



دانشکده حقوق

فصلنامه

پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

شماره ۴

زمستان ۱۴۰۲

صفحه آرا: مهتاب سلیمی

ویراستاران: شهرزاد حدادی - الهام وحدانی فر

طراح جلد: نگار توکل مقدم

زمستان ۱۴۰۲

قیمت: ۲۰۰۰۰۰۰ ریال

نشانی فصلنامه:

اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق

شماره تلفن: ۲۲۴۳۱۶۸۱

Email: ecocolaw@sbu.ac.ir



به نام خدا
فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری
فصلنامه علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
با همکاری انجمن علمی حقوق اقتصادی ایران

صاحب امتیاز: دانشگاه شهید بهشتی
مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد
سر دبیر: عباس قاسمی حامد
مدیر داخلی: عرفان شمس
دستیار مدیر داخلی: منظر وفادار

هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

دکتر سعیدرضا ابدی (دانشیار حقوق عمومی و اقتصادی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر ایرج بابایی (دانشیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی)
دکتر محمود باقری (دانشیار حقوق تجارت بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)
دکتر میرقاسم جعفرزاده (دانشیار حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر مهراب داراب‌پور (استاد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر محمد روشن (دانشیار حقوق خصوصی پژوهشکده خانواده دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر محمدحسین زارعی (دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر سیدجمال سیفی (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا و دانشیار حقوق بین‌المللی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر محمدحسین صادقی مقدم (استاد حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق دانشگاه تهران)
دکتر میرحسین عابدیان کلخوران (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا)
دکتر ابراهیم عبدی‌پور فرد (استاد حقوق خصوصی، حقوق قراردادهای و تعهدات با تمرکز با اعمال تجاری دانشگاه حضرت معصومه قم)
دکتر عباس کریمی (استاد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران)
دکتر علی مقدم ابریشمی (دانشیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی)
دکتر حمیدرضا نیکبخت فینی (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا و استاد حقوق تجارت بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)

شیوه‌نامه نگارش و ارسال مقاله

الف) ضوابط کلی پذیرش مقاله

۱. نشریه‌ی حقوق اقتصادی و تجاری هر سه ماه یک‌بار به انتشار مقالات حقوقی در زمینه‌های اقتصادی و تجاری می‌پردازد.
۲. منظور از زمینه‌های حقوقی اقتصادی و تجاری موضوعات آتی است: تحلیل اقتصادی حقوق - حقوق تجارت بین‌المللی - حقوق شرکت‌ها - حقوق اسناد تجاری - حقوق ورشکستگی و تصفیه - رویه‌ها، تجارب و مسائل حقوقی در دادوستدهای فراملی - حقوق بین‌الملل خصوصی - حقوق دریایی - رویه‌های داوری بین‌المللی - حقوق حمل و نقل بین‌المللی - حقوق انرژی، نفت و گاز.
۳. ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه‌ی مجله به نشانی [/https://ecocomlaw.sbu.ac.ir](https://ecocomlaw.sbu.ac.ir) امکان‌پذیر است. از همین رو خواهشمند است از هرگونه ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر نشریه یا ارسال ایمیل‌های محتوی مقاله به آدرس ایمیل فصلنامه خودداری شود.
۴. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله برعهده‌ی نویسنده یا نویسندگان آن است.
۵. فصلنامه در پذیرش، رد و ویرایش مقالات آزاد است.
۶. نویسنده با ارائه مقاله به مجله، کلیه حقوق مادی آن را به دانشگاه شهید بهشتی (دانشکده حقوق) واگذار می‌نماید.
۷. هزینه‌ی واریزی برای داوری مقالات، پس از ارجاع به داوری قابل استرداد نخواهد بود.
۸. محدودیتی برای چاپ مقالات دانشجویان به تنهایی وجود ندارد.
۹. نوع داوری فصلنامه به صورت دوسوکور (Double-blind peer review) و حداقل دو داور می‌باشد.
۱۰. هزینه ثبت مقاله در این فصلنامه ۳۰۰,۰۰۰ ریال می‌باشد.
۱۱. پس از ارسال مقاله به داوری، امکان تغییر در نویسندگان وجود ندارد.

ب) شرایط محتوایی مقاله

۱. مقاله باید در حوزه‌های مرتبط با موضوع فصلنامه (حقوق اقتصادی و تجاری) به شرح بند (۲) ضوابط کلی پذیرش مقاله باشد.
۲. نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دستاورد علمی جدید با تکیه بر مبانی پژوهشی باشد.
۳. فصلنامه پذیرای مقالات در سه قالب «مقالات پژوهشی»، «نقد رای» و «نقد کتاب» است.
۴. مقاله نباید قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال شده یا ترجمه‌ی مقاله‌ی خارجی نویسنده یا دیگران باشد.
۵. از آنجاکه زبان فصلنامه فارسی است، لازم است آیین نگارش زبان فارسی کاملاً رعایت گردیده و از به کار بردن اصطلاحات خارجی که معادل دقیق و پذیرفته‌شده به فارسی دارند خودداری شود.

پ) شرایط شکلی

۱. حجم مقاله مشتمل بر کلیه صفحات اعم از عنوان، چکیده‌ها، بدنه، پاورقی، نتیجه‌گیری و منابع برای هر یک از انواع مقالات به شرح آتی است: الف) مقالات بلند: حداکثر ۱۰۰۰۰ واژه؛ ب) نقد رای: حداکثر ۵۰۰۰ واژه؛ پ) نقد کتاب: حداکثر ۴۰۰۰ واژه.
۲. فرمت دریافتی فایل مقاله Doc یا Docx (آفیس ۲۰۰۷ یا جدیدتر) خواهد بود. نویسندگان می‌توانند از [فایل فرمت شده](#) برای تدوین مقاله استفاده کنند.
۳. نویسنده/نویسندگان باید هم‌زمان با بارگذاری مقاله‌ی خود نسبت به تکمیل و بارگذاری [تعهدنامه](#) و [فرم تعارض منافع](#) اقدام کنند.
۴. ارسال مقاله به معنای رعایت کلیه‌ی موازین قانونی درخصوص مالکیت فکری آثار و اخلاق حرفه‌ای پژوهش از سوی نویسندگان است.
۵. در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان به بعد الزامی می‌باشد.
۶. اندازه و قلم بخش‌های مختلف مقاله به شرح جدول زیر است:

موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold ۱۴	B Mitra
اسامی نویسندگان به فارسی	Bold ۱۱	B Mitra
متن چکیده فارسی	<i>Italic</i> ۱۳	B Mitra
تیترهای داخل متن	Bold ۱۳	B Mitra
کلیدواژه فارسی	<i>Italic</i> ۱۳	B Mitra
متن	۱۳	B Mitra
متن عربی	۱۴	M Mitra
پانویس فارسی	۱۱	B Mitra
پانویس انگلیسی	۱۰	Times New Roman
عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Mitra
منابع فارسی	۱۳	B Mitra
منابع انگلیسی	۱۱	Times New Roman
عنوان مقاله انگلیسی	Bold ۱۳	Times New Roman
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold ۱۱	Times New Roman
تیترا Abstract	Bold ۱۳	Times New Roman
متن چکیده انگلیسی	۱۱	Times New Roman
کلید واژه انگلیسی	۱۳	Times New Roman

۱. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد :

صفحه	محتویات	توضیحات و نکات ضروری
صفحه اول	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی	- نام نویسنده/نویسندگان ذیل عنوان مقاله درج شود. - رتبه علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤول، در پاورقی صفحه اول درج خواهد شد. - پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده فارسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دست آورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید. - حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.
	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی	- عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی درج گردد. - رتبه علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤول به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه دوم درج خواهد شد. - پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده انگلیسی مقاله باید پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید. - حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.
صفحه سوم به بعد	بدنه ی مقاله	- عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی و با رعایت شماره گذاری عددی باشد؛ کلیه مطالب به استثنای مقدمه و نتیجه باید حداکثر ذیل ۵ شماره آورده شود. - یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه شده در مقاله باشد. - ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود.
	فهرست منابع	منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های

خارجی و کتاب/ مقاله/ قوانین/ منبع الکترونیک/ پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره گذاری گردند.		
• کلیه منابع باید به زبان انگلیسی نیز نوشته شوند.		

۲. به منظور ثبت الکترونیک مقاله، شما نیازمند دو فایل از مقاله خود هستید؛ فایل اول با مشخصات فوق تنظیم گردیده و فایل دوم فاقد نام و مشخصات نویسنده یا نویسندگان (فارسی یا انگلیسی) خواهد بود.

ت) شیوه‌نامه‌ی ارجاع‌دهی

۱. ارجاع‌دهی این نشریه براساس شیوه‌نامه‌ی شیکاگو به عمل می‌آید. جز در مواردی که در ادامه درخصوص آنها تعیین تکلیف شده، سایر موارد براساس این شیوه‌نامه به عمل می‌آیند.
۲. ارجاع‌دهی در این نشریه در قالب پاورقی انجام می‌شود.
۳. در نخستین بار ارجاع به یک منبع، مطابق با شیوه‌ی ذکر نام همان منبع در فهرست منابع عمل می‌شود با این تفاوت که در انتهای منبع باید صفحه / صفحات مربوطه در پاورقی ذکر شود.
۴. برای ارجاع با فاصله به منبع فارسی که سابقاً بدان ارجاع داده شده است، به روش آتی عمل می‌شود: نام خانوادگی، نام، منبع پیشین، ص.
- نمونه: بهمنی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۸.
۱. برای ارجاع بلافاصله به منبع فارسی که سابقاً بدان ارجاع شده است، به روش آتی عمل می‌شود: نام خانوادگی، عنوان و نام نویسنده همان منبع، ص.
- نمونه: بهمنی، محمدعلی، همان منبع، ص. ۱۰.
۲. برای ارجاع با فاصله به منبع به زبان‌های با ریشه‌ی لاتین که سابقاً بدان ارجاع داده شده است، از (Op.Cit.) استفاده می‌شود.
- Posner, , Op.Cit., P. 6.
۳. برای ارجاع بلافاصله به منبع به زبان‌های با ریشه‌ی لاتین که سابقاً بدان ارجاع شده است، از (Ibid.) استفاده می‌شود.
- Ibid., p. 7.

ث) شیوه‌ی تنظیم فهرست منابع

۱. کتاب:
- توضیح: نام خانوادگی، نام، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، جلد، نوبت چاپ، محل انتشار: نام ناشر، سال انتشار.

□ نمونه: سلطانی، محمد، **حقوق بازار سرمایه**، چ ۴، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶.

Posner, *Economic Analysis of Law*, Op.Cit.p.x, 2014.

* چنانچه از یک منبع چند بار استفاده شود طبق نمونه زیر ارجاع‌دهی می‌شود:

توضیح: نام خانوادگی، نام، همان منبع و شماره صفحه.

نمونه: کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۱، همان منبع، ۲۵۳.

۲. مقاله:

■ توضیح: نام خانوادگی، نام، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره/ سال، شماره مجله، سال انتشار، صفحات شروع تا پایان.

□ نمونه: قاسمی حامد، عباس، «حقوق اقتصادی»، فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی، د. ۱۸، ش. ۷۰، ۱۳۹۴، صص. ۵۵-۳۱.

Posner, Eric A, "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?," *Yale Law Journal*, Vol. 112, 2003, pp. 829-880.

۳. پایان‌نامه و رساله:

■ توضیح: نام خانوادگی، نام، **عنوان**، رساله‌ی دکتر/ پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، نام دانشگاه، نام دانشکده، سال دفاع.

□ نمونه: وصالی محمود، منصور، **داوری در حقوق رقابت**، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده‌ی حقوق، ۱۳۸۹.

Hearsey, Christopher Michael, **The evolution of outer space law: an economic analysis of rule formation**, Master dissertation, University of North Dakota, Space Studies department, 2015.

۴. منبع برخط:

■ توضیح: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان»، نام مجله (در صورت وجود)، قابل دسترسی در: <آدرس سایت قابل دسترسی> (تاریخ آخرین بازدید).

□ Imam, Patrick Amir And Kangni Kpodar, "Inclusive citizenship laws tend to foster economic development", available at: <<https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2019/03/citizenship-and-economic-development-imam>> (last visited 28/09/2022)

در هر مورد از موارد فوق، هرگاه بیش از یک نویسنده برای اثری وجود داشته باشد، نام و نام خانوادگی نویسنده‌ی دوم و نویسندگان بعدی، پس از نام نویسنده‌ی اول به شرح زیر نوشته می‌شود:

□ امینی، منصور و مجتبی محمدی، «رابطه‌ی سببیت بین افشای اطلاعات و انعقاد قرارداد بیمه‌ی دریایی»، فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی، د. ۲۵، ش. ۹۷، ۱۴۰۱، صص. ۱۴۲-۱۱۹.

Schaerer, Enrique, Richard Kelley and Monica Nicolescu, "Robots as animals: a framework for liability and responsibility in human-robots interactions", *The 18th IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication*, Toyama, Japan, Sept. 27-Oct. 2, 2009

فهرست

رویکرد امنیت گرایانه سیاست جنایی ایران در قبال جرایم اقتصادی؛ مبانی و مصادیق

حسین میرمحمدصادقی - عبدالحسین سلطانی رنانی..... ۱۱

جُستاری تطبیقی در تأثیر «نقض عامدانه» قرارداد بر امکان فسخ قرارداد

ابراهیم عبدی پور فرد - روح الله رضایی..... ۴۱

سازوکارهای ایجاد همگرایی در فرایند رسیدگی به ورشکستگی در گروه شرکتها

جلیل قنواتی - حسین جاور - امیرعلی خدایی..... ۷۱

الزامات قراردادهای بازارگاههای دیجیتالی با کاربران تجاری از منظر حقوق رقابت بین پلتفرمی

ابراهیم رهبری - آرین مسعودی تفرشی..... ۹۵

اسباب و آثار حقوقی انحلال قراردادهای تبلیغاتی در بستر فضای مجازی

عصمت گلشنی - زینب السادات بنی طبا جشوقانی - زهرا گنجی پور..... ۱۲۷

چالش‌های مدیریت شهری در وصول حقوق مالی ملی و محلی در پرتو اصول حکمرانی مطلوب

فاطمه سلطانی - مهدی شعبان نیا منصور - علی دشتی..... ۱۶۱

رویکرد امنیت‌گرایانه سیاست جنایی ایران در قبال جرایم اقتصادی؛ مبانی و مصادیق

(مقاله علمی-پژوهشی)

حسین میرمحمدصادقی*

عبدالحسین سلطانی رنانی**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۳

چکیده

سیاست جنایی برای پاسخ‌دهی به پدیده بزهکاری، اصول و روش‌هایی را اتخاذ می‌کند که بر این اساس اهداف و دورنمای کلی آن مشخص می‌گردد. امروزه به دنبال نقض گسترده امنیت اقتصادی دولت‌ها و شهروندان در پی گسترش ارتکاب جرایم اقتصادی خصوصاً جرایم بین‌المللی و سازمان‌یافته اقتصادی و آسیب شدیدی که این جرایم به امنیت اقتصادی و بعضاً به امنیت سیاسی جامعه وارد می‌آورد، رویکرد سیاست جنایی از اصلاح و بازپروری بزهکاران اقتصادی و به تعبیری دیگر بزهکارمداری به سمت نگرش امنیت‌مداری تغییر یافته است. در پی تبدیل تأمین امنیت اقتصادی به یکی از چالش‌های اصلی سیاست جنایی به‌ویژه با تشکیل گروه‌های سازمان‌یافته مجرمانه، اصول و قواعد مربوط به جرم‌انگاری، مسئولیت کیفری و تعیین ضمانت‌اجراهای قانونی و تحمیل آن بر بزهکاران این عرصه نیز تغییر یافته و مبتنی بر سیاست جنایی امنیت‌گرا، به نوعی با فرض دشمن دانستن بزهکاران، حقوق کیفری دشمن‌مدار در این حوزه را حاکم نموده است. البته از رهگذر حاکمیت سیاست جنایی امنیت‌گرا در حوزه جرایم اقتصادی آسیب‌هایی نیز به نظام اقتصادی کشور وارد می‌شود که منجر به افزایش هزینه مبارزه با این جرایم می‌گردد. بدین‌سان، در نوشتار حاضر ضمن بررسی دیدگاه نظام قانون‌گذاری ایران به جرم اقتصادی از حیث تعریف و مصادیق، زمینه‌های شکل‌گیری رویکرد امنیت‌گرا در واکنش به این جرایم و برخی شاخصه‌های این رویکرد مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

کلید واژگان:

امنیت اقتصادی، رویکرد امنیت‌مدار، اقتصاد دولتی، اخلال در نظام اقتصادی، محاربه و افساد فی‌الارض.

* استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

sbu.ac.ir@h_sadeghi

** دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

a_soltanirenani@sbu.ac.ir



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

مسئله امنیت از دیرباز یکی از چالش‌های مهم جامعه بشری بوده است؛ تا بدانجا که انسان‌ها برای تأمین این نیاز ضروری و اولیه خود گردهم آمدند و جوامع ابتدایی را تشکیل دادند. با گذشت زمان و تغییر ساختار حکومت‌ها تا به امروز که دولت‌های مرکزی در پرتو قوانین اساسی کشورهای مختلف تشکیل شده‌اند، وظیفه تأمین امنیت با دولت بوده و دولت‌ها متولی امنیت جامعه و شهروندان خود محسوب می‌شوند. حق بر امنیت یکی از حقوق اساسی بشری است که شهروندان هر جامعه آن را از دولت متبوع خود مطالبه می‌نمایند؛ طرف دیگر این حق را باید وظیفه دولت در تأمین امنیت مورد مطالبه شهروندان خود دانست.

آنچه امروزه از آن به عنوان حق بر امنیت^۱ بشر تعبیر می‌شود، منحصر به امنیت جانی و سیاسی نیست؛ درواقع امنیت ابعاد مختلفی از قبیل سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی را دارد و نظام‌های سیاسی و حقوقی کشورهای مختلف برای تأمین ابعاد مختلف امنیت سیاست‌های جنایی گوناگونی را به کار می‌گیرند. گاه سیاست جنایی مبتنی بر اصلاح، درمان و بازپروری بزهکاران مبتنی می‌شود و گاه سیاست جنایی در قبال پاره‌ای از جرایم رویکردی امنیت‌گرا اتخاذ می‌کند و پاسخی شدید به بزهکاری ارائه می‌دهد. در واقع می‌توان گفت رویکرد امنیت‌گرا وقتی حاکم می‌گردد که در تقابل حق جامعه و شهروندان مبنی بر امنیت داشتن در برابر بزهکاران با حق بزهکار مبتنی بر امنیت داشتن در برابر نهادهای عدالت کیفری و خودکامگی‌های قضایی، حق نخست بر دیگری چیره می‌شود.^۲

با توجه به اینکه یکی از جلوه‌های امنیت جامعه و شاخصه بارز آن امنیت اقتصادی است، تعیین رویکرد کیفری مناسب در تأمین آن همواره یکی از دغدغه‌های اصلی نظام‌های سیاسی به شمار می‌رود؛ زیرا معمولاً ثبات سیاسی و حاکمیتی یک کشور وابستگی مستقیم به امنیت اقتصادی آن دارد؛ فلذا نظام‌های حقوقی مختلف در تقابل با جرایم اقتصادی اصولاً به سازوکارهای کیفری متوسل می‌شوند. ماهیت حمایت حقوق کیفری از ارزش‌های اقتصادی بسته به اینکه نظام اقتصادی حاکم لیبرال یا ارشادی باشد متفاوت است. در نظام ارشادی یا دولتی

1. The Right to Security

۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی»، تقریرات درس جرم‌شناسی، دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۱۳.

حضور دولت در عرصه اقتصاد پررنگ است؛ لذا دخالت حقوق کیفری در اقتصاد گسترده‌تر است و رویکردی جرم‌انگارانه را در این حوزه دنبال می‌کند؛ برخلاف نظام لیبرال یا اقتصاد آزاد که حمایت از سرمایه در آن مهم است و نقض ارزش‌های اقتصادی اصولاً با ضمانت اجرای غیرکیفری از قبیل صنفی یا اداری پاسخ داده می‌شود. شایان ذکر است، دخالت حقوق کیفری در اقتصاد که از آن تحت عنوان «حقوق کیفری اقتصادی»^۱ یاد می‌شود، از یک‌سو کارکردی سرکوب‌گرانه دارد که اعمال واکنش جامعه در قبال بزهکاران اقتصادی این کارکرد را تأمین می‌کند و از سوی دیگر کارکردی حمایتی دارد. این کارکرد حقوق کیفری اقتصادی با حمایت از ارزش‌های اقتصادی و تضمین فعالیت‌های تجاری مشروع و قانونی در جامعه محقق می‌شود. ضمانت اجرای این کارکرد حقوق کیفری اقتصادی «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» است.^۲ زیرا قانون‌گذار ضمن جرم‌انگاری صریح و تعیین ضمانت اجرای کیفری به نسبت رفتارهایی مانند پولشویی، قاچاق و ... اولاً اهتمام خود در مبارزه با جرایم اقتصادی را نشان می‌دهد و ثانیاً با تعیین مرز رفتار مجرمانه مسیر تجاوز به آزادی اقتصادی شهروندان به بهانه تأمین امنیت اقتصادی را می‌بندد.

نظام حقوقی و به تبع آن سیاست جنایی حاکم بر حوزه امنیت اقتصادی در ایران خصوصاً پس از انقلاب اسلامی با حاکمیت قوانین مبتنی بر شرع و با توجه به صبغه فقهی برخی جرایم اقتصادی از یک‌سو و از سوی دیگر با توجه به غلبه وجه دولتی یا ارشادی بودن نظام اقتصادی^۳ کشور رویکردی کیفری و بعضاً امنیتی به خود گرفته است؛ ولیکن این رویکرد سیر یکسانی در فرایند قانون‌گذاری کیفری ایران نداشته و بعضاً پیرو نوسانات اقتصادی ایجادشده در این سال‌ها فراز و فرود داشته است.

حاکمیت رویکرد امنیت‌گرا^۴ در حوزه جرایم اقتصادی در نظام حقوقی ایران را می‌توان در حوزه‌های مختلف، اعم از جرم‌انگاری مانند «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷» یا «قانون مجازات اخلاص‌گران در نظام اقتصادی مصوب ۱۳۶۹» و

1. The Economic Criminal Law

۲. ولیدی، محمد صالح، **حقوق کیفری اقتصادی**، ج ۲، جرایم علیه امنیت اقتصادی، چ ۱، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، صص ۹۲-۹۳.

3. command economy

4. Security approach

...، فرایند و نحوه رسیدگی به این جرایم از قبیل رسیدگی در مراجع قضایی تخصصی و بعضاً اختصاصی یا تعیین قرارهای تأمین کیفری شدید و در نوع ضمانت اجرای شدید برای ارتکاب این جرایم از قبیل اعدام یا حبس ابد و... مشاهده کرد.

به همین منوال، ابتدا چرایی امنیت‌گرا شدن سیاست جنایی و به تبع آن نظام حقوق کیفری و زمینه‌های کلی شکل‌گیری این رویکرد در کنار علل اختصاصی اتخاذ این رویکرد در نظام سیاست جنایی ایران مورد بررسی قرار خواهد گرفت و سپس در ادامه به شاخصه‌های امنیت‌گرایی در حقوق کیفری اعم از جلوه‌های این رویکرد در نظام حقوقی ماهوی و شکلی پرداخته خواهد شد.

۱. زمینه‌های شکل‌گیری رویکرد امنیت‌گرا

هر پدیده‌ای حسب ویژگی‌های منحصربه‌فرد خود منشأ ظهور گفتمان‌های گوناگونی است. تجلی گفتمان‌ها از یک‌سو حاصل ابعاد مختلف یک پدیده و از سوی دیگر، ناشی از میزان شیوع آن در جامعه است. بدین ترتیب، هرچه پدیده‌ای رایج‌تر شود و از جنبه‌های بیشتری برخوردار باشد، گفتمان‌های بیشتری برای تبیین ابعاد آن پا به عرصه می‌گذارند و تلاش می‌کنند تا جنبه‌های مدنظر خود را در عرصه تعریف مشکل و نیز ارائه راهکار معرفی کنند.^۱

برای شکل‌گیری رویکرد امنیت‌گرای سیاست جنایی در قبال پدیده جرایم اقتصادی به‌عنوان پدیده‌ای رایج و شایع، زمینه‌هایی به شرح زیر می‌توان برشمرد که هر کدام از یک جهت و با تأثیری متفاوت از دیگری منجر به ایجاد این نگرش شده است. در کنار زمینه‌های کلی که رویکرد سیاست جنایی را به سمت امنیت‌گرایی در قبال جرایم اقتصادی سوق می‌دهد، باید مواردی که به‌صورت خاص در طول این سال‌ها به‌عنوان عوامل مؤثر در جهت اتخاذ این رویکرد توسط سیاست‌گذاران جنایی ایران بوده است، نیز مورد بررسی قرار گیرد.

۱. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، محمد فرجی‌ها و سکینه خانعلی‌پور واجارگاه، «مشخصه‌های گفتمانی فرایند جرم‌انگاری ارتشا در دهه ۶۰ خورشیدی»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، ص ۶.

۱.۱. توسعه مفهوم امنیت

مفهوم امنیت در طول زمان مصادیق متعددی را دربرگرفته است. چنان‌که شاید در گذشته‌ای نه چندان دور آنچه از این مفهوم به ذهن متبادر می‌شد، صرفاً امنیت جانی بشر و بعد از آن امنیت سیاسی جامعه بود؛ ولیکن امروزه این مفهوم به‌قدری توسعه مصداق پیدا کرده است که از تعبیری همچون امنیت روانی، امنیت شغلی، امنیت اقتصادی، امنیت اجتماعی، امنیت اطلاعات شخصی، امنیت فرهنگی و... در این خصوص نام برده می‌شود. با توسعه مفهوم امنیت و ضرورت تأمین وجوه مختلف این حق بشری، اولاً در جامعه نوعی گفتمان امنیت‌گرا شکل گرفته و ثانیاً شهروندان با انتخاب دولت‌های معتقد به این گفتمان برای ایجاد فضای امنیتی در برخورد با جرایم و رخت بر بستن احساس ترس از ارتکاب جرم در جامعه رأی به حاکم شدن حقوق کیفری امنیت‌گرا می‌دهند.^۱

علاوه بر این در بستر سیاست جنایی ایران و به‌طور خاص پس از انقلاب اسلامی، همانا گفتمان حاکم، با اهمیت بخشیدن به جرایم اقتصادی چه در برهه جنگ تحمیلی و چه پس از آن و در دوره‌های نوسانات اقتصادی اخیر، از این جرایم با عناوینی همچون فساد اقتصادی تعبیر کرده و همواره امنیت اقتصادی را به رسمیت شناخته است. امنیتی که در کنار امنیت سیاسی، به‌عنوان ارزشی مستقل و بنیادین و سزاوار صیانت توسط حقوق کیفری، به‌عنوان متداول‌ترین و سنتی‌ترین سازوکار، معرفی می‌شود.^۲ نمونه بارز این نگرش در قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی مصوب ۱۳۶۹، ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری، ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی و نیز مواد ۳۰ و ۳۱ قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۴۰۰ متجلی است.

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **درباره امنیت‌شناسی (از حق بر امنیت تا حق بر تأمین)**، دیپاچه بر مدیریت انسان‌مدار ریسک جرم، سودابه رضوانی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱، صص ۱۱۱-۱۱۲.
 ۲. کوشا، جعفر، «امنیت اقتصادی با تأکید بر پیشگیری و مبارزه با قاچاق کالا و پولشویی»، در: *یادنامه شادروان دکتر رضا نوربها* (ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی)، زمستان ۱۳۹۰، ص ۸۷۳.

۱.۲. نقش حاکمیت سیاسی

حکومت‌های سیاسی به ویژه دولت‌های مرکزی از این حیث که متولی تأمین امنیت شهروندان خود هستند با شعار و وعده سیاسی تحقق امنیت کامل، رویکرد سنتی خود را در قبال برخی جرایم مانند جرایم تروریستی که فضای ترس بر جامعه حاکم می‌کند، کنار گذاشته و به منظور پاسخ به مطالبه‌گری امنیت توسط شهروندان با صرف بودجه‌های کلان، سازوکارهای قانونی یا رویه‌ای جدیدی در پیشگیری یا مبارزه با این جرایم ایجاد می‌نمایند. این امر البته به جرایم امنیتی به مفهوم سنتی آن اختصاص نیافته و با توسعه مفهوم امنیت به شرح پیش‌گفته، امنیت اقتصادی را نیز شامل می‌شود.^۱ بدیهی است اتخاذ این رویه توسط حاکمیت، زمانی که اقتصاد یک کشور عمده‌تأ دولتی باشد، به مراتب پررنگ‌تر خواهد بود؛ چه آنکه دولت علاوه بر دغدغه تأمین امنیت اقتصادی شهروندان و رفع مطالبات ایشان در این زمینه، همواره در پی بقای اقتصادی و تقویت اقتصاد خود خواهد کوشید تا مبادا با گزندی به اقتصاد، حاکمیت سیاسی دچار ضعف و تزلزل گردد. اینجاست که جرم اقتصادی بیشتر از آنکه اقتصادی باشد، سیاسی و امنیتی است و دغدغه اصلی نظام و حاکمیت قرار می‌گیرد.

در این فضا است که حاکمیت سیاسی متأثر از تحریم‌های اقتصادی ویرانگر در طول سالیان متمادی که منجر به تضییق روابط تجاری و محدودیت صادرات کالا شده و تضعیف بنیان‌های اقتصادی کشور و نوسانات متوالی در بازارهای مسکن، ارز و طلا را در پی داشته است، در پی حفظ ثبات اقتصادی و برخورد با برهم‌زنندگان داخلی نظم اقتصادی برآمده و از ارتکاب جرم اقتصادی بعضاً به‌عنوان «تهدید علیه حاکمیت»، «تروریسم اقتصادی»، «اخلال در نظام اقتصادی»، «افساد فی‌الارض» و محاربه یاد می‌کند و به‌طور کلی گفتمان حاکمیت درخصوص این دسته از بزه‌کاران با توجه به تقارن زمانی ارتکاب بزه ایشان با دخالت عوامل خارجی بین‌المللی و سیاست‌های خصمانه بعضی دول متخاصم در تقابل با سیاست‌های جمهوری اسلامی ایران، تغییر کرده و بارها از مجرمین اقتصادی به‌عنوان دشمن یاد می‌شود.

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی»، تقریرات درس جرم‌شناسی، دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳، ص ۱۸.

شاید از همین رهگذر است که حاکمیت جمهوری اسلامی به‌ویژه در طول سالیان اخیر، با ناکارآمد دانستن سازوکارهای موجود در زمینه پیشگیری و مقابله با جرایم اقتصادی دست به ابتکار عمل‌های مختلفی در این عرصه زده و با اقداماتی از قبیل تشکیل دادگاه‌های ویژه رسیدگی به جرایم اقتصادی^۱ با سازوکارهای رسیدگی جدید و بعضاً خلاف قواعد عمومی مذکور در آیین دادرسی کیفری، در پی واکنش مناسبی در مقابله با این جرایم بوده است.

۱.۳. ظهور جرایم سازمان‌یافته ملی^۲ و فراملی^۳

جهانی‌شدن در مفهوم کنونی، به معنای از بین رفتن مرزهای میان جوامع انسانی است که منجر به تشکیل همبستگی و وحدت جامعه جهانی شده است.^۴ به‌موازات جهانی‌سازی، تشکیل جامعه بین‌الملل و نظم عمومی جهانی نیز حادث گردیده و اکنون شهروندان جوامع مختلف از اتفاقات و حوادث جهانی بی‌تأثیر نخواهند ماند. روابط اجتماعی و تأثیرپذیری نظام‌های سیاسی و اقتصادی از تحولات جهانی، همواره ناشی از جهانی‌شدن بوده و آثار آن در تلاقی روابط انسانی محسوس‌تر شده است. ارتکاب جرم نیز که پیش‌تر در محدوده سرزمینی یک کشور و علیه منافع یک شخص یا گروهی خاص با به‌کارگیری آلات و ابزارهای شخصی صورت می‌گرفت، اکنون تبدیل به جرم جهانی شده و به‌موازات آن تشکیل بزه‌کار و بزه‌کاری بین‌المللی را به همراه داشته، به‌نحوی که می‌توان گفت امنیت ملی در سایه جهانی‌شدن به امنیت بین‌المللی تبدیل شده و جرایم سازمان‌یافته تهدیدی برای امنیت ملی و بین‌المللی است. ارتکاب برخی جرایم مانند جرایم تروریستی، قاچاق اسلحه و مهمات، قاچاق انسان، پول‌شویی، قاچاق اعضای بدن انسان و ...، امنیت بین‌المللی و جهانی را به مخاطره انداخته است.^۵

۱. موضوع استیجازه ریاست وقت قوه قضائیه از مقام رهبری پیرامون تشکیل دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم اقتصادی سال ۱۳۹۷.

2. Organized Crime

3. Transnational Crime

۴. بارانی، محمد، *پیشگیری از جرائم جهانی*، نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۳، ص ۲۲.

۵. جوانمرد، بهروز، *تسامح صفر سیاست کیفری سخت‌گیرانه در قبال جرائم خرد*، نشر میزان، چ ۱، ۱۳۸۸، ص ۲۳.

به‌همین منوال تغییر در اشکال مختلف بزهکاری اقتصادی و روی آوردن بزهکاران به ارتکاب جرایمی مانند قاچاق ارز، قاچاق کالا، پول‌شویی و ...، به نحو سازمان‌یافته و فراملی که هم منافع بیشتری برای مرتکبین دارد، هم کشف و تعقیب جرم را دشوارتر می‌نماید و هم دامنه بزه‌دیدگان آن عمدتاً وسیع‌تر بوده و بیش از سایر اشکال ارتکاب جرم منجر به حاکم شدن ترس و احساس ناامنی در جامعه می‌گردد و نظم سیاسی جامعه را به مخاطره می‌کشد، پاسخ امنیت‌گرایانه حقوق کیفری به این جرایم را توجیه می‌کند.

۲. شاخصه‌های امنیت‌گرایی در حقوق کیفری

رویکرد امنیت‌گرا در حقوق کیفری منحصر در شدت بخشیدن به مجازات مرتکبین برخی جرایم نیست؛ بلکه اتخاذ تصمیم‌های گوناگونی در سیاست جنایی می‌تواند منجر به ایجاد این رویکرد در نظام پاسخ‌دهی حقوق کیفری گردد. تصمیم‌هایی که می‌تواند منجر به جرم‌انگاری جدید، تغییر در سازوکارهای دادرسی کیفری و در نهایت افزایش شدت یا تغییر در نحوه اجرای مجازات‌های قانونی این جرایم باشد. به تعبیر دیگری می‌توان گفت روی آوردن به رویکرد امنیت‌گرا منجر به تغییر در مقررات ماهوی و شکلی حقوق کیفری می‌گردد. با توجه به کثرت این شاخصه‌ها برخی از آنها تحت عناوین زیر بررسی می‌شود.

۲.۱. شاخصه‌های امنیت‌گرایی در حقوق کیفری ماهوی

۲.۱.۱. عدم ارائه تعریف صریحی از جرم اقتصادی

درخصوص جرایم اقتصادی باید گفت تعریف واحدی از جرم اقتصادی در ادبیات حقوقی فعلی ایران وجود ندارد.^۱ بر همین اساس قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران در تعریف این جرایم از شیوه بیان مصداق استفاده کرده و مصادیق جرم اقتصادی را برشمرده است. علی‌رغم اینکه جرایم مذکور ذیل ماده ۳۶ «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۹۲ و تبصره آن مصادیق جرم اقتصادی محسوب می‌شوند، ماده مزبور به‌صراحت از این به‌عنوان جرم اقتصادی یاد نکرده است، بلکه بند «ب» ماده ۱۰۹ این قانون، در مقام بیان جرائمی که مشمول قواعد مرور زمان نیست، مقرر

۱. میر سعیدی، سید منصور و محمود زمانی، «جرم اقتصادی: تعریف یا ضابطه؟»، مجله پژوهش حقوق کیفری، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۱۶۸.

می‌دارد: «جرائم اقتصادی شامل کلاهبرداری و جرائم موضوع تبصره ماده (۳۶) این قانون، با رعایت مبلغ مقرر در آن ماده.» از این عبارت برداشت می‌شود که کلاهبرداری مذکور در صدر ماده ۳۶ این قانون و جرائم مندرج در تبصره این ماده از نظر قانون‌گذار جرم اقتصادی^۱ محسوب می‌شوند.

اگرچه استفاده از این شیوه در تعریف جرایم اقتصادی این حسن را به دنبال خود دارد که مصادیق این جرم به‌طور صریح بیان می‌شود، با این مشکل روبه‌روست که وجه ممیزه و مشترک این مصادیق که قانون‌گذار براساس آن این جرایم را کنار هم ذکر کرده، مشخص نشده و اساساً معلوم نیست وجه ممیزه فساد اداری و جرم اقتصادی که در این مصادیق احصا شده، چیست؟ توضیح آنکه برخی از این مصادیق هم فساد اداری محسوب می‌شوند و هم می‌توانند به‌عنوان جرم اقتصادی مورد بررسی قرار گیرند. برای مثال درمورد ارتشا و اختلاس این سؤال پیش می‌آید

۱. به موجب مقررات فعلی کشور ما جرائم اقتصادی عبارت‌اند از: ۱- کلاهبرداری موضوع ماده یک «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری» مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام؛ ۲- رشا و ارتشا موضوع ماده سه «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری» و ماده ۵۹۲ «قانون مجازات اسلامی» - کتاب پنجم: تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده؛ ۳- اختلاس موضوع ماده پنج «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری»؛ ۴- اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی در صورت تحصیل مال توسط مجرم یا دیگری موضوع «قانون مجازات اعمال نفوذ برخلاف حق و مقررات قانونی» مصوب ۲۹ آذر ۱۳۱۵ مجلس شورای ملی؛ ۵- مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری موضوع «قانون منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارکنان دولت در معاملات دولتی و کشوری» مصوب ۱۳۳۷ مجلس سنا؛ ۶- تبانی در معاملات دولتی موضوع ماده واحده «قانون مجازات تبانی در معاملات دولتی» مصوب ۱۹ خرداد ۱۳۴۸ مجلس سنا؛ ۷- اخذ پورسانت در معاملات خارجی موضوع ماده واحده «قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی» مصوب ۲۷ تیر ۱۳۷۲ مجلس شورای اسلامی و ماده ۶۰۳ «قانون مجازات اسلامی» - کتاب پنجم: تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده؛ ۸- تعدیات مأموران دولتی نسبت به دولت موضوع مواد ۵۹۸ تا ۶۰۶ (فصل سیزدهم: تعدیات مأموران دولتی نسبت به دولت) «قانون مجازات اسلامی» - کتاب پنجم: تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده» مصوب ۱۳۷۵ مجلس شورای اسلامی؛ ۹- جرائم گمرکی؛ ۱۰- قاچاق کالا و ارز؛ ۱۱- جرائم مالیاتی موضوع «قانون مالیات‌های مستقیم» مصوب ۱۳۶۶ و اصلاحات و الحاقات بعدی آن، خصوصاً ماده ۲۷۴ قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۳۱ تیر ۱۳۹۴ و همچنین ماده ۲۲ «قانون مالیات بر ارزش افزوده» مصوب ۱۷ اردیبهشت ۱۳۸۷ کمیسیون اقتصادی مجلس شورای اسلامی؛ ۱۲- پول‌شویی موضوع ماده دو «قانون مبارزه با پول‌شویی» مصوب ۱۳۸۶ مجلس شورای اسلامی؛ ۱۳- اخلال در نظام اقتصادی کشور موضوع «قانون مجازات اخلاگران نظام اقتصادی کشور» مصوب ۱۹ آذر ۱۳۶۹ مجلس شورای اسلامی؛ ۱۴- تصرف غیرقانونی در اموال عمومی یا دولتی که موضوع ماده ۵۹۸ «قانون مجازات اسلامی» - کتاب پنجم: تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده» مصوب ۱۳۷۵ مجلس شورای اسلامی.

که آیا این دو فساد اداری به شمار می‌آیند یا جرم اقتصادی و اگر هر دو، از چه بعد می‌توان یک عمل را فساد اداری دانست و از چه بعد آن را جرم اقتصادی؟

همین موضوع از زاویه‌ای دیگر درمورد برخی دیگر از این مصادیق نیز وجود دارد. برای مثال باید پرسید آیا تمام انواع کلاهبرداری جرم اقتصادی است یا تنها کلاهبرداری از نهادهای عمومی جرم اقتصادی محسوب می‌شود؟ آیا جرایم اقتصادی محدود به همین موارد است؟ برای مثال نمی‌توان سرقت را در مواردی جرم اقتصادی دانست؟ آیا نقض قوانینی نظیر قانون ممنوعیت داشتن بیش از یک شغل، قانون تعزیرات حکومتی، قانون امور صنفی، قانون تشدید مجازات محتکران و گران‌فروشان، قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد نمی‌تواند در مواردی جرم اقتصادی محسوب شود؟

در هر صورت، در حال حاضر سیاست جنایی ایران در قبال جرایم اقتصادی را باید در قوانین فوق‌الذکر جست‌وجو نمود؛ لیکن به نظر می‌رسد چنانچه تعریف بهتری از جرایم اقتصادی مد نظر قرار گیرد و ملاکی معین نظیر موضوع جرم، آثار زیان‌بار آن، سازمان‌یافتگی، ارتباط جرم با نهادهای عمومی و غیره به‌عنوان وجه ممیز جرم اقتصادی و جرم عادی مقرر گردد، بتوان مقررات دیگری را نیز به این حوزه اضافه کرد. برای مثال «قانون تشدید مجازات محتکران و گران‌فروشان مصوب ۱۳۶۷»، «قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰»، «قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸»، «قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۳۷۳»، موادی از «قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ و اصلاحی ۱۳۹۴»، موادی از «قانون تجارت» و موادی از «قانون تجارت الکترونیکی»، موادی «از قانون واردات و صادرات»، موادی از «قانون تعزیرات حکومتی» و موادی از «قانون امور صنفی» از جمله این مقررات است.

۲.۱.۲. جرم‌انگاری جدید

رسالت حقوق کیفری، از یک منظر، جرم‌انگاری و گزینش واکنش اجتماعی مناسب در راستای پاسداری از ارزش‌های جامعه انسانی است و در آن کوشش شده که امنیت آحاد جامعه و

نهادهای آن تأمین گردد.^۱ وصف مجرمانه دادن به برخی رفتارها که پیش از آن مباح بوده یا صرفاً یک تخلف اداری و انتظامی به شمار می‌آمده، می‌تواند در زمره مصادیق امنیت‌گرایی در حقوق کیفری مطرح شود؛ زیرا جرم‌انگاری یعنی تغییر رویکرد نگرش سیاست جنایی به یک رفتار. توضیح آنکه در این تغییر نگرش یک‌سری از افراد یا پاره‌ای از رفتارها خطرناک تشخیص داده و از این رهگذر برجسته و مشمول مقررات کیفری می‌شوند. بنابراین زمانی که ارتکاب رفتاری برای امنیت اقتصادی جامعه خطرناک تشخیص داده شود و نتوان با ابزار و ضمانت اجراهای غیرکیفری به آنها پاسخ گفت، قانون‌گذار آن رفتار را جرم می‌انگارد.

به‌عنوان نمونه اخیر از جرم‌انگاری جدید و توسعه مصادیق مجرمانه متأثر از حاکمیت رویکرد امنیت‌گرا به جرایم اقتصادی در نظام تقنینی ایران، می‌توان به افزایش مصادیق قاچاق ارز ذیل ماده ۲ مکرر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اصلاحی ۱۴۰۰ اشاره کرد. توضیح آنکه در ماده اخیرالذکر که به‌عنوان عنصر قانونی این بزه، جایگزین بند «خ» ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ شده است،^۲ علاوه بر خرید، فروش و حواله ارزی بدون اخذ مجوز از بانک مرکزی و بدون رعایت ضوابط تعیین دولت که در بند «خ» ماده ۲ ذکر شده بود، تصریح شده است که «انجام معامله ارزی در کشور، تحت هر عنوان نظیر خرید، فروش، حواله، معاوضه یا صلح ...» قاچاق است؛ فلذا معاملات ارزی مشمول قاچاق، منحصر در خرید و فروش و حواله نیست و هر معامله‌ای با حصول سایر شرایط می‌تواند مشمول عنوان قاچاق ارز باشد. علاوه بر آن، برخی رفتارهایی که سابقاً در دستورالعمل اجرایی «تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها»^۳ به‌عنوان تخلف انتظامی صرافی‌های دارای مجوز از بانک مرکزی به‌شمار می‌رفت، در بندهای «ج»، «چ» و «ح» ماده ۲ مکرر به‌عنوان قاچاق ارز جرم‌انگاری شده است.

۱. آقا بابایی، حسین، **قلمرو امنیت در حقوق کیفری**، چ ۱، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۹، ص ۱۶۹.

۲. بند «خ» ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲ به موجب اصلاحات سال ۱۴۰۰ و به استناد نسخه منتشر شده روزنامه رسمی، حذف و ماده ۲ مکرر جایگزین آن شده است.

۳. مصوب شورای پول و اعتبار

۲.۱.۳. پذیرش فرض مجرمیت^۱

رویکرد سنتی حقوق کیفری به بزه و شخصی که متهم به ارتکاب یک بزه است بر اساس دو بعد قانونی و قضایی اصل برائت به ترتیب این‌گونه است که هیچ عملی جرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه قانون‌گذار اعلام و برای آن مجازات تعیین کند و نیز فردی که به‌عنوان متهم تحت تعقیب قرار گرفته تا زمانی که جرم وی در دادگاه صالح به اثبات نرسد بی‌گناه فرض می‌شود.^۲ همین نگرش موجب شده تا قانون‌گذار در ماده ۴ «قانون آیین دادرسی کیفری» به صراحت تمام حاکمیت اصل برائت در دادرسی کیفری را بیان نماید.^۳ در مقابل این نگرش سنتی، رویکرد امنیت‌گرا، فرض مجرمیت را پذیرفته است؛ این پذیرش این معنا را در بردارد که متهم به ارتکاب بزه، بزه‌کار تلقی می‌شود، مگر اینکه بتواند دلیلی بر عدم بزهکاری خود اقامه کند.^۴

پرواضح است که تفاوت این دو رویکرد در بار اثبات منشأ اثر است؛ به‌گونه‌ای که در رویکرد اول وظیفه اثبات جرم به عهده نهاد تعقیب بوده و براساس نگرش دوم متهم باید اقامه دلیل بر گناهکار نبودن خود اقامه نماید. پذیرش فرض مجرمیت نیز مانند فرض برائت^۵ دارای دو جنبه قانونی و قضایی است؛ یکی از مثال‌های پذیرش فرض مجرمیت در نظام قانون‌گذاری کیفری ایران را می‌توان ماده ۴۹۹ «قانون مجازات اسلامی تعزیرات» دانست. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «هرکس در یکی از دسته‌ها یا جمعیت‌ها یا شعب جمعیت‌های مذکور در ماده ۴۹۸ عضویت یابد، به سه ماه تا پنج سال حبس محکوم می‌گردد مگر اینکه ثابت شود از اهداف آن بی‌اطلاع بوده است». بنابراین قانون‌گذار اصل را بر عالم بودن عضو گذاشته و یعنی این‌گونه تصور کرده است که اگر شخصی در دسته یا جمعیتی عضو می‌شود حتماً از اهداف آن مطلع است، مگر آنکه خود از بار اثبات عدم اطلاع خود از اهداف آن دسته یا جمعیت برآید.^۶

اگرچه در حال حاضر، مصداقی از جرایم اقتصادی را نمی‌توان یافت که قانون‌گذار فرض مجرمیت را در آن پذیرفته باشد، ولی در فرایند رسیدگی و در واقع رویه قضایی خصوصاً در مواردی

1. Presumption of Guilt

۲. خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چ ۹، نشر شهر دانش، ۱۳۹۶، ص ۳۰.

۳. ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری «اصل، برائت است. ...».

۴. رحیمی نژاد، اسماعیل، کرامت انسانی در حقوق کیفری، چ ۱، نشر میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۰۷.

5. Presumption of Innocence

۶. میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، چ ۲۴، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۷۰.

که قراین و امارات بر ارتکاب جرایمی نظیر پول‌شویی، قاچاق کالا و ارز و ... وجود داشته باشد، فرض مجرمیت حاکم است. برای مثال علی‌رغم اینکه ماده ۱ «قانون مبارزه با پول‌شویی» صراحتاً اصل را بر صحت و اصالت معاملات تجاری اعلام نموده است؛ زمانی که یکی از دستگاه‌های مشمول قانون مبارزه با پول‌شویی مثلاً یک بانک گزارش عملیات و معاملات مشکوک به پول‌شویی موضوع بند «ج» ماده ۷ «قانون مبارزه با پول‌شویی» و بند «و» و تبصره ماده ۱ «آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پول‌شویی»^۱ را درمورد یکی از مشتریان خود بر اساس شاخصه‌های عملیات مشکوک، به نهادهای ذی‌ربط و مراجع قضایی ارجاع دهد، این شخص پول‌شو محسوب می‌شود و از وی خواسته می‌شود در خصوص منشأ وجوه موجود در حساب خود توضیح داده و با اقامه دلیل اثبات نماید که این وجوه مجرمانه نیست.

۲.۱.۴. افزایش کیفیات مشدده

پاسخ حقوق کیفری به مرتکبین یک جرم واحد لزوماً یکسان نیست؛ زیرا گاه مرجع رسیدگی‌کننده به دستور قانون‌گذار خصوصیات فردی مرتکب را برای اعمال قانون در نظر می‌گیرد. توجه به خصوصیات فردی مرتکب جرم در تعیین مجازات را فردی‌سازی کیفر می‌گویند. فردی‌سازی کیفر و متناسب ساختن مجازات با توجه به شدت جرم، شرایط مرتکب، صدمه و آسیب‌های واردشده به بزه‌دیده و جامعه و... اصولاً از طریق اعمال یا عدم اعمال کیفیات مخففه و مشدده صورت می‌پذیرد. در رویکرد امنیت‌گرایانه اصولاً سخن از اعمال کیفیات مشدده در پاسخ‌دهی کیفری به میان می‌آید. این تشدید گاه صراحتاً در قانون ذکر می‌شود و گاهی عدم اعمال کیفیات مخففه یا نهادهای قانونی که برای تخفیف یا تعلیق مجازات در نظر گرفته شده منجر به تشدید مجازات می‌شود.

پیش‌تر گفته شد قانون‌گذار در تعریف جرایم اقتصادی از شیوه احصای مصادیق بهره‌جسته و مصادیق این جرم نیز وفق تصریح بند «ب» ماده ۱۰۹ «قانون مجازات اسلامی»، جرایم موضوع ماده ۳۶ این قانون و تبصره آن است. رویکرد قانون مجازات اسلامی به جرایم اقتصادی از این حیث که معتقد به عدم اعمال سازوکارهایی مانند تعلیق، تعویق و مرور زمان است مشدد

۱. جهت مطالعه بیشتر رک: قانون مبارزه با پول‌شویی و آیین‌نامه اجرایی آن.

محسوب می‌شود. مواد ۴۷ و ۱۰۹ قانون مزبور به ممنوعیت تعویق، تعلیق و شمول مرور زمان به این موارد پرداخته است.^۱

با نگاه به دو مقررۀ فوق می‌توان دریافت رویکرد قانون‌گذار جمهوری اسلامی به جرایم اقتصادی و هم‌سنگ دانستن این جرایم با مواردی مانند جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی، جرایم سازمان‌یافته، جرایم مربوط به مواد مخدر، قاچاق انسان و... در عدم امکان تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات و نیز عدم جاری بودن مقررات مرور زمان در این جرایم رویکردی امنیت‌گرا است.

۲.۱.۵. افزایش کنترل نهادهای کیفری در برخی جرایم

اعمال کنترل گاه به‌منظور پیشگیری از ارتکاب جرم است و گاه این کنترل با هدف کشف جرم، شناسایی و تحصیل ادله وقوع جرم اعمال می‌شود. کنترل اصولاً درمورد جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی و جرایم مهم یا شدید صورت می‌گیرد. کنترل شهروندان به بهانه پیشگیری از ارتکاب جرم علاوه بر اینکه موجب محدودیت در حقوق و آزادی‌های فردی آنها می‌شود از حیث ملاحظات حقوق بشر نیز پذیرفته نیست. با توجه به اهمیت آزادی‌های فردی و حقوق شهروندی، اصولاً تضمینات رعایت این حقوق در قوانین اساسی کشورها جای داده می‌شود.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز با اختصاص فصلی به حقوق ملت ضمن بر شمردن حقوق اساسی شهروندان خود، ذیل اصل ۲۵ مقرر می‌دارد: «بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم‌مخابره و نرساندن آنها، استراق سمع و هرگونه تجسس ممنوع است مگر به حکم قانون». بنابراین راهبرد کلی قانون اساسی در این خصوص ممنوعیت کنترل یا به عبارتی تجسس به بهانه پیشگیری یا مبارزه با جرم است مگر اینکه قانون درمورد جرمی به‌طور خاص و صریح اجازه دهد. آیین دادرسی کیفری جایگاه رعایت حقوق بزه‌کاران، بزه‌دیدگان و جامعه در فرایند رسیدگی است. این قانون

→ ماده ۴۷ مقرر می‌دارد: «صدور حکم و اجرای مجازات در مورد جرائم زیر و شروع به آنها قابل تعویق و تعلیق نیست: ج. جرائم اقتصادی، با موضوع جرم بیش از یکصد میلیون (۱۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال». ماده ۱۰۹ این قانون نیز اشعار می‌دارد: «جرائم ذیل مشمول مرور زمان تعقیب، صدور حکم و اجرای مجازات نمی‌شوند: الف. جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور؛ ب. جرائم اقتصادی شامل کلاهبرداری و جرائم موضوع تبصره ماده (۳۶) این قانون با رعایت مبلغ مقرر در آن ماده...».

به‌عنوان تجلیگاه حقوق و آزادی‌های فردی و یک سنگ محک برای سنجیدن جدیت قانون‌گذار در اعتبار بخشیدن به این حقوق و آزادی‌ها شناخته می‌شود. موارد تجویز شده کنترل برخی از رفتارهای شهروندان در «قانون آیین دادرسی کیفری» ذیل مواد ۱۵۰ و ۱۵۱ این قانون برشمرده شده است.

وفق ماده ۱۵۰ «کنترل ارتباطات مخابراتی افراد ممنوع است، مگر در مواردی که به امنیت داخلی و خارجی کشور مربوط باشد یا برای کشف جرائم موضوع بندهای (الف)، (ب)، (پ) و (ت) ماده (۳۰۲) این قانون لازم تشخیص داده شود. در این صورت با موافقت رئیس کل دادگستری استان و با تعیین مدت و دفعات کنترل، اقدام می‌شود...». قانون‌گذار در بیان موارد مجاز به کنترل شهروندان از دو معیار بهره جسته است. اولاً با بیان یک ضابطه کلی به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی اشاره کرده است. علی‌رغم اینکه تعریفی از این جرایم ارائه نشده، ولی مصادیق آن ذیل فصل اول قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات از مواد ۴۹۸ تا ۵۱۲ ذکر شده است. معیار دوم قانون‌گذار در ماده ۱۵۰ فوق‌الذکر نیز احصای مصادیق برخی جرایم مهم است که مجازات آنها ذیل چهار بند اول ماده ۳۰۲ آن قانون ذکر شده و در صلاحیت دادگاه‌های کیفری ۱ و انقلاب هستند.

آنچه که از کنترل افراد در «قانون آیین دادرسی کیفری» بیشتر به جرایم اقتصادی مرتبط می‌شود، ماده ۱۵۰ این قانون است. براساس ماده مزبور «بازپرس می‌تواند در موارد ضروری، برای کشف جرم و یا دستیابی به ادله وقوع جرم، حساب‌های بانکی اشخاص را با تأیید رئیس کل دادگستری استان کنترل کند». از آنجا که جرایم اقتصادی معمولاً در بستر فعالیت‌های بانکی صورت می‌پذیرد، کنترل حساب‌های بانکی خصوصاً در جرایمی مانند پول‌شویی، قاچاق ارز و جرایم مالیاتی، هم می‌تواند در پیشگیری از جرایم بعدی مؤثر واقع شود و هم در کشف این جرایم و توقیف وجوه موجود در حساب‌های بانکی به‌عنوان وسایل ارتکاب جرم یا اموال حاصل‌شده از جرم را تسهیل کند.

کنترل حساب‌های بانکی فردی که هنوز در پناه اصل برائت قرار دارد و هنوز مجرمیت وی اثبات نشده و با سایر شهروندان در نگاه قانون‌گذار بین وی با سایرین تفاوتی نیست، به بهانه کشف جرم و دستیابی به ادله وقوع جرم از مصادیق نگاه امنیت‌گرا در جرایم اقتصادی است.

۲.۱.۶. تعیین مجازات‌های شدید و ثابت

یکی از شاخصه‌های قانون‌گذاری صحیح و منطقی رعایت تناسب بین جرم ارتكابی و مجازات قانونی تعیین شده برای آن رفتار مجرمانه است که از آن تحت عنوان اصل تناسب جرم و مجازات یاد می‌شود.^۱ قانون‌گذار در برخی جرایم با توجه به فلسفه جرم‌انگاری آنها یا با توجه به ضرر و صدمه‌ای که از ارتكاب آن به جامعه و افراد وارد می‌شود، از این اصل عدول می‌کند. نمونه‌های متعددی از عدول قوانین کیفری ایران از این اصل به چشم می‌آید که شاید بارزترین آن مجازات‌های قانونی جرایم مربوط به مواد مخدر است که گاه مشاهده می‌شود برای قاچاق یا حمل مقادیر بسیار ناچیزی از برخی مواد مخدر صنعتی و روان‌گردان کیفرهای شدیدی همچون حبس‌های طولانی مدت، حبس ابد و یا حتی اعدام در نظر گرفته شده است.

به کارگیری مجازات‌های شدید و ثابت عمدتاً ناشی از شکست سیاست‌های اصلاحی و درمانی در تعیین مجازات است. در رویکرد اصلاح و بازپروری، مجازات بزهکار با رعایت شأن و کرامت انسانی وی و لزوم توجه به حقوق بشر تعیین می‌شود،^۲ ولیکن در رویکرد امنیت‌گرا با توجه به اینکه حق جامعه و شهروندان قانون‌مدار آن بر حق بزهکار ترجیح داده می‌شود و هدف از مجازات صرفاً تأمین امنیت جامعه است، این ملاحظات حقوق بشری و کرامت‌مدارانه در نظر گرفته نمی‌شود. به عبارت دیگر، در رویکرد امنیت‌گرا هدف وسیله را توجیه می‌کند و شدت عمل در برخورد با بزه و بزهکار برای تأمین امنیت نه تنها قبیح نیست، بلکه توصیه هم می‌شود.^۳

رویکرد قانون‌گذار کیفری جمهوری اسلامی به برخی جرایم اقتصادی هم‌سنگ برخی جرایم امنیتی است و حتی در برخی موارد از مجازات جرایم امنیتی هم فراتر رفته و بعضی مصادیق جرایم اقتصادی را در حکم محاربه و افساد فی‌الأرض دانسته و مجازات‌های سالب حیات برای آنها در نظر گرفته شده است. برای مثال «قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور

۱. رحمدل، منصور، **تناسب جرم و مجازات**، ج ۱، انتشارات سمت، ۱۳۹۲، ص ۱۳۰

۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **دفاع اجتماعی در آغاز سده بیست و یکم**، دیپاچه بر ویراست چهارم کتاب دفاع اجتماعی، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی و محمد آشوری، ج ۴، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۱.

۳. گلدوست جویباری، رجب، مهدی ابراهیمی میان‌ریزی و عبدالحسین سلطانی رنانی، «بررسی رویکرد امنیت‌گرا به جرایم اقتصادی در نظام حقوقی ایران»، **فصلنامه پژوهش‌های حقوقی-قضایی**، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷، ص ۶۴.

مصوب ۱۳۶۹» در ماده ۱ برخی از مصادیق جرم اقتصادی را برشمرده و در ماده ۲ مجازات این جرایم را ذکر کرده است.

ماده ۲ فوق‌الذکر مقرر می‌دارد: «هر یک از اعمال مذکور در بندهای ماده ۱ چنانچه به قصد ضربه زدن به نظام جمهوری اسلامی ایران و یا به قصد مقابله با آن و یا با علم به مؤثر بودن اقدام در مقابله با نظام مزبور، چنانچه در حد فساد فی‌الارض باشد، مرتکب به اعدام و در غیر این صورت به حبس از پنج سال تا بیست سال محکوم می‌شود. ... دادگاه می‌تواند علاوه بر جریمه مالی و حبس، مرتکب را به ۲۰ تا ۷۴ ضربه شلاق در انتظار عمومی محکوم نماید.» مجازات‌های موضوع این ماده با توجه به زمان تصویب این قانون و روح حاکم بر فضای قانون‌گذاری و موج جرایم اقتصادی پس از جنگ، توجیه‌پذیر بود. ولی برخی از قانون‌گذاری‌های بازه زمانی مزبور علاوه بر اینکه در زمان تصویب مفید نبود، اکنون نیز به دلیل عدم تناسب مجازات با جرم عملاً متروکه شده است. نمونه بارز این امر جرایم موضوع «قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷» و مجازات آنهاست.

قانون‌گذار فعلی جمهوری اسلامی اکنون نیز در تعیین مجازات برای برخی جرایم اقتصادی از همان الگوی قانون‌گذاری دهه ۶۰ بهره برده است. برای مثال می‌توان به ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد. ماده مورد اشاره در تبیین برخی مصادیق افساد فی‌الارض به فساد اقتصادی نیز پرداخته و مجازات آن را در صورتی که به اخلاص گسترده و شدید انجامیده باشد یا خیر، از اعدام تا حبس تعزیری اعلام نموده است.

این‌گونه جرم‌انگاری و تعیین مجازات در جرایم اقتصادی اولاً با توجه به اینکه ارتکاب جرم در نظام قانون‌گذاری کیفری جمهوری اسلامی نقض اوامر و نواهی الهی شمرده می‌شود، ثانیاً با عنایت به اینکه اقتصاد ایران در حال حاضر اقتصاد دولتی یا ارشادی است و ثالثاً با توجه به صبغه فقهی جرایم محاربه و افساد فی‌الارض و مبارزه با نظام اسلامی توجیه شده است.

۲.۲. شاخصه‌های امنیت‌گرایی در حقوق کیفری شکلی

امنیت‌گرایی در نظام حقوق کیفری ایران در قبال جرایم اقتصادی از یک‌سو ذیل ساختارها و نهادهای رسیدگی‌کننده و از سوی دیگر از حیث ترتیبات و تشریفات رسیدگی قابل بررسی است که به ترتیب به این شرح است:

سازوکارهای دادرسی عموماً در زمره مقررات شکلی حقوق کیفری است که از آن تحت عنوان آیین دادرسی کیفری نام برده می‌شود. بر اساس تعریف ماده ۱ «قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲»، مجموعه اصول و قواعدی را که برای کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی و... تا اجرای حکم و تعیین گستره وظایف و اختیارات مقام‌های قضایی و ضابطان دادگستری و نیز رعایت حقوق بزه‌دیده، بزهکار و جامعه وضع می‌گردد، آیین دادرسی کیفری می‌گویند. در نگرش امنیت‌گرایی در پاسخ‌دهی حقوق کیفری به جرایم برخی از تضمینات و قواعد دادرسی که به منظور رعایت دادرسی عادلانه و منصفانه وضع گشته و به نوعی ضامن رعایت حقوق بزهکار مذکور در ماده ۱ «قانون آیین دادرسی کیفری» است، نادیده انگاشته می‌شود^۱ و به‌نوعی آیین دادرسی کیفری در جرایم اقتصادی دادرسی متمایز از عموماًت آیین دادرسی کیفری شکل می‌گیرد و رسیدگی افتراقی به این جرایم حکمفرما می‌شود.

آیین دادرسی کیفری اقتصادی که از جلوه‌های برجسته افتراقی شدن دادرسی کیفری به شمار می‌رود، شامل آن دسته از ضوابط است که در چارچوب آنها از مقررات ناظر به نهادها و کارگزاران رسیدگی‌کننده به جرم‌های اقتصادی، چگونگی دادرسی ناظر به این نوع بزهکاری‌ها و نیز حق‌های کنشگران دعوای کیفری برآمده از جرم‌های اقتصادی سخن به میان می‌آید. این شاخه که در این هنگام مورد توجه شماری از سیاست‌گذاران جنایی قرار گرفته، دارای خصیصه‌های متعددی است که تخصّص‌گرایانه بودن و همچنین برخوردار بودن از اصول و ضوابط ویژه از مهم‌ترین آنها هستند. به هر ترتیب جرایم اقتصادی، عمدتاً از سوی بزهکاران دارای حالت خطرناک بالا، ظرفیت جنایی و میزان سازگاری اجتماعی بالا و برای رسیدن به منفعت‌های مادی سرشار ارتکاب می‌یابد.^۲

همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، در رویکرد امنیت‌گرا و در تقابل حق امنیت جامعه و شهروندان در برابر بزهکار و بزه با حق بزهکار بر تضمین امنیت وی در برابر نهاد عدالت کیفری، خصوصاً با توجه به دارا بودن حالت خطرناک این بزهکاران و گستره آسیب‌های حاصل از ارتکاب ایشان در عرصه اقتصاد کلان، کفه ترازو به نفع حق جامعه و شهروندان ناکرده‌بزه سنگین‌تر می‌شود.

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «جامعه‌شناسی جنایی»، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱، ص ۱۸.

۲. نیازپور، امیرحسن، **آیین دادرسی کیفری اقتصادی**، چ ۱، نشر میزان، ۱۳۹۸، ص ۲۱.

امنیت‌گرایی در نظام حقوق کیفری شکلی ایران در قبال جرایم اقتصادی از یک‌سو ذیل ساختارها و نهادهای رسیدگی‌کننده و از سوی دیگر از حیث ترتیبات و تشریفات رسیدگی قابل بررسی است. با حاکمیت فضای امنیت‌گرا در فرایند رسیدگی به جرایمی که پاسخ‌دهی کیفری به آنها تابع این رویکرد است به نسبت آیین دادرسی جرایم دیگر تغییراتی ایجاد می‌شود. مهم‌ترین مصادیق این تغییر فرایند را می‌توان در موارد زیر خلاصه نمود.

۲.۲.۱. اختصاصی شدن رسیدگی‌ها

در یک تقسیم‌بندی کلی مراجع رسیدگی به جرم به عمومی و اختصاصی تقسیم می‌شوند. مراجع عمومی مراجعی‌اند که اصولاً صلاحیت رسیدگی به همه جرایم را دارند، مگر جرایمی که به‌طور استثنایی در صلاحیت مرجع دیگری قرار گرفته باشد و بالعکس به مراجعی اختصاصی می‌گویند که اصولاً صلاحیت رسیدگی به هیچ جرمی را ندارند، مگر اینکه قانون رسیدگی به جرمی را صراحتاً در صلاحیت آنها قرار داده باشد. درواقع باید گفت منظور از رسیدگی اختصاصی این است که قانون مرجع خاصی را برای رسیدگی به نوع یا انواع خاصی از جرایم اختصاص دهد به‌گونه‌ای که این مرجع صلاحیت رسیدگی به جرم دیگری را نداشته باشد.^۱

رسیدگی‌های اختصاصی به ویژه در برابر جرایمی که مخل امنیت به شمار می‌روند، عمدتاً با هدف شدت بخشیدن و عدم تسامح و تساهل در برابر مرتکبین این جرایم در نظر گرفته می‌شود. علاوه‌براین با توجه به روح حاکم بر رویکرد امنیت‌گرا در پاسخ‌دهی کیفری و استیلای حق امنیت شهروندان و جامعه بر حقوق متهم و بزه‌کار، محدودیت‌هایی در حقوق دفاعی متهم ایجاد می‌شود؛ حال آنکه همین حقوقی که به سبب رویکرد مذکور در این جرایم و اتهامات از متهم سلب شده در سایر جرایم در زمره حقوق بنیادین دفاعی برای وی شمره می‌شود. برای مثال می‌توان به سلب حق همراهی وکیل، عدم برگزاری علنی جلسات دادرسی، سرعت در رسیدگی کیفری و ... اشاره نمود. لازم به ذکر است رسیدگی در مراجع اختصاصی می‌تواند اصل برابری افراد در برابر قانون و مرجع رسیدگی‌کننده و نیز استقلال، بی‌طرفی و نفوذ ناپذیری این مراجع را با خطر روبه‌رو می‌کند.^۲

۱. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، ج ۲، چ ۳۰، نشر شهر دانش، ۱۳۹۴، ص ۵۴.

۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر، چ ۳، نشر شهر دانش، ۱۳۹۵، ص ۲۱۸.

قوانین موجود در حوزه جرایم اقتصادی دو گونه مرجع رسیدگی تخصصی و اختصاصی به وجود آورده است. مرجع تخصصی مرجعی است که حسب ضرورت در خصوص برخی جرایم صالح شناخته می‌شود و از این حیث شبیه مراجع اختصاصی است؛ ولیکن مراجع تخصصی، اختصاصی نیستند و در واقع شعبه‌ای از مراجع عمومی‌اند که تخصصی بودن آنها مانع از ارجاع پرونده‌های غیرتخصصی به آنها نیست.^۱ وفق ماده ۲۵ «قانون آیین دادرسی کیفری» «به تشخیص رئیس قوه قضائیه، دادرهای تخصصی از قبیل دادرای جرائم کارکنان دولت، جرائم امنیتی، جرائم مربوط به امور پزشکی و دارویی، رایانه‌ای، اقتصادی و حقوق شهروندی زیر نظر دادرای شهرستان تشکیل می‌شود». با دقت نظر در ماده فوق‌الذکر می‌توان گفت اولاً مراجع تخصصی مذکور منحصر به دادرای شده است. تشکیل این گونه مراجع تخصصی با توجه به ضرورت سرعت در تحقیقات مقدماتی به منظور حفظ آثار و ادله جرم امری معقول است. برخی دادرهای تخصصی جرایم اقتصادی عبارت‌اند از: دادرای رسیدگی به جرایم اقتصادی، دادرای رسیدگی به جرایم پولی و بانکی، دادرای رسیدگی به جرایم مالیاتی و در برخی جرایم (ارتشا) دادرای رسیدگی به جرایم کارکنان دولت.

قانون‌گذار کیفری ایران در برخورد با جرایم اقتصادی گاه صلاحیت رسیدگی به این جرایم را به دادگاه خاصی (دادگاه انقلاب)^۲ واگذار نموده و گاه به ضابطین یا نهادهای خاصی برای برخورد ویژه با این جرایم اعتبار قانونی یا مأموریت ویژه داده است.

۲.۲.۲. توسعه صلاحیت دادگاه انقلاب اسلامی

دادگاه انقلاب اسلامی یکی از مراجع اختصاصی رسیدگی است؛ پیش‌تر گفته شد به مراجعی اختصاصی می‌گویند که اصولاً صلاحیت رسیدگی به هیچ جرمی را ندارند، مگر اینکه قانون رسیدگی به جرمی را صراحتاً در صلاحیت آنها قرار داده باشد. درواقع باید گفت منظور از رسیدگی اختصاصی این است که قانون مرجع خاصی را برای رسیدگی به نوع یا انواع خاصی از جرایم اختصاص دهد؛ به گونه‌ای که این مرجع صلاحیت رسیدگی به جرم دیگری را نداشته باشد.

۱. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، منبع پیشین، ص ۵۷.

۲. رک: ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و ماده ۲ قانون مجازات اخلاگران در نظام اقتصادی کشور.

قانون‌گذار جمهوری اسلامی برای برخی از جرایم اقتصادی مذکور در ماده ۳۶ «قانون مجازات اسلامی» و تبصره آن، ضمن قوانین مربوط اقدام به تعیین دادگاه انقلاب به عنوان مرجع صالح به رسیدگی به این جرایم نموده است. برای مثال تبصره ۶ ماده ۲ «قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی» و ماده ۴۴ «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز» در رسیدگی به جرایم قاچاق کالا و ارز، قاچاق حرفه‌ای، سازمان یافته، قاچاق کالاهای ممنوع و قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس یا انفصال از خدمات دولتی رسیدگی به این جرایم را در صلاحیت دادسراها و دادگاه‌های انقلاب دانسته است؛ امری که با تصویب «قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲» و تصریح بند «ت» ماده ۳۰۳ این قانون به پذیرش صلاحیت دادگاه انقلاب در مواردی که به موجب قوانین خاص در صلاحیت دادگاه انقلاب قرار گرفته، خالی از اشکال قانونی به نظر می‌رسد.

با نگاهی به جرایمی که به موجب بندهای «الف» تا «پ» ماده ۳۰۳ فوق‌الذکر در صلاحیت دادگاه انقلاب قرار گرفته است، می‌توان نتیجه گرفت دادگاه انقلاب یک مرجع قضایی است که اصولاً در جرایم امنیتی خاص (جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی) صالح بوده و انتخاب این دادگاه با توجه به ویژگی‌های خاص آن برای رسیدگی به جرایم اقتصادی حاکی از امنیت‌گرا بودن رویکرد سیاست جنایی و کیفری ایران در قبال این جرایم است.

۲.۲.۳. تعیین ضابطان خاص در مورد برخی جرایم

ضابط دادگستری بازوان اجرایی دستگاه قضایی هستند که تحت نظارت و تعلیم مرجع قضایی وظایف و امور محوله را انجام می‌دهند.^۱ حسب قانون تکالیف گسترده‌ای به ضابطان ارجاع شده است. دامنه تکالیف ضابطان از نخستین دقایق پس از وقوع جرم شروع می‌شود و تا اتمام اجرای مجازات ادامه دارد. قانون ضابطان را به دودسته ضابط عام و خاص تقسیم نموده^۲ و حسب اینکه ضابط در کدام دسته از این تقسیم‌بندی قرار گیرد وظایف و اختیاراتی برای آنها مقرر کرده است. اصولاً ضابطان عام با رعایت شرایط قانونی صلاحیت دخالت در مورد تمام جرایم را دارند و وظایف و اختیارات آنها محدود به جرایم خاصی نیست؛ در مقابل ضابطان خاص

۱. رک: ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری.

۲. ذک: ماده ۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری.

علی‌الأصول اشخاصی هستند که صلاحیت دخالتشان محدود به شرایطی معین و جرایم خاص است و در غیر این جرایم حق دخالت ندارند.^۱

اصولاً تعیین ضابط خاص یا براساس انجام وظایف تخصصی مربوط به حوزه شغلی ضابط بوده که مواردی مانند فرمانده هواپیما به موجب ماده ۳۲ «قانون هواپیمایی کشوری مصوب ۱۳۲۸»، مأموران جنگل‌بانی بر اساس ماده ۵۴ «قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶»، مأموران شکاربانی وفق ماده ۱۹ «قانون شکار و صید مصوب ۱۳۴۶»، مأموران حفاظت سازمان گمرک طبق ماده ۳۷ «قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲» از این قبیل هستند و یا اینکه در برخی موارد برای تأمین امنیت در جمیع ابعاد آن وظایف و اختیارات مربوط به ضابطان حتی با اعمال توسعه در آن به نهادها و دستگاه‌های متولی تأمین امنیت واگذار می‌شود. بند «ب» ماده ۲۹ «قانون آیین دادرسی کیفری» در بیان مصادیق ضابطان خاص به مأموران وزارت اطلاعات اشاره نموده است.

فلسفه وجودی و وظایف وزارت اطلاعات در مواد ۱ و ۱۰ «قانون تأسیس وزارت اطلاعات جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۶۲» ذکر شده است. با نگاهی به این موارد می‌توان این‌گونه استنباط نمود که این وزارتخانه در جهت مقابله با تهدیدهای امنیتی داخلی و خارجی، مبارزه با جرایم علیه استقلال و تمامیت ارضی کشور و شناسایی وضعیت دشمنان ایجاد شده است. با توجه به اینکه عمده وظایف وزارت اطلاعات امنیتی است، اگر مأموران این وزارتخانه در رسیدگی به جرمی ضابط تلقی شوند می‌توان گفت جرم مزبور از جرایم امنیتی شمرده می‌شود. وزارت اطلاعات جمهوری اسلامی ایران در دو مورد در جرایم اقتصادی ضابط شمرده شده است. یکی از مصادیق تعیین وزارت اطلاعات به عنوان ضابط در جرایم اقتصادی بند «ب» ماده ۲۰۵ «قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹» و وزارت اطلاعات موظف است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «با هدف دفاع از حاکمیت و منافع ملی و تقویت تعامل با جامعه اطلاعاتی و پیشگیری و مقابله با تهدیدات و تهاجم اطلاعاتی و امنیتی داخلی و خارجی به ویژه استکبار جهانی اقدامات زیر را انجام دهد.

۱. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، منبع پیشین، ص ۶۳.

ب- پیشگیری و مقابله با فساد و اختلال در امنیت اقتصادی، جرائم سازمان‌یافته ضدامنیتی، اقدامات تروریستی و تهدیدات نرم امنیتی در مقام ضابط دادگستری».

مصادق دیگر تعیین وزارت اطلاعات به عنوان ضابط در جرایم اقتصادی ماده ۴ «قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد» است. براساس ماده مزبور «به منظور پیشگیری از شکل‌گیری فساد طبق تعریف ماده ۱ این قانون، وزارت اطلاعات موظف است نقاط مهم و آسیب‌پذیر در فعالیت‌های کلان اقتصادی دولتی و عمومی مانند معاملات و قراردادهای بزرگ خارجی، سرمایه‌گذاری‌های بزرگ، طرح‌های ملی و نیز مراکز مهم تصمیم‌گیری اقتصادی و پولی کشور در دستگاه‌های اجرایی را در صورت وجود گزارش موثق و یا قرائن معتبر مبنی بر تخلف یا سوءعملکرد، با کسب مجوز قضایی لازم پوشش اطلاعاتی کافی و مناسب بدهد.

تبصره ۱- وزارت اطلاعات نیز در پرونده‌های فساد مالی کلان ضابطه قوه قضائیه محسوب می‌شود.

تبصره ۲- وزارت اطلاعات موظف به پشتیبانی از بانک اطلاعاتی موجود در دبیرخانه است».

اعطای وظایف ضابط دادگستری به وزارت اطلاعات در مبارزه با مفاسد کلان اقتصادی نشان از اهمیت این جرایم نزد قانون‌گذار بوده و رویکرد امنیت‌گرا در مبارزه با جرایم اقتصادی را متبلور می‌سازد؛ خصوصاً اینکه این جرایم از حیث ضابط هم‌سنگ جرایم خرابکارانه و جرایم علیه تمامیت ارضی و استقلال کشور دانسته شده است.

۲.۲.۴. آیین‌نامه‌ای شدن دادرسی کیفری

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها دو مفهوم عام و خاص دارد. در مفهوم خاص، محور اصلی، جرم و مجازات است و گفته می‌شود هیچ عملی جرم نیست، مگر آنکه در قانون به آن تصریح شده باشد و هیچ مجازاتی اعمالی نمی‌شود، مگر به موجب قانون؛ ولی در مفهوم عام علاوه بر جرم و مجازات، صلاحیت دادگاه‌ها و تشریفات رسیدگی نیز ذیل این اصل ذکر می‌شود و هر دوی آنها را قانون تعیین می‌نماید.^۱ اصل سی و ششم قانون اساسی ایران در فصل سوم ذیل

۱. میلانی، علیرضا، «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در اسلام»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۲ و ۶۳، ۱۳۸۷، ص ۱۵۸.

عنوان حقوق ملت، بیان می‌دارد: «حکم به مجازات و اجزای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد».

از یک‌سو با ظهور پدیده‌های نوین مانند گسترش قلمرو حقوق کیفری در پرتو ظهور جرایم خارج از هسته مرکزی حقوق کیفری مانند جرایم اقتصادی که جرایمی فنی به‌شمار می‌روند و ارتکاب برخی از آنها مستلزم داشتن نوعی تخصص و مهارت در مرتکب آن است^۱ و از سوی دیگر حاکمیت رویکرد امنیت‌گرا در حقوق کیفری ماهوی، این اصل کلی و مترقی و به‌طور خاص جلوه شکلی آن که همانا ناظر بر صلاحیت محاکم و تشریفات رسیدگی است، نیز دستخوش تعرض می‌گردد تا جایی که صلاحیت دادگاه‌ها و نحوه رسیدگی به جرایم در آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌هایی وضع و تصویب می‌شود که اولاً همه آنها در دسترس عموم شهروندان قرار ندارد و ثانیاً مفاد برخی از این مصوبات صراحتاً مخالف قواعد عام رسیدگی‌های کیفری و بعضاً حتی مخالف صریح قوانین موضوعه هستند. برای مثال می‌توان به «آیین‌نامه اجرایی نحوه رسیدگی به جرایم عمده و کلان اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور»^۲ و تشکیل شعب دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم عمده و کلان اقتصادی موضوع استیجازه ریاست وقت قوه قضائیه از مقام رهبری اشاره نمود.

۲.۲.۵. ترتیبات و تشریفات رسیدگی

رسیدگی‌های کیفری اصولاً در نظام‌های حقوقی تمامی کشورها، هم از حیث اصول کلی حاکم بر دادرسی و هم از نظر تشریفات شکلی که در جریان این رسیدگی‌ها لازم‌الاجراست، تابع قواعد خاصی است. اصولی از قبیل اصل برائت، اصل تساوی سلاح‌ها، اصول تضمین‌کننده دادرسی منصفانه و عادلانه و نیز رعایت حقوق دفاعی متهم در همه رسیدگی‌ها مورد تأکید مقنن واقع شده است؛ فلذا به منظور نیل به این اصول، قانون‌گذار شاخصه‌هایی را در قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی نموده است. شاخصه‌ها و ابزارهایی که برای حفظ حقوق و کرامت هم متهمین و محکومین و هم سایر افراد دخیل در فرایند رسیدگی وضع شده و عدم رعایت این

۱. صفاری، علی، زینب لکی و راضیه صابری، «تنزل جایگاه اصل قانونمندی کیفری در پرتو آیین‌نامه‌ای شدن رکن قانونی جرایم»، نشریه حقوقی/دگستری، دوره ۸۵، ۱۴۰۰، ص ۵۷.

۲. مصوب ۱۳۹۹/۰۸/۰۷ ریاست وقت قوه قضائیه.

موارد از سوی مقام‌های رسیدگی‌کننده اعم از تعقیب و تحقیق و حتی مقام صادرکننده رأی در دادگاه ضمانت‌اجراهایی را در پی دارد.^۱

بدیهی است همان‌گونه که با شکل‌گیری زمینه‌های رویکرد امنیت گرا، حقوق کیفری ماهوی و سازوکارهای شکلی ناظر به رسیدگی‌های کیفری دچار تحول می‌گردد، به همان میزان نیز می‌بایست انتظار داشت تا ترتیبات و تشریفات رسیدگی نیز تغییر کنند تا سازگار و هماهنگ با یکدیگر در راستای اهداف سیاست‌گذاران جنایی در پیش بروند. نمونه بارز این تغییرات را می‌توان در تشریفات و فرایند رسیدگی به جرایم اقتصادی، که ذیل «آیین‌نامه اجرایی نحوه رسیدگی به جرایم عمده و کلان اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور» اشاره نمود.

گذشته از نحوه ارجاع پرونده‌های جرایم ارتكابی موضوع این آیین‌نامه، به شعب دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم عمده و کلان اقتصادی، به‌عنوان مثال در خصوص حق تجدیدنظرخواهی از آرای صادره که وفق عموماً آیین دادرسی کیفری به‌عنوان حق محکومین شناخته می‌شود، باید گفت وفق ماده ۱۹ آیین‌نامه مزبور «آرای صادره از این دادگاه به جز اعدام، قطعی و لازم‌الاجرا می‌باشد. احکام اعدام با مهلت حداکثر ۱۰ روز قابل فرجام در دیوان عالی کشور می‌باشد». حال آنکه بعضاً با توجه تسریع در فرایند رسیدگی‌ها در این جرایم که مورد تصریح و تأکید مواد مختلف این آیین‌نامه و فلسفه تشکیل این دادگاه‌ها نیز بوده است، صدور حکم حبس‌های طولانی‌مدت (بعضاً تا ۲۰ سال در قانون مجازات اخلاک‌گران)، و عدم امکان تجدیدنظرخواهی در غیر از موارد اعدام که شاید به‌نوعی متضمن تک‌مرحله‌ای شدن رسیدگی است، این احتمال را تقویت می‌کند که فرد یا افرادی بر اثر اشتباه به حبس محکوم گردند و این محکومیت البته بی‌بازگشت و غیرقابل تجدیدنظرخواهی است.

۱. رک: مواد مرتبط در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰.

نتیجه‌گیری

شکل‌گیری رویکرد امنیت‌گرا در سیاست جنایی و به تبع آن شیوع شاخصه‌های امنیت‌گرایی در نظام پاسخ‌دهی حقوق کیفری در وهله اول نتیجه شکست سیاست‌های اصلاحی و مبتنی بر بازپروری است. درواقع عدم کارایی سیاست‌های اجرایی جرم‌شناسی‌های رایج و سنتی در پیشگیری یا کاهش ارتکاب برخی جرایم، به‌ویژه جرایم اقتصادی، منجر به تغییر رویه سیاست جنایی در قبال این جرایم شده است؛ علی‌الخصوص در نظام‌های سیاسی که اقتصاد دولتی یا ارشادی بر اقتصاد خصوصی و لیبرال غلبه دارد، حقوق کیفری نیز در راستای پیشگیری و مبارزه با این جرایم با تغییر نگرش خود اولاً ارتکاب این‌گونه بزه‌ها را دشمنی با جامعه و نظام سیاسی می‌داند و ثانیاً به‌جای اینکه مرتکب این جرایم را یکی از شهروندان دچار لغزش و انحراف شده تلقی کند، بزهکار را دشمن جامعه و شهروندان قانون‌مدار فرض می‌کند؛ فلذا با شدت و سختگیری در به کیفر رساندن بزهکار به دنبال طرد وی از جامعه است.

بازخورد و آثار عملی رویکرد امنیت‌گرا به جرایم اقتصادی در راستای اهداف جامعه و در بستر اجتماع، تعاملات میان حکومت و جامعه مدنی پایین‌ترین سطح ممکن کاهش می‌دهد و مداخله نظام اجتماعی و مشارکت آن در سیاست جنایی را به حاشیه می‌برد و از طریق پاسخ‌های کیفری سرکوبگرانه و شدید به‌عنوان اهرم و بازوی اجرایی تأمین امنیت، برای برقراری عدالت بهره می‌برد؛ لذا سیاست جنایی امنیت‌گرا که رسالت اصلی خود را تأمین امنیت در جمیع ابعاد آن می‌داند در مقابله با بزهکاران شدیدترین حربه را به کار می‌گیرد.

از این رهگذر امنیت‌گرایی یکی از برساخت‌های ناروایی است که بر سیاست جنایی تحمیل شده و یک روند انحرافی در فرایند پاسخ‌دهی به پدیده مجرمانه محسوب می‌شود؛ بنابراین رویکرد امنیت‌گرا، سازوکارهای جدیدی را به وجود می‌آورد که می‌تواند پاسخ‌های سختگیرانه خود به بزهکاری را به بهانه تأمین امنیت توجیه نماید. امنیت‌گرایی نیز مانند سایر رویکردها در سیاست جنایی باید در بوته آزمایش قرار بگیرد و کارآمدی و نارکارآمدی آن مشخص گردد؛ چراکه سیاست جنایی نامطلوب در آینده‌ای دور یا نزدیک، دچار چالش و با بن‌بست روبه‌رو خواهد شد.

باوجوداین، به نظر می‌رسد علی‌رغم سختگیری کیفری ناشی از حاکم شدن رویکرد امنیت‌گرا در جرایم اقتصادی که حتی می‌شود گفت برخی از شاخصه‌های آن در قانون‌گذاری‌های سال‌های

ابتدایی استقرار نظام جمهوری اسلامی مثل قانون «تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب» ۱۳۶۷ و «قانون مجازات اخلاگران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹» و... را نیز داشته است، نه تنها ارتکاب این جرایم کاهش نیافته، بلکه دامنه این جرایم گسترده‌تر شده و در اکثر حوزه‌های مالی و اقتصادی کشور شیوع پیدا کرده است؛ البته ناگفته پیداست یکی از دلایل عمده این امر دولتی یا ارشادی بودن نظام اقتصادی حاکم و به تبع آن فساد اداری موجود در بخش‌های اقتصادی دولت است.

بنابراین امنیت‌گرایی نمی‌تواند در اوضاع نابسامان جرایم اقتصادی در نظام حقوقی و اقتصادی ایران کارساز واقع شود. فلذا ادامه رویکرد حاضر در جرم‌انگاری صرفاً موجب تورم قوانین کیفری ناکارآمد خواهد شد؛ زیرا رویکرد امنیت‌گرا با مستمسک قرار دادن تأمین امنیت اقتصادی اولاً به دنبال وضع قوانین کیفری غیرضروری رفته و ثانیاً از جرم‌زدایی برخی موارد که مداخله کیفری در آن ضرورتی ندارد، جلوگیری می‌کند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. آقا بابایی، حسین، **قلمرو امنیت در حقوق کیفری**، چ ۱، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۹.
۲. بارانی، محمد، **پیشگیری از جرائم جهانی**، چ ۱، نشر میزان، ۱۳۹۳.
۳. جوانمرد، بهروز، **تسامح صفر سیاست کیفری سخت‌گیرانه در قبال جرائم خرد**، چ ۱، نشر میزان، ۱۳۸۸.
۴. خالقی، علی، **آیین دادرسی کیفری**، ج ۲، چ ۳۰، نشر شهر دانش، ۱۳۹۴.
۵. خالقی، علی، **نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری**، چ ۹، نشر شهر دانش، ۱۳۹۶.
۶. رحمدل، منصور، **تناسب جرم و مجازات**، چ ۱، انتشارات سمت، ۱۳۹۲.
۷. رحیمی نژاد، اسماعیل، **کرامت انسانی در حقوق کیفری**، چ ۱، نشر میزان، ۱۳۸۷.
۸. قاری سید فاطمی، سید محمد، **حقوق بشر در جهان معاصر**، چ ۳، نشر شهر دانش، ۱۳۹۵.
۹. میرمحمد صادقی، حسین، **جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی**، چ ۲۴، نشر میزان، ۱۳۹۲.
۱۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **درباره امنیت شناسی (از حق بر امنیت تا حق بر تأمین)**، دیپاچه بر مدیریت انسان‌مدار ریسک جرم، چ ۱، سودابه رضوانی، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۱.
۱۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **دفاع اجتماعی در آغاز سده بیست و یکم**، دیپاچه بر ویراست چهارم کتاب دفاع اجتماعی، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی و محمد آشوری، چ ۴، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱.
۱۲. نیازپور، امیرحسن، **آیین دادرسی کیفری اقتصادی**، چ ۱، نشر میزان، ۱۳۹۸.
۱۳. ولیدی، محمد صالح، **حقوق کیفری اقتصادی** ج ۲: جرایم علیه امنیت اقتصادی، چ ۱، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.

مقاله

۱۴. صفاری، علی، زینب لکی و راضیه صابری، «تنزل جایگاه اصل قانونمندی کیفری در پرتو آیین نامه ای شدن رکن قانونی جرایم»، نشریه حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، ۱۴۰۰، صص ۱۵۷-۱۸۷.

۱۵. کوشا، جعفر، «امنیت اقتصادی با تأکید بر پیشگیری و مبارزه با قاچاق کالا و پولشویی»، در: یادنامه شادروان دکتر رضا نوربها (ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی)، زمستان ۱۳۹۰، صص ۸۶۹-۸۷۴.

۱۶. گلدوست جویباری، رجب، مهدی ابراهیمی میانرزی و عبدالحسین سلطانی رنانی، «بررسی رویکرد امنیت‌گرا به جرایم اقتصادی در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی-قضایی، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷، صص ۵۹-۸۴.

۱۷. میر سعیدی، سید منصور و محمود زمانی، «جرم اقتصادی: تعریف یا ضابطه؟»، مجله پژوهش حقوق کیفری، شماره ۴، ۱۳۹۲، صص ۱۶۷-۱۹۹.

۱۸. میلانی، علیرضا، «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در اسلام»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۲ و ۶۳، ۱۳۸۷، صص ۱۵۷-۱۸۰.

۱۹. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، محمد فرجیها و سکینه خانعلی‌پور واجارگاه، «مشخصه‌های گفتمانی فرایند جرم‌انگاری ارتشا در دهه ۶۰ خورشیدی»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، صص ۱۵۷-۱۷۷.

درس‌نامه

۲۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی»، تقریرات درس جرم‌شناسی، دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳.

۲۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «جامعه‌شناسی جنایی»، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱.

Security-Oriented Approach of Iran's Criminal Policy towards Economic Crimes: Basis and Examples

Hossein MIRMOHAMMAD SADEGHI (Professor of Law, Shahid Beheshti University)

Abdolhossein SOLTANI RENANI (PhD Student of criminal law and criminology, Shahid Beheshti University)

Abstract

Criminal policy adopts principles and methods to respond delinquency which define its objectives and overall vision. Today, due to the widespread violations of economic security of governments and citizens resulted from economic crimes extension, particularly international and organized ones and their severe damage which may undermine economic and political security of the society, the criminal policy approach of reforming and rehabilitating criminals –i.e. delinquent-based approach has been changed to security-oriented approach. Regarding economic security as one of the main challenges of criminal policy, especially through organized criminal groups' formation, the principles and rules of criminalization, criminal liability and legal responses determination and imposition on perpetrators have also been changed. Therefore, considering the adopted security-oriented criminal approach, delinquents are deemed as enemies which lead to enemy-oriented criminal law. Consequently through the rule of this security-oriented approach in economic crimes, country's economic system has been damaged which will increase costs of dealing with these crimes. Thus, in this article, while studying Iran's legislative system's view of economic crime in terms of definition and examples, grounds for this security-oriented approach formation in response to these crimes and some of its characteristics will be examined.

Keywords:

Economic Security, Security-Oriented Approach, State-Run Economy, Disruption in Economic System, Moharaba and Efsad fi Al-Arz

جُستاری تطبیقی در تأثیر «نقض عامدانه» قرارداد بر امکان فسخ قرارداد

(بررسی نظام‌های حقوقی کامن‌لا، رومی-ژرمنی و حقوق ایران)

(مقاله علمی-پژوهشی)

ابراهیم عبدی پور فرد*

روح الله رضایی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۴

چکیده

فسخ قرارداد، شیوه جبرانی شدیدی است که به حیات حقوقی قرارداد خاتمه می‌دهد. از این رو، در اغلب نظام‌های حقوقی به عنوان آخرین عکس‌العمل در قبال نقض قرارداد به کار گرفته می‌شود. بر همین اساس، یکی از شروط اعمال این شیوه جبرانی، شدید بودن نقض است که در نظام‌های حقوقی مختلف با عناوین مشابهی از قبیل «نقض اساسی» یا «نقض عمده» بدان اشاره شده است، اما نقض عادی قرارداد، اصولاً نمی‌تواند دلیل کافی برای فسخ قرارداد باشد.

در نظام‌های حقوقی ملی و حقوق تجارت بین‌المللی، معیارهای مختلفی برای تشخیص کفایت شدت نقض برای فسخ قرارداد اندیشیده شده است. یکی از این معیارها «عامدانه بودن» نقض قرارداد است. نقض عامدانه قرارداد در حقیقت رابطه مبتنی بر اعتماد میان متعاملین را از بین برده و به طور متعارف باعث می‌شود متعهدله از آن پس، به اجرای قرارداد اعتماد و اطمینان نداشته باشد و بر همین اساس، نظام حقوقی حاکم بر قرارداد باید به عنوان یکی از شیوه‌های جبران، او را مستحق فسخ و پایان دادن به رابطه قراردادی بداند.

با این حال، رویکرد نظام‌های مورد مطالعه در این رابطه مختلف است. در برخی اسناد حقوقی مثل پی‌ای‌سی‌ال، دی‌سی‌اف‌آر و پی‌آی‌سی‌سی، نقض عامدانه صراحتاً یکی از مصادیق نقض اساسی دانسته شده است. قوانین مدنی جدید فرانسه و آلمان هرچند درباره مفهوم شدت نقض لازم برای فسخ قرارداد بیانی ندارند، اما رویه قضایی این کشورها عامدانه بودن نقض را یکی از معیارهای شدت نقض می‌دانند. در نظام‌های کامن‌لای عوامدانه بودن نقض نه به عنوان عاملی منحصر، بلکه در کنار سایر اوضاع و احوال می‌تواند امکان فسخ قرارداد را توجیه کند. در حقوق ایران، شدید بودن نقض برای فسخ عقد ضروری نیست و در نتیجه عامدانه بودن یا نبودن نقض هم دخالتی در قضیه ندارد. با وجود این، براساس مبانی فقهی در باب مسئولیت مدنی قراردادی و غیرقراردادی امکان تمایز میان نقض عمدی و غیرعمدی قرارداد وجود دارد.

کلیدواژگان:

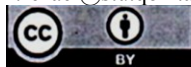
نقض عامدانه، نقض شدید، نقض عمده، فسخ قرارداد، شیوه جبران.

* استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه قم (نویسنده مسئول)

e.abdipour@qom.ac.ir

** دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه قم

r.rezaei@stu.qom.ac.ir



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

عدم اجرای قرارداد یا تعهدات قراردادی^۱ -در مفهوم عملی نشدن مفاد قرارداد- به لحاظ منشأ بر دوگونه است. گاه حادثه‌ای خارجی و غیرقابل انتساب به متعهد، مثل قوه قاهره، باعث می‌شود که وی قادر بر اجرای مفاد قرارداد نباشد. اما گاه دیگر، عملی نشدن قرارداد منتسب به خود متعهد و به واسطه تقصیر اوست. هرچند در هر دو صورت، خطای عقدی رخ داده،^۲ اما در مورد نخست به دلیل اینکه اجرا نشدن قرارداد قابل انتساب به متعهد نیست، هیچ‌گونه مسئولیت قراردادی نیز برای وی متصور نیست. اما شق اخیر که عملی نشدن قرارداد منتسب به خطای متعهد است، خود بر دوگونه است.^۳ گاه متعهد عالماً و عامداً و با سوءنیت وظایف قراردادی خود را ترک کرده و به عبارت بهتر عمداً از ایفای تعهدات خود امتناع می‌کند؛ مانند جایی که متعهد با وجود برخورداری از امکانات و توانایی‌های لازم برای اجرای بخش قراردادی خود، اما از اجرا سر باز می‌زند و در ایراد زیان و خسارت بر متعهدله، متعمد است و گاه دیگر، هرچند تعمد و سوءنیتی در عدم ایفای تعهدات خود ندارد، اجرا نشدن مفاد قرارداد در نتیجه سهل‌انگاری و بی‌مبالاتی اوست؛ برای مثال ممکن است متعهد به دلیل کوتاهی در انجام مقدمات اجرای قرارداد، ورشکستگی، در توقیف بودن و عدم دسترسی به اموال یا بیماری، قادر بر اجرای حصه قراردادی خود نباشد.

در مواردی که عدم اجرا منتسب به متعهد است (خواه به دلیل تقصیر عمدی یا غیرعمدی) درحقیقت «نقض قرارداد» اتفاق افتاده و در هر دو صورت (با جمع سایر شرائط) متعهد مسئولیت قراردادی پیدا می‌کند. بنابراین همان‌طور که مشهور حقوق‌دانان به‌ویژه در نظام‌های حقوق نوشته

۱. در لسان قانون مدنی جدید فرانسه *L'inexécution du contrat* و در لسان کامن‌لایی *non-performance of contractual obligations*.

۲. السنهوری، عبدالرزاق احمد، **دوره حقوق تعهدات**، ج ۱، ترجمه محمدحسین دانش‌کیا و سیدمهدی دادمرزی، دانشگاه قم، ۱۳۸۲، ص ۴۷۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، چ ۶ تهران: انتشار، ۱۳۹۰، ص ۱۳۸؛ شهیدی، مهدی، **آثار قراردادها و تعهدات**، چ ۲، مجد، ۱۳۸۳، ص ۶۳.

معتقدند، یکی از شرایط تحقق مسئولیت قراردادی، وجود تقصیر متعهد است. گرچه، برخی این تقصیر را مفروض دانسته^۱ و برخی دیگر خود نقض را تقصیر دانسته‌اند.^۲ از سوی دیگر، در نظام‌های کامن‌لای اصولاً برای تحقق مسئولیت وجود تقصیر لازم نیست و مسئولیت قراردادی مسئولیتی محض است.^۳ باین‌حال، در آنجا نیز درجه و نوع تقصیر طرف ناقض در امکان فسخ قرارداد دخیل و مؤثر است.

پس، مسلم است که نقض قرارداد ممکن است عاقدانه یا غیرعمدی باشد.^۴ در پیشینه این تحقیق در ادبیات حقوقی فارسی مباحث مفیدی در خصوص مفهوم نقض عاقدانه قرارداد و مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده آن به تفصیل ارائه شده است،^۵ بنابراین در اینجا نیازی به تکرار نیست، جز تأکید بر این نکته مهم که نقض عاقدانه قرارداد در مواردی اتفاق می‌افتد که متعهد به قصد نیل به نفع بیشتر یا اجتناب از تحمل زبانی که در صورت اجرای صحیح و کامل قرارداد از آن نفع

۱. شهیدی، مهدی، منبع پیشین، صص ۶۶ و ۲۳۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۶۵؛ صفایی، سیدحسین، **قواعدعمومی قراردادها**، ج ۲، ۳۳، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص ۲۲۰؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق تعهدات**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۲۸۹. باین‌حال برخی نویسندگان وجود تقصیر برای تحقق مسئولیت قراردادی را با دیده انکار و تردید نگریسته‌اند: بهرامی‌احمدی، حمید، **حقوق تعهدات و قراردادها**، تهران: دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۰، ص ۳۶۲؛ وحدتی‌شبیری، سیدحسن، **مبانی مسئولیت مدنی قراردادی**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۱.

3. Edwin Peel & G.H. Treitel, **The Law of Contract**, London: Sweet & Maxwell, 14th ed. 2015, p. 834.

با این‌حال، اظهارات کلی از این قبیل در خصوص حقوق انگلستان، بسیار خطرناک است، به دلیل اینکه ساختار پرونده‌محور حقوق قراردادهای انگلستان به ندرت اجازه تمیم راه‌حل‌ها و رویکردهای برگزیده در پرونده‌های خاص را می‌دهد (کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، ج ۳، ۳، تهران: انتشار، ۱۳۸۵، ص ۳۸۶). برای مثال هرچند در نظام کامن‌لا به‌طور کلی مسئولیت قراردادی یک مسئولیت محض است، اما درعین‌حال قانون تأمین و عرضه کالاها و خدمات مصوب ۱۹۸۲، مسئولیت ناشی از برخی تخلفات قراردادی را تقصیرمحور می‌داند.

۴. در حقوق خارجی برای اشاره به عاقدانه بودن نقض قرارداد از اوصافی چون willful، opportunistic، deliberate، intentional و bad faith و premeditated استفاده شده است. برای عدم اجرای غیرعمدی نیز عمدتاً اصطلاح inadvertent به کار می‌رود.

۵. رضایی، روح‌الله، ابراهیم عبدی‌پورفرد و اسماعیل نعمت‌اللهی، «نقض عاقدانه قرارداد و تأثیر آن بر جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۶، بهار ۱۳۹۸، صص ۱۳۵-۱۶۰.

محروم یا متحمل آن زیان می‌شد یا صرفاً برای ایراد ضرر به متعهده، از اجرای تعهدات قراردادی خود امتناع می‌ورزد.^۱

در نظام‌های حقوقی مختلف، برای نقض عاقدانه قرارداد، به دلیل شدت تقصیر و خطاکاری متعهد ناقض، آثار متعددی به رسمیت شناخته شده است؛ آثار منحصر به فردی که در موقعیت‌های نقض غیرعمدی، ماندنی ندارد.^۲ یکی از مهم‌ترین این آثار، که فرضیه پژوهش حاضر است، اساسی تلقی شدن نقض عاقدانه و به دنبال آن امکان تمسک متعهده ناکام به شیوه جبرانی فسخ قرارداد است. در هر نظام حقوقی، شیوه‌های جبرانی متفاوتی از قبیل الزام به اجرای عین تعهد، اجرای مورد تعهد توسط شخص ثالث یا متعهده و به هزینه متعهد، پرداخت خسارات پولی توسط طرف ناقض و نهایتاً فسخ قرارداد، در واکنش به نقض قرارداد اندیشیده شده است. با وجود اینکه شیوه اصلی جبران نقض در نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت است - در حقوق نوشته، نخستین شیوه جبران الزام متعهد به انجام عین تعهد و در نظام‌های کامن‌لای، پرداخت خسارت پولی^۳ به زیان‌دیده، شیوه جبران اصلی است -^۴ اما نقطه اشتراک هر دو نظام این است که فسخ قرارداد به عنوان یک شیوه جبران، مؤخر از سایر شیوه‌های جبران است.

در اغلب نظام‌های حقوقی، به‌ویژه نظام‌های رومی-ژرمنی، یکی از اصول مسلم - هرچند نانوشته - در حقوق قراردادها این است که تا حد امکان، قرارداد زنده و برقرار نگه داشته شود؛^۵ بر

۱. همان منبع، ص ۱۳۷.

۲. عمده این آثار در بستر شیوه‌های جبران نقض مطرح شده‌اند که این امر به معنای تشدید مسئولیت متعهد در موارد نقض عاقدانه قرارداد است.

۳. Damages؛ باید توجه داشت که در لسان حقوقی دو اصطلاح Damage و Damages بار معنایی متفاوتی دارند (Geoffrey Samuel, *Law of Obligations and Legal Remedies*, Cavendish; 2nd ed., (2001), p175). این واژه در شکل مفرد خود (Damage) به معنای خسارت یا زیان است، اما در شکل جمع (Damages) به مفهوم مبلغی است که برای جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد یا ضمان قهری به زیان‌دیده پرداخت می‌شود.

Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters, 11th ed., 2019, Damages.

۴. نعمت‌اللهی، اسماعیل و روح‌الله رضایی، «تبیین جایگاه منفعت اعتماد در حقوق غربی و شناسایی مصادیق آن در فقه»، *دانش حقوق مدنی*، دوره ۱۰، شماره ۲، اسفند ۱۴۰۰.

5. Markesinis, Unberath and Johnston, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Oxford: Hart Publishing, 2nd ed., 2006, p 388.

همین اساس، طبیعی است که شیوه جبرانی فسخ که به حیات قرارداد خاتمه می‌دهد، صرفاً در صورت کارگر نیفتادن و عدم کفایت سایر شیوه‌های جبران و به عنوان آخرین علاج و چاره،^۱ در دسترس زیان‌دیده قرارگیرد؛^۲ لذا صرف یک نقض عادی برای اعمال این شیوه جبرانی کفایت نمی‌کند و طرف بی‌گناه باید این واقعیت را اثبات کند که نقض مورد نظر، به‌نوعی شدیدتر از یک نقض عادی و ساده است.^۳ این آستانه برای ورود به شیوه جبرانی فسخ، عموماً تحت عنوان «نقض اساسی» یا سایر مترادف‌های آن در نظام‌های حقوقی مختلف مورد اشاره قرار گرفته است.^۴

پرسشی که این پژوهش درصدد یافتن پاسخی درخور برای آن است، این که آیا نقض عامدانه قرارداد به‌نوعی یک نقض شدید به حساب می‌آید؟ به عبارت دیگر، آیا عامدانه بودن نقض می‌تواند عاملی مؤثر و دخیل در اساسی و شدید تلقی شدن نقض قرارداد و در پی آن امکان فسخ قرارداد باشد؟ در ادامه به بررسی این مسئله در اسناد حقوقی راجع به حقوق قراردادهای، حقوق فرانسه و آلمان به عنوان نمایندگان خانواده رومی-ژرمنی، حقوق انگلستان و ایالات متحده به عنوان نمایندگان اصلی خانواده کامن‌لا و نهایتاً حقوق ایران و و فقه امامیه خواهیم پرداخت.

۱. در لاتین تحت عنوان «ultima ratio» به معنای آخرین مستمسک.

۲. صفایی، سیدحسین، **حقوق بیع بین‌المللی**، چ ۴، تهران: انتشارات دانشگاه، ۱۳۹۷، ص ۱۷۹.

3. GH Treitel, **Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account**, Clarendon Press: Oxford, 1988, p. 259; Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005, p. 67.

۴. برای مثال در حقوق انگلستان و ایالات متحده اصطلاح "fundamental breach" و "material breach" و "substantial breach"؛ در حقوق فرانسه اصطلاح "suffisamment grave"؛ در کنوانسیون وین، پی‌ای‌سی‌ال، پی‌ای‌سی‌سی، دی‌سی‌اف‌آر و سی‌ای‌اس‌ال اصطلاح "fundamental breach" به کاررفته است. برخی نظام‌های اروپای شرقی مانند استونی و کشورهای آسیایی مثل چین، اساسی بودن نقض را پیش‌شرطی برای امکان اعمال فسخ قرارداد تلقی می‌کنند. برخی دیگر نیز وجود سطحی از شدت نقض را شرط امکان فسخ قرارداد می‌دانند. نظام حقوقی آلمان نیز در اصلاحات سال ۲۰۰۲ در قانون مدنی، به تبعیت از کنوانسیون وین، اساسی بودن نقض را شرط فسخ قرارداد دانسته است.

Peter, Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds.), **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, Oxford University Press, 4th ed., 2016, p. 418.

۱. اسناد حقوقی بین‌المللی

در اغلب اسناد حقوقی بین‌المللی راجع به حقوق خصوصی به‌طور کلی و حقوق قراردادهای به‌طور خاص، برای فسخ قرارداد، اساسی بودن نقض، شرط است.^۱ فحواى کلی این مقررات این است که خاتمه دادن به قرارداد به‌عنوان یک شیوه جبران، نباید بدون یک دلیل موجه در دسترس باشد. فسخ قرارداد شیوه جبرانی شدیدی است که از یک سو باعث الغای تعهدات قراردادی طرفین می‌شود و از سوی دیگر متعاملین را مجبور می‌کند آنچه را براساس قرارداد سابق انجام داده‌اند، به حالت اولیه بازگردانند. بر همین اساس، یک نقض جزئی یا عادی بدین منظور کفایت نمی‌کند. حال باید دید آیا از نظر مقررات موجود در این اسناد، عامدانه بودن نقض قرارداد در اساسی تلقی شدن نقض و به دنبال آن در دسترسی متعهدله ناکام به فسخ قرارداد، نقشی ایفا می‌کند یا خیر؟

در کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، به عامدانه بودن نقض به‌عنوان عاملی دخیل در امکان خاتمه قرارداد، اشاره‌ای نشده است. نه در ماده ۲۵ که به بیان مفهوم و معیار نقض اساسی پرداخته و نه در مواد ۴۹ و ۶۴ که به فسخ قرارداد به‌عنوان شیوه جبرانی برای بایع و مشتری می‌پردازد، از عامدانه بودن نقض بیانی دیده نمی‌شود. از این رو، برخی شارحان کنوانسیون معتقدند نوع نقض - عامدانه یا غیر عمدی بودن - در اساسی محسوب شدن نقض قرارداد و امکان فسخ قرارداد، تاثیری ندارد.^۲ اینان معتقدند معیار تشخیص اساسی بودن نقض در ماده ۲۵ یک معیار عینی است که باید فارغ از قصد و انگیزه طرف ناقض در نظر گرفته شود.^۳

در مقابل، برخی دیگر از شارحان معتقدند که نقض‌های عامدانه باید همواره اساسی تلقی شوند.^۴ از منظر اینان، نقض قراردادی که همراه با تقصیر عامدانه یا تقصیر سنگین ارتکاب

۱. برای نمونه نک: کنوانسیون وین (مواد ۴۹، ۵۱، ۶۴ و ۷۲)؛ پی‌ای‌سی‌ال (مواد ۹:۳۰۱ و ۹:۳۰۴)؛ اصول یونیدگوا (مواد ۷:۳، ۷:۳، ۷:۳، ۷:۳)؛ دی‌سی‌اف‌آر (مواد ۳:۵۰۳ و ۳:۵۰۴) و سی‌ای‌اس‌ال (مواد ۱۱۴، ۱۳۴).

2. Peter, Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer, *op.cit.*, p. 427; Chengwei, Liu, **Remedies for Non Performance, Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL**, NY, Juris Publishing, 2007, para 645.

3. Peter, Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer, *Ibid.*

4. M. Karollus, 'Judicial interpretation and application of the CISG in Germany', *Cornell Review*, no 1, 1995, p. 51.

می‌یابد، از اساسی بودن آن نقض حکایت دارد.^۱ درحقیقت، عامدانه بودن نقض باعث از بین رفتن رابطه اعتمادی طرفین است که زیربنای رابطه قراردادی را تشکیل می‌دهد. پس از نقض عامدانه، دیگر متعهدله نخواهد توانست به اجرای تعهد از سوی شریک قراردادی خود اعتماد کند و همین امر او را مستحق پایان دادن به رابطه قراردادی می‌کند.

برخلاف کنوانسیون وین، سایر اسناد حقوقی مورد بحث (پی‌ای‌سی‌ال/بند (ج) ماده ۸:۳۰۱؛ دی‌سی‌اف‌آر/بند (ب) از بخش ۲ ماده ۳:۵۰۲ از کتاب سوم؛ پی‌آی‌سی‌سی‌سی/بند (ج) بخش ۲ از ماده ۷:۳۰۱) بر تأثیر نقض عامدانه و دخالت آن در امکان دسترسی متعهدله به شیوه جبرانی فسخ، تصریح دارند.^۲ درحقیقت در این اسناد حقوقی، نقض عامدانه قرارداد یکی از مصادیق نقض اساسی تلقی شده است. به همین دلیل می‌توان گفت قلمرو شیوه جبرانی فسخ در این سه سند موسع‌تر از کنوانسیون است. زیرا مقررات این اسناد، برخلاف کنوانسیون، عامدانه بودن نقض را نیز یکی از اسباب خاتمه دادن به قرارداد به حساب آورده‌اند.^۳

اما در میان این اسناد، دی‌سی‌اف‌آر از اهمیت بیشتری برخوردار است. به دو دلیل: یکی اینکه این سند حقوقی به لحاظ زمانی از سایر اسناد مورد بحث مؤخر بوده و همین امر بیانگر کامل‌تر بودن مقررات آن و بهره بردن از تجربیات اسلاف خود و تکمیل نواقص آنهاست. ازسوی دیگر دی‌سی‌اف‌آر، محور مشترک مقررات کشورهای اروپایی در خصوص حقوق خصوصی و نه فقط حقوق قراردادهاست. بنابراین، شایسته است با نگاه دقیق‌تری به رویکرد این سند به نقض عامدانه قرارداد و تأثیر آن بر امکان فسخ قرارداد بنگریم.

در این سند حقوقی برای بیان عامدانه بودن نقض قرارداد از اصطلاح "Intentional Breach" استفاده شده است. مطابق بند(۱) ماده ۳:۵۰۲ اگر نقض قرارداد اساسی باشد، متعهدله

1. Christoph Brunner, UN Sales Convention—CISG: Commentary on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Bern, 2nd ed., 2014, Art 25, para 8.

۲. این سه سند حقوقی در مقایسه با کنوانسیون حاوی معیارهای روشن‌تری برای تعیین اساسی بودن یا نبودن نقض قرارداد هستند، از جمله به این دلیل که علاوه بر ضابطه کلی مذکور در کنوانسیون، در بندهای متعددی به بیان معیارهای دیگری، از جمله عامدانه بودن نقض، نیز پرداخته‌اند که باید در ارزیابی اساسی بودن نقض مورد توجه قرار گیرند.

۳. شعاریان، ابراهیم، حقوق بیع بین‌المللی، شرح کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی، ج ۳، تهران: شهردانش، ۱۴۰۰، ص ۳۵۱.

می‌تواند به قرارداد خاتمه دهد. در ادامه، بند(۲) یکی از موارد نقض اساسی را جایی می‌داند که: «نقض قرارداد عاقدانه باشد و به متعهدله دلیلی بدهد برای اعتقاد به اینکه اجرای آتی متعهد قابل اتکا نیست».^۱

شروح و اظهارنظرهای مربوط به این ماده با ارائه برخی مثال‌ها، به تبیین معنای عاقدانه بودن موردنظر این ماده پرداخته‌اند.^۲ برای نمونه وقتی «الف» به‌عنوان عامل فروش انحصاری، با «ب» برای فروش محصولاتش قرارداد می‌بندد، اما متعاقباً محصولات تولیدی «ج» را نیز به‌فروش می‌رساند و بدین وسیله قرارداد خود با «ب» را نقض می‌کند، چنین موقعیتی برای فسخ قرارداد توسط «ب» بر مبنای عدم اجرای اساسی قرارداد، کفایت می‌کند. در چنین موقعیتی، اینکه «الف» از فروش محصولات «ج» هیچ سود اضافی به دست نیاورده است، دخالتی در قضیه ندارد. نقض عاقدانه قرارداد توسط «الف»، به‌طور متعارف باعث می‌شود «ب» به این اعتقاد برسد که پابندی آتی «الف» نمی‌تواند قابل اتکا و اعتماد باشد و همین امر برای اعمال این مقرر و فسخ قرارداد توسط «ب» کافی است.

باین‌حال به نظر می‌رسد روش اصول یونیدگوا که عاقدانه بودن نقض قرارداد و غیرقابل اعتماد بودن اجرای آتی را به‌طور مجزا و در دو بند آورده و وجود هر یک را برای اساسی تلقی شدن نقض کافی دانسته، از روش پی‌ای‌سی‌ال و دی‌سی‌اف‌آر منطقی‌تر باشد. زیرا وقتی متعهدله می‌بیند که متعهد عمداً از اجرای تعهد طفره می‌رود، به‌طور متعارف این اعتقاد در وی ایجاد می‌شود که دیگر نمی‌توان اعتماد کرد که چنین شخصی در آینده به تعهد خود عمل کند. علاوه بر آن، در موقعیت‌های عینی، صرف نقض عاقدانه عملاً همواره منجر به نقض اساسی قرارداد می‌شود. برای مثال یک امتناع عاقدانه آشکار از ایفای تعهد قراردادی پیش یا هم‌زمان با موعد اجرای تعهد، تشکیل‌دهندفل یک نقض اساسی است، مگر اینکه چنین امتناعی موجه باشد.^۳

با توجه به مقررات فوق، تردید نباید کرد که عاقدانه بودن نقض قرارداد یکی از عواملی است که به‌تنهایی می‌تواند تشکیل‌دهنده نقض اساسی باشد و در نتیجه امکان دسترسی متعهدله ناکام

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، **اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی**، ج ۵، تهران: شهردانش، ۱۳۹۵، ص ۳۲۲.

2. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)**, Study Group on a European Civil Code, 2009, p. 855.

۳. همانند موارد قانونی حق حبس. نک: Schlechtriem & Schwenzer, *op.cit.*, p. 293.

به شیوه جبرانی فسخ را فراهم کند. بر این اساس، حتی در مواردی که نقض قرارداد جزئی و کم‌اهمیت بوده و متعهدله را به‌طور اساسی از آنچه تحت قرارداد انتظار و استحقاق داشته، محروم نکند، اما چنین نقضی عامدانه باشد، باز هم زیان‌دیده می‌تواند آن را اساسی تلقی کند و به حیات قرارداد خاتمه دهد.^۱

۲. حقوق فرانسه

مقررات مربوط به تعهدات قراردادی در قانون مدنی فرانسه، از رهگذر اصلاحات سال ۲۰۱۶ دستخوش تغییرات قابل‌توجهی شده است. یکی از مهم‌ترین تغییرات^۲ صورت‌گرفته از قبل این اصلاحات در حوزه شیوه‌های جبران نقض، به رسمیت شناختن فسخ یک‌جانبه^۳ قرارداد است.^۴ تا پیش از آن، براساس ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی سابق، متعهدله ناکام، برای خاتمه‌دادن به قرارداد، ناچار بود از دادگاه بخواهد که حکم فسخ قرارداد را صادر کند.^۵ اما در حال حاضر، ماده ۱۲۲۶ قانون مدنی به متعهدله اجازه می‌دهد تا با شرایطی به‌طور یک‌جانبه اقدام به فسخ قرارداد کند.^۶ مهم‌ترین شرط برای امکان تمسک متعهدله به شیوه جبرانی فسخ یک‌جانبه قرارداد در حقوق

1. Robert Koch, **Commentary on Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG**, Cambridge, 2007, p. 34.

۲. بیشترین نوآوری‌های قانون جدید به شیوه‌های جبران نقض قرارداد مربوط می‌شود. تا پیش از این، مقررات مربوط به شیوه‌های جبران به‌طور پراکنده و غیرمنسجم در سرتاسر قانون مدنی مصوب ۱۸۰۴ بیان شده بودند، اما در حال حاضر تمامی شیوه‌های جبران در یک بخش گردآوری شده‌اند. ماده ۱۲۱۷ قانون جدید تمامی آنها را به ترتیب برشمرده است.

3. La résolution unilatérale

۴. در حقوق فرانسه از واژه‌های résolution و résiliation برای بیان فسخ قرارداد استفاده می‌شود. فسخ یک‌جانبه قرارداد در هر دو طرح اصلاحی کاتالا (ماده ۱۱۵۸) و طرح اصلاحی وزارت دادگستری (ماده ۱۶۸) نیز پیشنهاد شده بود.

5. Solen Rowan, "The new French law of contract", *International & Comparative Law Quarterly*, 66 no 4, 2017, p. 823; John Cartwright, *Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, Hart Publishing, 2009, p. 171.

۶. اکنون مقررات مربوط به فسخ یک‌جانبه در مواد ۱۲۲۴ تا ۱۲۳۰ آمده‌است.

فرانسه این است که عدم اجرای قرارداد از سوی متعهد ناقض، از شدت کافی برخوردار باشد.^۱ شایان ذکر است که هرچند فسخ یک‌جانبه تا پیش از اصلاحات اخیر از مبنای قانونی برخوردار نبود، اما سابقاً دیوان عالی فرانسه - چه شعب مدنی و چه شعب تجاری آن - به‌کرات در مواردی که نقض قرارداد از شدت کافی برای توجیه فسخ یک‌جانبه برخوردار بوده، چنین فسخی را مورد تأیید قرارداده‌اند؛^۲ تا جایی که برخی حقوق‌دانان آن را به‌عنوان مبنای جدیدی - در کنار فسخ قضایی و شرط فاسخ - برای فسخ قرارداد تلقی کرده بودند.^۳ رویه قضایی مزبور درصدد آن بود تا به متعهدلهی که با یک نقض شدید و جدی قرارداد مواجه می‌شود، اجازه دهد که منتظر فرایند طولانی رسیدگی قضایی که به لحاظ اقتصادی برای وی هزینه‌بر است، نشده و با فسخ یک‌جانبه قرارداد، منافع تجاری خود را در جای دیگر و با شخصی دیگر پی بگیرد.^۴ بی‌تردید، نقطه عطف حقوق فرانسه در تثبیت فسخ یک‌جانبه قرارداد تا پیش از اصلاحات قانون مدنی، رأی شعبه یکم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه در پرونده معروف تاکوویل (Tocqueville)^۵ در سال ۱۹۹۸ است.^۶ این رأی بی‌سابقه دیوان و عموم و اطلاق آن به‌روشنی بیانگر تثبیت یک مبنای جدید برای فسخ یک‌جانبه در موارد نقض شدید قرارداد بود. پس از آن نیز مفاد رأی مذکور، در پرونده‌های متعدد دیگر مطروحه نزد دیوان عالی کشور مورد ابرام و تأیید قرار گرفت.^۷

۱. مُنی أبوبکرالصدیق، «فسخ العقد بالأرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل ۲۰۱۶»، *روح القوانين*، شماره ۸۵، ژانویه ۲۰۱۹، صص ۸۱-۸۲.

2. Terré.F, Simler.P, & Lequette.Y, **Droit civil—Les obligations**, Dalloz, Paris, 12th ed., 2019, p. 863.

3. Christophe, Jamin, **Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique? Rapport français**, Bruylant: Bruxelles and LGDJ: Paris, 2001, p.458.

4. Terré.F, Simler.P, & Lequette.Y, *op.cit*, p. 864.

۵. ناگفته نماند تا پیش از این رأی نیز محاکم فرانسوی در برخی اوضاع و احوال خاص و به‌طوراستثنایی از قاعده فسخ قضایی عدول کرده‌اند. برای دیدن برخی از این آراء، برای مثال نک:

Hein Kötz, **European Contract Law**, translated from the German by Gill Mertens and Tony Weir, Oxford University Press, 2017, p. 219.

6. Cass civ (1) 13 October 1998, Bull civ I no 300, RTD civ 1999.

۷. برای مثال برای دیدن نمونه‌های جدیدتر نک: آرای صادره از دیوانعالی فرانسه در پرونده‌های ذیل:

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 février 2001, 99-15.170, Publié au bulletin; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 9 juillet 2002, 99-21.350, Publié au bulletin; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 28 octobre 2003, 01-03.662, Publié au bulletin; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 13 mars 2007, 06-10.229; Com 10 Feb 2009, pourvoi no 08-12415; Com 30 June 2009, pourvoi no 08- 14944, Civ (1) 24 Sept 2009, pouvoi no 08- 14524.

بی‌تردید، آرای از این قبیل، نقش مؤثری در به‌رسمیت شناختن فسخ یک‌جانبه در موارد نقض شدید قرارداد در اصلاحات قانون مدنی فرانسه ایفا کرده‌اند. اما اینکه شدید بودن نقض قرارداد به چه معناست و مؤلفه‌های آن کدام‌اند؟ آیا عامدانه بودن نقض برای تحقق این شرط کافی است؟ یا دست‌کم می‌تواند یکی از فاکتورها باشد؟ پاسخ چندان روشن نیست. قانون‌گذار فرانسوی به بیان این شرط اکتفا کرده است و هیچ سرنخی دربارهٔ معیار شدید بودن به‌دست نمی‌دهد. با این حال، دقت در مفاد آرای پیش‌گفته^۱ نشان می‌دهد معیار تعیین شدت نقض کافی برای فسخ قرارداد، ارتباط وثیقی با نوع نقض و شدت و درجهٔ تقصیر متعهد دارد. درحقیقت این نحوهٔ رفتار طرف ناقض، فارغ از آثار و تبعات چنین نقضی است که فسخ قرارداد را توجیه می‌کند؛ به‌گونه‌ای که اگر رفتار تقصیرآمیز مدیون به حد خاصی از شدت بالغ شود، به خودی‌خود برای تمسک طرف دیگر به فسخ قرارداد کفایت می‌کند. این معیار شخصی برای تعیین و تحقق شرط مذکور (کفایت شدت نقض) ریشه در رأی دیوان عالی در پروندهٔ تاکوویل دارد؛ چراکه در آنجا دیوان از اصطلاح «رفتار فاحش»^۲ برای توصیف نقض قرارداد از سوی متعهد استفاده کرده بود و پس از آن نیز در آرای دیگر از همین اصطلاح بهره گرفته شد. با این تعبیر، رفتار فاحش را می‌توان با تقصیر عمدی و تقصیرسنگین (یا فاحش) مترادف دانست؛ دو سطح شناخته‌شده از تقصیر شدید در حقوق فرانسه^۳ که تصمیم متعهدله به خاتمه دادن به قرارداد را توجیه می‌کند.^۴

۳. حقوق آلمان

حقوق تعهدات آلمان در سال‌های اخیر به‌طور قابل‌توجهی دستخوش تغییر و تحول قرار گرفته است. قانون تعهدات جدید در اول ژانویه ۲۰۰۲ لازم‌الاجرا شد و ساختار قانون مدنی در

۱. نک: زیرنویس شماره ۴۸.

2. comportement grave

۳. در حقوق فرانسه تقصیر عمدی و تقصیرسنگین علاوه بر اینکه معیار کفایت شدت نقض برای امکان فسخ قرارداد را برآورده می‌کند، آثار دیگری نیز دارد؛ از جمله اگر نقض قرارداد عامدانه یا همراه با تقصیر سنگین باشد، متعهدله ناکام می‌تواند خسارات غیرقابل پیش‌بینی را نیز مطالبه کند. همچنین متعهدی که عمداً یا با تقصیر سنگین قرارداد را نقض می‌کند، نمی‌تواند به شروط سلب یا تحدید مسئولیت مندرج در قرارداد تمسک کند. (رضایی، روح الله و دیگران، منبع پیشین، صص ۱۴۹-۱۵۲).

4. Sébastien Pellé, *La réception des correctifs d'équité par le droit*, Dalloz, 2011, p. 1230; Terré.F, Simler.P, & Lequette.Y, *op.cit*, p. 866.

خصوص شیوه‌های جبران در حال حاضر بر رهنمود اروپایی راجع به بیع‌های مصرف‌کننده^۱ مبتنی است.^۲ هرچند محرک اصلی برای اصلاح قانون مدنی همسویی و پیاده‌سازی رهنمود فوق بود، قانون‌گذار آلمانی لازم دید تا در سایر بخش‌ها از جمله مقررات مربوط به حقوق تعهدات نیز اصلاحاتی انجام دهد.

برخلاف عبارات مجمل و پیچیده قانون مدنی سابق، قانون جدید قواعد مربوط به شرایط و آثار فسخ قرارداد را با سادگی قابل‌فهمی بیان کرده است.^۳ براساس ماده ۳۲۳ قانون مدنی، متعهدله پیش از اقدام به فسخ، باید فرصت دوباره‌ای^۴ به متعهد برای اجرای قرارداد بدهد. مع‌هذا، مطابق بند ۲ ماده ۳۲۳ در موارد نقض شدید قرارداد، متعهدله می‌تواند بدون دادن مهلت اضافی، به‌طور یک‌جانبه به قرارداد خاتمه دهد.^۵ اما پرسش این است که نقض قرارداد در چه صورتی به‌قدر کافی شدید محسوب می‌شود؟ مطابق مقررات پیشین حتی سطح ناچیزی از شدت نقض بدین منظور کافی بود، اما مطابق مقررات کنونی بالا بودن شدت نقض برای فسخ قرارداد ضروری است.^۶ محور اصلی مشترک در موقعیت‌های تجویزکننده فسخ فوری در حقوق آلمان این است که عدم اجرا یا اجرای ناقص قرارداد آن‌چنان برای متعهدله زیان‌بار است که وی را «به‌طور اساسی از انتظارات قراردادی محروم می‌کند». چنین معیاری دقیقاً مشابه معیار «نقض اساسی» تحت کنوانسیون وین است.^۷

بند ۱ از بخش ۲ ماده ۳۲۳ قانون مدنی و بخش ۴ این ماده برخی از موقعیت‌های امکان فسخ فوری را برمی‌شمارند. مقررۀ نخست بیانگر موقعیتی است که در آن متعهد به‌طور اساسی و قطعی از اجرای قرارداد امتناع می‌کند. مقررۀ دوم، موقعیتی را تصویر می‌کند که در آن پیش از موعد اجرای قرارداد، به‌خوبی روشن است که متعهد قرارداد را اجرا نخواهد کرد. بی‌تردید دو مورد از مصادیق نقض عامدانه تحت مقررۀ اخیر قرار می‌گیرند: مورد اول، جایی است که متعهد پیش از رسیدن موعد اجرا، خود را به‌نوعی از اجرای تعهد ناتوان می‌سازد و مورد دیگر جایی که متعهد

1. Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

2. Markesinis, Unberath and Johnston, *op.cit.*, pp 379-392.

۳. در حقوق آلمان برای اشاره به فسخ قرارداد از واژه‌های Kündigung و Rücktritt استفاده می‌شود.

4. Nachfrist

5. Zimmerman, *op.cit.*, p. 74.

6. Markesinis, *op.cit.*, p. 427.

7. Kötz, *op.cit.*, p. 224.

از پیش اعلام می‌کند که مفاد تعهد را اجرا نخواهد کرد.^۱ در این موارد متعهدله می‌تواند بدون دادن مهلت دوباره برای اجرا، به قرارداد خاتمه دهد.^۲

۴. حقوق انگلستان

در حقوق انگلستان از دیرباز نسل‌های متعددی از حقوق‌دانان با این پرسش دست‌وپنجه نرم کرده‌اند که در چه اوضاع و احوالی، نقض قرارداد، زیان‌دیده را مستحق خاتمه دادن به قرارداد می‌کند؟ پاسخ کلاسیک حقوق انگلستان به این پرسش این است که به‌طور کلی در دو مورد امکان خاتمه دادن به قرارداد وجود دارد: مورد نخست جایی است که یکی از طرفین یکی از شروط مهم قراردادی^۳ را نقض می‌کند و مورد دوم، نقض به‌قدر کافی شدید یک شرط بی‌نام^۴ است.^۵ مهم بودن یک شرط ممکن است به‌حکم قانون، به تشخیص دادگاه یا به وسیله خود متعاقدين در قرارداد مشخص شود. در این موارد، امکان فسخ قرارداد به‌خاطر نقض شرطی است که برای قرارداد از اهمیت اساسی برخوردار است؛ هرچند آثار نقض چنین شرطی جزئی و ناچیز باشد.^۶ از سوی دیگر، نقض شرط بی‌نام در صورتی منجر به دسترسی زیان‌دیده به فسخ می‌شود که آثار و تبعات نقض چنین شرطی شدید و اساسی باشند.^۷ به عبارت دیگر، نقض شرط، مشروط‌اله را به‌طور اساسی از تمام آنچه برای آن معامله کرده است، محروم کند و درحقیقت «ریشه قرارداد را هدف قرار دهد».^۸ درواقع مقام اصلی بحث نقض اساسی قرارداد برای امکان

۱. برای نمونه نک: رأی صادره از دیوانعالی آلمان در پرونده: BGH 25 Feb. (1971) NJW 798 که دیوان معتقد بود اگر پیش از موعد اجرای قرارداد متعهد اعلام کند یا به نوعی نشان دهد که نمی‌خواهد یا نمی‌تواند به تعهدات خود عمل کند، روشن است که شرط فسخ فوری محقق شده و دیگر نیازی به تعیین مهلت اضافی برای اجرا وجود ندارد.

2. Kötz, *Id*, p. 228.

3. Condition

4. Innominate Term

5. Roger Halson & David Campbell, **Research Handbook on Remedies in Private Law**, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 166.

6. Solen Rowan, **Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance**, Oxford University Press, 2012, p. 72.

۷. برای دیدن دشواری‌های حاکم بر تعریف و تفاوت‌های شروط مختلف قراردادی نک:

Guenter Treitel, "Conditions and Conditions Precedents", *106 LQR*, 1990, p. 185.

۸. اظهارات لرد دیپلاک (Lord Diplock) در پرونده:

Hong Kong Fir Shipping Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd 1962.

فسخ در حقوق انگلستان، همینجاست؛ یعنی جایی که نقض شرط بی‌نام، تبعات منفی شدیدی در پی دارد.^۱ اما پرسش این است که برای تعیین اساسی بودن نقض قرارداد به چه عواملی باید توجه کرد؟ آیا عاقدانه بودن نقض نیز می‌تواند در این میان تعیین‌کننده باشد؟ رویه قضایی انگلستان پاسخ قاطعی در این زمینه ارائه نمی‌دهد. با این حال، نمی‌توان انکار کرد که در حقوق انگلستان نیز عاقدانه بودن نقض در کنار سایر فاکتورها در امکان تمسک به شیوه جبرانی فسخ، دخیل است.

در پرونده شرکت کشتیرانی هنگ کنگ،^۲ لرد دیپلاک معتقد بود در تعیین اینکه آیا نقض یک شرط بی‌نام به قدر کافی شدید است که توجیه کننده فسخ قرارداد باشد یا خیر، باید به چندین عامل توجه کرد؛ از جمله: خسارات به بار آمده از نقض، بهای اجرای دریافت‌شده به وسیله متعهدله زیان‌دیده، تمایل طرف ناقض به جبران نقض، احتمال وقوع نقض‌های آتی، کفایت یا عدم کفایت پرداخت خسارت متوقع و عاقدانه بودن رفتار متعهد.^۳ فحوای کلام وی این است که در برخی اوضاع و احوال، صرف عاقدانه بودن نقض می‌تواند فسخ قرارداد را توجیه کند. علاوه بر آن، در مواردی که متعهد در زمان اجرای قرارداد یا پیش از آن، عمداً خود را از اجرای تعهدات قراردادی ناتوان می‌کند، که این خود یکی از مصادیق نقض عاقدانه قرارداد است؛ متعهدله حتی پیش از فرا رسیدن زمان اجرای قرارداد می‌تواند به حیات قرارداد خاتمه داده و آن را فسخ کند. چنین مواردی را درواقع می‌توان مصادیقی از «نقض پیشاپیش قرارداد» دانست که به متعهدله حق فسخ قرارداد را می‌دهند.^۴

در پرونده اخیر والیلاس^۵ دو دندان‌پزشک قراردادی را منعقد می‌کنند که براساس آن خواهان می‌توانست از تجهیزات و خدمات ارائه‌شده به وسیله خوانده استفاده کند و درمقابل، ماهیانه ۵۰ درصد از حق ویزیت‌های دریافتی خود را به خوانده پرداخت کند. پس از مدتی رابطه این دو تیره‌وتار می‌شود و خواهان، پرداخت مبالغ را متوقف می‌کند. سه ماه بعد خوانده قرارداد را فسخ و

1. McKendrick, **Contract Law: Text, Cases and Materials**, Oxford: Oxford University Press, 12th ed., 2017, n. 10-4; Markesinis, *op.cit.*, p. 424.

2. Hong Kong Fir Shipping Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd, 1962.

3. Guenter Treitel, **Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account**; *op.cit.*; McKendrick, *Ibid.*, p. 783.

4. Solen Rowan, **Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance**, p. 75.

5. Ioannis Valilas v Valdet Januzaj [2015] EWCA Civ 436.

در پی آن خواهان اقامه دعوی خسارت می‌کند. دادگاه بدوی و تجدیدنظر معتقد بودند که عدم پرداخت خواهان یک نقض به قدر کافی شدید نبوده که بتواند خوانده را مستحق فسخ قرارداد کند. اما در مجلس لردان، لرد آندرهیل^۱ بر این نکته تأکید می‌کند که خواهان با اتخاذ یک «انتخاب عامدانه» از ترتیبات قراردادی عدول کرده و این امر خوانده را از دریافت آنچه به صورت مستمر و روشن مستحق آن بوده، محروم کرده است.^۲ بر همین اساس، وی معتقد بود که فسخ قرارداد در این پرونده یک شیوه جبرانی مناسب است.

۵. حقوق ایالات متحده: عامدانه بودن نقض و نقض عمد

مطابق بخش ۱۰۶-۲ از قانون تجاری متحدالشکل (یو سی سی) - «خاتمه دادن»^۳ به قرارداد یک دعوی قابل دسترس برای طرفی است که با عدم اجرایی که نقض قرارداد محسوب نمی‌شود، مواجه می‌گردد؛ در حالی که «الغای قرارداد»^۴ اصطلاحی است که به دعوی خاتمه دادن به قرارداد پس از وقوع نقض اختصاص دارد.^۵ «الغای قرارداد تحت حقوق ایالات متحده یک شیوه جبرانی دفاعی تلقی می‌شود. این شیوه جبران صرفاً وقتی فعال می‌شود که نقض قرارداد «عمده»^۶ باشد. علی‌الظاهر، در این نظام حقوقی هر نقضی منجر به مسئولیت قراردادی می‌شود، اما این گونه نیست که هر نقضی برای دسترسی به شیوه جبرانی فسخ قرارداد کافی باشد. به تعبیری نقض قرارداد شرط لازم است اما شرط کافی نیست.

در حقوق ایالات متحده وجود ارتباط بین نقض عامدانه و شیوه جبرانی فسخ به نحوی صریح‌تر و روشن‌تر از حقوق انگلستان قابل اثبات است. اشاره به این نمود حقوقی به خصوص تحت عنوان فسخ قرارداد، کمی رندانه و همراه با تسامح است؛ چراکه برخورد کامن‌لای آمریکایی با این موضوع کمی متفاوت است؛ یعنی آن را مسئله‌ای از حقوق استرداد می‌داند. در حقوق

1 Underhill

2. *Ibid*, p. 64.

3. Termination

4. Cancellation

۵. نک:

Gregory Klass, *Contract Law in the USA*, Kluwer Law International, 2nd ed., 2012, p. 180;

با این حال، به نظر می‌رسد چنین تفکیکی از انسجام لازم برخوردار نیست؛ چراکه اصطلاح «خاتمه دادن» به قرارداد برای بیان دعوی طرف غیرناقص برای پایان دادن به قرارداد پس از وقوع نقض نیز به کار رفته است.

6. Substantial Breach

ایالات متحده مطابق دکترین اجرای عمده^۱ وقتی اجرای قرارداد توسط یکی از متعاقدين اساسی اما ناتمام تلقی شود، وی می‌تواند با وجود ناقص بودن اجرای خود، اجرای طرف دیگر را مطالبه کند یا استرداد آنچه به طرف مقابل پرداخته است، بخواهد. اما اگر یکی از طرفین به طور اساسی قرارداد را اجرا نکند و درحقیقت مرتکب نقض عمده آن شود، وی به‌طور کلی مجاز به استرداد منافعی که از رهگذر اجرای جزئی خود به طرف دیگر منتقل کرده، نخواهد بود.

توجه به این پیش‌زمینه، برای طرح مسئله تأثیر و دخالت عامدانه بودن نقض بر امکان فسخ قرارداد در حقوق ایالات متحده ضروری بود. حال پرسش این است که آیا طرف ناقض پس از اینکه به‌طور عامدانه مرتکب نقض قرارداد می‌شود، از حقی بر نوعی از استرداد برخوردار است یا خیر؟ در این‌گونه مواقع، نقض عامدانه با اجرای عمدی تعهد به شیوه‌ای نادرست، اتفاق می‌افتد.

در حقوق ایالات متحده، این مسئله موجب بروز مشکلات و اختلافاتی شده است. برخی محاکم از حکم به استرداد به نفع طرف ناقض امتناع کرده‌اند؛ به این دلیل که نقض ارتكابی توسط وی یک نقض عامدانه بوده، نه یک نقض اتفاقی یا از روی غفلت و سهل‌انگاری.^۲ برخی دیگر کیفیت و نحوه نقض قرارداد را به‌عنوان فاکتوری دخیل در تصمیم‌گیری راجع به اینکه آیا استرداد باید اجازه داده شود یا نه، مورد توجه قرار نداده‌اند.^۳ چنان‌که یکی از نویسندگان معتقد است، وقتی که دعوا برای مطالبه بهای کار و منافع منتقل شده به وسیله طرف ناقض اقامه شده، استدلال به نفع مدنظر قراردادن کیفیت و نوع نقض قوی‌تر است از جایی که موضوع دعوا بازپس‌گیری ثمن پرداختی است. علت این است که مجاز دانستن استرداد درمورد نخست هم تعهدی متفاوت از آنچه زیان‌دیده برای آن قرارداد منعقد کرده و هم بار اثبات ورود خسارات ناشی از نقض را بر وی تحمیل می‌کند.^۴ علاوه براین، ماده ۳۴۷ از ری‌استیتمنت دوم راجع به حقوق قراردادهای^۵ بیانگر این است که یک انحراف عامدانه از مفاد قرارداد می‌تواند موجب رد

1. Substantial Performance

2. Harris v. The Cecil N. Bean 197 F.2d 919 (1952).

3. Begovich v Murphy, 101 N.W. (1960).

4. Farnsworth, E.Allen, **Contracts**, New York: Aspen, 4th Ed, 2004.

5. Restatement Second of Contracts (1981).

دعوی استرداد طرف ناقض شود. به عبارت روشن‌تر، طرفی که عمداً از اجرای عمده بخش قراردادی خود امتناع کرده، نمی‌تواند مدعی استرداد شود.^۱

مفهوم نقض عمده که در حقوق ایالت متحده مورد اشاره قرار گرفت، ممکن است خواننده را به یاد مفهوم نقض اساسی در اسنادی مانند DCFR, PECL, PICC و CISG بیندازد. بی‌درنگ این پرسش به ذهن می‌رسد که «عمده بودن» نقض دقیقاً معادل چیست؟

تأحدود زیادی، همانطور که در تعیین مفهوم اجرای عمده نیز قضیه از همین قرار بود، خود متعاقدين می‌توانند تصمیم بگیرند که چه نوع نقضی عمده است و کدام نیست. اما وقتی متعاقدين توافقی در این رابطه ندارند، پرسش فوق به قوت خود باقی است. پریلو معتقد است عمده بودن نقض به چندین عامل بالقوه بستگی دارد، اما «نقض عامدانه قرارداد احتمال بیشتری دارد که یک نقض عمده تلقی شود در مقایسه با نقضی که به خاطر غفلت یا به سبب اوضاع و احوال تصادفی اتفاق افتاده است».^۲

یک نمونه خوب در این رابطه پرونده‌ای از ایالت ویسکانسین است که در آن یک شرکت حمل‌ونقل عمومی عمداً به قرارداد خود با یک شرکت ساختمانی با موضوع بازسازی یک پایانه اتوبوس شهری خاتمه می‌دهد. دادگاه معتقد بود که: شرکت حمل‌ونقل که در سال ۱۹۸۲ «تصمیم به نادیده گرفتن و پایان دادن به معامله» گرفته، درواقع با این کار با سوءنیت عمل کرده و مرتکب نقض عمده توافقی شده است.^۳

به نظر می‌رسد عنصر عامدانه بودن در تصمیم دادگاه در عمده تلقی کردن نقض، دخیل بوده، به‌ویژه به این دلیل که دادگاه به خود قرارداد نیز اشاره کرده است و می‌گوید: شرکت حمل‌ونقل می‌توانست مطابق قرارداد برای عدم موافقت خود با طرح مورد نظر شرکت ساختمانی، به دلایل مختلفی تکیه کند. با این حال، در هیچ جای قرارداد به وی اجازه داده نشده که بتواند قرارداد را خاتمه دهد، به صرف اینکه چنین اقدامی را به لحاظ مالی به صرفه می‌داند.^۴

1. Joseph M. Perillo, "Restitution in the Second Restatement of Contracts", *Columbia Law Review*, Vol. 81, No. 1, Jan., 1981, p. 37.

2. Joseph M. Perillo, **Contracts**, West Academic Publishing, 7th ed., 2014, p.397.

3. Greyhound Lines Inc. v. Morton, Wis. 19, 1984, p. 63.

4. *Ibid.*

نمونه دیگری از ارتباط بین عامدانه بودن نقض و خاتمه قرارداد پرونده امریکن سایننتیفیک^۱ است. واسربرگر^۲ به عنوان بازاریاب برای شرکت امریکن سایننتیفیک^۳ کار می‌کرد و محصولات آن را به شرکت یونایتدمدیکال^۴ می‌فروخت. براساس یک توافق شفاهی بین واسربرگر و امریکن سایننتیفیک، مقرر شده بود شرکت درقبال هر سفارشی مبلغ معینی از باب کمیسیون به او بپردازد. به‌مرور زمان دو مشکل در این بین بروز کرد: نخست اینکه امریکن سایننتیفیک مدعی شد بخشی از مفاد قرارداد عبارت از وظیفه واسربرگر در یافتن مشتریان بیشتر برای محصولات شرکت بود. واسربرگر کمابیش قبول داشت که برخلاف تعهد قراردادی خود تلاش چندانی برای جذب مشتریان جدید به خرج نداده است. مشکل دوم مربوط به تأخیر در پرداخت کمیسیون‌ها بود. واسربرگر معتقد بود که پرداختی‌های شرکت با تأخیر زیاد همراه بود؛ در نتیجه وی شروع به کارکردن برای یک کارفرمای دیگر کرده و یونایتدمدیکال را متقاعد کرد تا همان محصولات قبلی را از کارفرمای جدید خریداری کند. متعاقباً یونایتدمدیکال، امریکن سایننتیفیک را از قرارداد جدید خود و نقش واسربرگر در آن مطلع کرد. بر همین اساس، امریکن سایننتیفیک اقدام به فسخ قرارداد خود با واسربرگر می‌کند.

مسئله پرونده این بود که یونایتدمدیکال برای مدت مشخصی پس از فسخ قرارداد بین واسربرگر و امریکن سایننتیفیک و پیش از اینکه یونایتدمدیکال وارد قرارداد با تأمین‌کننده جدید شود، همچنان به خرید محصولات از امریکن سایننتیفیک ادامه داده بود. اما امریکن سایننتیفیک برای سفارش‌های این دوره زمانی، هیچ کمیسیونی به واسربرگر پرداخت نکرده بود. واسربرگر اقدام به اقامه دعوا و ادعا می‌کند وی پس از خاتمه قرارداد هم حقی بر دریافت کمیسیون داشته است؛ چراکه فروش‌های این مدت بدون تلاش‌های پیشین وی امکان‌پذیر نبوده و به عبارت دیگر وی به‌طور اساسی تعهدات خود را انجام داده است. دادگاه عالی ایالت اُرجان معتقد بود نقض قرارداد توسط واسربرگر در هر دو مورد عامدانه و عمدی بوده است. اولاً وی آن‌گونه که مطابق قرارداد می‌بایست درصدد یافتن مشتریان جدید برنیامده و ثانیاً تلاش برای متقاعد کردن یونایتدمدیکال به انعقاد قرارداد با کارفرمای جدید نیز نشانه روشنی از نقض عامدانه قرارداد است.

1. Wasserburger v. American Scientific Chemical, Inc. (1973).
2. Wasserburger
3. American Scientific
4. United Medical

در تحلیل این رأی باید گفت: اگرچه عاقدانه بودن نقض تنها معیار دادگاه‌ها برای عمده تلقی کردن نقض نبوده، اما به نظر می‌رسد در این پرونده دادگاه عمده بودن نقض را به‌طور ویژه از عاقدانه بودن رفتار واسربرگر استنباط کرده است.

در نتیجه، روشن است که حقوق ایالات متحده عاقدانه بودن نقض قرارداد را به‌عنوان یک عنصر دخیل و مؤثر در تحقق نقض عمده قرارداد به حساب می‌آورد. مسئله عمده بودن یا نبودن نقض در ارزیابی دسترسی طرف زیان‌دیده به شیوه جبرانی فسخ قرارداد از اهمیت بسیار برخوردار است و در رویه قضایی ایالات متحده شواهد و نشانه‌های جدی وجود دارد که بر تأثیر و دخالت عاقدانه بودن نقض در ارتباط با شرط «عمده بودن نقض» برای امکان فسخ قرارداد، صحه می‌گذارد.

۶. حقوق ایران و فقه امامیه

در رابطه با این مسئله که آیا در صورت عدم ایفای تعهد از سوی متعهد، متعهده ناکام بدو امکان تمسک به فسخ عقد را دارد یا اینکه درخواست اجبار متعهد به انجام تعهد بر فسخ مقدم است، بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. این بحث در منابع فقهی عمدتاً تحت مبحث شروط ضمن عقد و به‌طور خاص شرط فعل مطرح می‌شود؛ با این حال چنان که برخی فقها به‌درستی اشاره کرده‌اند، اختصاصی به شروط ضمن عقد نداشته و در حوزه عدم ایفای تعهدات اصلی عقد نیز قابل طرح است.^۱

بررسی ادله موافقان و مخالفان تقدم اجبار به انجام تعهد بر فسخ عقد یا اختیار ابتدایی متعهده بر فسخ عقد، از حوصله این پژوهش خارج است و ما را از مقصود اصلی دور می‌کند. فقط به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که عقیده غالب و مشهور^۲ این است که در موارد نقض قرارداد، اجبار متعهد به ایفای مورد تعهد بر فسخ عقد مقدم است و متعهده صرفاً پس از تعذر یا تعسر

۱. حسینی مراغی، عبدالفتاح، **العناوین**، ج ۲، چ ۳، قم: النشر الاسلامی، ۱۴۲۹ هـ. ق، ص ۲۸۳. ایشان می‌فرماید: «وقد عرفت أن الشرط ليس إلّا كنفس المعاوضه فی الإنشاء و الإلزام، و تسميته شرطاً باعتبار كونه أمراً خارجاً مرتبطاً، فحكمه حكم اصل المعاوضه فی الإلزام و الإجبار».

۲. برای دیدن استدلالی که متعهده را در اجبار متعهد یا فسخ قرارداد مختار می‌داند نک: صفایی، سیدحسین، و نعمت‌الله الفت، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، نامه مفید، شماره ۷۹، (۱۳۸۹)، صص ۵۳ به بعد؛ صادقی نشاط، امیر، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۸، ص ۳۱۱.

اجبار، به‌عنوان آخرین راه چاره می‌تواند با فسخ به حیات حقوقی عقد پایان دهد.^۱ قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه، همین شیوه را درپیش گرفته است.^۲ بر این اساس، خواه در موارد نقض تعهدات اصلی از سوی متعهد (مواد ۴۷۶ و ۵۳۴ ق.م) و خواه در موارد عدم انجام شرط ضمن عقد از سوی مشروط‌علیه (ماده ۲۳۹ ق.م)، به‌عنوان یک قاعده کلی، زیان‌دیده ابتدا باید اجبار طرف ناقض به اجرای عین تعهد را بخواهد.^۳

بنابراین، تردیدی نیست که در حقوق کنونی ایران نیز فسخ قرارداد در اغلب موقعیت‌های نقض قرارداد،^۴ به‌عنوان یک شیوه جبران استثنایی و مؤخر از اجرای عین تعهد ایفای نقش می‌کند،^۵ لذا از این جهت با مقررات موجود در سایر نظام‌های داخلی و اسناد حقوقی مورد بحث مشابه است.^۶ باین‌حال، برخلاف نظام‌های حقوقی دیگر، قانون‌گذار ایران برای امکان تمسک متعهدله ناکام به فسخ قرارداد هیچ‌گونه شرط اضافی درنظر نگرفته است. به‌عبارت دیگر، چنان‌که در حقوق دیگر کشورها و حقوق تجارت بین‌الملل دیدیم، یک نقض عادی قرارداد نمی‌تواند تمسک به فسخ قرارداد را توجیه کند، بلکه برای این منظور لازم است نقض ارتكابی از شدت کافی برخوردار باشد یا به سطح یک نقض اساسی و عمده بالغ شود؛ اما در حقوق ایران تفکیکی بین نقض اساسی و غیراساسی و توجه به نوع و شدت نقض دیده نمی‌شود.^۷ درحقیقت قانون‌گذار

۱. برای نمونه نک: کرکی، علی‌بن‌حسین، **جامع‌المقاصد**، ج ۴، قم: آل‌البیت، ۱۴۱۱ هـ. ق، ص ۴۲۲؛ شیخ انصاری، مرتضی‌بن محمدامین، مکاسب، ج ۶، چ ۱۸، قم: مجمع‌الفکرالإسلامی، ۱۴۳۲ هـ. ق، ص ۷۰؛ نجفی، محمدحسن، **جواهرالکلام**، ج ۲۳، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م، ص ۲۱۸؛ موسوی‌خمینی، سیدروح الله، **البیع**، ج ۵، چ ۴، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ هـ. ق، ص ۲۱۹؛ طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، چ ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۸ هـ. ق، ص ۱۲۷.

۲. امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۳۴، تهران: اسلامیه، ۱۳۹۲، ص ۳۴۴.

۳. صفایی، سیدحسین، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، ص ۲۱۶.

۴. البته این‌گونه نیست که لزوماً تمامی افراد فسخ مبتنی بر وقوع نقض باشند، برای نمونه خیارمجلس، حیوان و شرط وابسته به نقض عقد نیستند، بلکه مبتنی بر تحقق خیار هستند؛ اما در اغلب مواقع حق فسخ قرارداد به‌دنبال وقوع نقض پدید می‌آید.

۵. با این‌حال در برخی موارد استثنایی، پس از وقوع نقض، متعهدله می‌تواند مستقیماً عقد را فسخ کند، مانند ماده ۴۰۲ قانون مدنی در رابطه با خیار تأخیر ثمن.

۶. صفایی، سیدحسین، **حقوق بیع بین‌المللی**، منبع پیشین، صص ۱۸۰-۱۸۱.

۷. شعاریان، ابراهیم، **حقوق بیع بین‌المللی**، منبع پیشین، ص ۳۵۱.

ایران با بی‌اعتنایی به عنصر شدت نقض، دچار یک افراط و تفریط شده است. درحالی‌که برای مثال در بیع عین معین کوچک‌ترین نقض عهده‌ی سبب ایجاد حق فسخ قرارداد برای متعهدله می‌شود،^۱ اما برای مثال در بیع کلی، هر اندازه هم که نقض قرارداد شدید و اساسی باشد، موجب ایجاد چنین حقی نمی‌شود.

بنا به مطالب پیش‌گفته، به نظر می‌رسد از دیدگاه فقهی و حقوق ایران، عامدانه بودن نقض قرارداد دخالتی در امکان تمسک زیان‌دیده به شیوه جبرانی فسخ قرارداد ندارد. به عبارت دیگر، وقتی سبب حق فسخ تحقق پیدا کند، دیگر عامدانه بودن یا نبودن و جزئی یا عمده بودن نقض دخالتی در قضیه ندارد. بی‌تردید این یک خلأ قانونی جدی است که سزاوار است قانون‌گذار برای آن تمهیدی ببیند. حفظ بقای حقوقی قرارداد تا حد ممکن و اختصاص فسخ قرارداد به موقعیت‌های نقض شدید و عامدانه قرارداد نه تنها با مبانی فقهی و حقوقی در تعارض نیست، بلکه حکم به شیوه‌های جبرانی شدیدتر- از قبیل فسخ قرارداد که به هستی قرارداد پایان می‌دهد- در قبال خطاهای عمدی و فاحش و نه تخلفات غیرعمدی، امری است که اخلاق، عرف و بنای خردمندان نیز بر آن صحه می‌گذارد.

گذشته از آن، اگر هدف قانون‌گذار از تقدم اجرای عین تعهد بر فسخ، حمایت از زیان‌دیده باشد، در موقعیت‌های نقض عامدانه، قائل شدن به این تقدم به نوعی نقض غرض خواهد بود؛ زیرا از یک سوی الزام متعهدی که نمی‌خواهد به تعهد خود عمل کند، چندان معقول و آسان به نظر نمی‌رسد و از سوی دیگر، مشکلات آیینی و اجرایی اجبار چنین شخصی که فاقد حسن نیت است وقت و هزینه معتنا بهی بر زیان‌دیده و سیستم قضایی تحمیل خواهد کرد.^۲ بنابراین، به نظر می‌رسد «ممکن نبودن اجبار» مورد نظر قانون‌گذار در ماده ۲۳۹ قانون مدنی، موارد نقض عامدانه را هم دربر می‌گیرد؛ زیرا این مورد هم می‌تواند مصداق امتناع عرفی باشد.

علاوه بر این‌ها، گذشته از ابواب فقهی عبادات و مجازات‌ها که در آنها رفتار ناهنجار عمدی موجب تشدید عقاب و کیفر متخلف است، در ابواب معاملات نیز برخی فروع و نهادهای فقهی وجود دارند که در آنها ضمانت اجراهای شدیدی در قبال خطای عامدانه و با سوءنیت اختصاص

۱. برای مثال نک: مواد ۲۳۵، ۴۱۰، ۴۱۱ و ۴۲۲ قانون مدنی.

۲. شعاریان، ابراهیم، حقوق تعهدات، مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، ج ۲، تهران: شهردانش، ۱۳۹۵، ص ۷۷۸.

یافته است. برای نمونه در باب غصب که بارزترین مصداق خطای عمدی است، فقها معتقدند باید با شدیدترین ضمانت اجرا با غاصب رفتار شود. جوهره غصب را عنصر عدوان تشکیل می‌دهد و عدوان هنگامی صدق می‌کند که مرتکب دارای عمد و سوءنیت باشد.^۱ درواقع غاصب با علم به تعلق مال به دیگری، عمداً بر آن مسلط می‌شود.^۲ لزوم اتخاذ شدت عمل در قبال غاصب با عبارات مختلفی در کتب فقهی بیان شده از قبیل: «إِنَّ الْغَاصِبَ يُوْخَذُ بِأَشَقِّ الْأَحْوَالِ»،^۳ «الغاصب على أشقِّ الأحوال»،^۴ و «الغاصب بأخسِّ الاطوار».^۵ این شدت ضمانت اجرا، در تشدید مسئولیت غاصب متجلی می‌شود.

به عبارت دیگر، مسئولیت غاصب برخلاف مسئولیت مدنی به معنای خاص، از نوع مسئولیت مطلق است و نیازی به احراز تقصیر و رابطه سببیت ندارد.^۶ به همین دلیل، هرگونه خسارتی که در مدت غصب بر مال مغضوب وارد شود، حتی اگر منتسب به فعل غاصب نباشد، مسئولیت آن برعهده شخص غاصب است.^۷ مثال دیگر، ضمان غاصب نسبت به منافع مستوفات و غیرمستوفات مال مغضوب است.^۸ علاوه بر غصب، فروعات فقهی دیگری از قبیل غش، تدلیس، نجش، غرور و غیره، وجود دارند که جوهره آنها را تعدد و سوءنیت تشکیل می‌دهد و درواقع وجود این عناصر در عناوین مذکور موجب ایجاد یا تشدید ضمان مرتکب می‌شود.^۹ از سوی دیگر با توجه به اینکه در فقه مرز مشخصی بین مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد وجود ندارد، بلکه تمرکز فقها به طور کلی بر ضمان و جبران زیان است، بنابراین دلیلی وجود ندارد که تشدید

۱. شهیدثانی، **مسالك الإفهام**، ج ۱۲، قم: معارف اسلامی، ۱۴۲۵ هـ. ق، صص ۱۴۸ و ۱۴۹.

۲. امامی، سیدحسن، **منع پیشین**، ص ۴۲۴.

۳. کاظمی تستری، شیخ اسدالله، **مقابس الانوار و نفائس الاسرار**، تبریز: مطبعه ماکنیه، ۱۳۲۲ هـ. ق، ص ۱۳۱؛

نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، ج ۳۷، چ ۳، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷، ص ۱۰.

۴. آملی، میرزهاشم، **مجمع الافکار و مطرح الانظار**، چ ۱، قم: المطبعة العلمیه، ۱۳۹۵ هـ. ق، ص ۱۶۱.

۵. گیلانی، ابوالقاسم بن محمدحسن، **جامع الشتات فی اجوبه السؤالات**، ج ۲، چ ۱، تهران: کیهان، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۲۶۰ و ۲۹۸.

۶. صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی، **مسئولیت مدنی**، چ ۵، تهران: سمت، ۱۳۹۲، ص ۳۷.

۷. ماده ۳۱۵ قانون مدنی.

۸. ماده ۳۳۰ قانون مدنی.

۹. دیلمی، احمد، **حسن نیت در مسئولیت مدنی**، تهران: مجد، ۱۳۸۹، صص ۲۸۲-۲۸۴.

مسئولیت در قبال خطاکاری عامدانه را منحصر در موقعیت‌های ضمان قهری بدانیم؛ زیرا «حکم الأمثال فی ما یجوز و فی ما لایجوز، واحد»^۱.

علاوه بر آن، در حوزة نقض تعهدات قراردادی هم مواردی وجود دارد که عامدانه بودن نقض تعهد، ضمانت اجرای شدیدتری به دنبال دارد و موجب تشدید مسئولیت طرف ناقض می‌شود. برای مثال، از تعهدات امین این است که با مطالبه مورد امانت از سوی مالک، آن را به وی مسترد کند. حال اگر پس از مطالبه مالک امکان رد وجود داشته باشد، اما امین از استرداد آن امتناع کند، در این صورت ید امانی وی تبدیل به ید ضمانی می‌شود و از آن پس در حکم غاصب خواهد بود. در اینجا امتناع عمدی از ایفای تعهد به رد مال امانی که در حقیقت نقض تعهد است، سبب تشدید مسئولیت امین می‌شود و وی در قبال هر نقص و عیبی در مال ضامن است؛ حتی اگر تلف یا عیب متناسب به فعل وی نباشد.^۲ بنابراین، اتخاذ ضمانت اجرای مشدد در قبال نقض عامدانه تعهد، در فقه و قانون مدنی سابقه دارد و بر این اساس اختصاص دادن ضمانت اجرای فسخ قرارداد به موارد نقض شدید از جمله نقض عامدانه، مسئله‌ای غریب و نامتجانس با نظام حقوقی ما نخواهد بود.

بی‌تردید، مذاق شریعت بر این است که برای حفظ نظام اجتماعی، در قبال خطاکاری عامدانه شدت عمل بیشتری به کار گرفته شود؛ زیرا مباح بودن ایراد ضرر و زیان عمدی و عدم واکنش متناسب در قبال آن، نظم عمومی جامعه را مختل می‌کند و لذا باید مورد پیشگیری و بازدارندگی قرار گیرد.^۳ واکنش متناسب با یک تخلف عامدانه باید در مقایسه با واکنش قانونی به همان تخلف در حالت غیر عمدی، از شدت بیشتری برخوردار باشد تا بتواند اهداف مذکور (پیشگیری و بازدارندگی) را محقق کند. تحقق این اهداف، در حوزة مسئولیت مدنی، چه قهری و چه قراردادی، با اتخاذ ضمانت اجرای شدید در مقابل خطاکاری عامدانه، از جمله نقض قرارداد، امکان‌پذیر خواهد بود. بنابراین، بهتر آن است که شیوة جبرانی فسخ قرارداد که یک عکس‌العمل شدید به نقض قرارداد است، صرفاً در موقعیت‌های نقض شدید و از جمله نقض عامدانه قرارداد قابل دسترسی باشد.

۱. رازی، فخرالدین، **الأربعین فی أصول الدین**، ج ۲، قاهره: مکتبة الکلیات الأزهریة، ۱۹۸۶ م، ص ۳۲۳.

۲. مفاد مواد ۶۳۱ و ۳۱۰ قانون مدنی.

۳. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، ص ۱۶۰؛ سیدحسن، امامی، منبع پیشین، ص ۴۲۸.

نتیجه‌گیری

گرچه در تمامی نظام‌های حقوقی «اساسی بودن» نقض قرارداد برای تمسک به شیوه جبرانی شدید فسخ که به هستی حقوقی قرارداد پایان می‌دهد، شرط نیست، اما به‌هرروی در اغلب این نظام‌ها پذیرفته شده که بدین منظور نقض قرارداد باید از یک سطح بالاتر و شدیدتری نسبت به یک نقض عادی برخوردار باشد. به عبارت دیگر، برای تمسک به این شیوه جبرانی، متعهدله ناکام باید آستانه معینی از شدت نقض را اثبات کند. برای تحقق این شرط در نظام‌های حقوقی ملی و اسناد حقوقی بین‌المللی ضوابط مختلفی مشخص شده و چنان‌که دیدیم، عامدانه بودن نقض قرارداد یکی از امارات و معیارهای شدید بودن نقض تلقی شده است. درحقیقت، عامدانه بودن نقض قرارداد رابطه اعتمادی بین طرفین را که متعاقدين براساس آن اقدام به انعقاد قرارداد کرده بودند، از بین می‌برد. بر همین اساس، وقتی یکی از طرفین به‌طور عامدانه از اجرای بخش قراردادی خود امتناع می‌کند، دیگر نمی‌توان اعتماد کرد که وی در آینده تعهد خود را به‌درستی ایفا خواهد کرد. چنین وضعیتی عدم اعتمادی، متعهدله ناکام را سزاوار پایان دادن به رابطه قراردادی می‌کند تا بتواند منافع اقتصادی خود را در جای دیگر و با شخصی دیگر پی بگیرد. در فقه و حقوق ایران، هرچند عامدانه بودن نقض تأثیر صریحی در امکان دسترسی متعهدله ناکام به فسخ قرارداد ندارد، برخی عناوین فقهی و فروع قانونی چه در حوزه ضمان قهری و چه مسئولیت قراردادی، هستند که در آنها درقبال خطاکاری عمدی، ضمانت اجرایی‌هایی شدیدتر از خطای غیرعمد اندیشیده شده است. با توجه به روح کلی این قواعد که درواقع بیانگر شدت عمل درقبال خطاکاری عمدی هستند و با اتخاذ ملاک از آنها می‌توان گفت هرجا خطای عامدانه‌ای رخ دهد، چه درحوزه قرارداد چه خارج از قرارداد، لازم است برای پیشگیری از اباحه خطاکاری عمدی که باعث ایجاد اختلال در نظم عمومی اجتماعی می‌شود، با شدت عمل بیشتری در مقایسه با خطاکاری غیرعمدی برخورد کرد. بر همین مبنا، بهتر آن است که شیوه جبرانی فسخ قرارداد که یک عکس‌العمل شدید به نقض قرارداد است، صرفاً در موقعیت‌های نقض شدید و از جمله نقض عامدانه قرارداد قابل دسترسی باشد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، چ ۵، ویرایش ۲۰۱۰، تهران: شهردانش، ۱۳۹۵.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۳۴، تهران: اسلامیه، ۱۳۹۲.
۳. بهرامی‌احمدی، حمید، حقوق تعهدات و قراردادها، با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظامهای حقوقی، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰.
۴. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، چ ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۵. دیلمی، احمد، حسن نیت در مسئولیت مدنی، تهران: مجد، ۱۳۸۹.
۶. السنهوری، عبدالرزاق احمد، دوره حقوق تعهدات، ج ۱، ترجمه محمدحسین دانش‌کیا و سیدمهدی دادمرزی، قم: انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۲.
۷. شعاریان، ابراهیم، حقوق بیع بین‌المللی، شرح کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی، چ ۳، تهران: شهردانش، ۱۴۰۰.
۸. شعاریان، ابراهیم، حقوق تعهدات، مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، چ ۲، تهران: شهردانش، ۱۳۹۵.
۹. شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، چ ۲، تهران: مجد، ۱۳۸۳.
۱۰. صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، چ ۲، چ ۳۳، تهران: میزان، ۱۳۹۹.
۱۱. صفایی، سیدحسین، حقوق بیع بین‌المللی، چ ۴، تهران: انتشارات دانشگاه، ۱۳۹۷.
۱۲. صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چ ۵، تهران: سمت، ۱۳۹۲.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، چ ۴، چ ۶، تهران: انتشار، ۱۳۹۰.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، چ ۳، چ ۳، تهران: انتشار، ۱۳۸۵.

۱۵. گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (میرزای قمی)، **جامع الشتات فی اجوبه السؤالات**، ج ۲، تهران: کیهان، ۱۴۱۳ هـ.ق.

۱۶. وحدتی شبیری، سید حسن، **مبانی مسئولیت مدنی قراردادی**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

مقاله

۱۷. رضایی، روح‌الله، ابراهیم عبدی پور فرد و اسماعیل نعمت‌اللهی، «نقض عامدانه قرارداد و تأثیر آن بر جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۶، بهار ۱۳۹۸، صص ۱۶۰-۱۳۵.

۱۸. صادقی نشاط، امیر، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۸، صص ۳۱۴-۲۹۷.

۱۹. صفایی، سید حسین و نعمت‌الله الفت، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، نامه مفید، شماره ۷۹، شهریور ۱۳۸۹، صص ۶۲-۴۳.

۲۰. نعمت‌اللهی، اسماعیل و روح‌الله رضایی، «تبیین جایگاه منفعت اعتماد در حقوق غربی و شناسایی مصادیق آن در فقه»، دانش حقوق مدنی، دوره ۱۰، شماره ۲، اسفند ۱۴۰۰، صص ۹۲-۷۹.

ب) منابع عربی

کتاب

۲۱. آملی، میرزاهاشم، **مجمع الافکار و مطرح الانظار**، قم: المطبعة العلمیه، ۱۳۹۵ هـ.ق.

۲۲. حسینی مراغی، میر عبد الفتاح، **العناوین**، ج ۲، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۹ هـ.ق.

۲۳. رازی، فخر الدین، **الأربعین فی أصول الدین**، ج ۲، قاهره: مکتبه الکلیات الأزهريه، ۱۹۸۶ م.

۲۴. شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین، **مکاسب**، ج ۶، ج ۱۸، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۲ هـ.ق.

۲۵. شهید ثانی، **مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ج ۱۲، قم: معارف اسلامی، ۱۴۲۵ هـ.ق.

۲۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، چ ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۸ هـ.ق.
۲۷. کاظمی تستری، شیخ اسدالله، **مقابس الانوار و نفائس الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار**، تبریز: مطبعه ماکنیه، ۱۳۲۲ هـ.ق.
۲۸. کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد**، ج ۴، قم: انتشارات آل البيت (ع)، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۲۹. موسوی خمینی، سید روح الله، **البیع**، ج ۵، چ ۴، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۳۰. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ۲۳ و ۳۷، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.

مقاله

۳۱. أبوبکر الصدیق محمدحسان، مَنی، «فسخ العقد بالأرادة المنفردة، دراسة تحليلية فی ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل ۲۰۱۶»، *مجلة روح/القوانين*، دوره ۸۵، شماره ۸۵، ژانویه ۲۰۱۹ م.

ج) منابع انگلیسی

Books

32. Cartwright, John, **Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')**, Hart Publishing, 2009.
33. Chengwei, Liu and Marie Stefanini Newman, **Remedies for Non Performance, Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL**, N.Y, Juris Publishing, 2007.
34. Christoph, Brunner, **UN Sales Convention—CISG: Commentary on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980**, Bern, 2nd Ed, 2014.
35. Farnsworth, E. Allen, **Contracts**, New York: Aspen, 4th Ed, 2004.
36. Garner, Bryan A. **Black's Law Dictionary**, Thomson Reuters, 11th Ed, 2019.
37. Halson, Roger & David Campbell, **Research Handbook on Remedies in Private Law**, Edward Elgar Publishing, 2019.
38. Klass, Gregory, **Contract Law in the USA**, Kluwer Law International, 2nd Ed, 2012.

39. Kötz, Hein, **European Contract Law**, translated from the German by Gill Mertens and Tony Weir, Oxford University Press, 2017.
40. Koch, Robert, **Commentary on Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG**, Cambridge, 2007.
41. Markesinis, Basil S, Unberath, Hannes, Johnston, Angus C, **The German Law of Contract. A Comparative Treatise**, Oxford: Hart Publishing, 2nd Ed, 2006.
42. McKendrick, Ewan, **Contract Law: Text, Cases and Materials**, Oxford: Oxford University Press, 12th Ed, 2017.
43. Peel, Edwin and G.H. Treitel, **The Law of Contract**, London: Sweet & Maxwell, 14th Ed, 2015.
44. Perillo, Joseph M, **Contracts**, West Academic Publishing, 7th Ed, 2014.
45. Rowan, Solen, **Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance**, Oxford University Press, 2012.
46. Samuel, Geoffrey, **Law of Obligations and Legal Remedies**, Routledge-Cavendish, 2nd Ed, 2001.
47. Schlechtriem, Peter, and Ingeborg Schwenzer (eds.), **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, Oxford: Oxford University Press, 4th Ed, 2016.
48. Treitel, Guenter, **Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account**, Clarendon Press: Oxford, 1989.
49. Von Bar, Christian, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)**, Study Group on a European Civil Code, 2009.
50. Zimmermann, Reinhard, **The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**, Oxford University Press, 2005.

Articles

51. Perillo, Joseph M. "Restitution in the Second Restatement of Contracts", *Columbia Law Review*, Vol. 81, No. 1, Jan., 1981, pp. 37-51.
52. Rowan, Solene, "The New French Law of Contract", *International & Comparative Law Quarterly*, 66, No 4, 2017, pp. 805-831.

53. Treitel, Guenter, “Conditions and Conditions Precedents” *106 LQR*, 1990, pp. 185-197.

د) منابع فرانسوی

Books

54. Jamin, Christophe, ‘**Les conditions de la résolution du contrat: vers un modèle unique? Rapport français**’ Bruylant: Bruxelles and LGDJ: Paris, 2001.
55. Pelle, Sébastien, **La réception des correctifs d'équité par le droit**, Dalloz, 2011.
56. Terré, F., Simler, P., & Lequette, Y., **Droit civil—Les obligations**, Dalloz, Paris, 12th Ed, 2019.

A Comparative Study on the Effect of "Intentional Breach" of Contract on the Possibility of Contract Termination (Reviewing Common Law, Civil Law and Iran's Law)

Ebrahim ABDIPOUR FARD (Professor of Law, University of Qom)

Ruhollah REZAEI (PhD Graduate of Private Law, University of Qom)

Abstract

Contract termination is a severe remedy that terminates the legal life of the contract. Therefore, in most legal systems, it is used as the last resort against breach of contract. Accordingly, one of the conditions for application of this remedy is the severity of breach, which is referred to in different legal systems with similar titles such as "fundamental" or "material" breach, but a normal breach of contract can't be a sufficient reason to terminate it.

In order to terminate the contract, in national legal systems and international trade law, various criteria have been devised to determine the severity of the breach. One of these criteria is "intentionality" of breach. In fact, intentional breach destroys the trust relationship between the parties and normally deprives the obligee from relying on contract performance. Therefore, contract governing law should entitle him to terminate the contractual relationship as one of the remedies.

However, studied legal systems' approaches are different in this regard. In some legal documents such as PECL, DCFR and PICC, deliberate breach has been explicitly considered as fundamental breach. In new France and Germany civil code, the concept of breach severity is not explained but these countries judicial precedent requires intentionality as one of the criteria. In common law, intentionality of the breach is a component in addition to other circumstances which may justify contract termination. In Iran's law severity of breach is not necessary for contract termination and as a result it doesn't matter whether the breach was intentional or not. Nevertheless, according to jurisprudential principles regarding contractual and non-contractual civil liability, it is possible to distinguish between intentional and unintentional breach of contract.

Keywords:

Intentional Breach, Sever Breach, Material Breach, Termination of Contract, Remedies

سازوکارهای ایجاد همگرایی در فرایند رسیدگی به ورشکستگی در گروه شرکت‌ها

(مقاله علمی-پژوهشی)

جلیل قنوا^{*}

حسین جاو^{**}

امیرعلی خدایی^{***}

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۲۸

چکیده

هر چند توسل به داوری، شیوه‌ای مرسوم و مطلوب در حل اختلافات تجاری بین‌المللی است، اختلافات مربوط به ورشکستگی، به دلیل ارتباط با نظم عمومی اقتصادی و تجاری، همچنان در صلاحیت نهادهای قضایی و اجرایی و دولتی هستند؛ از این رو، توسل به یک نهاد واحد برای رسیدگی را منتفی می‌سازد و عملاً رسیدگی به این دعاوی، در چارچوب نهادهای متعدد و مستقل صورت می‌پذیرد. این مسئله در رابطه با ورشکستگی در گروه‌های شرکتی پیچیدگی‌های بیشتری دارد. تسهیل اختلافات در این باره، به ایجاد هماهنگی و همکاری میان نهادهای نقش آفرین در این حوزه، شامل دادگاه‌ها، مدیران تصفیه و دیگر بازیگران نیاز دارد. به دلیل عدم موفقیت در ایجاد نهادهای یکپارچه، آنسیترال، قانون نمونه‌ای را برای ایجاد هماهنگی در رسیدگی به ورشکستگی در گروه شرکت‌ها تدوین کرده است. در نتیجه با توجه به ضرورت فهم و دستیابی به دستاوردهای این قانون، در تحقیق حاضر به روش توصیفی و تحلیلی، از یک سو به بررسی ابعاد و بسترسازی برای ایجاد ارتباط و هماهنگی میان نهادها و پیشبرد رسیدگی‌های هماهنگ و مؤثر، در عین استقلال نهادهای رسیدگی‌کننده ذیل قانون نمونه آنسیترال پرداخته شده و از سوی دیگر بررسی تمهیدات پیش‌بینی شده در مراحل مختلف رسیدگی مورد بررسی و ارزیابی قرار گرفته است.

کلیدواژگان:

گروه شرکتی، قانون نمونه آنسیترال، همگرایی، همکاری، ورشکستگی.

* دانشیار، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران

ghanavaty@ut.ac.ir

** دانشیار، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

hjavar@ut.ac.ir

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران

khodaie.amirali@ut.ac.ir



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

بخش قابل توجهی از مراودات تجاری بین‌المللی از طریق شرکت‌ها صورت گرفته و در این راستا نیز شاهد توسعه انواع شرکت‌هایی هستیم که با نیازهای روز انطباق بیشتری داشته باشند. از جمله این موارد می‌توان به شرکت‌های بین‌المللی و همین‌طور گروه‌های شرکتی اشاره داشت. از آنجایی که چنین شرکت‌هایی نیز همانند شرکت‌های تجاری داخلی ممکن است، به دلایل متعدد، در معرض ورشکستگی قرار گیرند،^۱ در رسیدگی به این قبیل پرونده‌ها چالش‌های متعددی برای بازرگانان و نظام‌های رسیدگی ایجاد می‌شود. در حقیقت وجود یک عنصر ارتباط خارجی در پرونده‌های ورشکستگی - از قبیل تابعیت متفاوت ورشکسته یا طلبکاران، وجود اموال ورشکسته در کشورهای مختلف یا داشتن شعبه در کشور دیگر، باعث تردید در قانون حاکم بر ورشکستگی می‌شود.^۲ به علاوه، ادعاهای قابل طرح در ورشکستگی، دعوی استرداد اموال و اسناد از سوی ثالث علیه تاجر و برعکس^۳ در رابطه با این شرکت‌ها، پیچیدگی‌های بیشتری را نسبت به ورشکستگی شرکت‌های واحد داخلی و تحت صلاحیت یک نهاد واحد به همراه می‌آورد.

به همین منظور، تلاش‌هایی برای سامان‌دهی رژیم حاکم بر ورشکستگی‌ها در تجارت بین‌الملل صورت گرفته است. از جمله این تلاش‌ها، قانون نمونه ورشکستگی فرامرزی ۱۹۹۷ آنسیترا ل است که تلاش دارد در قالب مقررات نمونه، چارچوبی هماهنگ و عادلانه برای رسیدگی‌های فرامرزی درمورد بدهکاران ورشکسته ارائه کند. سازوکارهایی نیز در نهادهای منطقه‌ای همچون اتحادیه اروپا^۴ و در قوانین جدیدتر برخی از اقتصادهای نوظهور همچون چین^۵

۱. جامعی، فاطمه و همکاران، «بررسی ورشکستگی شرکت‌ها، دلایل و راهکارهای پیشگیری از آن در حقوق تجارت بین‌الملل»، *ششمین کنفرانس ملی علوم انسانی و مطالعات مدیریت*، ۱۳۹۹، ص ۱.

۲. الماسی، نجات علی و احسان شمس، «قانون ماهوی حاکم بر ورشکستگی»، *پژوهش حقوق خصوصی*، شماره ۱۹، دوره ۵، ۱۳۹۶، ص ۹.

۳. محمدزاده وادقانی، علیرضا و همکاران، «تحلیل اقتصادی دعوی استرداد در ورشکستگی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۱، شماره ۳، ۱۴۰۰، ص ۵۶۹.

۴. به عقیده برخی، هرچند بحث‌های زیادی در مورد قواعد گروه‌های شرکتی در اتحادیه اروپا انجام گرفته، دستاوردی در خصوص هماهنگ‌سازی قوانین حاکم بر موضوعات گروه شرکتی به دست نیامده است.

Murphy, Damien, "Holding Company Liability for Debts of its Subsidiaries: Corporate Governance Implications", *Bond Law Review*, Volume 10, Issue 2, 1998, p.178.

۵. قانون ورشکستگی شرکت‌های چین ۲۰۰۷ به طور اخص به سازمان‌دهی مجدد شرکت ورشکسته اختصاص یافته است. در این قانون توجه ویژه‌ای به بازارهای سرمایه چینی شده است.

<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/MONOGRAPH/74665/83721/F251786576/CHN74665.pdf/>

و برزیل،^۱ اتخاذ شده است که بیشتر بر استفاده از سازوکارهایی جهت حفظ شرکت‌ها و جلوگیری از توسل به فرایند تصفیه و انحلال شرکت‌ها اتکا دارد.^۲

هرکدام از این راهکارها هرچند در جای خود سودمند بوده و اقدامی در راستای جلوگیری از تشدید آثار منفی ورشکستگی‌های فراملی تلقی می‌شوند، با گسترش نقش‌آفرینی گروه‌های شرکتی با گستره و دامنه فعالیت فراملی، این مقررات به‌تنهایی پاسخ‌گوی چالش‌های این امر نیست. به‌عنوان مثال، قانون نمونه ورشکستگی فرامرزی برای آیین‌های رسیدگی مرتبط با بدهکار واحد طراحی شده بود؛ درحالی‌که، رسیدگی به ورشکستگی در گروه شرکت‌ها، به‌علاوه، نیازمند توجه به ورشکستگی‌هایی نیز می‌باشد که متشکل از چندین عضو بدهکار از یک شرکت است که درعین حال ممکن است تحت حاکمیت بیش از یک دادگاه یا قانون ملی قرار گیرند.^۳

لزوم ایجاد ترتیباتی با قابلیت پوشش‌دهی به انواع دعاوی و رسیدگی‌ها، در مواردی که بحران مالی و یا ورشکستگی در یک یا چند عضو از گروه‌های شرکتی رخ می‌دهد، نیاز به تدوین مقرراتی در این زمینه را برجسته‌تر نمود.

۱. از قوانین جدیدتر می‌توان به قانون ۲۰۲۰ برزیل اشاره داشت. در بخش ششم قانون این کشور دو شیوه

سازمان‌دهی مجدد خارج از دادگاه و قضایی پیش‌بینی شده است.

Domingos Fernando Refinetti and Juliana Brotto de Barros Milaré, Wongschowski & Zanotta, Restructuring and Insolvency in Brazil: Overview, Law stated as at 01-Dec-2022, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-502-0141?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true/](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-502-0141?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true/)

۲. مقررات مختلفی در خصوص این نهادها در سطح بین‌المللی تدوین شده است؛ به‌عنوان مثال می‌توان به مقررات

شماره ۲۰۱۳/۵۷۵ اتحادیه اروپا در خصوص الزامات ضروری برای مؤسسات اعتباری و شرکت‌های سرمایه‌گذاری اشاره کرد. این مقررات به منظور تقویت سیستم تأمین مالی با هدف تقویت شفافیت، پاسخگویی و بهبود کیفیت و کمیت سرمایه در نظام بانکی تدوین شده است.

REGULATION (EU) No 575/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation.

همین‌طور «توصیه‌نامه کمیسیون [اتحادیه اروپا] درمورد روش جدید برای شکست یا ورشکستگی کسب و کارها» ۲۰۱۴ نیز سازوکارهایی را بر سازمان‌دهی مجدد شرکت‌ها متمرکز است.

EU, Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency, Doc. 2014/135/EU, Official Journal of the European Union, L 74/65/

3. UNCITRAL, Insolvency, Last visited 4 August 2023, available at: <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency>.

سرمایه‌گذاران همواره به دنبال کسب اطلاعات درباره گزینه‌های سرمایه‌گذاری خود برای سرمایه‌گذاری مطلوب و تخصیص بهینه منابع خویش هستند،^۱ اما در کنار مؤلفه‌های اقتصادی به کارآمدی قواعد و مقررات داخلی نیز توجه دارند. هرچند در ایالات متحده پیشنهادهایی از سوی برخی از قضات این کشور در قالب طرح الگویی برای ورشکستگی در گروه شرکت‌ها ارائه شد.^۲ اما همچنان در سطح دیگر کشورها و جامعه بین‌المللی چنین تلاشی خودنمایی می‌کرد. به همین منظور تلاش‌هایی از سال ۲۰۰۶ در کارگروه شماره پنج آنسیترال صورت گرفت^۳ که ماحصل آن تصویب قانون نمونه برای ورشکستگی در گروه شرکت‌ها در پنجاه و دومین اجلاس کمیسیون آنسیترال بود.^۴

به دنبال آن مجمع عمومی ملل متحد، با توجه به مؤثر بودن روزافزون رژیم ورشکستگی در تشویق توسعه اقتصادی و سرمایه‌گذاری و نیز اهمیت گروه شرکتی در تجارت بین‌المللی و اقتصاد که به شکل روزافزون جهانی شده است و این حقیقت که تعداد بسیار معدودی از کشورها، البته در فرض وجود، دارای یک رژیم جامع برای رفتار با گروه شرکتی در شرایط ورشکستگی هستند که شامل مکانیسمی مؤثر برای هماهنگی و همکاری در این زمینه از جمله، حل و فصل رسیدگی ورشکستگی و شناسایی و اجرای آن در چندین کشور باشد و همین‌طور در جهت اقناع نسبت به قانون نمونه ۲۰۱۹، برای ارائه ترتیباتی عادلانه و کارآمد، از تمام کشورهای عضو درخواست می‌کند تا توجه مناسبی به این سند داشته باشند.^۵ در این نوشتار سازوکارهای نهاد مذکور، که به منظور ایجاد و تقویت هماهنگی و همکاری میان نهادهای رسیدگی‌کننده مختلف

۱. ناظمی اردکانی، مهدی و همکاران، «طراحی و تبیین الگوی پیش‌بینی ورشکستگی شرکت‌ها برحسب صنایع منتخب با استفاده از الگوی درخت تصمیم، مدیریت دارایی و تامین مالی»، دوزه ۶، شماره ۲، تیر ۱۳۹۷، ص ۱۲۱.

2. Bufford, Samuel, " Coordination of Insolvency Cases for International Enterprise Groups: A Proposal", *Penn State Law Research Paper* No. 1-2014, pp.1-79.

Garg, Risham, "Issues in Insolvency of Enterprise Groups", *Journal of National Law University Delhi* 6(1),2019, pp.50-64.

3. GA, Treatment of corporate groups in insolvency, UNDoc. A /CN.9/WG.V/WP.74, 4 October 2006,P.1

4. GA, Official Records of the General Assembly, Seventy-fourth Session, Supplement No. 17 (A/74/17), chap. VI, sect. A, and annex II.

5. GA, Model Law on Enterprise Group Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law, Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2019, UN Doc. A/RES/74/184, 27 December 2019, pp.1-2.

در مواجهه با ورشکستگی یک یا چند عضو از گروه شرکت‌ها وضع شده است، بررسی می‌شود. در این راستا نخست مفاهیم مرتبط با ورشکستگی در گروه شرکت‌ها و سپس ابعاد همکاری‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. مفاهیم مرتبط با ورشکستگی در گروه شرکتی

اولین مسئله که در خصوص سازوکارهای ایجاد هماهنگی در نظام حقوقی حاکم بر ورشکستگی در گروه شرکتی باید مورد توجه قرار گیرد، مفاهیم مرتبط با این رژیم حقوقی است. در این راستا چند مفهوم شامل مفهوم گروه شرکتی، مفهوم و انواع رسیدگی‌ها و مدیران و انواع آن باید تبیین شوند.

۱.۱. گروه شرکتی

در ماده ۲ قانون نمونه ۲۰۱۹، گروه شرکتی به معنای «دو یا چند شرکت که از طریق کنترل یا مالکیت قابل توجه به هم متصل هستند»^۱ تعریف شده است. در این تعریف، منظور از شرکت هرگونه موجودیتی بدون توجه به شکل قانونی آن است که در فعالیتهای اقتصادی دخیل بوده و تحت حاکمیت قانون ورشکستگی قرار دارد و یکی از اعضا به دلیل دارا بودن بیشترین حق رأی یا سهام در دیگر اعضای شرکت کنترل و مالکیت را در گروه از آن خود دارد. متن قانون نمونه هیچ تعریفی از فعالیت اقتصادی و قانون حاکم بر ورشکستگی ارائه نمی‌دهد و بنابراین این دو رکن را به قوانین داخلی کشورها سپرده است. مطابق تعریف ارائه شده، دو مفهوم مالکیت و کنترل عوامل ارتباطی‌اند که این شرکت‌ها را به هم مرتبط می‌کند. گروه شرکتی مایل هستند تا فعالیتهای خود را در کشورهای دیگر گسترش دهند؛ از این رو مطابق با شرایط کشور میزبان، ساختارهای مختلفی را برای فعالیت انتخاب می‌کنند. از جمله این ساختارها می‌توان به ساختار هرمی، ساختارهای غیرمتمرکز و ساختار مبتنی بر قرارداد اشاره کرد. فعالیت گروه شرکتی به صورت شرکت مادر و شرکت فرعی ساختاری هرمی است که شرکت مادر در رأس هرم قرار دارد و مالک تمام یا اکثر سهام شرکت فرعی است و هریک از شرکت‌های فرعی نیز می‌توانند سهامدار شرکت‌های فرعی دیگری باشند. اما گاهی شرکت اصلی به جای شرکت‌های فرعی از

1. significant

شرکت‌های وابسته استفاده می‌کند و با انعقاد قراردادهای مختلف با شرکت‌های وابسته، فعالیت‌های تجاری خود را انجام می‌دهد و به هم مرتبط هستند.^۱

یکی از واژه‌هایی که در اقدامات مقدماتی تدوین متن قانون نمونه مورد بررسی قرار گرفته بود، واژه «گروه» در گروه شرکتی بود. در خصوص واژه گروه پیش از این پیشنهادهاى مختلفی ارائه گردید. از جمله این موارد در پرونده وال کر علیه ویمبورن در استرالیا این واژه برای شرکت‌هایی که «توسط سهامی مشترک یا در هم تنیده شده؛ وابسته به یک کنترل یکپارچه یا یک ظرفیت یکپارچه برای کنترل دارند و به هم مرتبط هستند» تعریف شده است.^۲ تعریف مذکور در قانون گروه‌های شرکتی ۱۹۹۲ استرالیا نیز منعکس گردید.^۳ ارتباط مدیریتی مشترک نزدیک از دیگر معیارهای بود که در اقدامات مقدماتی قانون نمونه آنسیترال پیشنهاد شد.^۴ هرچند در سند نهایی قانون نمونه واژه کنترل نیز تعریف نشده است، در اقدامات مقدماتی مستند به پنجاهمین گزارش گزارشگر مؤسسه حقوق بین‌الملل در خصوص تعهدات شرکت‌های چند ملیتی و شرکت‌های عضو آن (قطعه‌نامه لیسبون ۱۹۹۵)^۵ به معنای قدرت اجرایی و نفوذ تعیین کننده بر فعالیت‌های شرکت مربوطه تعریف شد. شاخصه‌های وجود رکن کنترل بر دیگر شرکت‌ها، می‌تواند توانایی تسلط بر ترکیب هیئت مدیره یا نهاد حاکم، توانایی عزل و نصب تمام یا اکثریت مدیران، توانایی کنترل اکثریت آرای جلسات مدیران، را شامل باشد؛^۶ بدون در نظر گرفتن این نکته که آیا این قدرت از سهام منشأ می‌گیرد یا خیر.

۱.۲. مفهوم رسیدگی و انواع آن

با توجه به تعدد نهادهای صالح برای رسیدگی به اختلافات مربوط به ورشکستگی‌های مربوط به گروه شرکت‌ها، قانون نمونه ۲۰۱۹ نیز به پیروی از قانون نمونه ورشکستگی‌های فراملی

1. P.I. Blumberg et al., eds. *Blumberg on Corporate Groups* (United State: Aspen Publisher, 2005), I, Section 1.01. see also: J.E. Antunes, *Liability of Corporate Groups- Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in U.S., EU and German Law. An International and Comparative Law* (Deventer and Kluwer Law and Taxation, 1994), 120.

2. High Court of Australia, *Walker v Wimbourne*, 03 March 1976, ACLR 529 at 532.

3. Johnstone, Richard, Wilson, Therese, "Take Me to Your Employer: The Organisational Reach of Occupational Health and Safety Regulation", National Research Centre for OHS Regulation, *Working Paper* 41, 2005, P.30.

4. GA, *Treatment of corporate groups in insolvency*, *Op. Cit.*, P.2.

5. Andreas Lowenfeld, *Obligations of Multinational Enterprises and their Member Companies*, Institute de Droit International, Session of Lisbonne – 1995, Para.2(a).

6. GA, *Treatment of corporate groups in insolvency*, *Op. Cit.*, Para.38.

(قانون نمونه ۱۹۹۷) از دو شیوه رسیدگی اصلی^۱ و غیراصلی^۲ نام می‌برد. راهنمای قانون‌گذاری^۳ در این خصوص بیان می‌دارد که بدهکار باید ارتباط کافی با کشوری که تحت قانون ورشکستگی آن است، داشته باشد. در بسیاری از موارد معیارهای ملیت، اقامتگاه و فعالیت‌های اقتصادی در کشوری که ساختار حقوقی وی در آن ثبت شده، در نظر گرفته شده است.^۴ اما در قواعد شماره ۱۳۴۶/۲۰۰۰ شورای اروپا^۵ نیز همانند قانون نمونه، مرکز منابع اصلی به‌عنوان معیار در نظر گرفته و همین رویکرد نیز در نهایت در سند پایانی ۲۰۱۹ اعمال شد. رسیدگی اصلی در این سند به رسیدگی‌ای اشاره دارد که در کشوری که عضو بدهکار گروه شرکتی در آن مرکز منافع اصلی خود^۶ را دارد، انجام می‌شود.

در مقابل رسیدگی غی اصلی به معنی رسیدگی غیر از رسیدگی اصلی است که در کشوری انجام می‌شود که عضو مذکور در آن تأسیسات دارد. وفق بند پایانی این ماده، منظور از تأسیسات هر نوع محل عملیاتی است که عضو مذکور فعالیت اقتصادی غیرگذرای^۷ خود را همراه با ابزارهای انسانی و کالا و خدمات، انجام می‌دهد. بنابراین قانون نمونه رسیدگی به اختلافات ورشکستگی در نهادهای قضایی دو دسته از کشورها را تحت پوشش قرار می‌دهد: نخست، کشورهایی که مرکز منابع اصلی شرکت بدهکار در آن قرار دارد و دیگری، کشورهایی که فعالیت‌های غیرگذرای یا غیرموقت این عضو در آنها انجام می‌شود. البته وفق ماده ۳ قانون نمونه

1. Main proceeding

2. Non-main proceeding

3. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency, Vie GA, Treatment of corporate groups in insolvency, UNDoc. A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, 6 March 2007, Para.2 nna International Centre, 2012, Para.82.

4. Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings.

۵. در این سند به‌جای استفاده از واژه‌های رسیدگی اصلی و غیراصلی از دو واژه رسیدگی اصلی و ثانوی (Main and secondary proceedings) استفاده شد. اما در توصیف رسیدگی اصلی معیار مرکز منافع اصلی به کار گرفته شده است.

6. Centre of main interests (COMI)

7. non-transitory economic activity

قانون نمونه در مورد این واژه توضیحی ارائه نمی‌دهد که احتمالاً علت آن اعطای قابلیت انعطاف پذیری به محاکم داخلی کشور رسیدگی‌کننده برای تعیین مصادیق آن است. به طور کلی می‌توان محل فعالیت‌های تجاری را به سه دسته تقسیم نمود که عبارت‌اند از محلی که شرکت در آن قرارداد؛ محلی غیر از محل استقرار شرکت که عملیات تجاری در آن به شکل پایدار و مداوم انجام می‌شود و محلی که شرکت به صورت موقتی یا کوتاه‌مدت در آن اقدام به فعالیت تجاری کند.

مذکور، کشور محل وقوع منافع اصلی عضو بدهکار می‌تواند صلاحیت یا آیین و هرگونه فرایند خود را نسبت به آن عضو گروه شرکتی محدود نماید.

قانون نمونه از شکل دیگری از رسیدگی نیز تحت‌عنوان «رسیدگی برنامه‌ریزی یا منتهی به تصمیم»^۱ نام می‌برد که یکی از مصادیق رسیدگی‌های اصلی است. در این شکل از رسیدگی اصلی، یک یا چند عضو دیگر گروه شرکتی با هدف ایجاد و اجرای حل و فصل ورشکستگی گروهی^۲ شرکت می‌کنند و آن عضو موضوع رسیدگی، احتمالاً مشارکت‌کننده ضروری یا یکپارچه در آن راه‌حل گروهی است و مدیر گروه نیز منصوب می‌شود. به نظر می‌رسد در این شکل از رسیدگی، دیگر اعضای گروه شرکتی که مسئله ورشکستگی یکی از اعضای آن شرکت در آن رسیدگی در دست بررسی است، نیز شرکت می‌کنند. هدف از این رسیدگی دستیابی به یک شیوه حل و فصل است که تنها محدود به عضو بدهکار نیست و گروه شرکتی در آن مداخله می‌کند. عضو مذکور نیز بیشترین میزان ارتباط با عضو بدهکار یا فرایند ورشکستگی دارد. به همین دلیل نیز تمایل دارد تا ورشکستگی از شکل فردی نسبت به یک عضو بدهکار به روشی گسترده‌تر هدایت شود. این شکل از رسیدگی در نظام حقوقی داخلی ایران فاقد مورد مشابه است. نزدیک‌ترین شکل به این رسیدگی در نظام حقوقی ایران ورود ثالث است که در آن یک عضو دیگر از گروه شرکتی به‌عنوان ذی‌نفع در رسیدگی وارد شود. اما با وجود این، تفاوت‌هایی میان ورود ثالث با این رسیدگی وجود دارد که نمی‌توان آن را عیناً مشابه این شکل از رسیدگی دانست.

۱.۳. مدیران

یکی دیگر از واژگانی که در قانون نمونه مورد توجه قرار گرفته، واژه «مدیران» است. به‌طور کلی در قانون نمونه مدیران به چند دسته تقسیم شده‌اند که عبارت‌اند از مدیر تصفیه یا ورشکستگی^۳ و مدیر گروه.^۴ در ماده ۲ قانون نمونه، مدیر تصفیه به‌معنای «هر شخص یا نهادی که در یک رسیدگی اختیار اجرای سازمان‌دهی مجدد یا تصفیه سرمایه یا امور عضو بدهکار از گروه شرکتی را دارد یا کسی که به‌عنوان مدیر رسیدگی عمل می‌کند است و شامل شخصی که بر یک مبنای موقت منصوب شده

1. planning proceeding
2. group insolvency solution
3. Insolvency representative
4. Group representative

است نیز است. بنابراین اصطلاح به کار گرفته شده شامل اشخاصی است که در تمام مراحل و فعالیت‌های مربوط به ورشکستگی ایفای نقش می‌کنند و فعالیت‌های آنها تنها محدود به اقدام به تصفیه شرکت ورشکسته نمی‌شود. همان‌طور که در این تحقیق مشخص است، دامنه فعالیت‌های این شخص محدود به بعد از صدور حکم ورشکستگی نیست و هرگونه اقدام مقتضی را که در جریان رسیدگی به دعاوی و شکستگی نیز ضرورت دارد، شامل می‌شود.

در کنار این شخص، قانون نمونه از شخص دیگری تحت‌عنوان مدیر گروه نیز نام برده که به معنای شخص یا نهادی است که برای اقدام به عنوان مدیر در یک «رسیدگی برنامه‌ریزی» دارای صلاحیت است.

۲. ابعاد همکاری حداکثری

همان‌طور که گفته شد، هدف از تدوین قانون نمونه ایجاد هماهنگی میان بازیگرانی است که در رسیدگی به اختلافات مربوط به ورشکستگی در یکی از اعضای گروه شرکتی دخیل هستند. این بازیگران، عضو بدهکار، دیگر اعضای گروه، مدیر تصفیه، نماینده شرکت و طلبکاران را شامل می‌شوند. قانون نمونه درخصوص همکاری میان این بازیگران فروض مختلفی را پیش‌بینی کرده است؛ ذیلاً این فرض‌ها بررسی می‌شود.

۲.۱. همکاری محاکم با یکدیگر

هر چند در تجارت بین‌الملل، داوری به عنوان یک شیوه حل و فصل اختلافات مورد توجه و مطلوبیت بوده است، این مسئله اختلافات مربوط به ورشکستگی را شامل نمی‌شود. در این دست از اختلافات به دلایل مختلف و از جمله آنها توجه به حقوق ثالث و ارتباط آن با نظم عمومی اقتصادی و تجاری و ابعاد کیفری آن، محاکم قضایی و نهادهای نظیر داخلی، همچنان نقش اصلی را بر عهده دارند. صدور حکم ورشکستگی به توقف فعالیت‌های تاجر منجر می‌شود و در واقع، با صدور حکم ورشکستگی تاجر از تصرف در امور مالی ممنوع و محروم می‌شود. در قانون تجارت، احکام مختلف درخصوص معاملات تاجر ورشکسته آمده است که گاه با سوءظنی بودن

حجر وی [از جمله ورشکستگی به تقلب] و برخی از مواد قانون مدنی تعارض دارد.^۱ این مسئله به‌خصوص در مواردی که موضوع اختلاف جنبه فرامرزی به خود می‌گیرد، از جهات مختلف و به‌خصوص در اجرای تصمیمات نهاد ذی‌صلاح چالش‌برانگیزتر است. رأی دیوان عالی انگلستان در پرونده را بین علیه یویوفاننس در سال ۲۰۱۲ مبنی بر عدم صلاحیت دادگاه ورشکستگی ایالات متحده^۲ نشان داد که حقوق تجارت بین‌الملل از فقدان معاهده‌ای معادل کنوانسیون نیویورک برای شناسایی و اجرای آرای محاکم رنج می‌برد. کنوانسیون موافقت‌نامه‌های انتخاب دادگاه^۳ در سال ۲۰۰۵ در چارچوب کنفرانس لاهه برای حقوق بین‌الملل خصوصی که موضوعات بین‌المللی با ماهیت تجاری و مدنی را تحت پوشش قرار می‌دهد، می‌توان به‌عنوان مهم‌ترین دستورالعمل برای سامان‌دهی «شناسایی و اجرای احکام خارجی» دانست. اما این سند نیز به‌رغم استثنا نمودن طیفی از آرای صادره با موضوعات تجاری و از جمله آرای مربوط به ورشکستگی^۴ با استقبال مواجه نشد تا همچنان استقلال نهادهای ملی در این حوزه حاکم باشد. در همین راستا یکی از مأموریت‌های گروه کاری شماره ۵ آنسیترال که از هجدهمین اجلاس خود در سال ۱۹۹۵ مأموریت تدوین قواعد و مقررات مربوط به ابعاد مختلفی از موضوع ورشکستگی را بر عهده داشته است،^۵ به موضوع شناسایی و اجرای احکام مربوط به ورشکستگی اختصاص یافت. ماحصل تلاش‌های این گروه کاری، ترتیباتی است که برای شناسایی و اجرای احکام مربوط به آرای مرتبط با ورشکستگی در قالب یک قانون نمونه در سال ۲۰۱۸ پیشنهاد می‌دهد. این سند به جهاتی از جمله توسعه مفهوم آرای مرتبط با ورشکستگی نسبت به سند ۲۰۱۳ و راهنمای قانون‌گذاری آن،^۶ یک پیشرفت در حقوق ورشکستگی فرامرزی محسوب می‌شود. هرچند می‌توان

۱. روشن، محمد و مصطفی مظفری، «بررسی آثار صدور حکم ورشکستگی و رفع آن»، مطالعات حقوق خصوصی،

شماره ۱۰۱، بهار ۱۳۸۹، ص ۷۱.

2. UK The Supreme Court , Rubin and another (Respondents) v Eurofinance SA and others (Appellants), Neutral citation number [2012] UKSC 46, Judgment date 24 Oct 2012, 1 AC 236.

3. Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.

4. HCCH, Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, Entry into force: 1-X-2015, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98/>

5. GA, Report of the Working Group on Insolvency Law on the work of its eighteenth session, A/CN.9/419 , 10 November 1995. Available At: https://uncitral.un.org/en/working_groups/5/insolvency_law/

6. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law UNCITRAL UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency, New York, 2012.

این اقدام را گامی مثبت در توسعه همکاری و هماهنگی میان نهادهای مستقل ملی در نظر گرفت، همچنان ضرورت همکاری در مراحل قبل‌تر غیرقابل چشم پوشی است. این مسئله در شرکت‌های فراملی و گروه‌های شرکتی چالش‌های جدی‌تری را نیز ایجاد می‌کند. در کنار «چالش ناشی از شناسایی و اجرای احکام و دستورات موقت» صادر شده از سوی نهادهای خارجی باید به «چالش ناشی از رسیدگی‌های موازی» نیز اشاره کرد. در چنین شرایطی، هماهنگی میان محاکم، از اهمیت شایان توجهی برای به حداقل رساندن این تشتت برخوردار است. هماهنگی نهادهای صالح در فرایند رسیدگی‌های خود و همین‌طور ترتیب اثر دادن به تصمیمات دیگر نهادها از جمله اقداماتی است که در این خصوص در قانون نمونه ۲۰۱۹ پیش‌بینی شده است.

۲.۱.۱. هماهنگی میان محاکم در فرایند رسیدگی

هماهنگی میان محاکم در فرایند رسیدگی، اولین اقدام برای هرچه نزدیک‌تر کردن رسیدگی‌های هم‌زمان در نهادهای قضایی و اجرایی مختلف است. ماده ۱۲ قانون نمونه ۲۰۱۹ این راهکار را پیش‌بینی کرده است که به موجب این ماده، محکمه می‌تواند با هماهنگی با محکمه دیگر به رسیدگی اقدام کنند و حقوق ماهوی و شکلی طرفین و صلاحیت دادگاه‌ها می‌تواند توسط طرفین، در نتیجه دستیابی به یک توافق درمورد شرایط حاکم بر رسیدگی هماهنگ و با تصدیق آن توسط دادگاه تضمین شود و با وجود هماهنگی در رسیدگی‌ها، دادگاه برای رسیدن به تصمیم خود در خصوص موضوعات مطروحه مسئول خواهد بود. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این ماده در نهایت رویکرد دادگاه واحد را اتخاذ نمی‌کند و حداکثر همکاری و هماهنگی میان محاکم در رسیدگی‌ها را می‌پذیرد و بدین ترتیب محاکم مستقل از هم باقی می‌مانند.

به علاوه، ماده ۲۶ همین قانون نمونه از تأیید رسیدگی برای تصمیم‌گیری گروهی صحبت کرده است. وفق این ماده، در مواردی که راهحل ارفاقی، بر عضوی از گروه شرکتی تأثیر می‌گذارد که مرکز منافع اصلی یا تأسیسات وی در این کشور قرار داشته باشد و نیز آن بخش از راهحل که بر این عضو اثر می‌گذارد، باید به محض دریافت هر گونه تصدیق و تأیید، مطابق با قانون این کشور معتبر باشد. در این زمینه، مدیر تصفیه گروه شرکتی در دادگاه‌های این کشور، نسبت به تأیید و تصدیق یاد شده، به‌طور مستقیم طرح دعوا می‌کند.

۲.۱.۲. همکاری در اجرای دستورات سایر نهادها

یکی دیگر از اقدامات درخور توجه برای ایجاد هماهنگی میان نهادهای مستقل رسیدگی‌کننده به دعاوی حوزه ورشکستگی در گروه شرکت‌ها، اجرای دستوراتی است که از سوی نهادهای دیگر صادر می‌شود.

فارغ از حکم نهایی که اجرای آن در کشورهای دیگر، در چارچوب نظام حقوقی شناسایی و اجرای احکام خارجی قرار می‌گیرد، اجرایی شدن دستوراتی که در جریان رسیدگی نیز صادر می‌شود نیز اهمیت دارد.^۱ این راهکار در قانون نمونه ۲۰۱۹ نیز مورد توجه قرار گرفته است. ماده ۲۰ قانون نمونه درمورد خواسته‌های^۲ در دسترس در فرایند رسیدگی بیان می‌دارد: «تا جایی که برای حفظ و اجرای راه‌حل‌های ورشکستگی گروهی یا برای حمایت، حفظ، تحقق یا توسعه ارزش سرمایه‌های عضو گروه شرکتی... یا منافع سهام‌داران^۳ آن عضو گروه شرکتی نیاز باشد، دادگاه می‌تواند با تقاضای مدیر، هر خواسته مناسبی را اعطا نمایند». متعاقباً ماده ۲۱ به مدیر گروه مذکور این امکان را می‌دهد تا تقاضای شناسایی رسیدگی خارجی که ذیل آن منصوب‌شده را از این کشور داشته باشد. از زمان ارسال در این درخواست تا زمان تصمیم‌گیری درمورد آن، در مواردی که خواسته برای موارد مندرج در ماده ۲۰ به‌صورت فوری ضرورت داشته باشد، دادگاه می‌تواند به درخواست مدیر، تصفیۀ آن را اعطا نماید. این درخواست‌ها موارد زیر را شامل می‌شود:

۱. در این قسمت رویکرد موسعی اتخاذ شده است و به نظر می‌رسد منظور از دستورات، مفهومی موسع از درخواست اقدامات تأمینی است که در نظام حقوقی ایران مطرح است. بنابراین درخواست‌های مربوط به اقدامات تأمینی و دستور موقت در نظام حقوقی ایران می‌تواند ذیل این مفهوم قانون نمونه و به عنوان یکی از مصادیق آن تعریف شود.

2. Relief

۳. در اقدامات مقدماتی به این مسئله اشاره گردید که به دلیل ماهیت گروه‌های شرکتی و روش فعالیت آنها معاملات مالی میان اعضا و سهامداران می‌تواند به اشکال مختلفی انجام شوند و تشخیص مالکیت سرمایه و مسئولیت‌ها و شناسایی سهامداران هر یک از اعضای گروه شرکتی نیازمند تحقیقات قانونی پیچیده و هزینه‌بری باشد و این امر نیازمند گره‌گشایی از مالکیت سرمایه و مسئولیت‌ها میان اعضای گروه شرکتی به صورت منفرد است که در آن هر یک از اعضای گروه به تفکیک شناسایی و ارزیابی شوند.

GA, Treatment of enterprise groups in insolvency, A /CN.9/WG.V/WP.78/Add.1, 26 August 2007, Para.2.

همین امر نیز لزوم توجه به منافع سهامداران را در طرح نهایی قانون نمونه ایجاب نمود.

۱- توقف هرگونه اجرائیه علیه سرمایه‌های عضو گروه شرکتی، ۲- تعلیق حق نقل و انتقال،^۱ یا دیگر صورت‌ها یا شیوه‌های هدر دادن سرمایه عضو گروه شرکتی؛ ۳- توقف جریان رسیدگی در خصوص آن عضو گروه شرکتی؛ ۴- توقف آغاز یا ادامه اقداماتی فردی یا رسیدگی‌های انفرادی در خصوص سرمایه، حقوق، تعهدات یا مسئولیت‌های آن عضو شرکتی؛ ۴- تحقیق از شاهدان، جمع‌آوری ادله یا دریافت اطلاعات مربوط به سرمایه‌ها، موضوعات، حقوق، تعهدات و مسئولیت آن عضو، تصدیق ترتیبات مربوط به منابع مالی عضو مذکور و اعطا اختیار تأمین مالی تحت آن ترتیبات؛ ۵- اعطای اقدامات تأمینی دیگری که بر اساس قوانین کشور خود متصور است.

بند اول ماده ۲۲ همین طور بیان می‌دارد، در مواردی که ارزش سرمایه مذکور به دلیل نوع سرمایه و ماهیتی که دارد و نیز سایر اوضاع و احوال، مستعد کاهش ارزش یا هرگونه صدمه دیگر باشد، دادگاه می‌تواند اداره یا حفظ تمام یا بخشی از دارایی آن عضو گروه شرکتی را که در این کشور واقع شده است، به مدیر منصوب در این کشور بسپارد. خواسته‌های اعطاشده جز در موارد خواسته‌های دارای ضرورت فوری، در دیگر موارد با تصمیم‌گیری نسبت به درخواست شناسایی پایان می‌پذیرد که می‌تواند به عنوان آثار درخواست شناسایی قلمداد شود.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، محاکم داخلی می‌توانند هرگونه اقدام ضروری تأمینی را در راستای نیاز به طی شدن مناسب جریان رسیدگی در کشور دیگر به درخواست مدیر تصفیه گروه اتخاذ نمایند تا میان رسیدگی‌های مختلف هماهنگی ایجاد شود یا ترتیبی اتخاذ شود که رسیدگی‌های خارجی به‌طور مناسب، به نتیجه مطلوب برسد. بنابراین اقدامات تأمینی که در نظام حقوقی ایران پیش‌بینی شده است نیز می‌تواند به عنوان مصداق این مقرر در نظر گرفته شود.

۱. با در نظر گرفتن توصیه شماره ۷۸ راهنمای قانون‌گذاری در خصوص ورشکستگی ۲۰۱۰، در اقدامات مقدماتی یکی از موضوعاتی که مطرح شد اجتناب از معاملات میان اعضای گروه شرکتی بود. به خصوص به معاملاتی که به نظر ترجیحی یا از برنده ارزش میان طرفین مستقیم بود، در میان اعضای بهم پیوسته گروه بود، اشاره شده است. اما در سند پایانی ممنوعیت انتقال به طور کلی لحاظ شده او به مصادیق اشاره‌ای نشده است.

GA, Treatment of corporate groups in insolvency, UNDoc. A /CN.9/WG.V/WP.76/Add.1, 5 March 2007, Para.1 and 4

۲.۱.۳. شناسایی رسیدگی‌های خارجی منتهی به تصمیم یا رأی

همان‌طور که توضیح داده شد، یکی از انواع رسیدگی‌های اصلی که در قانون نمونه به آن اشاره شده، رسیدگی برنامه‌ریزی یا منتهی به تصمیم^۱ است. ماده ۲۳ قانون نمونه تحت شرایطی مقرر می‌دارد که این دست از رسیدگی‌های خارجی باید مورد شناسایی قرار گیرد. این شرایط شامل پذیرش درخواست شناسایی روند برنامه‌ریزی خارجی مندرج در ماده ۲۱ سابق‌الذکر و مطابق بودن آن با تعریف مندرج در ماده ۲ و ارسال درخواست به دادگاه است. درخصوص این درخواست باید در اولین فرصت تصمیم‌گیری صورت پذیرد. همین‌طور این درخواست می‌تواند در صورتی که نشان داده شود که علل اعطای آن به‌طور کامل یا جزئی از میان رفته، دچار تعدیل یا لغو شده باشد.

در خصوص این شکل از رسیدگی‌های اصلی نیز قانون نمونه امکان اعطای خواسته‌هایی را پیش‌بینی کرده است. وفق بند اول ماده ۲۴ این سند به‌محض شناسایی، در موارد ضرورت برای امکان شکل‌گیری و اجرای راه‌حل ورشکستگی گروهی یا برای حمایت، حفاظت، تحقق و توسعه ارزش سرمایه عضو گروه شرکتی که موضوع رسیدگی مذکور بوده یا در آن شرکت داشته یا حمایت و حفاظت از سرمایه سهام‌داران عضو مذکور، با تقاضای مدیر تصفیه گروه، دادگاه می‌تواند خواسته‌هایی را اعطا نماید. مصادیق این خواسته مشابه موارد مندرج در ماده ۲۲ است.

۲.۲. همکاری محاکم با دیگر اشخاص دخیل در رسیدگی

به همین منظور، ماده ۹ قانون نمونه ۲۰۱۵ مقرر می‌دارد: «در موضوعات تحت پوشش این سند دادگاه رسیدگی‌کننده باید با بیشترین حد ممکن با دیگر محاکم، مدیر تصفیه یا هر مدیر گروه منصوب‌شده، به‌طور مستقیم یا از طریق مدیر تصفیه‌ای که توسط این کشور برای اقدام از طرف دادگاه نصب شده، همکاری نماید». این مقرر در واقع نه‌تنها همکاری میان محاکم را پیش‌بینی کرده، بلکه همکاری دادگاه‌ها با دیگر بازیگران را نیز پیش‌بینی کرده است. اما سؤالی که مطرح می‌شود، اینکه منظور از همکاری تا بیشترین میزان ممکن به چه معنی است. در این خصوص، قانون نمونه مواردی را به‌صورت تمثیلی بیان می‌کند. وفق ماده ۹ مذکور، همکاری تا بیشترین حد ممکن می‌تواند از طریق هر ابزار مناسبی صورت پذیرد که از جمله

1. planning proceeding

شامل این موارد است: ۱- مبادله اطلاعات از هر طریق مناسب از نظر دادگاه؛ ۲- مشارکت در مبادله اطلاعات با دیگر دادگاه‌ها، مدیران تصفیه و هر مدیر انتسابی گروه؛ ۳- هماهنگی در موضوعات اجرایی و نظارتی اعضای گروه شرکتی؛ ۵- هماهنگی میان رسیدگی‌های هم‌زمان آغاز شده در خصوص اعضای گروه شرکتی؛ ۶- انتساب شخص یا نهادی برای اقدام از طرق دادگاه؛ ۷- تأیید یا اجرای توافق‌های مربوط به هماهنگی میان رسیدگی‌های مربوط به دو یا چند عضو گروه شرکتی در مواردی که سازوکارهای ارفاقی ایجاد شده است؛ ۸- همکاری میان دادگاه‌ها در مورد نحوه تخصیص و فراهم کردن منابع برای همکاری و مبادلات؛ ۹- استفاده از میانجی‌گری و داوری برای حل اختلافات میان اعضای گروه شرکتی در رابطه با دعاوی؛ ۱۰- تأیید راهکارها و ارسال ادعای میان اعضای گروه شرکتی؛ ۱۱- شناسایی دعاوی توسط و از طرف^۱ اعضای گروه شرکتی و سهام‌داران آنها. البته این فهرست به صورت غیر بسته پیش‌بینی شده است تا کشورها خود بتوانند به این موارد، هر آنچه مناسب تشخیص می‌دهند، اضافه کنند.

مسئله ضرورت همکاری حداکثری، علاوه بر محاکم، در رابطه با مدیران تصفیه نیز پیش‌بینی شده است. در همین راستا ماده ۱۴ قانون نمونه ۲۰۱۹ این ضرورت را برای مدیر تصفیه منصوب در این کشور، در اجرای وظایف خود و تحت نظر دادگاه در خصوص دیگر محاکم، مدیران تصفیه دیگر، سایر اعضای گروه شرکتی و مدیر گروه منصوب شده بیان داشته است. وی همچنین در راستای انجام وظایف خود و تحت نظر دادگاه به طور مستقیم با دیگر دادگاه‌ها، سایر مدیران تصفیه و دیگر اعضای گروه شرکتی و نماینده گروه مکاتبه نموده، درخواست اطلاعات کرده یا مستقیماً به آنها کمک کند. همین رویکرد در خصوص مدیرگروه نیز در ماده ۱۳ پیش‌بینی شده است. قانون نمونه ۲۰۱۹ همانند محاکم، در خصوص مدیران مذکور نیز مصادیقی تمثیلی، از «همکاری تا بیشترین حد ممکن» را بیان کرده است. این مصادیق عبارت‌اند از: ۱- به اشتراک گذاردن و افشای اطلاعات مربوط به گروه شرکت؛ ۲- مذاکره در مورد توافق‌نامه‌های مربوط به هماهنگی مرتبط با رسیدگی‌ها، مربوط به دو یا چند عضو گروه شرکتی، در مواردی که رسیدگی برای تصمیم‌گیری^۲ ایجاد شده است؛ ۳- توزیع مسئولیت میان مدیران تصفیه در این کشور،

1. on behalf

2. insolvency solution

مدیران تصفیۀ سایر اعضا یا هر مدیر گروهی تعیین شده؛ ۴- هماهنگی در موضوعات اجرای و نظارتی؛ ۵- هماهنگی برای ایجاد و اجرای راه‌حل ارفاقی در مواردی که میسر باشد.

۳. توسل به رویکرد واحد

رسیدگی به اختلافات مربوط به ورشکستگی در گروه شرکتی نه تنها می‌تواند به صورت رسیدگی‌های مستقلی صورت بپذیرد که در بستر آن تمهیداتی برای همکاری و هماهنگی میان دادگاه‌های مستقل و مدیران و دیگر نمایندگان اندیشیده شود، بلکه این امکان وجود دارد که از بازیگران واحدی نیز استفاده شود. توسل به رویکرد واحد به جای رویکرد مستقل مبتنی بر همکاری هم در خصوص نصب مدیر تصفیۀ واحد برای گروه متصور است و هم به صورت ایجاد یک نهاد رسیدگی کننده واحد.

ماده ۱۷ قانون نمونه ۲۰۱۹، درباره جنبۀ نخست بیان می‌دارد: «دادگاه می‌تواند با دیگر محاکم در رابطه با نصب و شناسایی مدیر تصفیۀ واحد یا همان مدیر تصفیۀ [منسوب از سوی دیگر محاکم] به منظور اجرا و هماهنگی در رسیدگی‌های مربوط به اعضای همان گروه شرکتی همکاری کند». به استناد این ماده محاکم مختلف می‌توانند با توافق یکدیگر به جای اینکه هر یک مدیر تصفیۀ جداگانه‌ای را نصب کنند، یک مدیر تصفیۀ انتخاب کنند یا مدیر تصفیۀ انتخاب شده توسط دادگاه دیگر را در خصوص رسیدگی‌ای که نزد آنها انجام می‌شود، بپذیرند. در این گونه موارد البته لازم است تا اعضای گروه شرکتی در تمام این محاکم یکسان باشند. بنابراین در مواردی که در رسیدگی یک محکمه اعضایی وجود دارد که غیر از اعضای تحت رسیدگی محکمه دیگر هستند، نسبت این اعضا چنین امری متصور نیست.

اما در خصوص ترتیب دادن رسیدگی واحد به نظر می‌رسد مذاکرات مقدماتی تدوین قانون نمونه توفیق خاصی را به همراه نداشته و همان‌طور که بیان شد، در قانون نمونه به همکاری و هماهنگی میان محاکم اکتفا شده است.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود قانون نمونه تلاش داشته تا انواع مختلفی از سازوکارها را برای ایجاد هماهنگی میان نهادهای رسیدگی کننده و اشخاص مرتبط با رسیدگی ایجاد نماید^۱

۱. مهدی پور، الهه، آیین دادرسی ورشکستگی در حقوق ایران، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۳، ص ۱۱۶.

این در حالی است که در نظام حقوقی ایران آیین رسیدگی خاصی برای دعاوی ورشکستگی پیش‌بینی نشده و حتی درباره درخواست‌ها و دستورهای اتخاذ شده در جریان رسیدگی نیز قواعد عام آیین دادرسی حاکم است. بنابراین نظام حقوقی ایران در خصوص همکاری در این زمینه فاقد قواعد خاصی است. جز در خصوص مداخله دیگر اعضای گروه در قالب ورود ثالث پیش‌بینی شده است، مقرراتی برای درخواست‌های حین رسیدگی نیز مشاهده نمی‌شود و همکاری‌های نظام داخلی تنها در قالب مقررات مندرج در ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م. نسبت به آرای خارجی متصور است. در دیگر حوزه‌ها نیز سکوت قواعد آیین دادرسی داخلی باعث خلأهایی در این حوزه است.

نتیجه‌گیری

بخش قابل توجهی از تجارت بین‌الملل از طریق شرکت‌ها انجام می‌پذیرد و همین امر نیز نشان از اهمیت آنها دارد. به‌منظور بهبود عملکرد فعالیت‌های تجاری، گروه‌های شرکتی در حال توسعه و نقش‌آفرینی روز افزونی در این عرصه‌اند. فعالیت‌های تجاری همیشه موفق نیست و در مواردی منتهی به بحران‌های مالی و طرح دعاوی ورشکستگی می‌شود. هرچند بخش قابل توجهی از اختلافات تجاری بین‌المللی از مجاری غیردولتی همچون داوری و میانجیگری حل و فصل می‌شود، همچنان رسیدگی به اختلافات ورشکستگی در صلاحیت محاکم قضایی و دیگر نهادهای اجرایی دولتی است. چنین وضعیتی باعث می‌شود تا در رسیدگی به این دست از اختلاف‌ها با تعدد نهادهای رسیدگی‌کننده صالح مواجه شویم.

هنگامی که دعاوی علیه یک یا چند عضو از گروه شرکتی مطرح می‌شود، این پیچیدگی بیشتر می‌شود. درواقع در این‌گونه موارد در کنار تعدد محاکم، تعدد مدیران تصفیه و تعدد تصمیمات، با تنوع بازیگران و خوانده‌ها نیز مواجه خواهیم شد که از یک محکمه به محکمه دیگر ممکن است ترکیب آنها تفاوت کند. همین امر نیز آشفتگی‌ای را به همراه می‌آورد که می‌تواند در کنار چالش‌های ناشی از حکم توقف بر زنجیره معاملات بین‌المللی مرتبط، سردرگمی‌هایی را نیز بیفزاید.

به‌رغم تلاش‌های ناموفق صورت‌گرفته در راستای سازمان‌دهی نظام حقوقی ورشکستگی در تجارت بین‌الملل از نهادهای منطقه‌ای همچون اتحادیه اروپا، کارگروه شماره ۵ آنسیترال طی تلاشی سیزده‌ساله موفق گردید تا قانون نمونه‌ای برای ایجاد هماهنگی و همکاری میان نهادهای مرتبط با این دست از دعاوی فراهم سازد. در این قانون نمونه تلاش شده است، تا انواع مختلف همکاری میان بازیگران مختلف در شقوق مختلف آن حین رسیدگی و بعد از آن فراهم شود. هماهنگی میان محاکم و بسترسازی برای فعالیت مدیران تصفیه یا نمایندگان دادگاه‌ها در دادگاه‌های دیگر و همین‌طور امکان بهره‌گیری از مدیران واحد برای رسیدگی‌های موازی از جمله اقداماتی بوده است که در این سند پیش‌بینی شده است. در کنار آن امکان صدور دستوراتی نسبت به خواسته‌های مرتبط برای اثربخشی یک رسیدگی در جریان در محاکم کشورهای دیگر

گامی فراتر از شناسایی و اجرای احکام خارجی محسوب می‌شود که زمینه هماهنگی هرچه بیشتر میان نهادهای رسیدگی‌کننده در صلاحیت‌ها و کشورهای مختلف را فراهم می‌سازد. هرچند این اقدامات گام مثبتی تلقی می‌شوند، با وجود این همچنان به نظر می‌رسد تا عبور از تعدد نهادها و رسیدن به نهاد واحد رسیدگی‌کننده فاصله زیادی وجود دارد. دولت‌ها به‌سختی حاضر می‌شوند از حقوق حاکمیتی خود به نفع منافع تجارت بین‌الملل چشم‌پوشی نمایند. با وجود این به نظر می‌رسد قانون نمونه مذکور را باید گامی پیش‌رو و قدمی بزرگ در فضایی به شمار آورد که تلاش‌های در این زمینه به‌طور کلی فاقد هرگونه موفقیت بوده‌اند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. مهدی‌پور، الهه، **آیین دادرسی ورشکستگی در حقوق ایران**، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۳.

مقاله

۲. الماسی، نجات علی و احسان شمس، «قانون ماهوی حاکم بر ورشکستگی»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۱۹، دوره ۵، سال ۱۳۹۶، صص ۹-۴۳.
۳. جامعی، فاطمه و همکاران، «بررسی ورشکستگی شرکت‌ها، دلایل و راهکارهای پیشگیری از آن در حقوق تجارت بین‌الملل»، *نشمین کنفرانس ملی علوم انسانی و مطالعات مدیریت*، ۱۳۹۹، صص ۱-۱۹.
۴. روشن، محمد و مصطفی مظفری، «بررسی آثار صدور حکم ورشکستگی و رفع آن»، *مطالعات حقوق خصوصی*، شماره ۱۰۱، بهار ۱۳۸۹، صص ۷۱-۸۹.
۵. محمدزاده وادقانی، علیرضا و همکاران، «تحلیل اقتصادی دعوی استرداد در ورشکستگی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۱، شماره ۳، ۱۴۰۰، صص ۵۶۹-۵۸۶.
۶. ناظمی اردکانی، مهدی و همکاران، «طراحی و تبیین الگوی پیش‌بینی ورشکستگی شرکت‌ها برحسب صنایع منتخب با استفاده از الگوی درخت تصمیم»، *مدیریت دارایی و تأمین مالی*، دوره ۶، شماره ۲، تیر ۱۳۹۷، صص ۱۲۱-۱۳۸.

ب) منابع انگلیسی

Articles

7. Johnstone, Richard, Wilson, Therese, "Take Me to Your Employer: The Organisational Reach of Occupational Health and Safety Regulation", National Research Centre for OHS Regulation, *Working Paper* 41, 2005, pp 1-37.

8. Garg, Risham, "Issues in Insolvency of Enterprise Groups", *Journal of National Law University Delhi* 6, No. 1, 2019, pp 50–64.
9. Lowenfeld, Andreas, "Obligations of Multinational Enterprises and their Member Companies", Institut de Droit International, Session of Lisbonne, 1995, pp 1-5.
10. Bufford, Samuel, "Coordination of Insolvency Cases for International Enterprise Groups: A Proposal", *Penn State Law Research Paper*, No. 1, 2014, pp.1-79.
11. Murphy, Damien, "Holding Company Liability for Debts of its Subsidiaries: Corporate Governance Implications", *Bond Law Review*, Volume 10, Issue 2, 1998, pp 240-272.

International Documents

12. REGULATION (EU) No 575/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation.
13. GA, Treatment of corporate groups in insolvency, UNDoc. A /CN.9/WG.V/WP.74, 4 October 2006, P1.
14. GA, Official Records of the General Assembly, Seventy-fourth Session, Supplement No. 17 (A/74/17), chap. VI, sect. A, and annex II.
15. GA, Model Law on Enterprise Group Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law, Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2019, UN Doc. A/RES/74/184, 27 December 2019, PP 1-2.
16. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law UNCITRAL UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency, New York, 2012.
17. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency, Vienna International Centre, 2012, Para. 82.
18. GA, Treatment of corporate groups in insolvency, UNDoc. A /CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, 6 March 2007.
19. EU, Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency, Doc. 2014/135/EU, Official Journal of the European Union, L 74/65.

Judicial Opinions

20. High Court of Australia, Walker v Wimbourne, 03 March 1976, ACLR 529 at 532.
21. UK The Supreme Court, Rubin and another (Respondents) v Eurofinance SA and others (Appellants), Neutral citation number [2012] UKSC 46, Judgment date 24 Oct 2012, 1 AC 236.

Internet Resources

22. Domingos Fernando Refinetti and Juliana Brotto de Barros Milaré, Wongtschowski & Zanotta, Restructuring and Insolvency in Brazil: Overview, Law stated as at 01-Dec-2022, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-502-0141? Transition Type = Default & context Data = \(sc.Default\) & first Page = true/](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-502-0141?TransitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true/)
23. GA, Report of the Working Group on Insolvency Law on the work of its eighteenth session, A/CN.9/419 , 10 November 1995. Available At: https://uncitral.un.org/en/working_groups/5/insolvency_law/
24. HCCH, Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, Entry into force: 1-X-2015, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98/>
25. [https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/MONOGRAPH/ 74665/ 83721/ F251786576/ CHN 74665.pdf/](https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/MONOGRAPH/74665/83721/F251786576/CHN74665.pdf)
26. UNCITRAL, Insolvency, Last visited 4 August 2023, available at: <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/>

Mechanisms for Establishing Convergence in Insolvency Proceeding of Enterprise Group

Jalil GHANAVATI (Associate Professor of Law, College of Farabi, University of Tehran)

Hossein JAVAR (Associate Professor of Law, College of Farabi, University of Tehran)

Amirali KHODAEI (PhD Student of Private Law, College of Farabi, University of Tehran)

Abstract

Although resorting to arbitration is a common and desirable method for resolving international commercial disputes, insolvency disputes, remain within the jurisdiction of judicial, executive, and governmental institutions due to their connection to general economic and commercial public order. Therefore, resorting to a single institution for adjudication is ruled out and practically, these disputes resolution are dealt within the framework of multiple and independent institutions. This issue is more complicated regarding enterprise group insolvency. Facilitating disputes in this regard requires coordination and cooperation among role-playing institutions in this field including courts, liquidators, and other stakeholders. Due to the failure to establish uniform institutions, UNCITRAL has drafted a model law to coordinate insolvency proceedings in enterprise group. Consequently, regarding the necessity of understanding and achieving this model law results, this research, through a descriptive and analytical method, studies the dimensions and infrastructures for establishing communication and coordination among institutions and advancing coordinated and effective proceedings, while addresses adjudicating institutions independence under the UNCITRAL Model Law. On the other hand, it examines the anticipated arrangements for various stages of the proceedings.

Keywords:

Enterprise Group, UNCITRAL Model Law, Convergence, Cooperation, Insolvency

الزامات قراردادهای بازارگاه‌های دیجیتال با کاربران تجاری از منظر حقوق

رقابت بین پلتفرمی

(مقاله علمی-پژوهشی)

ابراهیم رهبری*

آرین مسعودی تفرشی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۶

چکیده

موانع طبیعی ورود به بازار بستر فعالیت بازارگاه‌های دیجیتال، یعنی اثر شبکه کاربران سکو و صرفه اقتصادی ناشی از ارائه خدمات در مقیاس انبوه موجب شده است که بازارگاه‌های نوپا برای جذب کاربر و گرفتن بخشی از سهم بازار از سکوهایی پیشگام، راهبردهای معدودی در اختیار داشته باشند. در این شرایط، بررسی قراردادهای بازارگاه‌های دیجیتال با کاربران تجاری نشان می‌دهد که گاهی شروطی در این قراردادها پیش‌بینی می‌شود که می‌تواند خنثی‌کننده راهبردهای ورود به بازار و تضعیف‌کننده رقابت بین پلتفرمی باشد. اما از سوی دیگر این شروط در برخی موارد می‌توانند کارایی‌های مهمی نیز داشته باشند. شرط الزام کاربر تجاری به رفتار برابر با بازارگاه، شرط همکاری انحصاری با بازارگاه و پیشنهاد مشوق‌های وفاداری، مهم‌ترین توافقاتی‌اند که این اوصاف را داشته و بازارگاه‌های دیجیتال فعال در ایران همانند «اسنپ‌فود»، «دیجی کالا»، «علی بابا»، «فیدیو» و «کافه بازار» ممکن است آنها را در قرارداد خود با کاربران تجاری پیش‌بینی کنند.

این مقاله به دنبال آن است تا با بررسی جدیدترین پرونده‌های رقابتی مرتبط در ایران، اتحادیه اروپا و آمریکا این شروط قراردادی را با توجه به آثار ضد رقابتی و کارآمدی‌های احتمالی آنها از منظر حقوق رقابت ایران ارزیابی کند. نتایج به دست آمده نشان می‌دهد که در سند رقابتی منتشرشده از سوی شورای عالی فضای مجازی ایران در سال ۱۳۹۹ و برخی آرای شورای رقابت، این شروط قراردادی به درستی از یکدیگر تفکیک نشده‌اند و بعضی از مواضع اتخاذ شده نسبت به آنها ناکارآمد و بدون توجه به مؤلفه‌های اثرگذار حقوقی و اقتصادی بوده است که اصلاح آن مواضع، مورد نظر این مقاله است.

کلید واژگان:

بازارگاه دیجیتال، حقوق رقابت، رقابت بین پلتفرمی، شرایط استفاده از سکو، بازارهای پلتفرمی.

* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

e_rahbary@sbu.ac.ir

** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

arianmasouditafreshi@gmail.com



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

بازارگاه‌های دیجیتال^۱ که به آنها سکوه‌های تجارت الکترونیک^۲ نیز اطلاق می‌شود، از مهم‌ترین فعالان بازارهای پلتفرمی و ارائه‌دهندگان خدمات سکو^۳ هستند و مزایای فراوانی برای کسب‌وکارها و مصرف‌کنندگان به همراه آورده‌اند.^۴ بازارگاه‌های دیجیتال، سکو^۵ یا پلتفرم‌هایی چندسویه^۶ محسوب می‌شوند و نرم‌افزارهایی‌اند که حداقل دو سویه از کاربران، یعنی کاربران تجاری و کاربران نهایی که نیاز به فضایی برای فروش یا خرید اینترنتی کالا یا خدمت خود دارند، را به یکدیگر متصل کرده و زمینه انجام معامله به صورت برخط را برای آنها فراهم می‌کنند.^۷ پلتفرم‌های بازارگاه حسب اینکه آن سکو برای رفع چه نیازی استفاده می‌شود، مصادیق متنوعی پیدا می‌کنند. بازارگاه‌های خرده‌فروشی کالا نظیر پلتفرم‌های «دیجی کالا» و «آمازون»^۸، بازارگاه‌های بلیط هواپیما و تور نظیر سکوه‌های «علی‌بابا» و «بوکینگ دات کام»^۹، بازارگاه‌های نرم‌افزار تلفن همراه نظیر اپ‌استورها^{۱۰} «کافه‌بازار» و «گوگل پلی استور»^{۱۱}، بازارگاه‌های غذا مثل «اسنپ فود» و بازارگاه‌های خدمات بیمه مانند پلتفرم «بیمه بازار»، همگی از مصادیق بازارگاه‌های دیجیتال هستند.

1. Digital marketplace/ e-marketplace

2. E-commerce platform

3. Online intermediation services

4. European Commission, "Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final Report on the E-Commerce Sector Inquiry (SWD(2017) 154 final)", Brussels, 2017, p.5.

۵. سکوی فضای مجازی، عبارتی است که شورای عالی فضای مجازی در سند «سیاست‌ها و الزامات کلان حمایت از رقابت و مقابله با انحصار سکوه‌های فضای مجازی» برای اشاره به پلتفرم‌های دیجیتال به کار برده است. فضاهای خرید و فروش کالا و خدمات (یا همان بازارگاه‌ها) مطابق بند ۱ ماده ۱ سند فوق، یکی از اقسام مهم سکوها هستند.

6. Multi-sided platform

7. European Commission, "Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry (SWD/2017/0154 final)", Brussels, 2017, p.34.

8. Amazon

9. Booking.com

10. Google Play Store

ویژگی‌های ذاتی اقتصاد پلتفرمی، یعنی اثر شبکه^۱ و صرفه اقتصادی ناشی از ارائه خدمات در مقیاس انبوه^۲ موجب می‌شود که در بازارهای بستر فعالیت سکوه‌های تجارت الکترونیک، بازارگاه‌های تازه تأسیس برای جذب کاربر و گرفتن بخشی از سهم بازار از سکوی پیشگام، راهبردهای معدودی در اختیار داشته باشند. از سوی دیگر، کاربران تجاری بازارگاه‌های پیشگام به دلیل اهمیت دسترسی به شبکه کاربران سکو برای معرفی کسب‌وکار خود به مصرف‌کنندگان، وابستگی بالایی به خدمات بازارگاه پیشگام دارند.^۳ این وابستگی و همچنین تعداد بالای متقاضیان استفاده از خدمات بازارگاه مسلط، قدرت چانه‌زنی بالایی برای تعیین شرایط همکاری به بازارگاه می‌دهد؛ به نحوی که مالک بازارگاه می‌تواند شرایط استفاده از خدمات بازارگاه^۴ را مستقلاً و به صورت یکجانبه پیش‌نویس کند و لیسانس استفاده از خدمات پلتفرم بازارگاه را تنها در صورت پذیرش مفاد قرارداد و شرایط همکاری مورد نظر خود از سوی کسب‌وکار متقاضی به آن کسب‌وکار اعطا کند.^۵ در پرتو ناهمگونی قدرت چانه‌زنی بازارگاه دیجیتال و کسب‌وکارهای کوچک و متوسط بهره‌بردار از سکو، دور از انتظار نیست که یک بازارگاه پیشرو و شناخته‌شده برای تثبیت یا ارتقای جایگاه خود در بازار پلتفرمی مربوطه، شرایط خاصی درخصوص نحوه همکاری کاربران تجاری با سکوه‌های رقیب به کاربران تجاری تحمیل کند که با خنثی کردن راهبردهای ورود به بازار و تضعیف «رقابت بین پلتفرمی»^۶ آثار سوئی در بلند مدت در بازار مربوطه بر جای بگذارد.

با لحاظ اینکه اولاً مطابق اصول حقوق مدنی، اصل بر آزادی قراردادهای خصوصی و لزوم آنها است^۸ و اینکه این اصل با توجه به سلبی بودن حقوق رقابت از قواعد بنیادین حقوق رقابت

1. Network effect

2. Economies of scale

3. European Commission, "Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final Report on the E-Commerce Sector Inquiry (SWD(2017) 154 final)", Brussels, 2017, p.11.

4. Terms and conditions of use

5. Council of the European Union, "Regulation (EU) 2019/1150 of the European parliament and of the council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services", Brussels, 2019, para: 2.

6. Inter-platform competition

۷. به معنای رقابت میان پلتفرم‌های بازارگاه در بازار افقی مربوطه.

۸. ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.»

نیز محسوب می‌شود^۱ و ثانیاً نظر به اینکه ارائه یک تحلیل بهینه حقوق رقابتی درخصوص یک رویه تجاری مستلزم فهم جزئیات رویه مظنون و درک منافع احتمالی آن برای مصرف‌کنندگان و زیست‌بوم نوآوری کشور و نیز خودداری از منع مطلق و شتاب‌زده هرگونه توافق محدودکننده است،^۲ در این مقاله شروط قراردادی خاصی را که به نحوی محدودکننده رقابت بین‌پلتفرمی هستند، به تفکیک موضوع، شرح و تحلیل حقوق رقابتی کرده‌ایم. در قسمت اول مقاله، شرط لزوم رفتار برابر با بازارگاه را با بررسی نمونه‌های عینی آن در شرایط استفاده از بازارگاه‌های دیجیتال تبیین می‌کنیم و وضعیت حقوق رقابتی آن را در پرتو جدیدترین پرونده‌های حقوقی مرتبط می‌سنجیم. در قسمت دوم شرط همکاری انحصاری کاربران تجاری با پلتفرم بازارگاه را تحلیل می‌کنیم. سپس در قسمت سوم مشوق‌های وفاداری را که یک بازارگاه دیجیتال ممکن است به کاربران تجاری خود پیشنهاد دهد، از مفهوم معاملات انحصاری تفکیک می‌کنیم و آن را مستقلاً مورد ارزیابی قرار می‌دهیم. آنگاه در قسمت پایانی، مواضعی را که شورای عالی فضای مجازی ایران در سند رقابتی جدید خود نسبت به شروط قراردادی محدودکننده رقابت بین‌پلتفرمی اتخاذ کرده است، بیان و نقد حقوقی می‌کنیم.

۱. وضعیت رقابتی شرط الزام کاربر تجاری به رفتار برابر با بازارگاه

برخی بازارگاه‌های دیجیتال با توجه به مدل کسب‌وکار پلتفرمی خود، شرطی موسوم به «شرط رفتار برابر با بازارگاه»^۳ را در قرارداد خود با کاربران تجاری پیش‌بینی کرده‌اند؛ شرطی که برخی آن را «شرط رفتار کامله الوداد با پلتفرم»^۴ نام نهاده‌اند.^۵ با توجه به اینکه این شرط قراردادی تحت شرایطی می‌تواند رقابت بین‌پلتفرمی را در بازار سکوهاى تجارت الکترونیک

1. European Parliament, "Regulation (Eu) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and Amending Directive 2000/31/Ec (Digital Services Act)", Brussels, 2022, para.45.

۲. رهبری، ابراهیم و وحید حسنی سنگانی، **حقوق رقابت در عرصه مالکیت‌های فکری**، ج ۲، چ ۱، تهران: سمت، ۱۳۹۸، ص ۳۳.

3. Competition Commission of India, "Market study on e-commerce in India (Key Findings and Observations)", India, 2020, pp.31-32.

4. Platform parity clause

5. Platform most favoured nation clause (MFN clause)

6. Baker, Jonathan and Morton, Fiona M., "Antitrust Enforcement Against Platform MFNs", *Yale Law Journal*, No.7, 2018, p.2177.

محدود سازد، جایگاه حقوق رقابتی این شرط را طی سه قسمت بررسی می‌کنیم. در ابتدا به مدل درآمدزایی بازارگاه‌های دیجیتال اشاره‌ای خواهیم داشت. سپس حقوق و تعهداتی را که شرط قراردادی فوق برای بازارگاه مشروطه و کاربران مشروط علیه ایجاد می‌کند، شرح می‌دهیم و آنگاه ذیل بند پایانی با در نظر قرار دادن توجیهات مبنایی و آثار ضد رقابتی شرط، به اعتبار حقوق رقابتی شرط می‌پردازیم.

۱.۱. مدل کسب و کار بازارگاه‌های دیجیتال

داشتن درک صحیحی از مدل کسب و کار و نحوه درآمدزایی بازارگاه‌ها به فهم بهتر شرط قراردادی موضوع این قسمت کمک می‌کند. اکثر بازارگاه‌های دیجیتال، مابه‌ازای لیسانس نرم‌افزار و مجوز استفاده از سکوی خود را در قالب حق امتیاز^۱ از کسب و کارهای بهره‌بردار از سکو دریافت می‌کنند؛ به این معنی که هرگاه کاربر نهایی، خرید و تراکنش مالی موفق بر بستر سکو انجام دهد، بازارگاه درصد مشخصی از مبلغ پرداخت شده را به عنوان کمیسیون برداشت نموده و مابقی مبلغ را به کاربر تجاری پرداخت می‌کند.^۲ به همین دلیل اینکه کاربر محصول مورد نظر خود را از طریق محیط کاربری و درگاه پرداخت سکو خریداری کند، برای مالک بازارگاه اهمیت بالایی دارد.

۱.۲. موضوع شرط رفتار برابر با بازارگاه

به موجب شرط رفتار برابر با بازارگاه، کاربر تجاری متعهد می‌شود در فروش اینترنتی محصول خود، میان بازارگاه مشروطه و دیگر کانال‌های فروش نظیر سکوهایی رقیب یا وبسایت شخصی کاربر، تفاوتی قائل نشود و قیمت ارزان‌تر یا شرایط بهتری برای کالای خود در قیاس با قیمت کالا بر روی بازارگاه تعیین نکند.^۳

به عنوان مثال بازارگاه آمازون تا سال ۲۰۱۸ در ماده ۴ سند «شرایط فروش کالا در آمازون» چنین مقرر کرده بود: «شما به عنوان فروشنده نباید در دیگر بسترهای اینترنتی فروش کالا، قیمت ارزان‌تر یا شرایط مشتری پسندتری نسبت به شرایط فروش کالای خود در بازارگاه آمازون

1. Royalty

2. European Commission, "Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry (SWD/2017/0154 final)", Brussels, 2017, p.37.

3. Klingler, Désirée and Bokemeyer, Jonathen et al, "Amazon's theory of harm", *Thurman Arnold Project, Digital Platform Theories of Harm*, No.1, 2020, p.24.

پیش‌بینی کرده باشید».^۱ شرکت آمازون از سال ۲۰۱۹ الزام قراردادی فوق را از متن سند شرایط فروش کالا در آمازون حذف نمود، اما محدودیت کاملاً مشابهی را در سند دیگری با عنوان «سیاست‌نامهٔ قیمت‌گذاری منصفانه در بازارگاه آمازون» که برای کاربران تجاری آمازون لازم‌الاجرا است، منعکس کرد.^۲ مطابق این سند، بازارگاه آمازون در صورت مشاهدهٔ تخلف از شرط فوق می‌تواند کالای فروشنده را به مصرف‌کننده نمایش ندهد و یا در صورت تکرار این اقدام، حساب کاربری فروشنده را تعلیق یا مسدود کند.^۳ در ایران نیز بازارگاه «دیجی‌کالا» در سند «بایدها و نبایدهای قیمت‌گذاری در دیجی‌کالا» ذیل سرفصل گران‌فروشی چنین مقرر کرده است: «در صورتی که کالای فروشنده بر روی وبسایت دیجی‌کالا نسبت به نمونه‌های مشابه آن در وبسایت رسمی فروشنده یا در بازار، گران‌تر باشد فروشنده مرتکب تخلف گران‌فروشی در دیجی‌کالا شده است».^۴

برخی بازارگاه‌های دیجیتال نیز وجود دارند که در شرط قراردادی فوق، دامنهٔ محدودیت کمتری برای کاربران تجاری در نظر گرفته‌اند و تعهد فروشنده به عدم عرضه محصول مشابه به قیمت ارزان‌تر را منحصر به وبسایت شخصی فروشنده دانسته‌اند. برای مثال بازارگاه رزرو هتل «بوکینگ‌دات‌کام» از سال ۲۰۱۵ به‌جای تحمیل نوع موسع شرط، هتل‌های طرف قرارداد خود را صرفاً متعهد نمود که قیمت اتاق‌های قابل‌رزرو در وبسایت هتل نباید از قیمت اتاق‌های عرضه‌شده هتل بر بستر سکوی «بوکینگ‌دات‌کام» ارزان‌تر باشد.^۵ برخی این شرط قراردادی را

1. Amazon Inc., "Amazon Services Business Solutions Agreement (Selling on Amazon terms)", 2018, Available at:

www.abilityone.gov/laws_regulations_and_policy/documents/Amazon%20Services%20Business%20Solutions%20Agreement.pdf, Last visited: 2023/10/05.

2. Amazon Inc., "Amazon Marketplace Fair Pricing Policy", 2023, Available at: <https://sellercentral.amazon.com/help/hub/reference/external/G5TUVJKZHUVMN77V>, Last visited: 2023/10/05.

3. *Ibid.*

۴. شرکت نوآوران فن‌آوازه (دیجی‌کالا)، «بایدها و نبایدهای قیمت‌گذاری در دیجی‌کالا»، ۱۳۹۹، قابل دسترس در: <https://selleracademy.digikala.com/>:۱۴۰۲/۱۰/۱۶. آخرین بازدید:

5. Agarwal, A., "Assessing the Impact of MFNs or PPCs on Competition in Online Marketplaces: An Indian Competition Law Perspective", 2021, Available at: <https://competition-forum.com/assessing-the-impact-of-mfns-or-ppcs-on-competition-in-online-marketplaces-an-indian-competition-law-perspective/>, Last visited: 2024/01/06.

که محدودیت کمتری در قیاس با نوع موسع شرط^۱ دارد، «شرط مضیق رفتار برابر با بازارگاه»^۲ خوانده‌اند.^۳

۱.۳. تحلیل حقوق رقابتی

شرط رفتار برابر با بازارگاه درعین حال که می‌تواند واجد برخی کارایی‌ها باشد، تحت شرایطی تحمیل آن به کسب‌وکارهای بهره‌بردار از سکو برخی آثار ضد رقابتی در پی دارد و می‌تواند رقابت بین پلتفرمی را تضعیف کند. به دلیل تقابل آثار ضد رقابتی با کارآمدی‌های این شرط قراردادی، در سال‌های اخیر آرای متفاوتی از سوی مراجع رقابتی کشورها درخصوص اعتبار یا ضد رقابتی بودن این شرط صادر شده است.

در پرونده مرجع رقابتی آلمان علیه بازارگاه رزرو هتل «اچ آر اس» در سال ۲۰۱۳، این بازارگاه درخصوص کارآمدی‌های شرط معتقد بود که این شرط قراردادی از طریق جلوگیری از «سواری مجانی گرفتن»^۴ از سکو، موجب بازگشت سرمایه‌گذاری و هزینه‌های شرکت «اچ آر اس» در زمینه توسعه پلتفرم خود می‌شود. در نبود شرط فوق، کاربران تجاری سکو (صاحبان هتل‌ها) در آن واحد می‌توانند محصول خود را بر روی بازارگاه شناخته‌شده «اچ آر اس» به نمایش گذاشته و از قابلیت‌های کاربرپسند آن مثل ابزار مقایسه یا موتور جست‌وجوی آن بهره ببرند؛ اما با عرضه اتاق‌های خود به قیمت پایین‌تر در وبسایت شخصی هتل یا در دیگر سکوها، کاربر نهایی را به انجام تراکنش مالی از طریق وبسایت هتل یا سکوی متفاوت ترغیب کنند که در این صورت با توجه به اینکه تراکنش مالی کاربر، خارج از بازارگاه «اچ آر اس» انجام می‌شود، کمیسیون به بازارگاه «اچ آر اس» تعلق نمی‌گیرد. بنابراین شرط رفتار برابر با بازارگاه اولاً از دارا شدن بلاجهت کاربران تجاری جلوگیری می‌کند و ثانیاً بازارگاه‌ها را به توسعه پلتفرم خود و افزایش قابلیت‌های آن تشویق می‌کند که نفع نهایی این موضوع به مصرف‌کنندگان می‌رسد.^۵

1. Wide MFN clause

2. Narrow MFN clause

3. Ezrachi, Ariel, "The competitive effects of parity clauses on online commerce", *European Competition Journal*, No.11(2-3), 2015, p.489.

4. Free riding

5. Bundeskartellamt, "Bundeskartellamt v. HRS.de ("Best Price" clauses of HRS hotel portal violate competition law)", Case summary, 2014, p.4.

بازارگاه «اچ آر اس» همچنین معتقد بود که این شرط قراردادی برای حفظ اعتماد مصرف‌کنندگان به رقابتی بودن قیمت‌های این بازارگاه ضروری است.^۱

درمقابل، مرجع رقابتی آلمان معتقد بود که بازارگاه «اچ آر اس» با تحمیل شرط فوق به هتلداران، نوعی مانع ورود به بازار سکوه‌های رزرو هتل تمهید کرده است؛ چراکه اگر یک بازارگاه تازه‌وارد بخواهد با سکوی «اچ آر اس» رقابت کند، مهم‌ترین راهبردی که در اختیار دارد، این است که کمیسیون کمتری در قیاس با بازارگاه «اچ آر اس» از هتل‌داران مطالبه کند تا هتلداران نیز در ازای این کاهش کمیسیون راضی شوند اتاق‌های خود را به مبلغ پایین‌تری بر روی سکوی تازه‌وارد قیمت‌گذاری کنند و به این طریق مسافران را به رزرو این اتاق‌ها و استفاده از بازارگاه جدید ترغیب نمایند. این در حالی است که بازارگاه «اچ آر اس» از طریق تحمیل این شرط، نمایش قیمت‌های ارزان‌تر در سکوه‌های رقیب را برای هتل‌های طرف قرارداد با خود منع کرده است. این مرجع در رأی صادره خود بیان نمود که این اقدام در بلند مدت رقابت بین‌پلتفرمی در بازار سکوه‌های رزرو هتل را به شدت تضعیف خواهد کرد و به ضدرقابتی بودن شرط و حذف این شرط از قرارداد بازارگاه «اچ آر اس» با هتل‌ها رأی داد.^۲

در جدیدترین پرونده مرتبط در دعوای «فریم ویلسون» علیه بازارگاه آمازون در سال ۲۰۲۳ که هنوز در دادگاه منطقه‌ای سیاتل آمریکا در جریان است، عده‌ای از فروشندگان فعال در بازارگاه آمازون مدعی شده‌اند که به دلیل آنکه سیاست‌نامه قیمت‌گذاری منصفانه در بازارگاه آمازون شرط موسع رفتار برابر با بازارگاه را به فروشندگان تحمیل کرده، موانع قابل توجهی برای ورود سکوه‌های نوپا به بازار سکوه‌های خرده‌فروشی آمریکا ایجاد شده و فروشندگان را از منافع وجود بازارگاه‌های رقیب محروم کرده است. در این راستا از دادگاه خواسته‌اند تا تحمیل این شرط از سوی بازارگاه آمازون را مصداق انحصارطلبی و نقض قسمت ۲ قانون شرم‌ن شناسایی کند. جالب آنکه دادگاه رسیدگی‌کننده در جدیدترین اقدام خود، ادعای شرکت آمازون را مبنی بر اینکه آمازون صرفاً به دنبال منع گران‌فروشی فروشندگان بوده و محملی برای ضدرقابتی دانستن شرط وجود ندارد،

1. *Ibid.*

2. *Ibid.*, p.1.

رد کرده است.^۱ به همین دلیل می‌توان گفت که دیدگاه ابتدایی دادگاه در این پرونده مبتنی بر ضدرقابتی بودن این اقدام شرکت آمازون بوده است.

در حقوق رقابت ایران در مواد ۴۴ و ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی^۲ بندی که صراحتاً شرط الزام کاربران تجاری به رفتار برابر با سکو را منع کرده باشد، دیده نمی‌شود. باوجوداین، در پرتو آثار ضدرقابتی و کارایی‌های پیش‌گفته، به نظر می‌رسد در صورتی که یک بازارگاه دیجیتال در بازار پلتفرمی مربوطه، موقعیت مسلط داشته و شرط رفتار برابر با بازارگاه و از نوع موسع آن را به کسب‌وکارهای بهره‌بردار از سکو تحمیل کند، این اقدام به دلیل دشوار کردن رقابت سکوه‌های نوپای بازار با بازارگاه مسلط، رقابت بین پلتفرمی را به شدت تضعیف می‌کند و می‌توان آن را مستند به قسمت ۴ بند ط ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا.^۳ ایجاد مانع ورود به بازار و سوءاستفاده از موقعیت مسلط محسوب کرد. اما در مواردی که ذی‌نفع شرط قراردادی یک بازارگاه غیرمسلط باشد، به نظر می‌رسد شورای رقابت باید میزان آثار محدودکننده شرط بر بازار پلتفرمی مربوطه را بررسی کند. چنانچه تعداد بازارگاه‌هایی که انعقاد قرارداد با کسب‌وکارها را موکول به قبول شرط فوق می‌کنند، زیاد و مجموع سهم بازار آنها قابل توجه باشد، به دلیل کاهش رقابت این بازارگاه‌ها در تغییر نرخ کمیسیون‌های خود و محروم شدن کاربران تجاری از مزایای یک بازار رقابتی و حتی احتمال وقوع رفتارهای جمعی میان سکوها می‌توان عنصر اخلال در رقابت را که شرط اجرای ماده ۴۴ ق.ا.ج.س.ک.ا.^۴ است، به صورت بالقوه در بازار محقق دانست و مطابق بند ۵ ماده ۴۴ آن بازارگاه‌ها را به توقف تحمیل این شرط به کاربران تجاری ملزم نمود. شایان ذکر است که قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا نیز که جدیدترین سند رقابتی با محوریت بازارهای پلتفرمی است و از سال ۲۰۲۳ لازم‌الاجرا شده،

1. United States District Court of Washington at Seattle, "Frame-Wilson v. Amazon Inc. (Case No. 2:20-cv-00424-RAJ)", Order, 2023, p.15.

۲. از این پس: ق.ا.ج.س.ک.ا.^{۴۴}.

۳. قسمت ۴ بند ط ماده ۴۵: «ایجاد مانع به‌منظور مشکل کردن ورود رقبای جدید یا حذف بنگاه‌ها یا شرکت‌های رقیب در یک فعالیت خاص».

۴. بند ۵ ماده ۴۴: «موکول کردن انعقاد قرارداد به قبول تعهدات تکمیلی توسط طرف‌های دیگر که بنابر عرف تجاری با موضوع قرارداد ارتباطی ندارد».

همسو با رویکرد فوق، در بند a ماده ۵، بازارگاه‌های دروازه‌بان^۱ را از تحمیل شرط موسع رفتار برابر با سکو به کاربران تجاری منع کرده است.^۲

اما در مورد نوع مضیق شرط رفتار برابر با بازارگاه با توجه به اینکه این شرط، تأثیری بر رقابت بین‌پلتفرمی نگذاشته و اجرای آن از سواری مجانی و دارا شدن بلاجهت کاربران تجاری جلوگیری می‌کند، به نظر می‌رسد بهتر است پیش‌بینی آن در شرایط استفاده از سکوه‌های بازارگاه را معتبر دانست. مراجع رقابتی کشورهای ایتالیا، فرانسه و سوئد نیز طی مصالحه‌ای که در سال ۲۰۱۵ با مالک بازارگاه «بوکینگ‌دات‌کام» انجام دادند، پیشنهاد این شرکت مبنی بر تبدیل نوع موسع شرط به نوع مضیق آن را پذیرفتند و دغدغه رقابتی خود را با حذف شرط موسع، برطرف شده دانستند.^۳ البته در خصوص اعتبار نوع مضیق این شرط قراردادی، مراجع رقابتی کشورها رویه واحدی نداشته‌اند. برای مثال، در سال ۲۰۲۱ دیوان دادگستری فدرال آلمان، رأی دادگاه تجدیدنظر دوسلدورف را که در دعوی مرجع رقابتی آلمان علیه بازارگاه «بوکینگ‌دات‌کام» قائل بر ضد رقابتی نبودن شرط مضیق رفتار برابر با بازارگاه شده بود، نقض کرد.^۴ دیوان با استناد به گزارش‌های مالی مربوط به عملکرد بازارگاه «بوکینگ‌دات‌کام» طی سال‌های ۲۰۱۶ تا ۲۰۲۱، کارآمدی‌های مورد ادعای این بازارگاه در خصوص شرط فوق را نپذیرفت و این شرط را به دلیل سلب اختیار هتل‌ها در اعمال تخفیف بر روی قیمت اتاق‌ها در وبسایت اختصاصی خود، به ضرر مصرف‌کنندگان تشخیص داد و رأی به ضد رقابتی بودن آن صادر کرد؛^۵ رویکردی که بسیار سخت‌گیرانه به نظر می‌رسد و چه بسا برای هتل‌های بزرگ که وبسایت اختصاصی خود را

1. Gatekeeper marketplace platform

2. European Parliament, "Regulation (Eu) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector and Amending Directives (Eu) 2019/1937 and (Eu) 2020/1828 (Digital Markets Act)", Brussels, 2022, Art.5.

3. Italian Competition Authority, "Commitments Offered by Booking.Com: Closed the Investigation in Italy, France and Sweden", 2015, Available at: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2015/4/alias-2207>, Last visited: 2024/01/06.

4. Germany Federal Court of Justice, "Bundeskartellamt v. Booking.com (case No. 099/2021)", Decision No. KVR 54/20, 2021, Available at: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2021/18_05_2021_BGH_KVR_54-](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2021/18_05_2021_BGH_KVR_54-20_Booking.com.pdf?__blob=publicationFile&v=3#:~:text=Decision%20of%2018%20May%202021,not%20comply%20with%20competition%20law.)

[20_Booking.com.pdf?__blob=publicationFile&v=3#:~:text=Decision%20of%2018%20May%202021,not%20comply%20with%20competition%20law.](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2021/18_05_2021_BGH_KVR_54-20_Booking.com.pdf?__blob=publicationFile&v=3#:~:text=Decision%20of%2018%20May%202021,not%20comply%20with%20competition%20law.)

5. *Ibid.*

دارند، زمینه استفاده رایگان و گرفتن سواری مجانی از مالکیت‌های فکری متعلق به سکوهاى رزرو هتل را ایجاد خواهد کرد.

۲. وضعیت رقابتی شرط همکاری انحصاری کاربر تجاری با بازارگاه

برخی بازارگاه‌های دیجیتال در سند شرایط استفاده از سکو، شرط همکاری انحصاری با بازارگاه را به کاربران تجاری سکو تحمیل می‌کنند که به‌طور بالقوه می‌تواند آثار محدودکننده‌ای بر رقابت بین‌پلتفرمی بر جای بگذارد. در ادامه پس از تشریح این شرط قراردادی، به جواز یا ممنوعیت به‌کارگیری آن توسط بازارگاه‌های دیجیتال در پرتو حقوق رقابت می‌پردازیم.

۲.۱. موضوع شرط قراردادی

به موجب شرط همکاری یا معامله انحصاری،^۱ بازارگاه دیجیتال انعقاد قرارداد با کاربر تجاری و نمایش محصول وی بر روی سکو را منوط به عدم همکاری کاربر با دیگر بازارگاه‌ها در طول مدت قرارداد یا مدت کوتاه‌تری می‌کند.^۲ بررسی بازارهای پلتفرمی توسط کمیسیون اروپا نشان می‌دهد شرط معامله انحصاری در قیاس با شرط رفتار برابر با بازارگاه، کمتر در قراردادهای بازارگاه‌ها با کاربران تجاری پیش‌بینی می‌شود و در صورت تمایل نیز بازارگاه‌ها به صورت موقت از آن استفاده می‌کنند.^۳

۲.۲. تحلیل حقوق رقابتی

سنجش وضعیت رقابتی شرط معامله انحصاری، مستلزم توجه به سهم بازار بنگاه مشروط‌اله، مدت شرط قراردادی، دامنه محدودیت ایجادشده و کارایی‌های احتمالی شرط است.^۴ برخی مراجع رقابتی نظیر کمیسیون رقابت هند و تنظیم‌گر رقابت ترکیه در گزارش تحقیقاتی خود در خصوص بازارگاه‌های دیجیتال بیان کرده‌اند که شرط معامله انحصاری تحت شرایطی می‌تواند واجد برخی

1. Exclusive dealing

2. European Commission, "Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry (SWD/2017/0154 final)", Brussels, 2017, p.177.

3. *Ibid*, p.178.

۴. رهبری، ابراهیم و وحید حسنی سنگانی، منبع پیشین، صص ۱۳۱-۱۳۲.

کارایی‌ها باشد^۱ و بنابراین در هر پرونده باید به صورت مستقل تحلیل حقوق رقابتی شوند.^۲ باوجوداین، این دو مرجع رقابتی خود اذعان دارند که کاربران تجاری بازارگاه‌ها در اکثر مواقع مایل به «چند منزلی»^۳ هستند؛ یعنی در صورت فقدان مانع تمایل دارند به صورت هم‌زمان از خدمات چندین سکوی بازارگاه برای عرضه محصول خود به مشتریان استفاده کنند.^۴ به همین دلیل نمی‌توان انکار کرد که در صورت تحمیل شرط معامله انحصاری به کاربران تجاری، امکان چندمنزلی از کسب‌وکارها سلب، و شرایط رقابت برای سکوهایی نوپا بسیار دشوار می‌شود. از طرف دیگر، در پاسخ به ادعای وجود برخی کارایی‌ها در شرط معامله انحصاری چنین به نظر می‌رسد که کارآمدی‌های مورد ادعا بیشتر در قراردادهای لیسانس دانش فنی و اختراع و قراردادهای فرانسیز دیده می‌شود؛ اما در قراردادهای لیسانس استفاده از خدمات سکوهایی بازارگاه موضوعیت پیدا نمی‌کند. برای مثال، در قراردادهای فرانسیز که حفظ اعتبار تجاری و شهرت برند برای فرانسیزدهنده بسیار اهمیت دارد، امکان دارد فرانسیزگیرنده متعهد به عدم همکاری با رقبای فرانسیزدهنده در طول مدت قرارداد شود تا تمرکز فعالیت وی معطوف به اسرار تجاری و آموزش‌های فرانسیزدهنده و کنترل کیفی محصولات تولیدشده باشد.^۵ لذا این قبیل اهداف و کارایی‌ها در قراردادهای بازارگاه‌ها با کسب‌وکارهای بهره‌بردار، کمتر معنا پیدا می‌کند؛ چراکه مالک بازارگاه، دانش فنی یا اسرار تجاری خاصی در اختیار کسب‌وکارها قرار نمی‌دهد و صرفاً با اختصاص پنل کاربری به کاربران، مجوز عرضه محصول بر بستر سکو را به آنها اعطا می‌کند. در تقویت این نظر می‌توان به رأی کمیسیون اروپا در پرونده سکوی «گوگل ادسنس»^۶ اشاره کرد. در شکایتی که در سال ۲۰۱۹ علیه شرکت گوگل درخصوص تحمیل شرط معامله انحصاری به کاربران سکوی تبلیغات اینترنتی «گوگل ادسنس» طرح شد، کمیسیون اروپا کارایی‌های مورد ادعای سکوی «گوگل ادسنس» درخصوص شرط معامله انحصاری را نپذیرفت و شرکت گوگل را

1. Competition Commission of India, *cit*, p.31.

2. Ozgokcen, Hakan, "Footsteps of Change: Preliminary Report on the E-Marketplace Sector Inquiry", 2021, Available at: <https://www.esin.av.tr/2021/06/10/footsteps-of-change-preliminary-report-on-the-e-marketplace-sector-inquiry/>, Last visited: 2024/01/06.

3. Multi-homing

4. Competition Commission of India, *cit*, p.26.

۵. رهبری، ابراهیم و وحید حسنی سنگانی، منبع پیشین، ص ۱۲۹.

6. Google AdSense

به سوءاستفاده از موقعیت مسلط خود در بازار سکوه‌های تبلیغات اینترنتی و پرداخت جریمه محکوم کرد.^۱

در ایران در صورتی که یک بازارگاه دارای موقعیت مسلط، شرط معامله انحصاری را برای مدت قابل توجهی به کاربران تجاری خود تحمیل کند، به نظر می‌رسد به دلیل تضعیف جدی رقابت بین‌پلتفرمی به واسطه اجرای این شرط، بازارگاه تحمیل‌کننده شرط را می‌توان مستند به قسمت ۳ بند «و» ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴ و قسمت ۴ بند «ط» ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴ به سوءاستفاده سکو از موقعیت مسلط خود در بازار مربوطه محکوم نمود. عجیب آنکه در پرونده شکایت شرکت «تپسی» از شرکت «اسنپ» در سال ۱۳۹۶ علیرغم آنکه تحمیل شرط معامله انحصاری به رانندگان فعال در سکوی تاکسی اینترنتی «اسنپ» احراز شده بود، شورای رقابت با استدلالی عجیب و مبتنی بر این گزاره که «راننده در انتخاب شرکت برای همکاری مخیر است» وقوع یک رویه مخل رقابت بین‌پلتفرمی را محرز ندانست و به نفع شرکت اسنپ رأی داد.^۲ استدلال شورای رقابت از این نظر اشتباه به نظر می‌رسد که شورا به پیشگام‌بودن و موقعیت برتر شرکت تحمیل‌کننده شرط، یعنی اسنپ، در بازار سکوه‌های تاکسی‌های اینترنتی توجه کافی نکرده است. درج شرط معامله انحصاری از سوی یک سکوی پیشگام و مسلط مثل اسنپ از این نظر مظنون به اخلال در رقابت است که در سایه تعداد بالاتر مسافران و سهم بازار بالاتر سکوی اسنپ در سال ۱۳۹۶ رانندگان انگیزه‌ای به انصراف از همکاری با اسنپ و ترجیح سکوی تپسی بر اسنپ نداشته و عملاً برای همکاری با اسنپ نیز ناگزیر از پذیرش شرط معامله انحصاری و عدم همکاری با تپسی بوده‌اند. در تأیید این نظر می‌توان به تغییر رویکرد شورای رقابت در پرونده شکایت پلتفرم‌های «طاقچه» و «کتابراه» از بازارگاه کتاب صوتی و الکترونیک «فیدیو» در سال ۱۴۰۲ اشاره کرد. در این پرونده علیرغم تشابه رفتار بازارگاه «فیدیو» با سکوی «اسنپ»، شورا

1. European Commission, "Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising", 2019, Available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770, Last visited: 2023/10/05.

۲. قسمت ۳ بند «و» ماده ۴۵: «معامله با طرف مقابل با این شرط که طرف مذکور از انجام معامله با رقیب امتناع ورزد».

۳. شورای رقابت، «بررسی شکایت شرکت پیشگامان فناوری آرامیس (تپ سی) از شرکت ایده گزین ارتباطات روماک (اسنپ)»، ۱۳۹۶، قابل دسترس در:

<https://www.nicc.gov.ir/council/decisions-council/724-318-1396-09-27.html> آخرین بازدید:

۱۴۰۲/۱۰/۱۶

رای کاملاً متفاوتی صادر نمود و بازارگاه «فیدیو» را به دلیل درج شرط معامله انحصاری و منع ناشران طرف قرارداد از انعقاد قرارداد با پلتفرم‌های رقیب، به استناد قسمت ۲ بند الف ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا.^۱ به اتخاذ رویه ضدرقابتی و لزوم توقف تحمیل شرط معامله انحصاری به ناشران، محکوم کرده است.^۲

۳. وضعیت رقابتی پیشنهاد مشوق‌های وفاداری به کاربران تجاری بازارگاه

در بازارهای دیجیتال این احتمال وجود دارد که سکوه‌های بازارگاه به‌جای تحمیل شرط معامله انحصاری، به کاربران خود پیشنهاد دهند که در ازای معامله اختصاصی با بازارگاه از مزایای بیشتری در سکو بهره‌مند شوند. با توجه به نوین بودن این پیشنهادها، مشوق‌های وفاداری تاکنون در نظام حقوق رقابت ایران در پرتو قواعد سنتی معاملات انحصاری تفسیر شده‌اند؛ اما این دو شرط، هم از حیث موضوع و هم از لحاظ گستره آثار محدودکننده رقابت بین پلتفرمی با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند. در این راستا ابتدا وجوه افتراق مشوق‌های وفاداری با معاملات انحصاری را بیان می‌کنیم، آنگاه ملزوماتی را که مراجع رقابتی در پرونده‌های مرتبط با مشوق‌های پیشنهادی بازارگاه‌های دیجیتال برای ارائه تحلیل رقابتی صحیح باید مورد توجه قرار دهند، بیان می‌کنیم.

۳.۱. تفکیک مشوق‌های وفاداری از مفهوم معامله انحصاری

به دلیل ظن بالای ضدرقابتی بودن معاملات انحصاری، یک بازارگاه دارای موقعیت مسلط ممکن است در جریان رقابت در بازار پلتفرمی، از مشوق‌های وفاداری به‌عنوان یک راهبرد جایگزین استفاده کند. در این صورت کسب‌وکارها برای انعقاد قرارداد با آن بازارگاه مجبور به عدم همکاری با سکوه‌های رقیب نمی‌شوند؛ اما در صورت پذیرش پیشنهاد همکاری انحصاری، بازارگاه در ازای وفاداری کاربر تجاری، به وی برخی مشوق‌ها ارائه می‌دهد؛ برای مثال ممکن

۱. قسمت ۲ بند الف ماده ۴۵: «وادار کردن اشخاص دیگر به استنکاف از معامله و یا محدود کردن معاملات آنها با رقیب».

۲. مرکز ملی رقابت، «فیدیو از محدود کردن ناشران به قرارداد با سایر پلتفرم‌ها منع شد»، ۱۴۰۲، قابل دسترس در:

آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶. <https://www.nicc.gov.ir/center/news-center/1863-or-pr-br-2.html>.

است بازارگاه کمیسیون خدمات خود را با درصدی تخفیف محاسبه کند^۱ یا خدمات رایگانی مثل تبلیغات به کاربر تجاری ارائه دهد. مثال عینی مشوق‌های وفاداری را می‌توان در ساختار همکاری بازارگاه «اسنپ‌فود» با رستوران‌ها مشاهده کرد. سکوی اسنپ‌فود در زمان انعقاد قرارداد همکاری با رستوران‌ها دو نوع قرارداد به آنها پیشنهاد می‌کند: در قرارداد نوع اول، که به آن قرارداد ساده گفته می‌شود،^۲ شرط معامله انحصاری با اسنپ‌فود دیده نمی‌شود و در مقابل، تعهد اسنپ‌فود نیز صرفاً اختصاص پنل کاربری به رستوران طرف قرارداد است. اما رستوران‌ها در صورت پذیرش قرارداد نوع دوم، یعنی قرارداد اختصاصی، در ازای تعهد همکاری انحصاری با اسنپ‌فود از دو مشوق بهره‌مند می‌شوند؛ اول آنکه کمیسیون واسطه‌گری اسنپ‌فود با ۲ تا ۳ درصد تخفیف محاسبه خواهد شد و دوم آنکه بازارگاه اسنپ‌فود، امتیاز عملکرد رستوران را با ضریب یک‌ونیم محاسبه می‌کند^۳ و به نوعی شرایط را برای بیشتر دیده‌شدن رستوران در بازارگاه اسنپ‌فود فراهم می‌نماید.

۳.۲. تحلیل حقوق رقابتی

قراردادهای مربوط به مشوق‌های وفاداری به دلیل ماهیت نوین آنها از موضوعات بحث‌برانگیز حقوق رقابت هستند و مستقلاً در قوانین رقابتی اتحادیه اروپا، آمریکا و ایران مورد اشاره قرار نگرفته‌اند. بدین خاطر، برخی از مراجع رقابتی این مشوق‌ها را در پرتو آثار آنها و منتج شدن یا نشدن به قیمت‌گذاری تهاجمی و معامله انحصاری تفسیر می‌کنند.^۴ البته به‌تازگی در سال ۲۰۲۲ دادگاه عمومی اتحادیه اروپا این تفسیرهای یکسان را نپذیرفته و رأی کمیسیون اروپا در پرونده شکایت شرکت «ای ام دی» علیه شرکت «اینتل»^۵ را که مبتنی بر تعمیم قواعد معاملات

۱. به این نوع از مشوق، تخفیف وفاداری (Loyalty rebate) گفته می‌شود: رهبری، ابراهیم و وحید حسینی سنگانی، منبع پیشین، ص ۱۳۹.

۲. شرکت مدرن سامانه غذارسان اطلس (اسنپ‌فود)، «انواع قراردادها»، ۱۴۰۰، قابل دسترس در: <https://vendors.snappfood.ir.۱۴۰۲/۱۰/۱۷> آخرین بازدید:

۳. همان منبع.

۴. رهبری، ابراهیم و وحید حسینی سنگانی، منبع پیشین، صص ۱۴۲ و ۱۴۵.

5. AMD Inc. v. Intel Inc.

انحصاری بر مشوق‌های وفاداری بوده، نقض کرده است.^۱ دادگاه عمومی درخصوص علت نقض رأی بیان کرده که پیشنهاد مشوق‌های وفاداری فی‌نفسه در تعارض با حقوق رقابت نیستند و کمیسیون اروپا در این پرونده باید به مؤلفه‌های اقتصادی نهفته در مشوق‌ها توجه می‌کرده، اما بدون تحلیل اقتصادی دقیق آنها و با استناد به قواعد کلی معاملات انحصاری، رأی صادر کرده که از نظر دادگاه عمومی غیرقابل‌پذیرش است.^۲ مواد ۶ و ۷ قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا نیز درخصوص پیشنهاد مشوق‌های وفاداری از سوی سکوها دروازه‌بان سکوت کرده‌اند^۳ که اماره‌ای بر این است که از نظر این قانون، مشوق‌های وفاداری در جزئیات با هم تفاوت دارند و مراجع رقابتی اتحادیه اروپا در هر پرونده باید هر یک را به‌صورت مستقل بررسی کنند.

با توجه به تفاوت مشوق‌های وفاداری با مفهوم معاملات انحصاری و کمتر بودن ظن ضدرقابتی بودن پیشنهادهای وفاداری در قیاس با شروط انحصاری، به نظر می‌رسد در حقوق رقابت ایران ضروری است تا مشوق‌های وفاداری در هر پرونده، مورد به مورد بررسی شوند و از اعمال قاعده ممنوعیت مطلق بر آنها پرهیز شود. برای تحلیل وضعیت رقابتی مشوق‌های وفاداری در ایران قسمت ۲ بند د ماده ۴۵ و قسمت ۱ بند ط ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴ مرتبط به نظر می‌رسد. قسمت ۲ بند د ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴ «ارائه هدیه، جایزه، تخفیف یا امثال آن که موجب وارد شدن لطمه جدی به دیگران شود» را از مصادیق قیمت‌گذاری تهاجمی دانسته است. واقعیت آن است که برای حفظ رقابت بین‌پلتفرمی در بازار سکوها، تحلیل مشوق‌های وفاداری در پرتو شرایط قیمت‌گذاری تهاجمی، کافی و کارآمد نیست. دلیل این امر یکی از ویژگی‌های اقتصادی سکوها، یعنی صرفه اقتصادی ناشی از ارائه خدمات در مقیاس انبوه است. صرفه ناشی از مقیاس به این معناست که در بازارهای پلتفرمی، سرمایه‌گذاری و هزینه زیادی برای توسعه نرم‌افزار و متناسب‌شدن سکو با بازار^۴ نیاز است؛ اما پس از یک سرمایه‌گذاری موفق و رشد کاربران و تثبیت جایگاه سکو در بازار، هزینه‌های توسعه پلتفرم بسیار کاهش یافته و

1. Batchelor, Bill, "EU General Court Overturns Intel Antitrust Fine", 2022, Available at: <https://www.skadden.com/insights/publications/2022/02/eu-general-court-overturns-intel-antitrust-fine>, Last visited: 2024/01/06.

2. *Ibid.*

۳. شایان ذکر است که پاراگراف ۳۹ مقدمه این قانون به لزوم منع تحمیل شرط رفتار برابر با بازارگاه پرداخته و از بحث مشوق‌های وفاداری خروج موضوعی دارد.

4. Product market fit

هزینه‌های نگهداری و پشتیبانی از سکو جایگزین آن می‌شود. به عبارت دیگر، در یک نظام اقتصادی سالم، با رسیدن یک سکو به مرحله تناسب محصول با بازار، رشد درآمد سکو در قیاس با هزینه‌های آن، شیب بیشتری به خود می‌گیرد و هزینه‌های سکو به اندازه درآمد سکو افزایش نمی‌یابد.^۱ به همین دلیل یک بازارگاه با رسیدن به موقعیت مسلط قادر است در ازای وفاداری کاربران تجاری، تخفیف‌هایی به آنها پیشنهاد دهد که با توجه به هزینه‌های کنونی سکو، قیمت‌گذاری تهاجمی یعنی قیمت‌گذاری پایین‌تر از هزینه تمام‌شده محسوب نشود؛ اما چه بسا بازارگاه‌های نوپا به دلیل هزینه‌های بالای موردنیاز برای توسعه نرم‌افزار و پلتفرم در مرحله رشد خود، قادر به ارائه آن میزان تخفیف به کسب‌وکارها نباشند و در نتیجه جذب کاربر و رقابت با سکوی پیشگام برای آنها بسیار دشوار شود. به همین دلیل به نظر می‌رسد برای تحلیل حقوق رقابتی مشوق‌های وفاداری، توسل به لسان قسمت ۱ بند ط ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴ که «تعیین قیمت یک کالا یا خدمت به صورتی غیرمتعارف» را مصداق سوءاستفاده از موقعیت مسلط دانسته کارآمدتر باشد؛ خصوصاً که آثار ضدرقابتی مشوق‌های وفاداری در فرض مسلط بودن بنگاه بروز می‌کند و مشوق‌های پیشنهادی بازارگاه‌هایی که قدرت بازاری بالایی ندارند، اگر یک راهبرد کوتاه‌مدت برای رقابت با سکوهایی پیشگام باشد، حساسیت حقوق رقابت را برنمی‌انگیزد.^۲

سؤال مهمی که در مقام پاسخ به آن هستیم، این است که مشوق وفاداری پیشنهادشده به کاربران تجاری تحت چه شرایطی غیرمتعارف محسوب شده و نقض قسمت ۱ بند «ط» ماده ۴۵ ق.ا.ج.س.ک.ا. خواهد بود. کمیسیون اروپا در پرونده رقابتی خود در سال ۲۰۱۸ علیه شرکت گوگل برای تشخیص مشوق‌های غیرمتعارف از معیار «همه یا هیچ»^۳ استفاده کرد. مطابق وقایع این پرونده، در زمان تمایل شرکت‌های سازنده تلفن‌های همراه اندرویدی^۴ به نصب پیش‌فرض^۵ بازارگاه «گوگل پلی استور» بر روی دستگاه‌های تولیدشده، شرکت گوگل علاوه بر انعقاد قرارداد

1. Graef, Inge, "Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms", Ph.D thesis, KU Leuven Faculty of Law, 2015-2016, p.43.

۲. رهبری، ابراهیم و وحید حسینی سنگانی، منبع پیشین، ص ۱۳۹.

3. All or nothing criteria

4. Android smart phone

5. Preinstallation

لیسانس ساده نصب پیش فرض^۱ نرم‌افزار با سازندگان دستگاه‌ها، پیشنهاد انعقاد قرارداد دیگری با عنوان «قرارداد تسهیم درآمد گوگل» را نیز به این شرکت‌ها ارائه می‌داد. در صورت پذیرش قرارداد اخیر، در ازای تعهد سازنده تلفن همراه به نصب انحصاری بازارگاه «گوگل پلی استور» بر روی تلفن‌های همراه و عدم نصب پیش فرض اپ‌استورهای رقیب، شرکت گوگل درصد مشخصی از درآمد خود از سکوی «گوگل پلی استور» را به طرف قرارداد خود پرداخت می‌کرد.^۲ کمیسیون اروپا با توجه به موقعیت مسلط شرکت گوگل در بازار اپ‌استورهای اندرویدی و با لحاظ اینکه حجم پرداختی پیشنهادی شرکت گوگل به سازندگان تلفن همراه اندرویدی بسیار بالا بوده،^۳ بیان نمود که شرکت گوگل در عمل سازندگان تلفن همراه اندرویدی را به سمتی سوق داده که یا هر دو قرارداد را بپذیرند یا هیچ‌کدام را؛ چراکه در صورت تمایل به نصب پیش فرض اپ‌استورهای رقیب با بازارگاه «گوگل پلی استور» بر روی دستگاه‌ها با محروم شدن از درآمدهای سرشار بازارگاه «گوگل پلی استور» به نوعی جریمه می‌شوند. به این ترتیب، کمیسیون اروپا شرکت گوگل را به سوءاستفاده از موقعیت مسلط خود در بازار اپ‌استورهای اندرویدی و پرداخت جریمه‌ای به مبلغ ۴ میلیارد و ۳۴۰ میلیون یورو و توقف پیشنهاد قرارداد تسهیم درآمد به سازندگان تلفن‌های همراه محکوم کرد.^۴

در پرتو رأی فوق به نظر می‌رسد شورای رقابت در تشخیص متعارف یا غیرمتعارف بودن مشوق‌های وفاداری پیشنهادشده از سوی بازارگاه مسلط، در گام اول می‌بایست اثر عدم پذیرش مشوق وفاداری از سوی کاربر تجاری را ارزیابی کند؛ به این معنی که کاربر تجاری در صورت عدم پذیرش مشوق پیشنهادی تا چه اندازه متحمل هزینه خواهد شد و تا چه اندازه در عدم

1. Basic preinstallation licence

2. European Commission, *Google Android (CASE AT.40099)*, Commission decision, 2018, p.268.

۳. در گزارش سازمان رقابت و بازار انگلستان آمده است که شرکت گوگل، تنها در یک سال، مبلغی نزدیک به دو میلیارد دلار بابت قرارداد تسهیم درآمد به سازندگان تلفن‌های اندرویدی پرداخت کرده است:

The Competition and Markets Authority, "Mobile ecosystems market study (Appendix E: Google's agreements with device manufacturers and app developers)", The United Kingdom, 2021, p.E17.

4. European Commission, "Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine", 2018, Available at:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581 , Last visited: 2023/10/05.

پذیرش مشوق پیشنهادی آزادی عمل دارد.^۱ علاوه بر این مؤلفه، بلندمدت یا کوتاه‌مدت بودن محدودیت در معامله با سکوه‌های رقیب نیز واجد اهمیت است. به نظر می‌رسد که شورای رقابت در پرونده شکایت بازارگاه «ایران اپس» از اپ‌استور اندرویدی «کافه‌بازار» در سال ۱۳۹۶ به مؤلفه‌های فوق توجه کافی کرده است. در این پرونده بازارگاه کافه‌بازار این مشوق را به برنامه‌نویسان نرم‌افزارهای تلفن همراه پیشنهاد می‌داد که در صورتی که برای مدت ۶ ماه اپلیکیشن خود را تنها از طریق سکوی کافه‌بازار عرضه کنند، بازارگاه کافه‌بازار متقابلاً آنها را در صفحه‌ای با عنوان «فقط در کافه‌بازار» در معرض نمایش کاربران نهایی قرار می‌دهد و تبلیغ می‌کند. شورای رقابت به‌درستی با لحاظ اینکه اولاً نفس عرضه اپلیکیشن‌ها بر بستر کافه‌بازار منوط به عدم عرضه آنها بر بستر سکوه‌های دیگر، از جمله بازارگاه ایران اپس، نبوده و معامله‌ای انحصاری در معنای دقیق آن منعقد نشده است و ثانیاً عدم پذیرش بسته تشویقی کافه‌بازار، هزینه خاصی برای برنامه‌نویسان به دنبال نداشته^۲ و ثالثاً آنکه محدودیت موضوع بسته تشویقی کافه‌بازار موقت و برای ۶ ماه بوده، پیشنهاد بسته تشویقی کافه‌بازار را مخل رقابت بین‌پلتفرمی تشخیص نداد.^۳

در پرونده دیگری در سال ۱۳۹۸ در دعوی بازارگاه «چیلیوری» علیه بازارگاه «اسنپ‌فود»، شرکت مالک چیلیوری، مدعی اخلال در رقابت بین‌پلتفرمی از سوی اسنپ‌فود به دلیل پیشنهاد مشوق‌های وفاداری غیرمتعارف شد. در این پرونده، بازارگاه اسنپ‌فود طی پیشنهاد قراردادی تحت عنوان «توافق‌نامه همکاری انحصاری-پلکانی» به رستوران‌ها، در ازای پذیرش شرط

1. Edelman, B. and Geradin, D., "Android and competition law: exploring and assessing Google's practices in mobile", *European Competition Journal*, No.12(2-3), 2016, p.191.

۲. شایان ذکر است که برنامه‌نویسان در صورت عدم پذیرش بسته تشویقی کافه‌بازار، فرصت تبلیغ اپلیکیشن خود را در سکوی کافه‌بازار از دست نمی‌دادند و می‌توانستند برای تبلیغ اپلیکیشن خود در صفحه اول کافه‌بازار در دیگر برنامه‌های تبلیغاتی این بازارگاه شرکت کنند:

۳. شورای رقابت، «رسیدگی به شکایت شرکت تدبیر گستران بهینه‌ساز (ایران‌اپس) از شرکت آوای همراه هوشمند هزارستان (کافه‌بازار)»، ۱۳۹۶، قابل دسترس در:

آخرین بازدید: <https://www.nicc.gov.ir/council/decisions-council/667-303-1396-05-23.html>
۱۴۰۲/۱۰/۱۶

معامله انحصاری موضوع توافق‌نامه فوق^۱ به رستوران‌های اختصاصی خود، تخفیفی در کمیسیون خدمات پلتفرم ارائه می‌داد و همچنین برای آنها فعالیت‌های تبلیغاتی رایگان انجام می‌داد.^۲ مطابق بندهای ۶-۷ و ۶-۸ این توافق‌نامه، در صورت همکاری رستوران اختصاصی با سکوها‌های مشابه با اسنپ‌فود، اسنپ‌فود کمیسیون خدمات خود را تا ۲ درصد افزایش داده و تمام فعالیت‌های تبلیغاتی موضوع توافق‌نامه را متوقف می‌کرد و حتی در ادامه همکاری با رستوران، مخیر شناخته شده بود.^۳ شورای رقابت در این پرونده ضمن احراز موقعیت مسلط شرکت اسنپ‌فود در بازار سکوها‌های سفارش غذا، این بازارگاه را به سوءاستفاده از موقعیت مسلط خود و پرداخت ۱۰۰ میلیون تومان جریمه نقدی محکوم کرد.^۴

فارغ از اینکه در پرونده شکایت چیلیوری از اسنپ‌فود عدم پذیرش توافق‌نامه همکاری انحصاری اسنپ‌فود موجب افزایش هزینه‌های رستوران‌ها می‌شده و به نظر می‌رسد اسنپ‌فود به‌واقع از موقعیت مسلط خود در بازار سکوها‌های سفارش غذا سوءاستفاده کرده بوده است، اما آنچه در رأی شورای رقابت قابل انتقاد می‌نماید این است که شورا میان پیشنهاد مشوق وفاداری و مفهوم معاملات انحصاری، تفکیکی قائل نشده و در رأی خود به مؤلفه‌های اقتصادی مهمی نظیر هزینه‌های عدم پذیرش مشوق وفاداری برای رستوران‌ها، مدت محدودیت موضوع توافق‌نامه و تعداد رستوران‌های مخاطب پیشنهاد و سهم آنها از کل رستوران‌های فعال در بازارگاه‌های غذا اشاره‌ای نکرده است. پیشنهاد می‌شود شورای رقابت در رسیدگی به پرونده‌های مشابه، ضمن توجه به تفکیک پیش‌گفته و مؤلفه‌های اقتصادی اثرگذار، از اجرای قاعده ممنوعیت مطلق در

۱. مدت این توافق‌نامه و بازه همکاری انحصاری رستوران طرف قرارداد با اسنپ‌فود در رأی شورای رقابت مورد اشاره قرار نگرفته و مشخص نیست مدت محدودیت ناشی از همکاری انحصاری در این توافق‌نامه محدود یا نامحدود بوده است.

۲. توکلی، مسعود، «بررسی ادعای انحصارطلبی اسنپ‌فود در حوزه سفارش آنلاین غذا»، ۱۳۹۸، قابل دسترسی در: <https://www.zoomit.ir/tech-iran/340974-snapp-food-monopoly-antitrust> آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶.

3. Ibid.

۴. شورای رقابت، «رسیدگی به شکایت شرکت آسان رسانیان غذای ایرانیان (چیلیوری) از شرکت مدرن سامانه گذارسان اطلس (اسنپ فود)»، ۱۳۹۸، قابل دسترسی در: <https://www.nicc.gov.ir/council/decisions-council/1089-395-13-1398.html> آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶.

عرصه مشوق‌های وفاداری فاصله گرفته و حسب نوع و موضوع مشوق پیشنهاد شده توسط سکو، تحلیل‌های حقوقی-اقتصادی دقیقی در خصوص آثار آن در بازار پلتفرمی مربوطه ارائه دهد.

۴. نقد مواضع سند شورای عالی فضای مجازی در خصوص شروط قراردادی محدودکننده رقابت بین‌پلتفرمی

شورای عالی فضای مجازی ایران در سال ۱۳۹۹ سندی با عنوان «سیاست‌ها و الزامات کلان حمایت از رقابت و مقابله با انحصار سکوهاى فضای مجازی»^۱ منتشر کرده است. سند شورای عالی فضای مجازی در مقدمه و ماده ۲ بازارهای پلتفرمی را دارای ویژگی‌های اقتصادی متمایزی در قیاس با بازارهای سنتی دانسته و تدوین‌کنندگان سند ظاهراً با تدوین الزامات و راه‌حل‌های جدید به دنبال رفع نواقص فصل نهم ق.ا.ج.س.ک.ا. ۴۴ و حمایت بهتر از رقابت در بازار سکوهاى فضای مجازی بوده‌اند. مواضعی که سند شورای عالی فضای مجازی در خصوص قراردادهای سکوهاى بازارگاه با کاربران تجاری خود اتخاذ کرده و احکامی که در ماده ۶ سند بر شروط قراردادی مضمون به اخلاص رقابت بین‌پلتفرمی بار نموده در پاره‌ای موارد غیرمنطقی است و با اقتضائات ذاتی تجارت هم‌خوانی ندارد. باوجوداین، رویکردهایی هم در این سند دیده می‌شود که درخصوص ترتیبات محدودکننده موضوع این مقاله، قابل دفاع هستند که در ادامه به آنها می‌پردازیم و دلیل کارایی یا ناکارآمدی هر کدام از آن مواضع را بیان می‌کنیم.

۴.۱. دامنه بسیار گسترده و غیرمنطقی رویه‌های محل رقابت بین‌پلتفرمی موضوع ماده ۶

سند شورای عالی فضای مجازی در ماده ۶ با عنوان «الزامات ارائه‌دهندگان خدمات سکو در برابر سایر سکوها» در مقام منع رویه‌های محل رقابت بین‌پلتفرمی بوده است. اقدام عجیب و ناخوشایندی که تدوین‌کنندگان سند در ماده ۶ رقم زده‌اند، این است که برخلاف ماده ۵ که در آن مصادیق رفتارهای محل رقابت درون‌پلتفرمی ذکر شده و الزامات حاکم بر آنها تعیین شده، در ماده ۶ چنین اقدامی انجام نگرفته و در بند ۱ ماده ۶ به صورت غیراصولی، خیل کثیری از رویه‌ها

۱. از این پس: سند شورای عالی فضای مجازی.

و راهبردهای تجاری ممنوع اعلام شده است.^۱ رویکردی که سند شورا در بند ۱ ماده ۶ اتخاذ کرده، برخلاف اصول بنیادین از جمله اصل آزادی اراده در تجارت و استثنایی بودن حقوق رقابت است؛ چراکه این اصول بنیادین توجه به شرایط ضدرقابتی بودن هر رفتار تجاری و تحلیل‌های عمیق حقوقی-اقتصادی را می‌طلبد.^۲ با توجه به تعریف بسیار گسترده مفهوم «رویه ضدرقابتی» در بند ۴ ماده ۱ سند شورای عالی فضای مجازی و اتخاذ قاعده ممنوعیت مطلق در بند ۱ ماده ۶ نسبت به آن، در صورت به اجرا گذاشتن این دو بند آثاری غیرمنطقی در بازارهای پلتفرمی ظاهر خواهد شد و تقریباً اتخاذ هرگونه راهبرد تجاری از سوی سکوها و بازارگاه‌ها داخل در تعریف رویه ضدرقابتی قرار خواهد گرفت.

صرف‌نظر از ایراد وارد به ماده ۶ سند شورای عالی فضای مجازی در عدم ورود به تعیین جزئی رفتارهای محل رقابت بین‌پلتفرمی، بند ۴ ماده ۱ این سند نیز در تعریف «رویه ضدرقابتی» ایراد اساسی دارد. این بند در قسمت «... هر اقدامی که با استفاده از موقعیت بازار یا بدون خلق ارزش ...»، با استفاده کردن از عبارت «یا» در این قسمت برخلاف اصول اولیه حقوق رقابت گام برداشته است؛ چراکه تحلیل‌های حقوق رقابتی مستلزم مقایسه توانان آثار ضدرقابتی یک رویه و منافع و ارزش‌های احتمالی آن است و نباید صرف داشتن قدرت بازاری یا حتی وضعیت اقتصادی مسلط را نقض حقوق رقابت و یک رویه ضدرقابتی تلقی کرد؛^۳ و^۴ اصلی که

۱. بند ۱ ماده ۶ سند شورای عالی فضای مجازی: «ارتکاب هر اقدامی که در شمول تعریف رویه‌های ضدرقابتی قرار گیرد، از سوی سکوها مجاز نمی‌باشد.»

2. Federal Trade Commission, "Monopolization Defined", 2019, Available at: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined>, Last visited: 2024/01/06.

۳. بند ۴ ماده ۱ سند شورای عالی فضای مجازی: «هر اقدامی که با استفاده از موقعیت بازار یا بدون خلق ارزش (افزایش کیفیت، افزایش میزان تولید محصول یا ارائه خدمت و کاهش قیمت به واسطه کاهش هزینه‌های عملیاتی) یا با هدف تضعیف، تخریب یا حذف رقبای واقعی یا بالقوه، به ارتقا یا حفظ قدرت بازار برای یک سکو بینجامد یا ورود به بازار و ارتقای قدرت بازار را برای سایر رقبای دشوار سازد یا منجر به حذف آنها از بازار گردد و یا به احتکار، افساد در اقتصاد، اضرار به عموم، تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص، کاهش مهارت و ابتکار در جامعه و یا سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور منجر شود. مواد ۴۴ و ۴۵ قانون تسهیل رقابت و منع انحصار از جمله مصادیق این رویه‌ها به‌شمار می‌آیند.»

4. European Parliament, "Fact Sheets on the European Union (Competition policy)", 2019, Available at: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/82/competition-policy>, Last visited: 2024/01/06.

5. Federal Trade Commission, *cit*.

متأسفانه در بند ۴ ماده ۱ این سند نادیده گرفته شده و نفس ارتقا یا حفظ قدرت بازار را برخلاف اقتضائات طبیعی تجارت و حیات اقتصادی کسب‌وکارها، رویه ضدرقابتی معرفی کرده است که از نظر این مقاله قابل دفاع نیست.

۴.۲. منع سکوها از تحمیل «شرط بهترین رفتار با سکو» به کاربران تجاری

درخصوص شرط الزام کاربر تجاری به رفتار برابر با بازارگاه، بند ۸ ماده ۵ سند شورای عالی فضای مجازی مرتبط به نظر می‌رسد. به تصریح این بند «هرگونه الزام کسب‌وکارهای بهره‌بردار به فروش کالا یا خدمات خود بر روی سایر سکوها با قیمتی بالاتر یا کیفیت پایین‌تر ممنوع است». واقعیت آن است که بند فوق از دو نظر نقص دارد و برای تنظیم رقابت در بازار سکوها کارآمد نیست: اول آنکه این بند کلیه سکوها و بازارگاه‌ها را از استفاده از شرط قراردادی مذکور در قرارداد خود با کاربران تجاری منع کرده است، در حالی که آثار ضدرقابتی شرط، در موارد اتخاذ آن از سوی سکوهایی دارای موقعیت مسلط ظهور می‌کند و اگر یک بازارگاه تازه‌وارد از این شرط برای یافتن توان رقابت با سکوهایی قدرتمند استفاده کند، به نظر نمی‌رسد اشکال رقابتی خاصی وجود داشته باشد.^۱

دومین ایراد وارد به این بند، جامع نبودن آن است. بند ۸ ماده ۵ سند شورای عالی فضای مجازی صرفاً به شرط بهترین رفتار با سکو، که به آن شرط رفتار کامله‌الوداد مضاعف^۲ نیز گفته می‌شود،^۳ اشاره کرده، اما راجع به شرط رفتار برابر با سکو،^۴ یعنی فرضی که کاربر تجاری به‌جای تعیین بهترین قیمت برای محصول خود بر روی سکوی مسلط، ملزم به عدم تعیین قیمت ارزان‌تر در سکوهایی رقیب می‌شود، تعیین تکلیف نکرده است. این در حالی است که تحلیل‌های پیشین مقاله نشان داد که اعمال شرط اخیر از سوی یک بازارگاه مسلط، رقابت بین‌پلتفرمی را به اندازه شرط بهترین رفتار با سکو تضعیف می‌کند و می‌بایست داخل در شمول رویه‌های موضوع بند فوق سند قرار داده می‌شد.

1. Baker, Jonathan and Morton, Fiona M., *cit*, p.2196.

2. MFN plus clause

3. United States District Court for the Eastern District of Michigan, "United States of America and the State of Michigan v Blue Cross Blue Shield of Michigan (Case No. 2:10-cv-14155-DPH)", Court's ruling, 2010, p.3.

4. Equal to MFN clause

۴.۳. عدم تفکیک مشوق‌های وفاداری از مفهوم معاملات انحصاری

چنان‌که در بند سوم مقاله آمد، مشوق‌های وفاداری که بازارگاه‌ها به کاربران تجاری خود پیشنهاد می‌دهند متفاوت با تحمیل شرط معامله انحصاری هستند و برخلاف معاملات انحصاری بازارگاه‌های مسلط نباید مشمول قاعده ممنوعیت مطلق باشند و نیاز به بررسی موردی در هر پرونده دارند. در بند ۶ ماده ۵ سند شورای عالی فضای مجازی به این تفکیک توجه نشده و چنین آمده است که «الزام کسب‌وکارهای بهره‌بردار به موافقت با شرایط و الزامات مرتبط با عدم استفاده از خدمات دیگر ارائه‌دهندگان خدمات سکو و یا ایجاد تمایز میان کسب‌وکارها بر مبنای موافقت یا عدم موافقت با این شرایط، مجاز نیست».

قسمت اخیر بند فوق، هرگونه تمایزی را که از پذیرش یا عدم پذیرش مشوق‌های وفاداری ناشی شود، بدون توجه به مؤلفه‌های اقتصادی اثرگذار در تحلیل حقوق رقابتی مشوق‌های وفاداری و حتی بدون تفکیک سکوه‌های دارای موقعیت مسلط از سکوه‌های غیرمسلط، با قاعده ممنوعیت مطلق، منع کرده که بسیار قابل انتقاد است. بررسی پرونده‌های رقابتی مرتبط و ارزیابی منطقی موضوع نشان می‌دهد که دو معیار سهم بازار سکوی پیشنهاددهنده مشوق و هزینه‌های احتمالی ناشی از عدم پذیرش مشوق وفاداری، برای تحلیل حقوقی-اقتصادی این‌گونه تمایزها ضروری‌اند که در بند فوق نادیده گرفته شده‌اند. قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا نیز که جدیدترین سند رقابتی لازم‌الاجرا با محوریت بازارهای پلتفرمی است، در هیچ قسمتی از قانون، پیشنهاد مشوق‌های وفاداری از سوی سکوه‌های دروازه‌بان را ممنوع اعلام نکرده و موضوع را به بررسی‌های موردی و شرایط هر پرونده ارجاع داده است که مؤید دیدگاه پذیرفته‌شده در این مقاله است.

۴.۴. منع سکوها از تحمیل محدودیت‌های خارج از قرارداد به کاربران تجاری

رویکرد اتخاذشده در بندهای ۳ و ۹ ماده ۵ سند شورای عالی فضای مجازی^{۲۱} از معدود مواضع قابل‌دفاع این سند است. مطابق بندهای فوق، سکوه‌های فضای مجازی باید کلیه

۱. بند ۳ ماده ۵ سند شورای عالی فضای مجازی: «دلایل و زمینه‌های تعلیق یا حذف نمایش کالاها و خدمات کسب‌وکارهای بهره‌بردار از سکوها باید پیش از آغاز همکاری به اطلاع آنها برسد و ترتیبات مربوط به عدم نمایش کالا یا خدمت، در قرارداد تصریح شود.»

۲. بند ۹ ماده ۵ سند شورای عالی فضای مجازی: «اعمال هرگونه محدودیت یا الزام خارج از قرارداد، بر کسب‌وکارهای بهره‌بردار مجاز نیست.»

محدودیت‌های ناظر به رفتار کاربران تجاری را در قرارداد و شرایط استفاده از خدمات سکو ذکر کنند و این قرارداد را پیش از آغاز همکاری در اختیار کسب‌وکارها قرار دهند. واقعیت آن است که تحمیل محدودیت‌های خارج از قرارداد به کاربران تجاری سکوها، خود می‌تواند زمینه‌ساز اختلال رقابت بین‌پلتفرمی باشد که به‌درستی در بندهای مذکور مورد توجه قرار گرفته است. برای مثال، یک بازارگاه مسلط ممکن است علیرغم سکوت قرارداد درخصوص ممنوعیت انجام رفتاری خاص، با کسب‌وکارهای بهره‌بردار از سکو ارتباط گیرد و به آنها بگوید که در صورت عدم توقف آن رفتار خاص، دسترسی به سکو را از آنها خواهد گرفت؛ امری که می‌تواند در پشت پرده به خاتمه همکاری کاربران تجاری با بازارگاه‌های رقیب منجر شود و شرایط ادامه فعالیت برای سکوهایی کوچک‌تر را بسیار دشوار سازد.

به همین دلیل کلیه محدودیت‌های مورد نظر سکوها باید صراحتاً در قرارداد استفاده از خدمات سکو ذکر شود تا علاوه بر ایجاد شفافیت برای کاربران تجاری، مرجع رقابتی نیز بتواند شروط محدودکننده موردنظر سکوها را شناسایی و کارشناسی، و در صورت مشاهده نگرانی رقابتی مداخله کند. در اتحادیه اروپا نیز «مقرره پارلمان اروپا برای ارتقای عدالت و شفافیت برای کاربران تجاری سکوهایی اینترنتی» مصوب سال ۲۰۱۹ در ماده ۳ علاوه بر اینکه تأکید کرده که کاربران تجاری باید بتوانند در تمام مراحل رابطه تجاری خود با سکوها (اعم از مراحل پیش‌قراردادی) به قرارداد و شرایط استفاده از سکو دسترسی آسان داشته باشند، ارائه‌دهندگان خدمات پلتفرمی را ملزم کرده است که هرگونه محدودیت و الزامی اعم از فعل یا ترک فعل را که به کاربران تجاری سکو مربوط می‌شود، صراحتاً در قرارداد مربوطه ذکر کند و کمیسیون اروپا را مسئول رصد و پایش اجرای این الزام از سوی سکوهایی اینترنتی نموده است.^۱

1. European Parliament, "Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services", Brussels, 2019, Art.3.

نتیجه‌گیری

ویژگی‌های اقتصادی بازارهای پلتفرمی، هزینه‌های جایگزین کردن بازارگاه‌های نوپا با بازارگاه پیشگام را برای کاربران کنونی سکوی پیشگام بالا می‌برد. در چنین شرایطی، بازارگاه‌هایی که به‌عنوان تازه‌وارد در بازار پلتفرمی حضور دارند، راهبردهای تجاری معدودی برای رقابت با سکوی مسلط و گرفتن سهم بازاری در اختیار دارند. پیش‌بینی شرط الزام کاربر تجاری به رفتار برابر با بازارگاه، معامله انحصاری و پیشنهاد مشوق‌های وفاداری در قرارداد استفاده از بازارگاه مسلط، ممکن است متکی به برخی توجیهات معقول باشد؛ اما درعین‌حال با مسدودسازی پیش‌دستانه راهبردهای ورود به بازار می‌تواند رقابت بین پلتفرمی را تضعیف کند. اصول بنیادین حقوق رقابت، مرز باریکی میان اصل آزادی اراده در تجارت و منع رویه‌های مخل رقابت در بازار افقی سکوهایی تجارت الکترونیک ترسیم می‌کند که این اصول در مواضع اتخاذشده در ماده ۶ سند شورای عالی فضای مجازی و برخی آرای شورای رقابت نسبت به سه شرط قراردادی پیش‌گفته، مورد توجه قرار نگرفته و مرزهای مزبور درهم تنیده شده است.

با اتکا به تحلیل‌های حقوق رقابتی این مقاله درخصوص شرط الزام کاربران تجاری به رفتار برابر با بازارگاه، به شورای رقابت پیشنهاد می‌دهیم که در پرتو کارایی نهفته در این شرط، به تفکیک میان نوع موسع شرط (با موضوع منع کاربر تجاری از پیش‌بینی شرایط جذاب‌تر برای محصول خود در تمام سکوهایی رقیب) و نوع مضیق شرط (با موضوع منع کاربر تجاری از پیش‌بینی شرایط جذاب‌تر برای محصول در وبسایت شخصی خود) توجه و تنها تحمیل نوع موسع شرط به کسب‌وکارها توسط بازارگاه مسلط را به‌عنوان مانع رقابت بین پلتفرمی و شرط ضد رقابتی شناسایی کند. همچنین در صورت مشاهده نوع موسع شرط در قراردادهای مربوط به خدمات بازارگاه‌های غیرمسلط، می‌بایست به تعداد سکوهایی تحمیل‌کننده این شرط در بازار پلتفرمی توجه شود. تنها در فرض همه‌گیری استعمال این نوع شرط در میان بازارگاه‌های غیرمسلط پیشنهاد می‌دهیم شورای رقابت با اقدام به‌موقع خود و منع بازارگاه‌ها از پیش‌بینی این شرط، مانع از زیان‌دیدن کاربران نهایی سکوها شود؛ چراکه در غیر این صورت، با بقای این الزام قراردادی در شرایط استفاده از سکوها، رقابت بازارگاه‌ها در تعیین نرخ کمیسیون واسطه‌گری خود از بین می‌رود و بستری برای رفتارهای موازی سکوها در آینده ایجاد می‌شود.

درخصوص تحمیل شرط معامله انحصاری و پیشنهاد مشوق‌های وفاداری، در آرای شورای رقابت و سند شورای عالی فضای مجازی با خلأ جدی در تفکیک این دو رویه و فقدان ضابطه‌ای برای تشخیص مشوق‌های وفاداری مشروع از موارد نامشروع مواجه هستیم. برای رفع این نقیصه به شورای رقابت پیشنهاد می‌کنیم در تحلیل حقوق رقابتی مشوق‌های وفاداری، از اعمال قاعده ممنوعیت مطلق بر بازارگاه‌های دیجیتال خودداری کند و با تحلیل موردی مشوق‌های پیشنهادشده و توجه به اوضاع و احوال هر پرونده در راستای تنظیم بهینه بازارهای سکوها، تجارت الکترونیک گام بردارد. برای تحقق بهتر این هدف به شورای رقابت پیشنهاد می‌دهیم مؤلفه‌هایی چون سهم بازار سکوی پیشنهاددهنده مشوق، موقعیت مسلط سکو، هزینه عدم پذیرش بسته پیشنهادی سکو برای کاربران تجاری و میزان محدودشدن آزادی عمل کاربران در پذیرش یا رد مشوق‌های پیشنهادی را در ارزیابی‌های رقابتی خود مورد استفاده و مبنای رأی قرار دهد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. رهبری، ابراهیم و وحید حسنی سنگانی، حقوق رقابت در عرصه مالکیت‌های فکری، ج ۲، چ ۱، تهران: سمت، ۱۳۹۸.

پرونده‌های رقابتی

۲. شورای رقابت، «بررسی شکایت شرکت پیشگامان فناوری آرامیس (تپ سی) از شرکت ایده گرین ارتباطات روماک (اسنپ)»، ۱۳۹۶، قابل دسترس در: <https://www.nicc.gov.ir/council/decisions-council/724-318-1396-09-27.html>؛ آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶.
۳. شورای رقابت، «رسیدگی به شکایت شرکت تدبیر گستران بهینه‌ساز (ایران‌پس) از شرکت آوای همراه هوشمند هزارستان (کافه‌بازار)»، ۱۳۹۶، قابل دسترس در: <https://www.nicc.gov.ir/council/decisions-council/667-303-1396-05-23.html>؛ آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶.
۴. شورای رقابت، «رسیدگی به شکایت شرکت آسان رسانیان غذای ایرانیان (چیلیوری) از شرکت مدرن سامانه غذارسان اطلس (اسنپ‌فود)»، ۱۳۹۸، قابل دسترس در: <https://www.nicc.gov.ir/council/decisions-council/1089-395-13-1398.html>؛ آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶.
۵. مرکز ملی رقابت، «فیدویو از محدود کردن ناشران به قرارداد با سایر پلتفرم‌ها منع شد»، ۱۴۰۲، قابل دسترس در: <https://www.nicc.gov.ir/center/news-center/1863-or-pr-br-2.html>؛ آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶.

منابع اینترنتی

۶. توکلی، مسعود، «بررسی ادعای انحصارطلبی اسنپ‌فود در حوزه سفارش آنلاین غذا»، ۱۳۹۸، قابل دسترس در: <https://www.zoomit.ir/tech-iran/340974-snapp-food-monopoly-antitrust>؛ آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶.

۷. شرکت نوآوران فن‌آوازه (دیجی‌کالا)، «بایدها و نبایدهای قیمت‌گذاری در دیجی‌کالا»، ۱۳۹۹، قابل دسترس در:

<https://selleracademy.digikala.com/> da آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۱۰/۱۶.

۸. شرکت مدرن سامانه غذارسان اطلس (اسنپ‌فود)، «انواع قراردادها»، ۱۴۰۰، قابل دسترس در: <https://vendors.snappfood.ir/> آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۱۰/۱۷.

ب) منابع انگلیسی

Article

9. Baker, Jonathan and Morton, Fiona M., "Antitrust Enforcement Against Platform MFNs", *Yale Law Journal*, No.7, 2018, pp 2176-2202.
10. Edelman, B. and Geradin, D., "Android and competition law: exploring and assessing Google's practices in mobile", *European Competition Journal*, No.12(2-3), 2016, pp 159-194.
11. Ezrachi, Ariel, "The competitive effects of parity clauses on online commerce", *European Competition Journal*, No.11(2-3), 2015, pp 488-519.
12. Klingler, Désirée and Bokemeyer, Jonathen et al, "Amazon's theory of harm", *Thurman Arnold Project*, Digital Platform Theories of Harm, No.1, 2020, pp 1-39.

Thesis

13. Graef, Inge, "Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms", Ph.D. thesis, KU Leuven Faculty of Law, 2015-2016.
- Report and Market Study
14. Competition Commission of India, "Market study on e-commerce in India (Key Findings and Observations)", India, 2020.
15. European Commission, "Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry (SWD/2017/0154 final)", Brussels, 2017.
16. European Commission, "Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final Report on the E-Commerce Sector Inquiry (SWD(2017) 154 final)", Brussels, 2017.

17. The Competition and Markets Authority, “Mobile ecosystems market study (Appendix E: Google’s agreements with device manufacturers and app developers)”, The United Kingdom, 2021.
- Antitrust Cases and Regulations
18. Bundeskartellamt, “Bundeskartellamt v. HRS.de ("Best Price" clauses of HRS hotel portal violate competition law)”, Case summary, 2014.
19. Council of the European Union, “Regulation (EU) 2019/1150 of the European parliament and of the council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services”, Brussels, 2019.
20. European Commission, “Google Android (CASE AT.40099)”, Commission decision, 2018.
21. European Parliament, “Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services”, Brussels, 2019.
22. European Parliament, “Regulation (Eu) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector and Amending Directives (Eu) 2019/1937 and (Eu) 2020/1828 (Digital Markets Act)”, Brussels, 2022.
23. European Parliament, “Regulation (Eu) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and Amending Directive 2000/31/Ec (Digital Services Act)”, Brussels, 2022.
24. Germany Federal Court of Justice, “Bundeskartellamt v. Booking.com (Case No. 099/2021)”, Decision No. KVR 54/20, 2021.
25. United States District Court for the Eastern District of Michigan, “United States of America and the State of Michigan v. Blue Cross Blue Shield of Michigan (Case No. 2:10-cv-14155-DPH)”, Ruling of the Court, 2010.
26. United States District Court of Washington at Seattle, “Frame-Wilson v. Amazon Inc. (Case No. 2:20-cv-00424-RAJ)”, Order, 2023.

Internet sources

27. Agarwal, A., “Assessing the Impact of MFNs or PPCs on Competition in Online Marketplaces: An Indian Competition Law Perspective”, 2021, Available at: <https://competition-forum.com/assessing-the-impact-of->

- mfns-or-ppcs-on-competition-in-online-marketplaces-an-indian-competition-law-perspective/ ,Last visited: 2024/01/06.
28. Amazon Inc., “Amazon Marketplace Fair Pricing Policy”, 2023, Available at:
<https://sellercentral.amazon.com/help/hub/reference/external/G5TUVJKZHUVMN77V> ,Last visited: 2023/10/05.
 29. Amazon Inc., “Amazon Services Business Solutions Agreement (Selling on Amazon terms)”, 2018, Available at:
www.abilityone.gov/laws,_regulations_and_policy/documents/Amazon%20Services%20Business%20Solutions%20Agreement.pdf ,Last visited: 2023/10/05.
 30. Batchelor, Bill, “EU General Court Overturns Intel Antitrust Fine”, 2022, Available at: <https://www.skadden.com/insights/publications/2022/02/eu-general-court-overturns-intel-antitrust-fine> ,Last visited: 2024/01/06.
 31. European Commission, “Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising”, 2019, Available at:
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770 ,Last visited: 2023/10/05.
 32. European Commission, “Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine”, 2018, Available at:
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581 ,Last visited: 2023/10/05.
 33. European Parliament, “Fact Sheets on the European Union (Competition policy)”, 2019, Available at:
<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/82/competition-policy> , Last visited: 2024/01/06.
 34. Federal Trade Commission, “Monopolization Defined”, 2019, Available at:
<https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined> , Last visited: 2024/01/06.
 35. Italian Competition Authority, “Commitments Offered by Booking.Com: Closed the Investigation in Italy, France and Sweden”, 2015, Available at:
<https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2015/4/alias-2207> ,Last visited: 2024/01/06.
 36. Ozgokcen, Hakan, “Footsteps of Change: Preliminary Report on the E-Marketplace Sector Inquiry”, 2021, Available at:
<https://www.esin.av.tr/2021/06/10/footsteps-of-change-preliminary-report-on-the-e-marketplace-sector-inquiry/> ,Last visited: 2024/01/06.

Requirements of Digital Marketplaces' Agreements with Commercial Users from Inter-Platform Competition Law Perspective

Ebrahim RAHBARI (Assistant Professor of Law, Shahid Beheshti University)

Arian MASOUDI TAFRESHI (L.L.M in Intellectual Property Law, Shahid Beheshti University)

Abstract

Common barriers for entering the digital marketplaces, i.e. the platform users' network effect and service providing economies of scale, leave newly established marketplace platforms with few strategies for user acquisition and competition with pioneers to achieve market share. Accordingly, analyzing digital marketplaces agreements with commercial users reveals some clauses which may impede market entry strategies and weaken inter-platform competition. However, these contractual conditions can also have some important efficiency. The commercial user parity clause (MFNs) towards the platform, the exclusive dealing condition and clauses offering loyalty incentives are the most significant clauses which digital marketplaces operating in Iran, such as "Snappfood", "Digikala", "Alibaba", "Fidibo" and "Café-Bazaar," may include in their commercial users agreement.

This article aims to evaluate these contractual clauses from Iran's competition law perspective through considering their potential anti-competitive effects and possible efficiencies by studding recent anti-competitive cases in Iran, European Union and the U.S. The findings show that in the newly published competition policy document of Iran Supreme Council of Cyberspace in 1399 and some of the Iran Competition Council's decisions, these clauses have not been properly distinguished and consequently some adopted positions have been inefficient and without considering important legal and economic components. This article seeks to rectify these deficiencies.

Keywords:

Digital Marketplace, Competition Law, Inter-Platform Competition, Platform Terms of Use, Platform Markets

اسباب و آثار حقوقی انحلال قراردادهای تبلیغاتی در بستر فضای مجازی

(مقاله علمی-پژوهشی)

عصمت گلشانی*

زینب السادات بنی طبا جشوقانی**

زهرا گنجی پور***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۶

چکیده

امروزه به دلیل توسعه اینترنت، روابط حقوقی اشخاص دستخوش تغییرات زیادی گردیده است. تا جایی که موضوع بسیاری از قراردادهای تبلیغاتی در فضای مجازی (به خصوص برنامه اینستاگرام) است؛ واکاوی و تبیین اسباب انحلال قراردادهای تبلیغاتی و آثار ناشی از آنها از حیث سرنوشت قرارداد و تعهدات متعاقبین سابق، از اهداف این پژوهش است تا طرفین قراردادهای تبلیغاتی به عنوان کنشگران صحنه فضای مجازی، حقوق و تعهدات خود را از پیش بشناسند. قراردادهای تبلیغاتی، به عنوان قراردادهایی عهدی، از لحظه تحقق اسباب انحلال (اقاله، فسخ و انفساخ) منحل و آثار آن متوقف و تعهدات طرفین ساقط می شود. در انحلال قرارداد تبلیغاتی متضمن تعهد به فعل اصلی، پیش از اجرا، هزینه تدارکات انجام گرفته از محل پیش پرداخت یا پرداخت لاحق از سوی سفارش دهنده تبلیغ قابل وصول است و انحلال چنین قراردادی پس از اجرا، حسب مورد موجب تعلق اجرت المثل یا اجرت المسمی می گردد. انحلال قرارداد تبلیغاتی متضمن تعهد به فعل فرعی به نفع طرفین قرارداد پس از اجرای تعهد، متعهد را مستحق اجرت می نماید و در تعهد فرعی به نفع ثالث، بسته به موجود بودن یا نبودن عین مال پس از انحلال، به ترتیب موجب انتقال عین یا عوض مال به متعهد از سوی مشروطه می شود. انحلال قرارداد تبلیغاتی متضمن تعهد به ترک فعل، در صورتی که شرایط برای اجرا فراهم باشد، اجرت را برای متعهد ثابت می نماید. مطالب با استفاده از روش کتابخانه ای و با پیمایش در متون و منابع موجود، به شیوه ای توصیفی-تحلیلی گردآوری و نگارش شده است.

کلیدواژگان:

اسباب انحلال، قراردادهای تبلیغاتی، فسخ، انفساخ، اینستاگرام.

* استادیار، دانشکده حقوق، پردیس خاوران، دانشگاه امام صادق (ع) (نویسنده مسئول)

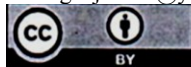
golshani@isu.ac.ir

** دانش آموخته کارشناسی، دانشگاه امام صادق (ع)

zeinab.banitaba@yahoo.com

*** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز، دانشگاه علم و فرهنگ

zahraganji2017@yahoo.com



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

در عصری که بیش از نیمی از جهان از اینترنت و میلیاردها نفر از رسانه‌های اجتماعی استفاده می‌کنند، با تسامح می‌توان چنین استدلال نمود که جهان درحال تجربه یک تغییر و تحول اجتماعی است.^۱ گسترش روزافزون کاربرد اینترنت در دنیا و تأثیرات غیرقابل انکار شبکه‌های مجازی موجب ظهور رشته جدیدی از فعالیت‌های اقتصادی شده است؛ از جمله این فعالیت‌ها می‌توان به انعقاد قراردادهای تبلیغاتی در بستر برنامه‌های فعال در فضای مجازی به ویژه «اینستاگرام»^۲ اشاره کرد.

اینستاگرام که بیشترین رشد و توسعه را نسبت به سایر شبکه‌های اجتماعی داشته است، به‌عنوان پرکاربردترین شبکه اجتماعی شناخته می‌شود؛^۳ به‌طوری که بیش از یک میلیارد کاربر فعال دارد.^۴ در چند سال اخیر، اینستاگرام با پیوند برقرارکردن بین فضای حقیقی و دیجیتالی، حضور و هویت، و امکان تعامل مؤثرتر را نه تنها به دلایل شخصی، بلکه همچنین برای اهداف تجاری آنلاین نیز بهبود بخشیده است.^۵ این برنامه کاربران را قادر به اشتراک‌گذاری عکس‌ها و ویدئوهایشان با دیگر کاربرانی که آنها نیز از برنامه استفاده می‌کنند،^۶ می‌سازد یا حتی این امکان را به کاربران می‌دهد که عکس‌ها و ویدئوهایشان را در دیگر شبکه‌های اجتماعی نظیر فیسبوک،^۷ توییتر،^۸ تامبلر^۹ و فلیکر^{۱۰} به اشتراک بگذارند.

1. Liaropoulos, A. "A Social Contract for Cyberspace." *Journal of Information Warfare* 19, no. 2.2020.: 1–11.p.2.

2. Instagram

3. Belanche, D., Flavián, M. and Ibáñez-Sánchez, S. "Followers' reactions to influencers' Instagram posts", *Spanish Journal of Marketing - ESIC*, Vol. 24 No. 1, 2020, p.38.

4. Dwi Prianti.,Desi, "Instagram in Fixingour Everyday Life Experience", *International Conference on Social science, Humanities & Education*, , 2020,p.94,

5. Facebook

6. Twitter

7. Tumblr

8. تامبلر یک وبسایت و یک برنامه وبلاگ است که به کاربران خود اجازه ارسال متن، عکس، فیلم، لینک، نقل قول و صدا را می‌دهد.

۹. فلیکر، یک شبکه اجتماعی به اشتراک‌گذاری تصویر است که کاربران می‌توانند تصاویری را که با دوربین خود ثبت کرده‌اند، با سایرین به اشتراک بگذارند. درواقع روند کار به این صورت است که کاربران با ایجاد یک حساب کاربری، می‌توانند تصاویر و حتی ویدئوهای خود را در بستر فلیکر بارگذاری و از این طریق سایر کاربران هم می‌توانند آنها را مشاهده کنند.

۱۰. سیاح طاهری، محمد حسین و دیگران، **حقیقت مجازی (درباره فضای مجازی چه بدانیم و چه بگوئیم؟)**، تهران: مرکز ملی فضای مجازی، ۱۳۹۵، ص۶۲.

در سال‌های اخیر، برنامه اینستاگرام به یکی از مهم‌ترین بسترهای انجام فعالیت‌های اقتصادی بخصوص در داخل کشور تبدیل شده است و شمار معتابیهی از افراد از این طریق کسب معاش می‌کنند.^۱ بازدهی اقتصادی صفحات خرید و فروش یا ارائه خدمات در این برنامه، بستگی زیادی به میزان دیده و معرفی شدن صفحات دارد که این امر از طریق قراردادهای تبلیغاتی و توسط افراد مشهور فعال در اینستاگرام (بلاگرها) صورت می‌پذیرد. لذا گسترش فعالیت‌های اقتصادی در بستر فضای مجازی به‌خصوص برنامه اینستاگرام، منجر به ظهور دسته جدید و پرکاربردی از قراردادها یعنی «قراردادهای تبلیغاتی حوزه فضای مجازی» شده است.

قراردادهای تبلیغاتی در فضای مجازی بدین صورت است که متقاضی تبلیغ به موجب قرارداد، از تبلیغ‌کننده می‌خواهد که درخصوص کالا یا خدمات موردنظر در قالب پست^۲ یا استوری^۳ یا ریلز^۴ و یا غیره در تاریخ و ساعت مقرر و با توجه به شروط صریح و ضمنی، تبلیغ را انجام دهد.

امروزه صنعت تبلیغات بسیار گسترده شده است، تاجایی که بسیاری از دولت‌ها روزبه‌روز تمایل و اشتیاق بیشتری نسبت به قانون‌مند کردن این صنعت دارند. به‌طوری که در کشور کانادا، هزینه تبلیغات قریب به شش میلیارد دلار در هر سال افزایش می‌یابد.^۵

۱. فعالیت و استفاده از این برنامه، براساس مصوبه شورای امنیت کشور، غیرقانونی اعلام شده است؛ اما فارغ از اینکه این مقرر در اصل تا چه حد و تا چه زمانی دارای وجاهت قانونی و الزام‌آور است، مقرر در عمل نتوانسته از میزان فعالیت‌های اقتصادی در اینستاگرام و متعاقب آن قراردادهای تبلیغاتی کم کند.

بحث مربوط به مرجع یا مراجع صالح برای تصمیم‌گیری در خصوص فیلترینگ و مدت زمان اعتبار تصمیمات این مرجع یا مراجع و قوانین و مقررات مستند وضع فیلترینگ و همچنین ضمانت‌اجراهای حقوقی و کیفری مترتب بر دور زدن فیلترینگ، خود موضوع پژوهش‌های مستقل دیگری است.

۲. Post هر عکس یا ویدئویی که کاربر در صفحه اینستاگرام خود بارگذاری (اصطلاحاً آپلود) می‌کند، یک پست اینستاگرام محسوب می‌شود. تمام پست‌های منتشرشده یک کاربر در صفحه حساب شخصی او نمایش داده می‌شود و تمام پست‌های جدیدی که توسط دنبال‌کننده‌هایش به اشتراک گذاشته می‌شود، قابل‌رویت است.

۳. Story تصاویر کاربر در اینستاگرام که فقط به مدت ۲۴ ساعت به اشتراک گذاشته می‌شوند. مشابه آنچه در برنامه اسنپ‌چت (snapchat) رخ می‌دهد.

۴. Reels به ویدئوهای کوتاه، عمودی و تمام صفحه‌ای گفته می‌شود که حداکثر می‌توانند ۹۰ ثانیه باشند.

5. Michel Kelly-Gagnon, Youri Chassin, L'influence de la publicité sur la consommation, Institut économique de Montréal, les notes Économiques, p.1.

واکاوی، تحلیل و مشخص کردن حدود حقوق و تعهدات طرفین در قراردادهای تبلیغاتی منعقد در فضای مجازی، باعث می‌شود که این فضا تاحدی از رویه بی‌نظم و قاعده فعلی خارج شود و کنشگران این عرصه بتوانند با در اختیار داشتن دانش حقوقی لازم، به صورت امن فعالیت کنند. توجه به این نکته ضروری است که مطالب مطرح شده در این مقاله، گرچه بر برنامه اینستاگرام متمرکز است، با اندک تغییراتی در مورد سایر بسترهای فضای مجازی که در حال حاضر در کشور فعال‌اند یا در آینده پا به عرصه فضای مجازی و کارکرد آن در فعالیتهای اقتصادی می‌گذارند، قابل تطبیق و اعمال است.

به منظور دستیابی به اهداف این مقاله، مطالب در قالب سه مبحث بررسی شده است: در مبحث اول، به بررسی انواع قراردادهای تبلیغاتی در بستر اینستاگرام و در ادامه، پس از تبیین اهم قراردادهای تبلیغاتی در بستر اینستاگرام و ماهیت حقوقی آنها، به چگونگی انحلال قراردادهای مذکور از لحاظ حقوقی پرداخته شده است. عللی که موجب انحلال قراردادهای تبلیغاتی می‌شود ممکن است قبل و یا بعد از اجرای تعهدات رخ دهد که نتیجتاً آثار متفاوتی را بر طرفین و عقد بار می‌کند؛ لذا اسباب و آثار انحلال قراردادهای عهدهی در دو مبحث مجزا تحت عناوین «اسباب انحلال» و «آثار انحلال» بررسی می‌شوند.

۱. انواع قراردادهای تبلیغاتی منعقد در بستر اینستاگرام

قراردادهای تبلیغاتی در انواع گوناگونی منعقد می‌شوند؛ به حدی که بررسی تمام آنها در این پژوهش میسر نیست؛ لذا در ادامه ماهیت حقوقی اهم آنها تعریف و بررسی خواهد شد:

۱.۱. تبادل

در قراردادهای تبلیغاتی تبادلی، صاحب هر صفحه^۱ در مقابل صاحب صفحه دیگر متعهد می‌شود که بدون دریافت هزینه، صفحه طرف دیگر را تبلیغ کند. البته در صورتی که ارزش دو

۱. Page واژه صفحه در زبان انگلیسی به معنای صفحه کاغذی و «اینترنتی» است. به عبارتی به اطلاعاتی که بر روی یک کامپیوتر ذخیره می‌شود و به صورت یک صفحه برای مخاطبین، بر روی سایت وب‌های در اینترنت منتشر می‌شود، صفحه می‌گویند. در شبکه اجتماعی اینستاگرام، اصطلاحاً به صفحه حساب کاربری شخص که حاوی محتواهای منتشره از سوی اوست، صفحه می‌گویند.

صفحه برابر نباشد، امکان دریافت مابه‌ازا وجود دارد. درخصوص ماهیت حقوقی قراردادهای تبادل باید بیان شود که عقود که برحسب طبیعت خود دارای دو مورد هستند و هر یک از دو طرف، در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که برعهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری را برای خود تحصیل می‌کند، «عقود معوض» می‌نامند. به عبارت دیگر «عقد معوض عقدی است که انتقال مال و یا قبول تعهد از ناحیه طرفین عقد صورت‌پذیرد».^۱ در عقود معوض همیشه دو تعهد متقابل وجود دارد و هر یک از دو طرف، در همان حال که از دیگری طلبکار است، مدیون او نیز هست.

در تبادل نیز هر یک از طرفین در مقابل طرف دیگر متعهد به انجام امری می‌شود؛ لذا این قرارداد تبلیغاتی جزء «عقود معاوضی» محسوب می‌شود. اما این نکته دور از ذهن نماند که معاوضی بودن قرارداد تبادل، دلیل بر این نیست که تحت‌شمول عقود معین و از امثال «عقد معاوضه» قرارگیرد؛ زیرا صدر ماده ۴۶۴ قانون مدنی معاوضه را چنین تعریف می‌کند: «معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی می‌دهد به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند...»؛ پس چون در تبادل، دو «تعهد» در مقابل هم قرار می‌گیرند نه دو «مال»، این قرارداد نمی‌تواند تحت عنوان عقد معاوضه قرار گیرد.

گرچه از نظر نگارندگان، صفحات مجازی، مانند صفحه فعال اینستاگرام یا حساب‌های کاربری، مالیت داشته و می‌توانند در زمره اموال غیرمادی قرار گیرند، آنچه در تبادل اتفاق می‌افتد، جابه‌جایی تعهد در مقابل تعهد است نه جابه‌جایی مال؛ زیرا طرفین صرفاً متعهد به تبلیغ صفحه طرف دیگر می‌شوند و در ازای آن مالی دریافت نمی‌شود و بالعکس و اگر هم دریافت شود، به منزله عوض اصلی قرارداد و مقتضای ذات عقد نیست. در نتیجه طبق این نظر، تبادل جزء «عقود نامعین» و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی^۲ است.

البته به نظر دیگری نیز می‌توان قائل بود و آن اینکه ماده ۴۶۴ را فراتر از نص صریح آن تفسیر کرد و قائل بر این شد که واژه مال در تعریف عقد معاوضه مسامحتاً و به دلیل رویه رایج، یعنی تبادل اموال در زمان تقنین قانون به کار رفته است و آنچه مهم است عنصر «جابه‌جایی»

۱. قاسمی‌حامد، عباس، **حقوق مدنی (شرایط اساسی شکل‌گیری قرارداد)**، ج ۱، تهران: دراک، ۱۳۸۷، ص ۷۱.

۲. ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشند، نافذ است.»

است. براساس این تفسیر می‌توان پذیرفت که اگر طرفین در مقابل یکدیگر متعهد بر انجام دادن امر یا ترک فعلی شوند، مانند قرارداد تبادل که ماهیتی معاوضی دارد، در واقع جابه‌جایی تعهد صورت و در زمره عقد معاوضه قرار می‌گیرد.

۱.۲. تبلیغ

در برخی موارد صاحب صفحه متقاضی تبلیغ، محصول موردنظر خود را برای صاحب صفحه تبلیغ‌کننده ارسال می‌کند (تبلیغ در معنای اخص). این روش ممکن است به یکی از اشکال ذیل باشد:

۱. ارسال محصول صرفاً برای تبلیغ یا تضمین کیفیت است. این حالت اکثراً درخصوص صفحه‌های معتبر تبلیغ‌کننده رخ می‌دهد؛ زیرا دارندگان این صفحات برای حفظ اعتبار خود، تازمانی که از کیفیت محصول مطمئن نشوند، اقدام به تبلیغ نمی‌کنند. به عبارتی، عقد قرارداد یا همان ارائه خدمات تبلیغ، یا معلق بر تضمین کیفیت محصول یا کیفیت خدمت مدنظر است و یا پیش‌شرط انعقاد و سپس اجرای قرارداد، اطمینان از کیفیت محصول یا مناسب بودن خدمت موضوع تبلیغ است.

در شکل نخست از قرارداد تبلیغ به معنای اخص، پس از انجام تبلیغ، صاحب صفحه تبلیغ‌کننده می‌تواند با توافق مالک، یا محصول را مسترد کند و یا محصول به مالکیت وی درآید؛ در حالت اخیر، محصول یا ماهیتاً بخشی از مابه‌ازاء برای تبلیغ است و به عبارتی، مابه‌ازای تبلیغ مشمول محصول و حق الزحمه یا عوض قراردادی معامله می‌باشد و یا هبه‌ای است مستقل از قرارداد تبلیغات.^۱ در فرض اخیر، محصول در ابتدا به انگیزه کیفیت‌سنجی و معرفی برای تبلیغ‌کننده ارسال و پس از انجام قرارداد، به وی هبه می‌شود.

۲. ارسال محصول از همان ابتدا، صرفاً هدیه‌ای در کنار تبلیغ برای تبلیغ‌کننده است. در این حالت دیگر تقسیط حق الزحمه یا استرداد محصول رخ نمی‌دهد، بلکه قرارداد تبلیغ یک عقد مختلط است و شامل قرارداد تبلیغ و عقد هبه می‌شود.

۳. ارسال محصول بدون توافق قبلی صورت می‌گیرد. این شیوه صرفاً برای جذب اعتماد و رضایت تبلیغ‌کننده است. در این حالت نیز متقاضی تبلیغ، کالا یا محصول خود را به‌عنوان

۱. ماده ۷۹۵ قانون مدنی: «هبه عقدی است که به‌موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می‌کند. تملیک‌کننده را واهب طرف دیگر را متهب، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می‌گویند.»

هدیه و هبه برای صفحه دیگر ارسال می‌کند. در چنین مواقعی صفحه تبلیغ کننده (صفحه‌ای که کالا را دریافت کرده است) هیچ مسئولیتی در قبال تبلیغ محصولات دریافتی ندارد. گرچه در عرف تجاری موجود در اینستاگرام، اکثر پیج‌ها اگر محصولی را به‌عنوان هدیه دریافت کنند و یا حتی محصولی را از صفحه دیگر خریداری کنند، به‌عنوان تشکر صفحه مالک محصول را به دنبال‌کننده‌های^۱ خود معرفی (تگ^۲) می‌کنند؛ اما این عمل هیچ الزام قانونی یا حتی قراردادی ندارد و به‌صورت اختیاری و رایگان صورت می‌گیرد.

اما باید توجه داشت که معرفی این‌گونه صفحات، حتی اگر به‌منظور صرف تشکر باشد، «می‌تواند» برای معرفی‌کننده ضمانت‌اجرا در پی داشته باشد. مثلاً طبق ماده ۱ «قانون ممنوعیت تبلیغات و معرفی محصولات و خدمات غیرمجاز و آسیب‌رسان به سلامت در رسانه‌های ارتباط جمعی داخلی و بین‌المللی و فضاهای مجازی» مصوب ۱۳۹۷: «ارائه هرگونه اطلاعات نادرست و تبلیغ خلاف واقع به هرطریقی ازجمله رسانه‌های داخلی یا فضای مجازی درباره آثار مصرف و فرایند دارویی، خوراکی، آشامیدنی، آرایشی، گیاهی، طبیعی، مکمل و همچنین تجهیزات و ملزومات پزشکی و دندان‌پزشکی و آزمایشی و هرگونه خدمات سلامت ممنوع است و مرتکب به حبس یا جزای نقدی درجه شش و محرومیت از فعالیت شغلی و اجتماعی مرتبط برای دو تا پنج سال محکوم می‌شود. در صورتی که به مصرف‌کننده خسارتی وارد شود، علاوه بر جبران آن، معادل دو تا پنج برابر خسارت وارده به‌عنوان جزای نقدی به مجازات مذکور اضافه می‌شود.» هدف از تصویب این مقرر، سامان‌دهی تبلیغات محصولات و کالاها در رسانه‌هاست؛ «براین اساس همه رسانه‌ها اعم از مطبوعات، صداوسیما، شبکه‌های مجازی و سایت‌های اینترنتی مجاز به تبلیغ محصولاتی هستند که سلامت آنها از سوی سازمان غذا و دارو و اداره استاندارد تأیید شده باشد. در غیراین‌صورت این کار جرم تلقی می‌شود و با متخلفان برخورد قانونی می‌شود.»

۱. Followers افراد یا صفحاتی که یک صفحه اینستاگرام (پیج) را دنبال می‌کنند. وقتی کسی صفحه اینستاگرامی را دنبال می‌کند، فالوور یا دنبال‌کننده اوست و از آن پس محتوای ارسال شده اعم از پست‌ها و استوری‌های وی را در صفحه home خود مشاهده خواهد کرد.

2. Tag

۱.۳. درخواست تخفیف

بعضی مواقع تبلیغ‌کننده برای متقاضی تبلیغ شرط می‌کند که در کنار تبلیغ محصول و یا خدمات، درصدی تخفیف برای دنبال‌کننده‌های وی منظور شود؛ به عبارتی در محتوای تبلیغ ذکر می‌شود که هنگام خرید محصول یا دریافت خدمات اگر اسم یا کد تبلیغی که توسط صفحه تبلیغ‌کننده اعلام شده است درج شود، درصدی تخفیف به خریداران تعلق می‌گیرد. در این حالت، شرط مزبور یک نوع «تعهد به نفع ثالث» است. طبق قسمت اخیر ماده ۱۹۶ قانون مدنی: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود معذک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.»

گرچه در درازمدت، این‌گونه تخفیف‌ها به صورت غیرمستقیم به سود خود تبلیغ‌کننده نیز هست، زیرا بر اعتبار و متعاقباً تعداد دنبال‌کننده‌های او می‌افزاید.

۲. اسباب انحلال

گاهی ممکن است یک قرارداد تبلیغات در فضای مجازی کاملاً صحیح منعقد شده باشد، اما به علت خاصی اجرا نشود؛ به عبارتی، عقد قابلیت اجرا و کامل شدن را دارد، ولی یک سبب و علت باعث می‌شود تا اجرای آن بی‌اثر و لذا قرارداد منعقد منحل شود. از این رو در این قسمت اسباب انحلال قرارداد و آثار آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

انحلال در لغت به معنای باز شدن گره و مانند آن، گشاده شدن، ناچیز شدن و نابودگشتن، برچیده شدن، تعطیل گشتن و متلاشی شدن، آمده است.^۱ در اصطلاح حقوقی انحلال به معنای از بین رفتن و گسیختن پیمان و قرارداد است؛ به طوری که در نتیجه تحقق اسباب انحلال، قرارداد و آثار ناشی از تعهدات آن زائل و ساقط می‌شود.^۲

۱. وامق، محمدرضا، «نظام حقوقی آثار انحلال قراردادهای ایران با نگرشی بر فقه و حقوق انگلستان»، پایان نامه کارشناسی‌ارشد حقوق خصوصی، موسسه آموزش عالی کار قزوین، ۱۳۹۲، ص ۱۱.

۲. انباز، کریم، «مقایسه انحلال قرارداد عهدهای در حقوق ایران و مصر»، پایان نامه کارشناسی‌ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، ۱۳۹۱، ص ۳۷.

به صورت کلی انحلال قرارداد به سه شکل «انحلال به تراضی»، «فسخ» و «انحلال قهری» ممکن است که در ادامه مطرح خواهد شد:

۲.۱. انحلال به تراضی (اقاله)

توافق طرفین بر منحل کردن قرارداد تبلیغات، به علل و انگیزه‌های مختلفی ممکن است رخ دهد. به عنوان مثال، در قرارداد تبلیغات در فضای مجازی، اگر شخصی درخواست تبلیغ کالای خود را بدهد، اما پس از آن به دلیل نرسیدن مواد اولیه، قادر به تولید محصول خود برای فروش نباشد، انجام تبلیغ در عمل فایده‌ای برای وی نخواهد داشت؛ از این رو وی می‌تواند با تبلیغ‌کننده توافق و قرارداد مزبور را اصطلاحاً اقاله کند.

اقاله به معنای تراضی دو طرف عقد بر انحلال و زوال آثار آن در آینده است.^۱ به عبارتی اصطلاح اقاله برای رفع و الزالمة عقد لازم^۲ یاد می‌شود، بنابراین اقاله از ویژگی‌های عقود لازم است و رضایت دادن دو طرف عقد بر فسخ آن است و به گفته دقیق‌تر، تراضی طرفین بر رفع عقد و از بین بردن آثار آن.^۳ اقاله گاهی در مقابل پرداخت مبلغی به عنوان «پشیمانی» صورت می‌گیرد. در اکثر موارد، تبلیغ‌کننده تا زمان اقاله، هزینه‌هایی را برای انجام تبلیغ متقبل می‌شود، مانند خرید صفحات پشت‌زمینه برای عکاسی از محصول و ...، یا اقداماتی را برای انجام تبلیغ انجام می‌دهد؛ مانند طبخ غذا با ماده اولیه موضوع قرارداد تبلیغات و ...؛ این هزینه‌ها معمولاً قبل از پذیرش اقاله و به عنوان پیش‌شرط پذیرش، از سفارش‌دهنده تبلیغ وصول می‌شوند. همچنین اگر بعد از انعقاد قرارداد تبلیغات و قبل از اقاله، تبلیغ‌کننده مقداری از تبلیغ یا مقدمات آن را انجام داده باشد، «به وسیله اقاله باید اجرت‌المثل عمل به فاعل آن تأدیه شود».^۴

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد_ایقاع، چ ۱۹، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۷، ص ۴۰۶.

۲. ماده ۱۸۵ قانون مدنی «عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه».

۳. اسماعیل‌آبادی، علیرضا، «نگاهی به ماهیت حقوقی اقاله و ماهیت آن»، نشریه فقه، ۱۳۸۲، ص ۲۲۲.

۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۳-تعهدات، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۱، ص ۱۸۲.

۲.۱.۱. فسخ

فسخ قرارداد در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث و به عبارت دیگر، «به هم زدن ارادی و یک‌جانبه عقدی که به‌طور صحیح منعقد شده است».^۱ حق فسخ حقی است اصولاً مالی، که به واسطه قانون یا اشتراط طرفین، در عقد و به‌منظور جلوگیری از ضرر و یا حدوث پشیمانی و برای هر یک از متعاملین یا هر دوی آنها یا ثالث ایجاد شده و به صاحب آن حق می‌دهد که به‌طور یک‌طرفه عقد را منحل کند و به هستی و موجودیت حقوقی قرارداد پایان دهد. باید توجه نمود که در فسخ، عقد از زمان انشای فسخ منحل و آثار آن قطع می‌شود و به‌هیچ‌وجه تأثیری در وضعیت و آثار عقد نسبت به گذشته ندارد.^۲

در قوانین موضوعه ایران نص عام و صریحی در این خصوص وجود ندارد که هرگاه در عقود معوض یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکند، طرف دیگر مجاز باشد قرارداد را فسخ کند و از تعهد خود آزاد شود. باوجوداین، در زمینه تخلف از شروط ضمن عقد و در موارد پراکنده دیگر، قانون‌گذار فی‌الجمله، این مبنا را قبول کرده است که متعهدله بتواند در موارد مشخص، معامله را فسخ کند.^۳ به‌طور مثال، از ماده ۳۳۹ قانون مدنی می‌توان به طریق اولی این امکان را برداشت کرد: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت».

اما فسخ قرارداد به موجب اختیارات،^۴ مستند به مواد متعدد قانونی است. براساس ماده ۳۹۶ قانون مدنی یازده مورد ذیل باعث می‌شود طرفین قرارداد تبلیغات در صورت وجود شرایط لازم

۱. شیروی، عبدالحسین، «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۷، ص ۵۶.

۲. ابراهیمی ترکمان، ابوذر، «بررسی تطبیقی تأثیر عدم امکان اجرای مفاد قرارداد بر مسئولیت متعهد و ساختار قرارداد در حقوق ایران و انگلیس»، نشریه حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، صص ۹۱-۹۲.

۳. شیروی، عبدالحسین، همان منبع، ص ۵۶.

۴. Options خیار عبارت است از حقی که بر اساس عقد یا حکم شرع، صاحب آن می‌تواند عقد لازم را منحل (فسخ) کند. (عمید زنجانی، عباسعلی و ابوالفضل احمدزاده، «بررسی کلیات احکام اختیارات»، فقه و مبانی حقوق اسلامی (مقالات و بررسی‌ها)، ۱۳۹۰، دوره ۴۴، شماره ۱، صص ۱۱۷-۱۳۸).

بتوانند قراردادی را که اجرائیش لازم و غیرقابل اجتناب است، برهم زنند و آن را به اصطلاح «فسخ» نمایند: خيارات مجلس، حيوان، شرط، تأخير ثمن، رويت، تخلف وصف، غبن، عيب، تدليس، تبعض صفقه و تخلف شرط.^۱ از این بین، سه خيار نخست مختص عقد بيع است که با توجه به تحليل‌های صورت گرفته در قسمت «الف» پژوهش مبنی بر بيع نبودن ماهيت قراردادهای تبلیغاتی، از مبحث ما خارج است. در ادامه ساير خيارات ممکن در عقد تبلیغات توضیح داده خواهد شد.

۲.۱.۱.۱. خيار شرط

گاهی پیش می‌آید بلاگری به دليل سفرهای ناگهانی و مشغله‌های موجود، احتمال بدهد که نتواند تعهد خود به انجام تبلیغ را در مدت معین شده در قرارداد انجام دهد، لذا به منظور دچار نشدن به ضمانت اجرای نقض تعهد قراردادی، ضمن قراردادهای تبلیغاتی خود شرط می‌کند که در مدت معینی، بتواند قراردادهای تبلیغاتی منعقد شده را فسخ کند و در ازای فسخ مزبور خسارتی (وجه التزامی) نپردازد. در چنین مواقعی، اگر در معامله شرط شود که یکی از متعاملین یا هر دو یا شخص ثالثی حق فسخ معامله را در مدت معین داشته باشد، این معامله اصطلاحاً «خیاری» و حق فسخی که در آن پیش‌بینی شده است، «خيار شرط» نامیده می‌شود. درواقع به موجب ماده ۳۹۹ قانون مدنی: «در عقد بيع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بايع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختيار فسخ معامله باشد».

۲.۱.۱.۲. خيار غبن

همان‌طور که در قسمت «الف» گذشت، یکی از بارزترین روش‌های تبلیغ در اینستاگرام، «تبادل» است. در این روش، طرفین متقابلاً متعهد می‌شوند که صفحه اینستاگرامی یکدیگر را بدون دریافت حق الزحمه یا عوضی تبلیغ کنند. حال اگر یکی از طرفین بعد از تبلیغ متوجه شود که دنبال کننده‌های صفحه مقابل به اصطلاح «فیک»^۲ بوده و وجود حقیقی ندارند، می‌تواند به

۱. عموزاد، حدیث و حسین قافی، «مقایسه آثار فسخ، انفساخ و بطلان عقد بيع»، نشریه مطالعات حقوقی ۱، ۱۳۹۹، ص ۴۵.

۲. fake: جعلی، فریب‌دهنده، تقلبی.

استناد «عدم تعادل عوضین»، از حق فسخ خود مبنی بر خیار غبن استفاده و قرارداد فی‌مابین را منحل کند و در مقابل تبلیغ خود، از صفحه متقلب یا ناآگاه مقابل اجرت‌المثل بگیرد.

اگر علم به عدم تعادل عوضین پس از انعقاد قرارداد تبلیغات و قبل از انجام تبلیغ باشد، با فسخ قرارداد به موجب خیار غبن، تبلیغ‌کننده از تعهد خود به تبلیغ معاف می‌شود و البته دریافت اجرت‌المثل نیز منتفی می‌گردد، چون کاری انجام نشده است که در مقابل آن عوضی دریافت شود. البته اگر اثبات شود که دارنده صفحه مقابل با عملیات فریبکارانه قصد نشان دادن تعداد زیاد دنبال‌کننده برای خود را داشته است، طرف قرارداد از خیار تدلیس نیز می‌تواند برای فسخ قرارداد استفاده نماید (ماده ۴۳۹ قانون مدنی).^۱

به بیان دیگر، در عقود معوض طرفین انتظار دارند عوضی را که از طرف مقابل دریافت می‌کنند، معادل ارزش معوضی باشد که به او تسلیم می‌کنند. با وجود این ممکن است یکی از طرفین به علت عدم آگاهی از قیمت بازار، با عوض قراردادی کمتر یا بیشتری وارد معامله شود که این امر موجب ضرر به وی می‌شود.^۲ در این حالت طرف متضرر یا مغبون شده است. غبن در اصطلاح حقوقی، به مفهوم عدم تعادل میان مورد معامله و ارزش مقرر شده برای آن در قرارداد است؛ قانون مدنی ایران خیار غبن را در ماده ۱۹۳ این‌گونه تعریف کرده است: «هریک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند.» و طبق ماده بعدی، غبن فاحش در صورتی است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.^۳ برای ثبوت خیار، باید جهل مغبون به قیمت واقعی و تفاوت عوض قراردادی و قیمت فاحش، ثابت شود.^۴ در خصوص فاحش و افحش بودن تفاوت قیمت، ذکر این نکته لازم است که با استناد به رأی وحدت‌رویه صادر شده از سوی

۱. «اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری.»

۲. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین، سام محمدی و زهرا مصطفوی، «شرایط تحقق خیار غبن»، نشریه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۳، ص ۱۲.

۳. محمودیان، علی، امین امانی و روح الله مرادی، «میزان تاثیرگذاری قاعده لاضرر در تحقق خیار غبن»، نشریه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ۱۳۹۷، ص ۱۸۴.

۴. احمدوند، خلیل الله و کیانوش جهانبخشی، «بررسی فقهی و حقوقی خیار غبن»، نشریه مطالعات حقوقی، ۱۳۹۶، ص ۲۶۹.

دیوان عالی کشور،^۱ اگر متعاملین ضمن قرارداد «اسقاط کافه خيارات» را شرط کرده باشند، شرط مزبور شامل خيار غبن فاحش است؛ اما درخصوص غبن افحش، که درجهٔ اعلی‌تری نسبت به غبن فاحش است، خيار مزبور ساقط نشده و شخص متضرر دارای خيار فسخ به استناد غبن افحش خواهد بود.

۲.۱.۱.۳. خيار عيب

در قراردادهای تبلیغات، از آنجاکه ماهیت تبلیغ، انتفاع (در معنای اعم خود) و بهره‌برداری از صفحات مجازی است، لذا در صورت انجام شدن تبلیغ، استفاده و بهره‌برداری از صفحه انجام شده و مانند این است که پس از تبلیغ، موضع قرارداد از بین رفته و به اصطلاح «تلف حکمی» شده است و دیگر چیزی باقی نمی‌ماند که بتوان در اثر فسخ آن را به طرف اول بازگرداند. به طور مثال، اگر قرارداد تبلیغاتی منعقد و اجرا شود اما عیبی در تبلیغ موجود باشد، مانند صدای ضعیف بلاگر در محتوای تبلیغ یا کیفیت پایین ویدئو یا غیرقابل کلیک^۲ بودن نام کاربری صفحهٔ متقاضی تبلیغ، دیگر متقاضی تبلیغ حق فسخ قرارداد مزبور را ندارد و فقط می‌تواند از تبلیغ‌کننده «ارش» بگیرد.^۳ به طور کلی، عیب، امری است که از ارزش کالا یا انتفاع یا مرغوبیت متعارف آن بکاهد.^۴ قانون‌گذار در مادهٔ ۴۲۲ درخصوص آثار حقوقی خيار عيب چنین مقرر می‌کند: «اگر بعد از معامله

۱. رأی وحدت رویه شماره ۸۲۱- ۱۴۰۱/۲/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «مطابق مواد ۴۱۶ و بعد قانون مدنی، در موارد غبن «فاحش»، با لحاظ دیگر شرایط مقرر، مغبون حق فسخ «خيار» دارد. چنانچه برابر ماده ۴۴۸ همین قانون، سقوط این حق شرط شده باشد، به اقتضای رفتار متعارف اشخاص، شرط یادشده منصرف از مراتب اعلای غبن است که عرفاً «افحش» دانسته می‌شود. برخی فتاوی معتبر فقهی نیز بر همین اساس صادر شده است...».

2. Click

۳. ارش، مقدار مالی است که به عنوان جبران خسارت مالی یا بدنی که در شریعت برای آن اندازه‌ای مشخص نشده به خسارت دیده پرداخت می‌گردد. قانون مدنی نحوه محاسبه ارش را چنین بیان می‌کند: اگر در مورد ظهور عيب مشتری اختیار ارش کند تفاوتی که باید به او داده شود به طریق ذیل معین می‌گردد: قیمت حقیقی مبیع در حال بی‌عیبی و قیمت حقیقی آن در حال معیوبی به توسط اهل خبره معین شود. اگر قیمت آن در حال بی‌عیبی مساوی با قیمتی باشد که در زمان بیع بین طرفین مقرر شده است، تفاوت بین این قیمت و قیمت مبیع در حال معیوبی مقدار ارش خواهد بود و اگر قیمت مبیع در حال بی‌عیبی کمتر یا زیاده‌تر از ثمن معامله باشد نسبت بین قیمت مبیع در حال معیوبی و قیمت آن در حال بی‌عیبی معین شده و باید از ثمن مقرر به همان نسبت نگاه داشته و بقیه را به عنوان ارش به مشتری رد کند (ماده ۴۲۷ قانون مدنی).

۴. کاتوزیان، امیرناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ص ۲۳۱.

ظاهر شود که مبیع معیوب بوده، مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب یا اخذ ارش یا فسخ معامله». در ادامه در ماده ۴۲۹ به عنوان استثنا مقرر می‌کند: «در موارد ذیل مشتری نمی‌تواند بیع را فسخ کند و فقط می‌تواند ارش بگیرد: ۱- در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری یا منتقل کردن آن به غیر...». بدیهی است که عقد بیع در این مورد خصوصیتی ندارد، لذا این استثنا در قراردادهای تبلیغات هم اجرا می‌شود.

۲.۱.۱.۴. خیار رویت

در اکثر صفحه‌های اینستاگرام فعال در زمینه تبلیغات، خود بلاگر یا ادمین^۱ صفحه، ضمن انتشار تبلیغ، محتوای آن را نیز تولید می‌کند. حال اگر شخص حقیقی یا شرکتی، براساس فایل‌ها و محتوای تبلیغاتی که سابقاً تولید و منتشر شده و به عنوان نمونه کار بر روی صفحه اینترنتی تبلیغ کننده بارگزاری شده‌اند، درخواست تولید محتوا و تبلیغ محصول خود را داشته باشد و پس از اجرای قرارداد، کیفیت محتوای تبلیغ شده به میزان کیفیت محتواهای قبلی نبوده و محتوای مزبور اوصاف سابقه را نداشته باشد، متقاضی تبلیغ می‌تواند از خیار رویت برای فسخ قرارداد استفاده کند. قانون‌گذار در ماده ۴۱۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه یکی از متبایعین مالی را سابقاً دیده و به اعتماد رویت سابق معامله کند و بعد از رویت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت».

۲.۱.۱.۵. خیار تخلف از وصف

حالتی را متصور شوید که تبلیغ کننده‌ای در قرارداد، کمیت و کیفیت تبلیغاتی را که قرار است از جانب وی انجام شود، ذکر می‌کند (مثل استفاده از دوربین با کیفیت بالا جهت فیلمبرداری، استفاده از ظروف گران قیمت سنگی یا نقره‌ای برای نمایش بهتر مواد خوراکی و ...) و پس از انجام تبلیغ معلوم شود که آنچه تبلیغ شده با توصیفات مذکور مطابقت ندارد؛ در این حالت با استناد به ماده ۴۱۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به

۱. Admin ادمین در معنای لغوی، مخفف کلمه administrator و به معنای مدیر است. درواقع ادمین به شخصی اطلاق می‌شود که فعالیت او مدیریت یا سازمان‌دهی کردن یک کسب‌وکار یا یک سازمان است. اما در معنای اصطلاحی و رایج که امروزه استفاده می‌شود، صرفاً به شخصی که مدیریت صفحه اینستاگرام را بر عهده دارد و با تولید و اشتراک‌گذاری محتوا، تحلیل و آنالیز داده‌های صفحه اینستاگرام و تعامل با کاربران سروکار دارد یا یکی یا چند مورد از موارد مذکور را انجام می‌دهد، ادمین اینستاگرام گفته می‌شود.

وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد، مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید، متقاضی تبلیغ می‌تواند در صورت تمایل قرارداد را به همان نحو بپذیرد و یا آن را فسخ کند، اما برخلاف موارد موجب خیار عیب نمی‌تواند از تبلیغ‌کننده خسارت یا ارزش مطالبه نماید.

۲.۱.۱.۶. خیار تدلیس

یک شرکت تولیدکننده قطعات اتومبیل را تصور کنید که برای افزایش فروش محصولات خود، به صفحه تبلیغ‌کننده‌ای که فعالیت خود را فروش لوازم و قطعات اتومبیل معرفی کرده است، درخواست تبلیغ می‌دهد. اما حقیقت، خلاف این بوده و صفحه مزبور در زمینه فروش لوازم خانگی فعالیت داشته و تخصص ویژه‌ای در بازاریابی و فروش قطعات اتومبیل نداشته است. در این مسئله، از آنجا که تدلیس مزبور، به دلیل غیرمرتبط بودن بستر و مخاطبان تبلیغ، منجر به «اشتباه اساسی» شده است، قرارداد تبلیغات را باطل می‌کند و صفحه تبلیغ‌کننده مستحق هیچ اجرتی نیست و اگر در اثنای این مدت خسارتی بر شرکت قطعات اتومبیل وارد آید، با احراز شرایط، در برابر تمامی خسارات نیز مسئول است.

توضیح آنکه، تدلیس به معنای فریب دادن و پنهان کردن واقع است. به عبارتی، در تدلیس نوعی تقلب و ریا وجود دارد و فرد فریبکار، بی‌اعتنا به شرافت شغلی و درستکاری متعارف، از اعتماد طرف معامله برای فریب‌دادن وی استفاده می‌کند. بر این مبنا، فریب‌دادن و پنهان‌کاری، سبب ایجاد حق فسخ برای طرف معامله می‌شود^۱ و فرد تدلیس‌گر ملزم به جبران خسارت فریب‌خورده است.^۲ برای تحقق تدلیس، تدلیس‌کننده مثلاً باید به عیب آگاه باشد و ضمن آگاهی خود، اظهار و یا به نوعی عمل کند که مورد معامله فاقد عیب است.^۳ البته موضوع تدلیس فقط عیب نیست، بلکه حتی می‌تواند فریب در وجود وصف کمالی باشد که درواقع در کالا یا خدمات

۱. ماده ۴۳۹ قانون مدنی: «اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری».

۲. موسوی سادات، زینب و سید حسن عابدیان، «بررسی خیار تدلیس و قوانین مرتبط در حقوق ایران و تطبیق آن با فقه معاصر»، نشریه مطالعات علوم اسلامی/انسانی، ۱۳۹۷، ص ۱۲.

۳. رحیمی، مرتضی و راضیه محب پور، «مصادیق تدلیس در جراحی‌ها و اعمال افزایش‌دهنده زیبایی»، نشریه مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۱۳۹۸، ص ۶۷.

موجود نیست. به‌طور مثال، در حالتی که صفحه تبلیغ‌کننده اظهار به بازخورد بالا^۱ در تبلیغات خود کند، اما درواقع این‌طور و متناسب با اظهارات وی نباشد.

هرگاه تدلیس در انگیزه اصلی یا «علت عمده عقد» باشد، بطلان معامله را در پی خواهد داشت؛^۲ به عبارتی، خیار تدلیس تنها ناظر به اشتباه فرعی و کم‌تأثیر است.

۲.۱.۱.۷. خیار تبعض صفقه

خیار تبعض صفقه هنگامی تحقق می‌یابد که بعد از عقد آشکار گردد که قرارداد، نسبت به جزئی از مورد معامله باطل بوده است.^۳ طبق ماده ۴۴۱ قانون مدنی، «خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع نسبت به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد؛ در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند». بر اساس این ماده می‌توان درخصوص تبلیغات تجاری نیز قائل بر این امر بود که اگر بخشی از تبلیغ باطل گردد، برای متقاضی تبلیغ، حق فسخ وجود داشته باشد. مثلاً اگر ضمن و به‌عنوان بخشی از محتوای تبلیغ، تبلیغ‌کننده به سایت‌ها و صفحه‌های شرط‌بندی اشاره کند، به دلیل نامشروع و غیرقانونی بودن چنین عملی براساس قوانین ایران، محتوای مزبور باطل تلقی می‌شود^۴ یا اگر محتوا به دلیل تعارض داشتن با قوانین و مقررات شبکه اجتماعی (مانند ترویج‌دهنده خشونت یا تبعیض‌نژادی

۱. در شبکه‌های اجتماعی علی‌الخصوص برنامه اینستاگرام، اصطلاحاً به واکنش دنبال‌کننده‌ها یا بازدیدکننده‌ها، «بازخورد» یا فیدبک (Feedback) می‌گویند. این واکنش می‌تواند، لایک کردن، دنبال کردن صفحه، کامنت گذاشتن و در مواردی خرید محصول یا خدمات مورد تبلیغ باشد.

۲. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع)، تهران: همان منبع، ص ۴۰۴.

۳. همان منبع، ص ۴۰۹.

۴. بر اساس مستندات ذیل: ۱. ماده ۶۵۴ قانون مدنی: «قمار و گرویندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است. ۲. ماده ۷۰۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) قماربازی با هر وسیله‌ای ممنوع است و مرتکبین آن به یک تا شش ماه حبس یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌شوند و در صورت تجاهر به قماربازی به هر دو مجازات محکوم می‌گردند. ۳. مصوبه کارگروه تعیین مصادیق محتوای مجرمانه برای برخورد با قمارخانه‌های مجازی مورخ ۱۳۹۹/۰۳/۵».

بودن) حذف گردد، قسمتی از موضوع تعهد باطل می‌شود و برای متقاضی تبلیغ حق فسخ به وجود می‌آید.

۲.۱.۱.۸. خیار تخلف از شرط

در مواردی که از شروط صریح یا ضمنی قرارداد تخلف صورت می‌گیرد، به حکم قانون‌گذار، مشروط‌اله حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. قانون‌گذار در ماده ۲۳۴ قانون مدنی شروط را به سه قسم تقسیم کرده است: ۱- صفت ۲- نتیجه ۳- فعل (اثباتاً یا نفیاً).

در شرط صفت، هرگاه معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده است، خیار فسخ خواهد داشت (ماده ۲۳۵ قانون مدنی). لذا اگر تبلیغ‌کننده‌ای شرط کند که محتوای تبلیغ، باید با کیفیت ویدیویی بالا ضبط شود، اما پس از تولید، محتوا کیفیت مخصوص را نداشته باشد، مشروط‌اله دارای خیار فسخ خواهد بود.

گاهی در قرارداد، تبلیغ‌کننده متعهد می‌شود که محتوای تبلیغ را در زمره نخستین فعالیت‌های خود در صفحه مجازی‌اش قرار دهد. در این صورت تبلیغ‌کننده تعهد بر انجام فعلی را پذیرفته است و در صورت تخلف از شرط، حق فسخ قرارداد به عنوان آخرین دارو قابل اعمال است. ماده ۲۳۹ قانون مدنی در این رابطه مقرر می‌دارد: «هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت». لذا زمانی فرصت انحلال و فسخ فرا می‌رسد که امیدی به اجرای عقد باقی نماند. پس اگر مثلاً انجام تبلیغ به عنوان نخستین فعالیت توسط بلاگر دیگری با شرایط و تعداد دنبال‌کننده مشابه، برای متقاضی تبلیغ مطلوب باشد، اجرایی‌شدن آن، حق فسخ را از وی سلب می‌نماید.

در خصوص شرط نتیجه نیز ماده ۲۴۰ قانون مدنی بیان می‌دارد: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین‌العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط‌اله باشد»^۱ فرض کنید در قراردادی تبلیغاتی که برای فروش محصولات انجام می‌شود، تبلیغ‌کننده شرط کند که علاوه بر عوض قراردادی، در درصدی از فروش با صاحب محصولات شریک باشد. پس از انعقاد

۱. لطفی، اسدالله، «خیارات»، نشریه دانشنامه جهان اسلام، ج ۱۶، ص ۵۴۰.

قرارداد، تبلیغ‌کننده مطلع می‌گردد که طرف قرارداد صاحب محصولات نبوده و صرفاً به عنوان نماینده قرارداد را منعقد کرده و در نتیجه مالک اصلی پس از اطلاع از این شرط، نارضایتی خود را اعلام نموده است. در این حالت به دلیل اینکه انجام شرط ممتنع می‌گردد، تبلیغ‌کننده می‌تواند با استناد به آن قرارداد را فسخ کند.

۲.۱.۱.۹. **خيار تعذر تسليم**

تعذر در لغت به معنای مشکل و دشوار شدن کار، ممتنع بودن، عذرخواستن و خودداری کردن است.^۱ خيار تعذر تسليم بدین معناست که هرگاه ناتوانی در تسليم مورد معامله بعد از عقد عارض شود، خواه موجب آن در طبیعت موضوع باشد یا در ناتوانی مالی متعهد، طرف دیگر عقد می‌تواند آن را فسخ کند؛ به عبارت دیگر، این خيار جایی به وجود می‌آید که اجرای تعهد پس از انعقاد قرارداد و به صورت طاری غیرممکن شود. حالتی را تصور کنید که در قراردادی تبلیغاتی مربوط به وسایل ورزشی، تبلیغ‌کننده متعهد می‌شود تا در ضمن تبلیغ از وسایل ورزشی استفاده و هم‌زمان محصول موردنظر را نیز تبلیغ کند. اما قبل از اجرای قرارداد، تبلیغ‌کننده در اثر تصادف سلامت جسمانی خود را از دست می‌دهد و دیگر قادر به استفاده از آن وسایل ورزشی نیست. در این حالت متقاضی تبلیغ می‌تواند با استناد بر ناتوانی تبلیغ‌کننده در ارائه تبلیغ و تعذر اجرای تعهد، قرارداد مزبور را فسخ کند.

اما اگر در قراردادی، متعهد با تقصیر خود سبب تعذر در اجرای تعهد شود، نمی‌تواند به این عذر استناد و معافیت خود از مسئولیت را ادعا نماید.^۲ مثلاً اگر تلفن‌همراه صاحب صفحه تبلیغ‌کننده به دلیل خراب شود و وی نتواند تبلیغ مزبور را انجام دهد، نمی‌تواند به این عذر استناد کند؛ بلکه باید یا از طریق دیگر یا بعد از رفع مانع در صورت امکان (درجایی که زمان قید تعهد نباشد) تبلیغ مزبور را انجام دهد والا باید ضمن استرداد عوض قراردادی، خسارت عدم انجام تعهد را نیز پرداخت کند. حق فسخی که در موارد بالا در نظر گرفته شده است، حق فسخ ناشی از خيار

۱. پارساپور، محمد باقر و زهره افشار قوچانی، «تعذر موقت اجرای تعهد و آثار آن»، نشریه دانش حقوق مدنی، ۱۳۹۳، ص ۱۴.

۲. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۲، چ ۴، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۳۲۸.

تعذر تسلیم نامیده می‌شود. از این خیار در قانون نامی برده نشده است، ولی باید آن را لازمه عدالت معاوضی شمرد.^۱

۲.۲. انحلال قهری (انفساخ)

گاهی قرارداد بدون اعمال اراده هیچ‌یک از اطراف عقد منحل می‌گردد. گاه صفحه اینستاگرامی شخصی مورد حملات سایبری قرار می‌گیرد و هک می‌شود و ممکن است بستر تبلیغ کلاً از دسترس وی خارج شود. در این حالت به دلیل منتفی شدن اجرای تعهدات، عقد به طور قهری منحل و اصطلاحاً «منفسخ» می‌شود.

انفساخ در لغت، مصدر باب انفعال (برای مطاوعه یعنی پذیرش اثر فعل) از ریشه «فسخ» به معنای برانداختن، تباه‌شدن، گسیختن، متلاشی‌شدن و بهم‌خوردن است. اما در اصطلاح و در معنای خاص حقوقی، نوعی از انحلال اعمال است؛ به این معنا که هرگاه عقدی به‌طور صحیح منعقد گردد و سپس به سببی از اسباب و بدون تأثیر قهقرایی، منحل شود و در این انحلال اراده متعاقدين دخالتی نداشته باشد، یا رابطه ناشی از عقد بدون کاربرد قصد عاقد یا متعاقدين، به حکم قانون و یا عرف گسیخته شود و عقد از بین برود، در اصطلاح به آن انحلال قهری یا انفساخ می‌گویند.^۲ بر این اساس، می‌توان انحلال قهری را به دو دسته «انفساخ ناشی از تراضی» و «انفساخ ناشی از قانون» تقسیم نمود.

۲.۲.۱. انفساخ ناشی از تراضی

ممکن است در قراردادی برای تبلیغ فروش لوازم‌خانگی، طرفین شرط کنند که اگر لوازم تا مدت معینی از گمرک ترخیص نشود و به دست مالکش نرسد، قرارداد تبلیغاتی منفسخ گردد. به این حالت که دو طرف قرارداد شرط می‌کنند که قرارداد پس از مدتی یا در اثر رویداد ویژه‌ای، خودبه‌خود منحل شود،^۳ شرط فاسخ (انفساخ ارادی) نامیده می‌شود. به عبارت دیگر، اثر

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۴۱۶.

۲. اسکندری پسین، علی اصغر، «جایگاه و مبانی انفساخ در نظام حقوقی ایران»، نشریه تحقیقات تطبیقی/ایران و بین‌الملل، ۱۳۹۶.

۳. ابهری، حمید و زینب افچنگی، «ماهیت و آثار شرط انفساخ در حقوق ایران»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۹.

شرط فاسخ، انحلال قهری و خودبه‌خود عقد است که حق انتخابی برای طرفین یا دادگاه نمی‌گذارد؛ لیکن عقد را از ابتدا حذف نمی‌کند و اثر آن نسبت به آینده است.^۱

۲.۲.۲. انفساخ ناشی از قانون

به انفساخی که ناشی از حکم قانون‌گذار باشد، انفساخ ناشی از قانون یا انفساخ قهری می‌گویند. به‌طور مثال قانون‌گذار تلف قهری موضوع تملیک در عقود معاوضی را از اسباب انفساخ آن آورده است.^۲ در قراردادهای تبلیغاتی که جزء عقود عهده‌ی معاوضی هستند، منظور از تلف قهری، از بین رفتن قابلیت انتفاع بستر تبلیغ است؛ مثل از دسترس خارج شدن صفحه‌ی اینستاگرام. در مواردی که صفحه توسط سرور^۳ اینستاگرام قفل یا توسط شخص ثالثی هک می‌شود، یا زمانی که اینستاگرام و فعالیت در آن به‌موجب قانون کشور به‌طور «دائمی» فیلتر یا غیرقانونی تلقی می‌شود، کنترل از اختیار و اراده‌ی کاربر خارج شده، در نتیجه دیگر امکان انتفاع وجود ندارد.

البته در صورتی که این مانع و عدم قابلیت انتفاع ایجادشده «موقتی» باشد، اما «زمان وحدت مطلوب» هم همان نتیجه‌ی فوق حاصل می‌شود. فرض کنید فروشنده لباسی برای تبلیغ محصولات تابستانه خود با تبلیغ‌کننده‌ای وارد قرارداد شده است، اما قبل از اجرای قرارداد مانعی به وجود می‌آید که تا اواسط پاییز ادامه خواهد داشت. در این حالت دیگر تبلیغ پس از رفع مانع، برای فروشنده نفعی ندارد و نمی‌تواند محصولات تابستانه خود را بفروشد. در این موارد که قرارداد باید در زمان خاصی انجام گردد و خارج از آن دیگر مطلوبیت ندارد، زمان وحدت مطلوب است و قرارداد منفسخ می‌گردد.

البته موارد انفساخ قهری حصری نیست و به موارد ذکرشده محدود نمی‌شود؛ به‌طوری که غیرقابل تسلیم یا تسلّم شدن موضوع قرارداد پس از عقد را نیز می‌توان از موارد انفساخ برشمرد. مثلاً غالباً در قراردادهای تبلیغاتی شخصیت تبلیغ‌کننده بسیار حائز اهمیت است، در این حالت اگر وی قبل از تولید و انتشار محتوای تبلیغ فوت نماید یا بیمار شود که قادر بر تولید نباشد، موضوع اجرا منتفی و قرارداد منفسخ می‌شود.

۱. ابهری، حمید، سام محمدی و زینب افچنگی (خادمی)، «شرط انفساخ و شرایط تحقق آن در حقوق ایران و فقه امامیه»، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۴۵.

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۴۲۲.

۳. Server: سیستم سرویس‌دهی و مدیریتی اینستاگرام.

۳. آثار انحلال قرارداد عهده

در قراردادهای تبلیغات، یک طرف متقاضی انجام تبلیغ محتوای موردنظر خود و طرف دیگر، متعهد بر انجام تبلیغ مورد توافق است. لذا متقاضی تبلیغ به تبع قرارداد، مالک بخشی از صفحه تبلیغ کننده در شبکه اجتماعی نمی‌شود، بلکه صرفاً در مدت معینی از منافع آن صفحه (معمولاً به همراه تولید محتوا از سوی صاحب صفحه) برای تبلیغ استفاده می‌کند. استفاده از منافع صفحه متعلق به تبلیغ کننده شاید در ابتدای امر مالکیت منافع و تبعاً تملیکی بودن قرارداد تبلیغات را به ذهن متبادر کند، اما آنچه از قرارداد طرفین برمی‌آید، تعهد تبلیغ کننده بر انجام مورد تعهد است و استفاده از منافع صفحه متعلق به متعهد، از آثار اجرای تعهد است، نه اثر مستقیم خود عقد. لذا قراردادهای تبلیغاتی ماهیتاً در زمره عقود عهده‌ی قرار دارند.

در قراردادهای تبلیغاتی، موضوع تعهدات (چه تعهدات اصلی و چه فرعی) اصولاً مادی و ملموس است و نیز ممکن است ناظر بر انجام فعل یا ترک فعل باشد؛ مانند تعهد به تبلیغ یک محصول یا عدم استفاده از محصولات خارجی در محتوای تبلیغ. بدین سبب، آثار انحلال قراردادی برحسب فعل یا ترک فعل بودن و با فرض مادی بودن موضوع تعهد در دو مبحث مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳.۱. آثار انحلال در قرارداد متضمن تعهد به فعل

گاهی در ضمن قراردادهای تبلیغاتی توافق می‌گردد که تبلیغ کننده علاوه بر تبلیغ، محتوای تبلیغ را نیز خود آماده کند و یا تعهد کند که تبلیغ را در بازه زمانی خاصی انجام دهد. به طور کلی تعهد به انجام فعل که در ضمن قرارداد بر ذمه طرفین قرار می‌گیرد، یا به عنوان موضوع اصلی و عوض معامله است یا به عنوان تعهدی فرعی و به صورت شرط ضمن عقد در توافقات طرفین درج می‌شود. اصلی یا فرعی بودن تعهد در آثار انحلال آن موثر است.^۱ بدین جهت، آثار انحلال در تعهد به فعل در دو مبحث تحت عناوین «تعهد به فعل اصلی» و «تعهد به فعل فرعی» مورد بحث واقع می‌شود.

۱. انباز، کریم، منبع پیشین، ص ۶۰

۳.۱.۱. قرارداد متضمن تعهد به فعل اصلی

در فرضی که تبلیغ‌کننده متعهد بر تولید محتوای تبلیغ نیز می‌گردد، تعهد وی تعهد اصلی است و آثار انحلال تنها ناظر بر آینده بوده و نسبت به گذشته تسری نمی‌یابد. در چنین حالتی، هر یک از اسباب انحلال ممکن است در دو مرحله «پیش از اجرای فعل» و «پس از اجرای فعل» رخ دهد.

۳.۱.۱.۱. پیش از اجرای فعل

تصور کنید در قراردادی برای تبلیغ لباس عروس، تبلیغ‌کننده که بلاگری معروف است، تعهد می‌نماید براساس خواسته متقاضی تبلیغ عمل کند و در مقابل متعهدله نیز تعهد به پرداخت حق الزحمه و هزینه‌ها می‌کند. در صورتی که پس از تهیه تدارکات از جمله خرید لباس عروس و انعقاد عقد اجاره با آرایشگر و عمارت و قبل از انجام تبلیغ و قرارگرفتن تبلیغ بر روی صفحه متعهد، تبلیغ‌کننده فوت کند، قرارداد منحل و در نتیجه تعهدات آن نیز ساقط می‌شود و تمامی آثار آن قطع و روابط طرفین به وضع سابق اعاده می‌گردد. اگر سفارش‌دهنده تبلیغ مبلغی به عنوان پیش‌پرداخت برای تهیه محتوا داده باشد و بلاگر ملزومات را با آن فراهم کرده باشد، در صورت انحلال قرارداد، مقدمات تبلیغ مانند لباس عروس یا سایر وسایل، متعلق به سفارش‌دهنده تبلیغ است؛ اما اگر بلاگر هزینه تهیه مقدمات را پرداخته باشد، سفارش‌دهنده تبلیغ حقی نسبت به آن ندارد.

همه این‌ها در صورتی است که قرارداد قائم به شخص بوده و انجام شدن تبلیغ توسط آن بلاگر خاص برای متقاضی تبلیغ، علت عمده قرارداد و بسیار مهم بوده باشد؛ در غیراین صورت در عقود لازم عهدی، فوت یکی از طرفین از اسباب انحلال نیست و باید از ترکه وی موجبات انجام تعهد فراهم شود (مثلاً اجرای تعهد توسط بلاگر مشابه از منبع مالی ترکه). نتیجتاً با تسری دادن مقررات مربوطه درخصوص اقاله به سایر اسباب انحلال، می‌توان قائل بر این بود که اگر قبل از اجرای فعل (تبلیغ)، هر یک از اسباب مذکور رخ دهد، موجب سقوط تعهد شده و از آن پس تمامی آثار قرارداد، قطع و رابطه طرفین به وضع سابق اعاده می‌گردد.^۱

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱۸، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۶، ص ۳۲۹.

۳.۱.۱.۲. پس از اجرای فعل

در حالت تعهد به فعل اصلی، ممکن است اسباب انحلال یا پس از اجرای کامل تعهد ظهور کنند یا در اثنای اجرای آن یعنی پس از اجرای قسمتی از موضوع قرارداد. درحالتی که اسباب انحلال پس از اجرای تعهد مذکور واقع شوند، ضمن انحلال قرارداد، به دلیل آنکه مورد انجام شده قابل بازگشت نیست، به منزله مورد تلف شدن است و باید بدل آن پرداخت شود.^۱ به عبارتی با استناد به ماده ۲۴۶ قانون مدنی، به جای اجرت‌المسمی،^۲ اجرت‌المثل^۳ پرداخت می‌شود. به طور مثال اگر در قرارداد تبلیغاتی پس از تبلیغ و انتشار محتوای معین شده در قرارداد، یکی از اسباب انحلال محقق شود، عوض قراردادی که بین طرفین تعیین شده است، غیرقابل پرداخت شده و برای جلوگیری از استفاده بلاجهت از سوی متقاضی تبلیغ^۴ و نیز محترم بودن عمل،^۵ به تبلیغ کننده اجرت‌المثل پرداخت می‌شود.

اما در صورتی که حین اجرای فعل تعهد شده، یکی از اسباب انحلال رخ دهد و با اجرای هر جزء به تنهایی مقصود طرفین تأمین شود، با استناد به ماده ۵۶۶ قانون مدنی که بیان می‌نماید: «هرگاه در جعاله عمل دارای اجزاء متعدد بوده و هریک از اجزاء مقصود بالاصاله جاعل بوده باشد و جعاله فسخ گردد، عامل از اجرت‌المسمی به نسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود، اعم از اینکه فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل.» متعهد (تبلیغ کننده) به نسبت تعهد انجام شده، مستحق اجرت‌المسمی خواهد بود. مثلاً اگر تبلیغ کننده بنابر درخواست سفارش دهنده، محتوای تبلیغ او را در استوری صفحه خود تبلیغ کند، اما قبل از اتمام مدت زمان استوری (۲۴ ساعت) عقد بین آنها منحل شود؛ از آنجا که مدتی محتوای تبلیغ در شبکه اجتماعی قرار داشته و مقصود طرفین محقق شده است، تبلیغ کننده به ازای مدت زمان مذکور مستحق بخشی از

۱. انباز، کریم، منبع پیشین، صص ۶۱-۶۲.

۲. اجرتی که در متن قرارداد نام برده شده و معین گردیده است (جعفری لنگرودی، محمدجواد، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۱۵۵).

۳. اگر استفاده از مال یا عمل دیگری مستند به عقدی نباشد و یا بیرون از مدلول عقد باشد باید عوض آن را بدهد، این عوض را اجرت‌المثل نامند. (همان منبع، صص ۱۵۴ و ۱۵۵).

۴. ماده ۳۳۷ قانون مدنی: «هر گاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفای منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت‌المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است».

۵. احترام مال المسلم وعمله (الانصاری، الشیخ المرتضی، مکاسب، ص ۱۹۰).

اجرت‌المسمی می‌شود. بدیهی است ساعات پخش شدن تبلیغ در تعیین میزان اجرت تأثیرگذار است؛ به عنوان مثال اگر ساعات پخش تبلیغ، جزو ساعات کم‌بازدید مانند نیمه‌شب تا صبح باشد که اکثر افراد در حال استراحت هستند یا از صبح تا پایان ساعت اداری باشد که خیلی از افراد به دلیل کار، به شبکه‌های اجتماعی کمتر سر می‌زنند، میزان اجرت نسبت به حالتی که تبلیغ در بازه زمانی پربازدید پخش شده باشد، بیشتر است. اما اگر برخلاف ماده فوق، عمل دارای اجزای متعدد نباشد و یا هر جزء به تنهایی باالصاله نباشد، عامل (متعهد) به نسبت عملی که کرده است، مستحق اجرتی نخواهد بود.

۳.۱.۲. قرارداد متضمن تعهد به فعل فرعی

در حالتی که اصل تعهد خود تبلیغ است و برخی کیفیات مربوط به آن (مانند انجام شدن تبلیغ در بازه زمانی خاص) در قالب شرط و به صورت فرعی در قرارداد مقرر می‌شود، تعهد تبلیغ‌کننده تعهد به فعل فرعی است. از آنجا که در این حالت تعهد موضوع قرارداد به صورت فرعی و در قالب شرط ضمن قرارداد درج شده، با استناد به ماده ۲۴۶ قانون مدنی،^۱ در صورت بروز اسباب انحلال، شرط مزبور نیز به تبعیت از عقد بی‌اثر است و متعهد مسئولیتی در قبال اجرای آن ندارد و اگر اجرا شده باشد، می‌تواند عوض آن را از مشروطه درخواست کند. البته در بررسی همین شرط هم باید بین حالتی که منتفع فعل مشروط، یکی از طرفین است یا شخص ثالث، قائل به تفکیک شد.

۳.۱.۲.۱. شرط به نفع یکی از طرفین

قراردادی تبلیغاتی را در نظر بگیرید که ضمن آن شرط شود، تبلیغ‌کننده خود محتوای تبلیغ را تولید کند (در قالب عکس یا ویدئو) و سپس محتوای موردنظر را برای تبلیغ منتشر کند. حال اگر تا قبل از تولید محتوا قرارداد به هرنحو منحل و لذا اجرای اصل قرارداد به هر دلیلی منتفی گردد، تعهد مزبور نیز ساقط و ذمه متعهد بری می‌شود. درخصوص شرط انجام شده سه حالت قابل تصور است: الف) اگر ضمن قرارداد، برای شرط مزبور عوضی به صورت مجزا معین شده باشد، به ازای محتوای تولیدشده، اجرت‌المسمی پرداخت می‌شود و این مبلغ، هزینه اجرای شرط است.

۱. ماده ۲۴۶ قانون مدنی: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ بهم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط بگیرد».

ب) اگر مابه‌ازای شرط به صورت مجزا تعیین نشده باشد، ممکن است شرط مزبور جزئی از عوضین باشد که در این صورت باید نسبت بین عوض معامله بدون شرط و عوض با تعهد مشروط تعیین و اجرت‌المسمی پرداخت گردد.

ج) اما اگر قرارداد درخصوص مابه‌ازای شرط سکوت کرده باشد، باز هم براساس مبنای حرمت استفاده بلاجهت از عمل غیر و مبنای قاعده احترام به عمل مسلم، مشروط‌علیه (تبلیغ‌کننده) مستحق دریافت اجرت‌المثل خواهد بود؛ بدین صورت که اجرت انجام چنین تبلیغی از سوی دیگر بلاگرها یا دارندگان صفحات در شبکه‌های مجازی که از لحاظ تعداد دنبال‌کننده، بازخورد، حوزه فعالیت (پوشاک، خوراکی، ...) و دیگر ملاک‌های مؤثر، مشابه تبلیغ‌کننده قرارداد هستند، مبنای پرداخت اجرت به فرد اخیر قرار می‌گیرد.

۳.۱.۲.۲. شرط به نفع ثالث

«شرط به نفع ثالث، نهادی است که به دو طرف قرارداد امکان می‌دهد درحالی که برای خود معامله می‌کنند تعهدی نیز به سود ثالث ایجاد نمایند».^۱ تعهد به نفع ثالث معمولاً تعهدی تبعی و وابسته به سرنوشت قرارداد اصلی است؛^۲ بنابراین در صورتی که طرفین در ضمن قرارداد، شرط به نفع ثالث نمایند و اجرای شرط به‌عنوان عوض معامله توافق شده باشد، مثلاً در اثر آن مالی به ثالث تملیک و سپس قرارداد منحل شود، اگر عین مال مذکور پس از انحلال قرارداد موجود باشد، به متعهد (مالک سابق) انتقال می‌یابد؛ اما اگر عین مال موجود نبوده و ثالث اقدام به مصرف یا انتقال آن به غیر کرده باشد، مشروط‌اله باید عوض مال را به مشروط‌علیه بدهد؛ چراکه وقتی مشروط‌علیه در مقام اجرای تعهد، مالی را در اختیار ثالث قرار دهد، مال در ملکیت ثالث قرار می‌گیرد و طبق قاعده تسلیط^۳ او حق هرگونه تصرف در آن را خواهد داشت.^۴ حالتی را فرض کنید که تبلیغ‌کننده ضمن قرارداد تبلیغ خود شرط می‌کند که متقاضی تبلیغ ۵٪ از سود فروش محصولات خود بر اثر تبلیغ را به نیازمندان کمک کند. پس از تبلیغ انجام‌شده، متقاضی تبلیغ که

۱. عظیمی، مریم، «بررسی حقوقی شرط به نفع ثالث و علیه ثالث»، نشریه کانون وکلا، ۱۳۸۹، ص ۱۴۰.

۲. گرچه این تعهد می‌تواند اصلی هم باشد یعنی جاییکه یکی از عوضین عقد و در واقع مورد معامله باشد مانند بیمه عمر.

۳. الناس مسلطون علی اموالهم.

۴. انباز، کریم، همان منبع پیشین، صص ۷۴-۷۳.

سود خوبی از فروش محصولات خود به دست می‌آورد، با ۵٪ آن برای نیازمندان اقلام خوراکی و پوشاک تهیه می‌کند، اما پس از مدتی درخواست‌کننده تبلیغ، متوجه تدلیس تبلیغ‌کننده می‌شود و قرارداد را فسخ می‌کند. در این حالت اگر عین اقلام خوراک و پوشاک باقی باشد، به مالکیت متقاضی تبلیغ برمی‌گردد؛ اما اگر عین آنها موجود نباشد و توسط اشخاص ثالث مصرف شده باشد، تبلیغ‌کننده موظف به جبران و رد عوض به متقاضی تبلیغ است.

۳.۲. آثار انحلال در قرارداد متضمن تعهد به ترک فعل

در صورتی که تبلیغ‌کننده‌ای تعهد بر عدم انجام فعلی نماید، مانند اینکه تعهد نماید به مدت یک ماه قبل از اجرای تبلیغ، محصول مشابهی را تبلیغ نکند، این نوع تعهد، تعهدی عدمی قلمداد شده و در نتیجه چنین توافقی، متعهد ملزم بر عدم انجام عمل موضوع قرارداد می‌شود. حال اگر طی مدتی که متعهد از انجام عمل مزبور خودداری می‌کند، یکی از اسباب انحلال محقق و قرارداد مزبور منحل شود، از نظر اینکه انحلال پیش از ترک عمل یا پس از آن باشد آثار متفاوتی بر جای خواهد گذاشت.

در جایی که انحلال پیش از عمل به ترک رخ دهد، به دلیل عدمی بودن امر، صرف خودداری متعهد، وفای به عهد و اجرای تعهد تلقی نمی‌شود و متعهد مستحق هیچ نوع عوضی نخواهد بود؛ بلکه باید شرایط و امکانات برای اجرا فراهم باشد و با وجود شرایط، متعهد از ارتکاب به عمل خودداری کند؛ در این حالت است که تعهد اجرا و متعهد مستحق اجرت می‌شود.^۱ به‌طور مثال در قرار تبلیغ بین دو نفر، تبلیغ‌کننده در برابر طرف دیگر متعهد می‌شود که علاوه بر انتشار محتوای تبلیغ، از ۴۸ ساعت قبل، در شبکه اجتماعی هیچ فعالیتی انجام ندهد؛ مثلاً هیچ پست یا استوری منتشر نکند؛ در همین حین، به دلایل خاصی، صفحه تبلیغ‌کننده توسط سرور اینستاگرام قفل می‌شود. حال اگر در این مدت، یکی از اسباب انحلال رخ دهد و قرارداد منحل شود، چون متعهد از انجام فعالیت امتناع ورزیده، نمی‌توان قائل بر انجام تعهد و استحقاق به اجرت شد؛ چراکه با قفل شدن صفحه پس از انعقاد قرارداد، شرایط و امکانات برای اجرای تعهد و ترک فعل فراهم نبوده است. اما اگر صفحه قفل نشود و تبلیغ‌کننده در مدت معین، در شبکه اجتماعی فعالیت خود را متوقف کند، تعهد مزبور انجام شده است و پس از انحلال قرارداد، باید عوض به وی پرداخت شود.

۱. همان منبع.

نتیجه‌گیری

قراردادهای تبلیغاتی در شبکه‌های مجازی از جمله اینستاگرام، نوعی از اعمال حقوقی برآمده از زیست‌مجازی است. استعمال روبه افزایش انعقاد این نوع قراردادها در فضای مجازی در حال حاضر و این واقعیت که اطراف این قراردادها جز درصد کمی، از اطلاعات حقوقی حرفه‌ای بی‌بهره‌اند، لزوم تعیین چگونگی و آثار انحلال این قراردادها را روشن می‌سازد. موارد ذیل خلاصه‌ای از نتایج پژوهش حاضر است:

۱. تبادل، تبلیغ، درخواست تخفیف از انواع رایج قراردادهای تبلیغاتی در برنامه اینستاگرام می‌باشند. با تحلیل و واکاوی عناصر هریک از انواع تبلیغات مذکور می‌توان چنین استدلال نمود که تبادل ماهیتاً جز عقود نامعین قرار دارد و ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی تعریف می‌شود. تبلیغ با توجه به تعامل طرفین که به صورت مبسوط در پژوهش بدان پرداخته شده است، می‌تواند هبه یا عوض قراردادی باشد. درخواست تخفیف نیز می‌تواند متضمن عقدی نامعین با شرط تعهد به نفع ثالث باشد.

۲. اقاله، فسخ و انفساخ، اسباب انحلال قراردادهای عهدی تبلیغاتی است.

۳. اگر قرارداد تبلیغاتی متضمن تعهد به فعل اصلی، پیش از اجرا منحل شود، تبلیغ‌کننده مستحق دریافت هزینه تدارکات انجام‌گرفته است و اگر پس از اجرا منحل شود، حسب مورد اجرت‌المثل یا اجرت‌المسمی تعلق می‌گیرد.

۴. چنانچه قرارداد تبلیغاتی متضمن تعهد به فعل فرعی به نفع طرفین قرارداد، پس از اجرای تعهد، منحل شود، تبلیغ‌کننده مستحق اجرت می‌شود و در تعهد فرعی به نفع ثالث، بسته به موجود بودن یا نبودن عین مال پس از انحلال، به ترتیب موجب لزوم استرداد عین یا عوض مال به متعهد توسط ثالث می‌شود.

۵. انحلال قرارداد تبلیغاتی متضمن تعهد به ترک فعل، موجب استحقاق اجرت برای متعهد می‌شود، البته به شرطی که شرایط برای اجرا فراهم باشد.

در همین راستا نگارندگان پیشنهاد می‌دهند که با توجه به استفاده وسیع از این عقود، قانون‌گذار به‌طور مشخص مقرراتی را در خصوص آنها تدوین نماید. زیرا ناآگاهی کاربران فضای مجازی از اطلاعات دقیق حقوقی، در موارد بسیاری موجب تضییع حقوق ایشان و افزایش حجم

پرونده‌های دادگستری شده است. همچنین پیشنهاد می‌شود برای از حمایت حقوق کاربران و ایجاد رویه یکسان در حوزه قراردادنویسی در فضای مجازی، قانون‌گذار نمونه قراردادهایی را حاوی مفاد و شروط دقیق قراردادی در اختیار متقاضیان قرار دهد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. امامی، حسن، **حقوق مدنی**، چاپ ۱۸، تهران: اسلامیه، ۱۳۶۸.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جواد، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
۳. سیاح طاهری، محمدحسین، **حقیقت مجازی (درباره فضای مجازی چه بدانیم و چه بگوئیم؟)**، تهران: مرکز ملی فضای مجازی، ۱۳۹۵.
۴. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی ۳-تعهدات**، ج ۱۷، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۱.
۵. صفایی، سیدحسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)**، ج ۲، چ ۴، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۶. قاسمی‌حامد، عباس، **حقوق مدنی (شرایط اساسی شکل‌گیری قرارداد)**، چ ۱، تهران: دراک، ۱۳۸۷.
۷. کاتوزیان، امیرناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
۸. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع)**، تهران: انتشارات گنج‌دانش، ۱۳۹۷.

مقاله

۹. ابراهیمی‌ترکمان، ابوذر، «بررسی تطبیقی تاثیر عدم امکان اجرای مفاد قرارداد بر مسئولیت متعهد و ساختار قرارداد در حقوق ایران و انگلیس»، **نشریه حقوق تطبیقی**، دوره ۳، شماره ۱۰۶، ۱۳۹۵، صص ۷۱-۹۶.
۱۰. ابهری، حمید و زینب افچنگی، «ماهیت و آثار شرط انفساخ در حقوق ایران». **نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی**، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۸۸، صص ۳۲-۷.

۱۱. ابهری، حمید، سام محمدی و زینب افچنگی، «شرط انفساخ و شرایط تحقق آن در حقوق ایران و فقه امامیه»، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۴۴، شماره ۲، ۱۳۹۰، صص ۵۲-۳۳.
۱۲. احمدوند، خلیل الله و کیانوش جهانبخشی، «بررسی فقهی و حقوقی خیار غبن». نشریه مطالعات حقوقی، دوره ۲، شماره ۱۷، ۱۳۹۶، صص ۲۷۱-۲۵۳.
۱۳. اسکندری پسیان، علی اصغر، «جایگاه و مبانی انفساخ در نظام حقوقی ایران»، نشریه تحقیقات تطبیقی ایران و بین الملل، دوره ۱۰، شماره ۳۸، ۱۳۹۶، صص ۲۷-۱.
۱۴. اسماعیل آبادی، علیرضا، «نگاهی به ماهیت حقوقی اقاله و ماهیت آن»، نشریه فقه، دوره ۱۰، شماره ۳، ۱۳۸۲، صص ۲۴۹-۲۱۹.
۱۵. اصغری آقمشهدی، فخرالدین، سام محمدی و زهرا مصطفوی، «شرایط تحقق خیار غبن»، نشریه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۳۷، ۱۳۹۳، صص ۳۶-۱۱.
۱۶. پارساپور، محمد باقر و زهره افشار قوچانی، «تعذر موقت اجرای تعهد و آثار آن»، نشریه دانش حقوقی مدنی، دوره ۳، شماره ۱، ۱۳۹۳، صص ۲۶-۱۳.
۱۷. رحیمی، مرتضی و راضیه محب پور، «مصادیق تدلیس در جراحی‌ها و اعمال افزایش‌دهنده زیبایی»، نشریه مبانی فقهی حقوق اسلامی، دوره ۱۲، شماره ۲۳، ۱۳۹۸، صص ۹۰-۶۳.
۱۸. شیروی، عبدالحسین، «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۱، ۱۳۷۷، صص ۷۲-۴۹.
۱۹. عظیمی، مریم، «بررسی حقوقی شرط به نفع ثالث و علیه ثالث»، نشریه کانون وکلا، شماره‌های ۲۰۸ و ۲۰۹، ۱۳۸۹، صص ۱۳۷-۱۵۲.
۲۰. عموزاد، حدیث و حسین قافی، «مقایسه آثار فسخ، انفساخ و بطلان عقد بیع»، نشریه مطالعات حقوقی، شماره ۴، ۱۳۹۹، صص ۵۶-۳۷.
۲۱. لطفی، اسدالله، «خيارات»، نشریه دانشنامه جهان اسلام، ج ۱۶، صص ۵۴۴-۵۳۹.
۲۲. محمودیان، علی، امین امانی و روح الله مرادی، «میزان تاثیرگذاری قاعده لاضرر در تحقق خیار غبن»، نشریه تحقیقی حقوق خصوصی و کیفری، دوره ۱۴، شماره ۳۸، ۱۳۹۷، صص ۱۹۱-۲۰۹.

۲۳. موسوی سادات، زینب و حسن عابدیان، «بررسی خیار تدلیس و قوانین مرتبط در حقوق ایران و تطبیق آن با فقه معاصر»، نشریه مطالعات علوم اسلامی/انسانی، دوره ۴، شماره ۱۳، ۱۳۹۷، صص ۱۱۸-۱۰۵.

پایان نامه

۲۴. انباز، کریم، «مقایسه انحلال قرارداد عهده‌ی در حقوق ایران و مصر»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، ۱۳۹۱.

۲۵. وامق، محمدرضا، «نظام حقوقی آثار انحلال قراردادها در حقوق ایران با نگرشی بر فقه و حقوق انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، قزوین، موسسه آموزش عالی کار قزوین، ۱۳۹۲.

قوانین و مقررات

۲۶. قانون مدنی (۱۳۱۴).

۲۷. مصوبه کارگروه تعیین مصادیق محتوای مجرمانه برای برخورد با قمارخانه‌های مجازی (۱۳۹۹/۰۳/۵).

۲۸. قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) (۱۳۷۵).

۲۹. قانون ممنوعیت تبلیغات و معرفی محصولات و خدمات غیر مجاز و آسیب رسان به سلامت در رسانه‌های ارتباط جمعی داخلی و بین‌المللی و فضاهای مجازی» (۱۳۹۷).

۳۰. رأی وحدت‌رویه شماره ۸۲۱ (۱۴۰۱/۲/۲۰) هیئت عمومی دیوانعالی کشور.

ب) منابع عربی

۳۱. الانصاری، الشیخ المرتضی، مکاسب، چاپ ۲۸، مجمع‌الفکر الاسلامی، ۱۳۹۸.

ج) منابع انگلیسی

Articles

32. Belanche, D., Flavián, M. and Ibáñez-Sánchez, S., "Followers' reactions to influencers' Instagram posts", *Spanish Journal of Marketing - ESIC*, Vol. 24 No. 1, 2020, pp 37-53.

- 33.Dwi Prianti., Desi.Instagram in Fixingour Everyday Life Experience.*International Conference on Social science, Humanities & Education*. 2020, pp 93-101.
- 34.Liaropoulos, A. "A Social Contract for Cyberspace." *Journal of Information Warfare* 19, No. 2. 2020, pp 1-11.

(د) منابع فرانسوی

Des Articles

- 35.Michel Kelly-Gagnon, Youri Chassin, L'influence de la publicité sur la consommation, *Institut économique de Montréal*, les notes Économiques, 2011, pp 284-290.

Legal Causes and Effects of Advertisement Contracts' Termination in Cyberspace

Esmat GOLSHANI (Assistant Professor of Law, Imam Sadiq University)
Zeinabsadat BANITABA JESHVAGHANI (Bachelor of Law, Imam Sadiq University)
Zahra GANJIPOUR (L.L.M Student of Oil & Gas Law, University of Science and Culture)

Abstract

Today, due to the Internet development, legal relationships of persons have been changed insofar as the subject of many contracts is advertising in cyberspace (especially in Instagram). Analysis and explanation of the causes of advertising contracts' termination and its effects on contract as well as parties commitments, is among this research purposes, so that the parties to advertising contracts, as the main cyberspace players, will know their rights and obligations. Advertising contracts, as promissory contracts, are terminated from the occurrence moment of dissolution causes (i.e. mutual revocation, cancellation and automatic cancellation). Therefore, their effects are stopped and parties' obligations are canceled. In dissolution of an advertising contract containing a specific performance commitment, before any performance, costs of procurement can be collected from client's prepayment or paid sums and after performance, according to circumstance, it will result in fair equivalent remuneration or specified payment. Dissolution of the advertising contract including a subsidiary obligation performance will entitle the obligor to remuneration and for those obligations in favour of third parties, depending on the existence or non-existence of the object of property; it causes the transfer of the object or exchange of the property to the obligor, respectively. Dissolution of the advertising contract containing the obligation to omission makes the obligor entitled to remuneration, provided that the conditions for fulfillment are met. This research is done through descriptive-analytical method based on library method and examining the existing texts and resources.

Keywords:

Causes of Termination, Advertisement Contracts, Revocation, Automatic Cancellation, Instagram

چالش‌های مدیریت شهری در وصول حقوق مالی ملی و محلی در پرتو اصول حکمرانی مطلوب

(مقاله علمی-پژوهشی)

فاطمه سلطانی*

مهدی شعبان نیا منصور**

علی دشتی***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۱۱

چکیده

با گسترش روزافزون شهرها و افزایش صلاحیت مدیران شهری و عدم هم‌خوانی صلاحیت‌ها و وظایف با اختیارات مالی آنها، مدیران شهری با یکسری چالش‌ها در وصول حقوق مالی و توزیع عادلانه این حقوق در حوزه ملی و محلی روبه‌رو شده‌اند. مدیران شهری برای تأمین هزینه‌های اجرایی و پروژه‌های شهری خود مجبور به فروش تراکم و استفاده از منابع مالی ناپایدارند تا هزینه‌ها و بدهی‌های حاصل از پروژه‌های شهری را تأمین و جبران نمایند. در همین راستا سیستم مدیریت شهری به لحاظ وظایف عملی خود موظف به برنامه‌ریزی توسعه و عمران شهری و اجرای برنامه‌ها، طرح‌ها و پروژه‌های مربوطه است. این سیستم با شناخت چالش‌های مالی و شهری می‌تواند به ارائه راهکار مناسب بپردازد؛ به همین منظور به بررسی این چالش‌ها و موانع پرداختیم تا راهکاری مناسب در جهت تأمین منابع و نحوه وصول حقوق مالی محلی با توجه به تجارب موفق سایر کشورها در این حوزه ارائه دهیم. براساس تجارب بسیاری از کشورها تمرکززدایی مالی می‌تواند باعث رشد اقتصادی سریع و کاهش فقر شهری و منجر به ایجاد شفافیت، برابری و توزیع عادلانه مالی و طراحی مالی مناسب در حوزه محلی شود. مدیران شهری در ایران با استفاده از این تجارب می‌توانند منابع مالی را با ترجیحات محلی سازگار کنند و کارایی و عملکرد رقابتی را در بخش عمومی ارتقا دهند.

کلید واژگان:

مدیریت شهری، مدیریت مالی شهری، عوارض ملی، عوارض محلی، حکمرانی مطلوب.

* دانشجوی دکتری، گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
f.soltanii86@gmail.com

** استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، تهران، ایران
mehdi.shabannia@yahoo.com

*** استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، تهران، ایران
ali.dashti@iauctb.ac.ir



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

نظام مدیریت شهری در سال‌های اخیر با تغییرات زیادی روبه‌رو بوده است؛ به طوری که این نظام در این سال‌ها سعی کرده است حرکت تدریجی از مدیریت متمرکز دولتی به سمت مدیریت غیرمتمرکز و مشارکتی داشته باشد. این روند از زمانی آغاز شد که علاقه به شهرها در سراسر جهان افزایش یافت و از پی عدم تمرکز مالی و جهانی شهرها صورت گرفت؛ در پی گسترش روند شهرنشینی و افزایش نرخ جمعیت شهری دولت‌های مرکزی که تصور می‌شد به‌تنهایی قادر به سیاست‌گذاری و اجرا هستند با مشکلات و چالش‌هایی همچون پاسخگویی و افزایش روزافزون مطالبات از سوی شهروندان مواجه شد که تمامی این عوامل به تغییر رویکرد مدیریتی در شهرها انجامید و از پی این چالش‌ها نظریه‌های نوین مدیریت شهری و حکمرانی مطلوب شهری مطرح شد. جهانی شدن موجب شد تا نحوه مدیریت شهرها در صحنه بین‌المللی مهم جلوه کند و حکمرانی مطلوب شهری و مدل مدیریت شهرها به امری رقابتی تبدیل شوند و مدیران شهری در این ساختار رقابتی نه تنها باید به خدمات و زیرساخت‌های لازم برای جذب کسب و کار را فراهم آورند، بلکه باید مالیات‌های نسبتاً پایینی مقرر کنند تا کسب و کارها حفظ شوند؛ به طوری که در موقعیت رقابتی آنها تأثیر منفی نداشته باشد. در تمامی کشورهای پیشرفته یکی از عوامل مهم این است که شهرها دارای موقعیت و ساختار قوی مالی باشند؛ زیرا ساختارهای مالی برکمیت و کیفیت خدمات تأثیر می‌گذارد و منجر به کارایی و ارائه خدمات بهتر می‌شود.^۱ هدف حکمرانی در رویکرد جدید خود توسعه مدیریت شهری و حکمرانی شهری مناسب به منظور بهبود رفاه ملی و ایجاد الگوی حکمرانی مطلوب به منظور مقابله با فقر شهری و ترویج اقتصادی است. در همین راستا توجه به نیازهای مالی شهرداری‌ها برای ارائه خدمات بهتر به شهروندان امری ضروری به نظر می‌رسد. در سال‌های اخیر مدیریت شهری در ایران به طور فزاینده‌ای با چالش‌های فراوانی روبه‌رو می‌باشد که ناشی از عوامل گوناگون فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی است. در این بین توجه به نیازهای مالی شهرداری‌ها برای ارائه خدمت به

۱. مشکینی، ابوالفضل، رضا شعبان زاده نمینی و مرضیه خیرخواه، راهنمای تأمین منابع مالی شهرداری‌ها، چ ۱، نشر هبیتات، ۱۳۹۶، ص ۱۴۵.

آنها در حال تغییر و گسترش است و شناسایی و نحوه وصول درآمدهای پایدار امری ضروری به نظر می‌رسد. شاید با ارزیابی و سنجش مهم‌ترین چالش‌های درآمدی و برنامه‌ریزی اصولی و مطالعه و تحلیل و تبیین شاخص‌های حکمرانی مطلوب و ارتباط معنادار آن با متغیرهای جذب و رضایت‌مندی شهروندان و رونق گرفتن درآمدهای پایدار شهرداری‌ها بتوان به افزایش احترام بین دولت‌های محلی و شهروندان و افزایش هم‌افزایی ملی و محلی رسید و با ارائه راهکارهای مناسب بتوانیم با تنگناها و معضلات مدیریت شهری مقابله کرد و به شاخص‌های حکمرانی مطلوب دست یافت. هدف از انجام پژوهش، دستیابی به الگو پایدار منابع مالی برای تأمین هزینه‌های جاری و عمرانی شهر، کنترل و کاهش و حذف تدریجی منابع درآمدی ناپایدار و ناسالم در راستای مدیریت مطلوب شهری که موجب پایدارسازی زیرساخت‌های توسعه شهری و حکمرانی مطلوب می‌شود. الگوی حکمرانی مطلوب با ویژگی پاسخگویی، شفافیت و حق اظهارنظر سبب شگل‌گیری مدیریت شهری کارآمد و شفاف خواهد شد و با افزایش انعطاف‌پذیری و فعال کردن نهادهای محلی و عمومی توان پاسخگویی به نیازهای اقتصادی و اجتماعی شهروندان افزایش پیدا خواهد کرد. ایجاد بسترسازی و تسهیل تأمین مالی شهرداری‌ها با تمرکززدایی مالی که مبتنی بر انتقال و تفویض قدرت در جهت کسب درآمد، با تعریف طرح‌های درآمدزا در راستای توسعه و گسترش خدمات شهری و با تخصیص اعتبارات به‌طور یکسان و کاهش نقاط ضعف، مدیریت شهری مطلوب محقق می‌شود. مطالعه و تبیین شاخص‌های حکمرانی مطلوب و ارتباط معنادار آن با متغیرهای مدیریت شهری و رونق گرفتن درآمدهای پایدار شهرداری‌ها با هدف افزایش احترام بین دولت محلی و شهروندان و هم‌افزایی ملی و محلی انجام می‌شود. این تحقیق با روشی تحلیلی- تجویزی و با استفاده از مطالعه کتابخانه‌ای- تطبیقی به دنبال پاسخ به این پرسش بود که چالش‌های مدیریت شهری در وصول حقوق مالی ملی محلی در پرتو اصول حکمرانی مطلوب چیست؟ در همین راستا با بررسی گزارش‌های منتشره از سوی مرکز مطالعات و برنامه‌ریزی شهر تهران بین سال‌های ۱۳۹۶-۱۴۰۰ می‌خواهیم به بررسی و تبیین این چالش‌ها بپردازیم.

الگوی حکمرانی مطلوب شهری یک فرایند مشارکتی - توسعه‌ای است که باعث می‌شود همه ذی‌نفعان شهری شامل حکومت، بخش خصوصی، شهروندان و حکومت محلی در فراهم آوردن ابزارها و هم در حل معضلات شهری دخیل باشند. هدف حکمرانی در رویکرد جدید خود

توسعه مدیریت شهری و حکمرانی شهری مناسب در راستای بهبود رفاه ملی و ایجاد الگوی حکمرانی مطلوب به منظور مقابله با فقر شهری و ترویج اقتصادی است. در بررسی ابعاد شش‌گانه حکمرانی مطلوب، کنترل فساد و کمیت قوانین و مقررات تأثیر معناداری بر رفاه ملی داشته است؛ به طوری که این دو متغیر توانسته باعث تأثیر ۹۰ درصدی در تغییرات رفاه ملی شود.^۱ شهرداری‌ها به عنوان یک نهاد عمومی که مسئولیت اداره و مدیریت امور شهری را برعهده دارند، برای ارائه خدمات بهتر در قبال نیاز شهروندان در زمینه شهری نیازمند منابع مالی پایدار و مستمر می‌باشند تا بتوانند وظایف و صلاحیت‌های خود را در محدوده شهری به درستی سامان دهند و به ویژگی‌های حکمرانی مطلوب نزدیک شوند. در این راستا بودجه شهرداری‌ها به دو صورت تأمین می‌گردد: ۱- از طریق دریافت عوارض محلی که حدود ۸۰ درصد بودجه شهرداری را به خود اختصاص می‌دهند که در ماده ۲۹ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها انواع عوارض محلی و نحوه دریافت این نوع عوارض احصا شده است؛ ۲- عوارض ملی که حدود ۲۰ درصد منابع مالی شهرداری‌ها را به خود اختصاص می‌دهد که از طریق کمک‌های دولتی به شهرداری‌ها تأمین می‌شود که سهم شهرداری‌ها از مالیات بر ارزش افزوده از دی ماه ۱۴۰۰ از ۳ درصد به ۴ درصد رسیده است^۲ و در مواد ۳۷-۳۹ قانون مالیات بر ارزش افزوده نحوه اختصاص این بودجه و توزیع این درآمد در بین شهرداری‌های کل کشور احصا شده است. با گسترش روزافزون شهرها و افزایش صلاحیت‌های شهرداری‌ها و عدم هم‌خوانی صلاحیت‌ها و وظایف شهرداری‌ها با اختیارات مالی آنها، شهرداری‌ها با یک‌سری چالش‌ها در انجام وظایف و وصول حقوق مالی و توزیع عادلانه این حقوق مالی در بین شهرداری‌ها در حوزه ملی و محلی روبه‌رو شده‌اند. این درحالی است که شهرداری‌ها برای تأمین هزینه‌های اجرایی و پروژه‌های شهری خود مجبور به فروش تراکم و استفاده از منابع مالی ناپایدار شده‌اند تا هزینه‌ها و بدهی‌های حاصل از پروژه‌های شهری را تأمین و جبران کنند؛ از جمله این منابع ناپایدار می‌توان به جرایم ماده ۱۰۰ به عنوان منبع درآمدی اشاره کرد که شهرداری‌ها برای تأمین کسری بودجه خود استفاده می‌کنند؛

۱. کریم پور، سید عیسی، صمد عابدینی و عزیز خانی اقباله، «مطالعه نقش کیفیت حکمرانی خوب در رفاه عمومی (مطالعه موردی: کشورهای عضو سازمان همکاری‌های اسلامی و سازمان همکاری اقتصادی و توسعه)»، مطالعات جامعه‌شناسی، سال ۱۳، شماره ۵۱، تابستان ۱۴۰۰، ص ۲۷.

۲. رضوی، میر حیدر، مدیر کل امور مالیاتی استان زنجان، خبرگزاری ایسنا، ۱۴ بهمن ۱۴۰۰، کد خبر ۱۴۰۰۱۱۱۴۱۰۷۵۹.

درحالی‌که این ماده به منظور جلوگیری و پیشگیری از تخلف مصوب شده است نه تأمین کسری بودجه شهرداری‌ها. از دیگر چالش‌ها و ضعف‌های شهرداری‌ها در حوزه وصول عوارض ملی می‌توان به ماده ۵۰ مالیات بر ارزش افزوده اشاره کرد که شورای شهر حق وضع و مصوب نمودن عوارض در حوزه‌ای را که دولت عوارض دریافت می‌کند، ندارد^۱ و در صورت وضع مصوبه توسط شورای شهر، مصوبه توسط دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد. در اینجا مشاهده می‌شود که عملاً شهرداری‌ها حق کسب درآمد به‌طور مستقل را ندارند؛ به‌عنوان مثال می‌توان به اخذ عوارض گمرکی اشاره کرد که توسط دولت اخذ می‌شود و براساس تشخیص دولت درصدی اندک به حساب شهرداری‌ها واریز می‌گردد. براساس مواد ۳۷-۳۹ مالیات بر ارزش افزوده تمامی درآمد حاصل از وصول و توزیع عوارض ملی به حساب تمرکز وجوه وزارت کشور واریز می‌شود و وزارت کشور این وجوه را در بین شهرداری‌ها بر اساس شاخص جمعیت تقسیم می‌کند که عبارت‌اند از کلان‌شهرها ۱۲ درصد، سایر شهرها ۵۳ درصد و دهیاری‌ها ۳۵ درصد^۲ که این امر نشان‌دهنده این امر است که شهرداری‌ها دارای شخصیت حقوقی مستقل و استقلال مالی به معنای واقعی نبوده و دولت که به‌عنوان مقام ناظر بر عملکرد شهرداری‌ها عملاً دخالت زیادی بر حوزه وصول و توزیع درآمدهای مالی شهرداری‌ها را داراست و اجازه نمی‌دهد که شورای شهر یک‌سری از منابع مالی را تصویب کند و بین امور ملی و محلی تفکیکی قائل نمی‌باشد. نداشتن الگوی مناسب نظام مالی در شهرداری‌ها از جمله چالش مهم دیگری است که شهرداری‌ها با آن روبه‌رو هستند و شهرداری‌ها با ارائه یک الگوی مناسب به بحث قانون مدیریت شهری و ساختار نظام مالی شهرداری‌ها سامان بخشند. در کشور ما نظام وصول حقوق مالی ملی و محلی از حیث قوانین و مقررات و عملکرد دارای نقاط ضعف متعددی است که در این راستا نیازمند بررسی ساختاری در حوزه وصول و توزیع در سطح ملی و محلی است. با ارزیابی و سنجش مهم‌ترین چالش‌ها در حوزه وصول حقوق مالی ملی و محلی و با بررسی دیدگاه متخصصان این امر که گروهی از آنان معتقد به اصلاح کلی ساختار و اساس قوانین و قواعد مربوط در این حوزه بودند و از نظر آنان باید با افزایش کمک‌های مقطعی دولت و افزایش درآمدهای پایدار آمادگی‌های لازم را برای استقلال و خودکفایی شهرداری‌ها ایجاد کرد؛ به‌عنوان نمونه در انگلستان حدود ۴۰ درصد از منابع مالی

۱. ماده ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰.

۲. بند ب ماده ۳۹ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰.

حکومت‌های محلی از طریق اعانات دولتی تأمین می‌گردد^۱ تا شهرداری‌ها بتوانند توانایی لازم برای اداره امور شهری را کسب کنند که این امر منجر به کاهش خدمات عمومی شهری، افزایش سطح تولید در خدمات شهری، افزایش تقاضا برای کالاها و خدمات خصوصی و عمومی و کاهش نرخ عوارض شده است. در کشورهای در حال توسعه OECD نیز حدود ۶۰ درصد مخارج دولت‌های محلی توسط دولت مرکزی تأمین می‌شود. این نوع تأمین مالی برای کشورهای عضو OECD حدود یک سوم کل مخارج است. در این کشورها طی بیست سال، فاصله مالیات و مخارج دولت‌های محلی افزایش یافته است.^۲ گروهی دیگر معتقدند قواعد، قوانین و ساختار موجود کافی است و منابع به اندازه کافی وجود دارد و دولت در سال‌های اخیر با افزایش سهم شهرداری‌ها از مالیات بر ارزش افزوده توانسته کمک شایانی به تأمین بودجه شهرداری‌ها کند و این شهرداری‌ها هستند که باید از هزینه‌سازی دست بردارند و با مدیریت منابع موجود به اداره امور شهری بپردازند. با بررسی این دیدگاه‌ها و چالش‌ها و ارائه الگوی مناسب در حوزه مدیریت شهری و مطالعه و سنجش این موضوعات با شاخص‌های حکمرانی مطلوب و ارتباط معنادار آنها با متغیرهای جذب و رضایت‌مندی شهروندان نسبت به ارائه خدمات شهری می‌توان به افزایش احترام بین دولت محلی و شهروندان و افزایش هم‌افزایی ملی در حوزه محلی شد و با ارائه راهکارهای مناسب به حل تنگناها و معضلات مدیریت شهری پرداخت و به شاخص‌های حکمرانی مطلوب دست پیدا کرد.

۱. چارچوب نظری

۱.۱. مدیریت مالی شهری

توسعه شهرها نوعی اقتصاد جدید شهری را پدید آورده است. عموماً در اقتصاد شهری به عنوان یکی از شاخه‌های تخصصی علم اقتصاد، چگونگی تولید و توزیع کالاها و خدمات، نه تنها در داخل و محدوده یک شهر، بلکه بین شهرها و مناطق شهری مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد؛ همچنین در علم اقتصاد شهری سعی بر آن است که برای تبیین مسائل و مشکلات

۱. انجمن علمی اقتصادی شهری ایران، بانک اطلاعات مدیریت شهری کشور انگلستان، www.iuea.ir.

۲. یارمحمدیان، ناصر و احسان آقاچانی معمار، «بررسی انواع کمک‌های بودجه‌ای دولت به شهرداری‌ها (دولت محلی) در ایران»، برنامه‌ریزی و بودجه، شماره ۲، صص ۱۷۴-۱۷۵.

شهری از ابزارهای اقتصادی استفاده شود نه اینکه شهر را در مطالعات اقتصادی وارد کنند. هریک از افراد و ساکنان شهر به تنهایی قادر نیستند تمامی نیازهای زندگی شهری خویش را به صورت مستقل تأمین کنند یا هزینه تأمین انفرادی آن نیازها بسیار سنگین و از عهده افراد خارج است و مقرون به صرفه نیست. به علاوه مردم شهر به معابر عمومی، پارک‌ها و گردشگاه‌های عمومی، نظافت و زیبایی شهر و وسایل حمل و نقل عمومی و بسیاری از تسهیلات دیگر نیاز دارند که غیرممکن است بتوانند به طور مستقل آنها را تأمین کنند؛ زیرا زندگی ماشینی که در تمام زوایای حیات شهری نفوذ کرده است، اثری عمیق بر جای می‌گذارد و کمتر به مردم فرصت می‌دهد به این امور بپردازند.^۱ امروزه بسیاری از شهرداری‌ها به‌ویژه در شهرهای کشورهای در حال توسعه به شدت با کمبود منابع مالی و ضعف در مدیریت هزینه‌های شهری مواجه‌اند و به کمک‌های مالی برای تأمین هزینه‌های خدمات عمومی و توسعه شهری نیاز دارند. دلایل این امر را می‌توان ناشی از میراث باقیمانده از سیاست‌ها و برنامه‌ریزی ناکارآمد حکومت مرکزی، نبود ظرفیت‌های فنی محلی، تمرکز بر تعداد محدودی از خدمات عمومی، عدم استقلال مالی شهرداری‌ها و عدم تقبل سهم دولت مرکزی و شهروندان از هزینه‌های شهری متناسب با انتفاعشان از خدمات و امکانات شهری برشمرد. مع الوصف اخذ بهای خدمات شهری می‌تواند کارکردهای گوناگونی نظیر افزایش درآمد، پوشش هزینه‌ها، برآورده ساختن اهداف مالی، کنترل بی‌رویه از خدمات شهری، هدفمند کردن یارانه‌ها و تعقیب هدف عدالت توزیعی داشته باشد.^۲ شهرداری‌ها به عنوان مرجع اصلی مدیریت شهری و بازوی اجرایی برنامه‌ریزی و مدیریت شهری برای اجرای پروژه‌ها و طرح‌های خود نیازمند به منابع درآمدی هستند.^۳

در همین راستا مدیران شهری با تجزیه و تحلیل، برنامه‌ریزی، اجرا و کنترل فعالیت‌های مالی طرح‌ریزی شده به مدیریت مالی شهر پرداخته تا به اهداف سازمانی شهر دست پیدا کنند.^۴ بر این

۱. حسن‌زاده، رحیم، «بررسی و شناسایی راهکارهای دسترسی به منابع درآمدی پایدار شهرداری‌ها با تأکید بر سرمایه‌گذاری مشارکتی (مطالعه موردی: شهرداری سنندج)»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه کردستان، دانشکده هنر و معماری گروه شهرسازی، بهمن ۱۳۹۹، ص ۱۵.

۲. هادی زنور، بهروز، «مبانی نظری نظام درآمدی شهرداری‌ها»، فصلنامه اقتصاد شهر، شماره ۲، ۱۳۸۸، ص ۴.

۳. زنگنه شهرکی، سعید و علی حسینی، «مدیریت اقتصادی شهر با تأکید بر مالیات محلی و متغیرهای اصلی آن (مطالعه موردی شهر تهران)»، اقتصاد و مدیریت شهری، شماره ۲، ۱۳۹۲، ص ۸۷.

۴. نمازی، وحید، «تبیین سهم بهره‌وران طرح‌های توسعه شهری از تأمین منابع طرح جامع ۸۶ تهران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، پردیس هنرهای زیبا پژوهشکده فرهنگ و هنر دانشکده شهرسازی، ۱۳۹۴.

مبنا دو رکن اصلی مدیریت مالی شهر، شامل اهداف حکومت محلی (شهرداری) در ارائه خدمات و کالاهای عمومی و تشخیص میزان و نوع کالاها و خدمات عمومی ارائه شده به ساکنان شهر است؛ بنابراین مدیریت مالی شهر درواقع نوعی عمل بهینه‌یابی است که با تعیین اهدافی برای عرضه کالاها و خدمات شهری، به بحث درباره منابع درآمدی و چگونگی هزینه‌کرد آنها می‌پردازد.^۱ مدیریت مالی شهر نیز همانند بسیاری از فعالیت‌های محلی از مبانی و اصول اولیه‌ای برخوردار است که باید موردتوجه مدیران و متصدیان اجرایی شهری قرار گیرد. این اصول که در طراحی، اجرا و ارزیابی روش‌های مالی شهری مورد استفاده قرار می‌گیرند عبارت‌اند از: بهره‌وری اقتصادی؛ بهره‌وری در علم مدیریت معادل کارایی (انجام درست کارها) به‌علاوه اثربخشی (انجام دادن کارهای درست) است. اما بهره‌وری در علم اقتصاد زمانی به دست می‌آید که کارمزد استفاده (عوارض) به ازای هر واحد خدمت عرضه‌شده با هزینه اضافی آخرین واحد مصرف شده (هزینه نهایی) برابر باشد. عوارض یا کارمزد بیانگر آن است که مصرف‌کنندگان به پرداخت هزینه برای دریافت کالاها یا خدمات تمایل دارند و هزینه نهایی، قیمت منابع مصرف‌شده در تأمین خدمات را اندازه‌گیری می‌کند. برابری، مبتنی بر توانایی پرداخت افراد است و بر پرداخت مبلغ مشابه برای دریافت خدمات برای افراد دارای قدرت مالی مشابه (برابری افقی) و پرداخت متفاوت برای افراد با قدرت مالی متفاوت تأکید دارد (برابری عمودی). پاسخگویی، چگونگی مصرف عوارض و درآمدهای کسب‌شده باید برای مردم و پرداخت‌کنندگان شفاف و روشن باشد. کفایت و دوام، درآمدهای پیش‌بینی‌شده باید به اندازه کافی باشد و براساس قاعده منظمی برآورد شوند. بدین ترتیب زمانی که درآمدها قابل پیش‌بینی و پایدارند، شهرداری‌ها می‌توانند برنامه‌ریزی و بودجه‌ریزی خود را به‌درستی انجام دهند. استقلال، به معنای آن است که حکومت‌های محلی از جمله شهرداری‌ها دارای استقلال و انعطاف‌پذیری لازم برای تنظیم اولویت‌های کاری موردنظر خود هستند. بدین منظور لازم است تا وابستگی آنها به منابع درآمدی سطوح دیگر حکومت مرکزی کاهش یابد. در بیشتر کشورها، کمک‌های حکومت مرکزی سهم قابل‌توجهی در درآمد حکومت‌های محلی دارد و به کاهش شکاف میان درآمد و هزینه‌های شهرداری کمک شایانی می‌کند. شیوه‌های کمک حکومت مرکزی معمولاً به صورت سهم کردن شهرداری‌ها در

۱. عابدین در کوش، سعید، درآمدی بر اقتصاد شهری، چ ۳، نشر دانشگاهی، ۱۳۹۰.

مالیات‌های حکومت مرکزی، پرداخت یارانه، اعطای اعتبار کمک‌های مالی مستقیم به پروژه‌های شهری است.^۱ سهولت در اجرا و نظارت، زمان و منابع مالی تخصیص داده شده برای ارزیابی، جمع‌آوری و حساب‌رسی درآمدها باید تا حد ممکن کاهش یابد تا از اتلاف وقت و هزینه‌های اضافی جلوگیری شود.^۲

۱.۲. استقلال مالی واحدهای محلی

در عصر حاضر، عقیده عمومی بر این است که تمرکززدایی مالیاتی کارایی و پاسخگویی بخش عمومی را در ارائه خدمات عمومی افزایش می‌دهد؛ نتیجه‌ای که سبب توسعه روزافزون اقتصادی می‌شود و به کاهش تبعیض‌ها و تفاوت‌های مناطق مختلف یک کشور کمک شایانی می‌کند. امروزه کشورهای مختلف به منظور ایجاد نظام غیرمتمرکز مالیاتی، گستره مختلفی از اختیارات مالیاتی، از اعطای اختیار وصول قسمتی از سهم مالیاتی تا قدرت قانون‌گذاری مالیاتی برای تعیین پایه‌ها و نرخ‌های مالیاتی را به حکومت‌های محلی تفویض می‌کنند. به تبع این اختیارات سطح و شدت تمرکززدایی مالیاتی نیز از پایین‌ترین سطوح آن، یعنی صرف دریافت اعتبار دولتی یا تسهیم مالیاتی بین دولتی تا بالاترین سطوح آن، یعنی اعطای اختیار تعیین پایه و نرخ مالیاتی تشخیص و وصول آن، طراحی نظام اداری و حل و فصل اختلاف‌های مالیاتی توسط حکومت‌های محلی متغیر است. از دیدگاه حقوق عمومی تمرکززدایی مالیاتی، به افزایش مشارکت همگانی، ارائه بهتر خدمات عمومی منطبق با نیازها و اولویت‌های مردم محل استمرار خدمات عمومی برابری شهروندان و ارتقای کارایی و شفافیت منجر می‌شود. به منظور نیل به مزیت‌های ذکر شده، با توجه به نظام سیاسی و مشخصه‌های تاریخی فرهنگی و جغرافیایی هر کشور سازوکارهای مختلفی به کار گرفته می‌شود.^۳ استقلال مالی واحدهای محلی وقتی به کمال می‌رسد که واحد غیرمتمرکز از درآمد و منابع مالی کافی برخوردار باشد و بتواند به عملیات موردنظر بپردازد. واحدهای غیرمتمرکز که درآمد و عواید کافی ندارند یا فقط از کمک

۱. نمازی، وحید، منبع پیشین.

۲. حسن‌زاده، رحیم، منبع پیشین. صص ۱۸-۱۹.

۳. رستمی، ولی و مهدی بهرامی، «مبانی حقوق عمومی و سازوکارهای تمرکززدایی مالیاتی در دولت-کشورهای غیرمتمرکز»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۹، ص ۱۷.

مالی دولت استفاده می‌کنند، از استقلال و آزادی عمل لازم برخوردار نیستند. لذا میزان استقلال حکومت‌های محلی تا حد زیادی بستگی به کمک‌های مالی حکومت مرکزی دارد. به‌طوری که سازمان‌هایی که قدرت مالی کافی ندارند و متکی به کمک‌های مالی حکومت مرکزی می‌باشند، به تدریج استقلال خود را از دست می‌دهند و به صورت یکی از نمایندگی‌های حکومت مرکزی درخواهند آمد؛ بنابراین وجود شخصیت حقوقی و به تبع آن استقلال مالی موجب می‌شود که واحدهای محلی بتوانند مدیریت بر درآمدها، حفظ و اداره اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهر یا روستا مانند ساختمان‌ها، اماکن همگانی، خرید ساختمان‌های مورد نیاز، مدیریت، حفظ و واگذاری زمین‌های متعلق به شهر و روستا را انجام دهند.^۱

۱.۳. حکمرانی مطلوب

حکمرانی مطلوب واژه‌ای چالش‌برانگیز و پیچیده است. حکمرانی درخصوص تعامل میان دولت‌ها و سایر نهادها و سازمان‌های اجتماعی و همچنین چگونگی ارتباط آنها با شهروندان و سیاست‌گذاری درخصوص اتخاذ تصمیم صحبت می‌کند. به همین دلیل حکمرانی فرایندی است که به موجب آن جوامع یا سازمان‌ها می‌توانند تصمیم‌های مهمشان را بگیرند و معلوم کنند که چه کسانی در فرایند مربوط شرکت کنند. در فرهنگ آکسفورد، حکمرانی این گونه معنا شده است: فعالیت یا ابزار اعمال قدرت. حکمرانی، مفهومی وسیع‌تر از حکومت دارد و اذعان به این موضوع است که قدرت در درون و بیرون از اختیارات و نهادهای رسمی حکومت وجود دارد.^۲ حکمرانی به‌طور سنتی به مثابه فرایندی تعریف شده است که نظام سیاسی قادر است از طریق آن، به ارزش‌هایی مثل پاسخگویی، مشارکت، گشودگی (شفافیت) و احترام به نقش قانون و بنابراین، فرایند بوروکراتیک مورد نظر دست یابد.^۳ صفت مطلوبیت متصل به حکمرانی که نشان‌دهنده توجه به

۱. ناصحی، میثم، علی فقیه حبیبی و کیوان صداقتی، «تاملی بر استقلال واحدهای محلی از منظر آرای هیات عمومی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۹، زمستان ۱۴۰۰، ص ۴۸.

۲. حبیبی، مسعود، «بررسی نهادی حکمرانی شهری در شهر تهران با تأکید بر نظارت همگانی»، رساله دکتری، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۵.

۳. قهرمانی افشار، یاسر، مهدی شعبان‌نیا و منصور علی دشتی، «حکمرانی الکترونیک خوب و نظریه دولت باز: رویکرد حقوقی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۱۵، تابستان ۱۴۰۲، ص ۲۷۰.

کیفیت ارائه خدمات است، اتحادیه اروپا، حکمرانی خوب را مدیریت شفاف و پاسخگویی منافع در یک کشور با هدف تضمین نمودن توسعه اقتصادی و اجتماعی پایدار و عادلانه تعریف کرده است. بانک جهانی طی گزارشی که در سال ۱۹۹۲ با نام (حکمرانی و توسعه) ارائه کرد، حکمرانی خوب را به عنوان روشی که به مدیریت منابع اقتصادی و اجتماعی کشورها در راستای توسعه اختصاص داده می‌شود، تعریف کرده است.^۱

از دیدگاه بانک توسعه آسیا چهار اصل حکمروایی خوب بیان شده است که شامل: پاسخگویی، شفافیت، قابل پیش‌بینی بودن و مشارکت است. در بررسی‌های دیگر مشخص می‌شود، حکمرانی خوب مشخصاتی دارد که شامل برابری شهروندان، مشارکت شهروندان، شفافیت و پاسخگویی نگاه راهبردی و شراکت عمومی و خصوصی است.^۲ سازمان ملل نیز در چارچوب فعالیت‌های خود به منظور استقرار حکمروایی شهری در شهرهای جهان و در قالب برنامه ابتکار عمل حکمروایی شهری در بیانیه‌ای که می‌توان آن را منشور حکمروایی شهری نامید، اصول نه‌گانه زیر را به عنوان معیارها و ویژگی‌های حکمروایی خوب بر شمرده است:^۳

- مشارکت^۴
- قانون‌مندی^۵
- شفافیت^۶
- پذیرا بودن و پاسخ‌ده بود^۷
- جهت‌گیری توافقی^۸

۱. اسماعیلی، میترا، منوچهر توسلی نائینی و علی رادان جبلی، «نظام حقوقی حاکم بر پیمانهای دولتی در ایران در پرتو اصول حکمرانی مطلوب»، پژوهش‌های نوین حقوق/داری، شماره ۷، تابستان ۱۴۰۰، ص ۴۵.

۲. مرتضوی، مهدی، مدیریت محلی و حکمرانی شهری با نگاهی به ساختار مدیریت شهری ژاپن، کره جنوبی، ترکیه و فرانسه، چ ۱، مرکز مطالعات و برنامه ریزی شهر تهران، ۱۳۹۲، ص ۸۲.

۳. خسروی، سعید، حمید احمدی و گارینه کشیشیان سیرکی، «واکاوی شاخص‌های مؤثر بر حکمرانی خوب شهری در شهر زاهدان»، جامعه‌شناسی سیاسی/ایران، سال سوم، شماره ۱ (پیاپی ۹)، بهار ۱۳۹۹، صص ۲۵۰-۲۵۱.

4. Participation
5. Rule of Law
6. Transparency
7. Responsiveness
8. Consensus Orientation

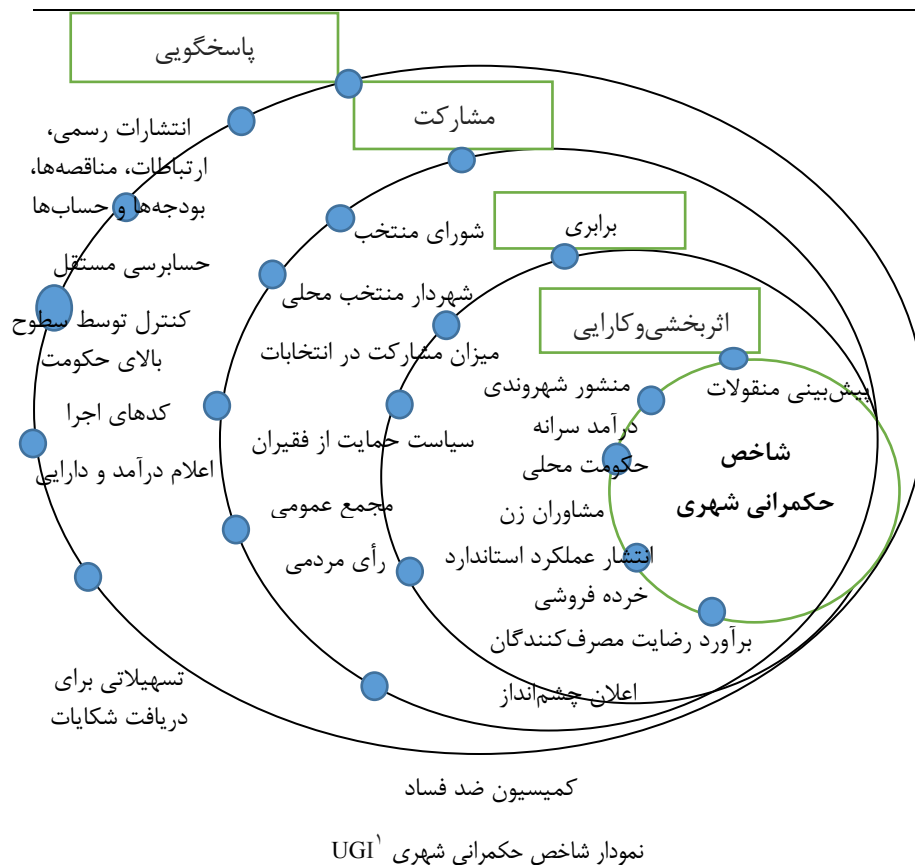
- عدالت^۱
- اثربخشی و کارایی^۲
- مسئولیت و پاسخگویی^۳
- بینش راهبردی^۴

با توجه به شاخص‌هایی که به آن اشاره شد، باید گفت که حکمروایی خوب شهری یک نقطه ایدئال است که تحقق آن بسیار دشوار به نظر می‌رسد و تاکنون تعداد اندکی از جوامع به معیارهای آن نزدیک شده‌اند.^۵ اما با تحقق حکمرانی خوب، این نوع حکمرانی می‌تواند در طولانی‌مدت اثرات مثبت و سازنده‌ای را بر کیفیت حکمروایی یک کشور داشته باشد و اهمیت این موضوع تا حدی است که مردم‌سالاری و توسعه اقتصادی از اهدافی است که باید به وجهی پایدار تبدیل شوند و این امر بدون تحقق حکمروایی خوب امکان‌پذیر نمی‌باشد.^۶

-
1. Equity
 2. Efficiency & Effectiveness
 3. Accountability
 4. Strategic Vision

۵. محمدی آلمانی، پیمان، مهدی شعبان نیا منصور، «نقش و جایگاه شهردار در حکمرانی خوب شهری (مطالعه موردی در کلان شهر تهران)»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۶۵، زمستان ۱۳۹۸، ص ۲۰۸.

۶. احمد اصفهانی، مسیح اله، «چالش‌های شهرسازی در ایران»، پژوهش‌های علوم جغرافیایی، معماری و شهرسازی، دوره ۴، شماره ۳۵، ۱۴۰۰.



۲. روش‌های وصول حقوق مالی محلی

۲.۱. روش کسب درآمد و وصول حقوق محلی براساس تجارب جهانی

در سیستم شهرداری‌های سراسر جهان مهم‌ترین مسئله تأمین منابع کافی برای ارائه خدمات شهر است. مدیران شهری سعی می‌کنند با تهیه طرح‌ها و برنامه‌های جدید و کارآمد، روند افزایشی برای تأمین منابع خود ایجاد کنند. در نظام‌های نامتمرکز حکومت‌های محلی با سه شیوه سعی در تأمین منابع خود دارند: شیوه نخست، هر سطح از حکومت جداگانه مالیات وضع و دریافت می‌کند. به‌عنوان مثال در برزیل، مطابق قانون اساسی، درآمد مالیاتی ناشی از واردات،

۱. میکایلی نمینی سارا، «آسیب‌شناسی مدل اداره امور شهر در ایران با تأکید بر شهر تهران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد برنامه‌ریزی رفاه اجتماعی، دانشگاه علامه طباطبائی دانشکده علوم اجتماعی، شهریور ۱۳۹۲، ص ۲۲.

صادرات، درآمد، تولید صنعتی، عملیات اعتباری، معادلات ارزی، بیمه، انتقال اوراق قرضه، همچنین مالیات اراضی روستایی و مستغلات بزرگ سهم حکومت مرکزی و درآمدهای مالیات بر ارث، اتومبیل و خدمات متعلق به حکومت ایالتی (استانی) و عوارض مستغلات و املاک شهری، انتقال خانه و زمین، مالیات بر سوخت و برخی از خدمات دیگر سهم شهرداری‌هاست. این روش مالیات‌گیری را تسهیم به نسبت درآمد مالیاتی می‌گویند که با روش خزانه‌داری مکمل انجام می‌شود. شیوه دوم، در این روش حکومت‌های ایالتی یا محلی از مالیات سطح ملی مالیات می‌گیرند یا به زبان دیگر، عوارضی بر مالیات‌های وضع شده توسط دولت مرکزی می‌افزایند و به خود اختصاص می‌دهند. مثلاً در برزیل دولت ایالتی بر مالیات‌های حکومت مرکزی عوارض می‌بندد یا در ونزوئلا استانداران حق دارند تا درصد معینی بر مالیات وضع شده توسط حکومت مرکزی بیفزایند و در منطقه خود خرج کنند. در کشورهای غیرفدرال هم پیش‌بینی‌هایی برای عوارض شهرداری‌ها یا عوارض مناطق خود مختار شده است. این نوع مالیات‌گیری را «مالیات مشترک» می‌نامند و آن را با روش خزانه‌داری مضاعف گردآوری می‌کنند. شیوه سوم، شالوده اصلی این روش سهمی شدن شهرداری در درآمدهای مالیاتی ملی است؛ یعنی دریافت سهمی از درآمدهای مالیاتی دولت مرکزی بر مبنای محل اخذ مالیات. مثلاً در برزیل ۵۰ درصد دریافت‌های حکومت ملی از بابت مالیات اراضی روستایی داخل مرزهای هر شهرستان، ۵۰ درصد دریافت‌های حکومت ملی از بابت مالیات بر وسایل نقلیه موتوری که در آن شهرستان شماره شده‌اند و ۲۵ درصد دریافت‌های دولت از مالیات انتقال دارایی‌ها، حمل و نقل و مخابرات بین استان‌ها و شهرستان‌ها به فرمانداری‌ها تعلق می‌گیرد. در اینجا خزانه‌داری متمرکز است، اما بخشی از آن به خزانه معین برمی‌گردد.^۱

البته باید به این امر نیز اشاره کرد که حکومت‌های محلی در تمامی کشورها با استفاده از شش منبع استاندارد می‌توانند کسب درآمد کنند؛ منبع اولیه درآمدهای حکومت‌های محلی می‌تواند از طریق کمک‌های مستقیم یا انتقالی جبرانی دولت مرکزی باشد که البته این نوع درآمد

۱. عباس زاده و همکاران، **آشنایی با حوزه فعالیت مالی شهرداری‌ها**، مرکز مطالعات و خدمات اجتماعی شهری و روستایی پژوهشکده علوم انسانی و اجتماعی، جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۵، صص ۸-۹.

بسیار ناچیز و کم است و براساس فرایند تمرکززدایی مالی نیز کاهش نقش دولت مرکزی است؛ این منبع کمک شایانی در تمرکززدایی خواهد داشت. این نوع درآمد حکومت محلی و منطقه‌ای را قادر خواهد ساخت تا از حداقل امکانات مالی خود استفاده کند و به همان میزان به خود متکی شود. سومین منبع پرداخت‌های مردمی است که تاکنون درصد کوچکی از درآمدهای محلی یا استانی را به خود اختصاص داده است. منبع چهارم وام‌هایی است که واحدهای حکومتی پایین‌تر از حکومت ملی از سایر مؤسسات داخلی یا خارجی دریافت می‌کنند. در کشورهای صنعتی (مثلاً کشورهای بازار مشترک اروپا) می‌توانند به میل خود از مؤسسات داخلی و خارجی وام بگیرند و به اعتبارات عمران شهری دسترسی دارند و به کار خرید و فروش اوراق قرضه و سهام و غیره بپردازند. اما معمولاً در کشورهای درحال توسعه ندرتاً برای واحدهای محلی حکومتی چنین اختیاراتی پیش‌بینی شده است. در بیشتر کشورهای درحال توسعه حکومت مرکزی منبع، شرایط و میزان وام را تعیین می‌کند. البته شرکت‌های دولتی آزادی عمل بیشتری دارند، اما در بسیاری از کشورهای درحال توسعه محدود کردن اعتبارات و وام، بخشی از برنامه‌های تثبیت مالی دولت است. منبع پنجم، مشارکت پولی است برای حکومت‌های محلی در پاره‌ای از کشورهای درحال توسعه و فقیر که هنوز منابع نقدی کمیاب است و خودکفایی و مبادلات غیرپولی برقرار است و بخش سنتی و غیررسمی اهمیت قابل‌توجهی دارد. این منبع مالی که عمدتاً به صورت کار مجانی بروز می‌کند می‌تواند اثربخش باشد. این مسئله در کشورهای آفریقایی سابقه دارد و در مناطق روستایی بسیاری از کشورهای درحال توسعه تحت عنوان‌هایی مثل «خودیاری» عمل می‌کند. ششمین منبع انتقال منابع مالی میان حکومت محلی یا منطقه‌ای است که یکی از روش‌های مهم ایجاد برابری و توازن میان مناطق است. هدف از این راهکارها انتقال منابع از غنی‌ترین مناطق به فقیرترین آنها است تا حداقلی از خدمات عمومی در همه مناطق موجود باشد. مثلاً صندوق مشترک میان فرمانداری‌ها در شیلی امکان انتقالات وسیعی را فراهم می‌کند تا درآمد شهرستان‌ها یا دهستان‌ها غنی به شهرستان‌ها یا دهستان‌ها فقیر جریان یابد، یا سازمان همیاری شهرداری‌ها در ایران نقش مهمی در حمایت از شهرداری‌ها فقیر دارد. شرکت‌های عمران مناطق نیز که سال‌های اخیر ظهور کرده‌اند، می‌توانند نظامی برای انتقال منابع بین استان‌های یک منطقه به وجود آورند. در

حال حاضر چهار شیوه شناخته شده در اقتصاد شهری برای تأمین خدمات عمومی وجود دارد: فروش مستقیم خدمات، اخذ مالیات محلی، استفاده از کمک‌های دولتی و استقراض شهرداری‌ها. شهرداری‌ها در ایران کامل‌ترین سازمان محلی محسوب می‌شوند. در بریتانیا نیز نحوه تأمین منابع مالی پرداخت هزینه خدماتی که شهرداری انجام می‌دهد، عمدتاً بر عهده مردم شهر و مخصوصاً کسانی است که در حوزه شهر، دارای مالکیت زمین، ساختمان، کار و کسب یا منفعتی باشند. لذا اگر دولت از محل درآمدهای عمومی و عمرانی سهمی به شهرداری‌ها پرداخت کند، این وجوه جنبه فرعی و استثنایی دارد و قسمت عمده درآمد شهرداری‌ها باید از ساکنان شهر به صورت عوارض و یا بهای خدمات تأمین گردد. وجوهی که دولت و شهرداری‌ها برای تأمین هزینه‌ها دریافت می‌کنند، تحت عنوان مالیات و عوارض وصول است.^۱ بخش بزرگی از بودجه واحدهای محلی در بریتانیا، از طریق روشی معروف به فرمول بارنت تأمین می‌شود. این فرمول، سازوکاری است که وزارت خزانه‌داری بریتانیا برای تنظیم خودکار میزان منابع مالی تخصیص یافته به ایرلند شمالی، اسکاتلند و ولز به کار می‌برد تا تغییرات در سطوح منابع تخصیص یافته به خدمات عمومی در انگلستان یا در برخی موارد، انگلستان و ولز که وزارتخانه‌های بریتانیا در آنجا فعالیت می‌کنند، مشخص شود. بررسی‌ها نشان می‌دهد که فرمول بارنت یک روش تخصیص بودجه منحصر به فرد در دنیای توسعه یافته است و هیچ دولتی جز بریتانیا از چنین شیوهایی برای تخصیص بودجه به دولت‌های محلی استفاده نمی‌کند. روش رایج، همان روش نیازسنجی است که براساس آن، تخصیص سطوح منابع به هر واحد محلی بر مبنای سنجش و ارزیابی نیازها صورت می‌گیرد، نه براساس تغییرات هزینه‌ای در جایی (ایالت، دولت و منطقه) دیگر. استفاده از فرمول بارنت در بریتانیا موجب وابستگی شدید دولت‌های محلی به منابع و کمک‌های مالی تخصیص یافته از سوی دولت مرکزی شده است. با این حال، ویژگی اصلی نظام تأمین مالی در بریتانیا همین جا مشخص می‌شود؛ چون واحدهای محلی با وجود این وابستگی، همچنان در قیاس با بسیاری از دولت‌های توسعه یافته از نظر مالی، درجه

۱. عسگری ده آبادی، امیر و عرفان شمس، «برداشت بریتانیایی از تمرکززدایی»، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق/اداری، سال چهارم، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، ص ۱۰۷.

بالایی از خودگردانی را دارند. این امر به ویژه در اسکاتلند نمود بیشتری دارد؛ چون اسکاتلند در وضع و جمع‌آوری مالیات‌های گوناگون برای خود اختیارات گسترده دارد که روزه‌روز بر میزان آن افزوده می‌شود و این امر، دست دولت و مجلس اسکاتلند را برای اعمال سیاست‌های محلی خود باز می‌گذارد.^۱

۲.۲. روش‌ها، اقدامات و چالش‌ها در وصول حقوق مالی شهرداری تهران ۱۳۹۶-۱۴۰۰

با افزایش جمعیت شهری، علاوه بر توجه به امور اجتماعی، فرهنگی و عمرانی، بحث اقتصاد شهری بیش از پیش مورد توجه قرار می‌گیرد؛ چراکه مدیران شهری باید در راستای حصول درآمد بیشتر به سمت منابع درآمدی پایدار حرکت کند و این امر منجر به فعال شدن نقش مدیران شهری و پاسخگویی مطلوب‌تر این نهادها خواهد شد؛ البته مدیران شهری برای کسب درآمدهای پایدار با یک‌سری چالش‌ها در حوزه محلی روبه‌رو خواهند شد، از جمله چالش‌های عمده در بخش محلی عبارت‌اند از: افزایش پیوسته هزینه‌های مدیریت شهری، پایان‌پذیر بودن فروش اموال و دارایی‌های شهر و صدور پروانه‌های ساخت‌وساز؛ مدیران شهری را در برابر ضرورت توسعه سرمایه‌گذاری و مراجعه به بازارهای مالی قرار داده است. این امر همچنین موجب انضباط مالی و شفافیت ناشی از الزام رعایت ضوابط قانونی بازارهای مالی از سوی شهرداری‌ها شده است؛ از دیگر چالش‌هایی که مدیران شهری و شهرداری تهران با آن روبه‌رو بوده‌اند (سال ۱۳۹۶-۱۴۰۰) به این شرح ذیل است:^۲

- افزایش بدهی‌ها ناشی از سود و جرائم بانکی و جهش نرخ ارز؛
- پرداخت مطالبات پیمانکاران؛
- عدم همکاری دستگاه‌های دولتی، فقدان اسناد و اطلاعات کافی، دسته‌بندی شده و رسمی از مطالبات از دولت، دستگاه‌های دولتی و ارگان‌های نظامی؛
- سهم اندک درآمدهای پایدار در منابع درآمدی؛
- عدم اجرای به موقع پروژه ممیزی به عنوان یکی از مکانیزم‌های کسب منابع درآمدی؛

۱. همان منبع، صص ۱۰۸-۱۰۹.

۲. پاورپونت «مسائل اساسی و دستاوردها در بخش مالی و اقتصادی شهری»، با توجه به گزارش معاونت مالی و اقتصادی شهری ۱۴۰۰، دفتر برنامه‌ریزی و هماهنگی اقتصادی شهرداری تهران.

- موانع موجود در بخش سرمایه‌گذاری، عدم سرمایه‌گذاری خارجی، عدم وجود سازوکار تسهیل‌گری در فرایند سرمایه‌گذاری، فقدان مکانیزمی جهت پوشش ریسک‌ها، وجود تحریم‌ها، شرایط پاندمی کرونا و ...؛
- پاندمی کرونا ویروس، افزایش هزینه‌ها و کاهش منابع درآمدی شهرداری (عدم‌النفع)؛
- ابهام در بهره‌برداری از املاک و منابع غیرنقد؛
- شکاف منفی میان آرا علیه و له شهرداری در محاکم قضایی؛
- ضرورت کارآمدسازی، شفافیت و استفاده از ظرفیت‌های دیجیتال و فناوری‌های ارتباطات و اطلاعات (IT و ICT)؛
- ضرورت دسترسی به بازار سرمایه و مدیریت بهینه دارایی؛
- کاهش وابستگی صندوق بازنشستگی به بودجه‌های نهادهای عمومی و کفایت مزایا برای دریافت‌کنندگان مستمری؛
- خلأ ساختار اقتصادی در معاونت مالی و اقتصاد شهری، اقدامات و راهکارهای شهرداری تهران درخصوص حل این چالش‌ها به این شرح ذیل است: استفاده از ظرفیت قانونی ماده ۳۱ سند برنامه پنج‌ساله سوم توسعه شهر تهران درخصوص تأمین مالی شهرداری با کمترین هزینه و مخاطرات قابل‌تحمل با استفاده از اسناد خزانه، برات کارت، تهاتر بدهی‌ها با دولت و انتشار اوراق مشارکت از سال ۱۳۹۷ تا ۱۴۰۰ به مبلغ ۳۵۰۰ میلیارد تومان که مقدار ۱۷۵۰ میلیارد تومان در تعهد دولت است و در سال ۱۴۰۰ مبلغ ۲۳۰۰ میلیارد تومان آماده‌سازی شده است.

جدول میزان بدهی شهرداری به تفکیک (میلیارد تومان)^۱

عنوان	منتهی به شهریور ۱۳۹۶	منتهی به سال ۱۳۹۹
اوراق مشارکت	۹۴۷	۲۴۶۵
پیمانکاران مناطق	۵۹۲۰	۷۵۴۴
پیمانکاران سازمان‌ها و شرکت‌ها	۲۳۴۲	۴۴۰۸
تسهیلات	۱۹۴۰۸	۵۰۶۸۳
سایر	۵۳۰۰	۱۳۰۰
مجموع	۳۳۹۱۷	۶۶۴۰۰

۱. همان منبع، ص ۱۲.

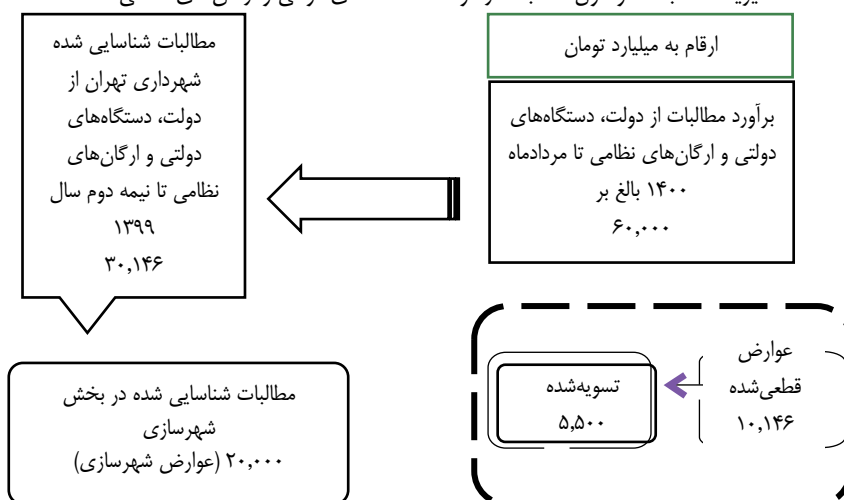
جدول میزان بدهی‌ها و بازپرداخت آنها در دوره پنجم مدیریت شهری - میلیارد تومان^۱

تسهیلات دریافت شده		تسهیلات بازپرداخت شده	
وام (تسهیلات)		۴۰۲۸	بازپرداخت وام‌ها
اوراق مشارکت (از ۳۵۰۰ میلیارد تومان اوراق مشارکت دریافتی)		۱۷۵۰	
جمع		۵۷۵۸	جمع

با عنایت به موارد مذکور مشاهده می‌شود که ۴۰۰۰ میلیارد تومان، از بدهی‌های ادوار گذشته تسویه شده است.

استفاده از ظرفیت قانونی مواد برنامه پنج‌ساله سوم توسعه شهر تهران، تبصره ۴ بودجه سال ۱۳۹۸ و مصوبه شورای اسلامی شهر تهران (یکصد و نود و هشتمین جلسه علنی) درخصوص لایحه صدور مجوز برات کارت تا سقف ۲۰ هزار میلیارد ریال، حل معضل تجمعات اعتراضی پیمانکاران و پرداخت مطالبات معوق آنها (۵۸۰ فقره برات کارت به مبلغ ۱۵۰۰ میلیارد تومان). بهره‌گیری از ظرفیت قانونی بند «و» تبصره «۵» قانون بودجه کل کشور در صورت وقوع طلب قطعی نهادهای عمومی غیردولتی از دولت (دولت، دستگاه‌های دولتی و ارگان‌های نظامی)، این مطالبات قابلیت تهاتر از طریق اسناد خزانه را خواهند داشت. برآورد ۶۰ هزار میلیارد تومان، شناسایی ۳۰ هزار میلیارد تومان از مطالبات دولت و وصول (تسویه) ۵۵۰۰ میلیارد تومان از مطالبات قطعی شده.

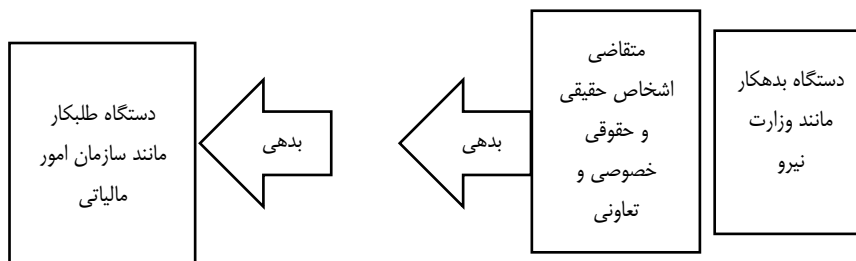
مدیریت مطالبات - وصول مطالبات از دولت، دستگاه‌های دولتی و ارگان‌های نظامی^۲



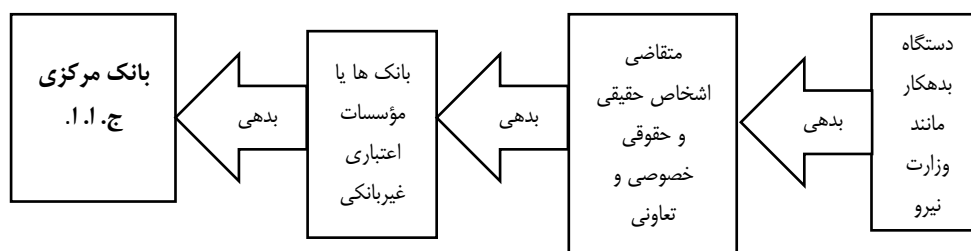
۱. همان منبع، ص ۱۳.

۲. همان منبع، ص ۱۸.

جدول تهاتر بدهی‌ها از طریق اسناد تسویه خزانه نوع اول^۱



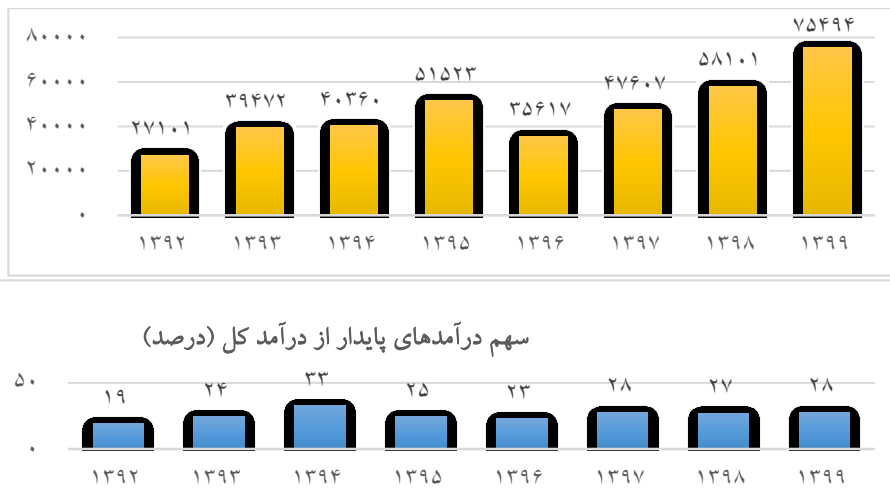
جدول تهاتر بدهی‌ها از طریق اسناد تسویه خزانه نوع دوم و تبدیل بدهی اولیه به بدهی دولت به بانک مرکزی^۲



استفاده از ظرفیت قانونی ماده ۲۴ سند برنامه پنج‌ساله سوم توسعه شهر تهران درخصوص افزایش سهم درآمدهای پایدار به میزان ۴۵ درصد از درآمد کل با استفاده از عناوین درآمدی مهم و تاثیرگذار عوارض نوسازی، عوارض سالیانه خودرو، عوارض پروانه کسب و پیشه و عوارض پسماند، میانگین رشد سالانه سهم درآمدهای پایدار از درآمد کل در ۱۳۹۹ نسبت به سال ۱۳۹۶ حدود ۲۸ درصد.

۱. بخشنامه به تمام دستگاه‌های اجرایی (وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی) موضوع: اجرای بند «و» تبصره (۵) ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۹۹ کل کشور به منظور تسویه و تهاتر بدهی‌های دولت به اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی با بدهی اشخاص یادشده به دولت یا بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی، سازمان برنامه و بودجه کل کشور ۱۳۹۹/۷/۱۵، ص ۱.

۲. همان منبع.



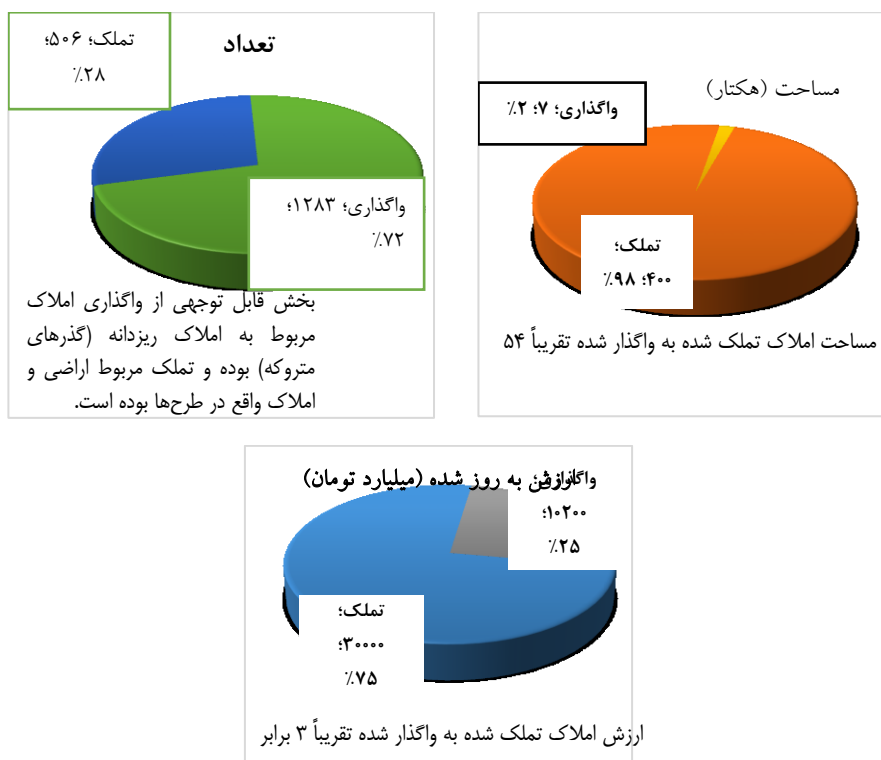
سهم درآمدهای پایدار از کل درآمدهای شهرداری تهران در سال ۱۳۹۶ نسبت به ۱۳۹۲ رشد ۱۷ درصدی داشته است.
 سهم درآمدهای پایدار از کل درآمدهای شهرداری تهران در سال ۱۳۹۹ نسبت به ۱۳۹۶ رشد ۲۱ درصدی داشته است.

نمودار درآمدهای پایدار^۱

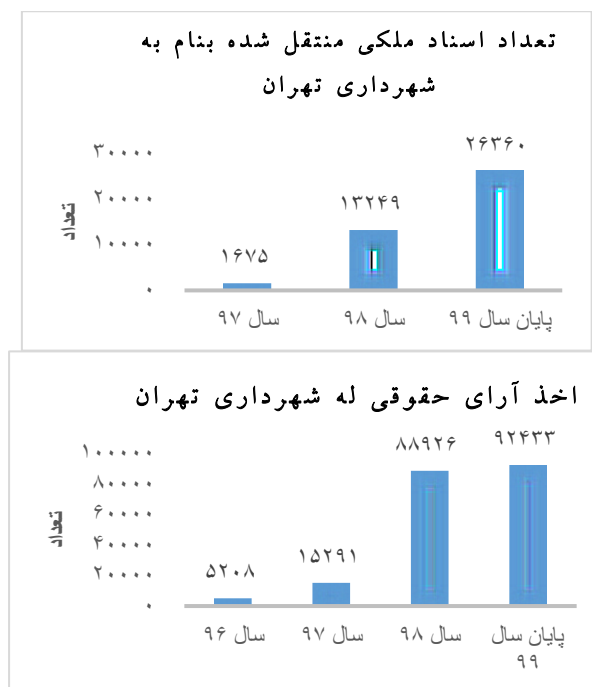
اصلاح و تکمیل بانک اطلاعات، شناسایی واحدهای غیرمسکونی دارای تخلف و بدون پروانه ساختمانی، شناسایی تخلفات ساختمانی، شناسایی واحدهای خالی از سکنه، شناسایی معابر بی‌نام، انجام ممیزی واحدهای راسته‌های تجاری و اداری به تعداد ۲۶,۰۰۰ فرم و تأیید نهایی ۴,۰۰۰ فرم از واحدهای ممیزی شده تدقیق ۷۰ درصد بلوک‌های مربوط به سطح شهر تهران و انجام اصلاحات لازم بر روی نقشه‌ها و اعمال نرخ‌های آخرین دفترچه ارزش معاملاتی در سامانه. تدوین و تصویب سند جامع سرمایه‌گذاری و ابلاغ دستورالعمل اجرایی، توجه به چالش‌های بخش سرمایه‌گذاری و رفع موانع با رعایت اسناد بالادستی، تشکیل شورای راهبری سرمایه‌گذاری و مشارکت، امکان استفاده از ابزار تسهیل‌گر مشارکت در چرخه پیدایش فرصت سرمایه‌گذاری تا عقد قرارداد، اقدامات لازم برای تشکیل صندوق ضمانت سرمایه‌گذاری به همراه نیازهای قانونی و ساختاری به منظور پوشش ریسک‌ها، تسهیل تشریفات عقد قرارداد با سرمایه‌گذاران صاحب ایده. تدوین، تصویب و اجرای لوایح اول و دوم بسته محرک اقتصادی در شرایط کرونا و ویروس، تعریف مشوق‌های مالی در قالب لوایح مذکور و ایجاد رونق نسبی در بخش مباحث درآمدی

۱. همان منبع، ص ۲۱.

شهرداری، با توجه به ابلاغ بسته محرک در پانزدهم اردیبهشت ماه ۱۳۹۹ و اجرایی شدن آن از خرداد ماه، دو آیتم حوزه شهرداری (به‌ویژه تثبیت) و اسناد برگشتی بیش از سایر آیتم‌های درآمدی تحت‌تأثیر آن قرار گرفتند. در مجموع اثر درآمدی بسته محرک از تاریخ اجرا تا پایان سال ۱۳۹۹، حدود مبلغ ۱۰۰۰ میلیارد تومان برآورد شده است. سامان‌دهی واگذاری حق بهره‌برداری املاک، اراضی و اموال غیرمنقول شهرداری تهران به اشخاص حقیقی، حقوقی و مؤسسات عمومی غیردولتی؛ معاضدت و جلوگیری از تضییع حقوق شهرداری در پروژه هزار و یک شهر (تنظیم و امضای دو فقره الحاقیه به قرارداد اصلی که در هر دو الحاقیه سهم شهرداری تهران از کل پروژه افزایش یافت)، انتقال اسناد مالکیت به نام شهرداری تهران در سال ۱۳۹۹ (اخذ ۳۸۶ فقره سند مالکیت به متراژ ۲۵۰ هکتار) آزادسازی اراضی (۱۶۵ هکتار اراضی شهری آزاد شده است)، رشد ۱۸ برابری اخذ آرا له شهرداری تهران در سال ۱۳۹۹ نسبت به سال ۱۳۹۶ برسد.



نمودارهای عملکرد تملك و واگذاری املاک و مستغلات از نیمه دوم سال ۱۳۹۶ تا پایان ۱۳۹۹^۱

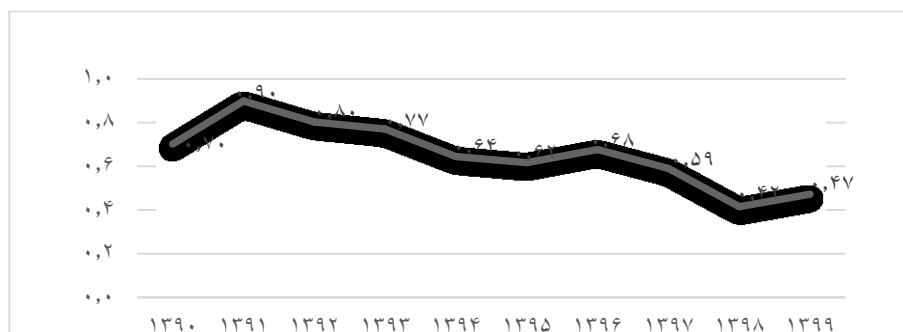


نمودار اخذ آرای حقوقی له شهرداری تهران، نمودار تعداد اسناد ملکی منتقل شده^۱

یکپارچگی اطلاعات و اجرای فرایندها در شهرداری، دسترسی آنلاین و به موقع به اطلاعات معاملات شهرداری، دسترسی یکسان به اطلاعات معاملات شهرداری برای همه متقاضیان شرکت در معاملات و افزایش سرعت انجام معاملات، دسترسی یکسان ذی‌نفعان به اطلاعات، کاهش هزینه‌ها، درآمدزایی و کاهش فساد و رانت، نقل و انتقال املاک قابل انتقال به شرکت، تعیین و تکلیف مطالبات شهروند از شهرداری تهران و واحدهای تابعه، تعیین و تکلیف تسهیلات بانکی شهروند مربوط به شهرداری تهران، انتقال اسناد مالکیت دفتر مرکزی شرکت شهروند، ابلاغ قرارداد اجاره یازده طبقه از فروشگاه‌های در اختیار به صورت اجاره و... شرکت خدمات کالای شهروند در آستانه برگزاری جلسه پذیرش، ارزش‌گذاری سهام، درج نماد و عرضه اولیه سهام قرار دارد. کاهش وابستگی صندوق بازنشستگی به بودجه شهرداری برای پرداخت مستمری ماهانه و کاهش وابستگی از ۹۱ درصد به ۴۷ درصد، افزایش دریافتی مستمری‌بگیران متناسب با

۱. همان منبع، ص ۳۴.

حقوق و دستمزد شاغلین، ارتقای میانگین دریافتی ماهانهٔ بازنشستگان شهرداری تهران به حدود ۹ میلیون و ۳۰۰ هزار تومان در خرداد ۱۴۰۰. استفاده از ظرفیت قانونی تبصرهٔ ذیل مادهٔ ۱۱۲ قانون استخدام کشوری مصوب ۳۱/۰۳/۱۳۴۵ و از محل ادغام ادارات کل حسابرسی و امور مجامع و سازمان‌ها، تأسیس «دفتر برنامه‌ریزی و هماهنگی امور اقتصادی» با هدف تقویت بخش اقتصادی در ساختار معاونت مالی و اقتصاد شهری.



نمودار نسبت پوشش دهی کمک شهرداری درخصوص پرداخت حقوق و مزایای بازنشستگان تحت پوشش^۱

۱. همان منبع، ص ۴۳.

نتیجه‌گیری

امروزه به دلیل اجرای سیاست‌های عدم تمرکز در ایران و جهان، روابط مالی دولت مرکزی با سطوح پایین‌تر دولت اهمیت فراوانی یافته است. نظام درآمدی شهرداری‌های کشور به تدریج و طی زمان طولانی از طریق اصلاحات موردی و مقطعی قوانین تاکنون نتوانسته بنیانی استوار نظری و سازگاری لازم با اهداف و نیازهای مالی نوین شهرداری را به دست آورد و شهرداری‌ها همچنان در معرض بحران‌های مالی مزمن قرار گرفته‌اند. نکته حائز اهمیت که وجود دارد ضرورت ارائه خدمات مابه‌ازای دریافت عوارض است. حال به شکل هم‌زمان یا مسبوق بر دریافت عوارض و یا در فواصل زمانی بعد از اخذ عوارض که جملگی این موارد حاکی از این است که مجوز اخذ عوارض با ضابطه ارائه خدمات صرفاً در این فرض ممکن است؛ ابتدا اینکه متقابلاً و یا هم‌زمان ارائه خدماتی صورت بگیرد و دوم اینکه در صورت عدم تقارن زمانی، امکان و نیاز به ارائه خدمات متصور باشد؛ یعنی نسبت به موضوعی که اخذ عوارض صورت می‌گیرد، ارائه خدمات متقابل و به شکل مستقیم با همان موضوع و محل، توسط شهرداری‌ها متصور باشد. عوارض مصوب‌شده از سوی شوراهای محلی با توجه به تکالیف عدیده شهرداری‌ها در مدیریت امور شهری اخذ می‌گردد و با حقوق اقتصادی و اجتماعی عامه شهروندان در ارتباط است و به‌عنوان مهم‌ترین منبع درآمدی شهرداری‌ها محسوب می‌شود.^۱ مطالعات جهانی گویای آن است که عملکرد مؤثر دولت محلی نه به واسطه اندازه آن، بلکه از طریق طراحی آن تعیین می‌شود و نمی‌توان در توضیح مسئولیت‌های بین دولت مرکز و دولت‌های محلی یک شیوه بهینه و قطعی را تعریف و توصیف کرد. به عبارت دیگر، دولت‌های محلی می‌توانند کوچک باشند و فقط مسئولیت‌های اصلی محلی را بر عهده گیرند یا می‌توانند بسته به نقش آنها در ارائه خدمات بزرگ باشند، برنامه‌های اجتماعی می‌توانند از تصمیم‌گیری‌های محلی منتج شوند. اما این برنامه‌ها معمولاً شامل سرریزها و اثرات بازتوزیعی هستند که درگیر شدن دولت مرکزی را اجتناب‌ناپذیر می‌کنند. در نتیجه مسئولیت خدمات شهری و رفاهی اغلب بین سازمان‌های محلی و سطوح بالاتر دولت تقسیم شده‌اند و تقسیم وظایف به برنامه‌ریزی و بودجه‌ریزی مشارکتی در

۱. رستمی، ولی، سید محمد مهدی غمامی و امیرحسین اصل زعیم، «رهیافتی بر مفهوم و ماهیت عوارض مصوب شوراهای محلی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹، پاییز ۱۴۰۱، صص ۱۸-۱۹.

چهارچوب هزینه‌ای میان مدت تصویب شده است. علاوه بر این ابعاد سیاسی مسئله بسیار قوی است. توسعه احزاب سیاسی کثرت‌گرا، تقویت قانون‌گذاران و نظارت و کنترل بر اعمال مأموران دولتی ترغیب گروه‌های ذی‌نفع مؤثر جامعه مدنی در سطح محلی از آن جمله است. تجربه جهانی گویای آن است که قائل شدن به یک نقش قدرتمند برای دولت‌های محلی در زمینه توسعه اقتصاد محلی می‌تواند به ارائه خدمات نوین کمک کند. در کشور چین سهم بالای دولت‌های محلی در تأمین هزینه‌های عمومی به ترغیب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی بهبود کارایی در تخصیص منابع عمومی و رشد اقتصاد سریع و کاهش فقر منجر شده است؛ در این میان افزایش قدرت اقتصادی و سیاسی در زمینه جمع‌آوری مالیات و عوارض توسعه بنگاه‌های خصوصی و اصلاح بنگاه‌های دولتی را تسریع کرده است و باعث شفافیت، برابری و توزیع عادلانه مالی و طراحی نظام مالی مناسب در حوزه محلی شده است. در چند سال اخیر در ایران نیز شهرداری‌ها به توسعه اقتصادی محلی جلب شده‌اند، اما عدم توجه به نیاز به ارتباط تصمیمات هزینه‌ای و مالیاتی برای اطمینان از ایجاد تعادل میان مطالبات بخش عمومی و خصوصی در اقتصاد چندان مورد تأکید قرار نگرفته و اثرات توزیعی سیاست‌های مالی دولت‌های محلی نادیده گرفته شد. در همین راستا به ارائه پیشنهادها و راهکارهایی در جهت حل این چالش‌ها خواهیم پرداخت: در زمینه انجام برنامه عمران شهری در بودجه دولت توسط شهرداری‌ها، به نظر می‌رسد اگر کمک بلاعوض دولت برای عمران شهری و روستایی در هر استان توسط شورای برنامه‌ریزی استان میان شهرستان‌ها و در هر شهرستان توسط شورای شهرستان توزیع شود و آنگاه این کمک‌ها مستقیماً در اختیار شهرداری‌ها و دهیاری‌ها قرار گیرد تا صرف امور عمرانی گردد، وضعیت تخصیص منابع بهبود یابد؛ چراکه در هر شهر و روستا اعضای شورای شهر و شهردار و دهیار بهتر از فرمانداری نسبت به اولویت نیازهای عمرانی آگاهی دارند. ضمناً شهرداری‌ها و دهیاری‌ها تحت نظارت شوراهای اسلامی شهر و ده و فارغ از بوروکراسی دولتی می‌توانند با کارایی بیشتری از منابع مالی استفاده نمایند.^۱

۱. هادی زنور، بهروز، شفق مهر آذین و محمد ستاری‌فر، **بازیابی مناسبات مالی دولت و شهرداری‌ها**، مرکز مطالعات برنامه‌ریزی شهر تهران، ج ۲، ۱۳۹۲، ص ۴۴۰.

در زمینه پرداخت‌های انتقالی دولت به شهرداری‌ها؛ پرداخت انتقالی دولت به شهرداری‌ها برای تأمین هزینه‌های سرمایه‌گذاری مترو و اتوبوسرانی پرداخت انتقالی دولت به شهرداری‌ها برای تأمین بخشی از هزینه‌های جاری مترو و اتوبوسرانی یارانه بلیط اتوبوس و مترو، پرداختی دولت به شهرداری‌ها برای جبران تخفیف عوارض تراکم و پروانه ساختمانی در بافت‌های فرسوده شهری پرداختی دولت به شهرداری‌ها بابت احداث و تعمیر مدارس آموزش و پرورش پرداخت دولت به شهرداری‌ها بابت احداث و اداره درمانگاه‌های مخصوص افراد بی‌بضاعت مراکز تنظیم خانواده و مراکز ترک اعتیاد پرداختی دولت به شهرداری‌های کلان‌شهرها بابت پلیس راهنمایی معادل تفاوت هزینه پلیس راهنمایی و درآمد حاصل از جرایم و صدور گواهی رانندگی و مالیات شماره‌گذاری و نقل و انتقال خودرو، پرداختی دولت به شهرداری‌ها بابت اعتبارات فصل عمران شهری بودجه استانی، پرداخت برابر ساز دولت به شهرداری‌های شهرهای کوچک به منظور جبران پایه مالیاتی ضعیف این شهرها.^۱ در زمینه توزیع درآمدهای نفتی میان استان‌ها به منظور تأمین مالی: طرح‌های عمرانی، بودجه عمرانی مربوط به طرح‌ها و پروژه‌های ملی از محل درآمدهای نفتی در بودجه عمومی، دولت تأمین مالی شود. تأمین مالی کسری بودجه جاری دولت، بازپرداخت اصل و فرع بدهی‌های دولت، توزیع باقیمانده درآمدهای نفتی بودجه عمومی میان استان‌ها به ترتیبی که مجموع درآمد سرانه، استان‌ها از محل مالیات‌ها و درآمدهای نفتی یکسان شود.^۲ در زمینه دارایی‌های تملک سرمایه‌ای عمرانی دولت: پالایش وظایف دولت در انجام پروژه‌های عمرانی بخشی از وظایف دولت در زیرساخت‌های اقتصادی، فیزیکی زیربنایی می‌تواند و باید در اختیار بخش غیردولتی بخش خصوصی و بازار قرار گیرد. آن دسته از پروژه‌هایی که انجام آنها در اختیار دولت است، باید براساس موازین فنی توانایی انجام، وظیفه حوزه عمل و ملاحظات جمعیتی و سرزمینی مورد سطح‌بندی قرار گیرد. پروژه‌های عمرانی با اثرگذاری در سطح ملی همچون سدها، نیروگاه‌ها... پروژه‌های عمرانی با اثرگذاری بین منطقه‌ای و چند استانی (فرااستانی) همانند راه‌آهن راه... پروژه‌های عمرانی با اثرگذاری در سطح استان، بیمارستان مراکز آموزشی و مطالعه پروژه‌های عمرانی در سطح مدیریت شهری، پروژه‌های

۱. همان منبع، ص ۴۵۳.

۲. همان منبع، ص ۴۵۱.

عمرانی در سطح مدیریت محلی و روستایی^۱ در زمینه فرایند وضع و وصول عوارض محلی: عوارض سیگار و انواع فراورده‌های نفتی به‌درستی در سطح ملی و به موجب قانون مالیات ارزش افزوده تعیین شده است. نرخ عوارض شماره‌گذاری، گذرنامه، صدور گواهینامه رانندگی، قراردادهای و عوارض نوشابه‌ها لازم است در سطح ملی و به‌صورت یکسان تعیین شود. اما توصیه می‌شود نرخ عوارض سالانه خودروها در کلان‌شهرها بیشتر از شهرهای بزرگ و در شهرهای بزرگ بیشتر از شهرهای متوسط و کوچک باشد. سقف هریک را وزارت کشور می‌تواند تعیین کند؛ اما شوراهای شهر باید اختیار داشته باشند نرخ موردنظر خود را در زیر سقف مذکور انتخاب کنند. عوارض صید و شکار باید به صورت محلی و توسط شوراهای اسلامی تعیین شود. با توجه به وصول مالیات بر ارزش افزوده در سطح دولت مرکزی و افزایش سهم شهرداری‌ها از آن تا پایان دوره برنامه پنجم به سطح ۳ واحد درصد وصول عوارض کالاها در سطح محلی موجه نیست. می‌توان با روزآمد کردن قیمت مستغلات شهری میزان وصولی از عوارض نوسازی را بهبود بخشید. این موضوع را تجربه چند سال اخیر شهرداری تهران به‌وضوح نشان می‌دهد. می‌توان با تهیه لایحه قانونی در زمینه عوارض برنامه‌ریزی شهری وضع عوارض محلی را که امروزه براساس مصوبات شوراهای اسلامی شهرها تحت عنوان عوارض تراکم تغییر کاربری و پذیره وضع و وصول می‌شود، سامان بخشید. شوراهای اسلامی شهر می‌توانند در مواردی که توسط قانون مالیات بر ارزش افزوده و آیین‌نامه اجرایی مواد ۷۱ و ۷۷ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی شهر و دهستان منع نشده، نسبت به وضع عوارض محلی اقدام کنند. در تعدادی از کلان‌شهرها، از جمله تهران، شوراهای اسلامی شهر در این راستا گام‌هایی برداشته‌اند.^۲ در زمینه طراحی پرداخت‌های انتقالی یا کمک‌های بلاعوض: کارایی اگر کمک اعطایی نسبت به تصمیمات دولت محلی درمورد تخصیص منابع به فعالیت‌های مختلف خنثی باشد، کارایی حاصل خواهد شد. استثنای این مسئله در مواردی است که کمک اعطایی انحراف در امور هزینه‌ای را تصحیح می‌کند. به طور مثال شهرداری‌ها انگیزه‌ای در ارائه سطحی از خدمات که منافع آن به ساکنان حوزه‌های فعالیت اداری دیگر می‌رسد، ندارند. یک کمک مالی می‌تواند در ایجاد انگیزه

۱. همان منبع، ص ۴۵۴.

۲. همان منبع، ص ۴۵۹.

برای افزایش هزینه‌ها به یک سطح بهینه مؤثر باشد. عدالت، برابری؛ برابری به این معنی است که همه شهرداری‌ها بتوانند سطح معقولی از خدمات را بدون توسل به نرخ‌های مالیاتی بسیار بالا فراهم کنند. برای دستیابی به این هدف پرداخت‌های انتقالی به شهرداری‌ها باید دقیقاً متناسب با نیازها و ظرفیت‌های مالی آنها باشد؛ به این ترتیب که هرچه نیاز مالی یک شهرداری بیشتر باشد، میزان پرداخت انتقالی به آن بیشتر و هرچه ظرفیت مالی یک شهرداری کمتر باشد، میزان کمک‌ها به آن شهرداری کمتر باشد. در اینجا منظور از ظرفیت مالی، ظرفیت افزایش درآمد از منابع خود شهرداری است. اهداف روشن و واضح اهداف کمک‌های مالی باید به وضوح و به دقت مشخص شوند. پاسخگویی دولت اعطاکننده کمک باید در قبال طراحی و عملکرد برنامه کمک مالی پاسخگو باشد. دولت محلی دریافت‌کننده کمک نیز باید در مورد نحوه و زمینه استفاده از وجوه در قبال شهروندان و دولت اهداکننده کمک پاسخگو باشد. شفافیت این اصل درواقع بسط یافته اصل پاسخگویی است. شفافیت زمانی افزایش می‌یابد که دولت محلی دریافت‌کننده کمک و شهروندان مالیات‌دهندگان به اطلاعات مربوط به فرمول اهدای کمک و تخصیص وجوه دسترسی داشته باشند. ثبات و قابلیت پیش‌بینی درآمدها باید پایدار و قابل پیش‌بینی باشند؛ به طوری که شهرداری‌ها بتوانند برای هزینه‌های آینده خود بودجه‌ریزی و برنامه‌ریزی کنند. کفایت درآمد دولت‌های شهری باید برای تسویه مسئولیت‌های هزینه‌ای درآمد کافی داشته باشند. استقلال رأی شهرداری‌ها برای تعیین ارجحیت‌های خود باید از استقلال و انعطاف‌پذیری برخوردار باشند و نباید توسط این کمک‌ها محدود شوند. واکنش‌پذیری فرمول اهدای کمک مالی باید به اندازه‌ای انعطاف‌پذیر باشد که به شهرداری‌ها اجازه دهد در برابر تغییرات شرایط اقتصادی واکنش نشان دهند. سادگی فرمول کمک مالی باید براساس عوامل عینی طراحی شوند که حکومت‌های محلی نظارت خود را بر آنها متمرکز کرده‌اند. در عین حال این فرمول باید ساده و فهم آن برای همه آسان باشد.^۱ در زمینه اصلاح کاستی‌های کمک‌های بلاعوض دولت به شهرداری‌ها؛ اگر پیشنهادها قبلی در مورد پرداخت‌های بلاعوض دولت مرکزی به استان‌ها پذیرفته شود، پرداخت‌های بلاعوض دولت مرکزی به شهرداری‌ها باید متوقف شود و این کمک‌ها اعم از کمک‌های مشخص و عمومی از طریق دولت استانی به شهرداری‌ها صورت گیرد. از آنجا که

۱. همان منبع، ص ۴۷۴.

شهرهای با جمعیت ۵۰ هزار نفر و کمتر فاقد تنوع فعالیت هستند و پایه‌های مالیاتی ضعیفی دارند. این شهرها باید مشمول کمک عمومی برابر ساز استان‌ها قرار گیرند. سهم جمعیت این شهرها در سرشماری سال ۱۳۸۵ از کل جمعیت نقاط شهری کشور ۱۹،۹ درصد بود. بنابراین لازم است ماده ۳۶ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت اصلاح شود. در توزیع کمک برابر ساز استانی ملاک باید تفاوت درآمد سرانه شهرداری‌های شهرهای زیر ۵۰ هزار نفر با درآمد سرانه شهرهای استان در سال قبل باشد. اگر کمک بلاعوض دولت برای عمران شهری و روستایی در هر استان توسط شورای برنامه‌ریزی استان میان شهرستان‌ها و در هر شهرستان توسط شورای شهرستان توزیع شود و آنگاه این کمک‌ها مستقیماً در اختیار شهرداری‌ها و دهیاری‌ها قرار گیرد تا صرف امور عمرانی نمایند. وضعیت تخصیص منابع بهبود می‌یابد. زیرا در هر شهر و روستا اعضای شورای شهر و شهردار و دهیار بهتر از فرمانداری نسبت به اولویت نیازهای عمرانی آگاهی دارند. ضمناً شهرداری‌ها و دهیاری‌ها تحت نظارت شوراهای اسلامی شهر و ده و فارغ از بوروکراسی دولتی می‌توانند با کارایی بیشتری از منابع مالی استفاده نمایند. نظارت مالی حکم می‌کند که گزارش عملکرد شهرداری‌ها و دهیاری‌ها از طریق فرمانداری‌ها جمع‌آوری شود و به اطلاع شورای استان برسد. ماده ۳۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت کمک استانی به ساخت و تعمیر مدارس توسط شهرداری‌ها بر اساس موافقت‌نامه‌ای خواهد بود که میان شهرداری‌های استان و معاونت برنامه‌ریزی استانداری‌ها به امضا می‌رسد. کمک استانی به ساخت و اداره درمانگاه‌ها مراکز تنظیم خانواده و مراکز ترک اعتیاد بر اساس موافقت‌نامه‌ای خواهد بود که میان شهرداری‌های استان و معاونت برنامه‌ریزی استانداری‌ها به امضا می‌رسد. کمک استانی به تأمین هزینه‌های مسکن استیجاری خانواده‌های فقیری که سرپرست آنها ۶۵ سال سن و بیشتر دارند، براساس موافقت‌نامه‌ای خواهد بود که میان شهرداری‌های استان و معاونت برنامه‌ریزی استانداری‌ها به امضا می‌رسد. هزینه‌های پلیس راهنمایی در کلان‌شهرها توسط شهرداری‌ها پرداخت خواهد شد، هزینه‌های پلیس راهنمایی استان توسط فرماندهی ناجا در استان پرداخت خواهد شد، بخشی از این هزینه‌ها از محل اخذ جرایم رانندگی، درآمد حاصل از صدور گواهینامه و مالیات شماره‌گذاری خودروها در استان تأمین خواهد شد و بقیه از طریق کمک دولت استانی به پلیس ناجا در تدوین چارچوب نظارت مالی دولت مرکزی بر نحوه خرج کردن

کمک‌های بلاعوض عمومی و مشخص توسط استان، شهرداری‌ها، سهم قابل توجهی از کمک‌های بلاعوض به شهرداری‌ها باید براساس میزان تلاش‌های آنها در افزایش منابع اعطا شود.^۱ در زمینه اجرای استقراض شهرداری‌ها از بازارهای مالی: یک لایحه جامع در زمینه مقررات ناظر بر استقراض شهرداری‌ها توسط وزارت کشور تهیه و برای تصویب به هیئت دولت و مجلس شورای اسلامی ارائه و قانون فوق پس از تصویب توسط شهرداری‌ها اجرا شود. سازمان شهرداری‌ها کمک‌های فنی و آموزشی مورد نیاز را در اختیار شهرداری‌ها قرار دهد. محدودیت استقراض برای ادارات مختلف شهرداری در هر استان می‌تواند با توصیه‌ها و پیشنهادهای شورای برنامه‌ریزی استان تنظیم شود. ادارات شهری باید برای استقراض بدون ضمانت‌های دولتی تشویق شوند. البته برای شهرداری‌های کوچک باید روش‌های تأمین مالی گروهی توسط دولت استانی برقرار شود. ظرفیت شهرداری‌ها برای اداره الزامات مالی و حقوقی استقراض مسئولانه باید ارتقا یابد.^۲

۱. همان منبع، ص ۴۷۷.

۲. همان منبع، ص ۴۹۹.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. عباس‌زاده و همکاران، **آشنایی با حوزه فعالیت مالی شهرداری‌ها**، مرکز مطالعات و خدمات اجتماعی شهری و روستایی پژوهشکده علوم انسانی و اجتماعی جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۵.
۲. عابدین در کوش، سعید، **درآمدی بر اقتصاد شهری**، چ ۳، نشر دانشگاهی، ۱۳۹۰.
۳. مرتضوی، مهدی، **مدیریت محلی و حکمرانی شهری با نگاهی به ساختار مدیریت شهری ژاپن، کره جنوبی، ترکیه و فرانسه**، مرکز مطالعات و برنامه‌ریزی شهر تهران، ۱۳۹۲.
۴. هادی زنور، بهروز، شفق مهر آذین و محمد ستاری‌فر، **بازیابی مناسبات مالی دولت و شهرداری‌ها**، ج ۲، مرکز مطالعات برنامه‌ریزی شهر تهران، ۱۳۹۲.
۵. مشکینی، ابوالفضل، رضا شعبان زاده نمینی و مرضیه خیرخواه، **راهنمای تأمین منابع مالی شهرداری‌ها**، چ ۱، نشر هبیتات، ۱۳۹۶.

مقاله

۶. احمد اصفهانی، مسیح اله، «چالش‌های شهرسازی در ایران»، *پژوهش‌های علوم جغرافیایی، معماری و شهرسازی*، دوره ۴، شماره ۳۵، ۱۴۰۰.
۷. اسماعیلی، میترا، منوچهر توسلی نائینی و علی رادان جبلی، «نظام حقوقی حاکم بر پیمانهای دولتی در ایران در پرتو اصول حکمرانی مطلوب»، *پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، شماره ۷، تابستان ۱۴۰۰، صص ۵۸-۳۹.
۸. خسروی، سعید، حمید احمدی و گارینه کشیشیان سیرکی، «واکاوی شاخص‌های مؤثر بر حکمرانی خوب شهری در شهر زاهدان»، *جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، سال سوم، شماره ۱ (پیاپی ۹)، بهار ۱۳۹۹، صص ۲۴۳-۲۷۵.

۹. رستمی، ولی، سید محمد مهدی غمامی و امیر حسین اصل زعیم، «رهیافتی بر مفهوم و ماهیت عوارض مصوب شوراهای محلی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹، پاییز ۱۴۰۱، صص ۱-۲۲.
۱۰. رستمی، ولی و مهدی بهرامی، «مبانی حقوق عمومی و سازوکارهای تمرکززدایی مالیاتی در دولت-کشورهای غیرمتمرکز»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۹، شماره ۱، ۱۳۹۸.
۱۱. زنگنه شهرکی، سعید و علی حسینی، «مدیریت اقتصادی شهر با تاکید بر مالیات محلی و متغیرهای اصلی آن (مطالعه موردی شهر تهران)»، *اقتصاد و مدیریت شهری*، شماره ۲، ۱۳۹۲، صص ۸۷-۱۰۶.
۱۲. عسگری ده‌آبادی، امیر و عرفان شمس، «برداشت بریتانیایی از تمرکززدایی»، *فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، سال چهارم، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، صص ۱۱۷-۱۴۲.
۱۳. قهرمانی افشار، یاسر، مهدی شعبان نیا و منصور علی دشتی، «حکمرانی الکترونیک خوب و نظریه دولت باز: رویکرد حقوقی»، *پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، شماره ۱۵، تابستان ۱۴۰۲، صص ۲۶۷-۲۹۶.
۱۴. کریم پور، سید عیسی، صمد عابدینی و عزیز خانی اقباله، «مطالعه نقش کیفیت حکمرانی خوب در رفاه عمومی (مطالعه موردی: کشورهای عضو سازمان همکاری‌های اسلامی و سازمان همکاری اقتصادی و توسعه)»، *مطالعات جامعه‌شناسی*، سال ۱۳، شماره ۵۱، تابستان ۱۴۰۰، صص ۲۷-۴۷.
۱۵. محمدی آلمانی، پیمان، مهدی شعبان نیا منصور، «نقش و جایگاه شهردار در حکمرانی خوب شهری (مطالعه موردی در کلان شهر تهران)»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، شماره ۶۵، زمستان ۱۳۹۸، صص ۱۹۹-۲۳۵.
۱۶. ناصری، میثم، علی فقیه حبیبی و کیوان صداقتی، «تاملی بر استقلال واحدهای محلی از منظر آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، *پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، شماره ۹، زمستان ۱۴۰۰، صص ۳۹-۶۴.
۱۷. هادی زنور، بهروز، «مبانی نظری نظام درآمدی شهرداری‌ها»، *فصلنامه اقتصاد شهر*، شماره ۲، ۱۳۸۸.

۱۸. یارمحمدیان، ناصر و احسان آقاجانی معمار، «بررسی انواع کمک‌های بودجه‌ای دولت به شهرداری‌ها (دولت محلی) در ایران»، برنامه‌ریزی و بودجه، شماره ۲، صص ۱۶۹-۱۹۶.

پایان‌نامه

۱۹. حبیبی، مسعود، «بررسی نهادی حکمرانی شهری در شهر تهران با تأکید بر نظارت همگانی»، رساله دکتری، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۵.

۲۰. حسن‌زاده، رحیم، «بررسی و شناسایی راهکارهای دسترسی به منابع درآمدی پایدار شهرداری‌ها با تأکید بر سرمایه‌گذاری مشارکتی (مطالعه موردی: شهرداری سنندج)»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده هنر و معماری، گروه شهرسازی رشته برنامه‌ریزی شهری دانشگاه کردستان، ۱۳۹۹.

۲۱. میکایلی نمینی، سارا، «آسیب‌شناسی مدل اداره امور شهر در ایران با تأکید بر شهر تهران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، دانشکده علوم اجتماعی برنامه‌ریزی رفاه اجتماعی، ۱۳۹۲.

۲۲. نمازی، وحید، «تبیین سهم بهره‌وران طرح‌های توسعه شهری از تأمین منابع طرح جامع ۸۶ تهران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران پردیس هنرهای زیبا پژوهشکده فرهنگ و هنر دانشکده شهرسازی، ۱۳۹۴.

اسناد

۲۳. قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰ مجلس شورای اسلامی.

۲۴. آیین‌نامه اجرایی جزءهایی از بند (ز) تبصره ۵ ماده واحده قانون بودجه سال ۱۴۰۰ کل کشور موضوع نحوه تسویه برخی از بدهی‌ها و مطالبات دولت از طریق صدور اسناد خزانه.

۲۵. بخشنامه به تمام دستگاه‌های اجرایی (وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی) موضوع: اجرای بند «و» تبصره (۵) ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۹۹ کل کشور به منظور تسویه و تهاتر بدهی‌های دولت به اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی با بدهی اشخاص یادشده به دولت یا بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی، سازمان برنامه و بودجه کل کشور ۱۳۹۹/۷/۱۵.

۲۶. پاورپوینت «مسائل اساسی و دستاوردها در بخش مالی و اقتصادی شهری»، با توجه به گزارش معاونت مالی و اقتصادی شهری ۱۴۰۰ دفتر برنامه‌ریزی و هماهنگی اقتصادی شهرداری تهران.

سایت

۲۷. انجمن علمی اقتصادی شهری ایران، بانک اطلاعات مدیریت شهری کشور انگلستان، www.iuea.ir.

۲۸. خبرگزاری ایسنا، ۱۴ بهمن ۱۴۰۰، کد خبر ۱۴۰۰۱۱۱۴۱۰۷۵۹، www.isna.ir.

Challenges of Urban Management in Collecting National and Local Financial Dues in Light of Good Governance Principles

Fatemeh SOLTANI (PhD student of Public Law, Islamic Azad University, Central Tehran Branch)

Mehdi SHABANNIA MANSOUR (Assistant Professor of Law, Islamic Azad University, Central Tehran Branch)

Ali DASHTI (Assistant Professor of Law, Islamic Azad University, Central Tehran Branch)

Abstract

With the ever-increasing expansion of cities and their managers' authority increases beside the existing inconsistency in their financial powers and duties, these authorities have faced challenges in collecting financial dues and its fair distribution in national and local level. Executive expenses funding and urban projects financing requirements have forced city managers to sell density and use unstable financial resources to cover costs and debts. Therefore the urban management system is supposed to plan for city development and its construction to implement programs, plans and projects. This system can provide appropriate solutions by recognizing financial and urban challenges. For this purpose, we addressed these challenges and obstacles to provide a suitable solution for supplying resources and collecting local financial dues regarding other countries successful experiences. Accordingly financial decentralization can cause rapid economic growth and urban poverty reduction which will lead to transparency, equality and fair financial distribution as well as appropriate financial planning in local area. By using these experiences, urban managers in Iran can adapt financial resources to local preferences and improve efficiency and competitive performance in public sector.

Keyword:

Urban Management, Urban Financial Management, National Charges, Local Charges, Good Governance

Contents:

Security-Oriented Approach of Iran's Criminal Policy towards Economic Crimes: Basis and Examples

Hossein Mirmohammad Sadeghi- Abdolhossein Soltani Renani 40

A Comparative Study on the Effect of "Intentional Breach" of Contract on the Possibility of Contract Termination (Reviewing Common Law, Civil Law and Iran's Law)

Ebrahim Abdipour Fard -Ruhollah Rezaei 70

Mechanisms for Establishing Convergence in Insolvency Proceeding of Enterprise Group

Jalil Ghanavati - Hossein Javar - Amirali Khodaei 93

Requirements of Digital Marketplaces' Agreements with Commercial Users from Inter-Platform Competition Law Perspective

Ebrahim Rahbari- Arian Masoudi Tafreshi 126

Legal Causes and Effects of Advertisement Contracts' Termination in Cyberspace

Esmat Golshani- Zeinabsadat Banitaba Jeshvaghani- Zahra Ganjipour 159

Challenges of Urban Management in Collecting National and Local Financial Dues in Light of Good Governance Principles

Fatemeh Soltani- Mehdi Shabannia Mansour- Ali Dashti 196

Economic and Commercial Law Research Quarterly

Scientific Quarterly of the Law Faculty
in Cooperation with

Iran Scientific Association of Economic Law

Published by: Shahid Beheshti University

Director in Charge & Editor in Chief: A. GHASEMI HAMED

Executive Director: E. SHAMS

Editorial Board

*Mehrab DARABPOUR, Mohammad Hasan SADEGHI MOGHADAM,
Ebrahim ABDIPOUR FARD, Abbas KARIMI, Hamid Reza
NIKBAKHT FINI, Saeed Reza ABADI, Iraj BABAEI, Mahmoud
BAGHERI, Mirghasem JAFARZADE, Mohammad ROSHAN,
Mohammad Hossein ZAREIE, Seyed Jamal SEYFI, Mir Hossein
ABEDIAN KALKHOR, Ali MOGHADAM ABRISHAMI*

N.4

2024