

دکتر امیر صادقی نشاط*

قرارداد سه‌جانبه Escrow در نرم‌افزار

چکیده:

در قوانین و آثار علمی، عقود را متشکل از دو جزء ایجاب و قبول می‌دانند که توسط دو طرف انجام می‌شود و گاه رضای ثالث را شرط صحت یا تحقق آن برمی‌شمردند. قراردادهای سه‌جانبه *Escrow* در نرم‌افزارهای رایانه‌ای، قراردادهایی هستند متشکل از یک ایجاب و دو قبول، یا یک ایجاب و یک قبول با دو جزء که توسط دو شخص پذیرفته می‌شوند. در این مقاله علاوه بر تحلیل حقوقی اینگونه قراردادها، مفاد و ماهیت آنها نیز شرح داده می‌شود به نحوی که در مطالعات حقوق تجارت بین‌المللی نرم‌افزار اثری مفید و کاربردی داشته باشد.

واژگان کلیدی:

قرارداد، نرم‌افزار، لیسانس، *Escrow*

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

از این نویسنده تاکنون مقاله زیر در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی منتشر شده است:

"بیع کالی به کالی"، سال ۱۳۷۹، شماره ۴۷.

مبحث اول - ساختار قرارداد

مقدمه

تجارت نرم افزار در سطح بین الملل، قراردادهایی را در جهان معمول ساخته است که بنا به پیشینه نوع مشابه آنها در کامن لو، به قراردادهای Escrow شهرت یافته اند. شناخت اینگونه قراردادها به لحاظ آنکه حجم قابل توجهی از تجارت جهانی را معاملات مربوط به حقوق مالکیت‌های فکری در نرم افزارهای رایانه ای تشکیل می دهد، و اقتصاد کشورها وابسته به نرم افزارهایی شده است که چه بسا در آن کشورها تولید نمی شوند، ضروری به نظر می رسد.

علاوه بر این، نکته ای حقوقی در این قراردادها وجود دارد که نیازمند یک بحث اساسی است به ویژه آنکه اثر آن بحث محدود به قراردادهای یاد شده نمی شود و مبنایی متفاوت را در حقوق قراردادها مطرح می کند.

نکته مزبور، ماهیت «سه جانبه» قرار دادهاست. آیا امکان دارد عقد واحدی با سه طرف منعقد شود به طوری که هر سه تای آنها در ایجاب و قبول مشارکت داشته باشند؟ این نکته با توجه به عرف و سابقه حقوقی بحث در جهان که معمولاً قراردادها را متشکل از تنها دو قصد انشاء می دانند، ارزش مطالعه و بررسی را دارد.

بنابراین در ادامه ابتدا شرح مختصری از سابقه قراردادهای Escrow در کامن لو را خواهیم داشت پس به بیان جایگاه و ماهیت نوین اینگونه قراردادها در تجارت نرم افزار خواهیم پرداخت و آنگاه بحثی کلی را در خصوص ترقی قراردادهای از جهت امکان سه جانبه بودن عقود در حقوق ساخت.

۱- قراردادهای Escrow در پیشینه تاریخی

عنوان قرارداد Escrow، در واقع از نوعی سند در کامن لو به همین نام گرفته شده که خود از اقسام Deed است. Deed سندی است که مهر و امضاء شده تحویل طرف مقابل می گردد. در صورتی که موضوع سند تعهدی باشد که در آینده بایستی انجام شود و یا انجام آن منوط به تعهد دیگری از سوی طرف مقابل باشد، آن سند را Escrow نامند. (Blak law Dictionary)

کاربرد اینگونه اسناد در پیشینه تاریخی، خصوصاً به معاملات املاک بازمی گردد که طی آن، فروشنده سند ملک را مهر و امضاء می نمود و به دلال و واسطه معامله (و امروزه Solicitor می سپرد تا در صورتی که خریدار ثمن معامله را بپردازد، سند را به وی تحویل دهد. (Bayles: principles of Law, at 53, 134-137 – Chittx on Contracts, at 53 – Davidson others, Business law, at 1172 – www. Wikipedia.com) که در واقع شخص ثالث محسوب می شد، به لحاظ آشنایی که با موضوع معامله و قانون و مقررات حاکم بر آن داشت و ضمناً امین طرفین محسوب می گردید، انجام قرارداد را به نحو صحیح تضمین می نمود و حق العمل خویش را نیز دریافت می کرد.

به طوری که ملاحظه می شود، هر سه طرف با ترتیب مزبور موافقت می نمودند و بدون یکی از آنها قرارداد تحقق نمی پذیرفت. به ویژه اگر خریدار و فروشنده هر کدام پرداخت بخشی از حق العمل واسطه را به عهده می گرفتند.

آشکار است که روش مزبور اختصاص به کامن لو ندارد و در کشورها ی دیگر نیز جریان داشته و دارد کما اینکه، مورد آن مختص به ملک نیست و در سایر موارد از جمله عملیات پولی و بانکی نیز به چشم می خورد. (از باب نمونه ر.ک. به www.escrowbankuse.com) حتی می توان اعتبار اسنادی را که امروزه بهترین و

رایجترین روش پرداخت در تجارت بین الملل محسوب می شود، تا اندازه ای محصول تحولات قراردادهای Escrow با شکلی سازمان یافته تر و مطمئن تر تلقی نمود، اگر چه نمی توان آنرا دقیقاً قراردادی سه جانبه محسوب کرد. در این روش واردکننده با پرداخت مبلغ مورد معامله به بانک، اعتباری را به نفع صادرکننده باز می کند و شخص اخیر نیز با انجام تعهدات و ارائه اسناد حمل (یا هر سند دیگر مورد توافق و ذکر شده در شرایط L/C) وجه مزبور را از بانک که به نحو مستقل عمل می کند دریافت می نماید. (ICC; Uniform customs and Practice for Documentary Credit)

گرچه لزوم اعتبار اسنادی غیر قابل برگشت، ناشی از مقررات متحدالشکل اتاق تجارت بین الملل است. ولی اجرای این روش پرداخت و اعمال شدن این مقررات در واقع حاصل توافق اراده سه طرف خریدار، فروشنده و بانک است ولو در ظاهر، قراردادی است بین خریدار و بانک به نفع فروشنده، و مستقل از قرارداد بیعی که در آن بر روش اعتبار اسنادی در پرداخت توافق شده است.

۲- قراردادهای Escrow در امتیازهای نرم افزار رایانه ای

۱-۲ - زمینه قرارداد

وقتی مالک حقوق فکری یک نرم افزار، امتیاز بهره برداری از آنرا به شخصی اعطا می کند، از آنجا که ممکن است در عمل نیاز به رفع اشکال و معایب پیدا شود و نیز به لحاظ آنکه نرم افزار حالتی پویا و رشد یابنده دارد و نیازمند آن است که هماهنگ با تحول نیازها و رشد نرم افزارهای رقیب همواره در حالت ارتقاء (Upgrading) از سوی تولیدکننده باشد، امتیازگیرنده (Licensee) معمولاً ترجیح می دهد طی قرارداد دیگری با امتیاز دهنده (Licensor) که قرارداد پشتیبانی (Maintenance Agreement) نامیده می شود،

در ازای پرداخت مبالغ قابل توجهی تا چند سال از خدمات وی در موارد فوق بهره مند گردد.

بدین ترتیب، حتی اگر امتیازگیرنده نخواهد از نسخه های جدید نرم افزار استفاده کند، باز برای رفع مشکلات آن پس از نصب و راه اندازی و نیز طی مدت گارانتی، نیاز به حمایت امتیازدهنده خواهد داشت. این نیاز وقتی خیلی بیشتر خواهد شد که:

اولاً_ نسخه ای که جهت استفاده امتیازگیرنده به او تحویل شده نه به صورت کد منبع (Source code) که به شکل زبان ماشین (Object code) باشد،

ثانیاً_ نرم افزار، کاربردی بسیار مهم و اساسی داشته باشد به طوری که تمام یا بخشی از سازمان یا فعالیت امتیازگیرنده به سیستم مزبور انتقال یافته و عملاً وی را برای ادامه کار به نرم افزار مزبور وابسته کرده باشد. مثلاً، چنانچه حساب جاری یک بانک از سیستم دستی به سیستم ماشینی منتقل شده باشد در آن صورت هرگاه مشکلی در عملکرد نرم افزار مربوط پیش آید رفع آن بسیار ضروری و با فوریت خواهد بود. حال اگر کد منبع نرم افزار در اختیار بانک قرار نگرفته باشد کارشناسان وی نخواهند توانست به سرعت و سهولت مشکل را رفع کنند و چه بسا عملاً امکانپذیر نباشد. در این صورت دو راه وجود خواهد داشت، نخست آنکه خود شرکت امتیاز دهنده وارد عمل شود، و دوم آنکه کد منبع را در اختیار امتیازگیرنده بگذارد و رفع مشکل را از این طریق میسر گرداند.

راه اول طریق مطمئنی نیست زیرا هیچ تضمینی وجود ندارد که امتیازدهنده در آینده ورشکست نشود و یا به هر حال از عرصه رقابت خارج نگردد کما اینکه هرساله تعداد زیادی از شرکتهای کامپیوتری در جهان از صحنه فعالیت خارج می شوند.

اما راه دوم نیز نمی تواند مورد قبول امتیازدهنده قرار گیرد زیرا احتمالاً اسرار فنی نرم افزار برملا خواهد شد و امکان هرگونه سوء استفاده از آن فراهم خواهد آمد. بدین جهت راه حل میانه ای اندیشیده شده که عبارت است از سپردن کد منبع نرم افزار نزد شخص دیگری که ترجیحاً در کشور ثالثی مقیم باشد.

روش اخیر، از طریق انعقاد قراردادهای Escrow عملی می گردد.

۲-۲- ساختار دادهای Escrow در نرم افزار

مشخصات این گونه قراردادها را می توان به شرح زیر طبقه بندی نمود:

۲-۲-۱- سه جانبه بودن

بدین معنا که سه طرف قرارداد متشکل از امتیازدهنده نرم افزار، امتیازگیرنده آن و شخص ثالث که به وی نماینده امانی یا Escrow Agent می گویند، مفاد آنرا طی یک سند امضاء می کنند.

نکته حقوقی که آیا این قرارداد سه جانبه است یا در واقع دو جانبه بوده و فی مابین امتیازدهنده (امانتگذار) و نماینده امانی منعقد می شود و امتیازگیرنده تنها به عنوان شاهد یا ذینفع آنرا امضاء می کند بحثی است که در مبحث دوم بدان خواهیم پرداخت و در اینجا تنها به ذکر این نکته اکتفا می شود که در قرارداد مزبور و معمولاً در صدر و مقدمه آن، به قرارداد امتیازی که بین دو طرف منعقد شده ارجاع می شود و ضمناً تصریح می گردد که کد منبع و مستندات فنی آن کماکان در مالکیت امتیازدهنده باقی خواهد ماند و قرارداد امانی تنها به منظور رفع نگرانی های امتیازگیرنده در استمرار استفاده وی از نرم افزار منعقد می گردد.

۲-۲-۲ - تعهدات امتیازدهنده

عمده این تعهدات عبارتند است از:

یک - امتیازدهنده باید کد منبع را به همراه مشخصات فنی آن نزد نماینده امانی بسپارد متنها این تعهد اولاً بایستی ظرف مهلت معینی انجام شود و ثانیاً منطقی و به مصلحت امتیازگیرنده خواهد بود که پرداخت حق امتیاز به امتیازدهنده معلق به انجام تکلیف مزبور گردد و ثالثاً امتیازدهنده باید تضمین کند که آنچه را که به امانت می سپارد برای قادر ساختن یک فرد فنی جهت انجام خدمات پشتیبانی کافی باشد.

علاوه براین، تعهد امانتگذار محدود به کد منبع اولیه نیست بلکه وی باید موظف شود که هماهنگ با شرایط قرارداد اصلی یا پشتیبانی، نسخه های جدید تولیدی را نیز نزد نماینده امانی بسپارد.

دو- نماینده امانی باید حق داشته باشد که از نرم افزار، نسخه پشتیبان یا Back up تهیه نماید. اگر این حق وجود نداشته باشد چه بسا نسخه سپرده شده آسیب ببیند و حقوق امتیاز گیرنده ضایع گردد ضمن آنکه این تکلیف شاقی خواهد بود که نماینده امانی، نرم افزاری را نگهداری نماید که نسخه منحصر به فرد باشد. اصلاً لازمه تعهد به نگهداری از چنین محصولاتی آن است که امین قادر باشد از آن نسخه های اضافی تهیه کند و به نظر می رسد حتی اگر به چنین حقی در قرارداد Escrow تصریح نشده باشد نماینده امانی بتواند، بلکه مکلف باشد چنین کند زیرا تهیه نکردن نسخه مزبور مغایر با وظیفه امین در حفاظت از مورد امانت خواهد بود و به تعبیر ماده ۶۱۲ قانون مدنی ایران: «امین باید مال ودیعه را به طوریکه مالک مقرر نموده حفظ کند و اگر ترتیبی تعیین نشده باشد آنرا به طوریکه نسبت به آن مال متعارف است حفظ کند و الا ضامن

است». روشن است که تهیه نسخه پشتیبان در حفظ نرم افزار امری متعارف و ضروری محسوب می شود.

سه - تعهد دیگر امتیازدهنده آن است که به نماینده امانی اذن دهد که بتواند در صورت تحقق شرایط، کد منبع را به امتیازگیرنده تحویل دهد. اگر از این نکته غفلت شود، قرارداد مزبور اساس و محتوای خود را از دست خواهد داد. شرح شرایط واگذاری (Release) نرم افزار در ادامه خواهد آمد.

۲-۳- تعهدات نماینده امانی (Escrow Agent)

این تعهدات عبارتند از اینکه:

- به محض وصول نرم افزار و مشخصات فنی آن، امتیازگیرنده را کتباً از آن مطلع نماید.

- مطابقت نرم افزار سپرده شده با مشخصات فنی اعلام گردیده از سوی امتیازدهنده را بررسی و احراز (Verification) کند. این عمل باید در مورد تمام نسخه های جدید نیز اعمال شود و در صورتیکه مطابقت مزبور تأیید نگردد، موضوع را به اطلاع امتیازگیرنده برساند. امتیازگیرنده نیز حق خواهد داشت در هر زمان که مقتضی بداند از نماینده امانی بخواهد نرم افزار را مورد بررسی قرار دهد.

- نماینده امانی تعهد دارد موارد سپرده شده اعم از کد منبع، مشخصات فنی و مستندات نرم افزار را مطابق شرایط مذکور در قرارداد به نفع امتیازگیرنده نگهداری نماید و از آن نسخه پشتیبان تهیه کند.

- در صورت تحقق شرایط که در قرارداد مشخص می شود، موارد امانت را در اختیار امتیازگیرنده بگذارد. شرایط مزبور از قبیل موارد ذیل خواهد بود:

- ورشکستگی امتیازدهنده یا انحلال آن. البته در صورت ادغام به لحاظ آنکه علی-القاعده شرکت باقی مانده قائم مقام شرکت قبلی خواهد بود، ممکن است این وضعیت از شمول مورد فوق خارج شود.

- چنانچه امتیازدهنده از ادامه خدمات پشتیبانی مطابق قرارداد امتیاز با امتیازگیرنده خودداری کند و یا به هر صورتی از انجام این تعهد بازماند. این بند در پاره ای از شرایط، مانند فورس ماژور (تعذر) که امروزه آنرا شامل تحریمهای اقتصادی از سوی دولتها نیز می-دانند بسیار مهم است و جا دارد در قراردادهای Escrow یا امتیاز نرم افزار به نحوی پوشش داده شود و مورد غفلت قرار نگیرد.

- هرگاه امتیازدهنده حقوق مالکانه خود نسبت به نرم افزار را به شخص ثالثی انتقال دهد ولی تعهدات خویش در برابر امتیازگیرنده را در ضمن قرارداد انتقال ثالث ذکر نکند. بدیهی است در این صورت شخص ثالث تعهدی به ارائه خدمات پشتیبانی در برابر امتیازگیرنده نخواهد داشت و این وضعیت دسترسی شخص اخیر را به کد منبع و مستندات آن ضروری خواهد ساخت.

- هرگاه به نظر امتیازگیرنده موردی برای دستیابی وی به کد منبع به وجود آید و وی آن را مطابق شروط قرارداد Escrow به همراه ادله و مدارک مؤید از نماینده امانی درخواست نماید.

نماینده امانی بایستی ظرف مهلت معینی که در قرارداد تصریح می شود آن را به اطلاع امتیازدهنده برساند و در صورت پاسخ مثبت، ظرف مهلت معین قراردادی، نرم-افزار و مستندات آنرا در اختیار امتیازگیرنده قرار دهد. اگر امتیازدهنده ظرف مهلت توافق شده پاسخ ندهد، نماینده امانی مکلف خواهد بود به درخواست امتیازگیرنده پاسخ مثبت دهد.

اگر امتیازدهنده ظرف مدت قراردادی به صورت کتبی پاسخ منفی دهد، در آن صورت نماینده امانی باید مورد را به مرجع حل اختلاف توافق شده در قرارداد امانی ارجاع و مطابق رأی مرجع مزبور عمل نماید.

در مورد ورشکستگی یا انحلال امتیاز دهنده می توان در قرارداد تصریح نمود که حق اعتراض و مخالفت توسط مدیران تصفیه وجود نداشته باشد و صرف حالت فوق برای استحقاق امتیازگیرنده در دسترسی به موارد امانت کفایت نماید.

۲-۲-۴ - تعهدات امتیازگیرنده

این تعهدات عبارتند از:

- پرداخت صورتحساب نماینده امانی. گرچه منطقی می توان این هزینه را بین امتیازگیرنده و امتیازدهنده تقسیم نمود و از نظر حقوقی هیچ ایرادی به این ترتیب وارد نیست ولی معمولاً در قراردادهای Escrow نرم افزار، این تعهد به عهده امتیازگیرنده قرار می گیرد و استدلال می گردد که این قرارداد برای تأمین منافع اوست و نه امتیاز دهنده. به هر حال فارغ از قابل خدشه بودن این پاسخ که جنبه تجاری دارد، از نظر حقوقی و از لحاظ اهداف این مقاله کفایت می کند که بگوئیم چنین تعهدی می تواند تماماً یا بعضاً به عهده امتیازگیرنده قرار گیرد.

- امتیازگیرنده از هرگونه استفاده تجاری از کد منبع و مستندات آن خارج از چارچوب قرارداد امتیاز، ممنوع است. اما این نکته مهم نباید فراموش گردد که ممکن است خود امتیازگیرنده از لحاظ فنی در شرایطی قرار نداشته باشد که بتواند از کد منبع و مستندات آن برای رفع مشکلات خود بهره مند شود که در این صورت تمام این ترتیب و قرارداد منعقد شده برای او بی حاصل خواهد بود بنابراین چاره ای نخواهد بود جز آنکه از یک شرکت حرفه ای در این زمینه کمک بگیرد. برای رفع این مشکل در قرارداد Escrow شرط می شود هرگاه چنین وضعیتی پیش آید امتیازدهنده مجاز به کمک گرفتن از شخص ثالث خواهد بود ولی لازم است کتباً با او توافق نماید که وی رعایت محرمانگی نرم افزار و حقوق امتیازدهنده را بنماید.

۲-۲-۵- سایر موارد

مهمترین این موارد، شرایط فسخ، قانون حاکم و مرجع حل اختلاف است.

۲-۲-۵-۱- فسخ قرارداد

بدیهی است امتیازدهنده نباید حق داشته باشد هرگاه بخواهد قرارداد Escrow را فسخ کند زیرا این ترتیب خلاف آن هدفی خواهد بود که قرارداد برای آن منعقد می شود. اما از طرف دیگر اگر نماینده امانی در شرایطی خاص قادر به انجام وظیفه خود نباشد و در نتیجه حقوق امتیازدهنده در معرض خطر قرار گیرد، وی باید بتواند با هماهنگی و کسب موافقت امتیازگیرنده نماینده امانی دیگری را تعیین و قرارداد اولی را فسخ کند. این حق باید در قرارداد پیش بینی شود، ضمن آنکه همین حق برای امتیازگیرنده نیز باید وجود داشته باشد تا بتواند خطر را از خود دور نماید.

علاوه بر این، از آنجا که اصولاً قراردادهای امانی به منظور حمایت از حقوق امتیازگیرنده منعقد می شود، وی حق خواهد داشت هرگاه که بخواهد قرارداد مزبور را فسخ نماید ولی قرارداد از سوی طرف دیگر لازم است.

مسئله مهم، حق فسخ نماینده امانی است. آیا او نیز حق خواهد داشت قرارداد را در هر زمان که بخواهد فسخ کند؟

برای پاسخ به این مسئله باید به ماهیت حقوقی قرارداد Escrow توجه کنیم. اگر قرارداد مزبور را از نوع عقد ودیعه که یکی از عقود معین است بدانیم، جایز و از سوی طرفین قابل فسخ خواهد بود (ماده ۶۱۱ قانون مدنی) ولی عقد ودیعه بنابه تصریح ماده ۶۰۷ ق م مجانی است در حالیکه قرارداد Escrow چنین نیست.

علاوه بر این در قرارداد اخیر، حقوق شخص ثالث (امتیازگیرنده) مطرح است و نمی تواند با تصمیم گیری امتیازدهنده یا نماینده امانی در معرض تزلزل قرار گیرد. بنابراین باید قائل به استقلال قراردادهای Escrow از عقود معین نظیر ودیعه شویم و آنرا جز از طریق ذینفع، قابل فسخ ندانیم.

۲-۲-۵-۲ - قانون حاکم و مرجع حل اختلاف

درست است که در چارچوب مقررات حقوق بین الملل خصوصی، می توان برای حاکمیت یک قانون بر قرارداد توافق نمود ولی این کار در عمل با رعایت نکات و ملاحظاتی امکان پذیر است به طوریکه نوعاً اگر قانون کشور متبوع امتیازگیرنده و یا امتیازدهنده مد نظر یک طرف باشد، توافق در خصوص آن مشکل خواهد بود. اعمال قواعد تعارض قوانین کشور متبوع یکی از دو طرف نیز بدون اشکال نیست مثلاً هرگاه محل انعقاد قرارداد ایران باشد، نمی توان به سهولت مقررات ماده ۹۶۸ قانون مدنی در

حاکمیت قانون محل انعقاد قرارداد را به طرف مقابل تحمیل کرد، لذا معمولاً علیرغم مشکلات نظری، بر حاکمیت قانون کشور ثالث توافق می کنند و نیز چنین است روش توافق در خصوص مرجع رسیدگی و مقررات آن (اعم از داوری یا دادگاه) که معمولاً مقر آن در کشور ثالث معین می شود.

به هرحال تفصیل این مسأله از حوزه بحث این مقاله خارج است، لذا از ادامه آن در اینجا صرف نظر می نمایم.

مبحث دوم - تحلیل حقوقی سه طرفه بودن قرارداد

۱- دیدگاه حقوقی

اگر در قوانین، کتب و آثار حقوقی و فقهی، حسب معمول، عقد را تنها با پیوند دو اراده تعریف کرده اند، (دکتر کانوزیان، اعمال حقوقی، ج ۱، ش ۱۳ به بعد، و دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۸۴) به جهت شناخت و توجیه آن نزد عرف بوده است و چنانچه از قدیم در شکل گیری برخی قراردادها بیش از دو اراده نقش مستقیم می داشت، اکنون در توجیه و اعتبار چنین عقود مشکلی به نظر نمی رسد، کما اینکه در تعهدات و اعمال حقوقی یک طرفه (ایقاعات) اشکالی مطرح نمی شود.

امروزه با رواج قراردادهایی نظیر Escrow در نرم افزار با ترتیباتی خاص در حقوق و تعهدات طرفهای آنها، و حتی با عنایت به صورتهای اولیه اینگونه توافقات در معاملات املاک در کامن لو می توان به وجود عرف دیگری نیز در حقوق قراردادها قائل شد.

در کامن لو علیرغم سابقه مذکور در فوق، تحلیل حقوقی از نقطه نظر سه جانبه بودن قرارداد مزبور به چشم نمی خورد و به طور کلی، قراردادها را به انواع دو طرفه و

یک طرفه تقسیم می کنند که یک طرفه آنها چیزی نزدیک به ایقاع در حقوق ماست.
(Chitty, 49-Bonassies & others, 96-100 _ Davidson & Others, 248)

مناسب است یادآور شویم که قراردادهایی که در آنها در هر طرف بیش از یک شخص وجود دارد از موضوع بحث ما خارجند زیرا در اینگونه موارد عقد واحدی وجود ندارد بلکه در واقع یک عقد به عقود متعدد متناسب با تعداد اشخاص در طرفین آن تقسیم و منحل می گردد. مثلاً اگر سه نفر مشاعاً در ملکی شریک باشند و آن را به دو نفر دیگر بدون تفکیک بفروشند در واقع شش عقد وجود خواهد داشت به این صورت که هر فروشنده، سهم خود را به دو نفر فروخته است، ولی در بحث ما، یک ایجاب با دو قبول، یا با قبولی که بین دو شخص تقسیم می شود و هر کدام به نحو ملازم با دیگری بخش مربوط به خویش را می پذیرد، سرو کار داریم.

اما عقد حواله، زمینه مناسبی را برای بحث حاضر در اختیار می گذارد. در حواله، ظاهر قانون مدنی بر دخالت مستقیم هر سه طرف آن یعنی محیل، محتال و محال علیه در تحقق عقد دلالت دارد، (قانون مدنی، مواد ۷۳۲ و ۷۲۵ و ۷۲۴) گرچه برخی شارحان این قانون، عقد مزبور را تنها مرکب از ایجاب و قبول از سوی محیل و محتال دانسته و رضای محال علیه را صرفاً شرط تحقق آن برشمرده اند. (دکتر امامی، ج ۲، صص ۲۸۵-۲۸۶، دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی در نظم کنونی، ص ۴۶۷) نظر شارحان مزبور متأثر از آرای فقها در مسأله است که در پایان مقاله بدان اشاره خواهیم داشت.

ولی به هرحال در قرارداد Escrow در نرم افزار، واقعاً هر سه طرف دخالت مستقیم و مؤثر در انشاء عقد و تحقق ایجاب و قبول دارند. به عبارت دیگر، هر یک از ایجاب یا قبول ضمن حفظ وحدت عقد، توسط اشخاص متعدد انجام می شوند، بدین ترتیب که:

نماینده امانی که ارائه خدمات و انجام تعهداتی را در برابر امتیازگیرنده و امتیازدهنده به عهده می گیرد ایجاب را انجام می دهد، و دو شخص دیگر هر کدام با پذیرش بخشی از حقوق و تعهدات، قبول را اعلام می کنند. امتیازدهنده قبول می کند که نرم افزار را نزد نماینده به امانت بگذارد به نحوی که به اقتضای شرایط آینده، بنا به مورد در اختیار امتیازگیرنده گذارده شود یا به خود وی مسترد گردد، ضمن آنکه خود حق نداشته باشد هر زمان که بخواهد آنرا از نماینده مسترد نماید، و امتیازگیرنده نیز ضمن آنکه تعهد می کند اجرت نماینده امانی را بپردازد حق پیدا می کند در شرایطی معین نرم افزار را از وی درخواست نماید. این قرارداد به طور یکپارچه و با ارتباط همزمان تعهدات با یکدیگر به وجود می آید به طوریکه با جدا کردن هر یک از آنها، قرارداد شکل نمی گیرد.

ممکن است در نتیجه تحلیل فوق گفته شود که قراردادهای مزبور «سه طرف» ندارند بلکه یک ایجاب و یک قبول وجود دارد که طرف قبول آن فی نفسه از دو جزء از سوی دو شخص تشکیل می شود. در این بیان، ممکن است تعبیر «سه طرفه» بودن با کمی مسامحه صورت پذیرد ولی با این وجود وضعیت مزبور متفاوت با سایر عقود خواهد بود که در آنها هر یک از ایجاب و قبول توسط یک شخص انجام می گیرد.

معدلک و در کنار نظر فوق می توان بر آن بود که قراردادهای مورد بحث، واقعاً دارای سه طرف هستند: یک ایجاب و دو قبول. ایجاب از طرف نماینده امانی که خدماتی را ارائه می دهد و دو قبول که هر کدام توسط یکی از طرفین قرارداد امتیاز نرم افزار اعلام می شود. نماینده امانی در برابر امتیاز دهنده تعهد به حفاظت از نرم افزار می کند تا در اختیار بیگانگان قرار نگیرد و اسرار آن فاش نشود و تنها در شرایط خاصی آنرا در اختیار امتیازگیرنده بگذارد. امتیازدهنده نیز نرم افزار را با شرایط مزبور به او می سپارد (در عین حالیکه این ودیعه اختیاری نیست و به جهت تعهدی که در برابر

امتیازگیرنده طی قرارداد امتیاز شده، الزامی است). در این رابطه، چنین مقرر می شود که اجرت وی توسط ثالث (امتیازگیرنده) پرداخت شود وگرنه ودیعه صورت نپذیرد. از طرف دیگر امتیازگیرنده نیز با نماینده امانی توافق می کند که با پرداخت اجرت وی، او مکلف باشد علاوه بر حفاظت از نرم افزار و سایر خدمات به شرح سابق، هرگاه طبق شرایط توافق شده، تقاضای نرم افزار را بنماید در اختیار او بگذارد.

به طوریکه ملاحظه می شود، حقوق و تعهدات در قرارداد مزبور، یکجا، مرتبط و در برابر همدیگر به نحوی صورت می گیرد که نمی توان رابطه هریک از دو طرف امتیاز با نماینده امانی را به نحو مستقل در نظر گرفت و مثلاً با تأسیسهایی نظیر شرط به نفع ثالث در قراردادها توجیه کرد و مثلاً گفت که قراردادی دو طرفه بین امتیازدهنده و نماینده امانی تحت عنوان ودیعه منعقد می شود و طی آن به نفع ثالث (امتیازگیرنده) شرط می گردد که هرگاه اوضاع و احوال خاصی پیش آید وی بتواند نرم افزار را از نماینده امانی دریافت نماید. اگر این طور بگوئیم، مسأله اجرت نماینده را چگونه حل کنیم؟ لزوم عقد را چگونه توجیه نمائیم؟ بدیهی است وی تا اجرتی دریافت نکند هیچ امانت و تعهدی را در برابر امانتگذار نمی پذیرد، در حالیکه تعهد اجرت را نیز شخص ثالث می کند. همینطور در بخش دیگر، در رابطه بین امتیازگیرنده و نماینده امانی ملاحظاتی مطرح است که نمی توان آن را مستقل از رابطه دو طرف دیگر در نظر گرفت. بدیهی است که نرم افزار متعلق به امتیازدهنده است و ثالث نمی تواند بدون اذن او به آن دستیابی داشته باشد و اگر این اذن و شرایط دستیابی به نرم افزار، در رابطه بین دو طرف دیگر (امتیاز دهنده و نماینده) مشخص و پیش بینی نشده باشد وی با توافق با نماینده و پرداخت اجرت وی نمی تواند چنین حقی را به دست آورد.

بنابر آنچه گفته شد، اگر تکلفی به خرج نداده و حقیقت قرارداد مزبور را در نظر بگیریم، به نظر می رسد قراردادی سه طرفه باشد اعم از آنکه یک قبول را بین دو

شخص تقسیم کنیم که هرکدام بخشی از ایجاب را به نحو متلازم قبول نمایند یا اینکه دو رابطه مکمل همزمان بین نماینده امانی و هرکدام از دو طرف وجود داشته باشد به صورت یک ایجاب و دو قبول متلازم و مکمل.

ظاهراً اگر اینگونه عقود از دیدگاه فقهی ایرادی نداشته باشد، از لحاظ حقوقی با اشکالی مواجه نیست و اگر نتوان آنرا به صراحت بر مواد قانونی مدنی تطبیق داد با قاطعیت نیز نتوان آنرا مردود شمرد زیرا ماده ۱۸۳ قانون مدنی که می گوید: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آنها باشد»، ظرفیت آنرا دارد که شامل قراردادهای سه جانبه بشود و سپس دامنه شمول ماده ۱۰ این قانون نیز آنها را فرا بگیرد.

۲- دیدگاه فقهی

گرچه اظهارنظر در این زمینه بر عهده فقهای عظام است، ولی از باب مقدمه می توان به نکاتی چند اشاره نمود.

عقد در لغت (المنجد، مجمع البحرین) به جهت منشأ عرفی، و نیز در متون فقهی معمولاً با دو طرف ایجاب و قبول تعریف شده است (کما اینکه در جواهرالکلام، ج ۸، ص ۵ می گوید: «فی العقود، جمع عقد و هو لفه ضد الحل، و شرعاً قول من المتعاقدين او بانها مشتمله علی رضی الطرفين، او بانها المتضمنه لقصد من الجانبین») و تقریباً تمام عبارات فقها بر دو طرفه بودن عقود اشاره دارد. (ایه الله خویی، مصباح الفقاهه، ج ۳، صص ۲۳۵-۲۳۸) معذک در بحث حواله نکات قابل تأملی از سوی ایشان مطرح شده است که اشاره مختصر به آنها در بحث ما در امکان سه طرفه بودن برخی قراردادها در مرحله ایجاب و قبول متضمن فایده خواهد بود.

در شرایط پس از تعریف عقد حواله، رضای هر سه طرف را شرط دانسته (بدون ترجیح و تقدم بعضی بر بعضی دیگر از لحاظ ایجاب و قبول و شرط تحقق)، ولی

صاحب جواهر در شرح آن با استناد به آراء فقها و حتی نقل اجماع و عدم خلاف، آنرا مرکب از ایجاب محیل و قبول محتال دانسته و در شرط بودن و نبودن رضای محال علیه آراء مختلفی را از فقها نقل کرده است. (جواهرالکلام، ج ۹، صص ۳۴۱-۳۴۲) همین گونه است تقریباً شرح مسأله در مفتاح الکرامه. (مفتاح الکرامه، ج ۵، صص ۴۰۳-۴۰۴)

وضعیت مزبور در مسأله می تواند ناشی از انس ذهنی به محدود بودن عقد به دو طرف ایجاب و قبول بوده باشد، به طوریکه حتی صاحب جواهر ضمن آنکه مقتضای استدلال برخی فقها را اعتقاد به ترکیب حواله از یک ایجاب و دو قبول می داند، ولی اضافه می نماید چنین قولی را از آنان سراغ ندارد، و در عین حال آن را تخطئه نیز نمی کند. (جواهر الکرلام، ص ۳۴۲)

علی ایحال، اعم از آنکه حواله عقدی سه طرفه در مرحله ایجاب و قبول باشد یا نباشد، نظر به اینکه معاملات در شرع نوعاً امضائی هستند نه تأسیسی، و اینکه اگر عقدی سه جانبه نزد عرف اعتبار و مقبولیت پیدا کند، می تواند در صورتی که از سایر جهات ایرادی نداشته باشد، مشمول عموماتی نظیر «اوفوا بالعقود، تجاره عن تراض، احل الله البيع، المؤمنون عند شروطهم» قرار گرفته و مشروع شناخته شود، و با عنایت به وجود اعتبار عرفی در قراردادهای Escrow، و عدم تضمن عنصری خلاف شرع از سایر جهات، ظاهراً اشکالی در اعتبار و صحت اینگونه قراردادها وجود نداشته باشد.

منابع و ماخذ:

الف- فارسی:

- ۱- قانون مدنی.
- ۲- دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی.
- ۳- ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد - ایقاع.
- ۴- ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی در نظم کنونی، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۷.

- ۵- المنجد فی اللغة و الاعلام.
- ۶- الطريحي، مجمع البحرين.
- ۷- آيه الله خويي، مصباح الفقاهه.
- ۸- شيخ محمدحسن النجفي. جواهرالكلام.
- ۹- سيدمحمد جواد العاملی، مفتاح الكرامه.

ب- لاتین:

- 1- Black Law Dictionary.
- 2- Oxford Law Dictionary.
- 3- Michael D. Bayles; Principles of Law, D. Reidel publishing Co, Holland, 1987.
- 4- Daniel V. Davidson & Others; Business Law, US, WEST, 2001.
- 5- ICC; Uniform Customs and Practice for Documentary Credit.
- 6- Pierre Bonassies & Others; Formation of Contracts – A study of the Common Core of Legal Systems, 1967, V. 1.
- 7- www.wikipedia.com
- 8- www.escrowbankuse.com