "The Mutuality Doctrine in the Arbitration Agreements: the Elephant in the Road". *Franchise Law Journal*, 22, 101.



- Law Debenture Trust Corp. PLC v. Elektrim Finance B.V., Elektrim S.A., Concord Trust. [2005] EWHC 1412(Ch).
- Mauritius Commercial Bank Ltd. v. Hestia Holdings Ltd. & Sujana Universal Industries Ltd., [2013] EWHC
- Mme 'X' v. Banque Privee Edmond de Rothschild (the Rothschild Case), First Chamber of Cour de Cassation, Decision no. 11-26.022, 26 September 2012
- NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd., [2004] EWHC 2001 (Comm).
- Nesbitt, S., & Quinlan, H. (2006). "The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses". *Arbitration International*, 22(1), 133-150.
- PMT Partners Pty. Ltd. (In Liq) v. Australian National Parks & Wildlife Service, [1995] H.C.A. 36.
- Russ kaya Telephony v. Sony Ericsson Mobile Rus Ltd. Decision No. 1831
- Tribunal d'arondissement de Luxembourg dated January 29, 2014 ref. no 217/14 and 128/14
- Ustinov, L. (2016). *Unilateral Arbitration Clauses: legal validity*. Master Thesis, Tilburg University.

بررسی مقررات ناظر بر تبلیغات الکترونیکی؛ مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و انگلستان

نیما نصرالهی شهری^۱، فاطمه جعفری نطنزی^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۳۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۲

چکیده

در جهان امروز، با پیشرفت سریع فناوری و افزایش بی سابقه آگاهی عموم جامعه و دسترسی ایشان به اینترنت، روش های تبلیغ و بازاریابی متحول شده است. یکی از روش های کارآمد و درعین حال کم هزینه بازاریابی اینترنتی و ایمیلی است. استفاده از بازاریابی ایمیلی و ارسال هرزنامه از سوی بنگاه های اقتصادی مشکلاتی را برای مصرف کنندگان به وجود آورده است که در پاسخ به آن دولت ها مقرراتی وضع کرده اند. نظام حقوقی انگلستان یکی از نظام ها پیشرو در این زمینه است. قانون حمایت از داده ها و دستورالعمل تبلیغات مستقیم دو سند مهم ناظر بر مقررات گذاری تبلیغات و هرزنامه ها است. در نظام حقوقی ایران، تنها نصوص موجود درباره تبلیغات از طریق واسطه های الکترونیکی قانون تجارت الکترونیک ایران است. در این مقاله سعی بر آن شده است که قواعد تبلیغات الکترونیکی در حقوق انگلستان بررسی شود و با مقایسه چارچوب حقوقی موجود در انگلستان و ایران، نقاط قوت و ضعف موجود در حقوق ایران شناسایی شود. با توجه به همگام نبودن مقررات ایران با استانداردهای جهانی، به ویژه در ضمانت اجرا، به نظر می رسد تصویب مقررات خاص در این حیطه لازم باشد.

واژگان کلیدی: بازاریابی دیجیتال، هرزنامه، نظام حقوقی انگلستان، تجارت الکترونیک

۱. دانش آموخته دکتری حقوق بین الملل (نویسنده مسئول)؛ nima_nasr@yahoo.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد تجارت الکترونیک دانشگاه علم و فرهنگ؛ f.jafarinatanzi@gmail.com



مقدمه

تبلیغ^۱ در لغت به رساندن خبر و آگاه کردن دیگران از فایده‌های چیزی یا کسی یا عقیده‌ای تعریف شده است (فرهنگ عمید، ۱۳۷۷). هدف از تبلیغ ارسال پیامی به گروه مخاطب در دوره زمانی خاص است. البته هدف تبلیغات را می‌توان براساس مقصود اصلی آن در سه دسته اطلاع‌رسانی، تشویق و یادآوری طبقه‌بندی کرد (کاتلر و آرمسترانگ، ۱۳۸۰، ص ۷۵۷).

تجارت الکترونیکی، به‌منزله یکی از شاخصه‌های فناوری اطلاعات که در جهان امروز از اهمیت بسزایی برخوردار است، موانع جغرافیایی را درمی‌نوردد و تفاوت روز و شب در مناطق مختلف را از میان برمی‌دارد و باعث گسترش ارتباطات و گشودگی اقتصادی در سطح ملی و بین‌المللی می‌شود (رضایی، ۱۳۸۷، ص ۲۵). در این میان، ماهیت مجازی و فرامرزی تجارت الکترونیکی توجه جدی به جنبه‌های مختلف حقوقی چنین تجارتی را ناگزیر می‌سازد. درحقیقت، تجارت الکترونیکی و به‌ویژه نوع اینترنتی آن باعث تغییرات چشمگیر در ابعاد و زمینه‌های گوناگون شده است و ناگزیر نظام‌های حقوقی باید همگام با این تغییرات خود را به‌روز کنند و در قانونمند کردن آن اهتمام ورزند (قریشی، ۱۳۹۰، ص ۱۰).

ارسال پیام‌های ناخواسته، اگرچه مزیت‌های فراوانی از قبیل کسب درآمد و بالارفتن سود از طریق تبلیغات تجاری و جلب میلیون‌ها مشتری بالقوه برای ارسال‌کنندگان به همراه دارد، عاملی بالقوه برای سوءاستفاده در روند تبادل پیام به‌شمار می‌رود. قابلیت دوگانه در این ابزار ارتباطی سبب می‌شود که فضا برای سوءاستفاده از آن فراهم شود و از ابزار تبلیغی ساده و بی‌ضرر به ابزاری مخرب برای کاربران تبدیل شود. استفاده ناروا از ابزار پیامی نه‌تنها پیام‌دها و مشکلات زیادی برای کاربران دارد، کارایی مثبت ارسال پیام را کاهش می‌دهد، به‌گونه‌ای که دریافت‌کنندگان را به واکنش‌های متفاوت مجبور می‌کند (Kikuchi, 2004, pp. 279-280).

پیام، در مفهوم پیام‌های ناخواسته، بسته‌ای دربردارنده هرگونه محتوای متنی و تصویری و صوتی است. بنابراین، هر پیامی که در بستر فضای سایبر تبادل شود، با لحاظ سایر شرایط، در مفهوم پیام‌های الکترونیکی ناخواسته گنجانده می‌شود. درحقوق ایران، اگرچه پیام بسته‌ای از داده (لایحه پیام دیجیتال) تعریف نشده، قانونگذار محتوا و اطلاعات پیامی را تحت عنوان داده پیام تعریف کرده است. در این خصوص، در ماده ۲ قانون تجارت الکترونیکی، داده پیام هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم تعریف شده است. از نگاه قانونی، رویکرد مقنن در مورد پیام‌های الکترونیکی ناخواسته از یک کشور به کشور دیگر متفاوت است. بیشتر کشورها، با توجه به جنبه‌های تجاری پیام، تبلیغات تجاری پیام‌های ناخواسته را در قوانین خود مدنظر قرار داده‌اند؛ اما این بدین معنا نیست که تعریف قانونی این پدیده باید حول محور تبلیغات تجاری باشد، بلکه می‌تواند جنبه‌های غیرتجاری را دربر گیرد. بسیاری از دریافت‌کنندگان، پیام‌هایی با ماهیت سیاسی، مذهبی یا تبلیغات نژادپرستانه مشاهده می‌کنند. اگرچه این پیام‌ها تجاری نیستند، ولی ناخواسته‌اند. وجود پیام‌های



بداندیشانه مثل فریب، کلاهبرداری و مسائل غیراخلاقی از یک سو، و تفاوت‌های کیفی میان ارسال‌کنندگان پیام‌های بداندیشانه و بازاریابان قانونی از سوی دیگر، این مطلب را آشکار می‌سازد که محدودکردن پیام‌های ناخواسته به بازاریابان ناعادلانه و نادرست است (Jacob, 2004, p. 10). از این رو، پیام‌های الکترونیکی ناخواسته یا اسپم را باید آن دسته پیام‌هایی دانست که در سطح گسترده، به صورت ناخواسته و به طور غیرقانونی، از طریق سیستم‌های پیام‌رسان الکترونیکی برای دریافت‌کننده پیام ارسال می‌شود (پاکزاد، ۱۳۹۵، ص ۱۹۸).

به نظر می‌رسد با پیشرفت سریع فناوری، متداول شدن تجارت الکترونیکی و افزایش بی‌سابقه آگاهی عموم جامعه و دسترسی ایشان به اینترنت روش‌های تبلیغ و بازاریابی نیز متحول شده است. واسطه‌های الکترونیک امکان تبلیغات گسترده و کارآمد و کم‌هزینه را برای بنگاه‌های اقتصادی فراهم کرده است. تمایل بنگاه‌های اقتصادی به بهره‌گیری فراگیر از این ابزارها و تراحم حق استفاده از فضای مجازی برای تبلیغات و حقوق مصرف‌کننده دولت‌ها را مجاب به مقررات‌گذاری کرده است. نظام حقوقی انگلستان در این زمینه پیشرو است. قانون حمایت از داده‌ها و دستورالعمل تبلیغات مستقیم دو مقررۀ با اهمیت در حیطۀ تبلیغات و هرزنامه‌ها است. در نظام حقوقی ایران، تنها مقررات موجود درباره تبلیغات از طریق واسطه‌های الکترونیکی قانون تجارت الکترونیک ایران است.

در این مقاله ابتدا چارچوب حقوقی حاکم بر تبلیغات الکترونیکی در نظام حقوقی انگلستان، با مطالعه قانون حمایت از داده‌های شخصی و مقررات مربوط به حریم خصوصی و ارتباطات الکترونیکی، بررسی می‌شود. سپس، قواعد تبلیغات الکترونیکی از لایه‌های نصوص قانونی موجود مورد مذاقه قرار خواهد گرفت. سعی نگارندگان این مقاله بر آن است که قواعد ناظر بر تبلیغات الکترونیکی و به ویژه ایمیلی در حقوق انگلستان بررسی شود و با مقایسۀ چارچوب حقوقی موجود در انگلستان و مقررات موجود در نظام حقوقی ایران، نقاط قوت و ضعف موجود در حقوق ایران شناسایی گردد. نگارندگان کوشیده‌اند در حد توان و بضاعت علمی خود پیشنهادهایی مبنی بر اصلاح قواعد ناظر بر تبلیغات اینترنتی ایران ارائه دهند.

۱. بررسی چارچوب حقوقی حاکم بر تبلیغات الکترونیکی در نظام حقوقی انگلستان

قوانین اصلی درباره تبلیغات آنلاین در نظام حقوقی انگلستان عبارت‌اند از قانون حمایت از داده‌های شخصی مصوب ۱۹۹۸^۱ و مقررات مربوط به حریم خصوصی و ارتباطات الکترونیکی در ۲۰۰۳^۲ که قانون اخیر منبعث از بخش‌نامه اتحادیه اروپایی^۳ است. البته بعضی از مقررات مربوط به حریم خصوصی و ارتباطات الکترونیکی با مقررات عمومی حفاظت از داده اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۱۸ اصلاح شد و پس

۱. Data Protection Act 2018؛ این قانون در سال ۲۰۱۸ و بعد از تصویب سند GDPR اتحادیه اروپایی به‌روز شد.

2. The Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003 (PECR), 2003.

3. Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications)



از این تاریخ، در نظام حقوقی انگلستان، این دو مقرر را باید در کنار یکدیگر خواند. کمیسیون اطلاعات بریتانیا^۱ که نهاد ناظر و مجری این قوانین است راهنمایی‌های مفیدی را برای درک بهتر این قوانین تنظیم کرده است که در این مقاله از آن‌ها استفاده شده است.

۱.۱. تبلیغات الکترونیکی مستقیم در مقررات انگلیس

تعریف ارائه‌شده در رابطه با تبلیغات الکترونیکی در قانون محافظت از داده بیان می‌دارد که «ارتباط بازاریابی یا تبلیغاتی به هر وسیله‌ای که مستقیماً به شخص خاصی ابلاغ شود تبلیغات الکترونیکی به‌شمار می‌رود»^۲ (O).

این تعریف شامل هرگونه تبلیغ و بازاریابی از سوی نهادها و سازمان‌های غیرانتفاعی از جمله خیریه‌ها یا احزاب سیاسی نیز می‌شود. البته مسلماً بازاریابی‌های واقعی و غیرمجازی از شمول تعریف مستثنا خواهند بود. تبلیغات و بازاریابی باید مستقیماً به اشخاص خاصی ابلاغ شود. در عمل، تمامی پیام‌های الکترونیکی مرتبط که مستقیم به شخص ابلاغ می‌شود در گستره تعریف مذکور قرار می‌گیرند،^۳ ولی تعریف ارائه‌شده شامل تبلیغ اهداف و ایده‌ها نمی‌شود.^۴

این نکته حائز اهمیت است که خدمات پیام‌رسانی متداول به مشتری تبلیغ مستقیم به‌شمار نمی‌آید. به عبارت دیگر، مکاتبه با مشتریان برای ارائه اطلاعاتی که آن‌ها درباره قرارداد فعلی یا پرداخت‌های سابق خود به آن احتیاج دارند در این تعریف نمی‌گنجد. همچنین، تبلیغات عمومی و لوگوها و شعارهای تبلیغاتی در این پیام‌ها تبلیغات الکترونیکی به‌حساب نمی‌آید. با وجود این، اگر این پیام‌ها شامل هر نشانه تبلیغاتی با هدف جذب مشتریان برای خرید خدمات یا محصولات بیشتر یا برای ترغیب آن‌ها به تمدیدکردن قراردادهایی باشد که رو به پایان است مشمول قواعد تبلیغات الکترونیکی خواهند شد (Kikuchi, 2004, pp. 279-280).

قانون ارتباطات الکترونیک درخصوص شیوه‌های گوناگون تبلیغ الکترونیکی قواعدی را وضع می‌کند و راهنمای تبلیغات مستقیم این شیوه‌ها را تبیین و تشریح می‌نماید.

مهم‌ترین ابزارهای تبلیغاتی که در این قوانین مورد اشعار قرار گرفته‌اند عبارت‌اند از تماس تلفنی خودکار، تبلیغات از راه فکس، تبلیغات با ایمیل و تبلیغات به‌صورت برخط که به آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱.۱.۱. تبلیغات با تماس تلفنی خودکار

تماس تلفنی خودکار به این معنی است که تماس تلفنی از راه سیستم اتصال خودکار صورت بگیرد و

1. Information Commission

2. Data Protection Act, 2018

3. Direct Marketing Guidance, 2018, pp. 13,14

4. Direct Marketing Code of Practice, 2020, P. 6



پیامی ضبط شده ارسال شود. در این مورد، قواعد کمی سختگیرانه‌تر از سایر موارد است. در تبلیغات با تماس تلفنی خودکار، سازمان‌ها فقط می‌توانند با کسانی تماس برقرار کنند که صراحتاً از آن‌ها رضایت گرفته‌اند. در نتیجه، گرفتن رضایت ضمنی از مشتریان در این دسته از تبلیغات ناکافی است. نکته دیگر در این باب این است که در این گونه تماس‌ها می‌باید هویت تماس گیرنده و آدرس تماس یا یک شماره تلفن رایگان به مخاطب داده شود. علاوه بر این، سازمان‌ها باید اجازه دهند شماره تلفنی که با آن تماس خودکار صورت می‌گیرد برای مخاطب در زمان دریافت تماس آشکار باشد.^۱

۱-۱-۲. تبلیغات از راه فکس

سازمان‌ها نباید برای افراد حقیقی، شامل تجار و شرکا، فاکس تبلیغاتی بفرستند، مگر با گرفتن رضایت صریح از آن‌ها. البته سازمان‌ها می‌توانند، بدون نیاز به اجازه، به شرکت‌ها فاکس تبلیغاتی ارسال کنند. به عبارت دیگر، سازمان‌ها نباید به شرکت‌هایی که مخالفت خود را صریحاً و به‌طور خاص اعلام کرده‌اند فاکس تبلیغاتی بفرستند. درواقع این قانون حقی برای اعلام مخالفت مبنی بر دریافت تبلیغات به شکل فاکس برای شرکت‌ها قائل شده است.^۲

نکته جالب توجه در این قانون این است که برای همه حق اعلام عدم رضایت در دریافت فاکس تبلیغاتی در نظر گرفته شده است و سازمان‌ها نباید به شرکت‌ها یا افرادی که از این حق استفاده کرده‌اند و مخالفت خود را اعلام کرده‌اند فاکس تبلیغاتی بفرستند. شایان ذکر است که تمامی فاکس‌های تبلیغاتی باید شامل نام فرستنده، آدرس تماس یا یک شماره تلفن رایگان باشد.^۳

۱-۱-۳. تبلیغات از راه پیام و ایمیل

در ماده ۲۲ قانون حریم شخصی ارتباطات الکترونیکی به تبلیغات از راه ایمیل پرداخته شده است. به‌طور خلاصه، در این ماده این‌طور بیان شده است که سازمان‌ها نباید به افراد پیام تبلیغاتی ارسال کنند، مگر این‌که فرد صریحاً به دریافت پیام از سوی سازمان رضایت داده باشد یا در گذشته مشتری آن سازمان بوده باشد و در زمان جمع‌آوری اطلاعات از فرد به او اعلام شده باشد که در صورت مخالفت عدم رضایت خود را اعلام کند.^۴ یک سازمان نمی‌تواند همیشه بر رضایت افراد برای فرستادن ایمیل تبلیغاتی تکیه کند؛ چراکه افراد هر زمانی که بخواهند می‌توانند از رضایت خود عدول کنند. مقررات حفاظت از داده نیز این‌طور بیان می‌کند که هر فرد باید از این‌که اطلاعات مربوط به برقراری ارتباط با او در اختیار سازمان است و سازمان قصد استفاده از آن را در اهداف تبلیغاتی‌اش دارد آگاه باشد. سازمان می‌بایست کاملاً قانونی و منصفانه اطلاعات مربوط به افراد را جمع کرده باشد و منحصراً در همان هدف تبلیغاتی از آن‌ها

1. Direct Marketing Guidance, 2018, p. 39

2. "What are PECR?", available at: ico.org.uk.

3. Direct Marketing Guidance, 2018, p. 45

4. The Privacy and Electronic Communications Regulations, 2003, p. 22



استفاده کند.

به طور کلی، در تبلیغات از راه پیام و ایمیل، قوانین مربوط به تبلیغات الکترونیکی، مانند رضایت، بر افرادی که عضو شده اند بار نمی شود و تنها الزام برای سازمان ها در این شرایط این است که فرستنده خودش را معرفی کند و جزئیات اطلاعات ارتباطی اش را ذکر کند. اگر هدف سازمان ها در تبلیغات برخط، تبلیغ بر افراد باشد و از اطلاعات هویتی آن ها استفاده کنند، مشمول مقررات حفاظت از داده شخصی می شوند.

برای مثال، اگر سازمانی از سوابق مرورگر افراد استفاده کند یا بخواهد از سوابق جست و جوی آن ها استفاده کند به این علت که به نوعی داده های شخصی آن ها را لازم دارد، باید برای جلوگیری از تعدی سازمان ها آن افراد را تحت شمول مقررات حمایت از داده های شخصی قرار داد.

۲.۱. رضایت و انواع آن در تبلیغات الکترونیکی

رضایت رکن اساسی در تبلیغات مستقیم است. به طور کلی سازمان ها قبل از فرستادن تبلیغات به شکل فاکس، ایمیل، پیام یا تماس به افراد گرفتن رضایت از آن ها را لازم دارند؛ همچنین گاهی اوقات برای ارائه دادن اطلاعات مشتریان به سایر سازمان ها به گرفتن رضایت از آنان نیاز دارند.

رضایت برای معتبر بودن باید آگاهانه، آزادانه، به طور مشخص و روشن گرفته شود.^۱ سازمان ها باید چگونگی و زمان رضایت دادن افراد و همچنین مواردی را که به آن رضایت داده اند را در سوابقشان نگه دارند.^۲ به طور کلی می توان گفت رضایت اظهار موافقت آزادانه و آگاهانه برای در اختیار قرار دادن اطلاعات شخصی است.

رضایت ممکن است صریح یا ضمنی باشد. در هیچ یک از دو قانون حفاظت از داده شخصی و حریم شخصی ارتباطات الکترونیکی از این که رضایت باید به طور صریح گرفته شود یا خیر صحبتی نشده است. در نتیجه، اگر به طور منطقی از چارچوب متن رضایت کاربر نتیجه گرفته شود، این نوع رضایت ضمنی را باید پذیرفته شده دانست.^۳

روشن ترین راه برای گرفتن رضایت دعوت کردن مشتریان به علامت زدن گزینه پذیرش به منظور اعلام تمایل برای دریافت پیام های تبلیغاتی است که از راه های گوناگون مانند پست، ایمیل، تماس تلفنی و... صورت می پذیرد. به این روش گرفتن رضایت روش ایجابی^۴ می گویند. با توجه به مقررات مربوط به تبلیغات، این کار باید در قالب ارتباط یا فعل مثبت باشد و آگاهانه و روشن گرفته شود که نشان دهنده موافقت فرد است. این کار ممکن است به صورت کلیک کردن بر یک گزینه، فرستادن یک ایمیل، عضویت

1. GDPR, 2018, article 4 (11)

2. Direct Marketing Guidance, 2018, p. 20

3. Ibid, p. 24

4. Opt-in



در یک سرویس خدماتی یا توافقی شفاهی باشد. در این روش عملکرد سازمان‌ها باید با قانون حریم شخصی ارتباطات الکترونیکی مطابقت داشته باشد.

در روش دیگر، گرفتن رضایت اولیه برای ارسال تبلیغات الکترونیکی لازم نیست که روش سلبی^۱ نامیده می‌شود، زیرا اگر مشتری به دریافت تبلیغات رضایت نداشته باشد می‌تواند انصراف دهد. درواقع، در روش ایجابی رضایت اولیه باید گرفته شود و در روش سلبی رضایت اولیه گرفته نمی‌شود، اما حقی برای انصراف در نظر گرفته شده است. روش ایجابی در مقررات تبلیغات الکترونیکی بیشتر توصیه می‌شود.^۲ رضایت غیرمستقیم (توسط شخص ثالث) نوع دیگر اعلام رضایت است. این نوع رضایت گرفتن زمانی صورت می‌گیرد که یک شخص به نمایندگی از یک سازمان رضایت آن سازمان را برای دریافت تبلیغات الکترونیکی از سازمانی دیگر اعلام می‌کند. به این نوع رضایت گرفتن روش ایجابی توسط ثالث یا رضایت شخص ثالث گفته می‌شود.^۳ در این شیوه، رضایت در صورتی معتبر است که شخص ثالث از جانب سازمان به رسمیت شناخته شود و آن سازمان دریافت‌کننده تبلیغات شخص ثالث را نماینده خود به سازمان تبلیغ‌کننده معرفی کرده باشد.

۱.۲.۱. محدودیت زمانی رضایت

محدودیت زمانی خاصی برای انقضای خودبه‌خودی رضایت گرفته‌شده وجود ندارد، با وجود این‌که نمی‌توان گفت رضایت برای همیشه باقی می‌ماند. مدت معتبربودن رضایت بستگی به سیاق کسب آن دارد. رضایت ممکن است به‌طور صریح در هر زمانی از بین برود. برای مثال، سازمانی فرم روش ایجابی از مشتری در دست دارد و برای ارسال تبلیغات خود به آن استناد می‌کند، اما مدتی بعد، فرد رضایت‌دهنده از رضایت خود عدول می‌کند و به‌نوعی از روش سلبی برای خروج از آن رضایت استفاده می‌کند. در این حالت، سازمان دیگر حقی برای ارسال تبلیغات به فرد و استناد به رضایت گرفته‌شده ندارد. درواقع می‌توان گفت آخرین اراده مشتری بر تاریخ انقضای رضایت گرفته‌شده موثر است و محدودیت زمانی استفاده از آن را تعیین می‌کند.^۴

۲.۲.۱. بار اثبات گرفتن رضایت

در مواردی که گرفتن رضایت پیش از ارسال تبلیغات شرط است، اگر شخصی ادعا کند که رضایتی برای دریافت تبلیغات الکترونیکی نداده است و با وجود این، برای او تبلیغات ارسال می‌شده است، آن سازمان در معرض طرح دعوا قرار می‌گیرد مگر رضایت معتبر فرد را تبیین کند. به عبارت دیگر، بار اثبات گرفتن

1. Opt-out

2. Direct Marketing Guidance, 2018, pp. 26-29

3. Direct Marketing Guidance, 2018, p. 29

4. Ibid, p. 30



رضایت بر عهده سازمانی است که با اتکا به این رضایت تبلیغاتی را ارسال کرده است. به همین منظور، سازمان‌ها باید سوابق دریافت رضایت از افراد را به‌طور کاملاً روشن نگهداری کنند و ممکن است از سازمان‌ها این سوابق را به عنوان ادله درخواست کنند.^۱

۳.۱. ضمانت اجرا

نقض داده‌های شخصی ممکن است به این معنی باشد که شخصی غیر از کنترل‌کننده داده دسترسی غیرمجاز به داده‌های شخصی داشته باشد. اما اگر دسترسی غیرمجاز در سازمانی وجود داشته باشد یا اگر کارمند کنترل‌کننده داده به‌طور تصادفی داده‌های شخصی را تغییر دهد یا حذف کند، ممکن است نقض اطلاعات شخصی نیز رخ دهد.

ارائه‌دهندگان خدمات باید ظرف ۲۴ ساعت از زمانی که به نقض داده‌ها آگاهی می‌یابند به اداره کمیسیون اطلاعات اطلاع دهند، در غیر این صورت ممکن است تا پنج‌هزار پوند جریمه شوند.^۲ نقض امنیت منجر به تخریب غیرقانونی، ازبین‌رفتن، تغییر، افشای غیرمجاز یا دسترسی به داده‌های شخصی منتقل‌شده، ذخیره‌شده و یا در غیر این صورت در رابطه با ارائه خدمات ارتباطات الکترونیکی عمومی پردازش شده است.

ارائه‌کنندگان خدمات در صورت رخ دادن نقض امنیت داده‌های شخصی تعهدات مشخصی دارند. آن‌ها می‌باید اداره کمیسیون اطلاعات و همچنین مصرف‌کننده‌ها را از این مسئله آگاه کنند و جزئیات این نقض را ضبط و نگهداری کنند. مهم‌ترین ضمانت اجرا برای نقض مقررات مربوط به مقررات حفاظت داده‌های شخصی عبارت است از جبران خسارت و امکان طرح شکایت در کمیسیون اطلاعاتی که مختصراً به آن‌ها پرداخته شده است.

۱.۳.۱. جبران خسارت

شخصی که به علت نقض هریک از الزامات مقررات حمایت از داده‌های شخصی از سوی هر شخص دیگری متحمل خسارت شده باشد، حق دارد برای جبران خسارت از آن شخص دیگر اقامه دعوی کند. در روندی که به موجب این آیین‌نامه علیه شخص مقرر شده است، می‌باید دفاعی وجود داشته باشد که اثبات کند در شرایطی که شخص منطقاً موظف به رعایت مقررات مربوط بوده، این مقررات را رعایت کرده است.

۲.۳.۱. امکان طرح دعوی

اگر کسی از تبلیغات الکترونیکی (مثلاً تماس‌های ناخواسته یا متن‌ها) یا سایر موارد مربوط به حریم خصوصی

1. Ibid, p. 31

2. Guide to privacy and electronic communications regulations, 2018, p.39



درمورد ارتباطات الکترونیکی شکایت داشته باشد، اداره کمیسیون اطلاعات نگرانی او را ثبت و بررسی خواهد کرد و ممکن است پیروی شاکی از مقررات حریم خصوصی و ارتباطات الکترونیکی را بررسی کند. اگر تصمیم بر آن شود که احتمالاً شاکی نتوانسته از این مقررات یا سایر قوانین محافظت از داده‌ها پیروی کند، ممکن است از او خواسته شود که در جهت اصلاح این کار و جلوگیری از شکایات مشابه در آینده استفاده کند. در صورت لزوم، ممکن است تصمیم بر آن شود که اقدامات اجرایی را انجام دهند.

کمیسیون همیشه شکایات فردی را بررسی نمی‌کند. بااین حال، افراد را تشویق می‌کنند تا نگرانی‌های خود را به آن‌ها گزارش دهند. اگرچه درمورد هر شکایت فردی تحقیق نمی‌کنند، از این اطلاعات برای نظارت بر پیروی از تصمیم‌گیری استفاده می‌کنند و تصمیم می‌گیرند که در آن اقدامات اجرایی انجام شود. احتمالاً اقدامات اجرایی اداره کمیسیون اطلاعات روی سازمان‌هایی متمرکز است که بیشترین شکایت را ایجاد می‌کنند. بخش «نگرانی‌های وب‌سایت اداره کمیسیون اطلاعات» حاوی اطلاعات بیشتری درباره زمان و چگونگی اطلاع‌رسانی و گزارش افراد از نگرانی‌هایشان است.

اگر کسی به علت نقض مقررات حریم شخصی و ارتباطات الکترونیک متحمل خسارت شده باشد، می‌تواند بدون دخالت اداره کمیسیون اطلاعات در دادگاه علیه فرد خاطی برای مطالبه جبران خسارت طرح دعوی کند. دفاع احتمالی در برابر چنین ادعایی این است که شاکی تمام مراقبت‌های منطقی را برای رعایت آن انجام داده باشد.^۱

۲. بررسی چارچوب حقوقی حاکم بر تبلیغات الکترونیکی در نظام حقوقی ایران

نظام حقوقی ایران در حوزه تبلیغات الکترونیکی، هرچند محدود، به قانون‌گذاری پرداخته است. فصل دوم از مبحث دوم باب سوم قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۲ به قواعد تبلیغ در بستر مبادلات الکترونیکی اختصاص یافته است. در مواد ۵۰ تا ۵۷ قانون تجارت الکترونیکی به برخی از اصول شناخته‌شده در زمینه تبلیغات اشاره شده است. برخی دیگر از قواعد تبلیغ اینترنتی نیز در این قانون ذکر نشده است و باید در سایر مقررات به دنبال آن گشت. همچنین، درباره برخی مسائل مطرح در این موضوع قانونگذاری نشده است.

در این بخش به قواعد تبلیغات در نظام حقوقی ایران، نحوه گرفتن رضایت و ضمانت اجراهای موجود در این حوزه می‌پردازیم.

۱.۲. بررسی قواعد تبلیغات الکترونیکی در نظام حقوقی ایران

در قانون تجارت الکترونیکی ایران درباره انواع تبلیغات الکترونیکی صحبتی نشده است و دسته‌بندی خاصی برای آن وجود ندارد. از این رو ما هرگونه تبلیغی که به وسیله ابزارهای الکترونیکی و از راه مبادلات الکترونیکی صورت بگیرد را تبلیغ الکترونیکی در نظر می‌گیریم.

1. Ibid, p. 38



در این بخش به قواعدی می پردازیم که قانون تجارت الکترونیکی در حیطه تبلیغات الکترونیکی رعایت می کند.

۱.۱.۲. قاعده ممنوعیت تبلیغات همراه کننده

منظور از این قاعده که به آن قاعده منع فریب مصرف کننده هم گفته می شود ممنوعیت تبلیغاتی است که اطلاعات نادرست و غیرواقعی را به مخاطب ارائه می دهد و ممکن است عمداً باعث منحرف شدن مصرف کننده شود. همراهی و انحراف زمانی رخ می دهد که به علت نحوه تبلیغ تأمین کننده، مصرف کننده در کیفیت یا کمیتو یا قیمت به اشتباه بیفتد و فریب بخورد. بزرگ نمایی کردن، غلو کردن، اظهار مطالب غیرواقعی درباره کالا همگی در زمره تبلیغات همراه کننده قرار دارد (محمدیان، ۱۳۹۷ ص ۲۷۱).

ماده ۵۰ قانون تجارت الکترونیکی در زمینه ممنوعیت تبلیغات همراه کننده این گونه مقرر می دارد: «تأمین کنندگان در تبلیغ کالا و خدمات خود نباید مرتکب فعل یا ترک فعلی شوند که سبب مشتبه شدن و یا فریب مخاطب از حیث کمیت و کیفیت شود.»

در این ماده سعی قانونگذار بر آن بوده است تا ممنوعیت هایی برای تأمین کنندگان قرار دهد. یکی از این ممنوعیت ها این است که تبلیغ نباید به گونه ای باشد که موجب اشتباه گرفتن آن ها با کالا و خدمات مشابه شود. برای مثال، تاجر نباید از اسم یا عناوین کالای دیگری استفاده کند که مخاطب به اشتباه بیفتد. ممنوعیت دیگری که وجود دارد این است که تبلیغ نباید مشتری را از حیث کمیت و کیفیت فریب دهد. برای مثال، تاجر نباید وصفی از کالا بکند که کالا فاقد آن است (زرکلام، ۱۳۹۶، ص ۷۰). به بیان دیگر، این قاعده به معنی ارائه اطلاعات نادرست و غیرواقعی به مخاطب با ایجاد انحراف عمدی در ارزیابی و انتخاب مصرف کننده است که باعث می شود تبلیغ همراه کننده و فریب دهنده تلقی شود. سؤالی که در این مرحله مطرح می شود این است که چگونه فریب دهندگی تبلیغ مشخص می شود و معیار تشخیص در ماده ۵۰ قانون تجارت الکترونیکی چیست؟

در این قانون ملاکی برای فریب دهندگی تبلیغ وجود ندارد و به علت سکوت قانون در این زمینه، باید به اصول کلی حقوقی مراجعه کرد و بررسی کرد که از نظر انسان متعارف چه چیزی همراه کننده و فریب دهنده است. درواقع معیار تشخیص در این زمینه نوعی و عرفی است. البته، با توجه به متن صریح ماده، باید گفت معیاری نوعی و عرفی با در نظر گرفتن سن و شخصیت و وضعیت مصرف کننده است. نکته دیگر این که قانونگذار این ممنوعیت همراهی را برای حمایت از مصرف کننده قرار داده است، بنابراین شامل تبلیغاتی نمی شود که مخاطب آن تاجر باشند (همان).

۲.۱.۲. قاعده ممنوعیت اضرار به سلامتی افراد

ماده ۵۱ این قانون چنین مقرر می دارد: «تأمین کنندگانی که برای فروش کالا و خدمات خود تبلیغ می کنند نباید سلامتی افراد را به خطر بیندازند.»

از این ماده این طور برداشت می شود که تبلیغات درباره نحوه استفاده از کالا و خدمات نباید باعث



اضرار به سلامتی مصرف‌کننده و شخص ثالث شود. البته این ماده نوع اضرار را مشخص نکرده است و نمی‌دانیم منظور قانونگذار اضرار جسمی، روحی یا هر دو است. همچنین ماده ۵۱ قانون تجارت الکترونیکی مشخص نمی‌کند که معیار تشخیص برای اضرار چیست و چه تبلیغاتی برای افراد مضر است که این موضوع از نواقص قانون به حساب می‌آید. به‌طور کلی می‌توان گفت این ماده هم در باب حمایت از مصرف‌کننده مقرر شده است.

۳-۱-۲. قاعده شفافیت تبلیغات

مواد ۵۲ تا ۵۴ قانون تجارت الکترونیک بر لزوم شفافیت در تبلیغات دلالت دارند. ماده ۵۲ چنین مقرر می‌دارد: «تأمین‌کننده باید به نحوی تبلیغ کند که مصرف‌کننده به‌طور دقیق و صحیح و روشن اطلاعات مربوط به کالا و خدمات را درک کند.»

به عبارت دیگر، تبلیغات نباید موجز و مبهم و غلط باشد، زیرا مصرف‌کننده درباره کمیت و کیفیت کالا یا قیمت آن به اشتباه می‌افتد (همان).

در این باره می‌توان به ماده ۵۳ و ۵۴ همین قانون این نیز اشاره کرد. ماده ۵۳ مقرر می‌دارد: «در تبلیغات و بازاریابی باید هویت شخص یا بنگاهی که تبلیغات به نفع اوست روشن و صریح باشد.»

ماده ۵۴ نیز مقرر می‌دارد: «تأمین‌کنندگان نباید از خصوصیات ویژه معاملات به روش الکترونیکی جهت مخفی کردن حقایق مربوط به هویت و محل کسب خود سوءاستفاده کنند.»

هر دو ماده تقریباً بیانگر یک نکته‌اند: باید هویت تبلیغ‌کننده و محل کار او برای کارکنان روشن و صریح باشد و قالب الکترونیکی بهانه‌ای برای مخفی کردن هویت تبلیغ‌کننده و بنگاه او قرار نگیرد. همان‌طور که در قواعد بالا ذکر شد، این دو ماده نیز در پی حمایت از مصرف‌کنندگان وضع شده است. از این مواد این‌طور برداشت می‌شود که تبلیغات درباره نحوه استفاده از کالا و همچنین کالایی که تبلیغ می‌شود نباید باعث اضرار به سلامتی افراد شود که درواقع نوعی حمایت از مصرف‌کننده به‌شمار می‌رود.

۴-۱-۲. کسب رضایت

در قوانین ایران مقرره‌ای درباره روش و شیوه گرفتن رضایت از مصرف‌کننده وجود ندارد. درحال حاضر تنها مقرره قانونی موجود ماده ۵۵ قانون تجارت الکترونیک است.

قانون تجارت الکترونیکی ایران در ماده ۵۵ مقرر می‌دارد: «تأمین‌کنندگان باید تمهیداتی را برای مصرف‌کنندگان در نظر بگیرند تا آنان راجع به دریافت تبلیغات به نشانی پستی و یا پست الکترونیکی خود تصمیم بگیرند.»

از این ماده این‌طور استنباط می‌شود که تأمین‌کننده باید موقعیتی را به‌منظور اعلام موافقت یا مخالفت با دریافت پیام‌های ناخواسته تبلیغاتی در اختیار مصرف‌کننده قرار دهد. با این دیدگاه می‌توان این‌طور برداشت کرد که گرفتن



رضایت قبلی مصرف‌کننده ضرورتی نخواهد داشت و روش سلبی پذیرفته شده است.^۱

۲.۲. ضمانت اجرا

قانون تجارت الکترونیکی ایران در چند ماده به ضمانت اجرای تخلف از قواعد معنونه فوق پرداخته است که در این قسمت بررسی خواهیم کرد. اصولاً، ضمانت اجرای پیش‌بینی شده در قانون تجارت الکترونیکی مالی است که با توجه به کاهش مداوم ارزش ریال در مقایسه با مقررات سایر کشورها بسیار ناچیز است.

۱.۲.۲. ضمانت اجرای رعایت نکردن قوانین مربوط به قواعد تبلیغات الکترونیکی

طبق ماده ۷۰ قانون تجارت الکترونیکی، ضمانت اجرای نقض مواد ۵۲، ۵۳ و ۵۴ را ۲۰ میلیون تا ۱۰۰ میلیون ریال جزای نقدی تعیین کرده است. بدیهی است چنانچه در نتیجه نبود شفافیت یا سوءاستفاده از خصوصیات ویژه قراردادهای الکترونیکی ضرر و زانی متوجه خریدار شده باشد، امکان مطالبه آن براساس شرایط قراردادی یا قواعد عمومی مسئولیت مدنی وجود خواهد داشت.

قاعده منع اضرار به سلامتی نیز که در ماده ۵۱ قانون تجارت الکترونیکی مقرر شده است، مطابق ماده ۷۰ قانون تجارت الکترونیکی است. همچنین، اگر عمل تبلیغ‌کننده خود جرم مستقلی تلقی شود، مرتکب

۱. در مقابل این دیدگاه، پیش‌نویس لایحه مدیریت پیام‌های ناخواسته الکترونیکی سال ۱۳۸۷، در مواد ۱ و ۱۰، صراحتاً روش ایجابی را پذیرفته است.

ماده ۱ پیش‌نویس در تعریف پیام ناخواسته آن را پیامی می‌داند که بدون رضایت دریافت‌کننده یا بدون وجود رابطه بین دریافت‌کننده و ارسال‌کننده از طریق سیستم‌های پیام‌رسانی الکترونیکی مانند پست الکترونیکی و سیستم پیام کوتاه تلفن همراه برای وی ارسال می‌شود.

در تبصره ۲ ماده ۱۰ این پیش‌نویس این‌طور مقرر شده است: تبلیغ باید با رضایت صریح دریافت‌کننده باشد. تبلیغ‌کننده موظف است در اولین پیام تبلیغاتی الکترونیکی خود که برای اخذ رضایت صریح دریافت می‌کند، با توجه به ویژگی‌های فنی و اجرایی هریک از انواع سیستم‌های پیام‌رسان الکترونیکی داخلی، ضوابط ذیل را به شکل قابل درک برای دریافت‌کنندگان رعایت کند:

۱) درج برجسب تبلیغاتی به‌طور قابل فهم و مشخص در عنوان پیام؛ ۲) شرح موضوع تبلیغ؛ ۳) پیش‌نویس امکان انصراف کاربر جهت عدم دریافت مجدد پیام تبلیغاتی به شیوه‌ای آسان و بدون هزینه و قید و شرط؛ ۴) شرح دقیق نحوه دستیابی به آدرس یا شماره تماس الکترونیکی یا دیگر اطلاعاتی که منجر به ارسال پیام تبلیغاتی شده است؛ ۵) مدت زمان اعتبار رضایت کاربر

تبصره ۱: در صورت رضایت صریح دریافت‌کننده در تبلیغات بعدی، تنها ضوابط مندرج در بندهای ۱ و ۳ این ماده لازم‌الرعايه خواهد بود.

تبصره ۲: دریافت‌کننده هر زمان می‌تواند ضمن اعلام صریح به تبلیغ‌کننده از رضایت خود عدول نماید. تبلیغ پس از عدول از رضایت در حکم تبلیغ بدون رضایت است.

مقررات این پیش‌نویس در زمینه رضایت کاربر برای دریافت تبلیغات با مقررات قانون تجارت الکترونیکی تعارض دارد. هرچند در ماده ۸ این پیش‌نویس ذکر شده است که مقررات فصل دوم از مبحث سوم قانون تجارت الکترونیکی مصوب سال ۱۳۸۲ در اجرای مقررات این پیش‌نویس لازم‌الرعايه است، این مقررات با قانون تجارت الکترونیکی تعارض دارد. تهیه‌کنندگان این پیش‌نویس راه‌حلی با الگوی روش ایجابی (opt in) را انتخاب کرده‌اند که بر کسب رضایت قبلی کاربر یا مصرف‌کننده مبتنی است، درحالی‌که چنانچه گفته شد، ماده ۵۵ قانون تجارت الکترونیکی با توجه به نحوه نگارش آن بر روش سلبی (opt-out) استوار است.



مجازات آن را هم متحمل خواهد شد.

۲.۲.۲. ضمانت اجرای نگرستن رضایت

ماده ۷۰ قانون تجارت الکترونیکی برای نقض قاعده مندرج در ماده ۵۵ آن قانون، جزای نقدی از ۲۰ میلیون تا ۱۰۰ میلیون ریال پیش‌بینی کرده است، درحالی‌که در ماده ۱۵ پیش‌نویس لایحه مدیریت پیام‌های ناخواسته الکترونیکی، مجازات ارسال عمومی و مکرر پیام ناخواسته در سیستم‌های پیام‌رسان الکترونیکی، از یک میلیون تا ۱۰ میلیون ریال است. با توجه به تعارض آشکار بین مواد ۵۵ و ۷۰ قانون تجارت الکترونیکی با مواد ۱۰ و ۱۵ پیش‌نویس لایحه پیام‌های ناخواسته الکترونیکی، در صورت تصویب، لایحه اخیر با توجه به خاص بودن هر دو قانون و مؤخر بودن لایحه حاکم خواهد بود. به‌ویژه در آنچه به ضمانت اجرای کیفری نقض این مواد مربوط است، با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات و تفسیر مضیق از احکام کیفری و تفسیر به نفع متهم، مجازات خفیف‌تر اعمال خواهد شد.

نتیجه‌گیری

همان‌طور که در این نوشتار ملاحظه شد، مقررات ایران درباره ارسال تبلیغات اینترنتی در مقایسه با سازوکارهای موجود در دیگر کشورها قدیمی و ناکافی است. این درحالی است که میزان پیشرفت و تداول کسب‌وکارهای آنلاین در سال‌های اخیر در ایران چشمگیر بوده است و درحال حاضر، به نسبت سال‌های گذشته، کسب‌وکارهای آنلاین سهم بیشتری از اقتصاد کشور دارند. افزون‌براین، بسیاری از کسب‌وکارهای سنتی نیز با توجه به جذابیت‌ها و ضریب نفوذ اینترنت در ایران از ابزارهای مجازی برای تبلیغات و بازاریابی استفاده می‌کنند.

در ایران قانون یا دستورالعمل مجزایی درباره بازاریابی و تبلیغات الکترونیکی وجود ندارد و تنها قانونی که به این مسئله پرداخته است قانون تجارت الکترونیک مصوب سال ۱۳۸۲ است که به آن ایرادات فراوانی وارد است. پیش‌بینی‌نشدن نهاد نظارتی و کم‌بودن مبلغ جریمه‌های مالی پیش‌بینی‌شده مهم‌ترین ایرادات وارد به قواعد ناظر بر تبلیغات اینترنتی مندرج در قانون تجارت الکترونیک است.

مسئله به‌ترین مسیر برای اصلاح وضع موجود تصویب قوانین خاص و نسخ مقررات پیشین است؛ ولی، با توجه به کندی روند قانون‌گذاری در ایران و با عنایت به عدم تصویب لایحه مدیریت پیام‌های ناخواسته الکترونیکی که بیش از یک دهه پیش تنظیم شد، به‌نظر می‌رسد بهترین راهکار عملی تصویب آیین‌نامه‌هایی در این حیطه از سوی هیئت دولت یا سایر نهادهای مسئول باشد. البته، با توجه به تعیین میزان جریمه در قانون تجارت الکترونیک، امکان تغییر این جریمه‌ها از طریق آیین‌نامه وجود ندارد، ولی امکان تحمیل جریمه‌های جدید تحت عناوین جدید در راستای تکمیل مقررات قانون تجارت الکترونیک وجود دارد.

منابع



- پاکزاد، بتول و آزادی خواه، محمدحسین (پاییز و زمستان ۱۳۹۵). «مبانی جرم‌انگاری ارسال پیام‌های الکترونیکی ناخواسته». مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناختی، دوره ۳، شماره ۲، ص ۱۹۵-۲۱۷.
- رضایی، علی (۱۳۸۷). حقوق تجارت الکترونیکی. تهران: نشر میزان، چاپ اول، ص ۲۵.
- زرکلام، ستار (۱۳۹۶). حقوق تجارت الکترونیک. تهران: انتشارات شهر دانش، چاپ چهارم.
- عمید، حسن (۱۳۷۷). فرهنگ فارسی عمید، ۲ جلد، جلد ۲. تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ سیزدهم.
- قریشی، الهام‌السادات (شهریور ۱۳۹۰). بررسی قواعد تبلیغ در حقوق تجارت الکترونیک ایران در پرتو استانداردهای بین‌المللی. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۱.
- کاتلر، فیلیپ و آرمسترانگ، گری (۱۳۸۰). اصول بازاریابی. جلد ۲، ترجمه علی پارسائیان. ویراست ۸. تهران: انتشارات جهان نو، چاپ اول.
- محمدیان، محمود (۱۳۹۷). مدیریت تبلیغات. تهران: انتشارات حروفیه، چاپ اول.
- Jacob, S. (August 2004). "The Role of Public Policy in The Fight Against Spam". *Journal of Engineering and Public Policy*, Washington Internships for Students of Engineering, 8, 10. Available Online at: http://people.csail.mit.edu/jhscott/pubs/SPAM_WISE2004.pdf .
- Kikuchi, E. H. (Summer 2004). "Spam in A Box: Amending Can-Spam & Aiming Toward A Global Solution". Boston University School of Law, *Journal of Science & Technology Law*, 10, 263-389.

مفهوم و اهمیت داده‌های شخصی و حریم خصوصی و انواع حمایت از آن در فضای مجازی

فاطمه فناده^۱ امیره علیقلی^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۵/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۶/۲۷

چکیده

پیشرفت فناوری، در کنار مزیت‌های فراوان خود، به‌تنهایی به خسارات و جرایم بسیاری در این عرصه منجر شده است. نقض داده‌های شخصی توجه قانونگذاران و افراد درگیر در این حوزه را بسیار جلب کرده است، چراکه از شروع پیشرفت‌های فناوریانه تا امروز به‌طور گسترده خسارات و جرایم جبران‌ناپذیری به بار آورده است که قانونگذاران را مجبور به توجه و تصویب قوانین جدید در این راستا کرده است. اگرچه حریم خصوصی از دیرباز در قوانین سنتی نیز مورد حمایت بوده است، داده‌های شخصی که بخشی از حریم خصوصی محسوب می‌شود در فضای وب امروز نیاز به قوانین جدید و مطابق با شرایط جدید دارد؛ از این‌رو وجود قوانین مطابق با نیازهای روز همواره مورد توجه بوده و هست. در این نوشتار، با بررسی مفهوم حریم خصوصی در مقررات اتحادیه اروپا و نظام حقوقی ایران، چنین تحلیل شده که قوانین نیاز به روزآمدی بیشتری نسبت به پیشرفت‌های عصر دیجیتال دارد و باید مفهوم حریم خصوصی و داده‌های شخصی به‌طور مشخص در بطن قوانین معرفی و مورد حمایت قرار گیرد. این درحالی است که در هیچ‌یک از قوانین بررسی‌شده نظام حقوقی داخلی تعریف جامع و منسجمی از داده‌های شخصی وجود ندارد و این خلأ در قوانین ایران باید بررسی شود. در نهایت تعریفی جامع از داده شخصی ارائه شده است.

واژگان کلیدی: حریم خصوصی، داده شخصی، فضای مجازی، مقرره عمومی حمایت از داده‌های شخصی

۱. دانشیار گروه حقوق دانشگاه علم و فرهنگ (نویسنده مسئول): ghanad@usc.ac.ir

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق تجارت الکترونیکی، دانشگاه علم و فرهنگ؛ amire.aligholi@gmail.com



مقدمه

در قوانین و مقررات مختلف از حریم خصوصی و داده‌های شخصی تعاریف متفاوتی ارائه شده است. در حقوق بین‌المللی حق حریم خصوصی یکی از حقوق بنیادین حقوق بشر محسوب شده و در مقررات و دستورالعمل‌های مختلف مورد حمایت قرار گرفته است. داده‌های شخصی نیز یکی از ابعاد حریم خصوصی است که در این نوشتار بیشتر این بعد از حریم خصوصی مورد توجه قرار گرفته است. داده‌های شخصی به هر موردی گفته می‌شود که به‌تنهایی یا در کنار شناسه‌ای دیگر به شناسایی موضوع داده منجر می‌شود. داده شخصی از مسائل و مواردی است که از دیرباز در قوانین و ادیان و فرهنگ‌های گوناگون مورد توجه قرار گرفته است، اما امروزه با رشد و توسعه فناوری و گسترش استفاده از شبکه جهانی وب اطلاعات و داده‌های شخصی افراد بیشتر از گذشته نیاز به حمایت دارد، چراکه دسترسی به این اطلاعات بسیار ساده‌تر از گذشته صورت می‌گیرد و سوءاستفاده از این اطلاعات و دسترسی غیرمجاز به آن به مراتب بیشتر است. این روزها، با اتصال هر گوشی تلفن همراه به اینترنت و البته ذخیره‌سازی حجم زیادی از داده‌های شخصی در این ابزارهای فناوری، یکی از مهم‌ترین نگرانی‌های هر کسی افشانشدن این دسته از اطلاعات است. این نگرانی با رعایت برخی نکات ایمنی کاهش خواهد یافت، اما مرور برخی از حمایت‌های قانونی که در این زمینه وجود دارد نیز از نظر روانی مفید است. ضمن این‌که آگاهی از آن نقطه آغاز پیگیری در صورت بزه‌دیدشدن در زمینه افشای اطلاعات شخصی خواهد بود. در این نوشتار، در طی دو بخش بررسی می‌شود که اهمیت داده‌های شخصی در دوران فناوری چقدر است و مفهوم این مهم در این دوران دستخوش چه تغییر و تحولاتی شده است؛ ضمن این‌که دیدگاه‌های حمایتی سنتی و نوظهور از داده‌های شخصی نیز بررسی خواهد شد. همچنین، مهم‌ترین رسالت این مقاله بررسی و تبیین تعاریف متفاوت داده شخصی و حریم خصوصی در متون و قوانین حقوقی ایران و مقررات بین‌المللی است.

۱. مفهوم و اهمیت حریم خصوصی و دیدگاه‌های مربوط به آن

اهمیت و ضرورت حمایت از حریم خصوصی از دیرباز در نظام‌های حقوقی دنیا مورد توجه قرار گرفته است و در مقررات مختلف تعاریف متفاوتی از حریم خصوصی ارائه شده است. با گسترش فناوری و پیشرفت استفاده از فضای مجازی اهمیت حریم خصوصی و داده‌های شخصی دوچندان شده است، تا جایی که علاوه بر قوانین سنتی، قوانین مدرن نیز به تعریف و تبیین داده‌های شخصی پرداخته‌اند. در نظام حقوقی ایران حریم خصوصی به صورت مشخص مورد حمایت قرار نگرفته است، اما به طور ضمنی در متن قوانین این حمایت دیده می‌شود، در نظام حقوقی بین‌المللی، اسناد سازمان همکاری اقتصادی و توسعه (OECD)^۱ و مقررات حمایت از داده‌های عمومی اتحادیه اروپا (GDPR)^۲ متناسب با

1. Organization for Economic Co-operation and Development

2. General Data Protection Regulation, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27



پیشرفت‌های فناوریانه به حمایت از داده‌های شخصی پرداخته‌اند. در این نوشتار مفاهیم حریم خصوصی و داده‌های شخصی در قوانین و مقررات مذکور مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۱. مفهوم حریم خصوصی در مقررات ایران

از دیرباز حریم خصوصی در فرهنگ‌ها و قوانین گوناگون بشری مورد حمایت قرار گرفته و یکی از دغدغه‌های قانونگذاران در اعصار مختلف بوده است. در نظام حقوقی ایران حریم خصوصی به صورت مشخص حمایت نشده است. حقوق و آزادی‌هایی که تحت عنوان حریم خصوصی حمایت می‌شوند به طور ضمنی و در بطن سایر قواعد حقوقی ایران مورد حمایت قرار گرفته‌اند. داده‌های شخصی و حریم خصوصی یکی از حقوق اساسی و بنیادین بشر است که باید از طریق قانون حمایت شود.

قانون اساسی، قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری در زمره قوانین و مقرراتی هستند که در نظام حقوقی ایران از حریم خصوصی در فضای سنتی به طور ضمنی حمایت کرده‌اند. در قوانین بین‌المللی نیز نخستین مقررہ‌گذاری در حمایت از حریم خصوصی از سوی سازمان همکاری اقتصادی و توسعه در دهه ۱۹۷۰ آغاز شد. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که دولت ایران نیز به آن ملحق شده است از دیگر منابعی است که صریحاً بر حمایت از حریم خصوصی تأکید دارد. خانه مهم‌ترین مصداق حریم خصوصی در فضای سنتی است. از این رو درباره بازرسی از خانه تشریفات خاصی وضع شده است، از جمله این که بازرسی باید با ارائه مجوز قانونی باشد، ضرورت داشته باشد، در صورت امکان در روز انجام شود، با حضور صاحب‌خانه باشد و... در غیراین صورت، ورود افراد عادی و همچنین مأموران و مقامات غیرقضایی به منزل افراد ممنوع است و متخلفان به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند (احمدی ناطور، ۱۳۹۱، ص ۷).

حریم خصوصی از بنیادی‌ترین حقوق اساسی بشر است که تحت تأثیر پیشرفت‌های فناوریانه قرار گرفته است. ظهور فناوری‌های جدید سبب شده است که همه آحاد جامعه با دسترسی به بسیاری از وسایل پیشرفته به جمع‌آوری و ضبط و انتشار حجم انبوهی از اطلاعات مربوط به حریم خصوصی افراد اقدام کنند. درواقع، در کنار مزیت‌های گسترده‌ای که این فضا به همراه دارد، استفاده نادرست از آن پیامدهای نامطلوبی را نیز به دنبال دارد که یکی از آن‌ها نقض حریم خصوصی افراد با استفاده از این فناوری‌ها از سوی برخی اشخاص و سازمان‌ها یا حتی دولت‌هاست که با اهدافی متفاوت صورت می‌گیرد (همان).

قانون اساسی ایران، درحکم مرجع تمامی قوانین، از حریم خصوصی صریحاً حمایت نکرده است، بلکه در برخی اصول این حمایت به صورت ضمنی است آن‌هم نه با نام حریم خصوصی، بلکه تحت عناوینی چون حریم خلوت و تنهایی، حریم مکانی، حریم اطلاعات، حریم ارتباطات و حریم جسمانی.

April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (GDPR) (Text with EEA relevance), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1-88

ICO, Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR), <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr-1-0.pdf>



در تحلیل چند اصل قانون اساسی همچون اصول ۱۹، ۲۰، ۲۲، ۲۳، ۲۴، ۲۵، ۲۶، ۲۷، ۲۸، ۳۰، ۳۲، ۳۳، ۳۵، ۳۸، ۳۹ و ۴۰ به‌وضوح می‌توان توجه خاص اما ناکافی به مفهوم حریم خصوصی را مشاهده کرد. برخلاف قوانین اساسی کشورهای که از حریم خصوصی به‌صورت مشخص و در قالب اصل یا اصول خاصی حمایت کرده‌اند، در قانون اساسی ایران اصل خاصی که مشخصاً از حریم خصوصی حمایت کند وجود ندارد. به‌طور کلی، اگر حریم خصوصی را حریم خلوت و تنهایی، حریم مکانی، حریم اطلاعات، حریم ارتباطات و حریم جسمانی دسته‌بندی کنیم، در قانون اساسی ایران:

۱. داشتن حریم خصوصی حق اساسی شناخته نشده است.
 ۲. حریم خلوت و تنهایی نه به‌صورت صریح و نه ضمنی حمایت نشده است.
 ۳. آزادی اطلاعات جز به‌صورت مضیق در اصل ۲۴ در جای دیگری مطرح نشده است. در اصل ۲۵ نیز، بدون تصریح به آزادی ارتباطات، به استثنای این آزادی اشاره شده و از حریم خصوصی ارتباطات درمورد شایع‌ترین وسایل ارتباطی حمایت شده است. اصل ۲۵ از اصول مهمی است که از حریم خصوصی ارتباطات صریحاً حمایت کرده است.
 ۴. در دیگر اصول ذکرشده در قانون اساسی نیز به‌صورت ضمنی به حمایت از حریم خصوصی جسمانی و حفظ کرامت انسانی و حفظ مال و مسکن پرداخته شده است (واعظی، ۱۳۸۹، ص ۱۳۸).
- در قوانین ایران، کامل‌ترین تعریف از داده‌های شخصی در قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات به این نحو بیان شده است: «اطلاعات شخصی، اطلاعات فردی نظیر نام و نام خانوادگی، نشانی‌های محل سکونت و محل کار، وضعیت زندگی خانوادگی، عادت‌های فردی، ناراحتی‌های جسمی، شماره حساب بانکی و رمز عبور است.»

۲-۱. حریم خصوصی در مقررات بین‌المللی

داده‌های شخصی و حریم خصوصی یکی از حقوق اساسی و بنیادین بشر است که باید از طریق قانون حمایت شود. تعاریف متعددی از داده‌های شخصی وجود دارد که یکی از کامل‌ترین آن‌ها در مقررات حمایت از داده‌های عمومی اتحادیه اروپا آمده است. در بند ۱ ماده ۴ مقررات حمایت از داده‌های عمومی اتحادیه اروپا داده شخصی تعریف شده است.^۱ این مقرره محدوده داده‌های شخصی را گسترده کرده و چنین بیان می‌کند: «... یک شخص حقیقی قابل شناسایی کسی است که مستقیم یا غیرمستقیم، به‌ویژه با اشاره به یک شناسه خاص مانند نام، شماره شناسایی، اطلاعات مکان، شناسه آنلاین یا شناسایی یک یا چند عامل و ویژگی فیزیکی، فیزیولوژیکی، ژنتیکی، ذهنی، اقتصادی، فرهنگی یا اجتماعی قابل شناسایی باشد. این تعریف تمامی جنبه‌های شخصیتی یک فرد را که عامل شناسایی اوست بیان می‌کند. در اسناد سازمان همکاری اقتصادی و توسعه نیز، با وجود تعریف حریم خصوصی، باز هم تعریفی به جامعیت

1. General Data Protection Regulation, (GDPR), op.cit. and <http://www.oecd.org/internet/digital-government/open-government-data.htm>; <https://gdpr-info.eu>



تعریف مقررات حمایت از داده‌های عمومی اتحادیه اروپا دیده نمی‌شود اگرچه این سند نیز به حریم خصوصی اهمیت ویژه‌ای می‌دهد.

دستورالعمل‌های سازمان همکاری اقتصادی و توسعه در سال ۱۹۸۰ برای حفاظت از حریم خصوصی و جریان‌های داده شخصی موافقت کشورهای عضو برای اداره و حفاظت از اطلاعات شخصی را دریافت کرد. دستورالعمل‌ها به علت نگرانی درباره پیامدهای قوانین حفاظت از داده‌های متناقض یا رقابتی که در پاسخ به روش‌های جدید و خودکار پردازش اطلاعات به وجود آمده‌اند ایجاد شده است. دستورالعمل‌ها تأکید دارند که کشورهای عضو سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^۱ منافع مشترک در حفاظت از حریم خصوصی و آزادی‌های فردی دارند. در عین حال، هدف دیگر این بود که اطمینان حاصل شود که گسترش قوانین حریم خصوصی نباید جریان‌های اطلاعاتی بین مرزها و مزایای اقتصادی و اجتماعی آن‌ها را بیش از حد محدود کند. سازمان همکاری اقتصادی و توسعه، در مواجهه با نگرانی‌های دوگانه از نقض حریم خصوصی به علت استفاده بیشتر از داده‌های شخصی در عصر جدید و خطرهای احتمالی برای اقتصاد جهانی ناشی از محدودیت جریان اطلاعات، یکی از دستورالعمل‌های برجسته خود در جهت حمایت از حریم شخصی و اصول آن را تهیه کرد. تمرکز بر خطرهای احتمالی در حفظ حریم خصوصی با استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات (ICT) برای ذخیره و پردازش اطلاعات شخصی تأثیری بر قانونگذاری در دهه ۱۹۷۰ داشت. مراجعات متعدد به کتب و مطالعاتی که در زمینه حریم خصوصی نگاشته شده بود و تمرکز گسترده بر این حق بنیادین بشر به قانونگذاری در این زمینه انجامید.^۲

۳.۱. دیدگاه‌ها و نگرانی‌های مربوط به حریم خصوصی در عصر دیجیتال

در عصر فناوری اطلاعات و با توسعه فضای مجاز، حریم خصوصی بیش از هر زمان دیگری در خطر است و در این میان شبکه‌های اجتماعی در گرفتن و جمع‌آوری و استفاده از اطلاعات اشخاص در فضای مجازی وضعیت متمایزی دارند. این شبکه‌ها، با رصد کردن رفتار افراد در شبکه و افزودن این اطلاعات به بانک داده‌های خود، مجموعه‌ای از اطلاعات را جمع‌آوری می‌کنند و از راه داده‌کاوی، پروفایل‌های شخصی برای اعضا می‌سازند که حاوی اطلاعات بسیار زیادی از زندگی خصوصی افراد است. به این ترتیب به حریم خصوصی تعداد بیشتری از مردم جهان نفوذ می‌کند. حساسیت به نقض حریم خصوصی در فضای دیجیتال در سطح بین‌المللی و منطقه‌ای و ملی ایجاد شده، ولی هنوز مقررات کافی برای حفاظت مناسب از حریم خصوصی وجود ندارد. در ایران این فقر قانونی چشمگیرتر است و نیاز به تصویب مقررات حمایت‌کننده از حریم خصوصی و داده‌های شخصی با توجه به اصول موردپذیرش بین‌المللی احساس می‌شود (حبیبی، ۱۳۹۵، ص ۳۹)

۱. ۳۵ کشور عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی هستند.

2. OECD (2011). The OECD Privacy Guideline. <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/49710223.pdf>.

Recitals of General Data Protection Regulation. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w0133003?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w0133003?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), p. 14



حریم خصوصی را می‌توان به دو گروه اطلاعات خصوصی و داده‌های شخصی تقسیم کرد. اطلاعات خصوصی به شیوه‌های جمع‌آوری، ضبط، دسترسی و آزادسازی اطلاعات اشاره دارد. در عصر دیجیتال، تعداد زیادی از سوابق افراد در پایگاه‌های داده وجود دارد. از زمان ظهور سوابق الکترونیکی، حفاظت از اطلاعات خصوصی به یکی از مهم‌ترین مسائل و دغدغه‌های قانونگذاران و کنترل‌کننده‌ها تبدیل شده است. مهم‌ترین قدم در راستای مقررگذاری برای حمایت از این داده‌ها از سوی سازمان همکاری اقتصادی و توسعه در دهه ۱۹۷۰ آغاز شد. داده‌های شخصی مربوط به حریم شخصی و فضای خصوصی فرد است؛ این داده‌ها ممکن است با جعل تصاویر یا تصویرسازی با فتوشاپ یا ضبط فیلم و عکس‌برداری در مکان‌های عمومی و خصوصی مورد نقض قرار گیرد (Davidson, 2009, p. 218).

در جامعه امروز، بیشتر مردم فقط نام و نام خانوادگی، جزئیات حساب‌های بانکی و آدرس پستی خود را اطلاعات شخصی می‌دانند. اگرچه این تصور درست است، اما اطلاعات متنوع دیگری هم هست که حفظ آن از اهمیت بسیاری برخوردار است. اگر همه افراد حاضر در فضای مجازی بدانند که تمام اطلاعات آن‌ها در این فضا نظاره و تمام رفتارها و حرکات آن‌ها دنبال می‌شود برای حریم خصوصی خود و حفظ آن اهمیت بیشتری قائل می‌شوند. این واقعیت ترسناک در عصر امروز وجود دارد که ما در دنیایی شیشه‌ای زندگی می‌کنیم و همه می‌توانند زندگی ما را نظاره کنند. ابعاد مختلف زندگی امروز ما از راه فضای وب و هوش مصنوعی کنترل می‌شود و تأثیر پردازش اطلاعات شخصی بر اقتصاد و سیاست باورناپذیر است. نقض داده‌های شخصی ممکن است تأثیرات جبران‌ناپذیر اجتماعی به دنبال داشته باشد. به همین علت مشاهده می‌شود که مقررات حمایت از داده‌های عمومی اتحادیه اروپا نقض داده‌های شخصی را پیش‌بینی و حمایت می‌کند: «نقض داده‌های شخصی به معنای نقض امنیت است که منجر به نابودی، ازدست‌دادن، تغییرات غیرقانونی و افشای غیرمجاز یا دسترسی به اطلاعات شخصی فرد می‌شود. این نقض ممکن است در نتیجه اعمالی که سهواً یا عمداً رخ می‌دهد صورت پذیرد. این بدان معنا است که نقض در اینجا آثاری به مراتب بیشتر از صرف ازدست‌دادن داده‌های شخصی دارد.»

افراد در طول روز مدام درحال ارائه اطلاعات خصوصی خود به کسانی هستند که هیچ تعهدی برای ارائه اطلاعات شفاف از خود ندارند. افراد جامعه دائماً درحال خودافشایی به حکومت‌ها هستند. حکومت‌های امروز خیلی راحت می‌توانند به بهانه ارائه خدمات به اطلاعات خصوصی افراد دسترسی داشته باشند. آن‌ها می‌توانند از طریق برنامه‌هایی که خودشان تعیین می‌کنند حریم خصوصی افراد را نقض کنند. مواردی همچون تعیین اجباری هویت، آزمایش مواد مخدر، تجسس بدنی و شخصی یا جست‌وجو در خانه، حفظ و پردازش مشخصات افراد در پایگاه‌های داده، انجام آزمایش‌های ژنتیک و دروغ‌سنجی که نوعی تفتیش عقیده به‌شمار می‌رود از جمله این برنامه‌ها است. به عبارت دیگر، افراد مجبورند اطلاعاتی از خود به دولت بدهند، اما گرفتن اطلاعات از دولت به این آسانی نیست (احمدی ناطور، ۱۳۹۱).

به‌رغم آنچه بیان شد، ضرورت تدوین قانون خاص برای رعایت حریم خصوصی در ایران احساس می‌شود، چراکه قانون اساسی به‌صورت کلی و منشور حقوق شهروندی و موارد دیگر به‌صورت ضمنی



و غیر صریح به این موضوع پرداخته‌اند و تعیین جزئیات آن بر عهده قانون عادی گذاشته شده تا در آن به حد و حدود این حریم و جنبه‌های مختلف آن و همچنین تعیین مجازات‌ها توجه شود. شایان ذکر است، قوانین تجارت الکترونیکی و جرایم رایانه‌ای دو قانون مهمی است که به منزله نقطه عطف قانونگذاری در ایران مورد توجه قرار گرفته و تحولات این دوره را تا حدودی مدنظر قرار داده است. داده شخصی تا حدودی در این قوانین تعریف شده است. همان‌طور که در اسناد سازمان همکاری اقتصادی و توسعه و مقررات حمایت از داده‌های عمومی اتحادیه اروپا تعریف داده شخصی بررسی و ارائه شده است، در قوانین ایران نیز باید تعریف داده شخصی کامل شود و شاید بتوان گفت تعریف ارائه‌شده در مقررات حمایت از داده‌های عمومی اتحادیه اروپا کامل‌ترین و جامع‌ترین تعریف از داده شخصی است. این مقرر محدود داده‌های شخصی را گسترده کرده و اطلاعاتی چون نام، شماره شناسایی، اطلاعات مکان، شناسه آنلاین یا شناسایی یک یا چند عامل و ویژگی فیزیکی، فیزیولوژیکی، ژنتیکی، ذهنی، اقتصادی، فرهنگی یا اجتماعی را که با استفاده از آن بتوان شخص را شناسایی کرد از موارد داده شخصی عنوان می‌کند. این درحالی است که قانون تجارت الکترونیکی ایران از داده شخصی با عنوان داده پیام یاد می‌کند و آن را این‌گونه تعریف می‌کند: «داده پیام هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود.» نکته حائز اهمیت در دوران حاضر این است که شرکت‌های بزرگ و پلتفرم‌هایی چون فیسبوک یا اینستاگرام و گوگل و امثال آن‌ها با استفاده از داده‌های شخصی به کسب درآمد می‌پردازند و از آن‌ها برای تبلیغات استفاده می‌شود. این تبلیغات صرفاً جنبه تجاری ندارد و گاهی بر زندگی سیاسی و اجتماعی افراد نیز تأثیرات عمده‌ای می‌گذارد که از چشم همگان پنهان می‌ماند، اما تمامی زندگی اشخاص را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

۴.۱. نقش فضای مجازی و عصر دیجیتال در نقض داده‌های شخصی

اگرچه دوران برده‌داری به اتمام رسیده است، می‌توان گفت فضای مجازی و کنترل‌کنندگان این فضا همچون حاکمانی رفتار می‌کنند که کاربران را برده خویش می‌سازند. در این دنیای مدرن فقط با وارد کردن برخی از اطلاعات شخصی می‌توان حکم بردگی خود را صادر کرد. البته با این تفاوت که چون کاربران از واقعیات و پشت پرده‌های آن آگاهی ندارند، با کمال رضایت این کار را انجام می‌دهند چراکه مزیت‌ها و جذابیت‌های این فضا چنان زیاد است که می‌توان گفت اشخاص را ناخودآگاه وادار به استفاده از آن می‌کند. چنان‌که امروزه مشاهده می‌کنیم، طیف گسترده‌ای از اشخاص در سنین متفاوت، از کودک و نوجوان تا سالمند، را مجذوب خود کرده است. بنابراین اگر فضای مجازی را یک ملت مستقل در نظر بگیریم، نیاز به حکومتی مستقل و البته دموکراسی مآبانه دارد تا بتواند به این فضا نظم بخشد و آن را کنترل کند.

امروزه فضای مجازی تجاوز و تعدی به حریم خصوصی اشخاص حقیقی را که از بنیادی‌ترین و اساسی‌ترین حقوق بشری تلقی می‌شود و با شخصیت افراد ارتباط تنگاتنگ دارد بیش‌ازپیش آسان کرده



است؛ به گونه‌ای که مجرمان در اقصانقاط جهان، فارغ از مرزهای جغرافیایی، حق تنها بودن و با خود بودن و به دور از چشم و نگاه کنترل‌کننده دیگران و رها از تفتیش و تجسس دیگران زیستن انسان را مورد تعرض قرار می‌دهند. اگر پیش از ظهور فناوری رایانه‌ای توانایی ورود به حریم خصوصی اشخاص و سرقت اطلاعات محدود بود، با ظهور آن امکان طرح‌ریزی و هتک حریم خصوصی و سرقت اطلاعات سری و خصوصی اشخاص فراهم شد که پیش از آن تصورش هم نمی‌رفت. همچنین، اگر پیش از این جاسوسان اطلاعات با مشکلاتی مواجه بودند و چندان امیدی به اقدامات مجرمانه خود نداشتند، این سیستم‌ها امکاناتی فراهم کرده‌اند که در کمترین زمان ممکن و با دقت و وضوح بسیار بالا اطلاعات سری و غیرسری موردنظر خود را به‌دست آورند. اگر شنود و استراق‌سمع فقط این مفهوم را داشت که باید شخصی پنهان در جایی یا با تماسی تلفنی اطلاعات دیگران را کسب کند و درواقع فقط از این طریق بود که مجرمان می‌توانستند به آنچه از فعل مجرمانه خود دنبال می‌کردند برسند، سیستم‌های رایانه‌ای این امکان را فراهم آورده که، در ورای مرزها و اقصانقاط جهان، اطلاعات دیگران را بدون این‌که خودشان متوجه شوند سرقت کنند و ارزش ذاتی آن را از بین ببرند و از حالت خصوصی و سری بودن خارج کنند. رایانه همچون تیغی است که منحرفان اجتماعی از لبه تیز آن علیه بشریت استفاده می‌کنند (فتحی و شاهمرادی، ۱۳۹۶، ص ۲۳۵)

کشورهای پیشرفته سال‌هاست به فکر نظم‌بخشیدن به این فضا هستند و به‌مراتب قوانین روزآمدتری را نیز تصویب و اجرا نموده‌اند تا جنبه‌های مختلف آن را تحت حاکمیت و کنترل درآورند، از جمله حریم خصوصی اشخاص که بخش قابل‌ملاحظه و اساسی در این فضا است. همان‌طور که بیان شد، از سال‌های ۱۹۷۰ تا کنون، سازمان همکاری اقتصادی و توسعه و معاهدات و دستورالعمل‌های اتحادیه اروپایی این مهم را مد نظر قرار داده و قوانین متنوعی در این زمینه به تصویب رسانده‌اند تا به نسخه پیشرفته و تکامل‌یافته قوانین، یعنی مقررات حمایت از داده‌های عمومی اتحادیه اروپا، دست یافته‌اند.

در دوران مدرن، با رشد تفکرات انسان‌گرایانه، فرد اهمیت می‌یابد و همین موضوع خود را در حریم خصوصی نشان می‌دهد. حال توجه به این نکته جالب و ضروری است که همین فرد تأثیرگذارترین عنصر در فضای مجازی است. فرد است که به اینترنت به‌مثابه کاربر آن هویت می‌بخشد. این موضوع به‌ویژه در سال‌های جدید و با ظهور شبکه‌های اجتماعی شکل تازه‌ای به خود گرفته است، چون در شبکه اجتماعی، آن که در مرکز توجه است همین کاربر یا به‌عبارتی فرد است. اوست که تولید محتوا می‌کند، نظر می‌دهد و جریان می‌سازد. از این‌روست که گفته می‌شود حریم خصوصی با فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی گره خورده است، بنابراین باید جهت جلوگیری از نقض حریم خصوصی در فضای اینترنت به بسترهای مناسب پرداخته شود (همان).

رفتار کاربران نیز نقش مهمی در این میان دارد تا جایی که برخی بر این باورند که رفتار کاربران این فضا به‌مراتب اهمیت بیشتری از قانونگذاری در این عرصه دارد. اولین مشکل به رفتار کاربران مربوط می‌شود که بسیاری از اوقات بدون آگاهی از گستره عمل خود دست به انتشار عمومی یا نیمه‌عمومی



اطلاعاتی می‌زنند که به‌طور طبیعی جزئی از اطلاعات شخصی و خصوصی به‌شمار می‌رود. این رفتار غیرمحتاطانه ممکن است ناشی از بی‌توجهی به ویژگی‌های شبکه‌های اجتماعی و اینترنت باشد. درواقع، بسیاری از استفاده‌کنندگان از شبکه‌ها، با قیاس ارتباطات رو در رو یا مخابراتی مانند تلفن، تصور می‌کنند که آنچه در ارتباطات دو یا چندجانبه در اینترنت به اشتراک گذاشته شده است محرمانگی خود را حفظ خواهد کرد. حال آن‌که ماهیت ارتباطات در این شبکه‌ها متفاوت است و چنین پیش‌فرضی از ابتدا نادرست است. شاید به همین علت باشد که برخی نویسندگان بر این نظرند که قانونگذاران بیش از آن‌که وقت خود را صرف تدوین قوانین حفاظت از حریم خصوصی کنند باید تلاش کنند تا استفاده‌کنندگان به این ویژگی شبکه‌های اجتماعی پی ببرند. البته مسئولان شبکه‌ها بی‌تقصیر نیستند؛ آن‌ها بسیاری اوقات عاملدانه و برای این‌که شبکه اجتماعی گسترش و تأثیر بیشتری پیدا کند سعی بر این دارند که اطلاعات حتی‌المقدور به شکلی عمومی منتشر شود؛ بنابراین شبکه‌ها را طوری طراحی می‌کنند که اطلاعات عمومی باشد، بنابراین کاربر باید به اطلاعاتی که افشا می‌کند و در اختیار عموم قرار می‌دهد توجه داشته باشد. گاه لازم است کاربران با انجام تغییرات در تنظیمات پیش‌فرض شبکه از حریم خصوصی خود حفاظت کنند (Walther, 2011, p. 3)

در آخر این گفتار گفتنی است که مفهوم حریم خصوصی در فضای سنتی و فضای مجازی به سبب تفاوت این دو فضا تا حدودی با یکدیگر متفاوت است، اگرچه اشتراکاتی نیز با یکدیگر دارند. در فضای سنتی اموری همچون اطلاعات شخصی مانند نام، نام خانوادگی، شماره شناسنامه، کد ملی، آدرس پستی، اطلاعات شغلی و تحصیلی از جمله داده‌های شخصی به‌شمار می‌رود و برخی از این اطلاعات به انضمام آدرس پست الکترونیکی، آدرس (IP) سیستم شخص و هر آنچه در دنیای دیجیتال شخص را قابل شناسایی کند از داده‌های شخصی فضای مجازی محسوب می‌شود. لذا شیوه قانونگذاری باید منطبق بر مبنای تعریف ارائه‌شده قرار گیرد و از آن حمایت کند.

۲. انواع حمایت از حریم خصوصی و داده‌های شخصی

فضای سایبری، همانند فضای حقیقی، تهدیدها و آسیب‌پذیری‌هایی دارد که انسان در برخورد با آن شرایطی را برای مصونیت در یک چرخه دائمی شکل می‌دهد. فضای سایبری، هم از آن جهت که همه امور آدمی را دربر می‌گیرد و هم از آن جهت که مبانی انسان‌شناختی فضای تولید فناوری و محتوا را دربر گرفته، مخاطراتی را متوجه انسان و جامعه می‌کند. فضای جدید درحال دربرگرفتن همه شئون زندگی آدمی از تلاش و اداره خانواده و محیط زندگی، تربیت فرزند و حتی فکرکردن را دربر می‌گیرد. در این فضا، همانند فضای حقیقی، تأمین امنیت کاربران و صیانت از آن‌ها مورد توجه قرار گرفته و برخی از آموزه‌های عمومی تأمین امنیت در این محیط به‌کار می‌رود. اما، به علت ماهیت متفاوت فضای مجازی از فضای مادی، تأمین امنیت و پیشگیری از جرایم ارتكابی در فضای جدید شیوه‌ها و فنون خاصی را می‌طلبد که باید دقیق‌تر بررسی شود.



با توجه به رویکرد کلی مقابله با جرایم که در دهه‌های اخیر شاهد تحولات شگرفی نیز بوده است، می‌توان دو گزینه را پیش رو قرار داد: اقدامات کیفری و غیر کیفری.

در زمینه اقدامات کیفری سعی می‌شود، از طریق جرم‌انگاری هنجارشکنی‌ها و سوءاستفاده‌های جدید یا تجدیدنظر در قوانین کیفری گذشته، رعب بیشتری در مجرمان بالقوه یا مکرر ایجاد شود تا از ارتکاب جرم باز داشته شوند. حال آن‌که در جرایم الکترونیکی بهتر است از تدابیر مسئولیت مدنی به جای مسئولیت کیفری استفاده شود.

در زمینه اقدامات غیرکیفری نیز سعی می‌شود با اعمال تدابیری همچون تدابیر نظارتی، تدابیر صدور مجوز، استفاده از ابزارهای ناشناس‌کننده و رمزگذاری، به کارگیری سیستم‌های امنیتی مناسب و به‌روز، پرهیز از رفتارهای پرخطر و حضور نیروهای حفاظتی تا حد ممکن حریم خصوصی افراد محفوظ بماند. در ایران، از سال ۱۳۸۱، واحدی تخصصی به نام واحد مبارزه با جرایم رایانه‌ای در پلیس آگاهی شکل گرفته و گشت اینترنتی پلیس از اواخر سال ۱۳۸۵ وارد فاز اجرایی شده است. این گشت قصد نفوذ به حریم خصوصی افراد را ندارد و در حالت کلی فقط بر بخش عمومی مثل فضای مجازی نظارت می‌کند. در اوایل بهمن ۱۳۸۹ نیز واحد پلیس فتا برای حضور فعال پلیس در فضای مجازی در ناجا تشکیل شد تا با نظارت کافی در فضای مجازی از اشخاص حقیقی و داده‌های شخصی افراد حمایت کند (احمدی ناطور، ۱۳۹۱، ص ۳۲)

اینترنت گسترشی افسارگسیخته یافته، اما ملاحظات آن نادیده گرفته شده است. جهانی‌سازی خود یکی از عوامل گسترش فناوری اطلاعات بوده است. مشکل از آن‌جا ناشی می‌شود که اینترنت از ابتدا با هدف بهره‌برداری نظامی و کنترل خارجی ابداع شده بود؛ حتی کسانی که مدافع توسعه اینترنت هستند بر این باورند که زمانی اینترنت به ظرفیت کامل خود خواهد رسید و قواعد مسلمی بر آن حاکم خواهد شد (Davidson, 2009, p. 2)

ارتباط تنگاتنگ جرایم سایبری با استفاده از اطلاعات شخصی و محرمانه حریم خصوصی اشخاص، به‌طور مستقیم و غیرمستقیم، آماج فعالیت‌های غیرقانونی قرار می‌گیرد. بنابراین، اتخاذ راهکارهای پیشگیرانه مستمر و روزآمد در این خصوص از مهم‌ترین پیش‌نیازهای توسعه در جامعه اطلاعاتی است. اگرچه فناوری اطلاعات معمولاً یکی از عمده‌ترین علل نقض حریم خصوصی تلقی می‌شود، راه‌های گوناگونی نیز وجود دارد که از طریق آن‌ها خود فناوری از محرمانگی و پیشگیری از نقض آن حمایت کند. امروزه رهنمودها و شیوه‌های محافظت از حریم خصوصی که به روش‌های علمی طراحی شده است مورد استفاده قرار می‌گیرد. این امکانات طیف گسترده‌ای از تمهیدات و راهکارها را دربر می‌گیرد، از روش‌شناسی‌های طراحی‌شده بر مبنای اطلاع‌رسانی اخلاقی تا رمزنگاری به‌منظور محافظت از اطلاعات شخصی در مقابل استفاده غیرمجاز (رنجبران، ۱۳۹۱، ص ۸۹)

در عین حالی که این فناوری‌ها فواید و منافع بسیاری را برای زندگی بشر به ارمغان آورده است، استفاده نادرست از آن‌ها پیامدهای نامطلوبی همچون نقض حریم خصوصی افراد را نیز در پی داشته



است که به دست برخی اشخاص و سازمان‌ها و حتی دولت‌ها با اهداف مختلف صورت می‌گیرد. بنابراین، با توجه به تهدیدهای فزاینده‌ای که از سوی افراد عادی و بخش خصوصی و دولت علیه حریم خصوصی وجود دارد، ضرورت حمایت از اشخاص و حریم داده‌های خصوصی افراد، به‌منزله یکی از جلوه‌های اصلی حریم خصوصی، در عصر حاضر بیش‌ازپیش احساس می‌شود.

از جمله موارد ضروری در حفظ حریم خصوصی، ارتقای سطح فرهنگی جامعه از طریق آموزش برای صیانت خود افراد از حریم خصوصی به‌ویژه در قبال فناوری‌های نوین، یاری‌جستن از مبانی اعتقادی در کاهش تعرض به حقوق دیگران، استفاده از روش‌های پیشگیری و قوانین جامع و گسترده و نهایتاً حمایت‌های کیفری برای اعمال اهداف مجازات در جامعه است. هرچند در برخی موارد ضمانت اجرای غیرکیفری مؤثرتر عمل می‌کند، در برخی موارد مهم حمایت از حریم خصوصی مستلزم حمایت کیفری است. البته براساس میزان اهمیت حقی که مورد تعرض قرار گرفته و درجه تهدیدی که از ناحیه عوامل مختلف متصور است، واکنش حمایتی نیز متفاوت خواهد بود. نکته مهم این است که استفاده از راهکارهای کیفری درحکم آخرین راهکار نیز مقصود را به‌طور کامل تأمین نمی‌کند و نقش آن محدود است. به‌نظر می‌رسد این جنبه از حقوق با اتخاذ رویکردی متعادل و استفاده کمینه از آن در چارچوب اصل ضرورت و فرعی‌بودن، در کنار دیگر حمایت‌های حقوقی، قادر به تعامل با حقوق و آزادی‌های عمومی و خصوصی از جمله حریم خصوصی باشد (احمدی ناطور، همان، ص ۲۸)

در ایران نیز شورای عالی فضای مجازی طی حکمی از سوی مقام معظم رهبری تأسیس شد که رؤسای قوا و برخی دیگر از مسئولان نظام در آن عضوند. مسئولیتی که به عهده این نهاد گذاشته شده است ناشی از خلئی بود که در مسئله فضای مجازی و گسترش آن در جامعه و نفوذ آن در زندگی شخصی و اجتماعی افراد احساس می‌شد. مقام رهبری طی حکمی علت تشکیل شورا را بیان کردند: «گسترش فزاینده فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی به‌ویژه شبکه جهانی اینترنت و آثار چشمگیر آن در ابعاد زندگی فردی و اجتماعی و لزوم سرمایه‌گذاری وسیع و هدفمند در جهت بهره‌گیری حداکثری از فرصت‌های ناشی از آن در جهت پیشرفت همه‌جانبه کشور و ارائه خدمات گسترده و مفید به اقشار گوناگون مردم؛ همچنین ضرورت برنامه‌ریزی و هماهنگی مستمر به‌منظور صیانت از آسیب‌های ناشی از آن اقتضا می‌کند که نقطه کانونی متمرکزی برای سیاست‌گذاری، تصمیم‌گیری و هماهنگی در فضای مجازی کشور به‌وجود آید.» در ایران، تا کنون موضوعات مختلفی پیرامون جرایم رایانه‌ای در بخش حقوق جزای عمومی و اختصاصی مورد مطالعه قرار گرفته است که صرفاً به حیطه جرایم رایانه‌ای یا بررسی نقش فناوری اطلاعات و ارتباطات در ارتکاب جرایم یا نقش این فناوری در پیشگیری از بزهکاری می‌پردازد و به سایر ناهنجاری‌های جامعه اطلاعاتی از جمله تأثیر آن در نقض حریم خصوصی کمتر توجه می‌کند (احمدی، همان، ص ۷۵).

«مهم‌ترین عواملی که امروزه حریم خصوصی اشخاص به‌ویژه حریم خصوصی اطلاعاتی ایشان را به چالش کشیده است عبارت‌اند از:



۱. اینترنت

۲. توسعه ظرفیت کامپیوترهای شخصی در انباشت و پردازش داده‌ها

۳. پایش مداوم و گسترده شهروندان در اماکن عمومی (مثل دوربین‌های مداربسته پلیس) و بعضاً خصوصی یا کنترل صحت و سقم اظهارات ایشان از طریق نرم‌افزارهای دروغ‌سنج یا شنود مکالمات تلفنی ایشان یا کار گذاشتن میکروفن‌های مخفی برای کنترل مکالماتشان

۴. پایش جغرافیایی کاربران اینترنت سیار (مثل تلفن همراه)

۵. پیشرفت چشمگیر دانش‌های مرتبط با تشخیص هویت و ویژگی‌های شخصی (DNA) با شناسایی شخصیت از روی شبکه چشم، صدا، یک تار مو، دندان و...» (محسنی، ۱۳۹۶، ص ۳۲۶)

هیچ‌یک از افراد جامعه امروز نمی‌تواند ادعا کند که از هیچ‌کدام از موارد مذکور استفاده نکرده و حریم خصوصی وی حفظ شده یا داده‌ای از او انتشار نمی‌یابد، چراکه بسیاری از کارهای اشخاص از طریق اینترنت و در بستر اینترنت انجام می‌گیرد. بنابراین به‌ناچار باید پذیرفت که داده همه اشخاص در این فضا در گردش است و برای حفظ آن و حراست از آن باید چاره‌ای اندیشید.

استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات امروزه نه تغن و انتخاب، بلکه نیازی حیاتی و تحمیل‌شونده در مسیر رشد و پیشرفت است. بدون برقراری نظامی دقیق و قاعده‌مند در باب حمایت از داده‌های شخصی، نه تنها توسعه و گسترش ابزارهای اطلاعاتی و ارتباطاتی نوین در درون اجتماع با کندی مواجه خواهد شد و از این رهگذر عقب‌ماندگی و توسعه‌نیافتگی اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و علمی را از درون به جامعه تحمیل خواهد کرد، بلکه با توجه به نیاز کشور به تبادل اطلاعاتی و علمی با جوامع پیشرفته، که خود ناشی از جایگاه نه‌چندان مناسب علمی کشور در رده‌بندی جهانی است، جریان اطلاعات از جوامع پیشرفته به داخل کشور با خطر جدی مواجه خواهد شد و تحریم اطلاعاتی کشور را در بلندمدت به دنبال خواهد داشت.^۱ صرف‌نظر از مبانی نظری قابل‌ارائه در باب حمایت از داده‌ها، تردیدی نیست که حمایتی معقول و پذیرفتنی فواید علمی فراوانی به دنبال خواهد داشت و نبود آن ممکن است مشکلات بغرنجی برای جامعه در مسیر توسعه و پیشرفت در پی داشته باشد. همچنین، با عنایت به اهمیت حیاتی و نقش کلیدی چنین حمایتی، حاکمیت در جایگاه حافظ و نگهبان منافع اجتماع ناگزیر است که در این عرصه خود ابتکار عمل را به دست گیرد و علاوه‌بر قاعده‌گذاری و تبیین حداقل هنجارهای لازم‌الرعايه از سوی کاربران و به‌طور کلی شهروندان، نظارت بر حسن اجرای قانون و اعمال ضمانت اجرای قانونی مناسب را بر عهده گیرد. البته این امر به هیچ وجه نافی امکان پیگیری شهروندان درباره حقوق تضییع‌شده‌شان نخواهد بود. در نتیجه، واگذاری امری حیاتی و کلیدی نظیر حریم خصوصی شهروندان به حوزه اخلاق و اکتفاکردن به ضمانت اجرای اخلاقی و مبتنی بر اقتناع درونی ایشان و صرف‌نظرکردن از ضمانت اجرای بیرونی و حقوقی، با لحاظ طبع سودجو و زیاده‌خواه نوع بشر، عواقب وخیمی برای اجتماع به دنبال خواهد داشت. البته این سخن به هیچ وجه به معنای نفی فایده استفاده از ابزارهای اقناعی در کنار ابزارهای

۱. کاری که هم‌اکنون نیز از سوی برخی سایت‌های فرهنگی یا علمی نسبت به ایران اعمال می‌شود.



حقوقی و مبتنی بر اجبار نیست، بلکه برعکس اتخاذ چنین تدابیری موفقیت هرچه بیشتر در این حوزه را به همراه دارد. از سوی دیگر، فقدان حمایت کافی و معقول در این حوزه ممکن است به اتخاذ تدابیر احتیاطی و منع‌کننده جریان آزاد اطلاعات از سایر کشورها به ایران منجر شود و در نتیجه نوعی تحریم اطلاعاتی را برای کشور به دنبال داشته باشد (محسنی، همان، ص ۱۱۳)

ارتباط تلفنی متداول‌ترین راه ارتباطی اشخاص در جامعه است که روزانه با تلفن‌های ثابت و همراه انجام می‌شود. از این‌رو بیشترین حساسیت و نگرانی مربوط به مکالمات تلفنی است. استراق‌سمع و کنترل مکالمات تلفنی و سیگنال‌های رادیویی از رایج‌ترین موارد نقض حریم خصوصی ارتباطی است. پیشرفت‌های فناوری از مهم‌ترین عواملی است که شنود و رهگیری تلفن‌های معمولی، همراه و سلولی، کانال‌های رادیویی زمینی یا ماهواره‌ای و... را ممکن و تسهیل می‌کند. با گسترش استفاده از رایانه برای تولید و نگه‌داری و انتقال انواع داده‌ها که شامل داده‌های شخصی نیز می‌شود، این نگرانی ایجاد شده است که داده‌های مذکور از راه‌های گوناگون در اختیار دیگران قرار گیرد و اطلاعات شخصی افراد افشا شود. علاوه بر این، استفاده روزافزون از اینترنت و کارکردهای گوناگون آن سبب شده است که اینترنت رقیب جدی برای وسایل سنتی ارتباط از راه دور باشد و تحول مهمی در شکل و سرعت ارتباطات شخصی رخ دهد. امروزه هرکسی می‌تواند با استفاده از پست الکترونیک پیامی را به دیگری ارسال کند. پست الکترونیک این ظرفیت را دارد که جایگزین بسیاری از روش‌های خدمات پست سنتی و تلفن شود، ولی استفاده از این شیوه جدید به‌طور طبیعی در معرض رهگیری و نظارت دیگران قرار دارد، به‌طوری‌که شخص دیگری غیر از دریافت‌کننده پیام می‌تواند به آن پیام دسترسی پیدا کند و از مفاد آن اطلاع یابد (همان، ص ۱۸۵)

«در مجموع، ارائه‌دهندگان خدمات ارتباطات از راه دور ممکن است سه دسته از اطلاعات شخصی کاربران را جمع‌آوری یا رهگیری کنند:

۱. داده‌هایی که در زمان درخواست اشتراک در شبکه در اختیار ارائه‌دهندگان خدمات ارتباطات از راه دور قرار می‌گیرد، نظیر نام، نشانی و سایر مشخصات مشترک.
۲. داده‌هایی که در زمان برقراری تماس قابل جمع‌آوری یا رهگیری است، نظیر شماره‌هایی که کاربر با آن‌ها تماس می‌گیرد و مدت زمان مکالمات.

۳. محتوای ارتباطی که برقرار شده است اعم از صوت، متن یا تصویر.» (تبار، ۱۳۹۱، ص ۴۸)

در قانون تجارت الکترونیکی داده‌پیام این‌گونه تعریف شده است:

«داده‌پیام هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیکی، نوری و یا فناوری جدید اطلاعات، تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود.»

اصولاً در هر ارتباط چهار مؤلفه اصلی وجود دارد: فرستنده، گیرنده، پیام و محیط ارتباطی. در حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات بستر انتقال داده از فرستنده به گیرنده رسانه‌های ارتباطی است. فرستنده و گیرنده ماشین‌های الکترونیکی و کامپیوترها هستند. محیط ارتباطی و رسانه‌های ارتباطی نیز تنوع زیادی



دارند: سیم، کابل، فیبر نوری، امواج الکترومغناطیسی، ماهواره و... رسانه‌های جابه‌جاکننده داده‌ها در بستر مبادلات الکترونیکی هستند. برای فناوری اطلاعات و ارتباطات تعاریف متفاوتی ارائه شده است. با توجه به تعاریف موجود می‌توان گفت فناوری اطلاعات و ارتباطات عبارت است از هرگونه عملیات اعم از مطالعه، طراحی، تولید، جمع‌آوری، پردازش، ذخیره‌سازی و... بر روی اطلاعات و تبادل، توسعه، مدیریت و پشتیبانی و خروجی اطلاعات به وسیله ارتباطات، همگام با پیشرفت‌های نرم‌افزاری و سخت‌افزاری. گرچه فناوری اطلاعات و ارتباطات به سرعت در جوامع در حال فراگیر شدن است و مزیت‌های زیادی را برای جامعه دارد، توسعه و بهره‌برداری از آن به نوبه خود در حملات گسترده به رایانه‌ها و اعمال خرابکارانه‌ای همچون هک و کرک سایت‌ها بی‌تأثیر نیست. این عملیات با اندیشه‌های سوء فعالیت‌های مجرمانه مجازی خطرناکی را به دنبال خواهد داشت (نوحه‌خوان، ۱۳۹۱، ص ۱۱۴)

یکی از بحث‌های عمده در تجارت الکترونیکی بحث حمایت از داده‌های شخصی است. اطلاعات همواره در تجارت نقش بسیار مهمی دارد. بازاریابی، تعیین زمان و مکان خرید و فروش اجناس و تمامی فعالیت‌های مرتبط با تجارت رابطه نزدیکی با اطلاعات دارد. بخشی از این اطلاعات داده‌های شخصی طرف‌های تجاری و نیز مصرف‌کنندگان است. برای انجام مبادلات تجاری بین‌المللی، کشورهای پیشرو اقتصادی چنین داده‌هایی را به کشورهایی که فاقد حمایت کافی هستند انتقال نمی‌دهند و همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، این امر می‌تواند باعث تحریم اطلاعاتی و کاهش توان بازاریابی و ارزیابی‌های دیگر تجار در کشورهای تحت تحریم اطلاعاتی شود. حمایت از داده‌های شخصی حتی در تجارت‌های داخلی نیز حائز اهمیت است.

قانونگذار در ماده ۱ قانون جرایم رایانه‌ای و چند ماده از قانون تجارت الکترونیکی به بحث حمایت از داده‌ها پرداخته است. ماده ۱ قانون جرایم رایانه‌ای در زمینه حمایت از داده‌ها چنین مقرر می‌دارد: «هرکس به‌طور غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی که به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است دسترسی یابد، به حبس از نود و یک روز تا یک سال یا جزای نقدی از پنج میلیون ریال تا بیست میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.» این ماده، با هدف حمایت همه‌جانبه از اقدام اشخاص در اتخاذ تدابیر امنیتی برای سیستم یا داده‌های خود، دسترسی غیرمجاز را به صورت ساده جرم‌انگاری کرده است. از آنجاکه هکرها و کرکرها دارای امکانات اند و جزای نقدی صرف قدرت پیشگیری ندارد، مجازات حبس نیز پیش‌بینی شده است که مسئولیت کیفری در چنین قوانینی از دیدگاه برخی مثبت و برخی دیگر منفی و قابل رد است. پیش‌تر درباره موافقان و مخالفان مجازات کیفری گفته شد.

در قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ نیز قواعدی در خصوص حمایت از حریم خصوصی اطلاعات شخصی در فضای مجازی و محیط اینترنتی پیش‌بینی شده است و قانونگذار فصل سوم از باب سوم این قانون (مواد ۵۸ تا ۶۱) را به حمایت از داده‌پیام‌های شخصی اختصاص داده است. در ماده ۵۸ این قانون، قانونگذار ذخیره و پردازش و یا توزیع داده‌پیام‌های شخصی مبین ریشه‌های قومی یا نژادی، دیدگاه‌های عقیدتی، مذهبی، خصوصیات اخلاقی و داده‌پیام‌های راجع به وضعیت جسمانی، روانی یا



جنسی اشخاص را بدون رضایت صریح آنها غیرقانونی می‌داند.
ماده ۵۹ قانون مورد بحث ذخیره و پردازش و توزیع داده‌پیام‌های شخصی در بستر مبادلات الکترونیکی را در صورت رضایت اشخاص، به شرط آن‌که محتوای داده‌پیام موافق قوانین مصوب مجلس باشد، تابع شرایط زیر قرار داده است:

- الف) اهداف آن مشخص باشد و به‌طور واضح شرح داده شده باشند.
ب) داده‌پیام باید فقط به اندازه ضرورت و متناسب با اهدافی که در هنگام جمع‌آوری برای شخص موضوع داده‌پیام شرح داده شده جمع‌آوری شود و فقط برای اهداف تعیین‌شده به‌کار رود.
ج) داده‌پیام باید صحیح و روزآمد باشد.
د) شخص موضوع داده‌پیام باید به پرونده‌های رایانه‌ای حاوی داده‌پیام‌های شخصی مربوط به خود دسترسی داشته و بتواند داده‌پیام‌های ناقص یا نادرست را محو یا اصلاح کند.
ه) شخص موضوع داده‌پیام باید بتواند در هر زمان، با رعایت ضوابط مربوطه، محو کامل پرونده رایانه‌ای داده‌پیام شخصی مربوط به خود را درخواست کند.

مواد ۷۱ تا ۷۳ این قانون نیز برای اشخاصی که مواد ۵۸ و ۵۹ پیش‌گفته را نقض کنند مجازات تعیین کرده است. در صورتی که این جرم را دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی و سایر نهادهای مسئول مرتکب شوند، به حداکثر مجازات مقرر (سه سال حبس) محکوم خواهند شد. سرانجام، چنانچه جرم به علت بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی دفاتر خدمات صدور گواهی الکترونیکی رخ دهد، مرتکب به سه ماه تا یک سال حبس و پرداخت جزای نقدی محکوم خواهد شد.

اگرچه فصل سوم از این قانون به عنوان حمایت از داده‌پیام‌های شخصی اختصاص یافته است، اساساً لفظ حریم شخصی که رکن اساسی در تجارت الکترونیکی است در این قانون مشخصاً تعریف نشده و حمایت از حقوق اشخاص درخصوص اطلاعات شخصی‌شان مورد بحث و حمایت قرار نگرفته است. یکی از کمبودهای مهم این قانون سکوت درباره لزوم رعایت تدابیر امنیتی از سوی پردازشگر برای جلوگیری از نفوذ غیرمجاز و سایر اعمال ممنوع یا مجرمانه در بستر مبادلات الکترونیکی و بالاتر از آن عدم ذکر و تعیین اعمال ممنوع و مجرمانه در قانون است. همچنین بی‌توجهی به انتقال داده‌ها، اعم از این که انتقال داخلی یا خارجی یا به بخش خصوصی یا دولتی باشد، یکی دیگر از کاستی‌های این قانون است. این سکوت را می‌توان به معنای فقدان چنین حمایتی از داده‌ها و عدم ممنوعیت انتقال آن‌ها و مسئول شناختن مرتکب تعبیر کرد. هرچند تصویب این قانون، با وجود نواقص و کاستی‌های آن، نویدبخش آغاز قانونمندشدن فعالیت‌های اینترنتی در تجارت الکترونیکی و جامعه ما بوده است، برای بهبود و پیشرفت و ارتقای آن باید تلاش کرد و توجه داشت که بستر قانونی برای توسعه اینترنت و تجارت الکترونیکی به قوانین متعددی که با جامع‌نگری و توجه به سایر قوانین موجود در کشور تهیه شده باشند و نیز اصلاح قوانین موجود نیاز دارد.



«از دیگر قوانین موجود در زمینه حمایت از ارتباطات الکترونیکی و داده‌پیام‌های شخصی، مقررات و ضوابط شبکه‌های اطلاع‌رسانی (مصوبات جلسات ۴۸۲ الی ۴۸۸ شورای عالی انقلاب فرهنگی) است که مشتمل بر سه آیین‌نامه است. براساس این آیین‌نامه‌ها، واحدهای ارائه‌کننده خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنتی از هرگونه دسترسی غیرقانونی به فعالیت‌های اینترنتی کاربران، افشای روابط خصوصی افراد و تجاوز به حریم اطلاعات شخصی آنان، انتشار اطلاعات حاوی رمزبانک‌های اطلاعاتی، نرم‌افزارهای خاص، صندوق‌های پست الکترونیکی یا روش شکستن آن‌ها، هرگونه نفوذ غیرمجاز به مراکز دارنده اطلاعات خصوصی و محرمانه و تلاش برای شکستن قفل رمز سیستم‌ها و هرگونه تلاش برای انجام شوند و بررسی بسته‌های اطلاعاتی درحال گذر در شبکه که به دیگران تعلق دارد منع شده‌اند. همچنین دفاتر خدمات اینترنت نیز، که محلی برای ارائه خدمات دسترسی حضوری به شبکه‌های اطلاع‌رسانی (اینترنت و اینترنت) هستند، از تجاوز به حریم خصوصی اطلاعاتی شهروندان، شوند و دسترسی غیرمجاز به داده‌های خصوصی ایشان منع شده‌اند. این آیین‌نامه‌ها، ضمن تأکید بر مصونیت حریم خصوصی کاربران، تجاوز به حریم خصوصی کاربران را مقید به یک سری ضمانت اجرای اداری کرده است. ضمن این‌که این ضمانت اجراها مانع طرح مورد در دادگاه‌ها و اعمال حقوق کیفری نخواهد بود. البته این آیین‌نامه‌ها فاقد شفافیت و وضوح کافی در تعیین ضمانت اجراهاست و علیرغم این‌که در این آیین‌نامه‌ها مصادیق مهمی از تجاوز به حریم خصوصی مانند شوند یا دسترسی غیرمجاز را تخلف شمرده‌اند، هنوز این موارد غیر از ضمانت اجرای اداری این آیین‌نامه‌ها مشمول هیچ حکم کیفری نمی‌شوند.» (تبار، همان، ص ۵۵)

اگرچه در قانون ایران حفظ و نگهداری سابقه ارتباطات اینترنتی مورد حمایت قرار گرفته است، دسترسی به آن فقط با حکم مقامات قضایی مجاز است. چنانچه پس از انقضای شش ماه قراری از جانب مقامات قضایی دایر بر تمدید مدت نگهداری سابقه ارتباطات اینترنتی یک شخص حداکثر تا شش ماه دیگر به دایرکنندگان نقطه تماس بین‌المللی و رساها ابلاغ نشود، آن‌ها باید پس از انقضای موعد یا مواعد مذکور کلیه سوابق ارتباطاتی را که ذخیره کرده‌اند از بین ببرند، وگرنه به مجازات مقرر برای نقض حریم خصوصی ارتباطات در این قانون محکوم خواهند شد. دایرکنندگان نقطه تماس بین‌المللی و رساها، جز با رعایت مقررات مربوط به حریم خصوصی اطلاعات شخصی در این قانون، حق جمع‌آوری اطلاعات شخصی مشتریان، استفاده از آن و افشای آن را ندارند (نوحه‌خوان، همان، ص ۱۵۶)

قوانین ایران در ارتباط با حمایت از حریم خصوصی همگام با تحولات پدیدآمده در این زمینه نیست. در سیاست کیفری ایران، چه در قانون اساسی و چه در قوانین عادی، به مفهوم حریم خصوصی صریحاً اشاره نشده است و چنین استنباط می‌شود که برخی از مصادیق آنچه در اصطلاح به حریم خصوصی معروف است در برخی مواد مورد توجه قرار نگرفته است. مجموع احکام پیش‌بینی‌شده در این مواد نشان می‌دهد که اولاً قانونگذار تمامی مصادیق حریم خصوصی را مدنظر قرار نداده است. ثانیاً، حتی در آن قسمت که مدنظر قرار داده، حمایت‌های لازم، چه کیفری و چه مدنی، از آن به عمل نیاورده است و این میزان از حمایت به هیچ وجه



پاسخ‌گوی نیازهای جامعه امروز و چالش‌های فراوری جامعه در عصر اطلاعات نیست. بنابراین تصویب قوانینی جامع و کامل درخصوص امر یا بازبینی و تکمیل قوانین موجود در کشور که حداقل آن ارائه تعریفی صریح و دقیق از مفهوم حریم خصوصی و تا حد امکان تعیین و تعریف دقیق محدوده و مصادیق آن است، امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد (رستمی، ۱۳۹۴، ص ۷۰)

در نهایت می‌توان گفت، رویکرد قوانین ایران برای جلوگیری از نقض حریم خصوصی بیشتر جنبه کیفری دارد و در برخی موارد به جبران خسارت و مسئولیت مدنی نیز اشاره کرده است. در اسناد سازمان همکاری اقتصادی و توسعه و مقررات حمایت از داده‌های عمومی اتحادیه اروپا رویکرد اصلی غیرکیفری است و فقط به جریمه نقدی در صورت نقض قوانین اشاره کرده است، اما برخلاف قوانین ایران مجازات حبس را برای مجازات نقض حریم خصوصی در نظر نگرفته است.

جدا از مجازات‌های مقرر در قوانین مذکور، این نکته نیز حائز اهمیت است که فرهنگ‌سازی و آماده‌کردن اشخاص برای اجرای قانون جدید تأثیر بسزایی در حاکمیت قانون داشته است. همان‌طور که در مورد مقررات حمایت از داده‌های عمومی اتحادیه اروپا این فرهنگ‌سازی از زمان پیشنهاد قانون مذکور تا تصویب و اجرایی‌شدن آن مشاهده شد و تمام رسانه‌ها آن‌قدر در آگاه‌سازی مردم درخصوص مقررۀ جدید نقش عمده‌ای داشتند که پس از اجرایی‌شدن آن تمامی مشمولان این مقررۀ شرایط و ضوابط خود را با آن هم‌راستا کردند و درباره حقوق و وظایف خود آگاهی کاملی داشتند. این مهم زمانی رخ می‌دهد که تمامی اقشار جامعه آگاه شوند. با آگاه‌سازی افراد درباره حقوق و وظایفشان می‌توان از خسارت‌های احتمالی بعدی جلوگیری کرد.

نتیجه‌گیری

تمامی بخش‌های زندگی اجتماعی بشر به قوانین و مقررات برای مدیریت و کنترل رابطه افراد نیازمند است. فضای مجازی جنبه جدیدی از زندگی است که نتیجه توسعه فناوری است. دهکده جهانی همه کشورها را به یکدیگر نزدیک کرده است، بنابراین لازم است این فضا کنترل شود تا از جرایم جدی جلوگیری به عمل آید. از آنچه بیان شد می‌توان دریافت که حریم خصوصی محدوده‌ای است که فرد انتظار دارد از دسترس دیگران و حتی دولت‌ها مصون بماند. اسناد سازمان همکاری اقتصادی و توسعه، به‌عنوان اولین سندی که به حمایت از داده‌های شخصی پرداخته است، توجه قانونگذاران را به این قسمت از فضای وب معطوف کرده و در دستورالعمل‌های خود به حمایت از حریم خصوصی پرداخته است.

حریم خصوصی وارد دنیای جدیدی شده و باید هم‌قدم با فناوری‌های روزانه اقدام به قانونگذاری مناسب کرد و از این راه از اشخاص حقیقی و داده‌های آنان حمایت کرد تا کاربران هم‌زمان از مزیت‌های عصر فناوری امروز با خاطری آسوده بهره ببرند و از قراردادن اطلاعات خود واهمه‌ای نداشته باشند. آنچه در قانونگذاری نیز حائز اهمیت است تعریف جامع و کامل از حریم خصوصی و داده شخصی است. این دقیقاً همان خلئی است که متأسفانه در قوانین ایران وجود دارد. با توجه به مقررات عمومی



حفاظت از داده‌های شخصی، بهترین تعریف از داده شخصی را می‌توان این‌گونه بیان کرد: داده شخصی هرگونه اطلاعات مربوط به شخص حقیقی شناخته شده یا قابل شناسایی است که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، به‌تنهایی یا با استفاده از شناسه‌ای خاص مانند نام، شماره شناسایی، اطلاعات مکان، شناسه آنلاین یا یک یا چند عامل خاص فیزیکی، فیزیولوژیکی، هویت ژنتیکی، ذهنی، اقتصادی، فرهنگی یا اجتماعی به شناسایی موضوع داده منجر می‌شود.

البته که تنها قانونگذاری نمی‌تواند از اشخاص و داده‌های آنان حمایت کند و فرهنگ جامعه و آموزش صحیح استفاده از ابزار فناوری نیز بسیار مهم و حیاتی است تا همه این عوامل در کنار هم از داده‌های شخصی کاربران در فضای وب حمایت کنند. فرهنگ‌سازی و آموزش نحوه درست استفاده از فضای مجازی نیز تأثیری کمتر از قانونگذاری ندارد و موجب می‌شود کاربران با حق و حقوق خود آشنا شوند و به‌درستی از حریم خود محافظت کنند.

منابع

- احمدی ناطور، زهرا (۱۳۹۱). نقش فناوری‌های نوین اطلاعاتی و ارتباطاتی در نقض حریم خصوصی و راهکارهای مقابله با آن در سیاست کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته جزا و جرم‌شناسی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان.
- تبار، محسن (۱۳۹۱). بررسی تطبیقی حق حریم خصوصی در ایران و آمریکا. پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق بشر، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه تهران.
- حبیبی، همایون (۱۳۹۵). «حق بر حریم خصوصی در شبکه‌های اجتماعی». مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، دوره ۱۹، شماره ۷۳، ص ۳۹-۶۴.
- رستمی، بهمن (۱۳۹۴). بررسی تطبیقی حریم خصوصی در حقوق جزای ایران و اسناد بین‌المللی و حقوق فرانسه. پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته جزا و جرم‌شناسی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه پیام نور.
- فتحی، یونس و شاهمرادی، خیراله (۱۳۹۶). «گستره و قلمرو حریم خصوصی در فضای مجازی». مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادویکم، شماره ۹۹، ص ۲۲۹-۲۵۲.
- رنجبران، مسلم (۱۳۹۱). سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران در رابطه با نقض خلوت اشخاص. پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه فردوسی مشهد.
- محسنی، فرید (۱۳۹۶). حریم خصوصی. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ دوم.
- نوحه‌خوان، حنیفه (۱۳۹۱). بررسی حریم خصوصی در حقوق کیفری ایران با نگاهی به اسناد بین‌المللی. پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی.
- واعظی، سیدمجتبی و علیپور، سیدعلی (۱۳۸۹). «بررسی موازین حقوقی حاکم بر حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق ایران». نشریه حقوق خصوصی دانشگاه تهران، دوره ۷، شماره ۱۷، ص ۱۳۳-۱۶۳.
- Davidson, A. (2009). *The Law of Electronic Commerce*. Cambridge University Press.
- OECD (2011). *The OECD Privacy Guideline*. <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/49710223.pdf>.
- Walther, J. B. (2011). "Introduction to Privacy Online". in *Privacy Online, Perspectives on Privacy and Self-Disclosure in the Social Web*. S. Trepte & L. Reinecke (eds).

The Legal Status of the Cryptocurrencies in the National and International Systems

Fathullah Rahimi¹; Sahar Sharifian²

Abstract

Today, a new asset called cryptocurrency has entered the economic and financial realm of countries that have been able to stimulate governments to respond. Most governments have responded positively to these unsecured currencies, which are not monitored by any authority, and by considering these currencies as one of the complementary factors of the economic system, they have sought to develop this field and to enact principles. Of course, some countries have also reacted negatively to this currency, and some countries, such as the Islamic Republic of Iran, have reacted differently. It is clear that no country has declared cryptocurrencies as official "money" and now these currencies are mostly used as a commodity exchange tool. However, despite the negative attitude of some governments to this issue, international organizations and communities have expressed their willingness to accept these currencies and are seeking to expand their payments. It is expected that the power of cryptocurrencies will overcome the resistance of the opposing governments and eventually return to their international natural situation and away from any sovereignty.

Keywords: Cryptocurrency, Bitcoin, Legal Status of Cryptocurrency, Digital Payment.

1. Faculty member of Azad university of Tehran - North branch, Iran; Rahimif_law@yahoo.com

2. Postgraduate student of International Law, Azad university of Tehran – North branch, Iran (Corresponding author); Sahar.sharifian1998@gmail.com

Power Purchasing Agreement in the Framework of Civil Law

Kiomars Heidari¹, Mehdi Haftani², Behrad Saghiri³

Abstract

Power purchasing agreements (PPA) seek to protect and develop electricity production specifically some kinds like renewable and green electricity. They have been common after restructuring electricity industrial. They now broadly are used as a mean to conservation of environment, electricity security of supply and foreign investment protection around the world. In Iran after restructuring of electricity industrial according to article 25(b) of "fourth development program act," ministry of power and its company (Tavanir) designed and concluded some type of power purchasing agreements (PPA). These contracts comprise some terms and conditions, which refer to general rules of contract and either technical restrictions. This article seeks to study these contracts terms and conditions in the framework of sale contract and general rules of contract under Iranian civil law. We will answer to this question that these contracts shall be assumed as a sale contract or a specific contract under article 10? It seems to there are not exactly sale contract that has been mentioned in the article 338 and deem to be an especially contract.

Keywords: contract, electricity, sale, civil law, security of supply.

1. Department of Economics, Niroo Research *Institute*, Tehran, Iran; kheydari@nri.ac.ir

2. Shahid Beheshti University, Tehran, Iran (Corresponding author); haftani2012@gmail.com

3. Shahid Beheshti University, Tehran, Iran; behradsaghiri@yahoo.com

Formality (Registry) Sanctions for Violation of Building Pre-sale Act

Nima Sokouti¹, Javad Hoseinzadeh²

Abstract

In the Iranian economy, housing is not a means only for family habitation but is a means for investment and saving. Undoubtedly, a considerable part of transactions of the country is dedicated to buying and selling or pre-selling of the building based on the direct effect of the health of this market on providing economic and Judicial order. The legislator has set several formal conditions for the pre-sale contract of building for organizing this full risk market in the Building Pre-Sale Act. One of these conditions is the necessity of setting a formal document for this contract and the provision of guaranteeing punishment execution for lack of doing that. In this research, the effect of setting a formal transition document on the validity of this kind of contract has been studied and based on relying on law principles, registration systems, judicial procedures and the Building Pre-Sale Act, tries to guarantee the execution of the reversal of the registration formality of the building pre-sale contracts. It has been concluded that in Iranian law, the preparation of an official document is generally a means of proof (not fixing) a building pre-sale contract. Document registration is only a notification tool, awareness of the statistics, and transfer of the real estate in order to guarantee the rights of persons, especially pre-buyer. Therefore, the lack of official registration of the building pre-sale contract cannot be considered as a reason for not forming it.

Keywords: Building Pre-sale Contracts, Official document, the Building Pre-Sale Act, Remedies

1. Ph. D Student in private Law, Faculty of Humanities, University of Science and Culture, Tehran, Iran (Corresponding author); n.sokouti@gmail.com)

2. Associate professor, Department of Law, Faculty of Humanities, University of Science and Culture, Tehran, Iran; hoseinzadeh@usc.ac.ir

Independent Principle and Documentary Nature of Independent Guarantees (Comparison of the New Bill of Trade law, the URDG 758 and UNCITRAL Convention)

Zohre Khamei¹, Gholam Nabi Feyzi Chekab²

Abstract

The principle of independence and the documentary nature are two essential features of the independent guarantee, considered as fundamental principles in the international regulations relating to these guarantees. Part of the provisions of the new bill of trade law in Iranian law relates to independent guarantees. Previously, the Bank Bid Guideline had issued about warranty law that, of course, could not replace the law. In this paper, the provisions of the new trade Law of 6/10/90 and URDG 758 and UNCITRAL convention, referring to these two characteristics and the guidelines and its comparison with the provisions of them, concluded that, while the new bill on trade is inadequate, the provisions of the bill regarding the reference to the principle of independence and the documentary nature are not in full compliance with international regulations and need to be reviewed further. For this reason, it is necessary to use policies such as observing the fundamental principle of the governorship of voluntariness, considering the international aspects of the independent guarantees, and aligning with the international regulations.

Keywords: the principle of independence, the documentary nature of guarantees, independent guarantees, international rules, the new bill of Commercial law.

1. MA in International Trade Law, (Corresponding author); Zohreh_khamei@yahoo.com

2. Assistant Professor in Private Law, *Allameh Tabataba'i University*, Tehran, Iran; Legalfayz@gmail.com

The Impact of the Public Function Doctrine on Administrative Contracts

Majid Najarzadeh Hanjani

Abstract

The doctrine of public function has fundamentally changed the classic concept of public services. Because this doctrine has denied the monopoly of personal and organizational criteria in recognizing public service and by resorting to some other criteria, some private sector activities are also considered public services in addition to the services provided by the public sector. The public function doctrine, by presenting a new concept of public service, also changes the criteria for recognizing administrative contract. Accordingly, any contract subject to public service, regardless of the personality of the contract parties, is considered an administrative contract. Thus, in such contracts, with legal supporting, it is possible to anticipate prerogative powers. In fact, a contract in which the parties are private, based on the existence of the subject of public services and the components of public interest, is considered an administrative contract and the public service provider can have prerogative powers. By this conceptual and substantive change, the jurisdiction of the administrative courts in judicial proceeding to claims arising from administrative contracts will also be expanded and these authorities can hear the contractual claims of both private parties, provided that there is a public service issue in that contract.

Keywords: Administrative Contract, Public Function, Public Service, Contract Law, Administrative Law.

1. PhD in Public Law from Farabi Campus, University of Tehran; Majid.law63@yahoo.com/

Damages for Breach of Contract in German Legal System with a review on Iranian Law

Mina Hosseini¹

Abstract

Remedies for breach of contractual obligations are among the most critical areas of contract law in every legal system. In German contract law, the right to receive specific performance is the first obligation of the debtor. If a debtor fails to do this obligation, the creditor has the right to claim compensation for the loss. Reviewing the conditions for a claim for damages shows that the notion of fault is still essential in the new German Civil Code. Causation and the predictability of loss, are some other notable rules for a claim for damages. The possibility of a claim for different contractual damages categorized by nature in this study includes damage to property, personal injury, consequential damages, expectation interests, reliance interests, the loss of opportunity, and the moral damages. The classification of Damages by cause includes Damages in lieu of performance, damages for delay in performance, and the simple damages that have great importance in the new German Civil Code. In this article, the claim for contractual damages and different types of damages also has been taking into account from the German legal precedent viewpoint. Since the use of legislative and judicial experience of the German legal system can identify gaps in the Iranian contract law, in various sections of the article, the comparison of these two legal systems has been considered in an analytical-descriptive manner.

Keywords: Contractual damages, breach of contract, German Law, Iran Law

1. Assistant Professor, Law Department, University of Science and Culture, Tehran, Iran; mina.hosseini@usc.ac.ir

Football Contracts under the Regulations of FIFA and IRAN's Football Federation

Mojtaba Asgharian¹, Seyed Mohammad Javad SarBaha²

Abstract

Football contracts in the domestic arena and, to some extent, in the international stage suffer from a plethora of gaps and imperfections. According to pronouncements by FIFA, every football contract is valid only upon the possession of 13 specific headings. In contrast, the regulations of Iran's football federation lacks any particular minimum criteria for football contracts. This paper, while examining the minimum criteria of football contracts under the regulations of FIFA and Iran's football federation, deals with the legal status of player's internal contracts with clubs, particularly when they conflict with the official agreements of the players registered in football federation and reaches the conclusion that in case of conflict between the contents of internal contracts and the formal agreements registered in the football federation, the latter prevails. Also, it comes up with the findings that codification of a minimum standards for football contracts, the unification of the contents of such agreements, modernization of regulations applicable in the football field, and the removal of their ambiguities, are necessary and unavoidable.

Keywords: Football Contract, FIFA, Football Federation

1. Assistant Professor, Kharazmi University (Corresponding author); Asgharian@khu.ac.ir

2. M.A in Private law, University of Science and Culture; sarbaha67mj@gmail.com

The Obligee's Duties in a Contract

Abstract

The role of the obligee in advancing contract is usually ignored and Legal reviews often study the role of the obligor and his obligations. However, the obligee undertakes tasks that are significant to facilitate the performance of contractual obligations. In this way, the obligee shall enable the obligor to fulfill his obligations and reciprocally benefits from what he deserves. This matter can be detected in some international documents to which Iran is a party. Some legal articles have also approved it. This article describes the responsibilities of the obligee and their sanctions during different phase of the contract. Providing information, demanding the performance of the contractual obligations and inspection are the examples of obligee responsibility during the execution of contract. In the event of a breach of contract, the priority of demanding the execution of the contract (specific performance), the timely application of the termination right and reduction of the damage are among his obligations. In the case of the frustration of the contract, renegotiation and on- time termination are his obligations as reviewed in the third chapter.

Keyword: obligee's obligations, providing information, specific performance, re- negotiation.

The Possibility to Demand the Increased Price of Contract Subject from the Unauthorized Seller, According to the Jurisprudence

Abbas Mirshekari¹ Fateme Sadat Hosseini²

Abstract

As a result of "Zaman-e- Darak" (i.e., When someone sells the other's property, the original owner can follow his property and can catch it everywhere that he finds it), the buyer shall refund the price and in case of seller's ignorance, shall pay the related compensation that is caused by this situation. In this case, if the original owner refers to the buyer and takes back his property and its interests, he should inevitably refer to the seller and refund the money which has paid. In our law, if the buyer was ignorant that the subject of the contract belongs to another right, he can want the money spent and his damages. A significant loss is the contract subject's increased price, and the main question is whether the seller is liable to demand the modified price on the refund date? Although this matter was controversial at first, it seems that according to the Supreme Court decision, this increase is considered a loss and, therefore, awardable. Due to the devaluation of money, our courts understood that just paying the pure price and the losses about transaction costs is not enough, and the social and legal customs don't accept it. This is necessary to choose a way that compensates for all certain damages. In this way, we should interpret the Verdict of the supreme court of unity procedure number 733 so that this kind of loss can be demanded and assessed. This method's advantage is that we compare the contract issue with the things that have similar value.

Keywords: Zaman Darak, The Compensation, Price Increase, Reduce the Value of the Price

1 . Assistant Professor of Law, Tehran University, Tehran, Iran; mirshekariabbas1@ut.ac.ir

2. Ph. D in Private Law, Tehran University, Tehran, Iran (Corresponding Author); hosseini.fatemesadat@yahoo.com

Comparative Study on the validity of Unilateral Dispute Settlement Clauses

Shahab Jafari Nodoushan¹Laleh Zarin²

Abstract

Unilateral dispute settlement clauses in international commercial and investment contracts –especially international loan contracts- are designed to provide one party to the contract with more dispute settlement options (normally domestic courts or arbitration) than the other contracting party. Thus one party may take into account different factors –including enforcement consideration- to choose from different options while the other party is stuck with only one forum. Although there is a wide range of opinions regarding the validity of unilateral dispute settlement clauses in different jurisdictions, the recent reasoning of the Supreme Court of France has caused a new trend in the invalidity of such clauses in other jurisdictions. Throughout this research, some important rationales behind the invalidity of unilateral clauses have been surveyed and assessed. In sum, it is fair to suggest that unilateral clauses are, in principle valid, unless such terms amount to blatant injustice.

Keywords: Unilateral dispute settlement clauses, Hybrid dispute settlement clauses, Asymmetrical dispute settlement clauses, Optional dispute settlement clauses

1. Ph. D in Private Law, Tehran University, Tehran, Iran Tehran, Iran; shjafari@gmail.com

2. Master's Student in E-Commerce Law, University of Science and Culture (Corresponding Author); Ladanzarrin1139@gmail.com

A Comparative Review of the Legal Framework Applicable to E-marketing in Iran and the UK

Nima Nasrollahi Shahri,¹ Fatemeh Jafari Natanzi²

Abstract

In today's world, marketing methods have changed dramatically due to rapid technological advances and increased levels of public awareness. Email marketing is an extremely efficient but at the same time inexpensive method of marketing. Excessive use of e-marketing and spams by companies has created difficulties for consumers in response to which governments have introduced new regulations. UK is one of the most advanced countries in this respect, while the only regulations concerning e-marketing are found in Iran E-commerce law. In this article, the authors have attempted to look at Iran and the UK laws through a comparative prism with a view to identifying existing pitfalls in Iranian laws. It appears that Iranian laws require to be updated to become in tune with global standards in particular as far as the severity of sanctions for infringements is concerned.

Keywords: Digital Marketing, Spam, UK Legal System, E-commerce

1. Ph. D in International Law (Corresponding Author); Nima_nasr@yahoo.com

2. Master's Student in E-Commerce Law, University of Science and Culture; f.jafarinatanzi@gmail.com

The Notion and Importance of Personal Data and Privacy and Their Various Protections in Cyber Space

Fatemeh Ghanad¹, Amireh Aligholi²

Abstract

Electronic commerce has affected all aspects of life; it results from technological development and is still in progress. This development has some consequences and results for people. Breach of personal data and privacy is one of them. Cyberspace has targeted all aspects of personal data such as genetic, identity, physiological, behavioral, and religious beliefs information to achieve their political, economic, and social goals. This article aims to assess the legal protection of privacy in accordance with GDPR and Iranian laws. That is, whether these rules can prevent the violation of privacy on the Web, or whether in the digital age, it is the end of privacy and personal data protection. It is a significant issue that requires careful analysis and evaluation. In this paper, by examining the concept of privacy in EU regulations and the Iranian legal system, it is analyzed that laws need to be more up-to-date than developments in the digital age. The concept of privacy and personal data must be specifically introduced and protected within the law. To be placed. However, none of the domestic legal systems examined laws have a comprehensive and coherent definition of personal data, and this gap should be addressed in Iranian law. Finally, a broad definition of personal data is provided.

Keywords: Data Protection, Privacy, Web Space, Social Media, GDPR, Personal Data

1 Associate Professor, University of science and culture, Tehran, Iran; (Corresponding Author); ghanad@usc.ac.ir

2. Master of Electronic commerce Law, University of science and culture, Tehran, Iran; amire.aligholi@gmail.com