

دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی نشریه علمی

شاپا: ۴۱۷۷-۲۳۲۲

(شماره پیاپی: ۱۷)

بهار - تابستان ۱۳۹۹

شماره ۱۷ - سال بیست و هفتم - دوره جدید

- تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور؛ با تأکید بر ماهیت پول و تمایز کاهش ارزش پول، خسارت تأخیر تأدیه و خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها
عباس کریمی
محمد هادی جواهر کلام
۱
- تحلیل و ارزیابی تضمین اعتبار اختراع در قرارداد لیسانس
علی ساعت چی
۲۵
- امکان سنجی پذیرش تحلیل مشارکت در نقض علامت تجاری در حقوق ایران و آمریکا از منظر تحلیل اقتصادی
حامد نجفی
محمود صادقی
مرتضی شهبازی‌نیا
۴۵
- ماهیت مسئولیت بیمه گر و تأثیر آن در انتخاب روش استرداد و اصل قائم مقامی
حسن بادینی
جمشید یحیی پور
صابر علائی
اردلان حق پناه
۷۷
- مطالعه تطبیقی شرط تضمین مسئولیت در قراردادها
محسن ایزانلو
ابوالفضل شاهین
۱۰۳
- گردش سرمایه در حقوق بین‌الملل: ارزیابی تحریم سرمایه‌گذاری خارجی ایران
سید یاسر ضیایی
محمدرضا ملت
۱۴۳
- حفظ منافع اساسی کشور میزبان در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخصصات مسلحانه
ابوالقاسم شهبازیان
صادق سلیمی
۱۷۱
- حمایت از مد (آفرینش‌های پوششی-زیبایی) از رهگذر حقوق مالکیت صنعتی ایران و فرانسه
حسن رسولی
سید مصطفی محقق احمدآبادی (داماد)
حسن پاشازاده
۱۹۷
- ارتقای اثربخشی و کارآمدی نظام مقابله با تأمین مالی تروریسم با پذیرش راهبرد نظارت مبتنی بر ریسک در بخش نهادهای مالی
ناصر قاسمی
احمد علی ثالث مؤید
۲۱۷
- مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق
مرتضی شهبازی‌نیا
منصور عشق‌پور
ابراهیم تقی‌زاده
۲۴۱

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

این مجله در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود.

پایگاه استنادی علوم ایران (ISC)

پایگاه اطلاعات علمی جهاددانشگاهی (SID)

بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran)

سامانه نشریات علمی دانشگاه فردوسی مشهد (jm.um.ac.ir)

کلیه حقوق برای دانشگاه فردوسی مشهد محفوظ است.

درج مطلب در این نشریه لزوماً منعکس کننده نظر دانشگاه نیست. بدیهی است

مسئولیت صحت مطالب هر مقاله به عهده نویسنده است.

دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیر مسئول: دکتر حسین حسینی

سرمدیر: دکتر عبدالرضا جوان جعفری

هیئت تحریریه:

نام و نام خانوادگی	رشته تحصیلی	درجه علمی	محل خدمت
دکتر محمد حسن حائری	فقه و حقوق اسلامی	استاد	دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر ستار زرکلام	حقوق خصوصی	دانشیار	دانشکده حقوق دانشگاه شاهد
دکتر حسین صابری	فقه و مبانی حقوق اسلامی	استاد	دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر حسین غلامی	حقوق جزا و جرم شناسی	استاد	دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی
دکتر محمد رضا لطفعلی پور	اقتصاد بین الملل	استاد	دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر حسین میرمحمدصادقی	حقوق جزا و جرم شناسی	استاد	دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی	حقوق جزا و جرم شناسی	استاد	دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
دکتر محمود هوشمند	اقتصاد توسعه	استاد	دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه فردوسی مشهد

ویراستار فنی و ادبی: دکتر جواد میزبان

مدیر اجرایی: محمد کدخدایی

چاپ: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه فردوسی مشهد

نشانی: مشهد صندوق پستی ۱۳۵۷ کد پستی ۹۱۷۷۹۴۸۹۵۱

تلفن: ۸۸۰۶۳۰۷ - ۵۱۱

آدرس اینترنتی: <http://jm.um.ac.ir>

صفحه آرای: رحمان اسدی

شمارگان: ۲۰ نسخه

شماره پروانه: ۱۲۴/۱۰۳۵۲ - ۷۷/۱۰/۸

قیمت: ۳۰۰۰۰ ریال (برای دانشجویان ۱۰۰۰۰ ریال)

فاکس: ۸۸۲۹۵۸۴ - ۵۱۱

پست الکترونیکی: lawecon@um.ac.ir

(دریافت مقالات فقط به صورت الکترونیکی امکان پذیر است)

براساس نامه شماره ۳/۱۱/۱۴۹۶۴۴ مورخ ۹۰/۸/۷ کمیسیون نشریات علمی کشور،

مجله دانشنامه حقوق اقتصادی دارای درجه علمی - پژوهشی است.

بر اساس مصوبه وزارت عتف از سال ۱۳۹۸، کلیه نشریات دارای درجه علمی-پژوهشی "به نشریه علمی" تغییر نام یافتند.

شرایط پذیرش مقاله‌ها

مجله دانشنامه حقوق اقتصادی در صدد است مقاله‌های تخصصی در زمینه مسائل حقوقی - اقتصادی را به چاپ برساند. در مقاله‌های ارسالی باید نکات زیر رعایت شوند:

الف: جهت ارسال مقاله بایستی از طریق سامانه نشریات علمی دانشگاه به آدرس um.ac.ir اقدام نمایید.

ب: روش تحریر

متن مقاله بر روی کاغذ سفید بدون مارک (A4) با فاصله ۳ سانتی‌متر از لبه‌ها و دو سطر بین خطوط با حروف خوانا و تیره تایپ شود. کلیه صفحات مقاله از جمله صفحاتی که شامل جداول، تصاویر و نمودارها هستند، دارای قطع یکسان باشند. کلیه صفحات مقاله دارای شماره بوده و از ۲۰ صفحه تجاوز نکند.

ج: نحوه تهیه مقاله

هر مقاله تخصصی بایستی تحت نرم افزار Word با قلم B ZAR و فونت ۱۳ و دارای چکیده فارسی و انگلیسی، واژه های کلیدی فارسی و انگلیسی، طبقه بندی JEL فارسی و انگلیسی، مقدمه، پیشینه تحقیق، مبانی نظری تحقیق، برآورد مدل (تجزیه و تحلیل مدل)، نتیجه گیری و پیشنهادها و در انتها، فهرست منابع مورد استفاده باشد.

اصول زیر در تنظیم مقاله بایستی رعایت شود:

۱- عنوان فارسی مقاله با قلم B ZAR و فونت ۱۸ برجسته (Bold) در وسط صفحه اول نوشته شود.

۲- مشخصات نویسنده یا نویسندگان، شامل نام و نام خانوادگی با قلم B ZAR و فونت ۱۰ به صورت برجسته (Bold)، سمت، محل خدمت، عنوان و درجه علمی با قلم B ZAR و فونت ۱۰ ایتالیک باشد.

۳- چکیده فارسی از ۲۰۰ کلمه تجاوز ننماید و در سه پاراگراف، با قلم B ZAR و فونت ۱۱ تنظیم شود. پاراگراف اول به تبیین موضوع اختصاص یافته؛ پاراگراف دوم شامل روش تحقیق و پاراگراف سوم در برگیرنده نتایج تحقیق باشد. سپس در سطر جداگانه واژگان کلیدی و طبقه بندی JEL نوشته شود.

۴- چکیده انگلیسی بایستی برگردان کامل و دقیق چکیده فارسی و در یک صفحه مجزا، شامل عنوان مقاله، نام نویسندگان، آدرس و عنوان علمی آنان، واژگان کلیدی و طبقه بندی JEL باشد. عنوان انگلیسی مقاله با قلم Times New Roman و فونت ۱۵ برجسته (Bold) در وسط صفحه دوم نوشته شود. مشخصات نویسنده یا نویسندگان، شامل نام و نام خانوادگی با قلم Times New Roman و فونت ۹ برجسته (Bold)، سمت، محل خدمت، عنوان و درجه علمی با قلم Times New Roman و فونت ۹ باشد.

چکیده انگلیسی از ۲۰۰ کلمه تجاوز ننماید و در سه پاراگراف با قلم Times New Roman و فونت ۱۰ تنظیم شود. پاراگراف اول به تبیین موضوع اختصاص یابد؛ پاراگراف دوم شامل روش تحقیق، و پاراگراف سوم دربرگیرنده نتایج تحقیق باشد.

۵- مقدمه شامل اطلاعات مربوط به اهمیت تحقیق، کاربرد و نتیجه مورد انتظار از تحقیق باشد. در آخرین پاراگراف مقدمه، نحوه سازماندهی مقاله، برای معرفی بخش‌های آتی تنظیم شود. در سراسر مقاله، نویسندگان از افعال سوم شخص مفرد استفاده کنند.

۶- پیشینه تحقیق در قالب مطالعات خارجی و داخلی و بر اساس تاریخ، از قدیم به جدید، تنظیم شود؛ به نحوی که ابتدا مطالعات خارجی و سپس مطالعات داخلی، ارائه گردد. همچنین ضروری است، از اصطلاحاتی مانند: این تحقیق، این مطالعه، این پژوهش، تحقیق اخیر، مطالعه اخیر، پژوهش اخیر، برای توضیح مطالعات دیگران، پرهیز شود و واژه‌های مذکور فقط برای اشاره به تحقیق صورت گرفته، توسط محقق به کار برده شود.

۷- عنوان جدول با قلم B ZAR و فونت ۱۲ در بالا و سمت راست جدول، تنظیم شود. ضروری است جداول تحقیق شماره گذاری گردد. متن داخل جدول نیز قلم BZAR و فونت ۱۰ باشد.

۸- عنوان نمودار نیز با قلم B ZAR و فونت ۱۲ در پائین و سمت راست نمودار، تنظیم شود. ضروری است، نمودارهای تحقیق شماره گذاری گردد. مآخذ نمودار نیز با قلم BZAR شماره گذاری گردد. مآخذ نمودار نیز با قلم و فونت ۱۰ در پائین و سمت راست، نوشته شود.

۹- زیرنویس‌های فارسی مورد استفاده در تحقیق با قلم BZAR و فونت ۱۰ تنظیم شود.

۱۰- زیرنویس‌های انگلیسی مورد استفاده در تحقیق با قلم Times New Roman و فونت ۱۰، تنظیم گردد.

۱۱- منابع مورد استفاده، شامل جدیدترین اطلاعات در زمینه مورد نظر باشد.

۱۲- نوع ارجاع دهی باید حتماً به صورت APA باشد. به‌باشد. در غیر این صورت مقاله، کلاً قابل چاپ هد. فهرست منابع به ترتیب الفبای نام خانوادگی نویسندگان، مرتب و شماره گذاری گردد (شماره‌ها داخل کروشه [] قرار داده شود). وقتی از چند اثر مختلف یک نویسنده استفاده می شود، ترتیب شماره گذاری این مقاله‌ها برحسب سال انتشار آنها، از قدیم به جدید انجام گیرد. برای مثال:

[1] Banker, R. D., Charnes, A., Cooper, W.W. (1984). Some Models for Estimation Technical and Scale in Data Envelopment Analysis. Management Science, 30.

[2] Charnes, A., Cooper, W.W., Rohdes, E. (1978). Measuring the Efficiency of Decision Making Units. European Journal of Operational Research, 2.

لطفاً جهت کسب اطلاعات تکمیلی و بیشتر، رجوع شود به آدرس:

<http://fea.um.ac.ir/parameters/fea/filemanager/forms/reference.pdf>

۱۳- از نویسندگان محترم خواهشمند است، آدرس پستی و الکترونیکی خود را، به صورت دقیق، در صفحه‌ای جداگانه، همراه مقاله، به دفتر مجله ارسال نمایند.

د: سایر موارد

- ۱- مسئولیت هر مقاله از نظر محتوای علمی و نظرات مطرح شده در متن آن، به عهده نویسنده و یا نویسندگان مسئول مقاله خواهد بود.
- ۲- تا قبل از پایان مراحل نهایی و چاپ، در صورتی که مشخص گردد، مقاله منتخب، به هر شکلی در جای دیگری به چاپ رسیده است، از انتشار آن جلوگیری خواهد شد.
- ۳- در صورتی که مقاله برای چاپ پذیرفته نشود، در بخش بایگانی مجله خواهد ماند و به نویسنده برگردانده نخواهد شد.
- ۴- مقاله‌ها توسط اعضای محترم هیئت تحریریه و با همکاری متخصصان، داوری شده و در صورت تصویب، بر طبق ضوابط خاص مجله، به نوبت، چاپ خواهند شد.
- ۵- مجله در رد یا قبول و حکم و اصلاح مقاله‌ها، اختیار تام دارد.

داوران مقالات این شماره

دکتر عاطفه	آجری آیسک	دانشگاه بیرجند
دکتر علی	بابایی مهر	دانشگاه آزاد اسلامی چالوس
دکتر نرگس	باقری مطلق	دانشگاه دزفول
دکتر مصطفی	بختیار وند	دانشگاه قم
دکتر رسول	بهرام پوری	دانشگاه تهران
دکتر محمد	حبیبی مجنده	دانشگاه مفید قم
دکتر عبدالله	خدابخشی	دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر علی	روحی زاده	دانشگاه بجنورد
دکتر فضا	سلیمی	دانشگاه قم
دکتر سید مهدی	سید زاده	دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر راحله	سید مرتضی حسینی	دانشگاه خوارزمی
دکتر محمد	عابدی	دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر سجاد	عسکری	دانشگاه شهید باهنر کرمان
دکتر حمید رضا	صالحی	دانشگاه پیام نور
دکتر علیرضا	صالحی فر	دانشگاه خوارزمی
دکتر امید	محمدیان	دانشگاه شهید باهنر کرمان
دکتر رضا	موسی زاده	دانشکده روابط بین الملل وزارت امور خارجه
دکتر سید حسن	وحدتی شبیری	دانشگاه قم

فهرست مندرجات

صفحه	نویسنده	عنوان
1	عباس کریمی محمد هادی جواهر کلام	تحلیل رأی وحدت رویه شماره 733 هیأت عمومی دیوان عالی کشور؛ با تأکید بر ماهیت پول و تمایز کاهش ارزش پول، خسارت تأخیر تأدیه و خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها
25	علی ساعت چی	تحلیل و ارزیابی تضمین اعتبار اختراع در قرارداد ليسانس
45	حامد نجفی محمود صادقی مرتضی شهبازی‌نیا	امکان سنجی پذیرش تحلیل مشارکت در نقض علامت تجاری در حقوق ایران و آمریکا از منظر تحلیل اقتصادی
77	حسن بادینی جمشید یحیی پور صابر علائی اردلان حق پناه	ماهیت مسئولیت بیمه گر و تأثیر آن در انتخاب روش استرداد و اصل قائم مقامی
103	محسن ایزانلو ابوالفضل شاهین	مطالعه تطبیقی شرط تضمین مسئولیت در قراردادها
143	سید یاسر ضیایی محمدرضا ملت	گردش سرمایه در حقوق بین‌الملل: ارزیابی تحریم سرمایه‌گذاری خارجی ایران
171	ابوالقاسم شهبازیان صادق سلیمی حسن رسولی	حفظ منافع اساسی کشور میزبان در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه
197	سید مصطفی محقق احمدآبادی (داماد) حسن پاشازاده	حمایت از مد (آفرینش‌های پوششی-زیبایی) از رهگذر حقوق مالکیت صنعتی ایران و فرانسه
217	ناصر قاسمی احمد علی ثالث مؤید مرتضی شهبازی‌نیا	ارتقای اثربخشی و کارآمدی نظام مقابله با تأمین مالی تروریسم با پذیرش راهبرد نظارت مبتنی بر ریسک در بخش نهادهای مالی
241	منصور عشق‌پور ابراهیم تقی‌زاده	مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق

تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور؛ با تأکید بر ماهیت پول و تمایز کاهش ارزش پول، خسارت تأخیر تأدیه و خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها*

عباس کریمی^۱

استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده
حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

محمد هادی جواهرکلام^۲

دانش‌آموخته دکترای حقوق خصوصی دانشکده
حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

تاریخ پذیرش ۱۳۹۹/۴/۲۱

تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۸/۱۷

چکیده

در این مقاله، رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، با روش توصیفی تحلیلی و با هدف تعیین خسارت قابل جبران در فرض مستحق للغير در آمدن مبيع، تحلیل شده است. ظاهر رأی نشان می‌دهد که تنها کاهش ارزش پول بر مبنای نرخ تورم قابل جبران بوده و خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها از شمول رأی خارج است؛ این در حالی است که اختلاف شعب دادگاه‌های تجدیدنظر استان آذربایجان غربی، امکان جبران خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها بوده است. نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه

* - نوع مقاله پژوهشی

1. abkarimi@ut.ac.ir

dr.javaherkalam@yahoo.com

۲- نویسنده مسئول

DOI: 10.22067/lowecon.2021.47236.0

مورخ ۱۳۹۴/۲/۱۹ نیز کاهش ارزش پول را براساس ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. و بر مبنای شاخص بانک مرکزی قابل جبران دانسته است. بر این اساس، بایع فضولی باید کاهش ارزش پول (ثمن) را بدون آنکه نیازمند مطالبه باشد، بر مبنای نرخ تورم به خریدار پردازد؛ ولی جبران خسارات ناشی از افزایش قیمت‌ها تابع قواعد عمومی ضمان قهری و ماده ۳۹۱ ق.م. است و فروشنده فضولی باید تفاوت ثمن و قیمت روز مبیع از باب عدم‌النفع مسلم جبران کند. از حیث میزان خسارت قابل جبران نیز بایع اصولاً باید تفاوت ثمن با قیمت روز «امثال مبیع» را در زمان تأدیه، پرداخت کند؛ اما پیش‌بینی‌های متعارف افراد و شرایط ویژه مبیع نیز باید لحاظ شود.

واژگان کلیدی: رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ دیوان عالی کشور، کاهش ارزش پول، خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها، ربا، خسارت تأخیر تأدیه، عدم‌النفع.

مقدمه

هرگاه شخصی نسبت به مال غیر معامله کند و مالک پس از مدتی از وقوع آن آگاه شود و معامله را رد نماید، بیع باطل می‌شود و ثمن باید به خریدار بازگردد. منتها آنچه در این میان اهمیت دارد، مقدار ثمنی است که بایع فضولی باید به خریدار بازگرداند. مشکل از آنجاست که در عقد بیع، ثمن غالباً به صورت پول تعیین می‌شود و به علت بالا بودن نرخ تورم در کشور ما، پول پس از مدتی قدرت خرید و ارزش خود را به سرعت از دست می‌دهد و تنزل ارزش می‌یابد و بار رد همان ثمن مندرج در عقد، خریدار در وضعیت پیش از معامله قرار نمی‌گیرد. به ویژه آنکه خریدار از حداقل منافع پول خود که در اختیار بایع فضولی بوده، محروم شده است، چرا که اگر مشتری پول (ثمن) را در بانک سرمایه‌گذاری می‌کرد، حداقل به میزان نرخ تورم، سود ناشی از مشارکت خود را دریافت می‌نمود و چه بسا ممکن است سود علی‌الحساب ناشی از مشارکت بیش از نرخ تورم باشد. افزون بر آن، به جهت افزایش بی‌رویه قیمت‌ها به خصوص در زمینه املاک، خریدار پس از کشف بطلان بیع برای خرید مالی مشابه مبیع باید چند برابر هزینه کند. کاهش ارزش ثمن از یک سو و افزایش قیمت‌ها از سوی دیگر، به ویژه در فرضی که از وقوع معامله چندین سال می‌گذرد، خریدار را در موقعیت نامناسبی قرار می‌دهد؛ به نحوی که بازگشت مبلغ اسمی ثمن به خریدار، موقعیت او را به وضعیت پیش از معامله باز نمی‌گرداند. وضعیت خریدار ناآگاه زمانی وخیم‌تر می‌شود که غالب فقها و رویه قضایی ما فروشنده را ضامن کاهش ارزش پول و تورم نمی‌دانند

(Tabatabayi Yazdi, 1994: 279; Khomeini, 2001: 290-291; Tabrizi, no date: 337 & 498; Hashemi Shahroudi, 1995: 48; Fazel Lankarani, 2004: 253-255; Bazgir, 2000: 353-354; Jalilvand, 2016: 159 & ss.; Nikfar, 1993: 94-95).

در این وضعیت و به ویژه به دلیل اختلاف آرای دادگاه‌ها که خود معلول نظرات متفاوت فقیهان عظام امامیه و ابهام قانون مدنی است، رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ - ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور با هدف حمایت از خریدار و رفع اختلافات موجود صادر شد.^۱ رأی

۱. رأی وحدت رویه مذکور در مقام رفع اختلاف محاکم تجدیدنظر استان آذربایجان غربی بوده که به جهت استفاده از آرای مذکور در تحلیل‌های بعدی، خلاصه‌ی آرا ذکر می‌شود: الف- در پرونده کلاسه ۷۳۳/۸۸ ح ۲ و دادنامه شماره ۱۳۸۸/۸/۳۰-۹۱۴/۸۸ شعبه دوم دادگاه حقوقی ماکو، پس از آنکه دادگاه معامله را به علت مستحق‌الغیر در آمدن مبیع باطل اعلام می‌کند، در خصوص خواسته خواهان مبنی بر مطالبه غرامات (افزایش قیمت) ... چنین رأی صادر می‌کند: «... در خصوص مطالبه غرامات (افزایش قیمت ملک) توجهاً به اینکه از غرامات مندرج در ماده ۳۹۱ قانون مدنی صرفاً هزینه‌های دلالی و مخارج مصروفه بر رقبه موضوع مستحق‌الغیر مستفاد نمی‌گردد چه اینکه عبارت «غرامات» به صورت مطلق به کار برده شده و حسب استفتائات معموله از آیات عظام مندرج در نشریه پیام آموزش شماره ۳۴ پیوست پرونده غرامات شامل افزایش قیمت نیز خواهد بود؛ لذا دادگاه با لحاظ مراتب فوق و نظریه کارشناسی، خواننده را به پرداخت مبلغ ... از بابت افزایش قیمت در حق خواهان محکوم و اعلام می‌دارد...». شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان، طی دادنامه شماره ۳۷۰۰۷۰۵ مورخ ۱۳۸۹/۸/۲۷ در خصوص غرامات چنین اتخاذ تصمیم کرده است: «... در خصوص قسمت دیگر دادنامه یعنی پرداخت غرامات به مبلغ ... چون این مبلغ به عنوان افزایش قیمت در نظر گرفته شده و غرامات شامل هزینه‌هایی است که مربوط به معامله می‌شود و از انجام معامله به خریدار وارد می‌شود و تورم موجود در جامعه که موجب افزایش قیمت می‌شود نمی‌تواند داخل در غرامت تلقی گردد... این قسمت از دادنامه را موجه و قانونی تشخیص نداده، و آن را نقض و ... حکم به بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌شود. صدور این حکم مانع از مطالبه مخارجی که خریدار به سبب انجام معامله نموده و غرامت به آن مخارج شامل می‌شود نخواهد بود...». ب- شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکو طی دادنامه ۹۵۰/۸۸ - ۱۳۸۸/۹/۱۱ در باره خواسته خواهان مبنی بر بطلان معامله و مطالبه غرامات و افزایش قیمت ملک مرقوم طبق نظریه کارشناسی اعلام داشته است: «... غرامات مقرر در ماده ۳۹۱ قانون مدنی به صورت مطلق آورده شده، عدم تسری آن به افزایش قیمت ملک با توجه به تورم و کاهش ارزش پول و تلقی آن صرفاً هزینه‌های دلالی و نگهداری و امثال آن مستفاد نمی‌شود. بالاخص اینکه حسب استفتاء اخیر از مراجع عظام به اکثریت اعتقاد به پرداخت روز ثمن یا براساس تورم بوده‌اند. بنا به مراتب دادگاه دعوی خواهان را محمول بر صحت تلقی ... خواننده را به پرداخت ... مبلغ ... از بابت غرامات (افزایش قیمت) ... در حق خواهان محکوم و اعلام می‌دارد...». با تجدیدنظرخواهی محکوم علیه، شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان مربوطه طی دادنامه ۱۴۵۰۰۳۶۰ - ۱۳۸۹/۳/۳۱ اعلام می‌دارد: «تجدیدنظرخواهی آقای ... نسبت به دادنامه شماره ۸۸/۹۵۰ ... که به موجب آن حکم به ... پرداخت ثمن مورد معامله به نرخ روز صادر شده است، به لحاظ عدم ایراد و اعتراض مؤثر در راستای نقض دادنامه وارد نبوده... ضمن رد تجدیدنظرخواهی عین

یادشده به قدری حائز اهمیت بود که پس از صدور آن، سخنرانی‌ها و مقالات متعددی پیرامون آن ارائه گردید.^۱ در خصوص رأی مذکور که افزون بر رد ثمن، کاهش ارزش ثمن را قابل جبران دانسته، پرسش‌های متعددی مطرح است و ابهام‌ها، نواقص و ایرادات آن هم کم نیست. باید دید جبران کدام خسارت مشمول رأی وحدت یادشده است و مراد از کاهش ارزش ثمن چیست؟ آیا قابلیت جبران کاهش ارزش ثمن در حقوق ما قاعده عمومی است یا اختصاص به مستحق للغير در آمدن مبیع دارد؟ برای مطالبه کاهش ارزش ثمن، آیا رعایت شرایط مقرر در ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. ضرورت دارد؟ بین کاهش ارزش ثمن و خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها چه تفاوتی وجود دارد؟ آیا جبران خسارت ناشی از افزایش قیمت املاک که خود معلول عوامل گوناگونی است هم مشمول رأی وحدت رویه است؟ در صورتی که پاسخ مثبت است، معیار محاسبه آن چیست و چنانچه پاسخ منفی است، آیا به موجب قواعد عمومی ضمان قهری، خسارت مذکور قابل جبران است؟ در صورتی که بایع فضولی مکلف به جبران خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها باشد، آیا قیمت ملک مورد معامله ملاک محاسبه است (ضابطه شخصی) یا قیمت املاک مشابه آن (معیار

دادنامه بدوی تأیید می‌گردد...» ج- هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مقام رفع اختلاف و ایجاد رویه واحد بین محاکم، به موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مقرر نمود: «به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد، یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير درآید، بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی بایع قانوناً ملزم به جبران آن است؛ بنابراین دادنامه شماره ۳۶۰ مورخ ۱۳۸۹/۳/۳۱ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است» (روزنامه رسمی، ۲۶ آذر ۱۳۹۳، شماره ۲۰۳۲۷، شماره ویژه نامه: ۷۳۹).

۱. از نخستین همایش‌های برگزار شده در این زمینه، می‌توان به سخنرانی نگارنده (عباس کریمی) در تاریخ ۲ بهمن ۱۳۹۳ با عنوان «تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ در خصوص جبران کاهش ارزش ثمن» اشاره کرد و مقاله حاضر نیز در همان زمان نگارش یافت و پس از آن، مقاله‌های دیگری به شرح زیر در این باره نگاشته شد (Ghanavati, et al., 2019: 145-162; Tahmasebi, & Shirazi, 2019: 247-270; Jalilvand, 2016: 159-168; Rostami, et al. 2014: 45-66).

نوعی؟) به منظور پاسخ گفتن به این پرسش‌ها، جبران کاهش ارزش ثمن و خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها در پرتوی رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ دیوان عالی کشور جداگانه مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱- جبران کاهش ارزش ثمن

برای پاسخ به این پرسش که آیا کاهش ارزش ثمن قابل جبران است یا خیر و در حالت اخیر، آیا جبران کاهش ارزش پول قاعده عمومی است یا اختصاص به مستحق للغير در آمدن مبیع دارد، لازم است در ابتدا ماهیت کاهش ارزش پول و تفاوت آن با مفاهیم مشابه روشن گردد و سپس به پرسش اصلی پرداخته شود.

۱-۱. ماهیت کاهش ارزش پول و مقایسه آن با مفاهیم مشابه

۱-۱-۱. ماهیت کاهش ارزش پول

برای تحلیل رأی وحدت رویه در خصوص مسئولیت بایع فضولی به جبران کاهش ارزش ثمن، باید دید ماهیت جبران کاهش ارزش ثمن چیست؟ آیا خسارت است یا جزئی از اصل دین؟ جهت پاسخ به این سؤال، باید توجه داشت که پول در گذشته مقداری طلا یا نقره بود و ارزش ذاتی داشت، یعنی عین آن دارای مالیت بوده و ارزش آن همانند سایر کالاها ثابت بود. اما امروزه نه تنها پول مقداری از طلا و نقره نیست، بلکه نماینده آن نیز به حساب نمی‌آید. در حال حاضر پول دارای ارزش اعتباری است، نه عینی و ذاتی، و اسکناس تنها نماینده واحدی از پول است (Makarem Shirazi, 2001: 144-145; Montazeri, no date (B), v. 2: 292; Mousavi Bojnourdi, in: Tajlil, et al., 1996: 39 & 62; Sadr, 1996: 150-154; Shahidi, 2007 (A): 281; Katouziyan, 2008 (A): 272; Shahidi, 2007 (B): 97-98; Tabibiyan, 1988: 219; See also: Ghanavati, et al., 2019: 152-153). در واقع، امروزه پول همانند دینار و درهم در زمان صدر اسلام نیست که از ارزش ذاتی برخوردار باشد. همچنین، پول مثل سایر کالاها و اموال مادی (مانند طلا و نقره و خوراکی‌ها و البسه و زمین و مسکن و اتومبیل و...) نیست که عین آن دارای ارزش باشد، بلکه ارزش پول به قدرت خرید و قدرت مبادله‌ای آن است.

با تحلیل ماهیت پول، آشکار می‌شود که جبران کاهش ارزش پول، جزئی از اصل دین است نه مازاد بر آن. در حقیقت، همان گونه که در تعهدات غیر پولی متعهد با تسلیم عین موضوع تعهد، وفای به عهد می‌کند و در صورت دادن مالی کمتر از آن، مرتکب نقض عهد شده است؛ در

تعهدات پولی نیز متعهد باید همان ارزشی را گرفته بازگرداند تا وفای به عهد نماید، چرا که در دیون پولی متعهد قدرت خریدی را تحصیل می‌کند نه کاغذ اعتباری و ارزش اسمی آن را. بنابراین، تنها با رد همان قدرت خریدی که گرفته و نه صرفاً پرداخت ارزش اسمی آن، می‌تواند وفای به عهد نماید. در نتیجه، متعهد دین پولی باید افزون بر ارزش اسمی آن، به میزان نرخ تورم، کاهش ارزش پول را جبران کند تا اصل پولی را که گرفته، بازگرداند.^۱ برای نمونه، اگر شخصی ۲۵ میلیون تومان وام بگیرد تا یک سال بعد پرداخت نماید و نرخ تورم ۲۰ درصد باشد، باید ۵ میلیون تومان به عنوان کاهش ارزش پول و تنزل قدرت خرید آن به اصل وام اضافه کند تا وفای به عهد نماید. بنابراین، چنانچه مقرض کمتر از ۳۰ میلیون تومان برگرداند، وفای به عهد نکرده است و اگر ۳۰ میلیون تومان بدهد، مبلغ اضافه‌ای نداده، بلکه عین تعهدی را که داشته و قدرت خریدی را که دریافت نموده، بازپرداخت کرده است. در نتیجه، مبلغی که تحت عنوان کاهش ارزش پول پرداخت می‌شود، جزئی از اصل دین است، نه جبران خسارت خریدار. به همین دلیل، علم و جهل خریدار به فضولی بودن معامله در دریافت مبلغ مذکور تأثیری ندارد.

از این تحلیل، ایراد نظر برخی از فقهای عظام معاصر که دریافت کاهش ارزش پول به میزان نرخ تورم را تنها در فرض جهل مشتری قابل مطالبه دانسته‌اند، معلوم می‌شود (Judiciary Jurisprudential Research Center, 2003: 153). همچنین، در رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور جبران کاهش ارزش ثمن را غرامت شمرده است. در حالی که چنانکه گفتیم پرداخت مبلغی به عنوان نرخ تورم افزون بر مبلغ ثمن، برای ایفای اصل تعهد است نه جبران خسارت. بنابراین، بجا بود که در رأی وحدت رویه برای جبران کاهش ارزش ثمن تنها به اصل تعهد بایع به رد ثمن استناد می‌شد، نه غرامت. بدین ترتیب، بین مبنای رأی و نتیجه آن تعارض وجود دارد، زیرا مبنای رأی وحدت رویه، ماده ۳۹۱ ق.م. و اطلاق عنوان غرامات است، ولی نتیجه رأی قابل مطالبه بودن کاهش ارزش ثمن است که ارتباطی به غرامت ندارد و به علاوه، از جبران سایر خسارات هم سخنی گفته نشده است.

۱. این تحلیل در عبارت برخی از فقها نیز قابل مشاهده است (Makarem Shirazi, 2006, v. 2: 293; Mousavi Bojnourdi, 1993: 108; Hashemi Shahrudi, 1995: 73; Makarem Shirazi, 2001: 148-150; Mousavi Bojnourdi, in: Tajlil, et al., 1996 39-41; Yousefi, 2002: 40).

۱-۱-۲. مقایسه کاهش ارزش پول با مفاهیم مشابه

۱. مقایسه با ربا. به عقد قرضی که در آن شرط می‌شود که قرض گیرنده افزون بر مال مورد قرض (که در فرض ما مقداری پول است)، مبلغ اضافه به قرض دهنده برگرداند، «قرض ربوی» یا «ربای قرضی» می‌گویند. بنابراین، رکن ربای قرضی آن است که مقتضی متعهد شود اضافه بر آنچه قرض گرفته است به مقرض بازگرداند (Najafi, 1983: 5-7; Tabatabayi Yazdi, 1993: 4-5; Esfahani, 2001: 472; Khomeini, no date: 653-654; Makarem Shirazi, 2001: 49-50; Seifi Mazandarani, 2008: 325 & ss). از آنچه در تعریف ربا و تحلیل ماهیت پول و جبران کاهش ارزش آن گفته شد، معلوم می‌شود که بین کاهش ارزش پول و ربا تفاوت وجود دارد و از این رو، دریافت کاهش ارزش پول ربا محسوب نمی‌شود، زیرا در ربا دهنده (مقتض) به موجب قرارداد، مبلغی اضافه بر آنچه دریافت کرده می‌پردازد؛ اما در کاهش ارزش پول مبلغ اضافه‌ای پرداخت نمی‌شود، بلکه اصل پولی که داده شده، با همان ارزش و قدرت خرید، برگردانده می‌شود. به عبارت دیگر، در جبران کاهش ارزش پول گرچه مبلغ اسمی بیشتری بازپرداخت می‌شود، اما این تفاوت ظاهری است و در واقع امر، به دلیل آنکه قدرت خرید پول کاهش یافته است، تنها به میزان دین اصلی و معادل آن به طلبکار داده می‌شود نه بیشتر از آن. بنابراین، بر خلاف آنچه گفته شده است (نظریه‌های شماره ۳۳۷۸ مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴، شماره ۹۴۹۹ مورخ ۱۳۶۲/۸/۲۵، شماره ۳۸۴۵ مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ و شماره ۷۶/۲۱/۵۱۲ مورخ ۱۳۷۶/۳/۱ شورای نگهبان؛ Vahdati Shobeiri, 2003: 104)، دریافت کاهش ارزش پول ربا نیست. این دیدگاه در فقه نیز طرفدارانی دارد و برخی از فقها دریافت تنزل ارزش پول را ربا محسوب نکرده‌اند (Montazeri, no date (B), v. 2: 302-303, & v. 3: 225).

۲. مقایسه با خسارت تأخیر تأدیه. از نظریه‌های متعدد شورای نگهبان (شماره ۳۳۷۸ مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴، شماره ۹۴۹۹ مورخ ۱۳۶۲/۸/۲۵، شماره ۳۸۴۵ مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ و شماره ۷۶/۲۱/۵۱۲ مورخ ۱۳۷۶/۳/۱) پیرامون حرمت اخذ خسارت تأخیر تأدیه و خلاف شرع اعلام کردن مقررات مربوط، چنین بر می‌آید که شورای محترم نگهبان بین جبران کاهش ارزش پول و خسارت تأخیر تأدیه تفاوتی قائل نیست. در حالی که بر خلاف آنچه مشهور شده (Gharibeh, 2008: 60; Montazeri, no date (B), v. 2: 202-203, & v. 3: 243)، بین کاهش ارزش پول و خسارت تأخیر تأدیه (زیان دیرکرد) تفاوت وجود دارد و نباید آنها را یکی پنداشت؛ چرا که

کاهش ارزش پول بر مبنای نرخ تورم محاسبه می‌شود و عین پولی است که متعهد دریافت کرده و حالا باید رد نماید، اما خسارت تأخیر تأدیه در حقیقت خسارتی است که از عدم پرداخت به موقع دین پولی به متعهدله وارد می‌شود.^۱ در واقع، همانند تأخیر تأدیه سایر تعهدات (دیون غیر پولی)، در خسارت تأخیر تأدیه دیون پولی نیز باید دید که از عدم پرداخت به موقع دین پولی چه خسارتی به متعهدله آن وارد می‌شود و طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی حکم به جبران آن نمود.

البته در حقوق ما به دلایلی از جمله شبهه ربوی بودن خسارت تأخیر تأدیه دین پولی، و نیز احتمالی بودن آن (که مصداق عدم النفع است)، دکترین و رویه قضایی ما به جبران خسارت تأخیر تأدیه دین پولی به معنایی که گفته شد، روی خوش نشان نمی‌دهند (Shahidi, 2007 (A): 284; (Vahdati Shobeiri, 2003: 106;^۲ See also: Katouziyan, 2008 (A): 246-248). این در حالی است که خسارت تأخیر تأدیه دین پولی با ربا تفاوت آشکاری دارد و احتمالی بودن آن که خسارت تأخیر تأدیه را مصداق عدم النفع قرار می‌دهد، مانع از مطالبه این گونه خسارت نیست. در حقیقت، هر چند جمعی از فقها خسارت ناشی از عدم النفع را قابل مطالبه نمی‌دانند (Hosseini, 1996: 310; Khalessi, 1994: 18; Naraghi, 1996: 50; Safi Golpaygani, 1996: 375; Montazeri, no date (A): 97)، گروهی از فقهای بزرگ خسارت ناشی از عدم النفع را ضرر محسوب کرده و حکم به جبران آن داده‌اند (Na'ini, 1997: 378; Tabatabayi, 1997: 16-17; Mousavi Bojnourdi, 1980: 204; Behbahani, 1996: 614; Bahjat, 2007: 501; Makarem Shirazi, 2006, v. 3: 551-552; Modarres, 1987: 110). بسیاری از اساتید حقوق مسئولیت مدنی نیز پذیرفته‌اند که خسارات ناشی از عدم النفع که طبق روال عادی امور حاصل می‌شده است، ضرر محسوب و قابل جبران است (Katouziyan, 2008 (A):

۱. به عنوان مثال، چنانچه شخصی از تاجری که به ساخت و فروش منازل مسکونی اشتغال دارد، مبلغ ۱۰۰ میلیون تومان وام بگیرد و قرار گذارد ۶ ماه بعد آن را پرداخت نماید، به طوری که تاجر روی پرداخت آن وام در موعد معین حساب کرده و قرار بوده با دریافت آن منزل مسکونی را که متعهد به ساخت آن بوده، تکمیل نماید و تحویل دهد؛ اما به دلیل عدم پرداخت به موقع آن پول، نتواند به تعهد خویش عمل نماید و موظف شود مبلغی به عنوان خسارت به پیش خریدار پرداخت کند یا خسارات دیگری متحمل شود، وام‌گیرنده عرفاً مسبب این خسارت است و باید تحت عنوان خسارت تأخیر در تأدیه دین پولی آن را جبران نماید.

۲. این دسته از نویسندگان، خسارت تأخیر تأدیه به معنای مذکور را قابل مطالبه نمی‌بینند.

204-205; Safaii & Rahimi, 2018: 110-121; Katouziyan, 2008 (B): 243-244 & 252-253; Shiravi, 2001: 25 & ss. بنابراین، اگر حصول نفع در صورت پرداخت به موقع دین در آینده عرفاً محقق و مورد انتظار باشد، خسارت تأخیر تأدیه (خسارت عدم النفع ناشی از تأخیر در پرداخت دین پولی) قابل مطالبه است. به این ترتیب، هرچند در دوران ثبات و تعادل اقتصادی، کاهش ارزش پول (ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م.) قابل مطالبه نیست؛ اما خسارت تأخیر تأدیه در صورت اثبات، مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی (قاعده تسبیب) قابل مطالبه است.

ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ بین «خسارت تأخیر تأدیه» و «کاهش ارزش پول»، خلط کرده و با اینکه به ظاهر از خسارت تأخیر تأدیه صحبت کرده، ولی در واقع به کاهش ارزش پول پرداخته است. در حقیقت، در این ماده با آنکه از عنوان خسارت تأخیر تأدیه استفاده نشده، ولی در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه دانسته شده است که مراد از آن، همان حکم مقرر در ماده ۵۲۲ است. به ویژه آنکه ماده ۵۲۲ ذیل فصل دوم و تحت عنوان خسارت پیش‌بینی شده و نشان می‌دهد که قانونگذار در مقام بیان خسارت تأخیر تأدیه دین پولی است. این در حالی است که مطالعه متن ماده ۵۲۲ نشان می‌دهد که قانونگذار کاهش ارزش پول در اثر تورم را بیان کرده است. اشتباه دیگر مقنن در ماده ۵۲۲ آن است که شرایطی مثل مطالبه داین و عدم تمکن مدیون را برای مطالبه خسارت تأخیر تأدیه که در واقع، کاهش ارزش پول است، لازم دانسته است. در حالی که با تحلیلی که از خسارت کاهش ارزش پول ارائه شد، آشکار می‌شود که بدهکار با پرداخت مبلغی تحت عنوان نرخ تورم، اصل دین خود را ادا می‌کند، نه اینکه مبلغی افزون بر آن تحت عنوان خسارت بپردازد. بنابراین، تعهد بدهکار به جبران کاهش قدرت خرید پول و تنزل ارزش آن، جزئی از اصل تعهد اوست و باید به آن وفا نماید، اعم از اینکه متمکن باشد یا معسر، طلبکار پرداخت دین را مطالبه کرده باشد یا نه. بنابراین، ضرورت وجود شرایط مذکور برای جبران کاهش ارزش پول قابل ایراد است؛ منتها نظام قضایی و حقوقی ما به متن قانون و شرایط مقرر در آن وفادار مانده است. با وجود این، رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ برای جبران کاهش ارزش ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن میبع، رعایت شرایط مقرر در ماده ۵۲۲ را لازم ندانسته است و همین امر، اهمیت رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ را در ارتباط با مقررات پیشین نشان می‌دهد.

۲-۱. امکان مطالبه کاهش ارزش پول

گرچه از پیدایش پول کاغذی سالیان درازی گذشته و حتی از تصویب قانون پولی و بانکی کشور نزدیک به نیم قرن می‌گذرد، اما هنوز هم در حقوق ایران و فقه شیعه و همین‌طور در علم اقتصاد، در خصوص ماهیت پول و قابلیت مطالبه کاهش ارزش پول اختلاف است؛ به طوری که جمع کثیری از فقیهان امامیه و علمای حقوق تنزل ارزش پول را قابل جبران نمی‌دانند و حتی «نظریه جبران کاهش ارزش پول» را قابل انتقاد شمرده‌اند (Tabatabayi Yazdi, 1994: 279; Tabrizi, no date: 337 & 498; Khomeini, 2001: 290-291; Hashemi Shahroudi, 1995: 209-226; MirJalili, 2009: 253-256; Fazel Lankarani, 2004: 48). در مقابل، برخی دیگر از صاحب‌نظران فقهی و حقوقی کاهش ارزش پول را قابل جبران دانسته‌اند (Makarem Shirazi, 2006, v. 2: 293 & 584; Montazeri, no date (B), v. 2: 302-303, & v. 3: 195 & 203; Makarem Shirazi, 2001: 144-145; And see the detailed discussion: Hashemi Shahroudi, 1995: 48-87; Tajlil, et al., 1996: 9-53; Yousefi, 2002: 59-137; A Group of Researchers under the Supervision of Hashemi Shahroudi, 2005: 286-290 & 660; Kharrazi, 2005: 93-110; Yousefi, 1998: 95-122).

اما رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ دیوان عالی کشور به این تردیدها و ابهام‌ها پایان داده و آنچه مسلم است، آنکه جبران کاهش ارزش ثمن بر مبنای ترخ تورم جزء تعهدات بایع فضولی است و نص رأی وحدت رویه مبنی بر قابل مطالبه دانستن «کاهش ارزش ثمن» با توجه به نظریه دادستان کل کشور بر آن دلالت دارد. در نظریه دادستان کل کشور آمده است: «آنچه ملاک در جبران خسارت مشتری است، کاهش قدرت خرید وی در اثر تورم و به عبارتی کاهش قیمت ثمن است، نه آنچه در نظریه اداره حقوقی با عبارت افزایش قیمت ملک آمده است. در فتاوی مراجع عظام حضرات آیات بهجت، شبیری زنجانی، مکارم شیرازی، نوری همدانی و همچنین مقام معظم رهبری نظر به مصالحه در برخی از موارد و توجه به کاهش قدرت خرید در موارد دیگری، حضرت امام (ره) در مورد غصب بودن آن دارایی‌ها فرموده‌اند که از جهت وحدت ملاک قابل استناد است که جبران خسارت مشتری را فتوای داده‌اند و نیز اشاره به قیمت ثمن یا نرخ تورم شده است... علی‌هذا با توجه به مراتب فوق نتیجتاً رأی شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی، مبنی بر اینکه غرامات شامل افزایش قیمت با توجه به تورم اقتصادی می‌شود را صائب دانسته و تأیید می‌نمایم» (Official Newspaper, 17/12/2014, N. 20327).

اداره کل حقوقی قوه قضائیه هم در نظریه مشورتی شماره ۴۰۶/۹۴/۷ مورخ ۱۳۹۴/۲/۱۹ بر این

باور است که منظور رأی وحدت رویه از جبران کاهش ارزش ثمن، افزون مبلغی معادل نرخ تورم به اصل ثمن بوده و بر این اساس نظر داده است: «با توجه با اینکه رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ دیوان عالی کشور، ناظر به ثمن معامله است که حسب سوابق مربوطه ثمن وجه نقد بوده، بنابراین محاسبه کاهش ارزش پول رایج می‌باید با توجه به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی در امور مدنی بر مبنای شاخص بانک مرکزی محاسبه گردد».

ذکر این نکته بسیار حائز اهمیت است که بر مبنای تحلیل ماهیت کاهش ارزش پول (مبنی بر اینکه جبران تنزل ارزش پول، جزئی از اصل دین است، نه خسارت، و جبران کاهش ارزش پول با ربا و خسارت تأخیر تأدیه تفاوت دارد)، و با توجه به ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. (که جبران کاهش ارزش ثمن را بر مبنای نرخ تورم پذیرفته است)، چنین بر می‌آید که جبران کاهش ارزش پول در حقوق ما به عنوان قاعده عمومی قابل پذیرش است و ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. و رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مصداقی از این قاعده را بیان کرده است. به علاوه، مواردی مانند چک و مهریه که جبران «کاهش ارزش پول» در آنها پذیرفته شده، حالت استثنایی ندارند، بلکه مصداقی از یک قاعده عام هستند.^۱ از مطالب فوق این نتیجه به دست می‌آید که چنانچه شخصی مال متعلق دیگری را بفروشد و مالک نیز آن را تنفیذ نکند، بایع باید علاوه بر رد اصل ثمنی که گرفته، کاهش ارزش پول را بر مبنای نرخ تورم جبران کند. تنها در این صورت است که خریدار عین پولی را که گرفته، برگردانده است. تعهد مذکور از توابع تعهد بایع مبنی بر رد ثمن در صورت مستحق‌الغیر بودن مبیع

۱. با وجود این، برخی از حقوقدانان به پیروی از نویسندگان فرانسوی بر این اعتقادند که قابل مطالبه بودن کاهش ارزش پول در تعهدات نقدی برخلاف نظم عمومی اقتصادی است و سبب کاهش اعتبار پول ملی می‌شود (Katouziyan, 2013: 140-141) که می‌نویسند: «به بهانه کاهش قدرت خرید پول نمی‌توان بر مبلغ طلب افزود، زیرا این اقدام به معنی انکار ارزش پول ملی و سلب عنوان «معیار ارزش کالاها» از آن است و با نظم عمومی اقتصادی مخالف می‌نماید»؛ و برای ملاحظه مقررات حقوق فرانسه در زمینه ثابت ماندن میزان رقمی اسکناس مورد تعهد و تحولات اندک آن، ر.ک.: (Shahidi, 2007 (B): 95-96; (Katouziyan, 2008 (A): 244-245). ولی این استدلال قابل ایراد به نظر می‌رسد، چرا که نظم عمومی اقتضا دارد وفای عهد به صورت کامل صورت گیرد و عدم ایفای بخشی از تعهد، خود خلاف نظم عمومی محسوب می‌شود. افزون بر آن، با وجود ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. و رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ که هر دو کاهش ارزش پول را مقرر نموده‌اند، استدلال مذکور مبنای ارزش خود را از دست داده است.

است. به بیان دیگر، جبران کاهش ارزش ثمن به میزان نرخ تورم جزئی از تعهد بایع مبنی بر رد ثمن است و اضافه بر آن محسوب نمی‌شود.

۲. خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها (تفاوت ثمن و قیمت روز مبيع)

حال، باید به قسمت دوم پژوهش حاضر یعنی جبران خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها بپردازیم و ببینیم آیا جبران این خسارت‌ها هم مشمول رأی وحدت رویه است یا خیر؟ در صورتی که پاسخ این سؤال منفی باشد، آیا قواعد عمومی مسئولیت مدنی (ضمان قهری) جبران خسارت مذکور را توجیه می‌کند؟ چنانچه پاسخ مثبت است، چه میزان از خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها قابل جبران است و ضابطه آن چیست؟

۲-۱. بررسی شمول رأی وحدت رویه بر خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها

چنانچه افزون بر رد ثمن و جبران کاهش ارزش پول بر مبنای نرخ تورم، خسارت بیشتری در اثر بطلان معامله متوجه خریدار شود، جبران آن از عنوان کاهش ارزش ثمن خارج است. بخشی از خسارات مازاد، مخارجی است که خریدار برای انجام معامله متحمل می‌شود، مثل هزینه حمل مبيع، انبارداری، دلالتی، تنظیم اسناد، خسارات دادرسی، تفاوت ثمن با قیمت واقعی مال تلف شده که خریدار به مالک داده است، عوض منافع و نیز، خسارت ناشی از قلع و قمع و تخریب اعیانی ایجاد شده توسط اصیل (Emami, 2006: 310-312; Mohammadi, 2012: 201). جبران خسارات مذکور در صورت جهل مشتری به مستحق‌الغیر بودن مبيع، جای تردید ندارد، ولی جبران خسارات مذکور مشمول کاهش ارزش ثمن قرار نمی‌گیرد.

در مقابل، بخش مهمی از خسارات، ناشی از افزایش قیمت مبيع و در حقیقت، مابه‌التفاوت ثمن قراردادی (با در نظر گرفتن کاهش ارزش آن)، و قیمت روز مبيع است که شمول رأی وحدت رویه نسبت به آن محل تردید است. برای نمونه، هرگاه شخصی آپارتمانی از دیگری به مبلغ ۱۰۰ میلیون تومان خریداری کند و بعد از ۱۰ سال معلوم شود که مبيع مال شخص ثالثی بوده و او هم معامله را تنفیذ نمی‌کند، خریدار باید آپارتمان را به مالک آن رد نماید و برای دریافت ثمنی که به بایع فضولی داده، به او مراجعه کند. فروشنده فضولی باید علاوه بر مبلغ ۱۰۰ میلیون تومان ثمنی

که اخذ کرده، کاهش ارزش ثمن هم را جبران کند. چنانچه نرخ تورم ۱۰٪ باشد، بایع برای ۱۰ سال باید ۱۰۰ میلیون تومان هم به عنوان کاهش ارزش ثمن بپردازد. ولی اگر قیمت املاک افزایش داشته و قیمت آپارتمان مزبور ۳۰۰ میلیون تومان شده باشد، دریافت ۱۰۰ میلیون تومان به عنوان کاهش ارزش ثمن خسارت خریدار را جبران نمی کند و او اکنون برای خرید آپارتمانی همانند آن باید ۱۰۰ میلیون تومان دیگر هزینه کند. بحث این است که آیا خریدار می تواند ۱۰۰ میلیون تومان را هم از بایع فصولی تحت عنوان غرامت ناشی از افزایش قیمت ها مطالبه نماید؟

شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی که مورد تأیید هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز قرار گرفته، نظر بر پرداخت قیمت روز مبیع داشته و منظور وی پرداخت همین مابه-التفاوت بوده است. شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی ماکو نیز در خصوص خواسته خواهان مبنی بر مطالبه غرامات (افزایش قیمت ها)، به پرداخت قیمت روز مبیع بر مبنای نظر کارشناس حکم داده است.^۱ اما در رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳، هرچند به قسمت ذیل ماده ۳۹۱ ق.م. و اطلاق عنوان

۱. توضیح آنکه شعبه دوم دادگاه حقوقی ماکو، خواننده را به «مبلغی از بابت غرامات (افزایش قیمت)» محکوم نموده و برای تقویم خسارت مذکور، موضوع را به کارشناسی ارجاع داده است. از آنجا که برای محاسبه خسارت کاهش ارزش پول بر مبنای نرخ تورم رجوع به کارشناس صورت نمی گیرد و خود اجرای احکام آن را محاسبه می کند، معلوم می شود که در نظر دادگاه بدوی کاهش ارزش ثمن باید بر مبنای قیمت روز مبیع جبران شود و دادگاه نیز بر همین اساس، برای احراز قیمت روز مبیع قضیه را به کارشناسی ارجاع نموده است. شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی این رأی را عیناً تأیید کرده است و دیوان عالی کشور هم رأی شعبه یازده را در حدی که با رأی مذکور انطباق دارد، صحیح و قانونی تشخیص داده است. از این قسمت از رأی وحدت رویه چنین استنباط می شود که در نظر قضات دیوان عالی کشور، کاهش ارزش ثمن شامل جبران غرامت ناشی از افزایش قیمت املاک هم می شود و از این رو، باید به قیمت روز مبیع به نفع خریدار حکم شود. از سوی دیگر، در رأی وحدت رویه، به «کاهش ارزش ثمن و اثبات آن» استناد شده و به قیمت مبیع یا جبران کاهش ارزش ثمن به قیمت روز مبیع اشاره ای نشده است. عبارت مذکور ظاهر در آن است که دیوان عالی کشور به قابلیت جبران کاهش ارزش ثمن بر مبنای نرخ تورم نظر دارد. به این ترتیب، در رأی مذکور برای جبران غرامات ظاهر آ دو ضابطه متعارض ارائه شده است: یکی جبران غرامات بر مبنای نرخ تورم و دیگری جبران آن بر اساس قیمت روز مبیع.

پیش از رأی وحدت رویه، شخصی زمینی را از دیگری خریده و بعد معلوم می شود که مبیع مستحق للغیر است و بر این اساس، خریدار با توجه به ترقی قیمت ها از دادگاه مطالبه خسارات می نماید، اما به موجب رأی بدوی محکوم به بی حقی شده و نسبت به آن در دیوان عالی اعتراض می کند. او در ضمن اعتراض به رأی، استدلال جالبی ارائه می کند مبنی بر اینکه «خواننده یا زمین را تحویل دهد یا قیمت روز آن را پرداخت نماید». شعبه ۷ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۰/۸ مورخ ۱۳۷۳ اعتراض

غرامات استناد شده و از آن بر می آید که مطالبه غرامات و خسارات از هر نوعی که باشد، از جمله «افزایش قیمت‌ها» و هزینه‌هایی که خریدار برای وقوع معامله صرف کرده، مشمول رأی است و باید جبران شود؛ ولی نادیده نمی‌توان گرفت که هیأت عمومی دیوان عالی کشور برای جبران «کاهش ارزش پول» به اطلاق عنوان غرامات استناد نموده است. بنابراین، به نظر می‌رسد که مطالبه سایر خسارات ناشی از بطلان بیع و از جمله «خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها» که مشمول عنوان «کاهش ارزش ثمن» قرار نمی‌گیرد، از شمول رأی وحدت رویه خارج است، زیرا افزایش قیمت املاک ارتباط مستقیمی به کاهش ارزش ثمن (پول) و تنزل قدرت خرید آن ندارد. در حقیقت، بین کاهش ارزش ثمن (پول) و افزایش قیمت مبیع تفاوت وجود دارد. کاهش ارزش پول در نتیجه بالا بودن نرخ تورم است، ولی افزایش قیمت‌ها دلایل متعددی می‌تواند داشته باشد و میزان آن هم غالباً بیش از نرخ تورم است. بنابراین، گرچه شایسته بود که هیأت عمومی دیوان عالی کشور با توجه به اختلاف موجود بین شعب دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی و درگیری چندین ساله رویه قضایی با این معضل بزرگ، تکلیف خسارت ناشی از افزایش قیمت را تعیین نماید، ولی در وضعیت کنونی و نحوه نگارش رأی و به ویژه از نظریه دادستان کل کشور بر می‌آید که دیوان کشور نظر بر رد ثمن با اعمال نرخ تورم داشته است، نه غرامت ناشی از افزایش قیمت‌ها.^۱ از همین روست که اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۴۰۶/۹۴/۷ مورخ ۱۳۹۴/۲/۱۹

تجدیدنظرخواه را وارد تشخیص می‌دهد و به علت اینکه دادگاه بدوی به جای حکم به پرداخت قیمت روز زمین، به پرداخت قیمت آن در روز معامله حکم داده، حکم دادگاه بدوی را نقض می‌کند (Bazgir, 2000: 354). استدلال مذکور از این جهت دارای اهمیت است که هدف مشتری خرید آپارتمان بوده و باع نیز آپارتمانی به او فروخته، ولی پس از آن معلوم شده که آپارتمان متعلق به دیگری است. حالا خریدار در اثر بطلان بیع از داشتن همان آپارتمان و همچنین، داشتن آپارتمانی مشابه آن به دلیل ترقی قیمت‌ها محروم شده است. بنابراین، فروشنده فضولی یا باید همان خانه را تحویل دهد یا قیمت روز آن را بپردازد که خریدار بتواند با آن آپارتمان دیگری را بخرد. تحویل همان آپارتمان به علت تعلق به دیگری امکان ندارد. پس، تعهد او به پرداخت قیمت روز مبیع تعیین می‌یابد.

۱. برای نظر مخالف که معتقد است رأی وحدت رویه شامل خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها و پرداخت قیمت روز مبیع می‌شود، ر.ک.: (Ghanavati, et al., 2019: 158-159)، و برای دیدن استنباط موافق، ر.ک.: (Tahmasebi, & Shirazi, 2019: 252; Rostami, et al. 2014: 59 & 61).

رأی وحدت رویه را تنها ناظر بر جبران کاهش ارزش ثمن بر مبنای نرخ تورم دانسته است.^۱ با این همه، از این ایراد مهم رأی وحدت رویه نمی‌توان گذشت که گرچه در آرای که منجر به صدور رأی وحدت رویه شده، خسارت ناشی از «افزایش قیمت‌ها» مطالبه شده بود، ولی دیوان عالی رأی به جبران «کاهش ارزش ثمن» داده است.^۲ تفاوت بین دو مفهوم واضح است و شایسته بود دیوان عالی کشور افزون بر کاهش ارزش ثمن، افزایش قیمت‌ها و جبران خسارت به قیمت روز مبیع را با توجه به اختلاف آرای دادگاه‌ها به ویژه رأی شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان مقرر نماید.

اما در وضعیت فعلی، با سکوت رأی وحدت رویه، جبران خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها از شمول رأی مذکور خارج و تابع قواعد عمومی ضمان قهری است. از این رو، امکان مطالبه خسارت مذکور مشمول عبارت «در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید» موضوع ماده ۳۹۱ ق.م. و قواعد عمومی ضمان قهری قرار می‌گیرد و باید بر اساس آن به جبران خسارات مذکور پرداخت.

۱. پس از صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ نیز همچنان اختلاف در رویه قضایی در این باره وجود دارد و دیدگاه‌های محاکم پیرامون این رأی و تفسیر از آن یکسان نیست. برای نمونه، شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹۳۰۴۷۵ - ۱۳۹۳/۱۱/۱۸ و شعبه ۲۵ دیوان کشور به موجب دادنامه شماره ۹۵۰۲۹۵، کاهش ارزش ثمن را صرفاً بر مبنای نرخ تورم اعلام شده از سوی بانک مرکزی قابل جبران دانسته است و نه قیمت روز مبیع بر مبنای نظریه کارشناس. در مقابل، شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۶۹۳ - ۱۳۹۳/۱۱/۲ ملاک کاهش ارزش ثمن را «ثمن همان معامله» با لحاظ شرایط معامله مزبور و به عبارت دیگر، معیار را «تورم موضوعی» دانسته و نه صرف کاهش ارزش پول بر مبنای ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی.

۲. در حقیقت، ایراد مهم رأی وحدت رویه آن است که خواسته دعوا در مرحله بدوی در هر دو پرونده که نزد شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی ماکو مطرح شده، افزون بر بطلان معامله، مطالبه «افزایش قیمت ملک» (مبیع) به عنوان غرامات بوده است. در مرحله تجدیدنظر، شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی افزایش قیمت ملک را مشمول غرامات ندانسته و بدین جهت حکم به بی‌حقی خواهان صادر نموده، ولی شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر افزایش قیمت به نرخ روز را تأیید کرده است. این در حالی است که دیوان عالی کشور «کاهش ارزش ثمن» را جایگزین خسارت ناشی از «افزایش قیمت ملک» نموده است. به عبارت دیگر، هیأت عمومی دیوان عالی کشور عنوان اختلاف بین شعب ۳ و ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان را از افزایش قیمت ملک به کاهش ارزش ثمن تبدیل کرده است.

۲-۲. جبران خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها بر اساس قواعد عمومی

حال باید به این پرسش اساسی پاسخ گفت که آیا فروشنده فضولی طبق قواعد عمومی ضمان قهری، مسئول خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها خواهد بود یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش مهم باید گفت که خریدار با بطلان بیع به علت مستحق للغیر در آمدن مبیع، از نفع مسلمی یعنی مالکیت مبیع و داشتن آن محروم شده است.^۱ پس، در زمینه افزایش قیمت املاک، بایع فضولی هر چند مال موجود خریدار را تلف نکرده، ولی او را از داشتن مبیع محروم نموده است و خریدار با بطلان بیع به ناچار باید مال دیگری با هزینه بیشتر خریداری کند. به این ترتیب، جبران خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها در حقیقت از مصادیق عدم‌النفع است و برای امکان مطالبه مابه‌التفاوت ثمن و قیمت روز مبیع باید دید که طبق قواعد عمومی ضمان قهری، خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه است یا خیر. در این زمینه، چنانکه گفته شد، بسیاری از فقها جبران خسارت ناشی از عدم‌النفع را لازم شمرده‌اند و غالب حقوقدانان نیز خسارت ناشی از عدم‌النفع را در صورتی که طبق روال عادی امور، آن نفع حاصل می‌شده است، ضرر محسوب و قابل جبران می‌دانند. آنچه ذیل عنوان عدم‌النفع به معنای خاص قرار می‌گیرد و قابلیت جبران ندارد و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. نیز ناظر بر آن است، نفع احتمالی است، نه نفع محقق و مسلم. بر همین اساس، ماده ۱۴ ق.آ.د.ک. ۱۳۹۲ منافع ممکن‌الحصول را قابل جبران به شمار آورده است. طبق تبصره ۲ این قانون: «منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید». مراد از اتلاف در این تبصره، اعم است از اتلاف بالمباشرة و اتلاف بالتسبیب. بایع فضولی با فروش مال دیگری سبب شده است خریدار از داشتن مبیع محروم گردد و برای جایگزین کردن مال دیگری به جای مبیع، قیمت بیشتری پردازد. بنابراین، مابه‌التفاوت قیمت روز مبیع و ثمن قراردادی در حقیقت به سبب عمل بایع فضولی از خریدار ناآگاه تلف شده است. در نتیجه، بایع به عنوان منافع ممکن‌الحصول یا عدم‌النفع مسلم ملزم به جبران آن خواهد بود. به ویژه آنکه ضرر مفهوم و حقیقت

۱. بایع فضولی با فروش مال غیر ثمنی را به ناروا دریافت کرده و باید آن را بازگرداند (قاعده ضمان ید). همچنین، ممکن است خریدار مخارجی را برای انعقاد بیع متحمل شده باشد. این قبیل خسارات در واقع از بین بردن مال موجود است و در جبران آن اختلافی نیست.

عرفی دارد، نه حقیقت شرعی یا متشرعه (Naraghi, 1996: 57; Rouhani, 1991: 380; Hashemi Shahroudi, 2002: 348; Katouziyan, 2008 (B): 242-243; Safaii & Rahimi, 2018: 91-92)، و عرف امروز نیز خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها را ضرر محسوب می‌کند و در رأی وحدت رویه نیز نفی جبران سایر خسارات، از جمله خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها استنباط نمی‌شود. برخی از فقهای معاصر نیز در استفتائاتی که از ایشان شده، حکم به جبران خسارت ناشی از افزایش قیمت ملک و قیمت روز مبیع داده‌اند: آیت‌الله موسوی اردبیلی معتقدند در فرضی که مشتری جاهل به مسنق‌الغیر بودن مبیع باشد، می‌تواند «فزایش قیمت» را از فروشنده فصولی مطالبه کند و آیت‌الله نوری همدانی نیز در صورتی که مشتری عرفاً متضرر شده باشد، فصول را ضامن آن شمرده‌اند (Judiciary Jurisprudential Research Center, 2003: 154).^۱

در نتیجه، در صورت مستحق‌الغیر در آمدن مبیع، خریدار به میزان تفاوت قیمت روز مبیع و مبلغ ثمن با لحاظ نرخ تورم، متحمل زیان شده است و خسارت او باید جبران گردد. البته این قاعده در صورتی اجرا می‌شود که مبیع دچار افزایش قیمت شده باشد. اما اگر به علت رکود موجود در بازار مبیع با کاهش قیمت روبه‌رو شده باشد، بایع فصولی نمی‌تواند بخشی از ثمن را کسر بگذارد و بقیه را برگرداند. برای نمونه، اگر در مثال قبلی، ارزش مبیع از ۱۰۰ میلیون تومان به ۹۰ میلیون تومان تنزل یافته باشد، فروشنده نمی‌تواند ۱۰ میلیون تومان از ثمن را نزد خود نگه دارد، بلکه مبلغ مذکور مال غیر است و به موجب قاعده ضمان ید باید به خریدار برگردد.

به علاوه، حکم به جبران خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها و پرداخت قیمت روز مبیع ناظر به فرضی است که رشد قیمت املاک بیشتر از نرخ تورم باشد. در این صورت، چنانکه گفته شد، خریدار به اندازه مابه‌التفاوت قیمت روز مبیع و مبلغ ثمن با لحاظ تورم خسارت دیده و زیان او باید بر مبنای قواعد عمومی ضمان قهری جبران شود. در مقابل، اگر رشد قیمت املاک کمتر از نرخ تورم باشد، فروشنده فصولی تنها کاهش ارزش ثمن را بر مبنای نرخ تورم جبران می‌کند، زیرا در این حالت، چنان که در قسمت جبران کاهش ارزش پول دیدیم، فروشنده باید همان قدرت خریدی را که تحصیل کرده، برگرداند و از باب اجرای عین تعهد، مکلف به پرداخت ثمن با

۱. در حقوق مصر هم گفته شده است که با مستحق‌الغیر در آمدن مبیع، خریدار مبیع را از دست داده است و به همین خاطر، بایع باید قیمت زمان مستحق‌الغیر در آمدن مبیع را بپردازد (Al-Sanhouri, no date: 676).

لحاظ تورم خواهد بود، ولی به علت آنکه خسارت بیشتری به خریدار وارد نشده، پرداخت خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها مازاد بر نرخ تورم منفی خواهد بود.

۲-۳. میزان خسارت قابل جبران و معیار محاسبه افزایش قیمت‌ها

سؤال دیگر این است که در فرض مستحق للغير در آمدن مبيع و با فرض قابلیت مطالبه خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها، چه میزان از خسارت خریدار قابل جبران است؟ آیا تفاوت ثمن با «قیمت روز خود مبيع» ملاک است یا تفاوت ثمن با «قیمت روز مثل مبيع»؟ به عبارت دیگر، آیا فروشنده فضولی باید قیمت نوعی مورد معامله را به قیمت روز پردازد یا قیمت شخصی مورد معامله را در زمان تأدیه پرداخت کند؟ برای مثال، اگر شخصی در محلی ویلایی خریداری کند و سپس معلوم شود که مبيع متعلق به دیگری است، آیا تفاوت ثمن با قیمت روز همان ویلا به عنوان خسارت باید به خریدار پرداخت شود یا باید دید امثال آن ویلا چقدر اضافه قیمت داشته و به همان میزان حکم نمود؟ تصور نمایید شخصی ملکی را به ارزش ۳۰۰ میلیون تومان فروخته و به دلیل احداث پارک و فروشگاه و یا احداث جاده در کنار آن، مبيع ۲۰۰ میلیون تومان اضافه قیمت پیدا کرده، ولی قیمت امثال آن ملک که از امکانات جدید برخوردار نبوده، ۱۰۰ میلیون تومان اضافه شده است. حال، بایع فضولی باید افزون بر ثمن (۳۰۰ میلیون تومان)، ۱۰۰ میلیون تومان خسارت از باب قیمت روز امثال مبيع بدهد یا ۲۰۰ میلیون تومان از باب افزایش قیمت خود مبيع پرداخت کند؟

در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد پرداخت «قیمت امثال مبيع» بر «قیمت خود مورد معامله» ترجیح دارد، زیرا خسارت مشتری در اثر افزایش قیمت املاک مشابه، مسلم بوده و محروم شدن خریدار از آن، مستند به فعل بایع فضولی است. اما افزایش قیمت خود مبيع می‌تواند معلول عوامل مختلفی باشد و تا حدی جنبه احتمالی دارد و از این رو، نمی‌توان فروشنده را ضامن آن دانست. منتها این دیدگاه نباید سبب نادیده گرفتن پیش‌بینی‌های طرفین قرارداد و اعتماد مشروع آنها شود، زیرا چه بسا خریدار به علت موقعیت خاص ملک و پیش‌بینی افزایش قیمت مبيع در آینده، اقدام به خرید آن نموده باشد. در اینگونه موارد، عدم توجه به پیش‌بینی متعارف افراد و حکم به قیمت روز امثال مبيع، موجب ضرر خریدار می‌شود. پس، در حالت اخیر باید به قیمت روز خود مبيع و نه امثال آن حکم داد. به این ترتیب و به منظور ارائه ضابطه جبران خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها، باید راهکار میانه‌ای در پیش گرفت: طبق قاعده، بایع فضولی مکلف به پرداخت قیمت روز مثل

مبیع است (نظریه نوعی)، یعنی تفاوت ثمن با قیمت امثال مبیع در زمان پرداخت مورد حکم قرار گیرد. اما در مواردی که شرایط ویژه ملک، پرداخت قیمت روز همان مبیع را اقتضا دارد، باید بایع را مسئول تفاوت ثمن با قیمت روز خود مبیع دانست (نظریه شخصی).^۱

نتیجه

پژوهش حاضر در خصوص تفسیر و تبیین مفاد رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در زمینه جبران غرامت خریدار در فرض مستحق للغیر در آمدن مبیع و تعیین میزان و ضابطه جبران خسارت از خریدار ناآگاه، دارای نتایجی به شرح ذیل است:

۱- از مفاد رأی بر می آید که جبران «کاهش ارزش ثمن» و تنزل قدرت خرید پول بر ذمه بایع فضولی است و فروشنده متعهد است ثمن را با لحاظ کاهش ارزش پول برگرداند. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در سال ۱۳۹۴ نظر داده است که کاهش ارزش ثمن در رأی وحدت رویه بر مبنای شاخص بانک مرکزی محاسبه می شود.

۲- جبران کاهش ارزش پول به عنوان قاعده عمومی، پیش از صدور رأی وحدت رویه در ماده

۱. در نهایت، از حیث عملی و آیین دادرسی، ذکر چند نکته در خصوص رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ لازم است: ۱- خریدار برای استفاده از مفاد رأی وحدت رویه و مطالبه غرامات، اعم از کاهش ارزش ثمن و افزایش قیمت‌ها باید علیه بایع به خواسته مطالبه غرامات طرح دعوا کند. البته با توجه به خروج خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها از شمول رأی وحدت رویه، بهتر است به نوع غرامت (مخارج، کاهش ارزش ثمن و افزایش قیمت‌ها) در کنار هزینه‌های دادرسی در قسمت شرح خواسته تصریح کند. ۲- دعوای خریدار علیه فروشنده دعوای مالی است و باید هزینه دادرسی آن پرداخت شود. ۳- در این دعوا لازم نیست مالک هم طرف دعوا قرار گیرد، مگر اینکه دعوای مطالبه غرامت به همراه اعلام بطلان قرارداد طرح شده باشد که در این صورت، قاعدتاً خریدار باید مالک را هم طرف دعوا قرار دهد. ۴- چنانچه معامله با سند رسمی واقع شود، باید ابطال سند رسمی را از دادگاه مطالبه کرد، ولی هرگاه طرفین با سند عادی معامله نموده‌اند، دعوای ابطال سند عادی منتفی است و تنها دعوای اعلام بطلان قرارداد موضوع سند عادی را می‌توان درخواست کرد. ۵- برای مطالبه خسارت ناشی از بطلان بیع در اثر مستحق للغیر در آمدن مبیع، وجود سند عادی یا رسمی بین بایع و مشتری ضروری نیست. ۶- رأی وحدت رویه شامل قراردادهایی که پیش از صدور رأی، منعقد شده و به علت مستحق للغیر بودن و عدم تنفیذ مالک باطل هستند، هم می‌شود. به دیگر سخن، رأی وحدت رویه شامل پرونده‌های در جریان نیز می‌شود، ولی پرونده‌های مختومه مشمول آن نیست. ۷- این رأی اختصاص به بیع ندارد و شامل سایر عقود تملیکی معوض هم می‌شود.

۵۲۲ ق.آ.م. پیش‌بینی شده بود. بنابراین، رأی وحدت رویه در رسالت خود که حمایت از خریدار ناآگاه است، ناکام مانده و تنها اهمیت رأی در آن است که شرایط مقرر در ماده ۵۲۲ برای جبران کاهش ارزش ثمن لازم نیست. البته این تفاوت نیز چندان محسوس نیست، چرا که بایع فضولی به حکم قاعده ضمان ید باید ثمن را برگرداند و شرط مطالبه که در ماده مذکور مقرر شده، در مورد رد ثمن خود به خود منتفی است. در مورد سایر دیون پولی نیز کاهش ارزش ثمن باید به منظور ایفای اصل تعهد (آیه شریفه أوفوا بالعقود) جبران شود، اما قانونگذار شرط مطالبه را لازم دانسته است؛ که قابل انتقاد می‌نماید.

۳- در این رأی برای جبران کاهش ارزش ثمن به اطلاق عنوان غرامات استناد شده است، در حالی که با تحلیل ماهیت پول معلوم می‌شود که آنچه مدیون دین پولی مازاد بر ارزش اسمی آن با لحاظ نرخ تورم می‌پردازد، مبلغی اضافه بر دین او نیست، بلکه ایفای اصل تعهد اوست که ارزش آن کم شده و با پرداخت مبلغی معادل نرخ تورم، کمبود ارزش آن جبران می‌گردد. به همین دلیل، کاهش ارزش پول با ربا و نیز خسارت تأخیر تأدیه تفاوت دارد.

۴- «خسارات ناشی از افزایش قیمت‌ها» که اختلاف اصلی شعب ۳ و ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی بوده، در رأی وحدت رویه به «جبران کاهش ارزش پول» تبدیل شده و بدین صورت، مطالبه تفاوت ثمن و قیمت روز مبیع از بایع فضولی از شمول رأی وحدت رویه خارج مانده است.

۵- برای جبران مابه‌التفاوت ثمن قراردادی (با لحاظ نرخ تورم) و قیمت روز مبیع باید به قواعد عمومی ضمان قهری و ماده ۳۹۱ ق.م. روی آورد و به نظر می‌رسد قواعد موجود خسارت مذکور را قابل جبران می‌شمارد، زیرا خریدار با بطلان بیع از داشتن مبیع محروم شده و این نفع مسلم به حکم عرف ضرر است و از این رو، عامل زیان باید ضرر مذکور را جبران نماید. معیار محاسبه میزان ضرر قابل جبران، اصولاً نوعی است، یعنی باید تفاوت ثمن با قیمت روز امثال مبیع محاسبه و به پرداخت آن حکم شود؛ منتها پیش‌بینی‌های متعارف افراد و شرایط ویژه مبیع نیز باید لحاظ شود.

۶- حکم به پرداخت قیمت روز مبیع (خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها) ناظر به فرضی است که رشد قیمت املاک از نرخ تورم بیشتر باشد. چنانچه نرخ تورم بیش از افزایش قیمت املاک باشد، همان ثمن به اضافه نرخ تورم باید پرداخت گردد و پرداخت خسارت ناشی از افزایش قیمت‌ها منتفی است. بنابراین، «پرداخت قیمت روز مبیع» یا «بازپرداخت ثمن به نرخ روز» را باید

این گونه تفسیر نماییم که اگر رشد قیمت ملک بیشتر از نرخ تورم باشد، «ثمن به قیمت روز» همان قیمت روز ملک (قیمت روز امثال ملک یا خود ملک به شرح مقرر در فوق) است و چنانچه رشد قیمت ملک پایین تر از نرخ تورم باشد، اعمال نرخ تورم را راه تعیین «ثمن به قیمت روز» بدانیم.

References:

- [1] A group of researchers under the supervision of Seyyed Mahmoud Hashemi Shahroudi (2005), Encyclopedia of Jurisprudence according to the Religion of Ahl al-Bayt, v. 2, 1st ed., Qom: Moaseseh daerato-al-Ma'aref-e Fegh'he Eslami. (In Persian).
- [2] Al-Sanouri, A. Ahmad (no date), Alvasit, v. 4, Beyrout: Da'ar Ehya (In Arabic).
- [3] Bahjat, Mohammad Taghi (2007), Estefta'at, v. 4, 1st ed., Qom: Daftar Ayatollah Bahjat. (In Persian).
- [4] Bazgir, Yadollah (2000), Civil Act in the mirror of the Supreme Court's Judgments: Sale and Rulings about it, 3rd ed., Tehran: Entesharat Ferdosi. (In Persian).
- [5] Behbahani, Vahid (1996), Hashiyat Majma al Fa'edeh, 1st ed., Qom: Moghadas Ardabil Commemoration Congress. (In Arabic).
- [6] Emami, Seyyed Hassan (2006), Civil Law, V. 1, 26th ed., Tehran: Entesharat Eslamiyeh. (In Persian).
- [7] Esfahani, S. A. (2001), Vasilat al Nejat, 1st ed., Qom: Moaseseh Nashr Asar Emam Khomeini. (In Arabic).
- [8] Fazel Lankarani, Mohammad (2004), Jame al Masa'el, v. 1, 1st ed., Qom: Amir Ghalam. (In Persian).
- [9] Ghanavati, Jalil, et al., (2019), Analysis of Theoretical Foundations the judicial precedent of Supreme Court No. 733 regarding the ZAMAN DARAK, Jurisprudence and Principles of Islamic Law, (1), 145-162. (In Persian).
- [10] Gharibeh, Ali (2008), Legal Jurisprudence Review of the Ability to Claim the Amount of Devaluation of the Money and Compensation for Late Payment, Jurisprudence and the History of Culture, (16), 49-64. (In Persian).
- [11] Hashemi Shahroudi, Seyyed Mahmoud (1995), Responsibility for Devaluing Money, Fegh Ahl Bayt, (2), 48-87. (In Persian).
- [12] Hashemi Shahroudi, Seyed Mahmoud (2002), Ghara'at Feghhiyat Mo'aserat, v. 2, 1st ed., Qom: Moaseseh daerat-al-Ma'aref-e Fegh'he Eslami. (In Arabic).
- [13] Hosseini Maraghi, S. A. (1996), Al-Anavin, 1st ed., Qom: Daftar Entesharat Eslami. (In Arabic).
- [14] Jalilvand, Yahya (2016), Criticism of Two Judicial Rulings: Compensation from the perspective of Rising Prices due to Economic Inflation, Journal of the Central Bar Association, (235), 159-168. (In Persian).

- [15] Judiciary Jurisprudential Research Center (2003), Jurisprudential and judicial Istifta, Selling another property, Majalleh Payam Amouzesesh, (5). (In Persian).
- [16] Katouziyan, Naser (2008 A), Civil Law: General Rules of Contracts, v. 4, 5th ed., Tehran: Enteshar Co. (In Persian).
- [17] Katouziyan, Naser (2008 B), Out-of-Contract Responsibility: Civil liability, v. 1, 8th ed., Tehran: Tehran University Press. (In Persian).
- [18] Katouziyan, Naser (2013), Civil Law: Inheritance, 5th ed., Tehran: Mizan. (In Persian).
- [19] Khalessi, Mohammad Bagher (1994), Rafa' al Gharar an Gha'edat La Zarar, 1st ed., Qom: Daftar-e Entesharat Eslami. (In Arabic).
- [20] Kharrazi, S. Mohsen (2005), Paper Money, Majalleh feghh Ahl bayt, (47), 93-110. (In Persian).
- [21] Khomeini, S. Roohollah (2001), Estefta'at, v. 2, 5th ed., Qom: Daftar Entesharat Eslami. (In Persian).
- [22] Khomeini, S. Roohollah (no date), Tahrir al Vasilat, v. 1, 1st ed., Qom: Dar al Elm. (In Arabic).
- [23] Makarem Shirazi, Naser (2001), Usury and Islamic Banking, 1st ed., Qom: Entesharat Madreseh Emam Ali. (In Persian).
- [24] Makarem Shirazi, Naser (2006), Estefta'at-e Jadid, v. 2 & 3, 2nd ed., Qom: Entesharat Madreseh Emam Ali. (In Persian).
- [25] MirJalili, S. Mohsen (2009), Compensation for Devaluation; Theory and Application, Iran's Economic Research, (4), 207-229. (In Persian).
- [26] Modarres, S. Hassan (1987), Al Rasa'el al Feghhiyah, 1st ed., Tehran: The Commemoration of the 50th Anniversary of the Martyrdom of Modarres. (In Arabic).
- [27] Mohammadi, Pezhman (2012), Zarourat Ghahri Danestan Zaman Darak, Danesh va Pazhouhesh Hoghoughi, (2), 185-222. (In Persian).
- [28] Montazeri, Hossein Ali (no date A), Estefta'at Masa'el Zaman, 1st ed., Qom: No publisher. (In Persian).
- [29] Montazeri, Hossein Ali (no date B), Resaleh Estefta'at, v. 2 & 3, 1st ed., Qom: No publisher. (In Persian).
- [30] Mousavi Bojnourdi, S. Mohammad (1980), Ghava'ed Feghhiyah, v. 1, 3rd ed., Tehran: Moaseseh Orouj. (In Persian).
- [31] Mousavi Bojnourdi, S. Mohammad (1993), Opinion of jurists on jurisprudential and legal issues arising from the devaluation of money, Majalleh Rahnamoun, (6), 103-120. (In Persian).
- [32] Na'ini, M. Mohammad Hossein (1997), Monyat al Taleb, v. 3, Qom: Moaseseh Nashr Eslami.
- [33] Najafi, Mohammad Hassan (1983), Javaher al Kalam, v. 25, 7th ed., Beyrout, Dar Ehya. (In Arabic).
- [34] Naraghi, Mowla Ahmad (1996), Ava'ed al Ayyam, 1st ed., Qom: Entesharat Daftar Tablighat Eslami. (In Arabic).

- [35] Nikfar, Mehdi (1993), Civil Act in the Judgments of the Supreme Court, 2nd ed., Tehran: Keyhan. (In Persian).
- [36] Rostami, E., et al. (2014), The Nature and Extent of the Claimable Damages from the Seller if the seller does not own it (Review of the Judicial Precedent of Supreme Court No. 733), Judgment Quarterly: Judicial Studies, (7), 45-66. (In Persian).
- [37] Rouhani, S. Sadegh (1991), Feghh al Sadegh, v. 18, 1st ed., Qom: Dar al Ketab. (In Arabic).
- [38] Sadr, S. Kazem (1996), The Economy of Early Islam, 1st ed., Tehran: Shahid Beheshti University Press. (In Persian).
- [39] Safaii, S. Hossein, & Rahimi, H. (2018), Civil Liability (out-of-Contract Responsibility), Tehran: Samt. (In Persian).
- [40] Safi Golpaygani, L. (1996), Jame al Ahkam, v. 1, 4th ed., Qom: Entesharat Hazrat Ma'asoumeh. (In Persian).
- [41] Seifi Mazandarani, A. A. (2008), Dalil Tahrir al Vasilat – Feghh al Reba, 1st ed., Tehran: Moaseseh Nashr Asar Emam Khomeini. (In Arabic).
- [42] Shahidi, Mehdi (2007 A), Civil Law, v. 3: Effects of Contracts and Obligations, 3rd ed., Tehran: Majd. (In Persian).
- [43] Shahidi, Mehdi (2007 B), Civil Law, v. 5: Dissolution of Obligations, 8th ed., Tehran: Majd. (In Persian).
- [44] Shiravi, Abdolhossein (2001), Critique and Review of the Provisions of the Code of Civil Procedure regarding the Claim for Contractual Damages and Late Payment, Mojtama Amouzesh A'ali Qom, (9), 7-50. (In Persian).
- [45] Tabatabayi, S. Ali (1997), Riyaz al Masa'el, v. 14, 1st ed., Qom: Moaseseh Al al Bayt. (In Arabic).
- [46] Tabatabayi Yazdi, S. Mohammad Kazem (1993), Takmalat al Orvat al Vosgha, v. 1, 1st ed., Qom: Davari. (In Arabic).
- [47] Tabatabayi Yazdi, S. Mohammad Kazem (1994), So'al va Javab, 1st ed., Tehran: Markaz Nashr al-Oloum al-Eslami. (In Persian).
- [48] Tabibiyan, S. Mohammad (1988), Eghtesad Kalan, Tehran, Entesharat Sazman Barnameh va Boudjeh. (In Persian).
- [49] Tabrizi, Javad (no date), Estefta'at-e Jadid, v. 2, 1st ed., Qom: No publisher. (In Persian).
- [50] Tahmasebi, Ali, & Shirazi, Ali (2019), The Possibility of Claiming Damages Resulting from the Devaluation of the Price in case of Termination of the Contract, Journal of Islamic Law, (49), 247-270. (In Persian).
- [51] Tajlil, Aboutaleb, et al., (1996), Jurisprudential Rulings of Money, Majalleh feghh Ahl bayt, (7), 9-53. (In Persian).
- [52] Vahdati Shobeiri, S. Hassan (2003), Comparative Study of Compensation for Late Payment in Iranian Law and Imami Jurisprudence, Islamic economy, (12), 93-110. (In Persian).
- [53] Yousefi, Ahmad Ali (1998), Poul Emrouz, Mesli, Gheimi ya Mahiyat

Sevvom, Fefgh Ahl Bayt, (14), 95-122. (In Persian).

- [54] Yousefi, Ahmad Ali (2002), Jurisprudential Study of Theories of Compensation for the Devaluation of Money (2), Fefgh Ahl Bayt, (31), 59-137. (In Persian).

تحلیل و ارزیابی تضمین اعتبار اختراع در قرارداد لیسانس*

علی ساعت چی^۱

دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی تهران

تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۱/۲۳ تاریخ پذیرش ۱۳۹۸/۱۰/۲۵

چکیده:

در پژوهش حاضر یکی از مسائل مهم حقوق قراردادی در حوزه مالکیت صنعتی مورد بررسی واقع شده است. پرسش مهمی که وجود دارد آن است که در قرارداد لیسانس اختراع آیا لیسانس دهنده، تعهدی در خصوص تضمین اعتبار اختراع دارد؟ در پاسخ به سوال طرح شده، اکثریت دکترین حوزه مالکیت فکری بر این دیدگاه است که وجود چنین تعهدی در قرارداد لیسانس ناممکن است. در این راستا برخی از دکترین داخلی، امکان وجود تضمین اعتبار اختراع را به طور کلی غیرممکن دانسته و مشهور دکترین خارجی با دلایلی چون عدم معقولیت؛ وجود دکترین تغییرات در حوزه اختراعات و همچنین به جهت ماهیت قرارداد لیسانس، احراز چنین تعهدی در قرارداد لیسانس را ناممکن می دانند. با وجود این، بررسی ها نشان می دهد دلایل مورد استناد در خصوص نفی کلی وجود چنین تعهدی، صحیح نبوده و همچون دیدگاه غالب نویسندگان در حوزه مالکیت فکری، اصل تعهد صحیح به نظر می رسد. اما در رابطه با دلایل مربوط به عدم احراز چنین تعهدی در قرارداد لیسانس اختراع، لازم است میان شروط اعتبار اختراع، قائل به تفکیک بود به این صورت که تضمین اعتبار اخراج از حیث جدید بودن آن با توجه به آن که تمامی منابع علمی موجود در اختیار نیست اصولاً ممکن نبوده و در مقابل؛ تضمین اعتبار از حیث کاربرد صنعتی و گام ابتکاری در پاره ای از موارد به طور ضمنی قابل احراز می باشد.

کلید واژگان: تضمین اعتبار، لیسانس اختراع، عدم معقولیت، دکترین تغییرات در حوزه اختراعات، قالب قراردادی، شروط ماهوی اختراع.

* - نوع مقاله پژوهشی

۱- (a-saatchi@sbu.ac.ir)

مقدمه

اختراع هنگامی از اعتبار و به تبع، حمایت قانونی برخوردار است که حاوی سه شرط جدید بودن، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی باشد^۱ به این معنا که دانش مربوط دارای گواهی نامه اعتبار بوده یا آن که در مرحله حق تقدم قرار داشته و یا اظهارنامه ثبت آنها به مراجع قانونی تقدیم شده باشد.^۲ اما نکته بسیار مهمی که از حیث قراردادی مطرح می شود آن است که صرف اعتبار دارایی فکری در زمان عقد کفایت نمی کند زیرا بهره برداری از اختراع منوط به اعتبار مستمر آن می باشد. (Grissom, 2008: 227) بنابراین لازم است میان «اعتبار اولیه» و «اعتبار مستمر» قائل به تفکیک بود زیرا ثبت اختراع تنها اماره ای بر اعتبار اختراع^۴ دارد و ممکن است پس از ثبت اختراع، به دلایل مختلف، اختراع مورد نظر بی اعتبار شده باشد.^۵ بنابراین به دلیل آن که اعتبار مستمر لازمه بهره-

۱ - ماده ۲ قانون ثبت اختراعات، طرح های صنعتی و علائم تجاری اشعار می دارد «اختراعی قابل ثبت است که حاوی ابتکار جدید و دارای کاربرد صنعتی باشد. ابتکار جدید عبارت است از آنچه که در فن یا صنعت قبلی وجود نداشته و برای دارنده مهارت عادی در فن مذکور معلوم و آشکار نباشد و از نظر صنعتی، اختراعی کاربردی محسوب می شود که در رشته ای از صنعت قابل ساخت یا استفاده باشد. مراد از صنعت، معنای گسترده آن است و شامل مواردی نظیر صنایع دستی، کشاورزی، ماهیگیری و خدمات نیز می شود.»

۲ - البته باید میان «حق تقدم» و «حق اولویت در ثبت» قائل به تفکیک بود به این معنا که حق نخست اصولاً ۱۲ ماه بوده و در جهت ثبت اظهارنامه است در حالی که حق اولویت در ثبت پس از تسلیم اظهارنامه ایجاد شده و تا هنگام تصمیم گیری مرجع قانونی معتبر است. به عبارت بهتر، حق نخست مطابق بند الف ماده ۳ کنوانسیون پاریس، شخص اظهارکننده از حق تقدم بر خوردار است با این حال، حق تقدم مزبور حق قطعی و امتیاز دایمی محسوب نمی شود بلکه حقی است مدت دار و دارای آغاز و پایان مشخص است که مطابق بند ج ماده ۴ کنوانسیون پاریس برای ثبت اختراع، چنین حقی ۱۲ ماه است و در صورتی که از زمان ثبت و تقدیم اظهارنامه نخستین تا ثبت اظهارنامه بعدی بیش از این مدت نگذشته باشد، اظهارنامه اخیر از مزایا و حقوق اظهارنامه ثبت شده مقدم برخوردار خواهد بود. در حقیقت مبنای حق تقدم، مصلحت مخترع و دادن فرصت معقول برای اندیشیدن درباره ورود به بازارهای مورد نظر است و این زمان به مخترع و یا دارنده اظهارنامه این امکان را می دهد تا مناطق و مراکز صنعتی نیازمند به وجود اختراع را شناسایی نماید. ر.ک (صالحی ذهابی، ۱۳۸۸: ۲۴۲)

3- Subsistence

4- Evidence of its validity

۵ - در مورد دانش فنی نیز لیسانس گیرنده باید تضمین دهد که اسرار در قلمرو عمومی وارد نشده اند. البته نمی توان انتظار داشت که وی بداند که آیا دیگران اسرار تجاری مزبور را به طرق قانونی تحصیل نموده اند یا خیر؛ اما وی باید ضمانت دهد که

برداری از دارایی فکری است. و از آن جا که بررسی اعتبار اولیه اختراع نیز دارای هزینه می- باشد (Meurer, 2017:3)^۱ ضروری است به وسیله تضمین مناسب تامین گردد.^۲ همچنین باید توجه داشت به جهت وجود این خصیصه (امکان ابطال اختراع در هر زمان) در نظام حقوق اختراعات، کمتر از حیث بیمه‌ای مورد توجه قرار می‌گیرد.^۳ علت این موضوع می‌تواند به سبب ضعف در سیستم اعلان در حوزه اختراعات و همچنین نقض‌های مکرری است که واقع می‌شود. به همین منظور، پژوهش حاضر درصدد پاسخ‌گویی به این سوال بنیادین است که آیا در قرارداد لیسانس اختراع؛ تضمین و تعهدی از ناحیه لیسانس‌دهنده نسبت به اعتبار اختراع وجود دارد یا خیر؟^۴ پاسخ به پرسش مذکور از این جهت دارای اهمیت است که نظام حقوق داخلی بیشتر به سوی جذب دانش و به تبع به عنوان لیسانس‌گیرنده سو دارد و وجود چنین تضمینی از حیث اقتصادی، اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. بنابراین در ابتدا جهت درک هرچه بهتر تعهد مذکور؛ نخست به مطالعه مفهوم تضمین اعتبار (۱) و مقایسه آن با سایر مفاهیم مشابه پرداخته می‌شود (۲) و سپس در ادامه ادله موافقین و مخالفین وجود تضمین اعتبار در قرارداد لیسانس مورد تحلیل و ارزیابی قرار می- گیرد به این صورت که در گام نخست دیدگاه عدم امکان وجود تعهد به تضمین اعتبار بررسی

اطلاعات نزد اشخاص ثالث افشا نشده است؛ زیرا چنین امری در حوزه توانایی و اختیارات اوست. در کشور چین این مورد از تضمیناتی است که به حکم قانون مقرر می‌شود و تراضی بر خلاف آن، فاقد اعتبار است.

1-While liability for copyright infringement and trade secret misappropriation actions are often successfully avoided or managed by corporate policies prohibiting intentional malicious acts, patent infringement actions often arise without the intentional act of copying or the like by the Seller and therefore require greater attention in the drafting of IP defense and indemnification provisions.”

۲ - برخی از نویسندگان این حوزه تاکید دارند که تشخیص این موضوع به هیچ عنوان به طور کامل ممکن نیست.

Ultimately, a prior search or validity opinion may only provide limited comfort for the parties, especially if it is heavily qualified by the patent attorneys who prepare this advice. See (Qiang Sim et al, 2015, 826)

۳- با این حال، بیمه ریسک‌های مرتبط با حقوق اختراعات از سال ۱۹۸۰ میلادی در آمریکا آغاز شده است.

Insurance coverage for patent risk has been developing since at least the early 1980 See (Cauthorn et al, 2010)

۴- مفهوم تضمین در ادبیات حقوق خارجی و به طور ویژه نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، در مفهوم وراثتی به کار می‌رود.

برای ملاحظه مفهوم و ماهیت وراثتی ر.ک (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۶: ۷۵۸-۷۳۳)

شده (۳) و سپس دلایل موجود در خصوص عدم احراز چنین تضمینی در قرارداد لیسانس مورد مطالعه واقع می‌شود (۴).^۱

۱- مفهوم تعهد به تضمین

تعهد به تضمین که در حقوق کامن لا با مفهوم «وارانتی» و در نظام حقوق رومی- ژرمنی و به طور ویژه فرانسه با مفهوم گارانتی همسانی دارد (Mohaghegh damad and Saatchi, 2017: 758) بر این موضوع تاکید می‌نماید که فروشنده در هنگام انعقاد قرارداد، این تعهد و تضمین را دارد که مبیع از حیث عیوب مادی و حقوقی عاری از هرگونه ایراد و حقوق اشخاص ثالث بوده و چنین ریسک و خطری بر عهده فروشنده خواهد بود. به عبارت دیگر، هدف از وجود چنین تعهدی در قراردادها، حمایت از انتظارات قراردادی و به طور ویژه منتقل‌الیه می‌باشد. به طوری که مبیع سالم و بدون عیب تحویل مشتری گردد (Saatchi, 2018: 27) همچنین وجود تعهد به تضمین، موجب جلوگیری از هزینه‌های گزاف در خصوص عدم تعلق مال به دیگری و یا عدم کیفیت مبیع می‌شود. در حقیقت، تعهد مذکور یکی از تعهداتی است که در راستای تعهد مربوط به حسن نیت بوده و سبب کاهش هزینه‌های معاملاتی می‌شود. (Anisur, 2015)

(3) همچنین باید توجه داشت در حقوق مالکیت فکری و به طور ویژه حوزه اختراعات، از آن جا که با عدم اطمینان و ریسک بیشتری همراه است. (Kief et al, 2009)^۲ چنین تعهدی از اهمیت دو چندانی بر خوردار می‌باشد دلیل این موضوع آن است که قراردادهای لیسانس یا مجوز بهره برداری، همواره ملازم ریسک و خطر است حتی اگر اختراع مذکور ثبت شده باشد؛ زیرا مجوزگیرنده نمی‌تواند اطمینان داشته باشد که مجوزدهنده واقعا مالک چنین حقوقی است و یا در صورت یقین به مالک بودن وی نمی‌تواند مطمئن باشد که تنها همین شخص دارای این حقوق است و افراد دیگر در ایجاد آن نقشی ندارند. علاوه بر آن که انتقال‌دهنده نمی‌داند تا چه زمانی

۱- باید توجه داشت در تحقیق حاضر صرفا به وجود یا عدم چنین تضمینی در قرارداد لیسانس اختراع پرداخته می‌شود و در

رابطه با ضمانت اجرای نقض چنین تعهدی، ضروری است در پژوهش مجزا مورد بررسی قرار بگیرد.

2- Patent law has changed often in recent years, making the field more uncertain than other areas of the Law.

اختراع مورد نظر معتبر می باشد. همچنین عدم اطمینان و ریسک ممکن است در ذات دانش به گونه ای تردید درباره ایجاد محصول آینده باشد به این معنا که آن دانش ممکن است نتواند منجر به تولید کالا گردد. (عباسی، ۱۳۹۱: ۱۵۷) با توجه به توضیحات فوق، تعهد به تضمین اختراع بر این موضوع تاکید دارد که لیسانس دهنده تعهد می نماید اختراع مورد نظر از حیث اعتبار صحیح می باشد.

۲- مقایسه تضمین اعتبار با مفاهیم مشابه

تضمین اعتبار اختراع در یک نگاه کلی قابل مقایسه با تضمین تمديد اعتبار اختراع (۲-۱) و شرط عدم چالش اعتبار اختراع (۲-۲) است که در ادامه به بررسی این موضوع پرداخته می شود.

۲-۱- تضمین تمديد اعتبار اختراع

اصولا تضمین اعتبار اختراع از بحث تمديد مدت اعتبار اختراع مجزا است و باید میان این دو تعهد، قائل به تفکیک بود؛ زیرا موضوع اخیر اشاره به آن دارد که در حقوق مالکیت صنعتی، اعتبار قانونی به صورت دوره ای در قبال پرداخت مبلغی به اداره ثبت تمديد می شود و اصولا هزینه های مربوط به ثبت نیز سیر صعودی دارد به این معنا که هرچه قدر گواهی اختراع به مدت پایان اعتبار نزدیک می شود؛ هزینه های مربوط به آن نیز افزایش می یابد. به همین مناسبت، در قرارداد لیسانس این سوال مطرح می شود که آیا لیسانس دهنده تعهدی مبنی بر پرداخت هزینه های تمديد اعتبار دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر، در قرارداد لیسانس اختراع، تضمین و تعهدی در ارتباط با تمديد اعتبار اختراع از سوی لیسانس دهنده وجود دارد یا خیر؟ در پاسخ به پرسش طرح شده برخی نویسندگان بیان نموده اند اصولا چنین تعهدی برای لیسانس دهنده وجود دارد و با تشبیه عقد لیسانس به قرارداد حق انتفاع و از باب مقدمه واجب، پرداخت آن از سوی لیسانس دهنده را احراز نموده اند. (Mahmoudi, 2014: 126) با این حال، آن گونه که ملاحظه می گردد تضمین اعتبار مرتبط با اعتبار خود دانش است در حالی که تمديد مدت اعتبار، تنها ناظر به مدت زمان و لزوم تمديد سالیانه اختراع است.

۲-۲- شرط عدم چالش اعتبار اختراع

«شرط عدم چالش»^۱ بر این نکته تاکید دارد که لیسانس گیرنده و یا لیسانس دهنده نمی توانند اعتبار اختراع و به تبع، قرارداد لیسانس را مورد چالش قرار دهند. این موضوع ممکن است ناشی از توافق صریح طرفین و یا تحت عنوان قاعده استاپل یا منع انکار پس از اقرار باشد. به عبارت بهتر، شرط عدم چالش اختراع می تواند ناشی از یک توافق قراردادی و یا به موجب قاعده استاپل حاصل شود. بنابراین مطابق تعریف فوق؛ تفاوتی که میان تعهد مذکور و تعهد مربوط به تضمین اعتبار وجود دارد آن است که طرفین قرارداد لیسانس به موجب این شرط، تعهد می نمایند اعتبار اختراع واگذار شده را دچار خدشه ننمایند در حالی که در فرض تضمین اعتبار، انتقال دهنده تضمین می نماید اختراع مورد قرارداد معتبر بوده و از این حیث دچار خدشه نمی شود؛ حال عدم اعتبار ناشی از به چالش کشیدن خود انتقال دهنده باشد یا آن که به دلایل دیگر چنین عدم اعتباری کشف گردد.

با این حال؛ ممکن است استدلال شود وجود شرط عدم چالش با سیاست های کلی حقوق اختراعات در تعارض است برای نمونه؛ به موجب آراء صادره در ایالات متحده آمریکا، چنین تعهدی باطل معرفی شده است. به عنوان مثال، در دعوای «شرکت لیر علیه آدکینز»^۲ در سال ۱۹۶۹ میلادی دادگاه فدرال عنوان نمود اگر لیسانس گیرنده حتی در فرض باطل بودن گواهی اختراع،

1-Non-contest clause

در قرارداد مجوز بهره برداری از پروانه اختراع، طرفین دارای نگرانی هایی هستند؛ مجوز گیرنده دغدغه این موضوع را دارد که موظف به پرداخت عوض، در ازای چیزی شده باشد که اساسا بی اعتبار بوده و او می تواند مجانا و آزادانه از آن استفاده کند. در مقابل، دارنده گواهی اختراع همواره نگران این است که به دلیل افشای اطلاعات نزد مجوز گیرنده و وقوف او به جوانب کار، باعث ترغیب او به طرح دعوای بی اعتباری پروانه اختراع گردد. برای دفع این خطر، معمولا در قرارداد شرط عدم چالش در اعتبار فناوری درج می شود به این معنا که مجوز گیرنده حق ندارد بعد از انعقاد قرارداد اعتبار پروانه ی اختراع را به چالش بکشد.

2-Lear, Inc. v. Adkins.

«ادکینز» از سوی «شرکت لیر» برای حل مشکلات ژيروسکوپ یا چرخش نما (وسیله ای برای اندازه گیری یا حفظ جهت می باشد). استخدام شد و به موجب توافق، هر ایده و کشف متعلق به ادکینز خواهد بود با این قید که باید در برابر هر اختراع ثبت شده به شرکت لیر لیسانس بدهد. اما توافق بر این پایه بود که اگر به هر دلیلی گواهی اختراع باطل بشود یا اداره ثبت اختراعات، از دادن گواهی امتناع بورزد «شرکت لیر» حق فسخ کل قرارداد را داشته باشد.

متعهد به پرداخت رویالتی باشد؛ به وضوح چنین موضوعی مخالف قواعد حقوق اختراعات خواهد بود زیرا سیاست کلی حقوق اختراعات بهره‌وری آزاد و کامل از اندیشه‌هایی است که در قلمرو عمومی قرار می‌گیرد. مضافاً بر آن که این موضوع، سبب می‌گردد استفاده عموم از ایده‌ی مورد نظر به صورت آزاد به تأخیر افتد. همچنین باید توجه داشت شرط و تعهد مذکور در خصوص تعهدات لیسانس‌دهنده نیز ممکن است جاری باشد. به عنوان نمونه، دیوان عالی ایالات متحده در دعوی «شرکت الکتریکی وستینگهاوس علیه شرکت عایق‌کاری فورمیکا»^۱ در سال ۱۹۲۴ عنوان نمود تعهد انتقال‌دهنده یک توافق قراردادی مبنی بر عدم به چالش کشیدن اعتبار گواهی اختراع است. دادگاه در دعوی فوق اذعان نمود که لیسانس‌دهنده از به چالش کشیدن اعتبار گواهی - اختراع انتقال یافته منع شده اما با این استدلال که اختراع و دانش، اموری مرتبط با منافع جامعه است عنوان کرد که چنین توافقی از اعتبار قانونی برخوردار نیست.

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد در نظام حقوقی آمریکا، مباحث مربوط به اعتبار گواهی مبتنی بر قوانین فدرالی بوده، در حالی که موضوع شرط عدم چالش یک بحث حقوق قراردادی و مرتبط با قوانین ایالتی است و در صورت تعارض میان این دو دسته قوانین، اصولاً قواعد فدرالی مقدم است. با این حال، در نظام حقوقی ایران، امکان چالش اعتبار قانونی پروانه اختراع، امری پذیرفته شده است. زیرا مطابق ماده ۱۸ ق.ث.ا.ط.ع هر ذینفعی اگر ثابت کند شرایط قانونی لازم برای صدور پروانه وجود نداشته می‌تواند از دادگاه، ابطال گواهی‌نامه اختراع را بخواهد و در صورت احراز صحت ادعا، گواهی‌نامه اختراع از تاریخ ثبت، باطل تلقی شده و می‌تواند حق امتیازهای پرداخت شده را نیز مسترد نماید. بنابراین ملاحظه می‌شود در مقام مقایسه، در تعهد مربوط به تضمین اعتبار، لیسانس‌دهنده تعهد می‌نماید اعتبار اختراع پابرجا است و در صورت نقض آن، مسئول خسارت‌های وارده خواهد بود. در حالی که شرط عدم چالش، در صورتی که مخالف قوانین آمرانه تلقی نشود. به این معنا است که لیسانس‌دهنده نمی‌تواند اعتبار اختراع را خدشه دار نماید. البته در این که مفاد تعهد مذکور سلب حق و یا تعهد به ترک فعل مادی است قابل بررسی بوده و با توجه به مفاد توافق طرفین، تعیین می‌گردد.

1 -Westinghouse Electric & Manufacturing Co. v. Formica Insulation Co.

۳- دیدگاه عدم امکان وقوع تضمین اعتبار اختراع

در قسمت حاضر ابتدا دیدگاه فوق الذکر تبیین (۱-۳) و سپس به نقد و بررسی چنین نظری پرداخته می‌شود. (۲-۳)

۳-۱- تبیین دیدگاه

برخی از نویسندگان داخلی در این زمینه عنوان نموده‌اند که تضمین عدم ابطال گواهی اختراع، امکان پذیر نیست زیرا تضمین برای آن که گواهی در آینده نیز ابطال نخواهد شد، ناممکن و فراتر از توانایی دارنده‌ی گواهی است. زیرا شرط مذکور همانند آن است که شرط شود بوته‌های گندم به سنبله برسد و در نتیجه، نامقدور و باطل می‌باشد. (Abbas Tabar Firouzjahi, 2014: 183-184) به عبارت بهتر، وجود تضمین عیوب حقوقی از حیث فنی دچار اشکال بوده و باطل محسوب می‌شود. زیرا چگونه ممکن است در قرارداد، تعهد به امری گردد که خارج از توانایی متعهد است. بنابراین مطابق بند نخست ماده ۲۳۲ قانون مدنی^۱ چنین تعهدی باطل است.

۳-۲- نقد و بررسی

در مقام ارزیابی، نخست باید توجه داشت تفاوتی که میان این ایراد و سایر موارد وجود دارد در این است که ایرادات وارد شده توسط سایرین، بر این مطلب تکیه دارد که وجود تضمین اعتبار صحیح است اما وجود آن به طور ضمنی در قراردادهای لیسانس امری خلاف انتظارات قراردادی است. اما براساس اشکال مزبور، ساختار تضمین اعتبار اختراع باطل است زیرا موضوع تعهد، فراتر از توانایی متعهد تلقی شده و در صورت تصریح نیز جز شروط نامقدور و باطل خواهد بود. در واقع، استدلال ارائه شده بر این پایه استوار است که اعتبار اختراع به عنوان یک وصف مورد معامله محسوب می‌شود. باید توجه داشت این که چنین وصفی در زمان انعقاد قرارداد وجود دارد تردیدی نیست چراکه صفت اختراع بر دانش مورد نظر قابل تطبیق است و حیات حقوقی دارد. اما

۱ - ماده ۲۳۲ «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد ۳- شرطی که نامشروع باشد.

آن چه محل بحث و تردید واقع شده، موضوع عدم ابطال و یا عدم اعتبار اختراع به عنوان یک وصف استقبالی است به این معنا صفت استقبالی که در مورد معامله شرط شده، موشوق الحصول نبوده و تحقق یا عدم آن در آینده محل تردید است بنابراین غرر و خطر مالی اجتناب ناپذیر بوده و باید بر بطلان چنین شرطی نظر داشت.^۱

با این حال، به نظر می‌رسد وصف اعتبار به عنوان یک موضوع استقبالی، قابلیت طرح را ندارد در حقیقت، التزام لیسانس دهنده به این مطلب که اعتبار اختراع خدشه دار نمی‌شود به عنوان یک وصف استقبالی محسوب نمی‌گردد. زیرا وصف مذکور در حال حاضر موجود است و تنها مطلبی که وجود دارد تداوم آن در آینده است. در نتیجه، تداوم وصف و استقبالی بودن آن دو موضوع کاملاً مجزا تلقی می‌شوند.^۲ به واقع امر، اختلافی که میان تضمین و ضابطه اقتدار متعهد بر وصف و یا حتی فعل وجود دارد آن است که تعهد نخست از نوع تعهد منفی است مبنی بر آن که واقعه خاص (عدم اعتبار اختراع) واقع نخواهد شد و تعهد دوم، بر این پایه است که واقعه‌ای ایجاد خواهد شد. به عبارت بهتر، تعهد نخست بر عدم ایجاد واقعه‌ای تکیه دارد در حالی که تعهد دوم بر وقوع صفتی در آینده مبتنی است. بنابراین قیاس تعهد مبتنی بر تضمین (از این حیث که وجود صفتی را در زمان انعقاد قرارداد و تداوم آن در آینده را تأکید می‌نماید) با اقتدار متعهد در ایجاد وصف حالی و استقبالی، ناممکن است. در نتیجه، از دیدگاه عرفی، مفاد چنین تضمینی با هیچ

۱ - یکی دیگر از ایراداتی که به دیدگاه مطرح شده وجود دارد و البته جنبه فرعی دارد؛ مثالی است که نویسنده در خصوص موید خود مبنی بر شرط غیر مقدور ارائه کرده است زیرا اصولاً فقهای امامیه در بحث از شرط غیر مقدور، اشتراط خوشه نمودن زراعت را مثال زده‌اند و برخی انجام این شرط را به شخص مشروط علیه و برخی به خداوند و عده‌ای به هر دو منسوب می‌نمایند و در هر حال بر غیر مقدور بودن آن تکیه کرده‌اند اما باید گفت که اشتراط شرط مذکور به لحاظ عدم امکان تعلق اراده جدی متعاقدين بدان ممکن نیست و بنابراین نباید آن را داخل در شرط غیر مقدور مورد بحث قرار داد. ر.ک (Abedian, 2000: 61)

۲ - اگرچه حتی قائل شدن به استقبالی بودن چنین وصفی نیز، برخی از فقهای قائل به صحت آن هستند زیرا با توجه به این که مبیع در حین انعقاد قرارداد ذاتاً و وصفاً معلوم است لذا غرری متصور نیست و علم به اوصاف مورد معامله نیز تا ابد شرط نیست بنابراین شرط صحیح است. «و أما المورد الثانی، و هو ما اذا كان الشرط وصفاً، فإن كان واقعاً بوجوده كان الوصف حالياً أم استقبالياً صح بلا تأمل؛ فإنه لا غرر ولا محذور آخر... والحق هو التفصيل بينهما، والبناء على الصحة في الاستقبالی و البطلان فی الحالی» ر.ک (روحانی، ۱۴۱۲: ۴۱)

اشکال حقوقی مواجه نخواهد بود. به عبارت بهتر، مفاد تعهد به معنای این نیست که به هیچ عنوان گواهی اختراع باطل نمی شود بلکه به این معنا است که لیسانس دهنده عدم ابطال چنین اختراعی را تضمین و در صورت نقض، ضامن خسارت های وارده خواهد بود.

۴- ارزیابی ادله عدم احراز تضمین اعتبار اختراع در قرارداد لیسانس

در خصوص عدم احراز تضمین اعتبار در قرارداد لیسانس، دلایل مختلفی چون عدم معقولیت (۴-۱) دکرین تغییرات در حوزه اختراعات (۴-۲) و در نهایت، نفی تضمین بر مبنای ماهیت قرارداد لیسانس (۴-۳) به عنوان دلایل مخالفین قابل ذکر می باشد که در ادامه مورد ارزیابی قرار می گیرد. و در انتها دیدگاه برگزیده مورد مطالعه واقع می شود. (۴-۴)

۴-۱- عدم معقولیت

۴-۱-۱- تبیین دیدگاه

یکی از دلایلی که بر عدم وجود تضمین اعتبار از سوی برخی دکرین حقوقی ارائه شده، عدم معقولیت وجود چنین تضمینی در این دسته از قراردادها است. زیرا عقلایی نیست این انتظار وجود داشته باشد لیسانس دهنده، اموری را تضمین نماید که شناخته شده نباشد. زیرا بسیاری از نقض های جزئی ممکن است وجود داشته باشد که همچنان کشف نشده باقی می ماند. مضاف بر آن که آیا استفاده خاص موجب نقض می شود یا خیر؛ موضوعی ذهنی و فرضی و به سادگی قابل ارزیابی نیست. (Ehrlich, 2008:503) 'همچنین گروهی از نویسندگان در تایید این موضوع بیان می دارند هنگامی که مهندسین و متخصصین سازمان ثبت اختراعات با آن همه بررسی های که انجام داده، نتوانستند نقصی برای ثبت اختراع بیابند چگونه می توان از نوآور چنین تضمینی را انتظار داشت. زیرا هیچ کس نمی تواند به همه فنون پیشین آگاهی داشته باشد (Poltorak, 2004:63)^۲

1-It is unreasonable to expect the seller to warrant that no undetected infringements exist, since many small infringements may go undetected Also, whether a particular use constitutes an infringement is highly subjective.

2-Such demands are unreasonable and, for any sentient patentee, unacceptable. It is virtually impossible to identify all of the relevant prior art, and, hence, it is virtually impossible to be assured of the validity of a patent.

۲-۲-۴- ارزیابی دیدگاه (مطالعه پاسخ موافقین تضمین)

دیدگاه فوق با مبنا قراردادن انتظارات قراردادی طرفین به تحلیل و نفی تضمین اعتبار پرداخته است با این حال، در پاسخ به دلایل عدم وجود تضمین اعتبار در قرارداد لیسانس، استدلال شده است که در قراردادهای خرید کالا نیز اصولاً مشتری مبلغی را که در ازای خرید کالا پرداخت می نماید بدون در نظر گرفتن هزینه اقامه دعوا جهت حق استفاده بدون دغدغه کالا است. به عبارت بهتر، خریدار انتظار وجود چنین هزینه‌ای را در زمان انعقاد قرارداد نداشته است.^۱ بنابراین در صورتی که قرارداد لیسانس نیز همچون قرارداد فروش کالا تلقی گردد می توان استنباط نمود در قراردادهای لیسانس حق اختراع نیز، منتقل‌الیه در زمان انعقاد قرارداد، انتظار هزینه اضافی مبنی بر اقامه دعوا جهت دعوی اعتبار را دارد، استدلال دیگر آن که اصولاً در قراردادها؛ مسئولیت نسبت به ریسک‌های احتمالی و بالقوه با طرفی است که نسبت به آن‌ها علم و اطلاع دارد در این رابطه، حقوق اموال فکری نیز از این قاعده مستثنی نبوده و لیسانس دهنده تضمین وجود فناوری و اطمینان نسبت به اعتبار دانش مربوط را داده است بنابراین لیسانس دهنده بهترین فردی خواهد بود که تشخیص دهد، نقض احتمالی حقوق اشخاص ثالث رخ داده است یا خیر. (Allen some et al, 2010) مضافاً بر آن در بیشتر وضعیت‌های تجاری، خصوصاً در مواردی که لیسانس گیرنده قصد سرمایه‌گذاری کلان در لیسانس اموال فکری را داشته باشد این استدلال را تقویت می‌نماید که تضمین اعتبار به نفع لیسانس گیرنده وجود دارد. (Marchese, 2009:195-196) ^۲ بنابراین همان‌گونه که ملاحظه می‌شود استدلال به عدم معقولیت وجود چنین تضمینی در قرارداد لیسانس صحیح به نظر نمی‌رسد.

1-When a buyer bargains for a certain price to purchase the subject good, it is doing so without the expectation that it will have to pay a hidden litigation cost on top of the purchase price just to secure the right to use what it bought see (Arena et al, 2010)

2-However, in more even handed commercial situations, particularly where the potential licensee will be **expected to invest heavily** in the infrastructure required to work an IP license, let alone pay upfront or guaranteed minimum payments, the arguments in favor of licensor giving a warranty as to validity are more compelling.

۴-۲-دکترین تغییرات

۴-۲-۱-تبیین دیدگاه

یکی از مهم‌ترین ادله در خصوص عدم وجود تضمین اعتبار، «دکترین تغییرات در حوزه اختراعات»^۱ است بر اساس دکترین مذکور از آن جا که قلمرو حقوق اختراعات ناشناس تلقی شده و همچنین به جهت نامعلوم بودن اعتبار گواهی اختراع و از حیث تهدیدات احتمالی فراوان علیه گواهی اختراع، دیگر نمی‌توان به وجود چنین تضمینی در قراردادهای لیسانس اختراع اعتماد کرد. به واقع امر، از آن جا که اعتبار قانونی اختراع، ممکن است در هر لحظه مورد خدشه قرار بگیرد در نتیجه، اعتبار گواهی، ثبات و پایداری خود را از دست می‌دهد. بنابراین نمی‌توان تضمین ضمنی اعتبار را به عنوان تحلیل اراده طرفین و به ویژه لیسانس دهنده مورد پذیرش قرار داد. (Nimmer, 2011: 880) به همین جهت است که از دیرباز عدم وجود تضمین اعتبار، مورد پذیرش دکترین قرار گرفته است. (Walker, 1885:204)

۴-۲-۲-ارزیابی دیدگاه (تحلیل عرف تجاری قراردادهای لیسانس)

اصولا قواعد تکمیلی در چهارچوب روابط تجاری مشترک شکل می‌گیرند و عرف تجاری به هیچ عنوان یک عقیده ساده و متعلق به چند شخص به خصوص نیست بلکه مجموعه پیچیده از این واقعیت است که عرف تجاری آیین، تمام نمای اقدامات و تصمیمات اشخاص در عرصه معاملات است. در حقیقت، با شناخت الگوهای موجود در عرف تجاری، می‌توان تا حدود زیادی به قصد مشترک طرفین قرارداد نایل شد. به عبارت بهتر، هدف از همخوانی قواعد تکمیلی و عرف تجاری مناسب، رسیدن به مقصد تجاری و نتایج قابل انتظار است. بنابراین مقصود از بستر تجاری قراردادهای حوزه مالکیت فکری، عرف تجاری است که قراردادهای انتقال و به طور ویژه لیسانس در آن شکل می‌گیرد. همچنین باید توجه داشت بستر عرفی و تاریخی قرارداد لیسانس در هر مورد پیش فرض‌های ویژه خود را دارد. برای مثال، قراردادهای لیسانس اسرار تجاری اصولا در رابطه با این تضمین است که لیسانس گیرنده، اطلاعات افشا شده را به خوبی محافظت نماید در مقابل، در

1-Quirkiness of patent doctrine

2- Historic licensing practices and assumption

قراردادهای حقوق ادبی و هنری، مولفان، به دنبال تضمین معتبری برای آثار خود هستند به گونه‌ای که قرارداد لیسانس بستر مناسبی را در بخش‌های مختلف بازار فراهم نماید تا به کرات از اثر موجود استفاده شود. در حقیقت، این پیش فرض‌های متفاوت، ناشی از اهداف مختلف لیسانس-دهندگان است. شناخت این موضوع موجب شناخت قواعد مشترک هر یک از این معاملات خواهد شد. (Samuelson, 1999:3)

با توجه به مقدمه فوق؛ به عقیده برخی از دکترین مالکیت فکری، در نظام حقوق قراردادهای مالکیت صنعتی، محیط تجاری متفاوت، عرف صنعتی^۱ متفاوتی را اقتضاء می‌کند (Nimmer, 2000:289) با این حال، به اعتقاد برخی از نویسندگان، عرف تجاری در حوزه صنعت اختراعات قدری مبهم و پیچیده است زیرا اوضاع و احوال موجود در قراردادهای لیسانس بسیار مختلف و متنوع است علت این موضوع ناشی از آن است که معاملات در حوزه قراردادهای لیسانس از مخترعین کوچک و تولیدکنندگان محلی شروع شده و تا قراردادهای میان شرکت‌ها بسیار بزرگ و فنی ادامه دارد. بنابراین شناسایی قواعد تکمیلی از طریق عرف تجاری راه گشا نخواهد بود؛ زیرا حتی با طرح ریزی حد متوسطی از قواعد همچنان شاهد تنوع و گستردگی موضوع می‌باشیم. (Domeij, 2009:51)

با این حال، به نظر می‌رسد در تحلیل عرف تجاری قرارداد لیسانس، موضوع خاص موجب به وجود آمدن عرف قراردادی خاص خواهد شد. بنابراین وجود چنین تضمینی مستلزم شناخت موضوع خاص این دسته از معاملات است. در این زمینه، مطالعه و بررسی قسمتی از رای دیوان عالی ایالات متحده آمریکا در پرونده «شرکت برق وستینگهاوس علیه شرکت عایق سازی فورمیکا»^۲ قابل توجه است. بر اساس آن دادگاه مذکور انتقال زمین را با انتقال گواهی اختراع مقایسه نموده و در انتها بیان می‌کند تفاوت میان این دو مقوله تنها در مورد موضوع انتقال است. با این استدلال که حدود قطعه زمین را می‌توان به آسانی تعیین و مورد ارزیابی قرار داد و از این طریق به صحت وجود و در نهایت اعتبار مال فروخته شده پی برد؛ درحالی که این مسئله در مورد اعتبار گواهی اختراع صادق نیست. قلمرو گواهی اختراع میان صاحب اختراع و عموم مردم می

1- Industry practices

2- Westinghouse Electric & Manufacturing Co. v. Formica Insulation Co

بایست در پرتو علم روز و در زمان ایجاد اختراع تعیین گردد. در نتیجه، با توجه به ویژگی خاص گواهی اختراع بهتر این است که علم روز در تعیین اعتبار گواهی مدنظر قرار گیرد. به عبارت بهتر، تعیین اعتبار اموال مادی امری ملموس تلقی شده و اعتبار سنجی گواهی اختراع موضوعی کاملاً اعتباری است به این مفهوم که با توجه به معیارهای پذیرفته شده در قانون ارزیابی می شود.^۱

۳-۴- نفی تضمین بر مبنای قالب قراردادی

۳-۴-۱- تبیین دیدگاه

پاره‌ای از حقوقدانان انگلیسی عنوان نموده‌اند، صرف قرارداد انتقال و به طور ویژه قرارداد واگذاری، دلالت بر وجود تضمین اعتبار نمی‌نماید. (Ticknor, 1867: 168) ^۲ دلیلی که در این زمینه مطرح می‌گردد آن است که فروش اختراع را به منزله فروش کالای معین تلقی نموده به این معنا که از آن جایی که هیچ تفاوتی میان اختراع و سایر اشیاء مادی وجود ندارد در نتیجه تفاوتی از حیث قالب قراردادی بیع یا لیسانس وجود ندارد. به همین منظور از آن جا که اطلاعات و آگاهی طرفین در خصوص اعتبار اختراع برابر است و هیچ یک از طرفین در این زمینه بر دیگری برتری ندارد. بنابراین در فرض نقض اعتبار، انتقال دهنده تنها اختراع موجود را منتقل نموده نه این که شخص مذکور نسبت به جدید بودن و یا کاربردی بودن چنین اطلاعاتی تضمینی ارائه داده باشد. البته تنها قاعده محدود کننده دیدگاه فوق آن است که مفاد قرارداد دلالت بر وجود تضمین اعتبار داشته باشد که در این وضعیت، امکان تضمین ضمنی قابل پذیرش است. (Ibid: 169) در غیر این صورت انتساب چنین تضمینی به انتقال دهنده خلاف واقعیت موجود است. ^۴ بنابراین در قرارداد

1- 266 U.S. 342 (1924)

2-in England, that a mere naked assignment of an interest in a patent does not import a warranty by the assignor of the validity of the patent.

3 -the patent, is to be regarded as a sale of an ascertained chattel

۴- شبیه این موضوع در دعوای «لیز علیه شرکت برنارد گلیکالر» در سال ۱۹۲۶ مشاهده شده است و به تبع بسیاری از دادگاه ها بر همین دیدگاه هستند.

A assignment of patent creates no implied warranty that patent is valid, or that invention does not infringe prior patents. *Leese v. Bernard Gloekler Co.*, Pa.1926, 135 A. 206, 287 Pa. 295. Patents 1473.

واگذاری اصولاً تضمین اعتبار وجود ندارد. اما در خصوص قراردادهای لیسانس، دیدگاه مشهور بر این نظر است که اگر اثر حقوقی لیسانس، صرفاً عدم اقامه دعوا از ناحیه لیسانس دهنده باشد؛ در نتیجه هیچ گونه تضمین ضمنی مبنی بر اعتبار اختراع از سوی لیسانس دهنده وجود ندارد.

۲-۳-۴- ارزیابی (شناخت ماهیت قراردادی)

یکی از مواردی که در شناخت صحیح قواعد حاکم بر قراردادهای لیسانس تاثیرگذار است، درک صحیح و روشن از ماهیت قراردادی است، چرا که از دیر باز یکی از اختلافات جدی در خصوص اعمال مقررات تکمیلی بر توافق طرفین، این موضوع تلقی شده است. به عبارت بهتر، آیا قراردادهای واگذاری و یا لیسانس قابل تطبیق با قراردادهای بیع و یا اجاره و یا سایر قراردادهای معین است؟^۱ پاسخ به پرسش مذکور می تواند در وضعیت کنونی که مقررات مشخص و معین وجود ندارد، در حل بسیاری از قواعد حقوقی و مسائل جزئی راه گشا باشد. زیرا با پذیرش هر قالب قراردادی، قواعد تکمیلی خاص خود قابل اعمال است. با این حال، باید توجه داشت در ارتباط با ماهیت قرارداد لیسانس در حوزه مالکیت صنعتی، دو خوانش وجود دارد زیرا مطابق تعریف ارائه شده از لیسانس که در قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه ای^۲ ایالات متحده آمریکا نیز منعکس شده است، «لیسانس به معنای قراردادی است که اجازه دسترسی، یا استفاده، توزیع، به کارگیری، تغییر یا بازتولید اطلاعات یا حقوق ناشی از اطلاعات را می دهد اما این دسترسی یا استفاده مجاز را محدود می کند یا صریحاً تعداد کمی از همه حقوق موجود در اطلاعات را اعطا می کند...»^۳ مطابق تفسیر رسمی قانون مزبور، لیسانس ممکن است اعطای حقوق و

۱- به عنوان نمونه؛ اگر قرارداد واگذاری حقوق مالکیت فکری را به مثابه قرارداد بیع بدانیم همان تعهدات مربوط به قرارداد بیع بر قرارداد جاری است همچنان که برخی از حقوقدانان داخلی به صراحت عنوان می نمایند که در قرارداد واگذاری حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی؛ تعهدات واگذارنده که در قالب تضمین مطرح می شود با رعایت تعهدات سنتی در قانون مدنی است. ر.ک (شمس، ۱۳۸۲: ۱۷۲). درحقیقت دیدگاه اخیر ترجمان دیدگاه پذیرفته شده از سوی برخی حقوقدانان فرانسوی در این موضوع است.

2- Uniform computer information transaction act

3- License” means a contract that authorizes access to, or use, distribution, performance, modification, or reproduction of, information or informational rights, but expressly limits the access or uses authorized or expressly grants fewer than all rights in the information...

یا صرفاً اجازه بهره‌برداری باشد. بنابراین در صورتی که قرارداد لیسانس را به معنای اعطای حقوق^۱ تلقی شود وجود چنین انتظاری مبنی بر تضمین اعتبار وجود دارد در مقابل، اگر لیسانس تنها به معنای اجازه استفاده، مورد توجه واقع شود (همچنان که در ماده ۵۰ ق.ث.ا.ط.ع و ماده ۲۱ آیین نامه اجرایی آن از لفظ «اجازه بهره‌برداری» استفاده شده) و صرفاً تعهد به عدم اقامه دعوا تفسیر گردد؛ وجود چنین انتظاری در قرارداد نامعقول به نظر می‌رسد. زیرا ماهیت قرارداد چیزی جز اجازه استفاده به دیگری نیست. در نتیجه، در صورت عدم تصریح بر ماهیت لیسانس، آن را باید صرف اجازه بهره‌برداری از حقوق مربوط دانست. زیرا این تعریف موافق قانون و عرف تجاری حقوق مالکیت فکری است. (Nimmer, 2002:120)^۲ در همین راستا بند سوم ماده ۴۰۱ «قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای»^۳ که به محدودیت‌ها و استثنائات^۴ این ماده اشاره دارد در خصوص وجود تضمین اعتبار عنوان می‌نماید «اگرچه تضمین مذکور در خصوص قراردادهای لیسانس به مفهوم انتقال حقوق، امکان‌پذیر است اما به عنوان قاعده تکمیلی، این موضوع در قراردادهای لیسانس که به صورت یک تعهد ساده متجلی می‌شود؛ نمی‌تواند وجود داشته باشد»^۵

۴-۴- دیدگاه برگزیده

جهت تشخیص احراز وجود تضمین اعتبار اختراع، ضروری است میان شرایط ماهوی اعتبار اختراع قائل به تفکیک بود به این صورت که در شرط جدید بودن اختراع، از آن جا که تمامی منابع و اطلاعات مرتبط با اختراع در جهان در اختیار نیست، چنین انتظاری مبنی بر تضمین

۱- سابقاً قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۰۴ قرارداد لیسانس را در مفهوم اعطای حقوق به کار برده است. ماده ۳۹ «دارنده ورقه اختراع می‌تواند ملکیت یا حق استفاده از موضوع اختراع خود را کلاً یا جزئاً به هر طریقی که بخواهد به دیگری منتقل نماید.»

2 -The traditional intellectual property view treats a license as nothing more than a covenant not to sue.

3 - UCITA (Uniform Computer Information Transactions Act)

4 -Exceptions and limitations

5 - (3) [Patent licenses.] The warranties under subsections (a) and (b)(2) are not made by a license that merely permits use, or covenants not to claim infringement because of the use, of rights under a licensed patent.

وجود آن از سوی لیسانس دهنده، خلاف قواعد حقوق قراردادی و توافق طرفینی است؛ زیرا انتساب چنین تعهدی بر عهده لیسانس دهنده، تکلیفی مالا یطاق است. (Tucson, 2002: 129)^۱ اما در ارتباط با شروط دیگر همچون کاربرد صنعتی و گام ابتکاری، به دلیل آن که جنبه‌های مذکور در اختراع، در صلاحیت خود لیسانس دهنده است و اصولاً قابل ارزیابی از سوی او می‌باشد، می‌توان چنین تضمینی را در قرارداد احراز نمود. به عبارت شایسته‌تر، شروط نامبرده شده در حدود اختیارات خود لیسانس دهنده است. برای مثال، اطلاعات مرتبط با نحوه تولید کالا و یا امکان به کارگیری دانش اختراع در جهت انبوه سازی، مواردی است که اصولاً لیسانس دهنده از آن مطلع است. در نتیجه، چنین امری خلاف انتظارات طرفینی نیست که تضمین و مسئولیت وجود کاربرد صنعتی (فایده داشتن اختراع) و یا گام ابتکاری را بر عهده لیسانس دهنده قرار داد. اما پرسشی که در این زمینه مطرح می‌گردد آن است که با اثبات موضوع با چه شخصی است؟ به عبارت بهتر، در صورتی که اختراع مذکور در اثر فقدان شرط کاربرد صنعتی و یا گام ابتکاری از اعتبار خارج شود؛ اثبات وجود تضمین بر عهده کدام یک از طرفین قرارداد است؟ در پاسخ به پرسش طرح شده به نظر می‌رسد باید میان قراردادهای لیسانس قائل به تفکیک بود به این معنا که در لیسانس انحصاری از آن جا که به نوعی انتقال حقوق و منافع اختراع مد نظر است این لیسانس دهنده است که باید عدم وجود تضمین اعتبار را به اثبات برساند چرا که قرارداد لیسانس، اصولاً حاوی وجود چنین تضمینی است. اما در لیسانس غیرانحصاری، از آن جا که هیچ گونه تعهدی مبنی بر تضمین اعتبار اختراع وجود ندارد؛ وجود تضمین قاعدتاً باید به اثبات لیسانس گیرنده برسد. به عبارت شایسته‌تر، در صورت اختلاف میان طرفین در لیسانس انحصاری، اصل بر وجود تضمین است و لازم است عدم تضمین اعتبار از سوی لیسانس دهنده به اثبات برسد؛ در حالی که در لیسانس غیر انحصاری، اصل بر عدم وجود تضمین است و لازم است وجود تضمین اعتبار از سوی لیسانس

۱ - در تایید این موضوع، بند دوم ماده ۴۰۱ «قانون متحدالشکل معاملات اطلاعات رایانه‌ای» در خصوص تضمین عدم ادعا از سوی ثالث عنوان می‌نماید در لیسانس انحصاری این تضمین ضمنی وجود دارد که لیسانس دهنده اعتبار اختراع را نیز تضمین نموده اما با این قید که اعتبار اختراع تنها در محدوده علم لیسانس دهنده ارزیابی می‌شود.

Uniform computer information transactions Act and by it approved and recommended for enactment in all the states at its annual conference meeting in its one-hundred-and-eleventh year

گیرنده به اثبات برسد.

نتیجه‌گیری -

در خصوص تحلیل و ارزیابی تضمین اعتبار در قرارداد لیسانس اختراع این موضوع آشکار شد که اصولاً دو دلیل عمده در جهت نفی آن از سوی نویسندگان مطرح شده است. نخست دلیلی که مبتنی بر نفی وجود ساختاری چنین تضمینی است و دوم، ادله‌ای که احراز تضمین اعتبار در قرارداد لیسانس را منتفی می‌داند. در بررسی دلایل مذکور مشخص گردید وجود تعهد به تضمین کاملاً صحیح بوده و از نقطه نظر قواعد حاکم بر شروط قراردادی با اشکال جدی مواجه نیست. اما در ارتباط با احراز تضمین اعتبار اختراع در قرارداد لیسانس سه دلیل عمده در خصوص نفی تضمین مطرح شده که عبارتند از نخست عدم معقولیت تضمین در قرارداد لیسانس دوم نفی تضمین بر مبنای دکترین تغییرات و سوم عدم وجود تضمین به دلیل قالب قراردادی لیسانس. اما بررسی موارد مذکور حاکی از آن است که وجود چنین تضمینی در قرارداد لیسانس نه تنها غیر معقول نیست بلکه در پاره‌ای از موارد وجود آن قابل تحقق است اما در خصوص دکترین تغییرات در حوزه اختراعات، باید توجه داشت که تبیین آن، مستلزم شناخت صحیح موضوعی قرارداد لیسانس و تفکیک آن از حوزه کالا است و در نهایت، نفی تضمین بر مبنای قالب قراردادی، اگرچه در برخی از مواقع، موافق عرف تجاری قراردادهای لیسانس است اما در مواردی که لیسانس، حاوی شروط انحصاری باشد وجود تضمین اعتبار از قوت بیشتری برخوردار می‌باشد. به عبارت دیگر، این موضوع وابسته به نوع خوانشی است که از قرارداد لیسانس وجود دارد و نمی‌توان به طور مطلق قائل به عدم وجود تضمین اعتبار بود.

با توجه به مطالب فوق؛ دیدگاه قابل حمایت در خصوص تضمین اعتبار در قرارداد لیسانس اختراع آن است که میان شروط مختلف اعتبار قائل به تفکیک بود. به این صورت که در شرط جدید بودن اختراع از آن جا که به تمامی منابع علمی دسترسی وجود ندارد؛ انتساب تضمین جدید بودن اختراع، فراتر از دانش لیسانس‌دهنده، موضوعی خلاف انتظارات قراردادی و توافق طرفینی است اما در ارتباط با شروط دیگر اختراع (کاربرد صنعتی و گام ابتکاری) به دلیل آن که این موارد در اختیار لیسانس‌دهنده است، وجود تعهد به تضمین و انتساب آن به شخص اخیر، صحیح به نظر

می‌رسد. البته با این قید که در صورت اختلاف میان طرفین در لیسانس انحصاری، اصل بر وجود تضمین است و لازم است عدم تضمین اعتبار از سوی لیسانس دهنده به اثبات برسد؛ در حالی که در لیسانس غیر انحصاری، اصل بر عدم وجود تضمین است و لازم است وجود تضمین اعتبار از سوی لیسانس گیرنده به اثبات برسد.

منابع و مآخذ-

- [1] Rohani, Seyyed Sadegh, Feghe Alssadegh, (1991) Vol.18, Dar Alketab-School Of Emam Sadegh, first Edition, Ghom, (in Arabic)
- [2] Saatchi, Ali, (2018), Warranties in Patent Rights Transfer Contracts, Phd Thesis, Faculty of Law in Shahid Beheshti University, (in Persian)
- [3] Salehi Zahabi, Jamal, (2009) Patent Rights (Comparative Attitude), Sherkate Sahami Enteshar, First Edition, Tehran, (in Persian)
- [4] Shams, Abdolhamid, (2003) Law of Trade Mark Property, SAMT Publication, First Edition, Tehran, (in Persian)
- [5] Abedia, Mirhoseyn, (2000) Nullity Terms and The Effect on Contract, Ghoghnoos Publication, First Edition, Tehran. (in Persian)
- [6] Abbas Tabar Firouzjahi, Majid, (2014) The Effect of Revocation of Patent on Situation of Technology Transfer Contracts, Phd Thesis, Faculty of law, Shahid Beheshti University. Tehran.
- [7] Mahmoudi, Asghar, (2013) Law of Technology Transfer Contracts, Jangal Publication, First Edition, Tehran. (in Persian)
- [8] Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa, Saatchi, Ali. (2017) The Conceptual Dimensions of Warranty in Contract Law with Comparative Approach, Journal Of Study Of Comparative Law, No.2, Vol. 8, pp733-758. (in Persian)
- [9] Anisur, Rahman, - Gopinath Chattopadhyay, (2015) *Long Term Warranty and After Sales Service Concept*, Policies and Cost Models, Springer-Verlag, London.
- [10] Arena, Christopher M. Rutkowski, Chad A. (2010) *Can I Settle Now? Determining the Existence of a "Rightful Claim" of Patent Infringement*, Published in Intellectual Property Litigation, Vol.21, the American Bar Association.
- [11] Cauthorn, Kim, Britven, Tom, Turek, Tamara, Sharing the Risk: (2010) *Patent Infringement Liability Indemnification and Insurance*, Published in Intellectual Property Litigation, Vol 21, the American Bar Association
- [12] Domeij, Bengt, (2009) *Implied Technical Warranties in Patent Licenses*, Stockholm Institute for Scandinavian Law.
- [13] Ehrlich, David, Trade mark (2008) *warranties in M & A transactions*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 3, No.8.
- [14] Florencia, Marotta-Wurgler, (2007) *What's in a Standard Form Contract? An*

- Empirical Analysis of Software License Agreements*, Journal of Empirical Legal Studies Vol. 4, Issue 4.
- [15] Grissom, Fred E & Pressman, David, (2008) *Inventor's Notebook: A "Patent it yourself" Companion*, Nolo, USA.
- [16] Kristin Elisabeth, (2015) *Warranties in technology license agreements: a fool's promise?*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 10, No. 11.
- [17] Lear, Inc. v. Adkins.
- [18] Marchese, David, (2009) *Warranties and covenants in IP licenses*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 4, No. 3.
- [19] Meurer, Michael J., (2017) *Allocating Patent Litigation Risk across the Supply Chain*, Forthcoming Texas Intellectual Property Law Journal.
- [20] Nimmer, Raymond T, Dodd, Jeff C, (2011) *Modern Licensing law*, Vol.1, West a Thomson Reuters business.
- [21] Nimmer, Raymond T., (2000) *Through the Looking Glass: What Courts and UCITA Say about the Scope of Contract Law in the Information Age*, 38 Duq. L. Rev. 255, 318 Provided by: University of Washington Law Library.
- [22] Nimmer, Raymond T., (2002) *Licensing in the Contemporary Information Economy*, Journal of Law & Policy, Vol. 8:99.
- [23] Poltorak, Alexander & Lerner, (2004) Paul, *Essentials of Licensing Intellectual Properties*, John Willey & Sons, USA.
- [24] Samuelson, Pamela, (1999) *Intellectual Property and Contract Law for the Information Age: Foreword to a Symposium*, California Law Review, Vol. 87, No. 1.
- [25] Ticknor Curtis, George, (1867) *the law of patents*. Enacted and Administered in the United States of America.
- [26] Walker, Albert H. (1885) *Text-Book of the Patent Laws of the United States of America*, Provided by: University of Washington Law Library.
- CASES [۲۷]
- [28] Westinghouse Electric & Manufacturing Co. v. Formica Insulation Co
- [29] Scott Paper Co. v. Marcalus Manufacturing Co.

امکان سنجی پذیرش تحلیل مشارکت در نقض علامت تجاری در حقوق ایران و آمریکا از منظر تحلیل اقتصادی*

حامد نجفی^۱

دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه

تربیت مدرس و پژوهشگر مرکز ملی تحقیقات

حقوق سلامت

محمود صادقی^۲

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

مرتضی شهبازی‌نیا^۳

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۲/۲۲ تاریخ پذیرش ۱۳۹۹/۵/۶

چکیده

در حقوق آمریکا، نقض علامت تجاری به دو طریق واقع می‌شود؛ مستقیم و غیرمستقیم. در نقض غیرمستقیم، شخص بدون ارتکاب عملی که مشمول نقض علامت تجاری شود، رفتاری را انجام می‌دهد یا در وضعیتی قرار می‌گیرد که حسب مورد، مسبب نقض مشارکتی (و انگیزشی) یا نیابتی می‌گردد. علامت تجاری، جزو نوآوری‌های غیرفناورانه است و توسعه‌ی حمایت از آن به طور مستقیم به افزایش میزان بهره‌وری اقتصادی منتهی نمی‌گردد. افزایش حمایت از علائم تجاری در قالب توسعه‌ی مسئولیت ناشی از نقض آن، در صورتی مطلوب است که نوآوری فناورانه در وضعیت بهینه‌ای قرار داشته باشد. با عنایت به

* - نوع مقاله پژوهشی

1. Email: Hamed.najafi@modares.ac.ir

2. (نویسنده مسئول) Email: Sadegh_m@modares.ac.ir

3. Email: Shahbazinia@modsres.ac.ir

DOI: 10.22067/le.v27i16.80651

وضعیت مطلوب نوآوری فناورانه در آمریکا، شناسایی چنین نهادی موجه به نظر می‌رسد. در مقابل، در نظام حقوقی ایران، مسئولیت غیرمستقیم ناشی از نقض علامت تجاری پیش‌بینی نشده و مصادیق مختلف این نوع نقض، مشمول مقررات عام مسئولیت مدنی بوده که این امر با عنایت به وضعیت کمتر مطلوب نوآوری فناورانه در ایران از وجه منطقی برخوردار است. هدف از تحقیق حاضر، با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و تحلیل اقتصادی شامل اثباتی و هنجاری، بررسی مسئولیت نقض غیرمستقیم علامت تجاری از منظر آثار آن در حوزه نوآوری است. وضعیت آمریکا به لحاظ فناوری، شناسایی و اعمال چنین مسئولیتی را با توجه به ارکان آن، موجه جلوه می‌کند اما با عنایت به وضعیت نوآوری فناورانه در ایران و با لحاظ جمیع شرایط از جمله، مقررات بین‌المللی، وضعیت سیاسی-اقتصادی ایران در عرصه بین‌المللی، عدم شناسایی نهاد مسئولیت غیرمستقیم ناشی از نقض علامت تجاری و اتکا به مقررات عمومی مسئولیت مدنی در این زمینه، توجیه شده و توصیه می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: نقض غیرمستقیم، علامت تجاری، برند، فناوری، حقوق ایران، حقوق آمریکا.

مقدمه

مسئولیت ناشی از نقض علائم تجاری، یا مستقیم است یا غیرمستقیم. مسئولیت غیرمستقیم در حقوق آمریکا، محصول رویه قضایی این کشور بوده و نقش مهمی در عملکرد نظام علائم تجاری، در راستای عدم گمراهی مصرف‌کننده و کاهش هزینه‌های جستجوی او و همچنین حمایت گسترده‌تر از حقوق صاحبان علائم تجاری، ایفا می‌کند. این رویه با عنایت به وضعیت تجاری-اقتصادی و فناورانه آمریکا، موجه به نظر می‌رسد که نه تنها در نظام داخلی این کشور، بلکه در سطح تجارت بین‌المللی نیز به خوبی می‌تواند منافع تجاری و اقتصادی آمریکا را تضمین کند. نوآوری، زیربنای توسعه اقتصادی پایدار در عصر اقتصاد دانش‌محور است و در این میان، نوآوری فناورانه و اجزاء آن مانند اختراع و هزینه‌های تحقیق و توسعه، نقش اصلی را ایفا می‌کنند. با این همه، در دهه‌های اخیر، به نقش نوآوری غیرفناورانه از جمله علائم تجاری در رشد و توسعه اقتصادی نیز توجه شده است. با وجود این، کماکان این نقش، فرعی و مکمل بوده و نوآوری فناورانه است که میزان رقابت‌پذیری شرکت‌ها و دولت‌ها را در تجارت داخلی و بین‌المللی تعیین می‌کند. آمریکا کشوری است که از نظر تجاری و اقتصادی، موقعیت ممتازی در دنیا داشته و این موقعیت ممتاز، بدون تردید، به جایگاه این کشور در عرصه تولید نوآوری

فناورانه وابسته است. نوآوری فناورانه با ارتقاء وضعیت رقابت پذیری، موجب افزایش رشد صادرات و در نتیجه، رشد اقتصادی این کشور شده است. بدیهی است در چنین وضعیتی، تقویت نظام نوآوری غیرفناورانه، به تحکیم جایگاه فناوری انجامیده و در حراست از حقوق صاحبان فناوری بسیار مؤثر خواهد بود. با این تحلیل، قطع نظر از مبانی حقوقی مسئولیت غیرمستقیم نقض علامت تجاری، شناسایی چنین مسئولیتی، همسو با وضعیت تجاری-اقتصادی و فناورانه‌ی آمریکا است و بهتر می‌تواند حقوق متعلق به این کشور را در روابط تجاری بین‌المللی نیز تضمین و حراست کند. در مقابل، نظام اقتصادی و اجتماعی ایران به لحاظ نوآوری فناورانه، از مطلوبیت کمتری در قیاس با آمریکا برخوردار است. بنابراین، شناسایی چنین نهادی در آن توصیه نمی‌شود و به نظر می‌رسد که دست کم با مبنا قرار دادن وضعیت تولید نوآوری در ایران و صادرات در این زمینه، عدم شناسایی نهادی مشابه از وجه منطقی برخوردار است. از طرف دیگر، فروض متعارف، تحقق مسئولیت غیرمستقیم ناشی از مشارکت در نقض علائم تجاری، در حقوق ایران، مشمول قواعد ناظر بر تعیین مسئول در فرض اجتماع اسباب متعدد در ورود ضرر هستند. اعمال این قواعد مانند، قاعده‌ی مسئولیت سبب مقدم در تأثیر، مسئولیت همیشگی ناقض مستقیم را به دنبال دارد، چرا که ابتدا، فعل او در نقض علامت تجاری مؤثر است. مسأله‌ی اصلی تحقیق حاضر این است که با لحاظ جمیع شرایط اقتصادی و حقوقی دو کشور آمریکا و ایران، پذیرش یا عدم پذیرش نظریه‌ی مسئولیت غیرمستقیم ناشی از نقض علامت تجاری، از منظر تحلیل اقتصادی چگونه تبیین می‌شود.

۱- مفهوم و قلمرو مشارکت در نقض علامت تجاری

به طور کلی، در نظام حقوقی کامن‌لا، نقض غیرمستقیم، عبارت است از عدم ارتکاب خطا به طور مستقیم. چنین خطایی، به شناسایی مسئولیت غیرمستقیم مرتکب منتهی می‌شود. تحمیل مسئولیت بر کسی که بدون ارتکاب مستقیم خطا، سبب ترغیب، تسهیل یا کسب منفعت از آن خطا می‌شود، مسئولیت ثانوی یا غیرمستقیم نام دارد. نقض غیرمستقیم یا ثانوی در مقابل نقض مستقیم یا

اصلی قرار می‌گیرد و در حقوق آمریکا، شامل نقض مشارکتی،^۱ انگیزشی^۲ و نیابتی^۳ است. بر این مبنا، مسئولیت غیر مستقیم نقض علامت تجاری نیز دو نوع است؛ مسئولیت مبتنی بر مشارکت در نقض و مسئولیت مبتنی بر وجود رابطه که به ترتیب مسئولیت مشارکتی (و انگیزشی) و نیابتی نامیده می‌شوند. در مسئولیت مشارکتی، ناقض غیر مستقیم، از طریق ایجاد انگیزه برای ارتکاب فعل زیانبار از سوی ناقض مستقیم یا تسهیل وقوع آن و یا مشارکت در ارتکاب فعل زیانبار از جانب وی، به نوعی در ارتکاب نقض مستقیم سهم می‌شود. بر اساس حقوق علایم تجاری آمریکا، چنین نقضی، نقض مشارکتی نام گرفته است که به نظر می‌رسد با عنایت به نقش انگیزش در آن، می‌توان از اصطلاح نقض انگیزشی نیز برای توصیف آن بهره برد.

در مقابل، نقض نیابتی عبارت است از عدم اعمال حق کنترل و نظارت بر رفتار مباشر نقض از سوی کسی که از چنین حقی برخوردار بوده به انضمام کسب منفعت مالی مستقیم در نتیجه نقض علامت برای شخص واجد حق نظارت. بهره‌برداری مستقیم مالی از نقض مستقیم علامت تجاری، توسط کسی که حق کنترل اعمال ناقض را دارد. تحقق این نوع نقض، مبتنی بر شکل‌گیری یک رابطه است و عناصر اساسی آن عبارت است از: ۱- وجود حق کنترل و نظارت شخصی بر شخص دیگر که معمولاً چنین حقی در قالب قرارداد ایجاد می‌شود. ۲- بهره‌مندی مستقیم شخص دارای حق کنترل از عمل نامشروع مباشر نقض. (Pinha, 2009, pp. 1-54.)

احراز رابطه‌ی مزبور محدود به مواردی نیست که رابطه‌ی نمایندگی رسمی محقق است. برخی دادگاه‌ها، در این زمینه، وجود مشارکت را نیز کافی می‌دانند. در حقیقت دادگاه‌ها، شرط وجود رابطه را محدود به رابطه‌ی رسمی نمایندگی و وکالت تلقی نکرده و مشارکت حقیقی یا ظاهری را نیز در این زمینه پذیرفته‌اند. See: Hard Rock Café Licensing Corp. v. Concession Services, Inc., 955 F.2d 1143 (7th Cir. 1992).

۲- مصادیق مشارکت در نقض علامت تجاری در آمریکا

نقض مشارکتی علائم تجاری، فاقد منبع قانونی بوده و محصول رویه‌ی قضایی دادگاه‌های

1. contributory liability

2. inducement of infringement.

3. Vicarious liability.

آمریکایی می‌باشد. رویه‌ی قضایی دادگاه‌های آمریکایی، حاوی آراء متضمن تحمیل مسئولیت بر افرادی است که ناقض مستقیم علامت تجاری را یاری و مساعدت کرده‌اند. حتی در برخی موارد، کسانی که ابزار تحقق نقض از قبیل محصول، برچسب یا بسته‌بندی را برای ناقض مستقیم علامت تجاری فراهم نموده‌اند، مسئول شناخته شده‌اند. دادگاه عالی آمریکا نیز با صدور رأی در دعوای اینوود، صحت چنین آرائی را مورد تأیید قرار داده است. در این دعوا دادگاه عالی، اعلام کرد که اگر تولیدکننده یا توزیع‌کننده‌ای، عمداً دیگری را به نقض علامت تجاری ترغیب کند یا چنانچه با علم حقیقی یا نوعی به فعالیت نامشروع خریدار، عرضه‌ی محصول خود به وی را تداوم بخشد، چنین تولیدکننده یا توزیع‌کننده‌ای برای هرگونه خسارت ناشی از این تقلب (جا زدن محصول خود به جای محصول دیگری)، مسئولیت مشارکتی خواهد داشت. Inwood

(Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc 456 U.S. 844 (1982)).

مصادیق اصلی نقض مشارکتی مشتمل بر مواردی است که خواننده‌ی دعوا، محصولات را برای ناقض مستقیم تهیه نموده و متعاقباً شخص اخیر، با نصب علامت ناقض، آن محصولات را وارد بازار می‌کند. البته ممکن است ناقض مستقیم، بدون نصب علامت ناقض بر محصولات مرتکب نقض علامت تجاری شود. برای مثال در جایی که مصرف‌کنندگان، محصول خاصی را تقاضا می‌کنند، وی محصولات تقلبی مزبور را به جای آن محصولات مورد تقاضا جا زده و به مصرف‌کننده ارائه می‌دهد. (پسینگ آف). در این مورد نیز کسی که محصولات را در اختیار شخص ناقض قرار داده، با حصول شرط علم و ترغیب به نقض، مسئولیت مشارکتی خواهد داشت. در برخی موارد ممکن است فردی از طریق چاپ علامت ناقض یا بسته‌بندی محصولات، ناقض را در عملیات نامشروع خود مساعدت نماید. قانون لنها، چنین افرادی را در صورتی مسئول جبران خسارات وارده دانسته است که اولاً نقض مستقیم محقق شود، ثانیاً ایشان با علم به فعالیت ناقض، مرتکب چنین فعلی شوند. در غیر این صورت، فقط از چاپ مجدد علامت منع خواهند شد اما الزامی به جبران خسارت ندارند. این مورد را نمی‌توان از مصادیق نقض مشارکتی علامت تلقی نمود، زیرا اعمال ضمانت‌اجرای آن، یعنی صدور قرار منع چاپ مجدد، منوط به اثبات تحقق نقض مستقیم علامت تجاری نیست، در حالی که طرح دعوای نقض مشارکتی علامت، مستلزم اثبات اولیه‌ی وقوع نقض مستقیم می‌باشد. بنابراین، به نظر می‌رسد، همانطور که برخی محققان نیز اذعان داشته‌اند، چنین فرضی، نقض مستقیم است نه غیرمستقیم. (Cross, 1994:105-6) با این همه،

ماده ۷ بازخوانی رقابت غیرمنصفانه آمریکا، تحت عنوان مسئولیت مشارکتی چاپ کنندگان، نشر دهندگان و سایر توزیع کنندگان، چنین افرادی را واجد مسئولیت مشارکتی قلمداد نموده است. به موجب بند ۱ این ماده، «کسی که از طریق تهیه مواد یا ارائه خدمات به دیگری، به طور مستقیم و اساسی او را در بازاریابی تقلبی مساعدت نماید، مسئولیت مشارکتی برای بازاریابی تقلبی خواهد داشت.» اما بند ۲ همان ماده، همسو با ماده ۳۲ قانون لنهام، عامل جاهل را مصون از جبران خسارت پولی دانسته و او را تنها مشمول قرار منع قلمداد کرده است. به موجب بند ج ماده ۸۷۷ دومین بازخوانی خطاهای آمریکا نیز مساعدت به ناقض مستقیم از سوی ناقض مشارکتی، دامنه‌ی گسترده‌ای از رفتارها را شامل می‌شود که صرف تهیه برچسب ناقض یا تجویز استفاده از اموال به منظور نقض علامت، از جمله‌ی این رفتارها می‌باشد. در قیاس با نقض مشارکتی، نقض انگیزشی علامت تجاری، از دامنه‌ی گسترده‌تری برخوردار است و شامل ترغیب شفاهی نیز می‌شود. بند الف ماده ۸۷۷ دومین بازخوانی خطاها نیز مؤید همین معنا می‌باشد. در ماده ۸ بازخوانی رقابت غیرمنصفانه هم نقض انگیزشی پیش‌بینی شده است؛ بر اساس بند الف این ماده، ارتکاب عمدی رفتاری که موجب ترغیب دیگری برای اشتغال به بازاریابی تقلبی شود، مشمول نقض انگیزشی علامت تجاری است. به موجب بند ب همین ماده نیز عدم اتخاذ تدابیر احتیاطی و پیش‌گیرانه نسبت به رفتار ناقض مستقیم، در جایی که چنین رفتاری عرفاً قابل پیش‌بینی است، موجب مسئولیت تارک فعل است.

۳- مبنای شناسایی مسئولیت غیرمستقیم علامت تجاری

با توجه به آنکه در نقض غیرمستقیم علامت تجاری، شخص به طور مستقیم مرتکب عمل غیرقانونی نمی‌شود، ممکن است از نظر حقوقی شناسایی این مسئولیت با چالش مواجه شود، اما ادله‌ی دیگری را می‌توان بدین منظور ارائه نمود. این ادله در دو نظام حقوقی ایران و آمریکا متفاوت است، زیرا به نظر می‌رسد که مبنای کلی حق بر علامت تجاری در ایران و آمریکا متفاوت است؛ جلوگیری از گمراهی مصرف‌کننده و کاهش هزینه‌های جستجوی او، مبنای غالب و اصلی حمایت از علائم تجاری در نظام حقوقی آمریکا را شکل می‌دهد. (Landes and Posner, 1987: 265-309, Dinwoodie and Janis, 2008:66, Dogan and Lemley, 2007:1223,1251, McKenna, 2013:1839-1916) اما در حقوق ایران، به طور سنتی حمایت

از حقوق صاحب علامت در درجه‌ی نخست اهمیت قرار دارد. (رک در این زمینه: صادقی، شمشیری، ۱۳۹۳: ۷۷-۱۰۵؛ صادقی، طاهری فرد، ۱۳۹۴: ۱۷۹-۱۵۱) بنابراین، در این دو نظام حقوقی، شناسایی و اجرای قواعد مسئولیت ناشی از نقض غیرمستقیم علائم تجاری نیز بر ادله و مبانی متفاوتی بنیان یافته است. اجرای قواعد مسئولیت غیرمستقیم نقض علامت تجاری در آمریکا اصولاً به تقویت مبنای عدم گمراهی مصرف کننده و کاهش هزینه‌های او در بازار منتهی می‌شود و بر همین پایه قابل تفسیر است، اما در حقوق ایران، این امر، به عنوان یک اصل اولی، موجب توسعه‌ی حقوق انحصاری صاحب علامت شده و در نتیجه، تفسیر سایر مسائل مرتبط نیز بر این مبنا استوار می‌گردد.^۱ تردیدی نیست، توسعه‌ی حقوق صاحب علامت، تحدید حوزه‌ی عمومی را به دنبال دارد، اما اگر مبنای این توسعه، عدم گمراهی عموم و کاهش هزینه‌های جستجوی آنان باشد، تحدید حوزه‌ی عمومی موجه به نظر خواهد آمد با این حال، چنانچه، توسعه‌ی حق صاحب علامت، با هدف حمایت گسترده‌تر از وی صورت پذیرد، تحدید حوزه‌ی عمومی خالی از وجه منطقی تلقی می‌گردد. با این تحلیل، عدم شناسایی مسئولیت غیرمستقیم در نظام حقوقی ایران، موجه به نظر می‌آید.

در کنار این مبانی اصلی، در دکتترین (Bikoff, Johnston, Heasley, Marano, and Long, 2010: 334) و رویه‌ی قضایی (Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc 456 U.S. 844 (1982)) مقابله با رقابت نامشروع تجاری، یکی دیگر از مبانی شناسایی نقض مشارکتی علامت تجاری تلقی شده است که همین مبنا را در شرایطی خاص و با توجه به ماده‌ی ۱۰ مکرر کنوانسیون پاریس که ایران به آن ملحق شده، می‌توان در نظام حقوقی ایران نیز قابل اعمال دانست.

۱. هر یک از این دو مبنا، اصل اولی را شکل می‌دهند اما نافی مبنای دیگر به عنوان، مبنای درجه‌ی دوم نیستند. برای مثال، در حقوق آمریکا نیز شناسایی مسئولیت غیرمستقیم علامت تجاری، حقوق انحصاری صاحب علامت را توسعه داده و او را قادر می‌سازد تا با صرف هزینه‌ی کمتر، از نقض علامت خویش در سطح گسترده‌ای ممانعت به عمل آورد. در حقوق ایران نیز، هر چند مبنای اصلی حمایت از علامت تجاری، حفظ حقوق صاحب علامت است اما به طور بالعرض، مصرف کنندگان نیز از مزایای عدم گمراهی و کاهش هزینه‌های جستجو، بهره‌مند می‌شوند. رک:

(Brian, 2002: p.97)

و نیز رک: (sadeghi & shamshiri, 2014: 77-105)

۴- ارکان مسئولیت غیرمستقیم

قطع نظر از وقوع نقض مستقیم که پیش شرط ورود به مسأله‌ی نقض غیرمستقیم علامت تجاری است، بر خلاف نقض مستقیم علامت تجاری که مسئولیت محض خاطی را به دنبال دارد و مستلزم وجود رابطه‌ی مشخصی نیست، مسئولیت غیرمستقیم، منوط به وجود رابطه‌ی میان ناقض مستقیم و غیرمستقیم می‌باشد. در هر دو نوع مسئولیت مشارکتی و نیابتی، وجود این رابطه لازم است. در این قسمت، ارکان تحقق مسئولیت غیرمستقیم ناشی از نقض علامت تجاری در حقوق آمریکا بررسی می‌شود.

۴-۱ مسئولیت مشارکتی

به موجب رویه فعلی در حقوق آمریکا، تحقق نقض مشارکتی علامت منوط به احراز دو عنصر می‌باشد؛ علم حقیقی یا فرضی خواننده نسبت به وقوع نقض مستقیم و تأثیر اساسی فعل خواننده‌ی دعوا در تحقق نقض مستقیم. Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc., 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971), Bartholomew , 2009:3, Bartholomew ., (McArdle, 2011: 683). بنابراین، می‌توان گفت که تحقق نقض مشارکتی منوط به احراز دو عنصر معنوی (تقصیر) و مادی (فعل اساسی) است.

۴-۱-۱ رکن معنوی

در مسئولیت مشارکتی، رابطه‌ای مستحکم میان ناقض مستقیم و غیرمستقیم وجود دارد. در این نوع از مسئولیت، وجود رابطه، مثبت علم و اطلاع خواننده‌ی دعوای نقض مشارکتی و در نهایت تقصیر او است. تقصیر خواننده در دعوای مسئولیت مشارکتی بر اساس معیار علم او به فعالیت نامشروع ناقض مستقیم دست می‌آید. در حال حاضر، دادگاه‌ها بر خلاف برخی آراء قدیمی که «عمد» را شرط می‌دانستند، (Adams, 2007:652-653) معیار «علم نوعی» خاص را در این زمینه ملاک عمل قرار می‌دهند. See: A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, (1020 (9th Cir. 2001). به عبارت دیگر، باید اثبات شود که خواننده در خصوص یک مورد خاص از نقض، به وقوع آن علم داشته یا با توجه به اوضاع و احوال، نوعاً عالم به نقض بوده است. See Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc., 443 F.2d 1159, (.

(1162 (2d Cir. 1971). البته همانطور که برخی نویسندگان گفته‌اند، تمایز میان علم حقیقی و نوعی، واجد اثر عملی به نظر نمی‌آید، زیرا دارنده‌ی علم نوعی، واجد علم حقیقی نیز تلقی می‌گردد. (Adams, op.cit:683) در رأی مشهور اینوود، دادگاه اعلام کرد که «اگر تولیدکننده یا توزیع‌کننده‌ای، عمداً دیگری را به نقض علامت تجاری ترغیب کند یا چنانچه با علم حقیقی یا نوعی به فعالیت نامشروع خریدار، عرضه‌ی محصول خود به وی را تداوم بخشد، چنین تولیدکننده یا توزیع‌کننده‌ای، نسبت به هرگونه خسارت ناشی از این تقلب (جا زدن محصول خود به جای محصول دیگری)، مسئولیت مشارکتی خواهد داشت.» (Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc 456 U.S. 844 (1982)) بنابراین، هرگاه ناقض غیرمستقیم، در زمان ارتکاب فعل خود، نوعاً عالم به ارتکاب متعاقب نقض مستقیم توسط دیگری باشد، به عنوان ناقض مشارکتی علامت، واجد مسئولیت خواهد بود. (Ives Laboratories, Inc. v. Darby Drug See also: Reid, Murdoch & Co. v. H. P. Co., 638 F.2d 538, 543 (2d Cir. 1981), Coming Glass Works v. Jeanette Glass Coffee Co., 48 F.2d 817 (8th Cir. 1931), Co., 308 F. Supp. 1321 (S.D.N.Y. 1970) در هر حال، خواننده باید به اوضاع و احوال خاصی علم داشته باشد و علم کلی و اجمالی او نسبت به وقوع نقض کافی نیست (Tiffany (NJ) see: Inc. v. eBay Inc., 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010). یعنی علم حقیقی یا نوعی خاص به وقوع نقض مستقیم، شرط احراز مسئولیت مشارکتی ناشی از نقض علامت تجاری در آمریکا می‌باشد.

۴-۱-۲ رکن مادی

علاوه بر شرط علم که نشان‌گر رکن معنوی نقض مشارکتی است، «اساسی بودن مشارکت» خواننده نیز به عنوان رکن مادی، شرط مسئولیت است. در گذشته، مصادیق شرط مزبور، بسیار مضیق بوده و دادگاه‌ها تنها تولید و توزیع محصولات لازم جهت نقض مستقیم را مشمول این شرط می‌دانستند. (Academy of Motion Picture Arts & Scis. v. Network Solutions, Inc., 989 F. Supp. 1276, 1279-80 (C.D. Cal. 1997). اما قدر متیقن، در حال حاضر و به حکایت اجماع نویسندگان و دادگاه‌ها، عمل ارادی «مساعدت یا ترغیب»، رکن مادی نقض مشارکتی را محقق می‌سازد. (Combs, 2005:289) بنابراین، صرف ترغیب و تهییج و توصیه به ارتکاب تخلف، بدون ارائه‌ی مساعدت یا مشارکت فیزیکی نیز مساعدت اساسی تلقی می‌گردد.

محدود کردن رکن مادی نقض مشارکتی به تولید و توزیع محصولات غیرقانونی، با رویکرد حمایت از صاحبان علامت تجاری منافات دارد، به همین سبب، رویه‌ی قضایی آمریکای، به مرور زمان و به ویژه با توسعه‌ی فناوری‌های مدرن مانند اینترنت، تفسیرهای موسع‌تری را از این شرط، ارائه نمود و تلاش کرد تا به مفهومی موسع و منعطف‌تر از عنصر اساسی بودن مشارکت در راستای تطبیق با شرایط جدید، دست یابد. این تغییر رویکرد، موجب شد تا در پرونده‌ی آمازون، عدم اتخاذ تدابیر ساده به منظور جلوگیری و ممانعت از نقض مستقیم، از سوی خواننده را دلیل مسئولیت مشارکتی تلقی شد. (Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146, 1172 (9th Cir. 2007) دادگاه تجدیدنظر ناحیه‌ی یازدهم نیز صراحتاً قلمرو نقض مشارکتی را به افعال مجوزدهنده‌ها و امتیازدهندگان تعمیم داد و خاطر نشان نمود که ممکن است امتیازدهنده‌ی علامت تجاری به واسطه‌ی نقض مستقیم امتیازگیرنده و به جهت عدم اتخاذ تلاش متعارف به منظور توقف نقض، مشمول مسئولیت مشارکتی قرار گیرد. (Mini Maid Servs. Co. v. Maid Brigade Sys., Inc., 967 F.2d 1516, 1521 (11th Cir. 1992) ناحیه‌ی هفتم نیز چنانچه مالک بازار اجاره‌ای نسبت به نقض فروشنده (مستأجر)، عمداً تجاهل کند، مسئولیت مشارکتی وی محرز دانسته شده است. (Hard Rock Café Licensing Corp. v. Concession Servs., Inc., 955 F.2d 1143, 1148-49 (7th Cir. 1992).)

بنابراین، در حال حاضر، تولید یا توزیع محصول، عدم اتخاذ تدابیر احتیاطی متعارف در راستای جلوگیری از وقوع نقض و تجاهل عمدی، از جمله مصادیقی هستند که رکن مادی نقض مشارکتی را شکل می‌دهند.

۲-۴ مسئولیت نیابتی

احراز مسئولیت نیابتی منوط به اثبات رابطه‌ای است که پیش‌تر، میان ناقض مستقیم و غیرمستقیم شکل گرفته که حق و امکان نظارت بر اقدامات ناقض مستقیم را به ناقض غیرمستقیم می‌دهد و علاوه بر این، در نتیجه‌ی این رابطه، ناقض غیرمستقیم از نقض علامت، منفعت مستقیم مالی به دست می‌آورد. بنابراین، عناصر تحقق مسئولیت نیابتی علامت تجاری عبارت است از: ۱- وجود رابطه میان ناقض مستقیم و نیابتی و حق و امکان نظارت بر اقدامات ناقض از سوی خواننده دعوی نقض نیابتی ۲- حصول منفعت مالی مستقیم برای ناقض غیرمستقیم. (Gershwin Publ'g

Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc., 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971), King, Jr., 2005:417-485)

۴-۲-۱ رابطه‌ی موجد حق نظارت و کنترل

تحقق نقض نیابتی علامت تجاری و مسئولیت ناشی از آن، مبتنی بر وجود رابطه میان ناقض نیابتی و مباشر نقض می‌باشد. مستند چنین شرطی نظریه‌ی نمایندگی در حقوق خطاها می‌باشد. همانگونه که مسئولیت اعمال نماینده بر عده‌ی اصیل است، در نقض نیابتی نیز، مباشر نقض، نماینده‌ی ناقض نیابتی تلقی شده و بر همین مبنا، مسئولیت نقض بر او تحمیل می‌گردد. هر رابطه‌ای این شرط را محقق نمی‌سازد و دادگاه‌ها معمولاً در احراز آن، معیار مضیق را اعمال نموده و وجود رابطه‌ای قوی را ملاک می‌دانند. یعنی مسئولیت نیابتی صرفاً زمانی محقق می‌شود که نماینده (ناقض مستقیم) به نیابت از اصیل (ناقض غیرمستقیم)، علامت تجاری را نقض نماید. CROSS, 2001 (638): مطابق آراء برخی دادگاه‌های آمریکایی نمایندگی در صورتی احراز می‌شود که ناقض مستقیم و نیابتی واجد شراکت حقیقی یا ظاهری بوده (See Vulcan Golf, LLC. v. Google Inc., 552 F. Supp. 2d 752, 780 (N.D. Ill. 2008); Hard Rock Cafe Licensing Corp. v. Concession Serv, Inc., 955 F.2d 1143, 1149-50 (7th Cir. 1992). و در خصوص معاملاتی که با اشخاص ثالث انجام می‌دهند، امکان دستور به یکدیگر یا اعمال کنترل مشترک بر محصول ناقض را داشته باشند. Hard Rock Cafe Licensing Corp. v. Concession Servs., Inc., 955 F.2d 1143, 1150 (7th Cir.1992); Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Serv. Ass'n, 494 F.3d 788, 807 (9th Cir.2007); see also Banff Ltd. v. Limited, Inc., 869 F.Supp. 1103, 1111 (S.D.N.Y.1994)

کسی که از اختیار قانونی یا عملی برای توقف یا تحدید عمل نقض مستقیم برخوردار است، واجد حق نظارت تلقی شده و با حصول سایر شرایط، مسئولیت نیابتی دارد. موکل از چنین اختیاری بهره‌مند است و به باور برخی، در قرارداد مقاطعه‌کاری مستقل نیز چنین حقی برای کارفرما وجود دارد. (Levin, 2009: 510) به همین دلیل، با افزایش میزان نظارت مسئول نیابتی بر وسایل به کار گرفته شده توسط ناقض مستقیم، احتمال احراز مسئولیت نیابتی نیز بالاتر می‌رود. بر همین مبنا، در پرونده‌ی هارد راک، دادگاه با استناد به حق نظارت ناچیز موجد بر اعمال مستأجر، مسئولیت نیابتی مالک به سبب نقض مستقیم علامت تجاری توسط مستأجر را نپذیرفت.

Cafe Licensing Corp. v. Concession Servs., Inc., 955 F.2d 1143, 1150 (Hard Rock (7th Cir.1992))

مسئولیت ناشی از نقض نیابتی دارای قیود دشواری بوده و به راحتی احراز نمی‌شود زیرا این نوع مسئولیت، یک استثنائی بر اصل عمومی تحمیل مسئولیت بر فاعل فعل زیانبار بوده و باید به طور مضیق به کار گرفته شود. (Lewis v. Physicians Ins. Co., 627 N.W.2d 484,488 (Wis. 2001)).

صرف امکان نظارت به انضمام کسب منفعت مالی از نقض، شرط رابطه را اثبات نمی‌کند. (United States v. Wash. Mint, L.L.C., 115 F. Supp. 2d 1089, 1106 (D. Minn. 2000, Procter & Gamble, 222 F.3d at 1276, Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 1278 (10th Cir. 2000)., Batholomew and John ,464 U.S. 417, 439 (1984) Tehranian,2006: 1370)

بر همین اساس، به رغم وجود تکلیف نظارت در رابطه‌ی بین مجوزدهنده و گیرنده‌ی و فرانچایزر و فرانچایزی علامت تجاری، دادگاه‌ها، چنین مواردی را در احراز شرط رابطه کافی ندانسته‌اند. (Mini Maid Servs. Co. v. Maid Brigade Sys., Inc., 967 F.2d 1516, 1519 (11th Cir. 1992), Oberlin v. Marlin Am. Corp., 596 F.2d 1322, 1327 (7th Cir. (1979).)

۲-۲-۴ منفعت مستقیم مالی

حصول منفعت مالی مستقیم در نتیجه‌ی نقض مستقیم برای مسئول نیابتی، شرط دیگر تحقق مسئولیت نیابتی ناشی از نقض علامت تجاری می‌باشد. مشارکت حقیقی میان ناقض مستقیم و نیابتی در سود و منفعت، چنین شرطی را محقق می‌سازد. در پرونده هارد راک، مستأجر بازار، علامت تجاری دیگری را با فروش محصولات ناقض، نقض نمود. خواهان، با طرح ادعای مسئولیت نیابتی، علیه موجر طرح دعوا نمود اما دادگاه، صرف دریافت اجاره‌بها از ناقض مستقیم یا جذب مشتری در نتیجه‌ی نقض علامت را، منفعت مالی مستقیم تلقی نکرد و اعلام نمود که تنها مشارکت حقیقی در سود، در این زمینه منشأ اثر می‌باشد. دادگاه اعلام کرد که در اینجا، موجر، محل را به منظور جذب مشتری اجاره نداده و درصدی از فروش‌های ناقض حق نیز به او تخصیص داده نشده است. (Hard Rock Café Licensing Corp. v. Concession Services 955 F.2d 1143 (7th Cir. (1992)).

بنابراین، در آمریکا، علاوه بر اثبات وجود شرط رابطه، حصول منفعت مالی آشکار و مستقیم در نتیجه‌ی نقض برای مسئول نیابتی، قید دیگر تحقق مسئولیت نیابتی ناشی از نقض علامت تجاری می‌باشد (Bartholomew, Tehranian, op.cit:1375)

۳-۴ وجوه اشتراک و افتراق

در هر دو نوع مسئولیت مشارکتی و نیابتی، وجود رابطه، شرط است؛ رابطه‌ای میان ناقض مستقیم و غیرمستقیم. علاوه بر این، هر دو مورد، مسئولیت ناشی از فعل غیر به حساب می‌آیند، چراکه در هیچ‌یک، ناقض غیرمستقیم، رکن مادی خطای منتهی به مسئولیت را مرتکب نمی‌شود. با وجود این، این دو نوع مسئولیت از برخی جنبه‌ها، با هم تفاوت دارند؛ رابطه‌ی موجود در مسئولیت نیابتی، از استحکام و قوت بیشتری در قیاس با مسئولیت مشارکتی برخوردار است. تنها، رابطه‌ای قوی بین ناقض مستقیم و غیرمستقیم، مثبت مسئولیت نیابتی خواهد بود. علاوه بر این، در مسئولیت مشارکتی، شرط رابطه، مثبت علم و اطلاع خواننده و در نهایت تقصیر او است، اما در فرض مسئولیت نیابتی، موجب احراز حق کنترل و نظارت بر رفتار ناقض مستقیم بوده و ورود مال به دارایی خواننده را اثبات می‌کند. همچنین، بر خلاف مسئولیت مشارکتی که مبتنی بر احراز تقصیر است، مسئولیت نیابتی، محض و مطلق بوده و حتی اثبات عدم تقصیر و حسن نیت مسئول نیابتی نیز مسئولیت وی را منتفی نمی‌کند. افزون بر این، اگرچه، هر دو نوع مسئولیت، ناشی از فعل غیر به حساب می‌آیند، اما این حکم در خصوص مسئولیت مشارکتی، بر خلاف مسئولیت نیابتی، با اندکی تردید مواجه است، زیرا احراز تقصیر خواننده‌ی دعوای مسئولیت مشارکتی، مرادف با انتساب ورود ضرر به اوست. بنابراین، می‌توان از این منظر، مسئولیت وی را شخصی تلقی کرد اما مسئولیت ناقض نیابتی، در هر حال، ناشی از فعل غیر به حساب می‌آید. تأکید بر این تحلیل، تفاوت در مبانی این دو نوع مسئولیت را نیز آشکار می‌سازد؛ مبنای مسئولیت مشارکتی، عدالت اصلاحی است؛ بدین توضیح که ناقض مشارکتی، موجب ورود ضرر به دیگری شده و بنابراین، عدالت اقتضا می‌کند تا همو مکلف به جبران خسارت باشد، اما مسئولیت نیابتی، واجد مبانی اقتصادی

است؛ عدالت توزیعی،^۱ پایه‌ی آن را شکل می‌دهد و نظریه‌هایی مانند، مسئولیت بنگاهی،^۲ آن را تأیید می‌کند. (Najafi & madani, 2020: 106)

۵- بررسی ماهیت مصادیق نقض غیرمستقیم علائم تجاری در حقوق ایران

در مسئولیت ناشی از نقض غیرمستقیم علائم تجاری، شخص، بی آنکه رکن مادی خطای نقض را مرتکب شود، موجب نقض می‌گردد. چنین ماهیتی در فقه و حقوق ایران، از دو منظر قابل بررسی است؛ اگر نقض مستقیم، اتلاف محسوب شود، نقض غیرمستقیم، تسبیب تلقی شده، و قضیه مشمول قواعد اجتماع مباشر و سبب خواهد بود. در مقابل، چنانچه، نقض مستقیم، تسبیب به حساب آید، اجتماع اسباب شکل گرفته و قواعد اجتماع اسباب حاکم می‌شود.

۱-۵ نقض مستقیم؛ اتلاف

در فرضی که نقض مستقیم علامت تجاری، اتلاف تلقی می‌گردد، نقض غیرمستقیم تسبیب در اتلاف است. فقها و حقوقدانان برای تسبیب تعاریف مختلفی آورده‌اند؛ به باور برخی فقها، تسبیب، هر عملی است که تلف به سبب آن حاصل می‌شود؛ مانند کندن چاه در ملک غیر. (Helli, 1990: 186) در نظر عده‌ی دیگر، تسبیب عبارت است از ایجاد چیزی که تلف بدان حاصل می‌شود، اگرچه علت تلف، چیزی غیر از آن بوده به نحوی که تحقق علت تلف از آن قابل پیش‌بینی باشد؛ مانند کندن چاه یا باز گذاشتن ظرف غذا و یا وادار نمودن دیگری به اتلاف. (hekmatnia, 2007: 203)

نویسندگان حقوقی نیز همین مضمون را نقل کرده‌اند؛ در تسبیب شخص به طور مستقیم مباشر تلف نیست، بلکه مقدمه‌ای را فراهم می‌کند که در نتیجه‌ی آن کار یا همراه با علت‌های دیگر، تلف واقع می‌شود به نحوی که عرف ورود زیان را منسوب به او می‌داند. (katouzian, 2003: 216) مصادیق بارز نقض نیابتی در حقوق ایران، البته تحت عنوان مسئولیت ناشی از فعل غیر، شامل مسئولیت سرپرستان ناشی از فعل صغار و مجانین، مسئولیت کارفرما در قبال خسارات کارگران به

1. distributive justice.

2. Enterprise Liability Theory.

اشخاص ثالث می‌شوند. بر خلاف نظام حقوقی آمریکا، چنین مسئولیتی نیز مطابق قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ ایران، مبتنی بر تقصیر بوده و محض و مطلق نیست. بنابراین، در فرض ورود خسارت ناشی از رفتار کودک یا مجنون یا کارگر به غیر، ضرر وارده، حسب مورد، به تقصیر سرپرست یا کارفرما نیز مستند می‌گردد و به همین دلیل است که در صورت اثبات عدم تقصیر، از مسئولیت نهایی معاف خواهند بود.

مسئولیت کیفری ناشی از فعل غیر، مصرح در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مانند کارفرما یا سرپرست به دلیل خطای کارگر یا شخص تحت سرپرستی، (غلامی، ۱۳۹۶: ۹) نیز مبتنی بر تقصیر است، زیرا به موجب ماده‌ی ۱۴۲ این قانون: «مسئولیت کیفری به علت رفتار دیگری، تنها در صورتی ثابت است که شخص، به طور قانونی مسؤول اعمال دیگری باشد یا در رابطه با نتیجه‌ی رفتار ارتكابی دیگری، مرتکب تقصیر شود».

بر این اساس، می‌توان گفت، چون در نظام حقوقی ایران، مصادیق نقض نیابتی نیز مبتنی بر تقصیر است، تحت شمول قواعد تسبیب بوده و به همین دلیل، استفاده از عنوان تسبیب برای توصیف مصادیق نقض نیابتی در حقوق ایران، بلامانع می‌باشد. البته در حقوق آمریکا نیز مفاهیم نقض مشارکتی، انگیزشی و نیابتی، به طور کامل از یکدیگر منفک و متمایز نبوده و وجوه اشتراک زیادی بر آنها حاکم است.

با این توضیح، هر کجا در تحقیق حاضر از واژه‌ی نقض غیرمستقیم برای حقوق ایران استفاده می‌شود، این عنوان، عام بوده و شامل نقض مشارکتی، انگیزشی و نیابتی می‌گردد.

مطابق نظام حقوقی ایران، تقصیر، شرط مسئولیت مسبب است؛ (Haji Nouri, 2012:144) همانطور که ملاحظه شد، احراز وقوع نقض مشارکتی و انگیزشی نیز مستلزم احراز علم یا عمد خوانده (تقصیر) می‌باشد. بنابراین، در فرض تحقق نقض مشارکتی و انگیزشی علائم تجاری، می‌توان گفت که خوانده مسبب نقض بوده و قضیه تابع قواعد تسبیب در خسارت است.

در نظام حقوقی ایران نیز یکی از ارکان اصلی مسئولیت مدنی، تحقق ضرر می‌باشد. نقض غیرمستقیم علامت تجاری نیز با فرض وجود، مشمول این قاعده است. بنابراین، اگر برای مثال، شخصی با علم به فعالیت نامشروع شخص ثالث، محصولاتی را به وی بفروشد، اما خریدار متعاقباً مرتکب نقض علامت تجاری نشود، فروشنده، هیچ مسئولیتی نخواهد داشت. قواعد عمومی مسئولیت مدنی ایران، متضمن مقرراتی است که با حصول شرایط، می‌تواند شامل مصادیق نقض

غیرمستقیم علامت تجاری گردد؛ اگر ناقض مستقیم علامت، مباشر در اتلاف مال غیر به حساب آید، (Jafarzadeh & Ghazizadeh, 2013:33-340, sadeghi, 2008:577) کسی که زمینه‌ی چنین امری را فراهم می‌کند، مسبب نقض بوده و مشمول قواعد تسبیب در اتلاف می‌شود. (katouzian, 2003:216) بنابراین، مصادیق نقض غیرمستقیم علامت تجاری در حقوق ایران، تحت حکومت قاعده‌ی اجتماع مباشر و سبب قرار می‌گیرند. به دیگر سخن، چنین مصادیقی، تسبیب محض محسوب نمی‌شوند و دیدگاه کسانی (جعفرزاده، قاضی‌زاده، پیشین: ۳۴۰-۳۳۹) که نقض مشارکتی اختراع را در ایران به نحو مطلق، مشمول مقررات تسبیب دانسته‌اند، خالی از اشکال نیست. در چنین حالتی، به واسطه‌ی وجود اصل مسئولیت مباشر،^۱ فقط ناقض مستقیم مسئولیت داشته و مسبب، از مسئولیت مبرا است، مگر آنکه در شرایط خاصی مانند وجود اکراه یا غرور (Shahid Thani, 1993:7/ 33, Helli, 1990: 1/ 455) سبب، اقوی باشد که در این صورت، تنها، سبب، مسئول خواهد بود. البته ممکن است ادعا شود در صورتی که قضیه مشمول قاعده‌ی مقرر در ماده‌ی ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی تشخیص داده شود، می‌توان حکم به مسئولیت مشترک و تسهیمی ناقض مستقیم و غیرمستقیم نمود. این ادعا را نمی‌توان پذیرفت، زیرا مطابق نظر مشهور در فقه امامیه به عنوان مبنای اصلی نظام حقوقی ایران، تردیدی نیست که شرط تحقق اشتراک در ضمان، حدوث تأثیر اسباب متعدد در ورود خسارت به نحو عرضی است (sadeghi, 2013:104) در حالی که، مصادیق نقض غیرمستقیم حقوق فکری، همگی از اقسام تعدد اسباب (مباشر و سبب) به نحو طولی هستند. مطابق نظر فقها، در جایی که برای مثال، دو نفر مشترکاً شمشیری را بر سر کسی فرود آورده (اتلاف) یا چاهی را حفر نموده و دیگری به سبب سقوط در آن آسیب می‌بیند (تسبیب)، اشتراک در ضمان محقق شده و ضمان به طور مشترک بر عهده‌ی هر دو نفر خواهد بود. (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۳۷: ۵۷، مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۴۴، تبریزی، ۱۴۲۸: ۱۱۱). بنابراین، مشمول قواعد اشتراک در خطا یا شرکت در جرم بر مصادیق نقض غیرمستقیم علامت تجاری با مانع روبرو است. هرچند اطلاق این ماده، موجب توهم مشمول آن نسبت به همه‌ی فروض اجتماع، از جمله اجتماع

۱. ماده‌ی ۳۳۲ قانون مدنی مقرر می‌کند «هر گاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود، مباشر مسئول است نه مسبب، مگر این که سبب، اقوی باشد به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد».

طولی (sadeghi, 2013:104) سبب و مباشر ایجاد شود، اما به حق، باید اذعان نمود که طبق نظر مشهور در فقه و حقوق ایران، هرگاه مباشر و سبب در اتلاف مال اجتماع کنند، مباشر مسئول است، مگر آنکه سبب، اقوی باشد. موارد اقوی بودن سبب نیز محدود به فروضی چون اکراه، غرور ... شده است. (Jazini Ameli, no date:107, allame heli,1991:200)

استدلال در این زمینه آن است که به نظر فقها، همواره بین تلف و فعل مباشر رابطه‌ی استناد قوی‌تری وجود دارد. (helli,1988:4/764, tabrizi,2005:4/38, heli, 1994:14/420, shahid. thani, 1993:15/332, heli, 1991:200) و سبب، قائل به مسئولیت مباشر هستند. (najafi, 1983:43/145, fazel hendi,196:11/279)

صاحب جواهر ضمن تأیید اصل ضمان مباشر، فرضی را که مباشر و سبب، هر دو قصد اتلاف دارند، با تردید مواجه ساخته اما در نهایت با این استدلال که تلف به فعل مباشر مستند است، در اینجا هم قائل به ضمان مباشر شده است. (najafi, 1983:37/55) مثلاً وقتی که سبب عمداً شمشیری را در زمین نصب و مباشر، دیگری را عمداً بر روی آن می‌اندازد، در این مورد نیز کسی که عمل انداختن را انجام می‌دهد ضامن است. (najafi, 1983:37/55) بر این اساس، قاعده‌ی مقرر در ماده‌ی ۵۲۶، خلاف این اصل مسلم فقهی است و در نتیجه، باید به نحو مضیق تفسیر گردد و تنها در فرضی اعمال کرد که اجتماع مباشر و سبب به نحو عرضی باشد. (Mohseni & malakouti, 2015:145)

۵-۲ نقض مستقیم؛ تسبیب

چنانچه، نقض مستقیم علامت تجاری، با اتکا به وجود برخی نظرات، تسبیب در نقض محسوب شود، در فرضی که ناقض مستقیم، با زمینه‌سازی شخص دیگر، علامت تجاری غیر را نقض می‌نماید، قضیه، مشمول اجتماع اسباب متعدد در نقض خواهد بود؛ مشهورترین نظریه در باب تعیین سبب مسئول در اسباب طولی، سبب مقدم در تأثیر است.^۱ منظور از سبب مقدم در تأثیر، سببی است که اولین اثر را در ایجاد حادثه‌ی زیانبار دارا باشد. به طور مثال، اگر کسی سنگی را در

۱. برای ملاحظه‌ی نظرات دیگر و نقد و بررسی آنها در این زمینه رک:

(katouzian,2003:463-482, ghasemzadeh,2008:380-401).

معبر عمومی بگذارد و دیگری در کنار آن چاه حفر کند و عابر در اثر برخورد با سنگ به درون چاه بیفتد، بر اساس این نظریه، مسئولیت متوجه شخصی است که سنگ را گذاشته است. در این نظریه، به زمان ایجاد سبب توجه نمی‌شود، و چنانچه گذاشتن سنگ بعد از حفر چاه باشد اما در هر صورت، عابر به دلیل برخورد با سنگ، به درون چاه سقوط کند، باز هم گذارنده‌ی سنگ، ضامن است، زیرا حادثه‌ی زیانبار، به واسطه‌ی برخورد عابر با سنگ آغاز می‌شود. (najafi, 1983:37/222 این دیدگاه، نظریه‌ی مشهور فقهاء است. Shahlid thani, 1993:10/166, heli, rashti, 2010:40-41, 1988:4/241 و برای اثبات دیدگاه خود به استدلال‌های مختلفی متوسل شده‌اند؛ عده‌ای از فقهاء، ضمن قیاس سبب مقدم در تأثیر با مباشر، قائل به مسئولیت سبب مقدم در تأثیر شده‌اند. (najafi, 1983: 42/126) برخی حقوق‌دانان به فقهاء اشکال نموده‌اند که قیاس سبب مقدم در تأثیر با مباشر تلف درست نیست زیرا حسب فرض، سبب نیز تنها زمینه‌ی ورود ضرر را فراهم می‌آورد و رابطه‌ی مستقیم با اضرار ندارد. (katouzian, 2003:471) با این حال، به نظر می‌رسد، فقیهان با این استدلال در صدد اثبات حکم از طریق قیاس نیستند، بلکه سخن آن‌ها درباره‌ی رابطه‌ی سببیت است؛ یعنی همانطور که در مباشرت، رابطه‌ی سببیت میان ضرر و فعل مباشر وجود داشته و عرف زیان را به مباشر نسبت می‌دهد، در موارد اسباب طولی هم، عرف، زیان را به مباشر نسبت می‌دهد. (hekmatnia, 2007: 224)

برخی فقهاء نظر خود را با تمسک به اصل عملی استصحاب، توجیه نموده‌اند؛ صاحب جواهر در این رابطه می‌فرماید: «هر گاه دو سبب جمع شوند، سببی ضامن است که جنایت به موجب آن بر دیگری مقدم باشد... آن‌چه که جنایت به سبب آن بر دیگری مقدم شده است، سببی است که در نتیجه‌ی اثر اول، استصحاب شده و بر سبب دوم که مانند شرط برای مباشرت است، رجحان داده می‌شود» (najafi, 1983:42/126) در مقابل، برخی فقهای متأخر با انتقاد از این نظر، استصحاب در این مسأله جاری نمی‌دانند زیرا معتقدند که قبل از به وجود آمدن سبب دوم، سبب اول تأثیری نداشته است تا آن را استصحاب کنیم و بر سبب دوم ترجیح دهیم، بلکه ضرر به هر دو سبب اسناد داده می‌شود، در نتیجه ضمان و مسئولیت به نحو مساوی متوجه هر دو سبب است، بنابراین، ترجیح سبب مقدم بر لاحق، بلاوجه است. (khoul, 1993:2/260) برخی حقوق‌دانان نیز ضمن تأیید این استدلال، نظر به برابری اسباب در فرض تقصیر هر دو سبب دارند. (ghsemzadeh, 2008: 387)

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، قاعده‌ی سبب مقدم در تأثیر را به عنوان ملاک در فرض اجتماع اسباب طولی پذیرفته است؛ به موجب ماده‌ی ۵۳۵ این قانون «هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیرمجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند، کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است، مانند آنکه یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت، کسی که سنگ را گذاشته، ضامن است مگر آنکه همه، قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت، شرکت در جرم محسوب می‌شود».

با عنایت به ماهیت خاص اموال فکری، به نظر می‌رسد که در فرض تحقق نقض غیرمستقیم علامت تجاری، اثر رفتار ناقض مستقیم همواره بر سببیت رفتار ناقض غیرمستقیم تقدم دارد، زیرا این رفتار ناقض مستقیم است که به فعل پیشین ناقض غیرمستقیم سببیت داده و آن را تبدیل به عملی نامشروع می‌نماید. این تحلیل موجه به نظر می‌رسد، زیرا حسب ماهیت تبعی نقض غیرمستقیم، نامشروع بودن رفتار سبب نخست در نقض غیرمستقیم، منوط به تحقق نقض مستقیم از سوی ناقض مستقیم است. مؤثر قلمداد نمودن سبب مستقیم به نحو مقدم در اینجا، با رویه‌ای که حتی با وجود مقرره‌ی الزامی سبب مقدم در تأثیر، سبب متعارف را مسئول می‌دانست نیز انطباق دارد، زیرا به نظر می‌رسد، عرف نیز در چنین مواردی، اصولاً سبب مستقیم را مسئول می‌داند.^۱

۶- تحلیل اقتصادی

تحلیل اقتصادی حقوق در صدد پاسخ‌گویی به دو پرسش اساسی در خصوص مقررات حقوقی است؛ ۱- آثار مقررات حقوقی بر رفتار افراد و عاملان اقتصادی چیست؟ (تحلیل اثباتی) ۲- آیا این آثار از نظر اجتماعی مطلوب هستند؟ (تحلیل هنجاری). در پاسخ به این دو سوال اثباتی و هنجاری، فرض می‌شود که افراد و شرکت‌ها آینده‌نگر و عاقل بوده و به منظور ارزیابی مطلوبیت اجتماعی این مقررات، از ساختار اقتصادی و مبحث رفاه استفاده می‌شود. (Shavell, Kaplow 1999:1)

۱. برای مثال، شعبه‌ی ۲۶ دیوان عالی کشور طی دادنامه‌های شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۵۶۱۱۲۰۰۹۵۱ و ۹۱۰۹۹۷۵۶۱۱۲۰۱۳۸۷، در فرض اجتماع اسباب، تنها سبب متعارف را مسئول قلمداد کرده است نه سبب مقدم در تأثیر.

قواعد ناظر بر مسئولیت غیرمستقیم ناشی از نقض علامت تجاری نیز از این منظر قابل بررسی است که در ادامه با تفکیک دو نظام حقوقی آمریکا و ایران به آن پرداخته می‌شود.

۱-۶ آمریکا

وجود نهاد مسئولیت غیرمستقیم علامت تجاری در آمریکا دو اثر دارد؛ ۱- موجب کاهش احتمال گمراهی مصرف‌کننده و هزینه‌های جستجوی او می‌شود ۲- حقوق انحصاری صاحب علامت را توسعه می‌دهد. این دو مورد، از عناصر مطلوبیت اجتماعی نهاد علائم تجاری محسوب می‌شوند. بدون تردید، کاهش هزینه‌های جستجوی مصرف‌کننده از طریق شناسایی مسئولیت غیرمستقیم ناشی از نقض علامت تجاری، از نظر جامعه‌ی مصرف‌کننده، امری مفید به حساب می‌آید. توسعه‌ی حقوق انحصاری صاحب علامت نیز بر همین مبنا قابل تحلیل است؛ هر اندازه، حمایت از علائم تجاری توسعه یابد، تولیدکنندگان در تولید کالاهای با کیفیت‌تر ترغیب می‌شوند، چراکه از بازگشت سرمایه‌های خود اطمینان خواهند داشت. با این همه، چون علائم تجاری، فی‌نفسه واجد ارزش اقتصادی نبوده و نقش ابزاری آنها ارزشمند می‌باشد، بهره‌وری ناشی از علائم، منوط به وجود ساختار فناورانه‌ی قدرتمند است. در غیر این صورت، بهره‌وری ایجاد شده و در نتیجه، مطلوبیت اجتماعی حاصل نمی‌گردد.

موقعیت آمریکا از منظر تجاری، اقتصادی و نوآوری فناورانه، بسیار ممتاز است و بدیهی است که ابزارهای دیگری که این قابلیت را به حداکثر اثربخشی خود در سطح داخلی و بین‌المللی برساند، باید ایجاد گردد. (تحلیل هنجاری) علامت تجاری به عنوان یکی از انواع نوآوری‌های غیرفناورانه، ابزاری است که سیاست‌گذاران را قادر می‌سازد که اهداف خود در راستای ارتقاء رقابت‌پذیری داخلی و بین‌المللی را محقق نمایند. در بخش داخلی آمریکا، رقابت‌پذیری از سطح بسیار بالایی برخوردار است و وجود شرکت‌های متعددی که بر اساس استانداردهای تعریف‌شده‌ی جهانی اقدام به تولید محصول و ارائه‌ی خدمات می‌نمایند، سطح رقابت‌پذیری مبتنی بر نوآوری فناورانه را ارتقاء داده است. قواعد مسئولیت غیرمستقیم علامت تجاری نیز همسو با این فضای رقابتی است. اصولاً در جوامع با رشد فناوری بالا، توجه به رقابت بر حقوق انحصاری غلبه دارد اما

آمریکا در برخی موارد از این اصل کلی تخطی نموده است،^۱ با این حال، به نظر می‌رسد در تدوین قواعد مسئولیت غیرمستقیم علامت تجاری، به اصل رجوع کرده و ضمن تأمین حقوق صاحبان علائم تجاری، جانب رقابت را گرفته و این قواعد را تدوین نموده است؛ از یک طرف، در جایی که خواننده، علم حقیقی یا نوعی به وقوع نقض مستقیم علامت تجاری دارد، وی را مسئول دانسته (تأمین حقوق صاحبان علامت) اما در همین حال، وجود علم خاص و نه کلی و اجمالی، شرط مسئولیت در نظر گرفته شده است (see: Agress, 2011:211) (حمایت از رقابت تجاری و تجارت آزاد). (تحلیل اثباتی) در فرض مسئولیت نیابتی نیز همین قاعده جاری است؛ از طرفی، در صورت وجود رابطه و حصول شرط کسب منفعت مالی برای خواننده، مسئولیت محرز است (حمایت از حقوق صاحبان علائم تجاری) و از سوی دیگر، این رابطه، محدود به نمایندگی در معنای خاص خود شده است. (حمایت از رقابت آزاد تجاری). (تحلیل اثباتی)

برقراری این ترتیبات در سطح داخلی، موجبات ارتقاء روز افزون نوآوری فناورانه و غیرفناورانه را فراهم خواهد کرد. در سطح روابط بین‌المللی نیز چنانچه قائل به وجود استانداردهای مشابهی در این زمینه به ویژه در کشورهای در حال توسعه باشیم، این ترتیبات، به شدت در راستای حفظ منافع صاحبان علائم تجاری آمریکایی عمل خواهد نمود و کمکی به توسعه رقابت و رقابت‌پذیری محصولات کشورهای مقصد (در حال توسعه) نخواهد کرد، زیرا منطقاً به دلیل عدم توسعه نوآوری فناورانه در کشورهای توسعه‌نیافته، امکان رقابت‌پذیری محصولات داخلی این کشورها با محصولات آمریکایی پایین بوده و در نتیجه، توسعه مسئولیت ناشی از نقض علامت تجاری از طریق نهاد مسئولیت غیرمستقیم، به کاهش رقابت‌پذیری در کشور مقصد و افزایش تضمین حقوق صاحبان علامت و در نهایت بهره‌وری محصولات آمریکایی منتهی خواهد شد. این تحلیل، با مقررهای مالکیت فکری در قانون اساسی آمریکا نیز مطابقت دارد. به موجب این مقرر «کنگره، با تأمین حقوق انحصاری پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری و مخترعان در خصوص تألیفات و کشفهایشان برای مدت محدود، از حق توسعه جریان علم و صنایع مفید برخوردار

۱. برای مثال دادگاه‌ها و اداره ثبت اختراع و علائم تجاری آمریکایی در اعطای ورقه اختراع، معیارهای خفیفی از شرایط ثبت اختراع را ملاک عمل قرار می‌دهند. رک:

(Rassenfosse, et al, 2016: 1-24)

است.»^۱

بنابراین، ملاحظه می‌شود که مقرره‌ی مسئولیت غیرمستقیم ناشی از نقض علامت تجاری در آمریکا، از نظر اجتماعی مطلوب بوده (اثباتی) و با توجه به وضعیت اقتصادی و تجاری این کشور، همین رویه قابل توصیه است. (هنجاری)

۶-۲ ایران

اعمال مقررات عمومی مسئولیت در حقوق ایران، نسبت به نقض غیرمستقیم علائم تجاری، دو اثر دارد؛ ۱- موجب کاهش احتمال گمراهی مصرف‌کننده نمی‌شود ۲- حقوق صاحبان علامت را توسعه نمی‌دهد. همانطور که گفته شد، نظام علائم تجاری در حقوق ایران، اصولاً با هدف حمایت از حقوق صاحب علامت شکل گرفته است. در ایران، به سبب سطح پایین رقابت در بازار و عدم تنوع محصولات تولید داخل، کارکرد علائم تجاری نیز در عمل، بیشتر به تأمین این هدف معطوف است تا ارتقاء رفاه مصرف‌کننده از طریق ارائه‌ی اطلاعات برای عدم گمراهی و کاهش هزینه‌های جستجو برای او. در چنین وضعیتی، هرچند ممکن است عدم شناسایی نهاد مسئولیت غیرمستقیم در ایران، به زیان صاحبان علامت و حق شخصی آنها تلقی گردد، اما به نظر می‌رسد که وجود مقررات عام مسئولیت در این زمینه، برای تأمین حقوق فردی صاحب علامت کفایت نموده و انگیزه‌های او را تا حد ممکن به منظور تولید، حفظ می‌کند. در عین حال، با توجه به نیاز بازار به محیط‌های کسب و کار جدید و توسعه‌ی آن، قواعد عمومی، به دلیل عدم انتقال ریسک مسئولیت به حوزه‌ی عمومی، با این اقتضائات نیز هماهنگی دارند. (تحلیل اثباتی)

در سطح بین‌المللی نیز با توجه به رقابت‌پذیر نبودن محصولات داخلی با محصولات خارجی به سبب سطح پایین نوآوری فناورانه، عدم شناسایی مسئولیت غیرمستقیم علائم تجاری، مطلوب به نظر می‌رسد، زیرا نوآوری فناورانه، نقش اصلی را در زمینه توسعه‌ی اقتصادی و ارتقاء رفاه اجتماعی ایفا نموده و نوآوری‌های غیرفناورانه از قبیل علائم تجاری، در این زمینه، نقش کمکی و تکمیل‌کننده دارند. به دیگر سخن، تا نوآوری فناورانه، به سطح مطلوبی نرسد، حمایت از علائم

1. The Constitution of the United States, Article. I., Section. 8., clause 8.

تجاری نمایانگر این فناوری‌ها، موجب رشد و توسعه‌ی اقتصادی نخواهد شد. به سبب اختلاف کشورها از نظر فناوری، محصولات موجود در بازارهای بین‌المللی، ناهمگن هستند. در این شرایط اقبال مصرف‌کننده، به محصولاتی است که از سطح فناوری بالاتری برخوردار هستند. تداوم چنین امری به ایجاد حس وفاداری مصرف‌کننده به برندهای خارجی می‌شود و در نتیجه، حمایت قوی از علائم تجاری، منتهی به حمایت قوی از صاحبان فناوری‌های خارجی خواهد شد. در حالی که به همین واسطه، صاحبان صنایع داخلی کشورهای در حال توسعه، با ریسک مسئولیت بیشتر به دلیل نقض علائم تجاری متعلق به صاحبان فناوری‌های بالاتر روبرو می‌گردند.

عوامل مؤثری که در شکل‌دهی حس وفاداری مصرف‌کننده به یک علامت تجاری مشخص نقش دارند عبارتند از: ۱- ویژگی‌های محصول که ممکن است این ویژگی‌ها از طریق بررسی محصول قبل از خرید آن^۱ و یا با خرید و استفاده‌ی از آن^۲ به مصرف‌کننده القا شود. ۲- تقاضای مصرف‌کننده؛ مصرف‌کننده و رفتار او نیز در بررسی وفاداری به علامت مؤثر است. برای مثال، مصرف‌کنندگان قدیمی‌تر که از داروی مشخص در طول زمان استفاده کرده‌اند، حس وفاداری بیشتری نسبت به آن دارو دارند. ۳- میزان تغییرات فناورانه در محصولات؛ میزان فناوری موجود در محصولات اختراعی نیز یکی دیگر از عوامل مؤثر در قدرت علامت تجاری و شکل‌دهی وفاداری به آن علامت در ذهن مصرف‌کننده است. مصرف‌کنندگان به علامتی وفادارند که از فناوری بالاتری برخوردار باشد و به همین دلیل ممکن است، با ورود محصول واجد فناوری بالاتر به بازار، وفاداری خود به علامت خاصی را از دست داده و به محصول جدید روی آورند. ۴- تعمیم ذهنی مصرف‌کنندگان؛ مصرف‌کنندگان می‌توانند حس وفاداری و علاقه‌ی خود به یک برند خاص را در بین تمام محصولاتی که توسط شرکت مشخصی تولید می‌شود، تقسیم نمایند. برای مثال، اگر فردی محصولی را از شرکت الف خریداری کند و تجربه و حس مثبتی نسبت به آن محصول به دست آورد، همین حس مثبت را به سایر محصولات تولیدی توسط آن شرکت نیز پیدا خواهد کرد و تجربه‌ی مطلوب پیشین خود را به سایر محصولات تحت آن برند تعمیم می‌دهد. در اینجا، اگر محصول نخست، واجد حق اختراع و محصول دوم فقط از حمایت نظام علائم تجاری

1. Search characteristics.
2. Experience characteristics

برخوردار باشد، رغبت مصرف کننده به خرید محصول دوم موجب می شود تا شرکت مزبور، قیمت گذاری مطلوبی برای محصول نخست (واجد حق اختراع) داشته و به این ترتیب منافع مصرف کنندگان تأمین می شود. هر چند قیمت مطلوب محصول، یکی از عوامل مؤثر در ایجاد وفاداری به یک برند است، اما به نظر می رسد که وفاداری به یک برند، موجب تمایل مستمر مصرف کننده به خرید آن محصول می شود، حتی اگر با افزایش قیمت همراه باشد. (Keller, 2003: 595-600)

علاوه بر این، در وضعیت تمایل مصرف کنندگان ایرانی به کالاهای خارجی، حمایت گسترده از علائم تجاری، دو اثر منفی دیگر خواهد داشت؛ ۱- افزایش قاچاق کالا؛ در شرایطی که واردات برخی محصولات با ممنوعیت قانونی مواجه است، تجار با عنایت به تمایل مصرف کنندگان به محصولات خارجی، به نحو قاچاق این محصولات را وارد بازار ایران می کنند. ۲- عرضه محصولات تقلبی: تولید کنندگان محصولات ایرانی، با برند خارجی محصولات خود را در بازار ایران عرضه می نمایند.

۸- وفاداری به برند و ریسک تولید فناوری در کشورهای در حال توسعه مانند ایران

یکی از آثار مهم وفاداری مشتری به برند، اطمینان خاطر تولید کنندگان در تولید و شکل دهی محصولات جدید است که این امر به نوبه ی خود نقش مهمی در هموار نمودن مسیر تولید فناوری های ایفا می کند. صنایع داخلی کشورهای در حال توسعه مانند ایران، اصولاً فاقد توان لازم برای رقابت با برندهای خارجی هستند.^۱ به همین علت، تولید محصولات جدید از سوی این صنایع، همواره با ریسک همراه است. چنین ریسکی، موجب زوال انگیزه ی کافی برای تولید می شود. در مقابل، برندهای خارجی به جهت اقبال و وفاداری مصرف کننده، از انگیزه ی بالایی برای تولید نوآوری های جدید برخوردار، زیرا به بازار موفق آن محصولات باور داشته و وفاداری مصرف کنندگان به آن محصولات، موجب ایجاد انگیزه ی کافی برای اقدام در تولید محصولات

۱. نتایج برخی مطالعات در کشورهای در حال توسعه مانند اردن، مؤید این ادعا می باشد. رک:

(Alkhawaldeh & Eneizan, 2018: pp.326-339)

جدید خواهد شد.^۱ به عبارت دیگر، توان پایین رقابت‌پذیری محصولات داخلی با برندهای خارجی، به کاهش بیشتر رقابت‌پذیری صنایع داخلی منجر خواهد شد و بالعکس، توان رقابت‌پذیری برندهای خارجی در نتیجه‌ی وفاداری مصرف‌کنندگان، افزایش خواهد یافت. (see: a Grabner, Bidmon, 2008: 154) اگر سه عامل قدرت رقابت در فناوری، ظرفیت در تحویل به موقع محصول به بازار^۲ و قیمت آن را عنصر تعیین‌کننده‌ی رقابت‌پذیری^۳ بدانیم، نتایج برخی تحقیقات حاکی از آن است که بر خلاف قیمت، نفوس فناوری و ظرفیت تحویل به موقع، نقش بسیار مهمی در این زمینه دارند. (Fagerberg, 1988: 355-374)

نتایج تحقیقات دیگری نیز نشان می‌دهد که مصرف‌کنندگان ایرانی، به دلایلی همچون، کیفیت بالاتر محصولات خارجی، برندهای خارجی را بر برندهای داخلی ترجیح داده و این تمایل حتی در میان افراد با درآمد پایین نیز به سبب گرایش به تجمل‌گرایی و کسب پرستیژ، مشاهده می‌شود. (Nalchi Kashi, et al, 2012:47-56, Fard Sabouri & Chirani, 2011:41-60)

بر مبنای نتایج حاصله از تحقیقات دیگر نیز مصرف‌کالاهای خارجی در ایران، قطع نظر از وجه اقناع نیازهای زیستی آن، واجد اهمیت نمادین نیز بوده و مصرف‌کالاهای خارجی در ایران، تبدیل به یک فرهنگ شده است. (Shaterian, et al, 2018:5-34)

این امر به نوبه‌ی خود، موجب شده تا تولیدکنندگان داخلی نیز محصولات تولیدی خود را با برند خارجی تقلبی در بازار ایران عرضه نمایند. (Ebrahimi, et al, 2012: 1-34) البته این مسأله نافی تمایل مصرف‌کنندگان ایرانی به برندهای داخلی در حوزه‌ی محصولات طبیعی مانند فرآورده‌های لبنی نیست. در این خصوص، یافته‌های برخی تحقیقات، مؤید آن است که میان هویت و اعتبار برند «کاله» و گرایش مصرف‌کننده‌ی ایرانی به محصولات شرکت تولیدات لبنی کاله و وفاداری به آن، ارتباط ارتباط معناداری وجود دارد. (Bakhshizadeh, 2012: 87-106)

۱. در صنایع تجاری، مقصود از ریسک تولید عبارت است از ریسک عدم موفقیت محصول در بازار. رک در این زمینه:

(Crealey, 2003: 24-33)

2. delivery(capacity).

۳. تعاریف متعددی از رقابت‌پذیری داخلی و بین‌المللی ارائه شده است که هر کدام حاوی بخشی از جنبه‌های این مفهوم

تجاری-اقتصادی است. برای دیدن این تعاریف رک:

(Siudek & Zawojka, 2014: 91-108)

با این همه، نظر به ملاک‌های شناختی وفاداری به برندهای خارجی، مصرف‌کنندگان ایرانی در ارتباط با محصولات صوتی و تصویری و کامپیوتر که جزو محصولات با فناوری بالا یا نزدیک به آنها هستند، حتی با فرض وجود کیفیت برابر، خرید محصول خارجی قاچاق را بر کالای ایرانی ترجیح می‌دهند. (Shaterian, et al, 2018: 24-25)

در مقابل، می‌توان گفت که عدم حمایت قوی از علائم تجاری در کشورهای در حال توسعه، ممکن است انگیزه‌ی شرکت‌های داخلی را برای تولید محصولات جدید و نوآوری کاهش دهد. به عبارت دیگر، عدم حمایت قوی از علائم تجاری شرکت‌های داخلی، ممکن است به کاهش رشد فناوری منتهی گردد. اگرچه این ادعا مورد قبول است، اما به نظر می‌رسد، توسعه‌ی دایره‌ی حمایت از صاحبان علائم تجاری به واسطه‌ی شناسایی مسئولیت غیرمستقیم، آثار منفی بیشتر یا دست‌کم برابری را در این زمینه خواهد داشت. این تحلیل به ویژه از آن جهت موجه به نظر می‌رسد که شرکت‌های ایرانی با توجه به تحریم‌های متعدد، از دست‌یابی به فناوری‌های پیشرفته محروم هستند و در هر حال، به دلیل تحریم‌های موجود، حرکت به سمت نوآوری با دشواری مواجه است. به دلیل وجود همین تحریم‌ها، شرکت‌های ایرانی توان نزدیک شدن به استانداردهای تعیینی بین‌المللی را ندارند و بر این اساس، نمی‌توان شاهد وجود فناوری‌های مورد پذیرش مصرف‌کنندگان را در بازار ایرانی بود. این در حالی است که رقابت‌پذیری در بازارهای مبتنی بر دانش کنونی، تا حد زیادی به تولیدات استاندارد وابسته است. این تحریم‌ها، جذب سرمایه‌گذاری خارجی را نیز منتفی نموده و بنابراین، نمی‌توان این مبنا را به عنوان دلیلی برای مطلوبیت شناسایی نهاد مسئولیت غیرمستقیم نقض علامت تجاری در نظر گرفت. نتایج تحقیقات در جامعه‌ی مصرف‌کنندگان ایرانی نیز نشان می‌دهد که به رغم اهمیت وجه نمادین گرایش به برندهای خارجی قاچاق، ویژگی‌های ایمنی این محصولات شامل کیفیت، کارایی و بهداشت و سلامت و خدمات تضمینی از اهمیت بیشتری در این زمینه برخوردار است. (Shaterian, et al, 2018: 19-21)

توسعه‌ی مسئولیت غیرمستقیم فعالان تجاری از سوی برخی محققان، با انتقادهایی مواجه شده است؛^۱- مسئولیت غیرمستقیم می‌تواند علاوه بر تحدید فعالیت‌های نامشروع، فعالیت‌های مشروع

را نیز محدود کند. (Maskus, 2000:259-292) ۲- مسئولیت غیرمستقیم به طور بالقوه شکل گیری و توسعه فناوری‌هایی مانند شبکه‌های به هم پیوسته^۱ را که در صورت استفاده‌ی مشروع از آنها، ابزاری قدرتمند و مفید به منظور انتشار اطلاعات هستند، با مانع مواجه می‌سازد. ۳- شناسایی مسئولیت غیرمستقیم، در حقیقت تحمیل تکلیف مدیریت بخش خاکستری^۲ حقوق و قانون، بر کسانی است که خدمات تسهیل کننده ارائه می‌کنند و این امر مناسب به نظر نمی‌رسد. ۴- اصولاً فعالان تجاری و تسهیل کنندگان امور اجتماعی، انگیزه‌ی مشخصی برای تشخیص فعالیت مشروع از نامشروع ندارند و به همین دلیل شناسایی مسئولیت غیرمستقیم که تحمیل نوعی هزینه‌ی نمایندگی^۳ بر آنان است، موجب می‌شود تا حرکت به سمت تولید محتوای مشروع نیز کاهش یابد و در نتیجه به طور غیرمستقیم، حقوق انحصاری صاحبان حق گسترده‌تر گردد. ۵- شناسایی مسئولیت غیرمستقیم به ویژه در حوزه‌ی کپی‌رایت ممکن است در درازمدت، به زیان صاحبان حق فکری منتهی شود، زیرا هرچند، ممکن است مقابله با فناوری‌هایی مانند ضبط کننده‌ی ویدئویی^۴ در کوتاه مدت، موجب کاهش فعالیت‌های با مقاصد نامشروع شود، اما توجه به جنبه‌ی مشروع چنین ابزارهایی در دراز مدت، می‌تواند به شکل گیری بازارهای جدید فناوری برای صاحبان حق فکری منتهی گردد. (Lemley & Reese, 2004:1379-1390)

این تحلیل‌ها نشان می‌دهد که حمایت از تولید داخلی و ارتقاء رقابت پذیری در این زمینه، بیش از آنکه به تبلیغات وابسته باشد، مرهون کیفیت و فناوری به کار رفته در محصولات است. با این حال، ممکن است ادعا شود، عدم شناسایی مسئولیت غیرمستقیم نقض علامت تجاری در ایران، نه تنها کاهش دامنه‌ی حمایت از صاحبان علامت را به دنبال دارد، بلکه به زیان

1 . peer-to-peer networks.

۲. از این منظر، عرصه‌ی مسئولیت غیرمستقیم به دلیل وجود ابهام قانونی و دوگانگی ناظر بر مشروعیت و عدم مشروعیت استفاده از امکانات، بخش خاکستری نامیده شده است

3 . Agency Cost.

هزینه‌ی نمایندگی بخشی از هزینه‌های داخلی شرکت‌های تجاری است که به واسطه‌ی فعالیت‌های نمایندگان شرکت‌ها بر شرکت‌ها تحمیل می‌شود. در این زمینه رک:

(Jensen & Meckling, 1976: 305-360)

4 .Video Cassette Recorder.(VCR).

مصرف کنندگان است زیرا موجب افزایش احتمال گمراهی آنان و هزینه‌های جستجو آنها می‌شود و از این منظر، عدم شناسایی مسئولیت غیرمستقیم، با انتقاد مواجه می‌گردد. در پاسخ می‌توان گفت که اولاً: فراوانی موارد وقوع نقض غیرمستقیم، مشابه آنچه که در آمریکا شایع است، در ایران وجود ندارد و اصولاً به نظر می‌رسد که نقض علامت تجاری در ایران، به شکل مستقیم و بدون مداخله‌ی شخصی به عنوان تسهیل کننده‌ی نقض بروز می‌کند. ثانیاً، گستره‌ی مبادلات الکترونیکی در ایران، به عنوان محل عمده‌ی وقوع نقض غیرمستقیم علائم تجاری، در مقایسه با آمریکا، بسیار کمتر است و در مواردی که اشخاص، با استفاده از محیط مجازی اقدام به نقض علامت تجاری غیر می‌کنند نیز می‌توان ادعا کرد که مصرف کنندگان گمراه نمی‌شوند زیرا همانطور که گفته شد، مصرف کنندگان ایرانی اصولاً به برندهای خارجی تمایل دارند و در نتیجه، فروش‌های موجود در محیط مجازی نیز بیشتر ناظر بر همین برندها است. از طرفی، با توجه به اطلاع عموم افراد ایرانی از وجود تحریم‌های شدید اقتصادی و تجاری، وجود محصولات خارجی در بازارهای ایرانی را به دو حالت می‌توان تعبیر کرد؛ ۱- محصولات اصیل به شکل قاچاق وارد بازار ایران شده است. ۲- محصولات تقلبی با برند خارجی در بازار ایران عرضه شده است. در فرض نخست، به جهت اصیل بودن محصولات، قطعاً زیانی متوجه مصرف کننده نیست و در فرض دوم نیز به نظر می‌رسد، حس تجمل گرایی و به اصلاح برندبازی مصرف کنندگان، دلیلی است که می‌توان گفت آنان با علم به تقلبی بودن محصول آن را خریداری می‌نمایند و در این حالت نیز گمراه نمی‌شوند.

۹- نتیجه‌گیری

درجه‌ی توسعه‌ی فناوریهای کشورها و شرایط و اوضاع و احوال سیاسی و تجاری و اقتصادی آنها به ویژه در سطح تعاملات بین‌المللی نقشی محوری در تعیین سیاست‌های قانونی کشورها دارد. مقررات و سیاست‌های قانونی ابزاری در اختیار کشورها هستند تا با استفاده‌ی بهینه از آنها مقاصد خود را دنبال کنند. بر این اساس، همانطور که یک قالب حقوق مالکیت فکری، برای تمام اقسام این نظام حقوقی مناسب نیست، یک قالب واحد نیز نمی‌تواند ملاک عمل تمام کشورها باشد. نهاد مسئولیت غیرمستقیم علامت تجاری، در دو نظام حقوقی و اقتصادی ایران و آمریکا دو نتیجه‌ی و

کارکرد متفاوت دارد؛ در آمریکا به دلیل سطح بالای نوآوری فناورانه و رقابت پذیری برتر این کشور در حوزه داخلی، توسعه ی رقابت تجاری مشروع را به دنبال دارد و در سطح تعاملات بین المللی نیز موجب افزایش رشد اقتصادی این کشور از طریق توسعه ی نوآوری های فناورانه خواهد شد. بالعکس، شناسایی این در ایران، در عرصه ی داخلی موجب کاهش کسب و کارهای نوین و فعالیت های مشروع خواهد شد و در عرصه ی بین المللی نیز به سبب انتقال ریسک مسئولیت به فعالیت های مشروع تجاری و تحمیل هزینه های مدیریت علامت تجاری غیر، موجب خروج ارز از کشور شده و نوآوری فناورانه را با مشکل مواجه می کند. از این رو، عدم شناسایی نهاد نقض غیرمستقیم علامت تجاری در ایران و اتکا به قواعد عمومی مسئولیت مدنی در این زمینه، کافی تشخیص داده شده و به ویژه در شرایطی تحریم علمی و فناوری ایران، مطلوب تر به نظر می رسد.

references

Reference in persian

- [1] Bakhshizadeh Alireza, Mehdi Jafarzadeh Kenari, Zohreh Dehdashti Shahrokh, (2012). Investigating the perspective of brand social identity and its effect on the development of brand loyalty (Case study: Kaleh Dairy Production Company), New Marketing Research, Second Year, No. 2, (5 in a row). (in persian)
- [2] Ebrahimi Abdul Hamid; Mehdi Jafarzadeh; Saber Bozorgi, (2012). Analyzing factors Affecting Consumers' Attitude & Intention to Purchase Counterfeit products of luxury Brands In clothing Industry (Case: Sari City), New Marketing Research, Volume 2, Number 3. (in persian)
- [3] Fard Sabouri Matin, Ebrahim Chirani, (2011). Comparison of the strength of domestic and foreign brands from the perspective of customers of home appliance products in Gilan province, Business Management, Volume 3, Number 8. (in persian)
- [4] Ghasemzadeh, Morteza, (2008) Principles of Civil Liability, Tehran, Mizan Publications, Fifth Edition. (in persian)
- [5] Gholami Ali, Amir Hossein Bahiraei, (2017). The Innocent Agent and It's Relationship with Similar Titles Quarterly Journal of Legal Excellence, No. 20., (in persian)
- [6] Haji Nouri, Gholamreza, (2012) The role of fault in civil liability arising from causation, Quarterly Journal of the Faculty of Law and Political Science, Volume 42, Number 3. (in persian)
- [7] Hekmatnia, Mahmoud, (2007) Civil Liability in Imami Jurisprudence, Qom:

- Research Institute of Islamic Sciences and Culture, First Edition. (in persian)
- [8] Jafarzadeh Mir Ghasem, Mohammad Reza Ghazizadeh, (2013). Civil liability for patent infringement, fault-based or absolute liability ?, Journal of Legal Research, Special Issue No. 13. (in persian)
- [9] Najafi hamed, madani mahsa, (2020) Participation in the infringement of intellectual property In Iranian and American law, tehran: mizan publication. (in persian)
- [10] Sadeghi Mohammad Hadi, (2013). Association of causes in the Islamic Penal Code 1392, Journal of Legal Studies, Volume 6, Number 2. (in persian)
- [11] Sadeghi Mohsen, (2008). Supporting Pharmaceutical Innovations and Joining Global Trade Organizations, Tehran, Mizan Publishing, First Edition, 2008. (in persian)
- [12] Sadeghi Mohsen, Ruhollah Taherifard, (2015). "Legal Principles of Trademark Protection: A Critical Look at the Verdict in the Case of the American Company Hershey and the Iranian Company Shokoopars", Quarterly Journal of Business Research, No. 76. (in persian)
- [13] Sadeghi Mohsen, Sadegh Shamshiri, (2014). "Fundamentals of Trademark Protection from the Perspective of Consumer Search Cost Theory", Legal Research, Volume 17, Number 68. (in persian)
- [14] Shaterian Mohsen; Dariush Yaghoubi; Azam Nejadi, (2018). Investigating the reasons for the tendency to consume smuggled goods and strategies to deal with it in Iran, Parliament and Strategy, Volume 25, Number 96. (in persian)

Reference

- [1] Adams Charles W.,(2007). Indirect Infringement from a Tort Law Perspective, U. RICH. L. REV. No 42.
- [2] Agress Rachel N. (2011). Is There Ever a Reason to Know? A Comparison of the Contributory Liability "Knowledge" Standard for Websites Hosting Infringed Trademarked Content Versus Infringed Copyrighted Content, 5 J. Bus. Entrepreneurship & L. Iss. 1.
- [3] Batholomew Mark and John Tehranian, (2006).The Secret Life of Legal Doctrine: The Divergent Evolution of Secondary Liability in Trademark
- [4] Bikoff James L., et al,(2010), Hauling in the middleman: contributory trade mark infringement in North America, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 5, No. 5.
- [5] Brian Kaiser,(2002). Contributory Trademark Infringement by Internet Service Providers: An Argument for Limitation, 7 J. TECH. L. & POL'Y.
- [6] Combs Nathan Isaac,(2005). Note, Civil Aiding and Abetting Liability,

- Vanderbilt Law Review, Vol. 58, Issue 1.
- [7] *Coming Glass Works v. Jeanette Glass Co.*, 308 F. Supp. 1321 (S.D.N.Y. 1970.).
- [8] Crealey Maria,(2003). Applying New Product Development Models to the Performing Arts: Strategies for Managing Risk. *International Journal of Arts Management*, 5(3).
- [9] Cross John T, (1994). Contributory Infringement and Related Theories of Secondary Liability for Trademark Infringement, 80 *Iowa L. Rev.*
- [10] Cross John T., (2001). Contributory and Vicarious Liability for Trade-mark Dilution, *OR. L. REV.* No 80.
- [11] Dinwoodie Graeme B., Mark D. Janis,(2008). *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar Publishing,
- [12] Dogan Stacey L. , Mark A. Lemley,(2007). A Search-Costs Theory of Limiting Doctrines in Trademark Law, *Trademark Rep.* No 97.
- [13] Fagerberg Jan,(1988). International Competitiveness, *International competitiveness*, *Economic Journal*, Vol. 98, No. 391.
- [14] *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).
- [15] heli, Al-Hassan Ibn Yusuf Ibn Al-Muttahir, (1990). *arshad al'adhhan*, Qom, Islamic Publishing Institute. (in arabic)
- [16] heli, Jamal al-Din, Ahmad ibn Muhammad al-Asadi, (1988) *Al-Madhhab al-Bar'a fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafiya*. (in arabic)
- [17] Jazini Ameli Shams al-Din Abu Abdullah Muhammad ibn Muhammad ibn Hamid ibn Makki, (no date) *Sharia courses in Imami jurisprudence*, Qom: Volume 3, Islamic Publishing Institute affiliated with the Society of Teachers. (in arabic)
- [18] Jensen Michael, C., William H. Meckling, (1976).Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and capital structure, *Journal of Financial Economics* 3.
- [19] Kaplow, Louis and Shavell, Steven, *Economic Analysis of Law* (February 1999). NBER Working Paper No. w6960. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=226405>.
- [20] Katozian Nasser, (2003). *Non-contractual requirements*, Tehran: University of Tehran Press.
- [21] Keller Kevin Lane,(2003). Brand Synthesis: The Multidimensionality of Brand Knowledge,"*Journal of Consumer Research*, Volume 29, Issue 4.
- [22] Khoui Sayyid Abu al-Qasim, (1993) *Fundamentals of Completion of the Curriculum*, vol. 2.
- [23] Landes William M. & Richard A. Posner,(1987). *Trademark Law: An Economic Perspective*, *J. L. & Econ*, No 30.
- [24] Lemley ,Mark, R. Anthony Reese,(2004). Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation, *STAN. L. Rev.*No56.

- [25] McKenna Mark P.,(2013). The Normative Foundations of Trademark Law, Notre Dame L. Rev. No 82.
- [26] Mohseni Farid, Nasir Malakouti, (2015). causation in the Islamic Penal Code 1392, Legal Journal of Justice, Volume 71, Number 91.
- [27] Nalchi Kashi, Alireza, Mohsen Rasoulia, Hossein Bojari, (2012). Investigating Consumers' Purchasing Behavior Towards Foreign Brands versus Domestic Brands, Development and Transformation Management, Volume 4, Number 8. (in persian)
- [28] Pinha Paula ,(2009). Secondary Liability Under U.S. Copyright Law, east africa regional Seminar on: Copyright Enforcement in the Internet Era May 2009, Nairobi.
- [29] Rashti, Mirza Habibullah Ibn Mohammad Ali, (2010) Al-Ghassab book, Tehran: Shahid Motahari High School. (in arabic)
- [30] Shahid Thani, (1993). Problems of understanding to refine the laws of Islam, Qom, Institute of Islamic Studies, vol. 7. (in arabic)
- [31] Tabrizi, Mirza Javad, (2005) Tanqih al-Mubani al-Ahkam (Kitab al-Diyat), first edition. (in arabic)

ماهیت مسئولیت بیمه گر و تأثیر آن در انتخاب روش استرداد و اصل قائم مقامی

حسن بادینی^۱

عضو هیئت علمی و دانشیار دانشکده حقوق
دانشگاه تهران

جمشید یحیی پور^۲

عضو هیئت علمی و استادیار دانشگاه
غیرانتفاعی-غیر دولتی علامه محدث نوری نور

صابر علایی^۳

دانشجوی مقطع دکترای تخصصی حقوق
خصوصی دانشگاه علم و فرهنگ تهران

اردلان حق پناه^۴

دانش آموخته مقطع دکترای تخصصی حقوق
خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی

تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۲/۲۹ تاریخ پذیرش ۱۳۹۹/۴/۲۱

چکیده

یکی از ابهامات موجود در عقد بیمه چیستی و ماهیت مسئولیت بیمه گر در عقد بیمه است. بدین معنا که پرداختی بیمه گر، دارای ماهیت «طلب» بیمه گذار است یا «خسارت» واقعی؟ و کشف این ماهیت چه

* - نوع مقاله پژوهشی

1-Email:hbadini@ut.ac.ir

2-Email:jyahyapour53@yahoo.com

۳-نویسنده مسئول: (Email: alaei.saber@yahoo.com)

4-Email: ardalan.haghpanah@yahoo.com

DOI: 10.22067/le.v27i17.80788

تأثیری در توجیه مبنای «اصل قائم مقامی» و انتخاب روش «استرداد» در چگونگی اعمال همزمان نظامهای پرداخت دارد؟

ماهیت مسئولیت و پرداختی بیمه گر به بیمه گذار حتی در بیمه هایی که پرداخت تابع اصل جبران خسارت است، ماهیت طلب و عوض قراردادی دارد و حق مراجعه به عامل زیان از باب خسارت برای بیمه گذار (بوسیله قائم مقام قانونی وی یعنی بیمه گر) وجود دارد.

اگر ماهیت جبران در بیمه، خسارت فرض شود و رجوع به عامل زیان مشمول قاعده «منع جبران مضاعف» شود، چنین حقی برای قائم مقام وی (بیمه گر) نیز متصور نخواهد بود زیرا با جبران از سوی بیمه گر، خسارت زیان دیده جبران شده و دیگر نمی توان (اصالتاً یا کالناً) به عامل زیان رجوع نمود، به عبارت دیگر «طلب» دانستن ماهیت پرداختی بیمه گر لازمه توجیه «اصل قائم مقامی» و نظام «استرداد» است. مبنای انتخاب نظام «استرداد» و وجود اصل قائم مقامی را باید در مبنای «قانونی- قراردادی» مسئولیت در بیمه و نظام «تضمین گروهی» و «سیاست توزیع ضرر» جستجو کرد.

واژگان کلیدی: قائم مقامی، بیمه گذاری، بیمه گر، خسارت، روش استرداد

۱. مقدمه

با وجود تأیید فقهی و حقوقی عقد بیمه^۱ به عنوان عقد خاص، ابهامات زیادی در ماهیت و چیستی مسئولیت بیمه گر و مبانی ایجاد مسئولیت در بیمه، وجود دارد. ماهیت مسئولیت بیمه گر تأثیر مستقیم در امکان رجوع به عامل فعل زیانبار، از سوی بیمه گذار و امکان جمع مسئولیت عامل زیان زننده و مسئولیت بیمه گر دارد (به دلیل تفاوت در منشأ)، بدین نحو که اگر ماهیت و جوهی که شرکت بیمه به بیمه گذار یا ذینفع پرداخت می نماید، طلب (یا پس انداز و یا عوض قرارداد) باشد زیان دیده (بیمه گذار) بعد از اخذ وجه بیمه از بیمه گر از باب طلب قراردادی، امکان رجوع به عامل زیان را نیز، بدلیل تفاوت در منشأ (قراردادی و قهری) مسئولیت و شخص مسئول (شرکت بیمه و عامل زیان) دارد.

منظور از مسئولیت بیمه گر، یعنی آنچه او در مقابل حق بیمه و در مواقع بروز خطر مورد بیمه،

۱- برای مطالعه بیشتر در این خصوص رجوع شود به: مطهری، ۱۳۶۱؛ حلی، ۱۳۷۴؛ خمینی، ۱۴۱۵.

به بیمه گذار یا ذینفع بیمه می پردازد، می باشد. ماهیت پرداختی (مسئولیت) بیمه گر چیست؟ آیا وجه بیمه ماهیت «خسارت» دارد یا فقط وقوع خطر و ایجاد خسارت، میزان مسئولیت بیمه گر را بر طبق قرارداد مشخص می کند و پرداختی بیمه گر دارای ماهیت «طلب» است و خسارت واقعی هنوز جبران نشده و بعد از پرداخت بیمه گر، بیمه گذار یا بیمه گر (به قائم مقامی از بیمه گذار) می توانند بر مبنای مسئولیت قهری، به عامل زیان مراجعه کنند.

طبق ماده ۳۰ قانون بیمه ۱۳۱۶ و قوانین بعدی از قبیل ماده ۶۶ قانون تامین اجتماعی ۱۳۵۴، بیمه گر بعد از جبران زیان بیمه گذار به قائم مقامی از بیمه گذار به عامل زیان مراجعه می کند. این عمل به اصل جانشینی یا اصل «قائم مقامی»^۱ معروف است. اکثر حقوقدانان مبنای وجودی اصل جانشینی را منع جبران خسارت مضاعف (Babaei, 2001: 157) و منع دارا شدن غیر عادلانه بیمه گذار می دانند (Babaei, 2005: 25; Al, Katouzian & Izanloo, 2018: 360-361). با این استدلال (Sheikh, 2001: 55; Taheri Shirazi, 2010: 37; Yousef Memar, 2008: 37-38) که بیمه گذار خسارت خود را از بیمه گر دریافت نموده و دیگر حق جبران مجدد خسارت را ندارد و بیمه گر با استفاده از اصل قائم مقامی، به عامل فعلی زیانبار مراجعه می کند (Basu Bal, 2012: 20; Kozubovska, 2010: 28).

حال فارغ از اینکه استدلال فوق صحیح است یا غلط، در نگاه کلی این استدلال حاکی از این مطلب است که ماهیت (طلب یا خسارت بودن) مسئولیت (پرداختی و جبران) بیمه گر، در تحلیل مبنای وجودی اصل قائم مقامی نیز مؤثر است. در این پژوهش، سعی می شود تا ضمن شناخت ماهیت پرداختی بیمه گر، تأثیر این شناخت در انتخاب روش استرداد و وجود اصل قائم مقامی مورد بررسی قرار گیرد.

در مواردی که برای جبران یک زیان، منابع متعددی برای پرداخت غرامت وجود دارد و فرد زیان دیده می تواند علاوه بر مسئولیت قهری عامل ورود زیان، به موجب مسئولیت قراردادی به متعهد جبران ضرر (بیمه گر) هم مراجعه کند، نظامهای حقوقی مختلفی برای جبران ضرر وجود دارد که مهمترین آنها عبارتند از: ۱- انتخاب:^۲ یعنی زیان دیده می تواند به یکی از مسئولین (بیمه

1- Subrogation

2- Selection

گر یا عامل زیان) به انتخاب خود مراجعه کند.^۲ - جمع مزایا: ^۱ در این نظام که طبق اصل سرمایه است بیمه گذار زیان دیده علاوه بر رجوع به مسئول قهری می تواند به مسئول قراردادی نیز مراجعه کند. ^۳ - استرداد: ^۲ مسئول قراردادی (بیمه گر) بعد از جبران ضرر می تواند به مسئول قهری مراجعه و خسارت پرداختی را از عامل ورود خسارت مطالبه کند. ^۴ - کاستن از مسئولیت وارد کننده زیان: ^۳ یعنی هیچ یک از طرفین، حق مراجعه به عامل زیان را ندارند (Cane, 2006:377, Richard Lewis, 1998:17). اصل جانشینی که مورد تصویب قانونگذار ایران قرار گرفته، زیر مجموعه نظام استرداد است. بیمه گر بعد از جبران خسارت به عامل ورود زیان مراجعه و پرداختی به بیمه گذار را از وی باز می ستاند.

مطابق نظریه شکل گرفته در بین حقوق دانان داخلی، انتخاب روش استرداد و اصل قائم مقامی بیمه گر از سوی قانونگذار ایرانی بر مبنای طبیعت عقد بیمه و قوانین مسئولیت مدنی بوده و چاره ای جز انتخاب این روش در نظام حقوقی ما متصور نیست زیرا ماهیت پرداختی بیمه گر خسارت بوده و با جبران خسارت از سوی بیمه گر، حق بیمه گذار در رجوع به ثالث زیان زننده ساقط می شود و بیمه گر به جانشینی از او به عامل زیان (ثالث) رجوع می کند (Al Sheikh, 2001:55; Taheri Shirazi, 2010:37; Yousef Memar, 2008:37-38)؛ همانطور که مشاهده شد بر اساس نظر مشهور (که نظر نویسندگان این تحقیق متفاوت از آن است) انتخاب ماهیت «خسارت» برای پرداختی بیمه گر، انتخاب نظام استرداد را الزامی می کند.

به عبارت دیگر، این استدلال نشان می دهد که تعیین ماهیت پرداختی بیمه گر، تأثیر مستقیمی در انتخاب روش استرداد (و اصل قائم مقامی بیمه گر) و امکان انتخاب سایر نظام های پرداخت خواهد داشت، ما در این مجال اندک به بررسی مبنایی «خسارت» یا «طلب» بودن پرداختی بیمه گر (فصل اول) و مبنای اصل قائم مقامی (فصل دوم) خواهیم پرداخت و امکان یا عدم امکان برگزیدن سایر نظام های پرداخت (از قبیل نظام انتخاب؛ جمع مزایا...) را در ساختار حقوق داخلی بررسی خواهیم نمود (فصل سوم).

1- Accumulation

2- Recoupment

3- Relieving the Tortfeasor

۲. ماهیت مسئولیت بیمه گر

برای درک بهتر مطالب، دلایل و ایرادات انواع فروض ماهیت مسئولیت بیمه گر (اعم از ماهیت طلب و ماهیت خسارت)، در دو بخش مجزا مورد بررسی قرار می گیرد.

۲-۱ ماهیت طلب

در این فرض ماهیت مسئولیت بیمه گر در قبال بیمه گذار، حتی در بیمه های غرامتی نیز بر مبنای عقد بیمه و منتج از روابط قراردادی طرفین است. پرداختی بیمه گر طبق این نظر، جبران واقعی ضرر محسوب نمی شود، بلکه عوضی است که بیمه گر در مقابل دریافت حق بیمه آن را تعهد نموده است و ماهیت خسارت ندارد. به عبارت دیگر، وقوع خسارت فقط، مقدار تعهد بیمه گر را مشخص می کند زیرا او در مقابل دریافت حق بیمه ها تعهد به این امر نموده است (Lewis, 1998: 17-21). نظریه مرسوم در حقوق ما بدین صورت است که ماهیت مسئولیت بیمه گر در بیمه های غرامتی را خسارت می دانند و فرد نمی تواند بعد از جبران از سوی بیمه گر به عامل فعل زیانبار مراجعه کند و مطابق ماده ۳۰ قانون بیمه، بیمه گر جانشین بیمه گذار در رجوع به عامل فعل زیانبار است. با این وجود، می توان طلب بودن ماهیت مسئولیت بیمه گر در بیمه های غرامتی را استدلال کرد، تا بتوان مبنای مراجعه به عامل زیان از سوی بیمه گذار یا بیمه گر (به قائم مقامی) را توجیه نمود.

۲-۱-۱ تحلیل تعهد بیمه گر به عنوان عوض قراردادی

طبق تعریفی که از عقد معوض ارائه می شود (Ghasemzadeh, 2007: 40; Katouzian, 2012: 113)، بیمه، عقدی معوض است. در عقد بیمه دو تعهد وجود دارد که در برابر یکدیگر قرار می گیرند و در این قرارداد بیمه گذار، حق بیمه را پرداخت می کند و بیمه گر ملزم به جبران خسارت یا پرداخت مبلغ مشخص به بیمه گذار است در نتیجه این خصوصیت عقد بیمه، اگر بیمه گذار به تعهدات خود عمل نکند بیمه گر هم ملزم به ایفاء تعهدات خود نمی باشد یا عدم صداقت بیمه گذار در اعلام صحیح ویژگیهای مورد بیمه باعث بطلان یا کاهش میزان جبران خسارت می شود.

ماده ۱ قانون بیمه، عقد بیمه را اینگونه معرفی می کند. «بیمه عقدی است که به موجب آن یک طرف تعهد می کند در ازای پرداخت وجه یا وجوهی ازطرف دیگر در صورت وقوع یا بروز حادثه، خسارت وارده بر او را جبران نموده یا وجه معینی بپردازد. متعهد را بیمه گر و طرف دیگر را بیمه گذار می نامند». همانطور که متن ماده قانونی بیان می دارد، جبران خسارت بیمه گر در ازای پرداخت حق بیمه به بیمه گر بوده است و به صورت رایگان صورت نمی گیرد «هر یک از بیمه گر و بیمه گذار تعهداتی را در مقابل یکدیگر می پذیرند، یعنی هم به اعلام صحیح ریسک موضوع بیمه و پرداخت حق بیمه و هم به پوشش ریسک تعیین شده در عقد تعهد می نمایند» (Babaei, 2005: 25) و با وقوع خطر مورد بیمه، فرد به مابازای حق بیمه هایی که پرداخته دست می یابد و خسارت واقعی هنوز جبران نشده است، زیرا به موجب قرارداد بیمه، بیمه گر فقط تا مقدار خسارت را در بیمه های غرامتی پرداخت می کند و حق بیمه هایی را که پرداخته محاسبه و مسترد نمی دارد. بلکه حق بیمه های پرداختی مابازای پرداخت غرامت در صورت وقوع خطر می باشد.

بنابراین وجه پرداختی بیمه گر دارای منشأ قراردادی و دارای ماهیت طلب می باشد و بیمه گذار اگر بعد از دریافت غرامت از بیمه گر به عامل زیان از باب خسارت رجوع کند، با قاعده منع جبران مضاعف خسارت روبرو نمی شود چون پرداختی بیمه گر دارای منشأ خسارت و از باب مسئولیت قهری نبوده است (Lewis, 1998: 21). همانطور که نظریه شماره ۷/۹۵۹-۴/۴-۱۳۶۴ اداره حقوقی قوه قضائیه در این رابطه بیان می دارد «دیه با آن چه که از طرف شرکتهای بیمه یا سازمان تامین اجتماعی به موجب قرارداد یا به عنوان غرامت پرداخت میشود ارتباطی ندارد. به علاوه منشأ و مبلغ و نوع و مسئول پرداخت دیه و غرامت متفاوت است». به عبارت دیگر جبران خسارت در مسئولیت مدنی از آنجا که نشأت گرفته از ضمان قهری و غیر قراردادی است، فاقد عوض و الزام به پرداخت آن ناشی از قانون می باشد. لیکن جبران خسارت در حقوق بیمه در عوض پرداخت حق بیمه از سوی بیمه گذار بوده و از تعهدات قراردادی بیمه گر محسوب می شود. (Amiran, Bakhshayesh & Bariklou, 2014: 183) (Weir, 2012: 4)

۲-۱-۲ لازمه اصل قائم مقامی

قانونگذار در ماده ۳۰ قانون بیمه ۱۳۱۶ که چنین مقرر می دارد «بیمه گر در حدودی که

خسارت وارده را قبول یا پرداخت می کند، در مقابل اشخاصی که مسئول وقوع حادثه یا خسارت هستند، قائم مقام بیمه گذار خواهد بود و اگر بیمه گذار اقدامی کند که منافی با عقد مزبور باشد، در مقابل بیمه گر مسئول شناخته می شود. حقوقدانان این قائم مقامی را بدین صورت بیان می کنند «بیمه گر در دعوای علیه مسئول حادثه به قائم مقامی از بیمه گذار عمل می کند و اصلاتی در دعوی ندارد. زیرا در این میان خسارتی به بیمه گر وارد نشده است و آنچه او به ذینفع پرداخته است مابازای قرارداد بیمه (در مقابل دریافت حق بیمه از بیمه گذار) و موضوع تعهد بوده است و (به عنوان یکی از عناصر مسئولیت مدنی) خسارت محسوب نمی شود ... مشکل دیگر فقدان رابطه سببیت عرفی لازم در این دعوای مسئولیت مدنی است» (Babaei, 2005:159) پس به ناچار باید طبق ماده فوق و به جانشینی بیمه گذار، علیه مسئول حادثه طرح دعوا کرد. در حقیقت این اصل به حق قانونی یک شرکت بیمه گر در پرداخت غرامت به ذینفع بیمه نامه و متعاقباً اقدام قانونی علیه اشخاص ثالث مسئول با هدف بازپرداخت مبالغی که پرداخت کرده است اشاره می نماید. (Ames, Graden, Sankara, 2017:159-160, Pengelley, 2013)

برای اینکه بتوان حکم قائم مقامی قانونی که ماده فوق به بیمه گر اعطا کرده، را توجیه کرد، ناچار باید ماهیت مسئولیت بیمه گر در مقابل بیمه گذار را «طلب» و ناشی از قرارداد بدانیم. با این توضیح که با وقوع خطر مورد بیمه، میزان تکلیف قراردادی بیمه گر مشخص می شود و بیمه گر مقدار خسارت وارده را بر مبنای عقد بیمه و با توجه به حق بیمه های دریافتی می پردازد.

به بیان بهتر، اگر پرداختی بیمه گر دارای ماهیت «خسارت» باشد، پس آنچه بیمه گر پرداخت می کند، خسارت واقعی است و با پرداخت خسارت، حق بیمه گذار در رجوع به عامل زیان ساقط می شود. با پرداخت خسارت واقعی، طبق قواعد مسئولیت مدنی (اصل لزوم ورود ضرر و بقای آن) دیگر حقی برای زیان دیده (بیمه گذار) باقی نمی ماند تا بیمه گر بتواند در رجوع به عامل زیان، جانشین و قائم مقام وی شود زیرا روشن است که یکی از شرایط ضرر و مسئولیت آن است که ضرر جبران نشده باشد (Katouzian, 2012:291) طبق قانون اصیل نمی تواند وکالت در اعمال حقی را بدهد که خود فاقد آن است وکیل یا قائم مقام (قانونی یا قراردادی) در حدود صلاحیت موکل قادر به اعمال حق است.

بنابراین اگر وجه پرداختی خسارت باشد، پس خسارت بیمه گذار ساقط می شود و دیگر حقی برای وی در رجوع به عامل زیان (بدلیل فقدان ضرر در دعوی مسئولیت مدنی) باقی نمی ماند تا

بیمه گر به قائم مقامی او به عامل زیان رجوع کند. در این فرض بیمه گر تنها بر طبق قانون مدنی، آن هم اگر اذن در پرداخت از سوی مدیون (ثالث زیان زننده) داشته باشد می تواند به ثالث به عنوان اصیل مراجعه کند نه قائم مقام، چون با پرداخت خسارت واقعی به بیمه گذار و قبول وی دیگر حقی برای بیمه گذار زیان دیده باقی نمی ماند تا بتوان در این مورد برای دیگری نمایندگی قانونی یا قراردادی متصور شد.

به منظور اینکه اصل قائم مقامی را که قانونگذار وضع نموده است قابل توجیه باشد باید ماهیت پرداختی بیمه گر را «طلب» و دارای مبنای قراردادی بدانیم تا خسارت واقعی بیمه گذار جبران نشده باقی بماند و بیمه گر بعد از اجرای قرارداد بیمه به قائم مقامی از بیمه گذار به عامل زیان مراجعه کند. در حقیقت آنچه که بیمه گر پرداخت می کند دارای ماهیت طلب و در مقابل حق بیمه های دریافتی است و هنوز برای بیمه گذار و قائم مقام وی (بیمه گر) حق رجوع به عامل فعل زیانبار وجود دارد (Schap, 2006:4).

اگرچه قانونگذار برای بیمه گر یک نوع حق جانشینی قانونی قائل شده، اما مبنای رجوع بیمه گر (به قائم مقامی) به عامل زیان بر مبنای مسئولیت مدنی ناشی از زیان وارده به بیمه گر نیست بلکه ناشی از مسئولیت مدنی عامل زیان برای زیان وارده به بیمه گذار است و بیمه گر باید به نمایندگی و قائم مقامی از بیمه گذار و با نام بیمه گذار و بر مبنای خسارت وارده به بیمه گذار اقدام نماید (Babaei, 2005:159). بیمه گر نمی تواند بیشتر از آنچه که به بیمه گذار پرداخته به عامل زیان رجوع کند در حالی که اگر بر مبنایی غیر از جانشینی بود او می توانست به نام خود و حتی بیشتر از آنچه که به بیمه گذار پرداخت کرده از عامل زیان طلب کند. (Basu Bal, 2012:64-65) ماده ۳۵۰ قانون مدنی برزیل نیز بدین موضوع اشاره می کند که اصل قائم مقامی نمی تواند به عنوان یک منبعی برای اخذ سود یا مزایا تلقی شود. این بدین معناست که بیمه گر تا میزان مبلغی که به عنوان غرامت به بیمه گذار پرداخت می کند قائم مقام وی تلقی می شود. (Duque Estrada, 2016 : 21)

بنابراین باید با «طلب» دانستن ماهیت پرداختی بیمه گر برای بیمه گذار (بدلیل جبران نشدن اصل خسارت) حق رجوع به عامل زیان را قائل شویم تا بیمه گر بتواند بر مبنای اصل قائم مقامی به قائم مقامی بیمه گذار خسارت را از عامل زیان دریافت دارد. به عبارت دیگر «طلب» دانستن ماهیت پرداختی بیمه گر لازمه توجیه اصل قائم مقامی است.

۳-۱-۲ تصریح قانونگذار در قائم مقامی از بیمه گذار

قانونگذار در انتهای ماده ۳۰ قانون بیمه سال ۱۳۱۶ بدین صورت بیان می دارد که «بیمه گر قائم مقام بیمه گذار خواهد بود و اگر بیمه گذار اقدامی کند که منافعی با عقد مزبور باشد، در مقابل بیمه گر مسئول شناخته می شود».

اول اینکه اقدام منافعی حق بیمه گر از قبیل ابراء ثالث زیان زننده و اقامه دعوی خسارت علیه ثالث زیان زننده از سوی بیمه گذار (اصیل) وقتی دارای اعتبار است که وی دارای حق ابراء یا اقامه دعوی باشد؛ به عبارت دیگر بیمه گذار باید دارای حق رجوع به عامل زیان باشد تا بتواند ابراء کند یا از اقامه دعوا علیه عامل زیان چشم پوشی کند. بنابراین قانونگذار به طور ضمنی برای بیمه گذار، وجود حق رجوع به عامل زیان را تأیید می کند منتها بنا به دلالتی (که در مبحث بعد به تفصیل اشاره خواهیم نمود) بیمه گر را به عنوان قائم مقام قانونی برای وی تعیین می کند.

حال اینکه نظر مشهور، ماهیت پرداختی بیمه گر به بیمه گذار را «خسارت» می دانند و بیان می دارند بیمه گذار با دریافت خسارت واقعی، بدلیل وجود قاعده «منع جبران مضاعف خسارت» (Karimi, 2008:89) و اصل «لزوم بقای ضرر» (Bariklou, 2013:84)، دیگر حقی برای مراجعه به ثالث نخواهد داشت اگر طبق نظر مشهور ماهیت پرداختی بیمه گر را «خسارت» واقعی بدانیم و مبنای اصل قائم مقامی را نیز «منع جبران مضاعف خسارت» و اصل «لزوم بقای ضرر» باشد، در این فرض اقدام منافعی حق بیمه گر باطل و فاقد اعتبار است زیرا اساساً بیمه گذار نسبت به عامل زیان حقی ندارد و خسارت وی جبران شده است. البته در آمریکا نیز با توجه به قاعده منع جبران مضاعف خسارت برای زیاننده یا ذینفع بیمه نامه امکان مراجعه به عامل زیان بعد از پرداخت خسارت از سوی بیمه گر وجود ندارد. اگرچه دریافت خسارت مضاعف در آن کشور تحت شرایط خاصی امکان پذیر است. برای مثال موردی را در نظر بگیرید که در آن شخصی در حادثه رانندگی صدماتی متحمل می شود، در نگاه نخست زیاننده بعد از مراجعه به بیمه گر خسارات ناشی از صدمات اولیه را از بیمه گر دریافت می نماید در مرحله بعد وی می تواند با مراجعه به عامل زیان (راننده مقصر) جهت بازپرداخت دستمزدهای از دست رفته یعنی پولی که از کارفرمای خود از زمان وقوع تصادف تا زمان صدور رای قاضی به وی تعلق می گرفت را از عامل زیان (راننده مقصر) مطالبه کند. (Wickert, 2014:772)

این در حالی است که قانونگذار ضمانت اجرای رجوع بیمه گذار به ثالث زیان زننده را فقط مسئولیت در مقابل بیمه گر دانسته، که حاکی از صحت اقدام بیمه گذار (یعنی وجود حق مطالبه از عامل زیان برای وی) می باشد. چنین نتیجه ای را از ماده ۱۲۱-۱۲۲ قانون بیمه فرانسه نیز می توان استنباط کرد که بیان می دارد «چنانچه در اثر عمل بیمه گذار، امکان قائم مقامی به نفع بیمه گر محقق نشود، بیمه گر کلاً یا جزئاً از مسئولیت در برابر بیمه گذار معاف می شود» که حاکی از صحت اعمالی (از قبیل برائت وی یا دریافت خسارت از وی) که موجب محقق نشدن امکان قائم مقامی برای بیمه گر شده، می باشد و اگر این عمل بعد از وقوع خسارت صورت گیرد موجب معافیت بیمه گر خواهد بود (Walker, 1970:255-256, Kozubovska, 2010:20). بنابراین از متن ماده ۳۰ قانون بیمه می توان دریافت که قانونگذار پرداخت غرامت از سوی بیمه گر به بیمه گذار را «خسارت» نمی پندارد بلکه دارای منشاء «طلب» و مبتنی بر قرارداد است و بعد از دریافت آن از سوی بیمه گذار، وی میتواند به هر عملی مخالف حق قائم مقامی بیمه گر (از قبیل برائت عامل زیان دریافت خسارت از وی) مبادرت ورزد؛ این اقدامات باطل نبوده بلکه تنها در مقابل بیمه گر مسئول شناخته می شود.

دوم اینکه اگر بر عقیده فقدان حق برای بیمه گذار به دلیل جبران واقعی خسارت وی از سوی بیمه گر اصرار شود (Al Sheikh, 2001:124) و او فاقد حق مراجعه به مسئول قهری (عامل ورود زیان) حادثه معرفی شود (یعنی ماهیت خسارت را برگزینیم)، چگونه و با کدام اصول و منطق حقوقی برای قائم مقام وی (بیمه گر) حق مراجعه به مسئول قهری زیان را قائل شویم. باید مطابق واقع، با استفاده از ماهیت طلب بودن پرداختی بیمه گر، خسارت واقعی بیمه گذار جبران نشده باشد و او را دارای حق مراجعه بدانیم منتها بدلیل وجود نص قانون (قائم مقامی قانونی)، بیمه گر دارای حق رجوع به عامل فعل زیانبار (با استفاده از قائم مقامی قانونی) می باشد.

از سوی دیگر، به موجب ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵، بیمه گر موظف است خسارت وارده به زیاندیدگان را بدون لحاظ جنسیت و مذهب تا سقف تعهدات بیمه نامه پرداخت نماید. حال در فرض دیه زن یا غیر مسلمان، تعهدات بیمه گر بیش از تعهدات بیمه گذار است که این خود به قرارداد بیمه بر می گردد زیرا در فرض عدم وجود بیمه، در مراجعه زیان دیده به عامل زیان، زیان زننده فقط محکوم به دیه زن یا دیه غیر مسلمان می شد که این با نظریه خسارت بودن پرداختی بیمه گر، منطبق نیست، زیرا خسارت باید به میزان زیان باشد نه بیشتر

و علاوه بر آن در رجوع بیمه گر (در مقام جانشینی) به عامل زیان، وی فقط حق مطالبه دیه واقعی غیر مسلمان یا زن مسلمان را دارد نه آنچه را که به بیمه گذار پرداخته است.

در قسمت پایانی ماده فوق بیان می شود که مبلغ مازاد بر دیه تعیین شده از سوی محاکم به عنوان بیمه حوادث محسوب می گردد، به عبارت دیگر در بیمه حوادث مبلغ پرداختی بیمه گر ارتباطی با میزان زیان ندارد درواقع پرداختی بیمه گر ماهیت خسارت ندارد تا مقدار آن با مقدار خسارت واقعی برابر باشد بلکه ماهیت طلب و عوض قراردادی دارد و همانطور که در این ماده به درستی آمده میزان پرداختی باید تا سقف تعهدنامه توافقی باشد که ممکن از خسارت واقعی کمتر یا بیشتر باشد. قانونگذار مبلغ مازاد بر دیه (خسارت) را به عنوان بیمه حوادث می نامد که ارتباطی با دیه (خسارت) واقعی ندارد بنابراین ماهیت مسئولیت در بیمه حوادث را باید متفاوت از خسارت دانست.

۲-۱-۴ رویه موجود در برخی از نظام های حقوقی

این رویه در بعضی از نظام های حقوقی مانند نظامهای حقوقی امریکا و ایرلند اجرا می شود که زیان دیده امکان رجوع به عامل فعل زیانبار و بیمه گر را مجتمعاً دارد^۱ همین امر بیانگر این مطلب است که اصل جانشینی ناشی از ماهیت خسارت بودن مسئولیت مدنی بیمه گر نیست. آنچه که بیمه گر به بیمه گذار پرداخت می کند «طلب» بیمه گذار و اجرای قرارداد از سوی بیمه گر است و حق رجوع بیمه گذار به عامل زیان برای دریافت «خسارت» محفوظ است (که بیمه گر به قائم مقامی از وی به عامل زیان مراجعه می کند).

۲-۲ ماهیت خسارت

طبق این نظریه آنچه که بیمه گر بعد از وقوع خطر مورد بیمه به بیمه گذار می پردازد، ماهیت خسارت دارد و با پرداخت خسارت از سوی بیمه گر خسارت جبران شده و دیگر ضرری باقی نمی

۱- برای مطالعه بیشتر رجوع شود به

➤ English Law Commission's Consultation paper, 1997, No.147, "Damages for Personal Injury : Collateral Benefits": P 75, At: www.lawcom.gov.uk

ماند تا بر اساس آن بتوان به عامل زیان مراجعه کرد و مطالبه خسارت نمود. این نظریه با اصل جبران خسارت ارتباط تنگاتنگ دارد. در بیمه های غرامتی «بیمه گر متعهد جبران خسارت و بر قراری تعادل مالی بیمه گذار است که به دنبال تحقق خطر مورد بیمه کاهش پیدا می کند بدین ترتیب بیمه گذار نباید در وضعی مساعد تر از قبل از وقوع حادثه قرار گیرد.» (Expert Group on European Karimi, 2008:89; Insurance Contract Law, 2013:13) به موجب این اصل، مقدار جبران زیان باید به مقدار زیان باشد. وقتی بر اساس این نظر ماهیت پرداختی بیمه گر را خسارت بدانیم، طبق قاعده منع جبران مضاعف، دیگر امکان رجوع بیمه گذار به ثالث زیان زننده وجود ندارد و بر همین مبنا قانونگذار با اعطای قائم مقامی (در قانون بیمه و سایر قوانین) به بیمه گر وی را قائم مقام بیمه گذار در مراجعه به عامل زیان قرار داده است.

مهمترین دلیل طرفداران ماهیت خسارت بودن پرداختی بیمه گر، وجود نص قانونگذار در ماده ۳۰ قانون بیمه ۱۳۱۶ است که بیان می دارد «بیمه گر در حدودی که خسارت وارده را قبول یا پرداخت می کند، در مقابل اشخاصی که مسئول وقوع حادثه یا خسارت هستند، قائم مقام بیمه گذار خواهد بود و اگر بیمه گذار اقدامی کند که منافی با عقد مزبور باشد، در مقابل بیمه گر مسئول شناخته می شود». ماده ۶۶ قانون تامین اجتماعی ۱۳۵۴ نیز درباره قائم مقامی بیمه گر در رجوع به زیان زننده ثالث بیان می دارد «در صورتی که ثابت شود وقوع حادثه مستقیماً ناشی از عدم رعایت مقررات حفاظت فنی و بروز بیماری ناشی از عدم رعایت مقررات بهداشتی و احتیاط لازم از طرف کارفرما یا نمایندگان او بوده سازمان هزینه های مربوط به معالجه و مستمری ها و غیره را پرداخته و طبق ماده ۵۰ این قانون از کارفرما مطالبه و وصول خواهد کرد». در تفسیر این مواد و سایر قوانین مشابه، برای اثبات ماهیت خسارت، بیان می شود که علت منع قانونگذار در این مواد برای بیمه گذار این است که بیمه گر خسارت بیمه گذار را جبران کرده است و با جبران خسارت بیمه گذار، رجوع مجدد وی به ثالث زیان زننده باعث دارا شدن نا عادلانه وی می شود (Bariklou, 2013:84) در حقیقت برای بیمه شده نباید این امکان قانونی را متصور بود که یک بار از بیمه گر مطالبه خسارت نماید و بار دیگر از شخص ثالث زیان زننده چرا که بیمه صرفاً یک قرارداد غرامت است (Tamblyn, 2018:5) و براساس قاعده منع جبران مضاعف باید وی را از رجوع مجدد منع کرد و همین علت موجب وضع این قانون است).

(Babaei, 2005:25; Taheri, 2008:22)

لیکن باید توجه داشت در مواد فوق آنچه مورد بیان قانونگذار قرار گرفته اصل جانشینی و اعطای نمایندگی و قائم مقامی قانونی است و به هیچ عنوان مثبت ماهیت خسارت بودن مسئولیت بیمه گر و نافی طلب بودن آن نیست. به عبارت دیگر هیچ التزامی بین قائم مقامی بیمه گر و ماهیت خسارت دانستن پرداختی بیمه گر وجود ندارد. بلکه مطابق ماده ۱ قانون بیمه ۱۳۱۶، پرداختی بیمه گر به ازای حق بیمه دریافتی است و «بیمه گذار همواره باید مبلغی بابت مابازای تضمینی که از بیمه گر دریافت می کند، تحت عنوان حق بیمه پرداخت کند. بیمه هیچگاه عقد مجانی و بلاعوض نیست» (Babaei, 2005: 38).

اگر پرداختی بیمه گر واقعاً خسارت باشد با پرداخت خسارت حق بیمه گذار در رجوع به عامل زیان ساقط می شود. با پرداخت خسارت واقعی طبق قواعد مسئولیت مدنی (اصل لزوم ورود ضرر و بقای آن) دیگر حقی برای زیان دیده (بیمه گذار) باقی نمی ماند تا بیمه گر بتواند قائم مقام وی در رجوع به عامل زیان جانشین آن شود و بیمه گر تنها بر طبق قانون مدنی و در صورت داشتن اذن در پرداخت از سوی مدیون (ثالث زیان زننده)، می تواند به وی به عنوان «اصیل» مراجعه کند نه «قائم مقام». چون با پرداخت خسارت واقعی به بیمه گذار و قبول وی دیگر حقی برای وی باقی نمی ماند تا بتوان برای دیگری نمایندگی قانونی یا قراردادی متصور شد.

دلیل دیگری که در خسارت بودن پرداختی بیمه گر بیان می شود این است که مقدار پرداختی بیمه گر در بیمه های غرامتی به اندازه خسارت وارده است و درحقیقت بیمه گر خسارت را می پردازد و بنا بر همین امر ماهیت پرداختی بیمه گر را خسارتی می دانند. (Karimi, 2009: 48) در پاسخ باید گفت که مقدار خسارت تعیین کننده مقدار عوض قرارداد و طلب بیمه گذار است و این یکی از ویژگیهای عقد بیمه است که در آن میزان پرداختی بیمه گر مجهول بوده و معلق بر حادثه یا واقعه ای در آینده است (Mowlavi, 2000: 176-181)؛ در قرارداد بیمه، با وقوع خطر مورد بیمه میزان تکلیف قراردادی بیمه گر مشخص می شود و بیمه گر مقدار خسارت وارده را بر مبنای عقد بیمه و با توجه به حق بیمه های دریافتی، به میزان خسارت وارده می پردازد.

۳ مبانی نظری اصل قائم مقامی

همانطور که (در مقدمه) بیان شد، در مواردی که برای جبران یک زیان منابع مختلفی برای

پرداخت غرامت وجود دارد و فرد زیان دیده می تواند علاوه بر مسئولیت قهری عامل ورود زیان، به موجب مسئولیت قراردادی به متعهد جبران ضرر (بیمه گر) هم مراجعه کند، نظامهای حقوقی مختلفی برای جبران ضرر وجود دارد که مهمترین آنها عبارتند از: ۱- انتخاب^۱ یعنی زیان دیده می تواند به یکی از مسئولین به انتخاب خود مراجعه کند. ۲- جمع مزایا^۲ در این نظام که طبق اصل سرمایه است بیمه گذار زیان دیده علاوه بر رجوع به مسئول قهری می تواند به مسئول قراردادی نیز مراجعه کند. ۳- استرداد^۳ مسئول قراردادی بعد از جبران ضرر می تواند به مسئول قهری مراجعه و خسارت پرداختی را از عامل ورود خسارت مطالبه کند. ۴- کاستن از مسئولیت واردکننده زیان^۴ یعنی هیچ یک از طرفین حق مراجعه به عامل زیان را ندارند (Richard Lewis, 2006:377; Cane, 1998: 17).

مهمترین دلایلی که برای اصل جانشینی و انتخاب نظام استرداد در بیمه های غرامتی بیان می شود عبارت است از: قاعده ی منع جبران مضاعف خسارت (Babaei, 2001:157) و قاعده منع دارا شدن غیر عادلانه (Taheri, 2008:22-26; Taheri Shirazi, 2010:37; Babaei, 2005:25; Al Sheikh, 2001:55; Yousef Memar, 2008:37-38) و مجازات عامل زیان، که در ادامه ضمن تحلیل مبانی مذکور، مبنای مناسب را اشاره خواهیم کرد.

۱-۳ قاعده «منع جبران مضاعف خسارت» و «منع دارا شدن غیر عادلانه»

به موجب قاعده منع جبران مضاعف خسارت، برای هر خسارتی فقط یکبار امکان جبران وجود دارد و قواعد مسئولیت مدنی جبران مضاعف آن را منع می کند یکی از شرایط مطالبه خسارت این است که «ضرر در زمان درخواست و مطالبه، از طریق دیگری جبران نشده باشد. لزوم این شرط به این جهت است که موضوع مسئولیت مدنی، جبران خسارت وارده است و اگر خسارت و ضرر وارده، به طریقی جبران گردد با جبران ضرر، موضوع مسئولیت مدنی، که عبارت از لزوم جبران خسارت وارده به زیان دیده منتفی است و با انتفای موضوع، حکم به لزوم جبران مضاعف نیز

1- Selection

2- Accumulation

3- Recoupment

4- Relieving the tortfeasor

و جهی نخواهد داشت» (Babae, 2005:25) مطابق این اصول، بیمه شده نمی تواند با استفاده از قواعد مسئولیت مدنی موجب افزایش دارایی خود به صورت غیر عادلانه گردد و مبلغی مازاد بر خسارت واقعی دریافت کند. (Von Bar, 2004:12; Babae, 2004:25) بر این تحلیل دو ایراد وارد است که در ادامه به آنها پرداخته خواهد شد.

اول اینکه، ماده ۱ قانون بیمه، عقد بیمه را معرفی می کند. «بیمه عقدی است که به موجب آن یک طرف تعهد می کند در ازای پرداخت وجه یا جوهی از طرف دیگر، در صورت وقوع یا بروز حادثه، خسارت وارده بر او را جبران نموده یا وجه معینی بپردازد. متعهد را بیمه گر و طرف دیگر را بیمه گذار می نامند». همانطور که متن ماده قانونی بیان می دارد جبران خسارت از سوی بیمه گر در ازاء پرداخت حق بیمه ها، بوده است و به صورت رایگان صورت نمی گیرد و با وقوع خطر مورد بیمه، فرد به مابازای حق بیمه هایی که پرداخته، دست می یابد و خسارت واقعی هنوز جبران نشده زیرا به موجب قرارداد بیمه، بیمه گر فقط تا مقدار خسارت در بیمه های غرامتی را پرداخت می کند و حق بیمه هایی را که پرداخت شده، محاسبه و مسترد نمی دارد. در اکثر موارد با کسر حق بیمه های پرداختی بیمه گذار به بیمه گر از پرداختی بیمه گر، مقدار زیادی از خسارت واقعی جبران نشده باقی می ماند. بنابراین خسارت واقعی جبران نشده که مشمول جبران مضاعف گردد صرف نظر از اینکه اصلاً پرداختی بیمه گر در مقابل حق بیمه و طبق حصول شرط در قرارداد بیمه بوده است و ارتباطی با جبران واقعی خسارت ندارد و پرداختی بیمه گر عوض قرارداد محسوب می شود.

دوم اینکه، بر فرض جبران کامل خسارت توسط بیمه گر بر مبنای مسئولیت قراردادی و با فرض اینکه پرداختی بیمه گر ماهیت خسارت دارد و مشمول جبران مضاعف شدن رجوع دوباره بر مبنای مسئولیت قهری از سوی بیمه گذار می باشد، چرا این منع جبران مضاعف و قاعده منع دارا شدن غیر عادلانه شامل حال بیمه گر نشود؟ به عبارت دیگر بیمه گر که اقدام به پرداخت زیان وارده به بیمه گذار در ازاء دریافت حق بیمه از جمع بیمه گذاران می کند و به موجب ماده ۱ قانون بیمه ۱۳۱۶ این پرداختی بیمه گر در مقابل دریافت حق بیمه ها بوده است و دریافت مبالغی اضافی از عامل زیان از این دیدگاه، می تواند مصداق دارا شدن ناعادلانه باشد.

همانطور که بیان شد یکی از ویژگیهای مطالبه خسارت این است که ضرر در زمان درخواست و مطالبه آن، از طریق دیگری جبران نشده باشد. لزوم این شرط به این جهت است که موضوع

مسئولیت مدنی، جبران خسارت وارده است (با فرض خسارت مستقیم وارد شدن به بیمه گر با فعل عامل زیان) و اگر خسارت و ضرر وارده، به طریقی جبران گردد (با حق بیمه ها) با جبران ضرر، موضوع مسئولیت مدنی، (که عبارت از لزوم جبران خسارت وارده به زیان دیده) منتفی است و با انتفای موضوع، حکم به لزوم جبران نیز وجاهتی نخواهد داشت و رجوع به عامل زیان باعث دارا شدن ناعادلانه بیمه گر می شود. و بنابر قواعد عام مسئولیت مدنی رجوع بیمه گر به عامل زیان موجب جبران مضاعف خسارت و دارا شدن ناعادلانه بیمه گر می شود. با توجه به ایراداتی که وارد است دلیل مذکور نمی تواند توجیه مناسبی برای جانشینی بیمه گر در مراجعه به عامل زیان باشد.

۳-۲ بازدارندگی

دلیل دیگری که در توجیه مراجعه بیمه گر به عامل زیان بیان می شود، حفظ بازدارندگی قواعد مسئولیت مدنی در مقابل عامل ورود زیان و جلوگیری از عدم انتفاع زیان زننده است (Taheri, 2008:12). بدین توضیح که زیان وارده به ثالث بر مبنای مسئولیت قراردادی توسط بیمه گر جبران گردیده و این جبران خسارت باعث انتفاع و بهره برداری غیر عادلانه عامل زیان می شود و باعث گسترش ناامنی در جامعه و بی مبالاتی افراد در ورود زیان و نوعی تضعیف بازدارندگی مسئولیت مدنی در برابر عاملین خسارت می شود. مراجعه بیمه گر بعد از پرداخت زیان، به عامل زیان راهکاری است برای مقابله با این امر و مجازات عامل زیان است. به نظر می رسد استدلال فوق قانع کننده نمی باشد. زیرا حفظ بازدارندگی قواعد مسئولیت مدنی امری است ضروری که با مراجعه خود بیمه گذار به ثالث زیان زننده هم حاصل می شود و علاوه بر آن مجازات عامل زیان نمی تواند مبنای درستی برای جانشینی بیمه گر در رجوع به وارد کننده زیان باشد زیرا بیمه گر مقدار غرامت را با محاسبه دقیق احتمالات و از محل جمع حق بیمه، بیمه گذاران می پردازد و اصلاً متحمل ضرری نمی شود که بخواهد در پی جبران آن باشد. در عمل نیز این چنین است و رویه شرکت های بیمه مؤید این امر می باشد. از سوی دیگر اکثر پرداخت ها در بیمه های غرامتی از باب دیه است و دیه به دلیل ماهیت ترکیبی مجازات و غرامت بودن، در قوانین کیفری پیش بینی شده است و در امور کیفری بزه دیده باید شخصاً به تعقیب بزهکار پردازد و برای بیمه گر امکان تعقیب عامل زیان از طریق دادگاه کیفری پیش بینی نشده است.

حتی بر فرض امکان قائم مقامی بیمه گر در تمامی دعاوی، امروزه در کشورهای پیشرفته بیمه گرانی که در زمینه ای خاص مثل بیمه وسایل نقلیه، فعالیت می کنند، با یکدیگر قراردادهایی منعقد می کنند مبنی بر اینکه در صورت وقوع حادثه ای که هر دو طرف دخیل در تصادف دارای بیمه می باشند از طرح دعوی علیه یکدیگر (به قائم مقامی از بیمه گذاران خود) اجتناب کنند. این قراردادها که «توافقات مربوط به تصادف»^۱ نامیده می شوند، برای پرهیز از هزینه های طرح دعاوی از قبیل هزینه بهای خواسته و کارشناسی و حق الوکاله، بین بیمه گران، طرح ریزی شده اند (Izanloo, 2010:68). براین اساس دعاوی علیه عاملان زیان به شدت کاهش می یابد و اثر بازدارندگی نسبت به عامل زیانی که ممکن بود بر اثر تقصیر، حمایت بیمه گر خود را از دست دهد، از بین می رود زیرا دیگر دعوایی به طرفیت وی مطرح نخواهد شد تا با اثبات تقصیرش (تقصیر بیمه گذار) خودش ملزم به جبران شود (و خطر از دست دادن حمایت بیمه گر منجر به تعدیل رفتارش گردد). در آمریکا نیز اثر بازدارندگی اصل قائم مقامی در بیمه های مسئولیت دارندگان اتومبیل خواه از نظر تئوری و خواه از نظر تجربی پذیرفته نشده است و نتایج یک تحقیق نشان داده است که بسیاری از تصادفات در اثر عوامل شخصی و زیست محیطی که منشا خارجی داشته و در آن رانندگان نیز در بالاترین سطح هوشیاری قرار داشته اند رخ داده است و در نهایت مجازات یا تنبیه در اثر مراجعه بیمه گر به عامل زیان به عنوان یک عامل بازدارنده بی تأثیر شناخته شده است. (United States. Congress. House. Committee on the District of Columbia. Subcommittee on Business, Commerce, and Taxation, 1973:170, Hodgin, 2016:663)

هرچند در بخش سوم از تحقیق حاضر، در صدد اثبات لزوم قائم مقامی بیمه گر می باشیم ولی با وجود اینکه رجوع بیمه گر به عامل زیان منتهی به بازدارندگی می شود اما بازدارندگی نمی تواند به خودی خود مبنای مناسبی برای وجود اصل جانشینی باشد.

۳-۳ مبنای قانونی (سیاست توزیع ضرر و تضمین گروهی)

معیار تشخیص عقود از حیث معین بودن یا نبودن، قانون است. (Jafari

Langroudi, 2013: 462) از آنجایی که اوصاف عقد بیمه در قانون ذکر شده و عقدی معین محسوب می شود، بنابراین با توجه به مواد قانونی باید به تفسیر ماهیت پرداختی بیمه گر پرداخت. قانونگذار در ماده ۳۰ قانون بیمه ۱۳۱۶ و ماده ۶۶ قانون تامین اجتماعی در بیمه هایی که جنبه غرامتی دارند قائل به قائم مقامی بیمه گر شده است. در مبنای روابط بیمه گر و بیمه گذار علاوه بر قرارداد، قانون نیز موثر است به عبارتی مبنای رابطه طرفین در عقد بیمه، مبنای قانونی و قراردادی دارد و وجود مواد فوق را باید بر همین مبنا توجیه کرد (Wahdati Shobeiri & Hekmat, 2013: 73-76).

قانونگذار در ورود خسارت در موارد خاص، بعضی مسئولیت ها را به بیمه گر (در قبال ثالث) تحمیل کرده در صورتی که بیمه گذار مسئولیتی در قبال این خسارت ها ندارد، از قییل مسئولیت بیمه گر در حوادث ناشی از قوای قهریه در قانون بیمه اجباری شخص ثالث ۱۳۹۵ و یا ماده ۱۰ قانون فوق که بیمه گر را متعهد به پرداخت دیه کامل تا سقف تعهدنامه در قبال ثالث بدون لحاظ جنسیت (زن بودن) و مذهب (غیر مسلمان بودن) می کند یا ماده ۴ قانون ایمنی راهها و راه آهن مصوب ۱۳۴۹ (یا ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی ۱۳۸۹) که در مورد عبور عابرین پیاده، انواع وسایل نقلیه غیر مجاز و عبور دام در شاهراهها که منجر به حادثه شود بیان می دارد که عدم مسئولیت راننده حادثه دیده مانع استفاده شخص ثالث از بیمه نامه نخواهد بود و یا قانون برنامه پنجم که در ماده ۳۷ شرکتهای بیمه بازرگانی را مکلف کرده است همه ساله ۱۰ درصد از حق بیمه شخص ثالث را به وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی جهت هزینه معالجه و درمان زیاندیدگان پرداخت کند.

قانونگذار در قبال این تعهدات که به بیمه گر تحمیل کرده خواسته تا در بیمه هایی که ماهیت غرامتی دارند با جانشینی بیمه گر و رجوع به ثالث زیان زننده بخشی از هزینه های تحمیل شده به بیمه گر جبران شود تا در نهایت با محاسبه عواید حاصل از این حق (قائم مقامی)، حق بیمه های کمتری در جهت سیاست توزیع ضرر از بیمه گذاران دریافت کند. (Abraham, 2004: 3)

بدین ترتیب باید مهمترین علت تأسیس اصل جانشینی را نقش قانون در تنظیم روابط بین بیمه گر و بیمه گذار و مبنای قانونی - قراردادی بیمه دانست. مطابق این نظریه که محصول دوران کنونی و در نتیجه تحول در مبانی مسئولیت مدنی (یعنی عدم لزوم تقصیر در ایجاد مسئولیت) است، باید به جای مسئولیت فردی، مسئولیت جمعی و گروهی را بپذیریم و اشخاص که در معرض خطر هستند

به بیمه کردن خود پردازند، بدین سان بار مسئولیت و خسارت در بین اعضای جمع بیمه شده تقسیم می شود (Babaei, 2001:86). پس در این فرض مبنای عقد بیمه و مسئولیت تحمیلی بیمه گر یا حقوق ارفاقی نظیر حق جانشینی برای بیمه گر، نظریه تضمین گروهی و مبتنی بر سیاست «توزیع ضرر» است. در صورت بروز هر حادثه مسئولیت در بین سایر بیمه گذاران تقسیم می شود. حتی امروزه طرح های ملی تضمین بیمه در کشورهای صنعتی برای حمایت از بیمه گر و بیمه گذار اجرا می گردد تا این هدف را بهتر تضمین کند. (Final Report, 2007:186-259) «به دیگر سخن امروزه در کشورهای پیش رفته به جای مسئولیت فردی، مسئولیت جمعی در مواردی پذیرفته شده است اشخاصی که در معرض مسئولیت هستند به بیمه متقابل می پردازند، یعنی مبلغی را به عنوان حق بیمه پرداخت می کنند و در صورت وقوع ضرر، بیمه گر به جای شخص مسئول، خسارت را می پردازد و بدین سان بار خسارت و مسئولیت به گونه ای تقسیم می شود و در واقع تضمین گروهی که مبتنی بر تعاون و همبستگی اجتماعی است جایگزین مسئولیت فردی می گردد بر اساس همین فکر در برخی کشورها بیمه مسئولیت ناشی از حوادث رانندگی یا مسئولیت پزشکان یا وکلای دادگستری اجباری شده است» (Safai & Rahimi, 2012:74). بنابراین مبنای قانونی_قراردادی عقد بیمه و سیاست توزیع ضرر و تضمین گروهی مبنای ایجاد حق قائم مقامی برای بیمه گر است و قانونگذار در قبال تعهدات اضافه ای که بر بیمه گر تحمیل می کند در قبال آن یک سری امتیازاتی از قبیل حق قائم مقامی برای وی در نظر گرفته است تا سیاست توزیع ضرر و تضمین گروهی بهتر تأمین گردد.

۴. تأثیر شناخت ماهیت مسئولیت بیمه گر در انتخاب نوع نظام جبران خسارت

بعد از پیدایش عقد بیمه و مسئولیت موازی بیمه گر و عامل زیان، در جبران خسارت و تأثیر جبران از طریق بیمه بر سیاستهای مسئولیت مدنی، کشورها سیاستهای متفاوتی در اعمال همزمان نظامهای جبران خسارت اتخاذ کرده اند. انتخاب روشهایی چون روش «انتخاب»، «جمع مزایا»، «استرداد» و یا «حذف مسئولیت مدنی» در کشورهای مختلف بسته به نوع گروهی است که مورد

حمایت قرار می گیرد، دارد (Badini, 2009:41). به طور قطع روش جمع مزایا با هدف حمایت از بیمه شده است و بر این نگاه که بیمه شده یک منبع جبران را از قبل خریداری کرده استوار است و این روش در بیمه های عمر در همه کشورها مورد قبول واقع شده است.

انتخاب روش کاستن از مسئولیت واردکننده زیان (یا حذف مسئولیت مدنی) با هدف گسترش مسئولیت گروهی به جای مسئولیت فردی سازگار و در صدد حمایت از عامل زیان یا کسی است که ناخواسته مرتکب عمل خسارت بار شده است، اما یکی از اهداف مسئولیت مدنی که بازدارندگی است، تأمین نمی شود (Badini, 2009:51). با انتخاب روش استرداد (و رجوع بیمه گر به عامل زیان به قائم مقامی از بیمه گذار) علاوه بر حفظ سیاست بازدارندگی، هدف پیدایش عقد بیمه که تضمین گروهی و مسئولیت جمعی می باشد، به خوبی تأمین می گردد.

شرکت های بیمه گر به عنوان سازمان هایی هستند که با جمع آوری حق بیمه ها از همه ی اعضا، بیمه شدگان زیان دیده را تحت پوشش قرار می دهند و میزان حمایتی که این سازمان از اعضای بیمه شده خود و یا حتی سایر افراد به عمل می آورد، بسته به میزان گسترش سیستم بیمه ای و میزان توسعه یافتگی کشورها دارد (Babaei, 2001:81).

طلب دانستن ماهیت پرداختی بیمه گر (به بیمه گذار) بر مبنای قرارداد بیمه، امکان اتخاذ هر یک از روشهای فوق را ممکن می سازد. در روش «استرداد» (که روش برگزیده در سیستم حقوقی ما است) تنها بر پایه ی طلب دانستن ماهیت پرداختی بیمه گر و امکان مراجعه به عامل زیان بر مبنای خسارت است که بیمه گر می تواند به قائم مقامی از بیمه گذار به عامل زیان مراجعه کند و به دلیل تفاوت در منشأ پرداختها (طلب بودن و خسارت بودن) رجوع به عامل زیان، مشمول قاعده ی منع جبران مضاعف خسارت نمی گردد.

در روش «جمع مزایا» نیز تنها طلب دانستن ماهیت پرداختی بیمه گر می تواند توجیه کننده جمع بین وجه بیمه و جبران در مسئولیت مدنی، باشد. انتخاب روشهایی همچون روش «انتخاب» (امکان انتخاب بیمه گر یا عامل زیان از سوی بیمه گذار) و یا روش «حذف مسئولیت مدنی» (کاستن از مسئولیت عامل زیان و معافیت وی از جبران زیان) نیز مستلزم تفسیر مسئولیت بیمه گر، بر مبنای روابط قراردادی و طلب بودن پرداختی بیمه گر است، به طوری که بیمه گر در این دو روش بعد از پرداخت حق رجوع به عامل زیان و یا بیمه شده را ندارد زیرا وی بر مبنای قرارداد و در ازای دریافت حق بیمه ها، وجه بیمه را پرداخت کرده است.

۵- نتیجه و پیشنهادها

تعیین ماهیت مسئولیت بیمه گر نقش مهمی در انتخاب یکی از روش های مطرح در چگونگی اعمال نظامهای پرداخت دارد. بدین شرح که اگر ماهیت پرداختی بیمه گر، خسارت باشد رجوع دوباره به عامل زیان در روش «جمع مزایا»، بدلیل «قاعده منع جبران مضاعف خسارت» امکان ندارد و در روش های «انتخاب» و «حذف مسئولیت مدنی» هم بیمه گر بعد از تحمل خسارت (در فرض خسارت بودن) دیگر امکان جبران ندارد؛ در روش استرداد (یا بازپرداخت) نیز خسارت دانستن ماهیت پرداختی بیمه گر در ظاهر امر باعث جلوگیری از جبران مضاعف بیمه گذار می شود ولی در واقع مانع رجوع بیمه گر به قائم مقامی از بیمه گذار می شود زیرا حقی باقی نمی ماند که به قائم مقامی مطالبه شود ماهیت جبران و پرداختی بیمه گر، ماهیت طلب و عوض قراردادی دارد. مبنای اصلی وجود اصل قائم مقامی نمی تواند قاعده منع جبران خسارت باشد بلکه باید مبنای را در ماهیت روابط بین بیمه گر و بیمه گذار جستجو کرد که دارای ماهیت قانونی و قراردادی است و قانون نقش مهمی در تنظیم روابط طرفین در عقد بیمه دارد. مبنای «اصل قائم مقامی» و انتخاب روش «استرداد»، مبتنی بر انتخاب سیاست توزیع ضرر و سیاست تضمین گروهی است، هرچند که مراجعه بیمه گر به عامل زیان حاوی یک پیام اجتماعی مبنی بر بهینه سازی رفتار افراد جامعه می باشد و هدف بازدارندگی مسئولیت مدنی نیز تأمین می گردد.

حال با دانستن ماهیت پرداختی بیمه گر که طلب و بر اساس رابطه قراردادی است دو نتیجه مهم را می توان ذکر کرد: اول اینکه با پیشرفت جامعه و هماهنگی با گسترش مسئولیت جمعی به جای مسئولیت فردی که حتی به کاهش یا حذف مسئولیت عامل زیان در برخی نظامها نظیر جوامع پیشرفته مثل آمریکا و ایرلند می انجامد؛ روش های اجرایی دیگر، نظیر روش «جمع مزایا» یا «روش کاستن از مسئولیت عامل زیان» هم می تواند توسط حقوقدانان و سیستم قانونگذاری ما مورد بررسی قرار گیرد تا همزمان با صنعتی تر شدن جامعه و گسترش چتر حمایت گروهی، روش مقتضی به کار گرفته شود و روش «استرداد» به عنوان یک روش کاربردی گریزناپذیر تلقی نگردد. دوم اینکه، حتی اگر روش «استرداد» را به عنوان روش مناسب انتخاب نمودیم بعد از پرداخت مبلغ مورد نظر از سوی بیمه گر هنوز برای بیمه گذار حق رجوع به عامل زیان وجود دارد و رجوع بیمه

گر به عامل زیان (بر مبنای بقای حق بیمه گذار و دارا بودن حق قائم مقامی از بیمه گذار) امکانپذیر خواهد بود و با شناخت دقیق تر ماهیت پرداختی بیمه گر (بیمه گران عمدتاً شرکتهای خصوصی هستند) که بر مبنای طلب و قرارداد قبلی می باشد و مبالغی را که بیمه گر طبق اصل جانشینی با رجوع به عامل زیان بدست می آورد می توان در آمدی مضاعف دانست و متناسب با مبلغ در آمد مذکور تکالیفی اجتماعی در جهت افزایش رفاه جمعی مطابق با اهداف کلان (تضمین گروهی) بر عهده بیمه گر قرار داد.

References:

- [1] Abraham , S . Kenneth. (2004) . Twenty – Frist Century Insurance and Loss Distribution in Tort Law, University of Virginia Law School , The Berkeley Electronic Press,pages. 1- 41, (1399/04/08) At:<http://law.bepress.com/uvalwps/uva-publiclaw/art1>.
- [2] Al-Hilli, Hossein. (1995). Insurance Contract in Law and Jurisprudence, Translated by Hosseinnjad, Hosseingholi, Journal of Legal Research, Volume 1, Issue 121, 293-320.(in Persian)
- [3] Al Sheikh, Mohammad .(2001). Review of legal relationsaround insurance, Master's Thesis,Tehran, Shahid Beheshti University.(in Persian)
- [4]Al Sheikh, Mohammad .(2002). The nature and characteristics of insurance contracts for life insurance and civil liability, Journal of Insurance Research, Issue. 66, 105-138.(in Persian)
- [5]Ames , Daniel , Graden , Bryan Jomo, Sankara .(2017). Estimation Errors Among Insurers : The Case of Subrogation . Journal of Insurance, 40(2) , 159-180.
- [6]Amiran Bakhshayesh , Bariklou , Alireza .(2015). The Princiiple of Indemnity in Insurance Law, 21(80), 169-193.(in Persian)
- [7]Babae, Iraj .(2001). Civil liability and insurance. Journal of Public Law Research, 3(4) ,69-93.(in Persian)
- [8] Babae, Iraj. (2005). Insurance Law. Tehran,The Organization for Researching and Composing University Textbooks in the Humanities, 4th edition.(in Persian)
- [9]Badini, Hassan. (2009).Policies Governing the Concurrent Application of System of Compensation (Tort Law, Private Insurance and Social Security), Private Law Studies Quarterly, Faculty of Law and Political Sciences of Tehran University, 38 (2) , 39-68.(in Persian)
- [10]Bariklou, Alireza .(2013). Civil Liability,Tehran, Mizan Publication,

- Fourth Edition.(in Persian)
- [11]Basu Bal, Abhinayan.(2012).*Right of subrogation in marine insuranc*, Master's Thesis, Faculty of Low, Lund University.
- [12]Cane, Peter.(2006). *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Seventh Edition, Cambridge.
- [13] Duque Estrada , Daniela . (2016). Insurers' Rights of Recovery (Subrogation / Recourse). IBA Insurance Committee Substantive Project 2016. Brazil ,Barros, Sobral, Gomes. www.ibanet.org/Document/Default/PDF.
- [14]English Law Commission's Consultation paper. (1997). "*Damages for Personal Injury : Collateral Benefits*": Issue 147,(1397/5/8) At: www.lawcom.gov.uk.
- [15]Expert Group on European Insurance Contract Law. (2013). *Liability Insurance*, Discussion Paper No15.
- [16]Final report prepared for European Commission DG Internal market and Services.(2007). *Insurance guarantee schemes in the EU*, (1397/4/8), at:http://ec.europa.eu/finance/insurance/docs/guarantee_schemes_en.pdf.
- [17]Ghasemzadeh, Seyyed Morteza. (2007). *Principles of Contracts and Commitments*, Tehran, Dadgostar Pub, Fourth Edition.(in Persian)
- [18]Hodgin, Ray.(2016). *Insurance Law : Text and Materials* . (2016). Abingdon, Oxon ,England: Rutldge.
- [19]Izanloo, Mohsen .(2010).Waiver of Subrogation Clause in Insurance Law , *Private Law Studies Quarterly*, University of Tehran, 40(4) , 57-77.(in Persian)
- [20]Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (2013). *LegalEncyclopedia*,Tehran, Ganj-e Danesh Publication, 25th Edition.(in Persian)
- [21]Karimi, Ayat .(2008). *General Insurance*, Tehran, Insurance Research Center, 11th edition.(in Persian)
- [22]Karimi, Ayat .(2009). *Liability and Property Insurance*,Tehran, Mizan Publication, First Edition.(in Persian)
- [23]Katouzin, Nasser .(2012). *General Principles of Contracts*, Volume. I, Tehran, Behnashre Publication, ninth edition.(in Persian)
- [24]Katouzin, Nasser. (2012).*Civil liability*, Volume1,Tehran, Tehran University Press, 11th edition.(in Persian)
- [25]Katouzian , Naser, Izanloo , Mohsen.(2018).*Extra Contractual Obligation , Civil Liability, Liability Insurance*, Volume. 3 , Tehran: Gange Danesh Publication.(In Persian)
- [26]Kozubovska ,Dorota.(2011). *Subrogation in Insurance : Theoretical and Practical Aspects*(Master thesis) , Vilnius, Lithuania , Mykolas Romeris University.
- [27]Lewis, Richard.(1998). *deducing collateral benefits from damages: principle*

- and policy», *Legal studies*, (1397/4/24/23), at: <https://www.researchgate.net/publication>.
- [28] Mosavi Khomeini, Rohollah.(1993). *Tahrir al-Wasilah*, Islamic Publishing Institute, Qom, Al-Tubaat al-Hadi-ashrat.(in Persian)
- [29] Motahhari, Morteza .(1982). *Jurisprudential Review of the Insurance Issue*, Tehran, Meyghat pub.(in Persian)
- [30] Mowlavi, Mahmood. (2000). *Jurisprudential review of the Insurance Issue*, *Journal of Islamic Studies*, Volume .47, Issue 48, 165-184.(in Persian)
- [31] Pengelley , N.(2013). *When Can an Insurers Exercise Its Right of Subrogation?* . Accessed on June 27, 2020 , from [http:// papers.ssrn.com/abstract=2222167](http://papers.ssrn.com/abstract=2222167).
- [32] Safai, Seyyed Hossein & Rahimi, Habibollah .(2012). *Civil liability (Extra- Contractual obligations)*, Tehran , Samt pub, Fourth Edition.(in Persian)
- [33] Schap,David and Feeley, Andrew.(2006). *(Much) more on the Collateral Source Rule*, Department of Economics, College of the Holy Cross.
- [34] Taheri, Reza . (2008). *Subrogation of Insurer in Commercial Insurance*, Master's Thesis,Tehran, Shahid Beheshti University.(in Persian)
- [35] Taheri Shirazi, Sara. (2010). *Comparative Study of the Subrogation Principle in Insurance Contracts in English and Iranian law* , Master's thesis, Qom University.(in Persian)
- [36] Tamblyn , Nal . (2018). *Separating Unjust Enrichment and Subrogation* , *Exeter Law Review*, 1-21. [http:// hdl.handle.net/10871/33721](http://hdl.handle.net/10871/33721).
- [37] The Law Reform Commission .(2002). *on section 2 of the civil liability (amendment) act, 1964: The deductibility of collateral benefits from awards of damages*, Ireland, LRC 68-2002, (1397/4/20) at: www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rCollateralBenefits.pdf.
- [38] United States. Congress. House. Committee on the District of Columbia. Subcommittee on Business, Commerce, and Taxation .(1973) . *D.C. No-fault Motor Vehicle Insurance: Hearings, Ninety-third Congress.First Session on H.R.5448*.
https://books.google.com/books?id=7FkgAAAAMAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.
- [39] Von Bar, Christian and Drobnig, Ulrich.(2004). *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, First Published, Sellier: European Law Publishers.
- [40] Wahdati Shobeiri ,Hassan& Hekmat Ravan, Mahnaz. (2013). *The legal nature of the relationship between the insurer and the insured*, *Journal of School Law*, Issue 82, 72-81. (in Persian)
- [41] Walker Ryan (James).(1970).« *Agreements Altering Subrogation Rights*», *Bayler Law Review*, Volume.22.
- [42] Weir , Tony .(2012). *Subrogation and Indemnity*. The Cambridge Law

Journal , 71(1) , 1-7.

[43] Wickert , Gary L . (2014). Automobile Insurance Subrogation. Second Edition. , New York, United States : Juris Publishing Inc.

[44] Yousef Memar, Zahra. (2008). Principle of Compensation in Damage Insurance, Master's Thesis , Tehran, Shahid Beheshti University.(in Persian)

مطالعه تطبیقی شرط تضمین مسئولیت در قراردادها*

محسن ایزانلو^۱

دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران

ابوالفضل شاهین^۲

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۳/۱۷ تاریخ پذیرش ۱۳۹۹/۲/۸

چکیده

شرط تضمین مسئولیت از اقسام شروط ناظر به مسئولیت و از ابزارهای تخصیص ریسک اقتصادی است که به‌ویژه در قراردادهای حوزه نفت و گاز استفاده می‌شود. این نهاد از منظر اقتصادی کارکرد پارتویی دارد و بار ریسک اقتصادی را برعهده‌ی طرفی قرار می‌دهد که معمولاً توانایی بیشتری برای تحمل خسارت دارد. درباره‌ی مفهوم این نهاد در نظام کامن‌لا و همین‌طور در حوزه‌ی قراردادهای تجاری بین‌المللی ابهاماتی است که در حقوق ایران نیز می‌تواند محل بحث باشد. همچنین وجود نهادهای مشابه به ابهامات موجود درخصوص این نهاد دامن زده و استفاده صحیح از آن را پیچیده ساخته است. درخصوص اعتبار این نهاد نیز تردیدهایی با محوریت نظم عمومی مطرح شده که اگرچه اصل اعتبار آن را مخدوش نساخته، اما سبب طرح موانعی برای نفوذ آن شده است. درنهایت، آثار این شرط نیز مجرای مسائل حقوقی دقیقی است که ملاحظه‌ی برخی آرای متشتت صادره از دادگاه‌های ایران، ضرورت بررسی آن را آشکار می‌سازد. هدف این مقاله، زدودن برخی نکات مبهم پیرامون مفهوم این شرط، در کنار بررسی اعتبار و واکاوی آثار آن است. بدین منظور، با روشی توصیفی-تحلیلی در ابتدا به مفهوم‌شناسی این نهاد پرداخته شده است؛ سپس اعتبار این تأسیس حقوقی مطالعه شده و در نهایت آثار آن بررسی گردیده است.

* - نوع مقاله پژوهشی

Email: Izanloo@ut.ac.ir

۱. نویسنده مسئول

2. Email: Abolfazl.shahin@ut.ac.ir

DOI: 10.22067/le.v27i17.81169

واژگان کلیدی: بیمه‌ی مسئولیت، حق جبران غرامت، تخصیص ریسک اقتصادی، شرط پذیرش مسئولیت، شرط تضمین جبران خسارت، شرط جایگزینی مسئولیت، شرط عدم مسئولیت.

طبقه‌بندی JEL: K12, K 130, K 33, K41.

مقدمه

هرچند اصل مسئولیت شخصی افراد در قبال فعل خود در نظام‌های حقوقی مختلف مورد پذیرش قرار گرفته، اما استثنائاتی به آن وارد شده که یکی از مهم‌ترین آن‌ها توافق‌های ناظر به مسئولیت است. شرط تضمین مسئولیت گونه‌ای از این توافق‌ها است که از دیرباز در نظام‌های رومی ژرمنی و کامن‌لا مورد شناسایی قرار گرفته است. این شرط از پیچیده‌ترین شروط محسوب می‌شود که جهت مدیریت و توزیع ریسک اقتصادی در زمینه‌ی قراردادهای حوزه‌ی نفت و گاز، پیمانکاری، اعطای نمایندگی تجاری بین‌المللی، اجاره‌ی کشتی، حمل و نقل دریایی و مانند آن مورد استفاده قرار می‌گیرد. دشواری مسائل حقوقی ناشی از این نهاد به حدی است که برخی از نویسندگان، از این شرط به عنوان متناقض‌ترین و گیج‌کننده‌ترین موضوعی یاد کرده‌اند که از حدود نیمه‌ی قرن بیستم به بعد، یافت می‌شود (Roedder, 1981 – 1982: 31). این دشواری‌ها از ابهام در مفهوم این نهاد آغاز شده و سپس به اعتبار و آثار این شرط نیز تسری یافته است. برای نمونه، در خصوص عنوانی که برای این نهاد به کار می‌رود، در نظام کامن‌لا و همچنین در حوزه‌ی قراردادهای تجاری بین‌المللی عمدتاً از دو واژه‌ی «Indemnity» و «Hold harmless» استفاده می‌شود که به تبع این امر، رابطه‌ی این دو مفهوم در هاله‌ای از ابهام قرار گرفته است. افزون بر این، وجود برخی نهادهای حقوقی مشابه، سبب طرح پرسش‌هایی راجع به وجوه تشابه و تمایز بین آن‌ها و شرط تضمین مسئولیت می‌شود که باید به آن‌ها پاسخ داد. در خصوص اعتبار این شرط نیز ملاحظات مطرح شده که به وضع موانعی برای نفوذ آن انجامیده است. در نهایت، در باب آثار ناشی از این شرط هم مسائلی مطرح می‌شود که از آن جمله می‌توان به حدود تعهدات ناشی از این شرط و همچنین تسری آثار آن نسبت به اشخاص ثالث اشاره کرد که پیامدهای منفی ناشی از ابهامات موجود در این زمینه را در برخی از آرای صادره از دادگاه‌های ایران هم می‌توان ملاحظه نمود.

همچنین در نظام حقوقی ایران نیز به رغم آن که از این شرط در بسیاری از قراردادهای

پیمانکاری و پروژه‌های واگذاری فعالیت‌های دستگاه‌های دولتی و عمومی غیردولتی به بخش خصوصی استفاده می‌شود، اما ادبیات حقوقی ما در زمینه‌ی این نهاد چندان توسعه یافته نیست و نیاز به تبیین دارد. به همین منظور، در این مقاله به شیوه‌ای توصیفی - تحلیلی، ابتدا به طرح مباحثی پیرامون مبنا و مفهوم این نهاد پرداخته می‌شود. سپس اعتبار این تأسیس حقوقی مورد واکاوی قرار می‌گیرد و در پایان آثار این شرط بررسی می‌گردد.

مفهوم شرط تضمین مسئولیت

در این قسمت ابتدا به بررسی تعریف، مبنا و واژه‌شناسی این شرط می‌پردازیم. سپس مهم‌ترین تقسیم‌بندی ارائه شده از آن را مورد مطالعه قرار می‌دهیم و پس از آن نهاد مزبور را با سایر مفاهیم مشابه مقایسه می‌کنیم.

۱. تعریف شرط تضمین مسئولیت

از شرط تضمین مسئولیت در نظام‌های حقوقی مختلف، تعاریف متعددی ارائه شده است. بعضی از دادگاه‌های انگلستان از این شرط به تعهد جبران غرامت ناشی از مسئولیت یک شخص در برابر شخص دیگر تعبیر نموده‌اند.^۱ در حقوق آمریکا نیز که نظام حقوقی آن نسبت به سایر کشورها در خصوص شرط تضمین مسئولیت پیشروتر محسوب می‌شود، تعاریف متعددی از این شرط ارائه شده است. برای مثال، برخی دادگاه‌های این کشور از این شرط به تعهد مشروط علیه^۲ مبنی بر محافظت و مصون داشتن مشروط له^۳ در برابر زیان یا مسئولیت محقق یا احتمالی وی تعبیر کرده‌اند.^۴ حقوقدانان فرانسوی نیز تعاریفی از این شرط به دست داده‌اند که تعریف آن به «شرطی که به وسیله‌ی آن، شخصی توسط شخص دیگر از آثار خطایش محافظت می‌شود»، نمونه‌ای از آن‌ها است (MAZEAUD, 1932: 711). همچنین رویه‌ی قضایی کشور فرانسه این نهاد را شرطی

1. Total v. Arcadia, Int. Com. [1997].

2. Indemnitor / Indemnifier

3. Indemnatee / Indemnified party

4. Financial Casualty & Surety, Inc. v. Zouvelos (2017).

دانسته که به موجب آن، شخصی که فعالیت حرفه‌ای او بیمه نیست، به وسیله‌ی شرط مندرج در قراردادی که موضوعی مستقل از آن شرط دارد، متعهد می‌گردد که طرف مقابل را در برابر مسئولیت ناشی از رویدادهایی که ممکن است در حین اجرای قرارداد به وقوع پیوسته و وی را در برابر اشخاص ثالث در معرض مسئولیت قرار دهد، محافظت نماید (PLANIOL & RIPERT, 1952: 554 – 555). در حقوق ما نیز از این شرط به قراردادی تعبیر می‌شود که به موجب آن A در برابر B تعهد می‌کند که خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد (یا نقض تکلیف) B را در برابر X بپردازد (Izanloo, 2014: 82 - 83). در نهایت، می‌توان این شرط را به توافقی تعبیر نمود که موجد حقی به نام «حق جبران غرامت»^۱ است و به موجب آن، مشروط علیه تعهد می‌کند که مشروط له را در قبال زیان و یا مسئولیت احتمالی ناشی از نقض تعهد قراردادی یا تکلیف قانونی وی در برابر خود و یا اشخاص ثالث مصون داشته و بار نهایی مسئولیت او را عهده‌دار گردد.

در حقوق ایران نمونه‌هایی از شرط تضمین مسئولیت قابل ملاحظه است. برای مثال، در بند ب ماده‌ی ۲۱ شرایط عمومی پیمان چنین مقرر شده است: «پیمانکار در چارچوب مقررات و دستورالعمل‌های حفاظت فنی و بهداشت کار، مسئول خسارت‌های وارد شده به شخص ثالث در محوطه کارگاه است و در هر حال، کارفرما در این مورد هیچ نوع مسئولیتی بر عهده ندارد». همچنین بند ۷ ماده‌ی ۴ موافقتنامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان‌های مهندسی، تأمین کالا و تجهیزات، ساختمان و نصب (EPC) اختصاصی صنعت نفت، این گونه آمده است: «پیمانکار موظف است کارفرما را در برابر هرگونه ادعا، اعتراض، مطالبه زیان و خسارت از سوی صاحبان حقوق ثبت شده مورد استفاده در کارهای موضوع پیمان ... مصون نگه دارد و مسئولیت

۱. این حق که از آن به «Right to indemnification» تعبیر می‌شود عبارت است از حق جبران هزینه‌ها، خسارات و سایر مخارج ناشی از مسئولیت‌هایی که بر عهده‌ی شخص قرار گرفته و در اصل مبتنی بر مبانی انصاف است. این حق اساساً ناشی از قرارداد است و اصولاً در جایی که قرارداد صریح یا ضمنی بین طرفین وجود داشته باشد به وجود می‌آید. با وجود این، منبع دیگری نیز برای ایجاد این حق بر شمرده‌اند و چنین گفته‌اند که در مواردی هم که قانون یا انصاف ایجاب نماید، این حق قابل تحقق است. این شیوه‌ی غیرقراردادی ایجاد حق مزبور را جبران غرامت کامن‌لایی (Common law indemnity/Tort) می‌گویند که در برابر جبران غرامت قراردادی (Contractual indemnity) قرار دارد:

McClish v. Niagara Machine & Tool Works (1967); American States Insurance Company v. Williams (1972); Howell v. River Products Co. (1986).

پاسخگویی و جبران هر نوع زیان و خسارت صاحبان حقوق ثبت شده در ارتباط با کارهای موضوع پیمان، به عهده وی است». در بند ۵ ماده‌ی ۱۴ این سند نیز چنین بیان شده است: «مسئولیت جبران هرگونه خسارت وارد به اشخاص ثالث و یا ادعاهای آن‌ها، در موارد مرتبط با موضوع پیمان، به عهده‌ی پیمانکار است و وی موظف به پاسخگویی و جبران خسارت‌ها و مصون نگهداشتن کارفرما از این گونه ادعاها و خسارت‌هاست».

۲. واژه‌شناسی شرط تضمین مسئولیت

در نظام کامن‌لا و همچنین در حوزه‌ی قراردادهای تجاری بین‌المللی، عمدتاً برای درج یک شرط تضمین مسئولیت در قرارداد، از دو اصطلاح استفاده می‌شود که عبارتند از «Indemnity» و «Hold harmless».^۱ عبارت نخست به معنای «جبران غرامت» و اصطلاح دوم به معنای «مصون داشتن» است. یکی از این ابهاماتی که درباره‌ی مفهوم این شرط مطرح شده، ناظر به رابطه‌ی بین این دو واژه است. برخی بر این باورند که این دو عبارت مترادف هستند و از لحاظ مفهومی تفاوتی بین آن دو وجود ندارد. به عقیده‌ی این گروه، مصدر عبارت نخست، یعنی فعل «Indemnify»، معادل لاتین واژه‌ی «Hold harmless» است که اصطلاحی آنگلوساکسون است (Garner, 2011: 21). بر همین اساس، به ویژه در کشور انگلستان، بسیاری از محاکم با مترادف دانستن این دو واژه مبادرت به اتخاذ تصمیم نموده‌اند.^۲ این در حالی است که در اواخر قرن نوزدهم میلادی نظریه‌ی وحدت معنای این دو اصطلاح از سوی حقوقدانان مورد تردید قرار گرفت. به تبع این امر، نظریات مختلفی در این باره مطرح گردید و به تدریج این دیدگاه شکل گرفت که این دو اصطلاح دارای معانی متفاوتی هستند. همسو با این رویکرد، آرای متعددی از سوی دادگاه‌های آمریکا صادر شد که در برخی از آن‌ها چنین عنوان شد که عبارت «Hold harmless» دارای معنایی گسترده‌تر

۱. در حقوق فرانسه نیز عموماً از این شرط به La clause (la pacte) de garantie / La pacte analogue à l'assurance تعبیر شده است (MAZEAUD, 1932: 711). همچنین در حقوق بلژیک نیز بعضی از نویسندگان از این نهاد تحت عناوینی همچون «Convention de garantie» و «Assurance par un non-assureur» یاد کرده‌اند (FONTAINE, 2013: 491).

2. Fletcher v. Jessica L. McAllister-long (2006).

نسبت به واژه‌ی «Indemnity» است.^۱ بعضی دیگر چنین اظهار داشتند که «Indemnity» تعهد یک طرف به جبران زیان یا خسارتی است که به طرف دیگر وارد آمده، در حالی که «Hold harmless» مانعی برای اقامه‌ی دعوای مشروط علیه بر مشروط له است.^۲ به همین ترتیب، در پاره‌ای دیگر از آراء این گونه نظر داده شده که اگرچه عبارات «Indemnify» و «Hold harmless» دارای معانی شبیه به هم هستند، اما یکسان نیستند و نوعاً در زمینه‌های متفاوتی استفاده می‌شوند. بدین توضیح که عبارت «Indemnity»، عموماً اعطاکننده‌ی حق است، در حالی که «Hold harmless»، محدودکننده‌ی مسئولیت است.^۳ یعنی زمانی که توافق طرفین یک شرط «Hold harmless» باشد، مشروط له نمی‌تواند با استناد به آن، از مشروط علیه بخواهد تا خسارتی را که از جانب او (مشروط له) به غیر وارد آمده است، جبران نماید، بلکه فقط در مواردی که زیان دیده شخص مشروط علیه باشد، مشروط له می‌تواند با استناد به شرط از دعوای مشروط علیه در برابر خود جلوگیری کند. این در حالی است که اگر توافق طرفین یک شرط «Indemnity» باشد، مشروط له می‌تواند بر مبنای این شرط، مشروط علیه را به جبران خسارت وارد به غیر ملزم نماید. همسو با نظر اخیر، بعضی از حقوقدانان فرانسوی زبان که به مطالعه‌ی این شرط در بستر نظام کامن‌لا پرداخته‌اند، تحت تأثیر نظریات مطرح شده در این نظام حقوقی، واژه‌ی «Hold harmless» را به «La clause d'abandon de recours» به معنای «شرط ترک رجوع» ترجمه کرده و واژه‌ی «Indemnity» را معادل «Le pacte de garantie contre les recours des tiers» به معنای «پیمان تضمین در برابر رجوع اشخاص ثالث» دانسته، چنین اظهار داشته‌اند که شرط نخست ناظر به عدم مسئولیت مشروط له در برابر مشروط علیه است، در حالی که شرط دوم همانند بیمه عمل می‌کند و مسئولیت مشروط له را در برابر اشخاص ثالث تضمین می‌نماید (AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 671).

1. Weller v. Eames (1870);

در حقوق انگلستان نیز آرای مشابه به چشم می‌خورد (Farstad v. Enviroco [2010]); همچنین مطابق رویکرد مشابه دیگری، برخی اصطلاح «Hold harmless» را اعم از شرط عدم مسئولیت و شرط تضمین مسئولیت دانسته‌اند (Harrington, 1986: 331).

2. Rooz v. Kimmel (1997).

3. Majkowski v. American Imaging Management [2006].

در نهایت، به عنوان برآیند این بحث باید گفت به طور کلی، استقراء در آرای صادر شده در این زمینه این نتیجه را به دست می‌دهد که نگرش غالب کنونی در نظام کامن‌لا، به ویژه در حقوق کشور انگلستان، برخورد یکسان اکثر مراجع قضایی با این دو عبارت است، اما در حقوق آمریکا بسیاری از حقوقدانان و قضات بین این دو اصطلاح تفاوت قائل می‌شوند. به همین دلیل نیز در عمل، معمولاً تنظیم‌کنندگان قرارداد، شرط را به نحوی طراحی می‌کنند که تمامی انواع مسئولیت‌هایی را که احتمال دارد در ارتباط با روابط حقوقی اشخاص مرتبط با قرارداد ایجاد شود، تحت پوشش قرار دهد.

۳. تقسیم‌بندی شرط تضمین مسئولیت

مهم‌ترین تقسیم‌بندی شرط تضمین مسئولیت، تقسیم آن بر مبنای تعهد موضوع این شرط است. بر این مبنا شرط تضمین مسئولیت را بر دو نوع دانسته‌اند: «شرط تضمین مسئولیت پس از ایفاء آن»^۱ و «شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفاء آن»^۲ (McCalla, 1960: 404).^۳ در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفاء که می‌توان آن را «شرط تضمین جبران خسارت» نیز نام نهاد، موضوع تعهد مشروط علیه، جبران خسارت ناشی از رجوع زیان‌دیده به مشروط له است؛ لذا در این نوع از شرط، ابتدا باید خسارتی به دارایی مشروط له وارد شود و سپس آثار ناشی از آن، بر مشروط علیه تحمیل گردد. در جانب مقابل، در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفاء که می‌توان آن را «شرط تضمین مسئولیت به معنای خاص» نیز خواند، مشروط علیه مسئولیت مشروط له را در برابر دیگران تضمین می‌کند و متعهد می‌گردد تا در صورتی که به واسطه‌ی ورود زیانی از جانب مشروط له، مسئولیتی بر عهده‌ی او ایجاد گردد، مشروط علیه از عهده‌ی آن مسئولیت برآید و مشروط له را در برابر رجوع زیان‌دیده محافظت نماید.

خاستگاه این تفکیک حقوق کشور انگلستان است. تا پیش از سال‌های ۱۸۷۳ تا ۱۸۷۵ میلادی، بین نظام قانونی حاکم بر شرط تضمین مسئولیت و نظام قواعد انصاف تفاوت وجود داشت. به

1. Indemnity against loss

2. Indemnity against liability

3. Leonberger v. Missouri United School Insurance Council (2016); Bae Systems Land & Armaments (2016).

موجب نظام قانونی حاکم بر مسئولیت، مشروط له موظف بود ابتدا خسارت وارد به زیان‌دیده را پرداخت نماید و سپس به مشروط علیه رجوع کند و علیه او دعوای مطالبه‌ی خسارات ناشی از نقض قرارداد اقامه کند؛ اما در مقابل، قواعد انصاف مشروط علیه را موظف به پرداخت مستقیم خسارات وارد به زیان‌دیده می‌نمود.^۱ از آن زمان به بعد، در پی انجام تغییراتی در نظام قضایی انگلستان، نظام تفسیری موجود در قواعد انصاف بر گونه‌ی قانونی خود فائق آمد و امکان الزام مشروط علیه به پرداخت مستقیم خسارت به زیان‌دیده مورد شناسایی قرار گرفت (Courtney, 2014: 10 – 11)؛ اما با این حال، این پیشینه‌ی تاریخی تأثیر خود را بر تقسیم‌بندی این شرط بر جای گذاشت و وضع کنونی را رقم زد.

اصولاً این دو نوع از شرط تضمین مسئولیت از احکام و قواعد مشترکی تبعیت می‌کنند و در اغلب مواردی هم که مورد استفاده قرار می‌گیرند، ملازم یکدیگرند. اما با وجود این، وجوه تمایز مهمی بین آن‌ها وجود دارد. تفاوت اساسی بین این دو شرط را باید در نوع تعهد ناشی از هر یک از آن‌ها جستجو کرد. هر قراردادی موجد دو تعهد است: تعهد اولیه و تعهد ثانویه؛ تعهد اولیه آن تعهدی است که موضوع اصلی و بی‌واسطه‌ی قرارداد است و مستقیماً از آن ناشی شود. تعهد ثانویه نیز که می‌توان معادل آن را در ادبیات حقوقی ما مسئولیت قراردادی دانست، به تعهدی اطلاق می‌گردد که در اثر عدم انجام تعهد اولیه از سوی متعهد، به صورت ضمانتی عارضی ایجاد می‌شود و جایگزین تعهد اولیه می‌گردد (Campbell Black, 1968: 1225). بین تعهد اولیه‌ی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفاء و تعهد اولیه‌ی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پس از ایفاء تفاوت است. تعهد اولیه‌ی ناشی از قسم نخست، حفاظت از مشروط له در برابر رجوع زیان‌دیده به وی و جلوگیری از ورود زیان به اوست، در حالی که تعهد اولیه‌ی ناشی از قسم اخیر، نه محافظت از مشروط له در برابر رجوع زیان‌دیده به وی، بلکه پرداخت خسارت ناشی از رجوع زیان‌دیده به اوست. بنابراین، پرداخت خسارت وارد به مشروط له در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفاء، تعهد اولیه‌ی مشروط علیه و در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفاء، تعهد ثانویه‌ی اوست. به بیان دیگر، در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفاء آن، تعهد مشروط له ناظر به جلوگیری از وقوع یک

1. Firma C-Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Association (The Fanti) (1991).

رویداد (یعنی ورود خسارت به مشروط له) است، در حالی که در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفای آن، تعهد وی، تحمّل آثار وقوع چنین رویدادی است.^۱

تمایز دیگر این دو شرط را باید در زمان ایجاد مسئولیت مشروط علیه در برابر مشروط له و در نتیجه لحظه‌ی ایجاد حق رجوع مشروط له به مشروط علیه دانست. در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفای آن، چنان که از عنوان آن نیز مشخص است، حق رجوع مشروط له به مشروط علیه، پس از ایفای مسئولیت و معلق بر وقوع پرداخت از سوی مشروط له و ورود زیان واقعی به دارایی اوست؛ از این رو در تبیین ماهیت چنین قراردادی از اصطلاح «پرداز تا پرداخته شود»^۲ استفاده می‌شود (Gosdin, 2007: 187). در نتیجه مشروط له باید علاوه بر تحقق مسئولیت، ایفای آن را نیز اثبات نماید. این در حالی است که در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفای آن، به صرف تحقق مسئولیت مشروط له در قبال زیان دیده، تعهد مشروط علیه در برابر وی (مشروط له) و به تبع آن، حق رجوع مشروط له به او ایجاد می‌گردد؛ صرف نظر از آنکه مشروط له خسارت ثالث را جبران کرده باشد یا نه. بنابراین، مشروط له بی‌نیاز از اثبات اجرای حکمی است که در نتیجه‌ی اقامه‌ی دعوای شخص ثالث علیه او صادر شده است (Sartain et al., 2013: 3).

۴. مقایسه‌ی شرط تضمین مسئولیت با مفاهیم مشابه

در میان نهادهای حقوقی مختلف، دو تأسیس حقوقی وجود دارد که از میان سایر مفاهیم مشابه، شباهت‌های بیشتری با شرط تضمین مسئولیت دارند. این دو نهاد عبارتند از: بیمه‌ی مسئولیت و شرط عدم مسئولیت؛ در ادامه به مقایسه‌ی آن‌ها با شرط تضمین مسئولیت می‌پردازیم.

۴.۱. مقایسه‌ی شرط تضمین مسئولیت با بیمه‌ی مسئولیت

بیمه تأسیس حقوقی است که در میان سایر مفاهیم مشابه به شرط تضمین مسئولیت، شبیه‌ترین آن‌ها به این نهاد است. این شباهت به حدی است که چنین گفته می‌شود که در شرط تضمین مسئولیت، در حقیقت مشروط له، به نوعی مسئولیت خود را در قبال خسارت‌های وارد به اشخاص

1. Gribaldo, Jacobs, Jones v. Agrippina Versicherungen (1970).

2. Pay to be paid

ثالث، نزد مشروط علیه بیمه می‌کند. به همین دلیل می‌توان از قرارداد تضمین مسئولیت به «پیمان‌های شبه بیمه» تعبیر کرد (Izanloo, 2004: 83). این شباهت از دید حقوقدانان فرانسوی و دیوان عالی این کشور نیز به دور نمانده است (MAZEAUD, 1932: 711; PLANIOL & RIPERT, 1952: 556). در حقوق این کشور هم عمدتاً از این شرط به «Les pactes analogues à l'assurance» به معنای «پیمان‌های شبه بیمه» یاد می‌شود (VINEY & JOURDAIN, 2001: 343; ESMEIN, 1926: 407). همچنین در حقوق بلژیک نیز برخی از نویسندگان از این نهاد به «Assurance par un non-assureur» به معنای «بیمه توسط غیربیمه‌گر»، تعبیر نموده‌اند (FONTAINE, 2013: 491). این دیدگاه منحصر به کشورهای تابع نظام‌های حقوقی نوشته نیست و در نظام کامن‌لا نیز به چشم می‌خورد، به طوری که بعضی از دادگاه‌های آمریکا نیز به آن اذعان نموده و از اعتبار قرارداد بیمه به عنوان دلیلی برای اعتبار قرارداد تضمین مسئولیت استفاده کرده‌اند.^۱ به همین ترتیب، بعضی ماهیت بیمه را تضمین مسئولیت دانسته‌اند (Steinmetz, 1910: 737). گروهی دیگر چنین اظهارنظر نموده‌اند که قرارداد بیمه خود قسمی از قرارداد تضمین مسئولیت است (Evans, 1980: 193) و برخی هم قرارداد تضمین را در عمل بیمه دانسته‌اند (Devlin, 1984: 141) که ظاهراً این رویکرد، از توجه به تشابهاتی که بین این دو نهاد وجود دارد ناشی می‌شود. اگر بخواهیم به مهم‌ترین وجوه تشابه این دو نهاد اشاره نماییم، باید بگوییم که این دو نهاد دارای مکانیسمی مشابه‌اند (FONTAINE, 1985: 444). هر دو جزو قراردادهای احتمالی‌اند. موضوع هر دو مسئولیت شخص متعهد له (مشروط له) است و هر دو سبب انتقال بار نهایی مسئولیت از دوش یک طرف قرارداد به دوش طرف دیگر می‌شوند (Mckeown, 2015: 360).

به‌رغم این تشابهات، وجوه تمایزی وجود دارد که شرط تضمین مسئولیت را از بیمه‌ی مسئولیت متمایز می‌سازد. این نقاط افتراق از دید دادگاه‌ها و حقوقدانان غربی نیز پنهان نمانده است، به نحوی که یکی از قضات آمریکایی در این خصوص چنین گفته: «واضح است که هر قرارداد بیمه‌ای یک قرارداد تضمین مسئولیت [به معنای اعم] است، اما هر قرارداد تضمین مسئولیتی

1. Robins Engineering, Inc. v. Cockrell (1977).

یک قرارداد بیمه نیست. بر اساس عرف و قانون، قرارداد بیمه عبارت است از بیمه‌نامه‌ای که از سوی یک شرکت بیمه‌ای دارای صلاحیت و مجوز صادر می‌گردد که تجارت اصلی و اولیه‌ی آن پذیرش بعضی ریسک‌های ناشی از زیان وارد به اعضای جامعه در برابر دریافت عوضی به نام حق بیمه است که به غیر از این [نوع قرارداد]، قراردادهای دیگری به منظور انتقال ریسک وجود دارد که قرارداد بیمه نیستند. این قراردادها، قراردادهای خصوصی تضمین مسئولیت‌اند، که تدارک تضمینات لازم برای مسئولیت، تجارت اصلی شخص تضمین‌کننده نیست و این عمل او تحت مقررات دولتی قرار نمی‌گیرد و صرفاً امری فرعی و در جهت پیشبرد برخی دیگر از مسائل قراردادی مستقل از آن محسوب می‌شود که بین طرفین وجود دارد.^۱ بنابراین، تضمین مسئولیت اساس و ماهیت توافقی که رابطه‌ی قراردادی بین طرفین را تشکیل داده، قلمداد نمی‌گردد و صرفاً یکی از شروط قراردادی محسوب می‌شود.^۲

علاوه بر آنچه که در نقل قول فوق آمده است، وجوه تمایز دیگری را نیز می‌توان میان شرط تضمین مسئولیت و بیمه‌ی مسئولیت برشمرد. تفاوت مهم شرط تضمین مسئولیت با بیمه در بحث حق زیان‌دیده نسبت به اقامه‌ی دعوای مستقیم علیه بیمه‌گر است، زیرا چنان که در مباحث آتی خواهیم دید، برخلاف بیمه، در شرط تضمین مسئولیت، زیان‌دیده حق اقامه‌ی دعوای مستقیم علیه مشروط علیه را ندارد. یکی دیگر از این تمایزها مربوط به نظارت دولت و میزان آزادی قراردادی در هر یک از این دو نهاد است. برخلاف شرط تضمین مسئولیت، دولت اصولاً بر قرارداد بیمه نظارت دارد و آن را کنترل می‌کند که به واسطه‌ی این کنترل، آزادی قراردادی در زمینه‌ی بیمه با وضع قوانین گوناگونی تا حد زیادی محدود شده است (MAZEAUD, 1932: 712). وجه افتراق

۱. این وجه تمایز بین بیمه و شرط تضمین مسئولیت مبنی بر اینکه برخلاف شرط تضمین مسئولیت، در بیمه شخصی که فعالیت حرفه‌ای او بیمه است بدین امر مبادرت می‌ورزد، از چشم حقوقدانان فرانسوی نیز پنهان نمانده است (MAZEAUD, 1932: 711; PLANIOL & RIPERT, 1952: 555). در حقوق بلژیک نیز دیوان عالی این کشور در رأی که به سال ۲۰۱۶ میلادی صادر نموده، تأیید کرده که وجود شخصی که فعالیت حرفه‌ای وی بیمه باشد، برای وجود یک عقد بیمه ضروری است. البته این دیدگاه از سوی برخی حقوقدانان مورد انتقاد واقع شده؛ این دسته از نویسندگان وجود شخصی را که حرفه‌ی اصلی وی فعالیت بیمه است، جزء عناصر عقد بیمه به شمار نیاورده‌اند (FONTAINE, 2013: 491).

2. Am. Nurses Ass'n v. Passaic Gen. Hosp. (1984).

دیگر این دو نهاد آن است که بیمه‌گذار در قبال محافظتی که بیمه‌گر از وی به عمل می‌آورد، حق بیمه پرداخت می‌کند، در حالی که پرداختی تحت این عنوان در شرط تضمین مسئولیت وجود ندارد. تفاوت دیگری که بین قرارداد بیمه مسئولیت و شرط تضمین وجود دارد، تکلیفی است که در قرارداد بیمه بر دوش طرفین قرارداد مبنی بر افشای اطلاعات گذارده شده که چنین تکلیفی در قرارداد تضمین وجود ندارد (Harteley, 1976: 6). وجه تمایز دیگر این دو تأسیس حقوقی، در شیوه‌ی تفسیر هریک از آن‌ها است. در حالی که در موارد تردید، بر تفسیر شرط تضمین مسئولیت قاعده‌ی تفسیر علیه مشروط له حاکم است، در تفسیر قرارداد بیمه نه تنها چنین قاعده‌ای مجری نیست، بلکه این قرارداد به صورت مضیق، علیه مشروط علیه (یعنی بیمه‌گر) و به نفع مشروط له (یعنی بیمه‌گذار) تفسیر می‌شود.^۱ تفاوت آخر این دو نهاد نیز در این نکته نهفته است که در قرارداد بیمه، به طور معمول از یک سو بیمه‌گران برای تعهد خود محدودیت‌هایی در نظر می‌گیرند و با برقراری سقف، حداکثر میزان تعهد خود نسبت به مسئولیت بیمه‌گذار را تعیین می‌نمایند و از سوی دیگر با برقراری فرانشیز، کف التزام خود را مشخص می‌سازند (Katouzian & Izanloo, 2018: 53)، در حالی که در قرارداد تضمین مسئولیت اصولاً چنین محدودیتی وجود ندارد (Booth, N.D.: 10).

۲.۴. مقایسه‌ی شرط تضمین مسئولیت با شرط عدم مسئولیت

شرط عدم مسئولیت توافقی است که پیش از واقعه‌ی عهدشکنی به منظور تغییر نظام قانونی مسئولیت یا شرایط مطالبه‌ی آن به سود مدیون منعقد می‌شود (Izanloo, 2004: 22 - 23). این نهاد دارای اشتراکاتی با شرط تضمین مسئولیت است. نخستین وجه مشترک این دو شرط آن است که هر دو سبب تغییر نظام قانونی حاکم بر مسئولیت می‌گردند (Roedder, 1981 - 1982: 32). همچنین هر دو نهاد هدف واحدی را دنبال می‌کنند که آن هدف، معافیت عامل زیان از تحمل بار نهایی مسئولیت است (Duggan Vraa & Sitektt, 2006: 1316; Evans, 1980: 183). بنابراین، ذینفع هر دو شرط، شخص واردآورنده‌ی زیان است. همچنین به دلیل ارتباط تنگاتنگ مفهوم

1. Cincinnati Ins. Co. v. Quorum management Corp. (2016).

مسئولیت با مفهوم نظم عمومی، اعتبار این دو توافق، در مواردی با مانع نظم عمومی رو به رو است.^۱ وجه اشتراک دیگر این دو نهاد نیز حکومت قاعده‌ی تفسیر علیه طراح (که غالباً شخص مشروط له است) بر تفسیر این دو شرط است.^۲

در کنار نقاط اشتراک فوق، تمایز اساسی بین شرط تضمین مسئولیت و شرط عدم مسئولیت آن است که بر طبق یک نظر، در شرط عدم مسئولیت اساساً از ایجاد مسئولیت جلوگیری می‌شود (Katouzian, 2016: 579; Izanloo, 2004: 105)، در حالی که در شرط تضمین، مسئولیت ایجاد می‌گردد، اما در نهایت به دوش مشروط علیه منتقل می‌شود. تمایز مهم دیگر بین شرط عدم مسئولیت و شرط تضمین مسئولیت را بایستی در پرتوی حق زیان‌دیده مبنی بر درخواست جبران خسارت جستجو نمود. شرط عدم مسئولیت، سبب می‌شود که واردکننده‌ی زیان، مسئول خسارتی که وارد آورده نباشد، بار مسئولیت را از خود مرتفع سازد و بدین ترتیب حق زیان‌دیده مبنی بر جبران خسارت را (به صورت جزئی یا کلی) از بین ببرد. به عبارت دیگر، شرط عدم مسئولیت، مسئولیت را منتفی می‌کند، زیان‌دیده را به صورت کلی از خسارت محروم می‌سازد و حق وی برای اقامه‌ی دعوا را ساقط می‌نماید. این در حالی است که اشتراط شرط تضمین مسئولیت، جز در مواردی که مشروط علیه خود زیان‌دیده واقع شده باشد،^۳ تأثیری بر حق زیان‌دیده نسبت به جبران

1. Yang v. Voyagaire Houseboats, Inc. (2005).

2. Cohen v. Five Brooks Stable (2008).

۳. شرط تضمین مسئولیت را در یک تقسیم‌بندی به شرط تضمین مسئولیت بیمه‌ای (Insurance indemnity) و شرط تضمین مسئولیت انعکاسی (Reflexive indemnity) تقسیم کرده‌اند. در بیشتر موارد، این دو شرط در قالب مقرره‌ای واحد در قرارداد درج می‌شوند و بدین وسیله شرط، واجد هر دو کارکرد می‌گردد. در شرط تضمین مسئولیت بیمه‌ای موضوع شرط، تضمین مسئولیت مشروط له در برابر اشخاص ثالث است، در حالی که در قسم دیگر، موضوع شرط، تضمین مسئولیت مشروط له در برابر خود مشروط علیه است. در حقوق فرانسه شرط تضمین مسئولیت انعکاسی را همان شرط عدم مسئولیت می‌دانند (MAZEAUD, 1932: 712; PLANIOL & RIPERT, 1952: 555 – 556). در حقوق آمریکا نیز به رغم وجود برخی نظرات مخالف (Devlin, 1984: 143)، رویکرد غالب مانند حقوق فرانسه است (Snow, 1958: 101; Queen Villas Homeowners v. TCB Property Management (2007)). به باور ما، از آنجایی که در شرط تضمین مسئولیت برخلاف شرط عدم مسئولیت (که در آن بر طبق یک نظر، مسئولیت اساساً ایجاد نمی‌شود)، مسئولیت ایجاد می‌شود و سپس منتقل می‌شود، لذا نمی‌توان اثر شرط تضمین مسئولیت انعکاسی را دقیقاً همان شرط عدم مسئولیت دانست. یکی از آثار این تمایز در فرض ورشکستگی مشروط علیه آشکار می‌شود؛ زیرا در حالی که ورشکستگی مشروط علیه مانع از آن

خسارات وارده ندارد و فقط به تنظیم رابطه‌ی بین مشروط له و مشروط علیه مربوط می‌شود و صرفاً مسئولیت نهایی را از دوش یک طرف به دوش طرف مقابل منتقل می‌نماید و تعیین می‌کند که چه کسی باید بار نهایی هزینه‌های ناشی از زیان را بر دوش کشد (MAZEAUD, 1932: 711).

علاوه بر این، تفاوت دیگر این دو نهاد، در نحوه‌ی برخورد محاکم با هر یک از این دو شرط است که از تفاوت مکانیسم آن‌ها ناشی می‌شود. این تمایز سبب گردیده است که در مواردی دادگاه‌ها در پذیرش و اجرای شرط تضمین مسئولیت در مقایسه با شرط عدم مسئولیت برخورد منعطف‌تری داشته باشند و در بعضی از مواردی که به طور معمول شرط عدم مسئولیت را غیرمعتبر اعلام می‌کنند، با شرط تضمین مسئولیت به عنوان یک شرط معتبر برخورد نمایند (Shine, 2005: 12). برای نمونه، در مواردی دادگاه‌های فرانسه و آمریکا با در نظر گرفتن اثر شرط عدم مسئولیت (یعنی محرومیت زیان‌دیده از حق جبران خسارت) این شرط را به دلیل مخالفت با نظم عمومی غیرقابل اجرا اعلام کرده‌اند، اما در برخوردی متفاوت با شرط تضمین مسئولیت، با این استدلال که این شرط عملکردی مشابه با بیمه دارد، بر صحت و قابلیت اجرای این شرط صحه گذارده‌اند.^۱

افزون بر موارد پیش گفته، جنبه‌ی دیگر تمایز شرط عدم مسئولیت و شرط تضمین مسئولیت در بحث آیین دادرسی آشکار می‌گردد؛ آنجا که شرط عدم مسئولیت تنها جنبه‌ی دفاعی داشته و صرفاً می‌تواند مستمسک مشروط له در برابر رجوع مشروط علیه به وی برای دریافت خسارت قرار گیرد و سبب صدور حکم به بی‌حقی خواهان گردد، در حالی که شرط تضمین مسئولیت غالباً دارای هر دو جنبه‌ی تدافعی و تهاجمی است. جنبه‌ی دفاعی شرط تضمین مسئولیت در مواردی آشکار می‌شود که خود مشروط علیه زیان‌دیده باشد که در این مورد، این شرط به عنوان سپر دفاعی مشروط له در برابر اقامه‌ی دعوای او عمل می‌کند. در چهره‌ی تهاجمی خود نیز این شرط می‌تواند به عنوان سبب اقامه‌ی دعوای مشروط له بر مشروط علیه، به منظور الزام شخص اخیر به

نیست تا شرط عدم مسئولیت اثر خود را در رابطه‌ی حقوقی طرفین بر جای بگذارد و مانع رجوع مشروط علیه به مشروط له گردد، ورشکستگی مشروط علیه در شرط تضمین مسئولیت، مانع انتقال مسئولیت از عهده‌ی مشروط له به عهده‌ی مشروط علیه می‌گردد.

1. Cour de Cassation, Chambre Civile 2, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275; Goldman v. Ecco-Phoenix Elec. Corp. (1964).

پرداخت خسارت وارد به زیان دیده، مورد استفاده‌ی مشروط له قرار گیرد (Izanloo, 2004: 85).

اعتبار شرط تضمین مسئولیت

امروزه اصل اعتبار شرط تضمین مسئولیت در نظام حقوقی کشورهای همانند فرانسه، انگلستان و اکثر ایالات آمریکا پذیرفته شده است (VINEY, 2001: 407; AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 683; Days, 1996: 51; Moore, 2008: 36; Weinberg Wheeler, N. D.: 47).^۱ در حقوق ایران نیز اعتبار این شرط از سوی بالاترین مرجع قضائی کشور، یعنی دیوان عالی تأیید شده است.^۲ افزون بر این، در رویه‌ی قضائی نیز آرای به چشم می‌خورد که دلالت بر اعتبار چنین شرطی دارند.^۳ با وجود این، عمدتاً به واسطه‌ی ملاحظات موجود در مورد لزوم صیانت از نظم عمومی، موانعی برای نفوذ این شرط وضع گردیده که در ادامه به بررسی آن‌ها پرداخته می‌شود.

1. Cour de cassation, Chambre civile 2, 29 mars 1962, N° 360.

۲. «به موجب قرارداد واگذاری فعالیت‌های پشتیبانی و خدماتی ... منعقد فی ما بین ... و ...» به صراحت بند ۱۲/۱۲ آن مسئولیت حوادث ناشیه از انجام تعهدات و یا قصور در انجام وظایف محوله که منجر به نقص عضو یا فوت کارگر باشد و مسئولیت عواقب اعمال و تعهدات نسبت به اشخاص حقیقی و حقوقی در زمینه‌ی موضوع قرارداد و قبول مسئولیت در مورد جبران خسارت وارده در قسمت مربوط به وظایف و تعهدات پیمانکار به شخص پیمانکار محول و تفویض شده است، که نه اسقاط حق و تکلیف است و نه خلاف موازین من جمله قانون کار می‌باشد و شخص پیمانکار در برابر حادثه به موجب قرارداد یاد شده مسئول و مأخوذ است».

Judgment No. 14/452/92 dated 24/09/2013 issued by Chamber 14 of Supreme Court of Iran.

3. Judgment No. 22.57 dated 22/04/1983 issued by Chamber 22 of Supreme Court of Iran; Judgment No. 9309970925300893 dated 03/08/2014 issued by Chamber 4 of Province KH. Appeal Court as confirmed by Chamber 38 of Supreme Court of Iran; Judgment No. 9109970222301515 dated 05/02/2013 issued by Chamber 23 Tehran Appeal Court; Judgment No. 9309970221601356 dated 15/01/2015 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court; Judgment No. 9209970221200221 dated 20/05/2013 issued by Chamber 12 Tehran Appeal Court; Judgment No. 9209972214100372 issued by Chamber 1 Rood-e Hen Public Civil Court; Judgment No. 644 dated 15/01/2013 by issued by Chamber 83 Tehran Public Civil Court.

۳. موانع نفوذ شرط تضمین مسئولیت

در نظام‌های حقوقی مختلف، اعتبار شرط تضمین مسئولیت اعتباری اصولی است، نه مطلق؛ بدین روی، استثنائات مهمی بر اعتبار آن وارد گردیده است که در ادامه به تشریح آن‌ها می‌پردازیم.

۱. **ارتکاب تقصیر مشدد از سوی مشروط له:** ابتدا باید به این نکته توجه داشت که بحث ارتکاب تقصیر توسط مشروط له می‌تواند ناظر به دو فرض باشد؛ فرض نخست آن است که طرفین به هنگام انعقاد شرط، بر سر شمول یا عدم شمول شرط نسبت به چنین تقصیری توافق می‌کنند و تعهد مشروط علیه را به تضمین مسئولیت‌های ناشی از ارتکاب تقصیر مشدد از سوی مشروط له نیز تسری می‌دهند. این حالت اگرچه ممکن است در نظر نخست بعید به نظر برسد، اما استقرا در نمونه‌های عینی شرط تضمین مسئولیت مثال‌هایی از آن را به دست می‌دهد. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا چنین شرطی معتبر است یا خیر. فرض دوم حالتی است که در زمان توافق بر سر شرط تضمین مسئولیت اشاره‌ای به این موضوع نشده است، اما در مقام اجرای قرارداد، مشروط له در عمل مرتکب تقصیر مشدد می‌شود، که در اینجا این بحث مطرح می‌شود که آیا چنین تقصیری در قلمروی نفوذ شرط قرار می‌گیرد یا خیر. بنابراین مقوله‌ی نقش تقصیر مشروط له در باب شرط تضمین مسئولیت ناظر به هر یک از این دو فرض می‌تواند باشد.^۱

۱. لازم به ذکر است که از جنبه‌ی موضوعی نیز معیارهای گوناگونی برای ارزیابی شمول یا عدم شمول یک شرط تضمین مسئولیت بر تقصیر مشروط علیه مطرح شده است. از میان این معیارها، به دلیل بدبینی و نگرش منفی قضات نسبت به شرط تضمین مسئولیت تأکید آنان بر لزوم تفسیر مضیق این شرط، آنچه که در اکثریت قریب به اتفاق ایالات کشور آمریکا (Crawford v. Weather Shield Mfg., Inc. (2008); Simon v. Corbetta construction Co., Inc. (1975); Northwest Airlines v. Hughes Air Corp. (1985); Snohomish Cty. Public v. Firstgroup America (2012) و همچنین حقوق کشور انگلستان پذیرفته شده (Anne Roff, 2014: 1)، معیار تقصیر روشن و غیرمبهم (Clear and unequivocal negligence / Clear and unambiguous negligence / Clear and explicit negligence / Clear and unmistakable) است. مطابق این معیار، شرط تضمین مسئولیتی که در قرارداد درج شده است، تنها در حالتی تقصیر مشروط له را پوشش می‌دهد که قصد طرفین مبنی بر شمول شرط نسبت به تقصیر مشروط له به شکل روشن و بدون ابهام در قرارداد اعلام گردیده باشد، به گونه‌ای که هیچ معنای دیگری جز این را نتوان

مهم‌ترین استثنای وارد به اعتبار شرط تضمین مسئولیت، ارتکاب تقصیر مشدد از سوی ذینفع شرط یا همان مشروط له است. در حقوق فرانسه شرط تضمین مسئولیت ناشی از ارتکاب تقصیر عمدی مشروط له باطل است (MAZEAUD, 1932: 556; PLANIOL & RIPERT, 1952: 684; AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 712).^۱ در حقوق آمریکا نیز به رغم وجود برخی نظرات مخالف (McKeown, 2015: 376)،^۲ رویکرد غالب بی‌اعتباری چنین شرطی است.^۳

در خصوص ارتکاب تقصیر سنگین، موضع نظام‌های حقوقی فرانسه و آمریکا متفاوت است. در حالی که در حقوق فرانسه ارتکاب تقصیر سنگین هم از سوی دیوان عالی و هم از سوی دکترین مانعی برای اعتبار این شرط دانسته نشده (MAZEAUD, 1932: 712)،^۴ در حقوق ایالات متحده جز در دو ایالت تگزاس و نیویورک که در آن‌ها آرایه‌ی حاوی نظر مخالف به چشم می‌خورد،^۵ در سایر ایالات رویکرد غالب بی‌اعتباری شرطی با این مختصات است.^۶

اما در خصوص تقصیر سبک، هرچند در نظام کامن‌لا پاره‌ای اظهارنظرهای قضائی در جهت بی‌اعتباری شرط تضمین مسئولیت در فرض ارتکاب تقصیر سبک از سوی مشروط له وجود دارد (Liddle, 1990: 35)،^۷ اما امروزه نگرش غالب در کشورهای همانند فرانسه،^۸ آمریکا،^۹ انگلستان^۱

از آن استنباط نمود. بنابراین صرف وجود عباراتی کلی و عام وجود چنین قصدی را اثبات نمی‌کند (Par Electrical Contractors, Inc. v. Blueline Rental LLC (2017)).

1. Cour De Cassation, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275; Cour De Cassation, Chambre Civile 2, 29 mars 1962, Publié au bulletin, N° 360.
2. Hamblin v. Lamont (2013); Martin K. Eby Constructions Company, Inc. v. Onebeacon Insurance Company (2014).
3. In re Joan and David Halpern Inc. (2000); Planters Gin v. Federal Compress (2002).
4. Cour De Cassation, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275; Cour De Cassation, Chambre Civile 2, 29 mars 1962, Publié au bulletin, N° 360.
5. Austro v. Niagara Mohawk Power Corp. (1985); Oxy USA, Inc. v. Southwestern Energy Prod. Co. (2005).
6. Planters Gin v. Federal Compress (2002); Hawkins ex rel. Hawkins v. Peart (2001).
7. Gillespie Bros & Co Ltd v Roy Bowles Transport Ltd [1973]; Davis v. Commissioner for Main Roads, 117 CLR 529 (1967).
8. Cour De Cassation, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275; Cour De Cassation, Chambre Civile 2, 29 mars 1962, Publié au bulletin, N° 360.
9. Ramirez v. Penske Truck Leasing Corp. (2017); Cortes v. Town of Brookhaven (2010).

انگلستان^۱ و کانادا^۲ اعتبار شرط در فرض ارتکاب این نوع تقصیر از جانب مشروط له است. البته هنوز در حقوق کشوری مثل نروژ، با استناد به اصل حسن نیت، ارتکاب تقصیر سبک را نیز سبب بی‌اعتباری شرط تضمین مسئولیت دانسته‌اند (Forarbeider, 2008: 23).

در مقام تبیین وضعیت نظام حقوقی ایران در باب اعتبار شرط تضمین مسئولیت در فرض ارتکاب تقصیر از جانب مشروط له باید گفت که مسلماً در نظامی که مفهوم تقصیر هنوز مبنای اصلی مسئولیت را تشکیل می‌دهد، استثنا نمودن مطلق تقصیر از شمول شرط تضمین مسئولیت تا حد زیادی این نهاد را به نهادی بی‌فایده تبدیل می‌کند. منابع قانونی ما نیز فاقد هرگونه حکمی در باب اعتبار شرط تضمین مسئولیت در فرض ارتکاب تقصیر هستند. به همین دلیل به ناچار باید برای سنجش اعتبار این شرط در چنین مواردی از قواعد حاکم بر نهادهای مشابه این شرط، یعنی بیمه‌ی مسئولیت و شرط عدم مسئولیت کمک گرفت. بر این اساس، اعتبار شرط تضمین مسئولیت در فرض ارتکاب تقصیر سبک و بی‌اعتباری آن در فرض وقوع تقصیر عمدی از سوی مشروط له، به وحدت ملاک با بیمه‌ی مسئولیت قابل تأیید به نظر می‌رسد. اما در باب تقصیر سنگین، باید قائل به تفکیک شد؛ شرط تضمین مسئولیت انعکاسی در چنین وضعیتی به دلیل تشابه نسبی آن با شرط عدم مسئولیت، به دلیل مخالفت با نظم عمومی همانند شرط اخیر باطل است، درحالی که باید شرط تضمین مسئولیت بیمه‌ای را به دلیل تشابه آن با بیمه‌ی مسئولیت، به مانند این نهاد معتبر شمرد.

۲. آرائه‌ی خدمت یا وظیفه‌ای عمومی: در مواردی که نهادی متکفل انجام خدمتی به عموم است، نمی‌تواند خود را در برابر مسئولیت ناشی از انجام نادرست این خدمت در کنف حمایت شرط تضمین مسئولیت قرار دهد. سبب چنین ممنوعیتی نیز آن است که گذشته از نتایج احتمالی فاجعه بار ناشی از بی‌احتیاطی در انجام این وظایف، چنین خدماتی اغلب در انحصار نهادهای عمومی است و استفاده‌کنندگان از این خدمات نیز چاره‌ای جز پذیرش شرایط آرائه‌کنندگان آن خدمت ندارند.^۳

1. Smith v. South Wales Switchgear Co. Ltd., [1978]; Gillespie Bros & Co Ltd v Roy Bowles Transport Ltd [1973]; Greenwich Millennium Village Ltd v Essex Services Group plc and others [2014].

2. Canada Steamship Lines LD., v. The King [1952].

3. Burgess Const. Co. v. State (1980).

۳. **عدم توازن قدرت اقتصادی طرفین:** یکی دیگر از موانع نفوذ شرط تضمین مسئولیت در جایی است که یکی از طرفین از لحاظ اقتصادی دست بالاتر را در معامله دارد. این وضعیت بیشتر در قراردادهای دولتی و همچنین قراردادهای الحاقی به چشم می‌خورد که در آن‌ها طرف دیگر معامله یا باید شرایط طرف مقابل را بپذیرد، یا از آن معامله چشم‌پوشی کند. شرط تضمین مسئولیت نمی‌تواند از جمله‌ی شروطی باشد که از سوی طرف دارای قدرت اقتصادی برتر بر طرف ضعیف تحمیل می‌شود. این محدودیت هم در حقوق فرانسه (VINEY & JOURDAIN, 2001: 679; AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 407) و هم در حقوق آمریکا (Molavi, 2012: 263) وجود دارد. البته در حقوق ایران به دلیل فقدان مقرره‌ای در باب بی‌اعتباری شروط غیرمنصفانه، دشوار بتوان شرط تضمین مسئولیت را در چنین مواردی باطل دانست.

۴. **مسئولیت ناشی از جرایم، صدمات جسمانی و فوت:** در نظام کامن‌لا یک شرط تضمین مسئولیت نمی‌تواند مسئولیت ناشی از جرم، صدمات جسمانی، فوت و مانند آن را پوشش دهد و شرط تضمین مسئولیت را در چنین مواردی خلاف نظم عمومی می‌دانند (AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 681). در حقوق ایران، بعضی نویسندگان قرارداد تضمین مسئولیت را در مورد مسئولیت ناشی از جرم و غصب به دلیل نداشتن منفعت عقلایی مشروع و همچنین مخالفت با نظم عمومی باطل دانسته‌اند (Barikloo, 2018: 296). دیوان عالی کشور شرط تضمین مسئولیت ناشی از صدمات جسمانی و فوت را معتبر دانسته است.^۱ اگرچه این رویکرد دیوان عالی از لحاظ تحلیل اقتصادی ممکن است قابل توجیه باشد و در برخی موارد پشوانه‌ای برای جبران زیان فراهم آورد، اما در جانب مقابل، در نقد این نظر ممکن است گفته شود معتبر دانستن شرط تضمین مسئولیت در چنین مواردی خلاف اخلاق حسنه است؛ به ویژه آن که در نظام کامن‌لا، با وجود آن که تحلیل اقتصادی از حقوق دارای جایگاه ویژه‌ای است، اما در این مورد، چنین شرطی را باطل دانسته‌اند. در مجموع می‌توان گفت که اگر بخواهیم چنین شروطی را با شرط عدم مسئولیت قیاس کنیم، باید آن‌ها را به طور کلی در چنین مواردی باطل بدانیم، و اگر قصد مانند کردن آن‌ها به بیمه

1. Judgment No. 14/452/92 dated 24/09/2013 issued by Chamber 14 of Supreme Court of Iran; Judgment No. 9109970222301515 dated 05/02/2013 issued by Chamber 23 Tehran Appeal Court.

را داشته باشیم، در خصوص مسئولیت ناشی از جرم و غصب باید آن‌ها را بی‌اعتبار و در مورد صدمات جسمانی و فوت ناشی از حوادث غیر عمدی، معتبر قلمداد نماییم. رویه‌ی دادگاه‌های ما می‌تواند با برگزیدن هر یک از این دو تحلیل، در این زمینه تعیین کننده باشد.

۵. سایر موارد: گذشته از موارد مزبور، درج شرط تضمین مسئولیت در برخی دیگر از زمینه‌ها نیز با محدودیت مواجه است، که از آن جمله می‌توان به قراردادهای مصرفی (ماده‌ی ۴ قانون شروط ناعادلانه انگلستان مصوب ۱۹۷۷؛ 851: Barnhizer, 2006)، اشاره نمود. در حقوق ایران، ماده‌ی ۷ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶ هر نوع توافق مستقیم یا غیرمستقیم بین عرضه‌کننده، واسطه‌ی فروش یا مصرف‌کننده که به موجب آن، تمام یا بخشی از تعهداتی که عرضه‌کننده بر طبق قانون مزبور و یا ضمانت‌نامه‌ی صادره برعهده دارد را ساقط نماید یا بر عهده‌ی واسطه‌ی فروش یا هر عنوان دیگری بگذارد، در برابر مصرف‌کننده باطل و بلااثر اعلام کرده است. از اطلاق این ماده ممکن است چنین استفاده شود که شرط تضمین مسئولیت نیز در زمره‌ی همین توافقات است. با وجود این، این احتمال نیز وجود دارد که این ماده ناظر به بطلان توافقی‌هایی باشد که با انتقال مسئولیت در صدد سلب مسئولیت عرضه‌کننده در برابر مصرف‌کننده هستند، در حالی که در شرط تضمین مسئولیت، مشروط له در برابر زیان‌دیده از مسئولیت معاف نمی‌گردد.

افزون بر موارد فوق، قراردادهای ساخت و ساز (Eckert & McBrearty, N. D.: 47 and n.) و قراردادهای طراحی حرفه‌ای (Dayes, 1996: 51) نیز از دیگر مواردی است که استفاده از شرط تضمین مسئولیت در آن‌ها با ممنوعیت مواجه است. علاوه بر این، در برخی از ایالات آمریکا قوانینی تحت عنوان «Anti-Indemnity Statute» یا «Anti-Indemnity Act» تصویب شده است که امکان توافق مبنی بر تضمین مسئولیت را در برخی زمینه‌ها با محدودیت‌هایی مواجه ساخته است.

۴. تأثیر بطلان جزئی شرط بر کل شرط

تأثیر بطلان جزئی شرط تضمین مسئولیت بر کل شرط در دو مرحله‌ی انعقاد شرط (بحث اعتبار شرط) و اجرای آن (بحث قلمروی نفوذ شرط) قابل بررسی است: فرض نخست، حالتی است که

شرط تضمین مسئولیت به واسطه‌ی کلی بودن و یا تصریح طرفین در مرحله‌ی انعقاد، هم تقصیر عمدی مشروط له و هم تقصیر سبک وی را شامل شود. در این فرض، پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا بطلان شرط در آن قسمت که ناظر به تقصیر عمدی است، سبب بطلان بخش دیگر نیز می‌گردد؟ در پاسخ به این پرسش، رویه‌ی قضایی فرانسه به اعتبار بخش صحیح گرایش دارد و دکتین حقوقی این کشور نیز همین نظر را پذیرفته است (VINEY & JOURDAIN, 2001: 414). در حقوق آمریکا نیز در صورتی که بخش باطل تشکیل دهنده‌ی جزء اساسی مقرره‌ی صحیح نباشد، مقرره‌ی صحیح را معتبر دانسته‌اند.^۱ در حقوق ما نیز در زمینه‌ی شرط عدم مسئولیت امکان اعتبار جزئی از شرط قابل پذیرش است (Izanloo, 2004: 295 - 296)، که همین نظر در خصوص امکان تجزیه‌ی شرط تضمین مسئولیت نیز قابل قبول به نظر می‌رسد؛ زیرا چنین شرط تضمین مسئولیتی در واقع مرکب از دو شرط مجزا است: شرط تضمین مسئولیت ناشی از تقصیر عمدی و شرط تضمین مسئولیت ناشی از تقصیر سبک.

فرض دوم جایی است که شرط در مرحله‌ی انعقاد صرفاً برای پوشش تقصیر عمدی مشروط له تنظیم شده، اما در عمل، مشروط له مرتکب یک تقصیر سبک می‌شود. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا باید در مقام اجرای شرط، تقصیر سبک را در قلمروی نفوذ شرط دانست و در نتیجه به شرط در چنین حالتی ترتیب اثر داد، یا باید آن را خارج از قلمروی نفوذ شرط محسوب داشت و شرط را در چنین وضعیتی بی‌اثر و غیرقابل اجرا دانست؟ در حقوق فرانسه چنین شرطی به طور کلی غیرقابل اجرا دانسته شده است.^۲ در آمریکا نظرات مختلف است؛ برخی با تعدیل شرط، آن را به دو مقرره‌ی جزئی تجزیه نموده و تا حد ممکن چنین شرطی را قابل اجرا می‌دانند، در حالی که بعضی دیگر، شرط را به کلی غیرقابل اجرا قلمداد می‌کنند (Carroll & Garzia, 2009: 618; Eckert & McBrearty, N. D.: 52; Mckeown, 2015: 350; Gray & Catt, 1990: 618). در حقوق ما ممکن است گفته شود زمانی که طرفین بر شمول شرط نسبت به تقصیر عمدی توافق کرده‌اند، به طریق اولی باید توافق آنان را شامل شمول شرط نسبت به تقصیر سبک مشروط علیه

1. Reesor v. Norman Yatooma & Associates, PC (2010).

۲. ر. ک.: Izanloo, 2004: 297.

نیز دانست و در نتیجه به آن ترتیب اثر داد. با وجود این، از آنجایی که بر خلاف فرض پیشین، این امر نوعی تعدیل قرارداد است، لذا دادرس در این زمینه فاقد چنین اختیاری است. بنابراین در چنین فرضی باید قواعد عام مسئولیت جایگزین شرط گردد.

آثار شرط تضمین مسئولیت

آثار شرط تضمین مسئولیت از دو جنبه قابل بررسی است: ۱. آثار شرط در رابطه با طرفین؛ ۲. آثار شرط در رابطه با اشخاص ثالث.

۱. آثار شرط در رابطه با طرفین

در یک شمای کلی، اثر اصلی شرط تضمین مسئولیت تغییر نظام قانونی حاکم بر مسئولیت است (AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 686; Duggan Vraa & Siekt, 2006: 1316; Devlin, 1984: 143). یعنی درج این شرط در قرارداد باعث می‌شود توزیع نهایی مسئولیت، نه بر مبنای سازوکار مقرر در قانون، که بر مبنای توافق طرفین صورت پذیرد. این توزیع در قالب انتقال نهایی بار مسئولیت از عهده‌ی مشروط له به عهده‌ی مشروط علیه صورت می‌گیرد. بدین سان، مشروط علیه متعهد به ایفای مسئولیت مشروط له می‌گردد و مشروط له نیز حق رجوع به مشروط علیه را به دست می‌آورد (AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 686).

در باب اثر شرط تضمین مسئولیت در رابطه با طرفین، دو پرسش مهم مطرح می‌شود: ۱. حق مشروط له برای رجوع به مشروط علیه به چه هنگام ایجاد می‌شود؛ به عبارت دیگر، لحظه‌ی آغاز تعهد مشروط علیه در برابر مشروط له کدام است؟ ۲. حدود تعهد مشروط علیه در برابر مشروط له چقدر است؛ برای مثال، آیا مشروط علیه موظف به دفاع^۱ از مشروط له در برابر دعوای زیان‌دیده نیز هست؟

در پاسخ به پرسش نخست باید بین شرط تضمین مسئولیت پس از ایفا و شرط تضمین مسئولیت

۱. در نظام کامن‌لا تعهد به دفاع «Duty to defend» یا «Obligation to defend» به معنای تعهد بیمه‌گر یا مشروط علیه به دفاع از بیمه‌گذار یا مشروط له در برابر دعوای زیان‌دیده علیه او (بیمه‌گذار یا مشروط له) است که تخلف از انجام آن، سبب مسئولیت متعهد به پرداخت هزینه‌های دفاع، هزینه‌ی دادرسی، حق الوکاله و کیل و مانند آن می‌شود. برای ملاحظه بحث تفصیلی در زمینه حقوق بیمه ر.ک.: Katouzian & Izanloo, 2018: 101 and n.

پیش از ایفا قائل به تفکیک شد. همان طور که گفته شد، تعهد مشروط علیه در برابر مشروط له در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفا، تعهد به جبران آن دسته از خساراتی است که به واسطه رجوع زیان دیده، به دارایی مشروط له وارد آمده است.^۱ بر این اساس، مادامی که رجوعی از سوی زیان دیده به مشروط له صورت نگرفته باشد، مسئولیت مشروط علیه در قبال مشروط له از قوه به فعل تبدیل نمی گردد؛ لذا حق رجوع مشروط له به مشروط علیه پس از رجوع زیان دیده به مشروط له و دریافت خسارت از او ایجاد می شود.^۲

در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، در نظام کامن لا لحظه ای ایجاد حق رجوع مشروط له به مشروط علیه را زمانی می دانند که مسئولیت مشروط له در برابر زیان دیده تثبیت شده و استقرار یافته باشد.^۳ در خصوص زمان تثبیت و استقرار این مسئولیت، در حقوق انگلستان (Chitty, 2012: 1983) و اکثر آرای صادره از دادگاه های آمریکا^۴ نظری پذیرفته که بر مبنای آن، این مسئولیت با صدور حکم دادگاه در دعوای زیان دیده علیه مشروط له (یا صدور رأی داور و یا صلح زیان دیده و مشروط له) است که ایجاد و تثبیت می شود؛ در نتیجه ملاک زمان صدور رأی دادگاه است و نه لحظه ورود خسارت. بنابراین، تا پیش از صدور حکم قطعی در دعوای زیان دیده علیه مشروط له، مشروط علیه هیچ گونه تعهدی در قبال رابطه ای حقوقی بین زیان دیده و مشروط له بر عهده ندارد. البته این نافی آن نیست که اگر طرفین به صراحت چنین تعهدی را برای مشروط علیه پیش بینی کرده باشند، بتوان چنین تعهدی را برای مشروط علیه پذیرفت.^۵

در خصوص لحظه ای ایجاد حق رجوع مشروط له به مشروط علیه در حقوق ما نیز همین تفکیک قابل پذیرش به نظر می رسد. بر این اساس، زمان آغاز تعهد (مسئولیت) مشروط علیه در برابر مشروط له در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفا، لحظه ایفای مسئولیت مشروط له در برابر

1. Promise of compensation for loss / Compensatory indemnity

2. Marathon EG Holding Limited v. CMS Enterprises Company (2010); Smith International Inc. v. Egle Group LLC (2007); Amwest Surety Insurance Company v. Cardenas (2013).

3. Henthorne v. Legacy Healthcare, Inc. (2002); CRS Auto Parts, Inc. v. National grange mutual insurance company (2008); Great American Insurance Company of New York v. International Custom Products (2011).

4. Marathon EG Holding Limited v. CMS Enterprises Company (2010).

5. Burlington Northern v. C & NW Transp. CO. (1993).

زیان دیده و ورود کاستی ناشی از پرداخت خسارت به دارایی او (مشروط له) است؛ یعنی مشابه آنچه که در حوزه بیمه‌ی مسئولیت پذیرفته شده است (Katouzian & Izanloo, 2018: 121 and 127).

در مورد شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، نیاز به توضیح است. در شرط تضمین مسئولیت ناشی از قرارداد، به محض نقض عهد مشروط له در برابر زیان دیده، مسئولیت او (مشروط له) در برابر زیان دیده و تبع آن مسئولیت مشروط علیه در برابر وی (مشروط له) محقق می‌شود. در شرط تضمین مسئولیت قهری، چنین به نظر می‌رسد که لحظه‌ی ایجاد مسئولیت مشروط علیه در برابر مشروط له، زمانی است که خسارتی از جانب شخص اخیر به زیان دیده وارد می‌آید. تأمل در مراحل مسئولیت قهری نیز بر این گفته مهر تأیید می‌زند. توضیح اینکه مسئولیت مدنی جریانی است که در آن «فعل موجد مسئولیت» سبب دین، «لحظه‌ی ورود خسارت» نقطه‌ی ایجاد مسئولیت، مرحله‌ی «صدور حکم» زمان اثبات دین و مقطع «پرداخت خسارت» نیز به عنوان اجرای دین، ارکان آن را تشکیل می‌دهند (Katouzian & Izanloo, 2018: 119). در حقوق ما بر خلاف نظام کامن‌لا، چنین به نظر می‌رسد که زمان صدور حکم نقشی در اصل ایجاد مسئولیت عامل زیان در برابر زیان دیده ندارد و حکم دادگاه از این نظر - و نه از نظر تعیین شیوه‌ی جبران خسارت - صرفاً جنبه‌ی اعلامی دارد. بنابراین به محض ورود خسارت از سوی مشروط له به زیان دیده، مسئولیت او در برابر شخص اخیر و به تبع آن مسئولیت مشروط علیه در برابر او (مشروط له) محقق می‌گردد.

در پاسخ به سوال دوم درباره‌ی حدود تعهد ناشی از شرط تضمین مسئولیت در خصوص وظیفه‌ی مشروط علیه مبنی بر دفاع از مشروط له در برابر دعوای زیان دیده، گفته شده که توافق طرفین در قالب درج شرط اداره‌ی دادرسی^۱، جای هیچ گونه بحثی را در این زمینه باقی نمی‌گذارد.^۲ در فرض عدم وجود توافق، رویه‌ی قضائی^۳ و قانونی (بند ۴ و ۵ ماده‌ی ۲۷۷۸ قانون

1. Clause de direction du procès

2. Reyburn Lawn & Landscape Designers, Inc. v. Plaster Dev. Co. (2011).

3. Buchalter v. Levin (1967); Crawford v. Weather Shield Mfg., Inc. (2008); UDC-Universal Development, LP v. CH2M Hill (2010); New Life In Christ Full Gospel Church Corporation v. Los Angeles Regional Food Bank (2012); Tull Bros., Inc. v. Peerless Products, Inc. (2013).

مدنی کالیفرنیا) ایالت کالیفرنیا آمریکا چنین تکلیفی را برای مشروط علیه پذیرفته است؛ این در حالی است که در سایر ایالات این کشور اغلب چنین تکلیفی برای مشروط علیه شناخته نشده است (Riecken, 2010: 874 and n.). البته نویسندگان آمریکایی از پتانسیل پذیرش چنین تکلیفی برای مشروط علیه در حقوق سایر ایالات این کشور سخن گفته‌اند (Riecken, 2010: 843).

در بستر حقوق ایران، به مبحث دفاع مشروط علیه از مشروط له در برابر دعوای زیان‌دیده می‌توان از دو زاویه نگریست؛ نخست آن که دفاع از مشروط له را در برابر دعوای زیان‌دیده تکلیفی برای مشروط له بدانیم و دیگر آن که امکان ورود به این دعوا را به مثابه‌ی حقی برای او قلمداد نماییم.

از منظر ماهوی، اگرچه در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، لحظه‌ی آغاز تعهد مشروط علیه در برابر مشروط له، زمان ورود خسارت به زیان‌دیده است، اما از آنجایی که موضوع این تعهد صرفاً جلوگیری از ورود کاستی به دارایی مشروط له از طریق پرداخت خسارت به زیان‌دیده است و نه چیزی بیش از آن، لذا نمی‌توان تعهدی برای مشروط علیه مبنی بر دفاع از مشروط له در برابر دعوای زیان‌دیده شناخت. در جانب مقابل، می‌توان امکان ورود به این دعوا را در قالب حقی برای مشروط علیه مورد شناسایی قرار داد. در توجیه پذیرش این حق نیز باید گفت که سلب امکان ورود مشروط علیه به دعوای زیان‌دیده و مشروط له می‌تواند زمینه‌ی تبانی مشروط له و زیان‌دیده به ضرر مشروط علیه را از بین ببرد. وانگهی، مشروط علیه می‌تواند برای ایفای تعهد خود مبنی بر جلوگیری از ورود کاستی به دارایی مشروط له، از روش‌های گوناگونی از جمله مصالحه با زیان‌دیده و امثال آن استفاده نماید، که تلاش برای جلوگیری از صدور حکم علیه او (مشروط له) نیز در زمره‌ی همین شیوه‌ها قرار می‌گیرد.

از منظر شکلی و آیینی، می‌توان در قالب سازوکار ورود ثالث، بر مبنای ماده‌ی ۱۳۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی^۱، حق حضور مشروط علیه در دعوای

۱. ماده ۱۳۰: «هرگاه شخص ثالثی در موضوع دادرسی اصحاب دعوای اصلی برای خود مستقلاً حقی قابل باشد و یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذینفع بداند، می‌تواند تا وقتی که ختم دادرسی اعلام نشده است، وارد دعوا گردد، چه اینکه رسیدگی در مرحله بدوی باشد یا در مرحله تجدیدنظر...».

زیان دیده علیه مشروط له را پذیرفت، زیرا اقل مراتب آن است که وی را در محق شدن مشروط له ذینفع بدانیم.

در خصوص قسم دیگر این شرط، یعنی شرط تضمین مسئولیت پس از ایفاء، چنین به نظر می‌رسد که نمی‌توان تعهدی برای مشروط علیه برای دفاع از مشروط له شناخت، زیرا مادامی که خسارتی از جانب مشروط له به زیان دیده پرداخته نشود، تعهد مشروط علیه در برابر مشروط له، فعلیت نمی‌یابد. درباره‌ی امکان ورود مشروط علیه به دعوای زیان دیده علیه مشروط له، ممکن است گفته شود که چنین امکانی منتفی است، زیرا از لحاظ شکلی، دشوار بتوان صرف احتمال ورود خسارت به دارایی مشروط علیه را به عنوان مبنای ورود او به دعوای مشروط له و زیان دیده دانست، چرا که برخلاف شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفاء، در اینجا به صرف صدور حکم علیه مشروط له، دارایی مشروط علیه در معرض تهدید قرار نمی‌گیرد که بتوان دفع آن تهدید را نفع مسلم توجیه کننده‌ی ورود به دعوا دانست. با وجود این، به نظر می‌رسد که در این فرض نیز شرط مقرر در ماده‌ی ۱۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر ذینفعی ثالث (مشروط علیه) در محق شدن یکی از طرفین (مشروط له) محقق است.

۲. آثار شرط تضمین مسئولیت در رابطه با اشخاص ثالث

آثار شرط تضمین مسئولیت نسبت به اشخاص ثالث از دو منظر قابل بررسی است: نخست قابلیت استناد به شرط از سوی اشخاص ثالث و دوم قابلیت استناد به آن در برابر اشخاص ثالث.

۲.۱. استناد به شرط تضمین مسئولیت از سوی اشخاص ثالث

این بحث از دو جنبه قابلیت بررسی دارد: یکی فرضی که در آن شخص ثالث واردآورنده‌ی زیان با هدف گریز از بار مسئولیت، قصد استناد به شرط را دارد و جنبه‌ی دیگر فرضی است که در آن شخص ثالث زیان دیده می‌خواهد از این شرط برای رجوع مستقیم به مشروط علیه استفاده نماید.

۲.۱.۱. استناد به شرط تضمین مسئولیت از سوی عامل زیان

این حالت اغلب زمانی حادث می‌شود که شرط تضمین مسئولیتی بین دو طرف منعقد شده و

یکی از مباشرین مشروط له (مثلاً کارگر او)، یا شخصی که با انعقاد قراردادی فرعی، نقش مشروط له را در رابطه‌ی حقوقی بین طرفین قرارداد اصلی عهده‌دار شده (مانند پیمانکار جزء)، زیانی به مشروط علیه وارد می‌آورد و سپس در مقام دفاع از خود در دعوای مشروط علیه بر خود، به شرط تضمین مسئولیت بین مشروط له و خواهان (مشروط علیه) استناد می‌کند. در اینجا پرسش آن است که آیا این شرط از سوی چنین شخصی قابل استناد است یا خیر؟ در حقوق انگلستان از سال ۱۹۹۹ میلادی به بعد، با تصویب قانون حقوق اشخاص ثالث^۱ پاسخ این پرسش در دو صورت مثبت است: یا چنین حقی در قرارداد برای او به صراحت تعیین شده باشد و یا آن که شرط متضمن نفعی برای او باشد (ماده‌ی ۱)؛ البته اگر مشخص شود که طرفین چنین قصدی نداشته‌اند، امکان استناد به شرط از سوی ثالث منتفی می‌گردد. دادگاه عالی انگلستان در رأیی به سال ۲۰۰۵ میلادی، با استناد به همین قانون، به مالک یک کشتی اجازه داده است تا به تعهدنامه‌ی جبران خسارت بین ارسال‌کننده و دریافت‌کننده‌ی کالا استناد نماید.^۲

در حقوق آمریکا این نظر پذیرفته شده که شخص ثالث فقط در صورتی می‌تواند به تسری آثار شرط تضمین مسئولیت نسبت به خود استناد نماید که یا وجود چنین قصدی از سوی طرفین به روشنی ابراز گردیده باشد^۳ یا شخص ذینفع اثبات نماید که طرفین قصد رساندن نفع مستقیمی به او را داشته‌اند.^۴

در حقوق ایران در زمینه‌ی شرط عدم مسئولیت، امکان استناد به شرط از سوی مباشرین مشروط له قابل پذیرش است.^۵ در باب شرط تضمین مسئولیت هم به نظر بتوان بر مبنای نهاد شرط به نفع ثالث، امکان استناد به شرط از سوی اشخاص مزبور را برگزید. به ویژه باید به این نکته توجه داشت که از این شرط اغلب در زمینه‌هایی همچون عملیات اجرایی پروژه‌ها در صنعت نفت و گاز، قراردادهای پیمانکاری و مانند آن استفاده می‌شود که اجرای آن‌ها مستلزم استفاده از اشخاص ثالث است. لذا می‌توان این قصد ضمنی را به طرفین نسبت داد که ذینفع اصلی چنین شرطی را

1. Rights of Third Parties Act 1999

2. Laemthong International Lines Ltd v Artis and Others [2005].

3. Denny's Inc. v. Avesta Enterprises, Ltd. (1994).

4. Teter v. Morris (1982).

۵. ر. ک.: Izanloo, 2004: 258 and n.

نیروی کار انسانی دخیل در فرایند اجرای قرارداد در نظر گرفته‌اند. بنابراین، می‌توان گفت که اساساً منتفع شدن ثالث از شرط، هدف توافق ناظر به تضمین مسئولیت است، هرچند این امر مورد تصریح قرار نگرفته باشد.

۲.۱.۲. استناد به شرط تضمین مسئولیت از سوی زیان‌دیده

حقوقدانان فرانسوی بر مبنای اصل نسبی بودن قراردادها، حتی در فرضی که شرط حاوی نفعی برای شخص ثالث است، بازهم امکان استناد به شرط تضمین مسئولیت از سوی زیان‌دیده را برای اقامه دعوای مستقیم بر مشروط علیه پذیرفته‌اند (MAZEAUD, 1932: 712). این نظر در حقوق ما نیز قابل تأیید است، زیرا گذشته از تصریح ماده‌ی ۲۳۱ قانون مدنی^۱ بر محدود بودن اثر قراردادها نسبت به طرفین، اساساً کارکرد شرط تضمین مسئولیت، صرفاً تنظیم رابطه‌ی حقوقی بین طرفین قرارداد است. وانگهی، بر خلاف فرض استناد به شرط از سوی ثالث واردآورنده‌ی زیان، در اینجا نمی‌توان انتفاع ثالث زیان‌دیده از شرط را هدف توافق ناظر به تضمین مسئولیت دانست و چنین رجوعی را در قالب شرط به نفع ثالث توجیه نمود، زیرا در شرط به نفع ثالث، سودی که از شرط به شخص ثالث می‌رسد، باید هدف قرارداد باشد. همچنین نمی‌توان به قیاس از حق مستقیم زیان‌دیده بر بیمه‌گر در زمینه‌ی بیمه‌ی مسئولیت، حق مستقیمی برای رجوع به مشروط علیه را به نفع زیان‌دیده قائل شد، زیرا حقوق بیمه به مرور زمان تغییر هدف داده و در آن اندیشه‌ی حمایت از بیمه‌گذار جای خود را به اندیشه‌ی حمایت از زیان‌دیده داده است (Katouzian & Izanloo, 2018: 164)؛ این در حالی است که شرط تضمین مسئولیت فاقد جنبه‌ی حمایتی است و رسالت آن تنظیم رابطه‌ی حقوقی بین مشروط له و مشروط علیه است. به علاوه، منابعی (قانون، عرف، رویه‌ی قضائی و دکترین) هم که دعوای مستقیم زیان‌دیده علیه بیمه‌گر را تجویز می‌کنند (Katouzian & Izanloo, 2018: 180 and n.)، دست کم تاکنون در زمینه‌ی شرط تضمین مسئولیت وجود چنین حقی را برای زیان‌دیده پذیرفته‌اند.

با وجود این، لازم به ذکر است که در صورت توافق صریح طرفین، مانعی برای پذیرش چنین

۱. ماده ۲۳۱: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶».

حقی برای شخص ثالث وجود ندارد. همچنین، این امر نافی آن نیست که ثالث زیان‌دیده بتواند بر مبنای ماده‌ی ۸۷ قانون اجرای احکام مدنی،^۱ توقیف طلبی را که در اثر تخلف مشروط علیه از اجرای شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا به نفع مشروط له و بر ذمه‌ی او (مشروط علیه) ایجاد می‌شود، مطالبه نماید.

۲.۲. استناد به شرط تضمین مسئولیت در برابر اشخاص ثالث

در حقوق فرانسه این نظر پذیرفته شده که به دلیل عدم دخالت زیان‌دیده در فرایند انعقاد شرط تضمین مسئولیت، این شرط اثری نسبت به مسئولیت عامل زیان در برابر او ندارد و تنها اثر آن این است که حق رجوع به مشروط علیه را به مشروط له می‌دهد (VINEY, 2001: 407; MAZEAUD, 1932: 712). دیوان عالی فرانسه نیز به صراحت بر این نکته تأکید نموده که شرط تضمین مسئولیت در برابر زیان‌دیده قابل استناد نیست و تأثیری بر مسئولیت عامل زیان در برابر او ندارد.^۲

در حقوق ایران، بر مبنای اصل نسبی بودن قراردادها که در ماده‌ی ۲۳۱ قانون مدنی منعکس گردیده است، نمی‌توان شرط تضمین مسئولیت را در برابر شخص ثالث زیان‌دیده قابل استناد دانست.^۳ افزون بر این، زمانی که بپذیریم شرط تضمین مسئولیت در حالت عادی نمی‌تواند حقی را به سود ثالث ایجاد نماید، به طریق اولی نمی‌توان پذیرفت که چنین شرط بتواند وضعیتی را به زیان او به وجود آورد. این نظر در رویه‌ی قضائی ایران رویکرد غالب است و دادگاه‌ها توافق بین مشروط له و مشروط علیه شرط تضمین مسئولیت را رافع مسئولیت مشروط له در برابر زیان‌دیده

۱. ماده ۸۷: «هرگاه مال متعلق به محکوم علیه نزد شخص ثالث اعم از حقوقی یا حقیقی باشد یا مورد درخواست توقیف، طلبی باشد که محکوم علیه از شخص ثالث دارد اختاری در باب توقیف مال یا طلب و میزان آن به پیوست رونوشت اجراییه به شخص ثالث ابلاغ و رسید دریافت می‌شود و مراتب فوراً به محکوم علیه نیز ابلاغ می‌گردد».

2. Cour de Cassation, Chambre Civile 2, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275.

۳. برای ملاحظه نظر موافق ر. ک.: Barikloo, 2018: 296.

ندانسته‌اند.^۱

دیوان عالی کشور نیز چنین توافقی را اسقاط حق و تکلیف ندانسته است؛^۲ بدین معنا که درج

۱. «توافق و اخوانان و دو نفر دیگر از محکوم علیهم دادنامه و اخوانان در خصوص تقسیم یا انتقال مسئولیت نمی‌تواند نسبت به و اخوانان که ثالث باشند مؤثر باشد»:

Judgment No. 793 dated 18/06/2011 issued by Chamber 116 Tehran Public Civil Court;
«شروط مندرج در سند رسمی ۱۱۹۷۰ مورخ ۸۳/۶/۲۶ بر این اساس که شرکت تعاونی مسکن کارکنان جهاد کشاورزی پاسخگوی ثالث باشد ... با توجه به اصل نسبی بودن قراردادها این شروط قابل تسری به خواهان نبوده و صرفاً بین خواندگان لازم‌الوفاء است»:

Judgment No. 5/6/90-0413 dated 27/08/2017 issued by Chamber 213 Tehran Public Civil Court;
«متولی انجام عملیات عمرانی در سطح شهر، شهرداری است و سپردن عملیات مذکور به شرکت‌های پیمانکاری رافع مسئولیت شهرداری نسبت به شهروندان نیست و اگر قصور از ناحیه پیمانکاران در ارتباط با قرارداد با شهرداری صورت گرفته باشد مطابق شرایط قرارداد پاسخگو به شهرداری خواهد بود»:

Judgment No. 9109970221501683 dated 17/03/2013 issued by Chamber 15 Tehran Appeal Court;
«واگذاری امور شهری به پیمانکار چیزی از مسئولیت و وظایف شهرداری که مطابق قانون سپرده شده، نمی‌کاهد البته چنانچه پیمانکار به قرارداد فی ما بین با شهرداری عمل نکرده و خسارتی متوجه شهرداری شده می‌تواند به پیمانکار مراجعه نماید»:

Judgment No. 9109970223701410 dated 16/02/2013 issued by Chamber 37 Tehran Appeal Court;
همچنین در پرونده‌ای دیگر دادگاه در رد ادعای خوانده مبنی بر پذیرش مسئولیت از سوی پیمانکار به موجب قرارداد چنین اعلام نموده است: «وجود قراردادهای بین اشخاص در این گونه موارد که عرفاً و علی‌الرسم مراعات آن از ناحیه‌ی کارفرما هم لازم می‌باشد، نسبت به اشخاص ثالث بی‌اثر بوده»:

Judgment No. 9109970229000953 dated 20/11/2012 issued by Chamber 30 Tehran Public Civil Court;
در رأیی دیگر دادگاه در خصوص قابلیت استناد به شرط تضمین مسئولیت در برابر اشخاص ثالث چنین اظهار داشته: «قرارداد خصوصی خواندگان ارتباطی به اشخاص ثالث ندارد و میان خود آن‌ها مؤثر می‌باشد»:

Judgment No. 930-236 dated 11/06/2014 issued by Chamber 216 Tehran Public Civil Court;
همچنین رجوع شود به:

Judgment No. 9309970270400010 dated 08/04/2014 issued by Chamber 59 Tehran Appeal Court.

2. Judgment No. 14/452/92 dated 24/09/2013 issued by Chamber 14 of Supreme Court of Iran.

این شرط در قرارداد باعث اسقاط حق زیان دیده در برابر عامل زیان و رافع تکلیف شخص اخیر در قبال زیان دیده نخواهد بود. به رغم این، آرای و وجود دارد که در آن‌ها دادگاه با اتخاذ رویکردی قابل انتقاد، وجود توافقی‌هایی از این دست را در برابر زیان دیده قابل استناد دانسته و به تبع آن به عدم مسئولیت عامل زیان (مشروط له) در برابر او حکم داده است. برای نمونه، در یکی از این پرونده‌ها، خواهان دادخواستی را مبنی بر مطالبه خسارت ناشی از گودبرداری غیراصولی در ملک خوانده، تقدیم دادگاه می‌نماید. خوانده در مقام دفاع، به قرارداد خود با شرکتی استناد می‌کند که وظیفه‌ی گودبرداری را برعهده داشته که در آن مسئولیت هرگونه خسارت به ساختمان‌های مجاور برعهده‌ی شرکت گذاشته شده بود. دادگاه با پذیرش این دفاع، بر اساس توافق طرفین مبنی بر تضمین مسئولیت، دعوای خواهان را رد می‌کند.^۱

به همین ترتیب در پرونده‌ای دیگر، دادگاه با استناد به بند «ب» ماده ۲۱ شرایط عمومی پیمان دعوای زیان دیده علیه عامل زیان (مشروط له) را مردود دانسته است.^۲ بند مزبور چنین مقرر می‌دارد: «پیمانکار در چارچوب مقررات و دستورالعمل‌های حفاظت فنی و بهداشت کار، مسئول خسارت‌های وارد شده به شخص ثالث در محوطه کارگاه است و در هر حال، کارفرما در این مورد هیچ نوع مسئولیتی برعهده ندارد». در نقد رأی مذکور می‌توان گفت، گذشته از آن که اساساً شرایط عمومی پیمان از قدرت قانون برخوردار نیست و اعتبار آن ریشه در توافق طرفین دارد، مفاد بند مذکور خود یک شرط تضمین مسئولیت است که به هیچ عنوان در مقام بیان سلب مسئولیت کارفرما در برابر اشخاص ثالث نیست، بلکه صرفاً ناظر به تنظیم رابطه‌ی حقوقی بین

1. Judgment No. 29/9/91-648 dated 19/12/2012 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court;

البته این رأی در مرحله‌ی تجدید نظر نقض شده است؛ رجوع شود به:

Judgment No. 9209970221200221 dated 20/05/2013 issued by Chamber 12 Tehran Appeal Court.

برای ملاحظه‌ی رویکرد مشابه که در آن دادگاه توافق مبنی بر انتقال مسئولیت بین کارفرما و پیمانکار را مورد پذیرش قرار داده است، رجوع شود به:

Judgment No. 9209970221001554 dated 02/02/2014 issued by Chamber 10 Tehran Appeal Court.

2. Judgment No. 9209972109200646 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court.

پیمانکار و کارفرما است. در تأیید این نظر می‌توان به یکی از آرای صادره از شعبه ۱۸۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران اشاره نمود که در آن، دادگاه دفاعیات خوانده مبنی بر مسئول بودن پیمانکار در برابر زیان‌دیده را وارد تشخیص نداده است.^۱

۳. آیین رسیدگی به دعاوی ناشی از شرط تضمین مسئولیت

از آنجا که در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفا با پرداخت خسارت از سوی مشروط له به زیان‌دیده است که حق اقامه دعوی مشروط له در برابر مشروط علیه ایجاد می‌شود، لذا در مقام رسیدگی به دعاوی ناشی از این شرط، دادگاه در صورتی که وقوع پرداخت توسط مشروط له را احراز ننماید، دعوی او را علیه مشروط علیه نمی‌پذیرد. دادگاه‌های آمریکا در چنین مواردی به همین شیوه عمل می‌کنند.^۲

در باب آیین رسیدگی به دعاوی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، رویه‌ی دادگاه‌های آمریکا بر این منوال است که پس از اقامه‌ی دعوی زیان‌دیده علیه مشروط له، مشروط له در ابتدا از مشروط علیه می‌خواهد که یا از او در برابر دعوی زیان‌دیده دفاع کند، یا خسارات وارد به وی را بپردازد. در صورتی که مشروط علیه از اجابت این درخواست استنکاف ورزد، آنگاه مشروط له می‌تواند به طرح دعوا علیه او مبادرت نماید و با استناد به شرط تضمین مسئولیت، از دادگاه بخواهد که با صدور رأی اعلامی^۳ وی را به پرداخت خسارت زیان‌دیده محکوم کند.^۴ البته این وضعیت محدود به مواردی است که مشروط علیه نقشی در ایجاد زیان نداشته باشد؛ در غیر این صورت، زیان‌دیده دعوی مسئولیت را علیه مشروط له و مشروط علیه طرح می‌کند و سپس مشروط له با استناد به شرط تضمین مسئولیت، با طرح دعوی عرضی^۵ بر مشروط علیه، از دادگاه

1. Judgment No. 9109970229000953 dated 20/11/2012 issued by Chamber 30 Tehran Public Civil Court.

2. San Pedro Properties, Inc. v. Sayre & Toso, Inc. (1962); Sunset-Sternau Food Co. v. Bonzi (1964); Gribaldo, Jacobs, Jones v. Agrippina Versicherungen (1970).

3. **Declaratory judgment**

4. Goldman v. Ecco-Phoenix Elec. Corp. (1964); Tubb v. Bartlett (1993).

5. Cross claim

صدور حکم مبنی بر محکومیت وی به جبران خسارت وارد به زیان‌دیده را درخواست می‌کند.^۱ درباره‌ی آیین رسیدگی به دعاوی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، این ایراد شکلی مطرح می‌شود که در این نوع از شرط تضمین مسئولیت که حق اقامه دعاوی مشروط له بر مشروط علیه با صدور حکم دادگاه ایجاد و تثبیت می‌شود؛ در این صورت امکان محکوم نمودن مشروط علیه به ایفای مسئولیت مشروط له در برابر زیان‌دیده، در حالی که هنوز حکمی علیه مشروط له صادر نشده است، چگونه قابل توجیه است؟ دادگاه‌های ایالات متحده ضمن پذیرش این ایراد، در توجیه آن گفته‌اند که پذیرش دعاوی عرضی مشروط له در برابر مشروط علیه در این گونه موارد به دلیل مساعدت و تسهیل دادخواهی بین طرفین است، زیرا اقامه‌ی چنین دعوایی از سوی مشروط له بر مشروط علیه امری محتمل است.^۲

در حقوق ایران، آیین رسیدگی به دعاوی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پس از ایفا نباید تفاوتی با نظام کامن‌لا داشته باشد و مشروط له صرفاً پس از پرداخت خسارت زیان‌دیده است که می‌تواند به مشروط علیه رجوع کند؛ در غیر این صورت دعاوی او باید رد شود. اما در خصوص آیین رسیدگی به دعاوی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، از آنجایی که محدودیت موجود در نظام کامن‌لا مبنی بر لزوم صدور حکم دادگاه در دعاوی زیان‌دیده علیه مشروط له برای امکان اقامه‌ی دعاوی مشروط له بر مشروط علیه وجود ندارد، مشروط له می‌تواند در دعاوی زیان‌دیده علیه خود، با استناد به شرط تضمین مسئولیت، مشروط علیه را به دادرسی جلب کند و الزام او به ایفای مسئولیت را از دادگاه درخواست نماید. در این صورت دادگاه مشروط علیه را در برابر مشروط له، و نه شخص ثالث زیان‌دیده، به جبران خسارت ثالث محکوم خواهد کرد. این شیوه به دلیل آن که موجب رسیدگی توأمان و کاهش تعدد دعاوی می‌گردد، از منظر اقتصادی نیز کارایی مطلوب‌تری دارد.

1. Bond Diamond Company v. Wilson (1959); Burns & McDonnell ENG. v. Torson Const. (1992).

2. Barb v. Farmers Insurance Exchange (1955); Bond Diamond Company v. Wilson (1959); Burns & McDonnell ENG. v. Torson Const. (1992).

نتیجه

۱. شرط تضمین مسئولیت به عنوان یکی از ابزارهای تخصیص ریسک اقتصادی، سبب انتقال مسئولیت از عهده‌ی مشروط له به عهده‌ی مشروط علیه می‌گردد. این انتقال به گونه‌ای نیست که مشروط له (عامل زیان) را در برابر زیان دیده معاف از مسئولیت کند یا مشروط علیه را متضامناً در کنار عامل زیان، در برابر زیان دیده مسئول نماید. کارکرد این شرط صرفاً تنظیم رابطه‌ی حقوقی بین مشروط له و مشروط علیه است؛ در نتیجه باید چنین انتقالی را «انتقال بار نهایی مسئولیت» خواند. در حقوق ایران، عدم قابلیت استناد به این شرط در برابر زیان دیده، نگرش غالب در رویه‌ی قضائی است، اما با وجود این، معدودی از آرای مخالف هم به چشم می‌خورد.

۲. نهاد شرط تضمین مسئولیت که نهادی متمایز از بیمه‌ی مسئولیت و شرط عدم مسئولیت است، در بسیاری از نظام‌های مهم حقوقی اصولاً معتبر دانسته می‌شود. با وجود این، نمی‌توان انکار کرد که دادگاه‌ها عموماً با دیده‌ی تردید به آن نگریسته و آن را به صورت مضیق تفسیر می‌کنند. به همین دلیل، به منظور صیانت از نظم عمومی، موانع مهمی برای اعتبار این شرط مقرر شده که مهم‌ترین آن‌ها ارتکاب تقصیر مشدد از سوی ذینفع شرط است. البته موضع نظام‌های حقوقی در قبال برخورد با این شرط بر اساس شدت تقصیر ارتكابی متمایز است؛ برای نمونه در نظام کامن‌لا اصولاً در مقایسه با حقوق فرانسه برخورد سخت‌گیرانه‌تری با این مقوله می‌شود.

۴. در بستر حقوق ایران، این شرط به ویژه در قراردادهای صنعت نفت و گاز، قراردادهای پیمانکاری و پروژه‌های واگذاری فعالیت‌های خدماتی و عمرانی از سوی دستگاه‌های دولتی و عمومی غیردولتی به بخش خصوصی مورد استفاده قرار می‌گیرد. استقرا در آرای صادره از دادگاه‌های ایران، پذیرش اصل اعتبار این شرط را نشان می‌دهد. حتی می‌توان گفت، رویه‌ی قضائی ایران در مقایسه با سایر نظام‌های حقوقی، برخورد سهل‌گیرانه‌تری با این شرط دارد؛ زیرا در برخی از مواردی که در نظام‌های کامن‌لا و فرانسه این شرط را بی‌اعتبار دانسته‌اند، دادگاه‌های ما آن را مورد پذیرش قرار داده‌اند و چندان خود را پایبند به تفسیر مضیق آن ندانسته‌اند. با وجود این، اعتبار این شرط در فرض ارتکاب تقصیر عمدی یا سنگین از سوی مشروط له در حقوق ایران غیرقابل پذیرش است.

References

- [1] Am. Nurses Ass'n v. Passaic Gen. Hosp., 471 A.2d 66-NJ: Appellate Div. (1984).
- [2] American States Insurance Company v. Williams, 278 NE 2d 295 - Ind: Court of Appeals, 3rd Dist. (1972).
- [3] Amwest Surety Insurance Company v. Cardenas, Dist. Court, ND Texas (2013).
- [4] Aubtin, Yann, Portwood, Tim. (2001). "Les clauses réciproques d'abandon de recours et de garanties contre les recours des tiers". RDAI/IBLJ. (In french).
- [5] Austro v. Niagara Mohawk Power Corp., 66 NY 2d 674 - NY: Court of Appeals (1985).
- [6] Bae Systems Land & Armaments, LP v. IBIS TEK, LLC, Dist.Court, Minnesota (2016).
- [7] Barb v. Farmers Insurance Exchange, 281 SW 2d 297 - Mo: Supreme Court, 1st Div. (1955).
- [8] Barnhizer, Daniel D. (2006). "Power, inequality and the bargain: the role of bargaining power in law of contract - symposium introduction". Michigan state law review, Vol. 2006:841. (In english).
- [9] Bond Diamond Company v. Wilson, 325 SW2d 63 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1959).
- [10] Booth, Peter J. (N.D.). "Problems with contractual indemnities and how to avoid them". Victorian bar. (In english).
- [11] Buchalter v. Levin, 252 Cal. App. 2d 367 - Cal: Court of Appeal (1967).
- [12] Burlington Northern v. C & NW Transp. CO., 851 SW 2d 28 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1993).
- [13] Burgess Const. Co. v. State, 614 P. 2d 1380 - Alaska: Supreme Court (1980).
- [14] Burns & McDonnell ENG. v. Torson Const., 834 SW 2d 755 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1992).
- [15] Campbell Black, Henry. (1968). Black's Law Dictionary. fourth edition, Saint Paul, West Publishing Co. (In english).
- [16] Canada Steamship Lines LD., v. The King [1952] A.C. 192.
- [17] Chitty, Joseph. (2012). Chitty on contracts. Vol. 1, thirty-first edition, Sweet & Maxwell, London. (In english).
- [18] Cincinnati Ins. Co. v. Quorum management Corp., 186 F.Supp.3d 1307 - Dist.Court, MD Florida (2016).
- [19] Cohen v. Five Brooks Stable, 72 Cal. Rptr.3d471 - Cal: Court of Appeal, 1st Appellate Dist., 2nd Div. (2008).
- [20] Cortes v. Town of Brookhaven, 78 AD 3d 642 - NY: Appellate Div., 2nd Dept. (2010).
- [21] Cour de cassation, Chambre civile 2, 29 mars 1962, N° 360.
- [22] Cour de cassation, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275.
- [23] Courtney Wayne. (2014). Contractual indemnities. Oxford, Hart Publishing. (In english).

- [24] Crawford v. Weather Shield Mfg., Inc., 187 P. 3d 424 - Cal: Supreme Court (2008).
- [25] CRS Auto Parts, Inc. v. National grange mutual insurance company, Dist. Court, ED Pennsylvania (2008).
- [26] Davis v. Commissioner for Main Roads, 117 CLR 529 (1967).
- [27] Dayes, Trey. (1996). "Drafting a limited liability clause that will pass the scrutiny of the Utah courts". BYU journal of public law, Vol. 10. (In english).
- [28] Denny's Inc. v. Avesta Enterprises, Ltd., 884 SW 2d 281 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1994).
- [29] Devlin, Cathleen M. (1984). "Indemnity and exculpation: Circle of confusion in the courts", Emroy law journal, Vol. 33. (In english).
- [30] Duggan Vraa, Paula, Sitektt, Steven M. (2006). "Public policy consideration for exculpatory and indemnification clause: Yang v. Voyagaire houseboats Inc.". William Mitchell law review, Vol. 32:4. (In english).
- [31] Esmein, Paul. (1926). Les clauses de non responsabilité, Revue trimestrielle de droit civil. (In french).
- [32] Evans, Michael J. (1980). "Exculpation and indemnification agreements in Alabama". Cumberland law review, Vol. 11:183. (In english).
- [33] Farstad v. Enviroco [2010] UKSC18.
- [34] Financial Casulaty & Surety, Inc. v. Zouvelos, Dist.Court, ED New York (2017).
- [35] Firma C-Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Association (The Fanti) 2A.C.1 (1991).
- [36] Fontaine, Marcel. (1985). "Les clauses limitative et exonératoires de responsabilité et de garantie dans les contrats internationaux". R.D.A.I./I.B.L.J. (In french).
- [37] Fontaine, Marcel. (2013). "Assurance par un non-assureur - clauses de prise en charge de risques, conventions de garantie et contrat d'assurance". Revue générale de droit civil belge, Vol. 27, No.10. (In french).
- [38] Forarbeider, Svenske. (2008). Indemnity and Hold harmless clause, Department of private law, Faculty of law, University of Oslo. (In english).
- [39] Garner Brayan A. (2011). "Indemnify". 15 Green bag 2D. (In english).
- [40] Gerald T., Wetherington. (1980) "Tort indemnity in Florida", Florida state university law review, Vol. 8. (In english).
- [41] Gillespie Bros & Co Ltd v Roy Bowles Transport Ltd [1973].
- [42] Goldman v. Ecco-Phoenix Elec. Corp., 62 Cal. 2d 40 - Cal: Supreme Court (1964).
- [43] Gosdin, James L. (2007). Title insurance: A comparehensive overview, third edition, Chicago, Section of real peoperty, probate and trust law. (In english).
- [44] Great American Insurance Company of New York v. International Custom Products, Inc., Dist. Court, WD Pennsylvania (2011).
- [45] Greenwich Millennium Village Ltd v Essex Services Group plc and others

- [2014] EWCA Civ 960
- [46] Gray JR, James C., Catt, Lisa D. (1990). "The law of indemnity in South Carolina", South Carolina law review, Vol. 41. (In english).
- [47] Gribaldo, Jacobs, Jones v. Agrippina Versicherungen, 476 P.2d 406 - Cal:Supreme Court (1970).
- [48] Hal O., Carroll, Vandever, Garzia. (2009). "A table of two statutes", The Journal of insurance and indemnity law, Vol. 2, No. 4. (In english).
- [49] Hamblin v. Lamont, 433 SW 3d 51 - Tex: Court of Appeals, 4th Dist. (2013).
- [50] Harrington Robert E. (1986). "Alaska's public duty exception: Restraints upon the right to contractual indemnity". Alaska law review, Vol. 3:331. (In english).
- [51] Hartley, Trevor C. (1976). The law of suretyship and indemnity in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ireland, Commission of the European communities. (In english).
- [52] Hawkins ex rel. Hawkins v. Peart, 37 P. 3d 1062 - Utah: Supreme Court (2001).
- [53] Henthorne v. Legacy Healthcare, Inc., 764 NE 2d 751 - Ind: Court of Appeals (2002).
- [54] Howell v. River Products Co., 379 NW 2d 919 - Iowa: Supreme Court (1986).
- [55] In re Joan and David Halpern Inc., 248 BR 43 - Bankr. Court, SD New York (2000).
- [56] Izanloo, Mohsen. (2004). Clauses limiting or excluding liability in contracts. Fourth edition. Tehran, Enteshar Publication Co. (In persian).
- [57] Judgment No. 14/452/92 dated 24/09/2013 issued by Chamber 14 of Supreme Court of Iran.
- [58] Judgment No. 22.57 dated 22/04/1983 issued by Chamber 22 of Supreme Court of Iran.
- [59] Judgment No. 9309970925300893 dated 03/08/2014 issued by Chamber 4 of Province KH. Appeal Court as confirmed by Chamber 38 of Supreme Court of Iran.
- [60] Judgment No. 9109970222301515 dated 05/02/2013 issued by Chamber 23 Tehran Appeal Court.
- [61] Judgment No. 9209970221001554 dated 02/02/2014 issued by Chamber 10 Tehran Appeal Court.
- [62] Judgment No. 9309970221601356 dated 15/01/2015 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court.
- [63] Judgment No. 9209972109200646 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court.
- [64] Judgment No. 29/9/91-648 dated 19/12/2012 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court.
- [65] Judgment No. 5/6/90-0413 dated 27/08/2017 issued by Chamber 213 Tehran Public Civil Court.

- [66] Judgment No. 930-236 dated 11/06/2014 issued by Chamber 216 Tehran Public Civil Court.
- [67] Judgment No. 9109970229000953 dated 20/11/2012 issued by Chamber 30 Tehran Public Civil Court.
- [68] Judgment No. 9109970213600116 issued by Chamber 185 Tehran Public Civil Court.
- [69] Judgment No. 9109970223701410 dated 16/02/2013 issued by Chamber 37 Tehran Appeal Court.
- [70] Judgment No. 9209970221200221 dated 20/05/2013 issued by Chamber 12 Tehran Appeal Court.
- [71] Judgment No. 9309970270400010 dated 08/04/2014 issued by Chamber 59 Tehran Appeal Court.
- [72] Judgment No. 9109970221501683 dated 17/03/2013 issued by Chamber 15 Tehran Appeal Court.
- [73] Judgment No. 793 dated 18/06/2011 issued by Chamber 116 Tehran Public Civil Court.
- [74] Judgment No. 9209972214100372 issued by Chamber 1 Rood-e Hen Public Civil Court.
- [75] Judgment No. 644 dated 15/01/2013 by issued by Chamber 83 Tehran Public Civil Court.
- [76] John D., Liddle. (1990). "The enforceability of indemnity clauses by negligent parties". Advocates' quarterly. (In english).
- [77] Katouzian, Nasser. (2016). Extra Contractual Obligations – Civil Liability. Vol. 1. Fourteenth edition. University of Tehran Press (UTP). (In persian).
- [78] Katouzian, Nasser. Izanloo, Mohsen. (2018). Extra Contractual Obligations – Civil Liability: Liability Insurance. Ganj Danesh Publication. (In persian).
- [79] Laemthong International Lines Ltd v Artis and Others [2005].
- [80] Leonberger v. Missouri United School Insurance Council, Mo: Court of Appeals, Eastern Dist., 4th Div. (2016).
- [81] Louis F., Eckert, Russell J., McBrearty. (N. D.). "Prohibitions against indemnification agreements purporting to indemnify a party for its own negligence: A 50 state survey". Litchfield Cavo LLP. (In english).
- [82] Majkowski v. American Imaging Management [2006] C.A.No.1797-N.
- [83] Marathon EG Holding Limited v. CMS Enterprises Company (2010).
- [84] Martin K. Eby Constructions Company, Inc. v. Onebeacon Insurance Company, Court of Appeals, 10th Circuit (2014).
- [85] Mary, Anne Roff. (2014). "Risk allocation in major construction projects". Eversheds, 2014.
- [86] McClish v. Niagara Machine & Tool Works, 266 F. Supp. 987 - Dist. Court, SD Indiana (1967).
- [87] Mazeaud, Henry & Mazeaud Leon. (1932). *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, T. 3^e, Éd. 4^e, Paris, Dalloz. (In french).
- [88] McCalla Robert K. (1960). "Third party indemnity", Nebraska law review, Vol. 39.

- [89] Mckeown Meagan. (2015). "Indemnification Agreement for intentional misconduct: Ballancing public policy and freedom to contract in Texas", ST. Marty's law journal, Vol. 46: 345.
- [90] Molavi, Kamy, "A review and update of anti-indemnity statutes", Construction law seminar, 2012. (In english).
- [91] Moore, Marie A., "Indemnification Provision in Leases", Probate & Property, 2008.
- [92] New Life In Christ Full Gospel Church Corporation v. Los Angeles Regional Food Bank, Cal: Court of Appeal, 2nd Appellate Dist., 7th Div. (2012).
- [93] Northwest Airlines v. Hughes Air Corp., 702 P. 2d 1192 - Wash: Supreme Court (1985).
- [94] Oxy USA, Inc. v. Southwestern Energy Prod. Co., 161 SW 3d 277 - Tex: Court of Appeals, 13th Dist. (2005).
- [95] Planters Gin v. Federal Compress, 78 SW 3d 885 - Tenn: Supreme Court (2002).
- [96] Queen Villas Homeowners v. TCB Property Management, 149 Cal.App. 4th 1 (2007).
- [97] Planiol Marcel, Ripert Georges. (1952). *Traité Pratique droit civil français*, T. 6, **deuxième édition**. Paris. Librairie générale de droit et du jurisprudence. (In french).
- [98] Par Electrical Contractors, Inc. v. Blueline Rental LLC, Dist. Court, ED Washington (2017).
- [99] Ramirez v. Penske Truck Leasing Corp., 2017 NY Slip Op 30682 - NY: Supreme Court (2017).
- [100] Reesor v. Norman Yatooma & Associates, PC (2010).
- [101] Reyburn Lawn & Landscape Designers, Inc. v. Plaster Dev. Co., Inc., 255 P. 3d 268 - Nev: Supreme Court (2011).
- [102] Riecken, Gilson S. (2010). "The duty to defend under non-insurance indemnity agreements: Crawford v. Weather shield manufacturing, Inc. and its troubling consequences for design professionals. Santa Clara law review, Vol. 50. (In english).
- [103] Robins Engineering, Inc. v. Cockrell, 354 So. 2d1 - Ala:Supreme Court (1977).
- [104] Roedder Jr., William C. (1981 - 1982). "Contractual indemnity in Alabama". Alabama law review, Vol. 33:31. (In english).
- [105] Rooz v. Kimmel, 55 Cal. App. 4th 573 - Cal: Court of Appeal, 1st Appellate Dist., 3rd Div. (1997).
- [106] San Pedro Properties, Inc. v. Sayre & Toso, Inc., 203 Cal. App. 2d 750 - Cal: Court of Appeal (1962).
- [107] Sartain, J. Charles W., Ballew, Wayne, Salter, Robert. (2013). "Indemnification and exculpation agreements in the oil patch", Loooper Reed & McGraw, P.C. (In english).
- [108] Shine, David. (2005). "Contractual applications of negligence / gross

- negligence standards: considerations under New York law", The M & A lawyer. (In english).
- [109] Simon v. Corbetta construction Co., Inc., 391 F. Supp. 708 - Dist. Court, SD New York (1975).
- [110] Smith v. South Wales Switchgear Co. Ltd., [1978] 1 W.L.R.
- [111] Smith International Inc. v. Egle Group LLC, Court of Appeals, 5th Circuit (2007).
- [112] Snohomish Cty. Public v. Firstgroup America, 271 P. 3d 850 - Wash: Supreme Court (2012).
- [113] Snow, Gordon H. (1958). "Indemnity agreements". Insurance counsel journal, July. (In english).
- [114] Steinmetz Karel E. (1910). "Contracts of guaranty and indemnity and credit insurance". American law review. (In english).
- [115] Sunset-Sternau Food Co. v. Bonzi, 389 P. 2d 133 - Cal: Supreme Court (1964).
- [116] Teter v. Morris, 650 SW 2d 277 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1982).
- [117] Total v. Arcadia, Int. Com. [1997] L. R. 11/18.
- [118] Tubb v. Bartlett, 862 SW 2d 740 - Tex: Court of Appeals, 8th Dist. (1993).
- [119] Tull Bros., Inc. v. Peerless Products, Inc., 953 F. Supp. 2d 1245 - Dist. Court, SD Alabama (2013).
- [120] UDC-Universal Development, LP v. CH2M Hill, 181 Cal. App. 4th 10 - Cal: Court of Appeal, 6th Appellate Dist. (2010).
- [121] Viney, Geneviève, Jourdain, Patrice. (2001). *Traité de droit civil, deuxième édition*, Paris. L.G.D.J, 2001. (In french).
- [122] Weinberg Wheeler. (N. D.). Agreements to indemnify & general liability insurance: A fifty state survey, Hudings Gunn & Dial. (In english).
- [123] Weller v. Eames, 15 Minn. 461,467 (1870).
- Yang v. Voyagaire Houseboats, Inc., 701 NW2d783 - Minn:Supreme Court (2005).

گردش سرمایه در حقوق بین الملل: ارزیابی تحریم سرمایه گذاری خارجی ایران*

سید یاسر ضیایی^۱

دانشیار حقوق بین الملل دانشگاه قم

محمدرضا ملت^۲

دانشجوی دکتری حقوق بین الملل دانشگاه قم

تاریخ پذیرش ۱۳۹۹/۵/۶

تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۹/۱۱

چکیده

جریان آزاد سرمایه در راستای آزادسازی تجارت جهانی مورد توجه اقتصاددانان بوده است. صندوق بین المللی پول، سازمان تجارت جهانی، اتحادیه اروپا، سازمان همکاری اقتصادی و توسعه، گروه بیست، موافقت نامه های تجارت آزاد و معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری خارجی بر این اصل تاکید داشته اند. استثنائاتی نیز بر جریان آزاد سرمایه وارد شده است که باید مضیق و محدود اعمال شود. این محدودیت ها شامل فقدان زیرساخت های اقتصادی، فقدان تراز پرداخت ها، وجود مشکلات مالی خارجی، مغایر بودن با نظم و منافع عمومی جامعه و بحران های اقتصادی و مالی است. مقاله حاضر به دنبال پاسخ به این سؤال است که تحریم سرمایه گذاری خارجی ایران در پرتوی مقررات مربوط به گردش آزاد سرمایه در حقوق بین الملل چگونه تحلیل می شود؟ تحلیل مورد نظر با روش توصیفی-تحلیلی در چهار بخش شامل تحدید و گردش آزاد سرمایه در اقتصاد بین الملل، تحدید و گردش آزاد سرمایه در حقوق بین الملل، سرمایه گذاری خارجی در حقوق بین الملل: از تشویق تا تحریم و ارزیابی تحریم سرمایه گذاری خارجی ایران صورت گرفته است.

* - نوع مقاله پژوهشی و کاربردی

1- yaserziaee@gmail.com

2- mrmellat@yahoo.com

DOI: 10.22067/le.v27i16.84418

در نهایت این نتیجه حاصل گردید که ورود و خروج سرمایه یا ارز به دولت‌ها به نحو ارادی و غیرارادی صورت می‌پذیرد. در این میان تحدید ارادی ورود سرمایه و تحدید ارادی خروج خاص سرمایه می‌تواند مغایر با برخی تعهدات حقوق بین‌الملل باشد. تحدید ارادی خروج سرمایه به یک کشور خاص همان تحریم سرمایه‌گذاری خارجی دولت است که مغایر با برخی تعهدات بین‌المللی است. تحریم سرمایه‌گذاری خارجی ایران با هیچ یک از استثنائات مذکور در اسناد بین‌المللی مطابقت ندارد و نیز مغایر با تعهدات ناشی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی، موافقت‌نامه مودت و برنامه جامع اقدام مشترک (برجام) است.

کلمات کلیدی: تحریم، سرمایه‌گذاری خارجی، گردش آزاد سرمایه، جریان آزاد سرمایه، جمهوری اسلامی ایران.

مقدمه

جهانی شدن اقتصاد از مفاهیمی است که در عصر کنونی فراروی اعضای جامعه بین‌المللی قرار دارد و آثار اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی را در پی داشته است. جهانی شدن اقتصاد هنگامی به منصف ظهور می‌رسد که حدود جغرافیایی و حاکمیت ملی در فعالیت‌های اقتصادی از قبیل تجارت، سرمایه‌گذاری و نقل انتقالات مالی کم‌ترین نقش را داشته باشند. یکی از مؤلفه‌های مهم در جهانی شدن اقتصاد «گردش آزاد سرمایه» است.

جریان آزاد سرمایه تعریف واحدی در اقتصاد بین‌الملل ندارد و سازمان‌های بین‌المللی اقتصادی هم تعریف واضحی را از جریان آزاد سرمایه ارائه نکرده‌اند (Lupo Pasini, 2011, p 4). جریان آزاد سرمایه در دو حوزه بازار سرمایه‌گذاری مستقیم^۱ و سرمایه‌گذاری غیرمستقیم^۲ قابل تصور است. چنانچه تجارت بین‌الملل را واجد چهار ضلع تجارت کالا، تجارت خدمات، تجارت مالکیت فکری و تجارت سرمایه‌گذاری خارجی بدانیم به نظر می‌رسد که کشورها بیشترین آزادسازی را راجع به تجارت کالا و خدمات و مالکیت فکری داشته‌اند. این آزادسازی که در چارچوب سازمان تجارت جهانی اتفاق افتاده است سه معاهده بین‌المللی موافقت‌نامه عمومی تعرفه و

1- investment

2- Portfolio

تجارت (گات)^۱، موافقتنامه عمومی تجارت خدمات (گتس)^۲ و موافقتنامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری (تریپس)^۳ را به خود اختصاص داده است. محدود کردن موافقتنامه جنبه‌های تجارت سرمایه‌گذاری (تریمز)^۴ به اقدامات سرمایه‌گذاری مؤثر بر «تجارت کالا» بیانگر همین واقعیت است که جریان آزاد «سرمایه» فی نفسه یک موضوع مورد اختلاف است.

در طی فرآیند جهانی شدن کشورهای در حال توسعه توجه ویژه‌ای به سرمایه‌های خارجی برای حل مشکلات سرمایه‌ای و تامین منابع مالی خویش دارند. آزادسازی جریان‌های سرمایه، امکان دسترسی به منابع مالی مازاد کشورهای سرمایه‌فرست را به کشورهای سرمایه‌پذیر فراهم می‌آورد. به طور کلی کشورهایی که دارای مازاد نقدینگی هستند در جستجوی فرصت‌هایی برای سرمایه‌گذاری پس‌اندازهایشان هستند. لذا آزادسازی جریان‌های سرمایه این امکان را فراهم می‌آورد که نقدینگی از سمت کشورهای دارای مازاد سرمایه به سمت کشورهای نیازمند سرمایه منتقل شده و بهره‌وری در استفاده از منابع را افزایش داده و موجب رفاه شود. می‌توان گفت افزایش سرمایه‌گذاری خارجی در توسعه پایدار کشورها به ویژه کشورهای در حال توسعه نقش بسزایی دارد. (Vinhas de Souza, 2004, p 4)

در مقابل، گردش آزاد سرمایه می‌تواند مشکلاتی را برای کشورها ایجاد نماید. این روند می‌تواند به افزایش وابستگی اقتصادی کشورها منجر شود که مغایر با سیاست‌های اقتصاد ملی برخی کشورها تلقی می‌شود. همچنین جریان آزاد سرمایه می‌تواند اقتصادهای فاقد ساختار مناسب را به چالش بکشد و موجب مسائلی از قبیل افزایش نابرابری در توزیع ثروت و تخریب محیط‌زیست گردد. به همین خاطر است که برخی از کشورها با ابزارهای حاکمیتی سعی در کنترل گردش آزاد سرمایه دارند.

یکی از مهمترین موانع گردش آزاد سرمایه، «تحریم سرمایه‌گذاری خارجی» است. تحریم‌های اقتصادی معمولاً به دلیل منفعت اقتصادی صورت نمی‌گیرد و هدف از تحریم اقتصادی و از جمله سرمایه‌گذاری خارجی این است که تا حد امکان به اقتصاد دشمن خسارت آورد (Feldan,

1- General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947) amended in 1994

2- General Agreement on Trade in Services (GATS 1994)

3- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS 1994)

4- Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMS 1994)

Ignatius, 2000: 142). جمهوری اسلامی ایران نیز به ویژه پس از انقلاب اسلامی با تحریم های اقتصادی مواجه بوده است که ممانعت جدی در راه جریان آزاد سرمایه و سرمایه گذاری خارجی در مسیر کشورمان ایجاد نموده است. این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی به دنبال پاسخ به این سوال است که تحریم سرمایه گذاری خارجی ایران در پرتوی مقررات مربوط به گردش آزاد سرمایه در حقوق بین الملل چگونه تحلیل می شود؟ تحلیل مورد نظر در چهار بخش شامل تحدید و گردش آزاد سرمایه در اقتصاد بین الملل، تحدید و گردش آزاد سرمایه در حقوق بین الملل، سرمایه گذاری خارجی در حقوق بین الملل: از تشویق تا تحریم و ارزیابی تحریم سرمایه گذاری خارجی ایران صورت گرفته است.

۱- تحدید و گردش آزاد سرمایه در اقتصاد بین الملل

یکی از ابزارهای شناخت در روابط بین بازیگران بین المللی، رویکرد اقتصاد سیاسی بین الملل است. مطالعه رابطه میان دولت، بازار، اقتصاد و سیاست بین المللی بر عهده نظامی به نام اقتصاد سیاسی بین الملل است که در خود نظریات مختلفی را نهفته دارد (Jackson & Sørensen, 2010: 182). گردش آزاد سرمایه^۱ در مکاتب اصلی اقتصاد بین الملل از این جهت بررسی می گردد تا ریشه های فکری و اعتقادی آن اثبات گردد و در تحلیل جایگاه این مفهوم در حقوق بین الملل نتیجه گیری دقیق تری صورت پذیرد.

روبرت گلیپین^۲ در بیان نظرات اقتصادی بین المللی از سه مکتب بنیادین مرکانتیلیسم، لیبرالیسم و مارکسیستی نام می برد (Mohammadi, 2004: 13). مکتب مرکانتالیسم^۳ واقع گرا یا ملی گرا، از قرن شانزده تا اواخر قرن هجده میلادی بر تفکر و سیاست های اقتصادی حاکم بود. در این مکتب داشتن ثروت انباشته برای داشتن قدرت امری حیاتی تلقی می شد و ذخایر طلا و نقره به عنوان وسیله پرداخت تجارت خارجی نقش اصلی تحقق قدرت را ایفا می کرد. در عرصه داخلی افزایش دخالت دولت موجب تقویت اقتصاد ملی و افزایش درآمدهای ملی می گردد. در عرصه

1- Capital movement, Capital turnover, Capital flow, Financial flow

2- Glipin Robert

3- Mercantilism

بین‌المللی موازنه تجاری دولت عنصر اصلی موازنه قدرت بین‌المللی تلقی می‌گردد و با محدود کردن واردات و تشویق صادرات به ثروت کشور افزوده می‌شود (Mohammadi, 2004: 14). جریان آزاد سرمایه در این مکتب معنا پیدا نمی‌کند زیرا کشورها در این شیوه تنها به جریان یک سویه سرمایه می‌اندیشند و تجارت را رابطه‌ای، با بردی یک طرفه تلقی کرده و طرفدار وضع قوانین در جهت برقراری عوارض گمرکی و موانع تجاری بودند. با این حال علی‌رغم سیاست تحدید واردات در اقتصاد مرکانتالیستی، دولت‌ها منابع کافی برای متوقف کردن قاچاق کالا در اختیار نداشتند. همچنین با تحولاتی همچون انقلاب صنعتی، دیدگاه یک سونگر این مکتب نیاز دولت‌ها را پاسخ نمی‌گفت. دیوید هیوم^۱ عقیده داشت که مرکانتیلیسم ممکن است در کوتاه مدت وضعیت تجاری را بهبود بخشد ولی این امر در دراز مدت به زیان کشور خاتمه می‌یابد (Tafazoli, 2004: 16).

از سال ۱۷۵۸ میلادی در فرانسه مکتبی به نام فیزیوکراسی^۲ ظهور کرد که با مطرح نمودن قانون طبیعی آزادی تجارت در داخل و خارج،^۳ اندیشه‌های مرکانتیلیستی را کنار نهاد (Muller, 1978: 152).

سپس آدام اسمیت^۴ به تاثیر از این مکتب در سال ۱۷۷۶ اقدام به انتشار کتاب مشهور خود تحت عنوان «ثروت ملل» کرد و مکتب کلاسیک را با اندیشه‌های لیبرالیسم اقتصادی و بر اساس فلسفه اصالت فرد در امور اقتصادی بنیان نهاد (Tafazoli, 2004: 29). اسمیت معتقد به تجارت خارجی آزاد بر اساس نظریه اصل تقسیم کار بین‌المللی و مزیت مطلق^۵ بود. به اعتقاد وی سیاست دولت در قبال تجارت بین‌الملل نیز، باید همان سیاستی باشد که در مورد تجارت داخلی اتخاذ می‌شود؛

1- David Hum

2- Physiocracy

۳. آ فیزیوکرات‌ها نظر بر این دارند که اقتصاد نیز مانند طبیعت با توجه به مکانیسم‌هایی که در آن وجود دارد به تعادل می‌رسد و نیازی به دخالت دولت در رسیدن به تعادل ندارد. آزادی عمل (Laisser Faire) و آزادی عبور (Laisser passer) دو شعار اقتصادی و تجاری فیزیوکرات‌ها بود.

4- Adam Smith

۵- مثال مزیت مطلق در کتاب ثروت ملل چنین آمده است: اگر انگلستان می‌تواند کالایی مانند پشم را با هزینه کمتر از فرانسه تولید کند و فرانسه نیز می‌تواند کالایی را مانند نوشیدنی، با هزینه کمتر از انگلستان تولید کند، آنگاه برای هر دو طرف سودآور خواهد بود تا کالایی را که با هزینه کمتری تولید می‌کنند با کالایی که تولیدش هزینه بالاتری برایشان دارد، مبادله کنند.

یعنی اجازه دهیم مبادلات داوطلبانه در بازارهای آزاد و به دور از مداخلات دولتی و با استفاده از دست نامرئی بازار صورت گیرند (Tafazoli, 2004: 35). مکتب لیبرالی آدام اسمیت معتقد است که نبایستی کشورها موانع تجاری را برای ورود و خروج کالاها و خدمات ایجاد کنند تا رفاه کل جهان تأمین گردد. (Saadat, 2014: 7) در نگرش لیبرالیسم اقتصادی جریان آزاد سرمایه به اوج خود می‌رسد. مفاهیم «بازار آزاد» یا «اقتصاد بازار»^۱ محصول همین مکتب است.

ریکاردو^۲ با ادامه راه مکتب لیبرالی مفهوم مزیت نسبی^۳ را در تجارت آزاد وارد کرد و به نوعی نظریه مزیت آدام اسمیت را تکمیل نمود. مکتب لیبرالی تا مدت زیادی به عنوان پایه نظریات تجارت بین‌الملل به‌شمار می‌آمد و با شروع جنگ جهانی اول و پس از آن، با وقوع رکود بزرگ اقتصادی^۴ در دنیا، اساس نظم لیبرالی متزلزل گشت و پایانی بر اقتصاد سرمایه‌داری کلاسیک بود که آدام اسمیت آن را بشارت می‌داد (Eichengreen, 1992: 89).

مکتب مارکسیسم یا سوسیالیسم بر خلاف مکتب لیبرالی، اجتماع‌محور و معتقد به برابری بود (Ghorashi, 1995: 38) بوخارین^۵ از اندیشمندان مارکسیستی بیان می‌دارد که ماهیت نظام سرمایه‌داری توسعه‌طلب موجب می‌شود تا دو طبقه جدید بورژوازی بین‌المللی و پرولتاریای بین‌المللی شکل گیرد و به همین جهت وی مخالفت خود را با جریان آزاد سرمایه ابراز می‌دارد. (Ghanbarlo, 2012: 184)

در مکتب اقتصاد اسلامی نیز اعتقاد بر محدودیت در تجارت وجود داشت. آیت‌الله شهید

1- Free Market, Market economy, Laissez-faire

2- David Ricardo

۳- طبق قانون مزیت نسبی، حتی اگر یک کشور در تولید هر دو کالا نسبت به کشور دیگر کارایی کمتری داشته باشد (یعنی در تولید هیچ کالایی مزیت مطلق نداشته باشد)، هنوز هم پایه‌ای برای تجارت دوجانبه سودآور وجود دارد. کشور اول باید در تولید و صدور کالایی تخصص پیدا کند، که دارای عدم مزیت مطلق کوچکتری است (کالایی که دارای مزیت نسبی است) و کالایی را وارد کند، که عدم مزیت مطلق بزرگتری دارد (کالایی که دارای عدم مزیت نسبی است) (Salvatore, Dominick, 2007: 48).

4- Great Depression

در دوره جنگ‌های جهانی سیاست‌های اقتصادی کشورهای مختلف مانند محدودیت تجارت خارجی، محدودیت معاملات ارزی و غیره باعث ایجاد رکود بزرگ شده بود.

5- Bukharin

محمدباقر صدر ساختمان عمومی اقتصاد اسلامی را متشکل از سه اصل مالکیت، آزادی اقتصادی و عدالت اجتماعی می‌داند (Reza zadeh, 2014: 4). محدودیت‌هایی که بر این نظام وارد شده است به دو دسته محدودیت‌های ذاتی و عینی تقسیم می‌شود. محدودیت ذاتی، محدودیتی است که از روح انسان‌ها سرچشمه می‌گیرد. احکام مربوط به تحریم، ربا، احتکار، اسراف و بهره برداری منابع طبیعی و مکاسب محرمة از این محدودیت‌هاست. محدودیت عینی خارج از وجود انسان و بر اساس نظارت حکومت اسلامی به وجود می‌آید که مبتنی بر مصالح عمومی است. (Namazi & Lashkari, 2013: 234) محدودیت در خروج سرمایه از امت اسلام از جمله محدودیت‌های ذاتی (مانند قاعده نفی سیل) و محدودیت در ورود سرمایه به امت اسلام از محدودیت‌های عینی می‌تواند باشد.

مکتب کینزی که توسط جان مینارد کینز^۱ بنا شده است دخالت دولت در اقتصاد را موجب ایجاد اشتغال و رشد سرمایه‌گذاری یعنی رشد در هر دو بخش بازار کار و بازار سرمایه می‌داند. در این نظریه دخالت دولت باید مکمل نیروهای بازار باشد. کینز در زمینه بین‌المللی، لیبرال‌ها را از این موضوع که چه نوع دخالت بین‌المللی صورت بگیرد به سمت اینکه چه نهادهایی در سطح بین‌الملل باید ایجاد شود، می‌کشاند و به سمت همکاری‌های اقتصادی بین‌المللی سوق می‌دهد. (Mohammadi, 2004: 26). کینز با انتقاد از رویکرد جریان آزاد سرمایه، بیان داشت که «کنترل» حرکت سرمایه، چه به داخل و چه به خارج، باید ویژگی دائمی اقتصاد پس از جنگ باشد. (Tab, 2004: 182)

پس از مکتب کینزی نئوکلاسیک‌ها نظریات اقتصادی را راهبری کردند که در آن بر آزادی جریان اقتصاد و سرمایه تاکید داشتند (رزمی، ۱۳۸۳، ص. ۲۰۰). یکی از عمده‌ترین متفکران این گرایش میلتون فریدمن^۲ استدلال می‌کرد که ایجاد ثبات تبادل ارزی در نظام اقتصادی بین‌المللی خطاست و نظام خودتنظیمی خروجی بهتری را نسبت به دخالت سیاسی در بازار فراهم می‌سازد. (Crane & Amawi, 2011: 39) در واقع در این مکتب پیش‌بینی می‌شود که جریان سرمایه خودبه‌خود به سمت کشورهای در حال توسعه جریان یابد (Marwa, 2014: 84).

1- John Maynard Keynes

2- Milton Friedman

یکی از مهمترین و تاثیرگذارترین نظریات در مورد تاثیر ورود سرمایه، نظریه «سه گانه ناممکن»^۱ است که در دهه ۱۹۶۰ میلادی توسط «رابرت ماندل» و «مارکوس فلمینگ» مطرح شد و یکی از دلایل اصلی اعطای جایزه نوبل اقتصاد به ماندل در سال ۱۹۹۹ بود. ماندل و فلمینگ معتقد بودند، هیچ کشوری نمی تواند همزمان ورود و یا خروج سرمایه را آزاد بگذارد و هم نرخ تسعیر (نرخ برابری ارز یا قدرت پول ملی) را ثابت نگه دارد. بر اساس این نظریه، کشورها می بایست یکی از این سیاست ها را قربانی دوتای دیگر کنند و اتخاذ هر سه سیاست در یک زمان امکان پذیر نیست.

امروزه در عرصه بین المللی علی رغم پذیرش نگرش بازار آزاد تلاش شده است با ایجاد سازمان های بین المللی نسبت به نظارت بر اقتصاد بین المللی اقدام شود. لذا می توان گفت که امروزه رویکرد حاکم بر اقتصاد بین الملل همان تجارت بازار آزاد همراه با نظارت و مداخله سازمان های بین المللی است که آن را شبیه مدل اقتصاد کینزی در عرصه بین المللی می سازد. در این حالت گردش آزاد سرمایه با محدودیت هایی مواجه خواهد بود.

۲- تحدید و گردش آزاد سرمایه در حقوق بین الملل

در عرصه حقوق بین الملل می توان حداقل دو دوره زمانی برای جریان آزاد سرمایه می توان متصور بود. دوره اول، دوره حاکمیت دولت ها که با الهام از مفهوم وستفالایی حاکمیت، محدودیت بر گردش آزاد سرمایه را تجویز می کند که نمود این مرحله را می توان در بازه زمانی دو جنگ جهانی مشاهده کرد. دیوان دائمی بین المللی دادگستری نیز حق حاکمیت دولت ها در تنظیم نظام پولی^۲ را یک اصل کلی می داند.^۳ در دوره دوم، بعد از جنگ جهانی دوم تصمیم دول متفق برای اصلاح نظام اقتصاد بین الملل تلاش نمودند. بر این اساس سه سازمان بین المللی یعنی صندوق بین المللی پول، بانک ترمیم و توسعه و سازمان تجارت جهانی به ترتیب برای تنظیم فعالیت

1- Impossible Trinity

2- Currency

3- Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (Serbia. v. France), Judgment, 1929 P.C.I.J. (Ser. A) No. 20, p. 44.

اقتصادی پولی،^۱ فعالیت اقتصادی مالی^۲ و فعالیت اقتصادی تجاری^۳ تشکیل گردیدند که از آن به نظام اقتصادی برتون وودز^۴ یاد می‌شود. تجارت بین الملل در معنای اعم خود نیز شامل تجارت کالا، تجارت خدمات، تجارت مالکیت فکری و تجارت سرمایه‌گذاری خارجی می‌شود که چهار سند بین‌المللی برای هر یک تنظیم گردید.

سیاست‌های مربوط به ورود و خروج سرمایه هم زمان واجد ویژگی پولی، مالی و تجاری است. به عبارت دیگر ورود سرمایه خارجی به افزایش ارز بین‌المللی می‌انجامد (اثر پولی) و همچنین معمولاً در توسعه کشور میزبان تأثیرگذار است (اثر مالی) و همزمان می‌تواند تجارت کالا و خدمات را به دنبال داشته باشد (اثر تجاری). به همین دلیل تنظیم مقررات مربوط به گردش سرمایه مورد توجه هر سه دسته ترتیبات بین‌المللی و منطقه‌ای در حوزه پولی و مالی و تجاری بوده است.

۲-۱- رویکرد سازمان‌های بین‌المللی اقتصادی

عضویت کشورها در نهادهای بین‌المللی اقتصادی و تأثیر آن بر روابط اقتصادی آن با سایر کشورها و در واقع بهره‌مند شدن سایر کشورها از این عضویت نکته مهمی است که باید در جریان آزاد سرمایه در نظر گرفته شود. سازمان‌های بین‌المللی اقتصادی اعم از نهادهای پولی، مالی و تجاری نقش مهمی را در جریان آزاد سرمایه ایفا می‌نمایند که از مهم‌ترین آن‌ها صندوق بین‌المللی پول، بانک جهانی، سازمان تجارت جهانی، اتحادیه اروپا و سازمان همکاری اقتصادی و توسعه را می‌توان نام برد.

۲-۱-۱- صندوق بین‌المللی پول

از اهداف اصلی کنفرانس برتون وودز پایان یکجانبه‌گرایی بود و در سال ۱۹۴۴ طرح اولیه تأسیس صندوق بین‌المللی پول مطرح شد. هدف اصلی تشکیل این صندوق علاوه بر مسئولیت

1- Monetary

2- Financial

3- Trade

4- Bretton Woods

تنظیم نظام پولی جهان، تسهیل روابط مالی کشورها، ارتقای میزان همکاری مالی، جلوگیری از فقر، کمک به رشد اقتصادی و بازار کار در سطح بین‌المللی و ایجاد تسهیلات مالی برای کشورهایی که خواستار تنظیم تراز پرداخت‌شان می‌باشد، بود. طبق بند دوم ماده ۸ موافقت‌نامه صندوق، هیچ عضوی نمی‌تواند بدون اجازه صندوق بین‌المللی پول بر مبادلات و پرداخت‌های بین‌المللی مانعی ایجاد نماید. (Article VIII (2) (a) of the IMF Articles of Agreement)

صندوق تلاش‌های بسیاری را در ایجاد سیاست‌های سرمایه‌ای در میان اعضای خویش نموده است، لیکن سیاست‌ها و حوزه صلاحیتی صندوق در تعیین سیاست‌های سرمایه برای اعضا نامشخص بود. تا اینکه در سال ۲۰۱۱ کمیته صندوق بین‌المللی پول فعالیت خود را در این زمینه آغاز کرد و در سال ۲۰۱۲ میلادی گزارشی^۱ را در خصوص جریان آزاد سرمایه و کنترل آن جهت توصیه به اعضای خویش پیشنهاد نمود. (Feibelman, 2015: 414)

در قسمت ابتدایی این گزارش به مزایای جریان‌های آزاد سرمایه اشاره می‌گردد. از آن جمله می‌توان به شفافیت و رقابتی کردن اقتصاد داخلی و جهانی اشاره کرد. در کنار این امر، با جریان‌های آزاد سرمایه، انتقال تکنولوژی و سرمایه‌گذاری خارجی با سهولت بیشتری اتفاق می‌افتد. نمونه بارز رابطه مستقیم جریان سرمایه و رشد و را می‌توان در سرمایه‌گذاری خارجی و تامین‌های مالی غیراستقراری مشاهده نمود (IMF, 2012: 10). از نظر صندوق میزان اثرگذاری جریان آزاد سرمایه منوط است به وجود «زیرساخت‌های پیشرفته» مالی، تجاری و نظارتی و اگر چنین مجموعه‌ای در کشوری یافت نشود، وجود جریان سرمایه یک آفت بزرگ خواهد بود. علاوه بر وجود زیرساخت‌های داخلی مساعد، بایستی یک همبستگی مالی، بانکی و تجاری میان کشورها در عرصه بین‌المللی وجود داشته باشد تا جریان آزاد سرمایه شکل گیرد.

در توصیه صندوق بین‌المللی پول به کشورها جهت ایجاد جریان آزاد سرمایه سه مرحله ضروری است. ابتدا آزادسازی ورود جریان سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی به داخل کشور، دوم آزادسازی شرایط جهت جریان سرمایه‌گذاری به خارج از کشور و سوم تسهیل جریان‌های کوتاه مدت سرمایه‌گذاری (Ibid). صندوق بین‌المللی پول در گزارش فوق‌الذکر، در کنار تاکید بر

1- institutional view

جریان آزاد سرمایه از «سیاست‌های احتیاطی» نیز در مراقبت کردن و محدود نمودن جریان آزاد سرمایه نام می‌برد ولی از نظر صندوق این اقدامات نباید از جنبه استثنایی و محدود بودن خارج گردند.

در گزارش صندوق راجع به گردش سرمایه از سال‌های ۱۹۹۴ تا ۲۰۰۴ آمده است که صندوق بعد از بحران اقتصادی دهه ۱۹۹۰ با موضوع گردش آزاد سرمایه محتاطانه برخورد کرده است و در شرایطی کنترل گردش سرمایه را -هرچند به طور موقت و به عنوان راه حل ثانوی^۱- جایز دانسته است.^۲ همچنین صندوق در بحران‌های ایسلند، اروپای مرکزی و شرقی و همین‌طور قبرس از سیاست‌های کنترل خروج سرمایه حمایت نمود (Feibelman, 2015: 435).

۲-۱-۲- سازمان تجارت جهانی

تلاش ناموفق برای تأسیس سازمان تجارت بین‌الملل^۳ بعد از جنگ جهانی دوم منجر به تأسیس گات در ۱۹۴۷ شد. در پایان هشتمین دور مذاکرات در اروگوئه در سال ۱۹۹۴ اعضای این نهاد با امضای موافقت‌نامه‌ای در مراکش با تشکیل سازمان جهانی تجارتی موافقت کردند و این سازمان از ۱۹۹۵ کار خود را آغاز کرد (Barton, et al., 2008: 45).

اساساً در نظام سازمان جهانی تجارت، «واردات خارجی» آزادسازی می‌شود و نه صادرات. گات بر حذف موانع تجارت با روش‌های مختلف تعرفه و محدودیت مقداری و ... برای واردات تأکید می‌کند. با این حال موافقت‌نامه جنبه‌های تجارت سرمایه‌گذاری (تریمز) با رویکردی جامع‌تر در «لیست تدابیر نامشروع» به این معاهده، در ذکر مصادیق «محدودیت‌های مقداری»، این موارد را ممنوع کرده است: محدودیت واردات محصولات مورد نیاز برای تولید شرکت خارجی به طور کلی و یا به میزان مقدار یا ارزش تولید محصول در داخل، محدودیت واردات محصولات مورد

1- second-best instrument

2- Fund's Independent Evaluation Office, The IMF's Approach to Capital Account liberalization, IEO Evaluation Report, "assessed the level of IMF support for capital account liberalization and capital controls in the wake of the financial crises in the 1990s", 2005.

3-ITO

نیاز شرکت خارجی از طریق محدودیت در دسترسی به ارزهای خارجی به میزان واردات ارزی^۱ شرکت خارجی، محدودیت در صادرات یا فروش با هدف صادرات از سوی شرکت خارجی به میزان مقدار یا ارزش محصولات یا متناسب با مقدار یا ارزش تولید داخلی (ماده ۲ ضمیمه ترمیز). به عبارت دیگر هرگونه ورود یا خروج سرمایه نقدی و غیرنقدی در فعالیت شرکت خارجی از سوی دولت میزبان سرمایه (سرمایه پذیر) باید آزاد باشد.

گتس نیز به مفهوم جریان آزاد سرمایه اشاره می کند (Lupo Pasini, 2012: 13). صدر ماده ۱۱ گتس بیان می دارد که اعضای سازمان تجارت جهانی نباید محدودیتی را در جریان آزاد حواله ها و پرداخت های بین المللی^۲ انجام دهند و محدودیت ها جز در عوارض گمرکی و مالیاتی و در حدود استثنائات ماده ۱۲ و یا درخواست صندوق بین المللی پول نمی توانند بر جریان مبادلات مانعی ایجاد نمایند. طبق صدر ماده ۱۲ در صورت وجود دشواری های جدی در تراز پرداخت ها و مشکلات مالی خارجی یا خطر بروز آن ها یک عضو می تواند محدودیت هایی را در مورد تجارت خدمات برقرار کند. این محدودیت در جهت حفظ اقتصاد داخلی کشورها است که بایستی بی تبعیض اعمال شود.

علاوه بر چهار سند اصلی این سازمان، تعهدات دیگری از معاهدات دیگر این سازمان راجع به تحدید یا جریان سرمایه وجود دارد. به طور مثال طبق فحوای کلی موافقتنامه اجرای ماده ۶ موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت ۱۹۹۴ (موافقتنامه ضدبازار شکنی)^۳ هرگونه جریان خروج سرمایه با هدف کاهش ارزش پول ملی و به تبع آن تصاحب بازار صادرات منجر به بازار شکنی شده و ممنوع خواهد بود.

اعضای سازمان تجارت جهانی در صورتی که عضو صندوق بین المللی پول نیز باشند ممکن است ملزم به پذیرش تعهدات مضاعف در جریان آزاد سرمایه باشند (Pabian, 2015: 13). در سازمان تجارت جهانی ایجاد هرگونه محدودیت مجاز بایستی با مشورت «کمیته سازمان تجارت

1- foreign exchange inflows

2- international transfers and payments

3- Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994

جهانی برای تعادل محدودیت‌های پرداخت^۱ باشد. این کمیته قواعد صندوق بین‌المللی پول را رعایت می‌نماید.^۲

۲-۱-۳- اتحادیه اروپا

اتحادیه اروپا یک سازمان بین‌المللی سیاسی و اقتصادی است (About the EU, 2019). گردش آزاد سرمایه در کنار سه آزادی دیگر در اتحادیه اروپا (آزادی کالا، اشخاص و خدمات) از عناصر حیاتی این سازمان است. اتحادیه اروپا در تحقق آزادی گردش سرمایه دستورالعمل ۸۸/۳۶۱ را در سال ۱۹۸۹ تصویب نمود. ذیل این دستورالعمل تمامی اعضا بایستی تمام محدودیت‌های پیش روی جریان سرمایه را نسبت به تمام اشخاص حقوقی و حقیقی ساکن در جغرافیای اتحادیه اروپا را از ابتدای دهه ۱۹۹۰ حذف نمایند (Directive 88/361, 1989:7).

در معاهداتی که پس از این در اتحادیه اروپا مدون شد علاوه بر تاکید بر جریان آزاد سرمایه، دامنه آن نیز گسترده‌تر شد. ماده ۶۳ معاهده عملکرد اتحادیه^۳ بیان می‌دارد که همه محدودیت‌های جریان آزاد سرمایه میان دولت‌های عضو با یکدیگر و دولت‌های عضو با دولت‌های ثالث بایستی حذف گردد (TFEU, Art 63). البته در ماده ۶۶ معاهده مذکور به دولت‌های عضو اجازه داده شده است که به صورت استثنایی و موقتی (به مدت شش ماه) اقدام‌های محدودیت‌ساز را نسبت به دولت‌های ثالث غیرعضو اتحادیه اعمال نمایند با این شرط که اقدام‌های محدودکننده تنها زمانی می‌تواند اعمال گردد که جریان سرمایه به کشور ثالث یا از کشور ثالث موجب اختلال در فعالیت‌های اقتصادی و مالی اتحادیه اروپا نگردد. ماده ۶۵ معاهده عملکرد در خصوص محدودیت در گردش آزاد سرمایه علیه اعضای اتحادیه بیان می‌دارد که تنها در دو صورت امکان اعمال آن

1- WTO Committee on balance of payments restrictions

۲ - البته در قضیه محدودیت‌های مقداری بر واردات محصولات کشاورزی، منسوجات و صنعتی، رکن حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی تاکید می‌نماید که علاوه بر کمیته مذکور، هیئت حل و فصل اختلافات هم صلاحیت بررسی این محدودیت‌ها را دارد

Appellate Body Report, India - Quantitative Restrictions on Import Agricultural, Textile and Industrial Products, p153, AB- 1999.

3- Treaty on the Functioning of the European Union, signed on 13 December 2007

هست: یکی در مواردی که گردش آزاد سرمایه «حقوق مالیاتی اعضا» را نقض نماید و دیگری نیز هنگامی که گردش آزاد سرمایه مغایر «نظم و منافع عمومی داخلی» اعضا باشد. دیوان دادگستری اروپا نیز در آرای مختلفی اعمال محدودیت بر جریان آزاد سرمایه را پذیرفته است مشروط بر اینکه محدود، مضیق و در چارچوب استثنائات فوق اعمال گردد.^۱

اتحادیه در جدیدترین اقدام خود در راستای جریان آزاد سرمایه در سال ۲۰۱۵ میلادی اتحادیه بازار سرمایه^۲ را تاسیس نمود که بر این اساس تا سال ۲۰۱۹ میلادی بازار واحد سرمایه و سرمایه‌گذاری در قاره سبز تشکیل شود و موانعی را که در اروپا برای سرمایه‌گذاری وجود دارد از سر راه بردار می‌دارد. کمیسیون اروپا و دولت‌های عضو بدین منظور در حال کار بر روی حذف موانع پیش روی سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشند و گروه کارشناسی نیز مبادرت به بررسی موانع جریان آزاد سرمایه و سرمایه‌گذاری در هر کشور عضو است که اولین گزارش این گروه در مارس ۲۰۱۷ منتشر شد (Fact Sheets on the European Union. Free Movement of Capital, 2018: 1). این اعتقاد وجود دارد که طبق مواد ۵۷ و ۵۹ و ۶۰ کمیسیون اروپایی، جریان آزاد سرمایه در اتحادیه اروپا تبدیل به یک تعهد عام الشمول^۳ شده است (Hindelang, 2009: 30)

۲-۱-۴ سازمان همکاری اقتصادی و توسعه

سازمان همکاری اقتصادی و توسعه مجموعه قواعد آزادسازی جریان سرمایه^۴ را به تصویب رسانید که در آن از کشورهای عضو می‌خواهد که موانع بر سر جریان آزاد سرمایه را حذف کنند. این مقررات برای هر ۳۵ عضو سازمان الزامی است و از سال ۲۰۱۲ کشورهای غیرعضو هم می‌توانند به این سند بپیوندند. در سال ۲۰۱۶ نیز لایحه وظایف^۵ توسط سازمان مورد تصویب قرار

1- (ECJ, C-367/98, C-483/99 and C-503/99).

2- Union Capital Market

3- *erga omnes*

4- OECD Code of Liberalisation of Capital Movements

5- Term of Reference

لایحه وظایف یک ارگان عبارت است از مجموعه دستورات و قوانینی که مسئولیت ما و وظیفه‌های یک ارگان یا یک هیات در آن بیان می‌شود

گرفت که مجموعه قواعد آزادسازی جریان سرمایه توسط هیئت مشورتی^۱ مورد بررسی قرار گرفت تا موجبات تقویت و انسجام و پیوستگی اعضا در اجرای این سند فراهم آید (Review of the OECD Code of Liberalisation of Capital Movements, 2018). طبق ماده ۱ و ۲ این مجموعه قواعد، دولت‌های عضو بایستی میان یکدیگر موانع بر سر راه جریان آزاد سرمایه را حذف نمایند. در ماده ۷ این قواعد به صورت استثنایی به کشورهای عضو اجازه می‌دهد تا اعضا موقتاً تعهدات خود را در زمان بحران‌های اقتصادی و مالی به تعویق بیاورند؛ البته مشروط بر اینکه این تخطی از اصل به صورت غیر تبعیض‌آمیز باشد و قبل از اعمال آن به سازمان اعلام گردد.^۲

۲-۲- رویکرد معاهدات بین‌المللی اقتصادی

در کنار سازمان‌های بین‌المللی که بازیگران بزرگ اقتصادی در آن عضویت دارند و اصل جریان آزاد سرمایه در آن‌ها مورد تاکید است، تعهدات قراردادی همچون موافقت‌نامه تجارت آزاد و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی نیز باید به عنوان قسمت مهمی از نظام جریان سرمایه دنیا باید مورد مذاقه قرار بگیرد.

۲-۲-۱- موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد

گردش آزاد سرمایه از ارکان مهم موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد تلقی می‌گردد و دولت‌ها

1- Advisory Task Force on the OECD Codes (ATFC)

۲- علاوه بر سازمان‌های مذکور، گروه ۲۰ شامل کشورهای آرژانتین، استرالیا، برزیل، کانادا، چین، فرانسه، آلمان، هند، اندونزی، ایتالیا، ژاپن، مکزیک، روسیه، عربستان سعودی، آفریقای جنوبی، کره جنوبی، ترکیه، بریتانیا و ایالات متحده آمریکا در اجلاس سال ۲۰۱۱ در فرانسه بیانیه غیرالزام‌آوری در خصوص گردش سرمایه صادر نمودند. (G20 Coherent Conclusions for the Management of Capital Flows Drawing on Country Experiences, 2018). در این بیانیه علی‌رغم تاکید بر گردش آزاد سرمایه، تمرکز اصلی بر اقدامات احتیاطی و کنترلی گذارده می‌شود. در بند پایانی این بیانیه بر عدم وجود تعهد حقوقی مبنی بر ایجاد جریان آزاد سرمایه تاکید می‌کند، لیکن بدین مهم اشاره می‌نماید که گردش آزاد سرمایه در صورت مدیریت مخاطرات آن، منافع زیادی را برای هر کشوری فراهم می‌آورد. (Ibid, para 11) در توصیه گروه ۲۰ آمده است که اقدامات کنترلی نباید موجب اختلال در زیرساخت‌ها و مقررات ضروری اقتصاد کشورها گردد.

برای رسیدن به این هدف دست به انعقاد موافقت نامه های تجارت آزاد می زنند.^۱ این یک امر طبیعی است که استفاده از ابزارهای محدود کننده جریان آزاد سرمایه در موافقت نامه های مذکور امری استثنایی تلقی گردد (Leckow, 1999: 515). به عنوان مثال هدف نفتا از بین بردن تدریجی محدودیت های تجارت و سرمایه گذاری بین سه کشور آمریکا، کانادا و مکزیک بوده است و در این مسیر ایجاد ابزارهای محدودیت ساز جریان آزاد سرمایه امری غیرمعقول به نظر می رسد. در مواد ۱۲۰۲ و ۲۱۰۴ دولت ها به صورتی استثنایی و ضروری و در جایی که نظام پرداخت کشورها با سختی مواجه می شود و یا در موارد امنیت ملی، می توانند از ابزارهای محدود کننده جریان سرمایه استفاده نمایند. نکته قابل توجه در جریان آزاد سرمایه میان موافقت نامه های تجارت آزاد این است که میزان آزادسازی جریان سرمایه در این نظام ها مساوی نیست. به طور مثال این آزادسازی در موافقت نامه های تجارت آزاد کانادا، اروپا و ژاپن به مراتب کمتر از موافقت نامه هایی است که ایالات متحده با سایر کشورها منعقد می نماید (Pasini, 2011: 17). این تفاوت در موافقت نامه های مربوط به یک کشور نیز دیده می شود. به عنوان مثال در موافقت نامه تجارت آزاد کانادا با کشور هندوراس شاهد اشاره به آزادی جریان سرمایه نیستیم، ولی در موافقت نامه کانادا با اتحادیه اروپا توجه بیشتری به جریان آزاد سرمایه شده است (EFTA)^۲ Art.12). در موافقت نامه های ایالات متحده کمتر موردی یافت می شود که جریان آزاد سرمایه مورد تاکید نباشد به عنوان مثال می توان به موافقت نامه تجارت آزاد ایالات متحده با کشورهای آمریکای مرکزی اشاره کرد که به آزادی جریان سرمایه به عنوان اهداف اصلی این موافقت نامه تاکید دارد. (CAFTA-DR, Art. 1.2)

۲-۲-۲- معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری خارجی

معاهدات سرمایه گذاری خارجی اگرچه حوزه محدودتری از موافقت نامه های تجارت آزاد را پوشش می دهند، همانند این موافقت نامه ها دایر بر جریان آزاد سرمایه می باشد و تشویق سرمایه گذار

۱- طبق گزارش سال ۲۰۱۱ سازمان تجارت جهانی همه کشورهای عضو این سازمان (به جز مغولستان) حداقل در یک موافقت نامه تجارت آزاد عضو بوده اند.

2- Canada - European Free Trade Association.

خارجی از طریق حداقلی کردن محدودیت‌ها و ایجاد جذابیت‌های سرمایه‌گذاری صورت می‌گیرد. (Leckow, 1999: 515). بسته به نوع تعریف سرمایه در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی نوع حمایت از جریان آزاد سرمایه متفاوت است. در مواردی که سرمایه غیرفیزیکی است و بازار سرمایه هدف سرمایه‌گذاری است، استانداردها و شروطی همچون شرط عدم تبعیض، شرط کامله الوداد و شرط رفتار منصفانه استفاده می‌گردد. اگر سرمایه فیزیکی مطرح باشد شرط انتقال آزاد^۱ در کنار شروط قبلی مورد استفاده قرار می‌گیرد. (Pasini, 2011: 18). طبق این شرط دولت میزبان باید بدون تأخیر شرایط انتقال سرمایه‌گذاری را اجازه دهد. به عبارت دیگر با این شرط، هرگونه محدودیت در جمع‌آوری و بازگرداندن سرمایه ناشی از سرمایه‌گذار خارجی را ممنوع می‌نماید (Pabian, 2015: 12) با مذاقه در اکثر ۳۰۰۰ معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی می‌توان شرط انتقال آزاد را با عناوین دیگر ولی با ماهیت یکسان مشاهده نمود (Ghodoosi, 2014: 287). در مراجع داوری نیز بر این شرط صحه گذاشته‌اند و برای نمونه می‌توان به داوری آرژانتین و شرکت متالپار اشاره نمود.^۲ ایکسید در قضیه اخیر معتقد است که شرط انتقال آزاد نافی ایجاد محدودیت‌هایی برای اجرای آن نیست.^۳ در برخی موارد شرط انتقال

1- Free transfer clauses

۲- در این قضیه دو شرکت شیلیایی علیه دولت آرژانتین دعوایی را در ایکسید مطرح کردند که در آن علیه تصمیمات محدودساز آرژانتین شکایت صورت گرفت. خواهان‌ها معتقد بودند که مقررات آرژانتین آنها را از انتقال ارز ناشی از درآمد به خارج ممنوع ساخته است و همچنین استثنائی را برای سرمایه‌گذاران خارجی جهت پرداخت هزینه در معاملات خارجی (مثلاً از طریق کارت‌های اعتباری بین‌المللی) نپذیرفته است. در مقابل آرژانتین معتقد است که اخذ مجوز بانک مرکزی برای این اقدامات صرفاً در زمان بحران مالی این کشور اعمال شده است. همچنین شرط انتقال آزاد که در معاهده دوجانبه آمده است نافی روندهایی برای اجرای آن نیست. در نهایت دیوان داوری نظر اخیر آرژانتین را در این مورد تأیید می‌کند.

ICSID (2008). Case NO. ARB/03/5 (Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic), p. 27 and p. 44.

۳- در قوانین جذب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در نظام حقوق ملی کشورها نیز می‌توان مشوق‌های خروج آزاد سرمایه از کشور توسط سرمایه‌گذار خارجی را مشاهده نمود. به طور مثال بند ۵ ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران مورخ ۱۳۸۱ بیان می‌دارد که انتقال سرمایه، سود سرمایه و منافع حاصل از بکارگیری سرمایه به صورت ارز و حسب مورد به صورت کالا به ترتیب مندرج در مجوز سرمایه‌گذاری میسر است. همچنین ماده ۲۵ این آیین‌نامه به امکان انتقال ارز ناشی از صادرات سرمایه‌گذاران خارجی در حدود تعیین شده در مجوز اشاره کرده است. باید توجه داشت

آزاد همراه با استثنائاتی چون حفظ تراز پرداخت‌ها همراه است.

در مجموع با در نظر گرفتن تعهدات ناشی از سازمان‌های بین‌المللی و معاهدات بین‌المللی، می‌توان گفت که تحدید و گردش سرمایه در پرتوی قواعد حقوق بین‌الملل در نه وضعیت قابل تصور است که در سه مدل تحدید ارادی ورود سرمایه، جریان ارادی خروج سرمایه و تحدید ارادی خروج سرمایه علیه یک کشور، ممنوعیت وجود دارد. این ده وضعیت در جدول ذیل مشخص گردیده است.

	گردش سرمایه	علت اقتصادی	وضعیت حقوقی	منبع حقوقی
۱	جریان ارادی ورود	توسعه اقتصادی	الزام خاص ^۱	معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی
۲	جریان غیرارادی ورود	ثبات اقتصادی	مجاز	-
۳	تحدید ارادی ورود	خودکفایی	ممنوعیت خاص	معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی تعهدات سازمان تجارت جهانی و ...
۴	تحدید غیرارادی ورود	بی‌ثباتی اقتصادی	مجاز	-
۵	جریان ارادی خروج	بازار شکنی	ممنوعیت خاص	کنوانسیون ضدبازار شکنی
۶	تحدید ارادی خروج (عام)	کاهش تراز تجاری یا بحران ارزی	مجاز	استثنائات گات و صندوق بین‌المللی پول و ...
۷	تحدید ارادی خروج (خاص)	تغییر رفتار دولت هدف	ممنوعیت خاص	معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی و تعهدات سازمان تجارت جهانی و ...
۸	جریان غیرارادی خروج	بی‌ثباتی اقتصادی	مجاز	-
۹	تحدید غیرارادی خروج	ثبات اقتصادی	مجاز	-

که این امتیاز صرفاً برای سرمایه‌گذار خارجی با تعریف مشخص شده در همان قانون یا معاهده بین‌المللی و نه برای سایر اتباع داخلی و خارجی وجود دارد.

۱- منظور از خاص، تعهدات خاص‌الشمول است که صرفاً برای طرف‌های متعاقد لازم‌الاجراست.

۳- سرمایه‌گذاری خارجی در حقوق بین‌الملل: از تشویق تا تحریم

حضور سرمایه‌گذار خارجی یک اصل مهم در هر اقتصاد رو به توسعه تلقی می‌شود و به عنوان موتور محرک رشد و توسعه اقتصادی ایفای نقش می‌کند. هرچند تعریف واحدی از سرمایه‌گذاری خارجی وجود ندارد و ایکسید در رویکردی موسع، تعریف سرمایه‌گذاری خارجی را بر اساس توافق طرفین طبق معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی قرار داده است (Ebrahimi, Sultanzadeh, 2014: 84)، اما در مجموع در رویه داوری ایکسید می‌توان سه مؤلفه اصلی را در تعریف سرمایه‌گذاری خارجی ملاحظه نمود که عبارت از ورود سرمایه خارجی، بلند مدت بودن سرمایه‌گذاری و ریسک‌پذیر بودن سرمایه‌گذاری است.

سرمایه‌گذاری خارجی در عرصه بین‌المللی طی دو موج افزایش یافته است. موج اول به سال‌های ۱۸۷۰ تا ۱۹۱۴ باز می‌گردد که در این دوران سرمایه‌گذاری خارجی از رهگذر قوانین ملی صورت می‌پذیرفت. مسیر حرکت سرمایه‌های خصوصی خارجی در این مقطع و قبل از جنگ جهانی اول از کشورهای اروپایی به سوی کشورهای تازه صنعتی شده آن زمان یعنی آمریکا، کانادا، آرژانتین و استرالیا بود. در واقع یکی از عوامل مهم توسعه اقتصادی این کشورها، جریان سرمایه خصوصی از اروپا بود. جنگ جهانی اول موجب رکود سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی شد اما بعد از جنگ جهانی دوم موج دوم افزایش سرمایه‌گذاری خارجی به ویژه در قاره آسیا آغاز شد و دور جدیدی برای جریان سرمایه‌های خارجی پدید آمد.

از اوایل دهه ۱۹۸۰، به تدریج روش‌های تامین مالی بین‌المللی از روش استقراض به سمت روش‌های غیراستقراضی جذب سرمایه‌گذاری تغییر جهت داد. به نحوی که این تغییر رویکرد در دهه ۱۹۹۰ و به ویژه دهه اول قرن ۲۱ به یک حرکت رقابتی تبدیل شده است و کشورها با ارائه مزیت‌های بیشتر در صدد جذب سرمایه‌گذاری خارجی بیشتر بودند. این دلایل موجب شد که سرمایه‌گذاری خارجی بین سال‌های ۱۹۹۰ تا ۲۰۰۰ میلادی چهار برابر شود. در دوران حاضر حجم مالی سرمایه‌گذاری خارجی بیشتر از حجم پولی است که طی تجارت خارجی در جریان است (زمانی، حسینی، ۱۳۹۳: ۲۶-۲۵) طبق آمار صندوق بین‌المللی پول تا سال ۲۰۰۰ صرفاً ۵ درصد از تولید ناخالص جهان به سرمایه خارجی تعلق داشت در حالی که این رقم در سال ۲۰۱۸ به بیش از ۲۰ درصد رسیده است (IMF Adopts Institutional View on Capital Flows, 2018,p1).

از دهه ۷۰ میلادی، رشد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری موجب تقویت گردش

سرمایه در جامعه بین‌المللی و تضمین و تثبیت رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی شد. اولین معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری خارجی در ۱۹۵۹ میان آلمان و پاکستان و آلمان با جمهوری دومنیکن منعقد شد و روند شتاب‌گونه انعقاد این معاهدات از ۱۹۷۰ به بعد آغاز شد. تا کنون حدود ۳۰۰۰ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد شده است.^۱ این در حالی است که صرفاً ۳ «معاهده چندجانبه» که به بخشی از موضوعات حقوق سرمایه‌گذاری خارجی شامل انرژی، داوری بین‌المللی و بیمه می‌پردازد، وجود دارد.^۲

در راستای تسهیل جریان آزاد ورود سرمایه و افزایش سرمایه‌گذاری خارجی و کاهش ریسک سرمایه‌گذاری خارجی، قوانین داخلی نیز برای تشویق و جذب سرمایه‌گذاری خارجی تصویب گردید.^۳ در این قوانین امتیازات بیشتری برای سرمایه‌گذار خارجی نسبت به سرمایه‌گذار داخلی در نظر گرفته می‌شود؛ امتیازاتی چون تسهیل واردات کالاهای مربوط به سرمایه‌گذاری، خروج ارز ناشی از صادرات سرمایه‌گذاری، الزام به پرداخت غرامت در صورت مصادره سرمایه‌گذاری و پذیرش سازکار داوری بین‌المللی. نمود فعالیت داخلی دولت‌ها را می‌توان در شاخص رتبه‌بندی ریسک سرمایه‌گذاری مشاهده کرد که توسط سازمان راهنمای ریسک بین‌المللی کشور^۴ تهیه می‌گردد.^۵ (Daman keshideh & Khoda bakhsh zadeh, 2011: 86)

سرمایه‌گذاری خارجی در مواردی با کاهش و رکود مواجه بوده است. این کاهش گاه در نتیجه سیاست‌های کشور سرمایه‌فرست یا سیاست‌های کشور سرمایه‌پذیر و گاه ناشی از مولفه‌های

۱- تاکنون ۶۱ معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری میان ایران و سایر کشورها منعقد شده است که بیشتر آن متعلق به پس از انقلاب اسلامی است.

۲- این معاهدات شامل منشور انرژی، ایکسید و میگا می‌شود. لازم به ذکر است تلاش‌هایی برای انعقاد یک سند جامع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مانند معاهده تریمز صورت گرفته است که تاکنون به نتیجه نرسیده است.

۳- ایران پس از تصویب اولین قانون سرمایه‌گذاری خارجی در سال ۱۳۳۴، پس از گذشت حدود ۴۸ سال، قانون جدید تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی را در سال ۱۳۸۱ تصویب و لازم‌الاجرا گردید.

4- International Country Risk Guide

۵- شاخص‌های مورد نظر این سازمان عبارتند از شرایط سرمایه‌گذاری، فساد، قانون و نظم، کیفیت بوروکراسی، ثبات دولت‌ها، شرایط اقتصادی اجتماعی، اختلافات داخلی، اختلافات خارجی، نفوذ نظامی، تنش‌های قومی، تنش‌های مذهبی، پاسخگویی دموکراتیک.

غیرارادی مانند فقدان امنیت در دولت سرمایه‌پذیر بوده است. بحران‌های آسیا و آمریکای لاتین بعد از سال ۱۹۹۷ باعث تغییر فضای فکری دولت‌ها شد و لذا کنترل خروج سرمایه در سیاست‌گذاری کشورهای قرار گرفت. خروج انبوه سرمایه به همراه فروپاشی اقتصادی در شرق آسیا و آرژانتین نقش عمده‌ای در این سیاست داشت. امروزه حتی برخی از اقتصاددانان لیبرال بزرگ نیز معتقدند که حمایت طولانی از آزادی تحرک سرمایه اشتباه بوده است و حداقل در مورد کشورهای در حال توسعه باید بخشی از کنترل‌ها به صورت احتیاطی دنبال شود. (طیسی، محمدزاده، ۱۳۸۹: ۱۶۳) کاهش تراز تجاری خارجی و یا بحران ارز خارجی در کشور از دلایل تجاری ممانعت از خروج ارز از کشور و الزام دولت خارجی به تغییر رفتار خود از دلایل غیرتجاری ممانعت از خروج سرمایه است.

تحدید ارادی ورود سرمایه‌گذاری خارجی از سوی دولت سرمایه‌پذیر در جایی است که دولت میزبان جذب سرمایه خارجی را برای شرایط کشور نامساعد قلمداد کند. در اقتصاد این اعتقاد وجود دارد که اگر سرمایه خارجی به کشورهای دارای زیرساخت‌های نامساعد اقتصادی، مدیریتی و قانونی بدون محدودیت وارد شود می‌تواند موجب بحران‌های اقتصادی و مالی در آن کشورها شود، چرا که خروج ناگهانی سرمایه می‌تواند لطمات سنگینی وارد نماید. به طور مثال بحران اقتصادی در تایلند و کره جنوبی در سال ۱۹۹۷ میلادی زمانی رخ داد که سرمایه‌گذاران خارجی منابع مالی خود را خارج کردند. (Limitations on Foreign Investments, 2016, p2) این تحدید ورود سرمایه خارجی در دوران استعمارزدایی در دهه ۶۰ میلادی نیز وجود داشته است که در آن کشورهای سرمایه‌پذیر اقدام به وضع قوانین در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی نمودند که ویژگی بارز و مشترک آن‌ها منع یا تضییق شرایط ورود سرمایه‌گذاران خارجی بود. (Dien & Aatian, 2012: 169).

۴- ارزیابی تحریم سرمایه‌گذاری خارجی ایران

تحریم مستقیم و غیرمستقیم سرمایه‌گذاری خارجی ایران موجب تحدید گردش سرمایه به این کشور و از این کشور بوده است که نقض برخی قواعد حقوقی و اقتصادی بین‌المللی راجع به گردش آزاد سرمایه را به دنبال داشته است.

با مذاقه در تحریم سرمایه‌گذاری خارجی ایران و گردش آزاد سرمایه تعارض آشکاری قابل مشاهده است. کشورهایی که سرمایه‌گذار هستند بیشتر از کشورهای توسعه‌یافته می‌باشند که سهم عمده و موثری را در صندوق بین‌المللی پول، سازمان تجارت جهانی، اتحادیه اروپا، گروه بیست، موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد و معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری خارجی دارند. این کشورها بر اصل جریان آزاد سرمایه و سرمایه‌گذاری اعتقاد دارند و مبنای سازمان‌ها و اسناد مذکور نیز بر همین اساس است. تحریم‌های اقتصادی نه تنها نمی‌تواند با اصل جریان آزاد سرمایه مطابقت داشته باشد بلکه در چارچوب استثنائات این اصل نیز نمی‌گنجد، زیرا استثنائات با هدف حفظ آرامش و تعادل در اقتصاد کشورهای سرمایه‌پذیر پیش‌بینی شده است، نه اینکه بهانه‌ای برای اخلال در مسیر جذب سرمایه و سرمایه‌گذاری گردد.

تحریم سرمایه‌گذاری علیه ایران نوعی تحدید ارادی ورود سرمایه به ایران است. این تحریم‌ها نه با اهداف اقتصادی بلکه با هدف تغییر رفتار دولت اعمال گردید. این اقدام در صورتی که در چارچوب اقدام متقابل باشد طبق حقوق بین‌الملل می‌تواند مشروع باشد، اما در غیر این صورت می‌تواند مغایر با برخی تعهدات بین‌المللی باشد. تحریم سرمایه‌گذاری ایران حداقل با برخی تعهدات بین‌المللی عام و خاص این دولت‌ها در تعارض است.

اولاً این اقدامات در چارچوب نظام حقوقی صندوق بین‌المللی پول قابل توجیه نمی‌باشد. تحدید گردش آزاد سرمایه در صندوق بین‌المللی پول صرفاً با استناد فقدان زیرساخت‌های اقتصادی و یا بحران اقتصادی، حق دولت سرمایه‌پذیر است. این به معنای تحدید ارادی ورود سرمایه از سوی جمهوری اسلامی ایران به عنوان عضو صندوق است.

ثانیاً تحریم سرمایه‌گذاری اروپا مغایر با حق ایجادشده برای ایران به عنوان دولت ثالث «معاهده عملکرد اروپا» است. طبق ماده ۶۳ این معاهده همه محدودیت‌های جریان آزاد سرمایه میان دولت‌های عضو با یکدیگر و دولت‌های عضو با دولت‌های ثالث جز در موارد نظم و منافع عمومی دولت‌های عضو ممنوع است.

ثالثاً تحریم سرمایه‌گذاری ایران مغایر با عهدنامه مودت و روابط اقتصادی و حقوق کنسولی در ۱۹۵۵ بین ایران و آمریکا است. این معاهده در تهران منعقد شد و در ۱۶ می ۱۹۵۷ وارد مرحله لازم

الاجرائی شد. (Shahbazi, 2012: 59) مقدمه معاهده مودت، برخی اهداف انعقاد معاهده را توسعه تجارت و سرمایه‌گذاری دو جانبه و روابط نزدیکتر اقتصادی^۱ میان مردم این دو کشور و به نفع طرفین بیان می‌دارد. در ماده ۷ نیز به آزادی انتقالات مالی و پولی و ارزی مگر در موارد خاص اشاره دارد.^۲ طبق بند ۲ ماده ۷ اعمال تضییقات ارزی نامشروع موجب استحقاق غرامت برای دولت زیان‌دیده خواهد بود. همچنین طبق بند ۳ این ماده در تضییقات ارزی نباید تبعیضی از سوی دول عضو صورت گیرد. هرچند آمریکا در سال ۲۰۱۸ خروج خود از این موافقت‌نامه را رسماً اعلام نمود اما باید توجه داشت که مسوولیت بین‌المللی آمریکا به واسطه اقدامات خود در زمان لازم الاجرا بودن این معاهده قابل مطالبه است.^۳

1- mutually beneficial trade and investments and closer economic

۲- ماده ۷-۱- هیچیک از طرفین معاهدین در مورد پرداخت و ارسال و سایر انتقالات پولی به قلمرو طرف معظم معاهد دیگر یا از قلمرو طرف معظم معاهد دیگر به قلمرو خود تضییقاتی قائل نخواهد شد مگر: الف - تا حدی که برای تأمین ارز خارجی جهت پرداخت بهای کالاها و خدمات (سرویسهای) ضروری برای بهداشت و رفاه مردم لازم باشد یا ب - در مورد یک عضو صندوق بین‌المللی پول تضییقاتی که مصرحاً به تصویب صندوق رسیده باشد. ۲ - اگر هر یک از طرفین معظمین معاهدین تضییقات ارزی به کار برد به اسرع اوقات قرار معقول برای استرداد و انتقال ارز خارجی به پول رایج طرف معظم معاهد دیگر در موارد ذیل خواهد داد: الف - غرامت مذکور در بند ۲ ماده ۴ عهدنامه حاضر. ب - درآمدها به صورت حقوق (ماهانه)، بهره، سود سهام، حق‌العمل، حق‌الامتياز، اجرت خدمات فنی یا غیر آن و ج - مبالغ مخصوص استهلاک دیون و استهلاک سرمایه‌هایی که مستقیماً به کار افتاده و انتقالات سرمایه با توجه به حوائج خاصی برای سایر معاملات اگر برای ارز بیش از یک نرخ مجری باشد نرخ که در مورد اینگونه انتقالات مجری خواهد بود نرخ است که مصرحاً از طرف صندوق بین‌المللی پول جهت این گونه معاملات تصویب شده باشد یا اگر چنین نرخ از طرف صندوق تصویب نشده باشد نرخ خالصی مجری خواهد بود که با در نظر گرفتن هر گونه مالیات یا عوارض اضافی بر انتقالات ارزی معقول و عادلانه باشد. د - هر یک از طرفین معظمین که تضییقات ارزی قائل می‌شود به طور کلی این تضییقات را به نحوی اجراء خواهد نمود که از نظر رقابت در تجارت و حمل و نقل یا بکار انداختن سرمایه طرف معظم معاهد دیگر با مقایسه با تجارت یا حمل و نقل یا به کار انداختن سرمایه هر کشور ثالثی تأثیر زیان‌آوری نداشته باشد و در هر موقع به طرف معظم معاهد دیگر برای مشاوره در باب اجرای این ماده فرصت کافی خواهد داد.

۳- سخنگوی وزارت امور خارجه ایران در ۲۳ مهر ۱۳۹۷ اعلام داشت؛ نامه اعلام خروج آمریکا از عهدنامه مودت را دریافت کردیم. براساس مواد معاهده، خروج قطعی یک کشور از عهدنامه یک سال بعد از اخطار کتبی به طول می‌انجامد. پژوهشکده مطالعات راهبردی، بررسی حقوقی خروج آمریکا از عهدنامه مودت، قابل دسترسی در <https://risstudies.or>

رابعاً برخی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی ایران با سایر کشورها نیز متضمن شرط انتقال آزاد بوده است که تحدید ورود سرمایه به ایران از سوی این کشورها ناقض این معاهدات بین‌المللی تلقی می‌شود. به طور مثال معاهده ایران با فرانسه و ژاپن (با استثنای حفظ تراز پرداخت‌ها و حمایت از بدهکاران و ...)، معاهده ایران با اتریش (با استثنای حفظ تراز پرداخت‌ها) و معاهده ایران با آلمان، ایتالیا و کره جنوبی از این جمله است. به همین دلیل تحدید ورود سرمایه به داخل کشور از سوی این کشورها خارج از استثنائات مذکور تخلف بین‌المللی خواهد بود.^۱

خامساً با انعقاد برنامه جامع اقدام مشترک (برجام)^۲ تعهدات جدیدی راجع به ورود سرمایه از کشورهای طرف این معاهده به ایران ایجاد گردید. با اجرای برجام و متعاقب آن تصویب قطعنامه ۲۲۳۱ شورای امنیت، تحریم‌های شورای امنیت لغو و محدودیت‌های سرمایه‌گذاری که از سوی کشورهای طرف برجام به صورت یکجانبه اعمال گردیده بود ملغی گردید. همچنین سرمایه‌گذاری خارجی در حوزه‌های نفت، پتروشیمی و گاز با لغو تحریم‌های اتحادیه اروپا از تحریم خارج گردید. (Joint Comprehensive Plan of Action, 2015, para 19) علاوه بر این ایالات متحده متعهد به توقف تحریم‌ها در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی در حوزه نفت، گاز، پتروشیمی گردید. (Joint Comprehensive Plan of Action, 2015, Annex2, para4) لذا هرگونه تحدید سرمایه‌گذاری در ایران، همچون دستور اعمال مجدد تحریم‌ها از سوی رئیس‌جمهور امریکا نقض مفاد این معاهده نیز تلقی می‌شود.

نتیجه‌گیری

گردش آزاد سرمایه به عنوان یک «اصل مشروط» در سازمان‌های بین‌المللی به عنوان نهادهای

۱- هرچند طبق ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد تعهدات ناشی از منشور بر سایر تعهدات بین‌المللی برتری دارد اما باید توجه داشت که اولاً شورای امنیت صرفاً سرمایه‌گذاری در بخش هسته‌ای و برخی از بانک‌های ایرانی را ممنوع نمود و ثانیاً تصویب قطعنامه ۲۲۳۱ موجب تعلیق تحریم‌های شورای امنیت علیه ایران گردید.

۲- شامل چین، فرانسه، روسیه، پادشاهی متحد بریتانیا، ایالات متحده آمریکا و آلمان. برجام که نتیجه ۱۲ سال مذاکره از سال ۱۳۸۲ تا ۱۳۹۴ می‌باشد در ژوئیه ۲۰۱۵ میان ایران، اتحادیه اروپا و گروه ۵+۱ منعقد شد و منضم به قطعنامه ۲۲۳۱ شورای امنیت گردید.

تنظیم‌کننده اقتصاد بین‌الملل، پذیرفته شده است؛ صندوق بین‌المللی پول آن را مشروط به فراهم بودن زیرساخت‌های اقتصادی کرده است، سازمان تجارت جهانی در حوزه تجارت خدمات آن را مشروط به عدم لطمه به تراز پرداخت‌ها و مشکلات مالی خارجی نموده است، اتحادیه اروپا آن را مشروط به مغایر نبودن با نظم و منافع عمومی جامعه دانسته است و سازمان همکاری اقتصادی آن را مشروط به فقدان بحران‌های اقتصادی و مالی کرده است.

این اصل در معاهدات بین‌المللی از جمله موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی نیز مورد توجه قرار گرفته است. شرط انتقال آزاد ارز که در اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری آمده است برای تضمین خروج آزادانه منافع ناشی از سرمایه‌گذاری است. با این حال استثنای حفظ تراز پرداخت‌ها و بدهی‌های داخلی قلمروی این آزادی را محدود کرده است.

باید توجه داشت که گردش آزادانه سرمایه همانطور که می‌تواند ورود سرمایه به کشورهای در حالی توسعه را تضمین نماید می‌تواند منجر به خروج نامتعارف ارز و سرمایه از کشور نیز بشود. این موضوع می‌تواند مشکلات اقتصادی را برای دولت به وجود آورد. به همین دلیل استثنائات مختلفی بر گردش سرمایه ایجاد شده است. علاوه بر این محدودیت‌های ساختاری، محدودیت ناشی از قواعد حقوق بین‌الملل مانند رقابت منصفانه مانع از آزادسازی افراطی گردش سرمایه در عرصه بین‌المللی می‌شود. در این چارچوب تحریم‌های اقتصادی در بخش سرمایه‌گذاری صرفاً با اهداف سیاسی صورت می‌پذیرند که با هیچ یک از استثنائات مذکور قابل تطبیق نیست.

تحدید ارادی سرمایه‌گذاری خارجی در دو حالت تحدید ورود سرمایه و تحدید خروج سرمایه صورت می‌پذیرد. تحدید خروج سرمایه ملی به دو شیوه تحدید عام خروج سرمایه و تحدید خاص خروج سرمایه (تحریم) قابل تقسیم است. در حالت اول دولت از خروج سرمایه از کشور ممانعت به عمل می‌آورد که اصولاً به دلایل تجاری است و در حالت دوم دولت با خروج سرمایه ممانعتی ندارد اما از ورود سرمایه به یک کشور خاص ممانعت به عمل می‌آورد که اصولاً به دلایل غیرتجاری است. از دلایل تحدید عام خروج سرمایه (ارز)، کاهش تراز تجاری خارجی یا

بحران ارز خارجی در کشور است^۱ و از دلایل تحدید خاص خروج سرمایه (ارز)، الزام دولت خارجی به تغییر رفتار خود است که معمولاً به شکل تحریم اقتصادی صورت می‌پذیرد.

تحدید ورود سرمایه می‌تواند به نحو ارادی یا غیرارادی باشد. نمونه تحدید ارادی ورود سرمایه خارجی در دوران استعمارزدایی در دهه ۶۰ میلادی است که کشورهای تحت استعمار سرمایه‌پذیر اقدام به وضع قوانین محدودکننده در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی از جمله محدودیت در ورود سرمایه‌گذاران خارجی نمودند. تحدید غیرارادی ورود سرمایه خارجی در موارد بی‌ثباتی اقتصادی است. به طور مثال سرمایه‌گذاری خارجی در دو کشور سوریه و عراق در سال‌های پس از ۲۰۱۱ میلادی و ورود گروه‌های تروریستی به این کشورها با افت شدید مواجه گردید. (Foreign direct investment, 2018)

در مجموع گردش سرمایه در وضعیت‌های مختلفی قابل تصور است. تحدید ارادی ورود سرمایه و تحدید ارادی خروج خاص سرمایه می‌تواند مغایر با برخی تعهدات حقوق بین‌الملل باشد. به عبارت دیگر گردش سرمایه به سمت بیرون از کشور با آزادی بیشتری مواجه است ولی کشورها حاکمیت خود را در تحدید ورود سرمایه عمدتاً حفظ نموده‌اند. جریان خروج ارادی نیز چنانچه با هدف کاهش ارزش پول ملی و توسعه صادرات باشد می‌تواند مغایر تعهدات بین‌المللی راجع به حقوق رقابت و ممنوعیت بازارشکنی باشد.

تحریم سرمایه‌گذاری جمهوری اسلامی ایران از سوی امریکا و برخی کشورهای متحد آن، ناقض تعهدات بین‌المللی ناشی از صندوق بین‌المللی پول، موافقتنامه مودت و تجارت، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی و برنامه جامع اقدام مشترک است. با توجه به اینکه حامیان اصل گردش آزاد سرمایه یعنی کشورهای توسعه یافته غربی، خود از تحریم کنندگان ایران هستند می‌توان گفت که امروز در موضوع گردش آزاد سرمایه میان تئوری و عمل شکافی بزرگ وجود دارد. این شکاف باید با مطالبه تعهدات بین‌المللی کشورهای سرمایه‌فرست از یکسو و تأمین انتظارات کشورهای سرمایه‌پذیر از سوی دیگر در موضوع ورود و خروج سرمایه، مرتفع و تکمیل شود.

۱- به طور مثال با بروز نوسانات شدید ارزی در ایران در سال ۱۳۹۷ قوانین و تدابیر محدودکننده‌ای برای خروج ارز از کشور تدوین گردید. این اقدامات شامل محدودیت عرضه ارز دولتی برای واردات کالا و سفرهای خارجی، محدودیت در خرید و فروش ارز به قیمت آزاد در بازار و ... می‌شود.

References

- [1] Daman Kashideh, Marjan, Saeed Khodabakhshzadeh, (2012). "Study of the Impact of Business Regulations and Foreign Direct Investment on Economic Growth in G77 Countries", *Quarterly Journal of Financial Economics*, 21, pp. 81-110 (In Persian).
- [2] Ebrahimi, Seyed Nasrollah, Sultanzadeh, Sajjad (2014). 'The concept of investment in the arbitration procedure of the Center for the Settlement of Foreign Investment Disputes'. *International Law Journal* , (50), pp 108-77 (In Persian).
- [3] Ghodoosi, Farshad, (2014). 'The Limits of Free Movement of Capital: The Status of Customary International Law of Money', *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 7, pp253-278 (In Persian).
- [4] Ignatius Seidel, Hooman Feldern Translated by Seyed Qassem Zamani, (2000). 'International Economic Law', Tehran, Shahr-e-Danesh Institute for Legal Studies and Research (In Persian).
- [5] Mohammadi, Esfandiar. (2004). 'Theories of International Political Economy, *Journal of Humanities*' (University of Imam Hussein), pp. 9-56 (In Persian).
- [6] Namazi, Hussein; Lashkari, Alireza (2013). 'Balance and approaches to justice; Exploration on the approach of Martyr Sadr and Martyr Motahhari to balance', *Journal of Islamic Economics*, (6), 234-197 (In Persian).
- [7] Qanbarloo, Abdullah, (2012). 'Liberal economics and the issue of war and peace in international relations' ,*Comparative Economics*, 5, pp. 115-131 (In Persian).
- [8] Saadat, Rahman, (2014). 'Critiques of the Advantages of International Trade Theories, Transformation in the Humanities', 2, pp. 85-98 (In Persian).
- [9] Shahbazi, Aramesh, (2012). 'The validity of the Treaty of Amity (1955) and the ability to cite it in Iran-US relations, *International Law Journal* 'l, 44, pp. 55-72 (In Persian).
- [10] Tab, William (2004). 'The Immoral Elephant: Globalization and the Struggle for Social Justice in the 21st Century', translated by Hassan Mortazavi, Tehran, Digar publication (In Persian).
- [11] Tafazoli, Fereydoun, (2004). 'Emergence of new ideas, schools of thought and economic theories during the Industrial Revolution (1850-1750)', *Economic Research*, 2, pp. 47-80 (In Persian).
- [12] 'Fact Sheets on the European Union. Free movement of capital', (2018).
- [13] Barton, John, Judith Goldstein, Josling Timothy E, (2008). 'The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law, and Economics of the GATT and WTO'. USA, princeton University. national law, 15. pp 425 451.
- [14] Crane, George, Abla Amawi, (2011). 'The theoretical evolution of International Political Economy', New York: Oxford university press.
- [15] Dain, Janat, Arian, Mohammad, (2012). ' Study and analysis of the nature of

- foreign investment law developments; Past, present and future', *Journal of Islamic Law*, (36), pp.157-18
- [16] Eichengreen, Barry, (1992). 'Golden Fetters: The Gold Standard and the Great Depression 1919-1939', New York, Oxford University Press.
- [17] European Free Trade Association, 1960.
- [18] Feibelman, Adam, (2015). 'The IMF and Regulation of Cross-Border Capital Flows', *Chicago Journal of Inter* 22.
- [19] Ghorashi, Reza, (1995). 'Marx on Free Trade', *Science & Society*, 59. pp. 24-49
- [20] Hindelang, Steffen ,(2009). 'The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment. The Scope of Protection in EU Law', New York, Oxford University Press.
- [21] IMF Adopts Institutional View on Capital Flows (2018).
- [22] Jackson, Robert, & Georg Sørensen, (2010). 'Introduction to international relations: theories and approaches', New York , Oxford University Press.
- [23] Joint Comprehensive Plan of, Action (2015).
- [24] Leckow B, (1999). 'The Role of the International Monetary Fund in the Liberalization of Capital Movements', *WIS. International Journal*, 17, pp 12-31.
- [25] Lupo Pasini, F, (2011). 'The International Regulatory Regime on Capital Flows', *Asian Development Bank Institute*.
- [26] Lupo Pasini, F. (2012). 'The International Regulatory Regime on Capital Flows and Trade in Services'. *ADBI Working*.
- [27] Muller, Al, (1978). 'Quesnay's Theory of Growth: A Commen', *Oxford Economic Papers*, 30,pp. 150-156.
- [28] Nyankomo Marwa, (2014). 'How can Africa Attract Different Forms of Capital flow?', *Theoretical Perspectives, Theoretical and Applied Economics*, 12, pp 1-24.
- [29] Pabian, David (2015), 'Capital Controls in International Law: Clarity Through a Central Regulatory System', *Minnesota Journal of International Law*, 24, pp 1-32.
- [30] Review of the OECD Code of Liberalisation of Capital Movements ,(2018).
- [31] Segall ,Anna (1999). 'Economic sanctions: legal and policy constraints, *International Conference of the Red Cross and Red Crescent*', (81),1, pp.763-784.
- Salvatore, Dominick (1977). 'Microeconomia', *Mcgraw-hill do Brasil*.

حفظ منافع اساسی کشور میزبان در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه*

ابوالقاسم شهبازیان^۱

دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد

اسلامی واحد تهران مرکز

صادق سلیمی^۲

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکز

تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۹/۲۳ تاریخ پذیرش ۱۳۹۹/۳/۳۱

چکیده

با توجه به افزایش مخاصمات مسلحانه، تعداد کشورهای میزبان سرمایه‌گذاری که توسط سرمایه‌گذاران آسیب‌دیده به داوری فراخوانده می‌شوند بسیار افزایش یافته است. استناد اغلب این سرمایه‌گذاران به استاندارد حمایت و امنیت کامل مندرج در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان کشور متبوع خود و کشور میزبان سرمایه‌گذاری است.

از آنجا که اغلب معاهدات به روشنی ماهیت و قلمرو این استاندارد را مشخص ننموده‌اند، دیوان‌های داوری به اختیار خود به تفسیر آن پرداخته و در مواردی با ترجیح منافع سرمایه‌گذار بر منافع دولت میزبان بدون توجه به شرایط خاص موجود در مخاصمات، اقدام به صدور رأی نموده‌اند. این مقاله با اتخاذ روش توصیفی-تحلیلی می‌کوشد تا با مراجعه به رویه داوری و معاهدات سرمایه‌گذاری به منظور حمایت از منافع دولت میزبان به شفاف‌سازی ماهیت و قلمرو استاندارد حمایت و امنیت کامل در شرایط مخاصمات مسلحانه بپردازد.

واقعیت آن است که دولت میزبان تنها ملزم به رعایت همان تعهداتی است که صراحتاً در متن معاهده

–مقاله پژوهشی–

1- ab@Shahbaziyan.ir

2- SadegSalimi@yahoo.com

DOI: 10.22067/le.v27i16.84477

سرمایه‌گذاری پذیرفته است و دیوان‌های داوری در ارزیابی رعایت این تعهدات باید به شرایط، امکانات و منابع هر کشور به صورت موردی توجه نمایند و قلمرو تعهدات دولت میزبان را با اعمال تفاسیر موسع از این تعهدات افزایش ندهند.

واژگان کلیدی: داوری سرمایه‌گذاری، مخاصمات مسلحانه، معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی، منافع

دولت میزبان

طبقه بندی JEL: F52, F53, F51, J52

مقدمه

یکی از مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را می‌توان معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری دانست که با هدف تثبیت حقوق عرفی در قالب معاهدات پا به عرصه ظهور گذاشتند. امروزه بر اثر تلاش کشورهای سرمایه‌فرست و همچنین حمایت برخی سازمان‌های بین‌المللی، از یک طرف تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذار خارجی در این معاهدات در حال افزایش است و از طرف دیگر دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری اقدام به ارائه تفاسیر موسع از تعهدات دولت به سود سرمایه‌گذاران می‌نمایند که این امر موجب افزایش دعاوی علیه کشورهای میزبان سرمایه‌گذاری شده و جبران خسارت‌های هنگفتی حتی بیش از عواید سرمایه‌گذاری خارجی بر آنان تحمیل نموده است. علیرغم آن که در گذشته سرمایه‌گذاران خارجی بیشتر نگران حفظ امنیت و سرمایه خود در کشور میزبان سرمایه‌گذاری بودند، در حال حاضر بیشتر دولت‌های میزبان نگران محدودیت در اعمال حقوق حاکمیتی خود برای تنظیم امور داخلی کشور هستند (Habibzadeh & Gholami, 2018: 114). چنین حقی مستقیماً مستنبط از حق حاکمیت دائمی کشورها بر کلیه منابع ثروت زیرزمینی و فعالیت‌های اقتصادی آنهاست که به طور مکرر از سال ۱۹۵۲ در قطعنامه‌های مجمع عمومی و برخی از ارگان‌های دیگر سازمان ملل متحد و خصوصاً در پاراگراف ۱ ماده ۲ «منشور حقوق و تکالیف اقتصادی کشورها» بیان و تأکید گردیده است (Mirabbasi, 1992: 144-145).

با توجه به موج اخیر آشوب‌ها، منازعات، ترور و سایر اشکال مخاصمات در سراسر جهان، یکی از مسائل مناقشه‌برانگیز در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری که توجه به ابعاد حقوقی خاص آن تاکنون مغفول مانده است، دعاوی ناشی از مخاصمات مسلحانه است. دولت‌های میزبان که درگیر مخاصمات مسلحانه شده‌اند باید به حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی توجه خاص داشته باشند زیرا بازسازی اقتصادی و توسعه پس از خاتمه مخاصمات نیاز به جریان ورودی سرمایه دارد. به علاوه، سرمایه‌گذاران خارجی با انگیزه‌های متفاوتی به خصوص به دلیل فرصت‌های سودآوری که در موقعیت‌های جنگی وجود دارد در کشورهای درگیر مخاصمه فعالیت می‌نمایند و حتی انتظار بهره‌وری بیشتری دارند (Zamani & Bazzar, 2018: 231) اما به دلیل وجود شرایط آشفته در کشور میزبان، احتمال تخریب و توقیف دارایی‌های آن‌ها و در نتیجه نقض معاهدات سرمایه‌گذاری افزایش می‌یابد. در سالیان اخیر با افزایش دعاوی ناشی از مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی توسط سرمایه‌گذاران علیه دولت میزبان، به نظر می‌رسد که کفه ترازوی دعاوی سرمایه‌گذاری به سمت منافع سرمایه‌گذار سنگین‌تر شده و باید بیش از پیش به حفظ منافع دولت میزبان در چارچوب حقوقی حاکم بر دعاوی سرمایه‌گذاری توجه نمود.

نمی‌توان نادیده گرفت که دولت میزبان قادر نیست همان سطح حمایتی را که در زمان صلح از سرمایه‌گذاری داشته در زمان مخاصمات نیز داشته باشد. در واقع باید گفت که حقوق بیگانگان هم مانند حقوق اتباع خود کشور در زمان صلح یا در زمان جنگ و یا در سکونت‌گاه‌های عادی یا مناطق مرزی و مین‌گذاری شده متفاوت است. در صورتی که دولت‌ها در خلال مخاصمات مسلحانه به دلیل نقض یکی از استانداردهای معاهداتی مربوط به حمایت از سرمایه‌گذار خارجی مسئول شناخته شوند، تبعات این نقض باید با توجه به وضعیت اضطراری ناشی از مخاصمات مسلحانه مورد سنجش قرار گیرد.

مهم‌ترین استاندارد معاهداتی که سرمایه‌گذاران خارجی در اثر وقوع مخاصمات مسلحانه در دیوان‌های داوری به آن استناد می‌نمایند استاندارد حمایت و امنیت کامل^۱ است که به منظور حمایت از سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری وی در برابر اقدامات خشونت‌آمیز طراحی شده

1- Full Protection and Security

است (Ostransky, 2015: 137). تقریباً تمامی معاهدات سرمایه‌گذاری دارای شرط حمایت و امنیت می‌باشند هرچند از الفاظ مختلفی مانند حمایت و امنیت کامل یا حمایت و امنیت پایدار^۱ استفاده کرده‌اند. برای مثال، ماده ۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ژاپن و مراکش^۲ در سال ۲۰۲۰ مقرر می‌دارد که هریک از طرفین معاهده باید در قلمرو خود، حمایت و امنیت کامل را برای سرمایه‌گذاران طرف دیگر معاهده فراهم نمایند.

ماده ۳ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان جمهوری اسلامی ایران و اسلواکی^۳ در سال ۲۰۱۶ مقرر می‌دارد که هریک از طرفین متعاهد باید با سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران طرف متعاهد دیگر و با سرمایه‌گذاران با توجه به سرمایه‌گذاری‌های آن‌ها رفتار عادلانه‌ای داشته باشد و حمایت و امنیت کامل را برای آن‌ها فراهم نمایند.

ماده ۵ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان جمهوری اسلامی ایران و ژاپن^۴ در سال ۲۰۱۶ و ماده ۱۱۰۵ معاهده تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا)^۵ در سال ۱۹۹۳ نیز به استاندارد حمایت و امنیت کامل اشاره می‌نمایند. ماده ۱۰ معاهده منشور انرژی^۶ در سال ۱۹۹۵ نیز به حمایت و امنیت پایدار اشاره نموده است. برخی معاهدات واژه «امنیت» را پیش از «حمایت» آورده‌اند. این تنوع الفاظ به نظر نمی‌رسد که اهمیتی در ماهیت آن داشته باشد. آنچه از اهمیت اساسی برخوردار است ماهیت این استاندارد و قلمرو اعمالی است که معاهدات ارائه می‌نمایند.

این مقاله با توجه به مناقشات زیادی که در دیوان‌های داوری در خصوص ماهیت و قلمرو تعهد دولت میزبان طبق استاندارد حمایت و امنیت کامل در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه وجود دارد، با رویکرد حفظ منافع دولت میزبان در گفتار اول به بررسی ماهیت تعهد دولت میزبان، تفسیر و منشا عرفی آن می‌پردازد و در گفتار دوم، قلمرو استاندارد حمایت و امنیت کامل را در دو قسمت حمایت فیزیکی و غیرفیزیکی و خشونت دولتی و غیردولتی مورد بررسی قرار می‌دهد.

1- Constant Protection and Security

2- Japan-Morocco, Bilateral Investment Treaty, (2020).

3- Islamic Republic of Iran-Slovakia Bilateral Investment Treaty, (2016).

4- Islamic Republic of Iran-Japan Bilateral Investment Treaty, (2016).

5- North American Free Trade Agreement (NAFTA), (1993).

6- Energy Charter Treaty (ECT), (1995).

ماهیت تعهد دولت میزبان در استاندارد حمایت و امنیت کامل

علیرغم فراگیر شدن استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهدات سرمایه‌گذاری، ماهیت تعهد دولت میزبان در این استاندارد و نحوه ارزیابی رعایت یا عدم رعایت آن در زمان مخاصمات مسلحانه بسیار مورد مناقشه است. ذیلاً به صورت موردی رویه دیوان‌های داوری در خصوص ماهیت تعهد دولت میزبان در این استاندارد مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس با هدف یکسان سازی رویه داوری و انتخاب مناسب‌ترین شیوه اعمال استاندارد حمایت و امنیت کامل به تفسیر این استاندارد و بررسی منشا عرفی آن پرداخته می‌شود:

۱-۱. رویه داوری در خصوص ماهیت تعهد دولت میزبان

استاندارد حمایت و امنیت کامل در بسیاری از دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه مورد بحث واقع شده است. در این دعاوی، دیدگاه دیوان‌های داوری در خصوص ماهیت تعهد دولت در این استاندارد و چگونگی اعمال آن بسیار متفاوت بوده است که در این قسمت ذیل عناوین تعهد مطلق، تعهد نسبی ثابت و تعهد نسبی متغیر دولت میزبان مورد بررسی قرار می‌گیرند:

الف) تعهد مطلق دولت میزبان

بر اساس این دیدگاه که بارها توسط سرمایه‌گذاران خارجی آسیب دیده بر اثر مخاصمات مسلحانه مورد استناد قرار گرفته است، تعهد دولت میزبان سرمایه‌گذاری به فراهم نمودن حمایت و امنیت کامل برای سرمایه‌گذاری خارجی، یک تعهد مطلق است. به این معنا که اگر خسارتی در اثر مخاصمات مسلحانه به سرمایه‌گذاری خارجی وارد گردید، دولت میزبان به صرف ورود خسارت، مسئولیت آن را بر عهده دارد.

برای مثال در پرونده «ای.ای.پی.ال علیه سریلانکا»^۱ که به دلیل تخریب سرمایه‌گذاری مزرعه میگو توسط نیروهای کماندو سریلانکا طی یک عملیات ضد شورش اقامه شده بود، خواهان

1- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, (1990).

استدلال نمود که اعطای استاندارد حمایت و امنیت کامل موجب ایجاد مسئولیت مطلق^۱ برای دولت می شود و در نتیجه بدون اثبات اینکه خسارات وارده منتسب به سريلانکا است و بدون اثبات اینکه دولت در انجام اقدامات مقتضی قصور ورزیده است، طبق معاهده دوجانبه سرمایه گذاری، دولت دارای مسئولیت مطلق است. دیوان داوری این ادعا را موجه تشخیص نداد و به اتفاق آراء رد نمود که استاندارد حمایت و امنیت کامل بیانگر مسئولیت مطلق و بی قید و شرط دولت است و بیان داشت که صرف ورود خسارت به سرمایه گذار موجب اطلاق مسئولیت بر دولت نمی گردد (ICSID, 1990:53-77).

به طور مشابه، دیوان در پرونده «هتل ونا علیه مصر»^۲ در مورد تفسیر استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهده دوجانبه سرمایه گذاری میان مصر و انگلستان بیان داشت که تعهد دولت میزبان به حمایت و امنیت سرمایه گذاری، یک تعهد مطلق نیست که تضمین نماید هیچ خسارتی به سرمایه گذاری وارد نخواهد شد و یا هر تخلفی به صورت خودکار موجب مسئولیت مطلق دولت میزبان خواهد شد. دولت میزبان، یک بیمه کننده یا تضمین کننده نیست و نمی توان مسئولیت مطلق برای تمامی خسارات وارده به سرمایه گذار را بر وی بار کرد (ICSID, 2000: 48-49).

تعهد نسبی دولت میزبان

بر اساس این دیدگاه، مقصود از عبارات حمایت پایدار، حمایت کامل و از این قبیل عبارات موجود در استاندارد حمایت و امنیت کامل، ایجاد مسئولیت مطلق برای دولت نیست و تنها انجام اقدامات مقتضی^۳ توسط دولت میزبان برای حفاظت از سرمایه گذاری خارجی را در بر می گیرد. منظور از اقدامات مقتضی آن است که دولت میزبان باید نهایت تلاش خود را برای حفاظت از سرمایه گذار خارجی در برابر خسارات احتمالی ناشی از مخاصمات مسلحانه انجام دهد (Raeisi & Ansari, 2018: 69) و در صورتی که تلاش خود را به درستی انجام داد دیگر در قبال سرمایه گذار حتی در صورت ورود خسارت مسئولیتی ندارد. برای مثال، در پرونده «هتل ونا علیه

1- Strict Liability

2- Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, (2000).

3- Due Diligence

مصر» دیوان دآوری تأکید نمود که تعهد بار شده بر دولت میزبان، تعهد به انجام اقدامات مقتضی است؛ به این معنا که دولت میزبان باید تمامی اقدامات لازم برای تضمین حمایت و امنیت کامل سرمایه‌گذاری را انجام دهد و مجاز نیست که به قوانین داخلی خود برای معافیت از این مسئولیت استناد نماید (ICSID, 1998: 6). در پرونده‌های «سالوکا علیه چک»^۱، «ای.ام.تی علیه زئیر»^۲ و «تکمید علیه مکزیک»^۳ نیز هر سه دیوان مشترکاً بیان داشتند که استاندارد حمایت و امنیت کامل بیانگر تعهد مطلق دولت نیست، بلکه دولت میزبان متعهد است که اقدامات مقتضی را برای فراهم نمودن امنیت و حمایت از سرمایه‌گذاری به عمل آورد. (UNCITRAL, 2006: 484), (ICSID, 1997: 6), (ICSID, 2003: 177)

البته دیوان‌های دآوری که اعتقاد به مسئولیت نسبی دولت میزبان داشته‌اند، روش یکسانی را در اعمال این قاعده در پیش نگرفته‌اند. برخی از دیوان‌های دآوری به «مسئولیت نسبی یکسان» دولت میزبان و برخی به «مسئولیت نسبی متغیر» تأکید داشته‌اند که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرند:

تعهد نسبی ثابت:

بر اساس این دیدگاه، رعایت اقدامات مقتضی توسط کشورهای میزبان، دارای معیاری ثابت است که تمامی کشورها ملزم به رعایت آن هستند. به بیان دیگر، استاندارد حمایت و امنیت کامل، یک سطح مراقبتی ثابت را برای دولت‌ها در نظر می‌گیرد و توجهی به شرایط خاص و امکانات کشور میزبان سرمایه‌گذاری نمی‌نماید.

برای مثال در پرونده «ای.پی.ال علیه سریلانکا»^۴ دیوان بیان نمود که معیار استاندارد حمایت و امنیت کامل، آن است که یک دولت با بهترین نحوه حکمرانی^۵، در شرایط مشابه چه اقداماتی را انجام می‌دهد (ICSID, 1990: 77)

1- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, (2006).

2- American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, (1997).

3- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, (2003).

4- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka.

5- Well-Administrated Government

در پرونده اخیر «آمپال علیه مصر»^۱ در سال ۲۰۱۷ دیوان دریافت که مصر استاندارد حمایت و امنیت کامل را با قصور در حفاظت از سرمایه گذاری در برابر حملات تروریستی نقض کرده است. دیوان با اینکه بیان داشت شرایط مصر به دلیل بی ثباتی سیاسی، عملیات گروه های نظامی مسلح، ناامنی و بی قانونی دشوار بوده است اما قاعده مسئولیت نسبی ثابت را اعمال نمود و حکم به نقض استاندارد حمایت و امنیت کامل توسط مصر به دلیل قصور در انجام اقدامات امنیتی متعارف در حفاظت از سرمایه گذاری خارجی داد (ICSID, 2017: 284, 354).

تعهد نسبی متغیر:

بر اساس این دیدگاه، درج استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهدات سرمایه گذاری تنها به معنای تعهد به انجام اقدامات مقتضی در حد توانایی های دولت میزبان به منظور برقراری امنیت و حمایت از سرمایه گذاری خارجی است. به بیان دیگر، معیاری ثابت و جهانی برای تمامی کشورهای میزبان سرمایه گذاری در خصوص انجام اقدامات مقتضی وجود ندارد. در واقع، کشورهای سرمایه فرست می کوشند تا استاندارد حمایت و امنیت کامل را به عنوان یک استاندارد ثابت در ادبیات حقوقی و رویه داوری تثبیت نمایند. در نتیجه، کشورهایی با ظرفیت محدود ملزم به رعایت استانداردهایی می شوند که با توجه به منابع محدود خود قادر به رعایت آن نیستند. این امر بدون در نظر گرفتن اینکه کشورهای در حال توسعه با توجه به ظرفیت های محدود خود تا چه میزان هوشیارانه عمل کرده اند، ناگزیر منجر به نقض استاندارد حمایت و امنیت کامل و غلبه منافع سرمایه گذار بر منافع دولت میزبان می گردد. به منظور رفع این مشکل، دیوان های داوری در هر پرونده باید به صورت موردی، سطح ثبات و توسعه یافتگی کشورهای میزبان در گیر مخاصمه را در نظر داشته باشند و به شرایط و امکانات خاصی که در زمان مخاصمات مسلحانه در اختیار دارند توجه نمایند (Zeitler, 2001: 201). در رویه داوری، این رویکرد توسط داوری به نام پاولسون^۲

1- Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss, (2017).

2- Paulsson, Jan, Sole Arbitrator.

در پرونده «پانتکنیکی علیه آلبانی»^۱ اتخاذ شد. در این پرونده، ادعای سرمایه‌گذار مبنی بر اینکه آلبانی ملزم به حمایت از سرمایه‌گذار در برابر غارت و آشوب توسط اشخاص خصوصی بوده است، رد گردید. وی توضیح داد که در مورد آشوب‌های داخلی غیرقابل پیش‌بینی، سطح حفاظت متفاوتی از یک کشور قدرت‌مند و یا یک کشور فقیر و شکننده که ظرفیت‌های محدودی دارد انتظار می‌رود (ICSID, 2009: 71-76).

البته توجه به شرایط خاص هر کشور لزوماً منجر به رد دعاوی سرمایه‌گذار بر اساس استاندارد حمایت و امنیت کامل نخواهد شد. دیوان داوری ایکسید در پرونده «هوبن علیه بروندي»^۲ در سال ۲۰۱۶ به پرونده «پانتکنیکی علیه آلبانی» اشاره نمود و تأکید کرد که اعمال استاندارد حمایت و امنیت کامل باید متناسب با شرایط خاص هر دولت باشد. با این وجود، دیوان دریافت که بروندي با قصور در به کارگیری امکانات موجود خود برای بیرون راندن غاصبین از زمینی که آقای هوبن برای سرمایه‌گذاری در املاک و مستغلات در اختیار داشته استاندارد حمایت و امنیت کامل را نقض کرده است (ICSID, 2016: 160-179).

فایده عملی مباحث فوق در ارزیابی رعایت و یا عدم رعایت استاندارد حمایت و امنیت کامل در دیوان‌های داوری نمود پیدا می‌کند؛ به نحوی که ممکن است یک دولت بنا بر مسئولیت نسبی متغیر، معاف از مسئولیت شناخته شود ولی بر اساس مسئولیت نسبی ثابت یا مسئولیت مطلق، مسئول جبران خسارت وارده به سرمایه‌گذار باشد. در نتیجه با توجه به تشتت آراء و گوناگونی احکام صادره توسط دیوان‌های داوری که فوقاً به آن‌ها اشاره شد، ضروری است که به منظور روشن ساختن ماهیت تعهد دولت میزبان در این استاندارد در شرایط مخاصمات مسلحانه، به تفسیر آن پرداخته شود و مشخص شود که کدام یک از دیدگاه‌های فوق‌الذکر برای اعمال توسط دیوان‌های داوری در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از مخاصمات مسلحانه مناسب‌تر است.

1- Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, (2009).

2- Joseph Houben v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/13/7, Award, (2016).

۲-۱. تفسیر استاندارد حمایت و امنیت کامل

تعهد به حمایت و امنیت کامل، یک قاعده معاهداتی در حقوق بین‌الملل است، در نتیجه محتوای آن باید با استفاده از قواعد تفسیر معاهدات که در ماده ۳۱ کنوانسیون وین انعکاس یافته روشن شود. در این راستا، بر اساس بند ۱ ماده ۳۱ به منظور تفسیر معاهده باید به معنای معمول و متداول اصطلاحات معاهده، یعنی به معنای عادی، طبیعی یا عرفی آن اصطلاح توجه نمود. با توجه به این رویکرد، برخی دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری تلاش نموده‌اند تا معنا و ماهیت استاندارد حمایت و امنیت کامل را با جستجو در لغت‌نامه‌ها روشن نمایند؛ اما لغت‌نامه‌ها به تنهایی قادر به حل سؤالات پیچیده در مورد تفسیر این استاندارد نیستند و به علاوه، تجزیه کردن عبارت «حمایت و امنیت کامل» به کلمات جداگانه، به منظور مشخص کردن معنای کل عبارت، ترکیب عبارت را به هم ریخته و معنای آن را تغییر می‌دهد. منظور از معنای متداول، تنها معنی موجود در لغت‌نامه نیست، بلکه منظور این است که باید به معنای فنی و حرفه‌ای که واژه‌ها در اجتماع متخصصین مرتبط مانند اجتماع حقوقدانان دارند توجه نمود (Walde, 2009: 771). بررسی رویه داوری و رویه دولت‌ها به عنوان اجتماع متخصصین از سال ۱۹۵۰ تاکنون نشان می‌دهد که عبارت حمایت و امنیت کامل و عبارات مشابه آن در بسیاری از معاهدات، اشاره به قاعده عرفی رفتار با بیگانگان به خصوص حفاظت در برابر حملات داشته است.

برای مثال، پیش‌نویس کنوانسیون بین‌المللی سرمایه‌گذاری در خارج از کشور (کنوانسیون ای.بی.اس.شاورکراس)^۱ در سال ۱۹۶۰ و پیش‌نویس کنوانسیون سازمان همکاری اقتصادی و توسعه^۲ در مورد حمایت از اموال خارجی در سال ۱۹۶۷ که متعاقباً رویه ساز شدند از عبارت حمایت و امنیت پایدار برای بیان تعهد به انجام اقدامات مقتضی جهت حفاظت از اموال اتباع بیگانه استفاده نموده‌اند. این مقررات همان‌طور که خود پیش‌نویس توضیح می‌دهد از رویه معاهدات مودت، تجارت و دریانوردی ایالات متحده آمریکا تبعیت نموده و قاعده را به معنای عرفی آن ارجاع می‌دهند. رسیدگی‌های حقوقی به اختلافات پس از جنگ توسط نهادهای بین‌المللی در دهه ۱۹۸۰ نیز نشان می‌دهد که کشورها عبارت حمایت و امنیت پایدار را خواه عباراتی مانند «مطابق با

1- Abs and Shawcross Draft Convention on Investments Abroad

2- Organization for Economic Co-operation and Development

عرفی»، در کنار آن ذکر شود یا خیر، انعکاس حقوق بین‌الملل عرفی می‌دانند.

آنچه فوقاً ذکر شد نشان می‌دهد طبق بند ۱ ماده ۳۱ کنوانسیون وین، معنای متداول و مورد پذیرش همگان از عبارت حمایت و امنیت کامل، اشاره به قاعده حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص رفتار با بیگانگان دارد. همچنین علاوه بر بند ۱، بند ۴ ماده ۳۴ کنوانسیون وین بیان می‌دارد اگر ثابت شود که طرفین قصد دادن معنای خاصی را به یکی از عبارات معاهده داشته‌اند، باید در تفسیر معاهده، همان معنا را در نظر گرفت. بر اساس این بند، می‌توان با بررسی تاریخچه مذاکره مقامات در خصوص استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهدات مختلف، این گونه بیان نمود که طرفین معاهده قصد دادن معنای خاصی به این عبارت داشته‌اند که اشاره به حقوق بین‌الملل عرفی دارد.

برای مثال، در سال ۱۹۵۱، در جریان مذاکرات معاهده میان ایالات متحده آمریکا و ایتوپیا برای انعقاد معاهده مودت و روابط اقتصادی^۱، آمریکا بیان داشت که حمایت و امنیت پایدار، یک قاعده ریشه‌دار و پرسابقه است که بیانگر تعهد عرفی به انجام اقدامات مقتضی برای حفاظت از بیگانگان است (Vandeveld, 2017: 414).

ماده ۵ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایران و ژاپن نیز در سال ۲۰۱۶ بیان می‌دارد که استاندارد حمایت و امنیت کامل، خواهان رفتاری فراتر از رفتار مورد نظر توسط قاعده حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص رفتار با بیگانگان نیست.

چه بر اساس بند ۱ و چه بر اساس بند ۴ ماده ۳۴ کنوانسیون وین استدلال نماییم، عبارت حمایت و امنیت کامل اشاره به حقوق بین‌الملل عرفی دارد و درک ابعاد آن نیازمند ارزیابی محتوای قاعده عرفی رفتار با بیگانگان است (Paparinskis, 2013: 160). در نتیجه برای درک ماهیت تعهد دولت میزبان در این استاندارد باید به بررسی منشأ آن یعنی قاعده عرفی حفاظت از اموال بیگانگان پردازیم و روشن نماییم که این قاعده عرفی چه سطح حمایتی را برای حفاظت از بیگانگان در نظر داشته است.

۳-۱. منشأ عرفی استاندارد حمایت و امنیت کامل

تعهد به حمایت از بازرگانان و اموال آنها به ویژه در زمان حملات، یکی از قواعد تثبیت شده در حقوق بین‌الملل عرفی است و قدمت زیادی دارد. این تعهد در معاهدات مودت، تجارت و دریانوردی^۱ از اوایل قرن پانزدهم ظاهر شد و کشورهای متعاقد را ملزم کرد که تمام تلاش خود را به کار گیرند تا همه بازرگانان در کشورهای محل تجارت خود ایمن بمانند. معاهدات مودت تقریباً شامل منشوری از حقوق بودند که بیگانه می‌توانست در سرزمین دولت میزبان از آن بهره‌مند شود (Hasibi, 2011: 114).

در قرن هفدهم بسیاری از معاهدات مودت بریتانیا، حمایت و امنیت کامل، عالی یا پایدار را برای اشخاص و اموال تجویز می‌نمودند. معاهدات مودت ایالات متحده آمریکا نیز طرفین را ملزم می‌نمودند که به هر نحو که می‌توانند برای دفاع و محافظت از خارجی‌ان و اموال آنها تلاش نمایند تا بازرگانان و تجار طرفین متعاقد از حمایت و امنیت برای تجارت خود بهره‌مند گردند. فارغ از زبان‌های متفاوت، این قاعده به عنوان قاعده‌ای مشترک در روابط میان ملل متمدن شناخته شد و با تصریح در معاهدات مودت، ضمانت اجرای بیشتر و جدی‌تری پیدا کرد (Dunn, 1933, 3-10).

مبحث حقوق بیگانگان در اواسط قرن هجدهم میلادی در نوشته‌های واتل حقوقدان سوئیسی نیز مطرح گردید (Piran, 2014: 77). در سال ۱۷۵۸، واتل بیان نمود که تعهد به امنیت کامل بیگانگان به این معناست که حاکمیت باید امنیت کامل را تا آنجا که به او مربوط می‌شود برای بیگانگان تأمین نماید (De Vattel, 1797: 104).

الکساندر همیلتون حقوقدان آمریکایی و نخستین وزیر خزانه‌داری ایالات متحده آمریکا در سال ۱۷۹۵ استدلال نمود که حق دارا بودن اموال در یک کشور همیشه با وظیفه دولت مبنی بر محافظت از اموال و تضمین بهره‌برداری کامل مالک از آن همراه است و همچنین برقراری حمایت و امنیت کامل برای اشخاص و اموال یک طرف معاهده که در قلمرو طرف دیگر است نیز یک تعهد است (Hamilton, 1774: 14).

1- Treaty of Amity, Commerce, and Navigation

قاعده محافظت از اموال بیگانگان ابتدا موجب مسئولیت مطلق طرفین متعاهد می‌گردید. به این معنا که محاکم در مواردی که دولت تعهد به حفاظت از اموال بیگانگان را بر عهده گرفته بود، حتی در صورت عدم قصور و به صرف ورود خسارت، حکم به مسئولیت وی می‌دادند. پرونده «مونتیجو»^۱ میان ایالات متحده آمریکا و کلمبیا، در این زمینه می‌تواند روشن کننده باشد. این پرونده در مورد یک کشتی به نام مونتیجو متعلق به اتباع ایالات متحده آمریکا بود که توسط انقلابیون پاناما که در آن زمان بخشی از کلمبیا بود توقیف شده بود و دولت پاناما نتوانسته بود آن را پس بگیرد. اگرچه توسط طرفین پذیرفته شده بود که پاناما ابزار و قدرت لازم برای پس گرفتن کشتی را نداشته است اما با این وجود عدم موفقیت دولت موجب نقض حقوق بین‌الملل عرفی شده بود. داور پرونده اعلام داشت که اگر کشوری در قبال کشور دیگر، تعهد به حفاظت از اتباع او در قلمرو خود نماید، باید ابزارهای لازم برای اثربخشی این تعهد را هم فراهم نماید و اگر نتوانست این چنین کند، حتی اگر مرتکب قصوری هم نشده باشد باید به شخص متضرر خسارت پرداخت نماید (Moore, 1898: 1421-1444).

این رویه موجب افزایش نارضایتی دولت‌هایی گردید که بدون تقصیر در انجام تعهد خود، در این دعاوی مسئول شناخته می‌شدند. آن‌ها استدلال می‌نمودند که حقوق بیگانگان هم مانند حقوق اتباع خود کشور در زمان صلح یا در زمان جنگ و یا در سکونتگاه‌های عادی یا مناطق مرزی و مین‌گذاری شده متفاوت است و تضمین عدم ورود خسارت به خارجی‌ان در شرایط مخاصمات مسلحانه امکان‌پذیر نیست. در نتیجه به تدریج ادبیات حقوقی و همچنین رویه محاکمی که به خسارات وارده به اموال بیگانگان در زمان مخاصمات مسلحانه رسیدگی می‌نمودند، مطلق بودن تعهد عرفی به حفاظت از اموال خارجی‌ان در زمان مخاصمات را رد نمودند و به جای آن، «متعارف» بودن اقداماتی که دولت با توجه به شرایط حاکم بر کشور باید انجام دهد را ملاک قرار دادند.

از آنجا که تعهد به انجام اقدامات متعارف برای حفاظت از اموال بیگانگان ابتدا تنها میان ملل متمدن که خود را برابر می‌دانستند اعمال می‌گردید، در این قاعده فرض بر برابری دولت‌ها بود. به

1- US v. Colombia, Montijo Case, US-Colombia Claims Tribunal, (1874).

این معنا که تعهد به انجام اقدامات متعارف برای تمامی کشورها دارای معیار ثابتی بود و به شرایط خاص هر کشور یا به سطح حفاظت ارائه شده توسط کشور میزبان به اتباع خود بستگی نداشت. تا زمانی که این قاعده تنها میان کشورهای توسعه یافته اعمال می گردید، فرض برابری دولت‌ها و اعمال معیار ثابت برای حفاظت از بیگانگان مشکلی ایجاد نمی نمود اما پس از گسترش قلمرو اعمال این قاعده به کشورهای در حال توسعه، کشورهایی با ظرفیت محدود ملزم به انجام اقداماتی به منظور حمایت از اموال بیگانگان شدند که با توجه به منابع محدود خود قادر به رعایت آن نبودند. این امر، ناگزیر بدون در نظر گرفتن تلاش مناسبی که یک کشور در حال توسعه با توجه به ظرفیت‌های محدود خود برای حفاظت از اموال بیگانگان انجام داده بود، منجر به نقض تعهد مراقبت متعارف از بیگانگان می گردید (Mixed Claims Commission, 1903: 499).

در پی اعتراضات کشورهای در حال توسعه، این عقیده که همه کشورها برابر هستند و باید ملزم به رعایت استانداردهای یکسانی شوند، جذابیت خود را در طول قرن بیستم از دست داد. استاندارد مطلق مورد حمایت دیوان در پرونده «مونتئجو»، صراحتاً در پرونده «سامبیاگیو»^۱ میان ایتالیا و ونزوئلا در ۱۹۰۳ رد گردید و این دیوان بیان داشت که در ارزیابی حفاظت صورت گرفته توسط دولت باید به ظرفیت‌ها و شرایط دولت میزبان توجه نمود.

به طور خلاصه از قرن پانزدهم، معاهدات مودت، تجارت و دریانوردی دربردارنده یک استاندارد عرفی در خصوص حمایت و امنیت بیگانگان بودند که دولت میزبان را ملزم به حفاظت از خارجی‌ان و اموال آن‌ها در برابر ورود آسیب توسط خود دولت یا اشخاص ثالث می نمود. اگرچه این قاعده ابتدا به صورت مطلق توسط محاکم اعمال می گردید اما نهایتاً به تعهد دولت به انجام اقدامات متعارف برای حفاظت از اموال بیگانگان محدود شد. تعهد دولت به انجام اقدامات متعارف ابتدا دارای یک معیار جهانی و ثابت بود ولی به تدریج به یک قاعده نسبی بدل شد که در ارزیابی رعایت یا عدم رعایت تعهد به مراقبت متعارف، به منابع موجود و شرایط کشور میزبان توجه می نمود.

با توجه به توضیحات فوق، اثبات می شود که قاعده عرفی رفتار با بیگانگان بیانگر یک

1- Italy v. Venezuela, Sambiaggio case, Mixed Claims Commission, (1903).

استاندارد نسبی است که به شرایط و منابع کشور میزبان توجه می‌نماید، در نتیجه استاندارد حمایت و امنیت کامل مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری که به قاعده عرفی رفتار با بیگانگان اشاره دارد، بیش از یک استاندارد نسبی نیست. به این معنا که کشورهای میزبان سرمایه‌گذاری باید با توجه به شرایط و منابع در دسترس خود در زمان مخاصمات مسلحانه، اقدامات مقتضی را جهت حفظ امنیت و حفاظت از سرمایه‌گذاری به عمل آورند. در واقع دیوان‌های داوری برای ارزیابی رعایت یا عدم رعایت استاندارد حمایت کامل نمی‌توانند معیار ثابتی را برگزیده و اقدامات کشور میزبان را با آن بسنجند، بلکه در این گونه دعاوی ارزیابی اقدامات صورت گرفته توسط دولت میزبان باید به صورت موردی و با توجه به شرایط خاص هر کشور مورد بررسی قرار گیرد.

قلمرو تعهد دولت میزبان در استاندارد حمایت و امنیت کامل

در این گفتار در دو بخش حمایت فیزیکی و غیرفیزیکی و خشونت دولتی و غیردولتی به بررسی قلمرو تعهد دولت میزبان به حمایت از سرمایه‌گذار خارجی به هنگام وقوع مخاصمات مسلحانه پرداخته می‌شود:

۱-۲. حمایت فیزیکی و غیرفیزیکی از سرمایه‌گذار

به طور سنتی، استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهدات سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار و سرمایه‌وی را از حمایت و حفاظت فیزیکی بهره‌مند می‌ساخت و دولت میزبان را متعهد می‌نمود تا با استفاده از نیروهای پلیس و امنیتی خود از افراد و دارایی‌های سرمایه‌گذار حمایت نماید (Askari, 2015: 127). در نتیجه، استاندارد حمایت و امنیت کامل در مواقعی اعمال می‌شد که سرمایه‌گذاری در نتیجه خشونت فیزیکی خسارت دیده باشد. دیوان در پرونده «ای.ای.پی.ال علیه سریلانکا»^۱ با اشاره به خشونت فیزیکی بیان نمود که دولت میزبان تنها زمانی این استاندارد را نقض می‌نماید که در استفاده از نیروهای در اختیار خود جهت سرکوب یا جلوگیری از شورش، اهمال نموده باشد (ICSID, 1990: 69).

1- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka.

در پرونده «هتل ونا علیه مصر»^۱ دیوان بیان داشت که حمایت کامل، شامل این نیز می‌شود که دولت نباید مجاز به استناد به قوانین خود جهت کاستن از تعهدات خود باشد (ICSID, 2000: 84)، اما در خود این پرونده، تمام رأی بر خشونت فیزیکی متمرکز بود و این موضوع که آیا قلمرو استاندارد حمایت و امنیت کامل از این فراتر است یا خیر مورد بحث قرار نگرفت.

در پرونده «گروه بی.جی علیه آرژانتین»^۲، خواهان ادعا نمود صرف نظر از این که آیا اموال به طور فیزیکی نابود شده است یا خیر، آرژانتین در اجرای استاندارد حمایت و امنیت پایدار قصور کرده است، اما دیوان بیان داشت که اصطلاح حمایت و امنیت پایدار در حقوق بین‌الملل به طور سنتی در وضعیتی اعمال می‌شده که امنیت فیزیکی سرمایه‌گذار یا سرمایه‌گذاری او در معرض خطر بوده باشد و مناسب نیست که از استاندارد پیش‌تر شناخته‌شده حمایت و امنیت پایدار فاصله بگیریم (UNCITRAL, 2007: 314-328).

در پرونده «سالوکا علیه چک»^۳ دیوان اشاره نمود که شرط حمایت و امنیت کامل به معنای پوشش هر نوع آسیب‌دیدگی نیست بلکه بیشتر به معنای پوشش تمامیت فیزیکی سرمایه‌گذاری در برابر دخالت‌های قهری است (UNCITRAL, 2006: 484).

در پرونده دیگر ایکسید، «روملی علیه قزاقستان»^۴، دیوان صراحتاً با رأی پرونده «سالوکا» موافقت نمود و معتقد بود که معاهده سرمایه‌گذاری دولت را ملزم به ارائه سطح خاصی از حمایت در برابر خسارات فیزیکی می‌نماید (ICSID, 2008, 668).

با این وجود با تلاش کشورهای سرمایه‌فرست، گرایش جدیدی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به وجود آمده است که بر اساس آن، برخی دیوان‌های داوری استاندارد حمایت و امنیت کامل را بر خلاف منشأ عرفی آن به قانون‌گذاری‌هایی که دولت میزبان جهت تنظیم امور داخلی خود انجام می‌دهد تسری می‌دهند و تصویب برخی قوانین را به عنوان نقض استاندارد حمایت و امنیت کامل شناسایی می‌نمایند، بدون توجه به آنکه وسعت و گستره این استاندارد حتی

1- Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt.

2- BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Final Award, (2007).

3- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, (2006).

4- Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, (2008).

بر محدوده مواد دیگر معاهده مثل رفتار منصفانه و عادلانه^۱ یا شرط فراگیر^۲ نیز تأثیرگذار است (Dolzer & Schreuer, 2012: 243). در این رویکرد غلبه منافع سرمایه‌گذار بر منافع اساسی کشور میزبان کاملاً مشهود است. برخی احکام داوری اخیر، صراحتاً قلمرو اعمال استاندارد حمایت و امنیت کامل را افزایش داده تا انواع حمایت‌ها به ویژه حمایت در مقابل قوانین دولت میزبان را شامل شود.

در پرونده «موندو علیه ایالات متحده آمریکا»^۳، دیوان تحدید قلمرو استاندارد حمایت و امنیت کامل به حمایت فیزیکی را رد نمود و بیان داشت که تعجب‌آور است اگر این معاهدات طوری تفسیر شوند که معنایی بیش از حمایت فیزیکی نداشته باشند (ICSID, 2002: 115). در پرونده «آزوریکس علیه آرژانتین»^۴، دیوان صریحاً اشاره نمود که اگرچه در پرونده «ای.ای.پی.ال» تنها به امنیت فیزیکی اشاره شده است اما نه تنها امنیت فیزیکی، بلکه ثبات موجود در یک محیط سرمایه‌گذاری امن نیز از دیدگاه سرمایه‌گذار مهم است. همچنین دیوان بیان نمود زمانی که قید «کامل» به «حمایت و امنیت» اضافه شود و هیچ قید یا توضیح دیگری در آن نباشد، دیوان‌های داوری می‌توانند محتوای این استاندارد را فراتر از امنیت فیزیکی تفسیر نمایند (ICSID, 2006, 408).

در پرونده «بی واتر علیه تانزانیا»^۵ نیز دیوان از پرونده «آزوریکس» پیروی نمود و نتیجه گرفت که محتوای استاندارد حمایت و امنیت کامل شامل تضمین ثبات فیزیکی، تجاری و حقوقی در یک محیط امن سرمایه‌گذاری توسط کشور میزبان است و غیرمنطقی است که مفهوم امنیت کامل را تنها محدود به حمایت فیزیکی نماییم (ICSID, 2008: 729).

در پرونده «زیمنس علیه آرژانتین»^۶، دیوان معتقد بود که قلمرو استاندارد حمایت و امنیت کامل

1- Fair and Equitable Treatment

2- Umbrella Clause

3- *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, (2002).

4- *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, (2006).

5- *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, (2008).

6- *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, (2007).

فراتر از امنیت و حمایت فیزیکی است و از آنجا که به امنیت حقوقی سرمایه گذاری زیرمنس آسیب وارد شده است، استاندارد حمایت و امنیت کامل توسط کشور میزبان نقض شده است (ICSID, 2007: 303).

در پرونده «سی.ام.ئی علیه جمهوری چک»^۱، دعوای مطرح شده به دلیل اقداماتی بود که نمایندگان دولت با هدف آسیب به امنیت و حمایت حقوقی سرمایه گذاری خواهان انجام داده بودند. در رابطه با معنای حمایت و امنیت کامل، دیوان خاطرنشان کرد که دولت میزبان متعهد است تضمین نماید، نه به وسیله اصلاح قوانین خود و نه به وسیله مجموعه‌های اداری خود، حمایت و امنیت سرمایه گذار را تضعیف نکرده یا حذف نمی‌کند (UNCITRAL, 2003: 613).

به همین ترتیب، در دعوای «ویوندی یونیورسال علیه جمهوری آرژانتین»^۲، دیوان به روشنی این استدلال را رد نمود که استاندارد حمایت و امنیت کامل محدود به مداخلات فیزیکی است و بیان داشت که قلمرو حمایت و امنیت کامل، نه تنها آسیب فیزیکی به سرمایه گذاری بلکه مداخلات حقوقی در اداره یک سرمایه گذاری را باید شامل شود (ICSID, 2007: 7).

در این خصوص باید گفت، آن دسته از دیوان‌های داوری که استاندارد حمایت و امنیت کامل را به مواردی فراتر از حمایت فیزیکی و به خصوص به قانون گذاری‌های دولت میزبان تسری داده‌اند از منشأ عرفی این استاندارد که تنها اشاره به حمایت فیزیکی از سرمایه گذاری داشته، فاصله گرفته و همچنین منافع اساسی دولت میزبان را نادیده گرفته‌اند. در صورتی که طرفین معاهده قصد داشته باشند که این استاندارد به قانون گذاری‌های انجام شده توسط دولت میزبان تسری پیدا کند، لازم است صراحتاً کلماتی را که مفید این معنا باشد در متن معاهده به کار گیرند. برای مثال در ماده ۴ معاهده دوجانبه سرمایه گذاری میان جمهوری اسلامی ایران و نیکاراگوئه^۳ در سال ۲۰۱۹ آمده است: «سرمایه گذاری‌های انجام شده توسط اشخاص حقیقی و حقوقی هریک از طرفین در قلمرو طرف دیگر باید از حمایت حقوقی کامل دولت میزبان بهره مند گردد».

اما در صورتی که عبارت «حمایت و امنیت کامل» بدون هیچ قید یا توضیحی در معاهده ذکر

1- CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, (2003).

2- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 2007.

3- Islamic Republic of Iran-Nicaragua (2019). Bilateral Investment Treaty.

شده باشد دیوان‌های داوری نمی‌توانند به اختیار خود تفسیر موسعی از تعهدات دولت ارائه دهند و بر اساس تفسیر موسعی که خود ارائه نموده‌اند، دولت را به‌عنوان ناقض معاهده مسئول بدانند، حال آنکه خود دولت فاقد قصد پذیرش چنین تعهدی در معاهده بوده است و متن معاهده نیز در مورد آن ساکت است.

۲-۲. خشونت دولتی و غیردولتی علیه سرمایه‌گذاری خارجی

روشن است که دولت، مسئول اقدامات انجام شده و یا قصور صورت گرفته توسط ارگان‌های خود است و شک و تردیدی در قابل اعمال بودن استاندارد حمایت و امنیت کامل، در صورت حمله مستقیم ارگان‌های دولت میزبان به شخص یا اموال سرمایه‌گذار وجود ندارد. در پرونده «بی.واتر علیه تانزانیا»^۱ دیوان بیان داشت که استاندارد امنیت کامل شامل اقدامات ارگان‌ها و نمایندگان خود دولت نیز می‌شود و محدود به اشخاص ثالث نیست (ICSID, 2008: 730).

در پرونده «ای.ام.تی علیه زئیر»^۲، سرمایه‌گذاری این شرکت توسط نیروهای مسلح زئیر مورد غارت قرار گرفته بود. دیوان دریافت که مقررات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، تعهد به انجام تمام اقدامات احتیاطی لازم برای حفاظت از سرمایه‌گذار را بر کشور میزبان بار نموده است و دولت با قصور در اقداماتی که حمایت و امنیت سرمایه‌گذار را تضمین نماید، این تعهد را نقض کرده و مسئول ناتوانی خود در جلوگیری از پیامدهای فاجعه بار این رویداد است (ICSID, 1997: 6).

در پرونده «توتو علیه لبنان»^۳ که در خصوص ساخت یک بزرگراه بود، سرمایه‌گذار در مورد قصور دولت لبنان در خارج نمودن سربازان سوری از محل ساخت و ساز شکایت کرد. دیوان در رأی خود بیان داشت که اگر قصور دولت اثبات گردد، موجب نقض تعهد حمایت از سرمایه‌گذاری طبق معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایتالیا و لبنان خواهد بود (ICSID, 2012: 200).

1- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania.

2- American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire.

3- Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Award, (2012).

کاربرد مهم دیگر استاندارد حمایت و امنیت کامل، مربوط به وظیفه دولت برای محافظت از سرمایه گذار در برابر خشونت‌های صورت گرفته توسط بازیگران غیردولتی است. این بازیگران ممکن است شورشیان علیه دولت باشند یا گروه‌های غیردولتی که علیه سرمایه گذار دست به اقدامات خشونت آمیز می‌زنند.

در پرونده «ای.ای.پی. ال علیه سریلانکا»^۱، دیوان هیچ شواهد قطعی در مورد اینکه تخریب سرمایه گذاری توسط نیروهای امنیتی دولتی صورت گرفته یا توسط شورشیان نیافت. دیوان اظهار داشت در حالی که یک دولت در اصل برای اقدامات شورشیان مسئول نیست اما صرف نظر از این که آیا اقدامات مخرب توسط شورشیان یا نیروهای دولتی صورت گرفته است، وظیفه حفاظت از سرمایه گذاری را بر عهده دارد. بر این اساس دیوان، دولت سریلانکا را مسئول دانست (ICSID, 1990: 72,85).

در پرونده «هتل ونا علیه مصر»^۲، دو هتل توسط کارمندان یک شرکت دولتی به نام «شرکت هتل‌های مصری»^۳ تصرف شده بودند. اگرچه مقامات دولتی، در تصرف هتل‌ها حضوری نداشتند اما پلیس و سایر مقامات، اقدامات مؤثری برای جلوگیری از تصرف یا جبران خسارت آن انجام ندادند. دیوان تردیدی نداشت که مصر تعهد خود نسبت به تضمین حمایت و امنیت کامل را نقض کرده است، این نتیجه بر اساس یافته‌های دیوان بود که دولت مصر از نیت «شرکت هتل‌های مصری» مبنی بر تصرف هتل‌ها آگاهی داشته و هیچ اقدامی برای جلوگیری از آن انجام نداده است. پلیس و وزارت گردشگری نیز از اقدامات فوری برای بازگرداندن هتل به سرمایه گذار خودداری نموده بودند و هیچ مجازات شدیدی علیه مجرمان اعمال نشده بود. دیوان بیان داشت که اگرچه مشخص نیست به غیر از کارمندان شرکت هتل‌های مصری، مقامات مصری نیز به طور مستقیم در تصرف هتل شرکت داشته‌اند یا خیر اما شواهد مهمی وجود دارد که مصر از نیت این شرکت مبنی بر تصرف هتل آگاه بوده و هیچ اقدامی جهت جلوگیری از آن انجام نداده است (ICSID, 2000: 84).

1- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka.

2- Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt.

3- Egyptian Hotels Company (EHC)

در پرونده «آمکو علیه اندونزی»^۱ دیوان نه بر اساس معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بلکه در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی رأی خود را صادر نمود. در این پرونده، موضوع سرمایه‌گذاری، اجاره و مدیریت یک هتل بود اما شریک داخلی قرارداد، هتل را با نیروهای مسلح تصاحب کرده بود. دیوان تأیید نمود که تصاحب اجباری هتل منتسب به دولت اندونزی نیست اما اندونزی به در حفاظت از سرمایه‌گذار در برابر تصاحب هتل توسط شهروندان خود قصور ورزیده و در نتیجه حقوق بین‌الملل را نقض کرده است (ICSID, 1984: 172).

به طور خلاصه باید گفت که استاندارد حمایت و امنیت کامل، دولت میزبان را متعهد می‌سازد که از یک سو استفاده از نیروی نظامی خود را در صورتی که با منافع سرمایه‌گذار منافات داشته باشد، محدود نماید و از سوی دیگر از سرمایه‌گذاری‌های خارجی در مقابل نیروهای شورشی و دیگر انواع خشونت‌های بازیگران غیردولتی محافظت نماید. دیوان‌های داوری نیز در همین راستا در مواردی به دلیل رفتارهای خشونت‌آمیز شورشیانی که منتسب به دولت نیستند، دولت را مسئول دانسته و حکم به نقض استاندارد حمایت و امنیت کامل داده‌اند. اما باید در نظر داشت که کشوری که مخاصمه‌ای در قلمرو آن رخ می‌دهد، به طور طبیعی مسئول خسارات تحمیل شده به سرمایه‌گذار نیست، مگر اینکه اثبات شود که دولت در ارائه استانداردهای حمایتی طبق معاهده یا حقوق بین‌الملل عرفی قصور ورزیده است. به بیان دیگر، قصور در انجام اقدامات مقتضی صرف‌نظر از اینکه خسارات وارده در اثر اقدام شورشیان یا عملیات خود دولت باشد، موجب مسئولیت بین‌المللی دولت خواهد شد. در صورتی که دولت اقدامات مقتضی را برای حفاظت از سرمایه‌گذاری در برابر شورشیان انجام داده باشد حتی در صورت ورود خسارت مسئول نخواهد بود.

نتیجه‌گیری

علیرغم آنکه دیوان‌های داوری در جهت غلبه منافع سرمایه‌گذار بر منافع دولت میزبان در دعاوی ناشی از مخاصمات مسلحانه تفاسیر موسعی از استانداردهای معاهداتی از جمله استاندارد

1- Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, (1984).

حمایت و امنیت کامل ارائه می‌دهند، در این پژوهش با استفاده از قواعد تفسیر معاهدات مندرج در کنوانسیون وین مشخص شد که استاندارد حمایت و امنیت کامل تنها به قاعده رفتار با بیگانگان در حقوق بین‌الملل عرفی اشاره دارد و از آنجا که قاعده عرفی رفتار با بیگانگان یک قاعده نسبی متغیر است که به شرایط خاص و امکانات کشور میزبان توجه می‌نماید، استاندارد حمایت و امنیت کامل که انعکاس معاهداتی این قاعده عرفی است نیز یک استاندارد نسبی متغیر است. در نتیجه دیوان‌های داوری در هنگام ارزیابی رعایت یا عدم رعایت استاندارد حمایت و امنیت کامل در زمان مخاصمات مسلحانه باید به طور نسبی به شرایط خاص هر کشور توجه داشتند تا منافع کشور میزبان نادیده انگاشته نشود.

در مورد ورود خسارت توسط شورشیانی که منتسب به دولت نیستند نیز دولت مسئولیتی در قبال سرمایه‌گذار نخواهد داشت مگر آن که اثبات شود دولت در حفاظت از سرمایه‌گذار در برابر شورشیان قصور ورزیده است. همچنین برخی از دیوان‌های داوری از قلمرو عرفی استاندارد حمایت و امنیت کامل که تنها اشاره به حمایت فیزیکی از سرمایه‌گذار دارد فاصله گرفته و این استاندارد را به قانون‌گذاری‌هایی که دولت میزبان برای تنظیم امور داخلی خود انجام می‌دهد تسری می‌دهند که این رویکرد به طور آشکار به معنای غلبه دادن منافع سرمایه‌گذار بر منافع کشور میزبان است. در صورتی که طرفین معاهده قصد تسری این استاندارد به حمایت قانونی از سرمایه‌گذار را داشته باشند باید صراحتاً آن را متن معاهده ذکر نمایند. اما اگر عبارت «حمایت و امنیت کامل» بدون هیچ قید و توضیحی در معاهده به کار رفت، دیوان داوری نمی‌تواند بنا به صلاحدید خود، تفسیر موسعی از قلمرو تعهدات دولت میزبان ارائه دهد و سپس بر اساس تفسیر موسعی که خود ارائه داده، کشور میزبان را ناقض تعهداتی بداند که اصولاً بر عهده نگرفته و معاهده در مورد آن‌ها ساکت است.

نکته پایانی آنکه کاستی‌های موجود در زبان معاهدات سرمایه‌گذاری و مبهم رها نمودن استانداردهای موجود در معاهدات موجب ارائه تفسیرهای مختلف توسط دیوان‌های داوری می‌شود. در صورتی که کشورها در هنگام مذاکره این معاهدات، صراحتاً قصد خود را اعلام نموده، کمیت و کیفیت هر استاندارد را مشخص کرده و هیچ نکته مبهمی باقی نگذارند، تشت آراء موجود در محاکم سرمایه‌گذاری کاهش یافته و تعادلی میان منافع سرمایه‌گذار و دولت میزبان برقرار خواهد شد. پیشنهاد می‌شود دولت جمهوری اسلامی ایران که تا کنون بیش از هفتاد معاهده سرمایه‌گذاری منعقد نموده است جهت حفظ منافع خود به عنوان یک کشور سرمایه‌پذیر

از متن ذیل به‌عنوان استاندارد حمایت و امنیت کامل در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خود استفاده نماید:

- ۱) هر یک از طرفین معاهده باید برای سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران طرف دیگر معاهده در قلمرو خود، حمایت و امنیت کامل را تأمین نماید. برای اطمینان بیشتر، وضع، تغییر یا ابطال قوانین و مقررات یکی از طرفین متعاقد به خودی خود موجب نقض این تعهد نخواهد شد.^۱
- ۲) استاندارد حمایت و امنیت کامل، دولت میزبان را ملزم به اقداماتی فراتر از قاعده عرفی رفتار با بیگانگان در حقوق بین‌الملل عرفی نمی‌کند و حق اضافی ایجاد نمی‌نماید.^۲
- ۳) استاندارد حمایت و امنیت کامل هر یک از طرفین متعاقد را ملزم به حمایت فیزیکی طبق حقوق بین‌الملل عرفی می‌نماید.^۳
- ۴) نقض هر یک از مقررات این معاهده یا معاهده بین‌المللی دیگر، موجب اثبات نقض مقررات این ماده نمی‌شود.^۴
- ۵) برای اطمینان بیشتر، صرف این امر که فعل یا ترک فعل یکی از طرفین متعاقد با انتظارات سرمایه‌گذار ناسازگار است موجب نقض استاندارد حمایت و امنیت کامل مندرج در این ماده نمی‌شود؛ حتی اگر منجر به ورود خسارت به سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار طرف دیگر معاهده شود.^۵

1- Each Contracting Party shall, in its territory, accord to investments of investors of the other Contracting Party, full protection and security. For greater certainty, adoption, change or revocation of laws and regulations by a Contracting Party does not constitute by itself a breach of this obligation.

2- The concept of "Full protection and security" does not require treatment in addition to or beyond that which is required by customary international law minimum standard of treatment of aliens, and does not create additional rights.

3- "Full protection and security" requires each Contracting Party to provide the level of physical protection required under customary international law.

4- A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

5- For greater certainty, the mere fact that a Contracting Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of the full protection and security standards referred to in this Article, even if there is a loss or damage to the investment of investors of the other Contracting Party as a result.

Referencecs

- [1] Abs and Shawcross Draft Convention on Investments Abroad, (1960).
- [2] Askari, Pouria (2015). The Law of Foreign Investment in International Arbitration Practice, Shahre Danesh Institute of Law Research & Study. (in Persian)
- [3] De Vattel, Emer, (1797). The Law of Nations or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, Indianapolis, Liberty Fund.
- [4] Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, (2012). Principles of International Investment Law, Translated By Ghasem Zamani & Behazin Hasibi, Tehran, Shahre Danesh Institute of Law Research & Study. (in Persian)
- [5] Dunn, Frederick Sherwood, (1933). "The Diplomatic Protection of Americans in Mexico", New York, Columbia University Press, Volume 27, Issues 3.
- [6] Egypt-United Kingdom (1975). Bilateral Investment Treaty.
- [7] Energy Charter Treaty (1995).
- [8] Habibzadeh, Tavakkol & Gholami, Afifeh (2018). "The Role of Umbrella Clause in Settlement of Foreign Investor and Host State Disputes in the Light of ICSID Arbitral Jurisprudence, International Law Review Journal, No.59, pp 85-118. (in Persian)
- [9] Hamilton, Alexander, (1904). The Works of Alexander Hamilton, Federal Edition, New York, Putnam's Sons Publications.
- [10] Hasibi, Behazin (2011). Government and Foreign Investors: International Standards, Shahre Danesh Institute of Law Research & Study. (in Persian)
- [11] ICSID Case (1984). Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, Award, No. ARB/81/1.
- [12] ICSID Case (1990). Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, Award, No. ARB/87/3.
- [13] ICSID Case (1997). American Manufacturing & Trading (AMT), Inc. v. Republic of Zaire, Award, No. ARB/93/1.
- [14] ICSID Case (2000). Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic, Award, No. ARB/97/3.
- [15] ICSID Case (2000). Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Award, No. ARB/98/4.
- [16] ICSID Case (2002). Mondev International Ltd. v. United States of America, Award, No. ARB (AF)/99/2.
- [17] ICSID Case (2003). Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, Award, No. ARB (AF)/00/2.
- [18] ICSID Case (2006). Azurix Corp. v. The Argentine Republic, Award, No. ARB/01/12.
- [19] ICSID Case (2007). Siemens A.G. v. The Argentine Republic, Award, No. ARB/02/8.
- [20] ICSID Case (2008). Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of

- Tanzania, Award, No. ARB/05/22.
- [21] ICSID Case (2008). Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, Award, No. ARB/05/16.
- [22] ICSID Case (2009). Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania, Award, No. ARB/07/21.
- [23] ICSID Case (2012). Toto v. Lebanon Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, Award, No. ARB/07/12.
- [24] ICSID Case (2016). Joseph Houben v. Republic of Burundi, Award, No. ARB/13/7.
- [25] ICSID Case (2017). Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, Decision on Liability and Heads of Loss, No. ARB/12/11.
- [26] Islamic Republic of Iran-Japan (2016). Bilateral Investment Treaty.
- [27] Islamic Republic of Iran-Nicaragua (2019). Bilateral Investment Treaty.
- [28] Islamic Republic of Iran-Slovakia (2016). Bilateral Investment Treaty.
- [29] Japan-Morocco, Bilateral Investment Treaty, (2020).
- [30] Mirabbasi, Seyedbagher (1992). "Nationalization in International Law", Journal of the Faculty of Law and Political Science, No.28, pp 143-166. (in Persian)
- [31] Mixed Claims Commission (1903). Italy v. Venezuela, Sambiaggio case, in United Nations Reports of International Arbitral Awards, Vol. X, 2006.
- [32] Moore, John Bassett (1898). History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party, Washington, US Government Printing Office.
- [33] Ostransky, Josef (2015). "The Termination and Suspension of Bilateral Investment Treaties due to an Armed Conflict", Journal of International Dispute Settlement, Volume 6, Issue 1, pp. 136-162.
- [34] Paparinskis, Martins (2013). The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment, Oxford, Oxford University Press.
- [35] Piran, Hossein, The Law of International Investment (2014). Ganje Danesh Publication. (in Persian)
- [36] Raeisi, Leila & Ansari Alireza (2018). "International Standards for Protection of Foreign Investment", Journal Encyclopedia of Economic Law, Vol.25, No.1, pp 47-88. (in Persian)
- [37] UNCITRAL (2003). CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, Final Award.
- [38] UNCITRAL (2006). Saluka Investments BV v. The Czech Republic.
- [39] UNCITRAL (2007). BG Group Plc v. The Republic of Argentina, Final Award.
- [40] United States, Canada, Mexico (1993). North American Free Trade Agreement (NAFTA).
- [41] US-Colombia Claims Tribunal (1875). United States of America v. United States of Colombia, Montijo Case.
- [42] Vandavelde, Kenneth, (2017). The First Bilateral Investment Treaties: US

- Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties, Oxford, Oxford University Press.
- [43] Walde, Thomas, (2009). Interpreting investment treaties: experiences and examples, In: Binder, Christina & Kriebaum, Ursula & Reinisch, August & Wittich, Stephan, International Investment Law for the 21st Century, Oxford, Oxford University Press.
- [44] Zaire (Congo)-United Kingdom (1989). Bilateral Investment Treaty.
- [45] Zamani, SyedGhasem & Bazzar, Vahid (2018). "The Assumption of Risk as an Effective Factor on Responsibility in Foreign Investment Disputes with an Emphasis on International Arbitration Practice", Private Law Studies Journal, Vol.48, No.2, pp 227-245. (in Persian)
- [46] Zeitler, Helge Elisabeth (2010). "Full Protection and Security" In: Schill, Stephan, International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford, Oxford University Press.

حمایت از مد (آفرینش‌های پوششی-زیبایی) از رهگذر حقوق مالکیت صنعتی ایران و فرانسه*

حسن رسولی^۱

دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی، واحد
علوم و تحقیقات آذربایجان شرقی، دانشگاه آزاد
اسلامی تبریز، ایران

سید مصطفی محقق احمدآبادی (داماد)^۲

استاد گروه حقوق اسلامی، دانشگاه شهید
بهشتی، تهران، ایران

حسن پاشازاده^۳

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق
و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد
تبریز، ایران

تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۱۰/۲۱ تاریخ پذیرش ۱۳۹۸/۱۲/۲۴

چکیده

با گسترش مفهوم و مصادیق صنعت، آموزه‌ها و دکترین حقوق آفرینش‌های مرتبط با مد نیز به مثابه یکی از مهم‌ترین جلوه‌های حقوق مالکیت فکری، توسعه پیدا کرده و حمایت از آن، تا حد قابل توجهی در دو نظام حقوقی ایران و به ویژه در حقوق فرانسه مورد توجه قرار گرفته است. آفرینش‌های مرتبط با مد، صرف‌نظر از مفهوم و مصادیق گسترده و متنوع خود، از بعد حقوق مالکیت صنعتی، در حقوق فرانسه همچنان که در نوشتارهای حقوقی مرتبط با این موضوع آمده، در چارچوب مصادیق مختلفی از جمله حقوق ناظر بر طرح-

*- مقاله پژوهشی

۱- نویسنده مسئول Hasan.rasuli2020@yahoo.com

2 - M_Mohaghegh@sbu.ac.ir

3 - Pashazadeh@iaut.ac.ir

DOI: 10.22067/le.v26i16.85039

ها و مدل‌ها، حق اختراع، طرح صنعتی، اسرار تجاری، علامت تجاری و قابل حمایت بوده و مقررات هریک از موارد مذکور، نسبت به آن قابل اعمال خواهد بود. در حقوق ایران نیز، به رغم آنکه چه در بعد تقنین و چه در بعد تفسیر این بحث در تألیفات حقوقی، به مانند حقوق فرانسه چندان سخنی به میان نیامده است، با این حال، با استقرای در آموزه‌های حقوق مالکیت صنعتی فرانسه و مقایسه آن با حقوق ایران و با لحاظ معیار اسلامی - ایرانی امر مزبور و هم چنین، تطبیق قواعد ناظر بر هریک از مصادیق مالکیت صنعتی در رابطه با این موضوع، یافته‌های این پژوهش نشان‌گر آن است که می‌توان مصادیق متعددی به منظور حمایت از مد از جمله حق اختراع، طرح صنعتی، نشانه‌های جغرافیایی، علامت تجاری و اسرار تجاری را بر آن منطبق ساخت.

واژگان کلیدی: مد، آفرینش‌های پوششی، آفرینش‌های زیبایی، حق اختراع، طرح صنعتی، نشانه‌های جغرافیایی، علامت تجاری، اسرار تجاری

مقدمه

هرچند که معمولاً وقتی صحبت از مد و مفهوم آن به میان می‌آید، بیشتر مقوله زیبایی‌شناختی آن مدّ نظر است، اما نمود شیوه نگرش و تفکر در رابطه با برخی امور، موضوعات و اشیاء در دوره زمانی و مکانی خاص در قالب مفهوم مد، خود دلیل محکمی بر جای گرفتن این موضوع در چارچوب حقوق مالکیت فکری است. حقوق مرتبط با مد (آفرینش‌های پوششی-زیبایی)، به عنوان یکی از مهم‌ترین مقوله‌ها و حوزه‌های حقوق مالکیت فکری محسوب می‌شود که با دارا بودن ویژگی درآمدزایی ناشی از آن، نقش غیرقابل تردیدی در شکوفایی صنعت و اقتصاد کشورها ایفا می‌نماید. در حقوق فرانسه، سابقه‌ی تاریخی حمایت از مد به سال ۱۸۰۶ بر می‌گردد و بحث حمایت خاص از آفرینش‌ها و کالاهای پوششی - به عنوان یکی از مصادیق مد، از سال ۱۹۰۲ به بعد، به صورت رسمی در این کشور مطرح شده است. علاوه بر تصویب نصوص قانونی خاص در این زمینه بعد از بازه زمانی پیش گفته، به موجب بند ۱۴ ماده ۲-۱۱۲-L و کتاب پنجم قانون مالکیت فکری (مواد ۱-۵۱۱-L به بعد)، محصولات مربوط به پوشاک، صنعت فصلی، طرح-ها و مدل‌ها و هم چنین آفرینش‌های پوششی و زیبایی به عنوان نمونه‌هایی از مصادیق قابل حمایت در حقوق مالکیت صنعتی از جمله حق اختراع، علامت تجاری، حقوق رقابت و طرح صنعتی، مشمول حمایت قرار گرفته‌اند. در حقوق ایران، نیز با امکان مقایسه قواعد و مقررات ناظر بر

مالکیت صنعتی و با اتخاذ فصل مشترک میان قواعد ناظر بر آن نسبت به حقوق مرتبط با مد، می‌توان بارقه‌های صیانت قانونی از این موضوع را مدنظر قرار داد. ادعای فوق زمانی بیشتر تقویت می‌گردد که مقنن ایرانی، به موجب ماده ۴ قانون ساماندهی مد و لباس مصوب ۱۳۸۵، طرح‌ها و الگوهای تولیدشده، پارچه و لباس مبتنی بر نمادهای ایرانی-اسلامی را مشمول حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و حقوق مالکیت صنعتی به نحو توأمان، قرار داده است. رویکرد اصلی این نوشتار بر آن است تا با بررسی و تبیین مفهومی مد و همچنین تعیین گستره و نمودهای خاص آن در ادبیات حقوقی مالکیت فکری، مصادیق قابل حمایت از مد در چارچوب مصادیق مختلف حقوق مالکیت صنعتی از جمله حق اختراع، طرح صنعتی، نشانه‌های جغرافیایی، علامت تجاری و اسرار تجاری با تکیه بر قوانین و مقررات، آموزه‌های حقوقی و رویه قضایی در حقوق ایران و فرانسه تشریح گردد.

۲- مفهوم مد

مد در لغت به معنی سلیقه تازه و روش جدید است، اما در اصطلاح، به تغییر سلیقه ناگهانی گروهی از افراد گفته می‌شود که منجر به گرایش به انجام رفتاری خاص یا مصرف کالای به خصوص یا در پیش گرفتن سبکی خاص در زندگی می‌شود. این واژه به واژگانی چون مدرن، مدرنیته و مدرنیزاسیون نزدیک است. در اروپای قرون وسطی، از این واژه‌ها پرهیز می‌شد و مقوله جدید و بدیع با واژه «نیو»^۱ توصیف می‌گردید. (Bayat, 2010: 35) شیء یا پدیده نو(نیو)، امر تازه‌ای بود که متعلق به ساحت آسمانی و ناشی از آفرینش‌گری خداوند و خلاقیت الهی و در مقابل، پدیده «مدرن» و «مد» متعلق به ساحت زمینی و دهری بود. مد، ناشی از اراده انسان برای خلاقیت بود و مفهومی نزدیک به «بدعت» در فرهنگ اسلامی داشت. اما همزمان با سنت‌زدایی در امور اجتماعی اروپا در عصر روشنگری، واژه‌هایی چون مدرن و مد نیز تقدیس شدند و بیش از پیش، مقبولیت عمومی یافتند. (Bayat, 2010: 36)

علاوه بر این، مطابق با آنچه که برخی از نویسندگان فرانسوی نگاشته‌اند، مد را می‌توان معیار

زیبایی‌شناسی^۱ تعریف کرد که توسط بخش معینی از افراد جامعه پذیرفته شده است. (Vivant Et Bruguère, 2012, 276) در برخی فرهنگ لغت‌های عمومی زبان فرانسه، مد این گونه تعریف شده است: « مد، عبارت از نوعی سبک و سیاق خاص زندگی و تفکر در یک دوره یا کشور یا مکان خاص است». (petit Robert, 2012, 831 LE)

هم‌چنان که در این تعریف مشاهده می‌شود، در فرانسه، تعریف از مد چنان به صورت کلی بیان شده است که حتی نوع و شیوه تفکر افراد را نیز در برهه زمانی خاص در بر می‌گیرد. نکته حایز اهمیت دیگر در خصوص تعریف فوق این است که ذکر واژگانی نظیر « دوره»، « کشور» و «مکان» خاص، نسبی و موقتی بودن این مفهوم را به ذهن متبادر می‌نماید. (Vivant Et Bruguère, 2012, 277)

علاوه بر این، ذکر این نکته نیز خالی از لطف نیست که در فرانسه، مفهوم مد، هم پای شکل‌گیری مقررات مربوط به حقوق مالکیت فکری در این کشور، مورد عنایت قانونگذار فرانسوی بوده است و علاوه بر این که در تألیفات حقوقی، مصادیق مد را در چارچوب شرایط حمایت از حقوق مالکیت فکری دانسته‌اند، به طور صریح در خصوص آثار مورد حمایت در این شاخه از حقوق، صنایع فصلی و آفرینش‌های زیبایی و پوششی از جمله پوشاک، چرم، لوازم آرایش و غیره، قابل صیانت دانسته شده است. (Vivant Et Bruguère, 2012, 279)

۳- گستره و دایره شمول مصادیق مد در حقوق ایران و فرانسه

گستره و دایره شمول مصادیق مد در حقوق ایران و فرانسه به دو دسته آفرینش‌های پوششی و زیبایی تقسیم می‌شود که در ادامه این موارد بررسی می‌شوند.

۳-۱- آفرینش‌های پوششی^۲

مفهوم آفرینش‌های پوششی، خود در قالب دو معنای عام و خاص قابل بررسی است. مقصود از

1 - Critère d'esthétique

2 - Créations vestimentaires

آفرینش‌های پوششی در معنای عام، عبارت از هرگونه پوششی برای هریک اجزای بدن انسان یا ابزار و وسایل زندگی است. بدین‌سان، این عنوان، صرفاً بر آن‌چه که به عنوان لباس از آن یاد می‌گردد، اطلاق نگردیده و لوازمی از قبیل عینک، کفش و حتی طلا و جواهر و در کل، زیورآلاتی که زینت بخش اجزای بدن آدمی یا زندگی وی است را هم در بر می‌گیرد. (Buydens, 2010, 241)

در مقابل، عنوان آفرینش‌های پوششی در معنای خاص، صرفاً در معنای آنچه به عنوان لباس و پوشاک است، استفاده می‌شود و از این‌روی، شامل مصادیق عام پوشش نخواهد شد. لازم به ذکر است که دیوان عالی کشور فرانسه، در یکی از آرای خود بر این مطلب صحه گذاشته است که هر زمان، اصطلاح آفرینش‌های پوششی به کار گرفته می‌شود، باید آن را در معنای عام در نظر گرفت تا بدین‌ترتیب، مصادیق فراوانی تحت عنوان آثار قابل حمایت مرتبط با مد، مورد توجه قرار گیرد. (Buydens, 2010, 277).

۳-۲- آفرینش‌های زیبایی^۱

آفرینش‌های زیبایی نیز خود به دو مفهوم عام و خاص تقسیم می‌گردد. مفهوم عام این عنوان، در واقع در بردارنده تمامی محصولات و تولیداتی است که زینت بخش انسان است و به نحوی از انحاء، اجزای بدن آدمی را از حالت طبیعی و نرمال خارج می‌سازد. بدین ترتیب، لحاظ مفهوم عام از واژه مذکور، علاوه بر لوازم آرایشی، حتی به نوعی جواهرات و زیورآلات را نیز شامل می‌شود و به مفهوم آفرینش‌های پوششی نزدیک می‌گردد. با این حال، این انتقاد نیز وارد است که عنوان خاص آفرینش‌های زیبایی، صرفاً لوازم آرایشی را در بر گرفته و نسبت به سایر مصادیق، خروج موضوعی پیدا می‌نماید. البته لازم به ذکر است که مراجع رسیدگی کننده دعاوی نقض حقوق مد در فرانسه، پیوسته در حال افزایش دایره شمول این قسم از محصولات فکری هستند تا آن‌جا که حتی برخی، لوازم و وسایل خالکوبی بر بدن^۲ را نیز مشمول آفرینش‌های زیبایی قلمداد نموده‌اند. (Demulin, 2007, 217)

1 - Créations esthétique

2 - Tatouage

برخی از نویسندگان فرانسوی، تقسیم محصولات مرتبط با مد را نوعی بازی با الفاظ و کلمات می‌دانند و بر این اعتقاد پا فشاری می‌کنند که در این میان، تنها چیزی که اهمیت دارد، حمایت از آفریده‌های مربوط به صنعت مد است و دیگر تقسیم‌بندی دقیق آن در قالب آفرینش‌های پوششی و زیبایی، چندان ثمره عملی ندارد. به عقیده ایشان، «نفس حمایت مهم است خواه در قالب محصولات پوششی و خواه در چارچوب مصادیق آفرینش‌های زیبایی از آنها حمایت قانونی به عمل آید». (Vivant Et Bruguière, 2012 : 277) در مقابل، عده دیگر معتقدند که لزوم این تقسیم‌بندی، به خودی خود، ایرادی ندارد و در هر حال، امکان جمع میان هر دو مصداق وجود دارد، اما آنچه که در این میان نیاز به توجه دارد، آن است که به منظور حمایت قانونی از محصولات مرتبط با مد، باید ذهنیت قانونگذار و تعابیر به کار رفته از سوی وی را ملحوظ نظر قرار داد. به معنای دقیق‌تر، از آنجا که مقنن فرانسوی، تا کنون قوانین و مقررات راجع به حمایت از صنعت مد را تحت عنوان «قوانین حمایت از آفرینش‌های پوششی»^۱ تصویب نموده است، بهتر آن است که چارچوب موضوعی مد را - در راستای انطباق با تعابیر قانونگذار فرانسوی - آفرینش‌های پوششی بدانیم با این توجه که با بسط و گسترش مصادیق آن، امکان حمایت از آنچه که ممکن است به عنوان محصولات زیبایی از آن یاد گردد نیز، عملی شود. گروه اخیر، تا آنجا پیش رفته‌اند که حتی حمایت قانونی از نمایشگاه‌های مد و عکس و فیلم‌های گرفته شده در آن را، ذیل عنوان حمایت از آفرینش‌های پوششی در معنای بسیط^۲، در نظر گرفته‌اند. (Lucas, 2011 : 128) لازم به ذکر است که این دسته تقسیم‌بندی مختص حقوق فرانسه بوده و در ادبیات حقوق مالکیت فکری ایران دیده نمی‌شود. با این حال، مانع از اطلاق و اعمال آن بر دایره شمول و مصادیق مد در حقوق ایران نیست.

۴- مصادیق حمایت از مد در چارچوب نظام مالکیت صنعتی

با توجه به آن که نظام مالکیت صنعتی دارای الگوها و قلمروهای مختلفی است، در این قسمت

1- Lois sur la protection des créations vestimentaires

2 - Notion vaste

رابطه مد با مفاهیم حق اختراع، علامت تجاری، طرح صنعتی، نشانه‌های جغرافیایی، حقوق رقابت و اسرار تجاری بررسی می‌شود.

۴-۱ - مد و حق اختراع^۱

قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ایران مصوب ۱۳۸۶، اختراع را این-گونه تعریف کرده است: «اختراع نتیجه فکر فرد یا افراد است که برای اولین بار، فرآیند یا فرآورده‌ای خاص را ارائه می‌کند و مشکلی را در یک حرفه، فن، فناوری، صنعت و مانند آنها حل می‌نماید». در حقوق فرانسه، در قانون جامع (کد) مالکیت فکری، که مواد L-611-1 تا L-615-22 آن، به مقررات حق اختراع پرداخته است و همچنین در آیین‌نامه مربوط به حق اختراع که مواد R. 611-1 تا R. 631-1 را در بر گرفته، تعریفی از اختراع به عمل نیامده است. با این حال در تألیفات حقوقی، عده‌ای از مؤلفان، اختراع را، راه‌حلی فنی دانسته‌اند که مشکلی فنی را مرتفع می‌نماید. (Vivant Et Bruguière, 2012 : 119)

علاوه بر این، ابداعات نوآورانه که در بردارنده خصوصیتی مبتکرانه^۲ و کاربردی صنعتی^۳ هستند، می‌توانند موضوع حق اختراعی قرار گیرند که به موجب آن، دارنده این حق، از امتیاز انحصاری بهره‌برداری از اختراع به مدت ۲۰ سال بهره‌مند خواهد شد. (Dumas, 2011: 173)

در حقوق فرانسه، با توجه به ضرورت وجود کاربرد صنعتی برای اختراع، اعتقاد آن است که جز در موارد ذیل، امکان حمایت از کالاهای پوششی و آفرینش‌های مربوط به مد، تحت نظام حق اختراع میسر نیست:

الف- مواد و ترکیبات جدید مصنوعی از جمله نایلون و پارچه ترگال.^۴

ب- ایجاد کارکردهای خاص برای پوشاک یا لوازم وابسته به پوشاک از جمله گرد کردن دسته کیف یا تولید لباس‌های ورزشی مخصوص برای ورزشکاران در فصل زمستان یا تابستان یا

1 - Droit de/ à brevet

2 - Caractère inventif

3- Application industrielle

4 - TGI, paris, 10 juin 1996

تولید عینک‌هایی با کارایی‌های متفاوت در روز و یا شب.^۱

پ- فرایندهای نوین در امر تولید آفرینش‌های زیبایی و پوششی.^۲ در این زمینه، ماهنامه نساجی و بافندگی در فرانسه^۳، قسمتی از مطالب خویش را به بحث اختراعات راجع به صنعت نساجی اختصاص می‌دهد تا بدین ترتیب، فرایندهای نوین در امر تولید محصولات مربوط به مد - به ویژه در صنعت نساجی، به اطلاع همگان برسد. به عنوان نمونه، در شماره ۱۲۹۸ ماه می ۱۹۹۸ این ماهنامه، فرایندهایی نظیر گرد کردن و کشش برخی محصولات مربوط به مد در منسوجات و همچنین فرایندهای نوین تولید نخ مصنوعی، به عنوان اختراع ذکر گردیده است.^۴

ت- تولید دستگاه‌های تازه مکانیکی و یا الکترونیکی در جهت بافندگی، خیاطی و یا تولید سایر آفرینش‌های پوششی و زیبایی.^۵

با این حال، شرایط حمایت از مد در چارچوب نظام حقوقی اختراع خود مقید به برخی شروط خاص است. یکی از شرایطی که به موجب آن، اختراع قابلیت حمایت پیدا می‌نماید، بحث مربوط به تازگی است. در حقیقت، ضابطه اصلی در آفرینش‌هایی که به عنوان اختراع حمایت می‌گردند، تازگی و جدید بودن است و دیگر به معیار وجود اصالت^۶ در آن‌ها نیازی نیست. اما تولیدات مربوط به آفرینش‌های پوششی و زیبایی، از آنجا که تلفیقی از هنر، زیبایی و فن و صنعت هستند، علاوه بر داشتن شرط تازگی، باید دارای ویژگی اصالت نیز باشند. مطابق با رأی از دادگاه شهرستان پاریس، وجود هر دو ویژگی برای آنکه تولیدات مربوط به مد تحت نظام حق اختراع حمایت گردند، ضروری است، با این حال، به منظور آنکه در قالب حق مؤلف از این آثار حمایت

1 - Cass. Com, 2 mai 2005

2 - Cass. com, 4 oct 2001

3 Journal mensuel de Textile et tricot

4- Cass.com 10 mai 1996

5 - Cass. civ. 6 juin 1990

۶ - مطابق با حقوق فرانسه در تفسیر اصطلاح اصیل، نوعی اختلاف دیدگاه به چشم می‌خورد. بدین توضیح که عده‌ای معتقدند اصالت باید دارای جنبه شخصی باشد. در مقابل، عده‌ای دیگر چنین اعتقاد دارند که یک اثر، زمانی اصیل محسوب می‌شود که نوعاً، از بداعت برخوردار باشد. به عبارت دقیق‌تر، اصیل بودن در مفهوم نوعی، بیشتر از آنکه به نمود شخصیت پدیدآورنده توجه داشته باشد، به اثر خلق شده توسط او، نظر دارد. (Azéma, 2011, p. 76)

گردد، صرف وجود اصالت در آنها کفایت می‌نماید.^۱

در حقوق فرانسه، وفق ماده 11-611 L قانون مالکیت فکری فرانسه، اختراع زمانی جدید و تازه محسوب می‌شود که در قلمرو تکنیک و و فنون مربوط افشا نشده و قبل از تاریخ تسلیم اظهارنامه ثبت اختراع به مرجع صالح، در دسترس عموم قرار نگرفته باشد. ذکر این نکته نیز حایز اهمیت است که در حقوق این کشور، قلمرو سرزمینی اختراع، مطلق محسوب می‌گردد و این بدان معنا است که به منظور حمایت از یک اختراع، آفرینش مذکور در هیچ نقطه‌ای از جهان نباید سابقه و پیشینه افشا یا استفاده را داشته باشد. (Galloux, 2011 : 173) در این زمینه، مطابق با رأی از دیوان عالی کشور فرانسه، دیوان چنین اظهار نظر می‌نماید که «در خصوص تولید کفش‌هایی که علاوه بر داشتن شکل و فرم زیبا، به لحاظ فنی، طوری ساخته شده‌اند که از سایدگی کف پا جلوگیری می‌نماید، از آنجا که کشور آلمان در این زمینه پیش قدم بوده و ابتکار عمل به خرج داده است، این محصول در فرانسه و توسط تولیدکننده فرانسوی، قابلیت ثبت به عنوان اختراع ندارد، هرچند که به لحاظ ظاهری، نسبت به محصول آلمانی، شکل‌تر و زیباتر است.^۲

یکی دیگر از شرایط مهم در این بستر، دارا بودن گام (فعالیت) ابتکاری^۳ است. این شرط به معنی آن است که اختراع، در زمان ارایه تقاضانامه، با توجه به مجموعه اطلاعات و دانش موجود، نباید برای شخصی که در آن رشته مهارت معمولی دارد، یک امر بدیهی و قابل پیش‌بینی باشد. (Jafarzadeh, 2014 : 45) در حقوق فرانسه، شرط مذکور، در ماده 10-611 L همان قانون، پیش‌بینی شده است. وفق این ماده، اختراعات جدید متضمن فعالیت ابتکاری، قابلیت ثبت دارند. در خصوص آفرینش‌های مربوط به صنعت مد، دیوان عالی کشور فرانسه طی اظهار نظری اینگونه بیان داشته است که «تولید نوعی از پارچه که به هیچ وجه امکان چروک شدن آن وجود نداشته و نیاز به صاف نمودن آن توسط هیچ قسم از دستگاه‌های بخار نیست، در واقع به منزله وجود گام ابتکاری در آن محصول است».^۴

در حقوق ایران، وفق قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰، معیار گام ابتکاری، مورد

1 - TGI, 28 oct, 2009

2 - Cass.com, 12 avr 2004

3- Activité inventive

پیش‌بینی قانونگذار قرار نگرفته است، با این حال از بند ۱ ماده ۲۷ قانون مذکور که مدّعی « ابداع هر محصول صنعتی جدید» را صاحب حق در تقاضای ثبت اختراع دانسته است، می‌توان به نوعی، مفهوم گام ابتکاری را استنباط نمود. در قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ایران مصوب ۱۳۸۶ نیز در خصوص ویژگی ابتکاری بودن اختراع آمده است که « اختراعی قابل ثبت است که حاوی ابتکار جدید و دارای کاربرد صنعتی باشد. ابتکار جدید عبارتست از آنچه که در فن یا صنعت قبلی وجود نداشته و برای دارنده مهارت عادی در فن مذکور، معلوم و آشکار نباشد».

اختراع علاوه بر خصیصه تازگی و ابتکاری بودن، باید دارای کاربرد صنعتی نیز باشد. وفق ماده ۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ایران مصوب ۱۳۸۶، به لحاظ صنعتی، اختراعی کاربردی محسوب می‌شود که در رشته‌ای از صنعت، قابل ساخت یا استفاده باشد. قسمت اخیر ماده مذکور نیز مراد از صنعت را، مفهومی عام و شامل تمامی موارد از جمله صنایع دستی، کشاورزی، ماهیگیری و خدمات می‌داند. بدین ترتیب، در خصوص اینکه صنایع دستی نیز در زمره صنعت مد قرار دارد، می‌توان به نوعی در حقوق ایران و در قانون مزبور نیز، ردپایی از حمایت از این صنعت را مشاهده نمود.

۲-۴- مد و علامت تجاری

مطابق با تعریفی که ماده ۱ قانون ثبت علائم و اختراعات ۱۳۱۰، از علائم تجارتی معمول داشته است، « علامت تجارتی عبارت از هر قسم علامتی است، اعم از نقش، تصویر، رقم، حرف، عبارت، مهر، لفاف و غیر آن که برای امتیاز و تشخیص محصول صنعتی، تجارتی یا فلاحتی اختیار می‌شود». تعریف مذکور صرفاً علائم تجارتی، صنعتی، فلاحتی فردی و یا جمعی را در بر می‌گرفت و مشمول علائم خدماتی نمی‌شد. (Emami, 2012: 417) این معضل با تصویب قانون سال ۱۳۸۶ برطرف گردید و در بند الف ماده ۳۰ در زمینه علائم تجاری، صنعتی و خدماتی، « علامت، هر نشان قابل رؤیتی است که بتواند کالاها یا خدمات اشخاص حقیقی یا حقوقی را از هم متمایز سازد. در حقوق فرانسه نیز، وفق ماده L.711-1 قانون مالکیت فکری فرانسه، علائم صنعتی، تجاری و خدماتی، علائمی هستند که برای مشخص نمودن و تمییز تولیدات یا خدمات یک شخص حقیقی یا حقوقی به کار می‌روند. این علائم به اشکال گوناگون می‌تواند بروز پیدا نماید که از

جمله آن‌ها، می‌توان به مواردی نظیر کلمات، شبه کلمات، نام‌های خانوادگی، نام محلی و جغرافیایی، نام مستعار، حروف، اعداد، و.... اشاره نمود.

اولین شرط جهت حمایت از مد به عنوان علامت تجاری تمایزبخشی^۱ است. هرچند قوانین و مقررات مالکیت فکری ایران و فرانسه، تعریف روشنی در جهت تمایز بخشی ارائه نداده‌اند، با این حال می‌توان گفت؛ یکی از شروط اساسی در جهت اعتبار علائم تجاری در حقوق این دو کشور است. به موجب ماده L.711-1 قانون مالکیت فکری فرانسه، علامت تجارتي و صنعتی، علامتی است برای ایجاد تمایز محصولات، تولیدات و خدمات. بنابراین، برای آن‌که یک علامت بتواند نقش خود را به خوبی ایفا نماید، باید قابلیت تفکیک نسبت به محصولات رقبا را در خویش ایجاد نماید. به عنوان مثال، در رویه قضایی کشور فرانسه، علامت با عنوان «زن»^۲ برای کالاهای پوششی مربوط به زنان، فاقد ویژگی تمایزبخشی دانسته شد.^۳ قوانین و مقررات حقوق ایران نیز در برخورد با این موضوع، رویه حقوق فرانسه را دنبال نموده‌اند. در حقیقت در بند ۲ ماده ۱۶ قانون ثبت علائم و اختراعات ۱۳۱۰، به نوعی بحث اعتراض به عدم تمایز علامت مطرح گردیده است و بند الف ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علامت تجاری مصوب ۱۳۸۶، عدم تمایزبخشی علامت را یکی از موانع ثبت دانسته است. (Emami, 2012: 387) در نهایت باید به این مطلب اشاره نمود که برخلاف اعتقاد برخی (Akbar Abadi, 2003: 81) که جدید و اصیل بودن را عاملی در جهت ثبت علامت تجاری می‌دانند، در حقوق فرانسه، به هیچ‌عنوان به این موضوع اشاره‌ای نشده و ضرورتی برای وجود آنها ذکر نگردیده است. (Shams, 2005 : 75)

علایمی که استفاده یا انتشار آنها، به دلیل وجود خصیصه‌هایی از جمله مخرب، نژادگرایانه، مخالف حیا و عفت عمومی و حتی تحریک کننده باشد، مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه شناخته شده و بدین ترتیب، غیر قابل ثبت و حمایت هستند. در خصوص معیار ارزیابی این مخالفت نیز باید گفت، عموماً، اداره مالکیت صنعتی هر کشور، این رسالت را بر عهده دارد. (Emami, 2012: 391) در این زمینه، مطابق با رویه قضایی کشور فرانسه، رأی مخالف با این عقیده دیده

1 - Caractère distinctif

2 - Femme

3 - CA paris, 30 juin 1978

می‌شود که به موجب آن، علامت تجاری اوپیوم را برای معرفی یک عطر به عنوان یکی از محصولات مرتبط با مد فاقد مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه دانسته شده است.^۱ وفق مقررات حقوقی ایران و فرانسه، این معیار در ماده ۳-۷۱۴ L. قانون مالکیت فکری فرانسه، ماده ۵ قانون ثبت علائم و اختراعات و بند ب ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ایران مصوب ۱۳۸۶، مورد پیش‌بینی قانونگذار این دو کشور قرار گرفته است.

هم‌چنین، مطابق با بند ج ماده ۳۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ایران مصوب ۱۳۸۶ و همچنین بند سوم از ماده ۵ قانون ثبت علائم و اختراعات و همچنین ماده ۳-۷۱۱ L. قانون مالکیت فکری فرانسه، علائمی که ماهیتاً، عموم را به ویژه در رابطه با ذات کالا، کیفیت و منشأ جغرافیایی محصول یا خدمت به گمراهی و اغفال بیاندازد، از شمول حمایت خارج است. به عنوان نمونه، در رویه قضایی کشور فرانسه نسبت به تولیدات مربوط به صنعت مد، از ثبت علامت «سفیدپشم» برای پارچه‌ای که از جنس کتان بود، به دلیل توجه به این شرط، خودداری گردیده است. از این نظر و به طور خلاصه در رابطه با ارتباط مد و علامت تجاری می‌توان گفت؛ این دو موضوع، رابطه‌ای دوسویه دارند و از دو جهت می‌توان به این موضوع نگریست. از یک‌سو، طراحان تولیدات مرتبط با مد، به منظور تجاری‌سازی محصولات خویش از علامت تجاری استفاده می‌نمایند و از سوی دیگر، علامت تجاری که برای کالاها و تولیدات به کار می‌رود، خود ممکن است ترکیبی از طرح‌ها و الگوها دارای عنصر زیبایی‌شناختی باشد که این موارد می‌توانند خود مصداقی از تولیدات صنعت مد به حساب می‌آیند. (Pollaud-Dulian, 2010: 453)

۴-۳- مد و طرح صنعتی^۲

شناخت طرح‌های صنعتی مورد حمایت، مستلزم تبیین مفهوم طرح با توجه به مؤلفه‌ها و عناصر تشکیل دهنده آن است. از آنجا که طرح صنعتی عموماً، ناظر به جنبه ظاهری محصول یا تزئینات آن است، ماده ۱-۵۱۱ L. قانون مالکیت فکری فرانسه، در مقام بیان طرح مورد حمایت، مقرر داشته است: «محصول یا بخشی از آن که به ویژه به وسیله خطوط، پیچ و خم و حواشی، شکل،

1 - TGI, paris, 7 mai 1979

2- Dessin industriel

بافت (ساختار) یا مواد بکار رفته در محصول، ویژگی خاص پیدا کرده باشد، تحت عنوان طرح یا مدل می‌تواند مورد حمایت قرار گیرد. این اوصاف ممکن است متعلق به خود محصول یا تزئینات آن باشد».

به موجب ماده ۲۰ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ایران مصوب ۱۳۸۶ نیز طرح صنعتی عبارت است از: «هرگونه ترکیب خطوط یا رنگ‌ها و هرگونه شکل سه بعدی با خطوط، رنگ‌ها و یا بدون آن، به گونه‌ای که ترکیب یا شکل یک فرآورده صنعتی یا محصولی از صنایع دستی را تغییر دهد».

طرح‌های صنعتی که به عنوان مصداقی اساسی از محصولات مرتبط با صنعت مد شناسایی می‌شوند، خود دارای انواع و اقسام گوناگونی از جمله ثبت شده و ثبت نشده، افشا شده و افشا نشده، تزئینی و فنی و ... هستند که خود به دو قسم طرح‌های صنعتی زیبایی و طرح‌های صنعتی فنی تقسیم می‌شود.

قسم اول از طرح‌ها یا مدل‌های صنعتی یعنی طرح‌های صنعتی زیبایی، علاوه بر جنبه فنی، دارای خصیصه زیبایی خاص هستند. به عبارت دقیق‌تر، این گونه طرح‌ها یا مدل‌ها، صرفاً برای زیبا جلوه دادن محصولات، منسوجات، زیورآلات نظیر دست‌بند، انگشتر، گردن‌بند و یا وسایل دیگری نظیر ساعت، عینک، کیف، کفش، نحوه دوخت لباس زنانه و مردانه و امثال آن به کار می‌رود و این نمونه از طراحی‌ها به صورت قالب‌ها، نقوش زیبا و فرم‌های قشنگ و چشم‌نواز و حتی به صورت لفاف یا شکل‌های خاص و یا ظروف با فرم زیبا برای عرضه کالاها و محصولات جلوه‌گر می‌شود و حتی در آرایش موی زنان و مردان کاربرد پیدا می‌کند.

با توجه به آن که انسان اصولاً طالب زیبایی است و زیبایی‌های ظاهری نیز برای وی جاذبه ایجاد می‌کند و به دلیل این که در این زمینه تفاوت سلیقه وجود دارد، طرح‌ها و مدل‌های تزئینی نیز قاعدتاً متعدد و متنوع است تا بدین سان، هر کس طبق ذوق و سلیقه شخصی خود بتواند نیاز روزانه خویش را تأمین نماید و به خواست درونی و باطنی برسد.

در نوع دوم از طرح‌های صنعتی یعنی طرح‌های صنعتی فنی، جنبه‌های فنی و تکنیکی آن‌ها از اهمیت فراوانی نسبت به جنبه زیبایی آن برخوردار است. این جمله بدان معنا است که علاوه بر این که از نظر ظاهری ممکن است حالت و فرم زیبایی داشته باشند، با این حال، جنبه‌های فنی آن از جهت بهره‌برداری بهینه و تولید محصول بهتر به منظور خوب زیستن و فراهم آوردن بازار زندگی

فردی و اجتماعی، مطلوب‌تر و کم‌خطرتر جلوه می‌نماید. در این زمینه، رأیی از دیوان عالی کشور فرانسه وجود دارد که به موجب آن، ساخت میچ‌بند بچه‌گانه‌ای که علاوه بر داشتن ظاهری عروسک مانند، از راحتی و نرمی طبی برخوردار بود، به عنوان طرح صنعتی فنی مرتبط با صنعت مد، شناسایی گردید.^۱

لازم به ذکر است این گونه طرح‌ها که کاربردهای فراوانی در زندگی انسان دارد، به اختراع خیلی نزدیک است و گاهی تفکیک بین اختراع و طرح صنعتی در این موارد با دشواری روبه‌رو می‌شود. با این حال، توجه به جنبه زیبایی این قسم از طرح‌های صنعتی، می‌تواند اماره‌ای باشد تا مرز تشخیص میان آن‌ها با اختراع، پررنگ‌تر جلوه گر شود.

۴-۴- مد و نشانه‌های جغرافیایی

مطابق با بند الف ماده یک قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی، «نشانه جغرافیایی، نشانه‌ای است که مبدأ کالایی را به قلمرو، منطقه یا ناحیه‌ای از کشور منتسب می‌سازد، مشروط بر این که کیفیت و مرغوبیت، شهرت یا سایر خصوصیات کالا، اساساً قابل انتساب به مبدأ جغرافیایی آن باشد. علاوه بر این، وفق بند ب همین ماده، «کالا، یعنی هرگونه محصول طبیعی و کشاورزی و یا فرآورده‌های آن یا صنایع دستی و یا تولیدات صنعتی».

با توجه به اینکه نشانه‌های جغرافیایی، معرف تولیدات صنعتی با کیفیت ویژه در بازار داخلی و بین‌المللی هستند و با لحاظ تعریف گسترده‌ای که قانون از واژه صنعت به میان آورده است، این قسم از مصادیق مالکیت فکری، نقش مهمی در جلب مشتری و مصرف‌کننده در بازار جهانی بازی می‌نماید. به ویژه آنکه در خصوص ارتباط نشانه‌های جغرافیایی با صنعت مد می‌توان گفت امروزه صرفاً آنچه که از نشانه‌های جغرافیایی مدنظر است، صرفاً مفهوم سنتی آن برای برخی کالاها و محصولات و تولیدات از جمله پنیر، زعفران، قالی و مواردی از این دست نیست و این مصداق از حقوق مالکیت فکری حتی برای آفرینش‌های پوششی نیز کاربرد پیدا می‌نماید. در این خصوص می‌توان لباس مخصوصی یا تی شرت در برخی ایالات با آرم و نشانه معرف آن منطقه یا ایالت

1 - Dessin et modèle industrielle

اشاره نمود که از این حیث، ارتباط مستقیم با مفهوم مد پیدا می‌نماید. ضمن آنکه، از این قدرت برخوردار است تا منبع مهمی در جهت تبلیغ محصول و قدرت تمایز بخشی به مانند علامت تجاری برای مصرف‌کننده نیز قلمداد گردد. (Galloux, 2011 : 109)

۴-۵- مد و حقوق رقابت

رقابت در لغت به معنای با هم تلاش کردن و شرکت اشخاص در یک مسابقه واحد با شرایط تقریباً مشابه است و حقوق رقابت نیز، به مجموعه قواعدی اطلاق می‌گردد که رسالت مقابله با اعمال نامشروع در جهت حمایت از اصل رقابت آزاد را بر عهده دارد. (Rahbari, 2012: 12)

امکان تحقق عمل ضد رقابتی در خصوص تولیدات و آفرینش‌های مرتبط با مد - چه به صورت اصلی و چه به صورت تبعی - دور از ذهن نیست. به ویژه آن که قواعد و مقررات حقوق رقابت، نسبت به اشخاصی که از حمایت قانونی خاص بهره‌مند نیستند، جایگاه ارزنده‌ای پیدا می‌نماید. مهم‌ترین مصادیقی که در عرصه صنعت مد و ارتباط آن با حقوق رقابت مطرح می‌گردد، عبارتند از:

الف- فراهم آوردن موجبات اخراج یک یا چند طراح مد از شرکت رقیب (Burst, 1998 : 284)

ب- فروش لباس‌های یکسان و یا شبیه که فروشنده آن، تحت نظام حقوقی خاصی حمایت نمی‌شود

البته لازم به ذکر است که این وضعیت، مشروط به آن است که در اذهان عمومی موجبات گمراهی را فراهم آورد. همچنین باید یادآوری نمود که در این خصوص، رویه قضایی کشور فرانسه، با استناد به اصل آزادی تجارت، صرف فروش لباس‌های یکسان را بدون تقلید و کپی کورکوران، عمل ضد رقابتی نمی‌داند. استدلالی هم که در این زمینه مطرح می‌شود این است که اولاً، گاه ممکن است فروش یک محصول توسط بنگاه‌ها و تاجران با یک فرهنگ و نمود فرهنگ عامه (مثلاً فرهنگ حاکم بر فولکلور آسیایی)، صورت پذیرد، دوم آنکه، اگر کالایی تحت حمایت نظام قانونی خاصی حمایت نگردد، داخل در قلمرو عمومی قرار می‌گیرد و بدین ترتیب، امکان استفاده از آن توسط دیگر اشخاص، مجاز خواهد بود. (Lambert, 1994: 186)

پ- فروش آفرینش‌های پوششی و زیبایی جعلی (تقلبی) با کیفیت و قیمت پایین‌تر از رقیب

در این زمینه، باید گفت که مطابق اصل آزادی تجارت، هر کسی این حق را دارد که کالایی با کیفیت پایین تر و قیمت ارزان تر از رقیب، به فروش رساند. اما فرضی که در این جا مطرح می-گردد، فروش این دست از تولیدات مد به صورت جعلی و تقلبی است و گرنه به صرف فروش محصولات ارزان تر و بی کیفیت تر از رقیب، عمل ضد رقابتی صورت نگرفته است. (Burst, 211 : 1998) در حقوق ایران نیز هرچند به طور اختصاصی در رابطه با ارتباط موضوع حقوق رقابت با مد صحبت نشده است با این حال، اصل آزادی رقابت به طور مطلق به مانند حقوق فرانسه پذیرفته شده است. با این حال، به عقیده صاحب نظران حقوق رقابت همسو با عقیده نویسندگان فرانسوی، بدون وجود عنصر تقلب، صرف فروش محصولات ارزان تر و بی کیفیت تر از رقیب، رویه ضد رقابتی تلقی نمی گردد. (Rahbari, 2012: 62)

۴-۶- مد و اسرار تجاری

در مجموعه مقررات کشور فرانسه، تعریف دقیقی از اسرار تجاری موجود نیست. با این حال دکترین این کشور، تعاریف مختلفی از این عبارت بیان است که یکی از جامع ترین این تعاریف، عبارتست از این که؛ « اسرار تجاری، مجموعه ای از اطلاعات کاربردی قلمداد می شود که اختراع محسوب نشده و صرفاً نتیجه تجربه دارنده بوده، به طور کلی در جزئیات خود، عموماً شناخته نمی-شود و به آسانی قابل دستیابی نیست و در صنعت و غیر صنعت می تواند حائز ارزش باشد». (Rahbari, 2014: 173) در حقوق ایران نیز، با وجود آنکه نصوص مختلف از جمله موافقت نامه-های دوجانبه به نوعی به این مفهوم اشاره نموده اند، با این حال، تنها تعریف از آن در قوانین موجود، بیانی است که ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیک از آن ارائه می نماید. وفق این ماده، « اسرار تجاری الکترونیکی، داده پیامی است که شامل اطلاعات، فرمولها، الگوها، نرم افزارها و برنامه ها، ابزارها و تکنیک ها و فرایندها، تألیفات منتشر نشده، روش های انجام تجارت و داد و ستد، فنون، نقشه ها و فراگردها، اطلاعات مالی، فهرست مشتریان، طرح های تجاری و امثال این ها است که به طور مستقل، دارای ارزش اقتصادی بوده و در دسترس عموم قرار ندارد و تلاش های معقولانه ای برای حفظ و حراست از آنها انجام شده است».

در مجموعه قوانین و مقررات راجع به اسرار تجاری، اشاره مستقیمی به بحث حمایت از آفرینش های مربوط به مد نشده است. با این حال، می توان از طریق ارتباط دادن این مفهوم به

مصادیق حقوق مالکیت فکری، رابطه‌ای هرچند ضعیف میان تولیدات مربوط به صنعت مد، پیدا نمود.

با توجه به شرایطی که در خصوص قابلیت حمایت اختراع بیان شد، مبرهن است که بسیاری از شرایط مربوط به اختراع، در اسرار تجاری موجود نیست که در زمره مهم‌ترین آنها، بحث تازگی و کاربرد صنعتی است. مصداق حق اختراع باید ابداعی باشد، در حالی که موضوع اسرار تجاری، لزوماً از این ویژگی، بهره‌مند نیست و حتی در مواردی، مانند اطلاعات مالی و سازمانی نیز اسرار تجاری موجود است. از سوی دیگر، اختراع باید کاربرد صنعتی داشته باشد ولی اسرار تجاری، ممکن است در عرصه‌های غیر صنعتی نیز دارای ارزش باشد.

بدیهی است که هر آفرینش مرتبط با مد، در صورتی که وفق مطالب پیش گفته شده، مشمول حمایت نظام حق اختراع قرار نگیرد، می‌تواند وفق مقررات اسرار تجاری، تحت صیانت قانونی، به فعالیت مشروع خویش ادامه دهد.

با توجه به مصداق‌های جداگانه علامت تجاری و اسرار تجاری و علیرغم عدم ارتباط نسبتاً صریح میان آنها، با این حال، در شرایطی می‌توان اسرار تجاری را تا حدودی با تولیدات مرتبط با مد در قالب علامت تجاری، مرتبط دانست. در حقیقت، علامت یا نامی که برگزیده شده است و دارنده، سودای استفاده از آن را دارد، تا پیش از علنی شدن و عدم افشای مالک، راز و سر تجاری وی تلقی می‌گردد و بدین ترتیب، می‌تواند از آفرینش‌های مذکور تحت عنوان حقوق اسرار تجاری حمایت نمود.

ارتباط میان اسرار تجاری و طرح‌های صنعتی، چندان ارتباط قوی و روشنی نیست. با این حال، دقت در مصادیق طرح‌های صنعتی به ما نشان می‌دهد که هریک از این مصادیق، پیش از علنی شدن، می‌تواند چهره یک راز تجاری را به خود گیرد. به بیان دیگر، حقوق اسرار تجاری، نقشی مکمل برای طرح‌های صنعتی دارد.

در زمینه آثار هنری کاربردی- به عنوان یکی از مصادیق مهم مد- هم باید گفت که هرچند می‌توان با تلقی نمودن این آثار تحت اسرار تجاری، از آنها حمایت قانونی به عمل آورد، با این حال حقوق اسرار تجاری، ابزار کارآمدی برای حمایت از طرح‌های کاربردی به حساب نمی‌آید. زیرا عموماً، یکسان سازی و تقلید از یک طرح، پس از علنی شدن، چندان کار دشواری به نظر نمی‌آید و بر خلاف اختراع امری ناممکن یا سخت نیست و بدین ترتیب، این قضیه، لطمه عمده‌ای به حقوق طراح وارد می‌آورد.

۵- نتیجه‌گیری

پیشرفت صنعت و به تبع آن، وجود نیازهای روزافزون بشری اقتضا می‌نماید که قواعد و مقررات حقوقی نیز، گام به گام با این تحولات پیش رود و سیطره وسیع‌تری از موضوعات و مصادیق حقوقی را نسبت به قبل، مشمول حمایت قانونی نماید. در این میان، حقوق مالکیت فکری و به تبع آن، حقوق مربوط به صنعت مد و تولیدات مرتبط با آن نیز - به مثابه یکی از مهم‌ترین اقسام و مصادیق این شاخه از علم حقوق، پا به پای رشد صنعت، گسترش و تحول یافته است.

آفرینش‌های مرتبط با مد اعم از آفرینش‌های پوششی و زیبایی در حقیقت، مصادیق بارزی از حقوق مالکیت فکری شناخته شده و وابستگی اقتصاد و پیشرفت صنعتی جوامع - به ویژه جوامع مدرن - به این صنعت، روز به روز اهمیت آن را بیشتر جلوه گر می‌نماید. این شاخه از حقوق مالکیت فکری از ظرفیت حمایتی خاص برخوردار است تا آنجا که بر خلاف سایر مصادیق حقوق فکری، در قالب دو نظام مالکیت ادبی و هنری و مالکیت صنعتی قابلیت حمایت دارد.

آنچه که در بادی امر از واژه مد به ذهن می‌رساند، همان نحوه پوشش و آرایش و فرهنگ یک قوم، در یک بازه زمانی موقت است. معنای اصطلاحی این واژه نیز، چندان از معنای لغوی آن به دور نیست و در واقع، حقوق مربوط به مد، مجموعه تولیدات و آفرینش‌های پوششی - زیبایی و گاه زیبایی - فنی را در بر می‌گیرد که بر حسب اصل و قاعده عمومی، در یک دوره زمانی، مشمول حمایت قانونی می‌شوند.

مطابق با آنچه که دستاورد این پژوهش است و همچنین با تأسی از رویه قضایی کشور فرانسه و انگلیس در این زمینه، پیشنهاد می‌شود که مفهوم مد، در معنایی وسیع و فراتر از محصول نهایی که در اختیار مصرف‌کننده قرار می‌گیرد، تفسیر شود. به عبارت دقیق‌تر، هرچند در حالت کلی، دامنه شمول مصادیق مد، ذیل دو عنوان اصلی آفرینش‌های زیبایی و پوششی قرار می‌گیرد، با این حال نباید چنین تصور نمود که منظور از آفرینش، محصول و تولید تکامل یافته است. این جمله بدان معنا است که محصولات مربوط به صنعت مد، در واقع، دربردارنده تمامی اجزای آن محصول از مواد اولیه تا محصول نهایی است. بدین ترتیب، باید ادعا نمود که به عنوان مثال، از منظر حمایت قانونی در خصوص آفرینش‌های مربوط به صنعت مد، تولیدکننده نخ به کار رفته در یک پارچه - در صورت وجود شرایط لازم در جهت صیانت قانونی - از همان حقوق حمایتی برخوردار است

که طراح یک لباس و حتی تولیدکننده نهایی محصول، نسبت به آن بهره‌مند می‌شود. از آنچه که در خصوص بررسی حمایت از مد در قالب مصادیق حقوق مالکیت فکری به دست آمد، این نتیجه حاصل گشت که ظرفیت‌های نظام مالکیت فکری در این خصوص این قابلیت را دارا است که در قالب تمامی مصادیق حقوق مالکیت صنعتی از جمله حق اختراع، علامت تجاری، طرح صنعتی، نشانه‌های جغرافیایی، حقوق رقابت و ... از مد و تولیدات مرتبط با آن حمایت کند. در حقوق ایران نیز، به رغم فقدان نص قانونی در این زمینه، شاید بتوان به تبعیت از نظام مالکیت صنعتی فرانسه و با قیاس و وحدت ملاک از قواعد و مقررات ناظر بر آن، حمایت از آفرینش‌های مرتبط با مد را در حقوق ایران قابل شناسایی است.

References

- [1] Akbar Abadi, Kamal, (2003), *Significance and definition of trade and industrial trademarks*, Business Reviews Monthly, Vol 3 (In Persian)
- [2] Azéma, J., et Galloux, J.-C., (2011), *Droit de la propriété industrielle*, paris : Dalloz, 3^e é.
- [3] Bayat, Abdolrasul, (2010) The Madness of Mode, Design & Fashion Monthly, VOL 12 (In Persian)
- [4] Burst, J., (1998), *droit de la propriété industrielle*, Paris : Litec, 3^e é.
- [5] Chavane, A., (2010), *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris : PUF, 2^e é.
- [6] Dumas, R., (2011), *Intelligence économique d'entreprise*, Paris : Francis Lefebvre 1^e é.
- [7] Emami, Asadollah (2012), *Industrial Intellectual Property*, First Edition, Mizan Publication (In Persian)
- [8] Jafarzadeh, Mirghasem, (2014), *Intellectual Property Right*, MA courses, Shahid Beheshti University, Tehran (In Persian)
- [9] Lambert, V., (1994), *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris : Dalloz , 7^e é.
- [10] Le petit Robert, (2012), *Dictionnaire de la langue française*, Paris : Edition de Robert 13^e é.
- [11] Pollaud-Dulian, F., (2010), *La propriété industrielle*, Paris : Economica ,4^e é
- [12] Rahbari, Ebrahim (2012), *Intellectual Property Right*, MA courses, Shahid Beheshti University, Tehran (In Persian)
- [13] Rahbari, Ebrahim (2012), *Trade Secret Law*, SAMT Publication, First Published, Tehran (In Persian)
- [14] Shams, Abdolmajid, (2005), *Industrial and Commercial Property Rights*, SAMT Publication, First Published, Tehran (In Persian)
- [15] Vivant. M. et Bruguière, J.-M., (2012), *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris: Dalloz, 4^e é.

ارتقای اثربخشی و کارآمدی نظام مقابله با تأمین مالی تروریسم با پذیرش راهبرد نظارت مبتنی بر ریسک در بخش نهادهای مالی*

ناصر قاسمی^۱

دانشیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی
دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران

احمد علی ثالث مؤید^۲

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی
دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران

تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۲/۱۲ تاریخ پذیرش ۱۳۹۹/۶/۱۹

چکیده

نظارت بر نهادهای مالی به ویژه بانکها از حیث اجرای قوانین و مقررات مقابله با تأمین مالی تروریسم یکی از مهمترین موضوعاتی است که اسناد بین المللی بر آن تأکید نموده اند و کشورها باید در جهت ارتقای اثربخشی و کارآمدی نظام مربوط به آن تلاش کنند. سازمانها، مؤسسات و گروه های بین المللی، راهبرد مدیریت ریسک را جهت افزایش اثربخشی و کارآمدی نظام مقابله با تأمین مالی تروریسم پیشنهاد کرده اند. اعمال این راهبرد مستلزم ایجاد مبانی حقوقی و به کار بستن تدابیر اجرایی است؛ بنابراین هدف این پژوهش از یک طرف، امکان سنجی اجرای راهبرد نظارت مبتنی بر ریسک در پرتو مبانی قانونی مورد پذیرش در سیاست جنایی تقنینی ایران است و از طرف دیگر سنجش میزان اثربخشی و کارآمدی سیاست جنایی اجرایی جمهوری اسلامی ایران در قبال مقابله با تأمین مالی تروریسم در حوزه نظارت بر نهادهای مالی بوده که با روش توصیفی در جهت تحقق آن تلاش شده است.

– مقاله پژوهشی

1- Email: dr.ghasemi76@gmail.com

2- Email: law744330@gmail.com

DOI: 10.22067/le.v27i16.86673

این پژوهش نشان می‌دهد که نظارت مبتنی بر ریسک بر نهاد مالی از حیث رعایت مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم در سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران از جایگاه مطلوبی برخوردار نیست؛ زیرا در حوزه تقنین، مبانی قانونی لازم پیش‌بینی نشده و در حوزه اجرا نیز علیرغم تلاش‌های صورت گرفته، تدابیر اجرایی کافی به کار گرفته نشده است.

واژگان کلیدی: راهبرد مدیریت ریسک، نظارت، مقابله با تأمین مالی تروریسم، سیاست جنایی، نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

طبقه‌بندی JEL: K14, K22, K29, G28

مقدمه

با وجود اختلافات گسترده‌ای که در مفاهیم و مصادیق تروریسم در سطح جهان وجود دارد، مقابله با تروریسم و تأمین مالی و تأمین سلاح برای حمایت از این پدیده شوم یک دغدغه مشترک بین‌المللی محسوب می‌شود. اکثر کشورها در چرخه تولید، جابه‌جایی یا استفاده وجوه یا سلاح برای تروریست‌ها یا انجام فعالیت‌های تروریستی درگیراند. بدین ترتیب فعالیت‌های تروریستی و تأمین مالی و تأمین سلاح‌های آن تمام عرصه‌های سیاسی، امنیتی، اقتصادی، فرهنگی و حتی موجودیت جوامع انسانی را به طور جدی تهدید می‌کند.

با افزایش اعمال تروریستی در سراسر جهان، سیاست جامعه بین‌المللی، تغییر یافت و اختلافات موجود در حوزه مفاهیم و مصادیق تروریسم کنار گذاشته شد و کشورهای دنیا بر آن شدند تا در خصوص آن بخش از مفاهیم و مصادیقی که مورد اتفاق کشورها قرار دارد، گرد هم جمع شده و با افزایش همکاری نسبت به کنترل و کاهش آن اقدام نمایند. از این رو در سال ۱۹۹۹ با تصویب کنوانسیون مقابله با تأمین مالی تروریسم، یکی از مؤثرین شیوه‌ها برای مبارزه با پدیده تروریسم، یعنی محدود کردن منابع مالی تروریست‌ها از طریق مبارزه با تأمین کنندگان مالی تروریسم به کار گرفته شد. جمهوری اسلامی ایران نیز اگرچه در زمان نگارش این سطور به این کنوانسیون ملحق نشده است؛ اما با تصویب قانون مقابله با تأمین مالی تروریسم مصوب ۱۳۹۴، اصلاحی ۱۳۹۷، تلاش نموده است که شیوه مزبور را مورد پذیرش قرار دهد.

یکی از دغدغه‌های جمهوری اسلامی ایران در پذیرش استانداردهای مبارزه با تأمین مالی

تروریسم نیز موضوع تعریف و مصادیق تروریسم است؛ زیرا این اعتقاد وجود دارد که اسناد بین-المللی به نحوی این پدیده را تعریف کرده است که شامل گروه‌های آزادی بخش و نهضت‌های مقاومت می‌شود؛ لیکن شناخت شیوه مؤثر مبارزه با تأمین مالی تروریسم، این امکان را به حاکمیت و دستگاه‌های نظارتی می‌دهد که بر اساس مفهوم داخلی تروریسم، روش مبارزه را منطبق با معیارهای استاندارد تنظیم کرده و به شکل مؤثر و کارآمدی با این پدیده برخورد کنند.

کنوانسیون مقابله با تأمین مالی تروریسم ۱۹۹۹، مقابله با تأمین مالی تروریسم را محدود به اعمال ضمانت‌اجراهای کیفری علیه تأمین کنندگان مالی اشخاص و سازمان‌های تروریستی و اشخاصی مرتکب اعمال تروریستی نمی‌کند؛ بلکه رعایت تدابیر احتیاطی^۱ و پیشگیرانه^۲ توسط نهادهای مالی^۳ و غیر مالی^۴ را مورد تأکید قرار می‌دهد. مقصود از نهادهای مالی کلیه اشخاص و نهادهایی است که در حوزه ارائه خدمات مالی از جمله پذیرش سپرده و یا سایر اموال قابل بازپرداخت از مردم، ارائه تسهیلات، واسپاری (لیزینگ) مالی، نقل و انتقال وجوه یا ارزش، مشارکت در صدور اوراق بهادار و مدیریت سبد دارایی‌های بورسی شخصی یا گروهی، بیمه عمر و سایر سرمایه‌گذاری‌های مربوط به بیمه یا صرافی فعالیت می‌کنند. (FATF, 2012: 119) از مهمترین تدابیر پیشگیرانه‌ای که این نهادها برای مقابله مؤثر با تأمین مالی تروریسم باید رعایت کنند نیز می‌توان به شناسایی مشتری، نگهداری سوابق معاملات، پایش معاملات مشتری و گزارش

1- Prudential Measures

2- Preventive Measures

۳- عبارت نهاد مالی در این پژوهش معادل اصطلاح Financial Institutions است. در قوانین مقابله با پولشویی و تأمین مالی تروریسم جمهوری اسلامی ایران از اصطلاح «مؤسسات مالی و اعتباری» به عنوان معادل اصطلاح استفاده شده است؛ به نظر می‌رسد با توجه به این که اصطلاح «مؤسسات مالی و اعتباری» در حقوق ایران یک اصطلاح رایج بوده که شامل شرکت‌های لی‌زینگ، صرافی‌ها، بورس‌ها، بی‌مه‌ها، شرکت‌های ارائه دهنده خدمات پرداخت و غیره نمی‌شود و از طرفی عبارت Financial Institutions علاوه بر مؤسسات مالی و اعتباری، موارد مذکور را نیز در بر می‌گیرد بهتر است برای معادل‌سازی از واژه «نهادهای مالی» استفاده شود.

۴- در قوانین مقابله با پولشویی و تأمین مالی تروریسم جمهوری اسلامی ایران از اصطلاح «مشاغل غیر مالی» به عنوان معادل Designated Non-Financial Businesses And Professions (DNFBPs) استفاده شده است؛ متأسفانه شرکت‌های لی‌زینگ، صرافی‌ها و موارد دی‌گری که در زمره این اشخاص طبقه‌بندی نمی‌شوند، به اشتباه وارد مصادیق ای-ن تعریف شده و بالعکس مواردی نظیر وکلا و حساب‌رسان که بای‌د در این دسته طبقه‌بندی شوند، در تعریف ارائه شده قرار نمی‌گیرند. اگرچه ترجمه صحیح این عبارت «تجارت‌ها و حرفه‌های غیرمالی معین» است؛ اما به منظور سهولت در کاربرد آن در ادبیات مبارزه با پولشویی ایران به نظر می‌رسد عبارت «نهادهای غیر مالی» مناسب‌تر باشد، از این رو در اینجا از این معادل استفاده شده است.

عملیات مشکوک و کنترل داخلی اشاره کرد. (FATF, 2012: R9-R23)

بنابراین نظارت بر اجرای صحیح برنامه‌های پیشگیرانه فوق در کنار تدابیر عملیاتی^۱ نظیر ردیابی مالی، تحقیقات پلیسی و رسیدگی‌های قضایی برای محاکمه و مجازات مرتکبین جرم تأمین مالی تروریسم به عنوان دو محور اصلی یک نظام مقابله با تأمین مالی تروریسم شناخته می‌شود و به یک میزان از اهمیت برخوردار است. تا جایی که در کنوانسیون مقابله با تأمین مالی تروریسم (۱۹۹۹) کشورها در کنار تعهد به جرم‌انگاری تأمین مالی تروریسم و رفتارهای مرتبط، در پاراگراف ۲ ماده ۱۸ ملزم می‌شوند که جهت پیشگیری از جرایم مندرج در این قانون تدابیر نظارتی لازم را پیش‌بینی نمایند.

روش‌های متنوعی برای نظارت بر نهادهای مالی وجود دارد که از معروف‌ترین آن‌ها می‌توان به روش تطبیقی و روش ریسک‌مدار اشاره کرد. رویکرد تطبیقی یا روش «یک قاعده برای همه»^۲ به این معنا است که ناظران باید تمامی نهادهای تحت نظارت خود را به یک میزان و با استفاده از ابزار یکسان بازرسی نموده و تصمیمات مشخص و مشابهی برای نقض یک قاعده اخذ کنند. اما در رویکرد نظارت مبتنی بر ریسک^۳ یا روش ریسک‌مدار میزان نظارت‌ها بسته به میزان تهدیدها^۴ و آسیب‌پذیری‌های^۵ یک نهاد مالی تعیین می‌شود، ابزارهای نظارتی نیز بسته به این عوامل ممکن است تغییر کند و طیفی از اختیارات برای ناظران در نظر گرفته می‌شود تا با استفاده از آن هدف مدیریت و کاهش ریسک‌های تأمین مالی تروریسم محقق گردد. به عبارت دیگر در این رویکرد رسیدن به این هدف جایگزین اطمینان از رعایت قانون در نهادهای مالی می‌شود.^۶

سازمان‌ها، مؤسسات و گروه‌های بین‌المللی از جمله بانک جهانی، صندوق بین‌المللی پول و کارگروه ویژه اقدام مالی راهبرد مدیریت ریسک را به عنوان روشی مؤثر برای مبارزه با تأمین مالی

1- Operational Measures

2- One size fit all.

3- Risk-based supervision

4- Threats

5- Vulnerabilities

۶- برای مطالعه بیشتر در این زمینه و کسب اطلاع بیشتر در خصوص تفاوت‌های رویکرد مبتنی بر ریسک و رویکرد تطبیقی در نظارت، ر.ک. اسدی‌پور (۱۳۸۸)، نوشین، نظارت بر بانک‌ها و شیوه‌های اجرا، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.

تروریسم معرفی کرده‌اند.^۱ بنابراین چنانچه این گزاره به عنوان یک فرضیه مورد پذیرش قرار گیرد، شناخت ویژگی‌های این راهبرد کمک خواهد کرد تا میزان اثربخشی و کارآمدی^۲ نظام مقابله با تأمین مالی تروریسم جمهوری اسلامی ایران را با استفاده از این مؤلفه‌ها مورد سنجش قرار داد.

در ارزیابی‌های نهادهای بین‌المللی نیز با توجه به پذیرش فرضیه فوق، مشاهده ویژگی‌های راهبرد مدیریت ریسک در سیاست جنایی تقنینی و اجرایی کشور در قبال نظارت بر اجرای تدابیر پیشگیرانه توسط نهادهای مالی به معنای اثربخشی و کارآمدی بالا و فقدان این ویژگی‌ها به معنای اثربخشی و کارآمدی پایین فرض می‌شود.

در حوزه سیاست جنایی اجرایی دستگاه‌های نظارتی نظیر بانک مرکزی، بیمه مرکزی، سازمان بورس و اوراق بهادار، سازمان اوقاف و امور خیریه و غیره، بیشترین نقش را در مبارزه با تأمین مالی تروریسم ایفا می‌کنند؛ لیکن منظور از ناظر در این قسمت اختصاص به مسئولان این دستگاه‌ها نداشته و کسانی که در نهاد پلیس (کلیه ضابطان دادگستری) مسئولیت نظارت بر اجرای قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم را برعهده دارند نیز دربرمی‌گیرد.

روش مدیریت ریسک ویژگی‌هایی دارد که باید در سیاست جنایی اجرایی هر کشور نمایان شود. این ویژگی‌ها عبارت از لزوم صدور مجوز برای نهادهای مالی، درک ریسک‌های تأمین مالی تروریسم، نظارت هدفمند، ارائه برنامه اصلاحی و ارائه راهنما توسط ناظران است (FATF, 2013: 99)؛ اما برای این که یک سیستم نظارتی بتواند این ویژگی‌های را پیاده‌سازی نماید، قانون‌گذار باید به هنگام تدوین سیاست جنایی تقنینی، زمینه‌ها و مبانی قانونی لازم را پیش‌بینی کرده باشد. قانون‌گذار باید از کاربرد روش مدیریت ریسک توسط ناظران حمایت به عمل آورده و فقدان آن

۱- برای مثال در پاراگراف اول یادداشت‌های تفسیری مربوط به توصیه شماره ۱ کاگروه وی-ژ اقدام مالی چنین آمده است: «روی‌کرد مبتنی بر ریسک روشی مؤثر در مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم است. در خصوص تعین این که روی‌کرد مبتنی بر ریسک چگونه باید در یک بخش اجرا شود، کشورها باید ظرفیت بخش مربوط و تجربه ضد پولشویی و مقابله با تأمین مالی تروریسم در آن بخش را مورد توجه قرار دهند. در بخش‌هایی که ظرفیت و تجربه ضد پولشویی و مقابله با تأمین مالی تروریسم بالاتری دارند، کشورها باید توجه کنند که آزادی انتخاب فراهم شده توسط روی‌کرد مبتنی بر ریسک و مسئولیتی که به واسطه این روی‌کرد بر نهادهای مالی و غیر مالی تحمیل می‌شود، بی‌شتر مناسب باشد.»

را با اعمال ضمانت اجرای مناسب پاسخ دهد. در این روش قانون گذار به جای بیان جزئیات تدابیر پیشگیرانه، وظیفه کلی کاهش و مدیریت ریسک های تأمین مالی تروریسم را بر دوش نهادهای مالی و ناظران قرار می دهد. نهادهای مالی باید مکلف شود که برنامه خود برای مدیریت و کاهش ریسک تأمین مالی تروریسم خود را تنظیم و اجرا کنند و ناظران باید از معقول بودن برنامه و عملیاتی شدن آن اطمینان حاصل کنند.

متأسفانه موضوع نظارت بر نهادهای مالی به ویژه از حیث رعایت مقررات مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم کمتر مورد توجه محققان و پژوهشگران داخلی قرار گرفته است. پژوهش حاضر را می توان در زمره اولین تحقیقات، در این زمینه دانست؛ لیکن با این وجود، دو کتاب را می توان به عنوان سوابق مرتبط با این پژوهش به حساب آورد؛ نخست، کتاب پیشگیری از پولشویی و تأمین مالی تروریسم: راهنمای عملی برای ناظران بانکی، نوشته پتر لارنت چیتن و همکاران بوده که توسط خانم مریم کشتکار ترجمه شده و در سال ۱۳۹۲ در انتشارات تاش شهر تهران منتشر شده است. دوم کتاب رویکرد و نظارت مبتنی بر ریسک برای پیشگیری از پولشویی و تأمین مالی تروریسم نوشته مریم کشتکار بوده که در سال ۱۳۹۳ توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران منتشر شده است.

بر اساس آنچه گذشت در ابتدا زمینه های قانونی پذیرش راهبرد مدیریت ریسک مورد بررسی قرار می گیرد و سپس به تدابیر اجرایی پرداخته می شود اما قبل از آن ها لازم است در خصوص پیدایش راهبرد مدیریت ریسک، ماهیت و منافع و معایب این راهبرد توضیحاتی مطرح شود.

۱- راهبرد مدیریت ریسک

تحولات تاریخی استانداردهای بین المللی مبارزه با تأمین مالی تروریسم حاکی از آن است که قبل از راهبرد مدیریت ریسک، «راهبرد مبتنی بر قاعده»^۱ راهبرد اصلی جهت مبارزه با این پدیده بوده است.

«راهبرد مبتنی بر قاعده» بر این اصل که «یک اندازه برای تمام موارد مناسب است»^۲ بنا نهاده

1- Rule-based Approach.

2- One Size Fits All

می‌شود. راهبرد مذکور بر این فرض استوار است که زمینه تأمین مالی تروریسم همواره یکسان بوده و بنابراین می‌توان با مقررات از پیش تعیین شده بطور قابل توجهی خطرات بالقوه آن را پوشش داد. در این رویکرد قواعد و الزامات، از قبل طراحی شده و لازم نیست بسته به شرایط مختلف، اقدامات گوناگونی را عملیاتی کرد (Costanzo, 2013: 349)، بلکه کافی است از همان قواعد و الزامات تعیین شده (نه بیشتر و نه کمتر) تبعیت کرد.

مطابق راهبرد مزبور مقام نظارتی صرف نظر از اندازه و نوع فعالیت و مشتری‌های یک بانک یا مؤسسه مالی، منابع نظارتی خود جهت نظارت بر بانک‌ها یا مؤسسات مالی را به طور برابر بین آن‌ها توزیع می‌کند، به این معنا که تمام سازمان‌های مالی، مشتری‌ها و محصولات آن‌ها به میزان برابری مورد توجه و نظارت قرار می‌گیرند یا اینکه منابع، بر اساس عواملی غیر از ارزیابی ریسک، هدفگذاری می‌شوند. (Keshtkar, 2014: 1) در حقیقت، نهادهای مالی فقط کاری را انجام می‌دهند که به طور رسمی با قوانین مطابقت داشته باشد. این روش که از آن به عنوان «رویکرد تیک - باکس»^۱ نیز یاد می‌شود تا حد زیادی «آرامش‌بخش» است، هم برای مرتکبان احتمالی و هم برای نهادهای نظارتی. (Kaplans, 2018: 14) این آرامش در نهادهای نظارتی سبب می‌شود که اعتنایی به ظن شخصی - نه ظنون نوعی مذکور در قانون - بر تأمین مالی تروریسم نداشته باشند. این راهبرد ابزار اجرایی ویژه‌ای را پیشنهاد نمی‌دهد (Simonova, 2011: 177) و صرفاً تطبیق با معیارهای قانونی موضوعیت دارد. روش‌ها و ابزارها در این رویکرد طریقت دارند؛ در نتیجه، موقعیت‌های مختلف ممکن است راهکارهای اصلاحی یکسان یا نهایتاً مشابه دریافت کنند و نتوان از منابع موجود به شکل مؤثرتری استفاده کرد یا از منابع بیشتر در موقعیت‌هایی که نیاز است استفاده کرد. (Costanzo, 2013: 352)

اشکالات ناشی از اجرای رویکرد مبتنی بر قاعده به ویژه سلب ابتکار عمل از مجریان قانون منجر به عملیاتی شدن راهبرد مدیریت ریسک شد. (Killick, et al., 2007: 210) در یک سیستم مبتنی بر ریسک، به جای هزینه کردن منابع جهت اطمینان از پیروی از قوانین، در جایی که هیچ خطرات واقعی وجود نداشته باشد یا تنها خطرات بالقوه بسیار کم وجود داشته باشد، بر روی

1- tick-box approach

خطرات اساسی و مهم، متمرکز می‌شود. رویکرد مبتنی بر ریسک یک رویکرد تکنیکال برای اجرای سفت و سخت قواعد از پیش طراحی شده نیست؛ بلکه رویکردی هدفمندتر و چابک‌تر است و طیف وسیعی از ابزار را برای رسیدگی به کار می‌برد. (Andrew, 2015: 5)

این راهبرد که از صنعت بیمه نشأت گرفت (Bello, et al., 2019: 34) در سه حوزه کاربرد دارند؛ نخست در حوزه ارزیابی ریسک ملی، دوم در حوزه ارزیابی ریسک نهادهای مالی و غیر مالی و سوم در حوزه ارزیابی ریسک مشتری.

ارزیابی ریسک ملی به فرآیندی اطلاق می‌شود که طی آن اشخاص دخیل (حاکمیت و نهادهای مالی و غیر مالی و ناظران) با توافق بر یک روش خاص اقدام به شناسایی، تحلیل و درک ریسک در سطح ملی اقدام می‌کنند. در این فرآیند ریسک را باید تابعی از سه عامل دانست: «تهدید»^۱، «آسیب‌پذیری»^۲ و در حالت ایده‌آل «پیامدها»^۳.

ارزیابی ریسک مشتری فرایندی است که طی آن نهادهای مالی و غیر مالی بر حسب عواملی نظیر هویت مشتری، نوع خدمت درخواستی و منطقه جغرافیایی ارائه خدمت، ریسک فعالیت تجاری حوزه خود را تعیین و اقداماتی جهت کاهش و مدیریت آن اتخاذ می‌کند. (FATF, 2007: 2) کلید اساسی این سیستم عبارت از این است که به جای کنترل تمامی تراکنش‌ها (معاملات یا سایر عملیات‌های مالی) باید در زمینه مشتری اطلاعات کافی جمع‌آوری شود. در این مفهوم، روش مزبور، رویکرد «مشتری خود را بشناس»^۴ نیز نامیده شده است. (The World Bank, 2009: 19)^۶

1- Threats

2- Vulnerabilities

3- Consequence

۴- برای کسب اطلاعات بیشتر در خصوص آثار روی‌کرد مبتنی بر ریسک در حوزه ارزیابی ریسک ملی، رک:

● FATF (2019), National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment, FATF, Paris.

5- "know your customer" (KYC) / Customer Due Diligence (CDD) approach

۶- برای کسب اطلاعات بیشتر در خصوص آثار روی‌کرد مبتنی بر ریسک در حوزه ارزیابی ریسک مشتری، رک:

● Takats, Elod (2011). A Theory of "Crying Wolf": The Economics of Money Laundering Enforcement. Journal of Law, Economics & Organization, 27(1).

● Ross, Stuart & Hannan, Michelle (2007). Money laundering regulation and risk-based decision-making. Journal of Money Laundering Control, 10(1).

● Dionysios S, Demetis; Ian O, Angell (2007). The risk-based approach to AML: representation, paradox, and the 3rd directive. Journal of Money Laundering Control, 10(4).

اما آنچه به این پژوهش مربوط می‌شود، ارزیابی ریسک در حوزه نهادهای مالی است که توسط ناظران صورت می‌گیرد. نهادهای مالی منفعت ذاتی در رعایت مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم ندارند و تنها خطر از دست دادن اعتبار میان مردم و ضمانت اجرا از طرف حاکمیت می‌تواند باعث شود این اشخاص مجاب به اجرای این مقررات شوند؛ (Marshall, 2004: 111) اگرچه برخی معتقدند از زمان وقایع ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ این نهادها بیشتر نقش خود را در مقابله با تأمین مالی تروریسم قبول کرده‌اند، (Bergström, et al., 2011: 1043) اما هنوز هم این اعتقاد وجود دارد که مبارزه تأمین مالی تروریسم مغایر اهداف استراتژیک بانک‌ها (و به طور کلی نهادهای مالی) است. (Canhoto, 2008: 163) بنابراین این نهادها حاضر نیستند بخشی از اقداماتی که باید توسط پلیس انجام شود را بر عهده بگیرند در نتیجه رویکرد اتخاذ شده توسط ایشان ممکن است به گونه‌ای طراحی شود که بسیاری از موقعیت‌های مشکوک مورد توجه قرار نگیرد. از این رو با استفاده از یک رویکرد نظارتی مؤثر و کارآمد باید تحت تدابیر نظارتی قرار گیرند تا به نحو مطلوب وظایف خود را انجام دهند.

نظارت مبتنی بر ریسک به عملکرد دستگاه‌های نظارتی باز می‌گردد، به این معنا که این دستگاه‌ها به منظور اطمینان از رعایت قوانین و مقررات در نهادهای مالی، باید با استفاده از شیوه‌های کنترل ریسک اقدام نمایند و در نتیجه منابع و امکانات به سمت نهادهایی سوق داده شود که ریسک آن‌ها بالا ارزیابی شده است.

در شیوه نظارت مبتنی بر ریسک ناظران ملزم می‌شوند که سیاست‌ها، فرآیندها و کنترل‌هایی که یک نهاد مالی برای شناسایی و مدیریت ریسک اتخاذ کرده را ارزیابی نمایند و برای نواقصی که وجود دارد یک برنامه اصلاحی مناسب به کار گیرند. همچنین ناظران نباید یک فرم مشخص برای تمام نهادها تنظیم نمایند و از نهادهای مالی بخواهند که خود را با فرم تطبیق دهند. ناظران در تهیه برنامه‌های اصلاحی باید شرایط و وضعیت هر نهاد مالی را در نظر گیرند. (FATF, 2015: 5-6)

۲- زمینه‌های قانونی لازم جهت ارتقای اثربخشی و کارآمدی نظام مقابله با تأمین مالی تروریسم با پذیرش نظارت ریسک‌مدار بر نهادهای مالی

بار اصلی نظارت ریسک‌مدار بر دوش حاکمیت است. این رو هم در سیاست تقنینی و هم سیاست اجرایی باید الزاماتی در نظر گرفته شود؛ در حقیقت در وهله اول باید زمینه‌های قانونی

لازم در خصوص ساختار نظارت، تکالیف و اختیارات ناظران تعیین شود.

۲-۱- ساختار نظارت

اصولاً هر کشوری ساختار سازمانی خاص خود را برای نظارت بر نهادهای مالی و غیر مالی به منظور مقابله با تأمین مالی تروریسم دارد و الزامات بین‌المللی یک مدل خاص را بر کشورها تحمیل نمی‌کند. چند مدل نظارتی وجود دارد:

نخست از حیث مرجع ناظر، سه نوع سیستم نظارتی مبارزه با تأمین مالی تروریسم در کشورها ملاحظه می‌شود: ۱- نظارت توسط سیستم بانکی؛ ۲- نظارت توسط مرکز اطلاعات مالی؛ ۳- نظارت مشترک توسط سیستم بانکی^۲ و مرکز اطلاعات مالی است. (Peter laurent chitin, et al., 2013: 17)

دوم از حیث حدود صلاحیت ناظران، چهار نوع سیستم نظارتی مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم در کشورها ملاحظه می‌شود:

۱- رویکرد ادغام^۳: یعنی ناظران هم صلاحیت نظارت بر رعایت الزامات مبارزه با تأمین مالی تروریسم را بر عهده دارند و هم صلاحیت نظارت بر نهاد مالی یا غیر مالی تحت نظارت خود را از سایر جهات نظیر صلاحیت مدیران، ساختار، ایمنی و سلامت و غیره را بر عهده دارند.

۲- رویکرد تفکیک^۴: یعنی ناظران به دو دسته تقسیم می‌شوند و صلاحیت نظارت بر رعایت الزامات مبارزه با تأمین مالی تروریسم از نظارت بر سایر جهات تفکیک می‌شود.

۳- رویکرد کارکردی^۵: نهادهای مالی در زمینه‌های مختلفی فعالیت مالی انجام می‌دهند، بنابراین هر گاه بسته به کارکرد مختلف نهادهای مالی ناظران اختصاصی تعیین شود، رویکرد کارکردی مورد پذیرش قرار گرفته است. برای مثال چنانچه چند نهاد مالی در حوزه بانکداری و

1- Financial Intelligence Unit. (FIU)

۲- البته باید گفت چون دامنه تحقیق نویسنده منبع ارجاع داده شده، نظارت بانکی بوده عبارت سیستم بانکی به کار رفته ولی با توجه به محدود نبودن حوزه مبارزه با تأمین مالی تروریسم به حوزه بانک باید به جای سیستم بانکی از عبارت دستگاه متولی نظارت مرتبط شامل حوزه بانک، بورس، بیمه، و غیره استفاده شود.

3- Integrated Approach

4- Twin Peaks Approach

5- Functional Approach

تعدادی دیگر در حوزه بورس و تعدادی در زمینه بیمه فعالیت داشته باشند و برای هر حوزه ناظر تخصصی انتخاب شود از این رویکرد تبعیت شده است.

۴- رویکرد سازمانی^۱: هر یک از نهادهای مالی دارای یک سازمان مرکزی برای مقررگذاری، نظارت، صدور مجوز و ... است؛ چنانچه این سازمان وظیفه نظارت بر مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم را نیز برعهده داشته باشد رویکرد سازمانی مورد پذیرش قرار گرفته است. (FATF, 2015: 6)

هر کدام از این مدل‌ها مزایا و معایبی دارد که توضیح و واکاوی آن نیازمند تحقیقات مستقل است؛ اما دو نکته باید در خصوص هر مدل منتخب مد نظر قرار گیرد:

اولاً باید نظارت بر رعایت مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم در هر مدلی که یک کشور انتخاب کند، گنجانده شود و نمی‌توان آن را کم ارزش ارزیابی کرد. ثانیاً باید توجه داشت ادغام نظارت بر رعایت مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم در چهارچوب وسیع تر باعث افزایش هم افزایی شده و ممکن است برای ناظران دسترسی گسترده تر و مستقیم تری به اطلاعات مربوط به هر نهاد مالی (مانند کیفیت مدیریت، کیفیت کنترل داخلی) ایجاد نماید. (FATF, 2015: 6)

ماده ۲۰ آیین نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۸ مقرر می‌داشت: «دستگاه‌های مسئول نظارت بر اشخاص مشمول (از قبیل بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران، سازمان بورس و اوراق بهادار، سازمان بازرسی کل کشور، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، اتحادیه‌های صنفی و سازمان اوقاف و امور خیریه) موظف‌اند در بازرسی‌های معمول خود رعایت مقررات مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم را مد نظر قرار دهند و نسبت به رعایت یا عدم رعایت آن اعلام نظر نمایند.» ظاهراً این آیین نامه قصد داشت که رویکرد ادغام^۲ را در خصوص نظارت بر اجرای مقررات مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم را در پیش گیرد.

ماده ۴۱ آیین نامه اجرایی ماده ۱۴ الحاقی به قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۸ دستگاه‌های متولی نظارت را مکلف ساخته است تا «با هماهنگی با مرکز به منظور ایجاد نظام نظارتی جامع و

1- Institutional Approach

2- Integrated Approach

کارآمد، ظرف مدت شش ماه پس از تصویب این آیین‌نامه، رویه‌های مناسب و سامانه‌های لازم را به‌منظور پایش مستمر، کشف تخلف، صدور اخطارهای لازم و اعمال مجازات‌های متناسب، مؤثر و بازدارنده، جهت رفع نواقص و ناکارآمدی‌ها در حوزه تحت نظارت خود طراحی و اجرا کنند.» بنابراین به نظر می‌رسد در مقررات موجود نیز رویکرد ادغام یعنی واحد بودن نظارت‌های مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم با سایر نظارت‌ها مورد پذیرش قرار گرفته، اما تفاوتی که با مقررات سابق دیده می‌شود آن است که از حیث نهاد ناظر گرایش به رویکرد نظارت مشترک توسط متولی نظارت و مرکز اطلاعات مالی وجود داشته؛ در حالی که در مقررات سابق رویکرد نظارت توسط نهاد متولی نظارت پذیرفته شده بود.

۲-۲- تکالیف و اختیارات ناظران

برخلاف مدل نظارتی که به اختیار و اراده هر کشور واگذار شده تا حسب ظرفیت‌های موجود انتخاب شود و استانداردهای بین‌المللی در این رابطه جنبه توصیه‌ای دارد، الزامات قانونی وجود دارد که هر مدل نظارتی باید با ملاحظه‌ای این الزامات طراحی شود. مقامات صالح برای نظارت بر نهادهای مالی و غیر مالی باید در عملکرد نظارتی خود باید یک روش ریسک‌محور اتخاذ نمایند. به این منظور استانداردهایی پیش‌بینی شده است که بر سیاست جنایی تقنینی یک کشور مؤثر بوده و قانون‌گذار باید آن‌ها به هنگام وضع مقررات مورد توجه قرار دهد.

اختیار اعمال ضمانت اجرای انتظامی

قانون‌گذار باید در ایجاد یک سیاست تقنینی استاندارد مورد نظر قرار دهد عبارت از این است که ناظران مبارزه با تأمین مالی تروریسم باید از اختیارات کافی برای نظارت و رصد و حصول اطمینان از رعایت مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم در نهادهای مالی برخوردار باشند. نمونه‌هایی از این اختیارات عبارت است از اختیار انجام بازرسی، تولید هرگونه اطلاعات در نهاد مالی که برای نظارت لازم باشد و اعمال مجازات‌های انتظامی نظیر جریمه نقدی یا تعلیق یا محدود کردن مجوز فعالیت نهاد مالی در مواردی که مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم نقض شده است. (FATF, 2012: R27)

اصلاحات قانون مبارزه با پولشویی در سال ۱۳۹۷ نه تنها مشکل فقدان ضمانت اجرای انتظامی برای عدم رعایت الزامات مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم را مرتفع نکرد؛ بلکه همان ضمانت اجرای انفصال دو تا پنج سال را نیز مخدوش ساخت و برای عدم رعایت مقررات اساسی مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم، نظیر شناسایی ارباب رجوع، نگهداری اسناد و مدارک، گزارش عملیات مشکوک در تبصره ماده ۷ چنین مقرر داشت: «هر یک از مدیران و کارکنان دستگاههای اجرایی موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۸/۷/۱۳۸۶ عالمأ و عامداً و به قصد تسهیل جرائم موضوع این قانون از انجام تکالیف مقرر در هر یک از بندهای فوق به استثنای بند «ث» خودداری نماید علاوه بر انفصال موقت درجه شش به جزای نقدی درجه شش محکوم می شود. در صورتی که عدم انجام تکالیف مقرر ناشی از تقصیر باشد مرتکب به انفصال موقت درجه هفت محکوم خواهد شد. مدیران و کارکنان سایر دستگاههای حاکمیتی و بخشهای غیردولتی در صورت عدم انجام تکالیف مقرر در این ماده به استثنای بند «ث»، به جزای نقدی درجه شش محکوم می گردند.» نکته جالب توجه این است که اساساً انفصال موقت درجه شش و هفت در نظام جزایی ایران وجود ندارد.

ماده ۴۴ آیین نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۸ به منظور ایجاد ضمانت اجرای عدم رعایت مقررات مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم مرکز اطلاعات مالی را مکلف کرده است تا «با همکاری دستگاههای متولی نظارت و مبتنی بر ارزیابی های صورت گرفته، به رتبه بندی اشخاص مشمول از نظر اجرای مقررات مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم اقدام کند.» و تبصره ۲ و ۳ این ماده بیان می دارند:

«تبصره ۲- دستگاههای متولی نظارت مکلف اند بر اساس سازوکار اعلامی مرکز در اعطای تسهیلات، اعتبارات، امتیازات، یا مجوزها به اشخاص مشمول، رتبه بندی موضوع این ماده را لحاظ کنند؛ به صورتی که در خصوص اشخاص مشمولی که عملکرد آنها ضعیف ارزیابی شده است، محدودیت های متناسبی اعمال شود.

تبصره ۳- همه اشخاص مشمول مکلف اند در تعاملات کاری خود با آن دسته از اشخاص مشمولی که در رتبه بندی موضوع این ماده ضعیف ارزیابی شده اند، تدابیر سختگیرانه تری اعمال کنند و این اشخاص را اشخاص با خطر (ریسک) بالا در نظر بگیرند.»

تکلیف ارائه برنامه اصلاحی متناسب

قانون‌گذار باید ناظران را ملزم نماید که سیاست‌ها، فرآیندها و کنترل‌هایی که یک نهاد برای شناسایی و مدیریت ریسک به کار برده را ارزیابی نمایند و برای نواقصی که وجود دارد یک برنامه اصلاحی مناسب به کار گیرند. همچنین باید مورد تأکید قرار گیرد که ناظران نباید یک فرم مشخص برای تمام نهادها تنظیم نمایند و از نهادهای مالی بخواهند که خود را با فرم تطبیق دهند. (FATF, 2015: 5) بر اساس توصیه شماره ۳۵ کارگروه ویژه اقدام مالی قانون‌گذار باید اختیارات قانونی کافی به ناظران اعطا کند تا در صورت مشاهده تخلف از برنامه اصلاحی و وجود نقص در برنامه‌های مدیریت ریسک و یا تخطی از مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم طیفی از جریمه‌های نقدی یا ایجاد محدودیت در مجوزهای نهاد مالی یا تعلیق آن را اعمال کنند. این مجازات‌ها هم بر اشخاص حقیقی و هم اشخاص حقوقی باید قابل اعمال باشد. (Peter laurent chitin, et al., 2013: 17)

همان‌طور که بیان شد مدل ادغام جهت نظارت بر اجرای مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم در نظام قانونی کشور ما پذیرفته شده است و این امکان وجود دارد که اگر ناظران بر اساس مقررات دیگر اختیاراتی داشته باشند بتوانند از آن اختیارات در خصوص نظارت بر اجرای مقررات تأمین مالی تروریسم نیز استفاده کنند؛ اما متأسفانه نه در قوانین مربوطه نظیر قانون پولی و بانکی کشور و نه در آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی، ناظران تکلیفی به اتخاذ راهبرد مدیریت ریسک در نظارت بر اشخاص تحت نظارت خودشان نشده‌اند.

ناظران مکلف به ارائه برنامه اصلاحی متناسب با وضعیت اشخاص تحت نظارت خود نشده‌اند. اما اگر این کار به صورت ابتکاری توسط ناظران انجام شود، منعی نیز وجود ندارد. سیاست جنایی تقنینی ایران از برنامه اصلاحی حمایتی نمی‌کند و ناظران نمی‌توانند در صورت مشاهده تخلف از این برنامه، ضمانت‌اجرائی به کار گیرند. البته طبق تبصره ۳ ماده ۴ قانون مبارزه با پولشویی مصوب سال ۱۳۸۶ مجازات انفصال موقت برای تخلف از آیین‌نامه‌های اجرایی در نظر گرفته شده بود که از سه جهت ضعف داشت اولاً تنها نسبت به اشخاص حقیقی قابل اعمال بود و ثانیاً تنها توسط مراجع قضایی و اداری و نه ناظران می‌توانست اعمال شود. دوم این که به جز اعلام نظر هیچ اختیاری به ناظران اعطا نشده و حتی بیان نشده است که ناظران می‌توانند از اختیاراتی که به موجب قوانین مربوطه برخوردارند برای نقض مقررات مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم استفاده کنند؛

البته برخی ناظران نظیر ناظران بانکی بر اساس قانون پولی و بانکی کشور اختیاری بیشتر از اعلام نظر ندارند (بند «د» و تبصره ماده ۲۲ این قانون). سوم این که تنها آن بخش از برنامه اصلاحی که دقیقاً مطابق آیین‌نامه اجرایی باشد از این حمایت برخوردار است و این مسأله برنامه اصلاحی را به روش تطبیقی (مبتنی بر قاعده) نزدیک می‌کند.

۳- ویژگی‌های نظام مقابله با تأمین مالی تروریسم مؤثر و کارآمد در حوزه نظارت ریسک‌مدار بر نهادهای مالی

۳-۱- کنترل‌های ورود به بازار

هدف اصلی از کنترل‌های ورود به بازار (صدور مجوز یا ثبت‌نام) ایجاد مانع برای مجرمان یا همکاران آن‌ها است تا آن‌ها نتوانند مالک، کنترل‌کننده یا دارنده یک منفعت مهم شده یا دارنده یک سمت مدیریتی در یک نهاد مالی شوند. این کنترل‌ها باید در زمان صدور مجوز یا ثبت‌نام یک نهاد مالی انجام شود. همچنین هر زمانی که افراد جدید به عنوان مدیر یا عضو ارشد انتصاب می‌شوند نیز این کنترل‌ها باید انجام شود. (FATF, 2015: 8)

گاه پیش می‌آید که قانون‌گذار به منظور حصول اطمینان از این که اشخاص مجرم یا همکاران آن‌ها، جواز فعالیت مالی را به دست نمی‌آورند، یکی از شرایط کسب مجوز نهاد مالی را «فقدان سابقه محکومیت کیفری مؤثر» عنوان می‌کند. این اقدام اگرچه لازم است اما کافی نیست؛ زیرا مجرمان همواره شناسایی نمی‌شوند و محکومیت کیفری نمی‌یابند. ممکن است فردی مرتکب جرم شده باشد، اما قبل از شناسایی، مجوز لازم را برای انجام فعالیت مورد نظر کسب نماید. مضافاً این که مجرمین معمولاً در سایه اشخاص فاقد سابقه فعالیت می‌نمایند، بنابراین حتی اگر مجرمان، مالک ظاهری یا دارنده ظاهری یک مجوز نباشند، می‌توانند به صورت نهانی مالک واقعی و کنترل‌کننده اصلی یک نهاد مالی مجاز باشند. بر این اساس باید تدابیر اجرایی به عنوان مکمل الزامات قانونی مانع از این شود که اشخاص فاقد صلاحیت (مجرمان و همکاران آن‌ها یا اشخاصی که به نمایندگی از آن‌ها عمل می‌کنند) بتوانند مجوز انجام فعالیت در حوزه نهادهای مالی را کسب کنند.

تدابیر اجرایی لازم به صلاحدید کشورها واگذار شده است و استاندارد الزام‌آوری در این زمینه مشاهده نمی‌شود. نمونه‌ای از این تدابیر در مقررات کشورها عبارت‌است از: برگزاری

امتحان، اخذ سوابق محکومیت‌های کیفری، استعمال از دستگاه‌های امنیتی، سنجش میزان ریسک پولشویی و تأمین مالی تروریسم متصور از ناحیه متقاضی مجوز، اخذ برنامه‌ها و تدابیری که متقاضی برای کاهش ریسک‌های پولشویی و تأمین مالی تروریسم حوزه کاری خود طراحی نموده است، سنجش توانایی اعم از توانایی‌های علمی و فنی برای تطبیق با برنامه‌های مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم، مشروط نمودن تمدید مجوز به ارائه گزارش فنی دوره‌ای از اقداماتی که به منظور جلوگیری از پولشویی و تأمین مالی تروریسم صورت گرفته است و در نهایت انجام مصاحبه‌های حضوری و ارائه آموزش‌های لازم. (FATF, 2015: 9)

بررسی دستورالعمل‌ها و مقررات مربوط به تأسیس تعدادی از مهمترین بازارهای مالی در نظام حقوقی ایران نشان می‌دهد روشی غیر از استعمال سوابق محکومیت متقاضیان پیش‌بینی نشده است. برخی از این مقررات عبارت از است: بند «ج» ماده واحده اجازه تأسیس بانک‌های غیر دولتی مصوب ۱۳۷۹، ماده ۱۰ دستورالعمل اجرایی تأسیس، نحوه فعالیت و نظارت بر شرکت‌های لیزینگ مصوب ۱۳۸۶، ماده ۱۱ دستورالعمل اجرایی فعالیت و نظارت بر ارائه‌دهندگان خدمات پرداخت الکترونیک مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۵ آیین‌نامه تنظیم امور نمایندگی بیمه مصوب ۱۳۹۱. تأسف بر انگیزتر این که تعدادی دیگر از دستورالعمل‌های مربوط به شرایط ورود به بازارهای مالی حتی همین استعمال را نیز ضروری ندانسته است که از جمله‌ی آن‌ها می‌توان به دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۳۹۳ و دستورالعمل نحوه دریافت مجوز تأسیس بورس‌ها، کانون‌ها، نهادهای مالی از سازمان بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۵ اشاره کرد.

۳-۲- فهم مشترک ریسک‌های تأمین مالی تروریسم

لازم است ناظران و نهادهای مالی فهم مشترکی از ریسک داشته باشند. این درک که می‌تواند در قالب یک سند ارزیابی ریسک ملی منتشر شود باید سرلوحه کار ناظران نیز قرار گیرد. به غیر از سند ارزیابی ریسک ملی که به طور مفصل در خصوص آن به عنوان اولین وظیفه حاکمیت توضیحات لازم ارائه شد، منابع دیگری نظیر نوع‌شناسی^۱‌های داخلی و بین‌المللی، خبرگی‌های

1- Typology.

نظارتی نیز وجود دارد که ناظران باید به منظور اعمال نظارت مبتنی بر ریسک به آن‌ها توجه نمایند. (FATF, 2014: 13)

تا زمان نگارش این سطور ارزیابی ریسک ملی در زمینه ریسک‌های پولشویی و تأمین مالی تروریسم جمهوری اسلامی ایران توسط نهادهای رسمی یا غیر رسمی داخلی یا خارجی صورت نگرفته است؛ بنابراین عملاً ناظران چنین منبعی را برای ایفای وظایف خود در اختیار ندارند.

۳-۳- نظارت و رصد به منظور کاهش ریسک‌های تأمین مالی تروریسم

ناظران نباید رویکرد مبتنی بر قاعده داشته باشند و تمام امکانات و منابع نظارتی خود را به طور مساوی در قبال اشخاص تحت نظارت خد به کار گیرند؛ بلکه باید شرایط و وضعیت هر نهاد مالی و غیر مالی در نظر گرفته شود. برای این که ناظران بتوانند در عمل از اجرای مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم با استفاده از رویکرد مبتنی بر ریسک اطمینان حاصل کنند، اقدامات زیر می‌تواند اتخاذ شود:

۱- میزان درخواست اطلاعات از اشخاص تحت نظارت باید متناسب با ریسک شناسایی شده برای آن شخص باشد؛ یعنی اگر ریسک یک شخص بالا ارزیابی می‌شود اطلاعات بیشتری درخواست شود.

۲- ناظران باید قانوناً بتوانند نظارت حضوری و غیر حضوری داشته باشند؛ نظارت غیر حضوری می‌تواند شامل ارائه پرسشنامه (خود ارزیابی) در مورد سیاست‌ها، رویه‌ها و کنترل‌ها به شخص تحت نظارت باشد. نظارت حضوری می‌تواند شامل بازرسی، حسابرسی، مصاحبه با اعضای هیئت مدیره، مدیران ارشد باشد. انجام آزمایش ابزار بسیار مهمی است که هنگام نظارت حضوری برای سنجش میزان انطباق شخص تحت نظارت با الزامات مبارزه با تأمین مالی تروریسم باید مورد استفاده قرار گیرد. (FATF, 2015: 14) ناظران باید توجه داشته باشند که نظارت غیر حضوری در مواردی که ریسک شخص مشمول بالا ارزیابی شده است مناسب نیست.

۳- کمیت و کیفیت ارزیابی باید متناسب با ریسک‌هایی باشد که شناسایی شده‌اند. باید توجه داشت که نظارت دقیق بر کلیه اشخاص تحت نظارت برای اطمینان از رعایت مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم امکان‌پذیر نیست، ناظران باید ریسک‌های بالاتر را در اولویت قرار دهند و این موارد را دقیق‌تر و با دفعات بیشتری مورد ارزیابی قرار دهند.

۵- ناظران باید بررسی کنند که کارمندان مسئول ارزیابی ریسک یک شخص تحت نظارت آموزش کافی در این زمینه دیده‌اند یا خیر. (FATF, 2014: 15)

۶- ناظران همچنین باید اطمینان حاصل کنند که مأمورانی که برای بازرسی و حسابرسی به منظور سنجش میزان تطبیق یک شخص مشمول با الزامات مبارزه با تأمین مالی تروریسم انتخاب می‌شوند، به طور کلی آموزش دیده‌اند و دانش روزآمد در مورد موضوعات مبارزه با تأمین مالی تروریسم دارند یا خیر. (FATF, 2015: 14)

با ملاحظه دستورالعمل‌هایی که از سوی نهادهای متولی نظارت برای نظارت بر بازارهای مالی صادر شده است از جمله دستورالعمل اجرایی تأسیس، نحوه فعالیت و نظارت بر شرکت‌های لیزینگ، دستورالعمل اجرایی فعالیت و نظارت بر ارائه‌دهندگان خدمات پرداخت الکترونیک، آیین‌نامه تنظیم امور نمایندگی بیمه و دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مشاهده می‌شود که تنها به لزوم ارائه اطلاعات مورد نیاز به ناظران توسط اشخاص تحت نظارت اشاره شده و هیچ یک از اقدامات و مؤلفه‌های لازم برای ایجاد یک سیاست جنایی اجرایی کارآمد با اعمال یک رویکرد مبتنی بر ریسک معقول دیده نمی‌شود. با این حال آیین‌نامه اجرایی قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۹۸ مقرراتی در این رابطه در نظر گرفته است که اجرای آن‌ها سبب افزایش کارآمدی سیستم مبارزه با پولشویی و تأمین مالی تروریسم می‌شود؛ اما در زمان نگارش این سطور زمان زیادی برای اجرای این مقررات در اختیار نهادهای متولی نظارت وجود نداشته و عدم اعمال این الزامات در دستورالعمل‌ها تا حدی طبیعی به نظر می‌رسد.

۳-۴- برنامه اصلاحی و مجازات‌ها

ناظران باید در اعمال مجازات یک طرح و نقشه مشخص داشته باشند. البته نه یک طرح مشخص برای تمام نهادهای تحت نظارت خود، بلکه یک طرح مشخص برای هر نهاد مالی و غیر مالی متناسب با ریسک خاص آن نهاد باید مد نظر قرار گیرد. ناظران باید نقایص موجود در عملکرد نهادهای تحت نظارت خود را شناسایی کرده و برنامه اصلاحی^۱ متناسب با آن شخص

1- Remedial Actions

ارائه نمایند. بر این اساس مجازات و جریمه به ابزاری برای اطمینان از پیروی از برنامه اصلاحی تبدیل می‌شود و به تبع کارکرد مؤثرتری دارد؛ زیرا به جای تمرکز مطلق بر نواقصی که در گذشته وجود داشته، به آنچه در آینده باید محقق شود توجه می‌کند. برنامه اصلاحی که توسط ناظران تهیه می‌شود باید متناسب با شدت نواقص شناسایی شده باشد. این برنامه اصلاحی می‌تواند شامل برنامه‌های اقدام و جدول زمانی و پیگیری‌های نظارتی برای اطمینان از اجرای مؤثر اقدامات لازم باشند. (FATF, 2015: 26)

در خصوص ضعف‌های موجود در مبانی قانونی این موضوع در نظام حقوقی ایران توضیحاتی در مبحث قبل ارائه شد؛ اما بسته به ظرفیت‌هایی که در قانون پیش‌بینی شده است، ناظران ممکن است از کمک مقامات قضایی یا ضابطان دادگستری نیز استفاده نمایند. به علاوه ناظران ممکن است در مواردی که از مجازات‌ها غیرعلنی نتیجه نگیرند، اعمال این مجازات‌ها را علنی نمایند. به هر حال ظرفیت‌های قانونی باید به گونه‌ای تنظیم شود که به ناظران اجازه دهد با توجه به عوامل مختلفی از جمله ماهیت و شدت عدم انطباق شناسایی شده و نتایج حاصل از اقدامات قبلی سیاست اجرایی متناسبی طراحی نمایند.

۳-۵- راهنمای مبارزه با تأمین مالی تروریسم و ریسک‌های مرتبط

ارزیابی ریسک ملی به ناظران کمک می‌کند تا در بخش‌های مربوط به خود دید صحیح نسبت به ریسک‌ها مرتبط داشته باشند. بنابراین نه تنها در ارزیابی‌های خود باید به نتایج این سند توجه کنند؛ بلکه باید مبتنی بر آن اشخاص تحت نظارت خود را برای داشتن درک صحیح از ریسک-های حوزه خود راهنمایی کنند. این راهنمایی می‌تواند به صورت عمومی در دسترس اشخاص تحت نظارت قرار گیرد و بر خلاف برنامه اصلاحی که از یک شخص به شخص دیگر متفاوت است.

با عنایت به این که بسیاری از مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم، نظیر شناسایی مشتری، نگهداری سوابق، گزارش معاملات و عملیات مشکوک کنترل داخلی و غیره با مقررات مبارزه با پولشویی مشترک است؛ به نظر می‌رسد صدور دستورالعمل‌های متعدد توسط نهادهای متولی نظارت از جمله بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران، سازمان بورس و اوراق بهادار صادر شده است؛ اما این راهنماها از دو نظر نقص عمده دارد؛ نخست

این که متأسفانه این دستورالعمل‌ها به شدت در حوزه اعمال مقررات خاص تأمین مالی تروریسم نقص دارد به نحوی که تقریباً می‌توان گفت هیچ راهنمایی در این خصوص وجود ندارد. دوم این که این راهنماها با رویکرد مبتنی بر قانون تنظیم شده و به جای ارائه الگوی معقول رویکرد مبتنی بر ریسک، صرفاً حصول اطمینان از تطبیق با قانون را مد نظر قرار داده‌اند و تقریباً بر همان مقررات قانون مبارزه با پولشویی و آیین‌نامه اجرایی آن تأکید دارد.

نتیجه‌گیری

وضعیت مؤلفه‌های مبارزه با تأمین مالی تروریسم مبتنی بر ریسک در ایران چندان مطلوب ارزیابی نمی‌شود. در حوزه قانون‌گذار ناظران تکلیفی در استفاده از روش ریسک‌محور نداشته و تصمیمات آن‌ها چندان مورد حمایت قرار نمی‌گیرد. ضمانت‌اجراهای موجود، علاوه بر این که کفایت لازم را ندارند، صرفاً به تخلف از قاعده‌های پیش‌بینی شده معطوف شده است. اختیارات لازم خصوصاً اعمال ضمانت‌اجراهای انتظامی در صورت مشاهده نقض مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم نیز به ناظران اعطا نشده است.

در حوزه سیاست جنایی اجرایی نیز بررسی دستورالعمل‌ها و رویه‌های اجرایی نشان می‌دهد که در مرحله ورود به بازار، صرفاً به استعلام سوابق کیفری اکتفا می‌شود؛ در حالی که اولاً تمام مجرمان محکومیت قطعی نمی‌یابند و ثانیاً به طور معمول مجرمان از دست‌های پنهان برای کسب معجز استفاده می‌کنند و هویت خود را پنهان نگه می‌دارند. در حوزه بازرسی‌های دوره‌ای صرفاً بر لزوم ارائه اطلاعات اکتفا شده و مسئولیتی برای ناظران در ایجاد پروفایل ریسک و ارائه برنامه اصلاحی مشخص دیده نمی‌شود. راهنماهایی که تاکنون صادر شده نیز بیشتر رویکرد مبتنی بر قانون را ترویج می‌دهد و متمرکز بر اجرای مقررات مبارزه با پولشویی است؛ اگر چه این مقررات تا حد زیادی با مقررات تأمین مالی تروریسم مشترک است، اما مقررات خاص تأمین مالی تروریسم نظیر نحوه توقیف دارایی‌های تروریست‌ها و شناسایی عملیات و معاملات مشکوک به تأمین مالی تروریسم مورد توجه قرار نگرفته است.

قانون‌گذار باید راهبرد نظارت ریسک‌مدار را تکلیف ناظران قرار داده و از تصمیماتی که آن‌ها بر اساس این روش اتخاذ می‌کنند حمایت به عمل آورد. ناظران نیز با استفاده از این راهبرد می-

توانند کارآمدی سیاست‌های خود را ارتقا دهند. به این منظور در مرحله ورود افراد به حوزه کسب و کار باید ریسک‌های تأمین مالی تروریسم متقاضیان کسب مجوز فعالیت مالی یا غیر مالی باید شناسایی و مبتنی بر آن اقدام به صدور مجوز شود. یک پروفایل ریسک برای اشخاص دارای مجوز باید وجود داشته باشد و به صورت مستمر، ریسک آن‌ها مورد سنجش قرار گرفته و این ریسک بر محدوده و حجم فعالیت دارنده مجوز باید مؤثر باشد. ناظران باید برای هر یک از فعالان بازار، متناسب با سطح ریسک آن نهاد یک برنامه اصلاحی جهت کنترل و مدیریت ریسک‌های تأمین مالی تروریسم داشته باشند و تخطی از آن باید پاسخ قاطع به دنبال داشته باشد. این برنامه باید هدفمند باشد و نهادهای مالی و غیر مالی را به رعایت مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم سوق دهد.

بر این اساس به منظور ارتقای کارآمدی سیاست جنایی ایران در قبال تأمین مالی تروریسم باید در وهله اول مسأله مبانی حقوقی به ویژه تکلیف ناظران به استفاده از شیوه‌های مدیریت ریسک مقرر شده و تخلف از تصمیمات آن‌ها با ضمانت‌اجراهای سنگین روبه‌رو شود. سپس در حوزه اجرایی اولاً با سنجش ریسک‌های تأمین مالی تروریسم متقاضیان کسب مجوز فعالیت‌های مالی و غیر مالی روشی کارآمد برای جلوگیری از ورود مجرمان و همکاران آن‌ها به بازارهای مالی اتخاذ شود؛ ثانیاً ارزیابی ریسک ملی باید صورت گیرد تا منابع اطلاعاتی ناظران تا حدی زیادی تأمین شود، ثالثاً اقدامات لازم از جمله ایجاد پروفایل ریسک و ترسیم برنامه اصلاحی نهادهای تحت نظارت توسط ناظران در هر یک از حوزه‌های مالی باید صورت گیرد، رابعاً تخلف از برنامه اصلاحی باید با اعمال مجازات‌های انتظامی توسط ناظران و ضمانت‌اجراهای اداری و قضایی توسط قوه قضائیه و نهادهای مرتبط پاسخ داده شود. خامساً در حوزه کشف معاملات و عملیات مشکوک و همچنین مقررات مبارزه با تأمین مالی تروریسم باید اسناد راهنما تهیه و منتشر شود.

References

- [1] Asadipoor, Nooshin (2009), Supervision of banks and implementation methods, Monetary and Banking Research Institute, Tehran. (in persian)
- [2] Peter laurent chitin, et al., (2013), Preventing money laundering and terrorist financing: a guide for practical bank supervisors, translated by Maryam Keshtkar, Tash, Tehran. (in persian)
- [3] Keshtkar, Maryam (2014), Risk-based approach and Risk-based Supervision to prevent money laundering and terrorist financing, CBI of IR Iran, Tehran. (in persian)
- [4] Andrew, Nicolls (2015). the challenges and benefits of risk-based regulation

- in achieving scheme Outcomes. Injury Schemes Seminar.
- [5] Bello, Abdullahi Usman & Harvey, Jackie (2019). From a Risk-Based to an Uncertainty-Based Approach to Anti-Money Laundering Compliance, *Security Journal*, 30 (1).
 - [6] Bergström, Maria & Helgesson, Karin Svedberg & Mörtz, Ulrika (2011). A New Role for For Profit Actors? The Case of Anti Money Laundering and Risk Management. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 49(5).
 - [7] Canhoto, A. I. (2008). Barriers to segmentation implementation in money laundering detection. *The Marketing Review*, 8(2).
 - [8] Costanzo, Paolo (2013). The risk-based approach to anti-money laundering and counter-terrorist financing in international and EU standards: what it is, what it entails. *Research Handbook on Money Laundering*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
 - [9] Dionysios S, Demetis; Ian O, Angell (2007). The risk-based approach to AML: representation, paradox, and the 3rd directive. *Journal of Money Laundering Control*, 10(4).
 - [10] FATF (2012). The FATF Recommendations, International Standards On Combating Money Laundering and The Financing of Terrorism & Proliferation, updated February 2019, FATF, Paris, France.
 - [11] FATF (2013). Methodology for Assessing Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, updated February 2019, FATF, Paris, France.
 - [12] FATF (2014). Guidance for a risk-based approach- The Banking Sector, FATF, Paris.
 - [13] FATF (2015). Guidance for a risk-based approach- Effective supervision and enforcement by AML/CFT supervisors of the financial sector and law enforcement, FATF, Paris.
 - [14] Isabel Canhoto, Ana (2008). Barriers to segmentation implementation in money laundering detection. *The Marketing Review*, 8(2).
 - [15] Kaplans, Jakovs (2018). Risk-Based Approach in the European Anti-Money Laundering Legislation: Origins, Benefits, and Implications. *Riga Graduate School of Law*.
 - [16] Killick, Marcus & Parody, David (2007). Implementing AML/CFT measures that address the risks and not tick boxes. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 15(2).
 - [17] Marshall, Paul (2004). Part 7 of the Proceeds of Crime Act 2002: double criminality, legal certainty, proportionality and trouble ahead. *Journal of Financial Crime*, 11(2).
 - [18] Ross, Stuart & Hannan, Michelle (2007). Money laundering regulation and risk-based decision-making. *Journal of Money Laundering Control*, 10(1).
 - [19] Simonova, Anna (2011). The risk-based approach to anti-money laundering: problems and solutions, *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 14 Issue: 4.
 - [20] Takats, Elod (2011). A Theory of "Crying Wolf": The Economics of Money

- Laundering Enforcement. *Journal of Law, Economics & Organization*, 27(1).
- [21] The World Bank (2009). *Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism: A Comprehensive Training Guide*, Volume 1.

مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق*

مرتضی شهبازی نیا^۱

دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق
دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

منصور عشق پور^۲

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق،
دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

ابراهیم تقی زاده^۳

استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور،
تهران، ایران

تاریخ پذیرش ۱۳۹۹/۴/۲۱

تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۲/۲۴

چکیده

اسرار تجاری دارای ارزش اقتصادی است و در دسترس عموم قرار ندارد لذا تلاش‌های معقولانه‌ای در حفظ و حراست از محرمانگی آن انجام می‌گیرد. افشای اسرار تجاری در سطح محدود و برای هدف مشخص به کارگران برای انجام تکالیف مربوطه، موجب از بین رفتن مالیت و محرمانگی آن نمی‌شود، به‌طوری که کارگران در زمان وجود رابطه استخدامی و بعد از آن، ملتزم به رازداری هستند. با این وجود، در مواردی بعد از اتمام رابطه استخدامی، کارگر سابق سبب افشای اسرار تجاری مربوط به رابطه استخدامی سابق می‌شود. این پژوهش با شناخت مفهوم و ماهیت اسرار تجاری و افشای موجب ضمان، با استفاده از

* - مقاله پژوهشی

1- Email: shahbazinia@gmail.com

۲- نویسنده مسئول: Email: m.eshghpour91@gmail.com

3- Email: taghizaadeh@gmail.com

DOI: 10.22067/le.v27i16.86871

روش توصیفی-تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای، مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق را مورد بررسی قراردادده است. نتیجه حاصل از این پژوهش مبین آن است که اسرار تجاری مال بوده و ید کارگر سابق نسبت به اسرار تجاری، امانت قانونی است، مگر این که انکار یا اقدام به افشای اسرار تجاری نماید که در این صورت با مبانی تعیین مسئول، از جمله غصب، اتلاف، دارا شدن بلاسبب و غرور، مسئول جبران خسارت، نحوه توزیع مسئولیت و مبنای مسئولیت مدنی در این حوزه قابل تعیین و بررسی است.

کلمات کلیدی: مسئولیت مدنی، اسرار تجاری، کارگر سابق، کارفرما، افشاء

مقدمه

اسرار تجاری یکی از ارزشمندترین مصادیق دارایی است و نقش بسیار مهمی در توسعه اقتصادی جوامع دارد. افشای اسرار تجاری به صورت محدود، موجب کاهش ارزش اقتصادی آن و در صورت افشای آن بر عموم، سبب خروج آن از دامنه اسرار تجاری و از بین رفتن مالیت آن می‌شود. با این وجود، در مواردی کارفرما جهت بهره‌برداری از اسرار تجاری با هدف مشخص، اسرار تجاری را در اختیار کارگران خود قرار می‌دهد تا کارگران تعهدات قراردادی خود را انجام دهند. در مواردی که بعد از اتمام رابطه استخدامی بین کارفرما و کارگر سابق، تعهد قراردادی مبنی بر رازداری وجود ندارد، در صورتی که کارگر سابق، اقدام به افشای اسرار تجاری نماید، این سؤال مطرح می‌شود که آیا قواعد عام ضمان قهری به طور مؤثری از اسرار تجاری در این بخش حمایت می‌کند؟ دامنه وسیع اسرار تجاری، ارزش تجاری و اقتصادی آن و تشویق به نوآوری، از دلایل توجه قانونگذاران به حمایت از اسرار تجاری و مطالعه حاضر است، به طوری که ایالت متحده آمریکا و اتحادیه اروپا در سال ۲۰۱۶، هر کدام قوانین جدیدی در حمایت از اسرار تجاری وضع نمودند (Linton, 2016: 8). در حقوق ایران در حمایت از اسرار تجاری، قوانین محدودی وجود دارد و آثار علمی موجود در این خصوص بیش‌تر با در نظر گرفتن مبانی حقوق خارجی نوشته شده و در خصوص مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق، اثر مستقلی نگارش نیافته است.

این مطالعه با در نظر گرفتن مبانی تعیین مسئول و قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی در مقام تحلیل و بررسی مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق در صورت فقدان قرارداد بر مبنای قواعد عام مسئولیت مدنی است.

۱- مفهوم اسرار تجاری^۱

تحلیل حمایت از اسرار تجاری و مسئولیت مدنی ناشی از افشای آن‌ها توسط کارگر سابق بستگی به تعریف اسرار تجاری و شناسایی دامنه آن دارد. در این بخش به مفهوم اسرار تجاری به منظور تعیین دامنه حمایت از آن‌ها پرداخته شده است.

اسرار تجاری در فرهنگ حقوقی آکسفورد (Elizabet, 2003:504) به برخی فرآیندها و محصولات اطلاع شده است که به یک بنگاه تجاری تعلق داشته و افشای آن منجر به ورود ضرر به تشکیلات مذکور می‌شود. ماده (۲) ۳۹ موافقت‌نامه تریپس^۲، اسرار تجاری را در صورت وجود شرایط ذیل تحت حمایت قرار داده است:

(الف) محرمانه باشد؛ به این معنا که به‌عنوان یک مجموعه یا با ترکیب یا سرهم کردن دقیق اجزاء آن، اشخاصی که در حیطه‌ای قرار دارند عموماً از آن آگاهی نداشته باشند یا دسترسی این اشخاص به اطلاعات مزبور به سادگی امکان‌پذیر نباشد؛ (ب) به‌خاطر محرمانه بودن، ارزش تجاری دارد، (ج) حسب اوضاع و احوال، شخصی که قانوناً کنترل اطلاعات مزبور را در اختیار دارد، برای محرمانه نگاه داشتن آن اقدامات معقولی به عمل آورده باشد (Correa, 2000: 251).

در نظام حقوقی ایران، قانون‌گذار در قوانین محدودی، به حمایت از اسرار تجاری پرداخته است، برای مثال، ماده ۱۵ قانون موافقت‌نامه میان دولت ایران و اتریش، در مورد کمک و همکاری دوجانبه در مسائل گمرکی مصوب ۱۳۸۳/۹/۲۲ اظهار می‌دارد: «در مواردی که طرف متعاقد درخواست شونده معتقد است اجرای درخواست باعث افشای اسرار صنعتی، تجاری یا حرفه‌ای کشور می‌باشد یا مغایر قوانین ملی آن است، می‌تواند از ارائه کمک خودداری کند». با وجود مقررات متعدد پراکنده در باب حمایت از اسرار تجاری، در ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ در خصوص تعریف اسرار تجاری آمده است: «اسرار تجاری الکترونیکی» «داده‌پیمایی» است که شامل اطلاعات، فرمول‌ها، الگوها، نرم‌افزارها و برنامه‌ها، ابزار و تکنیک‌ها و فرآیندها، تألیفات منتشرنشده، روش‌های انجام تجارت دادوستد، فنون، نقشه‌ها و

1 - Commercial Secrets.

2 - Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).

فراگردها، اطلاعات مالی، فهرست مشتریان، طرح‌های تجاری و امثال این‌هاست که به‌طور مستقل دارای ارزش اقتصادی بوده و در دسترس عموم قرار ندارد و تلاش‌های معقولانه‌ای برای حفظ و حراست از آن‌ها انجام شده است».

اسرار تجاری در صورتی از حمایت قانون برخوردار است که ارزش اقتصادی داشته و در دسترس عموم نباشد؛ هم‌چنین تلاش‌های معقولانه‌ای برای حفظ و حراست از آن‌ها انجام شده باشد. عدم انجام این تکالیف موجب خروج اطلاعات از دامنه تعریف اسرار تجاری می‌شود و اطلاعات مشمول حمایت‌های قانونی نخواهد بود. در مواردی کارفرما، تلاش‌های معقولانه‌ای جهت حفاظت از اسرار تجاری می‌نماید، لیکن برای استفاده از اسرار تجاری ناگزیر است اسرار تجاری را برای کارگران خود افشاء نماید تا کارگران بتوانند تعهدات قراردادی خود را با استفاده از آن‌ها انجام دهند و مزایا و منافع حاصل از این افشای محدود برای کارفرما و مالک خواهد بود. افشای اسرار تجاری در این سطح و به‌صورت محدود به کارگران جهت انجام تعهدات قراردادی موجب خروج اسرار تجاری از دامنه تعریف اسرار تجاری نمی‌شود.

۲- ماهیت اسرار تجاری

شناخت اسباب و مبنای مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق، مستلزم تبیین ماهیت اسرار تجاری است. حق کارفرمای سابق نسبت به اسرار تجاری افشا شده و مالیت آن سؤال اصلی این قسمت است. جهت پاسخ به این سؤال ابتدا به بررسی اجمالی مفهوم مال پرداخته شده و سپس ماهیت اسرار تجاری بررسی شده است.

«مال در اصطلاح به چیزی گفته می‌شود که بتواند مورد دادوستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی ارزش مبادله داشته (Emami, 2004: 19) و در برابر آن پول یا مال دیگر داده شود. معیار تمیز این ارزش، نوعی است و در اختیار عرف، یعنی در بازار معادل مبلغی پول است.» (Katouzian, 2004: 169) به جهت وجود اختلاف نظر در مال بودن همه مصادیق اسرار تجاری، در خصوص ماهیت اسرار تجاری نظرات مختلفی مطرح شده است:

در نظریه اول، اسرار تجاری از جمله «حقوق» محسوب شده و عنوان شده است کلیه حقوق به این دلیل دارای ارزش اقتصادی هستند که مال محسوب می‌شوند (Elsan, 2008: 4). این نظریه،

مطلق حقوق را دارای ارزش اقتصادی دانسته، در حالی که کلیه حقوق ارزش اقتصادی ندارند و اسرار تجاری به جهت داشتن ارزش اقتصادی مال محسوب می‌شوند نه این که چون مال هستند، ارزش اقتصادی داشته باشند.

در نظریه دوم: برخی از مصادیق اسرار تجاری را مال و برخی دیگر از مصادیق اسرار تجاری را فاقد وصف مالیت دانسته‌اند. به عنوان مثال، اطلاعات مربوط به ضعف‌های شرکت، فاقد مالیت توصیف شده است (Rahbari, 2016: 84) یا در پرونده (Oxford v. Moss) در سال ۱۹۷۹ که در آن دانشجویی قبل از امتحان، اقدام به سرقت سؤالات امتحانی کرد و به سرقت اطلاعات محرمانه متهم شد. این اتهام با استدلال بر این که اطلاعات محرمانه، مال به‌شمار نمی‌آیند، رد شد (<https://www.revolvy.com/page/Oxford-v-Moss>). تحلیلی که از ماهیت اسرار تجاری مطابق این نظریه شده است با ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیک همخوانی ندارد، زیرا شرط سر تجاری توصیف شدن اطلاعات محرمانه، داشتن ارزش اقتصادی مستقل است. لذا مصادیقی از اطلاعات محرمانه از جمله اطلاعات مربوط به ضعف‌های شرکت و سؤالات امتحانی که ارزش اقتصادی نداشته باشند از مصادیق اسرار تجاری محسوب نمی‌شوند؛ بنابراین، مثال‌های مطروحه نمی‌تواند در حقوق ایران به عنوان دلیلی بر غیرمالی بودن برخی از مصادیق اسرار تجاری مورد استفاده قرار گیرد. مطابق ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیک، همه مصادیق اسرار تجاری «به‌طور مستقل دارای ارزش اقتصادی بوده» و داشتن ارزش اقتصادی مستقل، قابلیت داد و ستد و مبادله را به اسرار تجاری می‌دهد که منطبق با مفهوم مال در حقوق موضوعه و فقه امامیه است. رویکرد قانون‌گذار در قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ نیز که دانش فنی را در ماده ۱ به عنوان یکی از مصادیق سرمایه‌گذاری خارجی آورده نشان‌دهنده مالیت اسرار تجاری است. با این وجود، برخی از مصادیق اسرار تجاری علاوه بر این که ارزش اقتصادی مستقل دارند دارای جنبه غیرمالی هم هستند، برای مثال حق تألیف منتشره نشده در ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیک علاوه بر مالیت، دارای جنبه غیرمالی هم هست.

بعد از شناخت ماهیت اسرار تجاری، جهت تشخیص حکم قانون، نوع حق کارفرمای سابق نسبت به اسرار تجاری و نوع مال موضوع حق قابل تعیین است. با در نظر گرفتن مفاهیم حقوق موضوعه در این خصوص، حق کارفرمای سابق نسبت به اسرار تجاری حق عینی توصیف می‌شود؛ «حقی که به‌طور مستقیم بر موضوع خود اعمال می‌شود و لازم نیست اجرای آن از دیگری مطالبه

شود. ولی هر گاه موضوع حق در تصرف دیگری باشد و او مانع اجرای آن گردد، صاحب حق می‌تواند رد مال را از متصرف بخواهد» (Katouzian, 2018: 14).

۳- تراجم حقوق کارفرما و کارگر سابق

با بررسی ماهیت اسرار تجاری، مشخص شد که اسرار تجاری مال بوده و به تبع مال توصیف شدن ماهیت آن و مالکیت کارفرما، کارفرما مطابق «قاعده تسلیط»، حق همه گونه تصرف در اسرار تجاری را دارد. از طرف دیگر، کارگر برای گذراندن معیشت خود و خانواده‌اش نیازمند کسب درآمد است و برای این منظور بر نیروی جسمی و روحی خود تکیه دارد. مرز بین مهارت‌های فردی و منافع کارگر با حق کارفرمای سابق، مرز باریکی است که باید مشخص شود. تبیین این موضوع در گرو پاسخ به این سؤال است که در صورت اتمام رابطه استخدامی، آیا کارگر سابق تعهد رازداری دارد یا خیر؟

التزام کارگر سابق به حفظ اسرار تجاری، محدود به وجود رابطه استخدامی نبوده و بعد از اتمام رابطه استخدامی هم کارگر سابق متعهد به حفظ اسرار تجاری است. در تبیین حقوق کارگر سابق و کارفرما باید ماهیت اسرار تجاری، قواعد حاکم بر اجازه اشخاص و قراردادهای کار در نظر گرفته شود تا معیارها و مرزهای حقوق طرفین مشخص شود. ضابطه‌هایی چون مهارت‌های فردی، جسمی، معلومات جزئی، کم‌اهمیت و مبهم بودن اطلاعاتی که در حوزه دانش عمومی قرار گرفته است و کارگر از آن‌ها به عنوان وسیله‌ای برای انجام تعهدات خود استفاده می‌کند، بخشی از دانش فردی کارگر محسوب شده و کارگر می‌تواند از این اطلاعات در شغل‌های بعدی خود استفاده کند، لیکن مصادیقی که کارفرما برای کسب آن اقدام به سرمایه‌گذاری نموده و به صورت متعارف و معقول سعی در حفظ محرمانگی آن‌ها کرده و به عنوان اسرار تجاری در اختیار کارگر قرار داده است، حق مالک بوده و افشای آن بدون اذن کارفرما، ضمان‌آور است.

۴- افشای موجب مسئولیت مدنی

برای انجام تعهدات استخدامی و قراردادی، اسرار تجاری در اختیار کارگر قرار داده می‌شود و استفاده از آن با اجازه کارفرما و در راستای هدفی مشروع یا اجازه قانون صورت می‌گیرد. مطابق

ماده ۵۹ قانون تجارت الکترونیکی در صورتی که اسرار تجاری برای اهداف مشخص در اختیار کارگر قرار داده شود او باید آن را برای اهداف تعیین شده مورد استفاده قرار دهد و اصول مشروعیت، منصفانه و مرتبط بودن به کارگیری را رعایت نماید. بنابراین، استفاده از اسرار تجاری باید در راستای هدفی مشروع و با اجازه مالک یا اجازه قانون بوده؛ با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، بهترین روش برای به کارگیری آن انتخاب شود؛ و تنها در صورت ضرورت و در حد ضرورت و مرتبط با هدف اعلام شده، اسرار تجاری به کار گرفته شود (Mohseni, 2015: 536-537). بنابراین، «فراهم نمودن وضعیتی که شخص ثالثی بالقوه یا بالفعل امکان وقوف بر اسرار تجاری را داشته باشد افشای اسرار تجاری بوده» (Aslani, 2010: 144) و جز در راستای وظایف شغلی یا مواقع ضروری ممنوع و موجب مسئولیت مدنی است.

بعد از اتمام رابطه استخدامی نیز، مستخدم باید با حسن نیت مستنبط از ماده ۳ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲، رعایت حق مالکیت کارفرما، انصاف و رویه‌های ضد رقابتی، از افشای اسرار تجاری بدون مجوز قانون و اجازه شخص یا نماینده وی خودداری کند. قانون‌گذار، افشای اسرار تجاری را در بند «ک» ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، نوعی عمل مخل رقابت دانسته و در ماده ۶۶ همان قانون، امکان طرح دعوای مسئولیت مدنی را با رعایت شرایط خاص مقرر کرده است. مطابق ماده ۶۶ قانون فوق: «اشخاص حقیقی و حقوقی خسارت‌دیده از رویه‌های ضد رقابتی مذکور در این قانون، می‌توانند حداکثر ظرف یک سال از زمان قطعیت تصمیمات شورای رقابت یا هیأت تجدیدنظر مبنی بر اعمال رویه‌های ضد رقابتی، به‌منظور جبران خسارت به دادگاه صلاحیت‌دار دادخواست بدهند. دادگاه ضمن رعایت مقررات این قانون در صورتی به دادخواست رسیدگی می‌کند که خواهان رونوشت رأی قطعی شورای رقابت یا هیأت تجدیدنظر را به دادخواست مذکور پیوست کرده باشد.» علاوه بر این، در مواد ۶۴ و ۷۵ قانون تجارت الکترونیکی، افشای اسرار تجاری، جرم‌انگاری شده است.

افشای موجب مسئولیت مدنی، رفتار کارگر سابق در قراردادن اسرار تجاری در اختیار دیگران بدون اجازه مالک یا نماینده وی یا بدون مجوز قانونی است. از نظر دامنه اطلاعات افشاء شده نیز، افشای موجب ضمان لزوماً افشای اطلاعات برای عموم به ترتیبی که باعث اتلاف سر تجاری شود، نیست؛ بلکه افشای اسرار تجاری حتی به‌صورت محدود، موجب ورود ضرر به مالک اسرار تجاری می‌شود. با در نظر گرفتن مطالب فوق، ورود ضرر، فعل یا تقصیر کارگر سابق و رابطه سببیت از

ارکان مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری است، لیکن در حوزه فقه و حقوق اسلامی، در مواردی که مبنای تعیین مسئول ضمانت است، نیازی به رابطه سببیت نیست (Safaei & Rahimi, 303: 2018) ولی باید یادآوری کرد که افشای اسرار تجاری با رضایت مالک یا نماینده او، مانع تحقق مسئولیت مدنی است. با وجود این، در مواردی برحسب مورد، رضایت مالک یا نماینده وی برحسب مورد موضوعیت نداشته یا تأثیری در مشروعیت عمل کارگر سابق ندارد که در این بخش به دو نمونه از مصادیق آن اشاره می‌شود.

۴-۱- امر آمر قانونی

افشای اسرار تجاری در چهارچوب امر آمر قانونی، توسط کارگر سابق در صورتی که آمر مقام عمومی بوده و صلاحیت داشته باشد، مانع مسئولیت مدنی است. به عبارت دیگر، آمر علاوه بر صلاحیت قانونی باید اختیار و قدرت اصدار اوامری که از سوی قانون‌گذار به وی تفویض شده است را داشته باشد؛ در غیر این صورت، اوامرش فاقد اثر قانونی و حقوقی ایجاد مانع برای تحقق مسئولیت خواهد بود (Qasemi & Karmozdi, 2009) لذا در صورتی که آمر، مقام عمومی باشد و قانون‌گذار اختیار و قدرت اصدار اوامر را به مأمور تفویض نماید و کارگر سابق، در محدوده حکم یا امر آمر قانونی، اقدام به افشای اسرار تجاری نماید، حتی در صورت فقدان رضایت مالک یا نماینده وی، امکان طرح دعوای مسئولیت مدنی وجود ندارد.

۴-۲- افشای ناشی از رضایت ورشکسته

طبق ماده ۴۱۸ قانون تجارت، تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم ورشکستگی، از مداخله در تمام اموال خود، حتی آنچه ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است. در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد، مدیر تصفیه (اداره تصفیه)، قائم مقام قانونی ورشکسته است. با مؤثر نبودن رضایت تاجر ورشکسته نسبت به اموال خود، در صورتی که کارگر سابق با رضایت تاجر ورشکسته اقدام به افشای اسرار تجاری نماید و این افشاء موجب از بین رفتن اسرار تجاری نشود، با بقای اسرار تجاری و استیلا کارگر سابق و گیرنده اسرار تجاری در نتیجه افشای اسرار تجاری، عمل در حکم غصب بوده و تکلیف به استرداد اسرار تجاری به قائم مقام تاجر ورشکسته به وجود می‌آید. در صورت تلف نیز کارگر

مسئول است، لیکن از باب غرور، حق مراجعه به تاجر ورشکسته و طرح دعوای مسئولیت مدنی با رعایت مقررات ورشکستگی خواهد داشت.

۵- ماهیت، مبانی تعیین مسئول و مبانی مسئولیت مدنی

شناخت مفهوم و ماهیت اسرار تجاری مقدمه بررسی قواعد حاکم بر مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری است. در این بخش با در نظر گرفتن مفهوم و ماهیت اسرار تجاری، نوع تعهد کارگر سابق، مبانی تعیین مسئول و مبانی مسئولیت مدنی افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق بررسی شده است.

۱-۵- ماهیت مسئولیت مدنی (قراردادی یا خارج از قرارداد)

منشأ التزام و تعهد ممکن است اراده و قرارداد متعهد باشد یا تعهد ممکن است ناشی از قانون ایجاد شود (Bariklou, 2017: 24). در خصوص تعهد کارگر سابق به رازداری این سؤال مطرح می شود که التزام کارگر سابق به جبران خسارات، ناشی از قانون است یا قرارداد؟ پاسخ به این سؤال در شناخت مبانی مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری هم مؤثر است. با توجه به توجیه تعهد کارگر سابق در عدم افشای اسرار تجاری با شرط ضمنی این تصور ایجاد می شود که ماهیت مسئولیت مدنی در این حوزه، علاوه بر مسئولیت مدنی قهری، مسئولیت مدنی قراردادی نیز باشد.

تعهد به رازداری در بعضی از نظریات حقوقی با شرط ضمنی توجیه شده است. از این دیدگاه، تعهد به رازداری را با استفاده از سازوکار شرط ضمنی توجیه نموده اند. مطابق این نظر، اراده ضمنی بر این تعلق گرفته است تا در صورت عدم اعتبار قرارداد، تعهد به رازپوشی به عنوان یک تعهد مستقل، هم چنان ادامه یابد (Dean, 2002:169). مطابق این نظر، کارگر بعد از اتمام رابطه استخدامی، ملزم به رعایت رازداری است. این تعهد به صورت شرط ضمنی بوده و نیازی به تصریح ندارد. در حقوق ایران، شرط ضمنی به عنوان شرطی که مدلول التزامی الفاظ قرارداد است تعریف شده است؛ شرطی که علی رغم عدم ذکر آن در منطوق قرارداد، به حکم عقل یا قانون یا عرف، لازمه مفاد توافق یا طبیعت قرارداد است (Katouzian, 2016: 119).

با شناخت شرط ضمنی و با توجه به این که تعهد ناشی از شرط، از حیث وجود و آثار، پیرو

توافق درباره التزام اصلی است، با انحلال عقد، اصولاً شرط نیز منحل شده و تعهد ناشی از شرط نیز ساقط می شود (Katouzian, 2016: 282-283). نتیجه انحلال شرط ضمنی به سبب انحلال عقد، شرط ضمنی نبودن تعهد کارگر سابق به حفظ اسرار تجاری و قراردادی نبودن التزام به جبران خسارات ناشی از افشای اسرار تجاری است. به عبارت دیگر، به این جهت که ریشه مسئولیت های متصوره کارگر سابق، قرارداد نیست، با اتمام رابطه استخدامی و انحلال قرارداد منشأ، شرط ضمنی نیز منحل شده و تعهد به رازداری بر مبنای شرط ضمنی نیست، با این حال، در صورت انعقاد قراردادهای عدم رقابت، عدم ترغیب و رازداری، ماهیت مسئولیت مدنی کارگر سابق در افشای اسرار تجاری قراردادی است.

۲-۵- مبنای تعیین مسئول

مبنای الزامات خارج از قرارداد، نفع رسیده به یک شخص یا خسارت وارده به اوست. نقض رازداری توسط کارگر سابق سبب ورود ضرر به کارفرمای سابق شده و همچنین ممکن است نفعی به کارگر یا شخص ثالث رسیده باشد. در این بخش با استفاده از ملاک های تعیین مسئول از جمله؛ غصب، اتلاف، غرور و دارا شدن بدون سبب، ضمن تعیین شخص زیان زننده و جبران کننده زیان، مبنای مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق نیز مورد بررسی قرار گرفته است.

۲-۱- استیلاء و اثبات ید بر اسرار تجاری به صورت عدوانی

در فقه امامیه، ماهیت عمل حقوقی انعقادی بین کارگر و کارفرما، اجاره اشخاص توصیف شده است و اجیر در فقه اعم از کارگر در مفهوم حقوقی و پیمانکار مستقل است (Khodabakhshi, 2016: 65). با وجود این، در حقوق فعلی، بخش مهمی از روابط کارگر و کارفرما از حقوق مدنی جدا شده و در شاخه حقوق کار قرار گرفته است. با در نظر گرفتن این موضوع که کارگر در زمان وجود رابطه استخدامی با اذن کارفرما اسرار تجاری را در تصرف دارد، ید کارگر نسبت به اسرار تجاری امانی بوده و ضمانتی و عدوانی نخواهد بود. به عبارت دیگر، تعهد کارگر به حفظ اسرار تجاری در حدود و چهارچوب تعهدات امین بوده و مطابق قاعده «ائتمان»، کارگر نسبت به تلف امانت ضامن نیست؛ مگر این که تعدی یا تفریط کرده باشد (Mostafavi, 2011: 156).

بعد از اتمام رابطه استخدامی، اذن کارفرمای سابق به تصرف در اسرار تجاری که به منظور اجرای تعهد کارگر داده شده بود از بین می‌رود و این سؤال باقی می‌ماند که وضعیت ید کارگر سابق نسبت به اسرار تجاری تحت استیلاء و شخص ثالثی که با افشاء به اسرار تجاری دست یافته، چیست؟ در فقه امامیه مطابق نظر رهبر کبیر انقلاب، اگر عین، به تبع عنوان دیگر امانت مالکی باشد و آن عنوان از بین برود، در این که این امانت، امانت مالکی است یا شرعی، دو وجه، بلکه دو قول است که اولی آن‌ها خالی از رجحان نیست (Mousavi-Mousavi-Khomeini, 2004: 549)؛ لیکن ایشان در جای دیگری فرموده‌اند: در صورت از بین رفتن امانت به سبب فوت یا دیوانه شدن، ودیعه در دست ودعی امانت شرعی است که واجب است فوراً آن‌را به وارث مودع یا ولی او رد کند یا به آن‌ها اطلاع دهد، پس اگر بدون عذر شرعی اهمال کند، ضامن است (Mousavi-Mousavi-Khomeini, 2004: 539) بنابراین، ید کارگر سابق نسبت به اسرار تجاری امانت قانونی بوده و مطابق قاعده، امین ضامن نیست، مگر این که تعدی و تفریط کرده باشد (Bojnourdi, 1998: 9) در صورت انکار اسرار تجاری و استنکاف از استرداد آن، مستنداً به شق دوم ماده ۳۰۸ و ماده ۳۱۰ قانون مدنی، ید کارگر سابق ضمانتی بوده و کارگر سابق در حکم غاصب است. با شناسایی غصب به عنوان یکی از اسباب تعیین مسئول، تکلیف اشخاص ثالثی که بر اسرار تجاری به صورت عدوانی استیلاء یافته‌اند مشخص می‌شود و ابهام در این خصوص حل می‌شود. با توجه به این که غصب علاوه بر حکم تکلیفی دارای حکم وضعی نیز هست و در صورت افشاء به صورت محدود و نسبت به بعضی اشخاص، محرمانگی اطلاعات از بین نمی‌رود (Cornish & Llewelyn, 1981: 309) و مالیت آن باقی می‌ماند، بدین ترتیب در صورتی که عین مال مغضوب موجود و رد آن ممکن باشد، کارگر سابق که اسرار تجاری را افشاء کرده و غاصبین بعدی مطابق مواد ۳۱۶ و ۳۱۷ قانون مدنی مسئولیت تضامنی در استرداد عین دارند (Katouzian, 2018: 289) علاوه بر مسئولیت مدنی غاصبین در استرداد عین، در صورتی که استیلاء غاصبین به اسرار تجاری موجب محرومیت مالک از استیفاء منفعت شده باشد، هر یک از غاصبین مطابق ماده ۳۲۰ قانون مدنی به اندازه زمان تصرف خود و مابعد خود ضامن منافع مستوفات و غیرمستوفات هستند؛ در غیر این صورت، (در صورتی که استیلاء بر اسرار تجاری موجب محرومیت مالک نشود) کارگر سابق و یدهای بعدی مسئول منافع مستوفات هستند. مبنای حقوقی این ضمان درباره منافع استیفاء شده اتلاف و نسبت به منافع تفویت شده تسبیب و گاه تنها ضمان ید است (Katouzian, 2018: 296)

اگر در زمان مراجعه مالک به غاصب یا غاصبین در اثر افشای عمومی، اسرار تجاری طبیعت رازگونه خود را از دست بدهد، در این صورت مالیت اسرار تجاری نیز از بین می‌رود (Hur, 2000:447) و این وضعیت تلف اسرار تجاری محسوب شده و متصرف باید قیمت روز تلف را بپردازد، به جهت این که در هنگام استرداد، پرداخت عین متعذر و غیرممکن است و به پرداخت نرخ همان روز ملزم خواهد شد (Yazdi, 2000: 96)

در صورت اتلاف اسرار تجاری توسط یکی از غاصبین و ناآگاهی بعضی از آن‌ها به وضعیت مال و غصبی بودن آن، مسئولیت نهایی تحمل خسارت، متوجه غاصبی است که از وضعیت غصبی بودن مال (اسرار تجاری) اطلاع داشته است و به استناد ماده ۳۲۵ قانون مدنی و قاعده غرور، متصرف جاهل به غصب، حق دارد تمام خسارتی که مالک از او گرفته است، از غاصب قبل از خویش مطالبه کند (Bariklou, 2017: 219-221)

۵-۲-۲- اتلاف

مطابق ماده ۳۲۸ قانون مدنی در اتلاف و ضمان ناشی از آن به هیچ وجه، عنصر عمد و قصد دخالت ندارد. مقصود از عمد و قصد، اراده و عزم نسبت به اتلاف و اضرار به غیر است، ولی بی‌تردید، فاعلیت در عمل و تحقق انتساب و نیز ارتباط فاعل با پدیده تلف لازم است (Mohaqqeq-Damad, 2017: 150) در قانون مدنی، در بخش اتلاف سخنی از تقصیر نیست و برای احراز ضمان، رابطه مستقیم میان فعل شخص و تلف کافی است؛ هرچند در غالب موارد، این رابطه عرفی در صورتی احراز می‌شود که شخص مرتکب تقصیری شده باشد (Katouzain, 2016: 205) با شناخت ماهیت اسرار تجاری، مال و عین بودن آن در حقوق ایران، قاعده اتلاف به عنوان یکی از اسباب تعیین مسئول مورد استناد قرار خواهد گرفت.

با توجه به این که افشای رازهای تجاری در سطح عموم و انتشار آن موجب از بین رفتن خصوصیت محرمانگی راز تجاری می‌شود و دیگر اطلاعات، راز تجاری محسوب نمی‌شود (Hur, 2000:447)، اتلاف اسرار تجاری را می‌توان این گونه تعریف کرد: «اتلاف اسرار تجاری آن است که شخصی اسرار تجاری را به صورت مستقیم یا غیرمستقیم تلف کند یا ارزش مالی و اقتصادی اسرار تجاری را از بین ببرد». این تعریف شامل اتلاف حقیقی و حکمی بوده و همچنین اتلاف بالمباشره و بالتسبیب اسرار تجاری را پوشش می‌دهد. با تحقق این تعریف، ضمان ناشی از اتلاف

اسرار تجاری بر ذمه کارگر سابق مستقر خواهد شد. در صورتی که کارگر سابق، اسرار تجاری را غصب کند و با افشاء در اختیار فرد دیگری قرار دهد و او آن را تلف کند. در این موارد، کارفرمای سابق، حق رجوع به هر دو را دارد. سرانجام، ضمان برعهده متلف مستقر می‌شود؛ زیرا چنانچه صاحب مال به غاصب رجوع کند، او نیز حق مراجعه به متلف را خواهد داشت.

۳-۲-۵- استفاده بدون سبب

یکی از مبانی تعیین مسئول در افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق، نظریه «تعهدات ناشی از استفاده بدون سبب» است. براساس این نظریه، اگر شخصی بدون یک علت قانونی یا قراردادی به زیان دیگری دارا شود، بر طبق عدالت و انصاف باید عین مالی را که از این طریق به دست آورده یا بدل آن را به زیان دیده برگرداند (Safaei, 1985: 9-10) حقوق باید از «استفاده بدون جهت» جلوگیری کند و به کسی که به زیان او استیفای نامشروع صورت گرفته، اجازه دهد تا آنچه را که به ناحق از دست داده، در پناه قانون بازستاند (Katouzain, 2018: 389) زمانی می‌توان به ممنوعیت قاعده دارا شدن بلاسبب استناد کرد که برای (و در راستای) دارا شدن، هیچ عنوان حقوقی قراردادی‌ای، مانند ضمان معاوضی، فسخ قرارداد و تلف مبیع قبل از قبض و هیچ ضمان قهری مانند اتلاف، تسبیب یا استیفا در میان نباشد (Alidoust, 2016: 10) قاعده دارا شدن بلاسبب که به عنوان یکی از مبانی تعیین مسئول در باب افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق مورد استناد قرار می‌گیرد با قاعده ضمان ید تفاوت دارد؛ به طوری که در این فرض، استیلا بر مال غیر ملاک و مبنا نبوده، بلکه افزایش و کاهش دارایی ملاک است. به جهت ملاک بودن افزوده شدن دارایی، منافع غیرمستوفات، مطابق این قاعده، قابل مطالبه نیست (Yasrebi, 2006: 55)

در دارا شدن بلاسبب، انتفاع ناروا موجب مسئولیت مدنی است و میزان رجوع به اندازه انتفاع است، بنابراین، اگر کارگر سابق و ثالث به کارفرما در نتیجه افشای اسرار تجاری ضرر وارد کنند و خود منتفع نشوند، عنوان دارا شدن بلاسبب مبنایی برای تعیین مسئول نیست. به عبارت ساده‌تر، در صورتی مسئولیت ناشی از دارا شدن بلاسبب مطرح می‌شود که خواننده در نتیجه افشای اسرار تجاری، منفعتی کسب کند و کسب این منافع بدون مجوز قانون و رضایت مالک باشد. در این صورت، به عنوان یکی از اسباب تعیین مسئول و سبب مسئولیت مدنی است.

۳-۵- مبنای مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق

بعد از بررسی مبانی تعیین مسئول، در این بخش این سؤال مطرح می‌شود که بعد از اتمام رابطه استخدامی، چرا کارگری که بدون رضایت کارفرما اقدام به افشای اسرار تجاری نموده مسئول جبران خسارتی است که به مالک اسرار تجاری افشاء شده، وارد شده است؟ پاسخ این سؤال ارتباط تنگاتنگی با ماهیت مسئولیت مدنی کارگر سابق بعد از اتمام رابطه استخدامی در افشای اسرار تجاری دارد. در صورتی که یکی از مبانی تعهد کارگر سابق، شرط ضمنی قلمداد شود، در این صورت ماهیت مسئولیت مدنی بر مبنای قراردادی نیز قابل تصور است. در این صورت، عدم اجرای تعهد قراردادی، اماره تقصیر تلقی می‌شود و نظریه تقصیر، مبنای مسئولیت مدنی نیست؛ زیرا اگر صرف عدم اجرای قرارداد را تقصیر بدانیم؛ حتی در صورت انتساب عدم انجام تعهد به عوامل خارجی، متعهد از بار مسئولیت رها نمی‌شود، حال آن‌که علت خارجی، فعل ثالث، عامل قهری و فورس ماژور می‌تواند از عوامل رافع مسئولیت او باشد (Dayani & Eshghpour, 2016: 75-86) با در نظر گرفتن این نظریه و در صورت حاکمیت شرط ضمنی بر منشأ بودن تعهد کارگر سابق، افشاء شدن اسرار تجاری، اماره بر تقصیر قلمداد می‌شود.

با در نظر گرفتن ماهیت مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق، قواعد و قوانین موضوعه از جمله قانون مسئولیت مدنی و اسباب تعیین مسئول در مواردی که قراردادی در خصوص رازداری وجود ندارد، اصل بر مبنا بودن نظریه تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی است. مطابق این نظریه، ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی در خصوص مبنای مسئولیت عام و قوانین دیگر خاص هستند (Safaei & Rahimi, 2018: 65) بنابراین، مبنای مسئولیت مدنی کارگر سابق در افشای اسرار تجاری و در فرض فقدان قرارداد، نظریه تقصیر بوده و صرفاً مواردی که مطابق قانون از مبانی دیگری مثل اتلاف، غصب یا دارا شدن بلاسبب تبعیت می‌کنند از حاکمیت نظریه تقصیر خارج است. با در نظر گرفتن تحلیل فوق نتایج زیر قابل استنباط است؛

۳-۵-۱- با امانت قانونی توصیف شدن ید کارگر سابق قبل از انکار و استنکاف از استرداد اسرار تجاری، در صورت افشاء شدن اسرار تجاری، مبنای مسئولیت مدنی، نظریه تقصیر بوده و در صورتی که کارگر سابق در حفظ اسرار تجاری مرتکب تعدی و تفریط شود، مسئول جبران خسارات است، لیکن تقصیر کارگر سابق صرفاً ناظر به کوتاهی در نگهداری اسرار تجاری نیست،

بلکه کارگر سابق باید اقدام به استرداد اسرار تجاری نموده یا به مالک اطلاع دهد که اسرار تجاری در نزد وی است. عدم انجام این تکالیف نیز خود نوعی تقصیر محسوب می‌شود.

۵-۳-۲- در صورت انطباق عنوان با دارا شدن بدون سبب و حاکمیت این قاعده، مبنای مسئولیت مدنی نظریه تقصیر نیست (Safaei & Rahimi, 2018: 13) و به فعل خواننده توجه نمی‌شود و کافی است رابطه میان فزونی یافتن دارایی و کاسته شدن از دارایی موجود باشد (Katouzain, 2018: 395)

۵-۳-۳- در صورتی که عین اسرار تجاری موجود بوده و از مالیت نیفتاده باشد، با غاصبانه توصیف شدن ید کارگر سابق، تضمین حق موضوع آن بر غاصب تحمیل می‌شود. کارگر سابق، ضامن عین و منافع آن است خواه مرتکب تقصیر شود یا تقصیری نداشته باشد و خواه بین فعل او و تلف مال رابطه سببیت وجود داشته باشد یا این دو نسبت به هم بیگانه باشند (Katouzain, 2018: 222) بنابراین، مسئولیت ناشی از غصب، مبتنی بر نظریه مسئولیت مطلق است (Yazdanian, 2016: 455)

۵-۳-۴- اگر افشای اسرار تجاری موجب اتلاف آن شود، همین که رابطه علیت عرفی بین کار شخص و تلف موجود باشد، برای فاعل ایجاد مسئولیت می‌کند. لزومی ندارد که تقصیر احراز شود (Katouzain, 2018: 210) و مبنای مسئولیت، نظریه مسئولیت محض است (Yazdanian, 2016: 455)

۶- توصیف محرمانگی و تأثیر آن در مسئولیت مدنی کارگر سابق

علم و عمد کارگر به سرّ تجاری بودن اطلاعات مورد دسترسی و توصیف محرمانه بودن این اطلاعات توسط کارفرما و تأثیر آن در مسئولیت مدنی کارگر سابق سؤال این بخش است. در مواردی نقض رازهای تجاری در فضای مبتنی بر حسن نیت صورت می‌گیرد. بدین معنا که ناقض نسبت به محرمانگی اطلاعات ناآگاه بوده یا به طور تصادفی یا از روی اشتباه، مأخذ دریافت اطلاعات را فراموش کرده یا تصور کند خود نسبت به اطلاعات دست یافته است (Cornish & Llewelyn, 1981:324) مطابق این دیدگاه، مسئولیت مدنی در صورتی بر ناقض جاهل بار می‌شود که وی از خصوصیت محرمانگی اطلاعات آگاهی داشته باشد.

در حقوق ایران در باب غصب بعضی از اساتید حقوق در جهت احراز تحقق رکن عدوان عنوان کرده‌اند که غاصب باید بداند اجازه‌ای برای تصرف در مورد غصب ندارد (Safaei &

(Rahimi, 2016: 25) و هم‌چنین عنوان شده است که غاصب باید بداند مال متعلق به غیر است (sarvi, 2012: 148_ Emami, 2004: 358_ Bariklou, 2017: 148-149_ Bahrami-Ahmadi, 2009: 35) با در نظر گرفتن ظاهر این عبارات، کارگر می‌تواند به عدم توصیف محرمانگی استناد کرده و مدعی جهل به سرّ تجاری و مال بودن اسرار تجاری شود؛ لیکن نظرات به شرط بودن علم در باب غصب حقیقی به جهت عقوبت شرعی آن است و به نظر می‌رسد نظر مورد اشاره، منصرف از اثبات ید باشد (Eshghpour, 2017: 100)، در این خصوص، نظر فقها این است که به غیر حق، اعم از عدوان است و در صورتی که مستولی بر مال غیر، جاهل باشد، ید عدوانی نخواهد بود ولی ضمانی است (Najafi, 1983: 12_ Alameli, 1996: 148)

با در نظر گرفتن مبانی تعیین مسئول در مباحث قبل، تعهد به رازداری بعد از اتمام رابطه استخدامی نیز قابل استنباط است، به جهت این که تعهد به رازداری برای کارگر سابق با تسلیم اطلاعات محرمانه با هدف مشخص و استفاده در چهارچوب مشخص به وجود می‌آید و کارفرما از ابزارهای مشخصی جهت حفظ اسرار تجاری استفاده می‌کند که نشان‌دهنده محرمانه بودن اطلاعات است. عدم اعلام صریح محرمانگی مانع تحقق مسئولیت مدنی نیست؛ زیرا ماهیت بسیاری از اطلاعات، نحوه دسترسی و اقدامات کارفرما، گویای محرمانگی اطلاعات است، لیکن این موضوع در میزان مسئولیت مدنی کارگر بی‌تأثیر نیست. در مواردی که مسئولیت در این حوزه مبتنی بر تقصیر است، عدم توصیف محرمانگی توسط کارفرما با وجود اقدامات لازم در نگهداری و حفظ اطلاعات، تقصیر کارگر سابق را در محدوده تعریف تقصیر سبک قرار داده و در میزان مسئولیت کارگر سابق تأثیر داشته باشد. تقصیری که فاعل زیان، خواهان تحقق یافتن آن نبوده است، بلکه فقط مرتکب یک بی‌احتیاطی یا غفلت شده که بدون ارتکاب آن زیان رخ نمی‌داد (Loorrasa, 1996: 54) در حقوق ایران، در مواردی که مسئولیت مدنی کارگر سابق مبتنی بر تقصیر است، مطابق بند ۲ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی که مقرر می‌دارد: «وقوع زیان خسارت ناشی از غفلتی بوده که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن نیز موجب عسرت و تنگدستی وارده کننده زیان شود»، به جهت عدم اعلام صریح محرمانگی اطلاعات، تقصیر کارگر سابق، تقصیر سبک توصیف شده و در میزان مسئولیت وی مؤثر است و قاضی می‌تواند میزان خسارت را تخفیف دهد.

۷- معیارهای تعیین خسارت قابل پرداخت

نظام مسئولیت مدنی در حقوق اسلام و ایران نوعی کثرت گرایی در هدف را پذیرفته است. جبران خسارت، بازدارندگی و توزیع ضرر از جمله هدف‌های مسئولیت مدنی است که هدف جبران خسارت یکی از هدف‌های بسیار مهم مسئولیت مدنی است (Badini, 2004: 104) که با شناسایی این هدف، ضرر، به عنوان رکن مسئولیت مدنی ناشی از افشای اسرار تجاری خواهد بود (Colston, 1999:158).

با شناخت اسباب و مبنای تعیین مسئول و معیار افشای موجب ضمان، حدود مسئولیت کارگر سابق مشخص شد. به عنوان مثال در استفاده بلاجهت، استفاده کننده فقط تا حدی که به دارائی او افزوده شده ضامن است (Safaei, 1985: 14) در ارزیابی میزان خسارت قابل جبران، علاوه بر توجه به اسباب ضمان و حدود افشاء، معیارهای دیگری نیز تأثیر دارند: میزان هزینه، زمان و فعالیت مصروف شده برای تحصیل اسرار تجاری (Rahbari, 2016: 29)، قابل پیش‌بینی بودن ضرر (Shahnai, 1390: 229) کاهش قیمت محصولی که راز تجاری مورد نقض در فرآیند تولید یا فروش آن به نوعی به کار رفته است (Glick, Reymann, & Hoffman, 2002: 337) اهمیت کمی و کیفی عمل ضد رقابت، میزان تأثیر منفی بر بازار، تعدد و تکرار عمل ارتكابی و زمان و مکان ارتكاب که در آیین‌نامه تعیین میزان جرائم نقدی متناسب با عمل ارتكابی در رویه‌های ضد رقابتی موضوع بند (۱۲) ماده (۶۱) برای تعیین جرایم نقدی پیش‌بینی شده برای تعیین میزان خسارات قابل جبران قابل استناد است.

نتایج

۱- ماهیت اسرار تجاری مال بوده و حق کارفرمای سابق نسبت به اسرار تجاری حق عینی است. با در نظر گرفتن مفهوم و ماهیت اسرار تجاری، اطلاعات جزئی، کم اهمیت، مبهم و مهارت‌های فردی بخشی از دانش فردی کارگر سابق بوده و افشای آن در مشاغل بعدی سبب مسئولیت مدنی نیست. در مقابل، مصادیقی که کارفرما برای کسب آن اقدام به سرمایه‌گذاری کرده، دارای ارزش اقتصادی و از مصادیق اسرار تجاری و طبعاً کارگر سابق ملزم به رازداری است.

۲- افشای موجب ضمان توسط کارگر سابق، قرارداد اسرار تجاری در اختیار دیگران بدون

اجازه کارفرما یا نماینده وی یا بدون مجوز قانون است. از نظر دامنه افشای موجب ضمان، افشای اسرار تجاری حتی به صورت محدود نیز موجب مسئولیت مدنی است.

۳- ریشه مسئولیت‌های متصوره کارگر سابق، قرارداد نیست، با اتمام رابطه استخدامی و انحلال قرارداد منشأ، در صورت افشای اسرار تجاری توسط کارگر سابق، ماهیت مسئولیت مدنی خارج از قرارداد است.

۴- ید کارگر سابق نسبت به اسرار تجاری امانت قانونی بوده و مطابق قاعده، امین ضامن نیست، مگر این که تعدی و تفریط کرده باشد. در صورت افشای اسرار تجاری با استفاده از مبانی تعیین مسئول از جمله غصب، اتلاف، تسبیب و غرور، زیان‌زننده، مسئول و مبنای مسئولیت مدنی قابل تعیین است.

۵- با امانت قانونی توصیف شدن ید کارگر سابق قبل از انکار و استنکاف از استرداد اسرار تجاری، در صورت افشاء شدن اسرار تجاری، اصل بر مبنای بودن نظریه تقصیر است، لیکن در صورت انطباق عمل با غصب و اتلاف و دارا شدن بلاسبب، مبنای مسئولیت مدنی نظریه تقصیر نیست.

۶- به جهت این که تعهد به رازداری برای کارگر با تسلیم اطلاعات محرمانه با هدف مشخص و استفاده در چهارچوب مشخص صورت می‌گیرد و کارفرما از ابزارهای مشخصی جهت حفظ اسرار تجاری استفاده می‌کند که نشان‌دهنده محرمانه بودن اطلاعات است، عدم اعلام صریح محرمانگی مانع تحقق مسئولیت مدنی نیست. با این وجود، در صورت سبک بودن تقصیر کارگر سابق به جهت عدم اعلام محرمانگی، مسئولیت مدنی کارگر سابق قابل تخفیف است.

۷- در ارزیابی میزان خسارت قابل جبران، علاوه بر توجه به اسباب ضمان و حدود افشاء، معیارهای دیگری نیز تأثیر دارند: میزان هزینه، زمان و فعالیت مصروف شده برای تحصیل اسرار تجاری، قابل پیش‌بینی بودن ضرر، کاهش قیمت محصولی که اسرار تجاری مورد نقض در تولید یا فروش آن به کار رفته، اهمیت کمی و کیفی عمل ضد رقابت، میزان تأثیر منفی بر بازار، تعدد و تکرار عمل ارتكابی و زمان و مکان ارتكاب نیز در ارزیابی میزان خسارت قابل جبران مؤثر است.

فهرست منابع

[1] Al-Ameli, ZA [Shahid Thani]. (1996). Masalak al-Afham. Vol. 12, Qom:

- Institute of Islamic Studies. (In Arabic)
- [2] Alidost, A. (2016). Unfair and unjustified possession of the Iranian legal system and its comparison with the misappropriation of property, *New Research in Jurisprudence*, No. 1. (In Persian)
 - [3] Aslani, HR. (2010). *Information Technology Law*, Tehran: Mizan Publication. (In Persian)
 - [4] Badini, H. (2004). The Purpose of Civil Liability, *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, No. 66. (In Persian)
 - [5] Bahrami-Ahmadi H. (2009). *Civil Liability*, Tehran: Mizan Publication. (In Persian)
 - [6] Bariklou, AR. (2017). *Civil Liability*, Tehran: Mizan Publication. (In Persian)
 - [7] Bojnurdi, SH. (1998). *The rules of jurisprudence*, Vol. 2, Qom: Al-Hadi Publication. (In Arabic)
 - [8] Cornish, W., & Llewelyn, D. (1981). *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 6 th.
 - [9] Correa, C. M. (2000). *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options*: Zed books.
 - [10] Dayani, A & Eshghpour, M. (2016). Levels of Fault in Iranian Civil Liability Law, *Journal of Ardabil Bar Association*, No. 2. (In Persian)
 - [11] Dean, R. (2002). *The law of trade secret and Personal Secret* (2nd Edition ed.). Australia: Thomson. (In Persian)
 - [12] Elizabet, A., Martin. A. (2003). *Dictionary of Law*, Oxford, Oxford University press (t. ed Ed.).
 - [13] Elsan, M. (2008). Crimes against trade secrets, *Quarterly Journal of Law*, *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, No. 4. (In Persian)
 - [14] Emami, H. (2004). *Civil Law*, Vol. 1, Tehran: Islamic Bookstore publication. (In Persian)
 - [15] Eshghpour, M. (2017). *The condition of aggression in lawsuits of aggressive possession and usurpation*, Tehran: Behnami Publications. (In Persian)
 - [16] Glick, M. A., Reymann, L. A., & Hoffman, R. (2002). *Intellectual property damages: guidelines and analysis*: John Wiley & Sons.
 - [17] Hekmatnia, M. (2007). *Fundamentals of Intellectual Property*, Tehran: Institute of Islamic Culture and Thought. (In Persian)
 - [18] <https://www.revolvy.com/page/Oxford-v-Moss>. (Last visited: 06/26/2020).
 - [19] Hur, R. K. (2000). Takings, trade secrets, and tobacco: mountain or molehill? *Stanford Law Review*, 447-490.
 - [20] Katouzian, N. (2004). *Civil Law, General Rules of Contracts*, Vol. 2, Tehran: Enteshar Co. Publication. (In Persian)

- [21] Katouzian, N .(2016). Civil Law, General Rules of Contracts, Vol. 3, Tehran: Enteshar Co. Publication. (In Persian)
- [22] Katouzian, N .(2016). Legal Applications, Contract-Conversion, Tehran: Enteshar Co. Publication. (In Persian)
- [23] Katouzian, N .(2018). Obligations outside the contract, civil liability, Vol. 1 & 2, Tehran, Ganje-Danesh publication.
- [24] Katouzian, N .(2018). Property and ownership, Tehran: Mizan publication. (In Persian)
- [25] Khodabakhshi, A .(2016). Compensation of workers in the civil liability system, Tehran: Enteshar Co. Publication. (In Persian)
- [26] Linton, K .(2016). The importance of trade secrets: new directions in international trade policy making and empirical research. J. Int'l Com. & Econ., 1.
- [27] Lorrassa, M .(1996). Civil Liability, translated by Mohammad Ashtari, Tehran: Hoqouqdan Publication. (In Persian)
- [28] Mohaqeq-Damad, SM .(2017). Rules of Civil Jurisprudence, Tehran: Publication of Islamic Sciences Center. (In Persian)
- [29] Mohseni, F .(2015). Privacy Information, Tehran: Imam Sadeq University Press. (In Persian)
- [30] Mostafavi, SK .(2011). Rules of Jurisprudence, translated by Azizullah Fahimi, Tehran: Mizan Publication. (In Persian)
- [31] Mousavi-Khomeini, SR. (2004). Tahrir al-Wasila, translated by Ali Eslami, Vol. 2, Qom: Islamic Publications Office. (In Persian)
- [32] Najafi, MH .(1983). Jawahar al-Kalam Fi Sharh Sharia al-Islam, Vol. 37, Beirut: Dar al-Ahya al-Tarath al-Arabi publication. (In Arabic)
- [33] Qasemi, N & Karmozdi, A .(2009). Civil Liability of Commanders and Officers in Iranian Law, Tehran: Khate Sevvom Publication. (In Persian)
- [34] Safaei, SH & Rahimi, H .(2016). Civil Liability (Non-Contractual Requirements), Tehran: Samat publication. (In Persian)
- [35] Safaei, SH & Rahimi, H .(2018). Comparative Civil Liability, Tehran: Institute for Legal Studies and Research. (In Persian)
- [36] Safaei, SH .(1985). Citing Unconditional Use Despite a Contractual Relationship, International Legal Journal, No. 2. (In Persian)
- [37] Sarvi, MB .(2012). Applied Civil Law, Tehran: Negin Press. (In Persian)
- [38] Shahniaei, A .(2011). Legal Assistance in Technical Knowledge and Its Effects, Law Quarterly, Journal of the Faculty of Law and Political Science, No. 4. (In Persian)
- [39] Tabatabai-Yazdi, SMK .(2000). Hashiyeh al-Makasib, Vol. 1, Qom:

Publication of Ismailian Institute. (In Arabic)

[40] Yasrebi, A .(2006). Irrational Use in Islamic Jurisprudence and Comparative Law, Religious Research, Second Year. (In Persian)

[41] Yazdanian, A .(2016). General Rules of Civil Liability with Comparative Study of French Law, Vol. 1, Tehran: Mizan Publication. (In Persian)

Journal Encyclopedia of Economic Law

Faculty of Economics and Administrative Sciences

Published by: Ferdowsi University of Mashhad
Managing Director: Dr. S.H. hosseini
Editor-in-Chief: Dr. A.R. Javan jafari

Editorial Board:

H. Gholami	Associate Professor , Faculty of Law, Allameh Tabataba'i University
M. H. Haeri	Professor , Faculty of Theology, Ferdowsi University of Shahed
M. Hooshmand	Professor , Faculty of Economics, Ferdowsi University of Mashhad
M.R. Lotfalipour	Professor , Faculty of Economics, Ferdowsi University of Mashhad
H. Mirmohammad Sadeghi	Professor , Faculty of Law, Shahid Beheshti University
A. H. Najafi Abrandabadi	Professor , Faculty of Law, Shahid Beheshti University
H. Saberi	Associate Professor , Faculty of Theology, Ferdowsi University of Mashhad
S. Zarkalam	Associate Professor , Faculty of Law, Shahed University

Editor:	Dr.J . Mizban
Executive Director:	M. Kadkhodaei
Printed by:	Ferdowsi University Press
Circulation:	100
Publishing License:	124/10352 8/10/1377
Address:	Mashhad PO Box 9177948951 - 1357
Tel:	0511-8806307
Fax:	0511-8829584
Website:	http://lawecon.um.ac.ir
E-Mail:	Lawecon@um.ac.ir

This journal is indexed in:

1. ISC
2. SID
3. MAGIRAN
4. Jm.um.ac.ir

Contents

Analysis of the judicial precedent of Supreme Court No. 733; Emphasizing the nature of money and the distinction of depreciation, delayed compensation and damage caused by rising prices

Abbas karimi
Hadi Jvaherkalam

Analysis and assessment of warranty of validity in license contract

Ali Saatchi

Feasibility of the accepting the analysis of participation in trademark infringement in Iranian and US law from the perspective of economic analysis

Hamed Najafi
Mahmoud Sadeghi
Morteza Shahbazinia

The Nature of Insurer's Liability and its Impact on Selection Method of "Recoupment" and the Principle of Subrogation

Hasan Badini
Jamshid Yahyapour
Saber Alaei
Ardalan Haghpanah

A Comparative Study of Hold harmless (Indemnity) Clause in Contracts

Mohsen Izanloo
Abolfazl Shahin

Capital Flow in International Law: Assessment of Iran's Foreign Investment Sanction

Seyed Yaser Ziaee
Mohammad Reza Mellat

Protecting Essential Interests of the Host State in Investment Claims Arising from Armed Conflicts

Abolghasem Shahbazian
Sadegh Salimi

Protecting fashion (cover-beauty creations) through Iran-France industrial property rights

Hasan Rassouli
Seyed Mostafa Mohaghegh Ahmad
Abadi (Damad)
Hasan Pashazadeh

Improvement of effectiveness and efficiency of the Counter-Terrorism Financing (CTF) system by approval of the Risk Based Supervision (RBS) in the sector of Financial Institutions (FIs)

Naser Ghasemi
Ahmad Ali Sales Moayyad

The civil liability for disclosure of commercial secrets by the former worker

Morteza Shahbazinia
Mansour Eshghpour
Ebrahim Taghizadeh

Analysis of the judicial precedent of Supreme Court No. 733; Emphasizing the nature of money and the distinction of depreciation, delayed compensation and damage caused by rising prices

Abbas karimi¹

*Professor University of Tehran,
Faculty of Law and Political Sciences*

Hadi Jvaherkalam²

*PhD Graduated in private law,
University of Tehran.*

Received: 17/08/2018

Accept: 21/04/2020

Extended Abstract

Introduction

Due to the high rate of inflation in Iran, which itself is caused by various factors, our legal system and judicial procedure has faced the problem of devaluation of money and how to compensate it for many years. To solve this problem, the legislator has limited and incomplete solutions in Article 522. In order to compensate for the decrease in the value of money and Article 1082 BC. It has provided for the adjustment of Rail dowries. In particular, in the case where the sale is void due to the merits of the seller and the non-enforceability of the owner and the seller of the invoice must return the price to the buyer, how the seller undertakes to reject the price due to devaluation has always been a matter of debate. This problem becomes more acute when a few years have passed since the transaction and then it is discovered that the seller belongs to another and the owner of the transaction does not enforce it. In this case, the purchasing power of money and its value has decreased due to high inflation and the return of the same nominal value seems unfair. In particular, the buyer is deprived of the minimum interest of his money which is in the possession of the prying seller and he has benefited from it, because if the customer had invested his price in the bank, he would at least receive the profit from his participation at the rate of inflation rate, and it is possible that the profit on account of the participation would be more than the inflation rate. In addition, due to rising prices, the buyer will have to pay a much higher price to buy similar financial

1. abkarimi@ut.ac.ir

2. h_shabani1367@ut.ac.ir

goods, and therefore, the idea of compensation is necessary. The vote of procedure No. 733 of the Supreme Court seeks to resolve these issues; But it itself adds to the doubts and ambiguities and has many shortcomings and flaws.

Methodology

In the present study, descriptive and analytical research methods have been used and the method of collecting information and data is library. Also, the issue has been analyzed from a jurisprudential, legal and judicial point of view.

Results & Discussion

Paper currencies are of a special nature today and, unlike gold and silver, are of no intrinsic value; they are only of credit value, and the banknote is the only representative of money. Therefore, the value of today's money is its purchasing power and its exchange power. According to this analysis, the debtor's debtor must return to the creditor the value equivalent of what he has received in order to fulfill his obligation, and the mere reimbursement of its nominal value, if the purchasing power of money has decreased, does not absolve him of liability. So, what he owes in addition to the nominal value of money in terms of inflation is not an excess of his debt, but the fulfillment of the principle of his commitment, the value of which is diminished and compensated for by an amount equal to the rate of inflation. Accordingly, the devaluation of the currency differs from that of usury, as well as the damages for late payment, and its compensation must be accepted as a general rule.

Conclusion and Suggestions

According to the provisions of the vote of Procedure No. 733 of the Supreme Court, the prying seller should simply return the price in terms of "devaluation" and is not responsible for the increase in property prices. The General Legal Department of the Judiciary also commented in 2015 that the devaluation of the price in the vote of procedure No. 733 is calculated based on the Central Bank's index. This is while was predicted compensating for the devaluation of money as a general rule, before the vote of procedure in Article 522. The only advantage of the Unity of Procedure vote is that the conditions set out in Article 522 are not necessary to compensate for the devaluation of the price. Of course, this innovation is not very noticeable, because the volatile bond must return the price according to the rule of iodine guarantee, and the condition of the claim stipulated in the mentioned article about the reduction of the value of the price is automatically eliminated. In addition, "damages resulting from price increases", which were the main differences between Branches 3 and 11 of the Court of Appeals of West Azerbaijan Province, in the unanimous decision of the procedure has been compensated for the reduction of money laundering and thus, demanding price differences and daily prices. The prying scales are out of the scope of the vote. Therefore, in order to compensate for the difference between the contractual price in terms of inflation rate and the current day price, the general rules of coercive guarantee and Article 391 BC must be applied to the general rules. It turns out that the existing rules make the said damage compensable, because the buyer is deprived of having a seller by the invalidity of the sale, and this is a certain benefit to the detriment of custom, and therefore, the loss agent must compensate the

said loss. The criterion for calculating the amount of compensable loss is basically the same, that is, the difference between the price and the price of the day should be calculated and paid according to the seller; however, conventional predictions of individuals and special conditions of the seller must also be considered. Therefore, it is suggested that the legislature of Article 522. Corrects and considers the devaluation of money as absolute and even without the conditions stipulated in this article. Also, the judicial procedure considers the damages caused by the increase in prices to be compensable based on the findings of the present research.

Keywords: judicial precedent No. 733; Devaluation of the Money, Damage for Raise of Price, Usury, Damage for delay in payment, Loss of Prospective Profits.

References (in Persian)

- [1] Fazel Lankarani, Mohammad (2004), Jame al Masa'el, v. 1, 1st ed., Qom: Amir Ghalam. (In Persian).
- [2] Gharibeh, Ali (2008), Legal Jurisprudence Review of the Ability to Claim the Amount of Devaluation of the Money and Compensation for Late Payment, Jurisprudence and the History of Culture, (16), 49-64. (In Persian).
- [3] Hashemi Shahroudi, Seyyed Mahmoud (1995), Responsibility for Devaluing Money, Fefgh Ahl Bayt, (2), 48-87. (In Persian).
- [4] Hosseini Maraghi, S. A. (1996), Al-Anavin, 1st ed., Qom: Daftar Entesharat Eslami. (In Arabic).
- [5] Judiciary Jurisprudential Research Center (2003), Jurisprudential and judicial Istifta, Selling another property, Majalleh Payam Amouzesesh, (5). (In Persian).
- [6] Katouziyan, Naser (2008 A), Civil Law: General Rules of Contracts, v. 4, 5th ed., Tehran: Enteshar Co. (In Persian).
- [7] Katouziyan, Naser (2008 B), Out-of-Contract Responsibility: Civil liability, v. 1, 8th ed., Tehran: Tehran University Press. (In Persian).
- [8] Kharrazi, S. Mohsen (2005), Paper Money, Majalleh feghh Ahl bayt, (47), 93-110. (In Persian).
- [9] Khomeini, S. Roohollah (2001), Estefta'at, v. 2, 5th ed., Qom: Daftar Entesharat Eslami. (In Persian).
- [10] Makarem Shirazi, Naser (2001), Usury and Islamic Banking, 1st ed., Qom: Entesharat Madreseh Emam Ali. (In Persian).
- [11] Makarem Shirazi, Naser (2006), Estefta'at-e Jadid, v. 2 & 3, 2nd ed., Qom: Entesharat Madreseh Emam Ali. (In Persian).
- [12] MirJalili, S. Mohsen (2009), Compensation for Devaluation; Theory and Application, Iran's Economic Research, (4), 207-229. (In Persian).
- [13] Montazeri, Hossein Ali (no date A), Estefta'at Masa'el Zaman, 1st ed., Qom: No publisher. (In Persian).
- [14] Montazeri, Hossein Ali (no date B), Resaleh Estefta'at, v. 2 & 3, 1st ed., Qom: No publisher. (In Persian).
- [15] Sadr, S. Kazem (1996), The Economy of Early Islam, 1st ed., Tehran: Shahid Beheshti University Press. (In Persian).
- [16] Safaai, S. Hossein, & Rahimi, H. (2018), Civil Liability (out-of-Contract Responsibility), Tehran: Samt. (In Persian).
- [17] Shahidi, Mehdi (2007 A), Civil Law, v. 3: Effects of Contracts and Obligations, 3rd ed., Tehran: Majd. (In Persian).

- [18] Shahidi, Mehdi (2007 B), Civil Law, v. 5: Dissolution of Obligations, 8th ed., Tehran: Majd. (In Persian).
- [19] Shiravi, Abdolhossein (2001), Critique and Review of the Provisions of the Code of Civil Procedure regarding the Claim for Contractual Damages and Late Payment, Mojtaba Amouzeh A'ali Qom, (9), 7-50. (In Persian).
- [20] Tabatabayi Yazdi, S. Mohammad Kazem (1994), So'al va Javab, 1st ed., Tehran: Markaz Nashr al-Oloum al-Eslami. (In Persian).
- [21] Tajlil, Aboutaleb, et al., (1996), Jurisprudential Rulings of Money, Majalleh feghh Ahl bayt, (7), 9-53. (In Persian).
- [22] Yousefi, Ahmad Ali (1998), Poul Emrouz, Mesli, Gheimi ya Mahiyat Sevvom, Feghh Ahl Bayt, (14), 95-122. (In Persian).
- [23] Yousefi, Ahmad Ali (2002), Jurisprudential Study of Theories of Compensation for the Devaluation of Money (2), Feghh Ahl Bayt, (31), 59-137. (In Persian).

References (in Arabic)

- [1] Behbahani, Vahid (1996), Hashiyat Majma al Fa'edeh, 1st ed., Qom: Moghadas Ardabil Commemoration Congress. (In Arabic).
- [2] Esfahani, S. A. (2001), Vasilat al Nejat, 1st ed., Qom: Moaseseh Nashr Asar Emam Khomeini. (In Arabic).
- [3] Modarres, S. Hassan (1987), Al Rasa'el al Feghhiyah, 1st ed., Tehran: The Commemoration of the 50th Anniversary of the Martyrdom of Modarres. (In Arabic).
- [4] Na'ini, M. Mohammad Hossein (1997), Monyat al Taleb, v. 3, Qom: Moaseseh Nashr Eslami.
- [5] Najafi, Mohammad Hassan (1983), Javaher al Kalam, v. 25, 7th ed., Beyrout, Dar Ehya. (In Arabic).
- [6] Khomeini, S. Roohollah (no date), Tahrir al Vasilat, v. 1, 1st ed., Qom: Dar al Elm. (In Arabic).
- [7] Seifi Mazandarani, A. A. (2008), Dalil Tahrir al Vasilat – Feghh al Reba, 1st ed., Tehran: Moaseseh Nashr Asar Emam Khomeini. (In Arabic).
- [8] Tabatabayi, S. Ali (1997), Riyaz al Masa'el, v. 14, 1st ed., Qom: Moaseseh Al al Bayt. (In Arabic).
- [9] Tabatabayi Yazdi, S. Mohammad Kazem (1993), Takmalat al Orvat al Vosgha, v. 1, 1st ed., Qom: Davari. (In Arabic).

Analysis and assessment of warranty of validity in license contract

Ali Saatchi¹

(Phd in private law, Shahid Beheshti university Tehran, Tehran, Iran)

Received: 21/01/2018

Accept: 25/10/2018

Introduction

According to Article 2 of the Patent, Industrial Designs, and Trademarks Act, the intended knowledge has legal credit and, consequently, legal protection. The knowledge will have three conditions: 1- must be new 2- must be innovative and 3- must have industrial applicability, namely, has a validity certificate and being in right of priority stage and their patent application was filed before legal authorities. However, from a contractual point of view, the mere validity of the intellectual property at the time of the contract is not sufficient as the exploitation of the invention depends on its subsistence. It is, therefore, necessary to distinguish between "original credit" and "subsistence" because the patent is only a criterion for evidence of its validity. The patent may be invalidated after the registration for various reasons. Therefore, because the subsistence is necessary for the exploitation of intellectual property, and since the preliminary validity of the invention is also costly, it is necessary to warranty the validity appropriately. It should also be noted that due to this feature (the revocation whenever possible) in the patent law system, it is less considered in terms of the insurance. It may be due to the weakness of the patent system in the scope of patents and occurring frequent violations as well. To this end, the present research seeks to answer the fundamental question of whether in the patent license, there is a warranty or commitment from the licensor for the validity of the invention.

Theoretical framework

In the present article, the concept of Warranty of validity is compared with other similar concepts at first and then the arguments of pros and cons about the existence of a Warranty of validity in the license agreement are examined. At first, the impossibility of Warranty of validity and then the reasons for not recognizing such a warranty in the license agreement are examined.

Methodology

The research method in this article is descriptive-analytical in the sense that concerning the topic mentioned above, firstly, the existing views and critiques will be examined and finally, a concluded theory will be presented.

1 - a-saatchi@sbu.ac.ir

Results and discussion

Regarding the analysis and evaluation of the credit warranty in the patent license, it has become clear that the authors suggest two significant reasons in opposition to the credit. First, the reason for denial of the structural existence of such a warranty, and in the second argument, the validity of the license agreement is denied. The examination of the reasons mentioned above showed that the obligation to warranty is entirely correct and does not face any severe problems by contractual rules. However, concerning the patent validation warranty, there are three main reasons for rejecting a warranty: 1- the lack of rationality in the second license. 2- the negation of the warranty following the doctrine of modification. 3-the lack of warranty due to the license.

Nevertheless, examination of the reasons mentioned above shows that such a warranty in the license agreement is not only unreasonable but may be fulfilled in some cases, but regarding the doctrine of changes in the field of invention, it should be noted that its explanation requires recognition of subject matter of the license agreement distinguishing it from goods and, ultimately, the denial of contractual form warranty. Although, in some cases, it may be following the current customs of license agreements, in cases where the License contains monopoly conditions, there is a higher degree of warranty of validity. In other words, it depends on the type of reading that exists in the license agreement and cannot believe in absolutely non-credibility.

Conclusions & Suggestions

Regarding the arguments described above, a supportive view of credit warranty in the license agreement is distinguishing between the different conditions of credit. Whereas there is no access to all scientific resources; the attribution of the novelty of an invention, beyond the licensing knowledge, is contrary to contractual expectations and mutual agreement, but about other patent conditions (industrial use and innovative step) Because it is at the discretion of the licensor, the commitment to warranty and attributing to the latter person seems correct. However, in case of disagreement between the parties in the exclusive license, the existence of warranty is a principle and the licensor shall prove non-warranty of credit, but in the non-exclusive license, non-warranty of credit shall be proved by the licensee.

Keywords: Warranty of validity, unreasonably, Quirkiness of patent doctrine, Contractual frame, Substantial conditions of innovation

JEL Classification: K 2

References In Persion

- [1] Abbas Tabar Firouzjahi, Majid, (2014) The Effect of Revocation of Patent on Situation of Technology Transfer Contracts, Phd Thesis, Faculty of law , Shahid Beheshti University.Tehran.
- [2] Abedee, Mirhoseyn,(2000) Nullity Terms and The Effect on Contract , Ghoghnoos Publication, First Edition, Tehran.
- [3] Mahmoudi, Asghar,(2013) Law of Technology Transfer Contracts, Jangal Publication , First Edition,Tehran.
- [4] Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa, Saatchi, Ali. (2017) The Conceptual Dimensions of Warranty in Contract Law with Comparative Approach,

Journal Of Study Of Comparative Law, No.2, cours 8,pp733-758.

- [5] Rohani, Seyyed Sadegh, Feghe Alssadegh,(1991)Vol.18, Dar Alketab-School Of Emam Sadegh,first Edition,Ghom, (in arabic)
- [6] Saatchi, Ali, (2018), Warranties in Patent Rights Transfer Contracts, Phd Thesis, Faculty of Law in Shahid Beheshti University, (in Persian)
- [7] Salehi Zahabi, Jamal, (2009) Patent Rights (Comparative Attitude),Sherkate Sahami Enteshar, First Edition,Tehran, (in persian)
- [8] Shams, Abdolhamid, (2003) Law of Trade Mark Property, SAMT Publication, First Edition, Tehran, (in Persian)

References In English

- [1] Anisur, Rahman, - Gopinath Chattopadhyay, (2015) Long Term Warranty and After Sales Service Concept, Policies and Cost Models, Springer-Verlag, London.
- [2] Arena, Christopher M. Rutkowski, Chad A. (2010) Can I Settle Now? Determining the Existence of a "Rightful Claim" of Patent Infringement, Published in Intellectual Property Litigation, Vol.21, the American Bar Association.
- [3] Cauthorn, Kim, Britven, Tom, Turek, Tamara, Sharing the Risk: (2010)Patent Infringement Liability Indemnification and Insurance, Published in Intellectual Property Litigation, Vol 21, the American Bar Association
- [4] Domeij, Bengt, (2009) Implied Technical Warranties in Patent Licenses, Stockholm Institute for Scandinavian Law.
- [5] Ehrlich, David, Trade mark (2008) warranties in M & A transactions, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 3, No.8.
- [6] Florencia, Marotta-Wurgler, (2007) What's in a Standard Form Contract? An Empirical Analysis of Software License Agreements, Journal of Empirical Legal Studies Vol. 4, Issue 4.
- [7] Grissom, Fred E & Pressman, David, (2008) Inventor's Notebook: A "Patent it yourself" Companion, Nolo, USA.
- [8] Kristin Elisabeth, (2015) Warranties in technology license agreements: a fool's promise? ,Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 10, No. 11.
- [9] Lear, Inc. v. Adkins.
- [10] Marchese, David, (2009) Warranties and covenants in IP licenses, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 4, No. 3.
- [11]Meurer, Michael J., (2017) Allocating Patent Litigation Risk across the Supply Chain, Forthcoming Texas Intellectual Property Law Journal.
- [12]Nimmer, Raymond T, Dodd, Jeff C, (2011) Modern Licensing law, Vol.1, West a Thomson Reuters business.
- [13]Nimmer, Raymond T., (2000) Through the Looking Glass: What Courts and UCITA Say about the Scope of Contract Law in the Information Age, 38 Duq. L. Rev. 255, 318 Provided by: University of Washington Law Library.
- [14]Nimmer, Raymond T., (2002) Licensing in the Contemporary Information Economy, Journal of Law & Policy, Vol. 8:99.
- [15]Poltorak, Alexander & Lerner, (2004) Paul, Essentials of Licensing Intellectual Properties, John Willey & Sons, USA.
- [16]Samuelson, Pamela, (1999) Intellectual Property and Contract Law for the Information Age: Foreword to a Symposium, California Law Review, Vol. 87,

No. 1.

[17] Ticknor Curtis, George, (1867) the law of patents. Enacted and Administered in the United States of America.

[18] Walker, Albert H. (1885) Text-Book of the Patent Laws of the United States of America, Provided by: University of Washington Law Library.

[19] CASES

[20] Westinghouse Electric & Manufacturing Co. v. Formica Insulation Co

[21] Scott Paper Co. v. Marcalus Manufacturing Co.

Feasibility of the accepting the analysis of participation in trademark infringement in Iranian and US law from the perspective of economic analysis

Hamed Najafi¹

Phd student of private law at tarbiat modares university, faculty of law.

Mahmoud Sadeghi²

Associate professor of faculty of law at tarbiat modares university

Morteza Shahbazinia³

Associate professor of faculty of law at tarbiat modares university

Received: 22/02/2019

Accept: 06/05/2020

Extended Abstract

1- Introduction

Indirect liability in US, is creation of US case law and plays an important role in the functioning of the trademark system, in order not to mislead the consumer and reduce his search costs, as well as expanded protection of trademark rights. Given the US trade-economic and technological situation, this practice seems justified, which can well guarantee the US commercial and economic interests, not only in the domestic system, but also in the international trade. Innovation is the foundation of sustainable economic development in the age of knowledge-based economy and technological innovation, play a major role. However, the role of non-technological innovation, including trademarks, in economic growth and development has been considered. However, this role is still secondary and complementary, and it is technological innovation that Determines the power of competitiveness of companies and governments in domestic and international trade. The us is a country that has a privileged position in the world in terms of trade and economy, and this privileged position, without a doubt, depends on its position in the field of technological innovation. Technological innovation has boosted the country's export growth and, consequently, its economic growth by improving its competitiveness. Obviously, in such a situation, strengthening the non-technological innovation system will strengthen the position of technology and will be very effective in

1 . Email: Hamed.najafi@modares.ac.ir

2 . Email:Sadegh_m@modares.ac.ir (Corresponding Author)

3 . Email:Shahbazinia@modares.ac.ir

protecting the rights of technology owners. With this analysis, regardless of the legal basis of indirect liability for trademark infringement, the recognition of such liability is in line with the US trade-economic and technological situation and can better guarantee and protect its benefits in international trade relations. In contrast, Iranian economic and social system is less desirable than the US in terms of technological innovation. Therefore, the identification of such an institution is not recommended in it and it seems that at least based on the situation of innovation production in Iran and exports in this field, not identifying a similar institution has a logical aspect. On the other hand, the common cases of indirect liability arising from participation in trademark infringement in Iranian law, are subject to the rules governing the determining the liable person under the rule of the combination causes in loss. The application of these rules, such as the rule of liability that takes precedence over the effect, entails the permanent liability of the direct infringer, because at first, his act is effective in infringing the trademark.

Keywords: Trademark; Contributing in Infringement; Economic growth

2- Theoretical frame work

Participation in trademark infringement, is the facilitation or encouragement of trademark infringement without committing the actus reus of trademark infringement. Sometimes, this partnership is proven by not supervising the direct infringing act, in addition to gaining financial benefit from the infringement of the mark, the latter type is called vicarious infringement and the first case is called contributory infringement. Identifying this type of liability expand trademark rights. In terms of economic analysis, broader brand protection leads to productivity if technology is at a high level, because consumers become loyal to higher-tech brands. The relationship between a sense of loyalty to the brand and the technology of the products, makes the rules of indirect trademark infringement in the US described as favorable, and in contrast, due to the low technology of Iranian products in the market compared to US products, lack of explicit identification of Trademark infringement in Iran, seems optimal.

3- Methodology

Research data were collected using the library method. Physical and ebooks and articles are the main sources of data for this research. After collecting data in this way, the present study, with an analytical-descriptive method, first examines Concepts about participation in trademark infringement, such as contributory and vicarious infringement, are examined. Then, the principles and foundations of each of these two types of infringement in the US legal system are explained, and then the issue is examined from the perspective of economic analysis. Finally, the legal and economic situation of Iran in relation to the issue of participation in trademark infringement is analyzed.

4- Results & Discussion

cases and principles of contributory and vicarious infringement in US are consistent with the business, economic, and technological situation in this country;

Technological innovation is in a favorable situation, and for this reason, in accordance with such a situation, the elements of contributory and vicarious infringement, have been defined. There is no similar theory in Iranian law and considering the commercial, economic and technological situation in Iran, identifying a similar theory is not recommended.

5- Conclusions & Suggestions

The degree of technological development of countries and their political, commercial and economic conditions, especially at the level of international interactions, play a pivotal role in determining the legal policies of countries. Legal regulations are a tool at the disposal of countries to use them to pursue their goals. Accordingly, just as a single intellectual property rights framework is not appropriate for all aspects of this legal system, a single framework cannot be the criterion for action by all countries. The institution of indirect trademark liability has two different outcomes and functions in the two legal and economic systems of Iran and the US; In the US, due to the high level of technological innovation and its superior competitiveness domestically, it leads to the development of legitimate trade competition, and at the level of international interactions, it will increase the country's economic growth through the development of technological innovations. Conversely, recognizing this in Iran will reduce new businesses and legitimate activities domestically, and in the international arena will lead to currency outflows and difficulty in technological innovation due to the transfer of liability risk to legitimate commercial activities and the imposition of foreign trademark management costs on domestic industries. Therefore, the lack of identification of the institution of indirect trademark infringement in Iran and reliance on the general rules of civil liability in this regard, is considered sufficient and especially in the context of scientific and technological sanctions on Iran, it seems more desirable.

References in Persian

- [1] Bakhshizadeh Alireza, Mehdi Jafarzadeh Kenari, Zohreh Dehdashti Shahrokh, (2012). Investigating the perspective of brand social identity and its effect on the development of brand loyalty (Case study: Kaleh Dairy Production Company), New Marketing Research, Second Year, No. 2, (5 in a row). (in persian)
- [2] Ebrahimi Abdul Hamid; Mehdi Jafarzadeh; Saber Bozorgi, (2012). Analyzing factors Affecting Consumers' Attitude & Intention to Purchase Counterfeit products of luxury Brands In clothing Industry (Case: Sari City), New Marketing Research, Volume 2, Number 3 .(in persian)
- [3] Fard Sabouri Matin, Ebrahim Chirani, (2011). Comparison of the strength of domestic and foreign brands from the perspective of customers of home appliance products in Gilan province, Business Management, Volume 3, Number 8. (in persian)
- [4] Ghasemzadeh, Morteza, (2008) Principles of Civil Liability, Tehran, Mizan Publications, Fifth Edition. (in persian)
- [5] Gholami Ali, Amir Hossein Bahiraei, (2017). The Innocent Agent and It's Relationship with Similar Titles Quarterly Journal of Legal Excellence, No. 20., (in persian)
- [6] Haji Nouri, Gholamreza, (2012) The role of fault in civil liability arising

- from causation, Quarterly Journal of the Faculty of Law and Political Science, Volume 42, Number 3. (in persian)
- [7] Hekmatnia, Mahmoud, (2007) Civil Liability in Imami Jurisprudence, Qom: Research Institute of Islamic Sciences and Culture, First Edition. (in persian)
 - [8] heli, Al-Hassan Ibn Yusuf Ibn Al-Muttahir, (1990). arshad al'adhhan, Qom, Islamic Publishing Institute. (in arabic)
 - [9] heli, Jamal al-Din, Ahmad ibn Muhammad al-Asadi, (1988) Al-Madhhab al-Bar'a fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafiya. (in arabic)
 - [10] Jafarzadeh Mir Ghasem, Mohammad Reza Ghazizadeh, (2013). Civil liability for patent infringement, fault-based or absolute liability ?, Journal of Legal Research, Special Issue No. 13. (in persian)
 - [11] Jazini Ameli Shams al-Din Abu Abdullah Muhammad ibn Muhammad ibn Hamid ibn Makki, (no date) Sharia courses in Imami jurisprudence, Qom: Volume 3, Islamic Publishing Institute affiliated with the Society of Teachers. (in arabic)
 - [12] Najafi hamed, madani mahsa, (2020) Participation in the infringement of intellectual property In Iranian and American law, tehran: mizan publication. (in persian)
 - [13] Nalchi Kashi, Alireza, Mohsen Rasoulia, Hossein Bojari, (2012). Investigating Consumers' Purchasing Behavior Towards Foreign Brands versus Domestic Brands, Development and Transformation Management, Volume 4, Number 8. (in persian)
 - [14] Rashti, Mirza Habibullah Ibn Mohammad Ali, (2010) Al-Ghassab book, Tehran: Shahid Motahari High School. (in arabic)
 - [15] Sadeghi Mohammad Hadi, (2013). Association of causes in the Islamic Penal Code 1392, Journal of Legal Studies, Volume 6, Number 2. (in persian)
 - [16] Sadeghi Mohsen, (2008). Supporting Pharmaceutical Innovations and Joining Global Trade Organizations, Tehran, Mizan Publishing, First Edition, 2008. (in persian)
 - [17] Sadeghi Mohsen, Ruhollah Taherifard, (2015). "Legal Principles of Trademark Protection: A Critical Look at the Verdict in the Case of the American Company Hershey and the Iranian Company Shokoopars", Quarterly Journal of Business Research, No. 76. (in persian)
 - [18] Sadeghi Mohsen, Sadegh Shamshiri, (2014). "Fundamentals of Trademark Protection from the Perspective of Consumer Search Cost Theory", Legal Research, Volume 17, Number 68. (in persian)
 - [19] Shahid Thani, (1993). Problems of understanding to refine the laws of Islam, Qom, Institute of Islamic Studies, vol. 7. (in arabic)
 - [20] Shaterian Mohsen; Dariush Yaghoubi; Azam Nejadi, (2018). Investigating the reasons for the tendency to consume smuggled goods and strategies to deal with it in Iran, Parliament and Strategy, Volume 25, Number 96. (in persian)
 - [21] Tabrizi, Mirza Javad, (2005) Tanqih al-Mubani al-Ahkam (Kitab al-Diyat), first edition. (in arabic)

References in English

- [1] Adams Charles W.,(2007). Indirect Infringement from a Tort Law Perspective,

- U. RICH. L. REV. No 42.
- [2] Agress Rachel N. (2011). Is There Ever a Reason to Know? A Comparison of the Contributory Liability "Knowledge" Standard for Websites Hosting Infringed Trademarked Content Versus Infringed Copyrighted Content, 5 J. Bus. Entrepreneurship & L. Iss. 1.
 - [3] Batholomew Mark and John Tehranian, (2006).The Secret Life of Legal Doctrine: The Divergent Evolution of Secondary Liability in Trademark
 - [4] Bikoff James L., et al,(2010), Hauling in the middleman: contributory trade mark infringement in North America, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 5, No. 5.
 - [5] Brian Kaiser,(2002). Contributory Trademark Infringement by Internet Service Providers: An Argument for Limitation, 7 J. TECH. L. & POL'Y.
 - [6] Combs Nathan Isaac,(2005). Note, Civil Aiding and Abetting Liability, Vanderbilt Law Review, Vol. 58, Issue 1.
 - [7] Coming Glass Works v. Jeanette Glass Co., 308 F. Supp. 1321 (S.D.N.Y. 1970.).
 - [8] Crealey Maria,(2003). Applying New Product Development Models to the Performing Arts: Strategies for Managing Risk. International Journal of Arts Management, 5(3).
 - [9] Cross John T, (1994). Contributory Infringement and Related Theories of Secondary Liability for Trademark Infringement, 80 Iowa L. Rev.
 - [10] Cross John T., (2001). Contributory and Vicarious Liability for Trade-mark Dilution, OR. L. REV. No 80.
 - [11] Dinwoodie Graeme B., Mark D. Janis,(2008). Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research, Edward Elgar Publishing,
 - [12] Dogan Stacey L. , Mark A. Lemley,(2007). A Search-Costs Theory of Limiting Doctrines in Trademark Law, Trademark Rep. No 97.
 - [13] Fagerberg Jan,(1988). International Competitiveness, International competitiveness, Economic Journal, Vol. 98, No. 391.
 - [14] Gershwint Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc., 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).
 - [15] Jensen Michael, C., William H. Meckling, (1976).Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and capital structure, Journal of Financial Economics 3.
 - [16] Kaplow, Louis and Shavell, Steven, Economic Analysis of Law (February 1999). NBER Working Paper No. w6960. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=226405>.
 - [17] Katozian Nasser, (2003). Non-contractual requirements, Tehran: University of Tehran Press.
 - [18] Keller Kevin Lane,(2003). Brand Synthesis: The Multidimensionality of Brand Knowledge,"Journal of Consumer Research, Volume 29, Issue 4.
 - [19] Khoui Sayyid Abu al-Qasim, (1993) Fundamentals of Completion of the Curriculum, vol. 2.
 - [20] Landes William M. & Richard A. Posner,(1987). Trademark Law: An Economic Perspective, J. L. & Econ, No 30.
 - [21] Lemley ,Mark, R. Anthony Reese,(2004). Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation, STAN. L. Rev.No56.
 - [22] McKenna Mark P.,(2013). The Normative Foundations of Trademark Law,

Notre Dame L. Rev. No 82.

- [23] Mohseni Farid, Nasir Malakouti, (2015). causation in the Islamic Penal Code 1392, Legal Journal of Justice, Volume 71, Number 91.
- [24] Pinha Paula ,(2009). Secondary Liability Under U.S. Copyright Law, east africa regional Seminar on: Copyright Enforcement in the Internet Era May 2009, Nairobi.

The Nature of Insurer's Liability and its Impact on Selection Method of "Recoupment" and the Principle of Subrogation

Hasan Badini¹

Faculty Member and Associate Professor, Faculty of Law, University of Tehran

Jamshid Yahyapour²

Faculty Member and Assistant Professor, Allameh Mohaddes Nouri University.

Saber Alaei³

Doctoral Candidate in Private Law in University of Science and Culture.

Ardalan Haghpanah⁴

Graduate of Ph.D. in Private Law of Islamic Azad University

Received: 29/02/2019

Accept: 21/04/2020

Extended Abstract:

Introduction:

One of the ambiguities existing in the insurance contract is the quiddity and nature of the insurer's liability in the insurance contract, which means whether insurer's payments is of the nature of a demand insured or real damage. The nature of the insurer's liability has a direct effect on the possibility of insured's referring to the tortfeasor and on the possibility of accumulating the damage imposer's liability and insurer's liability (due to differences in origin). In this way, if the nature of the payments that the insurance company pays to the insured or the stakeholder is a credit (or savings or replacement of the contract), the injured party (the insured), after obtaining the insurance money from the insurer pursuant to contract, can refer to the tortfeasor because of the difference in the origin of liability (contractual and forcible) and the responsible person (insurance company and tortfeasor).

Theoretical frame work, Methodology, Results & Discussion:

There are several legal systems to compensate for the insured's losses, the most

1- Email: hbadini@ut.ac.ir

2- Email: jyahyapour53@yahoo.com

3- Corresponding Author) Email: alaei.saber@yahoo.com

4- Email: ardalan.haghpanah@yahoo.com

important of which include: 1. Selection: This means that the damaged party can refer to one of the responsible agents (insurer or tortfeasor) at his/her own selection. 2. Accumulation of benefits: This system is operative according to the principle of capital and, thereby, the damaged insured can also refer to the contractual legal system in addition to entitlement to refer to the forcible liability. 3. Recoupment: The contractual liability (insurer) can refer to the forcible liability after the loss and damage was compensated for and demand the tortfeasor for compensation for the payment already incurred. 4. Relieving the Tortfeasor's liability: This means that neither of the parties are entitled to refer to the tortfeasor (Cane, 2006: 377; Lewis, 1998: 17). The principle of subrogation, which has been approved by Iranian legislatures, is a subset of the recoupment system and entails the fact that the insurer should refer to the tortfeasor while the damage was compensated for and amount paid to the insured should be claimed for refund from the tortfeasor.

In domestic law, the principle of subrogation is viewed to be based on the rule of "double compensation prohibition" and "prohibition of unjust ownership" and is interpreted on the basis of recognizing the insurer's payment to the insured as "damages". In other words, when the insurer compensates for the insured's loss by paying for the damages, the insured can no longer refer to the insurer because one of the pillars of the claim is the civil liability of damages survival. Thus, when the insured's damages were paid by the insurer, the insured does not have the right to refer to the tortfeasor but the insurer can refer to the tortfeasor on behalf of him/her (Babaei, 2005: 25; Taheri, 2008: 22). In this research, for the following reasons, it was proved that the nature of the insurer's payment has been a "credit" and the above argument is not correct.

First, according to Article 1 of the Insurance Law in 1937, insurance is a commutative contract and the insurer's indemnity is paid for the insurance premiums paid by the insured. In addition, the insurer's obligation originates from the insurance contract; therefore, the nature of the insurer's liability is contractual credit. Second, according to Article 30 of the Insurance Law in 1937, when a payment is settled by the insurer, the insurer has the right to refer to the tortfeasor on behalf of the insured. If, according to the well-known theory of nature of compensation in insurance, is assumed to be damage and reference to the tortfeasor entails the rule of "prohibition of double compensation", such a right will not be considered either for his/her subrogation (insurer) because the injured party's claims are compensated for by the insurer's compensation and it is not possible any longer to refer to the tortfeasor (originally or by subrogation). As a result, the nature of the insurer's payment should be considered to be based on credit and contract and there should be the possibility of referring to the tortfeasor on behalf of the insured. In other words, knowing the "nature" of the insurer's payment is the requirement for the justification of "principle of subrogation".

Third, at the end of Article 30 of the Insurance Law in 1937, the legislator states that "the insurer will be the subrogation of the insured and if the insured takes any action contrary to the contract, s/he will be considered liable to the insurer". Any action contrary to the insured's right, such as release from an obligation third party responsible and bringing an action for damage against the third party responsible by the insured (original) is valid when s/he has the right to quittance or initiation of lawsuit. If the nature of the insurer's liability is damage and the insured has no right against the tortfeasor, how can s/he acquit the tortfeasor or claim any payment from him?

Fourth, in some legal systems, such as the legal systems of the United States and Ireland, the injured party has the possibility to refer both to the operating losses (tortfeasor) and the insurer, and the system of "Collateral Benefits" is applied (English Law Commission's Consultation paper, 1997, No. 147, "Damages for Personal Injury: Collateral Benefits": P 75, At: www.lawcom.gov.uk). This suggests that the principle of subrogation is not due to the nature of damaging the insured's civil liability.

What the insurer pays to the insured is the "credit" of the insured and the enforcement of the contract by the insurer; and the insured's right to refer to the tortfeasor to receive "indemnity" is retained (which is referred to the tortfeasor by the insured in the "collateral benefits" system or by the insurer in the "recoupment" system on behalf of the insured).

Conclusions & Suggestions:

The nature of the insurer's liability in the insurance contract is demand and contractual. In our law, the "Recoupment" system is chosen on how to refer to the tortfeasor, and the insurer, after being compensated according to the insurance contract for civil liability and to compensate for the power of subrogation from the insured, refers to the tortfeasor. Knowing payment, the "nature" of the insurer's liability, the possibility of applying any of the Selection systems, Accumulation of Benefits, the Recoupment and the Relieving the Tortfeasor's liability can be applied according to the requirements of time and place. It is suggested that the "Accumulation of Benefits" system be specifically reviewed by the legislator.

Keywords: Subrogation, Insured, Insurer, Damage, Recoupment Method.

JEL: K12, K22

References in Persian

- [1] Babaee, Iraj. (2005). Insurance Law. Tehran, The Organization for Researching and Composing University Textbooks in the Humanities, 4th edition.
- [2] Taheri, Reza. (2008). Subrogation of Insurer in Commercial Insurance, Master's Thesis, Tehran, Shahid Beheshti University

References in English

- [1] Cane, Peter. (2006). *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Seventh Edition, Cambridge.
- [2] English Law Commission's Consultation paper. (1997). "Damages for Personal Injury : Collateral Benefits": Issue 147,(1397/5/8) At: www.lawcom.gov.uk.
- [3] Lewis, Richard. (1998). »deducing collateral benefits from damages: principle and policy«, Legal studies, (1397/4/24/23), at: <https://www.researchgate.net/publication>.

A Comparative Study of Hold harmless (Indemnity) Clause in Contracts

Mohsen Izanloo¹

*Associated Professor Private Law at
University of Tehran*

Abolfazl Shahin²

*Ph.D. Student of Private Law at
University of Tehran*

Received: 17/03/2019

Accept: 08/02/2020

Abstract

The Hold harmless (Indemnity) clause as a type of liability agreement is a method of economic risk allocation. This clause from an economic point of view has a Pareto efficiency function, so that leads to transferring of risk to the person who usually has economic power for bearing it. There is some controversy over the conception of this clause. The existence of similar clauses has increased the ambiguity of this clause which can lead to some complexities in its appropriate application. There is also some doubt as to its validity, which causes several cases of its invalidity. Finally, the effect of this agreement can be subject of many discussion that make necessary the study of this contractual agreement. This article is aimed at making clear the different aspects of this clause. For this purpose, firstly the concept of this Hold harmless clause will be studied. Afterwards, the validity of this clause will be examined and finally its' effects will be examined.

Key Words: "Allocation of economic risk", "Exculpatory clause", "Liability insurance", "Indemnity against liability", "Indemnity against loss", "Right to indemnification", "Substitution of responsibility".

Extended Abstract

The Hold harmless (Indemnity) clause **as a type of liability agreement which is defined as** an agreement by which one person engages to secure another against an anticipated loss or to prevent him from being damnified by the legal consequences of an act or forbearance on the part of one of the parties or of some third person. **This contractual clause from an economic point of view has** Pareto efficiency function, so that leads to transferring of risk to the person who usually has economic power for bearing it.

The Hold harmless (Indemnity) clause is one of the key provisions in the international contract. For example, the oil and gas industry is one of the important

1- Corresponding Author; Email: Izanloo@ut.ac.ir

2- Email: Abolfazl.shahin@ut.ac.ir

sectors in which the Hold harmless (Indemnity) clause is used in order to risk allocation. This is for the reason that, participation in the upstream oil and gas sector, while requiring significant capital contribution, brings with it a high degree of risk, both in terms of risk of property damage and loss of life. The contractual allocation of upstream risk is critical to the efficient implementation of exploration, development and production activities and Hold harmless (indemnity) agreement is a profitable method for achieving these purposes.

This agreement typically is concluded between two parties: the indemnitor who is the person who is bound to indemnify or protect the other and the indemnitee which is the person to be indemnified or protected by the other party i.e. indemnitor. In most cases, the mechanism of Hold harmless or indemnification is reciprocal. Such a clause is known as “knock for knock indemnity” which is a reciprocal or mutual indemnity in which the parties agree to indemnify and hold harmless each other against any claims or liabilities arising in respect of damage to their own property (whether owned, hired or leased) and personal injury, illness or death to their own personnel. This type of indemnity agreement particularly is used in oil and gas contracts.

While, hold harmless and indemnity agreement is well known in Common law, but there is some controversy over the conception of this clause in this legal system, as well as international commercial contracts. For example, there is no unanimous idea on the unity or the divergence of concept of “Hold harmless” and the concept of “Indemnity”. In English law the prevailing point of view is that these two concepts have not significant disparity, but in the other hand, there is some idea in US law upon which these terms are different and either of them has a special and different function. The scope and operation of indemnity clauses are also often misunderstood. Typically indemnity clauses arise out of commercial negotiations and seek to protect specific commercial risks, which almost always render indemnity clauses the subject of contractual interpretation.

The existence of similar institution such as exculpatory clause and liability insurance in the context of contract law has increased the ambiguity of this clause which can lead to some complexities in its appropriate application. There is also some doubt as to its validity, which causes several issues regarding this clause. It should be noted that the effect of this agreement, too, can be subject of many discussion that make necessary the study of this contractual agreement.

In Iranian law, the concept of Hold harmless and indemnity clause is not well known and consequently there are a few studies on this common law institution. In Iranian statutes, there is no specific provision related to this matter. Nevertheless, many instances of such clause are used in the large amount of contracts. Furthermore, some of Iranian court judgments are related to this clause, so that we can Iranian judge's point of view on this type of risk allocation mechanism. The analyzing of judgments which are rendered by Iranian courts show that the Iranian jurisprudence tends to recognize the validity and the effect of this clause. Even in some critical cases an agreement between the parties according to which one party indemnify another party against bodily harms and injuries is considered as valid, while such agreement are invalid in common law for the public policy consideration.

In terms of the effects of indemnity clause it should be noted that Iranian legal system has recognized the principle of relative effect of contracts (doctrine of privity of contract). Therefore the scope of the effects of an indemnity clause is limited to persons who are contracting parties. Consequently, an indemnity clause cannot

confer rights or impose obligations upon any person who is not a party to the indemnity contract. The analysis of Iranian court judgments also show that this approach is prevailing opinion in Iranian jurisprudence.

This article is aimed at making clear the different aspects of this clause. For this purpose, firstly the concept of this Hold harmless clause is considered. Afterwards, the validity of this clause is examined and finally the effects of indemnity clause are studied.

Key Words: "Allocation of economic risk", "Exculpatory clause", "Liability insurance", "Indemnity against liability", "Indemnity against loss", "Right to indemnification", "Substitution of responsibility".

JEL Classification: K12, K 130, K 33, K41

References in Persian

- [1] Izanloo, Mohsen. (2004). Clauses limiting or excluding liability in contracts. Fourth edition. Tehran, Enteshar Publication Co.
- [2] Barikloo, Alireza. (2018). Civil Responsibility, Third edition, Mizan Legal Foundation, Tehran (In persian).
- [3] Judgment No. 14/452/92 dated 24/09/2013 issued by Chamber 14 of Supreme Court of Iran.
- [4] Judgment No. 22.57 dated 22/04/1983 issued by Chamber 22 of Supreme Court of Iran.
- [5] Judgment No. 9309970925300893 dated 03/08/2014 issued by Chamber 4 of Province KH. Appeal Court as confirmed by Chamber 38 of Supreme Court of Iran.
- [6] Judgment No. 9109970222301515 dated 05/02/2013 issued by Chamber 23 Tehran Appeal Court.
- [7] Judgment No. 9209970221001554 dated 02/02/2014 issued by Chamber 10 Tehran Appeal Court.
- [8] Judgment No. 9309970221601356 dated 15/01/2015 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court.
- [9] Judgment No. 9209972109200646 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court.
- [10] Judgment No. 29/9/91-648 dated 19/12/2012 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court.
- [11] Judgment No. 5/6/90-0413 dated 27/08/2017 issued by Chamber 213 Tehran Public Civil Court.
- [12] Judgment No. 930-236 dated 11/06/2014 issued by Chamber 216 Tehran Public Civil Court.
- [13] Judgment No. 9109970229000953 dated 20/11/2012 issued by Chamber 30 Tehran Public Civil Court.
- [14] Judgment No. 9109970213600116 issued by Chamber 185 Tehran Public Civil Court.
- [15] Judgment No. 9109970223701410 dated 16/02/2013 issued by Chamber 37 Tehran Appeal Court.
- [16] Judgment No. 9209970221200221 dated 20/05/2013 issued by Chamber 12 Tehran Appeal Court.
- [17] Judgment No. 9309970270400010 dated 08/04/2014 issued by Chamber 59

- Tehran Appeal Court.
- [18] Judgment No. 9109970221501683 dated 17/03/2013 issued by Chamber 15 Tehran Appeal Court.
- [19] Judgment No. 793 dated 18/06/2011 issued by Chamber 116 Tehran Public Civil Court.
- [20] Judgment No. 9209972214100372 issued by Chamber 1 Rood-e Hen Public Civil Court.
- [21] Judgment No. 644 dated 15/01/2013 by issued by Chamber 83 Tehran Public Civil Court.
- [22] Katouzian, Nasser. (2016). Extra Contractual Obligations – Civil Liability. Vol. 1. Fourteenth edition. University of Tehran Press (UTP).
- [23] Katouzian, Nasser. Izanloo, Mohsen. (2018). Extra Contractual Obligations – Civil Liability: Liability Insurance. Ganj Danesh Publication.

References in French:

- [1] Aubtin, Yann, Portwood, Tim. (2001). "Les clauses réciproques d'abandon de recours et de garanties contre les recours des tiers". RDAI/IBLJ.
- [2] Cour de cassation, Chambre civile 2, 29 mars 1962, N° 360.
- [3] Cour de cassation, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275.
- [4] Esmein, Paul. (1926). Les clauses de non responsabilité, Revue trimestrielle de droit civil.
- [5] Fontaine, Marcel. (1985). "Les clauses limitative et exonératoires de responsabilité et de garantie dans les contrats internationaux". R.D.A.I./I.B.L.J.
- [6] Fontaine, Marcel. (2013). "Assurance par un non-assureur - clauses de prise en charge de risques, conventions de garantie et contrat d'assurance". Revue générale de droit civil belge, Vol. 27, No.10.
- [7] Mazeaud, Henry & Mazeaud Leon. (1932). *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, T. 3^e, Éd. 4^e, Paris, Dalloz.
- [8] Planiol Marcel, Ripert Georges. (1952). *Traité Pratique droit civil français*, T. 6, *deuxième édition*. Paris. Librairie générale de droit et de la jurisprudence.
- [9] Viney, Geneviève, Jourdain, Patrice. (2001). *Traité de droit civil, deuxième édition*, Paris. L.G.D.J, 2001.

References in English:

- [1] Am. Nurses Ass'n v. Passaic Gen. Hosp., 471 A.2d 66-NJ: Appellate Div. (1984).
- [2] American States Insurance Company v. Williams, 278 NE 2d 295 - Ind: Court of Appeals, 3rd Dist. (1972).
- [3] Amwest Surety Insurance Company v. Cardenas, Dist. Court, ND Texas (2013).
- [4] Anne Roff, Mary. (2014). "Risk allocation in major construction projects". Eversheds.
- [5] Austro v. Niagara Mohawk Power Corp., 66 NY 2d 674 - NY: Court of Appeals (1985).
- [6] Bae Systems Land & Armaments, LP v. IBIS TEK, LLC, Dist.Court, Minnesota (2016).
- [7] Barb v. Farmers Insurance Exchange, 281 SW 2d 297 - Mo: Supreme Court, 1st Div. (1955).
- [8] Barnhizer, Daniel D. (2006). "Power, inequality and the bargain: the role of

- bargaining power in law of contract - symposium introduction". Michigan state law review, Vol. 2006:841.
- [9] Bond Diamond Company v. Wilson, 325 SW2d 63 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1959).
 - [10] Booth, Peter J. (N.D.). "Problems with contractual indemnities and how to avoid them". Victorian bar.
 - [11] Buchalter v. Levin, 252 Cal. App. 2d 367 - Cal: Court of Appeal (1967).
 - [12] Burlington Northern v. C & NW Transp. CO., 851 SW 2d 28 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1993).
 - [13] Burgess Const. Co. v. State, 614 P. 2d 1380 - Alaska: Supreme Court (1980).
 - [14] Burns & McDonnell ENG. v. Torson Const., 834 SW 2d 755 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1992).
 - [15] Campbell Black, Henry. (1968). Black's Law Dictionary. fourth edition, Saint Paul, West Publishing Co.
 - [16] Canada Steamship Lines LD., v. The King [1952] A.C. 192.
 - [17] Carroll, Hal O., Garzia, Vandever. (2009). "A table of two statutes", The Journal of insurance and indemnity law, Vol. 2, No. 4. (In english).
 - [18] Chitty, Joseph. (2012). Chitty on contracts. Vol. 1, thirty-first edition, Sweet & Maxwell, London.
 - [19] Cincinnati Ins. Co. v. Quorum management Corp., 186 F.Supp.3d 1307 - Dist.Court, MD Florida (2016).
 - [20] Cohen v. Five Brooks Stable, 72 Cal. Rptr.3d 471 - Cal: Court of Appeal, 1st Appellate Dist., 2nd Div. (2008).
 - [21] Cortes v. Town of Brookhaven, 78 AD 3d 642 - NY: Appellate Div., 2nd Dept. (2010).
 - [22] Courtney, Wayne. (2014). Contractual indemnities. Oxford, Hart Publishing.
 - [23] Crawford v. Weather Shield Mfg., Inc., 187 P. 3d 424 - Cal: Supreme Court (2008).
 - [24] CRS Auto Parts, Inc. v. National grange mutual insurance company, Dist. Court, ED Pennsylvania (2008).
 - [25] Davis v. Commissioner for Main Roads, 117 CLR 529 (1967).
 - [26] Dayes, Trey. (1996). "Drafting a limited liability clause that will pass the scrutiny of the Utah courts". BYU journal of public law, Vol. 10.
 - [27] Denny's Inc. v. Avesta Enterprises, Ltd., 884 SW 2d 281 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1994).
 - [28] Devlin, Cathleen M. (1984). "Indemnity and exculpation: Circle of confusion in the courts", Emroy law journal, Vol. 33.
 - [29] Duggan Vraa, Paula, Sitektt, Steven M. (2006). "Public policy consideration for exculpatory and indemnification clause: Yang v. Voyageaire houseboats Inc.". William Mitchell law review, Vol. 32:4.
 - [30] Eckert, Louis F., McBrearty, Russell J. (N. D.). "Prohibitions against indemnification agreements purporting to indemnify a party for its own negligence: A 50 state survey". Litchfield Cavo LLP. (In english).
 - [31] Evans, Michael J. (1980). "Exculpation and indemnification agreements in Alabama". Cumberland law review, Vol. 11:183.
 - [32] Farstad v. Enviroco [2010] UKSC18.
 - [33] Financial Casulaty & Surety, Inc. v. Zouvelos, Dist.Court, ED New York (2017).
 - [34] Firma C-Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Association (The

- Fanti) 2A.C.1 (1991).
- [35] Forarbeider, Svenske. (2008). Indemnity and Hold harmless clause, Department of private law, Faculty of law, University of Oslo.
- [36] Garner, Brayan A. (2011). "Indemnify". 15 Green bag 2D.
- [37] Gillespie Bros & Co Ltd v Roy Bowles Transport Ltd [1973].
- [38] Goldman v. Ecco-Phoenix Elec. Corp., 62 Cal. 2d 40 - Cal: Supreme Court (1964).
- [39] Gosdin, James L. (2007). Title insurance: A comparehensive overview, third edition, Chicago, Section of real peoperty, probate and trust law.
- [40] Great American Insurance Company of New York v. International Custom Products, Inc., Dist. Court, WD Pennsylvania (2011).
- [41] Greenwich Millennium Village Ltd v Essex Services Group plc and others [2014] EWCA Civ 960
- [42] Gray JR, James C., Catt, Lisa D. (1990). "The law of indemnity in South Carolina", South Carolina law review, Vol. 41.
- [43] Gribaldo, Jacobs, Jones v. Agrippina Versicherungen, 476 P.2d 406 - Cal:Supreme Court (1970).
- [44] Hamblin v. Lamont, 433 SW 3d 51 - Tex: Court of Appeals, 4th Dist. (2013).
- [45] Harrington, Robert E. (1986). "Alaska's public duty exception: Restraints upon the right to contractual indemnity". Alaska law review, Vol. 3:331.
- [46] Hartley, Trevor C. (1976). The law of suretyship and indemnity in the United Kingdom of Great Britain and Northen Ireland and Ireland, Commission of the European communities.
- [47] Hawkins ex rel. Hawkins v. Peart, 37 P. 3d 1062 - Utah: Supreme Court (2001).
- [48] Henthorne v. Legacy Healthcare, Inc., 764 NE 2d 751 - Ind: Court of Appeals (2002).
- [49] Howell v. River Products Co., 379 NW 2d 919 - Iowa: Supreme Court (1986).
- [50] In re Joan and David Halpern Inc., 248 BR 43 - Bankr. Court, SD New York (2000).
- [51] John D., Liddle. (1990). "The enforceability of indemnity clauses by negligent parties". Advocates' quarterly.
- [52] Laemthong International Lines Ltd v Artis and Others [2005].
- [53] Leonberger v. Missouri United School Insurance Council, Mo: Court of Appeals, Eastern Dist., 4th Div. (2016).
- [54] Majkowski v. American Imaging Management [2006] C.A.No.1797-N.
- [55] Marathon EG Holding Limited v. CMS Enterprises Company (2010).
- [56] Martin K. Eby Constructions Company, Inc. v. Onebeacon Insurance Company, Court of Appeals, 10th Circuit (2014).
- [57] McClish v. Niagara Machine & Tool Works, 266 F. Supp. 987 - Dist. Court, SD Indiana (1967).
- [58] McCalla, Robert K. (1960). "Third party indemnity", Nebraska law rewiew, Vol. 39.
- [59] Mckeown, Meagan. (2015). "Indemnification Agreement for intentional misconduct: Ballancing public policy and freedom to contract in Texas", ST. Marty's law journal, Vol. 46: 345.
- [60] Molavi, Kamy, "A review and update of anti-indemnity statutes", Construction law seminar, 2012.

- [61] Moore, Marie A., "Indemnification Provision in Leases", Probate & Property, 2008.
- [62] New Life in Christ Full Gospel Church Corporation v. Los Angeles Regional Food Bank, Cal: Court of Appeal, 2nd Appellate Dist., 7th Div. (2012).
- [63] Northwest Airlines v. Hughes Air Corp., 702 P. 2d 1192 - Wash: Supreme Court (1985).
- [64] Oxy USA, Inc. v. Southwestern Energy Prod. Co., 161 SW 3d 277 - Tex: Court of Appeals, 13th Dist. (2005).
- [65] Planters Gin v. Federal Compress, 78 SW 3d 885 - Tenn: Supreme Court (2002).
- [66] Queen Villas Homeowners v. TCB Property Management, 149 Cal.App. 4th 1 (2007).
- [67] Par Electrical Contractors, Inc. v. Blueline Rental LLC, Dist. Court, ED Washington (2017).
- [68] Ramirez v. Penske Truck Leasing Corp., 2017 NY Slip Op 30682 - NY: Supreme Court (2017).
- [69] Reesor v. Norman Yatooma & Associates, PC (2010).
- [70] Keyburn Lawn & Landscape Designers, Inc. v. Plaster Dev. Co., Inc., 255 P. 3d 268 - Nev: Supreme Court (2011).
- [71] Riecken, Gilson S. (2010). "The duty to defend under non-insurance indemnity agreements: Crawford v. Weather shield manufacturing, Inc. and its troubling consequences for design professionals. Santa Clara law review, Vol. 50.
- [72] Robins Engineering, Inc. v. Cockrell, 354 So. 2d1 - Ala: Supreme Court (1977).
- [73] Roedder Jr., William C. (1981 - 1982). "Contractual indemnity in Alabama". Alabama law review, Vol. 33:31.
- [74] Rooz v. Kimmel, 55 Cal. App. 4th 573 - Cal: Court of Appeal, 1st Appellate Dist., 3rd Div. (1997).
- [75] San Pedro Properties, Inc. v. Sayre & Toso, Inc., 203 Cal. App. 2d 750 - Cal: Court of Appeal (1962).
- [76] Sartain, J. Charles W., Ballew, Wayne, Salter, Robert. (2013). "Indemnification and exculpation agreements in the oil patch", Looper Reed & McGraw, P.C.
- [77] Shine, David. (2005). "Contractual applications of negligence / gross negligence standards: considerations under New York law", The M & A lawyer.
- [78] Simon v. Corbetta construction Co., Inc., 391 F. Supp. 708 - Dist. Court, SD New York (1975).
- [79] Smith v. South Wales Switchgear Co. Ltd., [1978] 1 W.L.R.
- [80] Smith International Inc. v. Egle Group LLC, Court of Appeals, 5th Circuit (2007).
- [81] Snohomish Cty. Public v. Firstgroup America, 271 P. 3d 850 - Wash: Supreme Court (2012).
- [82] Snow, Gordon H. (1958). "Indemnity agreements". Insurance counsel journal, July.
- [83] Steinmetz Karel E. (1910). "Contracts of guaranty and indemnity and credit insurance". American law review.
- [84] Sunset-Sternau Food Co. v. Bonzi, 389 P. 2d 133 - Cal: Supreme Court

- (1964).
- [85] Teter v. Morris, 650 SW 2d 277 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1982).
- [86] Total v. Arcadia, Int. Com. [1997] L. R. 11/18.
- [87] Tubb v. Bartlett, 862 SW 2d 740 - Tex: Court of Appeals, 8th Dist. (1993).
- [88] Tull Bros., Inc. v. Peerless Products, Inc., 953 F. Supp. 2d 1245 - Dist. Court, SD Alabama (2013).
- [89] UDC-Universal Development, LP v. CH2M Hill, 181 Cal. App. 4th 10 - Cal: Court of Appeal, 6th Appellate Dist. (2010).
- [90] Weinberg Wheeler. (N. D.). Agreements to indemnify & general liability insurance: A fifty state survey, Hudings Gunn & Dial.
- [91] Weller v. Eames, 15 Minn. 461,467 (1870).
- [92] Yang v. Voyagaire Houseboats, Inc., 701 NW2d783 - Minn:Supreme Court (2005).

Capital Flow in International Law: Assessment of Iran's Foreign Investment Sanction

Seyed Yaser Ziaee¹

*Department of International Law
University of Qom*

Mohammad Reza Mellat

*PhD Student International Law
University of Qom*

Received: 11/09/2019

Accept: 06/05/2020

Informative Abstract

This article tries to respond to this question that how we can analyze foreign investment sanctions against Iran in the light of regulations concerning on capital flow in international law? Finally, it can be understood that capital or foreign currencies are entered to or withdrawn from the states intentionally or unintentionally. Intentional restraints against inflow and outflow of capital might be contrary to some of the international obligations. This analysis should have been done in four chapter which consist of capital restrict and flow in international economy, capital restrict and flow in international law, foreign investment in international law: from promotion to restriction, and analysis of foreign investment sanction in Iran.

Capital Restrict and Flow In International Economy

Free flow of capital as a result of global trade liberalization has been a subject of the economists' attention. There are different economic schools which have different view to capital flow. Capital flow isn't supposed in Mercantilism because of importance of import of capital and consequently increasing of gold storages of State. In Physiocracy school there is this belief that capital turnover is a natural rule. After that in economic liberalism the voluntary trade strengthened. In this view flow of capital is in the top of its possibility. In contrast, Marxism and Socialism were opposite with the freedom of capital movement. In Islam economy also there are subjective and objective limitations in trade. Keynesians believe that State should control on the capital inflow and outflow. In the view of Milton Friedman (New Classics) the right way is self-regulation of the market e.g. in capital trade. There is also the theory of Impossible Trinity in which respecting to inflow and outflow of capital and stability of domestic exchange is impossible. The superior view in the nowadays world is assimilate to Keynesians meaning that international organizations can supervise on the free movement of exchange and capital in the

1- yaserziaee@gmail.com

2- mrmellat@yahoo.com

world.

Capital Restrict and Flow in International Law (Structural View)

As PCIJ stated as a principle States have sovereignty in regulating of currency movement. International Monetary Fund, World Trade Organization, European Union, Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), Group 20 (G20), free trade agreements, and bilateral foreign investment treaties emphasize on this principle. There are also exceptions to the free flow of capital, which shall be restrictively and conservatively applied. In other words, after World War 2 Bretton Woods regime restricted this freedom. IMF advise capital movement and restrict it to economic infrastructures in the country. WTO allowed cash and non-cash capital inflow in TRIMS and GATS and restricted it balance of payments. European Union enforced capital movement and restricted it just in breach of tax law of members and public policy or public security. In OECD capital movement just can be restricted in economic crisis.

Capital Restrict and Flow in International Law (Contractual View)

multilateral trade treaty also supports from the capital inflow and outflow but some of them –like U.S. agreements- support of that more than others. In BITs if core term of definition of investment is non-physician capitals, so capital flow is supported better by free transfer clauses by which investor can transfer its currencies to foreign easily.

Capital flow can be happen in nine type which include: voluntary inflow movement, involuntary inflow movement, voluntary inflow restriction, involuntary inflow restriction, voluntary outflow movement, voluntary outflow restriction (general), voluntary outflow restriction (special), involuntary outflow movement, involuntary outflow restriction. Capital flow just in three type of them: voluntary inflow restriction, voluntary outflow movement and voluntary outflow restriction.

Foreign Investment in International Law: From Promotion to Restriction

Although foreign investment trend increased in 1990 decades and States competed in encouraging of investors, but sometimes this trend decreased cause of some host State or national State policies or involuntary reasons like security of host State. Some economists believe that respecting of inflow of capitals for investment without restrictions isn't favorable. So States tried to restrict inflow of capital for investment which mostly happened by colonialized country.

Analysis of Foreign Investment Sanction in Iran

In investment sanction of Iran inflow capital sanction is due to some non-economic policies. These sanctions are against allowed exceptions set out in international law because goal of that exceptions are safe of economy of State. These sanctions breaches IMF rules as capital flow restriction just permitted where economic infrastructures are undermined or economic crisis is ongoing. These sanctions by EU States are violation of article 63 of Treaty on the Functioning of the European Union, 2007 in which just public interests of States can be justify capital flow restrictions. In according to relations of Iran and United States of America, Treaty of Amity, article 7 of Economic Relations and Consular Rights, 1955 prohibited any restriction on payments, remittances and other transfers of funds to or from the territories of each other except to the extent necessary to assure the availability of foreign exchange for payments for goods and essential to the health and welfare of its people. In any way these restriction shouldn't be taken in discrimination.

Although U.S. withdraw of Amity Agreement in 2018 but this treaty would be applicable till one year after withdrawal declaration and U.S. is responsible for the enforceable period. Also some bilateral investment agreements of Iran and other States mentioned to the free transfer clause. For example, investment sanctions by Iran and Japan is against of their investment treaties by Iran in which capital flow restrictions just is allowable in situation of safe of balance of payments and protecting of debtors, as the same the treaties by Austria (with exception of balance of payments) and by Germany, Italy and South Korea without any exception. By adoption of JCPOA, EU and US obliged to seize investment sanctions on oil and gas and Petrochemical. So any capital sanction like re-imposition of sanctions by president of US is against several recognized international rules.

Keywords: Sanctions; Foreign Investment; Capital Flow; Capital Movement; The Islamic Republic of Iran

Reference in Persian

- [1] Daman Kashideh, Marjan, Saeed Khodabakhshzadeh, (2012). "Study of the Impact of Business Regulations and Foreign Direct Investment on Economic Growth in G77 Countries", *Quarterly Journal of Financial Economics*, 21, pp. 81-110 (In Persian).
- [2] Ebrahimi, Seyed Nasrollah, Sultanzadeh, Sajjad (2014). 'The concept of investment in the arbitration procedure of the Center for the Settlement of Foreign Investment Disputes'. *International Law Journal*, (50), pp 108-77 (In Persian).
- [3] Ghodoosi, Farshad, (2014). 'The Limits of Free Movement of Capital: The Status of Customary International Law of Money', *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 7, pp253-278 (In Persian).
- [4] Ignatius Seidel, Hooman Feldern Translated by Seyed Qassem Zamani, (2000). 'International Economic Law', Tehran, Shahr-e-Danesh Institute for Legal Studies and Research (In Persian).
- [5] Mohammadi, Esfandiar. (2004). 'Theories of International Political Economy, *Journal of Humanities*' (University of Imam Hussein), pp. 9-56 (In Persian).
- [6] Namazi, Hussein; Lashkari, Alireza (2013). 'Balance and approaches to justice; Exploration on the approach of Martyr Sadr and Martyr Motahhari to balance', *Journal of Islamic Economics*, (6), 234-197 (In Persian).
- [7] Qanbarloo, Abdullah, (2012). 'Liberal economics and the issue of war and peace in international relations', *Comparative Economics*, 5, pp. 115-131 (In Persian).
- [8] Sadat, Rahman, (2014). 'Critiques of the Advantages of International Trade Theories, Transformation in the Humanities', 2, pp. 85-98 (In Persian).
- [9] Shahbazi, Aramesh, (2012). 'The validity of the Treaty of Amity (1955) and the ability to cite it in Iran-US relations, *International Law Journal*, 44, pp. 55-72 (In Persian).
- [10] Tab, William (2004). 'The Immoral Elephant: Globalization and the Struggle for Social Justice in the 21st Century', translated by Hassan Mortazavi, Tehran, Digar publication (In Persian).
- [11] Tafazoli, Fereydoun, (2004). 'Emergence of new ideas, schools of thought and economic theories during the Industrial Revolution (1850-1750)', *Economic Research*, 2, pp. 47-80 (In Persian).

Reference in English

- [1] 'Fact Sheets on the European Union. Free movement of capital', (2018).
- [2] Barton, John, Judith Goldstein, Josling Timothy E, (2008). 'The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law, and Economics of the GATT and WTO'. USA, Princeton University. national law, 15. pp 425 451.
- [3] Crane, George, Abla Amawi, (2011). 'The theoretical evolution of International Political Economy', New York: Oxford university press.
- [4] Dain, Janat, Arian, Mohammad, (2012). 'Study and analysis of the nature of foreign investment law developments; Past, present and future', Journal of Islamic Law, (36), pp.157-18
- [5] Eichengreen, Barry, (1992). 'Golden Fetters: The Gold Standard and the Great Depression 1919-1939', New York, Oxford University Press.
- [6] European Free Trade Association, 1960.
- [7] Feibelman, Adam, (2015). 'The IMF and Regulation of Cross-Border Capital Flows', Chicago Journal of Inter 22.
- [8] Ghorashi, Reza, (1995). 'Marx on Free Trade', Science & Society, 59. pp. 24-49
- [9] Hindelang, Steffen, (2009). 'The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment. The Scope of Protection in EU Law', New York, Oxford University Press.
- [10] IMF Adopts Institutional View on Capital Flows (2018).
- [11] Jackson, Robert, & Georg Sorensen, (2010). 'Introduction to international relations: theories and approaches', New York, Oxford University Press.
- [12] Joint Comprehensive Plan of, Action (2015).
- [13] Leckow B, (1999). 'The Role of the International Monetary Fund in the Liberalization of Capital Movements', WIS. International Journal, 17, pp 12-31.
- [14] Lupo Pasini, F, (2011). 'The International Regulatory Regime on Capital Flows', Asian Development Bank Institute.
- [15] Lupo Pasini, F. (2012). 'The International Regulatory Regime on Capital Flows and Trade in Services'. ADBI Working.
- [16] Muller, Al, (1978). 'Quesnay's Theory of Growth: A Commen', Oxford Economic Papers, 30, pp. 150-156.
- [17] Nyankomo Marwa, (2014). 'How can Africa Attract Different Forms of Capital flow?', Theoretical Perspectives, Theoretical and Applied Economics, 12, pp 1-24.
- [18] Pabian, David (2015), 'Capital Controls in International Law: Clarity Through a Central Regulatory System', Minnesota Journal of International Law, 24, pp 1-32.
- [19] Review of the OECD Code of Liberalisation of Capital Movements, (2018).
- [20] Segall, Anna (1999). 'Economic sanctions: legal and policy constraints, International Conference of the Red Cross and Red Crescent', (81),1, pp.763-784.
- [21] Salvatore, Dominick (1977). 'Microeconomia', Mcgraw-hill do Brasil.

Protecting Essential Interests of the Host State in Investment Claims Arising from Armed Conflicts

Abolghasem Shahbazian¹

*Ph.D. Student in International Law,
IAUCTB*

Sadegh Salimi²

*Associate Prof., Department of
International Law, IAUCTB*

Received: 23/09/2019

Accept: 31/03/2020

Introduction

Bilateral Investment Treaties can be considered as one of the most important sources of international investment law, which emerged with the aim of establishing customary international law in the form of treaties. Today, due to the efforts of capital exporting countries as well as support of some international organizations, the host state obligations towards foreign investors are increasing in these treaties, on the one hand, and investment arbitration tribunals provide broad interpretations of the host state obligations in favor of investors, on the other hand. This has led to the increase of claims against the host states, which have inflicted losses on them even greater than the returns derived from foreign investments. Though in the past foreign investors were concerned about protecting their capital and security in the host country, now, host states are concerned about restrictions on the exercise of their sovereign rights to regulate in the public interests (Habibzadeh & Gholami, 2018: 114).

Due to the recent wave of riots, terrorism, wars and other forms of armed conflicts around the world, one of the most controversial issues in international investment law, which has so far been overlooked in its specific legal dimensions, is claims over armed conflicts. Some foreign investors invest in the countries involved in conflicts due to the opportunities for profitability in war situations, and even expect more profits (Zamani & Bazzar, 2018: 231), but due to the turbulent conditions in these countries, possibility of destruction and seizure of their assets increases, which results in the breach of investment treaties. In recent years, upon increase of claims of investors against the host states over domestic and international armed conflicts, it seems that the scale of investment claims has become heavier in the interests of the investors and therefore attention must be paid to protect the interests of the host states in such situations.

Theoretical frame work

1- Corresponding Author Email: Ab@Shahbaziyan.ir

2- Email: Sadegsalimi@yahoo.com

The most important standard of treatment invoked by foreign investors in claims arising from armed conflicts is the standard of full protection and security which is designed to protect the investors and the investments against violent acts (Ostransky, 2015: 137). Almost all investment treaties contain the clause of protection and security, although they have used various terms such as full protection and security or sustainable protection and security. Since most of these treaties do not explicitly specify the nature and scope of protection of this standard, arbitration tribunals have interpreted this standard at their own discretion and, in some cases, preferred the interests of the investors over the interests of the host States in their awards regardless of the specific circumstances of the armed conflicts.

Methodology

Adopting a descriptive-analytical method and referring to the arbitration practices and investment treaties, this article seeks to clarify the nature and scope of full protection and security in the situations of armed conflicts in order to protect the interests of the host state.

Results & Discussion

Referring to the rules of interpretation of treaties in the Vienna Convention, this study determines that the standard of full protection and security refers only to the treatment of aliens in customary international law, and since the customary rule of treatment of aliens is a relative rule that pays special attention to the specific circumstances and resources of the host country, reflection of this customary rule in the treaty as a standard of treatment does not change its nature as a relative standard (Paparinskis, 2013: 160). As a result, arbitral tribunals, when examining compliance or non-compliance of the host state with the standard of protection and full security during armed conflicts, must take into account the specific circumstances of each country (Zeitler, 2001: 201) so that the interests of the host state are also protected. Another important point regarding the responsibility of the host state is that the host state will not be liable to the investors for damages caused by non-state actors who are not attributed to the state, unless it is proven that the host state has failed to take preventive measures and protect the investor against the non-state actors. Some arbitral tribunals have refrained to admit the conventional scope of full protection and security standard, which refers only to physical protection of the investors, and extend this standard to the legislations of the host states. (Dolzer & Schreuer, 2012: 243). This approach clearly means preferring the interests of the investor over the interests of the host state. If the parties to the treaty intend to extend the scope of this standard beyond its conventional concept, they must explicitly stipulate it in the treaty. However, if the term "full protection and security" is used in the treaty without any explanation, the arbitral tribunal shall not, at its discretion, provide a broad interpretation of the scope of the host State's obligations and then, on the basis of such interpretation, determine that the host state is in breach of the obligations it has not undertaken in principle and the treaty is silent on them.

Conclusions & Suggestions

It is vital that shortcomings in the language of investment treaties and the ambiguity of standards in treaties will lead to different interpretations by arbitral tribunals. If countries explicitly stipulate their intentions when negotiating these treaties and

specify the nature and scope of each standard, and leave no ambiguity, inconsistency of decisions in arbitrations will be reduced and a balance will be struck between the interests of the investor and the host state.

As a matter of fact, Arbitral tribunals should notice that during the time of armed conflicts the host states are not able to provide the same level of protection for investors as they provide in peacetime, such as the rights of their own citizens which are different in peacetime vis-a-vis wartime, or in ordinary places vis-a-vis demarcated border areas. If a host state is to be held responsible for violating the standard of full protection and security during armed conflicts, the consequences of this violation must be evaluated in light of the state of emergency arising from such armed conflicts.

Keywords: Investment Arbitration, Armed Conflict, Foreign Investment Treaties, Interests of the Host State

References (in Persian)

- [1] Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph, (2012). Principles of International Investment Law, Translated By Ghasem Zamani & Behazin Hasibi, Tehran, Shahre Danesh Institute of Law Research & Study. (in Persian)
- [2] Habibzadeh, Tavakkol & Gholami, Afifeh (2018). "The Role of Umbrella Clause in Settlement of Foreign Investor and Host State Disputes in the Light of ICSID Arbitral Jurisprudence, International Law Review Journal, No.59, pp 85-118. (in Persian)
- [3] Zamani, SyedGhasem & Bazzar, Vahid (2018). "The Assumption of Risk as an Effective Factor on Responsibility in Foreign Investment Disputes with an Emphasis on International; Arbitration Practice", Private Law Studies Journal, Vol.48, No.2, pp 227-245. (in Persian)

References (in English)

- [1] Ostransky, Josef (2015). "The Termination and Suspension of Bilateral Investment Treaties due to an Armed Conflict", Journal of International Dispute Settlement, Volume 6, Issue 1, pp. 136-162.
- [2] Paparinskis, Martins (2013). The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment, Oxford, Oxford University Press.
- [3] Zeitler, Helge Elisabeth (2010). "Full Protection and Security" In: Schill, Stephan, International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford, Oxford University Press.

Protecting fashion (cover-beauty creations) through Iran-France industrial property rights

Hasan Rassouli¹

PhD Candidate in Private Law, East Azarbaijan Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran

Seyed Mostafa Mohaghegh Ahmad Abadi (Damad)²

Professor in Islamic Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Hasan Pashazadeh³

Professor Assistant in Private Law, East Azarbaijan Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran

Received: 21/10/2019

Accept: 24/12/2019

Extended Abstract

Although it is usually aesthetic when it comes to fashion and its concept, it is a way of looking at and thinking about certain things, subjects, and objects in a particular time and place within the concept. Fashion itself is a strong reason to place this issue in the context of intellectual property rights. Fashion-related rights (cover-beauty) are considered as one of the most important areas and areas of intellectual property rights that, with their monetization features, have an undoubted role in the flourishing of the industry. And the economies of the countries are playing. In French law, the historical record of fashion protection dates back to 1806, and the discussion of special protection for creations and clothing goods - as one of the most fashionable examples, formally introduced in the country since 1902 Has been.

In addition to the adoption of a specific statute in this field after the aforementioned time-frame, pursuant to paragraph 14 of L-112-2 and Fifth Book of Intellectual Property Law (Articles L-511-1 onwards), garment-related products, seasonal industry, Designs and models, as well as cover and beauty creations, are examples of patents on industrial property rights, including patent, trademark, competition law, and industrial design. And. In Iranian law, it is possible to compare legal safeguards in this matter by comparing the rules and regulations governing industrial property and by adopting a common chapter between the rules governing industrial property law. The aforementioned claim is further reinforced when the Iranian legislator,

1- Hasan.rasuli2020@yahoo.com

2- M_Mohaghegh@sbu.ac.ir

3- Pashazadeh@iaut.ac.ir

pursuant to Article 4 of the Fashion and Clothing Regulations Act of 2006, produces designs and patterns, textiles and clothing based on Iranian-Islamic symbols, subject to the protection of authors 'and authors' rights and industrial property rights. Simultaneously, put together.

Fashion in the word means new taste and new style, but in the term, it is a sudden change in taste of a group of people that results in a tendency to behave in a particular way or to consume a particular commodity or to promote a particular style of life. The term is close to words such as modernity, modernity and modernization. In medieval Europe, these words were avoided and the new and new category was described by the word "New". The new object (phenomenon) was a new one that belonged to the heavenly realm and came from God's creativity and divine creativity. In contrast, the "modern" and "fashion" phenomena belonged to the terrestrial and atrium. Fashion came from the human will for creativity and had a concept close to "innovation" in Islamic culture. But with the de-socialization of European social affairs in the Age of Enlightenment, words such as modern and modern were also sanctified and increasingly popularized.

In addition, according to what some French writers have written, fashion can be defined as an aesthetic criterion accepted by a certain segment of society. In some French-language public cultures, fashion is defined as: "Fashion is a certain style and style of life and thinking in a particular period or country or place."

As seen in this definition, in France, the definition of fashion is so broadly expressed that it encompasses even the type and way of thinking of a person at a particular time. Another important point about the above definition is that mention of words such as the particular "period", "country" and "place" brings to mind the relative and temporality of this concept.

In France, the concept of fashion has been favored by the French legislature, as well as the formation of intellectual property law in that country, and in addition to legal writing, it has considered fashion as a framework for intellectual property rights protection., Are explicitly protected in the field of patronage in the field of law, seasonal and cosmetic industries including apparel, leather, cosmetics, etc.

With the development of the concept of industry, fashion-related creative rights as one of the most important manifestations of intellectual property rights, have their own doctrine and doctrine, and to a considerable extent protected. It has the capacity of legal protection. Fashion-related creations, irrespective of their widespread and varied concept and application, from the aspect of industrial property rights, to French law, as outlined in the legal literature on this subject, within the context of various instances, including design supervisory rights. Models, patents, industrial designs, trade secrets, trademarks, etc. are protected and the provisions of each of the above will apply.

In Iranian law as well as in French law, as in French law, and in the interpretation of this discussion, however, there has been little talk of French industrial law, however, with its reliance on the teachings of French industrial property law and comparison. It can be found with the laws of Iran and the Islamic-Iranian criteria, as well as the application of the rules governing each case of industrial property in relation to this subject, the terms and conditions of joint protection of this branch of intellectual property rights.

Keywords: industrial property rights, fashion, patent, industrial design, geographical indications, trademark, trade secrets

Reference in persian

- [1] Akbar Abadi, Kamal, (2003), *Significance and definition of trade and industrial trademarks*, Business Reviews Monthly, Vol 3 (In Persian)
- [2] Bayat, Abdolrasul, (2010) The Madness of Mode, Design & Fashion Monthly, VOL 12 (In Persian)
- [3] Emami, Asadollah (2012), *Industrial Intellectual Property*, First Edition, Mizan Publication (In Persian)
- [4] Jafarzadeh, Mirghasem, (2014), *Intellectual Property Right*, MA courses, Shahid Beheshti University, Tehran (In Persian)
- [5] Rahbari, Ebrahim (2012), *Intellectual Property Right*, MA courses, Shahid Beheshti University, Tehran (In Persian)
- [6] Rahbari, Ebrahim (2012), *Trade Secret Law*, SAMT Publication, First Published, Tehran (In Persian)
- [7] Shams, Abdolmajid, (2005), *Industrial and Commercial Property Rights*, SAMT Publication, First Published, Tehran (In Persian)

Reference in English

- [1] Azéma, J., et Galloux, J.-C., (2011), *Droit de la propriété industrielle*, paris : Dalloz, 3^e é.
- [2] Burst, J., (1998), *droit de la propriété industrielle*, Paris : Litec, 3^e é.
- [3] Chavane, A., (2010), *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris : PUF, 2^e é.
- [4] Dumas, R., (2011), *Intelligence économique d'entreprise*, Paris : Francis Lefebvre 1^e é.
- [5] Lambert, V., (1994), *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris : Dalloz , 7^e é.
- [6] Le petit Robert, (2012), *Dictionnaire de la langue française*, Paris : Edition de Robert 13^e é.
- [7] Pollaud-Dulian, F., (2010), *La propriété industrielle*, Paris : Economica ,4^e é
- [8] Vivant. M. et Bruguière, J.-M., (2012), *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris: Dalloz, 4^e é.

Improvement of effectiveness and efficiency of the Counter-Terrorism Financing (CTF) system by approval of the Risk Based Supervision (RBS) in the sector of Financial Institutions (FIs)

Naser Ghasemi¹

*Associate Professor of Department of Criminal Law and Criminology
University of Judicial Sciences and Administrative Services of Tehran*

Ahmad Ali Sales Moayyad²

*PhD student
University of Judicial Sciences and Administrative Services of Tehran*

Received: 12/02/2020

Accept: 19/06/2020

Extended Abstract

Introduction

Supervision of financial institutions, especially banks, in terms of implementing anti-terrorist financing laws and regulations is one of the most important issues highlighted in international instruments, and countries should work to improve the effectiveness and efficiency of the system.

There are various methods for supervising financial institutions, the most famous of which are the adaptive method and the risk-taking method. The adaptive approach, or the "one rule for all" approach, means that observers must inspect all of their supervised entities equally and use the same tools and make specific and similar decisions to break a rule. but, in a risk-based or risk-based approach, the amount of oversight is determined by the extent to which a financial institution is threatened and vulnerable. Achieve the goal of managing and reducing terrorist financing risks. In other words, in this approach, achieving this goal replaces by ensuring compliance with the law in financial institutions.

The implementation of this strategy requires the establishment of legal bases and the implementation of executive measures; Therefore, on the one hand, the purpose of this study is to assess the feasibility of implementing a risk-based monitoring strategy in the light of the legal principles accepted in Iran's legislative criminal policy and on the other hand, to assess the effectiveness and efficiency of the executive criminal policy of the Islamic Republic of Iran. In the field of supervision

1- Email: dr.ghasemi76@gmail.com

2- Email: law744330@gmail.com

of financial institutions, this has been tried to achieve it by descriptive method.

Methodology

The research is descriptive-analytical.

Conclusions and suggestions

In the legislature, regulators have no obligation to use risk-based methods and their decisions are not well supported. Existing performance guarantees, in addition to not being sufficient, are merely aimed at violating the prescribed rules. The supervisors have not been given the necessary authority, especially to enforce disciplinary guarantees in the event of violations of anti-terrorist financing regulations.

In the field of executive criminal policy, a review of the instructions and procedures shows that in the market entry stage, it is sufficient to inquire only about criminal records; While, firstly, not all criminals are convicted, and secondly, criminals typically use covert means to obtain a license and keep their identities secret. In the field of periodic inspections, the need to provide information alone is not enough and there is no responsibility for supervisors to create a risk profile and provide a clear correction plan. The guidelines issued so far also promote a more law-abiding approach and focus on enforcing anti-money laundering regulations; Although these provisions are largely similar to those of terrorism financing, specific provisions on terrorist financing, such as how to seize terrorist assets and identify suspicious terrorist financing operations and transactions, have not been considered.

Accordingly, in order to improve the effectiveness of Iran's criminal policy in relation to the financing of terrorism, in the first place, the issue of legal principles, especially the obligation of supervisors to use risk management methods, and violation of their decisions should be accompanied by heavy enforcement guarantees. Then, in the executive field, first, by measuring the risks of financing terrorism, applicants for obtaining a license for financial and non-financial activities should adopt an efficient method to prevent criminals and their associates from entering the financial markets; second, a national risk assessment must be conducted to ensure that regulators' information resources are largely adequate. Third, the necessary steps, such as creating a risk profile and drawing up a correctional plan for supervised entities by supervisors in each of the financial areas, must be taken. Fourth, violations of the correctional program must be addressed by disciplinary action by supervisors and the guarantee of administrative and judicial enforcement by the judiciary and related institutions. Fifth, guidance documents should be prepared and published in the field of detecting suspicious transactions and operations, as well as anti-terrorist financing regulations.

Keywords: Risk Based Supervision (RBS), Supervision, CFT, Criminal Policy, Islamic Republic of Iran legal system

JEL Classification: K14, K22, K29, G28

References (in Persian)

- [1] Asadipoor, Nooshin (2009), Supervision of banks and implementation methods, Monetary and Banking Research Institute, Tehran. (in persian)
- [2] Peter laurent chitin, et al., (2013), Preventing money laundering and terrorist financing: a guide for practical bank supervisors, translated by Maryam Keshtkar, Tash, Tehran. (in persian)

- [3] Keshtkar, Maryam (2014), Risk-based approach and Risk-based Supervision to prevent money laundering and terrorist financing, CBI of IR Iran, Tehran. (in persian)

References (in English)

- [1] Andrew, Nicolls (2015). the challenges and benefits of risk-based regulation in achieving scheme Outcomes. Injury Schemes Seminar.
- [2] Bello, Abdullahi Usman & Harvey, Jackie (2019). From a Risk-Based to an Uncertainty-Based Approach to Anti-Money Laundering Compliance, Security Journal, 30 (1).
- [3] Bergström, Maria & Helgesson, Karin Svedberg & Mörth, Ulrika (2011). A New Role for For Profit Actors? The Case of Anti Money Laundering and Risk Management. JCMS: Journal of Common Market Studies, 49(5).
- [4] Canhoto, A. I. (2008). Barriers to segmentation implementation in money laundering detection. The Marketing Review, 8(2).
- [5] Costanzo, Paolo (2013). The risk-based approach to anti-money laundering and counter-terrorist financing in international and EU standards: what it is, what it entails. Research Handbook on Money Laundering, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- [6] Dionysios S, Demetis; Ian O, Angell (2007). The risk-based approach to AML: representation, paradox, and the 3rd directive. Journal of Money Laundering Control, 10(4).
- [7] FATF (2012). The FATF Recommendations, International Standards On Combating Money Laundering And The Financing Of Terrorism & Proliferation, updated February 2019, FATF, Paris, France.
- [8] FATF (2013). Methodology for Assessing Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, updated February 2019, FATE, Paris, France.
- [9] FATF (2014). Guidance for a risk-based approach- The Banking Sector, FATE, Paris.
- [10] FATF (2015). Guidance for a risk-based approach- Effective supervision and enforcement by AML/CFT supervisors of the financial sector and law enforcement, FATE, Paris.
- [11] Isabel Canhoto, Ana (2008). Barriers to segmentation implementation in money laundering detection. The Marketing Review, 8(2).
- [12] Kaplans, Jakovs (2018). Risk-Based Approach in the European Anti-Money Laundering Legislation: Origins, Benefits, and Implications. Riga Graduate School of Law.
- [13] Killick, Marcus & Parody, David (2007). Implementing AML/CFT measures that address the risks and not tick boxes. Journal of Financial Regulation and Compliance, 15(2).
- [14] Marshall, Paul (2004). Part 7 of the Proceeds of Crime Act 2002: double criminality, legal certainty, proportionality and trouble ahead. Journal of Financial Crime, 11(2).
- [15] Ross, Stuart & Hannan, Michelle (2007). Money laundering regulation and risk-based decision-making. Journal of Money Laundering Control, 10(1).
- [16] Simonova, Anna (2011). The risk-based approach to anti-money laundering: problems and solutions, Journal of Money Laundering Control, Vol. 14 Issue: 4.
- [17] Takats, Elod (2011). A Theory of "Crying Wolf": The Economics of Money

-
- Laundering Enforcement. *Journal of Law, Economics & Organization*, 27(1).
- [18] The World Bank (2009). *Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism: A Comprehensive Training Guide*, Volume 1.

The civil liability for disclosure of commercial secrets by the former worker

Morteza Shahbazinia¹

Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran.

Mansour Eshghpour²

PhD Student in Private Law, Department of Law, Payame Noor University, Tehran, Iran.

Ebrahim Taghizadeh³

Professor, Department of Private Law, Payame Noor University, Tehran, Iran

Received: 24/02/2020

Accept: 21/04/2020

Extended Abstract

Abstract

Commercial secrets have economic value and are not publicly available and reasonable efforts are done to safeguard its confidentiality. In some cases, former worker or employee discloses the commercial secrets after the termination of the employment relationship. This paper studies the civil liability of commercial secrets disclosure by former worker by overviewing concept and nature of commercial secrets. The paper uses a descriptive-analytical method and library sources. As result, we conclude that the commercial secrets are defined as a kind of wealth or property and access of the former worker to commercial secrets is a kind of legal trust unless to deny it or discloses commercial secrets, in this case, civil liability principles for the disclosure of commercial secrets are studied by: usurpation, destruction, unjustified ownership, deception and the liability for damages, liability distribution and bases.

Keywords: civil liability, commercial secrets, former worker, employer, disclosure

Introduction

Commercial secrets are one of the most valuable examples of asset and play a very important role in the economic development of societies. The wide range of

1 - Email: shahbazinia@gmail.com

2 - (Corresponding Author)

3 - Email: taghizaadeh@gmail.com

commercial secrets, their trade and economic value, and their encouragement of innovation are among the reasons why legislators are paying attention to commercial secrets, with the United States and the European Union each setting new rules for protecting commercial secrets in May 2016. In the Iranian law, there are limited rules to protect commercial secrets, and the scientific works are mostly written with regard to the basics of foreign law and so no independent study has been written on the civil liability caused by the disclosure of commercial secrets by a former employee. Therefore, given the high economic value of commercial secrets and lack of specific rules for civil liability, the general rules of *obligatio ex delicto* in Imamiyah jurisprudence and Iran's law govern the civil liability arising from the disclosure of commercial secrets by the former employee.

In cases where there is no contractual commitment to secrecy after the end of employment relationship between the employer and the former employee, if the former employee discloses commercial secrets, a question arises: whether the general rules of *obligatio ex delicto* protect commercial secrets effectively. Considering the principles of determining the responsible party and the governing rules on the civil liability, this study reviews the civil liability resulting from the disclosure of commercial secrets by a former employee in the absence of a contract based on the general rules of civil liability.

The commercial secrets are supported by the law in the protection if they have economic value and are not available to the public; and the reasonable efforts have also been made to protect them. Failure to do so will result to exit information from the scope of the definition of commercial secrets, and the information will not be subject to the legal protection. In some cases, the employer makes reasonable efforts to protect commercial secrets, but in order to use commercial secrets, it is necessary to disclose commercial secrets to his/her employees so that the employees can fulfill their contractual obligations by using them and so the limited benefits of these disclosure will be for the employer and owner. Disclosure of commercial secrets at this level and in a limited way by employees to perform the contractual obligations does not exit commercial secrets from the scope of commercial secrets definition.

Results

1. The nature of commercial secrets is proprietary and the right of the former employer to commercial secrets is an objective right.
2. Placing trade secrets at the disposal of others without the permission of the employer or his/her representative or without the permission of the law is one of the examples making the former employee responsible.
3. Upon completion of the employment relationship and the dissolution of the original contract, if the commercial secrets are disclosed by the former employee, the civil liability of the employee will be of the type of liability outside the contract.
4. The power of the former employee over commercial secrets is a legal trust and, as a rule, the trustee is not a guarantor, unless he/she has violated and abused.
5. With the former employee's power described as legal trust before denying and refusing to return the commercial secrets, if the commercial secrets are disclosed, the principle is based on the theory of fault, but if the action is consistent with usurpation and loss, and unjust enrichment, basis of the civil liability is not the theory of fault.
6. In addition to paying attention to the guarantee causes and the disclosure limits,

other criteria also affect assessing the amount of damages: the amount of cost, time and effort spent to acquire commercial secrets, the predictability of loss, the reduction of the price of products which for their production or sale the violated commercial secrets are used, the quantitative and qualitative importance of anti-competitive action, the negative impact on the market, multiplicity and repetition of the committed action and time and place of committing are also effective in assessing amount of reparable damage.

Keywords: Civil Liability; Commercial Secrets; Former Worker; Employee; Disclosure

References in Persian and Arabic

- [1] Al-Ameli, ZA [Shahid Thani]. (1996). Masalak al-Afham. Vol. 12, Qom: Institute of Islamic Studies. (In Arabic)
- [2] Alidost, A .(2016). Unfair and unjustified possession of the Iranian legal system and its comparison with the misappropriation of property, New Research in Jurisprudence, No. 1. (In Persian)
- [3] Aslani, HR .(2010). Information Technology Law, Tehran: Mizan Publication. (In Persian)
- [4] Badini, H.(2004). The Purpose of Civil Liability, Journal of the Faculty of Law and Political Science, No. 66. (In Persian)
- [5] Bahrami-Ahmadi H .(2009). Civil Liability, Tehran: Mizan Publication. (In Persian)
- [6] Bariklou, AR.(2017). Civil Liability, Tehran: Mizan Publication. (In Persian)
- [7] Bojnurdi, SH .(1998). The rules of jurisprudence, Vol. 2, Qom: Al-Hadi Publication. (In Arabic)
- [8] Dayani, A & Eshghpour, M. (2016). Levels of Fault in Iranian Civil Liability Law, Journal of Ardabil Bar Association, No. 2. (In Persian)
- [9] Elsan, M. (2008). Crimes against trade secrets, Quarterly Journal of Law, Journal of the Faculty of Law and Political Science, No. 4. (In Persian)
- [10] Emami, H .(2004). Civil Law, Vol. 1, Tehran: Islamic Bookstore publication. (In Persian)
- [11] Eshghpour, M .(2017). The condition of aggression in lawsuits of aggressive possession and usurpation, Tehran: Behnami Publications. (In Persian)
- [12] Hekmatnia, M .(2007). Fundamentals of Intellectual Property, Tehran: Institute of Islamic Culture and Thought. (In Persian)
- [13] <https://www.revolvy.com/page/Oxford-v-Moss>. (Last visited: 06/26/2020).
- [14] Katouzian, N .(2004). Civil Law, General Rules of Contracts, Vol. 2, Tehran: Enteshar Co. Publication. (In Persian)
- [15] Katouzian, N .(2016). Civil Law, General Rules of Contracts, Vol. 3, Tehran: Enteshar Co. Publication. (In Persian)
- [16] Katouzian, N .(2016). Legal Applications, Contract-Conversion, Tehran: Enteshar Co. Publication. (In Persian)
- [17] Katouzian, N .(2018). Obligations outside the contract, civil liability, Vol. 1 & 2, Tehran, Ganje-Danesh publication.
- [18] Katouzian, N .(2018). Property and ownership, Tehran: Mizan publication. (In Persian)

- [19] Khodabakhshi, A .(2016). Compensation of workers in the civil liability system, Tehran: Enteshar Co. Publication. (In Persian)
- [20] Lorrassa, M .(1996). Civil Liability, translated by Mohammad Ashtari, Tehran: Hoqouqdan Publication. (In Persian)
- [21] Mohaqeq-Damad, SM .(2017). Rules of Civil Jurisprudence, Tehran: Publication of Islamic Sciences Center. (In Persian)
- [22] Mohseni, F .(2015). Privacy Information, Tehran: Imam Sadeq University Press. (In Persian)
- [23] Mostafavi, SK .(2011). Rules of Jurisprudence, translated by Azizullah Fahimi, Tehran: Mizan Publication. (In Persian)
- [24] Mousavi-Khomeini, SR. (2004). Tahrir al-Wasila, translated by Ali Eslami, Vol. 2, Qom: Islamic Publications Office. (In Persian)
- [25] Najafi, MH .(1983). Jawahar al-Kalam Fi Sharh Sharia al-Islam, Vol. 37, Beirut: Dar al-Ahya al-Tarath al-Arabi publication. (In Arabic)
- [26] Qasemi, N & Karmozdi, A .(2009). Civil Liability of Commanders and Officers in Iranian Law, Tehran: Khate Sevvom Publication. (In Persian)
- [27] Safaei, SH & Rahimi, H .(2016). Civil Liability (Non-Contractual Requirements), Tehran: Samat publication. (In Persian)
- [28] Safaei, SH & Rahimi, H .(2018). Comparative Civil Liability, Tehran: Institute for Legal Studies and Research. (In Persian)
- [29] Safaei, SH .(1985). Citing Unconditional Use Despite a Contractual Relationship, International Legal Journal, No. 2. (In Persian)
- [30] Sarvi, MB .(2012). Applied Civil Law, Tehran: Negin Press. (In Persian)
- [31] Shahniaei, A .(2011). Legal Assistance in Technical Knowledge and Its Effects, Law Quarterly, Journal of the Faculty of Law and Political Science, No. 4. (In Persian)
- [32] Tabatabai-Yazdi, SMK .(2000). Hashiyeh al-Makasib, Vol. 1, Qom: Publication of Ismailian Institute. (In Arabic)
- [33] Yasrebi, A .(2006). Irrational Use in Islamic Jurisprudence and Comparative Law, Religious Research, Second Year. (In Persian)
- [34] Yazdani, A .(2016). General Rules of Civil Liability with Comparative Study of French Law, Vol. 1, Tehran: Mizan Publication. (In Persian)

References in English

- [1] Cornish, W., & Llewelyn, D. (1981). Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 6 th.
- [2] Correa, C. M. (2000). Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options: Zed books.
- [3] Dean, R .(2002). The law of trade secret and Personal Secret (2nd Edition ed.). Australia: Thomson. (In Persian)
- [4] Elizabet, A., Martin. A. (2003). Dictionary of Law, Oxford, Oxford University press (t. ed Ed.).
- [5] Glick, M. A., Reymann, L. A., & Hoffman, R. (2002). Intellectual property damages: guidelines and analysis: John Wiley & Sons.
- [6] Hur, R. K. (2000). Takings, trade secrets, and tobacco: mountain or molehill? Stanford Law Review, 447-490.

- [7] Linton, K .(2016). The importance of trade secrets: new directions in international trade policy making and empirical research. J. Int'l Com. & Econ., 1.

Journal Encyclopedia of Economic Law

(Serial Number: 17)

ISSN: 2322-4177

No. 17, Vol. 27

Spring & Summer 2020

- **Analysis of the judicial precedent of Supreme Court No. 733; Emphasizing the nature of money and the distinction of depreciation, delayed compensation and damage caused by rising prices**
Abbas karimi
Hadi Jvaherkalam
- **Analysis and assessment of warranty of validity in license contract**
Ali Saatchi
- **Feasibility of the accepting the analysis of participation in trademark infringement in Iranian and US law from the perspective of economic analysis**
Hamed Najafi
Mahmoud Sadeghi
Morteza Shahbazinia
- **The Nature of Insurer's Liability and its Impact on Selection Method of "Recoupment" and the Principle of Subrogation**
Hasan Badini
Jamshid Yahyapour
Saber Alaei
Ardalan Haghpahan
- **A Comparative Study of Hold harmless (Indemnity) Clause in Contracts**
Mohsen Izanloo
Abolfazl Shahin
- **Capital Flow in International Law: Assessment of Iran's Foreign Investment Sanction**
Seyed Yaser Ziaee
Mohammad Reza Mellat
- **Protecting Essential Interests of the Host State in Investment Claims Arising from Armed Conflicts**
Abolghasem Shahbazian
Sadegh Salimi
- **Protecting fashion (cover-beauty creations) through Iran-France industrial property rights**
Hasan Rassouli
Seyed Mostafa Mohaghegh Ahmad Abadi (Damad)
Hasan Pashazadeh
- **Improvement of effectiveness and efficiency of the Counter-Terrorism Financing (CTF) system by approval of the Risk Based Supervision (RBS) in the sector of Financial Institutions (FIs)**
Naser Ghasemi
Ahmad Ali Sales Moayyad
- **The civil liability for disclosure of commercial secrets by the former worker**
Morteza Shahbazinia
Mansour Eshghpour
Ebrahim Taghizadeh

Website: <http://jm.um.ac.ir>

Email: lawecon@um.ac.ir