

تأثیر فساد مالی بر وضعیت قراردادهای دولتی

سید علی علوی قزوینی*

دانشیار گروه حقوق دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران

قاسم بیگی حبیب‌آبادی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه مفید قم

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۵/۲۶ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۳/۸/۱۶)

چکیده

برخلاف حقوق ایران و آلمان که نسبت به وضعیت حقوقی قرارداد تحصیل شده از طریق فساد اختلاف نظر دارند، در نظام کامن‌لا نوعاً چنین قراردادی مخالف نظم عمومی، و باطل اعلام شده است. این درحالی است که ایکسید در عین استناد به نظم عمومی، وضعیت این قرارداد را قابل ابطال می‌داند.

واژگان کلیدی

اخلال در رقابت، فقدان حسن نیت، مانع تحقق اهداف و تکالیف دولت، مراعات مصالح دولت، نظم عمومی.

۱. مقدمه

اصولاً تأثیری که قراردادهای دولتی بر دستیابی جامعه به اهداف خود دارد، سبب تمایز این نوع از قراردادها از سایر عقود می‌شود.

این مقاله، پیرامون این موضوع شکل گرفته که وضعیت حقوقی قرارداد دولتی تحصیل شده از طریق فساد چگونه است. برای مثال اگر نماینده دولت با گرفتن رشوه به هر نحوی موجب برنده شدن راشی در مزایده یا مناقصه شود، وضعیت این قرارداد چگونه است؟ به عقیده نویسندگان و برخلاف نظر اغلب حقوق دانان ایرانی، قرارداد دولتی تحصیل شده از طریق فساد مغایر نظم عمومی و باطل می‌باشد.

اثبات فرضیه در فضایی صورت خواهد گرفت که قرارداد دولتی واقع شده در صورت تحقق نیافتن فساد تمامی شرایط اساسی صحت معاملات را دارد.

در خصوص ادبیات حقوقی این نکته گفتنی است که مقاله «رشوه و اعمال نفوذ در قراردادهای بین‌المللی» اثر محمدجواد شریعت باقری^۱ مربوط به قراردادی است که موضوعش فساد است؛ درحالی که آنچه مد نظر نویسندگان این مقاله قرار دارد، قراردادی است با موضوع کاملاً مشروع.

در این مختصر سعی شده است دلایل اندیشمندانی (خارجی) که قائل به عدم اعتبار قرارداد تحصیل شده از طریق فساد شده‌اند در حقوق ایران طرح و با توجه به منطبق حقوقی ایران مؤدی آن‌ها اثبات و دلایل مخالفان فرضیه نقد گردد.

۲. تعاریف و مفاهیم کلی

۲.۱. تعریف فساد مالی

تعریفی از فساد نه در حقوق داخلی و نه در حقوق بین‌الملل (Stansbury, 2008: 5) وجود ندارد. ولی به نظر می‌رسد افزون‌بر بارزترین مصداق آن که رشوه است، این مفهوم مصادیق دیگری نیز داشته باشد.

از مصادیق فساد می‌توان به تبانی، تقلب، پول‌شویی، تحصیل نامشروع، اعمال نفوذ، تجارت مبتنی بر پول، رشوه به کارمندان اداری خارجی و تجارت خودی^۲ اشاره نمود. البته برخی از مصادیق فساد مانند پول‌شویی و اخاذی به لحاظ اینکه تخصصاً ارتباطی به قراردادهای دولتی ندارند، خارج از موضوع قلمداد شده‌اند.

۱. فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۸۰ ش.

۲. تجارت خودی یا تجارت داخلی شرکت (Insider trading)، مانند طرف معامله شدن مدیر شرکت با شرکت خود است.

۲.۲. اقسام فساد

تمامی مصادیق فساد از یک منظر به فساد یک طرفه و دوطرفه تقسیم شده‌اند: فساد یک طرفه صرفاً از سوی طرف قرارداد رخ می‌دهد؛ مانند تدلیس یا فریب مأمور دولتی و تجارت خودی.

در فساد دوطرفه مأمور دولتی نیز در اقدام فسادآلود شریک است؛ مانند پرداخت رشوه به مأمور دولتی یا تحقق تبانی میان مأمور دولتی و طرف معامله با دولت (Lasco, 2010:18).

فساد را از منظر دیگری به فساد نرم و فساد سخت تقسیم کرده‌اند: فساد سخت به این معناست که شخص قصد مستقیم اعمال نفوذ بر مأمور دولتی را دارد؛ درحالی که فساد نرم زمانی واقع می‌شود که طرف قرارداد با شخص ثالثی که ادعا می‌کند قادر است بر مأمور دولتی اعمال نفوذ نماید توافق می‌کند که قرارداد دولتی را برای وی تحصیل نماید (Ibid: 20).

۳. دلایل قائلان به بی‌اعتباری قرارداد مبتنی بر فساد**۳.۱. اختلال در نظم عمومی**

نوعاً (Rastatter, 2013: 8) در نظام کامن‌لا قائل‌اند به اینکه قرارداد تحصیل‌شده از طریق فساد مخالف نظم عمومی و در نتیجه باطل است (Kain, 2006: 20; Davis, 2008: 15; Gibson, 2009: 29).

هرچند اظهار نظرهای متعددی از مفهوم نظم عمومی در نظام کامن‌لا وجود دارد، ولی صاحب‌نظران برای مشخص شدن نسبی این مفهوم اقسامی برای آن ذکر کرده‌اند که یکی از آن اقسام قراردادی است که به دولت زیان می‌رساند (kain, Ibid: 15).

مخالف نظم عمومی بودن قرارداد تحصیل‌شده از طریق فساد^۱ به دلیل آسیب و زیانی است که این نوع از قرارداد به دولت وارد می‌کند. بنابراین در این نظام اگر پیمانکاران بانفوذ برای تحصیل مناقصه با کارمندان دولتی تبانی^۲ نمایند، این قرارداد باطل است، زیرا به دولت آسیب وارد شده است (Ibid: 20).

به نظر می‌رسد در نظام کامن‌لا با وجود صراحت نداشتن صاحب‌نظران (report from, 2014: 10-34; Osadare, 2004: 10)، پس از تحصیل قرارداد از طریق فساد، دولت در دستیابی به اهداف

۱. خواه فساد نرم یا سخت و خواه فساد یک طرفه یا دوطرفه.

۲. تبانی می‌تواند به اشکال مختلف رخ دهد؛ برای مثال پیمانکار می‌تواند با تبانی با کارمند اداری و ارائه قیمت غیرمعقول پایین، در مناقصه پیمانکاران تازه‌وارد را از صحنه رقابت حذف کند.

خود ناکام می‌ماند؛ به همین دلیل باید قرارداد تحصیل‌شده را باطل دانست تا بتوان به اهداف دولت جامه عمل پوشاند.

مقتضای تحلیل‌های پیش‌گفته آن است که اگر اشخاص داخلی یا خارجی قراردادی را از طریق فساد با دولت منعقد کرده باشند، چنین قراردادی باطل است لکن اگر اتباع همان دولت قراردادی را از طریق فساد با دولت خارجی منعقد کرده باشند، علی‌الاصول باید چنین قراردادی از منظر دادگاه مقرر صحیح باشد.

درواقع در فرض اخیر با تحقق فساد خارجی به دولت خارجی آسیب وارد شده است و ورود آسیب به دولت خارجی ارتباطی به نظم عمومی دادگاه مقرر ندارد. این تحلیل از حیث دلیل در نظام کامن‌لا پذیرفته، ولی از جهت نتیجه رد شده است (Bhojwani, 2012: 11).

مطابق این تحلیل، افزون‌بر قرارداد تحصیل‌شده از طریق فساد داخلی، فساد خارجی^۱ (German, 1999: 1) نیز می‌تواند به مخالفت قرارداد با نظم عمومی منجر شود (Clark, 2013: 4). قضات ایالات متحده آمریکا در اثبات نظر خود مبنی بر غیرقابل اجرا بودن (Spalding, 2012: 9) قرارداد تحصیل‌شده از طریق فساد خارجی، این‌گونه اظهار نظر کرده‌اند که اقدام تبعه آمریکایی نقض قانون اقدامات فسادآلود خارجی^۲ و یا نقض غرض وضع آن قانون می‌باشد^۳ (OECD working group, 2010: 17)؛ به همین دلیل نیز چنین قراردادی مغایر نظم عمومی و باطل است.

گفتنی است، افزون‌بر قانون اقدامات فسادآلود خارجی، کنوانسیون‌هایی نیز به امر مبارزه با فساد خارجی پرداخته‌اند؛ برای مثال می‌توان به کنوانسیون سازمان توسعه و همکاری اقتصادی (OECD, 2012: 13)، کنوانسیون حقوق مدنی در خصوص فساد (anonymous, 2004: 16) مصوب چهارم نوامبر ۱۹۹۹ اشاره کرد.

به نظر می‌رسد، هدف از وضع چنین قوانینی در نظام کامن‌لا تأثیر اقدامات فسادآلود خارجی بر اقتصاد و رقابت آن کشورها باشد.

اگر قرار باشد که اقدامات فسادآلود در خصوص سایر کشورها ممنوع نباشد، برای مثال اتباع دولت آمریکا می‌توانند با ارتکاب فساد در کشورهای خارجی قراردادهایی با ارزش مالی زیاد را تحصیل نمایند و از این راه درواقع رقابت سالم در بازار آمریکا را به خطر بیندازند.

۱. برای مثال پرداخت رشوه به کارمند دولت خارجی به‌منظور موفقیت در مناقصه برگزارشده از سوی آن دولت.

2. Foreign Corrupt Practices Act, 1977.

۳. مطابق این قانون، اتباع دولت آمریکا از ارتکاب فساد خارجی ممنوع هستند.

اساساً یکی از هدف‌های تأسیس حقوق رقابت، ایجاد و حفظ رقابت سالم و منصفانه در بازار است؛ چراکه رقابت به‌طور مطلق نمی‌تواند زمینه را برای رشد و توسعه یک کشور فراهم سازد.

رقابت زمانی می‌تواند مفید تلقی شود که همراه با اقدامات منصفانه و سالم فعالان یک بازار باشد؛ در غیر این صورت ممکن است موجب رکود اقتصاد کشور گردد (رشوندبوکانی، ۱۳۸۸، ص ۳۰۵).

سالم بودن رقابت زمانی تأمین می‌شود که افراد با وسایلی مشروع به رقابت بپردازند؛ از طرف دیگر آنچه موجب اختلال در رقابت سالم می‌شود، ایجاد موقعیت اقتصادی برتر در بازار است. بنابراین برای جلوگیری از اختلال در رقابت باید آن موقعیت اقتصادی زایل شود و زوال موقعیت اقتصادی در قالب بطلان قرارداد نمود خواهد یافت.

بدیهی است که هر امری که موجب اختلال در رقابت شود، نمی‌تواند دارای اثر حقوقی باشد؛ چراکه امور مربوط به رقابت در نظام کامن‌لا جزء قواعد آمره^۱ شمرده می‌شود.

به‌عنوان مؤید این بحث می‌توان به سند منتشرشده در تاریخ دوازدهم سپتامبر ۲۰۰۶ از سوی دبیرکل سازمان توسعه و همکاری اقتصادی اشاره کرد که به‌صراحت به تأثیر فساد بر ایجاد اختلال در امر رقابت و همچنین ایجاد وضعیت غیرمنصفانه اقتصادی اشاره دارد (Burkill, 2009: 2).

مطابق مفهوم سند پیش‌گفته، اگر قرار باشد اقدامات فسادآلود خارجی ممنوع، ولی قرارداد تحصیل‌شده از طریق آن باطل نباشد، نقض غرض (ایجاد و حفظ رقابت سالم) می‌گردد^۲.

در خصوص مصادیق رقابت غیرمنصفانه این نکته گفتنی است که فساد سخت خارجی در نظام کامن‌لا ممنوع بوده و قرارداد تحصیل‌شده از طریق آن مخالف نظم عمومی است، ولی فساد نرم خارجی ممنوع نیست^۳ (Lasco, Ibid: 20).

به‌نظر می‌رسد اگر به‌واقع غرض از وضع این قوانین و کنوانسیون‌ها حفظ رقابت سالم در بازار باشد، تفاوتی میان انواع مختلف فساد نمی‌توان قائل شد.

در خصوص مبنای مطرح‌شده ممکن است ایراد شود که اگر مبنا حفظ رقابت سالم در بازار است، به چه دلیل نمی‌توانیم قرارداد غیردولتی را به استناد اختلال در رقابت غیرقابل اجرا بدانیم.

۱. برای مثال با توجه به ماده ۲ قانون شرمن (Sherman Act, 1890).

۲. چراکه اگر به‌وسیله اقدام فسادآلود سرمایه، امتیاز و یا قراردادی تحصیل نشده باشد، بحث از تأثیر اقدامات فسادآلود خارجی بر ایجاد اختلال در رقابت بی‌معنا می‌شود.

۳. این درحالی است که در خصوص فساد داخلی، هم فساد نرم و هم فساد سخت موجب بطلان قرارداد تحصیل شده می‌شود.

به عقیده نویسندگان، اندیشه یادشده مبتنی بر منطق حقوقی است، ولی به دلیل آنکه ارزش مالی قراردادهای دولتی و در نتیجه تأثیر این نوع از قراردادها بر بازار یک کشور بیشتر از قراردادهای غیردولتی می‌باشد، مقاله حاضر به بررسی این نوع از قراردادها اختصاص یافته است.

در خصوص وضعیت قرارداد مبتنی بر فساد، بررسی آرای صادرشده از سوی مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری یا ایکسید^۱ (انصاری معین، ۱۳۸۷، ص ۲۴۶) خالی از لطف نیست.^۲

آرای ایکسید درباره وضعیت حقوقی قرارداد مبتنی بر فساد اغلب محدود به مصادیقی است که سرمایه‌گذار علیه دولت میزبان مبنی بر الزام دولت به اجرای قرارداد اقامه دعوا نموده است و دولت در مقام دفاع از عملکرد خود به اقدام فسادآلود سرمایه‌گذار در تحصیل چنین قراردادی استناد کرده است.

ایکسید در مقام حمایت از خواننده و برای ابطال قرارداد تحصیل‌شده از طریق فساد اغلب به نظم عمومی بین‌المللی (Raeschke-Kessler, 2007: 10) و در برخی مواقع به نظم عمومی فراملی استناد کرده است (Ibid: 22).

ایده مغایرت قرارداد تحصیل‌شده از طریق فساد با نظم عمومی بین‌المللی یا فراملی که در آرای ایکسید مشهود است، اولین بار از سوی یکی از قضات^۳ اتاق بازرگانی بین‌المللی در مقام داوری و در خصوص رشوه مطرح شد (Torres-Fowler, 2012: 18).

بنابراین اندیشه ابرازشده در ایکسید در آغاز پیرامون قرارداد تحصیل‌شده از طریق رشوه مطرح شده است؛ درحالی که قضات ایکسید در طرح این اندیشه محدود به رشوه نمانده‌اند. از منظر ایکسید، در صورت تحقق فساد یک‌طرفه، استناد دولت میزبان پذیرفته خواهد شد (Sheppard, 2005: 4).

در صورت فساد دوطرفه، این ابهام وجود دارد که اگر یک مقام عالی دولتی برای مثال اقدام به دریافت رشوه کند، آیا به این معنا نیست که دولت به زیان خود عمل کرده است و دیگر حقی در نقض قرارداد تحصیل‌شده ندارد.

هیئت داوری درباره این پرسش به قابل استناد نبودن این اقدام به دولت رأی داده است (Guillaume, 2006: 4).

۱. صلاحیت ایکسید محدود به دعاوی میان اتباع و دولت‌هاست و همچنین دعوا می‌بایست ناشی از سرمایه‌گذاری باشد.

۲. مستقل بودن موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی، تأثیر نداشتن فساد را بر موافقت‌نامه اقتضا دارد.

3. Judge Gunnar Lagergren.

به نظر نویسندگان، این نظر منطقی است؛ چراکه عالی‌ترین مقام دولت نیز نمی‌تواند با نادیده گرفتن مصلحت عمومی به فکر منفعت شخصی خود باشد. قضات ایکسید در خصوص فساد سخت دفاع خوانده را پذیرفته‌اند (Douglas, 2013: 41)، ولی درباره فساد نرم دفاع وی را رد کرده‌اند.

تحلیل قضات ایکسید در خصوص فساد نرم این است که چون فساد نرم در برخی از قوانین مانند قانون اقدامات فسادآلود خارجی و یا در کنوانسیون سازمان توسعه و همکاری اقتصادی جرم‌انگاری نشده و از طرف دیگر سرمایه‌گذار نیز قصد مستقیم اعمال نفوذ بر کارمندان دولت را نداشته است، بنابراین دفاع دولت نمی‌تواند قابل پذیرش باشد (Ibid: 20).

به عقیده نویسندگان، این نظر ایکسید خالی از اشکال نیست؛ چراکه اگر مبنای غیرقابل اجرا بودن قرارداد دولتی تحصیل‌شده از طریق فساد، ورود آسیب به دولت و نیز مصالح عمومی وی باشد، دیگر نباید جرم بودن عمل از نظر قاضی مهم جلوه کند.

یکی از دلایل حقوق‌دانان ایکسید مبنی بر پذیرش ادعای دولت میزبان، مفهوم نظم عمومی بین‌المللی می‌باشد. در واقع در نظر ایکسید، صرف شناسایی مفهوم نظم عمومی می‌تواند دلیل بر تحقق آن در خصوص قرارداد تحصیل‌شده از طریق فساد باشد.

از نظر ایکسید نظم عمومی بین‌المللی به آن دسته از اصول اساسی اطلاق می‌گردد که درباره عدالت و اخلاق باشد. نظم عمومی فراملی نیز از نظر ایکسید شامل قواعد اساسی حقوق طبیعی است؛ قواعدی که همه کشورهای جهان آن را پذیرفته‌اند (Ibid:23).

زمانی که میان دولت میزبان و دولت سرمایه‌گذار یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری (شیروی، ۱۳۹۱، ص ۴۶۳) وجود داشته باشد، ایکسید استدلال دیگری را نیز مطرح کرده است:

در هر معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری تعریفی از مفهوم سرمایه‌گذاری ارائه شده است که این تعریف دربردارنده شرط^۱ مطابقت سرمایه‌گذاری با مقررات دولت میزبان است (Tomka, 2010: 34) و در صورتی که سرمایه‌گذار از مقررات دولت میزبان تخلف کرده باشد، اساساً به این اقدام خواهان سرمایه‌گذاری اطلاق نمی‌گردد و از این رو دولت میزبان الزامی به حمایت از چنین شخصی ندارد.

تحلیل یادشده را به صورت مطلق تمامی قضات ایکسید پذیرفته‌اند.

بنابر نظر پیش‌گفته، اگر اندک تخلفی از مقررات دولت میزبان رخ داده باشد، در این صورت، دولت مکلف به حمایت از سرمایه‌گذار است. برای مثال اگر خواهان برای تسریع مراحل قانونی انعقاد قرارداد به کارمند دولتی رشوه داده باشد، هرچند از مقررات تخلف شده است، اما این امر به معنای امکان دولت برای حمایت نکردن از این شخص نیست (Ibid: 24).

۱. صریح یا ضمنی.

به نظر می‌رسد این تحلیل از استحکام بیشتری برخوردار باشد؛ چراکه اگر معیار در پذیرش دفاع فساد ورود آسیب به مصالح عمومی دولت به وسیله تحصیل آن قرارداد باشد، زمانی که قرارداد بدون رشوه تحصیل شده است و صرفاً برای تسریع در مراحل قانونی اقدام فسادآلود انجام شده است، نباید تصور کرد که اقدام فسادآلود می‌تواند بر وضعیت حقوقی قرارداد تأثیری داشته باشد.

مطابق تحلیل پیش‌گفته، پاسخ به این پرسش که آیا اقدام فسادآلود بعد از انعقاد قرارداد نیز می‌تواند موجب پذیرش دفاع خوانده شود، آسان است؛ چراکه در این صورت نیز عقد واقع شده بدون فساد تحصیل شده و دولت باید از سرمایه‌گذار حمایت نماید، چنان‌که ایکسید نیز این نتیجه را پذیرفته است (Ibid: 26).

درنهایت آخرین توجیهی که از سوی ایکسید مطرح شده، ناظر به تکلیف اطراف عقد به داشتن حسن نیت است (Haugeneder, 2012: 17)؛ به این معنا که پذیرش دفاع خوانده، نتیجه سوء نیت خواهان می‌باشد.

برای مثال سرمایه‌گذار بر اساس تکلیف حسن نیت باید اطلاعات ضروری را به دولت میزبان به صورت شفاف و کامل ارائه دهد، بنابراین هرگونه ابهام و نقص در پیشنهاد سرمایه‌گذاری دلیل بر نداشتن حسن نیت وی تلقی می‌گردد؛ پس می‌توان حسن نیت را به صورت نبود تقلب و نیرنگ در طول مذاکره و قصد وجود تعادل اقتصادی میان عوض و معوض تبیین کرد (Ibid: 24).

ایکسید شرط مطابقت سرمایه‌گذاری با مقررات دولت میزبان و تکلیف سرمایه‌گذار به داشتن حسن نیت را در واقع جزء لوازم مفهوم و کارکرد نظم عمومی می‌داند (Ibid: 28)؛ بنابراین می‌توان بیان داشت که نظم عمومی تنها دلیل ایکسید مبنی بر پذیرش ادعای دولت میزبان است.

در خصوص اثر نظم عمومی بر وضعیت حقوقی قرارداد دولتی، ایکسید برخلاف اتاق بازرگانی بین‌المللی (Kvirikashvili, 2012: 19; Mujic, 2013: 20) قائل به قابل ابطال بودن چنین قراردادی شده است (Alvik, 2012: 47; Hwang, 2012: 47; Pavic, 2012: 21; Gantz, 2004: 17).

برای اثبات نظر یادشده این‌گونه دلیل آورده‌اند که با توجه به اینکه در بسیاری از سیستم‌های حقوقی میان قراردادی که موضوع آن فساد است با قراردادی که از طریق فساد تحصیل شده است، تفاوت وجود دارد (Hwang, Ibid: 46)، این دو قرارداد از لحاظ حکم نیز نمی‌توانند یکسان باشند.

به نظر می‌رسد این‌گونه توجیه‌ها تا زمانی که بحث از مصالح دولت وجود ندارد، می‌تواند تا حدی قابل قبول تلقی گردد. به‌رروی قابلیت ابطال در حقوق فرانسه و انگلیس برای

حمایت از اشخاص وضع گردیده و زمانی که بحث از منافع جامعه در میان است، همگان می‌توانند به بطلان عقد واقع شده استناد نمایند (ابدالی، ۱۳۸۳، ص ۹).

۲.۳. نبود حسن نیت در انعقاد قرارداد

در حقوق آلمان برخی از حقوق دانان معتقدند که در صورتی که طرف قرارداد از این موضوع آگاهی داشته باشد که نماینده از حدود اختیارات خود خارج شده، عقد تحصیل شده از طریق فساد باطل است؛ چراکه تبانی رخ داده است (Weller, 2014: 9).

به نظر می‌رسد این دیدگاه در حقوق آلمان تا حدی شبیه آخرین توجیه ایکسید باشد؛ با این تفاوت که نظر این دسته از حقوق دانان آلمانی اخص از نظر ایکسید می‌باشد، چراکه ایکسید سوء نیت سرمایه‌گذار را کافی برای پذیرش دفاع فساد می‌داند، درحالی که در حقوق آلمان باید سوء نیت نماینده و طرف قرارداد محرز باشد. به عقیده نویسندگان، تفاوت دو دیدگاه یادشده در نوع نگاهی است که هریک از آنان به مسئله دارد.

به عبارت دیگر، در حقوق آلمان بحث از وضعیت حقوقی قرارداد تحصیل شده از طریق فساد، فارغ از آسیب به دولت بررسی شده است، ولی در ایکسید بحث از مصلحت عمومی دولت میزبان مد نظر هیئت داوری می‌باشد. از همین منظر است که برخلاف حقوق آلمان، ایکسید به حسن نیت به‌عنوان معیاری برای تشخیص قلمرو نظم عمومی توجه دارد.

۴. وضعیت قرارداد مبتنی بر فساد در حقوق ایران

۱.۴. تأثیر نبود حسن نیت در وضعیت قرارداد

در حقوق ایران به نظر نمی‌رسد نبود حسن نیت مستقیماً بتواند موجب بطلان قرارداد شود؛ درواقع وجود حسن نیت جزء شرایط اساسی صحت معاملات نیست.

البته در اینکه قرارداد تحصیل شده از طریق فساد به استناد خیار تدلیس قابل فسخ است، تردیدی وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۰۵)؛ بااین‌همه اگر تدلیس مربوط به اوصاف جوهری یا اساسی باشد، رکن عقد مفقود شده است.

۲.۴. تأثیر فساد بر وضعیت جهت قرارداد

ممکن است ادعا شود که هرچند موضوع قرارداد دولتی مشروع می‌باشد، ولی جهت آن نامشروع است.

به عقیده نویسندگان، جهت قرارداد دولتی تحصیل شده از طریق فساد مشروع است؛ چراکه فساد قبل یا هم‌زمان با انعقاد قرارداد رخ داده است و این درحالی است که داعی (شهیدی، ۱۳۹۰، ص ۳۳۲) پس از انعقاد قرارداد باید محقق شود.

۳.۴. تأثیر فساد بر تحقق نیافتن تشریفات مزایده و یا مناقصه

می‌توان این‌گونه استدلال کرد که قرارداد دولتی تحصیل شده از طریق فساد به استناد رعایت نکردن تشریفات مزایده یا مناقصه باطل است؛ چراکه فلسفه وجودی این‌گونه تشریفات، شفافیت معاملات دولتی و رعایت مصالح دولت بوده، تحقق فساد مانع این غرض است. به‌نظر نمی‌رسد این استدلال برای اثبات بطلان چنین قراردادی کافی باشد؛ چراکه فارغ از اینکه تشریفات امری شکلی است، استناد به نقض غرض زمانی ممکن است که غرض قانون‌گذار را نتوان به‌وسیله امر دیگری تأمین نمود.

۴.۴. نقش فساد در خروج نمایندگان دولت از حدود اختیارات

اگر قرارداد دولتی از طریق فساد دوطرفه (میان طرف قرارداد و نماینده دولت در انعقاد قرارداد) تحصیل شده باشد، نماینده با ارتکاب فساد مصلحت واحد دولتی را رعایت نکرده است. درواقع در این فرض، وکیل با سوء استفاده از اختیار خود صرفاً به منافع شخصی خویش اهمیت داده (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۸۱) و به این ترتیب، عقد واقع شده غیرنافذ است.

۵.۴. نقش فساد در بطلان قرارداد به لحاظ رعایت نکردن نظم عمومی

در حقوق ایران نسبت به مخالفت قرارداد تحصیل شده از طریق فساد با نظم عمومی، صراحتی وجود ندارد.

هرچند در حقوق ایران مانند نظام کامن‌لا در خصوص مفهوم نظم عمومی میان صاحب‌نظران اختلاف وجود دارد، ولی قدر متیقن تمامی اظهار نظرها حفظ مصالح جامعه است.

دولت در رسیدن به اهداف خود وظایفی دارد که برای انجام و ایفای این وظایف گاه مبادرت به انعقاد قرارداد با اشخاص دیگر می‌نماید؛ بنابراین هدف دولت در انعقاد قرارداد پیشبرد وظایف خود می‌باشد. از طرف دیگر هر امری که مانع انجام وظایف دولت شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۵۹) و به مصالح عمومی آسیب وارد کند، مغایر نظم عمومی است.

قرارداد تحصیل شده از طریق فساد مانع دستیابی دولت به اهداف و وظایف خود می‌باشد، زیرا در صورتی قرارداد دولتی می‌تواند مقصود واقعی^۱ خود را به سرانجام برساند که شایسته‌ترین فرد عهده‌دار اجرای آن شود.

مفسد شایسته‌ترین فرد نیست^۲ و به این دلیل هم صرف تحصیل قرارداد از طریق فساد موجب آسیب به مصالح عمومی خواهد بود.

شایسته‌سالاری در تحصیل قراردادهای دولتی مبتنی بر بستگی این نوع قراردادها با مصالح عمومی است و صرف نبود شایسته‌سالاری موجب آسیب به مصلحت عمومی خواهد شد.

پس از تحصیل قرارداد از طریق فساد تنها روشی که می‌تواند شایسته‌سالاری را تضمین نماید، بطلان قرارداد (و برگزاری دوباره مزایده یا مناقصه) خواهد بود، زیرا آنچه تاکنون اجرا شده جز زیان برای دولت نداشته است^۳.

به نظر نمی‌رسد بتوان میان انواع مختلف فساد تفاوتی قائل شد^۴، زیرا در خصوص تمامی مصادیق فساد تحلیل پیش‌گفته قابل اعمال خواهد بود.

خصوصیت فساد، تحصیل اصل قرارداد به وسیله فرد غیرشایسته و آسیب به مصالح عمومی است؛ بنابراین تفاوتی نمی‌کند که مصداق فساد جرم باشد یا نباشد^۵.

مطابق این تحلیل، زمانی می‌توان قائل به مخالفت قرارداد دولتی با نظم عمومی شد که «اصل» قرارداد از طریق فساد تحصیل شده باشد^۶؛ بنابراین اگر پس از تحصیل قرارداد برای پرداخت موضوع عقد از اسناد تجاری به صورت نابجا استفاده شود، این امر تأثیری بر اصل قرارداد ندارد^۷.

۱. پیشبرد منافع عمومی جامعه.

۲. شایسته نبودن مفسد موجب انحراف قرارداد از پیشبرد منافع عمومی و ضرر به جامعه و دولت می‌شود، از این رو قرارداد تحصیل شده از طریق فساد، مخالف نظم عمومی است.

۳. تحصیل قرارداد به وسیله فساد مانع دولت در انتخاب فرد شایسته است و همین امر به معنای آسیب به اهداف دولت و منافع جامعه می‌باشد.

۴. در خصوص تجارت داخلی شرکت باید توجه داشت که ماده ۱۲۹ قانون تجارت ارتباطی به اختلال در امور عمومی و اداری ندارد.

۵. یکی از حقوق‌دانان آلمانی نیز تأثیر نداشتن جرم بودن مصادیق فساد بر وضعیت قرارداد را پذیرفته است (Weller, 2014: 3).

۶. زیرا معیار تحقق نظم عمومی ایجاد وقفه در پیشبرد اهداف و وظایف دولت و مانعیت در انتخاب فرد شایسته است؛ بنابراین تا زمانی که معیار محقق نشود، فساد از منظر نظم عمومی تأثیری بر وضعیت قرارداد ندارد.

۷. همچنین فساد برای تسریع مراحل قانونی انعقاد قرارداد دولتی است.

تأثیر فساد بر وضعیت قرارداد دولتی دایر مدار جرم بودن مصداق آن نیست؛ از این رو در داوری داخلی و بین‌المللی بررسی امر حقوقی منوط به احراز امر کیفری نیست و به این دلیل بررسی وضعیت قرارداد دولتی در داوری^۱ بدون اشکال است.

بنابر آنچه گفته شد، اگر اشخاص داخلی یا خارجی به وسیله اقدام فسادآلود طرف قرارداد با دولت ایران شوند، چنین قراردادی باطل و مخالف نظم عمومی اداری ایران است و سبب خارج شدن کارهای عمومی از مسیر درست خود می‌شود (همان، ص ۱۶۹).

ولی اگر اتباع ایرانی و یا اشخاصی که به هر شکل به بازار ایران ارتباط دارند، به وسیله اقدام فسادآلود طرف قرارداد با دولت خارجی شوند، آیا می‌توان چنین قراردادی را مخل رقابت سالم و در نتیجه مخالف نظم عمومی ایران دانست؟

به نظر می‌رسد پاسخ این پرسش در سیستم حقوقی ایران منفی باشد، زیرا اعمال مخل رقابت به طور مطلق باطل^۲ و دارای ضمانت اجرای کیفری^۳ نیستند، بلکه صرفاً برخی از اعمال مانند ادغام شرکت‌های تجاری اگر موجب اختلال در امر رقابت گردند، ممنوع هستند.

درواقع بدون صراحت قانون نمی‌توان قرارداد تحصیل‌شده از طریق فساد خارجی را به علت مخالفت با نظم عمومی ایران غیرقابل اجرا دانست.

البته بدون در نظر گرفتن متن قوانین ایران، قرارداد دولتی تحصیل‌شده از طریق فساد خارجی موجب اختلال در رقابت سالم می‌شود، زیرا تحصیل قرارداد دولتی به روشی نامشروع موجب ایجاد موقعیت برتر اقتصادی به صورت غیرمنصفانه می‌گردد^۴ و همین امر برای اختلال در رقابت کافی به نظر می‌رسد^۵.

در حقوق ایران فارغ از سکوت دکترین نسبت به قلمرو نظم عمومی در خصوص قرارداد تحصیل‌شده از طریق فساد، اغلب حقوق‌دانان معتقدند که ممکن است برخی از مصادیق فساد حکم تکلیفی داشته باشد ولی فساد دارای حکم وضعی نیست (ادیبی، ۱۳۹۰، ص ۸۶).

به نظر می‌آید تحلیل پیش‌گفته صرفاً زمانی صحیح است که فساد در تحصیل اصل قرارداد دولتی نقشی نداشته باشد.

۱. شرط داوری هر چند در ظاهر فرع بر قرارداد بوده، در واقع مستقل از آن است، زیرا قصد واقعی اشخاص تعیین‌کننده اثر حقوقی شروط است؛ بنابراین اگر اشخاص به مستقل بودن شرط داوری نظر داشته‌اند، محل شرط تأثیری در اثر آن ندارد.

۲. برای مثال بند هفت ماده ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴.

۳. برای مثال بند ۱۲ ماده ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴.

۴. بدیهی است زمانی موقعیت برتر اقتصادی موجب اختلال در بازار ایران می‌شود که به نحوی آثار آن موقعیت به بازار ایران مربوط باشد.

۵. یکی از اهداف حقوق رقابت ایجاد فضای رقابتی سالم است و تحصیل سرمایه از طریق فساد مانع این هدف می‌باشد.

از طرف دیگر ممکن است این گونه استدلال شود که با توجه به صراحت ماده ۹۷۵ قانون مدنی صرفاً مخالفت با نظم عمومی در خصوص قراردادهای خصوصی ممکن است؛ بنابراین استناد به نظم عمومی درباره قراردادهای دولتی دارای منطق حقوقی نمی‌باشد. به نظر می‌رسد در صورتی که به استناد وصف «خصوصی» مانع دخالت نظم عمومی شویم، غرضی که دکتترین در شناسایی ماهیت قراردادهای دولتی در مقام اعمال حاکمیت به‌عنوان قرارداد اداری داشته‌اند، نقض می‌شود؛ مضافاً اینکه اثبات شیء^۱ نفی ماعدا نمی‌کند. بیان شده است که «با توجه به جریان عملی روابط نهادهای دولتی با پیمانکاران و ملاحظه سوابق این امر، دادن رشوه از جانب پیمانکار به کارمندان دولتی ذی‌ربط موجب بطلان رابطه حقوقی و پیمان منعقدشده نمی‌شود» (ادیبی، همان، ص ۸۵).

در حقوق فرانسه نیز چنین آمده است، اگر قرار باشد دادگاه فرانسه به استناد نظم عمومی قراردادی را که موضوع یا جهت آن فساد است باطل بداند، این امر موجب انزوای کشور خواهد شد؛ چراکه در حوزه تجارت با کشورهای درحال توسعه هیچ قراردادی تحصیل نمی‌شود مگر آنکه به نحوی اقدام فسادآلود انجام گیرد (شریعت‌باقری، ۱۳۸۰، ص ۲۲).

به‌هرروی به نظر نمی‌رسد در حقوق ایران عرف بتواند مستقیماً احکام را تغییر دهد (رایگان، ۱۳۹۰، ص ۵۸).

در حقوق آلمان آمده است که قرارداد تحصیل شده از طریق فساد صحیح است؛ چراکه در صورت بطلان قرارداد، اقدام فسادآلود برای همیشه مخفی خواهد ماند. بنابراین به جای بطلان قرارداد تحصیل شده باید به دیگر روش‌ها در مبارزه با امر فساد فکر کرد (Rastatter, 2013: 4). گویا این‌گونه استدلال‌ها که در حقوق آلمان مطرح شده است، به این دلیل باشد که صاحب‌نظران این کشور در طرح این موضوع صرفاً به قراردادهای دولتی نظر ندارند، بلکه مطلق قرارداد مد نظر آنان است و به همین علت است که برخلاف کامن‌لا در حقوق آلمان اختلاف نظر در این موضوع بسیار است.

۵. نتیجه

برخلاف نظر اغلب حقوق‌دانان ایرانی، اگر اشخاص داخلی یا خارجی به‌وسیله اقدام فسادآلود طرف قرارداد با دولت ایران شوند، چنین قراردادی مخالف نظم عمومی و باطل است.

۱. تحقق مفهوم نظم عمومی در خصوص قراردادهای خصوصی.

لکن اگر اتباع ایرانی و یا اشخاصی که به هر نحو به بازار ایران مربوط هستند به وسیله اقدام فسادآلود طرف قرارداد با دولت خارجی قرار گیرند، چنین قراردادی مخالف نظم عمومی ایران تلقی نمی‌شود.

البته به دلیل آنکه سیاست کلی کشور تسهیل امر رقابت در بازار و ایجاد وضعیت منصفانه اقتصادی است و تحصیل قرارداد دولتی از طریق فساد خارجی موجب اختلال در رقابت سالم و منصفانه است، پیشنهاد می‌شود ذیل فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مصوب هشتم بهمن ۱۳۸۶ ماده‌ای به شرح زیر اضافه گردد:

«آثار ضدرقابتی قرارداد دولتی تحصیل‌شده از طریق فساد خارجی، مانند اعمال رشوه، تدلیس، تبانی در خصوص مأمور دولتی خارجی، اگر به بازار ایران ارتباط پیدا کند، مخل رقابت شمرده می‌شود».

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱. ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۳). بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه. انگلیس و ایران، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۳۷.
۲. ادیبی، محمدرضا (۱۳۹۰). تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی. تهران: جاودانه.
۳. انصاری معین، پرویز (۱۳۸۷). حقوق تجارت بین‌الملل. تهران: میزان.
۴. رایگان، محمود (۱۳۹۰). نگاهی به عرف در فقه و حقوق اسلامی. معرفت، شماره ۱۶۵.
۵. رشوند بوکانی، مهدی (۱۳۸۸). حقوق رقابت در فقه امامیه. حقوق ایران و اتحادیه اروپا، رساله دوره دکتری، دانشگاه امام صادق(ع).
۶. شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۸۰). رشوه و اعمال نفوذ در قراردادهای بین‌المللی. فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۲۴-۲۳.
۷. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
۸. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱). حقوق تجارت بین‌الملل. تهران: سمت.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). دوره حقوق مدنی - عقود معین. جلد ۴، تهران: سهامی انتشار.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها. جلد ۵، تهران: سهامی انتشار.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). قواعد عمومی قراردادها. ج ۱، تهران: سهامی انتشار.

ب - خارجی

1. Alvik Ivar, (2012), Impact of Investment Wrongdoing on Arbitration Proceedings, University of Oslo.
2. Anonymus, (2004), Business Principles for Countering Bribery, Transparency International, Torres.
3. Bhojwani Rashna, (2012), Deterring global bribery, Columbia Law School.
4. Burkill Nick, (2009), Doing business abroad, Dorsey & Whitney, Europe.
5. Clark Sarah, (2013), New Solutions to the Age-Old Problem of Private-Sector Bribery, University of Minnesota Law School.
6. Davis Kevin, (2008), Remedies for Corruption in Government Contracting, ?.

7. Douglas Zachary, (2013), The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration, Zachary Douglas.
8. Gantz David, (2004), Investor-State Arbitration Under ICSID, the ICSID Additional Facility and the UNCTAD Arbitral Rules, Tucson.
9. German Peter, (1999), to bribe or not to bribe-a less than ethical dilemma resolved?, British Columbia and Ontario bars.
10. Gibson Christopher, (2009), Arbitration, Civilization and Public Policy, Penn State Law Review.
11. Guillaume, Gilbert, (2006), Word duty free co ltd v Republic of Kenya, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).
12. Haugeneder Florian, (2012), Investment Arbitration, Kluwer Law International BV.
13. Hwang Michael, (2012), Corruption in Arbitration- Law and Reality, Asian International Arbitration Journal (AIAJ).
14. Kain Brandon, (2006), The doctrine of Public Policy in Canadian contract law, Annual Review of Civil Litigation.
15. Kvirikashvili Irakli, (2012), The Role of Public Policy in International Dispute Resolution, Bucerius/WHU Master of Law.
16. Lasco Michael, (2010), Streamlining the corruption defense, Duke law journal, Georgetown.
17. Mujic Emina, (2013), Corruption in International Commercial Arbitration, Department of Law Fall Term.
18. Nell Mathias, (2008), Contracts induced by means of bribery, University of Passau, Germany, no. 42.
19. OECD working group on bribery, (2010), Response of the united states supplementary questions concerning phase 3.
20. OECD/The World Bank, (2012), Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery.
21. Osadare Babatunde, (2004), jurisdiction and powers of arbitral tribunals, university of Dundee.
22. Pavic Vladimir, (2012), Bribery and international commercial arbitration, University of Belgrade.
23. Raeschke-Kessler Hilmar, (2007), Corruption in Foreign Investment, The journal of word investment & trade.
24. Rastatter Gregory, (2013), Void contracts or clauses under Illinois statutes, Illinois.
25. report from the commission to the council and the European parliament, (2014), EU anti-Corruption report, Brussels.
26. Sheppard Audley, (2005), Corruption and International Arbitration, London.
27. Spalding Brady Andrew, (2012), Four unchartered corners of anti- corruption law, Chicago-Kent College of Law.
28. Stansbury Catherine and Stansbury, Neill, (2008), Anti- corruption training manual, Global Infrastructure Anti-Corruption Centre (GIACC).
29. Tomka, Peter, (2010), Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide V. Republic of the Philippines, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).
30. Weller Matthias, (2014), Civil law consequences of corruption in international commercial contracts, IACL Congress Vienna.