



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد بندرعباس

دانشکده علوم انسانی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M. A.)

رشته حقوق خصوصی

عنوان:

تاثیر رشوه، پورسانت و کمیسیون بر وضعیت حقوقی عقود و قراردادها

استاد راهنما:

دکتر حسن محمدی رمقانی

نگارنده:

عباسعلی رسته

زمستان ۱۳۹۶

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تاییدیه هیات داوران جلسه دفاع

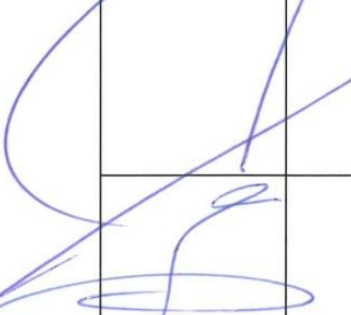
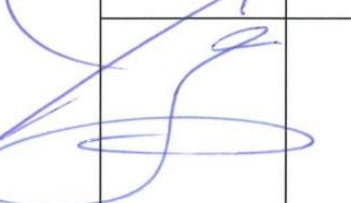
دانشکده علوم انسانی

نام و نام خانوادگی دانشجو: عباسعلی رسته

رشته حقوق خصوصی

عنوان پایان نامه: تاثیر رشوه، پورسانت و کمیسیون بر وضعیت حقوقی عقود و قراردادها

تاریخ دفاع:

ردیف	نام و نام خانوادگی	سمت	مرتبه دانشگاهی	دانشگاه یا موسسه محل خدمت	امضاء
۱	حسن محمدی ممقانی	استاد راهنما	استاد	دانشگاه تهران	
۲	عبدالنعیم شهریاری	داور	استاد		
۳	سارا ادیبی	داور	استاد		

تعهد نامه اصالت رساله یا پایان نامه

اینجانب عباسعلی رسته دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق گرایش خصوصی که در تاریخ ۱۳۹۶/۱۱/۱۳ از پایان نامه /رساله خود تحت عنوان تاثیر رشوه، پورسانت و کمیسیون بر وضعیت حقوقی عقود و قراردادها با کسب نمره ۱۷ و درجه بسیار خوب دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم:

۱ این پایان نامه /رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و.....) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.

۲ این پایان نامه /رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر و بالاتر در سایر دانشگاهها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است).

۳ چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هر گونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و..... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوط را اخذ نمایم.

۴) چنانچه در هر مقطعی زمانی خلاف موارد فوق ثابت، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: عباسعلی رسته

تاریخ و امضاء:



معاونت پژوهش و فن آوری

به نام خدا

منشور اخلاق پژوهش

بیامیزی از خداوند بجهان و اعتقاد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، مادر انجمن و اعضاء هیأت علمی و احدی دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخلف نکنیم:

- ۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بهاران پژوهش.
- ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
- ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به بهاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.

۹- اصل برائت: التزام به برائت جوی از هرگونه رفتار غیر حرفه‌ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به مثابه‌ای غیر علمی می‌آیند.

اظهار نامه

اینجانب عباسعلی رسته دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق گرایش خصوصی به شماره دانشجویی ۹۱۱۰۵۲۰۷۷ تأیید می‌نمایم که کلیه نتایج این پایان نامه حاصل کار اینجانب و بدون هرگونه دخل و تصرف است و مورد نسخه برداری شده از آثار دیگران را با ذکر کامل مشخصات منبع ذکر نموده‌ام. در صورت اثبات خلاف مندرجات فوق به تشخیص دانشگاه مطابق با ضوابط و مقررات حاکم (قانون حمایت از مولفان و محققان و قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی، ضوابط و مقررات آموزشی، پژوهشی و انضباطی) با اینجانب رفتار خواهد شد و حق هرگونه اعتراض در خصوص احقاق حقوق مکتسب و تشخیص و تعیین تخلف و مجازات را از خویش سلب می‌کنم. در ضمن مسئولیت هرگونه پاسخگویی به اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی و مراجع ذی صلاح (اعم از اداری و قضایی) به عهده اینجانب خواهد بود و دانشگاه هیچگونه مسئولیتی در این خصوص نخواهد داشت.

نام و نام خانوادگی: عباسعلی رسته

امضاء و تاریخ:

تأییدیه

بدینوسیله تأیید می‌نمایم پایان‌نامه «تأثیر رشوه، پورسانت و کمیسیون بر وضعیت حقوقی عقود و قراردادهای» دفاع شده توسط آقای عباسعلی رسته دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق گرایش خصوصی تحت راهنمایی اینجانب صورت گرفته و مطالب ارائه شده در این پایان‌نامه حاصل کار وی بوده و بدون هرگونه دخل و تصرف است و موارد نسخه برداری شده از آثار دیگران با ذکر کامل مشخصات منبع ذکر شده است.

نام و نام خانوادگی استاد راهنما:

دکتر حسن محمدی ممقانی

امضاء و تاریخ:

تقديم به:

تمام عزيزانى كه همواره در زندگى همراهم بودند به ويژه همسر مهربان و دلسوزم.

سپاسگزاری:

با سپاس و ستایش خداوند که سرچشمه دانش، بصیرت و آگاهی است.

از همراهان همیشه زندگیم، پدر و مادرم، خانواده و دوستان عزیزم که حضور شان همواره روشنای زندگیم بوده است بسیار سپاسگزارم.

همچنین از اساتید بزرگوارم سرکار آقای دکتر حسن محمدی ممقانی که با راهنمایی هایشان راه را بر من هموارتر کردند کمال تشکر و سپاس را دارم.

فهرست مطالب

عنوان

صفحه

چکیده ۱

فصل اول: کلیات

۱-۱- مقدمه ۳

۱-۲- بیان مسأله ۴

۱-۳- سوابق و پیشینه تحقیق ۵

۱-۴- سوالات ۷

۱-۵- فرضیات ۷

۱-۶- اهداف ۷

۱-۷- ابزار و روش تحقیق ۸

۱-۸- سازماندهی ۸

فصل دوم: مفهوم شناسی

۱-۲- مفاهیم مرتبط با رشوه ۱۰

۱-۱-۲- مفهوم رشوه ۱۰

۱-۲-۳- مفهوم پورسانت ۱۲

۱-۲-۴- مفهوم کمیسیون ۱۳

۱-۲-۲- تمایز رشوه با مفاهیم مشابه ۱۴

۱-۲-۱-۲- تمایز رشوه با هبه ۱۴

۱-۲-۲-۲- تمایز رشوه با پورسانت ۱۵

۱-۲-۱-۲- تفاوت رشوه با بیع و صلح محاباتی ۱۵

۱-۲-۲- مفاهیم مرتبط با عقود ۱۸

۱-۲-۲- مفاهیم مرتبط با عقد ۱۸

۱-۲-۲- انواع قراردادهای ۱۹

۱-۲-۲-۲- قراردادهای دولتی ۲۰

۱-۲-۲-۲- قراردادهای خصوصی ۲۲

فصل سوم: بررسی شرایط و آثار انعقاد قراردادها مبتنی بر رشوه

۲۴.....	۱-۳- شرایط صحت قراردادها
۲۵.....	۱-۱-۳- قصد و رضا
۲۵.....	۱-۱-۱-۳- مفهوم قصد و رضا
۲۶.....	۲-۱-۱-۳- تبعیت عقد از قصد و رضا
۲۷.....	۲-۱-۳- اهلیت
۲۷.....	۱-۲-۱-۳- مفهوم اهلیت
۲۸.....	۲-۲-۱-۳- تبعیت عقد از اهلیت
۲۸.....	۳-۱-۳- جهت مشروع
۲۸.....	۱-۳-۱-۳- مفهوم جهت مشروع
۲۹.....	۲-۳-۱-۳- تبعیت عقد از جهت مشروع
۳۰.....	۴-۱-۳- اراده
۳۰.....	۱-۴-۱-۳- مفهوم اراده
۳۱.....	۲-۴-۱-۳- تبعیت عقد از اراده
۳۳.....	۲-۳- آثار رشوه در انواع قراردادها
۳۳.....	۱-۲-۳- قراردادهای خصوصی
۳۴.....	۲-۲-۳- قراردادهای دولتی
۳۶.....	۳-۳- آثار بطلان در قراردادها
۳۶.....	۱-۳-۳- آثار بطلان نسبت به طرفین
۳۸.....	۲-۳-۳- آثار بطلان نسبت به عقود

فصل چهارم: بررسی وضعیت قراردادهای مبتنی بر رشوه

۴۰.....	۱-۴- شرایط ماهوی
۴۰.....	۱-۱-۴- قابلیت فسخ
۴۱.....	۱-۱-۱-۴- خیار غبن
۴۴.....	۲-۱-۱-۴- خیار تدلیس
۴۶.....	۲-۱-۴- بطلان معامله
۴۸.....	۱-۲-۱-۴- وجود جهت نامشروع
۵۲.....	۲-۲-۱-۴- غروری بودن قرارداد
۵۳.....	۲-۴- شرایط شکلی

۵۳.....	۴-۲-۱- نبود حسن نیت در وضعیت قراردادی
۵۶.....	۴-۲-۲- تأثیر فساد بر وضعیت جهت قرارداد
۵۶.....	۴-۲-۳- تأثیر فساد بر تحقق نیافتن تشریفات
۶۰.....	۴-۳- ضمانت اجرا و مسئولیت جبران خسارت
۶۰.....	۴-۳-۱- ضمانت اجرا
۶۰.....	۴-۳-۱-۱- ضمانت اجرای مدنی
۶۱.....	۴-۳-۱-۲- ضمانت اجرای کیفری
۶۴.....	۴-۳-۲- مسئولیت جبران خسارت
۶۴.....	۴-۳-۱-۲- مسئولیت مدنی
۶۵.....	۴-۳-۲-۲- مسئولیت کیفری
۶۹.....	نتیجه گیری
۷۵.....	فهرست منابع
۸۲.....	Abstract

چکیده

صرف نظر از اینکه رشوه، پورسانت و کمیسیون، از جمله مفاسد اخلاقی و بلایای بزرگ اجتماعی است که منشا سودجویی، پلیدی و بی عدالتی، پایمال شدن حقوق دیگران و سبب به وجود آمدن جو بی اعتمادی در جامعه می گردد. در این تحقیق به بررسی ابعاد حقوقی رشوه، پورسانت و کمیسیون پرداخته شده است. گرچه در بعضی از موارد برای تشریح بهتر موضوع گریزی به سایر مسایل از جمله بعد جزایی، دینی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، اداری و مدیریتی شده است اما ترجیحا بعد قضایی و حقوقی و تأثیر آن بر وضعیت عقود و قراردادها با توجه به محورهای مذکور پرداخته شده است. در تنظیم و تدوین محتوای این تحقیق متناسب با موضوعات مطروحه هم به منابع مراجعه شده است؛ نتیجه نهایی این تحقیق این است که در کنار بیان این واقعیت اجتماعی، آثار و نتایج حقوقی این اعمال مجرمانه را ارایه گردیده تا اشخاص حقیقی و حقوقی که برای پیش برد مقاصد خود متوسل به این شیوه می شوند از آثار حقوقی و مسئولیت های ناشی از آن مطلع باشند، اطلاع از آثار و عواقب حقوقی از یک طرف و از طرف دیگر نظارت موثر بر روند معاملات دولتی می تواند به مقابله جدی و اساسی با این شیوه نادرست، غیر قانونی و خلاف عرف جامعه و مسئله دینی، منجر شود و در این صورت می توان پرداخت و دریافت رشوه جلوگیری کرد.

واژه های کلیدی : رشوه، پورسانت، کمیسیون، قرارداد، ابطال، انفساخ، مسئولیت مدنی

فصل اول:

کلیات

۱-۱- مقدمه

عقد یا قرارداد به عنوان یک موضوع حقوقی، به قدمت تمدن بشری سابقه دارد. بشر از زمانی که زندگی گروهی را آغاز کرده عقد نیز بعنوان ابزاری برای مبادلات اقتصادی و اجتماعی بین اشخاص به کار گرفته شد.

قراردادهای اداری بعنوان یکی از انواع قراردادهای نظام های حقوقی متفاوتی از قراردادهای خصوصی دارند، طوری که این قراردادها جزء نظام حقوقی عمومی هستند و از قواعد حقوق عمومی پیروی می کنند. این اصطلاح ناظر به قراردادهایی است که لاقلاً یک طرف آن اداره ای از ادارات عمومی بوده، و برای تأمین پاره ای از خدمات عمومی و هم به عنوان حقوق عمومی منعقد می شود. وجود شرایط و ضوابط هر اداره دولتی قرارداد منعقد بین اشخاص حقیقی و حقوقی با این ادارات را تحت تاثیر قرار داده است، همین ظرافت اطلاعات که می بایستی در قراردادها هر یک از ادارات رعایت شود گاهاً اشخاص تنظیم کننده را برای بدست آوردن مال به وسوسه می اندازد لذا با مذاکره غیر مستقیم و محرمانه و با اخذ وجه قابل توجه مفاد قراردادها را با ابهام یا دو پهلوی تنظیم می نمایند تا در زمان اجرا با تفاسیر مختلف یا بنفع طرف یا به طور ناقص و یا با مشکلات حقوقی اجرا شود که پرونده های حقوقی متعدد را ایجاد می کند و این خود موجب صرف هزینه های مالی و زمانی متعدد می گردد.

همچنین در این میان یکی از مواردی که کارکنان دولتی و بعضاً طرفین قرارداد را به خطا وامی دارد، پرداخت رشوه یا پورسانت و یا کمیسیون است. مورد مذکور یکی از پدیده های مذموم جامعه ی امروزی است که قانونگذار با جرم انگاری آن مجازات حبس و انفصال از خدمت برای مرتکبین در نظر گرفته و در برخی مواقع قاضی می تواند مجازاتی مازاد بر مجازات قانونی نیز لحاظ دارد. اما به نظر می رسد این جرم انگاری صورت گرفته تنها مربوط به نوع مجازات و اشخاص خاطی است و قانونگذار مدنی غیر از پیش بینی بطلان و فسخ معامله، شرایطی دیگر برای عمل صورت گرفته تعیین نکرده و به عبارت دیگر هیچگونه ضمانت اجرای مدنی بر آن لحاظ ننموده است. لذا در این نوشتار در پی بررسی وضعیت حقوقی عقود و قراردادهای در صورت پرداخت رشوه، پورسانت و یا کمیسیون هستیم و ضمن بیان شرایط اینگونه قراردادهای به بررسی مسئولیت و ضمانت اجرای کیفری و مدنی طرفین نیز می پردازیم.

۱-۲- بیان مسأله

با پیشرفت جوامع بشری و تکوین دولت به مفهوم امروزی و همچنین تاسیس شخصیت حقوقی در حوزه حقوق خصوصی و عمومی فعالیت های اصلی جوامع در حوزه عمومی از طریق دولت و ارگانها و نهادهای وابسته به آن از جمله شرکت های دولتی موجودیت پیدا می نماید و در بخش خصوصی نیز فعالیت فردی و اشخاص حقیقی در صد ناچیزی را به خود اختصاص داده و بیشتر فعالیت های اقتصادی بخش خصوصی از طریق شرکت های تجاری و موسسات اجرایی می شود. از طرفی از آنجا که دولت و نهادهای وابسته به آن و همچنین شرکت های خصوصی مفاهیم حقوقی اعتباری هستند که علم حقوق بنابه نیازمندی های لازمه آنها را به رسمیت شناخته است در عمل حقوق و اختیارات اشخاص حقوقی یاد شده از طریق اشخاص حقیقی که به عنوان نماینده آنها محسوب می شوند در قالب هیات مدیره، هیات عامل، هیات موسس، مدیر عامل و... اجرایی می شود.

در نظام حقوقی ایران از نظر ماهوی فرقی بین معاملاتی که توسط اشخاص حقیقی و حقوقی انجام می شود وجود ندارد فقط موضوع احراز و ابراز اراده ی اشخاص حقوقی دارای تشریفات خاصی است که به موجب قانون یا اساسنامه آن شخص حقوقی این تشریفات مشخص می شود و اصطلاحاً در نظام حقوقی به آن "صاحبان مجاز امضاء" گفته می شود. در این میان ممکن است اشخاص حقیقی که نمایندگی اشخاص حقوقی را به عهده دارد و همچنین کارمندان دخیل در معاملات و خرید و فروش ها و عقد قراردادهای با اشخاص طرف معامله از جمله از طریق اخذ پورسانت، کمیسیون یا رشوه اقدام به انجام معامله یا انعقاد قرارداد نمایند که این اعمال هم دارای آثار کیفری می باشد و هم دارای آثار حقوقی.

در قوانین موضوعه ایران از ابتداء قوانین چندی در این خصوص تدوین شده است از جمله ۱۵۷ قانون مجازات عمومی سابق، ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری، قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی مصوب ۷۲/۴/۲۷، ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، ماده ۱۰۹ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲، ماده ۳۴ کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با فساد، قانون برگزاری مناقصات، شرایط عمومی پیمان (ماده ۴۴ و ماده ۴۶) و بخشنامه اجرایی مقابله با فساد هیات وزیران، مواد ۱۲۹ الی ۱۳۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت (مربوط به شرکت های سهامی) که در این قوانین بیشتر به جنبه جزایی موضوع اشاره شده است.

اما از نظر حقوقی اخذ پورسانت، کمیسیون یا رشوه با طرف قرارداد به زیان شخص حقوقی چه آثاری می تواند در پی داشته باشد؟ آیا چنین قراردادهای و معاملاتی را باید باطل تلقی و از درجه اعتبار ساقط محسوب نمود؟ یا اینکه چنین قراردادهایی غیرنافذ بوده و شخص حقوقی می تواند نسبت به تنفذ یا رد آن اقدام

نماید و یا اینکه چنین معاملاتی را باید معاملات صحیح دانسته و تنها وقوع این امور را عیوب اراده باید محسوب نموده و تنها برای شخص حقوقی حق فسخ قائل شد؟

از طرف دیگر نیز نحوه جبران ضرر و زیان حاصله از این اقدامات نیز موضوع دیگری است که واجد اهمیت اساسی می باشد. در این تحقیق تلاش شده است با توجه به اصول حقوقی مربوط به شرایط اساسی صحت معامله (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) و همچنین مبحث خیارات از جمله خیار تدلیس و خیار غبن، وضعیت حقوقی اثر اخذ پورسانت، کمیسیون یا رشوه در قراردادهای و معاملات مورد بحث مربوط به اشخاص حقوقی و تبادل نظر قرار گرفته و جوانب مختلف راجع به آن تشریح شده و در نهایت با جمع بندی راجع به موضوعات یاد شده راه حل عملی و کاربردی که مورد تایید و حمایت نظام حقوقی ایران باشد ارائه گردد.

۱-۳- سوابق و پیشینه تحقیق

لازم به ذکر است با مراجعه به بانک اطلاعاتی مرکز اطلاعات و مدارک علمی وابسته به وزارت علوم کشور، تحقیقات وفن آوری در خصوص موضوع مورد بحث صورت نگرفته است.

در حقوق ایران تحقیقات انجام شده تماماً به وجهه کیفری اخذ پورسانت، کمیسیون یا رشوه و پرداخته و ابعاد مختلف این امر در بعد کیفری مورد موشکافی قرار گرفته است و از منظر حقوقی مطلب یا مقاله و تحقیق مدونی توسط اینجانب یافت نگردید. در حقوق مدنی نیز حقوقدانان به ابعاد مختلف ماده ۱۹۰ قانون مدنی پرداخته و شرایط اساسی صحت معامله توسط آنان مورد بحث و بررسی قرار گرفته است و از نظر علم اصول باید با تطبیق احکام مندرج در ماده ۱۹۰ الی ۲۱۸ قانون مدنی بر موضوع تحقیق (اخذ پورسانت، کمیسیون یا رشوه) به عنوان یک مساله حقوقی بررسی نمود که احکام یاد شده بر موضوع تحقیق جزئاً یا کلاً قابل انطباق خواهد بود یا خیر؟ در تشریح ماده ۱۹۰ قانون مدنی در تألیفات استاتید علم حقوق در خصوص اصل لزوم، شرایط صحت معامله و ماده ۱۹۰ قانون مدنی مباحث مفصلی بیان شده است، دکتر امامی در جلد یک حقوق مدنی در صفحه ۱۸۵ چنین بیان می دارند " کلمه معامله در ماده مزبور در معنی وسیع خود که عقد باشد، استعمال شده است، منظور قانون مدنی از اساسی بودن شرایط بالا در عقد، آن است که هرگاه در معامله شرایط چهارگانه جمع شود آن معامله صحیح و دارای آثاری است که قانون لازمه آن معامله دانسته است، زیرا از نظر حقوقی شرایط مزبور ارکان متشکله عقد می باشند که فقدان هر یک از آنان عقد پیدایش نمی یابد"، در مبحث اول صفحه ۱۸۹ در خصوص قصد بیان نمودند " قصد انشاء امری معنوی و روحی است بدین جهت از آن به اراده حقیقی تعبیر می شود. در عقد آنچه موضوع قصد قرار می گیرد همان موضوع رضا است، در ادامه افزوده است " سنجش نفع و ضرر باید در محیطی آرام صورت

گیرد، یعنی در اثر تهدید و اکراه حاصل نشود، اما در خصوص تطمیع مطلبی ذکر نشده است، آیا رشوه نوعی تطمیع است؟ اگر تطمیع باشد کدام یک از ارکان متشکله عقد را نقض می کند؟

دکتر کاتوزیان در دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی صفحه ۵۹ بیان نمودند "غالب مقرراتی که شرایط اساسی صحت معاملات را بیان می کند امری است، بسیاری از این موارد، از قبیل شرایط مربوط به اهلیت طرفین و اشتباه و اکراه و چگونگی توافق قصد و رضا، به منظور حفظ آزادی اراده و تامین رضای واقعی دو طرف وضع شده است و کمتر می توان در امری بودن آن تردید کرد، قواعد مربوط به موضوع معامله نیز متکی بر یک سلسله اصول منطقی است که بر هم زدن آن ها نظم حقوقی مواد را مختل می سازد. برعکس، در تشخیص نامشروع بودن جهت معامله، باید اصل را آزادی اراده و صحت عقد دانست و فقط عقدی را به این عنوان ابطال کرد که بی تردید جهت آن خلاف قانون یا اخلاق حسنه باشد" در صفحات ۶۲ و ۶۳ نظم عمومی و اخلاق حسنه تعریف شده است و به این نتیجه رسیده است که نظم عمومی هر جامعه با جوامع دیگر متفاوت است و نهایتاً نظم عمومی نسبی و تغییر پذیر است و اخلاق حسنه نیز چهره خاصی از نظم عمومی است "حال این سوال مطرح است که آیا رشوه، پورسانت و یا کمیسیون، نظم عمومی و اخلاق حسنه را مخدوش می نماید، آیا معامله ای را می توان به استناد این امر باطل دانست؟ در صفحه ۹۲ سلامت اراده بررسی شده است، عیوب رضا دو عامل اجتماعی بیان شده است "در قانون ما، عیب اراده منحصر به اکراه و اشتباه است، و ماده ۱۹۹ در این باب می گوید: رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست. بی گمان تدلیس و غبن نیز در نفوذ معامله بی تاثیر نیست، متها خلل به درستی آن نمی رسان و تنها به زیان دیده اختیار می دهد که عقد را فسخ کند "نکته مبهم این است که آیا رشوه یا مفاهیم یاد شده می تواند از عیوب اراده محسوب شود؟ اگر عیوب اراده نیست کدام یک از ارکان اساسی را تحت تاثیر قرار می دهد.

در ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری و ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی، مستخدمین و مامورین دولتی را از اخذ هر گونه وجه منع نموده است، صرف نظر از جرم بودن عمل ارتشاء، پورسانت و کمیسیون، در قوانین یاد شده وضعیت اقدامات مامورین یاد شده را بیان ننموده است، اما در فقه مباحثی در بابت نواهی مطرح است، در ۶۸ کتاب مبانی استنباط حقوق اسلامی به تالیف دکتر ابوالحسن محمدی، به طور اختصار به این امر اشاره نموده است و نهی و منع قانونی در معاملات در چهار قسمت توضیح داده است، در بند الف، بیان شده است که گاهی نهی مبین شرائط و موانع و اجزاء عقد و معامله می باشد در این صورت مخالفت با آن موجب فساد و بطلان است، در بند ب اشاره شده است که گاهی نهی خود زمینه یک واقعه حقوقی را ایجاد می نماید در این صورت نمی توان گفت نهی موجب

بطلان است، در نهایت در بند د بیان شده است که گاهی نتیجه و حاصل عمل مورد نهی قانونگذار قرار می گیرد در این صورت مخالفت با نهی موجب بی ارزش بودن فساد و بطلان آن عمل خواهد بود.

۴-۱- سوالات

الف- سوال اصلی

۱- عقود و قراردادهایی که با رشوه، پورسانت و کمیسیون، تنظیم و منعقد شده است از لحاظ حقوقی چه وضعیتی خواهند داشت؟

ب- سوالات فرعی

۱- مبنای توجیه وضعیت حقوقی معاملات با اخذ رشوه چیست؟

۲- آیا وجوه دریافتی از طریق پورسانت قابل استرداد است؟

۳- مسئولیت جبران خسارت ناشی از معاملات با اخذ پورسانت بر عهده ی چه کسی است و چگونه قابل جبران است؟

۵-۱- فرضیات

الف- فرضیه اصلی

۱- اخذ پورسانت، کمیسیون یا رشوه توسط نمایندگان شخص حقوقی ارتباطی به شرایط اساسی صحت معامله نداشته باعث بطلان قرارداد و معامله نخواهد بود.

ب- فرضیه فرعی

۱- اخذ پورسانت، کمیسیون یا رشوه توسط نمایندگان شخص حقوقی جزء عیوب اراده محسوب و در نظام حقوقی ایران با قواعد مربوط به خیار تدلیس و خیار غبن قابل تفسیر و توجیه خواهد بود.

۲- اصل وجوهی که از طریق پورسانت، کمیسیون یا رشوه اخذ شده است به موجب حکم کیفری قابل استرداد می باشد.

۳- ضرر و زیان وارده به شخص حقوقی ناشی از عقد قراردادی که مبتنی بر اخذ پورسانت، کمیسیون یا رشوه بوده است طبق قواعد و ضوابط عام مربوط به مسئولیت مدنی قابل وصول و جبران می باشد و در نظام حقوقی ایران پیش بینی اختصاصی در این رابطه صورت نگرفته است.

۶-۱- اهداف

۱- بررسی معاملات با اخذ رشوه، پورسانت و کمیسیون

۲- بررسی شرایط صحت معاملات با اخذ رشوه، پورسانت و کمیسیون

۳- امکان بازگشت وجوه دریافتی در معاملات با اخذ رشوه، پورسانت و کمیسیون

۴- مسئولیت جبران خسارات

۷-۱- ابزار و روش تحقیق

روش تحقیق عمدتاً به صورت توصیفی-تحلیلی می باشد و در جمع آوری اطلاعات از روش کتابخانه ای و بهره گیری از سایت ها و مجلات الکترونیکی استفاده خواهد شد. البته علی رغم تحلیلی بودن این پژوهش سعی شده با ارتباط بین مفاهیم مختلف تحقیق و مقایسه و تطبیق آن ها با یکدیگر به استدلال نیز پرداخته شود. بی شک سعی محقق بر آن است تا در جمع آوری این پژوهش، تا حد مقدور از منابع دست اول استفاده شود. همچنین لازم به ذکر است، در این پژوهش تلاش بر آن است که با استفاده از روش کتابخانه ای به تحلیل موضوع پرداخته شود.

۸-۱- سازماندهی

این پژوهش در چهار فصل نگاشته شده است. در فصل اول، کلیات و در فصل دوم تحت عنوان مفهوم شناسی به بررسی مفاهیم اصلی بحث می پردازیم. در فصل سوم به بررسی شرایط و آثار بطلان قراردادها می پردازیم. همچنین به بررسی ماهیت حقوقی معاملات با اخذ رشوه، پورسانت (کمسیون) نیز می پردازیم و سپس در فصل چهارم به تحلیل وضعیت حقوقی قراردادهای مبتنی بر فساد از منظر شکلی و ماهوی می پردازیم.