

پژوهش

مجله حقوقی

سال هفتاد و نهم / شماره هشتاد و نهم / بهار ۱۳۹۴

به موجب مجوز شماره ۳/۱۱۱۹۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می باشد.

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سر دبیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری / محمدعلی اردبیلی / ربیعا اسکینی / نجادعلی الماسی / محمدجواد جاوید /

سام سوادکوهی فر / جعفر کوشا / علی حسین نجفی ابرندآبادی

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۴۵۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین درکه، پژوهشگاه

قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری.

صندوق پستی: ۱۱۱۵۵-۳۵۱۵

تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ - ۰۲۱

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

وب سایت: WWW.JLJ.IR

مسئولیت مطالب و مقالات مندرج در این فصلنامه بر عهده نویسندگان آنها است.

راهنمای تدوین مقالات

- مقاله نباید بیش از بیست و پنج یا کمتر از ده صفحه باشد.
- مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:
- ❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.
- ❖ کلید واژگان.
- ❖ نام و نام خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن و نمابر و نشانی پست الکترونیک.
- ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خارجی در پانویس هر صفحه.
- ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.
- ❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نام ناشر، نوبت چاپ، سال چاپ، شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع بلافاصله پس از ذکر اولیه آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نام خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ - در منابع لاتین، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار بلافاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op. cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.
- مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.
- مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی‌شود.
- مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.
- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است. مقاله، بازگردانده نمی‌شود.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می باشد.	
♦ تحلیلی بر آثار شرط حفظ مالکیت.....	۷
سید محمدتقی علوی / مرتضی اسدلو	
♦ جنبه های حقوقی مهندسی معکوس.....	۳۱
مصطفی السان	
♦ قلمرو نفوذ شرط فاسخ.....	۵۵
عبدالله صدیقیان / جواد جعفری ندوشن	
♦ نگرشی بر جایگاه فقهی - حقوقی شرکت های هرمی.....	۸۳
احمد خسروی / مجتبی نقدی نژاد	
♦ شرط تحدید زمانی اقامه دعوی مسئولیت.....	۱۰۵
مجید عباس تبار فیروزجاه / علی روحی زاده کیکانلو	
♦ مفهوم شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران.....	۱۲۳
آیت مولائی	

تحلیلی بر آثار شرط حفظ مالکیت

سید محمد تقی علوی*

مرتضی اسدلو**

چکیده

قدر متیقن از شرط حفظ مالکیت در معنای عام آن تأخیر انتقال مالکیت است، اما شکل رایج این شرط - که بحث‌های دکرین و رویه قضایی خارجی عمدتاً بر آن متمرکز است - مبتنی بر اثر تأخیری نیست، بلکه کارکرد آن تعلیق تملک مبیع است. در مقابل این شرط، مسیر نظام‌های حقوقی مختلف از هم جدا می‌شود. برخی از کشورها مانند فرانسه این شرط را پذیرفته‌اند اما با تفسیر مضیق و سختگیرانه موارد کاربرد آن را محدود کرده‌اند، در مقابل بعضی از نظام‌ها مانند انگلیس، حداقل در برخی از شرایط، این شرط را به رهن تفسیر می‌کنند و بدین عنوان معتبر می‌دانند. در نتیجه هرچند به طرفین اجازه فرار از قانونی را داده‌اند که ثبت حق رهن را الزامی می‌داند، اما دست کم مانع از آن می‌شوند که یکی از دو طرف بر خلاف آن چه قصد واقعی طرفین بوده است، چیزی بیش از یک حق عینی تبعی به دست آورد و خود را «مالک» بداند. هدف از تقریر این مقاله، بررسی تطبیقی آثار شرط حفظ مالکیت در حقوق فرانسه - سردمدار حقوق نوشته - از یک سو و حقوق انگلیس - مظهر حقوق کامن لا - از سوی دیگر و تطبیق این مطالعات با حقوق ایران است. بدین منظور در ابتدا مقدمه‌ای درباره ماهیت شرط بیان شده و سپس به بررسی آثار آن پرداخته شده است.

کلیدواژه‌ها: شرط حفظ مالکیت، عقد بیع، حق عینی تبعی، تعلیق مالکیت، تأخیر مالکیت.

alavi@tabrizu.ac.ir

* عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه تبریز

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

asadlou.m@gmail.com

مقدمه

در معنای گسترده می‌توان شرط حفظ مالکیت را چنین تعریف کرد: شرطی که مقتضی تأخیر در انتقال مالکیت مبیع نسبت به زمان عقد باشد. اما شکل رایج این شرط معنا و اثری محدودتر از این دارد؛ مفاد آن نه هر شکلی از تأخیر بلکه در واقع تعلیق انتقال مالکیت است، بدین معنا که انتقال مالکیت مبیع معلق بر پرداخت کامل ثمن می‌گردد. گاه معلق‌علیه واجد اجزاء دیگری هم هست: پرداخت همه بدهی‌های دیگر خریدار به فروشنده یا در مواردی که تعدادی قرارداد پشت سر هم بین یک فروشنده و خریدار منعقد می‌گردد، انتقال مالکیت مبیع هر یک از این قراردادها منوط می‌شود به پرداخت ثمن همه معاملات.

از منظر عملی، شرط حفظ مالکیت در نظام کامن‌لا، امتداددهنده حق حبس^۱ و حق جلوگیری از حمل کالا^۲ (یعنی حقی که فروشنده دارد براین که در مرحله حمل کالا برای خریدار و پیش از تسلیم به او، آن را مسترد کند) است.^۳ در حقوق انگلیس، ماهیت مالکیت را برای حق فروشنده، تا مرحله‌ای که ثمن پرداخت نشده است، پذیرفته‌اند. هیچ دلیلی که رد این حق را توجیه کند وجود ندارد. نویسندگان حقوقی تأکید کرده‌اند^۴ که انشاء حقیقی طرفین رهن یا وثیقه بوده اما از لحاظ حقوقی این تحلیل از قرارداد را تا زمانی که مبیع به شکل اول وجود دارد و در اختیار خریدار است، ممکن نمی‌دانند. به ناچار می‌پذیرند که هرچند هدف نهایی متعاقدين از درج شرط، تضمین حقوق فروشنده بوده، اما این کار نه با قائل شدن به حق عینی تبعی بلکه به صورت حق عینی اصلی (مالکیت) مقرر شده است و این تضادی با قواعد حقوقی ندارد تا تفسیری خلاف ظاهر را اقتضا کند.^۵ اما این تفسیر آنجا با مشکل مواجه خواهد شد که کالا به شکل اول وجود نداشته باشد یا خریدار آن را بفروشد. در این موارد حقوق کامن‌لا به تغییر ماهیت حق فروشنده، از حق عینی اصلی به حق عینی تبعی، معتقد است.

در مقابل حقوق فرانسه به طور سنتی با اندیشه حفظ مالکیت مخالف بوده است. روبین^۶ حقوق‌دان سرشناس فرانسوی در سال ۱۹۸۰ می‌گوید: «حفظ مالکیت از لحاظ

1. Lien

2. Stoppage in transit

3. Adams, John & Roger Brownsword, Understanding Contract Law, 4th ed, Sweet & Maxwell, 2004, p237.

4. Atiyah, Patrick & John Adams, the Sale of Goods, 11th ed, Pearson Longman, 2005, p. 400.

5. Parris, John, Retention of Title on the Sale of Goods, 1st ed, Granada, 1982, p. 53.

6. Robine

نظری شنیع و از لحاظ آثار مرگبار است.^۱ از دلایل مخالفت با این شرط، اعتقاد به تعارض شرط حفظ مالکیت با ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی این کشور است که می‌گوید: «از لحظه‌ای که بر مبیع و ثمن تراضی شد، بیع کامل است و مالکیت قانونی برای مشتری نسبت به مبیع حاصل می‌شود. هرچند نه مبیع تسلیم و نه ثمن پرداخت شده باشد.» این باور سنتی تا سال ۱۹۸۰ راه را بر ورود شرط حفظ مالکیت به حقوق فرانسه بسته بود، اما با قانون ۱۲ مه آن سال که متعاقباً با قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ جایگزین شد، حقوق فرانسه از مسیر سنتی خود جدا شد. با این حال چون این قانون انحرافی از قواعد عمومی حقوق دانسته می‌شود، قلمرو و حیطة اعمال آن به طور مضیق تفسیر می‌شود.^۲ امکان رواج استفاده از این شرط در حقوق ایران وجود دارد.

بنابراین ضروری است که حقوق ما موضع خود را در قبال آن روشن کند. ویژگی خاص این بحث آن است که به طور مستقیم پیشینه‌ای در حقوق و فقه ما ندارد اما بحث‌های گسترده‌ای در خصوص ساختار عقد بیع و آثار آن وجود دارد که بر احکام و قواعد حاکم بر این شرط تأثیر می‌گذارد.

بحث از آثار شرط را با مطالعه تطبیقی در نظام‌های دیگر (انگلیس و فرانسه) آغاز می‌کنیم. با توجه به اینکه نظام کامن‌لا طولانی‌ترین سابقه و مفصل‌ترین تحلیل‌ها را درباره موضوع این مقاله دارد، حقوق انگلیس را مبنای مطالعه تطبیقی قرار می‌دهیم و سپس نظام حقوقی فرانسه را از جهت وجوه اختلافی که با نظام کامن‌لا دارد مطالعه خواهیم کرد. در بحث از آثار شرط در حقوق ایران نیز، آثار را نسبت به متعاقدين و اشخاص ثالث بررسی می‌کنیم. در خصوص آثار شرط نسبت به متعاقدين، مالکیت مبیع نخستین موضوع است. همچنین باید وضعیت احکام خاصی همچون ضمان معاوضی و ضمان درک را در بیع مشروط به شرط حفظ مالکیت مطالعه کرد. از سوی دیگر چون این شرط اصولاً برای ممتاز کردن فروشنده نسبت به دیگر طلبکاران و طرف‌های معامله خریدار به کار می‌رود، بررسی آثار شرط نسبت به اشخاص ثالث (طلبکاران و انتقال‌گیرندگان) اهمیت خاصی خواهد داشت.

۱. کامن‌لا

در سالیان اخیر درج شرط حفظ مالکیت (که به نام نخستین دعوایی که در خصوص این شرط در دادگاه‌های انگلیس مطرح شد، در آن کشور شرط رومالپا

1. Marsh, Peter, Comparative Contract Law (England, France, Germany), 2nd ed, Gower, 1994, p. 255.

2. Ghéstin, Jacque & Bernard Desche, Traite des Contrats (la Vente), Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1990, p. 607.

نامیده می‌شود) در کشورهای کامن‌لا رویه‌ای روبه رشد داشته است.^۱ آثار این شرط را براساس اصول کلی در حیطه‌های مختلف به این شرح بررسی می‌کنیم.

۱-۱. فروش کالا به وسیله خریدار

شرط حفظ مالکیت ماهیتی همانند قرارداد اجاره به شرط تملیک^۲ دارد که خاستگاه آن هم کامن‌لاست، اما شرط حفظ مالکیت که پدیده‌ای جدیدتر است، عمدتاً در بیع‌های تجاری به کار می‌رود نه قراردادهای مصرف‌کنندگان و معمولاً به کالاهایی تعلق می‌گیرد که چون برای استفاده مصرف‌کنندگان طراحی نشده‌اند، برای قالب حقوقی اجاره مناسب نیستند زیرا تعهد مستأجر به نگهداری کالا به صورت اول با هدف خریدار که تبدیل آن کالا به کالایی دیگر است سازگار نیست، مثل ورقه آلومینیومی یا رزین برای تولید نئوپان یا چرم برای ساخت کیف دستی^۳ و از این دست موارد. به علاوه، این شروط معمولاً به خریدار اجازه می‌دهند که کالاها را در جریان تولید به کار گیرد و یا آنها را به عنوان بخشی از تجارت خود بافروشد کند. در حالی که در اجاره به شرط تملیک، این بخشی از مفاد تراضی است که مستأجر حق فروش کالا را ندارد، به استثنای وسایل نقلیه موتوری که در قانون اجاره به شرط تملیک ۱۹۶۴ انگلیس مقرراتی متفاوت نسبت به آنها اعمال شده است.^۴

شرط حفظ مالکیت معمولاً حق خریدار برای فروش مجدد کالا را در جریان حرفه تجاری اش محدود نمی‌کند، پس این شرط اغلب به خریدار صریحاً اجازه فروش می‌دهد و حتی در غیاب چنین تصریحی، اغلب دادگاه‌ها چنین اختیاری را از طبیعت معامله به منزله یک کل استنباط کرده‌اند. در یک دعوا^۵ خریداران تأمین‌کننده اتومبیل بودند که از یک کمپانی سازنده قطعاتی خریده بودند. خریداران فروشنده را گمراه کرده بودند، به نحوی که پنداشته بود آنها در کار اجاره‌اند و نه فروش. با این همه رأی دادگاه براین قرار گرفت که بین دو شخص تجاری، اختیار خریدار برای فروش مجدد مستقیماً از طبیعت قرارداد قابل استنباط است. بنابراین کسی که با حسن نیت از خریدار چیزی خریده، حتی بر کالا به دست آورده که نسبت به فروشنده الزام‌آور است، هرچند خریداران ثمن معامله را نپرداخته باشند.^۶ بنابراین در وهله اول تمایل بر آن است که

1. Parris, Op.cit, p. 9.
2. Hire-purchase
3. Ibid.
4. Supplier
5. Four Point Garage vs. Carter
6. Ibid, p.154-5.
7. Ibid, p. 68.

فروشنده مطابق شرط به خود مبیع دست یابد. اما سؤال این است که محدوده این دستیابی تا کجاست.

۱-۲. حق فروشنده نسبت به خود مبیع

شرط حفظ مالکیت در شکل مستقیم آن، نسبت به کالاهایی اعمال می‌شود که پس از تسلیم به خریدار به عنوان کالاهایی با همان ماهیت نخستین قابل شناسایی باقی بمانند. این نوع از شرط حفظ مالکیت در قانون بیع کالاهای انگلیس تأیید شده است.^۱ انتقال مالکیت کالاها معلق بر پرداخت ثمن خواهد بود و انعقاد چنین قراردادی هیچ تضادی با قانون انگلیس ندارد. از سوی دیگر چنین شرطی، طرفین را از این جهت که به عنوان رهن نیاز به ثبت داشته باشد با مشکل مواجه نمی‌کند، هرچند قصد واقعی آنها همین رهن بوده است، زیرا از نظر حقوقی این یک توافق قراردادی عادی است که انتقال مالکیت را به تأخیر انداخته است. تحلیل دادگاه‌ها این است که «محال است این شرط وثیقه باشد زیرا خریدار هرگز مالکیتی نسبت به کالایی که بر فروش آن توافق شده به دست نیاورده است، و شخص جز در ملک خود نمی‌تواند به دیگری رهن بدهد.»^۲ در واقع دادگاه‌ها در این مورد صورت را بر محتوا ترجیح داده‌اند. قدر متیقن این شرط موردی است که ثمن به طور کامل پرداخت شده باشد، اما امروزه شرط توسعه می‌یابد، به این ترتیب که پیش از انتقال مالکیت پرداخت همه دیون معوق خریدار به فروشنده الزامی دانسته می‌شود.^۳ بنابراین، با این فرض تکراری که کالای فروخته شده تغییر هویت نداده، و هنوز در مالکیت خریدار باشد، فروشنده می‌تواند مالکیت را نسبت به همه کالاهایی که به خریدار فروخته حفظ کند تا زمانی که همه ثمن به طور کامل پرداخت شود.^۴ پس وقتی فروشنده به موجب چندین قرارداد واجد چنین شرطی، تسلیم‌های متعددی به خریدار انجام می‌دهد، مالکیت محموله نخست ممکن است تا مدت‌ها پس از آن که خریدار ثمن آن محموله را پرداخته منتقل نشود، زیرا ثمن محموله‌های بعدی هنوز پرداخت نشده است.

پرسشی که اینجا مطرح می‌شود و رویه قضایی در کشورهای کامن‌لا مجال پاسخ‌گویی به آن را نیافته، این است که اگر فروشنده بخواهد براساس چنین شرطی مبیعی را که ثمنش پرداخت شده مسترد کند، به این استدلال که ثمن معاملات بعدی هنوز پرداخت نشده و بنابراین مالکیت انتقال نیافته است، تکلیف ثمن پرداخت‌شده چه

1. Atiyah, op.cit, p. 399.
2. Ibid, p. 401.
3. All-money clause
4. Ibid, pp. 397-8.

خواهد بود؟ نویسندگان حقوقی استدلال کرده‌اند که در صورت مسترد داشتن مبیع، فروشنده باید ثمنی را که گرفته است بازپس دهد،^۱ زیرا مبنای عقد از بین رفته و قرارداد با استرداد عملاً منفسخ شده است. البته در موردی که شرط به وثیقه تفسیر شود، فروشنده علی‌الاصول قادر به وصول طلبش خواهد بود بدون آن که ملزم به بازپرداخت ثمن اخذ شده باشد، از جمله در زمانی که خریدار مبیع را به اشخاص ثالث فروخته باشد.

۳-۱. حق فروشنده نسبت به عواید فروش مجدد

گاه فروشنده شرطی به نفع خود درج می‌کند که حقش را پس از بازفروش کالا نیز تضمین کند. گفتیم که شرط حفظ مالکیت برای بازداشتن خریدار از فروش کالا در جریان حرقه معمولش وضع نمی‌شود زیرا این کار موجب انجماد جریان تجارت و بیهوده شدن معامله خریدار خواهد بود. اما شرط حفظ مالکیت ممکن است در جهت انتقال حقوق تضمینی از خود کالاها به عواید فروش آنها عمل کند، مثلاً مقرر دارد که همه وجوهی که خریدار از فروش مجدد مبیع دریافت کرده متعلق به فروشنده خواهد بود و خریدار باید آن را به حساب بانکی جداگانه‌ای واریز کند و به امانت برای فروشنده نگهداری کند. دعوای معروف رومالپا، شرطی از این نوع داشت: خریدار مقادیر زیادی ورقه‌های آلومینیومی که علیه او شرط حفظ مالکیت شده بود، ورشکسته شد و برای او مدیر تصفیه تعیین شد. مقداری از ثمن فروش مجدد ورقه‌ها در زمان ورشکستگی وصول شده و نزد خریدار بود؛ در مورد این مبلغ اختلافی نبود که به عنوان عوض آن چه به فروشنده نخست متعلق بوده، به او می‌رسد. اما دادگاه حتی در مورد مبالغ اضافه‌ای که بعداً از بدهکاران خریدار بابت بیع مقادیر بیشتری از ورقه‌ها وصول شد، چنین رأی داد که به خواهان (فروشنده) تعلق دارد، به این استدلال که خوانده صرفاً به امانت ورقه‌ها را در دست داشته و آن را به نمایندگی از فروشنده فروخته است.^۲ این حکم محل تامل است زیرا نتیجه آن تلویحاً این است که حتی سودی که خریدار از فرآوری و فروش مجدد مبیع به دست آورده است، از آن فروشنده باشد. بسیار بعید است که قصد واقعی طرفین چنین بوده باشد. فروشنده نمی‌خواهد در فعالیت‌های عادی تجاری خریدارش دخالت کند، بلکه صرفاً می‌خواهد تضمینی در برابر تزلزل وضعیت مالی خریدار داشته باشد تا بتواند از محل آن طلبش را وصول کند. جدا از ارزش افزوده ناشی از فعالیت صنعتی خریدار، عواید و فروش مجدد هم نباید به

1. Ibid, pp. 419-20.

۲. علومی یزدی، حمیدرضا، «شرط حفظ مالکیت در قراردادهای بیع (بررسی تطبیقی در حقوق انگلستان و ایران)» مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۱، ۱۳۸۳، ص. ۱۲.

فروشنده نخست تعلق گیرد. اگر این عواید از کل حق فروشنده بیشتر باشد، نمی‌توان پذیرفت که قصد طرفین این بوده که مازاد به فروشنده تعلق گیرد. حتی از همین جا می‌توان نتیجه گرفت که قصد واقعی طرفین رهن یا وثیقه بوده زیرا فروشنده مستحق چیزی بیشتر از عواید بیع تا جایی که برای جبران حقوقش ضروری است، نیست. اما مشکل در این جاست که اگر چنین نتیجه‌ای را بپذیریم، توافق که به عنوان رهن شناسایی شده است نیاز به ثبت خواهد داشت.

۴-۱. حق فروشنده نسبت به کالای فرآوری شده

شرط حفظ مالکیت در بسیاری موارد امکان ادعا نسبت به کالاهای جز خود مبیع (با همان ماهیت اولیه) را به فروشنده می‌دهد، و آن کالاهایی است که با استفاده از مبیع ساخته شده است، مثلاً اگر مبیع نخ بوده باشد که خریدار آن را به پارچه تبدیل کرده، شرط قراردادی می‌تواند مالکیت بر نخ را تا زمانی که ثمن به فروشنده پرداخت شود، و علاوه بر آن مالکیت بر هر پارچه‌ای که از نخ درست شده باشد را تا زمانی که ثمن به او داده شود، برایش حفظ کند. مشکل چنین شرطی آن است که ممکن است بتوان آن را رهن یا وثیقه موضوع قانون شرکت‌ها که نیاز به ثبت دارد تلقی کرد. به علاوه می‌توان موردی را فرض کرد که دو یا چند فروشنده کالاهای متفاوتی را به موجب شرط حفظ مالکیت مشابه یا متفاوت به یک خریدار فروخته باشند، و کالای همه این فروشنده‌ها نهایتاً در محصول جدیدی که خریدار می‌سازد مصرف شود (البته باید توجه کرد که موردی که کالاها با هم مخلوط شده ولی از هم قابل تشخیص و مجزا نیستند مشمول این بحث نمی‌شود)، هرچند چنین مواردی تا به امروز در دادگاه‌های انگلیس مطرح نشده است.

در یک دعوا^۱ مبیع رزین بود که خریدار با اطلاع فروشنده برای تولید نئوپان خریده بود. شرط حفظ مالکیت شرطی از نوع ساده بود که مقرر کرده بود مالکیت رزین تا زمانی که ثمن به طور کامل پرداخت شود از آن فروشنده باقی خواهد ماند. چون رزین دیگر به عنوان مال مستقل وجود نداشت و از سوی دیگر به موجب شرط فروشنده حقی نسبت به نئوپان حاصله نداشت، و مسأله وثیقه هم مطرح نبود چون اصلاً مالی که بتوان نسبت به آن ادعای وثیقه کرد باقی نمانده بود، بنابراین فروشندگان فاقد هر حق قابل مطالبه تشخیص داده شدند.^۲ در جایی هم که شرط حفظ مالکیت واجد این اعلام اضافی است که هر کالای ساخته‌شده یا دربردارنده مواد اولیه در مالکیت فروشنده خواهد ماند، به نظر نمی‌رسد در مواردی که کالاها با اطلاع فروشنده

1. Borden Co.v. Scottish Timber Products Co

2. Parris, op. cit, p. 376.

تغییر جدی می‌یابد، این شرط کمکی به فروشنده بکند. در دعوای دیگری، فروشندگان برای تولید کیف‌دستی، چرم به یک شرکت فروخته بودند. شرط چنین مقرر کرده بود که:

الف) چرم کارنشده در مالکیت فروشندگان باقی خواهد ماند.
 ب) مالکیت کالاهای ساخته‌شده از چرم از آن فروشندگان خواهد بود.
 ج) عواید فروش کیف‌های به دست آمده از چرم نیز به وسیله فروشندگان قابل تعقیب است.

دادگاه رأی داد که علی‌رغم الفاظ صریح قرارداد، حق مالکیت به محض تبدیل چرم به کیف از بین خواهد رفت و با حق رهن جایگزین خواهد شد. پس از آن این حق مشمول قانون ثبت شرکت‌ها بوده و بدون ثبت باطل است.^۱ به همین دلایل به نظر نمی‌رسد کاربرد شرط حفظ مالکیت در قرارداد تعمیر و جایگزین‌سازی قطعات به نفع تعمیرکار به هدفش برسد، چون بنابر آن چه گفتیم رهن تلقی خواهد شد و نیازمند ثبت است.

۱-۵. مواردی که ثبت ضروری است

چنان که دیدیم قصد اصلی از شرط حفظ مالکیت، حمایت از فروشنده در برابر ورشکستگی خریدار است. از جهت عملی این شرط هیچ تفاوتی با رهن یا وثیقه ندارد، ولی سیاست حقوقی اختیار دادن به فروشنده را برای بهره‌مند شدن از چنین رهنی قابل انتقاد نشان می‌دهد، زیرا اثر اصلی آن اولویت دادن به فروشنده نسبت به دیگر طلبکاران خریدار در صورت ورشکستگی اوست و قانون به یک طلبکار اجازه نمی‌دهد که این گونه مزیت تقدیمی داشته باشد، مگر آن که رهن مقدم با شکلی از ثبت انتشار یابد.

شرط حفظ مالکیت، اقدامی است برای فرار از الزام ثبت در قانون شرکت‌ها، زیرا هدف تجاری آن تقدم دادن به فروشنده در صورت ورشکستگی خریدار است. به طور منطقی نظام ثبت وثیقه می‌بایست شرط حفظ مالکیت را هم شامل شود، چنان که در ایالات متحده در قانون متحدالشکل تجارت (ماده ۹) عمل شده است.^۲ اما در انگلیس، این وضعیت تا به امروز ایجاد نشده است. دادگاه‌ها برآن‌اند که طرف‌های عقد آزادند که شروط عقد را آن گونه که بخواهند برگزینند، و اگر بدین وسیله بتوانند از الزامات یک قانون امری بگریزند بدون آن که خلاف قانون عمل کنند، قابل سرزنش نخواهند بود.^۳

1. Ibid, p. 205.

2. Margellos, op. cit, p. 173.

3. Parris, op. cit, p. 360.

باید گفت که دادگاه‌های انگلیس تحلیلی صوری از این وضعیت را بر تحلیل واقعی ترجیح داده‌اند و به دور از آنچه قصد طرفین و مبنای عقد بوده است، به واژه‌های قرارداد اثر کامل داده‌اند.

در انگلیس شرط حفظ مالکیت، جز در جایی که به کالای اولیه مربوط می‌شود که ماهیت خود را حفظ کرده و در مالکیت خریدار مانده، در مقابل این ایراد که وثیقهٔ ثبت‌نشده است، آسیب‌پذیر است؛ مگر آن که شرط با دقت تنظیم شده باشد و تأکید کند که خریدار نه خریدار واقعی بلکه مستودع است و تأکید کند که مستودع تنها حق دارد از کالاها برای تولید کالاهایی دیگر به عنوان امین و به نمایندگی از سوی فروشنده اقدام کند، و مقرر دارد که عواید فروش چنین کالاهایی باید به صورت trust در حساب بانکی مخصوص نگهداری شود، و بالاخره تصریح شود که قصد طرفین آن بوده که خریدار - مستودع هیچ حق باقی‌مانده‌ای نسبت به مابه‌التفاوت عواید فروش و ثمن ندارد و بنابراین اگر فروشندهٔ نخست کالا را دوباره بفروشد، هیچ مسئولیتی برای حساب پس دادن نسبت به خریدار - مستودع بابت مازاد از ثمن بیع نخست نخواهد داشت.^۱ مشکل اینجاست که بعید است خریدار اگر دلالت‌های چنین شرطی را درک کند، به طور ارادی با چنین شرط یک‌طرفه‌ای موافقت کند، و شرطی که به این شکل انشاء شود، تردیدهای زیادی نسبت به جدی بودن قصد طرفین برای پایبند بودن به مدلول آن برخواهد انگيخت.

۲. و جوه اختلاف در نظام حقوقی فرانسه

حقوق کامن‌لا، که گسترده‌ترین رویه و طولانی‌ترین سوابق را در این زمینه دارد، درخصوص آثار شرط حفظ مالکیت مبنای مقایسه قرار گرفت. در اینجا نظام حقوقی فرانسه را از جهت تفاوت‌ها با نظام کامن‌لا بررسی می‌کنیم. از جمله تشریفات ویژهٔ این شرط در حقوق فرانسه ضرورت مکتوب بودن آن است. از پرونده‌هایی که دربارهٔ این قاعده در دادگاه‌های فرانسه طرح شده، این نکات قابل استنتاج است:

- هرگونه سند تجاری مکتوب می‌تواند شرط نوشته بودن را تأمین کند، مانند برات، بیع‌نامه‌ی عادی، فاکتور فروش و ...^۲

- چون این شرط انحرافی از قواعد عمومی است، در اثبات آن سخت‌گیری می‌شود زیرا عقیده بر آن است که باید به شکل مضیق تفسیر شود. پس باید ثابت شود که خریدار در موقعیتی است که وجود شرط را به رسمیت بشناسد. به همین دلیل اگر شرط با حروف کوچک، در پشت سند و در میانهٔ تعدادی شرط عمومی درج شده باشد،

1. Atiyah, op. cit, p. 422.

2. Perochon, op. cit, p. 93.

این ضرورت تأمین نشده است. لازم است که یا روی سند به شرط اشاره شده باشد و یا اصلاً همان‌جا درج شده باشد، به علاوه باید به نحوی نوشته یا چاپ شده باشد که از بقیه‌ی شروط متمایز باشد. البته این موضع حمایتی در موردی که خریدار سازمانی بزرگ و دارای متخصصان حقوقی است که می‌توانند شروط را مطالعه کنند، اعمال نمی‌شود.

- موافقت تلویحی خریدار با شرط در صورتی پذیرفته می‌شود که شرط به‌روشنی در نسخه‌ای از سند که به خریدار تسلیم شده است، توصیف شده باشد.^۱

- در صورت هرگونه تردید نسبت به قصد خریدار، شرط نادیده گرفته می‌شود. مثلاً اگر شرایط عمومی بیع ناظر به مالکیتی باشد که با تسلیم منتقل می‌شود و هیچ مدرکی دال بر این که خریدار انحراف از این شکل عمومی را پذیرفته وجود نداشته باشد.^۲ علاوه‌براین نکات، که به قید مکتوب بودن شرط مربوط می‌شود، در حقوق فرانسه به موجب قانون ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵، نوشته‌ای که شرط را اعلام می‌دارد، نهایتاً تا زمان تسلیم کالا باید مورد توافق خریدار قرار گرفته باشد. مثلاً اگر فاکتور فروش که شامل شرط است در زمانی که خریدار برای گرفتن کالا از انبار فروشنده آمده است، نوشته شود، شرط برآورده شده است. بار اثبات این زمینه با فروشنده است.^۳ از این لحاظ شرط حفظ مالکیت در حقوق فرانسه، سهل‌تر از حقوق انگلیس است زیرا در آنجا شرط باید در خود قرارداد و در لحظه‌ی انعقاد آن مورد توافق قرار گرفته باشد.

درخصوص شرط باقی بودن مبیع بر ماهیت اولیه خود^۴ آرای فراوانی صادر شده است که جمع آنها با هم چندان ساده نیست: از جمله، تجهیزاتی که در ساختمان یک بنا یا وسیله حمل و نقل به کار رفته و بدون خسارت قابل پیاده کردن است یا کالایی که عملیاتی بر روی آن انجام شده که ماهیت آن را تغییر نداده، مانند چوبی که برای نجاری پرورده شده است هنوز باقی بر ماهیت اولیه درنظر گرفته می‌شوند، البته در مثال اخیر فروشنده باید برای پولی که خریدار بر روی کالا صرف کرده است به او عوض بدهد.^۵

در حقوق فرانسه برخلاف حقوق انگلیس که در آن حفظ مالکیت نسبت به مبیع آمیخته با دیگر کالاهای موضوعی است وابسته به تراضی طرفین، آیین رسیدگی جمعی^۶ حاکم بر شرایط استرداد کالاهای فروخته‌شده با شرط حفظ مالکیت است. در دعوایی به

1. Ibid, p. 89.

2. Margellos, op. cit, p. 92.

3. Perochon, op.cit, pp. 176-7.

4. En nature

5. Margellos, op.cit, pp. 201-2.

6. Procedure Collective

سال ۱۹۹۱ یک شرکت آلمانی به موجب قراردادی که تحت حکومت قانون آلمان بود و شرطی در آن مندرج بود که مالکیت نسبت به مبیع - فیبرهای پولی استری و محصولات آن - را برای فروشنده حفظ می کرد، از شرکتی فرانسوی خرید کرد. شرط به موجب حقوق آلمان معتبر بود اما دیوان تمیز فرانسه از جهت قانون حاکم، اعتبار شرط و اثر آن نسبت به اشخاص ثالث را (که تابع حقوق قراردادهاست) از شرایط استرداد کالاها (که تابع حقوق آیین دادرسی جمعی است) تفکیک کرد. بر موضوع استرداد حقوق آیین دادرسی جمعی فرانسه حاکم شناخته شد و این حقوق ایجاب می کرد که برای قابل استرداد بودن، کالاها باید قابل تشخیص باشند و از همه مهم تر آن که با ماهیت اولیه شان وجود داشته باشند، پس دعوای فروشنده رد شد.^۱

از سوی دیگر قواعد آیین دادرسی ویژه و سخت گیرانه دیگری هم در این خصوص در فرانسه وجود دارد:

۱ - حق استرداد مبیع باید در یک دوره ی سه ماهه از تاریخ حکم دادگاه بر آغاز آیین بازسازی قضایی^۲ اعمال شود. این دوره قابل تعلیق، توقف یا تمدید نیست.^۳

۲ - اگر مدیر تصفیه، یا در مورد بازسازی قضایی مدیر^۴، با درخواست استرداد فروشنده موافقت کنند، یک یادداشت ساده مبنی بر مطالبه ی مبیع از سوی فروشنده کافی است. در غیر این صورت فروشنده باید در ظرف مهلت سه ماهه دعوای حقوقی را در دادگاه صالح طرح کند. اگر نسبت به ماهیت حقوق بایع اختلافی جدی نباشد، ممکن است دادگاه از آیین دادرسی تسریع شده^۵ استفاده کند.^۶

۳ - مدیر یا نماینده ی قانونی گرما موظف است فهرستی از کالاهایی که در تصرف شرکت نکول کننده است فراهم کند. بایع نیز که می خواهد حق استرداد خود را اعمال کند، باید قادر به تشخیص کالاهایی که ادعا دارد تسلیم کرده و ثمنش به او پرداخت نشده باشد. الزام به تشخیص امری است مربوط به نظم عمومی و توافق برخلاف آن مجاز نیست.^۷

درخصوص بازپس گیری ثمن از سوی فروشنده نیز سه وضعیت قابل تمیز است:

۱ - اگر کالاها در زمان شروع آیین بازسازی قضایی به شکل اولیه خود وجود ندارند، فروشنده نمی تواند دعوای استرداد ثمن را طرح کند.

1. Ibid, pp. 218-9.
2. Redressement judiciaire
3. Perochon, op. cit, p. 66.
4. Administrateur
5. En refere
6. Ibid, p. 75.
7. Margellos, op. cit, p.183.

۲ - اگر کالاها در زمان شروع آیین دادرسی بازسازی جمعی وجود داشته‌اند اما قبل از پایان دوره‌ی سه‌ماهه که فروشنده حق داشته در خلال آن استرداد مبیع را بخواهد، خریدار آن را فروخته، در آن صورت مسئول پرداخت بهای کالا به فروشنده است و مدیر باید این پرداخت را ضمانت کند، بنابراین بدهکار در جهت کار روی کالاها پس از آغاز آیین رسیدگی جمعی آزاد است، اما در آن صورت مسئول پرداخت قیمت به فروشنده خواهد بود.

۳ - اگر خریدار پیش از آغاز آیین رسیدگی جمعی، مبیع را فروخته اما ثمن آن را دریافت نکرده باشد، فروشنده می‌تواند دعوای مستقیم علیه خریدار دوم طرح کند، به شرط آن که/اولاً در زمان دعوا کالاها به شکل طبیعی اولیه خود وجود داشته باشند و ثانیاً پرداخت از سوی خریدار دوم نه تنها به صورت نقد بلکه به وسایل دیگر مثل برات تنزیل شده، وارد شدن به حساب جاری طرفین یا ظهرونیسی خریدار دوم هم صورت نگرفته باشد.^۱

۳. آثار شرط در حقوق ایران

بسیاری از آن چه در حقوق بیگانه درباره‌ی شرط حفظ مالکیت گفته شد در حقوق ما نیز قابل استفاده است. آثار شرط در حقوق ایران را در دو بخش بررسی می‌کنیم: یک بخش آثار شرط نسبت به طرفین و دیگر آثار آن نسبت به اشخاص ثالث که با توجه به غرض متعاملین از درج شرط (که ایجاد مزیت تقدم نسبت به دیگران برای فروشنده است) در مورد این شرط دسته دوم هم از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

۳-۱. آثار شرط نسبت به طرفین عقد

مهم‌ترین اثر شرط که به طور مستقیم موضوع آن قرار گرفته است، مالکیت مبیع است. علاوه بر این قواعد و احکام عقد بیع، در بیعی که مشروط به شرط حفظ مالکیت است با وضعیت ویژه‌ای مواجه می‌شود. بالاخره وضعیت خاصی را باید بررسی کرد که ثمن به اقساط پرداخت می‌شود و خریدار پس از پرداخت برخی اقساط ورشکسته یا درگیر مشکلات مالی می‌شود.

۳-۱-۱. مالکیت مبیع

هرچند دیدگاه سنتی حقوق ما صحت چنین شرطی را نمی‌پذیرد، اما با توسل به رویکردهای فلسفی جدید و تأکید بر اوصاف علیت‌های اعتباری، می‌توان تقدم و تأخر در آثار عقد را پذیرفت^۲، اما خطر در نتایجی است که این تقدم و تأخر در به هم زدن

1. Ibid, p. 197

۲. حسینی، سیدمحمد؛ علوی، سیدمحمدتقی؛ و مرتضی اسدلو، «بررسی وضعیت حقوقی شرط تأخیر در انتقال مالکیت مبیع در فقه و حقوق ایران»، مجله فقه و حقوق اسلامی، شماره اول، ۱۳۸۹، صص. ۱۰۴-۱۰۲.

توازن معاوضه عقد دارد و به ویژه در برخی شرایط خاص ضرر شدیدی را بر خریدار تحمیل می‌کند که فراتر از آن چیزی است که او پذیرفته و قصد طرفین به آن تعلق گرفته است.

حقوق کشورهای دیگر نیز هرچند شرط حفظ مالکیت را پذیرفته‌اند، اما در عمل مانع تفاسیری شده‌اند که به جمع عوض و معوض در کیسهٔ بایع بیانجامد. حق مالکیت فروشنده بر مبیع او را از ارزش افزوده‌ی آن و منافع حاصل از فروشش بهره‌مند نمی‌کند و محدود به ارزش طلب اوست، یعنی همان مختصاتی که برای حق عینی تبعی (وثیقه) قائلیم^۱ در حقوق ما نیز می‌توان به عنوان مالکیت وفادار ماند، اما به شرطی که نخواهیم اقتضائات مالکیت را فراتر از اهداف اولیهٔ شرط که صرفاً تضمین حقوق اصل بایع بوده است جاری کنیم. به همین جهت می‌توان آثار متفاوتی را بر مبنای اراده‌ی طرفین، بر این شرط مترتب دانست: گاه ایجاد حق رهن به نفع بایع و گاه آثار شرط تعلیق. همچنان که در ماده‌ی ۳۴ قانون ثبت (اصلاحی ۱۳۵۱) در معاملات شرطی، قانون‌گذار با تصرف در الفاظ و صورت قرارداد و نزدیک شدن به قصد واقعی طرفین حکم کرده است که مبیع در مالکیت فروشنده باقی می‌ماند و مشتری به میزان طلب خود حق وثیقه نسبت به مبیع می‌یابد، در اینجا نیز می‌توان تصدیق کرد که ماهیت حق عینی چیزی بیش از وثیقه‌ای برای بایع نیست. در مطالعهٔ حاوی این شرط، مبیع در مالکیت طلبکار قراردادی یعنی بایع قرار خواهد گرفت و در صورت عجز مشتری از پرداخت ثمن، فروشنده مالک بدون قید مبیع خواهد شد و امکان جمع بین عوضین و منتفع شدن از ترقی قیمت مبیع را به دست خواهد آورد، مگر آن که بپذیریم مالکیت مبیع به معنای حقیقی به مشتری منتقل شده ولی مبیع وثیقهٔ طلب بایع قرار گرفته است تا بتواند اقساط پرداخت‌نشده را از محل فروش مبیع وصول کند. این تفسیر با قصد مشترک نیز به طور کامل سازگار است.

با پذیرش تضمینی بودن شرط حفظ مالکیت، مشتری با انعقاد بیع مالک مبیع محسوب می‌شود و بایع حق رهن نسبت به مبیع پیدا می‌کند، به این ترتیب انتقال مبیع (عین مرهون) تابع قواعد مربوط به رهن خواهد بود.

البته نظریهٔ تضمینی بودن شرط حفظ مالکیت مبتنی بر ظاهر است، یعنی اقدام طرفین در درج شرط حفظ مالکیت، ظهور در ایجاد تضمین به نفع بایع دارد، اما ذی‌نفع می‌تواند خلاف این ظاهر را به اثبات رساند: آثار شرط تعلیقی بر شرط حفظ مالکیت بار

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین، جلد چهارم، عقود ادنی، وثیقه‌های دین، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص. ۳۲۱.

می‌شود و تا پیش از تحقق شرط بائع مالک ثمن و مشتری مالک مثنی نمی‌شود. دیوان کشور فرانسه در برخی از آرا نتیجه درج شرط حفظ مالکیت را معلق شدن عقد مشروط دانسته است. اگرچه برخی از حقوق‌دانان فرانسوی این تحلیل را مورد انتقاد قرار داده و اعتقاد به ناسازگاری آن با قصد مشترک طرفین یافته‌اند.

آن دسته از حقوق‌دانان فرانسوی که به اثر تعلیقی برای شرط یاد شده باور دارند، جهت توجیه حقوقی تصرفات مشتری در مبیع پیش از تحقق شرط، قائل به مالکیت قهقرایی مشتری در مبیع گشته‌اند، به این معنا که پس از تحقق شرط و انتقال مالکیت به مشتری کشف می‌گردد که او از حین وقوع عقد و در زمان تصرف مبیع مالک مبیع بوده است^۱، در حالی که در ایران به نظر می‌رسد که با ملاک گرفتن از ماده ۳۶۴ قانون مدنی پذیرش اثر قهقرایی شرط تعلیقی دشوار خواهد بود.

تأثیر این امر به ویژه در موردی محسوس است که مبیع پیش از پرداخت ثمن در دست مشتری تلف شود. در آن صورت تلف از دارایی چه کسی خواهد بود؟

۳-۱-۲. ضمان معاوضی

انتقال ضمان معاوضی یکی از آثار مهم بیع است. به موجب این اثر پس از انعقاد بیع به نحو صحت و قبض مبیع توسط مشتری، دیگر بائع نسبت به تلف یا نقص مبیع مسئولیتی نداشته و از آن پس تلف یا نقص مبیع برعهده مشتری که مالک مبیع نیز هست، خواهد بود. اما اگر در شرط حفظ مالکیت قائل به عدم انتقال ضمان معاوضی به مشتری به جهت عدم انتقال مالکیت به او شویم، غالباً این تفسیر مغایر اراده طرفین است که تنها خواسته‌اند مالکیت برای مدتی به مشتری منتقل نشود، اما دیگر آثار بیع به قوت خود باقی باشد.

این تفسیر طرفین را مجبور می‌کند جهت فرار از خطرات ناشی از عدم انتقال ضمان معاوضی به مشتری، مبیع را به هزینه مشتری بیمه کنند، چنین اقدامی هرچه بیشتر شرط حفظ مالکیت را به صورت اجاره به شرط تملیک درمی‌آورد.^۲

۳-۱-۳. ضمان درک

درخصوص این قاعده چه قائل به اثر تضمینی شرط باشیم و چه قائل به اثر تعلیقی آن، فروشنده ضمان درک مبیع را به نحوی مشابه برعهده دارد. ماده ۳۶۲ ق.م. ضمان درک مبیع را از آثار بیع صحیح شمرده است، اما هم‌چنان که نویسندگان حقوقی بحث کرده‌اند،^۱ درک مبیع در صورتی مورد پیدا می‌کند که

1. Perochon, op. cit, p. 84.

2. Atiyah, op. cit, pp. 420-421.

مبیع مستحق للغير درآید و در این صورت مسلم است که بیع فضولی است و تنها در صورت عدم تنفیذ یعنی بطلان عقد است که تدارک مبیع ضرورت پیدا می‌کند. اگر حق رهن به نفع بایع نسبت به مبیع پذیرفته شود، فروشنده مثل هر بیع دیگر ضامن درک مبیع است و در صورت مستحق للغير درآمدن آن ملزم به استرداد ثمن به مشتری است. در این موارد اگر مبیع که در رهن فروشنده است مستحق للغير بود، فروشنده نمی‌تواند مشتری را الزام به معرفی رهنه جدید کند زیرا در این فرض اصل طلب بایع منتفی شده و دینی برای ضمانت باقی نمی‌ماند.

در فرضی هم که شرط اثر تعلیقی دارد، با کشف عدم مالکیت بایع نسبت به مبیع، مشتری الزامی به پرداخت ثمن ندارد و می‌تواند فروشنده را الزام به استرداد مبالغ پرداختی کند. گذشته از موارد یاد شده، ساده‌ترین اثر بیع در رابطه طرفین مربوط به موردی است که خریدار به تعهدش عمل نکند.

۳-۱-۴. عدم پرداخت اقساط ثمن

در این مورد دو فرض را باید از هم تفکیک کرد، عدم پرداخت به دلیل ورشکستگی خریدار و عدم پرداخت بدون ورشکستگی. در موردی که خریدار ورشکسته نباشد مواد ۳۴ و ۳۴ مکرر قانون ثبت اعمال می‌شود: در صورتی که مشتری اقساط ثمن را در مواعد مقرر نپردازد، فروشنده می‌تواند وصول طلب را از دفترخانه تنظیم‌کننده سند درخواست کند. دفترخانه بنا به تقاضای فروشنده اجرائیه صادر می‌کند و به اداره ثبت ارسال می‌کند. بدهکار هشت ماه برای پرداخت بدهی مهلت خواهد داشت. درخصوص مال منقول، با صدور اجرائیه به درخواست بایع، در صورتی که خریدار ظرف چهار ماه اقدام به پرداخت بدهی خود نکند، مال به حراج گذاشته می‌شود. اما در صورتی که عدم پرداخت اقساط ثمن ناشی از ورشکستگی باشد، مطابق نظریه تضمینی بودن شرط، بایع نسبت به مبیع حق رهن خواهد داشت و نسبت به سایر طلبکاران از حق رجحان برخوردار خواهد بود. برخی از نویسندگان حقوقی ایران معتقدند پس از ورشکستگی هیچ حق رجحانی برای بایع نمی‌توان پذیرفت زیرا این مخالف اصل تساوی طلبکاران تاجر ورشکسته است. به علاوه چون شرط حفظ مالکیت، نه به صراحت از موارد رجحان است و نه جزء دعاوی استرداد، نافذ نیست و پس از صدور حکم ورشکستگی، طلبکار مشروط‌له جز در ردیف غرما نمی‌تواند جای دیگری

^۱. کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین، جلد اول، معاملات معوض، عقود تملیکی، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱، ص. ۱۵۹؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، شروط ضمن عقد، چاپ چهارم، تهران، مجد، ۱۳۸۷، ص. ۱۲۷.

برای خود قائل شود.^۱ این نظر عملاً موجب بی‌اثر شدن شرط حفظ مالکیت به طور کامل می‌گردد، و از سوی دیگر دلیلی مبنی بر صحت شرط پیش از ورشکستگی و بطلان آن پس از صدور حکم وجود ندارد. به عبارت دیگر چگونه می‌توان برای فروشنده‌ای که شرط حفظ مالکیت به نفع او درج شده است، دست‌کم امتیازی به اندازه یک مرتهن ساده در نظر نگرفت؟

در فقه اجماع شده که اگر مرتهن بر راهن شرط کند که چنانچه طلب مرا در سر وعده ندادی، رهنه تبدیل به مبیع شده و از آن من می‌گردد، شرط باطل و مبطل عقد است، چون اولاً موجب تعلیق بیع است و ثانیاً بیع متوقف بر سبب خاص آن (صیغه) است و به صرف درج شرط محقق نمی‌شود.^۲ برخی از فقهای عامه در این مورد اعتقاد به فساد بیع و صحت رهن دارند و استدلال می‌کنند که وقتی راهن به رهن به قید شرط بیع رضایت دارد، به طریق اولی به رهن بدون این شرط هم رضایت خواهد داد،^۳ اما به نظر صاحب جواهر این قول باطل است زیرا مجرد وجود رضا در حالی که در شرایط صحت عقد خلل هست، برای نفوذ آن کافی نیست. شرط یادشده شباهت بسیاری با شرط حفظ مالکیت دارد زیرا در هر دو مورد مالکیت بایع بر مبیع در صورت عدم پرداخت طلب شرط شده است. از سوی دیگر همان دلیلی که در فقه بطلان رهن و شرط را در صورت اشتراط تملیک مبیع توسط مرتهن توجیه می‌کند، می‌تواند بی‌اعتباری اشتراط تعلق مبیع بر بایع در فرض عدم پرداخت ثمن را توجیه کند. به هر حال توقیف مبیع توسط بایع می‌تواند با موانع دی‌گری هم برخورد کند، مانند حقوق طلبکاران بایع و مشتری. قابلیت استناد به آثار عقد در مقابل اشخاص ثالث تأثیر ویژه‌ای در شرط حفظ مالکیت دارد که موضوع بند دوم این گفتار است.

۲-۳. آثار شرط نسبت به اشخاص ثالث

آثار قراردادهای در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد می‌باشند. این به‌ویژه در مورد قرارداد موجد حق عینی حائز اهمیت است، زیرا حق عینی حاصل از قرارداد در مقابل همگان معتبر است. وضعیت پیچیده آثار شرط حفظ مالکیت بر حقوق طرفین، رابطه آنها با دیگران را نیز پیچیده می‌کند. ارتباط اشخاص ثالث با قرارداد بیع ممکن است به عنوان انتقال‌گیرنده مبیع باشد یا طلبکار مشتری. این دو موضوع و آثار شرط بر آنها را در دو بخش بررسی خواهیم کرد.

۱. اسکینی، ربیعاً، حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ هفتم، تهران، سمت، ۱۳۸۳، ص. ۱۷۹.

۲. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، جلد ۲۵، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴ هـ. ق، ص. ۲۲۶.

۳. همان، ص. ۲۲۸.

۳-۲-۱. توقیف مبیع توسط طلبکاران

از مهم‌ترین اهداف بایع برای درج شرط یادشده، احتراز از عوارض ورشکستگی و اعسار خریدار است. اگر قائل به عدم انتقال مالکیت به مشتری پیش از تحقق شرط باشیم، در صورت ورشکستگی وی طلبکاران حقی در توقیف مبیع نخواهند داشت و به دلیل طلب بایع که شاید تمامی مبیع را مستغرق کند، از توقیف مبیع و وصول طلب خود محروم می‌مانند. اما با پذیرش نظریه تضمینی بودن شرط، در زمان انعقاد بیع، مالکیت به مشتری منتقل می‌شود و بایع نسبت به طلب خود در مبیع حق وثیقه خواهد یافت و به میزان طلب بایع، مبیع در رهن او قرار خواهد گرفت.

پس با قبول نظریه تضمینی بودن شرط، در عین حال که طلب فروشنده بابت اقساط ثمن در بیع اعتباری تضمین می‌شود، بایع صاحب مالی بیش از طلب خود نمی‌شود و دیگر طلبکاران احتمالی می‌توانند از باقی‌مانده مبلغ فروش مبیع، بابت استیفای بخشی از طلب خود بهره‌مند شوند. اما در صورتی که انتقال مبیع به اشخاص ثالث به طور ارادی صورت گیرد وضعیت پیچیده‌تر خواهد بود، به خصوص که موضوع فروش مال مرهون توسط راهن در حقوق ما موضوعی اختلافی است.

۳-۲-۲. انتقال مبیع به اشخاص ثالث

چنانچه در بحث‌های تطبیقی ملاحظه شد، انتقال مبیع به اشخاص ثالث در دو فرض قابل بحث است، یکی فروش مبیع توسط بایع به اتکای تداوم یافتن مالکیتش و دیگری فروش آن توسط مشتری به این استدلال که فروشنده تنها نسبت به باقی‌مانده اقساط مبیع از او طلبکار است. اگر نظریه تضمینی بودن شرط پذیرفته شود، انتقال مبیع توسط بایع فضولی و غیرنافذ است زیرا او چیزی بیش از حق وثیقه نداشته تا بتواند آن را به دیگری انتقال دهد. نتیجه مهم پذیرش نظریه تضمینی بودن شرط حفظ مالکیت در فرض انتقال مبیع توسط خریدار پدید می‌آید. مطابق این نظریه، مبیع به میزان طلب بایع در رهن وی قرار می‌گیرد و باید دید که انتقال عین مرهونه توسط راهن در حقوق ما چه حکمی دارد. نظر مشهور فقهای امامیه آن است که تصرفات ناقله راهن نافذ نیست، اما چند تن از اساتید حقوق مدنی این نظریه را چنین تعدیل کرده‌اند که اگر راهن با حفظ حقوق مرتهن، رهینه را انتقال دهد عقد نافذ است، چرا که تعارضی با حقوق مرتهن و مغایرتی با ماده ۷۹۳ نخواهد داشت.^۱ برخی دیگر از اساتید

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ هجدهم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۸۴، صص. ۳۶۸-۳۷۰؛ صفایی، سیدحسین، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، قواعد عمومی قراردادها، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۳، صص. ۴۵۱-۴۵۰.

از این فراتر رفته و معتقدند که حتی اگر رهن حقوق مرتهن را در عقد در نظر نگرفته باشد نیز به صحت قرارداد او لطمه‌ای وارد نمی‌شود، زیرا رهن اصلاً نمی‌توانسته چیزی بیش از آنچه داشته به دیگری انتقال دهد، پس در هیچ حالتی رهن قادر به اعدام حق مرتهن نیست و مرتهن در زمان مقرر می‌تواند جهت وصول طلب خود به مبیع رجوع کند.^۱ البته صاحب این نظر پذیرفته است که قبول این نظریه در خصوص اموال منقول دشوار است، زیرا علی‌رغم یکی بودن مبنای نظری استدلال، در عمل دسترسی به این اموال جهت استیفای طلب شاید غیرممکن باشد، و بنابراین با عنایت به مفاد قانون اجرای احکام در خصوص انتقال مال توقیف شده، ماده ۲۱۸ سابق قانون مدنی در خصوص معامله به قصد فرار از دین و ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی که تصرفات ورثه در ترکه را بدون اجازه طلبکاران مورث جایز نمی‌داند، و همچنین قول مشهور فقهای امامیه، باید پذیرفت که رهن بدون اذن مرتهن حق انتقال مال مورد رهن را به دیگری ندارد.^۲

سؤال دیگری که مطرح است آن که اگر فروشنده به فروش مبیع توسط خریدار رضایت داد، به معنای صرف‌نظر کردن از حق رهن و منتفی شدن حق است یا خیر؟ پاسخ آن است که بین انتقال مال و وجود حق رهن منافاتی نیست تا انتخاب یکی به معنای نفی دیگری باشد. پس در این مورد مرتهن می‌تواند به استناد عینی بودن حق رهن از حق تعقیب رهنه استفاده کند. اما در این صورت انتقال‌گیرنده را نباید جانشین رهن پنداشت. یعنی همچنان رهن مشتری است که در مقابل فروشنده بدهکار است و بایع برای وصول طلب باید به طرفیت او اقامه دعوی کند، اجراییه علیه او صادر می‌گردد و در صورت عدم پرداخت بدهی، مال مورد رهن با رعایت تشریفات ماده ۳۴ قانون ثبت به فروش می‌رسد.

عقیده براینکه انتقال عین مرهون بدون اجازه رهن موجب بی‌اعتباری انتقال نیست با مشکلاتی مواجه است، مثلاً در صورت اجازه انتقال توسط مرتهن، این اجازه ظهور در این دارد که او از حق خود صرف‌نظر کرده است زیرا درغیراین صورت اجازه او اقدامی عبث می‌بود؛ بدون اجازه او نیز عین مرهون با حفظ حقوق او به اشخاص ثالث منتقل می‌گشت، پس پذیرش نفوذ انتقال عین مرهون بدون اجازه مرتهن با ایرادات قانونی مواجه است. در فقه نیز در خصوص اثر تنفیذ بیع توسط مرتهن اختلاف نظر

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین، جلد چهارم، عقود اذنی، وثیقه‌های دین، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص. ۳۷۵.
۲. همان، ص. ۳۷۶.

وجود دارد، برخی از فقها^۱ معتقدند با تنفیذ بیع حق مرتهن ساقط می‌شود، چون عین مرهون با این وصف که ملک راهن است موضوع عقد قرار گرفته و با انتفای وصف، حکم نیز منتفی می‌گردد. به عبارت دیگر مالکیت راهن وصفی است که حکم دایرمدار آن است و از عدم آن عدم حکم لازم می‌آید، اما مشهور فقها خلاف این را پذیرفته‌اند. مثلاً رهن دادن مال موضوع عاریه توسط مستعیر با اذن معیر پذیرفته شده، اما در مورد ضمان مستعیر در این وضعیت میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. یعنی در صورتی که مستعیر طلب مرتهن را نپردازد و مرتهن به استناد وکالتی که از مستعیر اخذ کرده یا اذن حاکم، عین مرهون را بفروشد، برخی معتقدند باید ثمن‌المثل عین مرهون پرداخته شود و برخی مستعیر را نسبت به مبلغ مورد معامله ضامن می‌دانند، نظر سوم وجوب پرداخت قیمت بالاتر از این دو قیمت است.^۲

۱. نایینی، میرزاحسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد دوم (تحریر شیخ موسی خوانساری)، قم، ۱۳۷۶ هـ ق، ص. ۴۸۵.
 ۲. نجفی، همان، ص. ۲۳۱.

نتیجه

چنان که دیدیم شرط حفظ مالکیت به عنوان شرطی وثیقه‌ای که حق فروشنده بر ثمن را تا زمانی که خریدار آن را تسلیم کند، تضمین می‌نماید، در بسیاری از نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. قانون‌گذاران این نظام‌ها در جهت احترام به آزادی قراردادی این وسیله نوین را که تجار برای حفظ حقوق خود ابداع کرده‌اند - در حالی که همه نظام‌های حقوقی به طور سنتی واجد نهادهای اختصاصی موجد حق وثیقه هستند - پذیرفته‌اند، اما تنها تا جایی به نتایج آن ملتزم شده‌اند که با تعادل معاوضی که مبنای تراضی طرفین بوده از یک سو، و با نظم عمومی تجاری و حقوق اشخاص ثالث از سوی دیگر در تعارض نیفتد. طبیعی است که با نگاهی بدبینانه و شکاک چنین شرطی را تفسیر کرد، زیرا از یک سو در بسیاری از نظام‌ها که رهن نسبت به اموال تاجر باید به ثبت برسد، این ظن قوی وجود دارد که هدف طرفین از درج شرط حفظ مالکیت به جای رهن، فرار از یک قاعده آمره ناظر به حقوق اشخاص ثالث است، و از سوی دیگر شباهت چشم‌گیر نهاد حفظ مالکیت با اجاره به شرط تملیک، این امکان را به وجود می‌آورد که هم‌چون آن نهاد به وسیله اجحاف یکی از طرفین بر دیگری گردد و با برهم زدن تعادل معاوضی، موجب جمع دو عوض در کیسه یکی از دو طرف عقد شود.

در خصوص خطر به هم خوردن تعادل دو عوض، نظام‌های حقوقی مورد بحث موضوعی عادلانه اتخاذ کرده‌اند و تفسیر قرارداد براساس قصد واقعی را بر تفسیر ظاهری ترجیح داده‌اند. آنها هرچند به ظاهر به عبارات شرط پایبند مانده‌اند و حق فروشنده را در فاصله عقد و پرداخت ثمن به مالکیت تعبیر می‌کنند، اما در عمل اجازه نمی‌دهند فروشنده از این حق بیش از یک حق عینی تبعی (وثیقه) منتفع شود. آنها با توسل به نظریه جهت تعهد یا مفاهیم مشابه، فروشنده را ملزم می‌سازند که اگر خواهان استرداد مبیع است، ثمن را پس دهد و در صورت افزوده شدن ارزش مبیع، علی‌رغم عبارات صریح طرفین، ارزش حق فروشنده را محدود به همان میزان اولیه نگاه می‌دارند. تمام این تفاسیر نشان می‌دهد که حق «مالکیت» فروشنده در نظر آنان حق وثیقه یا رهن است که نه با طلب اصلی که وثیقه به آن تعلق می‌گیرد، قابل جمع است و نه ارزش آن از طلب اصلی بیشتر می‌شود.

در حقوق ایران شرط حفظ مالکیت به عنوان تضمین حقوق فروشنده نمی‌تواند کاربرد چندانی داشته باشد، و به همین دلیل تا به امروز رواج عملی چندانی نیافته است، زیرا شرط رهن در ضمن عقد بیع همان کارکرد را دارد، بدون این که هم‌چون بسیاری از کشورهای دیگر الزام به ثبت آن را در دفتر ثبت شرکت‌ها یا ثبت اسناد در

پی بیاورد. پس در صورتی که از چنین شرطی در قرارداد استفاده می‌شود، هرچه بیشتر باید به قصد یکی از طرفین برای سوءاستفاده از عقد و ناآگاهی طرف مقابل مشکوک بود. بسیار بعید است که خریدار واقعاً و آگاهانه زیربار شرطی برود که ولو به احتمال، موجب شود که او بخشی از ثمن را بپردازد بدون آن که چیزی در عوض به دست آورد، و برفرض که چنین نتیجه‌ای را پذیرفته باشد، به دلیل مخالفت آن با اقتضای ذات عقد بیع، معامله باطل است. پس اجرای اصل صحت و انتخاب تفسیری که مانع ابطال عقد شود، ایجاب می‌کند که مفهومی محدود از مالکیت را بپذیریم که در حقیقت چیزی بیش از وثیقه نخواهد بود. این به معنای دگرگون کردن ماهیت حق مالکیت نیست، حق فروشنده حق عینی است اما به محض آن که در اجرای این حق مبیع را مسترد نمود، عقد منفسخ می‌شود و او ناچار خواهد بود ثمن را به خریدار بازپس دهد. البته با اتخاذ چنین تفسیری، همان طور که اشاره شد، متعاملین انگیزه چندانی برای استفاده از این شرط نخواهند داشت، ولی نظام حقوقی چیزی را از این بابت از دست نمی‌دهد زیرا کارکردهای قابل تأیید شرط حفظ مالکیت در حقوق ما با رهن نیز قابل حصول است.

منابع:

- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ هفتم، سمت، ۱۳۸۳.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ هجدهم، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۴.
- حسینی، سید محمد؛ علوی، سید محمد تقی؛ و مرتضی اسدلو، «بررسی وضعیت حقوقی شرط تأخیر در انتقال مالکیت مبیع در فقه و حقوق ایران»، مجله فقه و حقوق اسلامی، شماره اول، ۱۳۸۹.
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، شروط ضمن عقد، چاپ چهارم، مجد، ۱۳۸۷.
- صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، قواعد عمومی قراردادها، چاپ دوم، میزان، ۱۳۸۳.
- علومی یزدی، حمیدرضا، «شرط حفظ مالکیت در قراردادهای بیع و بررسی تطبیقی در حقوق انگلستان و ایران»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۱، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین، جلد چهارم، عقود اذنی، وثیقه‌های دین، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- _____، دوره عقود معین، جلد اول، معاملات معوض، عقود تملیکی، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.
- نایینی، میرزا حسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد دوم (تحریر شیخ موسی خوانساری)، قم، ۱۳۷۶ هـ.ق.
- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، جلد های ۲۳ و ۲۵، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴ هـ.ق.
- Adams, John & Roger Brownsword, Understanding Contract Law, 4th ed, Sweet & Maxwell, 2004.
- Atiyah, Patrick & John Adams, the Sale of Goods, 11st ed, Pearson Longman, 2005.
- Chitty, Joseph, Chitty on Contract, 29th ed, Sweet & Maxwell, 2004.

-
- Ghestin, Jacque & Bernard Desche, Traite des Contrats (la Vente), Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1990.
 - Malaurie Philippe & Laurent Aynes, Droit Civil, Les Contrats Speciaux, 3e ed, Defrenois, 2007.
 - Margellos, Theophile, La Protection du Vendeur A credit d'Objets Mobiliers Corporels A Travers la clouse de Reserve de Propriete, Libr Generale de Droit et de Jurisprudence, 1989.
 - Marsh, Peter, Comparative Contract Law (England, France, Germany), 2nd ed, Gower, 1994.
 - Parris, John, Retention of Title on the Sale of Goods, 1st ed, Granada, 1982.
 - Perochon, Francoise, La Reserve de Propriete dans la Vente de Meubles Corporels, Litec, 1988.

جنبه‌های حقوقی مهندسی معکوس

مصطفی‌السان*

چکیده

اصطلاح مهندسی معکوس به معنی تجزیه و تفکیک فرایند یا کالا به اجزای سازنده آن برای تشخیص نوع و اندازه ترکیبات آن می‌باشد. این دانش ممکن است برای تولید مجدد محصول به کار رفته و در نتیجه مباحثی را از نظر حقوق مالکیت فکری، حقوق اقتصادی و رقابت ایجاد نماید. مقاله حاضر، پس از پرداختن به مفهوم مهندسی معکوس و بیان معایب و مزایای آن، به اختصار جنبه‌های مختلف حقوقی این نوع از فناوری را مورد بررسی قرار می‌دهد. در این مقاله، از جمله به این موضوع مهم پرداخته می‌شود که با توجه به عدم عضویت کشورمان در نظام بین‌المللی حمایت از حقوق مالکیت فکری، مهندسی معکوس نسبت به نرم‌افزارها و سخت‌افزارهای خارجی می‌تواند ابزار مهم و کم‌هزینه‌ای برای پیشرفت اقتصادی باشد. در عین حال، چون محصولات داخلی مورد حمایت قوانین و مقررات مختلف هستند، مهندسی معکوس نسبت به آنها با محدودیت‌های جدی روبرو می‌باشد. هرچند که در رویه قضایی، گاه این نوع از مهندسی نسبت به محصول با «شبیه‌سازی محصول» اشتباه شده است، اما در هر حال می‌توان قواعد حمایتی و معافیتی مرتبط را از مجموعه مقررات، رویه قضایی و عرف تجاری استنباط کرد.

کلیدواژه‌ها: مهندسی معکوس، حق بر اثر (کپی‌رایت)، نرم‌افزار، انتقال دانش، حمایت از حقوق مالکیت فکری.

مقدمه

برخی از پیشرفت‌ها، در شاخه‌های مختلف علم، لزوماً نویدبخش حمایت از بشر و دستاوردهای او نیست. گاه یک پیشرفت، آینده‌ای ترسناک را برای همگان یا عده‌ای خاص نوید داده و اقتضای ژرف‌نگری یا پیشگیری دارد. برخی به مهندسی معکوس این گونه نگریسته‌اند: تحولی که گاه نقض حقوق مادی و معنوی پدیدآورندگان واقعی را نشانه می‌رود و با فرایندی که تحقق آن در مورد دستاوردهای مختلف تفاوت داشته و همیشه پیچیده نیست؛ درصدد استفاده از تلاش دیگران با کمترین هزینه مالی و علمی است.

ناآگاهی دادگاه نسبت به حقیقت موضوع و جنبه‌های علمی محصولات مختلف، بر مشکلات می‌افزاید. چنانچه خواهیم دید، در برخی از موارد، تشخیص اینکه رسیدن به نتیجه‌ای مشابه آنچه که شخص دیگر، پیشتر به همان نایل شده، با پیمودن راه عکس یا فرایندی متفاوت بوده، دشوار است.

گاه این اندیشه تقویت می‌شود که مهندسی معکوس در تقاطعی از تردید قرار دارد. چراکه پیمودن راه عکس، خود نیازمند داشتن مهارت کافی است که دست یافتن بدان برای همه ممکن نیست. از سوی دیگر امکان دارد برگشتن راهی که دیگران پیش‌تر رفته‌اند، نمی‌تواند مفهومی جز دسیسه برای تصاحب اثر متعلق به دیگری داشته باشد.

البته کشورهای در حال توسعه، به ویژه در خصوص محصولات خارجی، طرز تلقی متفاوتی از مهندسی معکوس - در مقایسه با کشورهای صنعتی - دارند. در عمل، این کشورها، در صورت داشتن توان علمی، با باز کردن محصول خارجی و پی بردن به رموز آن درصدد شبیه‌سازی برآمده و محصول جدید را با نام و علامت تجاری خود عرضه می‌کنند.

بررسی‌ها نشان می‌دهد که اعمال قواعد حقوق مالکیت فکری نسبت به مهندسی معکوس در بسیاری از موارد، محل تردید است. در واقع، برخی از کشورها، از جمله کشورمان، در عمل حمایت قانونی خود را نسبت به محصول داخلی اعمال کرده و به دلیل عدم عضویت در عهدنامه‌های بین‌المللی، حمایتی از محصولات خارجی به عمل نمی‌آورند.

از سوی دیگر، بررسی رویه قضایی کشورهایی همچون انگلیس و آمریکا نشان می‌دهد که محاکم و حقوقدانان میان مهندسی معکوس نسبت به نرم‌افزار و انجام این اقدام در رابطه با دستگاه‌ها و سخت‌افزارها قایل به تفکیک شده‌اند. علت عمده این امر، در تفاوت ساختاری این دو و مقررات حاکم بر حمایت از آنها می‌باشد.

در تقسیم‌بندی دیگر، مهندسی معکوس را باید در صنایع راهبردی و صنایع غیرراهبردی هم به طور جداگانه بررسی کرد. در مورد صنایع راهبردی، اقدام‌کنندگان مهندسی معکوس اغلب دولتها هستند که تلاش می‌کنند افزارها و دستگاه‌های راهبردی متعلق به کشورهای دیگر را از طریق تجزیه و تحلیل محصول، تولید کرده و با اقداماتی همچون وفق دادن آن با شرایط جغرافیایی کشور خود، تغییر در شکل ظاهری یا برخی از قطعات، به اصطلاح آنها را «بومی» نمایند. در این عرصه، گاه مهندسی معکوس، وسیله‌ای برای شناخت ویژگی‌های محصول و طراحی و تولید دستگاه‌ها و برنامه‌هایی برای مهار، نابودسازی یا کنترل محصول اصلی است. از این جهت، مهندسی معکوس در صنایع نظامی و دفاعی مانند ساخت و راهبری موشک و طراحی پدافند دفاعی کاربری زیادی دارد.

۱. مفهوم، مزایا و معایب مهندسی معکوس

۱-۱. مفهوم مهندسی معکوس

در بیان مفهوم مهندسی معکوس، گفته می‌شود که با وجود رویه قضایی و دیدگاه‌های حقوقی متعددی که در طول زمان در مورد آن شکل گرفته، این اصطلاح از نظر حقوقی دارای پیچیدگی‌های خاصی می‌باشد. در سال ۱۹۸۹، دادگاه بخش ایالات متحده، مهندسی معکوس را به «فرایند شروع دوباره در مورد محصول نهایی و برعکس انجام دادن آن به منظور پی بردن به اینکه محصول چگونه تولید شده»، تعریف کرد.^۱ یکی دیگر از تعاریف ارایه شده برای مهندسی معکوس این است که: «اجزای تشکیل دهنده یک محصول جدید با استفاده از تبدیل رمز بی‌معنای آن به رمزهای مبدأیی که کاوش‌پذیر هستند، از همدیگر تفکیک شود».^۲ در مورد برنامه‌های رایانه‌ای، مهندسی معکوس از طریق فرایند تبدیل رموزی که برای رایانه دارای مفهوم بوده و برای انسان ناخوانا هستند، به رمزهای قابل فهم برای انسان انجام می‌گیرد. این فرایند به دی‌کامپیلشن^۳ معروف است.^۴

بنابراین، اصطلاح مهندسی معکوس به معنای تجزیه و تفکیک فرایند یا کالا به اجزای سازنده برای تشخیص نوع و اندازه ترکیبات آن می‌باشد. به عبارت دیگر، اگر

1. Secure Services Technology Inc. v. Time & Space Processing, Inc., 722 F. Supp. 1354, 1359-1362 (ED Va. 1989).

2. Ignatin, Gary R, "Let the hackers hack: Allowing the Reverse Engineering of Copyrighted Computer Programs to Achieve Compatibility", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 140, 1999, p. 2010.

3. Decompilation.

4. EF Johnson Co v. Uniden Corp. of Am., 623 F. Supp. 1485, 1495-96 (D. Minn. 1985).

فناوری، رسیدن از اجزای بی‌معنی به مجموعه‌ای معنادار و دارای کارکرد مشخص است که می‌تواند مشمول عنوان «راز» باشد؛ مهندسی معکوس، پی بردن به اجزای مجموعه از طریق پیمودن راه مخالف/ معکوس است.

به لحاظ تاریخی، در خلال جنگ سرد و پس از پایان آن، دولت‌ها، سازمان‌های جاسوسی خود را برای به دست آوردن اطلاعات محرمانه‌ای که می‌توانست در پیشرفت اقتصادی مؤثر باشد، به کار گرفتند.^۱ تا جایی که در فاصله سال‌های ۹۵-۱۹۹۲، جاسوسی اقتصادی، بیش از ۲۵ میلیارد دلار به ایالات متحده خسارت وارد کرده و افزایش آن در سال‌های مذکور بیش از ۲۰۰ درصد بوده است.^۲ در کشورهایی مانند ایالات متحده، با افزایش ارزش اقتصادی اطلاعات و در راستای پیشگیری از تحصیل نامشروع اطلاعات تجاری - صنعتی، قانون جاسوسی اقتصادی به تصویب رسیده است.

به علاوه، در گذشته، تحلیل مجرمانه از دسترسی افراد غیرمجاز به اموال ناملموس، خلاف قواعد حقوق کیفری بوده است. اکنون نیز گاه گفته می‌شود که حمایت از این دسته از اموال با توسل به نظریه‌های پیشین در مورد پیگرد بزهکاری بسیار دشوار است.^۳ برای مثال، در جرایم علیه اموال، مال باید از محل (حرز) آن خارج شده یا از مالک گرفته شود؛ حال آنکه در مورد دانش فنی نهفته در محصولی که تجزیه می‌شود، با تحصیل دانش از سوی اقدام‌کننده، دارنده دانش اولیه، مالکیت آن را برای همیشه از دست نمی‌دهد و تنها ممکن است ارزش اقتصادی آن کاهش یابد.

۲-۱. تبیین مفهوم مهندسی معکوس در روبه قضایی

هر اقدامی که برای شبیه‌سازی محصول متعلق به دیگری صورت گیرد، لزوماً مهندسی معکوس نیست. روبه قضایی نشان می‌دهد که حمایت از محصول اصلی در مقابل صرف شبیه‌سازی، همواره مبنای عمل دادگاه‌ها بوده است. مزایا و معایبی که برای این نوع از مهندسی در بند سوم ذکر می‌شود، امکان درک صحیح از ماهیت آن را بیشتر فراهم می‌سازد.

برای رفع ابهام‌های موجود، حمایت از تولیدکنندگان و پدیدآورندگان محصولات اصلی و پیشگیری از نقض حقوق مالکیت فکری، باید تفسیر کاملاً محدودی از مهندسی

1. Lederman, Eli, "Criminal Liability for Breach of Commercial Confidential Information - Scope and Trend", Emory Law Journal, Vol. 38, 1989, p. 928.

2. Simon, David R & Frank Hagan, White-Collar Deviance, Allyn & Bacon, Boston, 1999, pp. 83-85.

3. Ruhl, Christopher A., "Corporate and Economic Espionage: A Model Penal Approach For Legal Deterrence to Theft of Corporate Trade Secrets and Proprietary Business Information", Valparaiso University Law Review, Vol. 33, 1999, p. 780.

معکوس به عمل آید. برخلاف تصوّراتی که گاه مطرح می‌شود، مهندسی معکوس به معنای شکستن قفل یک نرم‌افزار و استفاده اختصاصی یا تکثیر نامحدود آن نیست. در واقع، شکستن قفل یا تکثیر نرم‌افزار و آثار رسانه‌ای از هر قسم، هیچ‌گاه در تعریف مورد قبول مهندسی معکوس نمی‌گنجد؛ زیرا:

۱. مهندسی معکوس به معنای طی تمام فرایند منتهی به تولید یک اثر (از هر نوع) به صورت عکس است. در این روش، محصول کامل به اجزای آن تجزیه شده و از طریق طراحی مجدد، قالب‌بندی، کشف رمزها و برنامه‌های اصلی و طی سایر فرایندها بازسازی می‌شود. بنابراین شکستن قفل، تنها بخشی از فرایند مهندسی معکوس به شمار می‌آید.

۲. در مواردی که به موجب قانون یا قرارداد، اقداماتی همچون بازسازی، کشف رمز، نفوذ در محتوا، تغییر برنامه و موارد مشابه نسبت به یک محصول ممنوع شده باشد، شروع فرایند مهندسی معکوس نسبت به آن ممنوع است. در مورد نرم‌افزارهای موجود، همین‌که در نوشته‌های روی بسته‌بندی یا به هنگام نصب در قالب هشدار، حدود حقوق مالکیت فکری پدیدآورنده تصریح می‌شود، برای منع مهندسی معکوس کفایت می‌کند.^۱

۳. توسل به هرگونه سرقت، تقلب یا هر فعل مجرمانه یا مسؤولیت‌زای دیگر در سراسر فرایند مهندسی معکوس، استناد به آن را برای دفاع از خویش در مقابل مالک و/یا پدیدآورنده محصول اصلی، بی‌اعتبار می‌سازد. چراکه هدف از مهندسی معکوس - همانند سایر شیوه‌های بهره‌برداری - حمایت از جرم و مجرم نیست.

بررسی رویه قضایی کشورمان، مبین برخی از ویژگی‌های مهندسی معکوس است که آن را از صرف تقلید و شبیه‌سازی جدا می‌سازد. «شبیه‌سازی» در این مقاله به معنای ساختن مشابه کالایی است که مالکیت فکری آن به دیگری تعلق دارد، بدون اینکه تشریفات مهندسی معکوس نسبت به آن طی شده باشد.

یکی از مهم‌ترین آراء، دادنامه شماره ۱۲۸۲ مورخ ۱۳۷۴/۸/۱۵ شعبه ۱۳۴ دادگاه عمومی تهران می‌باشد. به طور خلاصه، در این پرونده شاکی به عنوان دارنده حق اختراع تنور دوار پخت نان علیه طرف مقابل به اتهام سوء استفاده از اسرار اختراع تنور مذکور و تقلید از اختراع طرح دعوا کرد. مستند اصلی شاکی در پرونده بدوی، ماده

1 . McGowan, David, "Free Contracting, Fair Competition, and Article 2B: Some Reflections on Federal Competition Policy, Information Transactions, and Aggressive Neutrality", Berkeley Technology Law Journal, Vol. 13, 1998, p. 1196.

۱۲۵ قانون تعزیرات (مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸ کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی) بود که مقرر می‌داشت: «هرکس نظر به مقام فنی یا به مقام امانت‌داری خود از اسرار راجعه به اختراع یا طرز اجرای اختراع مطلع شده و آن را به نحوی که مضر به مصالح عمومی باشد، افشاء یا به طریق دیگری سوء استفاده نماید به حبس از یک‌سال تا سه سال محکوم خواهد شد».

دادگاه بدوی به استناد ماده فوق، متهمین را به پرداخت دومیلیون ریال جزای نقدی (بدل از حبس) و انفصال قطعات ماشین‌های تقلیدی محکوم کرد. البته این رأی در مرحله تجدیدنظر به استناد اینکه ماده ۱۲۵ قانون تعزیرات به هنگام صدور رأی منسوخ بوده، نقض گردید.^۱

رأی دادگاه بدوی در پرونده فوق حاکی از آن است که هرگاه دستگاه یا هر وسیله‌ای قبلاً به نام شخصی به عنوان اختراع به ثبت رسیده باشد، شبیه‌سازی و تقلید از آن به هر نحو، ممنوع می‌باشد. نقض حکم مذکور در مرحله تجدیدنظر، چیزی از اعتبار «استدلال انجام شده در آن» نمی‌کاهد؛ زیرا دادگاه اخیر، صرف‌نظر از صحت یا سقم ادعای محکوم‌له بدوی، حکم را صرفاً به دلیل اینکه ماده ۱۲۵ قانون تعزیرات منسوخ بوده، نقض کرده است.

رویه قضایی در پرونده‌ای دیگر، ضمن تأیید استدلال فوق، قید حمایتی دیگری را (به نفع دارنده حق اختراع) بدان افزوده است. در این پرونده، «شکایت آقای حسین حبیبی به وکالت از آقای سید محمود ... علیه آقای محمدرضا ... با وکالت آقای محمد رضائی این (بود) که برابر گواهی نامه سازمان پژوهش‌های علمی و صنعتی ایران اختراع تامپون (دستمال جیبی) در اداره ثبت شرکت‌ها، به نام موکلش آقای سید محمود ... به ثبت رسیده و حق انحصاری ساخت یا فروش یا اعمال و یا استفاده از اختراع یاد شده به مدت بیست سال تعلق به شاکی دارد که متهم یاد شده، مدیرعامل شرکت ... که اجازه تولید چنین محصولی را هم ندارد، به حق انحصاری موکلش تجاوز نموده و مبادرت به تولید و مشابه‌سازی دستمال از نوع دستمال تامپون شاکی نموده و محصول تقلبی خود را به مراکز صنعتی و تولیدی طرف قرارداد موکل خود عرضه کرده است. به استناد مواد ۴۶ و ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات تقاضای رسیدگی و مجازات متهم را کرده است. متهم در دفاع از خود گفته است در زمان شروع به کار خود از وجود شرکت شاکی مطلع بوده است؛ ولی نظر به اینکه اختراع شاکی حدود چهل یا پنجاه سال قبل در کشورهایی مثل فرانسه و آلمان تولید می‌شده و اختراع جدید محسوب نمی‌شده است.

۱. دادنامه شماره ۶۶۶ مورخ ۱۳۷۶/۶/۱۰ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

لذا عین مشابه سازی شاکی را نیز خود وی در ایران انجام داده است وکیل متهم نیز ضمن تکرار اظهارات موکلش گفته است موکلش دعوی بطلان اختراع شاکی را در شعبه ۱۳۱۲ مطرح و به کلاسه ۱۲۴۶/۱۳۱۲/۸۱ ثبت و در جریان رسیدگی قرار دارد تقاضای برائت موکلش را از بزه انتسابی کرده است. علی هذا آنچه که محرز و مسلم است متهم قبل از طرح دعوی بطلان اختراع شاکی و قبل از اثبات ادعایش در خصوص اینکه مورد اختراع شاکی حدود چهل الی پنجاه سال پیش در کشورهای خارجی اختراع و تولید گردیده است، خود مبادرت به تولید و مشابه سازی محصول شاکی نموده که اختراع آن محصولی به نام شاکی ثبت و به مدت بیست سال در انحصار وی می باشد. بنابراین با توجه به ثبت اختراع به نام شاکی و مالکیت انحصاری وی به مدت بیست سال در آن اتهام متهم را محرز دانسته و به استناد بند (ج) ماده ۲۴۹ قانون مجازات عمومی سابق و مواد ۴۶ و ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات متهم موصوف را به نود یک روز حبس تعزیری و رفع تجاوز و تعدی نسبت به حق اختراع شاکی از طریق توقف تولید و مشابه سازی توسط متهم صادر و اعلام می دارد و نظر بر اینکه متهم فاقد سابقه کیفری می باشد، لذا به موجب بند پنج ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مستحق تخفیف در مجازات بوده لذا مجازات حبس متهم را به دو میلیون ریال جزای نقدی تخفیف می دهد...»^۱.

در پرونده فوق، دادگاه به این مسأله مهم توجه نداشته که اگر یک محصول، در خارج از کشور قبلاً اختراع شده و مورد استفاده بوده و پس از آن توسط یک ایرانی در ایران به عنوان اختراع ثبت شده باشد، دیگر نمی توان آن را «اختراع» به مفهوم واقعی آن محسوب داشت. چراکه یک محصول، با ویژگی های معین، فقط یک بار اختراع می شود و «اختراعی قابل ثبت است که حاوی ابتکار جدید .. باشد»^۲. بنابراین، شایسته این بود که دادگاه، با توجه به اختیارات اعطایی در قانون آیین دادرسی کیفری، تحقیقات بیشتری را در خصوص «تازگی» اختراع ثبت شده شاکی انجام داده یا به متهم فرصت ارایه دلیل در این خصوص می داد.

۱. ر.ک.: دادنامه شماره ۱۷۶۰ مورخ ۱۳۸۱/۹/۱۶ شعبه ۱۳۱۰ دادگاه عمومی تهران و دادنامه شماره ۴۳۰۴ مورخ ۱۳۸۱/۱/۳۰، شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، در ابرام همین رأی.

۲. ماده ۳۷ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰ و ماده ۲ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری، مصوب ۱۳۸۶/۸/۷ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی؛ در مورد ضرورت «تازگی» اختراع برای ثبت آن، نک: جعفرزاده، میرقاسم و محمودی، اصغر، «شرایط ماهوی حمایت از اختراع در نگاه رویه قضایی و اداره ثبت اختراعات»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، ص ۷۵ به بعد.

در خصوص محصولات ساده و در عین حال ابتکاری، از آن جهت که فرایند معکوسی قابل تصور نیست، نمی‌توان به مهندسی معکوس استناد کرد و تولید محصول مشابه، شبیه‌سازی (تقلید) محسوب گردیده و ممنوع خواهد بود. به همین دلیل، تولید بستنی از سوی متهم، در قالب ابتکاری (دوقلو) که پیشتر توسط شاکی به عنوان اختراع ثبت شده، نقض حق اختراع محسوب گردیده است.^۱ زیرا قالب متعلق به دیگری به راحتی قابل شبیه‌سازی است و ادعای عملیات ابتکاری یا طی فرایند پیچیده در خصوص آن بی‌معنا خواهد بود.

۳-۱. مزایا و معایب مهندسی معکوس

این اعتقاد وجود دارد که مهندسی معکوس، از آن جهت که تولید محصولات مشابه و پیشرفته‌تر شدن دستگاه‌ها یا ایمنی بیشتر آنها در مقابل نفوذ دیگران را در پی دارد، در راستای منافع عمومی بوده و لذا نباید با آن مخالفت کرد.^۲ هدف حمایت از مالکیت‌های فکری، فراهم ساختن انگیزه برای سرمایه‌گذاری در علوم مشترک جهانیان است. این حمایت، از جمله مستلزم آن است که افراد دیگر در دستیابی به نتیجه دانش دیگران یا روش رسیدن به آن نتیجه، محدودیتی نداشته باشند. به نظر برخی،^۳ مهندسی معکوس بر مبنای حمایت از منافع عمومی و پیشرفت علم، از قاعده حمایت از منافع خصوصی استثنا شده است.

البته موافقان مهندسی معکوس محدودیت‌هایی برای آن قایلند. از یک طرف، شخص نمی‌تواند برای تحصیل برخی از اسرار که حتی با تجزیه محصول نیز بدان آگاهی پیدا نکرده، اقدام به جاسوسی یا سرقت نماید. از سوی دیگر، مهندسی معکوس به معنای تلاش برای یافتن دانشی است که در یک محصول به کار رفته است. بنابراین، صرف کپی کردن اندیشه یا محصول متعلق به دیگری نمی‌تواند مهندسی معکوس محسوب گردد. این روش پیمودن گام‌های پیچیده‌ای برای طراحی مجدد محصول بوده و لزوماً شبیه‌سازی بدون ابتکار و ابداع نیست.^۴ به همین دلیل، از آن جهت که در مورد تراشه‌های رایانه‌ای، تفاوت میان نسخه اصلی و محصول جدید بسیار اندک است، نوعاً

۱. رأی شماره ۶۸۶-۱۳۴۵/۸/۳۰ شعبه ۲۱ دادگاه جنحه تهران؛ به نقل از امامی، نورالدین، حق مخترع (مطالعه تطبیقی، فصلی از مالکیت فکری)، انتشارت دانشگاه تهران، ۱۳۵۰، صص. ۱۷۶-۱۷۷.

2. Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141 (1989).

3. Milgrim, Roger M., Milgrim on Trade Secrets, 1999, § 1.05[5], Cited in: Uhrich, Craig L., "The Economic Espionage Act: Reverse Engineering and the Intellectual Property Public Policy", Michigan Telecommunications & Technology Law Review, Vol. 7, 2001, p. 155.

4. Brooktree Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc., 977 F.2d 1555 (Fed. Cir. 1992).

دادگاه‌ها، در این مورد که محصول جدید با مهندسی معکوس تولید شده یا صرفاً کپی نمونه اصلی است، به استناد معاینه محل، تصمیم‌گیری می‌کنند.

در مورد سازه‌های پیچیده، برای مثال، طراحی مجدد یک پل معلق بزرگ، مدارک و اسناد موجود (از جمله، طرح‌ها، نقشه‌های سه بعدی و قالب‌های ریخته‌گری اولیه، اسکنرهای لیزری و سطح‌نگارها و دستگاه‌های برش و تولید) نشان خواهد داد که یک تیم مهندسی در این عملیات نقش داشته است. به علاوه، در اکثر موارد، شبیه‌سازی برای طراحی برخی از قطعات ریز و/یا دقیق کافی نیست و مهندسان مجبورند که از توان و ابتکار خویش برای تکمیل طرح استفاده کنند. حتی طراحی مجدد تصاویر، قالب‌ها، نمونه و خط تولید محصول شبیه‌سازی شده، فرایند بسیار پیچیده‌ای به شمار می‌آید که همین امر، مهندسی معکوس و فرایند پیچیده آن را به شیوه‌ای پرهزینه برای دست یافتن به محصول دانش دیگران بدل ساخته است.

استدلال دیگر برای حمایت از مهندسی معکوس آن است که بازاریابی برای محصول مهندسی معکوس، مبدعان محصول اولیه را بدین سوی ترغیب می‌کند که فرآورده خود را برای اینکه همچنان در عرصه رقابت پیشرو باشند، ارتقا دهند. وجود محصولات مشابه، همچنین باعث رقابت سالم و قیمت‌های مناسب می‌شود.

منع کلی تقلید یا شبیه‌سازی از کار دیگران، دارای این ایراد است که فعالیت‌های تحقیقاتی را در بسیاری از حوزه‌ها مختل می‌سازد. بنابراین در تعارض میان حق بر اسرار تجاری متعلق به مالک محصول اولیه (اصل) و حق بر اختراع مالک محصول شبیه‌سازی شده، نباید صرف تقدم تاریخ ساخت اثر اول و الگوبرداری شخص دوم، بدون توجه به فناوری نوین یا تفاوت‌های محصول دوم، مبنای صدور رأی قرار گیرد.

در نقطه مقابل، می‌توان استدلال کرد که استفاده از نتیجه کار دیگران که در اکثر موارد، حاصل صرف وقت و هزینه بسیار زیاد است، نباید با توجیهاتی که هیچ‌کدام در عمل و به عنوان قاعده‌ی کلی اثبات نشده‌اند، مجاز شناخته شود. باید توجه داشت که اگر مقصود از مهندسی معکوس، شکستن قفل محصول دیگران و استفاده از آن باشد، بدون تردید باید آن را از مصادیق بارز نقض حقوق متعلق به دیگران محسوب داشت. به علاوه، در صورتی که مهندسی معکوس، نقض حق بر اسرار تجاری باشد، باید آن را در ردیف شیوه‌های نقض حقوق مالکیت فکری به شمار آورد.^۱

برخی از اشخاص و شرکت‌ها، معتقدند مهندسی معکوس باید به عنوان عمل نامشروع قلمداد شود. زیرا به دست آوردن محصول آماده و استفاده از این ساز و کار

1. Uhrich, op. cit, p. 149

برای پی بردن به نحوه کار آن و در نتیجه عرضه محصول شبیه سازی شده به عنوان دستاورد شخصی به بازار، کار چندان دشواری نیست.^۱ بنابراین در صورت وجود تشابه اثر معکوس شده با اثر اصلی، باید به جای به رسمیت شناختن فعل عامل، از نقض حقوق مالکیت فکری از سوی او سخن گفت.

اما نباید از مزایای مهندسی معکوس چشم پوشی کرد. این روش، بهترین و گاه تنها شیوه برای آموزش ترکیب اجزای به تنهایی بی ارزش برای ساختن مجموعه ای هدفمند است. به علاوه، از این طریق معایب سامانه اصلی آشکار شده و تعمیر آن امکان پذیر می شود. همچنین، با مهندسی معکوس در آثار متعلق به دیگران، می توان کاستی ها آنها را از بین برده و هر روز به محصولاتی با ایرادات کمتر دست یافت.

با توجه به آنچه گفته شد، می توان دریافت که مسأله اصلی آن است که آیا می توان مهندسی معکوس را به طور کلی مجاز دانست یا اینکه باید حدودی برای جواز آن تعیین کرد؟ از سوی دیگر، آیا می توان به اشخاص اجازه داد که در روابط قراردادی خود، در خصوص ممنوعیت مهندسی معکوس نسبت به محصول معین توافق کنند یا خیر؟ چنین مسائلی از جمله با فلسفه حقوق مالکیت فکری و وضع مقررات در این حوزه ارتباط می یابد. چنانچه در یک پرونده^۲ گفته شده، «هدف اصلی از حمایت از حق بر اثر (کپی رایت)، پاداش دادن به کار مؤلفان نیست، بلکه ترویج پیشرفت علم و هنرهای سودمند است».

۲. چالش های حقوقی مهندسی معکوس

تعارضی که اغلب میان حقوق متعلق به دیگران و مهندسی معکوس وجود دارد، برخی از مزایای مهندسی معکوس و گاه تفاوت های محصول جدید با محصول اصلی موضوع حمایت یا مقابله با مهندسی معکوس را به بحثی چالش برانگیز تبدیل کرده است. ویژگی های که برای دانش می توان ذکر کرد و حقوقی که از ثبت اختراع ناشی می شوند، از جمله مهمترین چالش های موجود در تعیین قواعد حقوقی حاکم بر مهندسی معکوس به شمار می آیند.

۲-۱. اوصاف دانش و مبانی حمایت از آن در قبال مهندسی معکوس

گفته می شود که نقض حق دارنده دانش، از جمله در قالب مهندسی معکوس، مانند آن است که دارنده کیکی داشته باشد که برداشتن تکه ای از آن به وسیله دیگری،

1. Behrens, Brian C., & Reuven R Levary, "Legal Aspects - Software Reverse Engineering and Copyright: Past, Present and Future", John Marshall Law Review, Vol. 31 (1), 1997-98, p. 5.

2. Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).

به معنای تمام شدن کیک یا محروم شدن دایمی و کامل مالک از آن نیست.^۱ در عین حال، باعث کاسته شدن از ارزش «مادی» آن دانش شده و تعرض به ارزش «فکری» آن نیز محسوب می‌شود. چراکه شخص دوم ممکن است اثر متعلق به دیگری را با کمی تغییر در شکل ظاهری با نام و علامت تجاری خود عرضه نماید.

مثال فوق، به خوبی مبین «ارزش محدود دانش» است. زیرا دانش ممکن است ارزش خود را در طول زمان یا به دلیل دستیابی عده زیادی به آن، به طور کامل از دست بدهد (همانند کیک) که از نظر تعداد افرادی که می‌توانند آن را بخورند، محدودیت عرفی دارد). البته این وصف، تنها در مورد جنبه «تجاری/مادی» دانش صدق می‌کند. با توجه به اینکه ارزش دانش، در بدو امر، از صرف زمان، هزینه و اندیشه برای تولید و تکمیل آن ناشی می‌شود؛ وصف دیگر، «ارزش دایمی دانش» است. اگرچه در طول زمان ممکن است ارزش دانش به شدت کاهش یابد، اما ارزش آن به صفر نمی‌رسد. چراکه اندیشه آن را می‌توان به عنوان جزئی از نوآوری‌های دیگر به کار گرفت. برای مثال، «گاری» ممکن است امروزه کارآیی چندانی نداشته باشد، اما اندیشه ساخت چرخ و حرکت دوار آن، همیشه پیشران دانشمندان به سوی اندیشه‌های بهتر و پیچیده‌تر بوده است.

وصف دیگر، «تدریجی بودن دانش» است. علم در طول زمان و اغلب با واکاوی، بازنگری و تکمیل اندیشه‌های دیگران پیشرفت می‌کند و اصولاً هیچ دانشی به طور اتفاقی و بدون منشأ به دست نمی‌آید.

همه اوصاف مذکور، امکان آن را فراهم می‌سازد که دانش در صورت تعرض، مورد حمایت قرار گیرد؛ حمایت از آن بر حسب تاریخ تولید و میزان استفاده به حداقل یا صفر برسد و استفاده بدون مجوز از دانش دیگران با هر هدف یا انگیزه‌ای - از جمله تکمیل آن - منع گردد. به علاوه، اوصاف مذکور نشان می‌دهد که مهندسی معکوس تنها در حیطه علوم فنی - مهندسی و پایه قابل طرح است و برای مثال یک اندیشه تاریخی - به عنوان تاریخ - قابل بازسازی نیست. البته این تردید ممکن است مطرح باشد که برای نمونه، آیا می‌توان یک الگوی بازاریابی را که پس از مطالعات دانشگاهی و میدانی فراوان به ثمر نشست، از طریق استقراء به دست آورد و اگر چنین عملی انجام شود، آیا صاحب ایده می‌تواند حمایت از آن را بر مبنای منع مهندسی معکوس مطالبه کند؟

1. Moohr, Geraldine Szott, "Federal Criminal Fraud and the Development of Intangible Property Rights in Information", University of Illinois Law Review, 2000, pp. 692-93.

در پاسخ باید گفت که ایده‌هایی همانند موردی که ذکر شد، مورد حمایت هستند، اما حمایت از آنها با توسل به منع مهندسی معکوس نیست. چراکه از یک سو، منع صریحی در این خصوص وجود ندارد و از سوی دیگر، حتی در فرض منع مهندسی معکوس، اثبات اینکه به دست آوردن ایده از این طریق بوده، دشوار است. حمایت از این دسته از حقوق، امروزه در قالب حمایت از نام و علائم تجاری و حتی پوشش تجاری^۱ انجام می‌گیرد.^۲

از آن جهت که اندیشه منجر به تولید اثر مورد حمایت نیست (یعنی از خود اثر حمایت می‌شود نه از اندیشه‌ای که منجر به تولید آن شده)، لذا مسأله مهندسی معکوس به ندرت در مورد اندیشه‌هایی که پایه علوم هستند، مطرح می‌شود.^۳ برای مثال، حمایت از الگوریتم‌های ریاضی به عنوان حق اختراع امکان‌پذیر نیست. چراکه پایه‌های علم همواره وجود دارند و بدون آنها انجام کار علمی غیرممکن است.^۴ در حقوق کشورمان، به موجب بند الف ماده ۴ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، «کشفیات، نظریه‌های علمی، روشهای ریاضی و آثار هنری» از حیطه حمایت از اختراع خارج است.

بنابراین شرکت الف نمی‌تواند به صرف اینکه شرکت (ب) در تولید محصول مشابه از محاسبات ریاضی یکسانی استفاده کرده، مدعی نقض حق اختراع خود شود. اما در صورتی که الگوریتم‌های ریاضی توسط یک شخص، در قالب معناداری برای تولید اثر خاصی به کار رفته باشد، آنها را باید «رمزهای پایه» نامید. چنین رمزهایی در قالب حق بر اثر (کپی‌رایت) مورد حمایت قرار می‌گیرند.^۵ هرچند، همان‌گونه که در مورد پرونده سگا و آتاری نیز مطرح شده، استثناهایی برای این حمایت وجود دارد.

۲-۲. چالش‌های مهندسی معکوس از منظر حق اختراع

در رابطه با حق اختراع و مهندسی معکوس، حالت‌های مختلفی قابل تصور است: نخست اینکه، در فرضی که یک اختراع به تولید انبوه رسیده باشد، بحث رقابت در خصوص آن مطرح می‌گردد و لذا پذیرش مطلق مهندسی معکوس ممکن است نقض

1. Trade Dress.

۲. بند ب ماده ۴ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶/۸/۷، «طرح‌ها و قواعد یا روش‌های انجام کار تجاری و سایر فعالیت‌های ذهنی و اجتماعی» را از حیطه قواعد حمایت از اختراع خارج دانسته است. در ایالات متحده، حقوق ناشی از پوشش تجاری همانند علامت تجاری به موجب قانون Lanham Act (the US Trademark Act) مورد حمایت قرار گرفته است.

3. Uhrich, op. cit, p. 158.

4. Gottschalk v. Benson, 409 U.S. 63 (1972).

5. Lande, Robert H. & Sturgis Sobin, "Reverse Engineering of Computer Software and U.S. Antitrust Law", Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 9, 1996, pp. 240-242.

حقوق رقابت (رقابت ناعادلانه) محسوب گردد.^۱ برای مطرح نشدن چنین شائبه‌ای، محصول جدید باید به نحوی طراحی شود که حتی در فرض شباهت به محصول اصلی، تفاوت‌های کافی - در حدی که دعوای نقض حق اختراع را غیرمسموع سازد - با آن داشته باشد.

البته اگر اندیشه کار همان اندیشه محصول اصلی باشد، نمی‌توان صرف تفاوت ظاهری را تفاوت عمده محسوب داشت.^۲ برای حل این اشکال، بهترین راه حل تولید محصولی با توان و قابلیت‌هایی بیشتر یا متفاوت است. این کار با توجیه حمایت از دستاوردهای علمی جدید و منافع عمومی، دعوای حق اختراع را بی‌اثر خواهد ساخت. دوم اینکه، تولید قطعات محصول شرکت رقیب از طریق مهندسی معکوس و عرضه تجاری آن عموماً مجاز شناخته می‌شود. از این رو و برای مثال، قطعات خودروی معین که طراحی منحصر به فردی دارد، ممکن است توسط شرکت‌هایی غیر از سازنده خودرو تولید و عرضه گردد. مشروط بر اینکه از علامت تجاری سازنده اصلی بر روی محصولات تولیدی استفاده نشود.

در ایالات متحده، تولید قطعات تعمیری و تعمیر محصول اختراع شده توسط دیگران مجاز شناخته شده است.^۳ تولید قطعات تعمیری، به طور معمول در حدی نیست که تمام محصول، تولید و در نتیجه با علامت تجاری دیگری عرضه شود. چراکه تولیدکنندگان قطعات، مواردی را تولید می‌کنند که صرفه اقتصادی داشته باشد؛ به همین دلیل و برای مثال در مورد خودرو، تولید قطعات بزرگ و بدنه معمولاً در شرکت مادر انجام می‌گیرد.

سوم اینکه، در مورد محصول معین، اگر اثبات شود برخی از قطعات کاملاً نوآورانه و توسط شرکت شبیه‌ساز ساخته شده و برخی دیگر حاصل نقض حق اختراع دارنده محصول اصلی هستند، تحلیل رابطه طرفین (مالک نسخه اصلی و محصول جدید)، دشوار خواهد بود. زیرا به نتیجه رسیدن دعوای حق اختراع از سوی شخص اول، امکان

1. Mahajan, Anthony, "Intellectual Property, Contracts, and Reverse Engineering After ProCD: A Proposed Compromise for Computer Software", Fordham Law Review, Vol. 67, 1999, pp. 3317-3318.

۲. برای بحث تفصیلی، ر.ک.: باقری، محمود، و مریم گودرزی، «مقایسه نظام حمایتی اسرار تجاری و نظام حق اختراع»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال سی و نهم، شماره ۱ (پیاپی ۹)، بهار ۱۳۸۸، صص. ۴۱-۶۲.

3. ARO Mfg. Co. v. Convertible Top Replacement Co., 365 U.S. 336, 346 (1961).

تولید تجاری محصول دوم را غیرممکن می‌سازد.^۱ در این موارد، به نظر می‌رسد باید تعادلی منطقی میان تشویق اختراع و حمایت از حق رقابت دارنده محصول اصلی برقرار کرد.^۲

۳. مهندسی معکوس در نرم‌افزارهای رایانه‌ای

وجود اینترنت و امکان دسترسی به نرم‌افزارهای مختلف به صورت آن‌لاین (برخط)، نرم‌افزارهای رایانه‌ای را در قبال اقدامات مجرمانه‌ای همچون انواع مختلف نقض حقوق پدیدآورنده، به شدت آسیب‌پذیر کرده است. به همین دلیل، رویه قضایی و عملی پرباری در سراسر جهان برای حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزار شکل گرفته و قوانین خاصی در این رابطه به تصویب رسیده است. با توجه به اینکه مهندسی معکوس می‌تواند به عنوان یکی از راه‌های استفاده بدون مجوز از نرم‌افزار به کار گرفته شود، در سه بند جداگانه به بررسی ابعاد حقوقی مهندسی معکوس در نرم‌افزارهای رایانه‌ای می‌پردازیم.

۳-۱. قواعد حمایت از نرم‌افزارهای رایانه‌ای در برابر مهندسی معکوس

در مورد نرم‌افزارهای رایانه‌ای، پس از بحث‌های فراوان، حمایت از طریق مقررات فکری، بهترین راهکار برای پدیدآورندگان چنین آثاری محسوب گردیده است.^۳ اما آیا نظام موجود، پاسخگوی موارد جدیدی که تعارض آنها با حقوق مالکیت معنوی محل تردید است، همچون مهندسی معکوس می‌شود؟

یکی از مشکلات، از مقایسه برنامه‌های رایانه‌ای با آثار سنتی همچون حق نشر و تألیف ناشی می‌شود. هرچند نرم‌افزارها و برنامه‌ها، همانند آثار مکتوب، قابلیت بازچاپ، نسخه‌برداری قانونی یا غیرقانونی و... را دارا هستند، اما تفاوت‌های عمده‌ای میان این دو وجود دارد: برنامه‌های رایانه‌ای در قالب رمز نوشته شده و تنها برای رایانه‌ها خوانا هستند. از طرف دیگر، این رموز صرفاً حروف یا اعدادی که کنار هم گذاشته شوند، نیستند. بلکه در مواردی آنها سیستم عامل (راه‌انداز و مجری) رایانه را تشکیل داده و فرایندهای بسیار پیچیده‌ای را میسر می‌سازند.

در مورد نرم‌افزار، امکان شبیه‌سازی نسخه اصل توسط دیگران به نحو جدی‌تری مطرح می‌باشد. برای پیشگیری از این اقدام، ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷

1. Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp., 416 U.S. 470 (1974).

2. Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141, 146, 156-57 (1989).

3. Finkel, Evan, "Copyright Protection for Computer Software in the Nineties", Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Vol. 7, 1991, p. 203.

قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای، مصوب ۱۳۸۳/۴/۲۱ هیأت وزیران مقرر می‌دارد: «اشخاصی که نرم‌افزاری را با تغییراتی که عرفاً نتوان آن را یک نرم‌افزار جدید به حساب آورد، به نام خود ثبت، تکثیر، منتشر، عرضه و یا بهره‌برداری نمایند، حقوق پدیدآورنده نرم‌افزار یاد شده را نقض کرده‌اند». این حکم در آیین‌نامه در شرایطی مقرر شده که متن قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای در خصوص ممنوعیت شبیه‌سازی نرم‌افزار ساکت است.

مهندسی معکوس نسبت به نرم‌افزار، در موارد کاملاً استثنایی مجاز شناخته می‌شود. برای نمونه، «پیدا کردن زبان برنامه مورد استفاده توسط پدیدآورنده در زمان تدوین نرم‌افزار .. حقی است که از طریق دستورالعمل ۱۴ می ۱۹۹۱ وارد حقوق کشورهای عضو اتحادیه اروپا شده است».^۱ این عمل که به دی‌کمپایل کردن (Decompile) معروف است، در صورتی مجاز می‌باشد که «برای ایجاد تعامل هم‌زمان نرم‌افزار و مرتبط ساختن آنها با یکدیگر به منظور به کار انداختن مجموعه سیستم، اجتناب‌ناپذیر باشد». همچنین «دی‌کمپایل کردن باید توسط اشخاصی انجام شود که به موجب قانون یا قرارداد حق بهره‌برداری از نرم‌افزار را دارند».^۲

از برخی از مواد قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای می‌توان دریافت که حمایت از نرم‌افزار اصل نباید چنان گسترده تفسیر شود که مانع ابتکار و نوآوری باشد. در واقع، اگرچه «در صورت وجود شرایط مقرر در قانون ثبت علائم و اختراعات، نرم‌افزار به عنوان اختراع شناخته می‌شود» (ماده ۲). اما، «پدید آوردن نرم‌افزارهای مکمل و سازگار با دیگر نرم‌افزارها با رعایت حقوق مادی نرم‌افزارهای اولیه مجاز است» (ماده ۵ همان قانون) و نقض حق اختراع پدیدآورنده اصلی محسوب نمی‌شود.

برای ساخت نرم‌افزارهای مکمل و سازگار، تجزیه و تحلیل نرم‌افزار اصلی، تا حدی ضرورت دارد. باید توجه داشت که نرم‌افزار جدید امکان دارد اساساً «اختراع» محسوب نگردد، اما در صورتی که اصیل و ابتکاری بوده و صورت مادی داشته باشد به عنوان اثر فکری و در قالب حقوق مالکیت ادبی و هنری (کی‌رایت) مورد حمایت خواهد بود.^۳

البته حمایت از نرم‌افزارهای مکمل و سازگار به معنای حمایت از شبیه‌سازی نیست. رویه محاکم مبین آن است که در وضعیت فعلی حقوق ایران (حتی پیش از

۱. زرکلام، ستار، حقوق مالکیت ادبی و هنری، چاپ نخست، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۰.

۲. همان، ص ۱۹۱.

۳. انصاری، باقر، «شرایط اثر قابل حمایت در نظام مالکیت ادبی و هنری (کی‌رایت)»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۵، بهار و تابستان، ۱۳۸۶، ص ۱۱۳.

تصویب قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای)، به استناد ماده ۲۳ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان)، کپی برداری از نرم افزار متعلق به دیگری، حتی اگر شکل ظاهری یا طرز اجرای آن تفاوت اندکی با نرم افزار اصلی داشته باشد، ممنوع بوده و عنوان مجرمانه دارد.^۱

۲-۳. نرم افزارهای سازگار و چالش های حقوقی ناشی از آن

پرسشی که در اینجا می توان طرح کرد این است که آیا پدید آوردن نرم افزارهای سازگار با سخت افزارهای متعلق به دیگران، از نظر قانونی مجاز می باشد یا خیر؟ ماده ۵ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای، در مقام بیان، پدید آوردن نرم افزارهای سازگار با دیگر نرم افزارها را تنها تحت شرایطی اجازه می دهد و اشاره ای به وضعیت حقوقی سازگار کردن نرم افزار از سوی یک شخص با سخت افزار متعلق به دیگری ندارد. حال آنکه در کشورهای مطرح در تولید سخت افزارهای رایانه‌ای، این مسأله بارها به دادگاه کشیده شده است. چراکه برخی از شرکت های مشهور همچون *اینتل* و *مایکروسافت* ضمن توافق با یکدیگر، سخت افزارها و نرم افزارهای سازگاری تولید می کنند که با سامانه های متعلق به شرکت های دیگر هماهنگ نبوده و به هنگام اجرا با مشکلات عدیده ای روبرو می شوند. برای مثال، دارنده رایانه به هنگام نصب برنامه یا اتصال به اینترنت، ممکن است با هشدارهایی همچون «نرم افزار شما اصل نیست» یا «سخت افزار شما مورد تأیید مایکروسافت نیست»، روبرو شود. ارتباط این بحث با موضوع مقاله در آن است که برای ایجاد سازگاری میان نرم افزار و سخت افزار، گاه پی بردن به رمز و طرز اجرای برنامه در سخت افزار یا تجزیه و تحلیل ریزپردازنده ها و تراشه های الکترونیکی سخت افزار اصلی ضرورت می یابد و این امر مستلزم بهره گیری از فناوری های مهندسی معکوس است. پرونده سگا^۲ نشان می دهد که چگونه تلاش برای سازگاری نرم افزار و سخت افزار می تواند منجر به طرح مسأله در محاکم قضایی شود.

شرکت با مسئولیت محدود سگا، تولیدکننده و بازاریاب بازی های ویدئویی خانگی و نوار مربوط به آنهاست. در زمان بروز اختلاف، شرکت دیگری به نام آکولاد، که برخلاف سگا، دستگاه های منحصر به فردی برای اجرای بازی نداشت، تنها نوار بازی تولید می کرد. این نوارها در دستگاه های چند شرکت دیگر - غیر از سگا - قابل اجرا بودند. آکولاد درصدد تولید نواری بود که در دستگاه های سگا قابل اجرا باشد، اما سگا

۱. ر.ک.: کیفرخواست شماره ۷۰/۱۱/۶-۳۶۶۷ به نقل از روزنامه اطلاعات، مورخ ۱۳۷۳/۳/۲۶.

2. Sega Enter., Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

با این امر مخالفت می‌کرد. برای هم‌خوانی با دستگاه‌های سگا، شرکت آکولاد چند نوار بازی سگا را خریداری کرد و با مهندسی معکوس به رمز بازی‌ها و نحوه اجرای آنها پی برد. پس از این امر، آکولاد توانست دستگاه‌هایی بسازد که با نرم‌افزارهای همان شرکت کار می‌کردند و در سال ۱۹۹۰، فروش نوارهای بازی خود را آغاز کرد.

با اقدام دیگر شرکت‌ها برای تولید و تقلید بازی‌های سگا، این شرکت ویرایش جدیدی از بازی‌های ویدیویی به نام (Genesis III) را ابداع کرده و آن را رمزگذاری نمود. سگا این رمز را تنها در اختیار شرکت‌های دارای پروانه از سوی خود قرار می‌داد. آکولاد در اقدامی مشابه با رمزگشایی محصولات سگا از طریق مهندسی معکوس، بازی‌های مشابهی را به نام خود روانه بازار کرد.

با کشف کپی شدن رمزها از سوی آکولاد، شرکت سگا دعوی را به خواسته نقض حق بر اثر علیه آکولاد طرح کرد. دادگاه بخش، با احراز تخلف آکولاد از حقوق انحصاری شرکت سگا، دستور منعی را علیه آکولاد صادر کرد.

در دادگاه تجدیدنظر، آکولاد دعوی را با خواسته رفع مزاحمت و نقض قرار منع دادگاه بدوی اقامه کرد. آکولاد از جمله استدلال می‌کرد که، (۱) در حالتی که نتیجه تولید (محصول) ماهیتاً مشابه با برنامه‌ای نباشد که حق بر اثر دارد، نمی‌توان آن را نقض این حق دانست. (۲) از هم باز کردن برنامه رایانه‌ای (رمزخوانی/ دی‌کامپایل)، در صورتی که با هدف پی بردن به ایده برنامه و طرز کار آن باشد، نقض حق بر اثر نیست. (۳) کپی کردن یک برنامه در صورتی که تجزیه و تحلیل آن برای یک دستگاه ضرورت داشته باشد، به موجب قوانین ایالات متحده^۱ مجاز است. (۴) از هم باز کردن برنامه رایانه‌ای به عنوان یک استثنا و در قالب استفاده منصفانه، منعی ندارد.

دادگاه تجدیدنظر، در این میان، استدلال چهارم را پذیرفته و تجدیدنظرخواهی آکولاد را وارد دانست. مطابق با قانون مذکور، برای احراز استفاده منصفانه، معیارهای زیر در نظر گرفته می‌شود:

(۱) هدف یا وصف بهره‌گیری؛ از جمله اینکه ماهیت تجاری داشته یا با هدف علمی بوده است.

(۲) ماهیت اثر مورد حمایت.

(۳) هزینه و سرمایه‌ای که برای اثر مورد حمایت صرف شده است.

(۴) اثر تولید تجاری محصول بر قیمت و ارزش تجاری کالای اصلی.

1. 17 U.S.C. § 117: Limitations on exclusive rights: Computer programs for Lawyers, Law Students, etc.

دادگاه تجدیدنظر از جمله استدلال کرد که نظم و منافع عمومی رقابت را در صنعت تجویز می کند و لذا نسخه برداری از یک برنامه با هدف به دست آوردن رمز و همسان سازی محصولات خود با آن، مجاز است.

در پرونده دیگری، موسوم به آتاری،^۱ موضوع تولید برنامه سازگار با سخت افزار متعلق به دیگری، به نحو متفاوتی مطرح گردید؛ در این پرونده، شرکت نینتندو، دعوایی را علیه شرکت بازی های آتاری به خواسته نقض حق بر اثر و حق اختراع طرح کرد. نینتندو تولیدکننده دستگاه های بازی ویدیویی بود و آتاری سعی داشت تا نوارهایی را تولید کند که در دستگاه های نینتندو قابل اجرا باشد. نینتندو برای پیشگیری از تقلید دیگران، با صرف هزینه ای بسیار، کلید الکترونیکی پیچیده ای را برای سامانه خود طراحی کرده بود. به گونه ای که تنها نوارهای دارای آن کلید بر روی دستگاه های آن شرکت قابل اجرا بودند.

برای به دست آوردن این رمز، تولیدکننده بازی های رایانه ای باید از نینتندو مجوز دریافت کرده و نوارهای مخصوص را که دارای کلید الکترونیکی بودند از نینتندو خریداری می کرد. به عبارت دیگر، اگر بازی در نوارهای مخصوص ذخیره نمی شد، در دستگاه های نینتندو اجرا نمی شد.

آتاری سعی کرد تا از طریق مهندسی معکوس به رمز سامانه دست یابد. حتی در یک عملیات مهندسی، شرکت آتاری اقدام به کاوش میکروسکوپی تراشه حاوی رمز الکترونیکی کرد؛ اما علی رغم صرف هزینه و زمان طولانی موفق به دست یافتن به رمز نشد. پس از چندین اقدام مشابه دیگر برای دست یافتن به رمز، آتاری با استفاده از یک شگرد متقلبانه و با این ادعا که رمز مذکور را برای طرح دعوی حق بر اثر علیه نینتندو نیاز دارد، موفق شد نسخه ای از رمز مبدأ^۲ را از اداره حقوق فکری دریافت نماید. آتاری از این رمز برای بازگشایی سامانه نینتندو استفاده کرد و توانست نوارهای بازی خود را با دستگاه های آن شرکت همخوان نماید.

با طرح دعوا از سوی نینتندو علیه آتاری، دادگاه دستور موقتی علیه آتاری صادر کرد. در مقام تجدیدنظر، آتاری استدلال می کرد که این شرکت از ریزپردازنده متفاوت، دستورالعمل جداگانه و زبان رایانه ای کاملاً متمایز در طراحی برنامه خود استفاده کرده است.

1 . Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc., 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).

۲ . Source Code: زبان اصلی که یک برنامه رایانه ای به آن نوشته می شود.

دادگاه در حمایت از آتاری اظهار داشت: «صاحب اثر نمی‌تواند با قرار دادن ایده، فرایند یا روش کار در قالبی نامفهوم از حمایتی مشابه حق اختراع بهره‌مند شود و علیه اشخاصی که برای فهمیدن آن ایده، فرایند یا روش کار کوشیده‌اند، مدعی نقض حق بر اثر شود».

دادگاه تا آخرین لحظه در راستای شناسایی حق بهره‌مندی منصفانه برای آتاری پیش رفت، اما از آن جهت که آتاری رمز اصلی سامانه نیتندو را به شیوه‌ای غیرقانونی تحصیل کرده بود، دفاع استفاده منصفانه را به رسمیت نشناخت. چراکه برای استفاده از این دفاع، به نظر دادگاه شخص باید دستانی پاک (حسن نیت) داشته باشد. به عبارت دیگر، به دست آوردن برنامه یا رمز باید با روش‌های مشروع تحقق یابد. در این پرونده، دادگاه علی‌رغم محکوم کردن آتاری، با تحلیل مفهوم و گستره استفاده منصفانه، این قاعده را تقویت کرد که می‌توان دسترسی به اندیشه، رموزها و فرایند متعلق به دیگران را در راستای پیشرفت فناوری، مجاز دانست.

۳-۳. تأثیر قرارداد در مهندسی معکوس نسبت به نرم‌افزار

قرارداد، به دلیل ماهیت ارادی و آزادانه خود، همواره می‌تواند به عنوان یک عامل راهگشا یا محدود کننده در رابطه طرفین آن به کار گرفته شود. این تعامل، البته اثری نسبت به اشخاص ثالث ندارد و حتی با قید شرط (در همان قرارداد) نیز نمی‌توان مشتریان هر کدام از طرفین قرارداد را به مفاد آن ملزم ساخت. راه حل آن است که متعهد به خودداری از مهندسی معکوس، التزام مشابهی را از مشتریان خود در قالب قراردادی جداگانه اخذ نماید.

در مورد نرم‌افزارهای رایانه‌ای، توافقنامه اعطای مجوز به کاربر نهایی^۱ قراردادی است که میان شرکت سازنده نرم‌افزار و کاربر (مصرف کننده) منعقد می‌شود. این قرارداد به صورت کتبی در بسته نرم‌افزار ارایه می‌شود و شروع به استفاده (نصب) نرم‌افزار از سوی کاربر به معنای قبول آن است. در واقع، ضمن نصب، کاربر مجبور است که توافقنامه‌ای را قبول کند تا بتواند برنامه را به طور کامل نصب کرده و از مزایای آن بهره‌مند شود.

به طور معمول، یکی از شرایط قرارداد این است که کاربر نمی‌تواند نسبت به آن مهندسی معکوس انجام دهد. توافقنامه مذکور ممکن است هرگونه استفاده (از جمله بهره‌برداری منصفانه) از نرم‌افزار را هم ممنوع کرده باشد. چراکه، رویه قضایی کامن‌لا

1. End User License Agreement.

توافق برخلاف استثنای قانونی (همانند مجاز بودن بهره‌برداری منصفانه) را معتبر و در روابط طرفین آن الزام‌آور محسوب داشته است.

در یک پرونده،^۱ خواندگان با همکاری یکدیگر و با استفاده از مهندسی معکوس نسبت به یک بازی رایانه‌ای آن‌لاین، امکان بازی آن‌لاین آن را برای کاربران مجانی پایگاه اینترنتی خود^۲ فراهم ساختند. بدین صورت که یک سرور مجازی غیر از سرور بازی اصلی برای کاربران خویش طراحی کردند که نتیجه آن عدم نیاز به سی‌دی بازی برای شروع و ادامه آن بود. در حالی که شرکت سازنده بازی‌های اصلی،^۳ محصولات خود را از طریق یک کلید الکترونیکی رمزگذاری کرده بود و برای دسترسی به سرور اصلی، کاربر باید نسخه اصلی سی‌دی بازی را در لوح‌خوان رایانه قرار داده و رمزهایی را وارد می‌کرد.

پیش از اقدام به مهندسی معکوس، خواندگان، هر کدام اقدام به خرید سی‌دی اصلی بازی نموده و در نتیجه به هنگام نصب، شروط قراردادی آن - از جمله شرط ممنوعیت مهندسی معکوس - را قبول کرده بودند. با توجه به وجود همین رابطه قراردادی، دادرس دادگاه با الزام‌آور خواندن توافقنامه اعطای مجوز (به کاربر نهایی) و شرایط استفاده از نرم‌افزار، که صریحاً مهندسی معکوس را نسبت به آن محصول ممنوع کرده بود، خواندگان را، از جمله، به نقض حق بر اثر (کپی‌رایت) و استفاده غیرمجاز محکوم کرد. با توجه به هدف ناپاک آنها (فراهم ساختن امکان بازی رایگان برای تمامی کاربران bnetd.org)، دادگاه دفاع «استفاده منصفانه» را رد کرد.

1 . Davidson & Associates v. Jung, 422 F.3d 630 (8th Cir. 2005).

2 . bnetd.org.

3 . Blizzard Entertainment, Inc.

مطالعات نشان می‌دهد که قرارداد، بهترین و کم‌هزینه‌ترین روش برای پیشگیری از مهندسی معکوس نسبت به محصول داخلی در داخل کشورمان است. چنانچه گفته شد، با توجه به عدم عضویت ایران در عهدنامه‌های بین‌المللی حقوق مالکیت فکری و حقوق هم‌جوار، در خارج از کشور نمی‌توان به قراردادهای داخلی حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارها و دستگاه‌های داخلی استناد کرد. زیرا، مطابق با عهدنامه‌های بین‌المللی و حقوق داخلی کشورهای مختلف، یکی از شرایط مهم حمایت از محصول خارجی، «حمایت متقابل» می‌باشد. از طرف دیگر، قید هرگونه شرط قراردادی بر روی بسته نرم‌افزار یا مجبور بودن مصرف‌کننده ایرانی (کاربر) به قبول برخی از قراردادهای پیش‌فرض به هنگام نصب نرم‌افزار یا شروع استفاده از دستگاه، هیچ‌گونه الزامی را برای طرف ایرانی در خودداری از مهندسی معکوس نسبت به محصول خارجی ایجاد نمی‌کند. مگر اینکه تولیدکننده یا واردکننده عمده محصول، پیشتر و به موجب قرارداد، تعهداتی را از حیث خودداری از مهندسی معکوس و اقدامات مشابه پذیرفته باشد؛ که در این صورت، تعهدات «قراردادی» مذکور - تا وقتی که با کاربر ایرانی به طور جداگانه و مطابق با قوانین ایران، توافق نشود - هیچ الزامی برای کاربر مذکور ایجاد نخواهد کرد. بنابراین، تا زمانی که ایران اقدامی جدی برای عضویت قطعی در سازمان تجارت جهانی به عمل نیاورد، تولیدکنندگان و کاربران ایرانی می‌توانند با توسل به انواع شیوه‌های مهندسی معکوس، تقلید و شبیه‌سازی نسبت به محصول خارجی - که به مراتب بسیار آسان‌تر از «اختراع» و «ابتکار» می‌باشد - به پیشرفت‌های شایانی در حوزه‌های مختلف علوم دست یابند. بدیهی است که دست یازیدن به چنین راهبردهایی، مانع از ابتکار و اختراع از سوی مخترعین و مبتکرین داخلی نمی‌باشد. چراکه مقررات داخلی (به ویژه قانون (جدید) ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، مصوب ۱۳۸۶/۸/۷) حمایت کافی از اختراع به عمل آورده است.

با وجود حقایق فوق نسبت به محصولات خارجی، در صنایع داخلی کشورمان، وجود قانونی که به طور صریح، شبیه‌سازی دقیق محصول متعلق به دیگران را ممنوع می‌سازد، ضروری به نظر می‌رسد. این امر، علی‌رغم اینکه تولیدکننده اصلی را در مقابل محصولات مشابه و گاه تقلبی مصون می‌سازد، به طور ضمنی باعث تشویق نوآوری در افراد و شرکت‌هایی می‌شود که خواهان تولید همان نوع محصول هستند. برای مثال، پس از تولید یک محصول با ویژگی‌های فنی و ظاهری خاص توسط شرکت (الف) در داخل کشور، حتی اگر از طریق مهندسی معکوس نسبت به محصول خارجی باشد،

صرف تقلید از نمونه تولید شده در داخل کشور، توسط شرکت‌های دیگر را باید تخلف از قواعد رقابت عادلانه و مستلزم حقی قابل حمایت برای شرکت اصلی (شرکتی که برای اولین بار محصول را در ایران تولید کرده)، محسوب داشت.

منابع:

- امامی، نورالدین، حق مخترع (مطالعه تطبیقی، فصلی از مالکیت فکری)، چاپ یکم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۰.
- انصاری، باقر، «شرایط اثر قابل حمایت در نظام مالکیت ادبی و هنری (کپی‌رایت)»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۵، بهار و تابستان، ۱۳۸۶.
- باقری، محمود؛ و مریم گودرزی، «مقایسه نظام حمایتی اسرار تجاری و نظام حق اختراع»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال سی و نهم، شماره ۱ (پیاپی ۹)، بهار ۱۳۸۸.
- جعفرزاده، میرقاسم؛ و اصغر محمودی، «شرایط ماهوی حمایت از اختراع در نگاه رویه قضایی و اداره ثبت اختراعات»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۴.
- زرکلام، ستار، حقوق مالکیت ادبی و هنری، چاپ نخست، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۷.
- Behrens, Brian C. & Reuven Levary, "Legal Aspects - Software Reverse Engineering and Copyright: Past, Present and Future", John Marshall Law Review, Vol. 31 (1), 1997-98.
- Byrne, Edward. J, "A Conceptual Foundation for Software Re-Engineering", ICSM Conference, November 1992.
- Finkel, Evan, "Copyright Protection for Computer Software in the Nineties", Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Vol. 7, 1991.
- Ignatin, Gary R, "Let the hackers hack: Allowing the Reverse Engineering of Copyrighted Computer Programs to Achieve Compatibility", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 140, 1999.
- Lande, Robert H. & Sturgis Sobin, "Reverse Engineering of Computer Software and U.S. Antitrust Law", Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 9, 1996.
- Lederman, Eli, "Criminal Liability for Breach of Commercial Confidential Information - Scope and Trend", Emory Law Journal, Vol. 38, 1989.

-
- Mahajan, Anthony J, "Intellectual Property, Contracts, and Reverse Engineering After ProCD: A Proposed Compromise for Computer Software", Fordham Law Review, Vol. 67, 1999.
 - McGowan, David, Free Contracting, Fair Competition, and Article 2B: Some Reflections on Federal Competition Policy, Information Transactions, and "Aggressive Neutrality," Berkeley Technology Law Journal, Vol. 13, 1998.
 - Moohr, Geraldine, "Federal Criminal Fraud and the Development of Intangible Property Rights in Information", University of Illinois Law Review, 2000.
 - Ruhl, Christopher A., "Corporate and Economic Espionage: A Model Penal Approach For Legal Deterrence to Theft of Corporate Trade Secrets and Proprietary Business Information", Valparaiso University Law Review, Vol. 33, 1999.
 - Simon, David R & Frank Hagan, White-Collar Deviance, Allyn & Bacon, Boston 1999.
 - Uhrich, Craig L., "The Economic Espionage Act--Reverse Engineering and the Intellectual Property Public Policy", Michigan Telecommunications & Technology Law Review, Vol. 7, 2001.

قلمرو نفوذ شرط فاسخ

عبدالله صدیقیان*

جواد جعفری ندوشن**

چکیده

متعاقدين می‌توانند با درج شرط فاسخ در قرارداد، انحلال آن را معلق به وقوع حادثه‌ای در آینده کنند. اثر چنین شرطی سقوط تعهد و تحقق آن به صورت قهری و ناظر به آینده است. توجه به نحوه درج شرط فاسخ در قرارداد و نتایج حاصل از آن، شرط نتیجه بودن شرط فاسخ را تأیید می‌کند. از طرفی آثار این شرط در محدوده حکومت اراده طرفین مورد تحلیل و بررسی می‌گیرد. لذا جهت تعیین قلمرو نفوذ شرط فاسخ می‌بایست قلمرو نفوذ اراده را بررسی کرد و موانع نفوذ اراده را موانع نفوذ شرط فاسخ دانست. ضمن اینکه شرط فاسخ ویژه عقود لازم نیست و ممکن است در عقود جایز نیز درج شود.

کلیدواژه‌ها: عقد، فسخ، انفساخ، انحلال، شرط نتیجه.

* عضو هیأت علمی گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد میبد

Asediqian@yahoo.com

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول)

jafari8260@yahoo.com

مقدمه

در حقوق کنونی اشخاص برای تنظیم روابط خصوصی خود و با توجه به نیازهای خود در حوزه‌های مختلف، اقدام به عقد قرارداد می‌کنند و بر همین اساس نیز حقوق موضوعه کشورها قوانین و مقررات مختلفی در مورد نحوه انعقاد، ادامه حیات و انحلال عقود و قراردادها تدوین نموده است. عدم رعایت این قوانین و مقررات، موجب بروز اختلاف در بین اشخاص شده و انواع دعاوی در محاکم مطرح می‌گردد. عمده‌ترین پرونده‌های مطروحه در محاکم در ارتباط با قراردادها، مربوط به اختلاف طرفین عقد در مورد انحلال یا عدم انحلال آن می‌باشد. به همین جهت نیز شناسایی عوامل و موانع انحلال عقود به لحاظ نظری و عملی دارای اهمیت می‌باشد. انحلال عقود با توجه به نقش اراده در تحقق آن به انحلال ارادی و انحلال قهری تقسیم می‌گردد. انحلال ارادی شامل اقاله و خيارات و انحلال قهری قرارداد نیز شامل شروط فاسخ، ضمان معاوضی و انحلال عقود جائز در صورت موت و حجر یکی از طرفین می‌باشد. تحلیل اقاله، خيارات، ضمان معاوضی و انحلال عقود جائز که مواد مختلفی را در قانون مدنی ایران به خود اختصاص داده است، بحث مستقل و مفصلی است که موضوع بحث این مقاله نمی‌باشد. در این مقاله کوشش شده است تا موضوع شرط فاسخ از نظر فقهی - حقوقی مورد بررسی قرار گرفته و احکام و شرایط آن تحلیل و در نهایت به این سؤال اساسی پاسخ داده شود که قلمرو نفوذ شرط فاسخ چیست و نفوذ حقوقی آن بر چه مبنایی تحلیل می‌گردد. جهت شناخت و تحلیل قلمرو نفوذ شرط فاسخ می‌بایست مفهوم، ماهیت و مبنای شرط فاسخ تبیین گردد. در این راستا ابتدا مفهوم و ماهیت حقوقی شرط فاسخ بررسی و با شناختی که به دست می‌آید، در ادامه قلمرو نفوذ شرط فاسخ و موضوع شرط فاسخ در عقود جایز مورد تحلیل قرار می‌گیرد. در نهایت نیز نتیجه پژوهش انجام‌شده ارائه می‌شود.

۱. مفهوم شرط فاسخ یا شرط انفساخ

۱-۱. طرح موضوع

برای دستیابی به مفهوم شرط فاسخ می‌بایست ابتدا به خاستگاه شرط فاسخ که نوعی شرط تعلیق است، توجه نمود. مقصود از شرط تعلیق، خواه منبع آن قرارداد باشد یا قانون، امری است که وجود یا انحلال تعهد منوط به تحقق آن است و نباید آن را با شرط به معنی «الترام تبعی» یا «تراضی فرعی و وابسته به عقد» اشتباه کرد. معنی اخیر شرط از مباحث مربوط به قواعد عمومی قراردادهاست و برای ممتاز شدن از گروه

نخست، این گونه شروط را «تقییدی» نیز گفته‌اند.^۱ با دقت در تعریف ارائه‌شده از شرط تعلیق در می‌یابیم که تعلیق یا در وجود تعهد است یا در انحلال تعهد. ممکن است در ایراد به تعریف فوق گفته شود که تعلیق در وجود تعهد با تعلیق در وجود عقد تفاوت دارد و به همین ترتیب تعلیق در انحلال تعهد با تعلیق در انحلال عقد متفاوت است؛ چرا که تعهد اثر عقد است و عقد ایجادکننده تعهد. در پاسخ به ایراد فوق گفته شده است که اگر این تعلیق تنها در آثار عقد و تعهد ناشی از آن باشد، بحث مربوط به تعلیق در تعهد و عقد، تکرار یک وضعیت است (دو مفهوم مجزا است). ولی در صورتی که گفته شود که تعلیق تعهد قراردادی، ناشی از کیفیت انشاء است که رابطه ناشی از آن (عقد) را معلق می‌آفریند و تعهد نیز به اعتبار منبع آن منوط به وقوع حادثه ای خارجی می‌شود، تعلیق در عقد و تعهد، دو مفهوم مرتبط و نزدیک به یکدیگر هستند.^۲ اما به نظر می‌رسد هرچند در پاسخ ارائه‌شده فوق مفهوم تعهد و عقد ارتباط نزدیکی با یکدیگر دارند اما نباید از ماهیت اصلی و ذاتی هریک غافل ماند؛ چرا که یکی علت و دیگری معلول است اما از طرف دیگر نیز می‌توان گفت که اگر تعلیق در انحلال تعهد شود، منظور همان تعلیق در انحلال عقد است زیرا با تعلیق در انحلال تعهد عملاً عقد موضوع اصلی خود که همان ایجاد تعهد می‌باشد را از دست داده است و از بین می‌رود. از طرف دیگر نیز می‌توان گفت تعلیق در انحلال عقد نیز همان تعلیق در انحلال تعهد است زیرا با تعلیق در انحلال علت، معلول نیز به تبع آن تعلیق می‌شود. با توجه به استدلال اخیر به نظر می‌رسد که منظور از تعهد در تعریف ارائه‌شده از شرط تعلیق، همان عقد است.

۱-۲. مقایسه شرط انفساخ و شرط تعلیق

بین شرط تعلیق و شرط انفساخ تفاوت بنیادین وجود دارد چرا که شرط تعلیق در معنای اعم خود، همان گونه که پیش‌تر توضیح داده شد، شامل شرط فاسخ نیز می‌شود. شرط فاسخ به صورت شرط ضمن عقد است اما در شرط تعلیق تاثیر آن بر حسب انشاء منوط به امر دیگری است. به عبارت دیگر در شرط فاسخ، عقد منجزاً واقع می‌شود و صرفاً انحلال آن منوط به تحقق حادثه‌ای می‌شود. این در حالی است که در شروط تعلیق صحبتی از انحلال معلق عقد نیست بلکه خود تعهد و ایجاد آن منوط به تحقق حادثه‌ای است؛ به گونه‌ای که اگر آن حادثه رخ ندهد به واقع عقدی نیز به وجود نیامده است و در نتیجه عقد، تعهد و اثری ندارد. در حالی که در عقد مشروط به شرط فاسخ،

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، صص. ۱۱۵-۱۱۴.

۲. همان.

عقد به وجود آمده و اثر خود را دارد و موجب ایجاد تعهد برای طرفین عقد می‌شود اما در ادامه مسیر حیات خود با حصول معلق‌علیه، نسبت به آینده منحل خواهد شد. به عبارت دیگر در شرط انفساخ از آنجا که اثر اراده در ایجاد تعهد منجز است، تعهد در خطر زوال، همه آثار تعهد ساده و بدون قید را داراست و همین امر سبب تفاوت آن دو در احکام می‌شود. اثر شرط فاسخ نیز مانند شرط تعلیق، خود به خود انجام می‌شود و نیازی به تصمیم بدهکار یا حکم دادگاه ندارد.^۱ شرط فاسخ به طور معمول معلق است. به این معنی که تحقق آن منوط به وقوع رویدادی در آینده است. با وجود این، تفاوت آن با سایر شروط تعلیقی در این است که عقد مشروط به شرط فاسخ، به طور منجز واقع می‌شود و تعهدهای ناشی از آن به وجود می‌آید و تحقق شرط این وضع را به هم می‌زند و تعهدها را به جای خود باز می‌گرداند. ولی در شرط تعلیقی، اثر عقد منوط به تحقق حادثه‌ای خارجی است. حادثه‌ای که اگر رخ ندهد تعهدها به وجود نمی‌آید. برای مثال اگر خریدار بگوید: «این اسب را خریدم، مشروط بر این که در مسابقه برنده شود»، شرط تعلیقی است ولی هرگاه اسب را بخرد و در آن شرط کند که: «اگر در مسابقه برنده نشود، بیع منفسخ شود»، شرط فاسخ است. در فرض نخست اسب پس از برنده شدن انتقال می‌یابد و در فرض دوم از زمان انعقاد بیع.^۲

از طرفی تفاوت بنیادین بین شرط تعلیق و شرط انفساخ این است که شرط فاسخ به صورت شرط ضمن عقد است اما در شرط تعلیق تأثیر آن برحسب انشاء منوط به امر دیگری است. به عبارت دیگر در شرط فاسخ، عقد منجزاً واقع می‌شود و صرفاً انحلال آن منوط به تحقق حادثه‌ای می‌شود. این در حالی است که در شروط تعلیق صحبتی از انحلال معلق عقد نیست بلکه خود تعهد و ایجاد آن منوط به تحقق حادثه‌ای است، به گونه‌ای که اگر آن حادثه رخ ندهد به واقع عقدی نیز به وجود نیامده است و در نتیجه، عقد فاقد تعهد و اثر است. در حالی که در عقد مشروط به شرط فاسخ عقد به وجود آمده است و اثر خود را دارد و موجب ایجاد تعهد برای طرفین عقد می‌شود اما در ادامه مسیر حیات خود با حصول معلق‌علیه، نسبت به آینده منحل خواهد شد.

تفاوت بین شروط تعلیقی و شروط فاسخ تنها جنبه نظری ندارد بلکه موجب اختلاف احکام این دو شرط به شرح ذیل می‌شود:

الف - اگر شرطی که عقد معلق بر آن شده باطل باشد، عقد نیز فاسد است زیرا بدان می‌ماند که اثر عقد منوط بر امری محال شود، خواه این امتناع عقلی و طبیعی

۱. همان، ص. ۱۱۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص. ۵۱.

باشد یا شرعی (الممنوع شرعاً کالممنوع عقلاً). ولی بطلان شرط فاسخ صدمه‌ای به عقد نمی‌زند مگر اینکه با مقتضای عقد منافی باشد. بنابراین اگر در نکاح شرط شود که نپرداختن نفقه برای مدتی بیش از سه ماه باعث انفساخ عقد می‌شود، شرط باطل و عقد صحیح است.^۱

ب - در صورتی که شرط تعلیقی واقع نشود یا محال گردد، اثر آن از آغاز تراضی است و همه تعهدهای احتمالی را از زمان تراضی از بین می‌برد و به طور خلاصه باعث بطلان عقد می‌شود. ولی تحقق شرط فاسخ ناظر به آینده است و در تعهدهای پیشین اثر نمی‌کند. برای مثال اگر در قرارداد کار شرط شود که استخدام کارگر نزد دیگری باعث انفساخ قرارداد با کارفرما است، استخدام ممنوع باعث انحلال قرارداد کار می‌شود ولی در نفوذ آن پیش از استخدام اثر ندارد و دو طرف پایبند به مفاد آن هستند.^۲

پ - در عقد معلق قبل از حصول معلق‌علیه، وفای به عقد لازم نبوده و نمی‌توان متعهد را مجبور به وفای عهد کرد در حالی که در شرط فاسخ، متعهدله می‌تواند متعهد را اجبار به انجام تعهد کند.^۳

ت - در عقد معلق اگر مدیون قبل از تحقق معلق‌علیه، به‌اشتباه وفای به عهد کند، یعنی به زعم این که عقد معلق نیست یا به تصور تحقق معلق‌علیه وفای به عهد کند و سپس متوجه شود که عقد معلق بوده و هنوز معلق‌علیه حاصل نشده، چنین پرداختی مشمول قواعد ایفای ناروا است. بر این اساس در حقوق ایران طبق ماده ۳۰۲ قانون مدنی، متعهد می‌تواند آن چه را پرداخته مسترد دارد. این ماده مقرر می‌دارد: «اگر کسی که اشتبهاً خود را مدیون می‌دانست آن دین را تادیه کند، حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید». در حالی که در شرط فاسخ عقد کامل بوده و دین ناشی از آن بر ذمه متعهد بار شده و بنابراین وفای به چنین عهدی قبل از تحقق شرط فاسخ، صحیح بوده و اگر متعهد قبل از تحقق شرط وفای به عهد کند نمی‌تواند آنچه را پرداخته مسترد دارد.^۴

به این ترتیب تمیز شرط فاسخ از شرط تعلیق اهمیت فراوان دارد و گاه که دو طرف مقصود خود را به روشنی بیان نمی‌کنند، دادرس به دشواری می‌افتد. برای مثال اگر در قراردادی آمده باشد که رئیس هیات مدیره شرکت امضاکننده یا بالاترین مقام

۱. همان.

۲. همان.

۳. سنه‌وری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح قانون مدنی، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸م، صص. ۴۳ به بعد.

۴. کاتوزیان، پیشین.

اداری مؤسسه دولتی باید آن را امضا کند، معلوم نیست که آیا اثر قرارداد منوط به امضا آن مقام شده است یا خودداری او از امضای قرارداد آن را منحل می‌سازد؟ در چنین فرضی نمی‌توان قاعده به دست داد. دادرس باید بر مبنای قصد مشترک دو طرف، ماهیت شرط را تعیین کند و در این جستجو می‌تواند از همه دلایل و به‌ویژه از اوضاع و احوال و گفتگوهای مقدماتی و اساسنامه شخصیت‌های حقوقی و مفاد قوانین یاری بخواند.^۱

با توجه به آنچه ذکر شد، شرط تعلیق از جهت اینکه در چه چیز صورت می‌گیرد و چه نوع تعلیقی باشد، معنی عام دارد و هم شامل شروط فاسخ (تعلیق در انحلال عقد) و هم شامل شروط تعلیقی (تعلیق در وجود عقد) می‌شود. تعلیق در وجود عقد و تعهد موضوع این مقاله نیست و بحث مستقلی را می‌طلبد. انحلال قهری قرارداد در نتیجه شروط فاسخ موضوع این مجال می‌باشد.

۱-۳. بیان مفهوم شرط فاسخ

قانون‌گذار ایران در ماده ۱۸۹ قانون مدنی به تعریف عقد منجز و معلق پرداخته است. براساس تعریف مذکور، هرگاه طرفین عقد اثر ناشی از عقد را بدون هیچ گونه قید و شرطی به وجود آورند، عقد به‌وجود آمده را عقدی منجز گویند اما اگر اثر عقد را منوط به تحقق شرط دیگری کنند، عقد را عقدی معلق گویند. اما همان گونه که متعاقبین می‌توانند تشکیل قرارداد و انعقاد عقد را منوط به تحقق حادثه‌ای خارجی نمایند و اثر عقد را منوط به تحقق شرطی نمایند، انحلال قرارداد را نیز می‌توانند معلق به وقوع حادثه‌ای در آینده کنند.

برخی حقوق‌دانان با تعبیر «شرط فاسخ» و «شرط انفساخ»^۲ و برخی دیگر نیز با عنوان «تعلیق انفساخ عقد»^۳ به موضوع پرداخته و تعاریفی ارائه نموده‌اند از جمله اینکه هرگاه انحلال تعهد معلق به امری خارجی شود، بدین گونه که پس از تحقق آن خودبه‌خود تعهد نیز از بین برود، شرط را فاسخ می‌نامند.^۴ به عبارت دیگر هرگاه طرفین عقد، انحلال عقد و از بین رفتن تعهد را معلق به وقوع حادثه‌ای در آینده نمایند، چنین شرطی را شرط فاسخ می‌نامند.^۵ در واقع، شرط فاسخ نوعی تراضی است که دو طرف درباره انفساخ احتمالی عقد در آینده می‌کنند و بدین وسیله تعهدهای ناشی از عقد را

۱. همان، ص. ۳۴۵.

۲. همان، صص. ۳۴۳ به بعد.

۳. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، چاپ نهم، ۱۳۸۸، ص. ۵۶.

۴. کاتوزیان، پیشین (۱۳۸۵)، ص. ۱۱۷.

۵. کاتوزیان، پیشین (۱۳۸۸)، ص. ۵۳.

محدود به زمان معین یا عدم وقوع شرایط خاص می‌کنند.^۱ تعلیق انفساخ عقد نیز یعنی وابسته کردن انحلال عقد به تحقق امری در آینده مانند اینکه شخصی مزرعه خود را بفروشد که اگر ظرف یک سال فرزند او از خارج برگردد، عقد بیع منفسخ شود یا خانه خود را به دیگری هبه کند که اگر متهب ظرف دو سال و پیش از واهب فوت کند، عقد هبه منفسخ شود.^۲ مثال دیگر اینکه در زمان انعقاد عقد بیع فروش یک دستگاه آپارتمان، فروشنده شرط می‌نماید که اگر خریدار در موعد مقرر ثمن قرارداد را به صورت موعود پرداخت ننماید، عقد منحل گردد یا به عبارت مشابهی مانند اینکه اگر خریدار چک‌های موضوع پرداخت ثمن قرارداد را در موعد و سررسید آن کارسازی ننماید عقد منحل گردد. با توجه به مثال‌های مطروحه و تعریف ارائه‌شده از شروط فاسخ، در صورتی که معلق‌علیه حاصل شود (در فرض مثال، پاس نشدن چک در سررسید) عقد به‌خودی‌خود و بدون دخالت اراده منحل (منفسخ) می‌گردد.

اثر شرط فاسخ سقوط تعهد و تحقق آن به صورت قهری و ناظر به آینده است و در روابط قراردادی سابق میان متعاقدين اثری ندارد. هرچند تحقق شرط فاسخ به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات در ماده ۲۶۴ قانون مدنی ایران، نامی از آن برده نشده است؛ اما با توجه به تعاریف ارائه‌شده، تحقق شرط فاسخ را نیز می‌توان یکی از موارد سقوط تعهد نامید. با توجه به اینکه در فقه نیز راجع به شرط فاسخ بحث گسترده‌ای نشده است، در این مقاله به بررسی این مورد از اسباب سقوط تعهد پرداخته شده است تا زوایای مهم این بحث شناخته شود.

۲. ماهیت حقوقی شرط فاسخ

یکی از مسائل مهمی که در رابطه با شرط فاسخ محل اختلاف نظر است، ماهیت حقوقی این شرط می‌باشد. برخی ماهیت حقوقی شرط فاسخ را در قلمرو شرط نتیجه و ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل می‌کنند و برخی دیگر ماهیت آن را نوعی اقاله معلق می‌دانند. ذیلاً در ابتدا دیدگاه فقها در مورد شرط فاسخ مطرح و در ادامه به بررسی هر کدام از نظرات مطروحه پرداخته می‌شود. در نهایت نیز نظریه مورد قبول ارائه می‌گردد.

۲-۱. دیدگاه فقها

در آثار فقهی بحث مستقلاً در باره شرط فاسخ و حکم آن، وجود ندارد. تنها مسأله‌ای که برخی از فقها در باب بیع مورد بحث قرار داده‌اند،^۳ وضعیت عقد مشروط و

۱. کاتوزیان، پیشین (۱۳۹۰)، ص. ۶۴۳.

۲. شهیدی، پیشین.

۳. نائینی غروی، میرزا محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، چاپ اول، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ق،

ص. ۴۴.

انفساخ عقد در صورت رد ثمن به وسیله بایع به خریدار می‌باشد. مسأله مورد سؤال از فقها این است که اگر ضمن انشای بیع، بر خریدار شرط شود که هرگاه بایع ثمن معامله را به خریدار رد کند عقد بیع خودبه‌خود منفسخ شود، عقد و شرط مزبور چه وضعیتی دارد. چنین عقدی در حقیقت نوعی قرارداد است که زوال آن معلق بر امری دیگر شده است؛ اما معلق‌علیه در مثال مورد بحث در کتب فقهی، عبارت از رد ثمن به وسیله بایع به خریدار است که یکی از افعال اختیاری طرف معامله می‌باشد.^۱ در مورد اعتبار شرط و عقد دیدگاه‌های متفاوتی توسط فقهای عظام به شرح ذیل بیان شده است:

۲-۱-۱. نظریه اول

عده‌ای از فقها، شرط مزبور را باطل و یا باطل و مبطل عقد دانسته‌اند. به نظر ایشان در بیع به شرط انفساخ عقد، با رد ثمن یکی از دو اشکال ذیل وجود دارد.

الف - انفساخ عقد بدون سبب

اگر منظور از شرط، تأخیر انحصاری حصول معلق‌علیه یعنی رد ثمن در انحلال عقد باشد، انفساخ مزبور بدون سبب قانونی و شرعی خواهد بود و چون انحلال عقد و انتقال مالکیت مبیع از خریدار به فروشنده بدون انشاء و سبب شرعی پیش‌بینی نشده است؛ لذا این شرط انفساخ مخالف قرآن و محکوم به بطلان است.^۲

ب - سببیت وجود عقد برای عدم خود

منظور از این اشکال آن است که اگر مقصود از درج شرط مذکور ضمن عقد انشای فسخ معلق به رد ثمن همراه با انشای خود عقد باشد، شرط مزبور موجب انفساخ عقد از همان زمان انشای عقد خواهد بود. بنابراین بیعی وجود ندارد تا انفساخ آن با رد ثمن، ضمن آن شرط شود. به عبارت دیگر انشای فسخ معلق عقد با انشای همزمان خود عقد تضاد دارد و این تضاد سبب بطلان عقد و شرط خواهد بود.^۳

در میان فقهای متأخر نیز برخی در پاسخ به این سؤال که «فروشنده، جنسی را به صورت بیع لازم فروخته و در ضمن، شرط شده است که هرگاه خریدار در موعد مقرر در دفترخانه جهت تنظیم سند رسمی حاضر نشود، معامله به خودی خود فسخ شود، آیا این شرط صحیح است؟» فرموده‌اند: «شرط انفساخ صحیح نیست و عقد هیچ‌گاه خودبه‌خود فسخ نمی‌شود، بلکه باید آن را فسخ کنند و شرط صحیح این است که بگویند اگر مشتری در موعد مقرر حاضر به پرداخت ثمن نشد، بایع حق فسخ دارد.»^۴

۱. همان، ص. ۵۸.

۲. شهیدی، پیشین، ص. ۵۹.

۳. همان.

۴. سبحانی، جعفر، پایگاه اطلاع رسانی دفتر معظم له، استفتائات، تاریخ مراجعه: ۹۲/۳/۲۰.

به ایرادات فوق این گونه پاسخ داده شده است:

الف - شرط فاسخ خود از اسباب و مؤثرات است و با وجود این سبب، به سبب خاص دیگری نیاز نیست.^۱

این گروه از فقها برای اثبات این عقیده چنین استدلال کرده‌اند که درست است که انفساخ معامله نیاز به سبب شرعی یعنی انشای فسخ دارد و بدون پیدایش سبب، مسبب یعنی انحلال عقد صورت نمی‌گیرد، ولی سبب انفساخ عقد در حقیقت همان اراده طرفین هنگام انشای ایجاب و قبول عقد می‌باشد.^۲ به عبارت دیگر، اینکه تحقق هر عمل حقوقی نیازمند انشاء است و انفساخ معامله به‌خودی‌خود و بدون انشای فسخ امکان ندارد، قابل تردید نیست؛ ولی برای تحقق انفساخ معامله نیازی به انشای مستقل فسخ بعد از انشای عقد وجود ندارد.^۳

ب - در قرارداد مشروط به شرط فاسخ، زمان تحقق عقد و زمان تحقق انفساخ یکی نیست. ظرف وجود انفساخ از ظرف وجود قرارداد، متأخر است و لذا به هیچ رو وجود قرارداد عدم خود را اقتضاء ندارد. به عبارت دیگر بین انشای عقد و انشای فسخ معلق آن تضادی وجود ندارد؛ زیرا زمان تشکیل و تحقق عقد با زمان تحقق انفساخ آن یکی نیست. هرچند که زمان انشای آن دو به لحاظ وحدت خود انشاء یکی باشد.^۴

پ - در مورد مبانی فقهی عقد مشروط به شرط فاسخ در متون فقهی به دلایلی از جمله احادیثی که از امام صادق (ع) رسیده، استناد شده است. منظور از این روایات، صحیح‌ه سعید بن یسار^۵، موثق‌ه اسحاق بن عمار^۶ و روایت معاویه بن میسر^۷ است.

اولین نکته‌ای که از تحلیل روایات مذکور به ذهن متبادر می‌شود این است که در هر سه روایت، سؤال‌کننده عقد مشروطی را مطرح می‌کند که در آن ملکیت مبیع به فروشنده بازمی‌گردد، بدون اینکه نیاز به عمل ارادی از جانب فروشنده یا خریدار یا هر دوی آنها باشد و این مطلب همان مفهوم شرط فاسخ است. از سوی دیگر، در هر سه

۱. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق، ص. ۳۸.

۲. اصفهانی، محمدحسین کمپانی، حاشیه کتاب المکاسب، أنوار الهدی، ۱۴۱۸ ق، ص. ۱۹۰.

۳. شهیدی، پیشین.

۴. همان، صص. ۵۹-۶۰.

۵. حر عاملی، محمدبن حسن، التفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، انتشارات موسسه آل البیت، ۱۴۰۹ ق، ص. ۱۸.

۶. همان، ص. ۱۹.

۷. همان، ص. ۲۰.

روایت امام علیه السلام حکم به صحت و نفوذ شرط و عقد نموده و آن را صحیح دانسته‌اند. چه اگر غیر از این بود، امام علیه السلام شرط و عقد را فاقد اعتبار می‌دانستند و حکم به عدم نفوذ شرط و عدم لزوم عقد مبتنی بر آن می‌دادند. در حالی که برعکس، به صراحت حکم به صحت شرط و عقد نموده‌اند. با عنایت به استدلال‌های مذکور به نظر می‌رسد که روایات وارده، دلیلی بر صحت قرارداد مشروط به شرط فاسخ است. ممکن است در ایراد و اشکال به استدلال فوق گفته شود که روایت‌های مذکور اختصاص به بیع دارد و نمی‌توان آنها را به غیر از بیع تعمیم داد. در پاسخ به ایراد مذکور می‌توان به دلایل ذیل اشاره نمود:

الف - عقد بیع مهم‌ترین عقد معین در هر زمان بوده و طرح موضوع در ذیل عقد بیع می‌تواند به دلیل غالب بودن چنین عقدی در هر زمان باشد.
ب - عقد بیع خصوصی نیستی ندارد تا صحت شرط فسخ مذکور در فرض سؤال مطرح شده در روایت را مختص به آن بدانیم.
پ - علاوه بر روایات مذکور، دلایل دیگری نیز در ادامه مورد اشاره قرار می‌گیرد که مؤید عدم صحت این برداشت از روایت بوده و تعمیم آن به سایر قراردادها را تأیید می‌کند.

ت - اصل صحت و عمومات «وفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» مثبت صحت و اعتبار بر این گونه عقد معلق می‌باشد.^۱

۲-۱-۲. نظریه دوم

بسیاری از فقهای شیعه با انطباق شرط فاسخ با شرط نتیجه، آن را یکی از مصادیق شرط نتیجه می‌دانند. برخی فقهای متأخر نیز معتقدند که این شرط انفساخ، شرط نتیجه است که مانند شرط فسخ نافذ است.^۲ برخی دیگر گفته‌اند که شرط انفساخ یک نوع «شرط نتیجه» است که در فقه معروف می‌باشد؛ به این معنا که طرفین معامله شرط می‌کنند چنانچه فلان جریان پیش آید و یا یکی از طرفین فلان کار را انجام دهد، عقد خود به خود فسخ شود، بدون اینکه محتاج به اجرای صیغه فسخ باشد.^۳

۲-۱-۳. نظریه سوم

برخی دیگر از فقها از آن جهت که به صحت و مشروعیت شرط نتیجه باور نداشته‌اند، به عدم صحت و فقدان مشروعیت شرط فاسخ حکم داده‌اند.^۴ البته ذکر این

۱. شهیدی، پیشین، ص. ۵۹.

۲. بهجت، محمدتقی، پایگاه مرکز نشر و تنظیم آثار معظم له، استفتائات، تاریخ مراجعه: ۹۲/۳/۲۰.

۳. مکارم شیرازی، ناصر، پایگاه اطلاع رسانی دفتر معظم له، استفتائات، تاریخ مراجعه: ۹۲/۳/۲۰.

۴. در بیان نظر این گروه، از جمله نگاه کنید به: خمینی، پیشین، صص. ۱۵۵ و ۳۳۴.

نکته ضروری است که فقها، شرط فاسخ را قید انفساخ عقد می‌دانند. بدین معنا که به محض تحقق شرط، عقد خود به خود و بدون نیاز به هیچ سبب و عملی جز تحقق شرط منفسخ می‌گردد.^۱

آنچه در مباحث فوق بحث شد تعلیقی است که معلق‌علیه آن یعنی رد ثمن، فعل ارادی و اختیاری بایع است. اما سئوالی که مطرح است این است که در عقد معلق که انحلال آن موقوف به امر خارج از اراده طرفین شده است و سرنوشت عقد به اراده هیچ‌یک از طرفین به تنهایی بستگی ندارد؛ مانند اینکه در عقد هبه شرط شود که هرگاه متهب ظرف یک سال فوت کند، عقد هبه منفسخ گردد، وضعیت عقد و شرط چگونه است. در پاسخ می‌توان گفت که اگرچه در این تعلیق برخلاف تعلیق نوع اول، معلق‌علیه خارج از اراده طرفین می‌باشد ولی این تفاوت موجب اختلاف وضعیت حقوقی این دو گونه عقد معلق نمی‌شود و حکم به صحت عقد و شرط در این تعلیق نیز از نظر فقهی و حقوق مدنی خالی از اشکال به نظر می‌رسد زیرا آنچه در مورد صحت تعلیق انحلال عقد بر امر ارادی یکی از طرفین گفته شد، در مورد تعلیق بر امر خارج از اراده ایشان نیز صادق است و مانعی برای انعقاد و اعتبار چنین عقدی استنباط نمی‌شود.^۲

۲-۲. دیدگاه حقوق دانان

۲-۲-۱. اقاله معلق

در بیان و توضیح اقاله معلق می‌توان گفت که طرفین قرارداد می‌توانند با تراضی، عقدی را منحل سازند. قائلین به اقاله معلق بودن شرط فاسخ، از این جهت که شرط فاسخ با تراضی طرفین در عقد درج می‌شود، آنرا نوعی اقاله می‌دانند. نهایتاً چون تا زمان حصول معلق‌علیه این تراضی نمی‌تواند اثر خود را بر جای گذارد، آن را معلق می‌دانند.^۳ یعنی پس از حصول معلق‌علیه، اقاله اثر خود را بر جای می‌گذارد و باعث انحلال قرارداد می‌شود. قائلین به این نظر با چهار استدلال، ماهیت حقوقی شرط فاسخ را نوعی اقاله معلق می‌دانند که این استدلال‌ها ذیل ذکر می‌گردد:

الف - شرط فاسخ و اقاله معلق هر دو یک مبنای مشترک دارند و آن تراضی بر انحلال عقد است به نحو معلق. معقول نیست که وقتی متعاملین در هر دو مورد به دنبال اثری واحد هستند، فقط به صرف اینکه تعبیر، مختلف است، آنها را دو ماهیت

۱. نجفی، پیشین.

۲. شهیدی، پیشین، ص. ۶۱.

۳. ابهری، حمید؛ و زینب افچنگی، «مفهوم، ماهیت و آثار شرط انفساخ در حقوق ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱، زمستان ۱۳۸۸، ص. ۱۴.

جدا از هم بدانیم. مبنای مشترک این دو، سبب وحدت قلمرو آنها می‌شود. هر جا که اقاله در انحلال عقد موثر نیست، شرط فاسخ نیز اثرگذار نیست و همین موضوع مؤید آن است که هر دو دارای یک ماهیت هستند.

ب - شایسته نیست به صرف تفاوت در بیان اراده از سوی متعاملین و الفاظ انتخابی آنها، ماهیت‌های حقوقی مختلف را بر اعمال آنها مترتب کنیم؛ به ویژه در جایی که دو عنوان در واقع یک ماهیت هستند با مینا و قلمرو مشترک.

پ - ممکن است یکی از علل عدم اشاره به تعلیق در انحلال عقد به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهد در ماد ۲۶۴ قانون مدنی این باشد که مقنن، عنوان اقاله را برای بیان این مفهوم کافی دانسته و شرط انفساخ را نوعی اقاله تلقی کرده است.^۱ اما به نظر می‌رسد اعتقاد به اینکه شرط فاسخ نوعی اقاله معلق است، صحیح نمی‌باشد. چرا که براساس پژوهش انجام‌شده در متون فقهی و حقوقی، نهادی به نام اقاله معلق یافت نشد تا فقها یا حقوق‌دانان بحثی پیرامون آن داشته باشند. حتی در ذیل مباحث مربوط به اقاله در باب سقوط تعهدات نیز اشاره‌ای به اقاله معلق نشده است. صرفاً استاد مرحوم شهیدی در بیان احکام تعلیق انفساخ عقد، بدون اینکه نظری در مورد ماهیت حقوقی شرط فاسخ با مبنای اقاله معلق داشته باشد، می‌نویسد: «ممکن است گفته شود که چون انحلال معلق عقد با اراده طرفین همراه با عقد انشاء می‌شود، بنابراین می‌توان آن را یکی از مصادیق اقاله معلق دانست.»^۲ لذا به نظر می‌رسد اختیار عنوان «اقاله معلق» با نظام حقوقی ما بیگانه است و در نفوذ و اعتبار آن نیز باید شک کرد. چرا که سؤال اساسی این است که آیا اصولاً می‌توان اقاله را معلق کرد یا خیر. برخی حقوق‌دانان^۳ به این مطلب اذعان نموده‌اند که اقاله عقد نیست بلکه «ترازی است که اثر آن انحلال عقد است» اما اکثریت^۴ اقاله را عقد می‌دانند. حال اگر بر فرض اقاله را ترازی بدانیم نه عقد، سؤال این است آیا ترازی را می‌توان معلق نمود یا خیر.

به صراحت نظر فقها و حقوق‌دانان، شرط فاسخ نوعی شرط نتیجه است که با ترازی طرفین در عقد قرار داده شده است. به نظر می‌رسد در همین چارچوب نیز می‌بایست مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. توجه به ماهیت شرط بودن شرط فاسخ، ما را از توسل به توجیهات پیچیده و دور از ذهنی مانند اقاله معلق بی‌نیاز می‌کند. به گونه‌ای که عدم توجه به معنا و ماهیت شرط فاسخ و اقاله، موجب خلط مبحث گردیده

۱. همان.

۲. شهیدی، پیشین، ص. ۶۲.

۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ بیست و سوم، ۱۳۸۱، ص. ۳۲۶.

۴. نگاه کنید به: کاتوزیان، پیشین (۱۳۹۰)، ص. ۲۰.

و ذهن را از ماهیت اصلی این نهاد حقوقی دور می‌کند. نهایتاً اینکه به نظر می‌رسد با استناد به منطق و اصول حقوقی نمی‌توان نظریه اقاله معلق بودن شرط فاسخ را پذیرفت. دلایل رد نظریه مزبور به شرح ذیل می‌باشد:

الف - درست است که مبنای شرط فاسخ، تراضی و حکومت اراده طرفین عقد است و اقاله نیز یعنی انحلال قرار داد با تراضی؛ اما این مبنای مشترک سبب نمی‌شود که بتوان این دو را یکی دانست. اتفاقاً برخلاف نظر قائلین به اقاله معلق بودن شرط فاسخ، استفاده از واژه‌های «انفساخ»، «شرط فاسخ» و «اقاله» در متون فقهی و حقوقی جهت تفکیک معنای هر یک می‌باشد و کار بیهوده‌ای نیست.

ب - بر فرض پذیرش صحت «اقاله معلق»، تفاوت بنیادین بین این اصطلاح و اصطلاح «شرط فاسخ» وجود دارد. سؤال این است که آیا اثر اقاله انحلال ارادی عقد، آن هم پس از تشکیل و انعقاد عقد نیست. پاسخ به این سؤال واضح است؛ چرا که اقاله حتی اگر معلق باشد و حتی اگر سبب آن در عقد قرار داده شود (بر فرض پذیرش)، اثر آن انحلال ارادی است. در حالی که به صراحت نظر فقها و حقوق‌دانان، اثر شرط فاسخ، انحلال قهری قرارداد است که آن هم پس از تشکیل عقد انجام نمی‌شود؛ بلکه به محض حصول معلق‌علیه، اثرگذار است. در حالی که اثر اقاله، حتی اگر معلق باشد، می‌بایست پس از وقوع عقد به وجود آید، هر چند سبب آن سابقاً در عقد درج شده باشد. به عبارت دیگر اثر اقاله انحلال ارادی است، هر چند اثر آن معلق باشد. اما اثر شرط فاسخ، خودبه‌خودی و قهری است؛ به گونه‌ای که عقد پس از وقوع و حصول معلق‌علیه، قهراً منحل می‌باشد و از این جهت نیاز به حکم دادگاه و اعلام انحلال عقد نیست. عدم توجه به همین تفاوت بنیادین باعث گردیده است که قائلین به اقاله معلق بودن شرط فاسخ به بیراهه روند؛ به طوری که اثر اقاله معلق را خودبه‌خودی و قهری می‌دانند.

پ - تفاوت بنیادین دیگر این است که ما تعلیق انحلال قهری عقد را به «شرط فاسخ» تعبیر می‌کنیم و از این معنا و اصطلاح به‌خوبی معلوم است که آنچه باعث تعلیق زوال عقد می‌گردد، تراضی طرفین در قالب عقد است. اما نه عقد اصلی، بلکه عقدی تبعی در قالب شرط ضمن عقد. در حالی که به اعتقاد برخی حقوق‌دانان^۱، اقاله (حتی اگر معلق هم باشد) عقد نیست بلکه نوعی تراضی است که اثر آن انحلال قرارداد است.

ت - ایراد اساسی دیگر که برگرفته از مطلب پیشین می‌باشد این است که تراضی بر خلاف شرط فاسخ امکان‌پذیر است. به عبارت دیگر حتی پس از وقوع عقد مشروط به

۱. امامی، پیشین.

شرط فاسخ، طرفین می‌توانند با تراضی آن را اسقاط کنند یا زمان، مکان و حتی آثار آن را محدود کنند. اما اقاله را نمی‌توان اقاله کرد. زیرا با تحقق اقاله، عقدی وجود نخواهد داشت تا بتوان با اقاله‌ای دیگر آثار آن را بازگرداند. ممکن است گفته شود در اقاله معلق، اثر اقاله هنوز به وجود نیامده است. لذا اقاله امکان‌پذیر است. در پاسخ می‌توان گفت تعلیق اثر اقاله مانع از عدم اقاله‌پذیری اصل اقاله نمی‌شود. به قول قائلین به این نظر، اقاله‌ای است که صرفاً اثر آن معلق گردیده است.

ث - اثر اقاله از زمان وقوع آن است. به عبارت دیگر اثر اقاله ناظر به آینده است و باعث حذف رابطه قراردادی سابق نمی‌شود. در حالی که در گفتار شرط فاسخ قهقراپی که در ادامه به آن پرداخته می‌شود، برخی قائل به این نظر می‌باشند که طرفین عقد می‌توانند با تراضی اثر طبیعی شرط فاسخ (که ناظر به آینده است) را به گذشته تسری دهند.^۱ حال سؤال اساسی این است که نهاد شرط فاسخ قهقراپی چگونه با اقاله معلق توجیه می‌شود.

ج - در پاسخ به قائلین به این نظر که ممکن است یکی از علل عدم اشاره به تعلیق در انحلال عقد در ماده ۲۶۴ قانون مدنی این باشد که قانون‌گذار شرط انفساخ را نوعی اقاله تلقی کرده است، باید گفت که حتی اگر این استدلال را صحیح بدانیم آیا نباید مقنن احکام اقاله معلق را به عنوان ماهیت حقوقی تعلیق در انحلال عقد، در ذیل و ادامه احکام اقاله ذکر می‌کرد. این در حالی است که چنین موضوعی در قانون مدنی دیده نمی‌شود. از طرف دیگر بررسی احکام تعلیق انفساخ عقد در ذیل بحث اقاله به لحاظ حقوقی نادرست است زیرا این دو نهاد ماهیتی متفاوت در انحلال قرارداد می‌باشند.

از طرفی به اعتقاد برخی حقوق‌دانان^۲ ذکر اقاله به عنوان «سبب سقوط تعهد» اشتباه قانون‌گذاری است زیرا اثر اقاله انحلال و فسخ قرارداد است و به تبع این اثر اصلی، گاه نیز وسیله سقوط تعهد می‌شود. پس نباید نهادی چنین گسترده را در جایگاه محدود «سبب سقوط تعهد» آورد. به‌ویژه که در غالب موارد، اقاله تعهدی را ساقط نمی‌کند. نگاهی به انواع قراردادها و موارد استفاده از اقاله، نادرستی اقدام قانون‌گذار را آشکارتر می‌سازد؛ مانند اینکه خریدار کالایی آن را با نیازهای خود متناسب نمی‌بیند و با فروشنده توافق می‌کند که کالا را بدهد و ثمن را باز ستاند. در این مثال اقاله هیچ تعهدی را ساقط نمی‌کند؛ دو تملیک را به هم می‌زند و مالکیت کالا و بهای آن را به

۱. کاتوزیان، پیشین، ص. ۳۴۸.

۲. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، نشر دادگستر، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۹، ص. ۲۴۸.

جای نخستین باز می‌گرداند. پس از وقوع بیع و تسلیم کالا تعهدی باقی نمی‌ماند تا اقاله در آن مؤثر افتد. قانون مدنی فرانسه نیز که در فصل‌بندی و تدوین قانون مدنی مورد تقلید قرار گرفته است، اقاله را وسیله انحلال و فسخ عقد اعلام می‌کند.^۱

چ - استدلال دیگر فائلین به این نظر مبنی بر اینکه چون در عقود غیرقابل انحلال به اقاله، شرط فاسخ نیز مؤثر نیست، پس هر دوی آنها دارای یک ماهیت هستند نیز نادرست است زیرا مبنای عدم نفوذ شرط فاسخ در عقودی مانند نکاح و وقف به دلیل ماهیت این عقود و تعارض اصل حاکمیت اراده با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه است و همین مبنا نیز در مورد عدم اقاله‌پذیری این عقود وجود دارد و این امر دلیل محکمی بر یکی دانستن این دو نیست.

در نهایت با عنایت به استدلال‌های مشروحه فوق به نظر می‌رسد که ماهیت حقوقی شرط فاسخ را نمی‌توان در قالب اقاله معلق توجیه کرد و می‌بایست ماهیتی دیگر برای آن جستجو کرد.

۲-۲-۲. ماهیت شرط فاسخ بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی و شرط نتیجه

همان گونه که از نام نهاد «شرط فاسخ» بر می‌آید، این عمل حقوقی در قالب شرط در عقد گنجانده می‌شود. لذا به نظر می‌رسد که اگر به همین مطلب توجه کافی شود، می‌توان ماهیت شرط فاسخ را دریافت. به همین جهت و برای رسیدن به معنی مورد نظر ابتدا به تعریف و بررسی ماهیت حقوقی شرط و شرط نتیجه به اختصار اشاره‌ای نموده و در این رهگذر به ماهیت حقوقی شرط فاسخ خواهیم رسید.

شرط، توافقی است که بر حسب طبیعت خاص خود یا مفاد تراضی دو طرف از توابع عقد دیگری قرار گرفته است.^۲ پس بر این اساس موضوع شرط، توافقی است که دو طرف درباره ارکان عقد اصلی یا به منظور ایجاد التزام تبعی با هم کرده‌اند و در نتیجه، آثار و شرایط آن عقد را دگرگون ساخته‌اند.^۳

در مورد فایده شرط ضمن عقد گفته شده است که چون به نظر مشهور «تعهد ابتدایی» التزام آور نبود و دو طرف ناچار بودند که اراده خود را در قالب‌های ویژه (عقود معین) بریزند، شرط ضمن عقد بسیار مفید می‌نمود زیرا برای توافق درباره امری که با هیچ یک از عقود معین انطباق نداشت، کافی بود که به ظاهر یکی از آن عقود انشاء شود و التزام مورد نظر به صورت شرط ضمن آن در آید. اما با تدوین ماده ۱۰ قانون

۱. همان.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، ص. ۱۱۴.

۳. شهیدی، پیشین، صص. ۲۳ به بعد.

مدنی، این فایده از بین رفت. در حقوق کنونی، هیچ ضرورتی ندارد که پیمان‌ها به صورت یکی از عقود معین یا شرط ضمن آن درآید. با وجود این، شرط ضمن عقد هنوز هم یکی از مفیدترین وسایل احترام به حاکمیت اراده است.^۱

با توجه به اوصاف و تعریف ذکرشده از شرط، تعریفی که در مورد شرط فاسخ ارائه شد نیز منطبق بر همین معناست؛ چرا که شرط فاسخ با تراضی طرفین به عنوان التزام تبعی در عقد درج می‌گردد و شرایط و ویژگی‌های یک شرط را دارد. اما اینکه شرط فاسخ در قالب کدام یک از اقسام شرط یعنی شرط فعل، صفت یا نتیجه قرار می‌گیرد، سوالی است که ذیلاً پاسخ داده می‌شود. در صورتی که نتیجه یکی از اعمال حقوقی ضمن عقد شرط گردد و مقصود این باشد که موضوع شرط با وقوع عقد خودبه‌خود انجام شود، آن را شرط نتیجه گویند. مانند شرط وکالت زن در عقد نکاح. شرط نتیجه ناظر به امور اعتباری است که در اثر توافق دو اراده قابلیت وقوع دارد. از طرفی تحقق شرط نتیجه به هیچ اقدام دیگری نیازمند نیست و با وقوع عقد اصلی حاصل می‌شود.^۲ اندک درنگ و توجهی به نحوه درج شرط فاسخ در قرارداد و نتایج حاصل از آن، شرط نتیجه بودن شرط فاسخ را تأیید می‌کند. چنانچه بسیاری از فقهای امامیه به این موضوع اذعان داشته و شرط فاسخ را منطبق بر شرط نتیجه می‌دانند. برخی حقوق‌دانان نیز با تأیید این مبنا معتقدند که شرط انفساخ تابع احکام خیار شرط نیست بلکه نهادی است جداگانه که نفوذ آن را باید بر طبق قواعد کلی (شروط) و طبیعت عقد سنجید. اصل، نفوذ شرط (فاسخ) است و باید این مسأله را در سایه ماده ۱۰ قانون مدنی مورد تحلیل و بررسی قرار داد.^۳ به نظر می‌رسد شرط انفساخ بر معنای ذکرشده از شرط نتیجه انطباق دارد، زیرا اولاً شرط فاسخ بر مبنای تراضی و اصل حاکمیت اراده در ضمن عقد قرار داده شده است و همین اراده‌هایی که در تشکیل و انعقاد آن نقش ایفاء کرده‌اند، می‌توانند شرایط آن را تغییر داده یا برخلاف آن تراضی کنند. ثانیاً شرط فاسخ نیز مانند شرط نتیجه، خودبه‌خود و بدون دخالت اراده اثرگذار است و برای ایفاء نقش آن نیازمند دخالت اراده‌های تشکیل‌دهنده آن یا یکی از آن اراده‌ها نیست. ثالثاً ایرادات وارده بر نظر قائلین به اقاله معلق بودن شرط فاسخ در اینجا مطرح نیست.

۳. قلمرو نفوذ شرط فاسخ

در تعریف شرط فاسخ در مباحث قبل گفته شد که این نهاد حقوقی، تراضی طرفین عقد درباره انفساخ احتمالی عقد در آینده است.

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۱، ص. ۲۹۹.

۲. همان، ص. ۳۱۵.

۳. همان، ص. ۳۷۸.

از این تعریف به خوبی مشخص می‌گردد که خاستگاه اصلی و مبنای شرط فاسخ ریشه در اراده طرفین قرارداد دارد. لذا عامل محدودکننده شرط فاسخ و عدم نفوذ آن در قراردادی منوط به این است که آیا آن قرارداد قابل انحلال به اراده می‌باشد یا خیر؛ زیرا اگر اساس قراردادی قابلیت انحلال به اراده را دارا نباشد، شرط فاسخ نیز که اثرش، انحلال است، در آن راه ندارد و قرارداد مزبور مشروط به شرط فاسخ نمی‌گردد تا منحل گردد. به عبارت دیگر، شرط انفساخ در قراردادی اثر دارد که قابل انحلال به اراده باشد. عقدی که به اراده یکی از دو طرف یا در نتیجه تراضی قابل انحلال نیست، با شرط فاسخ نیز برهم نمی‌خورد. برای مثال، عقد نکاح قابل اقاله نیست و فسخ آن هم محدود به موارد پیش‌بینی‌شده در قانون است و جز از راه طلاق نمی‌توان رابطه زناشویی را از هم گسست. پس شرط انفساخ نیز در آن راه ندارد و زن و شوهر نمی‌توانند رویدادی را به تراضی سبب انفساخ عقد سازند.^۱ بر این اساس به وضوح مشخص می‌گردد که جهت تعیین قلمرو نفوذ شرط فاسخ می‌بایست قلمرو نفوذ اراده را بررسی کرد و موانع نفوذ اراده را مانع نفوذ شرط فاسخ دانست.

اصل آزادی قراردادهای و حکومت اراده در نظام حقوقی ایرانی به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی مورد پذیرش قرار گرفته است. پس جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمان‌های ایشان است و آزادی اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت. از طرفی اصل آزادی قراردادهای به عنوان یک وسیله مفید اجتماعی پذیرفته شده است. پس هر جا که از این وسیله نمی‌توان استفاده مطلوب را برد، قانون آن را محدود می‌سازد.^۲

چنانچه در ماده مذکور نیز نفوذ قراردادهای خصوصی منوط به این شده است که مخالف صریح قانون نباشد. از طرف دیگر ماده ۹۷۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد، اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.»

با در نظر گرفتن مفاد و احکام مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی، گذشته از مواردی که اشخاص در پیمان‌های خصوصی آزادی خویش را محدود می‌سازند، عامل خارجی که آزادی قراردادهای را محدود می‌سازد، یکی از این سه عنوان را داراست: قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه. با توجه به اینکه اشاره شد، مبنای شرط فاسخ حکومت اراده

۱. کاتوزیان، پیشین (۱۳۹۰)، ص. ۳۴۶.

۲. کاتوزیان، پیشین (۱۳۸۸)، صص. ۱۴۴ به بعد.

است و هر آنچه مانع نفوذ حاکمیت اراده است، مانع نفوذ شرط فاسخ نیز هست، نتیجه گرفته می‌شود که موانع عدم نفوذ شرط فاسخ، مواردی است که این نهاد حقوقی با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه مخالفت دارد. این شروط را شروط نامشروع می‌گویند و حکم آنها مشمول بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی یعنی بطلان شرط و عدم بطلان عقد می‌شود. ذیلاً با چند مثال موضوع تبیین می‌گردد.

مثال بارز تزاحم این نهاد با موانع مذکور، شرط انفساخ در عقد نکاح است. چه، همانطور که سابقاً اشاره شد، عقد نکاح قابل اقاله نیست و فسخ آن هم محدود به موارد پیش‌بینی شده در قانون است و جز از راه طلاق، بذل مدت و انقضای مدت نمی‌توان چنین عقدی را از هم گسست. از طرف دیگر اعمال اراده و حاکم دانستن اراده طرفین عقد نکاح، در قراردادن شرط انفساخ در عقد نکاح، مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه دارد زیرا در نظام حقوقی ما، توجه به تحکیم بنیان خانواده اقتضا دارد که پیمان زناشویی به راحتی قابل انحلال نباشد. پس شرط انفساخ در عقد نکاح راه ندارد و حتی در صورت تراضی زوجین، نمی‌تواند موجب انحلال قهری عقد نکاح شود. به عنوان مثال در عقد نکاح زوجه شرط کند که اگر ظرف مدت معینی زوج مهریه را پرداخت نکند عقد منفسخ گردد. در این فرض، شرط باطل است اما موجب بطلان عقد نمی‌شود.

مثال دیگر عقد وقف است. لازمه وقف این است که عین مال حبس و از ملکیت واقف بیرون رود. قطع رابطه بین واقف و عین موقوفه مستلزم این است که وقف نهادی دائم باشد. مالکیت مفهومی دائمی است و از اوصاف بارز آن باقی ماندن در دارایی مالک است تا زمانی که سبب قانونی موجب انتقال آن به دیگری شود. پس همین که عین موقوفه از دارایی واقف خارج می‌شود، خواه به موقوف‌علیه منتقل شود یا خود اصالت و شخصیت یابد، باید به طور دائم در وضع حقوقی جدید قرار گیرد.

موقت بودن وقف بدین معنی است که ارتباط مالکیت عین موقوفه با دارایی واقف قطع نشده است و گذشت زمان خود به خود و بدون اینکه نیاز به سببی خاص باشد، مالکیت را دوباره به او باز می‌گرداند.^۱ پس وقف باید دائم باشد و واقف نتواند با انحلال وقف دوباره مال موقوف را به دست آورد. به همین جهت باید پذیرفت که وجود شرط فاسخ نشان می‌دهد که مقصود وقف نبوده است. شرط خیار و شرط فاسخ با مقتضای وقف مخالف است، لذا شرط فاسخ در عقد وقف با مانعی قانونی برخورد می‌کند و در نتیجه چنین شرطی اثر خود را ندارد.

مثال دیگر عقد اجاره است. در اجاره‌های املاک شهری نیز که برای کسب و پیشه و تجارت داده می‌شود، قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ امکان فسخ

۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، کتابخانه گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۹۰، ص. ۱۲۴.

اجاره را با دقت تمام محدود به موارد معین کرده است. بر اساس ملاک قانونی فوق نمی‌توان خیار شرط به سود مالک شرط کرد. همچنین شرط انفساخ قرارداد، در خارج از مواردی که قانون، فسخ اجاره را پیش‌بینی کرده است، نفوذ حقوقی ندارد؛ زیرا وسیله‌ای است برای فرار از اجرای مقررات آن قانون که بر طبق ماده ۳۰ باطل و بی اثر است.

ذکر این نکته نیز ضروری است که اگر انفساخ عقدی از عقود، قانوناً موکول به تحقق سبب یا اسباب معینی شده باشد و یا فسخ عقد منحصر به اسباب مشخص گردیده باشد، تعلیق انحلال عقد به امر دیگر جز اسباب مذکور صحیح نخواهد بود. مانند ماده ۷۶۰ قانون مدنی که در مورد عقد صلح مقرر می‌دارد: «صلح عقد لازم است اگر چه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و بر هم نمی‌خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله». به‌طوری که از مقررات این ماده استفاده می‌شود، اسباب انفساخ صلح صریحاً به خیار و اقاله منحصر شده است و تعلیق انحلال عقد (شرط فاسخ) مسلماً نه خیار است و نه اقاله.^۱ مطلب اخیر در مورد عقد نکاح هم صادق است، چرا که قانون مدنی به موجب ماده ۱۱۲۰ مقرر می‌دارد: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود». همان گونه که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار انحلال عقد نکاح را در سه مورد فسخ، طلاق و بذل مدت، محصور دانسته و سخنی از انحلال قهری آن از طریق شرط فاسخ به میان نیاورده است. لذا باید حکم به عدم نفوذ شرط فاسخ در عقد نکاح داد. در مانحن‌فیه ذکر این نکته نیز ضروری است که در منابع فقهی لعان و فوت نیز از اسباب انحلال عقد نکاح بر شمرده شده است^۲، لیکن قانون‌گذار در ماده اخیرالذکر به این دو سبب از انحلال نکاح اشاره‌ای ننموده است. از طرفی اینکه آیا لعان و فوت از اسباب انحلال عقد نکاح می‌باشد یا خیر و دلایل آن چیست، موضوعی است که از بحث این مقاله خارج است؛ اما دلیل اینکه مطلب اخیر در مورد عقد نکاح هم صادق است، تزامم شرط انفساخ در عقد نکاح با نظم عمومی و اخلاق حسنه است.

رویه قضایی نیز با مبنای اعلام‌شده در مورد شرط فاسخ یعنی حکومت اراده و تراضی موافقت دارد. به عنوان نمونه در پرونده‌ای که با کلاسه ۵۱۸/۶۹ در شعبه ۵ دادگاه حقوقی یک سابق تهران مطرح بوده، خواسته دعوی الزام به تنظیم سند رسمی آپارتمان مطرح شده است. در متن فروش‌نامه قید شده است که در صورتی که چک

۱. شهیدی، پیشین، ص. ۶۱.

۲. عاملی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، کتابفروشی دآوری، ۱۴۱۰ ق، صص.

۱۷۹ به بعد.

تسلیمی بابت ثمن، احیاناً خالی از وجه باشد و به هر صورت به وجه نقد تبدیل نشود، فروش نامه منفسخ می‌شود. دادگاه مذکور با توجه به شرط انفساخ مندرج در عقد و صدور گواهی عدم پرداخت، قرارداد را بی اعتبار و دعوی الزام به تنظیم سند را مردود اعلام کرده است. شعبه سوم دیوان عالی کشور نیز اعتراض به نظر دادگاه مذکور را رد کرده است. در قسمتی از رأی دیوان آمده است: «همچنان که طرفین می‌توانند اثر عقد را موکول به شرطی در آینده کنند (عقد معلق ماده ۱۸۹ قانون مدنی)، ممکن است انحلال عقد و از بین رفتن تعهد ناشی از آن را معلق به وقوع حادثه‌ای در آینده بکنند که می‌توان از آن به شرط فاسخ تعبیر کرد که در این نوع شرایط در اثر تراضی طرفین، عقد به طور منجز واقع می‌شود، ولی تحقق شرط آن را خودبه‌خود زایل می‌کند. شرط مذکور در سند عادی استنادی (شرط انفساخ) با هیچ یک از شروط باطل و مبطل عقد مصرح در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی مطابقت ندارد بلکه شرط نتیجه بوده و صحیح می‌باشد. لذا نظر دادگاه بدوی تأیید می‌شود.»^۱

در پرونده‌ای دیگر که با کلاسه ۳/۵۶/۷۳ در شعبه ۳ دیوان عالی کشور منجر به صدور رأی شده، چنین آمده است: «اعتراض وکیل تجدیدنظرخواهان به دادنامه وارد است زیرا اولاً همچنان که در نظریه شماره ... عنوان گردیده در قرارداد موافقت نامه مربوط به خرید سهام کارخانه تصریح گردیده "آقای... کلیه حق و حقوق وامتیازات آقای... نسبت به کارخانه رنگ سازی و شیمیایی را با توافق طرفین خریداری نمودند و آقای... از تاریخ ۶۱/۳/۱۶ حق و حقوق خود را اعم از فرضیه و متصوره نسبت به کارخانه فوق از خود سلب می‌نماید. در قبال این معامله، وجوه آن به شرح زیر از خریدار به فروشنده تحویل گردیده و اگر چنانچه چکی از این ارقام برگشت گردید، معامله فسخ خواهد شد. سپس شماره و مبلغ چک‌ها در ۱۲ فقره قید شده است و جمله شرطیه مذکور در متن قرارداد با لحاظ اینکه به صیغه مضارع آمده، مرجع آن معامله است و معنای دستوری و عرفی جمله این است که "چنانچه چکی از این ارقام برگشت گردید معامله فسخ خواهد شد." به دیگر عبارت جمله شرطیه مذکور در ذیل قرارداد ناظر به خيار فسخ نیست بلکه شرط فاسخ است که طرفین بر حسب اصل آزادی و حکومت اراده متعاملین در قرارداد جعل کرده‌اند و نتیجتاً ضمانت اجرای شرط مذکور در قرارداد انحلال قهری و خودبه‌خودی قرارداد است ... بنا به این مراتب و با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی و اینکه به دلالت اوراق پرونده و گواهی نامه‌های عدم پرداخت صادره از بانک

۱. بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آینه آرای دیوان عالی کشور (عقود و تعهدات)، انتشارات فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۸۲، ص. ۶۳.

محال علیه چک‌های شماره ... که به منظور وصول وجه آن به بانک محال علیه ارائه شده، النهایه بانک محال علیه به علت کسر موجودی وجه چک‌های مرقوم را نپرداخته و چک‌ها برگشت شده‌اند؛ لذا بر حسب اشتراط و حمل طرفین، معامله از تاریخ برگشت اولین چک (۶۱/۹/۲) منفسخ است.^۱

مثال‌های مذکور و نیز رویه قضایی، نظر ما را مبنی بر اینکه مبنای شرط فاسخ، حکومت اراده طرفین عقد است، تأیید می‌نماید. ضمن اینکه در بحث ماهیت حقوقی شرط فاسخ نیز همانطور که ملاحظه شد، به نظر ما ماهیت حقوقی شرط فاسخ بر مبنای حکومت اراده و در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد و در چارچوب اراده طرفین تحلیل می‌گردد. البته آنچه در فوق به عنوان مثال در تأیید مبنای شرط ارائه شد، جنبه حصری ندارد بلکه نفوذ شرط فاسخ در هر عقدی می‌بایست با قاعده کلی یعنی عدم تعارض با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه تطبیق داده شده و بر آن اساس حکم به نفوذ یا عدم نفوذ شرط فاسخ در آن عقد داده شود.

۴. شرط فاسخ در عقود جایز

آنچه تاکنون در مورد شرط فاسخ بحث گردید و مثال بارز آن در فقه مورد بررسی قرار گرفت، در عقودی مانند بیع بود. لذا سئوالی که مطرح می‌شود این است که آیا درج شرط فاسخ صرفاً ویژه عقود لازم است و موجب انحلال قهری آن عقد لازم می‌شود یا اینکه در عقود جایز نیز می‌توان شرط فاسخ را درج نمود؟ اگر پاسخ به سئوال مذکور مثبت است اثر شرط فاسخ در عقد جایز چگونه است؟ علت طرح این سئوالات آن است که به موجب ماده ۱۸۶ قانون مدنی، عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر زمان که اراده کنند، عقد را فسخ کنند. لذا این تعریف از عقد جایز که ماهیت حقوقی آن را نشان می‌دهد، این ابهام و اشکال را به ذهن متبادر می‌کند که عقد جایز به اراده طرفین قرارداد منحل می‌گردد، پس چه نیازی به درج شرط فاسخ برای انحلال قرارداد می‌باشد. به عبارت دیگر فرض درج شرط فاسخ در عقد جایز مانند فرض درج حق فسخ در عقود جایز است و امری بی‌فایده است.

ارائه تحلیل و سئوال فوق ناشی از عدم توجه به ماهیت حقوقی شرط فاسخ و انحلال عقود جایز به اراده طرفین در این گونه عقود می‌باشد چرا که انحلال عقود جایز با اعمال خیار، انحلال ارادی قرارداد است، در حالی که درج شرط فاسخ در عقد جایز و حصول معلق علیه مبتنی بر آن موجب انحلال قهری این عقود می‌شود. لذا با توجه به مطالب فوق شرط انفساخ ویژه عقود لازم نیست و در عقد جایز نیز معقول و دارای

۱. بازگیر، یدالله، علل نقض آرای حقوقی در دیوانعالی کشور، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶، صص. ۲۷-۳۲.

اهمیت است. عقد جایز را هر یک از دو طرف که بخواهند می‌تواند فسخ کنند. بنابراین خیار فسخ از طبیعت عقد ناشی می‌شود و جعل آن به مناسبت وجود غبن یا عیب یا شرط و مانند اینها کاری است لغو؛ ولی شرط انفساخ در این گونه قراردادها نیز اثر ویژه خود را دارد. با وجود شرط در حادثه مورد نظر، دیگر برای فسخ عقد نیازی به انجام عمل حقوقی نیست و حق انتخاب از هر دو طرف گرفته می‌شود.

فرض کنید که در عقد ودیعه شرط شود که اگر امین از مال مورد امانت سوءاستفاده کند، عقد منفسخ است. بی‌گمان مودع نیز می‌تواند هنگام بروز حادثه به فسخ عقد و ستاندن امانت دست زند. ولی این اقدام نیاز به آگاهی و انشاء دارد و خودبه‌خود صورت نمی‌پذیرد. پس اگر امین دست از افراط بکشد و به امانت رفتار کند، چون سرچشمه اذن و نیابت (عقد ودیعه) از بین نرفته است، سمت امانت به او باز می‌گردد و تا زمان عقد مسئول نیست زیرا تعدی و تفریط امین باعث انحلال عقد ودیعه نمی‌شود و بقای عقد به معنای بقای اذن مالک است.^۱ در حالی که در این مثال که مشروط به شرط فاسخ گردیده است، در صورت تعدی یا تفریط مستودع، عقد ودیعه قهراً منحل می‌گردد و نیازی به دخالت اراده مودع نمی‌باشد. از طرف دیگر با حصول معلق‌علیه یعنی وقوع تفریط یا افراط از سوی مستودع، و انحلال قهری عقد ودیعه، صفت امانت و منبع اذن از بین می‌رود و برخلاف موردی که عقد ودیعه مشروط به شرط فاسخ نشده است، امین پس از حصول معلق‌علیه و انحلال قرارداد، غاصب محسوب و مسئولیت او از باب احکام غصب می‌باشد؛ در حالی که در عقد ودیعه‌ای که مشروط به شرط فاسخ نیست، در صورتی که مستودع تعدی یا تفریط کند و مالک اعمال خیار ننموده یا متوجه نشود تا از حق خود استفاده کند، منبع موجب تصرف قانونی مستودع، یعنی اذن مالک، موجود است و از آن پس، حکم تصرفات مستودع همچنان در چارچوب احکام امین است نه غاصب.

البته اهمیت نفوذ شرط فاسخ در عقود جایزی که ضمن عقود لازم شرط شده باشند یا طرفین در عقد جایز حق اعمال خیار و اقاله را از خود اسقاط نموده باشند، بروز و ظهور دارد و راه را بر طرفداران عدم نفوذ شرط فاسخ در عقود جایز می‌بندد. با این توضیح که اگر عقد جایزی ضمن عقد لازمی شرط شده باشد، آن عقد جایز قابل انحلال به اراده طرفین در هر زمان نمی‌باشد و از این باب یعنی قابلیت اعمال خیار توسط طرفین به عقد لازم تبدیل می‌شود. از طرفی اگر متعاملین عقد جایز، خود و بنا به تراضی، حق فسخ عقد را از خود ساقط نموده باشند، آن عقد از جهت مورد اشاره به

۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۹، ص. ۵۷.

عقدی لازم تبدیل می‌شود. حال اگر در هر دو فرض مورد اشاره طرفین حق اقاله عقد را نیز از خود سلب نموده باشند، درج شرط فاسخ در عقد جایز، می‌تواند دستاویز مناسبی برای هر یک از طرفین برای احقاق حقوق آنها در مورد شرط شده باشد. چرا که در این زمان، هر چند حق اعمال خیار که نیاز به اراده دارد، از طرفین سلب شده است، اما استفاده از اثر شرط فاسخ نیاز به اعمال اراده ندارد و قهراً اثرگذاری خود را دارد و از این باب، این نهاد حقوقی، برای طرفی که حق وی تضییع شده، راهگشا است.

۵. اثر شرط فاسخ نسبت به اشخاص ثالث

۵-۱. طرح موضوع

آنچه از موضوع «اثر شرط فاسخ نسبت به اشخاص ثالث» در نگاه اول به ذهن متبادر می‌شود، اثر مستقیم قرارداد دارای شرط فاسخ در روابط قراردادی طرفین با شخص ثالث است. موضوعی که از آن به اصل نسبی بودن قراردادهای یاد می‌شود. اما مفهوم دومی که از موضوع قابل استنباط است، اصل قابل استناد بودن قراردادهای است. بر اساس این اصل طرفین قرارداد می‌توانند به قراردادی که بین خود منعقد نموده‌اند، در مقابل اشخاص ثالث استنادکنند و اشخاص ثالث نیز باید مفاد آن را محترم بدانند. اما بر خلاف دو مفهوم ابتدایی فوق که به ذهن متبادر می‌شود، منظور از موضوع «اثر شرط فاسخ نسبت به اشخاص ثالث» تحلیل آن در محدوده اصل نسبی بودن قراردادهای یا اصل قابل استناد بودن قراردادهای نیست؛ بلکه آنچه مورد نظر است ماهیت قرارداد و روابط قراردادی است که یکی از طرفین پس از انعقاد قرارداد دارای شرط فاسخ با شخص ثالثی منعقد می‌کند.

۵-۲. اثر شرط فاسخ نسبت به اشخاص ثالث

همان‌گونه که پیش‌تر توضیح داده شد اثر شرط فاسخ، سقوط تعهد و تحقق آن به صورت قهری و ناظر به آینده است و در روابط قراردادی سابق میان متعاقدين اثری ندارد. از این نظر (ناظر به آینده بودن)، اثر شرط فاسخ مانند اختیارات قانونی است. از طرفی شرط فاسخ با تراضی طرفین به عنوان التزام تبعی در عقد درج می‌گردد و شرایط و ویژگی‌های یک شرط را دارد. از طرف دیگر بیان شد که در متون فقهی و حقوقی بحث مستقلی پیرامون شرط فاسخ نیامده است؛ لذا به تبع آن از اثر شرط فاسخ نسبت به اشخاص ثالث نیز بحث نشده است. اما در مورد اختیارات و اثر آن نسبت به اشخاص ثالث، در کتب فقهی و حقوقی بحث شده است که با توجه به شباهت مذکور اختیارات با شرط فاسخ، از وحدت ملاک آن می‌توان استفاده کرد و حکم اثر فسخ قرارداد به موجب یکی از اختیارات نسبت به ثالث را به اثر شرط فاسخ نسبت به ثالث تعمیم داد.

فقه‌های امامیه در ذیل مبحث خیار غبن در پاسخ به این سؤال مبنی بر اینکه آیا خریدار حق انتقال قرارداد به شخص ثالث را دارد یا خیر و وضعیت حقوقی عقد خریدار با ثالث در صورت اعمال خیار از سوی بایع چگونه است، اختلاف نظر دارند. این نظرات به شرح ذیل می‌باشد:

الف - برخی فقها معتقدند که انتقال مالکیت مورد معامله از ید مغبون باعث سقوط خیار نیست و صاحب خیار می‌تواند با اعمال خیار، عقدی که باعث انتقال ملکیت شده است را باطل نماید.^۱ استدلال این فقها آن است که بیع خیاری (در این جا خیار غبن) مالکیت قطعی برای غابن به وجود نمی‌آورد تا بر اساس آن بتواند مورد معامله را انتقال دهد. لذا در صورت اعمال خیار، معامله دوم باطل است.

ب - برخی دیگر با اخذ وحدت ملاک از نهاد حق شفعه معتقدند که همان‌طور که در شفعه، با اعمال این حق توسط شفیع، عقد از تاریخ اعمال آن باطل است؛ در خیار غبن نیز عقد بین غابن و شخص ثالث از تاریخ اعمال خیار نسبت به آینده باطل می‌شود.^۲

پ - برخی دیگر معتقدند که تا قبل از اعمال خیار توسط صاحب خیار، عقد بین غابن و مغبون و نیز عقد بین غابن و ثالث صحیح است و پس از اعمال خیار نیز به واسطه انتقال مورد معامله، عین در حکم تلف است و تکلیف غابن تحویل بدل عین است.^۳

۵-۳. نقد نظرات و انتخاب نظر اقوی

الف - نظریه‌ای که عقد دوم را باطل می‌داند دارای اشکال است زیرا وجود خیار در عقد مانع انتقال مالکیت نیست. نظری که قانون مدنی نیز به موجب ماده ۳۶۳ آن را تأیید می‌کند.^۴

ب - نظریه‌ای که در قیاس با حق شفعه، معامله دوم را از تاریخ اعمال خیار باطل می‌داند نیز دارای ایراد است. چرا که اولاً حق شفعه به عنوان نهاد حقوقی خاص در نظام حقوقی ما شناخته می‌شود که قواعد آن برگرفته از فقه می‌باشد و لذا احکام حق شفعه را می‌بایست در موضع نص تفسیر و نمی‌توان قواعد آنرا به سایر موارد از جمله خیارات

۱. نائینی، میرزا محمدحسین غروی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، المکتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ ق، ص. ۷۶.

۲. در تحلیل این نظر، نگاه کنید به: یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی، حاشیة المکاسب، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق، صص. ۴۲ به بعد.

۳. خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیلة، ترجمه علی اسلامی، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ بیست و یکم، ۱۴۲۵ ق، ص. ۴۰۱.

۴. ماده ۳۶۳: «در عقد بیع وجود خیار فسخ برای متبایعین با وجود اجلی برای تسلیم مبیع با تأدیه ثمن مانع انتقال نمی‌شود...».

تعمیم داد. ثانیاً عقد دوم تا قبل از اعمال خیار تمامی شرایط صحت معامله و از جمله وجود مورد معامله را داشته و وجود خیار نیز مانع انتقال مالکیت مورد معامله به متعاقدين نیست. پس نمی‌توان معتقد به باطل بودن معامله از زمان اعمال خیار بود.

پ - به نظر می‌رسد نظریه‌ای که مورد معامله را با انتقال آن، در حکم تلف می‌داند صحیح باشد؛ چراکه مستفاد از وحدت ملاک ماده ۲۸۶ قانون مدنی، انتقال مورد معامله در حکم تلف آن محسوب می‌شود.^۱ از طرفی عقد دوم تمامی شرایط صحت معامله را داراست و با توجه به اینکه مورد معامله انتقال یافته است و امکان بازگرداندن آن توسط من‌علیه‌الخیار وجود ندارد، تکلیف او از مسترد کردن عین به دادن بدل (در صورت مثلی بودن، مثل و در صورت قیمی بودن، قیمت) تغییر می‌یابد. این نظر مورد تأیید حقوق‌دانان نیز می‌باشد.^۲ به عنوان مثال استاد مرحوم امامی معتقدند: «... در مواردی که برای بایع خیار غبن موجود است، مشتری می‌تواند مبیع را به شخص ثالث انتقال دهد و یا آن را تلف نماید زیرا خیار بایع برای استدراک ملکیت سابق است که قانون به جهتی از جهات به او داده است.»^۳

از آنچه در مورد عقد بین من‌علیه‌الخیار و ثالث و شباهتی که از خیار و شرط فاسخ بیان شد، می‌توان نتیجه گرفت که در صورتی که در قرارداد حاوی شرط فاسخ، مشروط‌علیه اقدام به انتقال مورد معامله به ثالث نماید و پس از آن به دلیل عدم عمل به تعهد خود، قرارداد بین وی و مشروط‌له منفسخ گردد، عقد دوم صحیح و تکلیف مشروط‌علیه بازگرداندن بدل عین می‌باشد.

۱. ماده ۲۸۶: «تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست. در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است

مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می‌شود.»

۲. کاتوزیان، پیشین (۱۳۹۰)، صص. ۸۹-۹۱.

۳. همان.

نتیجه

شرط فاسخ یا شرط انفساخ، نوعی تراضی است که دو طرف درباره انفساخ احتمالی عقد در آینده می‌کنند و اثر شرط فاسخ سقوط تعهد، ناظر به آینده و تحقق آن به صورت قهری است. به دلیل استدلال‌هایی که بیان شد، اختیار عنوان «اقاله معلق» برای ماهیت حقوقی شرط فاسخ، با نظام حقوقی ما بیگانه است و در نفوذ و اعتبار آن نیز باید شک کرد. توجه به نحوه درج شرط فاسخ در قرارداد و نتایج حاصل از آن، شرط نتیجه بودن شرط فاسخ را تأیید می‌کند. چنان‌چه بسیاری از فقهای امامیه و برخی حقوق‌دانان به این موضوع اذعان داشته‌اند و شرط فاسخ را منطبق بر شرط نتیجه می‌دانند، لذا شرط انفساخ بر معنای ذکرشده از شرط نتیجه انطباق دارد؛ زیرا اولاً شرط فاسخ بر مبنای تراضی و اصل حاکمیت اراده در ضمن عقد قرار داده شده است و همین اراده‌هایی که در تشکیل و انعقاد آن نقش ایفاء کرده‌اند، می‌توانند شرایط آن را تغییر داده یا برخلاف آن تراضی کنند. ثانیاً شرط فاسخ نیز مانند شرط نتیجه، خود به خود و بدون دخالت اراده اثرگذار است و برای ایفای نقش آن نیازمند دخالت اراده‌های تشکیل‌دهنده آن یا یکی از آن اراده‌ها نیست. ثالثاً ایرادات وارده بر نظر قائلین به اقاله معلق بودن شرط فاسخ در اینجا مطرح نیست.

شرط انفساخ در قراردادی اثر دارد که قابل انحلال به اراده باشد. بر این اساس به وضوح مشخص می‌گردد که جهت تعیین قلمرو نفوذ شرط فاسخ می‌بایست قلمرو نفوذ اراده را بررسی کرد و موانع نفوذ اراده را مانع نفوذ شرط فاسخ دانست. از جمع مفاد مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی، عوامل محدودکننده و مانع اجرای اصل حاکمیت اراده که همانا قانون، نظم عمومی و اخلاق هستند، استخراج می‌شود. لذا در صورتی که شرط فاسخ در تعارض با هیچ‌یک از این سه عامل محدودکننده نباشد، می‌بایست به نفوذ حقوقی آن حکم کرد و بر عکس در جایی که با این موانع برخورد می‌کند، می‌بایست قائل به عدم نفوذ آن باشیم.

از طرف دیگر شرط انفساخ ویژه عقود لازم نیست؛ چراکه انحلال عقود جایز با اعمال خیار، انحلال ارادی قرارداد است در حالی که درج شرط فاسخ در عقد جایز و حصول معلق‌علیه مبتنی بر آن موجب انحلال قهری این عقود می‌شود. در خصوص اثر شرط فاسخ نسبت به شخص ثالث نیز چنین تحلیل شد که اگر در قرارداد حاوی شرط فاسخ، مشروط‌علیه اقدام به انتقال مورد معامله به ثالث نماید و پس از آن به دلیل عدم عمل به تعهد خود، قرارداد بین وی و مشروط‌آله منفسخ گردد، عقد دوم صحیح و تکلیف مشروط‌علیه بازگرداندن بدل عین می‌باشد.

منابع

- ابهری، حمید؛ و زینب افچنگی، مفهوم، ماهیت و آثار شرط انفساخ در حقوق ایران، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱، زمستان ۱۳۸۸.
- اراکی، محمدعلی، الخیارات، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۸، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- اصفهانی، محمدحسین کمپانی، حاشیه کتاب المکاسب، جلد ۴، قم، أنوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۱.
- بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آئینه آرای دیوان عالی کشور، عقود و تعهدات، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
- جبار گلباغی، سیدعلی، شرط فاسخ در فقه و حقوق شیعه، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۲۴، ۱۳۹۰.
- حر عاملی، محمد بن حسن، التفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۸، قم، انتشارات موسسه آل البيت، ۱۴۰۹ ق.
- خراسانی، محمد کاظم بن حسین، حاشیة المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- خمینی، سید روح الله موسوی، البیع، جلد ۴، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار حضرت امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- _____، تحریرالوسیلة، جلد ۲، ترجمه علی اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ بیست و یکم، ۱۴۲۵ ق.
- سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح قانون مدنی، جلد ۳، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸ م.
- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چاپ نهم، ۱۳۸۸.
- _____، شروط ضمن عقد، نشر مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- _____، عقود معین ۱، تهران، انتشارات مجد، چاپ نهم، ۱۳۸۸.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیة المکاسب، جلد ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

- عاملی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، جلد ۶، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، دادگستر، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۳، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۹۰.
- _____، عقود معین، جلد ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۷.
- _____، عقود معین، جلد ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۹.
- _____، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۱.
- _____، نظریه عمومی تعهدات، تهران، میزان، ۱۳۸۵.
- _____، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
- _____، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
- _____، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۹۰.
- کزازی عراقی، ضیاء الدین، شرح تبصرة المتعلمین، جلد ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- مامقانی، ملّا عبدالله بن محمد حسن، نهاية المقال فی تکملة غایة الآمال، قم، مجمع الذخائر الإسلامية، چاپ اول، ۱۳۵۰ ق.
- نائینی غروی، میرزا محمد حسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، جلد ۲، تهران، المكتبة المحمدیة، چاپ اول، ۱۳۷۳ ق.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد بیست و سوم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.

نگرشی بر جایگاه فقهی - حقوقی شرکت‌های هرمی

احمد خسروی*

مجتبی نقدی‌نژاد**

چکیده

یکی از رویکردهای مهم تجارت الکترونیک، بازاریابی و توزیع شبکه‌ای چندمرحله‌ای الکترونیک است که منشأ تحولات عظیمی در امر انتقال سریع کالاها و خدمات از مبدأ تولید به مقصد مصرف در یک دنیای مجازی شده است. امروزه سیستم بازاریابی شبکه‌ای سنتی با توجه به ورود ابزارهای الکترونیک که هزینه‌های توزیع کالا را به شدت کاهش و سرعت انتقال کالا را از تولید به مصرف افزایش می‌دهند، کارایی خود را از دست داده و شبکه‌های توزیع چند مرحله‌ای الکترونیک به نحو شگفت‌انگیزی گسترش یافته‌اند. شرکت‌های هرمی در حقیقت شکل منحرف‌شده بازاریابی شبکه‌ای می‌باشند و با بازاریابی شبکه‌ای تفاوت دارند. هر دوی آنها معمولاً در قالب شرکت‌های خاصی فعالیت می‌کنند. شرکت‌های هرمی دارای انواع و اقسام گوناگونی هستند. طراحان شرکت‌های هرمی برای جلوگیری از اشکالات حقوقی، آنها را در قالب قراردادهای خاصی طراحی و اجرا می‌کنند. به دلیل تنوع شرکت‌های هرمی، قراردادهای متنوع و مختلفی در آنها دیده می‌شود ولی اکثر شرکت‌های هرمی بر پایه «بیع جایگاه» استوار هستند. این شرکت‌ها دارای اشکالات جدی اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، فقهی و حقوقی هستند. در زمینه فقهی - حقوقی، اشکال «دارا شدن ناعادلانه» در مورد این شرکت‌ها مطرح شده است. همچنین می‌توان به وجود تدلیس و کلاهبرداری در آنها اشاره کرد.

کلیدواژه‌ها: بازاریابی شبکه‌ای، بیع جایگاه، دارا شدن ناعادلانه، کلاهبرداری، تدلیس.

* عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه بیرجند (نویسنده مسئول)
a.khosravi@birjand.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی
naghdi22@gmail.com

مقدمه

یکی از ابزارهای مفیدی که بشر برای رسیدن به تجارتی مفید و مطلوب از آن استفاده نموده، بازاریابی شبکه‌ای می‌باشد که هنوز هم به عنوان روشی مطلوب می‌تواند به کار گرفته شود. در این روش برای رسیدن به سود مطلوب با وجود قیمت متناسب کالا، هزینه‌های زیادی حذف می‌شود. یکی از هزینه‌هایی که برای فروش کالا می‌شود، هزینه‌های تبلیغاتی است که ابعاد وسیعی دارد. در بازاریابی شبکه‌ای، کالا بدون نیاز به تبلیغات زیاد، به دست مشتری می‌رسد. بنابراین فروشنده مجبور نیست برای کالایش تبلیغات زیاد و هزینه‌بر داشته باشد و مشتری هم مجبور نیست هزینه این تبلیغات را در قیمت کالاپردازد. برای حذف هزینه‌های تبلیغاتی، در این روش، تبلیغ سینه به سینه و رو در رو به کار گرفته می‌شود، یعنی به جای اینکه مشتری هزینه پولی تبلیغات را به همراه قیمت کالاپردازد، قیمت کمتری را برای کالاها می‌پردازد و در عوض هزینه‌های تبلیغاتی، کالا را به صورت سینه به سینه و شفاهی به دیگران سفارش می‌دهد. برای اینکه انگیزه افراد به این کار بیشتر شود، فروشنندگان، پورسانت یا پاداش‌هایی را در نظر می‌گیرند که به مشتریانی که مشتری جدید برای کالای او پیدا می‌کنند، تعلق می‌گیرد. آنچه در این روش موضوعیت دارد، کالا و رسیدن آن به دست مشتری واقعی است و بری اینکه کالا به دست مشتری واقعی برسد، باید انگیزه و تقاضای واقعی از طرف او وجود داشته باشد.

شرکت‌های هرمی مبالغی را از اشخاص می‌گیرند و در عوض، کالا یا خدماتی را به صورت اقساط یا نقد در اختیار مشتریان خود قرار می‌دهند. البته هدف اصلی آنها فروش اقساطی است و از مشتریان می‌خواهند که قسمتی از بهای کالا و خدمات را بپردازند و در ازای بقیه آن، برای شرکت بازاریابی کنند و یا بهای کالا و خدمات اندکی را می‌گیرند و مشتریان خود را برای به دست آوردن درآمد بیشتر و پاداش‌های فراوان تشویق می‌کنند. هر فرد در سیستم هرمی می‌تواند با خرید یکی از محصولات شرکت به عنوان عضو به سیستم وارد شود، سپس فرد سعی می‌کند تا دو نفر را یکی در سمت چپ و دیگری در طرف راست خود، به مجموعه معرفی کند. آنها نیز اقدام به خرید محصول می‌کنند و عضویت افراد جدید به همین ترتیب ادامه پیدا می‌کند و زیرمجموعه آنها به صورت نامتناهی (فرض محال) رشد خواهد نمود.

این شرکت‌ها به عنوان رقیب بازاریابی شبکه‌ای، با تحریف آن به شرکت‌هایی برای سوددهی زیاد با تلاش کم به وجود آمده‌اند و با توجه به اینکه در اینجا کالا هیچ‌گونه موضوعیت خاصی نداشته و فقط رسیدن به سود زیاد موضوعیت دارد، لذا عمل صورت گرفته نمی‌تواند مشروع باشد. در این شرکت‌ها در حقیقت ایده حذف تبلیغات و

هزینه‌های ناشی از آن به انحراف کشیده شده و به بهانه حذف تبلیغات، شرکت‌هایی مطرح شده‌اند که هدف آنها فقط کسب سود می‌باشد. کالا در این شرکت‌ها، سرپوش و ابزار برای تشبیه به بازاریابی شبکه‌ای می‌باشد. این شرکت‌ها فقط عضو می‌گیرند و پورسانت می‌دهند. در برخی از انواع این شرکت‌ها، اساساً کالایی وجود ندارد و فقط عضوگیری می‌شود. شرکت‌های هرمی معمولاً در پوشش یک شرکت به عضوگیری می‌پردازند و هیچ تعهدی را نسبت به افراد عضو (در صورت ضرر) و همچنین اجتماع ندارند. افراد زیادی در شرکت‌های هرمی متضرر می‌شوند و حتی پول ثبت‌نام خود را از دست می‌دهند. علاوه بر ضرر افراد عضو، آسیب‌های زیادی به اجتماع وارد می‌شود. در یک اجتماع، روابط باید مبتنی بر حسن نیت و انجام وظایف فردی و عدم تعرض به حقوق دیگران و حفظ امنیت اقتصادی و فرهنگی باشد. شرکت‌های هرمی، این روابط متعادل و مطلوب را تهدید می‌کنند. عدم اطمینان و اعتماد در روابط انسانی، تعرض به حقوق دیگران، بر هم خوردن امنیت اقتصادی و فرهنگی به دلیل سرمایه‌گذاری در یک طرح غیراقتصادی و خروج ارز از کشور و افزایش روحیه تن‌پروری و سودجویی نمونه‌هایی از آسیب‌های اجتماعی این شرکت‌ها است. این آسیب‌ها بر هیچ‌کس پوشیده نیست و سرنوشت کشورهای شرق آسیا و همچنین کشوری مثل آلبانی که سال‌ها با این پدیده دست به گریبان بوده است، شاهدهی بر این مدعاست. البته لازم به ذکر است که اثرات و تبعات بازاریابی شبکه‌ای و شرکت‌های هرمی متفاوت است. هیچ‌کس در مفید و مطلوب بودن بازاریابی شبکه‌ای شک ندارد. در بازاریابی شبکه‌ای فقط کالا و فروش آن مدنظر است و شیوه‌های نوین برای فروش مستقیم کالا به مصرف‌کننده، منجر به پیدایش شیوه بازاریابی شبکه‌ای شده است و در مقابل، در نامطلوب بودن اثرات و تبعات شرکت‌های هرمی نمی‌توان شک کرد.

۱. بررسی و تحلیل بازاریابی شبکه‌ای

بازاریابی شبکه‌ای یکی از راه‌های فروش بیشتر کالا بر اساس آشنایی بیشتر مردم با آن کالا می‌باشد.^۱ برای اینکه مردم به وجود کالایی پی ببرند، باید آنها را مطلع ساخت. گاه برای مطلع کردن مردم باید دست به تبلیغات زد. تبلیغات همیشه آگاه ساختن تعداد بیشتری از مردم در زمانی کوتاه‌تر را مدنظر دارد. در این روند، تأثیرگذاری بیشتر نیز اهمیت دارد؛ یعنی در یک تبلیغ باید چنان از کالا تعریف شود که مردم را هرچه بیشتر برای خرید آن ترغیب نماید. در فروش یک کالا، واسطه‌های

۱. خیرخواه، طاهره؛ و مهدی ادیبان، «نگاهی به آثار اجتماعی شرکت‌های هرمی در ایران»، گزارش دفتر مطالعات فرهنگی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۷۹۳۳، ۱۳۸۵، ص. ۲.

زیادی وجود دارند تا کالا از تولیدکننده به مصرف‌کننده برسد و همواره یکی از مواردی که ذهن بشر را درگیر خود کرده، چگونگی حذف واسطه‌ها از فروش کالا بوده است. اولین بار «کینز» اقتصاددان آلمانی نظریه‌ای ارائه کرد که بنای آن بر حذف تدریجی واسطه‌ها از فرایند بازاریابی بود.^۱ این نظریه بیان می‌داشت که فاصله میان تولیدکننده و مصرف‌کننده، فاصله‌ای است که توسط دلالان خرد و کلان پر شده است و حضور دلالان باعث افزایش قیمت کالا می‌شود، به صورتی که قیمت کالای مصرف‌کننده، گاهی تا چند برابر قیمت تمام‌شده افزایش می‌یابد و این وفور واسطه‌ها، نتیجه طبیعی و الزامی بازاریابی است. نظریه «کینز» در مقام ارائه راه‌حل برای این مشکل، روشی را پیشنهاد می‌کند که در آن، مصرف‌کنندگان، بازاریابان بالقوه کالایی هستند که می‌خرند و بخشی از پولی که تا کنون به دست واسطه‌ها می‌رسید، به مصرف‌کنندگان می‌رسد. این روش فروش، چندی بعد سرمشق بسیاری از شرکت‌های بزرگی شد که اساس فروش آنها مبتنی بر بازاریابی شبکه‌ای بود. این روش به خاطر حذف واسطه‌ها و در نتیجه قیمت نهایی کمتر برای فروش کالا، روز به روز گسترش یافت.^۲

آنچه گفته شد، در خصوص حذف واسطه‌های خرد و کلان بود، ولی به موازات حذف آنها شبکه‌ای از افراد که هم مشتری هستند و هم توزیع‌کننده کالا، بازاریابی را شکل می‌دهند. بنابراین می‌توان گفت که بازاریابی شبکه‌ای یک نوع فعالیت اقتصادی در زمینه توزیع کالا و خدمات است که در این شیوه، شرکت، برای فروش محصولاتش به مصرف‌کننده نهایی، شبکه‌ای از توزیع‌کنندگان را به کار می‌گیرد.^۳ این شبکه برای توزیع کالا و شناساندن آن به دیگران، از ارتباطات فردی و سینه به سینه بهره می‌گیرد و درست به همین دلیل است که بازاریابی شبکه‌ای، به سنتی‌ترین و قدیمی‌ترین شیوه‌های بازاریابی که بشر از آن بهره گرفته است، پیوند می‌خورد. اگر بازاریابی شبکه‌ای درست به کار گرفته شود، به دلیل کاهش هزینه‌های تبلیغات، کاهش هزینه‌های شبکه توزیع و فروش و مهم‌تر از همه بازاریابی مؤثر و چهره‌به‌چهره کالا، زمینه سودآوری را برای تولیدکنندگان و توزیع‌کنندگان فراهم می‌کند.^۴ بازاریابی شبکه‌ای یکی از مناسب‌ترین و کارآمدترین روش‌های توزیع کالا و خدمات است و

۱. رئیس‌یان، امیر، «شبجی به نام بازاریابی شبکه‌ای»، مجله گفت‌مان حقوقی، شماره سوم و چهارم، ۱۳۸۲، ص. ۴.

۲. همان، صص. ۴-۵.

۳. صاحب‌قدم، عاطفه؛ و جواد یوسفیان، معیارهای علمی برای ارزیابی شرکت‌های هرمی و بازاریابی شبکه‌ای، نشر دعوت، ۱۳۸۵، ص. ۷.

۴. همان، ص. ۱۹.

شرکت‌های هرمی هرچند در ظاهر شباهت زیادی به بازاریابی شبکه‌ای دارند، ولی به کلی با آنها متفاوت هستند. در واقع شرکت‌های هرمی نوعی برداشت سودجویانه و متقلبانه از بازاریابی شبکه‌ای دارند و به هیچ‌وجه دارای خصوصیات ذاتی و در نتیجه محاسن و فواید آن نیستند؛ در ذیل به معیارهای تشخیص این شرکت‌ها از بازاریابی شبکه‌ای می‌پردازیم.

۲. معیارهای تشخیص شرکت‌های هرمی از بازاریابی شبکه‌ای

شرکت‌های هرمی، ظاهری شبیه به بازاریابی شبکه‌ای صحیح دارند و این دو بعضی اوقات به حدی به هم شبیه می‌شوند که تشخیص آنها بدون مدد گرفتن از ملاک‌ها و معیارهای خاصی که کارشناسی شده باشند، امکان ندارد. برخی از این معیارها عبارتند از:

۲-۱. عضوگیری نامحدود

این ویژگی مخصوص شرکت‌های هرمی است، چون نیاز واقعی برای کالا وجود ندارد. بنابراین نباید به دنبال فردی باشیم که فلان کالا را خریده باشد، بلکه باید به سراغ افرادی برویم که رؤیای پولدار شدن را داشته باشند. این عضوگیری نامحدود همراه است با اشباع بازار برای کالای خاصی که شرکت عضوگیرنده، داعیه فروش آن را دارد^۱. البته این که گفته می‌شود برای کالا این حالت پیدا می‌شود، مسامحه است چون کالا اساساً مدنظر نیست بلکه عضوپذیری اشباع می‌شود. در نتیجه این اشباع، افرادی که در قاعده هرم هستند متضرر می‌شوند، زیرا رشد این شرکت‌ها انفجاری است و نتیجه فعالیت افرادی که در مراحل بعد عضو آن شده‌اند، در اوایل کار بسیار کم است و در نهایت تقریباً حذف می‌شود.

۲-۲. نحوه اشباع

این که چه چیزی اشباع می‌شود، ملاکی برای تشخیص شرکت‌های هرمی از بازاریابی شبکه‌ای است. اگر فروش کالا و درخواست و تقاضا برای خرید کالا اشباع شود، نشانه یک بازاریابی شبکه‌ای سالم است. ولی اگر کالا اهمیتی نداشته باشد، درخواست برای عضو شدن، اشباع خواهد شد. اگر عضوگیری مدنظر باشد و این عضوگیری به مرحله اشباع برسد، نشانه‌ای برای شرکت هرمی خواهد بود.

۲-۳. نحوه رشد

اگر رشد در اوایل کار شرکت انفجاری باشد و با گذشت زمان تعداد افرادی که جذب می‌شوند کم شود، نشانه یک شرکت هرمی است. ولی اگر رشد، طبیعی باشد و

۱. رئیس‌یان، پیشین، ص. ۴.

مانند هر نوع فروش دیگری به نظر رسد، ملاکی برای بازاریابی شبکه‌ای سالم خواهد بود.

۲-۴. توسل به دروغ و فریب برای جذب افراد

در شرکت‌های هرمی معمولاً به افراد گفته می‌شود که با فعالیت کم، رشد سریع و قابل توجهی خواهند داشت و برای گمراه کردن افراد، دست به ظاهرسازی و فریب می‌زنند. در این شرکت‌ها معمولاً سرشاخه‌ها را مثال می‌زنند که در روند رشد انفجاری شرکت، به پول زیادی رسیده‌اند ولی چون رشد شرکت، کمتر و کمتر می‌شود، این خود، نوعی تقلب و فریب است. سابقه داشته که این گونه شرکت‌ها در نتیجه اشباع بازار و روند کند رشد و سودآوری شرکت، بعد از رشد انفجاری، ناگهان از زیر پرداخت پورسانت و سود شانه خالی می‌کنند و به جای ادامه کار شرکت، از طریق سرمایه‌گذاری جدید در مناطق دیگر، کار خود را ادامه می‌دهند.

۲-۵. چندسطحی بودن عضوگیری

در شرکت‌های هرمی، پیشرفت در سلسله‌مراتب چندسطحی بازاریابان به جای انتصاب از طرف شرکت، از طریق عضوگیری حاصل می‌شود. همچنین پرداخت دستمزد به بازاریابان از طریق برداشت درصدی از عضوگیری حاصل می‌شود. اساساً نمی‌توان چنین افرادی را بازاریاب نامید چون فروش آنها فقط ترغیب و الزامی برای پیشرفت در شرکت محسوب می‌شود. ولی در بازاریابی شبکه‌ای، فروش کالا به افراد هر چه بیشتر اتفاق بیافتد، به مطلوب نزدیک‌تر می‌شویم و هدف هم همین فروش کالاست و کالا نیاز واقعی افراد خریدار است. در شرکت‌های هرمی، سطوح موجود در شرکت بیش از حد متعارف است؛ یعنی از لحاظ عملی بیشتر از حدود قابل قبول است. حتی در بزرگ‌ترین مؤسسه‌های بازاریابی، به صورت متعارف تنها چهار و حداکثر پنج سطح مدیریت برای بازاریابی وجود دارد. مثلاً از بالا به پایین سطوح عبارتند از: مدیران شعبه، مدیران ناحیه‌ای، مدیران منطقه‌ای، مدیران فروش ملی و مدیر فروش بین‌المللی. چیدمان سطوح در بیش از این چند سطح، اضافی و غیرضروری است؛ زیرا برای رسیدن به قیمت‌های رقابتی در بازار خرده‌فروشی، سودآور و واقع‌بینانه نیست. در حقیقت توجیه عملی برای بیش از پنج سطح وجود ندارد و اغلب از سطح پنجم به بعد، افراد دچار ضرر و زیان می‌شوند، ولی چون ترغیب و تحریک برای عضوگیری به شدت انجام می‌پذیرد، این تبلیغات باعث گرایش افراد کمی به این شرکت‌ها می‌شود. مبلغان این شرکت‌ها همیشه امکان ریاضی رسیدن به درآمدی بالقوه را مطرح می‌کنند که در عمل هرگز اتفاق نمی‌افتد. طبیعی است که این پرداخت به سطوح بیش از حد، به نفع سرشاخه‌هاست، چون به آنها این امکان را می‌دهد که با اندک تلاشی، به پول هنگفتی برسند و

این پرداخت‌هاست که در نهایت منجر به قدرت و نفوذ بسیار بالا برای این افراد می‌شود.

۲-۶. غیرواقعی بودن قیمت کالا و اجبار عضو به خرید کالا

در شرکت‌های هرمی، اعضا حتماً باید از کالای شرکت خریداری کنند تا نقش بازاریاب را ایفا نمایند. این خرید در واقع همان پرداخت پول برای عضویت در شرکت است.^۱ قیمت واقعی کالا هم با پولی که افراد برای خرید آن باید بپردازند، همخوانی ندارد بلکه بسیار پایین‌تر است ولی سرمایه‌گذاران در شرکت برای تأمین پورسانت و سود سرشاری که شرکت، عاید خود می‌سازد، باید مابه‌التفاوت قیمت واقعی و رقم پیشنهادشده برای خرید کالا را نیز بپردازند و اساساً پرداخت پورسانت از طریق فروش بالای کالا نیست، بلکه از طریق قیمت بالای کالا است.

۲-۷. پرداخت پورسانت هنگفت و بی‌جهت به سرشاخه‌ها

این هم یکی از خصیصه‌هایی است که در شرکت‌های هرمی وجود دارد. این ویژگی باعث ایجاد انگیزه برای عضوگیری و دوری از خرده‌فروشی می‌شود؛ چون اگر با عضوگیری بتوان به سرشاخه رسید که دارای اعضای زیرشاخه زیادی است، بدون تلاش و کاری قابل ملاحظه، سودی هنگفت تحصیل می‌شود. این سود زیاد به این علت است که به همه افراد به یک اندازه پورسانت تعلق می‌گیرد. پس به ازای پیدا کردن هر فرد، همان پورسانتی که به فروشندگان داده می‌شود به سرشاخه نیز تعلق می‌گیرد. در حالی که باید فروشندگان که زحمات بیشتری می‌کشند، به پورسانت بیشتری برسند.

۳. اشکالات فقهی - حقوقی شرکت‌های هرمی

معاملات هرمی به سبب نو بودن در فقه سنتی مطرح نبوده و از مسائل مستحدثه‌ای است که مورد توجه برخی از فقهای معاصر قرار گرفته است. از جمله آیت‌الله فاضل لنکرانی^۲ و آیت‌الله مکارم شیرازی^۳ معتقدند که معاملات این گونه

۱. pay to play.

۲. ایشان در پایگاه الکترونیکی خود به نشانی www.lankarani.ir چنین اظهارنظر کرده‌اند: «شرکت‌های هرمی گلدکونیست و نظایر آن که در شرایط فعلی با تعبیرات و الفاظ گوناگونی از آنها یاد می‌شود و لکن در باطن همان نقش را دارد، هم از نظر حکم اولی، یعنی اکل مال به باطل و هم از نظر حکم ثانوی، یعنی ضربه زدن به اقتصاد کشور که لازم است روزبه‌روز در حال شکوفایی و رشد و ترقی باشد، شدیداً مجرم است و توالی کثیره فاسده غیرقابل جبران آن، قابل انکار نیست. لذا بر مؤمنین فرض است که علاوه بر اجتناب شخص خودشان، دیگران را نیز هدایت و از این کار باز دارند. محمد فاضل لنکرانی. ۱۳۸۵/۷/۱۷.

۳. ایشان در پایگاه الکترونیکی خود به نشانی www.makaremshirazi.org چنین اظهارنظر کرده‌اند: شرکت در این کار (فعالیت‌های شرکت‌های هرمی) حرام و پول عاید از آن مباح نیست و در واقع نوعی کلاهبرداری مرموز برای تصاحب اموال دیگران است.

شرکت‌ها، هم به عنوان حکم اولی و هم به عنوان حکم ثانوی، حرام و باطل است. در ذیل به برخی از این اشکالات اشاره می‌شود.

۳-۱. دارا شدن ناعادلانه در شرکت‌های هرمی

قاعده دارا شدن ناعادلانه بدان معناست که از منظر حفظ نظم اجتماعی و احترام به قانون و حقوق افراد، هیچ‌کس نمی‌تواند بدون علت، به زیان دیگری دارا شود.^۱ قاعده مزبور، در قرآن مجید به بیانی رساتر به صورت دستور حقوقی آمده و از نظر حقوقی کامل‌ترین حالت ممکن را به صورت موجز و مختصر بیان کرده است: «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکن تجارت عن تراخی».^۲ اگر چه این قاعده، مستقل است، ولی بر نظریه علت تعهد استوار است؛ یعنی بدون هیچ علت قانونی، کسی نمی‌تواند به زیان دیگری دارا شود.^۳ موضوع «اکل مال به باطل» و درآمدهای نامشروع و برخورد شدید شارع با آن، علاوه بر آیه فوق، در آیات ۱۸۸ سوره بقره، ۱۶۱ سوره نساء و ۳۴ سوره توبه نیز آمده است. درآمد حاصل از عضویت در شرکت‌های هرمی از مصادیق «اکل مال به باطل» است.^۴ منظور از «اکل مال به باطل» این است که انسان بی آنکه فعالیت مثبتی داشته باشد، اموال بادآورده‌ای را تملک کند. بعضی، فعالیت در شرکت‌های هرمی را نوعی قمار می‌دانند.^۵ خداوند متعال در آیه ۲۹ سوره بقره، از تحریم شراب و قمار سخن به میان آورده و از قمار به «میسر» تعبیر کرده است. «میسر» از ماده «یسر» است و این ماده، هم به معنای سهل و آسان و هم به معنای قمار بازی است. از آنجا که شخص قمارباز می‌خواهد به آسانی به مال و ثروتی نائل شود، از این رو به قمار، «میسر» گفته می‌شود.^۶ فعالیت مرموز شرکت‌های هرمی، از جهت اقتصادی شبیه قمار و بخت‌آزمایی است. البته بخت‌آزمایی که در قرآن از آن به «ازلام» تعبیر شده است، سابقه‌ای طولانی دارد و قبل از اسلام نیز وجود داشته است. در «ازلام»، افرادی با خوش‌شانسی، بهره‌شایانی از شیء شرط‌بندی شده می‌بردند و افرادی هم مجبور به پرداخت پول و قیمت آن بودند، بدون این که از آن نصیبی ببرند. در شرکت‌های هرمی،

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۱، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۷۱، ص. ۳۵۰.

۲. سوره نساء، آیه ۲۹.

۳. امامی، پیشین.

۴. علیان‌نژاد دامغانی، ابوالقاسم، بازاریابی شبکه‌ای یا کلاهبرداری مرموز، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب، قم، ۱۳۸۷، ص. ۴۴.

۵. موسویان، سیدعباس، «طعم تلخ گلدکوئیست»، مجله پرسمان، شماره ۳۴، ۱۳۸۴، ص. ۳۸.

۶. مکارم شیرازی، ناصر؛ و جمعی از نویسندگان، تفسیر نمونه، جلد ۲، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۵۳، ص. ۷۳.

فعالیت افراد شبیه و یا حتی بدتر از چیزی است که قرآن تحت عنوان «زلام» از آن نام برده است.^۱ از این رو یکی از دلایلی که برای مشروع نبودن فعالیت در شرکت‌های هرمی ذکر می‌شود این است که این نوع فعالیت‌ها شبیه قمار است. دلیل ممنوعیت قمار، سبب «اکل مال به باطل» بودن آن است و یکی از دلایل ممنوعیت شرکت‌های هرمی نیز «اکل مال به باطل» است. لذا اشتراک در علت ممنوعیت، خود می‌تواند نوعی تأیید و مقدمه بر شباهت آنها باشد. معیار در قمار بودن فعالیت، صرف برد و باخت و یا وجود بازی نیست. همچنین وجود اتفاق، هر چند شرط لازم در قمار است، ولی شرط کافی نیست. آنچه در قمار بودن فعالیت حتماً وجود دارد این است که منشأ سود در قمار، باخت طرف مقابل است، ولی در فعالیت سالم اقتصادی، منشأ سود، بهره‌مندی از مواهب طبیعی و یا منفعتی است که شخص به دیگران رسانده است. پس در تعریف قمار باید گفت: «فعالیتی است که بین دو یا چند نفر انجام می‌شود و در آن، افراد با رضایت قواعدی را می‌پذیرند که طبق آن، در صورت رخ دادن وقایعی که ممکن است خود در آن نقشی داشته یا نداشته باشند، سرمایه‌ای بین آنها رد و بدل شود و کسی که برنده است، منشأ سودش ضرری است که به طرف مقابل رسانده است».^۲ سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا فعالیت در شرکت‌های هرمی نوعی قمار است؟ برای این که بتوان شباهت قمار و شرکت‌های هرمی را دلیل بر ممنوعیت شرکت‌های هرمی دانست، باید دلیل حقیقی حرمت قمار را از قرآن و سنت اخذ کرد. طبق آیه ۹۱ سوره مائده، ریشه حرمت قمار، فرصت‌طلبی شیطان برای ایجاد کینه و عداوت در بین مردم است. این کینه و عداوت از ضرری است که به طرف مقابل وارد ساخته است. در شرکت‌های هرمی، سودها، از ضرر حدود ۹۰ درصد افراد حاصل می‌شود. ضرر تا این حد زیاد، قطعاً مضرات قمار را دارد و بنابراین می‌توان آن را حرام دانست. البته صرف شباهت قمار با آنچه در شرکت‌های هرمی رخ می‌دهد، دلیل بر تماثل آن دو در حکم نمی‌باشد مگر آنکه دلیل حرمت قمار، منصوص باشد. اگر علت منصوص حرمت قمار را کینه و عداوت حاصل از سود و زیان بی‌دلیل بدانیم، شاید بتوان دلیل حرمت شرکت‌های هرمی و حرمت قمار را یکی دانست، ولی نمی‌توان دلیل حرمت قمار را صرف ایجاد کینه و عداوت حاصل از آن دانست، چون اگر چنین باشد، هر معامله‌ای را که ایجاد کینه و عداوت کند، باید باطل دانست. یعنی چون در قمار همیشه یک طرف سود می‌برد و دیگری می‌بازد و این سود و زیان، سبب کینه و عداوت می‌شود، پس

۱. علیان‌نژاد دامغانی، پیشین، ص. ۵۲.

۲. نقشینه ارجمند، امیر، «چرا فعالیت در بازاریابی چندسطحی قمار است؟»، ۱۳۸۴، به نقل از سایت www.nms.ir

حرام است و چون در شرکت‌های هرمی سیستم طوری است که نوعاً یک طرف بازنده و طرف دیگر برنده است، پس با قمار در این مسئله تشابه دارد. ولی باید توجه داشت که اگر شرکت‌های هرمی، فعالیتی باطل و حرام باشد به این دلیل که یک طرف بازنده است و این بازنده شدن مستقیماً دارا شدن طرف دیگر را حاصل کند و این دارا شدن دلیل موجه قانونی نداشته باشد، این همان دارا شدن ناعادلانه یا «اکل مال به باطل» است. «اکل مال به باطل» رأساً سبب بطلان عقد است و نیازی با اثبات تشابه شرکت‌های هرمی به قمار ندارد، هر چند می‌توان قمار را به عنوان مثال و جهت تقریب به ذهن بیان کرد. پس باید به این مسئله پرداخت که آیا فعالیت در شرکت‌های هرمی از مصادیق «اکل مال به باطل» یا دارا شدن غیرعادلانه است یا خیر. در فتاوی مراجع، ادله‌ای برای بطلان عمل حقوقی موجود در شرکت‌های هرمی ذکر می‌شود که عبارتند از: «اکل مال به باطل» بودن، «شبه‌قمار بودن» عمل و «غرری بودن» عمل.^۱

۳-۲. غرر در قراردادهای شرکت‌های هرمی

غرر به معنای خطر و خطر نیز به معنای احتمال است.^۲ غرر در اصطلاح یعنی احتمال ضرری که عقلاء از آن دوری می‌کنند.^۳ غرر همان چیزی است که امروزه «ریسک غیرمتعارف» خوانده می‌شود. عقد غرری باطل است. طبق ماده ۳۴۲ قانون مدنی: «مقدار و جنس و وصف مبیع، باید معلوم باشد ...». این ماده در مورد «جایگاه» در شرکت‌های هرمی مصداق می‌یابد، چون مبیع در این شرکت‌ها از لحاظ اوصاف و خصوصیات، قدری نامعلوم است. علاوه بر این، در مورد عضوگیری نیز جهل فراوانی وجود دارد و نمی‌توان کشف درستی از موفقیت و عدم آن در کار داشت و با اینکه باید اوصاف قرارداد چنان روشن باشد که از دو طرف رفع غرر شود، این حالت رخ نمی‌دهد و در اغلب موارد، اعضاء در جهل کامل به سر می‌برند. البته رفع غرر عرفی است و کافی است اطلاع از چیزی صورت گیرد که عقلاء بدون اطلاع از آن اقدام نمی‌کنند.^۴ پس اگر بدون اطلاع از چیزی که عقلاء با اطلاع از آن اقدام می‌کنند، اقدام به انجام معامله‌ای شود، این معامله، غرری و باطل است. در معامله غرری جهل وجود دارد و این جهل نباید قابل مسامحه باشد.^۵ جهلی غیرقابل مسامحه است که عقلاء از آن اجتناب می‌کنند. در هر معامله‌ای، تا حدی جهل و بی‌اطلاعی وجود دارد که اساساً سبب انگیزه

۱. موسویان، سیدعباس، پیشین، ص. ۳۴.

۲. مراغه‌ای، میرفتاح، العناوین، جلد ۱، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۵ قمری، ص. ۳۱۰.

۳. همان، ص. ۳۱۴.

۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، جلد ۲، چاپ سربی، قم، بی‌نا، بی‌تا، ص. ۱۲۲.

۵. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، تهران، نشر میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۵، ص. ۶۵.

افراد برای معاملات می‌شود و این نوع چهل، آسیبی به قرارداد نمی‌زند. به نظر می‌رسد که با توجه به کلی معین بودن مورد معامله در شرکت‌های هرمی، و ضرورت علم به مورد معامله، اگر مبیع مجهول باشد، معامله غرری صورت گرفته است. در این نوع معامله، مورد معامله هر دو عنصر چهل و احتمال حصول ضرر از ناحیه چهل را داراست، بنابراین معامله‌ای که صورت می‌گیرد غرری خواهد بود.

۳-۳. تدلیس در شرکت‌های هرمی

عمده‌ترین نیرویی که در شرکت‌های هرمی باعث استمرار و ادامه کار اعضا می‌شود، توسل به فریب و تدلیس است و از لحاظ سیستمی، راهی جز این نیست. در این شرکت‌ها، اگر حقیقت گفته شود، کسی برای عضویت در آنها تمایلی نشان نمی‌دهد. بنابراین اعضای این شرکت‌ها، راه و روش‌های گوناگون و پیچیده‌ای را به کار می‌گیرند تا افرادی را برای عضویت در این شرکت‌ها ترغیب نمایند و بدین طریق، مقدمات پیشرفت و در نتیجه، رسیدن به سود، حاصل شود. تدلیس با کلاهبرداری قرابت دارد، زیرا در هر تدلیسی، نوعی تقلب و فریب وجود دارد و فرد فریبکار، بی‌اعتنا به شرافت شغلی و درست‌کاری متعارف، از اعتماد طرف مقابل سوءاستفاده می‌کند.^۱ طبق ماده ۴۳۸ قانون مدنی: «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود». اگر تدلیس باعث اشتباه مؤثر در عقد شود، مانند اشتباه مؤثر در خود موضوع معامله؛ موجب بطلان یا عدم نفوذ عقد است، خواه فریب ناشی از طرف قرارداد باشد یا بیگانه.^۲ همچنین اگر بیع با توصیف از مبیع و ذکر خصوصیات و صفات آن صورت گیرد و با این وصف، خریدار به اشتباه افتد، در صورتی که وصف اساسی و جوهری و ذاتی مبیع مشتبه شود، تغایر میان آنچه وصف شده با واقعیت، سبب بطلان عقد است.^۳ از آنجا که این بطلان در صورتی است که مبیع، عین معین یا کلی در معین باشد^۴، در شرکت‌های هرمی هم، چون مبیع کلی در معین است و در اوصاف ذاتی مبیع، خریدار به اشتباه می‌افتد، عقد دچار اشکال می‌شود. طبق ماده ۲۰۰ قانون مدنی «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد». رسیدن به پورسانت خوب در شرکت‌های هرمی از مواردی است که عضو جدید برای رسیدن به آن

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (دوره عقود معین)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۷۸، ص. ۴۲۸.

۲. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، نشر میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۲، ص. ۴۳۹.

۳. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۴، ص. ۳۹۴.

۴. همان.

وارد شرکت می‌شود و به اشتباه افتادن فرد در آن، اشتباه در خود موضوع معامله است. در شرکت‌های هرمی، در دو جا فریب صورت می‌گیرد: یکی در وصف کالایی که شرکت می‌فروشد: برای توجیه قیمت بالای آن کالا، فردی که قصد عضویت دارد، توسط اعضای سابق فریفته می‌شود. کالا به عنوان عتیقه و یا عناوین جذاب دیگر فروخته می‌شود ولی در اکثر موارد، این گفته‌ها خلاف واقع است. گذشته از این، چون افرادی که انتخاب می‌شوند در اغلب موارد، نیازی به کالای ارائه‌شده ندارند و تقاضای واقعی نیز برای خرید آن کالا ندارند، فریفته می‌شوند و در این روند، اراده مشتری برای خرید کالا، به هیچ وجه یک اراده سالم و بی‌عیب نیست. یکی دیگر از مواردی که در آن اشتباه صورت می‌گیرد مسئله عضو شدن اعضای جدید است که مستقیماً مورد نظر طرفین است. چون هر عضوی در این شرکت‌ها، هدفش کسب موفقیت در عضوگیری افراد جدید است و اگر این عضوگیری و پورسانت حاصل از آن نبود، قطعاً افراد گرایشی برای گرویدن به این شرکت‌ها نداشتند. این همان علت عمده عقد در نگاه اعضاست، یعنی علت عمده قرارداد برای اعضای این شرکت‌ها، رسیدن به پورسانت است. درست در همین جاست که برای عضوگیری مجبور به فریب خواهند شد و عضوگیری اعضای جدید را کاری سهل و ساده معرفی می‌کنند و عضو جدید را به اشتباه می‌اندازند. نتیجه این که افرادی که برای رسیدن به پورسانت، عضو یک شرکت هرمی شده‌اند و کالایی را هم با قیمت بسیار گزاف، اجباراً خریداری کرده‌اند، با همه تلاش و کوششی که انجام می‌دهند، نمی‌توانند عضو جدیدی را جذب کنند و به پورسانت برسند. در مورد فریب نوع اول، یعنی به اشتباه انداختن در مورد کالا، باید گفت که ماده ۳۵۳ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هر گاه چیز معینی به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد، بیع باطل است و اگر بعضی از آن، از غیر جنس باشد، نسبت به آن بعضی، باطل است و نسبت به مابقی، مشتری حق فسخ دارد». اشتباه در ماهیت مورد معامله دو تفسیر دارد:

الف - ماده‌ای که مورد معامله از آن است.

ب - ماده و تمام صفات مختلفه مورد معامله.

بنابر تفسیر دوم، اشتباه در هر وصفی از اوصاف مورد معامله، اشتباه در ماهیت آن می‌باشد.^۱ بنابراین کالاهای موجود در شرکت‌های هرمی، در اغلب موارد به صورت عقد باطل فروخته می‌شود، چون در مورد اوصاف، حقیقت گفته نمی‌شود. اگر اشتباه در ماده باشد، اگر خصوصیت ماده، علت عمده عقد باشد، یعنی اگر آن ماده نبود، معامله واقع

۱. امامی، سید حسن، پیشین، صص. ۲۰۷-۲۰۶.

نمی‌شد، معامله باطل است؛ چون آنچه قصد نموده است واقع نشده و آنچه واقع شده، مورد قصد نبوده است. بعضی مواقع در شرکت‌های هرمی، اجناس با عناوین خاص معرفی می‌شوند و بعد که کالا تحویل داده شد، مشخص می‌شود که جنس کالا با آنچه معرفی شده، متفاوت است. در این مورد هم معامله باطل است. و اگر این دو حالت را هم نپذیریم، چون در معرفی کالاها، صفات فرعی و جانبی نیز ذکر می‌شوند و بر سر آنها توافق صورت می‌گیرد و به صورت ضمن عقد شرط می‌شوند، باز هم در صورت تخلف از اوصاف گفته‌شده، معامله نافذ نیست و حق فسخ به مشروط‌له داده می‌شود.

در بحث معرفی شرکت‌های هرمی به افراد جدید، فریب‌های زیادی صورت می‌گیرد و همه آنها برای جذب اعضای جدید و امیدوار ساختن آنها به چیزی است که اساساً وجود ندارد. در مجموع، این فریب‌ها، باعث فریب شخص در علت عمده عقد می‌شوند. از جمله این فریب‌ها عبارت است از: بزرگ‌نمایی و دروغ در معرفی شرکت و استفاده از شگردهای خاص برای فریب شخص، ادعای حلیت شرکت‌ها از فتاوی جعلی، ادعای قانونی بودن شرکت‌ها در کشورهای دیگر، ادعای عدم اشباع بازار، ادعای سودآوری زیاد، ادعای قیمتی بودن کالا و کتمان قیمت حقیقی کالا، ادعای گرایش افراد بسیار زیاد به شرکت بدون اشاره به تعداد افراد، مشخص نبودن اطلاعات در مورد شرکت و نحوه کار و تعداد افراد مرتبط با آن و اموری از این قبیل. همه این موارد به صورت غیرواقعی به افراد گفته می‌شود و در حقیقت از هر چیزی برای فریب فرد استفاده می‌شود که در نهایت باعث متقاعد شدن فرد برای عضویت در شرکت و افتادن در دامی می‌شود که احتمال سودآوری آن بسیار کم است. این فعالیت‌های نادرست در مجموع سبب ایجاد سیستمی می‌شود که مبتنی بر دروغ و فریب است که مسلماً مربوط به علت عمده عقد می‌شود. هم عرفاً و هم عقلاً، سودآوری در پورسانت از مواردی است که علت اصلی گرایش افراد به شرکت‌های هرمی می‌باشد و اگر این سودآوری نبود، تقریباً هیچ فردی برای خریدن کالایی با چند برابر قیمت واقعی، گرایشی نداشت. در جذب افراد به شرکت، نه تنها واقعیت امر در احتمال سودآوری گفته نمی‌شود، بلکه احتمال سودآوری را خیلی بالا وانمود می‌کنند و واقعیت را وارونه جلوه می‌دهند که همین اساس فریب شخص برای گرایش به سوی شرکت است. خصوصاً این که مجموع کالا و امکان اخذ پورسانت، تحت عنوان «جایگاه» یک مبیع است و در ارزش نوع این مبیع، تدلیس صورت گرفته است. چون در تبیین جایگاه توسط مبلغان شرکت‌های هرمی که خود از اعضای هرم هستند، واقعیت بیان نمی‌شود،

آنچه توسط اینان بیان می‌شود همان «جایگاه»^۱ موجود در بازاریابی شبکه‌ای است، ولی در واقع این جایگاه به فروش نمی‌رسد، بلکه جایگاه دیگری، با خصوصیات دیگری به فروش می‌رسد که مختص شرکت‌های هرمی است. در جایگاه شرکت‌های هرمی، کالایی وجود دارد که قیمت مشخصی ندارد و کالا هم معمولاً مورد نیاز واقعی خریداران نیست. همچنین این جایگاه در معرض اشباع است، در حالی که در بازاریابی شبکه‌ای، اشباع وجود ندارد. هر چند که عنوان جایگاه در هر دو، یکی است، ولی تفاوت‌های زیادی دارد و در شرکت‌های هرمی، جایگاهی عرضه می‌شود که با بازاریابی شبکه‌ای تفاوت دارد ولی در مقام تبیین، جایگاه موجود در بازاریابی شبکه‌ای عنوان می‌شود که قطعاً این کار تدلیس مؤثر در اشتباه فرد در موضوع معامله است و چنین معاملاتی باطل است. خصوصاً این که امروزه تمایل قانون‌گذاران بر این است که در قراردادهای بیان تمام واقعیت مؤثر در تراضی را از تکالیف دو طرف می‌شمارند که رعایت حسن نیت با این کار تضمین می‌شود. از این قاعده می‌توان در تمامی عقود که بر مبنای اعتماد و امانت استوار است، مثل بیع سود برد و در صورت بیان نشدن وضعی که طرف قرارداد اطلاع داشته ولی نگفته است، حق فسخ یا بطلان معامله وجود داشته است.^۲

۳-۴. کلاهبرداری در شرکت‌های هرمی

شرکت‌های هرمی، تلفیقی از ابتدایی‌ترین و نوین‌ترین روش‌های بازاریابی هستند. در این شرکت‌ها از یک سو در روند شکل‌گیری و راهیابی به اقصی نقاط محدوده‌های جغرافیایی، از فناوری سایبر و امکانات اینترنتی استفاده می‌شود و از سوی دیگر با مراجعه افراد و گروه‌های هدف به فضای سایبر و اطلاع از این شرکت‌ها با توجه به در سیستم خاص این شرکت‌ها که تبلیغ سینه به سینه را روش کار خود قرار می‌دهند، فاز دوم بازاریابی در این شرکت‌ها شکل می‌گیرد. در هر حیطه مجازی رایانه‌ای و واقعی، شرایط برای تحقق جرم کلاهبرداری مهیاست. در فضای مجازی، این شرکت‌ها دچار نوعی کلاهبرداری مدرن می‌شوند و در فاز دوم که در فضای واقعی رخ می‌دهد، افراد مرتکب جرم کلاهبرداری سنتی می‌شوند.

۱. آنچه در شرکت‌های هرمی و بازاریابی شبکه‌ای تحت عنوان «جایگاه» شناخته می‌شود، خصوصیت مادی ندارد. جایگاه که تعبیر کامل آن جایگاه تجاری (Trade Center) می‌باشد، در حقیقت یک کد است که متعلق به فرد خاصی است که آن را خریداری نموده است و قابل نقل و انتقال می‌باشد. خریدن جایگاه یا کد خاص در شرکت‌های هرمی به معنای پرداخت مبلغی جهت عضویت در شرکت می‌باشد.
۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۰، ص. ۱۳.

عناصر تشکیل دهنده جرم کلاهبرداری به شرح ذیل با عملکرد شرکت‌های هرمی تطبیق می‌یابند.

۳-۴-۱. عنصر قانونی

عنصر قانونی در واقع پرتوی از اصل قانونی بودن جرم و مجازات و زیربنای عناصر مادی و روانی است. به عبارت دیگر، عنصر قانونی، همعرض عناصر مادی و روانی نیست تا در کنار آنها و همسنگ با آنها مورد بحث قرار گیرد، بلکه هم عنصر مادی و هم عنصر روانی مبتنی بر قانون هستند، یعنی بنا به تصریح قانون، ما می‌توانیم رفتار یا حالت خاصی را به عنوان عنصر مادی یا روانی جرمی بشناسیم. پس رابطه بین عنصر قانونی و دو عنصر مادی و روانی، یک رابطه طولی است نه عرضی؛ و بدین ترتیب بحث از عنصر قانونی به طور مجزا از عناصر مادی و روانی موضوعیت ندارد. با این حال به تبعیت از شیوه معمول حقوق دانان ایرانی، این عنوان در بحث حاضر مورد اشاره قرار گرفته است. در هر حال، عنصر قانونی جرم عام کلاهبرداری در حقوق ما، ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری و عنصر قانونی جرم تشکیل شرکت-های هرمی قانون الحاق یک بند و یک تبصره به ماده ۱ قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور می‌باشد که در تاریخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. مطابق ماده ۱ قانون مذکور: «ارتکاب هر یک از اعمال مذکور در بندهای ذیل جرم محسوب می‌شود و مرتکب، به مجازات‌های مقرر در این قانون محکوم می‌شود ...». و طبق بند «ز» ماده مذکور «تأسیس، قبول نمایندگی و عضوگیری در بنگاه، مؤسسه، شرکت یا گروه به منظور کسب درآمد ناشی از افزایش اعضاء به نحوی که اعضاء جدید جهت کسب منفعت، افراد دیگری را جذب نموده و توسعه زنجیره یا شبکه انسانی تداوم یابد» تشکیل و راه انداختن شرکت‌های هرمی جرم محسوب می‌شود و طبق این ماده قابل مجازات می‌باشد.

۳-۴-۲. عنصر مادی

اولین شرط در حیطه عنصر مادی، به کار بردن وسایل متقلبانه است. در شرکت-های هرمی، در موارد مختلفی از وسایل متقلبانه استفاده می‌شود. یکی از مواردی که به عنوان وسایل متقلبانه ذکر می‌شود، تقلب از راه دروغ و وسایل تقلبی و فریب از راه حيله است. دروغ، شرط لازم برای تحقق کلاهبرداری است ولی باید همراه با فریفتن دیگری از راه فعل یا وسایل مادی خارجی متقلبانه باشد. این حالت در شرکت‌های هرمی وجود دارد و توسل به دروغ و فریب، به وفور وجود دارد و راهی جز این نیست که برای پیشرفت در شرکت، به دروغ و وسایل متقلبانه دست زد. مورد دیگری که از مصادیق به کار بردن وسایل متقلبانه است، اختیار اسم یا عنوان یا سمت مجعول است.

در شرکت‌های هرمی از این جهت نیز سوءاستفاده می‌شود. مثلاً از عنوان بازاریابی شبکه‌ای یا تجارت الکترونیک سوءاستفاده می‌شود. امیدوار ساختن مردم به امور غیرواقع، نمونه دیگری از استفاده از وسایل متقلبانه است. این مورد نیز در شرکت‌های هرمی وجود دارد و یکی از پایه‌های اساسی جذب عضو، همین امیدوار کردن مردم به امور موهوم و واهی است.

دومین شرط عنصر مادی، تحصیل وجوه یا اموال یا اسناد و امثال اینهاست. ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری نیز به این امر اشاره کرده است. این شرط در شرکت‌های هرمی حاصل است، چون پولی که از عضویت افراد در شرکت حاصل می‌شود، همان تحصیلی است که در این شرط به آن اشاره شده است. لازم نیست که عمل مستقیماً موجب انتفاع کلاهبردار شود، بلکه همین اندازه که انتفاع شخص موردنظر او (شرکت) صورت بگیرد، کافی است.

سومین شرط عنصر مادی، اضرار به غیر است. چون کلاهبرداری جرمی مرکب و آنی است، تحقق آن منوط به بردن مال غیر است. در ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری نیز با عبارت «... از این راه مال دیگری را ببرد...» به این مورد اشاره شده است. به هر حال باید ذکر کرد که کلاهبردار مبادرت به اخذ مال به زیان دیگری و «اکل مال به باطل» نموده است، ولی لازم نیست که استفاده‌کننده اصلی، شخص او باشد و ممکن است نتیجه عمل با تبانی عاید شخص ثالث گردد.

در شرکت‌های هرمی، به واسطه امور غیرواقع که برای اعضای جدید مطرح می‌شود و سبب اغفال آنها و پرداخت مبلغی که به هیچ وجه با آن فعالیت و کاری که به آن‌ها گفته می‌شود، قابل جبران نیست، عنصر مادی کلاهبرداری محقق می‌شود و تمام شرایط مذکور در آنها وجود دارد و با توجه به اینکه طبق بند «ز» ماده ۱ قانون الحاق یک ماده و یک تبصره به ماده ۱ قانون مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی کشور، تشکیل شرکت هرمی جرم می‌باشد، ممکن است موضوع تعدد معنوی جرم مطرح باشد ولی باید گفت در اینجا مجازات مذکور در قانون مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی کشور قابل اجرا می‌باشد چرا که در این زمینه قانون مؤخر و خاص می‌باشد.

۳-۴-۳. عنصر معنوی

قصد مجرمانه در کلاهبرداری شرط است چون کلاهبرداری از جمله جرایم عمدی است. علاوه بر سوءنیت عام در ارتکاب عمل متقلبانه، سوءنیت خاص بردن مال غیر هم باید وجود داشته باشد تا جرم کلاهبرداری محقق شود. در شرکت‌های هرمی نیز این «قصد مجرمانه» وجود دارد؛ یعنی افراد برای نجات خود از ضرر و زیان، حاضرند هر

کسی را قربانی خود سازند. برخلاف «قصد مجرمانه»، انگیزه در تحقق جرم کلاهبرداری هر چند مقبول و موجه باشد، باز هم توجیه‌کننده عملیات متقلبانه نیست و نافی تحقق جرم کلاهبرداری نیست. بنابراین در شرکت‌های هرمی آنچه مهم است، قصد بردن مال غیر است، هر چند که انگیزه او از این عمل، رساندن او به درجه‌ای باشد که بتواند به سود و پورسانت بالا برسد.

۳-۵. جرایم دیگر در شرکت‌های هرمی

یکی از جرایمی که در شرکت‌های هرمی بسیار اتفاق می‌افتد، جرم کلاشی است. کلاشی به معنای تحصیل مال دیگری با اصرار و سماجت و یا با دروغ‌گویی و دادن وعده‌های بی‌اساس و فریب دیگری است.^۱ کلاشی بدون اینکه کلاهبرداری باشد، وجوه اشتراک زیادی با این جرم دارد. این دو جرم از این جهت شباهت دارند که در هر دو، تحصیل وجوه یا اموال یا اسناد از طریق خائنانه صورت می‌گیرد. تفاوت کلاشی با کلاهبرداری این است که در کلاشی، تحصیل آگاهانه وجوه یا اموال یا اسناد یا خدمات از دیگری با فریب ولی بدون توسل به وسایل و عملیات متقلبانه قبلی توسط کلاش است. در حالی که در کلاهبرداری، تسلیم وجوه یا اموال یا اسناد توسط زیان‌دیده بعد از توسل کلاهبردار به عملیات متقلبانه است که این عملیات متقلبانه، نقش علت را ایفا می‌کند.^۲ این نکته را نیز باید متذکر شد که کلاشی موردی، جنبه کیفری ندارد و عادت به کلاشی که با ارتکاب بیش از دو مورد به صورت عادت و حرفه انجام شده باشد، مستوجب کیفر کلاشی است.

۱. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دهم، ۱۳۸۳، ص.

۳۶۲.

۲. همان، ص. ۳۶۴.

بازاریابی شبکه‌ای یکی از مؤثرترین و کارآمدترین روش‌های توزیع کالا و خدمات است، ولی شرکت‌های هرمی، هر چند در ظاهر شباهت‌های زیادی به بازاریابی شبکه‌ای دارند، اما به کلی با آنها متفاوت هستند. در واقع شرکت هرمی، نوعی برداشت سودجویانه و متقلبانه از بازاریابی شبکه‌ای است و به هیچ‌وجه دارای خصوصیات ذاتی و در نتیجه محاسن و فواید آن نیست. در واقع شرکت‌های هرمی نه تنها مفید نیستند، بلکه دارای مضرات جبران‌ناپذیری در حیطه اقتصاد داخلی و فرهنگ کار و تلاش افراد جامعه می‌باشند. در شرکت‌های هرمی هر چند قراردادهایی به ظاهر آراسته و پیراسته وجود دارد، ولی این قراردادها مملو از اشکالات و نواقص فنی از جهات فقهی و حقوقی هستند. اساس کار شرکت‌های هرمی بر فریب و دروغ استوار است و اصلی‌ترین فریب همان ادعای بازاریابی شبکه‌ای بودن این طرح‌هاست که به طور مداوم از گردانندگان و طراحان آنها شنیده می‌شود. در واقع شرکت‌های طراح و بالا دستی برای رسیدن به سود زیاد با سرمایه‌گذاری ناچیز و تلاش بسیار کم، دست به انواع و اقسام فریب‌ها و دروغ‌ها می‌زنند. حاصل کار، از دست رفتن پول و فرصت افراد بسیار زیادی است که با اغفال سرشاخه‌ها وارد شبکه شده‌اند. هر طرح و برنامه‌ای باید در جهت پیشبرد اهداف انسانی و متعادل جامعه و افراد آن و سبب تقویت اساس و بنیان جامعه و فرهنگ حاکم بر آن باشد. عدالت اقتضا می‌کند که از حقوق افراد عضو شده فراوانی که در روند فعالیت در این شرکت‌ها متضرر شده‌اند، دفاع شود. این مهم جز با کنکاش علمی در نحوه فعالیت و ماهیت شرکت‌های مزبور امکان‌پذیر نیست.

شرکت‌های هرمی از طریق غیرقانونی و غیرمشروع فعالیت می‌کنند و آنچه به دست می‌آید از مصادیق دارا شدن ناعادلانه است. تدلیس در موضوع معامله و کلاهبرداری در روند تحصیل سود از مهم‌ترین موارد سوءاستفاده در این شرکت‌هاست. به جای این شرکت‌ها باید بر گسترش و توسعه بازاریابی شبکه‌ای تأکید کرد که یکی از نیازهای مهم امروزی است. امروزه با پیشرفت بشر در عرصه ارتباطات و امکان ارتباط سریع و آسان از هر نقطه‌ای با یکدیگر، می‌توان تمام نیازها را از راه دور و نزدیک از طریق ابزار دقیق و پیچیده امروزی، برآورده کرد. در این حوزه، خرید و فروش‌های مستقیم و بی‌واسطه بین فروشندگان و خریداران واقعی رواج گسترده دارد. با این کار می‌توان با حداقل قیمت ممکن، کالا و خدمات را به افرادی که تقاضای واقعی برای آنها دارند، ارائه داد. آنچه مهم است خرید و فروش سالم است و نباید اجازه داد مقاصد سودجویانه و فرصت‌طلبانه، خرید و فروش مستقیم را بهانه‌ای برای تحصیل سودهای

کلان از هر طریقی قرار دهند. رشد فزاینده انواع مختلف شرکت‌های هرمی و فعالیت گسترده آنها که هیچ ارزش اقتصادی در بر ندارد، سبب بروز نگرانی‌هایی در خصوص آثار زیانبار و ناخوشایند آنها بر تعاملات اقتصادی و اجتماعی گردیده است. به طور کلی از نظر اسلام، حفظ نظام جامعه ضروری و از اهم واجبات است و فقها و صاحب‌نظران حقوق اسلام نیز اهتمام ویژه‌ای به آن دارند. بی‌جهت نیست که در کشور ما فعالیت شرکت‌های هرمی تحت قانون «اخلال در نظام اقتصادی کشور» ممنوع شده است که ارتباط آن را با نظم عمومی اقتصادی آشکار می‌سازد.

منابع

- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۷۱.
- حسینی، سید محمدرضا، قانون مجازات اسلامی در رویه قضایی، مجد، ۱۳۸۲.
- خیرخواه، طاهره؛ و مهدی ادیبیان، نگاهی به آثار اجتماعی شرکت‌های هرمی در ایران، دفتر مطالعات فرهنگی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۷۹۳۳، ۱۳۸۵.
- رئیس‌یان، امیر، «شبحی به نام بازاریابی شبکه‌ای»، مجله گفتمان حقوقی، شماره سوم و چهارم، ۱۳۸۲.
- صاحب‌قدم، عاطفه؛ و جواد یوسفیان، معیارهای علمی برای ارزیابی شرکت‌های هرمی و بازاریابی شبکه‌ای، نشر دعوت، ۱۳۸۵.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، حاشیه مکاسب، جلد ۲، چاپ سربی، قم، بی‌نا، بی‌تا.
- عالی پور، حسن، «کلاهبرداری رایانه‌ای»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۶، ۱۳۸۳.
- علیان‌نژاد دامغانی، ابوالقاسم، بازاریابی شبکه‌ای یا کلاهبرداری مرموز، مدرسه امام علی بن ابی طالب، قم، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (دوره عقود معین)، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۷۸.
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، نشر میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۴.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۰.
- گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای اختصاصی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دهم، ۱۳۸۳.
- محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، نشر میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۵.

-
- مراغه‌ای، میرفتاح، العناوین، جلد ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۲۵ قمری.
 - مکارم شیرازی، ناصر و جمعی از نویسندگان، تفسیر نمونه، جلد ۲، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۵۳.
 - موسویان، سیدعباس، «طعم تلخ گلد کوئیست»، مجله پرسمان، شماره ۳۴، ۱۳۸۴.
 - میر محمد صادقی، حسین، جرایم علیه اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ بیست و سوم، ۱۳۸۸.

شرط تحدید زمانی اقامه دعوی مسئولیت

مجید عباس تبار فیروز جاه*

علی روحی زاده کیکانلو**

چکیده

از جمله شروط رایج در قراردادهای شروط محدودکننده مسئولیت هستند. این شروط کارکردی دفاعی دارند. هدف این شروط فراهم کردن ابزاری دفاعی برای خواننده است و دادگاه در صورت مؤثر دانستن شرط، مسئولیت خواننده را کاهش می‌دهد. شروط مزبور به نوعی حق اقامه دعوا را نیز محدود می‌نمایند زیرا در اثر این شروط، آنچه مسلم است اینکه مشروط‌علیه در طرح برخی از دعاوی با مانع جدی روبرو خواهد شد. شایان ذکر است که مرور زمان یک نوع شرط قانونی در تحدید زمانی مسئولیت است که به وسیله آن قانون‌گذار پس از گذشت مدتی خواننده را مستحق می‌داند تا از دادگاه بخواهد از رسیدگی به دعوا خودداری کند؛ بدین جهت همچون شروط محدودکننده مسئولیت حق اقامه دعوا را از لحاظ مدت، محدود ساخته و علاوه بر این، مسقط مسئولیت نیست؛ بنابراین در شمار شروط تحدید مسئولیت قرار می‌گیرد. از آنجا که مرور زمان حقی برای خواننده است، او می‌تواند از استناد به آن خودداری کند. بر این اساس، طرفین می‌توانند در قراردادهایشان مدت آن را افزایش یا کاهش دهند. در افزایش یا کاهش مرور زمان، طرفین باید معیار معقولیت را رعایت کنند. بنابراین نمی‌توانند آن را ساقط کنند یا به کمتر از مدت معقول برای طرح دعوا کاهش دهند. از سوی دیگر در نظامی حقوقی که قاعده عام مرور زمان وجود ندارد، مانند حقوق ایران، طرفین می‌توانند با درج شرطی در قرارداد مسئولیت خود را از حیث مدت محدود کنند. همان گونه که شرط تحدید مسئولیت شرطی صحیح است، شرط تحدید زمانی مسئولیت که به نوعی مرور زمان قراردادی محسوب می‌شود نیز باید صحیح انگاشته شود.

کلیدواژه‌ها: تحدید مسئولیت، مرور زمان، کاهش مرور زمان، افزایش مرور زمان،

اسقاط مرور زمان.

* دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دادیار شعبه دوم

M_abbastabar@yahoo.com

مجمع قضایی بعثت (نویسنده مسئول)

** دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، عضو هیأت علمی

Roohizadeh@yahoo.com

دانشگاه آزاد رباط کریم

مقدمه

یکی از قواعدی که امروزه در نظام‌های حقوقی مدرن مطرح است، مرور زمان می‌باشد. در قانون آیین دادرسی مدنی سابق مرور زمان به عنوان قاعده‌ای عام پذیرفته شده بود؛ اما پس انقلاب و در قانون جدید آیین دادرسی مدنی قواعد عام مرور زمان حذف گشته و تنها در موارد خاصی مرور زمان باقی مانده است. در خصوص مرور زمان چند سؤال قابل طرح است؛ نخست آنکه آیا طرفین می‌توانند در قراردادهایشان مدت‌های مرور زمان را کاهش یا افزایش دهند یا حتی اسقاط کنند. دوم آنکه آیا در وضعیت فعلی که قواعد عام مرور زمان به دلیل مغایرت با شرع حذف شده‌اند، راهی وجود دارد تا طرفین بتوانند مسئولیت‌هایشان را از حیث زمان محدود کنند. در این مقاله قصد داریم با نگاهی به قواعد مربوط به شروط محدودکننده مسئولیت و الهام از آن به بررسی ماهیت مرور زمان و تأثیر قرارداد در خصوص این موضوع به سؤالات مطرح‌شده پاسخ دهیم.

۱. محدودیت‌های زمانی اقامه دعوا

پیش از انقلاب اسلامی، مرور زمان به عنوان قاعده عامی پذیرفته شده بود.^۱ پس از پیروزی انقلاب وضع دگرگون گشت. شورای نگهبان به عنوان نهاد حافظ و مدافع قواعد شرعی در تاریخ ۱۳۶۳/۶/۳، مرور زمان را خلاف شرع اعلام کرد زیرا از نظر فقهای امامیه، رسیدگی به دعوا و احقاق حق تکلیفی تلقی می‌گردد که نمی‌تواند مقید به مدت خاصی باشد. سرانجام در سال ۱۳۷۹ در قانون آیین دادرسی مدنی جدید، قواعد مربوط به مرور زمان از قانون حذف گردید. اما در بند ۱۱ ماده ۸۴ قانون مذکور، یکی از ایراداتی که از سوی خواننده قابل طرح می‌باشد، این است که: «دعوا خارج از موعد قانونی اقامه شده باشد». این بند اساساً مربوط به «مهلت‌های قانونی» که غیر از مرور زمان است، می‌باشد.^۲ بنابراین در قانون جدید، مرور زمان به عنوان یک قاعده کلی مطرح نشد. با این حال آن دسته از مرور زمان‌هایی که در قوانین خاص مانند قانون تجارت بیان شده، همچنان پابرجا مانده‌اند.

۱-۱. دلایل تعیین محدودیت زمانی جهت اقامه دعوا

پارهای از مدت‌ها اصولاً جهت حمایت از خواننده هستند. این امر از آن جهت است که پس از گذشتن مدتی، تهیه دلایل دفاعی برای خواننده دشوار است و بنابراین

۱. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد دوم، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۷۸، صص. ۲۲۲-۲۲۰.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، دراک، ۱۳۸۵، صص. ۴۹۴-۴۹۱.

مصلحت ایجاب می‌کند که چنانچه خواهان قصد اقامه دعوا دارد، مکلف باشد که آن را در زمانی طرح کند که خوانده بتواند امکانات و دلایلی که جهت دفاع خود لازم دارد را تهیه کند. برای مثال بر اساس ماده ۱۳ قانون تجارت، تاجر باید دفاتر تجاری‌اش را تا ده سال نگهداری کند. اما بعد از ده سال، علی‌الاصول دفاتر نگهداری نمی‌شوند.^۱

گاهی تعیین مهلت جهت رعایت مصالح اجتماعی است. نمونه این امر را می‌توان در دعوای نفی ولد مشاهده کرد. قانون‌گذار در پیروی از فقه امامیه جهت رعایت مصلحت طفل و خانواده مدت کوتاهی (دو ماه از تاریخ تولد و یا اطلاع از تولد) را جهت اقامه دعوای نفی ولد معین نمود. پس از پایان این مدت دعوا مسموع نخواهد بود.^۲ با توجه به مبانی گفته‌شده جهت تعیین مدت برای اقامه دعوا، راهکارهای متفاوتی اندیشیده می‌شود. در مواردی که مدت تعیین‌شده به کلی با نظم عمومی مرتبط است، قانون‌گذار دادگاه را به عنوان نماینده جامعه مجاز دانسته است که رأساً از شنیدن دعوای مربوطه خودداری کند (مهلت قانونی) اما هنگامی که تعیین مدت جهت حفظ مصالح خوانده یا رفع دشواری محاکم در رسیدگی به دعاوی کهنه است، قانون‌گذار از سقوط صحبت به میان نمی‌آورد. در اینجا اقتضای نظم عمومی، کاستن از نزاع‌ها و برقراری صلح اجتماعی بوده که با مصلحت و سود بدهکار گره خورده است؛ به نحوی که این همسویی، حمایت از مدیون و متعهد را توجیه می‌نماید. بنابراین حق همچنان باقی است اما جهت حفظ نظم و جلوگیری از اختلال در صلح، قانون‌گذار به ذینفع اجازه می‌دهد تا از طریق اعتراض به زمان اقامه دعوا، منافع خود را پاسداری کند و بر این اساس نظم عمومی در سایه حمایت از متعهد پنهان است (مرور زمان).

۲-۱. مرور زمان

طبق ماده ۷۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی سابق «مرور زمان عبارت از گذشتن مدتی است که به موجب قانون پس از انقضای آن مدت دعوا شنیده نمی‌شود». این تعریف عام بوده و شامل مهلت‌های قانونی نیز می‌گردد. علاوه بر این همانگونه که از سایر مواد قانون مذکور فهمیده می‌شود، صرف گذشتن مهلت مرور زمان مانع از رسیدگی به دعوا نبوده و عدم رسیدگی نیازمند ایراد از سوی خوانده بوده است. بنابراین باید گفت که مرور زمان عبارت از گذشتن مدتی است که پس از آن طرف دعوا می‌تواند از دادگاه بخواهد که از رسیدگی به دعوا خودداری کند. مرور زمان، اصولاً راجع به

۱. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد اول، نشر دادگستر، چاپ هفتم، ۱۳۸۲، ص. ۸۶.
۲. صفایی، سید حسین؛ و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، چاپ نهم، ۱۳۸۴، صص. ۲۹۸-۲۹۷.

دعاوی‌ای است که اثبات آن با دشواری روبه‌رو است و همچنین آن دسته از دعاوی که تأخیر در اقدام ممکن است موجب فراموشی متعهد از تعهدش شده باشد. اما یک سری از دعاوی به دلیل شکل آنها، علی‌الاصول دچار فراموشی نمی‌شوند و متعهد همواره حسابی را برای آن تعهدات کنار می‌گذارد و یا تعهداتی که اثبات و دفاع در مقابل آنها آسان است، مشمول مرور زمان نمی‌شوند. نمونه این دسته از دعاوی، دعاوی مربوط به مالکیت املاک ثبت‌شده و نیز حقوق و دیون موضوع اسناد ثبت‌شده می‌باشند.^۱

در حقوق فرانسه دو قسم مرور زمان وجود دارد. یک قسم مرور زمان، مملک است و قسم دیگر مسقط.^۲ قسم اخیر، بر اثر ترک اعمال حقی در یک مدت معینی حاصل می‌شود و شامل تمامی حقوق به استثنای حق مالکیت (که در قسم اول قرار دارد) می‌باشد. در ماده ۲۲۳۴ قانون مدنی، مرور زمان به معنای وسیله‌ای برای تملک چیزی و یا رهایی (از تعهدی) پس از گذشت مدتی معین تعریف شده است.

در حقوق آلمان مرور زمان فی‌نفسه مسقط حق اقامه دعوا نیست بلکه تنها ابزاری دفاعی برای خوانده است که باید مورد استناد قرار گیرد. علاوه‌براین استناد به مرور زمان نباید مخالف اصل حسن‌نیت باشد.^۳ بنابراین مواردی را می‌توان تصور کرد که مرور زمان منقضی شده است اما متعهد نمی‌تواند به آن استناد کند چرا که مرور زمان وسیله‌ای برای فرار از دین نمی‌باشد.

در حقوق ایران، حقوق‌دانان معتقدند که گذشتن مدت نه مملک است و نه مسقط حق. مرور زمان نه غاصب را واقعاً ذی‌حق می‌کند و نه مدیون را بری‌الذمه، بلکه مرور زمان بدین معناست که پس از مدتی دعوا کهنه می‌شود و قابل استماع نیست. قضاوت آن اندازه که مأمور فصل خصومت و حفظ نظم و جلوگیری از اختلال صلح و صفا است مأمور احراز واقع نیست. نظام اجتماعی مقتضی آن است که از یک تصرف مالکانه متممادی حمایت شود و پس از مدتی نمی‌باید و نمی‌توان به منشأ آن آشنا شد و همچنین نسبت به دینی که مدتی مسکوت مانده است مشکل بتوان تشخیص داد که سند مدعی خالی از وجه است یا به اعتبار خود باقی است و از مدعی‌علیه نمی‌شود انتظار داشت که قبض رسید را تا ابد نگهداری کند. بنابراین به این نتیجه می‌رسیم که

۱. متین دفتری، پیشین، ص. ۲۲۵.

2. Catala, Pierre, Proposals for reform of the law of obligation and the law of prescription, translated to English by John Cartwright and Simon Whittaker, Oxford, 2007, p. 209.

3. Zimmermann, Reinard, Comparative foundation of a European law of set-off and prescription, Cambridge University Press, 2004, pp.154-155.

دعوایی که موضوع آن بر هم زدن چنین تصرف یا مطالبه چنین دیونی باشد، ورود به آن در آسایش عمومی اخلال ایجاد می‌کند و متعسر است. در نتیجه رسیدگی به این دعاوی منع می‌شود ولی نه منع مطلق. مرور زمان وقتی مورد توجه قرار می‌گیرد که مدعی علیه به آن استناد کند و اگر او سکوت کرد دادگاه باید رسیدگی کند. بنابراین مرور زمان تنها وسیله‌ای است برای اسقاط دعاوی خواهان.^۱

در خصوص مشروعیت مرور زمان اختلاف‌نظرهای زیادی دیده می‌شود،^۲ اما از آنجا که این موضوع خارج از این مقاله بوده و این مقاله به بررسی قلمرو آزادی اراده در خصوص مرور زمان اختصاص دارد از بیان اختلاف‌نظرها خودداری می‌کنیم.

۲. شروط محدودکننده مسئولیت

یکی از مواردی که حق اقامه دعوا محدود می‌شود، جایی است که خود طرفین با درج شروطی مانع از اقامه دعوا می‌شوند و یا این حق را به موارد خاصی محدود می‌کنند. این امر را می‌توان در عناوین «شروط عدم مسئولیت» و «شروط کاهش مسئولیت» خلاصه کرد. آنچه که در بادی امر از این دو اصطلاح به ذهن می‌رسد این است که این شروط، مسئولیت ذی‌نفع این شروط را محدود می‌کنند نه اینکه محدودیتی برای حق اقامه دعوا محسوب شوند. اما با اندکی دقت روشن می‌شود که نتیجه این شروط ممانعت مشروط علیه از اقامه یک سری دعاوی است.

«شروط عدم مسئولیت» شرطی است که با هدف رفع مسئولیت قراردادی یا غیرقراردادی یک طرف در قرارداد گنجانده می‌شود.^۳ به عبارت دیگر «شروط عدم مسئولیت» یک شرط ضمن عقد است که تمام مسئولیت را پیش از اینکه تخلف از قرارداد رخ دهد و یا خسارتی پدید آید، اسقاط و سلب می‌کند.^۴ در حقوق فرانسه، شرط عدم مسئولیت شرطی است که به موجب آن متعهدله، ذمه متعهد را از خسارات احتمالی آینده قبلاً بری و او را از مسئولیت معاف می‌گرداند.^۵

۱. متین دفتری، پیشین، صص. ۲۲۴-۲۲۳؛ و شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۵، صص. ۲۲۷-۲۲۶.

۲. دیلمی، احمد، «تأملی در مشروعیت مرور زمان»، مجله مطالعات اسلامی، شماره ۷۱، ۱۳۸۵، صص. ۹۵-۱۰۰.

۳. نکویی، محمد، شرط عدم مسئولیت، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷، ص. ۳.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۴، ص. ۳۸۳.
5. Barry, Nicolas, French Law of Contract, Butterworth, London, 1982, p. 229.

در فرهنگ حقوقی بلک، شرط کاهش مسئولیت «یک مقررۀ قراردادی که طرق جبران خسارت را که برای طرفین در صورت نقض وجود دارد، محدود می‌کند» تعریف شده است.^۱ در حقوق ایران این شرط به صورت شرطی تعریف می‌شود که «ضمان عهده‌شکن را محدود به مبلغ معین می‌کند تا حکم خسارت از آن فراتر نرود، مانند اینکه شرط شود که در صورت تاخیر تا ده میلیون ریال خسارت پرداخت شود.»^۲

یکی از سؤالاتی که در خصوص شرط عدم مسئولیت قابل طرح می‌باشد و در مورد شروط کاهش مسئولیت نیز جاری است، این است که آیا شرط عدم مسئولیت دارای کارکردی دفاعی است یا توصیف‌کننده حدود تعهد.

نظریه توصیف‌کننده تعهد در حقوق انگلستان توسط کوت^۳ در سال ۱۹۱۴ مطرح شد و در سال ۱۹۸۲ مورد حمایت یاتس^۴ قرار گرفت. به موجب این نظریه شرط عدم مسئولیت تنها تعهدات مورد قبول طرفین را توصیف می‌کند. توصیفی بودن شرط عدم مسئولیت این نتیجه را به دنبال دارد که تعهدی ایجاد نمی‌شود و به دلیل عدم ایجاد تعهد رفع مسئولیت ناشی از نقض مفهومی ندارد. برای مثال فردی قراردادی را با فردی که دارای شغل آزاد و غیرحرفه‌ای است منعقد می‌کند. قیمتی که آن شخص پیشنهاد می‌کند نسبت به قیمت پیشنهادی سایرین بسیار پایین‌تر است زیرا او هیچ گونه پوشش بیمه‌ای برای کالای در حال حمل ارائه نمی‌دهد و آن را به عهده مالک قرار می‌دهد. طرف قرارداد، شرطی با این مضمون که او هیچ مسئولیتی در برابر خسارت وارده به کالای در حال حمل، به هر نحوی که باشد، نمی‌پذیرد را در قرارداد می‌گنجاند. طبق نظریۀ توصیفی بودن، طرف قرارداد تعهد محدودی را بر عهده دارد و مسئولیتی را در خصوص خسارت وارده به کالای در جریان حمل بر عهده ندارد.^۵ به نظر کوت در اینجا اصلاً مسئولیتی به وجود نمی‌آید.^۶

در مقابل این نظریه، نظریۀ دفاعی بودن شرط عدم مسئولیت مطرح گشته است. طبق این نظریه، کوتاهی در اجرای قرارداد نقض تعهد محسوب می‌شود و نقش شرط عدم مسئولیت برای نقض‌کننده قرارداد در برابر دعوای نقض توسط طرف دیگر، فراهم

1 . Gardner, Bryan, Black's Law Dictionary, Pocket Edition, 5th ed, 2000, p.383.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، ص. ۲۷۹.

3 . T aylor, Richard, & Damyan Taylor, Contract Law Direction, Oxford University Press, 2007, p. 146.

4 . Yates, David, Exclusion Clauses in Contracts, Sweet and Maxwell, 2nd ed, 1982, pp. 124-142.

5 . Mckendrick, Ewan, Contract Law, Palgrave McMillan, 2000, p. 220.

6. T aylor & Damyan, op. Cit, p. 147.

کردن یک وسیله دفاعی است. چنین شرطی مسئولیتی که قبلاً ایجاد شده بود را محدود یا برطرف می‌کند. شرط عدم مسئولیت در انتظار ایجاد مسئولیت می‌ماند و پس از اینکه مسئولیت ناشی از نقض به وجود آمد آن را برطرف می‌کند. در این نظریه دادگاه در بررسی موضوع و تفسیر شرط، قرارداد متضمن شرط را بدون در نظر گرفتن شرط عدم مسئولیت مورد ارزیابی قرار می‌دهد و تعهدات طرفین را تعیین می‌کند. چنانچه پس از ارزیابی، شرط عدم مسئولیت نافذ و موثر باشد به عنوان دفاعی در برابر دعوی نقض قرارداد به کار گرفته می‌شود. امروزه در انگلستان این نظریه مورد عمل قضات می‌باشد.^۱ با پذیرش این نظریه باید گفت که شرط عدم مسئولیت تنها یک وسیله دفاعی بوده که اثر بخشیدن به آن نیازمند استناد از سوی مشروط‌له و ارزیابی دادگاه است. هرچند به طور کلی صحت شرط عدم مسئولیت مورد قبول قانون‌گذار است اما دادرس باید با توجه به محتویات هر پرونده به این امر که آیا استناد به این شرط خلاف نظم عمومی هست یا نه رسیدگی کند. تحولات حقوقی نشان داده است که اگرچه اصل را باید بر جواز شرط عدم مسئولیت دانست اما در مواردی که خسارت ناشی از عمد و یا خطای سنگین بوده است، زیان‌زننده نمی‌تواند به استناد شرط عدم مسئولیت از جبران ضرر فرار کند.^۲ با همین استدلال می‌توان گفت که شرط عدم مسئولیت در جهت کاهش تعهد نمی‌باشد. شرطی که تعهدات یکی از طرفین را کاهش داده یا محدود می‌نماید، به عنوان شرط کاهش تعهد شناخته شده و شرط مزبور از شرط عدم مسئولیت که مربوط به زمانی است که تعهدی وجود داشته باشد، متفاوت است. براین اساس اگر شرط عدم مسئولیت را توصیف‌کننده تعهد بدانیم، باید بر آن بود که مشروط‌له شرط عدم مسئولیت، تعهدی محدود را پذیرفته و تعهدی را که مشروط‌علیه هم‌اکنون مدعی نقض آن می‌باشد، اصلاً به وجود نیامده تا مسئولیتی را به دنبال داشته باشد^۳ و بنابراین هنگامی که دادگاه با قراردادی حاوی شرط عدم مسئولیت روبرو می‌شود، نمی‌تواند به این امر که خسارت در اثر تقصیر عمدی یا سنگین بوده است یا خیر بپردازد. شاید گفته شود که محتوای شرط عدم مسئولیت منصرف از تقصیر عمدی یا سنگین است ولی اگر در قرارداد به شرط عدم مسئولیت حتی در صورت تقصیر سنگین تصریح شده باشد این استدلال پاسخگو نمی‌باشد؛ زیرا به موجب ماده ۲۳۲ چنین شرطی به دلیل مخالفت با نظم عمومی نامشروع بوده و

1. Mckendrick, op. cit.

2. Barry, op. cit.

۳. ایزانلو، محسن، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادها، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۹۰، ص. ۳۱.

باطل و غیرمبطل است، حال آنکه اگر شرط عدم مسئولیت توصیف کننده تعهد دانسته شود باید پذیرفت که تعهد با این وصف و قید پذیرفته شده و هم‌اکنون که شرط عدم مسئولیت باطل دانسته شده است، قرارداد باطل خواهد بود زیرا آنچه مورد قصد بوده واقع نشده و آنچه واقع شده مورد قصد نبوده است. از این رو به نظر می‌رسد که باید شرط عدم مسئولیت را دارای کارکردی دفاعی دانست و بر این اساس است که دادگاه می‌تواند بررسی کند که آیا خسارت در اثر تقصیر سنگین بوده یا نه و آیا در این موارد می‌توان به شرط عدم مسئولیت استناد نمود یا خیر.

۳. تغییر قراردادی مدت مرور زمان قانونی

با توجه به آنچه در گفتار پیشین آمد، مرور زمان به عنوان امری مطرح است که ذی‌نفع اصلی آن خواننده دعوا می‌باشد و اینکه به آن چهره‌ای از نظم عمومی داده می‌شود تنها برای برقراری حمایت قانونی از این حق می‌باشد.^۱ بر این اساس، این سوال مطرح می‌گردد که آیا طرفین می‌توانند در قراردادهای خود مرور زمان را کاهش یا افزایش دهند و یا اصلاً مرور زمان را اسقاط کنند. پاسخ به این سوال را در سه بند زیر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۳-۱. کاهش مدت مرور زمان

در راستای تحدید مسئولیت، در زمانی که طبق قانون «مرور زمان» معین شده است، ممکن است طرفین بخواهند که با توافق، مدت «مرور زمان» را کاهش دهند. در حقوق آلمان، در یک سخن کلی، پذیرفته شده است که طرفین قرارداد بتوانند با توافق یکدیگر مدت مرور زمان را کاهش دهند. این امر در قانون آلمان به طور ضمنی منعکس گشته است. در حقیقت قانون مدنی آلمان توافق بر خلاف مدت تعیین‌شده را بدیهی دانسته و تنها مواردی که توافق نافذ نیست را تحت عنوان «عدم قابلیت پذیرش قراردادهای مربوط به مرور زمان» در ماده ۲۰۲ مطرح کرده است. بیان می‌شود که در حقوق فرانسه نیز علمای حقوق و دادگاه‌ها راجع به تقلیل مدت «مرور زمان» اشکالی نمی‌بینند و تقلیل مدت را با تراضی جایز می‌دانند. نظر آنها این است که اینگونه تراضی‌ها موجب تسریع در برائت ذمه مدیونین می‌شود و منافاتی با نظم عمومی ندارد. ماده ۲۲۳۵ قانون مدنی فرانسه نیز صریحاً اجازه کاهش مدت مرور زمان به طرفین داده شده است. به طور کلی در بیشتر نظام‌های حقوقی غربی کاهش مرور زمان با مشکل چندانی مواجه نیست.^۲

1. Zimmermann, op. cit, p. 164.

2. Ibid, p. 163.

در حقوق آلمان برای کاهش مدت مرور زمان استثنائاتی دیده می‌شود:

۱ - در خصوص مسئولیت‌های ناشی از فعل یا ترک فعل عمدی، مدت مرور زمان نمی‌تواند از پیش به موجب توافق کاسته شود (بند اول ماده ۱۰۲ BGB).

۲ - طبق ماده ۱۱ قانون شروط قراردادهای نمونه^۱، کاهش مدت تضمینات قانونی در شروط قراردادهای نمونه حقوق مصرف در خصوص کالای جدید به کمتر از شش ماه مجاز نیست.^۲

۳ - طبق ماده ۹ قانون اخیرالذکر، در قرارداد تجاری اگر کاهش مدت نامعقول باشد نیز این ممنوعیت جاری است. در یک پرونده کاهش مدت مرور زمان دوساله برای دعاوی علیه یک شرکت حمل‌ونقل در شروط نمونه باطل تلقی شد.^۳ البته اگر مشروطه بتواند برای کاهش مدت، دلیل معقولی را ذکر کند کاهش مدت معتبر خواهد بود.^۴

در حقوق فرانسه به موجب ماده ۲۲۳۵ قانون مدنی، مدت مرور زمان نمی‌تواند به کمتر از یک سال کاهش یابد.

مبنایی که برای پذیرش شرط کاهش مدت مرور زمان قابل طرح است همان شرط عدم مسئولیت است. همان گونه که طرفین می‌توانند در قراردادشان شرط عدم مسئولیت را بگنجانند می‌توانند با درج شرطی در خصوص کاهش مدت مرور زمان، مسئولیت خود را از این طریق کاهش دهند. علاوه بر این، توافق بر اماریت گذشتن مهلت بر «براء» یا «اعراض» و یا ابرای معلق نیز می‌تواند مبنای پذیرش شرط کاهش مدت مرور زمان باشد. همچنین اصل آزادی قراردادی مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی و نیز اصول اباحه و صحت بر درستی چنین قراردادی صحه می‌گذارد.

در خصوص حداقل مدت مرور زمان باید گفت که اگرچه رویکرد قانون فرانسه که مدت یک سال را مقرر می‌دارد در جهت ایجاد نظم و جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی مؤثر است، زیرا این امر می‌تواند به طرف قوی‌تر قرارداد اجازه دهد که با تعیین مدتی اندک عملاً زمینه را برای شانه خالی کردن از تعهداتش فراهم کند و بدون پرداخت عوض مالی را در اختیار گیرد، اما به نظر می‌رسد که دادن اختیار به طرفین در کاهش مرور زمان به مدتی کمتر از یک سال معقول‌تر باشد، البته به این شرط که این امر دلیل عقلایی داشته و معیار معقولیت عرفی رعایت شده باشد و به اسقاط مرور زمان نینجامد زیرا این امر با آزادی قراردادی طرفین و مصالح آنها (مانند متعهدین اسناد

1. Standard Contract Terms Act

2 . Marsh, Peter, Comparative Contract Law: England, France, Germany, Gower, 1994, p. 215.

3 . Ibid, p. 216.

4 . Ibid, p. 304.

تجاری) موافق تر است. کاهش مدت مرور زمان تغییری در ماهیت آن نخواهد داد و پس از گذشتن مدت تعیین شده، عدم رسیدگی دادگاه به دعوی مطروحه نزد آن، نیازمند استناد خوانده (مشروطه) خواهد بود.

۲-۳. اسقاط مرور زمان

طبق ماده ۷۶۶ ق. آ. د. م. سابق «حق مرور زمان... قبل از انقضای مدت قابل اسقاط نیست.» اسقاط مرور زمان در مورد تصرفات در اموال غیرمنقول قبل از استقرار آن به دشواری مصداق پیدا می‌کند.^۱ در مرور زمان دیون اسقاط قبلی ممکن است ولی اگر قانون‌گذار آن را اجازه می‌داد یقیناً بسیار شایع می‌شد، به حدی که ممکن بود در تمام تعهدنامه‌ها و قراردادهای مالی درج شود. هر مقرض در موقع قرض اسقاط قبلی مرور زمان را قید می‌نمود و البته مقرض هم نمی‌توانست امتناع کند چه امتناع او حتماً حاکی از سوءنیت و قصد فرار از دین بود. به این ترتیب قاعده مرور زمان که مبتنی بر مصالح اجتماعی است عملاً منسوخ می‌گردید.^۲

در حقوق آلمان با توجه به ماده ۲۰۲ قانون مدنی، اسقاط مرور زمان ممکن نیست. چرا که ماده مذکور، تمدید مرور زمان به مدت بیش از ۳۰ سال را مجاز نمی‌داند، درحالی که شرط اسقاط مرور زمان به معنی این است که مدت خاصی برای اقامه دعوا نباشد و بنابراین به مدت بیش از سی سال منجر خواهد شد.

نکته‌ای که در حال حاضر با توجه به قانون جدید آیین دادرسی مدنی و نیز رویکرد نظام قانون‌گذاری ما بعد از انقلاب اسلامی قابل توجه می‌باشد، این است که در حال حاضر تعیین «مرور زمان» و بنابراین برقرار ساختن مدتی جهت اقامه دعوا خلاف شرع تلقی گردیده و تنها به عنوان یک استثنا پذیرفته شده است. حال اگر طرفین بخواهند به قواعد عام که مشروع و موافق شرع اسلام تلقی می‌گردد برگشت کنند آیا می‌توان مانع آنها شد؟ در وهله نخست به نظر می‌رسد که جواب مثبت باشد. چرا که اگر امری خلاف شرع بوده و تنها به صورت استثنایی پذیرفته شده توافق خلاف آن که موافق شرع است را نمی‌توان غیرنافذ دانست. در مقابل باید گفت که اگرچه در حال حاضر قواعد عام مرور زمان نسخ شده و «مرور زمان» امری استثنایی است اما همین استثنایی بودن نشان از آن دارد که در خصوص مواردی که «مرور زمان» تعیین گردیده نمی‌توان قواعد عام را اعمال کرد. اگر قانون‌گذار در این موارد «مرور زمان» را پذیرفته،

۱. اگر متصرف در اموال غیرمنقول چنین اسقاطی نماید، معنای آن این است که تصرف او به عنوان مالکیت نبوده بلکه به اذن مالک است.

۲. متین دفتری، پیشین، صص. ۲۶۴-۲۶۳.

بدان علت است که مصالح خاصی ایجاد مقررات خاصی را مستلزم بوده و بنابراین قانون‌گذار نمی‌خواسته در این موارد قواعد عام اجرا شود. در این موارد قانون‌گذار وجود «مرور زمان» را امری مرتبط با نظم عمومی تلقی کرده و از نسخ این مقررات خودداری کرده است. بنابراین، باید گفت که در وضعیت فعلی نیز اسقاط مرور زمان‌های خاص پیش از استقرار آن خلاف قانون بوده و غیرنافذ است.

اسقاط مرور زمان پس از استقرار آن ممکن است. این امر در ماده ۷۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق بیان شده بود. علت این امر آن است که مرور زمان به صرف گذشتن مدت به خودی خود تأثیر ندارد و تأثیر و عدم تأثیر آن در انقضای مدت منوط به تصمیمی است که از طرف کسی که مرور زمان به نفع او جریان یافته است اتخاذ می‌شود.^۱

۳-۳. افزایش مدت مرور زمان

یکی از شروطی که ممکن است در قراردادها گنجانده شود، شرط افزایش تعهد است. به موجب این شرط بر تعهدات متعارف متعهد افزوده می‌شود. گاهی، اشخاص به موجب اصل آزادی اراده تعهداتی را می‌پذیرند که در حالت متعارف بر عهده شخص نمی‌باشد؛ مانند وجه التزام و همچنین ضمانت و حواله به غیرمدیون.^۲

در قانون آیین دادرسی سابق مقرره‌ای در خصوص تجویز یا منع افزایش قراردادی مرور زمان دیده نمی‌شد. همین امر باعث شده بود که عده‌ای از حقوق‌دانان با در نظر گرفتن منع اسقاط مرور زمان که در ماده ۷۶۶ قانون مذکور آمده بود چنین نتیجه‌گیری کنند که نهی از تمدید مرور زمان (قبل از پایان آن) از لوازم نهی از ماده ۷۶۶ است، چه اگر تمدید را جایز بدانیم انحراف از ماده ۷۶۶ آسان است و اسقاط قبل از انقضای مدت مرور زمان ممکن است به شکل تمدید مدت آن صورت بگیرد.^۳

در حقوق فرانسه به موجب ماده ۲۲۳۵ قانون مدنی توافق برای افزایش مدت مرور زمان صحیح می‌باشد اما افزایش مدت مرور زمان به بیش از ده سال مجاز نمی‌باشد. در حقوق آلمان، مقررات مربوط به مرور زمان دیگر آمره تلقی نمی‌شوند و مرور زمان ممکن است با توافق طرفین افزایش یابد.^۴ طبق ماده ۲۰۲ قانون مدنی این کشور «مدت مرور زمان نمی‌تواند به وسیله قرارداد قانونی به مدتی بیش از ۳۰ سال از

۱. همان، ص. ۲۶۴.

۲. کاتوزیان، پیشین، صص. ۲۷۸-۲۷۶.

۳. متین‌دفتری، پیشین، ص. ۲۴۳.

4. Markesinis, Sir Basil & Others, The German Law of Contract, 2nd ed, Hart, 2006, p. 487.

شروع مدت قانونی افزایش یابد». توضیح آنکه، طبق ماده ۱۹۶ این قانون مدت استاندارد مرور زمان ۳ سال است. طولانی‌ترین مدت مرور زمان در حقوق آلمان ۳۰ سال است که در خصوص یک سری از دعاوی چون دعاوی تسلیم در خصوص حق مالکیت و سایر حقوق عینی و موارد دیگر تعیین شده است (ماده ۱۹۷). دقت در حقوق آلمان نشان می‌دهد که قانون‌گذار از یک سو با در نظر گرفتن اوضاع و احوال مختلف به این نتیجه رسید که تعیین مدت‌های ثابت برای مرور زمان همواره مناسب نیست و باید به طرفین قرارداد اجازه داد که چنانچه مدت دیگری را معقول می‌دانند به عنوان مرور زمان تعیین کنند. از سوی دیگر قانون‌گذار توجه داشته است که اگر به طرفین قرارداد اجازه دهد که هرگونه که خواستند مدت مرور زمان را تعیین کنند، این امر ممکن است به فرار از قانون منجر شود و اهدافی که قانون‌گذار از تعیین مرور زمان دنبال می‌کرد عقیم بماند.

در حقوق ایران، به نظر می‌رسد که مقایسه تمدید مرور زمان با اسقاط مرور زمان دقیق نباشد. مطالعه در قواعد مربوط به مرور زمان که در قانون آیین دادرسی مدنی سابق آمده بود نشان می‌دهد که استفاده از مرور زمان و استناد به آن از حقوق خواننده است و چنانچه پس از گذشتن «مرور زمان» خواننده نخواهد از این حقش استفاده کند، قاضی نمی‌تواند او را مجبور به استفاده از این حق نموده و یا رأساً به این حق استناد کند. بنابراین در می‌یابیم که طبق مقررات مزبور خواننده می‌تواند با قصد خود و با یک اراده از این حق صرف‌نظر کند، حال چرا نتواند قبل از پایان این مدت، حداکثر مدتی که معقول است را به عنوان مدتی که در آن ملزم به ایفای تعهدش باشد تعیین کند. چرا باید خواننده‌ای را که قصد دارد به تعهداتش وفا کند اما از این امر ترس دارد که مبدا با فوت او وراثت از اجرای تعهداتش سرباز بزنند از تمدید مدت تعهدش منع کرد؟ ماده ۲۷۸ قانون تجارت که به طور ضمنی اجازه افزایش مدت تعیین‌شده قانونی برای اخذ قبولی در بروات به رویت و به وعده از رویت را می‌دهد نیز مؤید این مطلب است. به خصوص اینکه در حال حاضر قسمت عمده مرور زمان‌ها در مقررات قانون تجارت قرار دارند. علاوه بر این اصل آزادی اراده که در ماده ۱۰ ق. م. گنجانده شده است نیز این قرارداد را نافذ می‌کند. با این حال هنوز نکته‌ای باقی مانده است و آن این است که اگر اجازه تمدید مرور زمان به طرفین داده شود با چه ضابطه‌ای می‌توان این اختیار اعطاشده را کنترل کرد. اهداف تقنینی قانون‌گذاران در نظام‌های حقوقی مختلف در برقراری مرور زمان توجیه‌گر این مسئله می‌باشد که وسعت بازه زمانی مرور زمان، کارکردهای این نهاد حقوقی را تضعیف نموده و بنابراین به نظر می‌رسد که تعیین ضابطه‌ای جهت کنترل مدت حداکثری آن قابل توجیه باشد. با همین استنباط است که

در نظام حقوقی آلمان، حداکثر مدت زمان تعیین شده به عنوان حداکثر مدت معقول برای تمدید مدت مرور زمان در نظر گرفته شده است. در حال حاضر در نظام حقوقی ما، با بررسی قوانین مختلف و در نظر گرفتن مقررات عام مرور زمان که در قانون آیین دادرسی مدنی سابق آمده بود، به نظر می‌رسد که حداکثر مدت مرور زمان ده سال باشد. این استنباط با توجه به ماده ۳۱۹ قانون تجارت تقویت می‌شود و احتمال دارد که قانون‌گذار مدت مرور زمان بیش از ده سال را در فضای مبادلات تجاری مناسب ندانسته باشد.

۴. تعیین مرور زمان به موجب قرارداد

نظام حقوقی فعلی ما، مرور زمان را به عنوان قاعده عام نپذیرفته است. این نظام حقوقی در سال ۱۳۶۳، قاعده «مرور زمان» را خلاف شرع دانسته و سرانجام در سال ۱۳۷۹ که قانون آیین دادرسی مدنی تصویب گردید، قواعد عام مربوط به مرور زمان را از متون قانونی‌اش حذف کرد. اکنون سوال این است که با توجه به وضعیت فعلی نظام حقوقی ما، آیا طرفین قرارداد می‌توانند با درج یک شرط ضمن عقد مدتی را به عنوان مرور زمان تعهدات خویش تعیین نمایند؟

نمونه‌هایی که در پاسخ به سؤال فوق قابل بررسی هستند، شرط تبری از عیوب مبیع و قرارداد راجع به کاهش مسئولیت پزشک می‌باشند. طبق قاعده کلی فروشنده در خصوص عیوب‌هایی که در مبیع وجود دارد ضامن بوده و خریدار در فسخ بیع یا ارش (تفاوت قیمت) مخیر است. اما در فقه و نیز حقوق ما پذیرفته شده است که فروشنده می‌تواند هنگام انعقاد بیع از عیوب تبری جوید. فقها و حقوق دانان به این نکته واقفاند که عیب مبیع، موجب کسر قیمت می‌شود؛ لذا در تعیین ارش، تفاوت میان قیمت کالای صحیح و معیوب سنجیده شده و سپس از قیمت مورد توافق کسر می‌شود.^۱ علاوه بر شرط عدم مسئولیت، طرفین قرارداد می‌توانند با توافق، میزان مسئولیت خود را کاهش و به مبلغ معینی محدود کنند. برای مثال پزشک در قرارداد خود با بیمار شرط می‌کند که صورت ورود خسارت تنها تا مبلغ خاصی ضامن باشد.^۲ حال با توجه به اینکه طرفین می‌توانند با درج شرطی، مسئولیت خویش را به طور کامل از بین ببرند و یا آن را به مقدار معینی محدود کنند، این سؤال پیش می‌آید که چرا طرفین نتوانند در

۱. جبعی عاملی، شیخ زین‌الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ترجمه اسدالله لطفی، مباحث حقوقی شرح لمعه، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۴، صص. ۱۵۹-۱۵۶.
 ۲. کریمی، نسرین، «تأثیر شرط برائت در رفع مسئولیت پزشک»، فصلنامه حقوق، سال سی و هفتم، شماره ۱، ۱۳۸۶، ص. ۶۴.

قرارداد خویش شرط کنند که مسئولیت آنها تغییر نکند ولی صاحب حق مکلف باشد که ظرف مدت معینی حق خویش را درخواست و اجرا کند؟ فرض کنیم در عقد بیع، بایع به جای تبری از عیوب شرط کند که مشتری تنها تا زمان خاصی حق فسخ داشته باشد. این شرط مانند مقررۀ قانون تجارت در خصوص خسارت وارده به کالای حمل شده است که بیان می‌دارد که گیرنده کالا باید حداکثر ظرف ۸ روز از تاریخ گرفتن کالا متصدی حمل را از خسارت وارده به کالا مطلع کند (ماده ۳۹۱ ق.ت). به نظر می‌رسد که با در نظر گرفتن این امر که فروشنده می‌تواند با شرط تبری از عیوب خیار فسخ را به کلی از بین ببرد و نیز با لحاظ ماده ۳۹۱ مورد اشاره، در اعتبار این شرط که خیار عیب محدود به مدت معینی باشد نتوان تردید نمود. در سایر تعهدات نیز اگر شخصی بتواند با شرط عدم مسئولیت از مسئولیت بری شود، به نظر می‌رسد که بتوان اجازه داد تا این شخص به جای شرط عدم مسئولیت، مسئولیتش را محدود به زمان معینی گرداند. تصور خلاف شرع بودن شرط اخیر نیز قابل توجه نخواهد بود زیرا وقتی شرط عدم مسئولیت که مسئولیت را به کلی از بین می‌برد از سوی قانون مجاز باشد، به طریق اولی شرط تحدید مسئولیت به مدت معین نیز باید مجاز باشد چون شرط اخیر متضمن این نکته است که مسئولیت باقی بوده اما محدود به زمان معینی است. در این باره برخی از نویسندگان حقوقی نیز شرط تحدید مدت اقامۀ دعوای مسئولیت (مرور زمان) را نوع دیگری از شروط محدودکنندۀ مسولیت می‌دانند و معتقدند که در فرض پذیرش اعتبار اصولی شروط عدم مسئولیت و تحدید مسئولیت، چنین شروطی (شرط تحدید مدت اقامۀ دعوای مسئولیت) معتبر بوده و نمی‌توان به دلیل ارتباط قواعد مرور زمان با نظم عمومی آنها را باطل دانست.^۱

یک بحث مهم در خصوص «شرط تحدید زمانی مسئولیت»^۲ موردی است که شرط در خصوص یکی از عوضین قرارداد مطرح گردد. برای مثال خریداری که مبیع را هنگام انعقاد قرارداد قبض نموده است، شرط می‌کند که بایع تنها سه ماه مهلت دارد برای دریافت ثمن رجوع کند. اگر بایع ظرف این سه ماه رجوع نکرد، مشتری می‌تواند از پرداخت ثمن خودداری کند بدون اینکه مبیع را مسترد کند. در بادی امر به نظر می‌رسد که این شرط موجب برهم خوردن مبادله و نیز داراشدن بلاجهت^۳ مشتری می‌شود، اما باید دقت کرد که این شرط موجب به هم خوردن مبادله نمی‌شود زیرا

۱. ایزانلو، پیشین، ص. ۶۳.

2. clauses de responsabilité abrégée

۳. دیلمی پیشین، ص. ۱۰۰.

معامله دو عوض دارد که طرفین تعهد به انجام و یا تسلیم آنها دارند. بنابراین مبادله همچنان باقی است. این شرط موجب دارا شدن بلاجهت نیز نمی‌شود. داراشدن بلاجهت در صورتی حادث می‌شود که معامله باطل بوده و طرف قرارداد بدون اینکه تعهدی به پرداخت عوض داشته باشد مالی را تحصیل می‌کند. در فرض حاضر معامله صحیح بوده و دارای عوض است. این شرط مبین این مطلب است که اگر بایع ظرف مدت معین شده برای دریافت طلبش رجوع نکند، مشتری عدم رجوع او را به منزله ابرای فعلی او تلقی کند.^۱ می‌دانیم که طبق قواعد عام هر کسی می‌تواند طلبی که از دیگری دارد را به طور یک‌جانبه ساقط (ابراء) کند. به عبارت دیگر طرفین توافق کرده‌اند که اگر تا مدتی پرداخت ثمن درخواست نشود مشتری بری شود. یعنی بایع با این توافق ابرایی معلق را واقع کرده است. در صحت این ابرا نیز جای تردیدی نیست (ماده ۲۸۹ ق.م). با توجه به این امر می‌توان پذیرفت که طرفین از قبل توافق کنند که عمل آنها به منزله ابرای فعلی باشد.

از آنجایی که شرط تحدید زمانی اقامه دعوی مسئولیت، قرار دادن مهلتی برای اقامه دعوی مسئولیت بوده، بدین معنا که مشروط‌علیه باید دعوی خویش را در آن مهلت طرح کند،^۲ بنابراین یک شرط فعل به شمار می‌آید. بر این اساس چون شرط فعل حقی را برای مشروط‌له ایجاد می‌کند که می‌تواند انجام آن را از مشروط‌علیه بخواهد و همچنین چون این امر حقی برای مشروط‌له می‌باشد و قابل اسقاط است، دادگاه راساً نمی‌تواند مشروط‌علیه را به پایبندی به این شرط اجبار کند و مشروط‌له باید اجبار به انجام این تعهد را بخواهد (ماده ۲۳۷ قانون مدنی) لذا مشروط‌له است که باید با استناد به این شرط عدم رسیدگی به دعوا را از دادگاه بخواهد؛ بنابراین، این مدت تعیین‌شده مانند مرور زمان است که اگرچه گذشتن آن موجب سقوط حق نمی‌شود اما خوانده می‌تواند با استناد به گذشتن مدت از دادگاه بخواهد که از رسیدگی به دعوا خودداری کند. در حقوق ایران مفهوم مواد ۷۵۲ و ۷۶۶ قانون مدنی درستی این شرط را تأیید می‌کند.^۳

۱. همان.

۲. ایزانلو، پیشین، صص. ۶۴-۶۳.

۳. همان.

نتیجه

با توجه به آن چه گفته شد، به نظر می‌رسد که مرور زمان نوعی شرط عدم مسئولیت قانونی به نفع خواننده دعواست. به این معنا که قانون‌گذار با بررسی مصالح خواندگان بالقوه به این نتیجه رسیده است که باید مقرره‌ای را در جهت حمایت از او بگذراند تا به دعاوی علیه او در مدت زمانی معقول رسیدگی گردد. بنابراین مرور زمان چهره‌ای حمایتی دارد که برای موثر واقع شدن این حمایت، جنبه‌هایی از نظم عمومی با آن عجین شده است. از آنجا که این مقرره در جهت حمایت از خواننده می‌باشد، خواننده باید در چگونگی استفاده از آن مخیر باشد. لذا باید قراردادهایی که در خصوص تغییر مدت مرور زمان واقع می‌شود را علی‌الاصول صحیح دانست مگر آنکه منجر به بی‌اثر شدن کامل حمایت شده و یا سوءاستفاده از این حق گردد. لذا باید گفت که علی‌الاصول افزایش و کاهش مدت مرور زمان مجاز می‌باشد مگر آنکه منجر به اسقاط مرور زمان و یا تعیین مدتی بسیار اندک گردد.

از سوی دیگر، در حال حاضر که در نظام حقوقی ما مرور زمان عام در مقررات قانونی حذف گردیده است باید قائل به آن بود که شرط تحدید زمانی مسئولیت می‌تواند کمک شایانی به متعهدین کرده و غیرمشروع نیز تلقی نشود، زیرا وقتی شرط عدم مسئولیت مجاز باشد به طریق اولی شرط تحدید زمانی مسئولیت نیز باید مجاز دانسته شود.

- ایزانلو، محسن، شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادهای شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
- جبعی عاملی، شیخ زین‌الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، ترجمه اسدالله لطفی، مباحث حقوقی شرح لمعه، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۴.
- دیلمی، احمد، «تأملی در مشروعیت مرور زمان»، مجله مطالعات اسلامی، شماره ۷۱، ۱۳۸۵.
- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد اول، نشر دادگستر، چاپ هفتم ۱۳۸۲.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، دراک، ۱۳۸۵.
- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۵.
- صفایی، سیدحسین؛ و نصرالله امامی، مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، چاپ نهم، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
- کریمی، نسرین، «تأثیر شرط برائت در رفع مسئولیت پزشک»، فصلنامه حقوق، سال سی و هفتم، شماره اول، ۱۳۸۶.
- متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد دوم، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۷۸.
- نکویی، محمد، شرط عدم مسئولیت، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷.
- Barry, Nicolas, French Law of Contract, Butterworth, London, 1982.
- Catala, Pierre, Proposals for Reform of the Law of Obligation and the Law of Prescription, translated into English by John Cartwright and Simon Whittaker, Oxford, 2007.
- Gardner, Bryan, Black's Law Dictionary, Pocket Edition, 5th ed, 2000.

-
- Markesinis, Sir Basil & Oders, The German Law of Contract, 2nd ed, Hart, 2006.
 - Marsh, Peter, Comparative Contract Law: England, France, Germany, Gower, 1994.
 - Mckendrick, Ewan, Contract Law, Palgrave McMillan, 2000.
 - T aylor, Richard, & Damyan Taylor, Contract Law Direction, Oxford University Press, 2007.
 - Yates, David, Exclusion Clauses in Contracts, Sweet and Maxwell, 2nd ed, 1982.
 - Zimmermann, Reinard, Comparative Foundation of a European Law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2004.

مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران

آیت مولائی*

چکیده

در نوشتار حاضر مفهوم قرارداد اداری در نظام‌های حقوقی فرانسه، ایران و انگلستان با تأکید بر موانع نهادینه شدن این مفهوم در نظام حقوقی ایران، به بحث گذاشته شده است. در آغاز به بیان قرارداد اداری از دیدگاه صوری پرداخته شده و چنین نتیجه‌گیری شده است که هر سه نظام حقوقی از رویکرد واحدی تبعیت می‌کنند؛ مگر در مورد دادگاه‌های صلاحیت‌دار رسیدگی به پرونده‌های این گونه قراردادها که از این حیث در فرانسه دادگاه‌های اداری واجد صلاحیت رسیدگی می‌باشند در حالی که در ایران و انگلستان دادگاه‌های دادگستری مرجع صلاحیت‌دار رسیدگی به حساب می‌آیند. در قسمت دوم از دیدگاه ماهوی اصطلاح حقوقی قرارداد اداری در هر سه نظام حقوقی مورد بررسی قرار گرفته و این نتیجه حاصل شده است که در فرانسه، مفهوم این گونه اعمال طرفینی در بردارنده نهاد حقوقی با اصول و قواعد خاص و مستقل از قراردادهای حقوق خصوصی می‌باشد در حالی که در انگلستان و ایران در نگاه نخست عموم قراردادهای مشمول اصول و قواعد حقوق عام قراردادهای می‌باشد. با این حال، نهاد قانون‌گذاری این دو کشور به نوعی به تبعیت از الگوی فرانسوی قرارداد اداری، اسنادی را به تصویب رسانده است که از نظر چیستی مشابه قراردادهای اداری فرانسه بوده است و علی‌رغم تفاوت واژگانی، اشتراکات کارکردی بین عبارات قرارداد اداری فرانسه، قرارداد عمومی ایران و قرارداد عمومی یا حکومتی انگلستان موجود است. با این وجود، فهم و تفسیر خصوصی اعمال قراردادی در آرای قضایی ایران، امکان نهادینه شدن مفهوم قرارداد اداری در ایران را نداده است.

کلیدواژه‌ها: قرارداد اداری، خدمت عمومی، قرارداد عمومی، نظام حقوقی، دولت.

مقدمه

در زبان حقوقی اعمال طرفینی در اشکال مختلف و با عناوین گوناگون همچون موافقت‌نامه، قرارداد، پیمان و عقد، بخش عمده‌ای از روابط اشخاص را تشکیل داده است. آن چنان که از مفهوم اعمال حقوقی دو جانبه بر می‌آید طرفین چنین روابطی، چارچوب حقوق و تکالیف خویش را در قالب یکی از نهادهای حقوقی قرار می‌دهند که اصطلاحاً به «قانون» حاکم بر طرفین تعهد معروف می‌باشد؛ قانونی که موجب آثار و نتایج حقوقی می‌باشد. اگر بپذیریم که واژگان حقوقی از سر تفنن و ذوق فردی اشخاص به وجود نیامده بلکه دارای بار معنایی خاصی در حوزه حقوق و تعهدات می‌باشند؛ این را نیز می‌پذیریم که هر تأسیس حقوقی مستقل، در عین اشتراک با سایر نهادهای حقوقی، دارای اصول و قواعد ویژه‌ای است که در قلمرو خویش دارای بار معنایی معینی است. از جمله این نهادها، نهاد «قرارداد اداری» است که موضوع بحث نوشتار حاضر را تشکیل می‌دهد. چنین اصطلاحی از محصولات دولت مدرن ملی است. گفته می‌شود در این دوره همسو با تحولات بنیادین در عرصه‌های مختلف حیات اجتماعی و به پشتوانه ایده قرارداد اجتماعی، نوعی از دولت به وجود آمده است که از نظر برخی به عنوان «دولت قراردادی»^۱ شناخته می‌شود.^۲ سطح روابط قراردادی چنین دولتی امروزه هم به لحاظ کمی و هم از نظر کیفی به صورت فزاینده‌ای گسترش یافته است؛ به نحوی که بعضی حقوق‌دانان از «اداره قراردادی» سخن به میان آورده‌اند.^۳ قراردادهای اداری در آغاز همانند سایر اعمال حقوقی دوجانبه، از پیامدهای اصل آزادی اراده یا حاکمیت اراده در تنظیم روابط معاملی اشخاص فرض می‌شوند که ابتدا در قرن نوزدهم در نظام حقوقی فرانسه مطرح گردید و کم‌کم به عنوان یک نهاد حقوقی پذیرفته شد. در ادامه متناسب با سایر اصول و قواعد حقوقی محدوده آن تعریف، ترسیم و به بالندگی رسیده است. این در حالی است که در نظام کامن‌لای انگلستان چنین نهاد حقوقی از آغاز با مخالفت‌هایی مواجه بوده است و حقوق‌دانان این کشور و در رأس آن دایسی مخالف این نهاد حقوقی بوده‌اند؛ هر چند که به نظر می‌رسد در طول قرن بیستم، به ویژه از نیمه دوم این قرن، چنین مقابله نظری در برابر نوعی از عمل‌گرایی با محدودیت‌های فزاینده مواجه بوده است. اما در این بین، تبیین موضع نظام حقوقی

1. Contracting State

۲. زارعی، محمدحسین، «جزوه قراردادهای اداری»، مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰، ص. ۶.

3. Guettier, Christophe, *Droit des Contrats Administratifs*, Paris, PUF, 3^e édition, 2004, p. 2.

ایران دارای پیچیدگی خاصی بوده و نوعی سردرگمی و امتناع در این نظام موجود است؛ چرا که بخشی از نظام حقوقی ما چنین نهادی را شناسایی کرده است و آن مقاومت نظری که حقوق دانان انگلیسی در برابر نهاد قرارداد اداری داشته‌اند، از جانب برخی از حقوق دانان ایرانی مشاهده نمی‌شود؛ اما در سایر عرصه‌ها، مشخصاً در نظام قضایی، دیدگاه قضایی بر تبعیت عموم پرونده‌های قراردادی از اصول و قواعد عام قراردادهای خصوصی بوده است.

گفته می‌شود قرارداد اداری ذیل قلمرو حقوق عمومی معنا و مفهوم پیدا می‌کند و در این حوزه، اصول و قواعد حقوق خصوصی متناسب با نیازهای مربوط به رفاه عامه، منافع عمومی و خدمات عمومی تعدیل می‌گردد. بر این مبنا مفهوم‌شناسی قرارداد اداری ضرورت پیدا می‌کند. اهمیت پرداختن به این موضوع زمانی دو چندان می‌گردد که ما از منظر مقایسه‌ای در صدد تبیین رویکردهای اشتراکی و افتراقی این مفهوم نزد نظام‌های مورد مقایسه بر آییم.

در نوشته حاضر در صددیم که از دیدگاه تطبیقی، مفهوم قراردادهای اداری را در نظام‌های حقوقی انگلستان، ایران و فرانسه به بحث بگذاریم. بر این اساس مهم‌ترین سوال مقاله این است: مفهوم قرارداد اداری در نظام‌های حقوقی ایران، فرانسه و انگلستان، با تأکید بر موانع نهادینه شدن این مفهوم در ایران، چیست. در پاسخ به این سوال، از دیدگاه تطبیقی، نخست به تبیین قرارداد اداری از نگاه‌شکلی می‌پردازیم. در ادامه از دیدگاه ماهوی به مفهوم‌شناسی قراردادهای اداری در نظام حقوقی کشورهای سه‌گانه، اشاره می‌کنیم.

۱. مفهوم‌شناسی شکلی

از این منظر، معنای صوری چنین عمل حقوقی محل تأکید است که بر مبنای آن، کلمه «قرارداد» مضاف برای واژه «اداری» به حساب می‌آید و لفظ «اداری» نقش مضاف‌الیه را دارد. به یک اعتبار چنین دیدگاهی را می‌توان به نگاه واژه‌شناختی نیز تعبیر کرد که بر اساس آن، قرارداد اداری متناظر با عقود و معاملات منتسب به اداره است و حرف «ی» در آخر کلمه «اداری» نیز یای نسبت است. از این دیدگاه، امکان توجه دقیق به ماهیت قرارداد اداری به وجود نمی‌آید و سطح بحث حداکثر در تبیین معنای شکلی باقی می‌ماند؛ بدون آنکه در آن بر مفاد، شروط و آثار قرارداد توجه یا تأکیدی شده باشد. لذا امکان دارد بین عبارت «قرارداد اداری» و «قرارداد اداره» تفاوت اساسی ملاحظه نشود و عبارت نخستین به عبارت دومی تقلیل معنایی پیدا کند. در حالی که از نظر معنا و مفهوم در نگاه حقوق دانان حقوق عمومی این دو عبارت با

یکدیگر تفاوت‌هایی دارند و نمی‌توان این دو را همانند هم تلقی کرد.^۱ به زبان منطقیون، منطقیون، می‌توان رابطه این دو عبارت را نسبت عموم و خصوص مطلق دانست و از این حیث قرارداد اداره اعم از قرارداد اداری است. گفته می‌شود در این سطح از برداشت، سوابق و سنت تاریخی هر سه نظام حقوقی مورد مطالعه با همدیگر همسو و هم‌راستا بوده است و از این حیث تفاوت اساسی بین آنها موجود نیست که در ادامه هر یک را جداگانه به بحث می‌گذاریم.

۱-۱. فرانسه

از حیث تاریخی نخستین اسناد قانونی راجع به قراردادهای اداری این کشور، بعد از انقلاب کبیر ۱۷۸۹ به تصویب رسید. لذا منشأ آغازین تاریخ قراردادهای اداری هم از نگاه شکلی و هم از دیدگاه واژه‌شناختی به تحولات قرن نوزدهم برمی‌گردد. در اوت ۱۷۹۰ در مقرر ۱۹۲۴ که با فرمان ۱۶ فروکتیدور سال سوم تکمیل شد، اصل جدایی مراجع اداری و قضایی بنیان نهاده شد؛ اصلی که بر اساس آن، محاکم قضایی از هرگونه اعمال صلاحیت در امور اداری که موجب «برهم ریختن عملیات هیأت اداری» گردد، منع شدند.^۲ البته بنیان چنین وضعیتی در فهم فرانسوی از اصل تفکیک قوا نهفته است.^۳ از نخستین اسنادی که موجب طرح عنوان قرارداد اداری در این کشور گردید می‌توان به قانون مربوط به پیمان‌های ساختمانی دولت،^۴ اشاره کرد. به نحوی که برای حل و فصل اختلافات طرفین این گونه قراردادهای، مرجعی جدا از دادگاه دادگستری تعریف شد و کم‌کم زمینه را برای شکل‌گیری عنوان قرارداد اداری فراهم نمود. ادامه چنین رویه‌ای به ویژه با شکل‌گیری کمیسیون ترافعات در شورای دولتی در سال ۱۸۰۶ به عنوان فرآیند غیرقابل بازگشت شناسایی شد هر چند که در طول قرن ۱۹ لیبرال‌های این کشور نه تنها با نهاد شورای دولتی بلکه با دستاوردهای آن در حوزه قراردادهای اداری مخالف بودند. با این حال با کمک نظری علمای حقوق عمومی این کشور و نیز انتقادات سازنده و منصفانه کسانی همچون دوتوکویل بوده است که در نهایت این عبارت را در عالم حقوق بیش از پیش تشریح و شفاف نموده و در واژگان حقوقی نهادینه کرد.^۵

1. Lachaume, Jean François, Droit Administratif, Paris, PUF, 1999, pp. 327 – 328.

۲. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، گفتارهایی در حقوق عمومی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۵، صص. ۴۲-۴۳.

۳. زولر، الیزابت، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه سیدمجتبی واعظی، تهران، انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۸۹، صص ۲۳۹-۲۴۰.

4. Loi du 28 Pluviose an VIII

۵. کاسز، سابینو، شکل‌گیری حقوق اداری، ترجمه سیدمجتبی واعظی، شیراز، نشر شهرداد، ۱۳۹۲، صص. ۱۶ به بعد.

۲-۱. انگلستان

در انگلستان معادل عبارت قراردادهای اداری، «قراردادهای عمومی»^۱ و «قرارداد حکومتی»^۲ بوده است. در این عبارات، واژگان «عمومی» و «حکومتی» نقش مضاف‌الیه را برای کلمه «قرارداد» دارند. از منظر شکلی چنین اعمال حقوقی شامل عقود، تعهدات و معاملاتی است که طرف عمومی یا دولتی قرارداد با اشخاص خصوصی منعقد می‌کند. رویه قانون‌گذاری انگلستان گویای آن است که از قرن نوزدهم به اقتضای منافع عمومی قوانین مختلفی در خصوص تنظیم روابط معاملی اشخاص عمومی با اشخاص خصوصی به تصویب رسیده است. در آثار حقوق‌دانان این کشور در سایه آرای دایسی، نوعی از تأخیر زمانی ملاحظه می‌شود به نحوی که تا قرن بیستم در نگاه معمول حقوق‌دانان این کشور، عموم قراردادهای ذیل قراردادهای حقوق خصوصی بوده است و از قرن بیستم است که با ظهور نظریه دولت رفاه توجه به قراردادهای عمومی و حکومتی بیشتر می‌شود و از حیث تعداد و گستره افزایش پیدا می‌کند.

۳-۱. ایران

در سنت حقوقی ایران، عبارات «قرارداد اداری»، «قرارداد عمومی» و «قرارداد یا معاملات دولتی» از بعد از انقلاب مشروطه مطرح بوده است. در اینجا نیز واژگان «اداری، عمومی و دولتی» مضاف‌الیه لفظ «قرارداد یا معامله» به حساب می‌آیند. می‌توان گفت عبارت قرارداد اداری یک اصطلاح فرانسوی بوده که توسط برخی حقوق‌دانان ما از سنت رومی-ژرمنی اخذ شده است و در برخی آثار مرز این عبارت با عبارت «قرارداد عمومی» ظاهراً رعایت نشده است.^۳ در جای دیگری قرارداد عمومی و دولتی یکسان تعریف شده است.^۴ البته در جای دیگری قرارداد اداری و عمومی نیز یکسان تلقی شده و تعریف واحدی ارائه شده است.^۵ حتی در خصوص نسبت آنها با نظام حقوقی ما توضیح کافی داده نشده است و صرفاً به ترجمه و ذکر آنها در نظام حقوقی بسنده شده است.^۶ از نخستین این آثار، می‌توان به نوشته‌های دهه‌های پیشین اشاره داشت که در آن قراردادهایی همچون مقاطعه و امتیاز به عنوان مصادیقی از

1. Public Contract

2. Government Contract

۳. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، «مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۸۴، صص. ۹۹-۱۲۷.

۴. همان، ص. ۱۰۳.

۵. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، سمت، ۱۳۷۹، ص. ۳۰۰.

۶. بنگرید به: همان، ص. ۳۱۸.

قراردادهای اداری ذکر شده است.^۱ استاد طباطبائی نیز در تعریف قرارداد اداری، عیناً تعریف دولوبادر فرانسوی^۲ را در دایره واژگان ایران مطرح کرده است^۳ و در آثار نویسندگان دیگر به نوعی مضمون چنین تعریفی ادامه یافته است.^۴ در برخی از آثار نیز از معاملات اداره سخن به میان آمده است که از طریق آن اداره با اشخاص در خصوص انجام خدماتی یا انجام کارهای ساختمانی قرارداد منعقد می‌کند.^۵ یا این که گفته شده است این گونه قراردادهای، قراردادهایی هستند که یکی از طرفین معامله «اشخاص حقوقی حقوق عمومی»^۶ است. در برخی آثار نیز قرارداد اداری هم‌معنا با قرارداد دولتی یا حسب مورد «پیمان عمومی» تعریف شده است.^۷ در کنار دیدگاه‌های حقوق دانان، قانون‌گذار نیز اسنادی گوناگونی را در این خصوص به تصویب رسانده است. در نگاه قانون‌گذار روابط معاملی دولت با عبارت «معاملات دولتی» شناخته شده است. از نخستین آنها می‌توان به «قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی» مصوب ۱۳۴۸ و «آیین‌نامه معاملات دولتی» مصوب ۱۳۴۹ اشاره کرد. در ادامه در اصل ۴۹ قانون اساسی عبارت «مقاطع کاری‌ها و معاملات دولتی» بکار رفته است. در «قانون محاسبات عمومی کشور» مصوب ۱۳۶۶ نیز عبارت «معاملات دولتی» ذکر شده است.

۱-۴. وجوه اشتراک و افتراق شکلی

با توضیحات داده‌شده در بالا مشخص است که نگاه شکلی به قرارداد اداری، رویکردها را عموماً در تعاریف صوری محدود ساخته و به لفظ بیش از مفهوم بها می‌دهد. لذا توجه دقیقی به ماهیت و معنای حقوقی کلمه نشده و مسأله در حد ریشه‌یابی صوری و گاهی لغوی باقی مانده یا متوقف می‌شوند. بر این اساس، حوزه‌های اشتراکی و افتراقی نظام‌های حقوقی سه‌گانه را می‌توان به این قرار ذکر کرد؛ اول، از حیث مشابهت، هر سه نظام حقوقی بالا، برای تبیین رابطه قراردادی اشخاص عمومی یا دولت یا حکومت با سایر اشخاص، عبارات و اصطلاحاتی را بکار می‌برند که توضیحات

۱. سنجایی، کریم، حقوق اداری ایران، تهران، چاپ زهره، ۱۳۴۲، ص. ۲۱۶.

۲. Laubadère, André de, Traité Élémentaire de Droit Administratif, 2e édition, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 40.

۳. بنگرید به: طباطبائی مؤتمنی، پیشین، ص. ۳۱۸.

۴. برای نمونه بنگرید به: انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۸۰، صص. ۳۳-۳۴.

۵. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۰، ص. ۱۶.

۶. امامی، محمد؛ و کورش استوارسنگری، حقوق اداری، جلد ۲، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱، ص. ۱۱۴.

۷. عراقی، عزت‌الله؛ و محمدکاظم حبیب‌زاده، «قراردادهای دولتی در ایران: بررسی شاخص‌ها»، حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، ص. ۷۹.

آن در بالا آمد.^۱ دوم، از حیث تفاوت، مهم‌ترین آن به پیروی نظام‌های حقوقی مورد بحث از نظام‌های قضایی تک‌پایه و دوپایه مربوط می‌شود. به این صورت که فرانسه از الگوی دوپایه پیروی کرده و انگلستان و ایران در نگاه نخست از الگوی تک‌پایه تبعیت می‌کنند. بر این اساس در فرانسه دادگاه‌های اداری و در رأس آن شورای دولتی مرجع صلاحیت‌دار ذاتی رسیدگی به پرونده‌های مربوط به قراردادهای اداری می‌باشد.^۲ به استناد اصل ۵۳ قانون اساسی از آغاز قرن نوزدهم صلاحیت قوه قضاییه در رسیدگی به اعمال قراردادی قوه مجریه نفی گردید و به اتکای رویکرد عدالت تحفظی چنین اختلافاتی از سال ۱۸۰۶ به کمیسیون ترافعات شورای دولتی واگذار گردید. اما به موجب قانون سال ۱۸۷۲ نظام عدالت تفویضی جایگزین نظام عدالت تحفظی گردید و لذا شورای دولتی صلاحیت نخستین صدور رأی به نام ملت فرانسه را پیدا کرد. فرآیند تکمیل و استقلال کامل شورای دولتی از کنترل نظام «وزیرقاضی» با رأی «کادوت»^۳ اتفاق افتاد که بر مبنای آن اشخاص از همان آغاز اهلیت طرح دعوا را نزد شورای دولتی پیدا کردند. از این زمان به بعد، رسیدگی مستقل و کامل به قراردادهای اداری در صلاحیت کامل شورای دولتی مستقر شد.^۴

آرای گوناگون شورای دولتی مؤید استمرار این امر می‌باشد.^۵ برخلاف فرانسه، در نگاه نخست به نظر می‌رسد که در انگلستان و ایران دادگاه‌های دادگستری صلاحیت عام رسیدگی به عموم قراردادها را دارند. در این صورت، در قراردادهای حکومتی، عمومی و دولتی طرفین قراردادها جهت احقاق حق خویش می‌توانند به دادگاه‌ها شکایت کنند.^۶ مهم‌ترین دلیل چنین تفاوتی را می‌توان در سنت تاریخی و نوع نگاه به مفهوم اصل تفکیک قوا جستجو کرد. در انگلستان نگاه متناظر با اصل تفکیک قوا صرفاً به تفکیک ماهوی وظایف معطوف بوده است و تفکیک شکلی قوا شناسایی نگردیده

۱. برای دیدن نظرات متفاوت بنگرید به: همان، صص. ۷۸-۷۹؛ و اعلائی فرد، محمدعلی، اصول حاکم بر قراردادهای بیمه‌انکاری دولتی، مجله حقوقی عدالت آراء، شماره ۱، ۱۳۸۴، صص. ۵۶-۵۷؛ و حبیب‌زاده، محمدجعفر، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، چاپ اول، اصفهان، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص. ۸۷.

2. See: Neville, Brown & John Bell, French Administrative Law, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 141-143.

3. EC/ 13 Décembre 1889/ Cadot

4. See: Marsh, Peter, Comparative Contract Law: England, France, Germany, Hampshire, Gower, 1996, pp. 28-29; and Brown, Neville, & Jon Bell, French Administrative Law, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 141-143.

5. EC/ 26 Juillet 1991/ Commune de Saint – Marie.

6. Clives, Lewis, Judicial Remedies in Public law, London, Sweet and Maxwell, 2000, p. 20; and Wade, William; and Christopher Forsyth, Administrative Law, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 4 – 5.

است.^۱ لذا عموم اعمال قراردادی دولت مشمول نظارت قوه قضائیه تعریف شده و دادگاه‌های دادگستری به تأسی از اصل حاکمیت قانون دایسی^۲ مجازند به کلیه اعمال حقوقی اداره رسیدگی کنند.^۳ در ایران نیز به غیر از پرونده‌های استخدامی (موضوع ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری)، در عمل دادگاه‌های دادگستری به استناد اصل ۱۵۹ قانون اساسی و قانون آیین دادرسی مدنی و آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری،^۴ خود را مرجع صالح رسیدگی به پرونده‌های مربوط به همه اعمال قراردادی اشخاص عمومی و خصوصی می‌دانند. هر چند که چنین استدلالی با منطق و روح حاکم بر اصل ۱۷۳ منافات دارد؛ چرا که در این اصل، دیوان عدالت اداری مرجع رسمی رسیدگی به مطلق اعمال، اقدامات، تصمیمات «مأمورین یا واحدها» ذکر شده است و هیچ گونه قیدی بر آن وارد نشده است. البته شاید بتوان ادعا کرد که غلبه و سیطره برداشت فقه امامیه بر فهم نظام حقوقی ما سایه انداخته و از گذشته امکان صلاحیت‌یابی دیوان عدالت اداری با امتناع مواجه بوده است. گو اینکه در ماده ۲ قانون شورای دولتی مصوب سال ۱۳۳۹ اعمال قراردادی دولت از صلاحیت شورا خارج گردیده بود. حتی برخی از حقوق‌دانان حقوق عمومی نیز همسو با حقوق‌دانان حقوق خصوصی چنین نظری را داشته‌اند.^۵

۲. مفهوم‌شناسی ماهوی

به نظر می‌رسد تحلیل ماهیت قرارداد اداری مقدمه لازم برای فهم استقلال چنین نهاد حقوقی از سایر نهادهای حقوقی یک نظام به حساب می‌آید. لذا توجه اصلی ما در

۱. بنگرید به: اردان، فیلیپ، نهادهای سیاسی و حقوق اساسی، ترجمه رشید انصاریان، اهواز، انتشارات دانشگاه شهید چمران، ۱۳۸۹، صص. ۴۶۰-۴۵۷.

۲. این مفهوم یکی از برداشت‌های سه‌گانه دایسی (معنای دوم) از مفهوم حاکمیت قانون را تبیین مینماید. بنگرید به:

- Harlow, Carol, Understanding Tort Law, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 140; Dicey A.V., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, London, Macmillan, 1927, p. 198.

3. Wade and William, op. cit, pp. 4 – 5; Jones, B.L., Administrative Law, London and Edinburgh, Butterworths, 1989, p. 3.

۴. بنگرید به: آرای وحدت رویه شماره ۵۹ - ۳۰/۴/۱۳۷۱ و ۱۹۷ - ۲۰/۶/۱۳۷۹ و ۲۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

۵. یکی از اساتید حقوق عمومی اظهار داشته‌اند: «قراردادهای اداری... به این دلیل که قرارداد یک عمل اداری محض نیست، بلکه از توافق دو اراده ناشی می‌شود، رسیدگی به اختلافات ناشی از تفسیر و اجرای قراردادهای دولت و سازمان‌ها در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است.» بنگرید به: طباطبائی، ۱۳۷۸، پیشین، ص. ۴۳۰.

اینجا به معنای اصطلاحی این عبارت معطوف است. از این منظر به استقلال یا عدم استقلال چنین تأسیس حقوقی توجه و تأکید بیشتری می‌گردد. در ادامه با نگاهی به تجربه تاریخی هر سه نظام حقوقی، در صدد مفهوم‌شناسی ماهوی نهاد قرارداد اداری هستیم.

۲-۱. توسعه‌یافتگی قراردادهای اداری فرانسه

مهم‌ترین دلایل بالنده بودن مفهوم قرارداد اداری در فرانسه را می‌توان به قرار زیر ذکر کرد.

الف - از حیث اصطلاح‌شناسی نهاد قرارداد اداری، دیدگاه فرانسوی‌ها به این گونه اعمال حقوقی، نگاهی اصیل و بومی بوده است. در سنت تاریخ حقوق عمومی این کشور، این اصطلاح از ابداعات ناب دکترین حقوقی این کشور به شمار می‌آید و بر این مبنا می‌توان این کشور را مهد نهاد قراردادهای اداری به حساب آورد؛ کشوری که عموم اندیشمندان حقوقی‌اش، حقوق اداری را در درجه اول حقوق ناظر بر حکومت خوب و کارآمدی آن تعبیر داشته‌اند و در راستای نیل به چنین وضعی از حکمرانی، سازوکارهای ترجیحی، حمایتی و اقتداری را برای حکومت حتی در روابط قراردادی‌اش در نظر می‌گیرند.^۱

ب - در نگاه لیبرال‌های قرن نوزدهمی فرانسه مفاهیمی همچون دادگستری اداری و امتیازات اداره مغایر حقوق اساسی خوب است.^۲ در ادامه حقوق‌دانان دیگری همچون دوگی، قرارداد را فارغ از اهداف و طرفین تشکیل دهنده آن، داخل در نهاد حقوق مدنی یا خصوصی فرض نموده و ویژگی خصوصی بودن آن را غیر قابل تغییر فرض نمودند.^۳ اگر این ایده پذیرفته می‌شد لاجرم آن فهمی که در موادی همچون ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی این کشور در ارتباط با مفهوم قراردادهای حکم‌فرما بوده است در قراردادهای اداری نیز جاری می‌گردید که البته چنین دیدگاهی در این کشور ذیل نظریه‌های حقوق‌دانان حقوق عمومی این کشور مهجور مانده است؛ چرا که در نظر آنها، ویژگی‌ها، اصول و قواعد ناظر بر قراردادهای اداری متفاوت از قراردادهای حقوق خصوصی است و در قراردادهای اداری مفاهیمی چون اصل برابری طرفین قرارداد دچار تحول معنایی می‌شود^۴ و به طور کلی به استناد اینکه شه‌ریار تحت هیچ شرایطی تابع

1 . See: Neville & Bell, Op.cit, pp. 141-143; and Barry Nicholas, French Law of Contract, London, Butterworths, 1982, p.17.

۲. کاسز، پیشین، ص. ۳۱.

۳. طباطبائی، ۱۳۷۸، پیشین، صص. ۳۱۱ به بعد؛ و انصاری، پیشین، ص. ۴۷.

4 . Lichère François, Droit des Contrats Publics, Paris, Dalloz, 2005, p. 13.

قوانین عام مدنی نیست؛ قواعدی متمایز از حقوق خصوصی برای اعمال زمامداری در نظر گرفته می‌شود.^۱

پ - در نگاه انقلابیون ۱۷۸۹، قوه قضائیه یکی از اضلاع سه‌گانه استبداد^۲ به شمار می‌آمد. چنین دیدگاهی، فضا را برای شکل‌گیری اصل ۵۳ قانون اساسی فراهم نمود به نحوی که بر اساس آن کارکرد اداری از کارکرد قضایی جدا گردید و قضات دادگاه‌های دادگستری از صلاحیت رسیدگی به اختلافات قوه مجریه با اشخاص منع شدند. در نتیجه موضوعات متنازع‌فیه در صلاحیت شوراهای استانداری (پرفه) و در رأس آنها شورای دولتی قرار گرفت و این چنین است که می‌توان گفت نهاد قرارداد اداری متولد شد.

ت - پایه‌گذاری حقوق اداری ناپلئونی، دست‌کم در قرن ۱۹ اداره‌ای را موجب گردید که چنین دستگاهی مرجع ارتباط بین اراده عمومی و منافع خصوصی به حساب آید.^۳ از این حیث، اعمال قراردادی اداره در راستای چنین نسبتی سنجیده می‌شد فلذا از قوای عمومی، همچون اداره در برابر شهروندان به‌شدت حمایت می‌شد.

ث - بی‌تردید نقش قانون‌گذاری در شناسایی قراردادهای اداری با ماهیتی مستقل از سایر اعمال قراردادی، بی‌بدیل بوده است که در این کشور با تصویب قوانینی در راستای ایجاد محدودیت برای صلاحیت دادگاه‌های دادگستری در رسیدگی به پرونده‌های قراردادی دولت، از جمله پیمان‌های ساختمانی دولت^۴ مصوب سال هشتم انقلاب، کم‌کم بستر شکل‌گیری دادرسی اداری در ارتباط با قراردادهای اداری و استقلال آن از دادرسی مدنی به وجود آمد.

ج - در نیمه دوم قرن ۱۹ به‌ویژه با استقلال شورای دولتی از سیطره نظام وزیر-قاضی، و در ادامه با شکل‌گیری دادگاه حل تعارضات بین شورای دولتی و قوه قضائیه در موضوعات مربوط به صلاحیت، دادرسی اداری به استقلال رسید و اصطلاح قرارداد اداری با ماهیت خاص خود نهادینه شد. و بدین وسیله به تعبیر برخی حقوق‌دانان، نهاد «حکومت قضات» پایه‌گذاری گردید؛^۵ چرا که اتکای شورای دولتی بر آرای و رویه قضایی در رسیدگی به قراردادهای اداری بیش از محاکم دادگستری در ارتباط با

۱. کاسز، پیشین، ص. ۲۵.

۲. به زعم انقلابیون فرانسه اضلاع سه‌گانه استبداد: اشراف، دستگاه سلطنت و دستگاه قضا بوده است.

3. Legendre P., L'administration du XIIIe Siècle à nos Jours, Paris, PUF, 1969, p. 268.

4. Marchés de Travaux Publics

5. Dubouis, Louis; et Gustave Peiser, Droit Public, Paris, Dalloz, 2001, p. 4.

قراردادهای مدنی بوده است. این مرجع در پرونده‌های مربوط به قراردادهای اداری، با در نظر گرفتن اهداف مترتب بر خدمات عمومی، اصول و شیوه‌های حقوق خصوصی، نظیر اصل لزوم قراردادی، را به طور انعطاف‌پذیر و متناسب با چنین هدفی تفسیر کرده است.^۱ حتی اصول خاص، قراردادهای اداری را نیز همسو با رویکرد خدمت عمومی ابداع و تفسیر نموده است.^۲

چ - شکل‌گیری رژیم قرارداد اداری از نیمه دوم قرن نوزدهم به نظریه خدمت عمومی پیوند خورده است که با رأی بلانکو در سال ۱۸۷۳ توسط شورای دولتی به عنوان پایه حقوق اداری این کشور تعریف گردید. به نحوی که فهم قرارداد اداری بدون فهم خدمت عمومی امکان‌پذیر نمی‌باشد. چنین رژیم حقوقی در راستای ایده استمرار خدمات عمومی و برآورده ساختن نیازهای عمومی بوده است و بر این اساس، چارچوب مفهومی مجزایی نسبت به سایر تأسیسات قراردادی پیدا کرده است؛^۳ نهادی که اصول و قواعد حقوقی متمایزی نسبت به قراردادهای مدنی داشته است. بر این اساس است که از جمله شروط حاکم بر قراردادهای اداری را حمایت از خدمت عمومی ذکر می‌کنند که بر اساس آن قرارداد منعقد گردیده و تفسیر می‌شود^۴ و البته چنین شرطی از مهمترین شاخص‌های ماهوی چنین اعمال حقوقی به شمار می‌آید.

ح - در کنار شاخص خدمت عمومی، مهم‌ترین شاخص ماهوی قرارداد اداری در فرانسه شروط فوق‌العاده قراردادی است^۵ و در نوشته‌های دیگر با عنوان «رژیم فوق‌العاده فوق‌العاده نسبت به حقوق عام»^۶ به کار رفته است.^۷ بر این اساس است که گفته

1 . See; EC/ 21 Décembre 1921/ Société générale d'armements et EC/ 7 Mars 1923/ Hellenic Transport et EC/ 21 Janvier 1925 Affréteurs Réunis et EC/ 7 Mars 1924/ C.G.T. et EC/ 11 Juin 1948/ Jouvét et EC/ 11 Mai 1948/ Jacquin.

2 . EC/ 8 Février 1873/ Blanco et EC/ 6 Février 1903/ Terrier et EC/ 1912/ Feutry et EC/ 10 Février 1997/ SEM Equipement et Aménagement.

3 . Langrod, Georges, "Administrative Contracts a Comparative Study", The American Journal of Comparative Law, 1955, pp.340-347, in: HeinOnline (<http://heinonline.org>).

4 . Richer, op.cit, p.693.

5 . Chapus, René, Droit Administratif Général, Tome I, Montchrestien, 8th Edition, 1994, p. 474.

6. Régime Exorbitant du Droit Commun.

7. Dupuis, Georges; Marie-José Guédon; et Patrice Chrétien, Droit Administratif, Paris, Dalloze, 2007, pp. 430-433. et:

- زارعی، محمدحسین؛ و آیت مولائی، آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، سال ۱۸، شماره ۶۳، پاییز ۱۳۹۲، صص. ۱۹۴-

می‌شود قراردادهای اداری به پشتوانه حاکمیت عمل می‌کنند و حقوق‌دانان این کشور از جمله رنه‌داوید بر قرار گرفتن قرارداد اداری در بستر حقوق اداری و جدایی آن از قراردادهای مدنی که در بستر حقوق خصوصی قرار دارند تأکید داشته‌اند.^۱ در مقابل گفته می‌شود چنین شروطی در قراردادهای مدنی بی‌معنا است و چه بسا موجب بطلان قرارداد شود.

۲-۲. کارکرد «قرارداد عمومی» به جای «قرارداد اداری» در انگلستان

برداشت کلاسیک از دولت در انگلستان متناظر با برداشت حداقلی از گستره صلاحیت‌های وی در عرصه امور عمومی بوده است و بر این مبنا این کشور مهد دولت لیبرال در عصر مدرن به حساب می‌آید. این برداشت فلسفی از نقش دولت، تجربه تاریخی این کشور، به‌ویژه تاریخ حقوق عمومی انگلستان با سنت تاریخی کشورهای اروپای قاره‌ای متفاوت ساخته است که البته چنین دسته‌بندی از نقش دولت ابتدا توسط ولتر بیان و بعد توسط دوتوکویل تکمیل شد و به مدل اورپای قاره‌ای و مدل انگلوساکسون معروف شدند. در مدل نخست که فرانسه شاخص آن به شمار آمده است بر برخورداری از قوه مجریه مطلق، تمرکز و تقدم برابری بر آزادی تأکید و تصریح شده است. پیامدهای چنین انگاره‌ای در حوزه روابط قراردادی، ظهور قواعدی از جنس ترجیحی، اقتداری و حمایتی خواهد بود چرا که تجویز توجه به برابری مستلزم مداخله دولت تا آنجایی است که چنین وضعیتی اقتضا دارد. در برابر، در مدل انگلوساکسون که معیار و سبیل نخستین آن انگلستان است، به واسطه سنت آزادی‌گرایی، حاکمیت پارلمان، خودفرمانروایی و توجه همسان به برابری و آزادی باعث شکل‌گیری آن برداشت از دولت شده است که در آن مداخله دولت در حوزه امور عمومی محدود به حالت‌های نادر خلاصه شود. سطح چنین مداخله‌ای البته در حوزه روابط قراردادی بسیار بیشتر از سایر حوزه‌ها خواهد بود.^۲

تجربه تاریخی انگلستان گویای آن است حقوق اداری ذیل حقوق اساسی فهمیده شد و از همان آغاز در مفهوم کنترل یا بازنگری قضایی اداره محدود شود تا از طریق این روش، اقتدارات دولت یا اداره در حدود و ثغور قانون باقی بماند.^۳ چنین دیدگاهی به حقوق اداری، البته در سطح قراردادهای اداره با سایر اشخاص نیز تأثیرگذار بوده است. به زعم حقوق‌دانان این کشور، اداره همانند سایر اشخاص و شهروندان در

1. Wondwossen, op.cit, p. 45.

۲. بنگرید به: کاسز، پیشین، ص. ۱۶.

3. See: Wade and Forsyth, op. cit, pp. 4 – 5.

برابر قانون و دادگاه‌ها مساوی بوده و نمی‌تواند در روابط قراردادی‌اش با سایرین از قواعد ترجیحی برخوردار باشد و تمامی دستگاه‌های دولتی مشمول صلاحیت رسیدگی دادگاه‌های عمومی دادگستری می‌باشند^۱ و فقط یک حقوق بر روابط عموم اشخاص، اعم از اشخاص خصوصی و عمومی، حاکم است و صرفاً یک نوع قاضی وجود دارد که بر مبنای حقوق واحد قضاوت می‌کند.^۲ لذا هر نوع اختلاف قراردادی مشمول وضعیت بالا خواهد بود. هر چند که در ادامه ملاحظه خواهیم کرد که چنین رویکردی به قراردادهای عمومی در حال تغییر بوده است.

نقطه آغازین و پایه‌ای مباحث مربوط به نظام قراردادهای این کشور بر دکترین خصوصی بودن قرارداد متکی می‌باشد. برابر این دکترین، یک طرف قرارداد نمی‌تواند اقدام به تحمیل تعهداتی به طرف دیگر، یا پیش‌بینی حقوقی برای خود نماید.^۳ سیطره چنین دیدگاهی موجب شده است که حقوق قراردادهای در بستر قراردادهای حقوق خصوصی یا قراردادهای کامن‌لا معنا پیدا کند. شاید یکی از دلایل چنین وضعیتی عدم وجود نظریه حقوقی راجع به قراردادهای اداری بوده باشد؛ به این معنا که آن‌ها پشتمانه نظری که توسط حقوق‌دانان فرانسوی راجع به این گونه قراردادهای مطرح شده است نزد حقوق‌دانان انگلیسی نبوده است. در واقع در سنت فقهی انگلستان، نگاه غالب این بوده است که عبارت قرارداد اداری، یک اصطلاح رومی - ژرمنی و مشخصاً نظام حقوقی فرانسه، است که با سنت حقوقی کامن‌لا منافات دارد.^۴ با این حال در عمل از قرن ۱۹ قوانینی به تصویب رسید که از چارچوب رایج قراردادهای مدنی فاصله داشته است. از قرن بیستم نیز حوادثی همچون شکست اندیشه اقتصادی مبتنی بر مکانیسم بازار در برآورده ساختن رفاه عمومی، رخ داد^۵ که بر اساس آن مسیر قراردادهای عمومی و حکومتی را از بستر صرف کامن‌لا خارج نموده و به سمت نهاد قرارداد اداری نزدیک نموده است. به این صورت که:

الف - در قرن بیستم نگاه به دولت از حوزه نئوکلاسیک به دولت رفاه تغییر پیدا کرد که در اثر آن ملی‌سازی صنایع و درگیری دولت در ارائه خدمات عمومی بیش از پیش گردید و زمینه‌های نظری و قانونی مداخلات دولت در امور عمومی و به تبع آن افزایش حجم قراردادهای و تنوع آنها به طور فزاینده‌ای افزایش پیدا کرد.

1. Dicey, Op. cit, p. 198.

۲. کاسز، پیشین، ص. ۵۲.

3. Marsh, op. cit, p. 269.

4. Ibid, pp. 333 forwards.

۵. بنگرید به: استوارسنگری، کورش، قراردادهای اداری-دولتی و مشخصات آن، مجله کانون وکلای دادگستری فارس، شماره ۱، ۱۳۸۳، صص. ۸۴-۸۳.

ب - بر اثر تحولات بالا، از یک سو مخالفت با اصل دوم دایسی در ارتباط با اصل حاکمیت قانون، دال بر اصل برابری در مقابل قانون، حداقل در قلمرو برخی قراردادهای عمومی مخالفانی پیدا کرد^۱ و قوانینی مغایر با چنین ایده‌ای تصویب گردید که مهم‌ترین آن را می‌توان قانون دیوان‌ها و رسیدگی‌ها^۲ ذکر نمود که بر اساس آن دیوان‌های اداری، نظیر دیوان املاک^۳ جایگاه قانونی یافتند.^۴ و برای آنها قوانین خاصی به تصویب رسید؛ دیوان‌هایی که به خریدهای اجباری که دولت برای اهداف عام‌المنفعه و ارائه بهتر خدمات عمومی انجام می‌داد، صلاحیت رسیدگی نخستین پیدا کردند و البته اعضای رسیدگی‌کننده به این‌گونه پرونده‌های مورد اختلاف و آیین دادرسی آن از چارچوب رایج دادگاه‌های دادگستری تفاوت‌هایی داشته است. سازوکار چنین خریدهایی پیوسته از قرن نوزدهم، تمجید لیبرال‌های فرانسوی را در پی داشته است.^۵

پ - از سوی دیگر، برای مسئولیت‌پذیر کردن مقام سلطنت در روابط قراردادی‌اش، مهم‌ترین سند با عنوان «قانون آیین دادرسی مقام سلطنت»^۶ به تصویب رسید که به وسیله آن مصونیت پادشاهی فسخ و مفهوم مسئولیت در ارتباط با مقام سلطنت و حکومت پذیرفته شد. لذا امکان نظری انعقاد قرارداد بین حاکمیت و اشخاص خصوصی به وجود آمد؛ چرا که تا آن زمان به لحاظ ایده حاکمیت مقام سلطنت، امکان متعهد نمودن چنین مقامی از طریق قرارداد، نظیر قراردادهای حکومتی، با موانعی مواجه بود.

ت - هر چند در برخی پرونده‌ها، ردپای اصول قراردادهای اداری نیز به چشم می‌خورد. برای نمونه در پرونده‌ای دادگاه در جهت حفظ توازن مالی قرارداد، سعی در حمایت از طرف خصوصی در قراردادهای مربوط به خدمات عمومی در قبال عمل یک‌جانبه دولت برآمده است^۷ و هر چند که در فرانسه حفظ چنین توازنی آشکارا از وظایف دادگاه‌های اداری به حساب آمده است اما به هر حال دادگاه‌های انگلستان در راستای سنت محافظه‌کاری حاکم بر این کشور، همانند برخی حقوق‌دانانش همچون

1. Longrod, op. cit, p. 30.

2. Tribunals and Inquiries Act, 1958, 1971, 1992 and 2007

3. Lands Tribunal

۴. برای مطالعه در خصوص صلاحیت این دیوان‌ها بنگرید به: هیأت پژوهشگران کاوندیش، نظام حقوقی انگلستان، ترجمه نسرین مهر، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹، صص. ۱۹۶ به بعد.

۵. کاسز، پیشین، ص. ۳۱.

6. The Crown Proceedings Act, 1947, Section I.

7. The Corry Case and Sir Lindsay Parkinson V. Commission of Works [1950] 1 All. E. R. 508.

دایسی،^۱ تا آنجا پیش نرفته‌اند که موجب شناسایی نهاد قرارداد اداری با اصول حقوقی مستقل شود.

ث - در راستای فهم فرانسوی از قراردادهای اداری که در آن بر امتیازات اداره حتی در روابط قراردادی‌اش تأکید و تصریح می‌شود در انگلستان نیز برخی از آرای قضایی صادره، جایگاه ترجیحی اداره را حتی در روابط قراردادی‌اش تقویت نموده است. از نخستین پرونده‌های مهم در این ارتباط، پرونده «آمفی تریث» است. هر چند در این پرونده، سعی دادگاه برای ارائه معیار قابل قبول و مشخص برای شناسایی قراردادهای اداری در انگلستان با شکست مواجه گردید.^۲ با این حال در این پرونده این نظریه پذیرفته شد که هیچ قراردادی نمی‌تواند مانع انجام عمل آزادانه اداره در ارتباط با صلاحیتش گردد به ویژه اعمالی که در ارتباط با منافع عمومی می‌باشد.^۳ در این ارتباط ایده «مصونیت منفعت عمومی»^۴ نیز مطرح است که بر مبنای آن، اعمال اشخاص نمی‌تواند به منافع عمومی لطمه‌ای وارد کند.

ج - هر چند در وضعیت معمول سعی بر خصوصی تلقی نمودن عموم قراردادهای بوده است با این حال، باید توجه داشت که در اوضاع و احوال اضطراری، دولت به اتکای اقتدارش می‌تواند با به‌کارگیری سایر ظرفیت‌های ترجیحاتی را برای خود در روابط قراردادی‌اش با اشخاص تعریف کند. بر این اساس، دولت می‌تواند از تعهدات قراردادی خویش در چنین مواقعی عدول کند یا نهاد مالکیت خصوصی را تعطیل نماید. در آرای قضایی^۵ و جدیدترین اسناد قانونی^۶ به این گونه جایگاه برتر حکومت توجه شده است.^۷ هر چند که نمی‌توان این گونه اقتدارات را مختص انگلستان و حتی مختص قراردادهای عمومی دانست بلکه در عموم روابط قراردادی حکومت می‌تواند موضوعیت داشته باشد؛ با این حال قضات این کشور در راستای سنت لیبرالی، تفسیر مضیقی از چنین اسناد خاصی داشته‌اند.

چ - می‌توان گفت که قراردادهای استاندارد یعنی قراردادهایی که به ابتدای فرم‌های استاندارد شکل گرفته‌اند در این کشور خلأ شروط برتر و امتیازات طرف اداری

۱. بنگرید به: کاسز، پیشین، ص. ۵۳.

۲. Rederiaktiebolaget Amphitrite v. Rex [1921] 3 K.B. 500.

۳. Longrod, op. cit, p. 334.

۴. Immunity of Public Interest

۵. Burmah Oil Company (Burma Trading) Ltd v. The Lord Advocate [1965] AC 75.

۶. The Civil Contingencies Act 2004

۷. Ministry of Justice, "The Governance of Britain; Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report", Ministry of Justice, United Kingdom, October 2009, pp. 19 – 21.

قرارداد را که در فرانسه به عنوان اصل حقوقی پذیرفته شده است، در عمل متناسب با ظرفیت فرهنگ انگلوساکسونی این کشور پر کرده است. در راستای چنین استدلالی است که می‌توان گفت لرد دیپلاک در پرونده‌ای^۱ با دسته‌بندی فرم‌های استاندارد به دو دسته قدیمی و مدرن، وضعیت فرم‌های مدرن را در نابرابری طرفین قرارداد دانسته است که محصول وضعیت مدرن است و در چنین قراردادهایی مداخله دستگاه قضایی بیش از قراردادهای معمول حقوق خصوصی می‌باشد^۲ فلذا نمی‌توان شروط مقرر در این گونه قراردادهای را با رویکرد صرف حقوق خصوصی تفسیر کرد.^۳

ح - در ارتباط با ماهیت فرم‌های استاندارد قرارداد اجماع نظری وجود نداشته است. هر چند به نظر غالب حقوق‌دانان این کشور ماهیت چنین اعمالی طرفینی است؛ اما برخی بر این نظرند که چنین قالب‌هایی از بستر کلاسیک حقوق خصوصی جدا شده‌اند و به این وسیله نمی‌توان با توجیهات صرف حقوق خصوصی به فهم درست آنها نایل آمد.^۴

خ - از گذشته محدودیت برداشت انگلیسی از حوزه حقوق اداری و به تبع آن محدود شدن حقوق اداری به حقوق دادرسی اداری موجب می‌شده است که روابط قراردادی دولت در قلمرو قواعد حقوق خصوصی تعریف شود که به تبع آن موضوع حقوق اداری و مقوله خدمت عمومی در گستره اعمال ایقاعی باقی بماند. در این صورت آن توجیهاتی که فرانسوی‌ها راجع به ترجیحات اداره در روابط قراردادی‌اش با اشخاص در ارتباط با ارائه خدمت عمومی مطرح می‌کردند، در انگلستان موضوعیت پیدا نمی‌کرد تا بر مبنای آن توجیهات قابل قبولی برای برتری اداره در ارائه چنین خدماتی محفوظ باشد. سیطره چنین نگاهی باعث شده بود که دادگاه‌ها مقوله خدمات عمومی و خدمات اجتماعی را، برخلاف فرانسوی‌ها، یک مقوله غیر قراردادی فرض نمایند. در برخی پرونده‌ها حاکمیت چنین دیدگاهی وجود دارد. با این حال، از دهه‌های پایانی قرن بیستم که قراردادی‌سازی خدمات عمومی مطرح گردید اسنادی به تصویب رسید که در آنها تعریف عبارت «قراردادهای عمومی»، متفاوت از عقود مدنی آورده شده است.^۵

د - در کنار موارد بالا باید به اصل حاکمیت پارلمان نیز اشاره نمود که در سه مرحله تاریخی یعنی سال‌های ۱۸۳۲، ۱۸۶۷ و ۱۸۸۴ توسعه انتخابات عمومی باعث

1. Co Ltd v. Macaulay [1974] 3 All ER 616, House of Lords

2. Beale, H.G.; W.D. Bishop & M.P. Furmston, Contract Cases and Materials, London, Butterworths, 1985, p. 567.

۳. بنگرید به: مولاتی، پیشین، ص. ۵۹.

4. Bates, Op.cit, p. 13.

5. Mckendrick, Ewan, Contract Law, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 21 forwards.

افزایش حداکثری صلاحیت‌های پارلمان و سنگینی وزنه قدرت به نفع پارلمان گردید. وضعیت‌های ناگوار حاصل از صنعتی شدن از یک سو، و افزایش انتظارات از پارلمان از سوی دیگر، چشم‌انداز نظام قانون‌گذاری جدید در حوزه‌هایی همچون بهداشت عمومی و ساخت‌وساز عمومی را رونق بخشید. چنین وضعیتی زمینه نظری تصویب قوانین با ویژگی خاص و جدا از قواعد حقوق خصوصی را به دنبال داشته است. به استناد اصل برتری یا حاکمیت پارلمان، اراده‌ای نمی‌تواند بالای اراده این نهاد قرار گیرد. در نتیجه با صلاحدید پارلمان می‌توان فرم‌هایی از جنس ایقاعی برای اعمال قراردادی دولت تعریف و تعبیه نمود. این وضعیت در برخی قوانین انگلستان به چشم می‌خورد.^۱

۳. کارکرد متزلزل «قرارداد دولتی» به جای «قرارداد اداری» در ایران

نگاهی به پیشینه تاریخ دولت مدرن در ایران گویای آن است که از منظر ماهوی، رژیم قرارداد اداری در نظام حقوقی ایران شکل نگرفته است. هر چند در عصر انقلاب مشروطه و حتی پیش از آن، نظام حقوقی ما هم‌پای سایر حوزه‌های اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی، متأثر از نظام حقوقی غرب می‌شود و حتی در زمان ناصرالدین شاه برای نخستین بار در سال ۱۲۷۵ نهادی به نام «شورای دولت» تشکیل می‌شود که اعضای آن مرکب از شورای وزرا بود و شبیه «مجلس مشورت‌خانه» بوده است.^۲ اما نه تنها گستره صلاحیت آن برخلاف شورای دولتی فرانسه به حوزه‌های قراردادی تسری پیدا نکرد بلکه در عمل نیز راه به جایی نبرد. با این حال تحولات گوناگون در جامعه، دست‌کم در حوزه روابط قراردادی اشخاص، نگرش اطلاقی خصوصی‌گرا به عموم روابط قراردادی را کم رنگ می‌کند و کارکرد قراردادهای اداری در حوزه‌هایی از روابط حقوقی آشکار می‌گردد؛ با این حال موانعی پیش‌روی نظام حقوقی ایران بوده است که در ادامه به مهم‌ترین آنها می‌پردازیم.

الف - بی‌تردید حوزه عمل قانون‌گذاری و مقررات‌گذاری، نخستین و مهم‌ترین حوزه ایجاد قراردادهایی با کارکرد قراردادهای اداری بوده است؛ قراردادهایی که به لحاظ ماهیت دست‌کم عناصری از شاخص‌های قراردادهای اداری را داشته‌اند. برای نمونه مواد ۴۶ و ۴۷ شرایط عمومی پیمان و ماده ۷ قانون برگزاری مناقصات از چنین ویژگی‌هایی برخوردار هستند. با این حال در هیچ سند قانونی ایران اشاره‌ای به قراردادهای اداری نشده است. برخی از حقوق‌دانان شاخص اصلی قراردادهای اداری را

1. See for Example: The Civil Contingencies Act, 2004.

۲. کوهستانی‌نژاد، مسعود، تاریخچه مجلس سنا، تهران، کتابخانه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص. ۱۶.

عمل قانون‌گذار ذکر نموده و بر این نظر است که مصادیق مشتبه بین قراردادهای اداری و مدنی، مشمول قراردادهای مدنی هستند.^۱

ب - شکل‌گیری نهادها و تشکیلاتی برای رسیدگی به اختلافات دولت و مردم زمینه دیگری برای شکل‌گیری قراردادهای با کارکرد قرارداد اداری بوده است. از جمله می‌توان به «قانون راجع به دعاوی بین اشخاص و دولت»^۲ اشاره کرد که بر اساس آن، «محاكمات مالیه» جهت رسیدگی به دعاوی بین دولت و اشخاص شناسایی گردید. در ادامه قانون شورای دولتی در سال ۱۳۳۹ جهت رسیدگی به شکایات مردم از تصمیمات و اقدامات اشخاص عمومی، به پیروی از نظام فرانسه به تصویب رسید که می‌توانست زمینه شناسایی و نهادینه سازی این گونه قراردادها در نظام حقوقی ایران شود که عملاً نه تنها هیچ‌گاه حیات عملی و اجرایی نیافت بلکه با موانع نظری نیز روبرو شد. با وقوع انقلاب اسلامی سال ۱۳۵۷ در اصل ۱۷۳ نهاد دیوان عدالت اداری جایگزین شورای مذکور شد و البته همچنان موانع گفتمانی ادامه داشته است. لذا ملاحظه می‌گردد از حیث سازمانی، دادگاهی از جنس اداری در ایران شناسایی گردید که می‌توانست با تعمیم صلاحیت‌اش به حوزه‌های اداری و خدمت عمومی، نظام قضایی ایران را از دیدگاه کارکردی دچار تحول اساسی نماید و البته این چنین نشد.

پ - گفته می‌شود که مفهوم قرارداد اداری، اصطلاحی عمدتاً ساخت شورای دولتی فرانسه بوده است که با الهام از نظریه‌های علمای حقوق، نگاه بایدانگار به شناسایی و استقلال آن از سایر اعمال قراردادی دست زد. از این حیث در ایران دیوان عدالت اداری مناسب‌ترین نهاد قضایی برای نهادینه سازی ماهیت چنین نهاد حقوقی بوده است. در حالی که دیوان عدالت اداری با رویکرد خویش در نگاه به مفهوم کلی «قرارداد» معنایی را بدست داده است که در آن برای دیوان، مجال ورود و رسیدگی به پرونده‌های قراردادهای عمومی نبوده است.^۳ چنین رویکردی البته با قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ و ۱۳۹۲ مورد تأیید قرار گرفته و آرای وحدت رویه دیوان نیز مؤید چنین رویکردی بوده است.^۴ این در حالی است که قانون‌گذار در همان قانون امکان شکایت از پرونده‌های استخدامی را در صلاحیت این مرجع قرار داده است (تبصره ماده

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۳، صص. ۵۳۳-۵۳۲.

۲. مصوب ۱۲ آبان ماه ۱۳۰۹.

۳. صدرالحفاظی، سیدنصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، چاپ اول، تهران، نشر شهریار، ۱۳۷۲، صص. ۹ به بعد.

۴. آرای وحدت رویه شماره‌های ۵۹ - ۳۰/۴/۱۳۷۱ و ۱۹۷ - ۲۰/۶/۱۳۷۹ و ۲۲۸ هیات عمومی دیوان عدالت اداری

۱۳ قانون دیوان عدالت اداری) و این البته می‌تواند حاکی از تأثیرپذیری این نهاد از باورهای فرانسوی نسبت به نهاد قرارداد به شمار آید؛ یعنی از یک سو دیوان صلاحیت خویش را در رسیدگی به عموم قراردادهای نفی نموده است و از سویی حداقل در پرونده‌های استخدانی که خود مصداقی از قراردادهای اداری می‌باشد، در صلاحیت دیوان باقی است. با این حال نگاهی به آرای قراردادهای استخدانی نیز گویای سیطره دیدگاه حقوق خصوصی در تفسیر شروط ضمنی و صریح قراردادی می‌باشد؛ به نحوی که با تعمق در این گونه آرا به نظر می‌رسد فحوای کلام و انشای رأی در فضای گفتمانی حقوق خصوصی شکل گرفته است گو اینکه این گونه آرا توسط محاکم دادگستری و قاضی دادگاه دادگستری صادر یافته است. حداقل خروجی مقتضی چنین نگاهی، ابهام در شکل‌گیری رژیم قرارداد اداری در ایران خواهد بود.^۱

ت - با نفی صلاحیت دیوان عدالت اداری برای رسیدگی به قراردادهای دولتی، تنها مرجع قضایی باقی‌مانده برای صدور آرای رویه‌ساز جهت شکل‌گیری رژیم قرارداد اداری، دادگاه‌های دادگستری بوده است که به استناد اصل ۱۵۹ مرجع رسمی تظلمات و شکایات به حساب می‌آیند. اما این مراجع نیز به حکایت آرای متعدد همسو با فهم آیین دادرسی مدنی، قانون مدنی و سیطره فهمی فقه امامیه ناتوان یا بی‌میل به شناسایی قراردادهای اداری بوده‌اند. برای نمونه در پرونده‌های مربوط به قراردادهای دولتی همانند سایر قراردادهای بخش خصوصی، طرف خصوصی قرارداد به آسانی می‌تواند با استناد به آیین دادرسی مدنی تقاضای «دستور موقت» بکند و قضات بر مبنای همان نگاه حقوق خصوصی به صدور دستور موقت متوسل می‌شوند^۲ که البته چنین دستوری در مواردی موجب خدشه به تداوم خدمت عمومی می‌گردد.^۳ بر این اساس، رژیم قرارداد اداری نه تنها به معنایی که در فرانسه وجود دارد، شناسایی نشده، بلکه نظام قضایی ما حتی نتوانسته است نهاد قرارداد عمومی را به شیوه رایج در انگلستان نهادینه سازد. در این صورت نمی‌توان از نهادینه شدن ماهیت قراردادهای اداری در ایران سخن به میان آورد.

ث - شناسایی عناصری از نظریه «دولت رفاه» در اصولی از قانون اساسی همچون اصل سوم، چهل و سوم و چهل و پنجم، می‌توانست مقامات و مراجع کشور را به انعقاد

۱. برای نمونه بنگرید به: پرونده کلاسه ۳۴۶۰/۸/۸۷ شعبه ۸ دیوان عدالت اداری.

۲. مبحث ششم: دادرسی فوری، موضوع مواد ۳۲۵ - ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی

۳. از جمله آرای صادره در این خصوص بنگرید به: پرونده کلاسه ۱۴۵/۶۶ و ۲۲/۶۸ و ۲۴/۶۸ و ۴۷۶/۶۸ شعبه ۱۹ دادگاه حقوقی یک تهران و پرونده کلاسه ۷۶۶/۲۰/۷۷ شعبه ۲۰ دادگاه عمومی تهران و دادنامه ۱۸/۱۹۷/۷۳ شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور.

قراردادهایی از جنس قرارداد اداری رهنمون سازد که تا کنون غیر از معدود اسنادی همچون قانون محاسبات عمومی و قانون برگزاری مناقصات، چنین شرایطی محقق نشده است. همچنین وجود قوانینی همچون ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی امکان شناسایی ماهیت قراردادهای اداری را با مشکل جدی مواجه می‌سازد. بر این اساس هنوز هم در تفکر قانون‌گذار ما، نسبت بین رابطه دولت و شهروندان در عرصه حقوق اداری حول نظریه قدرت عمومی و عمل حاکمیتی باقی مانده که بر مبنای آن، مسئولیت‌پذیری دولت در روابطش با اشخاص، اولاً در نگاه حداکثری، در حوزه «نظریه تقصیر» باقی مانده است. ثانیاً و مهم‌تر از اولی، دولت در قبال اعمال حاکمیتی‌اش هیچ‌گونه تکلیفی برای پذیرش مسئولیت ندارد. آخرین اراده قانون‌گذار در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری برای ترسیم محدوده عمل حاکمیتی دربردارنده طیف وسیعی از اعمال اقتصادی، اجتماعی و سیاسی است که مصادیقی از آن به صورت تمثیلی ذکر شده است. در برابر نگاه بالا، در مواد بعدی، بهره‌برداری از امور زیربنایی همچون بهره‌برداری از سدها، نیروگاه‌ها، شبکه انرژی، ارتباطات، راه، آب و خاک (ماده ۱۰) و امور اقتصادی، نظیر حمل و نقل، (ماده ۱۱) صراحتاً مشمول قواعد حقوق خصوصی تعریف کرده است. لذا در صورتی که دولت در ارتباط با این پروژه‌ها قصد انعقاد قرارداد با اشخاص را داشته باشد به نظر می‌رسد در ساختار حقوق خصوصی عمل خواهد کرد. نگاه دقیق‌تر به این مواد گویای نوعی از تقابل دو رویکرد حقوق عمومی و حقوق خصوصی است به نحوی که در نگاه نخست به نظر می‌رسد مواد مربوطه با نظرات یکسویه حقوق‌دانانی از دو طیف حقوق خصوصی و حقوق عمومی نگاشته شده است و این البته موجب سردرگمی در تفسیر مواد بالا می‌شود؛ چرا که از یک سو مطابق بند «ل» ماده ۸ قانون، بخشی از امور اجتماعی، فرهنگی و خدماتی و امور زیربنایی و امور اقتصادی «که انجام آن توسط بخش خصوصی و تعاونی و نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی با تأیید هیأت‌وزیران امکان‌پذیر نمی‌باشد»، جزء اعمال حاکمیتی تعریف شده است. از سوی دیگر، در مواد ۱۳ تا ۱۷ راهکارهای واگذاری امور بالا به بخش خصوصی یا کسب مشارکت آنها پیش‌بینی شده است که به نظر می‌رسد در نگاه نخست، شکل رابطه دولت در این گونه روابط قراردادی در چارچوب قواعد حقوق خصوصی خواهد بود. البته در ماده ۱۳ در ارتباط با واگذاری امور بالا، دولت موظف شده است در حوزه امور تصدی‌های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی از اشخاص متصدی این گونه قراردادهای حمایت نماید. در این صورت تکلیف کارگزار اجرایی در چگونگی به‌کارگیری اصول و قواعد و سطح استفاده از آنها مشخص نمی‌باشد و مهم‌تر این که در صورت تقابل بین اصول و قواعد حقوق عمومی و حقوق خصوصی، اولویت با کدام خواهد بود؟

ج - بر خلاف نگاه نظام قضایی و قانون گذاری ایران، باید گفت که حقوق دانان ایرانی از گذشته با مفهوم قرارداد اداری آشنایی داشته و همسو با حقوق دانان فرانسه و برخلاف گفتمان غالب حقوق دانان انگلستان به تعریف اصطلاح قرارداد اداری پرداخته اند؛ تعاریفی که از حیث عناصر متشکله و ماهیت متفاوت از سایر عقود خصوصی فرض شده است چرا که در معاملات مدنی از اراده های برابر سخن به میان آمده است در حالی که در این قراردادها وضعیت متفاوت است.^۱ در ترمینولوژی حقوق در تعریف قرارداد اداری آمده است: «اصطلاح علمی، ناظر به قراردادهایی است که لااقل یک طرف آن اداره ای از ادارات عمومی بوده و برای تأمین پاره ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می شود مانند عقد راجع به خدمات عمومی.»^۲ در آثار دیگر از غایت این گونه قراردادها در ارتباط با «انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی، بر طبق احکام خاصه (نوعاً ترجیحی یا امتیازی و بعضاً حمایتی)» یا «به قصد اداره خدمات عمومی یا امور عمومی با استفاده از شروط غیر معمول در حقوق خصوصی» تصریح شده است.^۳ حقوق دان دیگری عین تعریف دولوبادر از قرارداد اداری را ذکر کرده است.^۴ معضل دیدگاه های ارائه شده، عدم تعیین تکلیف جایگاه این گونه تعاریف در نظام حقوقی ما می باشد^۵ و ظاهراً در منابع گوناگون نهادینه شدن چنین تأسیس حقوقی محدود به موانع فنی و قانونی دانسته شده است^۶ در حالی که دست کم از دیدگاه بنیادین، پایه های مقتضی نهادینه شدن قراردادهای اداری در ایران با امتناع مواجه است.^۷

۱. بنگرید به: شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، نشر حقوق دان، ۱۳۷۷، صص. ۳۸ به بعد؛ و صفایی، سید حسن، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۹، صص. ۱۸ به بعد؛ و قاسم زاده، مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۵، صص. ۹ به بعد؛ و کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۹، ص. ۱۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۵، صص. ۵۳۳-۵۳۲.

۳. برای نمونه بنگرید به: شمعی، پیشین، ص. ۲۰؛ و امامی و استوارسنگری، پیشین، ص. ۱۱۵.

۴. طباطبائی، ۱۳۷۸، پیشین، ص. ۳۱۸.

۵. برای دیدن این گونه بلا تکلیفی در خصوص جایگاه قرارداد اداری در ایران بنگرید به: طباطبائی، ۱۳۷۸، پیشین، صص. ۳۲۰-۳۱۷؛ و انصاری، پیشین، صص. ۳۶-۳۵؛ و رضایی زاده، محمدجواد، «ویژگی قراردادهای اداری»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷، صص. ۱۵۱-۱۳۵.

۶. برای نمونه بنگرید به: جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، پیشین، صص. ۵۳۳-۵۳۲.

۷. برای مطالعه بیشتر در این خصوص بنگرید به: مولائی، پیشین، صص. ۹۹-۱۵۶.

نتیجه

در نوشته‌ای که از نظر گذشت، در آغاز در صدد تبیین معنا و مفهوم قرارداد اداری از دیدگاه صوری نزد نظام‌های حقوقی فرانسه، ایران و انگلستان برآمدیم. سپس در تکاپوی فهم جایگاه اصطلاح حقوقی قرارداد اداری در نظام‌های حقوقی سه‌گانه بالا، از نگاه ماهوی و با تأکید نسبی بر صبغه عمدتاً تاریخی - مفهومی، به توضیح جایگاه این اصطلاح در نظام‌های حقوقی مورد مقایسه پرداختیم. نهایت این که از منظر تطبیقی چنین نتیجه می‌گیریم که:

الف - در نگاه لفظ‌شناسی تطبیقی، در نظام‌های مورد مقایسه، همسانی و هم‌پوشانی واژگانی وجود ندارد؛ چرا که در فرانسه عبارت قرارداد اداری نزد لایه‌های مختلف قانون‌گذاری، نظریه‌های حقوقی و آرای قضایی به کار برده شده و فهم مشترکی از آن وجود دارد. در حالی که در انگلستان چنین عبارتی در آرای قضایی، قوانین و مقررات شناسایی نگردیده و نظریه حقوقی در خصوص این عبارت توسط حقوق‌دانان این کشور مطرح نشده است، در نظام حقوقی ایران نیز همانند انگلستان، قانون‌گذار و آرای قضایی ما به چنین عبارتی اشاره‌ای نداشته‌اند. این در حالی است که حقوق‌دانان حقوق عمومی از دهه‌های گذشته به این عبارت توجه داشته و آن را در آثارشان به بحث گذاشته‌اند.

ب - از دیدگاه صوری، به این نتیجه می‌رسیم که در نظام‌های حقوقی مورد مقایسه، همسانی و هم‌پوشانی رویکرد راجع به قرارداد اداری در معنایی که یک طرف آن شخص عمومی و طرف دیگر آن شخص خصوصی باشد، وجود داشته است. هر چند که نظام قانون‌گذاری، قضایی و نظریه علمای حقوقی فرانسه از دو کشور دیگر پیشرو است. تفاوت عمده آنها در الگوهای قضایی رسیدگی به اختلافات قراردادی بوده است؛ فرانسه در دسته نظام قضایی دوپایه قرار داشته و ایران و انگلستان در گروه نظام قضایی تک‌پایه قرار دارند.

پ - از دیدگاه ماهوی در تبیین رویکرد تشابهی نظام‌های سه‌گانه و از منظر کارکردگرا می‌توان به این نتیجه رسید که اگر قرارداد اداری را به عنوان گفتمان غالب در روابط قراردادی دولت فرض نماییم؛ در این صورت باید پذیرفت که هر سه نظام حقوقی به سمتی حرکت کرده‌اند که می‌توان آن را فرآیند هم‌سویی تعبیر نمود، البته نباید از چنین تبیینی به این نتیجه قهری رسید که این سه نظام به سمت وحدانیت نگاه به قراردادهای اداری حرکت می‌کنند؛ بلکه منظور آن است که رویکرد این سه نظام به سمتی بوده است که برای دولت مدرن متناسب با لایه‌های کلان نظام‌اش،

امکان به کارگیری این گونه قراردادها را هر چند با عنوانی متفاوت و غیر هم سطح، داده است و این یعنی این که نظام های گفته شده از حیث ماهیت عملکردی رویکرد همسویی داشته اند؛ هر چند که اگر جایگاه فرانسه را در وضعیت بالندگی قراردادهای اداری بپذیریم، انگلستان نیز از نیمه دوم قرن بیستم به سمت نهادهای سازی قراردادهای عمومی پیش رفته است به نحوی که امروزه با وجود اسناد قانونی متعدد در این ارتباط می توان از نهادهای شدن این گونه قراردادها در این نظام حقوقی سخن به میان آورد اما در این بین، نظام حقوقی ایران نتوانسته است که این گونه قراردادها را نهادهای سازد.

در واقع، در هر سه نظام حقوقی ملاحظه کردیم که برداشتهای از این گونه قراردادها متناسب با تجربه تاریخی هر یک از کشورها بوده است؛ هر چند که الزامات دولت مدرن با توجه به اهدافی که برای قراردادهای اداری به ویژه در عرصه ارائه خدمت عمومی و اداره امور عمومی و اهداف مربوط به منفعت عمومی داشته است، آنها را به سمت و سویی از اشتراک برده است و این که به هر حال، هر سه نظام حقوقی حداقلی از عناصر قراردادهای اداری را داشته اند؛ هر چند که از این جنبه سطوح نظام ها در طیفی از حداقل و حداکثر قرار می گیرند و از این حیث ایران و انگلستان بیش از آن که راهبر باشند، پیرو فرانسه بوده اند. در واقع، فرانسوی ها در ایجاد اصول و قواعد خاص حقوقی قراردادهای اداری نظیر اختیار فسخ یک جانبه قرارداد، پیشرو بوده اند.

ت - در تبیین تفاوت مهم ماهوی نظام های حقوقی مورد مقایسه، باید گفت که شورای دولتی فرانسه به طور کامل و نظام قضایی انگلستان به طور نسبی، نهاد قراردادهای اداری را با توجه به اهداف مترتب بر آنها متفاوت از قراردادهای مدنی ارزیابی کرده و شروط متناظر بر این گونه قراردادها را با در نظر گرفتن خدمت عمومی و منافع عامه تفسیر می نمایند. این در صورتی است که سیطره انگاره های حقوق خصوصی بر نظام قضایی ایران، امکان تفسیر شروط قراردادی مترتب بر این گونه قراردادها را در راستای اهداف گفته شده در بالا نداده است و از منظر قضات ایرانی این گونه معاملات اعمال طرفینی صرفی هستند که در چارچوب قانون و اراده های طرفین قرارداد، قابل تعبیر و تفسیر می باشد. نتیجه مقتضی این نوع نگاه، ابهام و حتی امتناع در شکل گیری نهاد قرارداد اداری در ایران شده است.

ث - هر چند نزد حقوق دانان حقوق عمومی ایران، مفهوم قرارداد اداری پذیرفته شده و اصول و قواعد خاص آن در برخی اسناد قانونی شناسایی گردیده است و آرای قضایی متعرض شروط فوق العاده قراردادی در این گونه قراردادها نمی گردند؛ اما چنین وضعیتی را نمی توان به معنی پذیرش رژیم قراردادهای اداری در ایران شمرد.

منابع

- آدامز، جان؛ و راجر براوزورد، تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان، ترجمه سید مهدی موسوی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶.
- ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۰.
- اردان، فیلیپ، نهادهای سیاسی و حقوق اساسی، ترجمه رشید انصاریان، اهواز، انتشارات دانشگاه شهید چمران، ۱۳۸۹.
- استوارسنگری، کورش، قراردادهای اداری-دولتی و مشخصات آن، مجله کانون وکلای دادگستری فارس، شماره ۱، ۱۳۸۳.
- اعلائی فرد، محمدعلی، اصول حاکم بر قراردادهای پیمانکاری دولتی، مجله حقوقی عدالت آراء، شماره ۱، ۱۳۸۴، صص. ۵۶-۶۹.
- امامی، محمد؛ و کورش استوارسنگری، حقوق اداری، جلد ۲، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱.
- انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران، نشر حقوقدان چاپ اول، ۱۳۸۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۵.
- _____، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۳.
- حبیب‌زاده محمدجعفر، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، چاپ اول، اصفهان، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
- رضایی‌زاده، محمدجواد، «ویژگی قراردادهای اداری»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷.
- زارعی، محمدحسین؛ و آیت مولائی، آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، سال ۱۸، شماره ۶۳، پاییز ۱۳۹۲.
- زارعی، محمدحسین، «جزوه حقوق اداری تطبیقی»، کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۷۹.
- _____، «جزوه قراردادهای اداری»، مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
- زولر، الیزابت، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه سیدمجتبی واعظی، تهران، انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۸۹.

- سلیم، هادی، قراردادهای دولتی و ویژگی‌های نظام حقوقی دوگانه‌گرا، ترجمه محسن محبی و مقدار ترابی، دوفصلنامه حقوق، سال دهم، شماره ۲۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
- سنجابی، کریم، حقوق اداری ایران، تهران، چاپ زهره، ۱۳۴۲.
- شمعی، محمد، حقوق قراردادهای اداری، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، نشر حقوق‌دان، ۱۳۷۷.
- صدرالحفاظی، سیدنصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران، نشر شهریار، چاپ اول، ۱۳۷۲.
- صفایی، سیدحسن، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۹.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، «مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی»، مجله پژوهشهای حقوقی، سال چهارم، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۸۴.
- _____، حقوق اداری، تهران، سمت، ۱۳۷۹.
- _____، حقوق اداری، تهران، سمت، چاپ پنجم، ۱۳۷۸.
- عراقی، عزت‌الله و محمدکاظم حبیب‌زاده، «قراردادهای دولتی در ایران؛ بررسی شاخص‌ها»، حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۸.
- قاسم‌زاده، مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۵.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، گفتارهایی در حقوق عمومی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۵.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۹.
- کاسز، سابینو، شکل‌گیری حقوق اداری، ترجمه سید مجتبی واعظی، شیراز، نشر شهرداد، ۱۳۹۲.
- کوهستانی‌نژاد، مسعود، تاریخچه مجلس سنا، تهران، کتابخانه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
- مولائی، آیت، قراردادهای اداری، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.

-
- هیأت پژوهشگران کاوندیش، نظام حقوقی انگلستان، ترجمه نسرين مهرا، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- Barry, Nicholas, French Law of Contract, London, Butterworths, 1982.
- Beale, H.G.; W.D. Bishop; & M.P. Furmston, Contract Cases and Materials, London, Butterworths, 1985.
- Chapus, René, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, 8e édition, 1994.
- Craig, P.P., Administrative Law, Second Edition, London, Sweet & Maxwell, 1989.
- Dicey, A.V., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, London, Macmillan, 1927.
- Dubouis, Louis; et Gustave Peiser, Droit Public, Paris, Dalloz, 2001.
- Dupuis, Georges; Marie-José Guédon; et Patrice Chrétien, Droit Administratif, Paris, Dalloze, 2007.
- Guettier, Christophe, Droit des Contrats Administratifs, Paris, PUF, 3 édition, 2004.
- Harlow, Carol, Understanding Tort Law, London, Sweet & Maxwell, 2005.
- Jez, G., Les Contrats Administratifs, Tome I, Paris, Marcel Glard, 1927.
- Jones, B.L., Administrative Law, London and Edinburgh, Butterworths, 1989.
- King, Donald, "Standard Form Contracts: a Call for Reality", Saint Louis University Law Journal, Vol. 44.
- Lachaume, Jean François, Droit Administratif, Paris, PUF, 1999.
- Langrod, Georges, "Administrative Contracts a Comparative Study", The American Journal of Comparative Law, 1955.
- Laubadère, André de, Manuel de Droit Administratif, Paris, L.G.D.J., 1978.

-
- _____, Traité de Droit Administratif, Tome I, Paris, L.G.D.J., 1996.
 - _____, Traité élémentaire de Droit Administratif, 2e édition, Paris, L.G.D.J., 1957.
 - Legendre, P., L'administration du XIIIe Siècle à nos Jours, Paris, PUF, 1969.
 - Lichère, François, Droit des Contrats Publics, Paris, Dalloz, 2005.
 - Marsh, Peter, Comparative Contract Law: England, France, Germany, Hampshire, Gower, 1996.
 - Mckendrick, Ewan, Contract Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.
 - Ministry of Justice, "The Governance of Britain; Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report", United Kingdom, 2009.
 - Mulcahy, Linda, Contract Law in Perspective, London, Routledge, Cavendish, 2008.
 - Neville, Brown; & John S. Bell, French Administrative Law, Oxford, Clarendon Press, 1998.
 - Planiol, M; et G. Ripert, Traité élémentaire de Droit Civil Français, Tome VI, Paris, Dalloz, 1952.
 - Richer, Laurent, Droit Des Contrats Administratifs, Paris, L.G.D.J., 2008.
 - Salim, Hadi, Les Contrats d'état et les Spécificités des Systèmes Juridiques Dualistes, Revue de l'arbitrage, No. 3, 2003.
 - Tillotson, John, Contract Law in Perspective, London, Butterworths, 1985.
 - Treitel, G.H., An Outline of the Law of Contract, London, Butterworths, 1989.
 - _____, The Law of Contract, London, Sweet & Maxwell, 1995.
 - Wade, William; & Christopher Forsyth, Administrative Law, Oxford, Oxford University Press, 2004.

-
- Wondwossen, Wakene, The Law of Administrative Contract, Prepared under the Sponsorship of the Justice and Legal System Research Institute, 2009.

An Analysis about Effects of Reservation of Title

Seyyed Mohammad Taghi Alavi

Morteza Asadloo

Abstract:

Reservation of title in a wide meaning consists of delay in transferring of proprietorship. But the common meaning of it is based on suspension in proprietorship of object of sale. About this clause different legal systems have various attitudes. Some countries like France despite of admitting this clause have restricted its application and some countries such as England, at least in some situations, interpret this clause as a mortgage and so don't let to one of the parties to consider himself as owner. The aim of this article is a comparative study of effects of reservation of title in France, England and Iran.

Keywords: Reservation of Title, Sale, Contract, Suspension of Proprietorship, Delay Of Proprietorship.

Legal Aspects of Reverse Engineering

Mostafa Elsan

Abstract

The term “reverse engineering” refers to the process of discovering a device, object, or system through analysis of its structure, function, and operation. Reverse engineering has its origins in the analysis of hardware for military equipments. Since this science may be used for re-production of a device or system, many legal issues come up from the view of intellectual property, economic and competition law which should be considered. This paper is discussing the concept, advantages, disadvantages and other aspects of reverse engineering from a comparative legal perspective. In Iran there are different statutes about the protection of software, copyright and industrial properties usable for finding legal rule of responsibility for reverse engineering and its exceptions. In this paper I have considered these subjects with a comparative survey on the law and case law of US and UK.

Keywords: Reverse Engineering, Copyright, Software, Knowledge Transfer, Protecting Intellectual Rights.

Influence Sphere of Dissolving Condition

Abdollah Seddighiyan
Djavad Djafari Nodooshan

Abstract:

Contracting parties can suspend dissolution of contract to an event in the future by inserting a dissolving condition into the contract. The effect of this condition is extinction of obligation and fulfillment is compulsory and applies to future. The manner of inserting a dissolving condition into the contract and its consequences confirm that dissolving condition is condition of subsequent events and its effect is in the collective intention of the parties. Dissolving condition which is not contrary to law, moral requirements and public order, is compulsory. Dissolving conditions can be applied to revocable contracts too.

Keywords: Contract, Cancellation of a Contract, Automatic Termination Conditions, Condition of Subsequent Event, Dissolving Condition.

Review of the Legal and Jurisprudential Situation of Net Corporations

Ahmad Khosravi

Modjtaba Naghdi Nejad

Abstract

One of the significant methods of E-trade is the E-multi level net marketing. These corporations cause to the huge evolution in the quick transmission of goods and services from production to consumption in cyber space. Today the classic net marketing is no common anymore and instead, the E-multi level net marketing has been promoted, because it has low costs and high benefits. In fact net corporations are illegal form of net marketing. Both of them work in a particular form. Net corporations are in various types. There are many legal, social, cultural and economical problems in these corporations. Particularly unfair possession and fraud are very common in these corporations.

Keywords: Net Corporations, Net Marketing, Trade Center, Unfair Possession, Fraud.

Time Limitation Clause on Liability Litigation

Madjid Abbas Tabaar Firoozdjah

Ali Roohizade Kikanloo

Abstract

The limitation clauses are clauses which have defensive effect. The purpose of these clauses is to give a defensive means to defendant that should be invoked and the court, if considered it to be effective, reduces defendant's liability. Prescription is a legislative limitation clause by which the defendant is entitled to ask court not to hear the case. Since the prescription is a right for defendant, (s)he can refuse to invoke to it. So, the parties can change the period of prescription by lengthening or shortening it. In prolonging or shortening of prescription, the parties should observe standards of reasonableness. So, they can't remove the prescription or shorten it below a reasonable time for litigation. When there is no general rule of prescription in a legal system, like Iranian law, the parties can limit their liability as to time by a contractual term. As the limitation clause is valid, the clause which limiting the time should be constituted valid.

Keywords: Limitation Clause, Prescription, Shortening of Prescription, Lengthening of Prescription, Revocation of Prescription.

Concept of Administrative Contract with Emphasis on Obstacles of Institutionalizing It in Iran

Ayat Molaei

Abstract

This paper has discussed the concept of the administrative contracts in France, England and Iran with emphasis on obstacles of institutionalizing it in Iran legal system. At first, the concept of administrative contract has been explained from formal viewpoint and has been concluded that all of them are similar and follow the unit approach unless about the courts; in France administrative courts have capacity to administrative contracts. But in Iran and England, the ordinary courts have capacity to all contracts.

In second part, the legal terms of administrative contract has been discussed in three legal systems from context viewpoints and have been concluded that in France, the concept of contractual acts have encompassed legal institution with particular and independent principles and rules, that are distinguished from contracts of private law. But in Iran and England, in first viewpoint, the principles and rules of private law encompass all contracts. Notwithstanding, the legislatures in these two countries have passed laws that are similar to administrative contracts of France from the context viewpoint. Although, they are different from the wording viewpoint, there are functional similarities among administrative contract of France, public contract of Iran and public or government contract of England. Notwithstanding, the conception and interpretation of contractual acts according to private law in jurisprudences of Iran impeded the institutionalization of the concept of administrative contract in Iran.

Keywords: Administrative Contract, Public Service, Public Contract, Legal System, State.

Contents

An Analysis about Effects of Reservation of Title	a
Seyyed Mohammad Taghi Alavi / Morteza Asadloo	
Legal Aspects of Reverse Engineering.....	b
Mostafa Elsan	
Influence Sphere of Dissolving Condition.....	c
Abdollah Seddighiyan / Djavad Djafari Nodooshan	
Review of the Legal and Jurisprudential Situation of Net Corporations.....	d
Ahmad Khosravi / Modjtaba Naghdi Nejad	
Time Limitation Clause on Liability Litigation.....	e
Madjid Abbas Tabaar Firoozdjah / Ali Roohizade Kikanloo	
Concept of Administrative Contract with Emphasis on Obstacles of Institutionalizing It in Iran.....	f
Ayat Molaei	

The Judiciary's

Law Journal

The 79th Year of Publication/ No.89/ 2015 Spring

Scientific – Research Quarterly

Concessionary: The Judiciary

Director-in-charge: Alireza Amini

Editor-in-Chief: Hossein Mir Mohammad Sadeghi

Executive Director: Mehdi Sabouri Pour

Circulation: 4500

Price: 50000 R

Fax: 021-22091869

Web Site: www.JLJ.ir

E-mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir

The Editorial Board (in Alphabetical Order):

Nejad Ali Almasi / Mohammad Ali Ardabili /

Mohammad Ashouri / Rabiaa Eskini / Mohammad

Javad Javid / Jafar Kousha / Sam Savad Koochi /

Ali Hossein Najafi Abrand Abadi
